

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

55 GODINA INSTITUTA

ISSN 0039 2138

UDK 34

STRANI PRAVNI
ŽIVOT

1/2011

Beograd
2011

REDAKCIJA
Editorial board

Prof. dr Mikele Papa; - Redovni profesor Pravnog fakulteta i Prorektor
Univerziteta u Firenci

Prof. dr Vid Jakulin; - Redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani

Prof. dr Stefanos Kareklas; - Redovni profesor Pravnog fakulteta u
Tibingenu

Prof. dr Alesandro Simoni; - Redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci

Prof.dr Đorđe Ignjatović; - Redovni profesor Pravnog fakulteta u
Beogradu

Prof.dr Đorđe Đorđević; - Redovni profesor Kriminalističko-policijske
Akademije u Beogradu

Dr Branislava Knežić; - Viši naučni saradnik u Institutu za kriminološka i
sociološka istraživanja

Dr Jovan Ćirić; - Naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Prof.dr Vladimir Čolović; - Vanredni profesor u Institutu za uporedno
pravo

Dr Aleksandra Rabrenović; - Naučni saradnik u Institutu za uporedno
pravo

Dr Jelena Ćeranić; - Istraživač-saradnik u Institutu za uporedno pravo

Mr Katarina Jovičić; -Istraživač-saradnik u Institutu za uporedno pravo

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK
Editor in chief

Dr Jovan Ćirić

SEKRETAR REDAKCIJE
Secretary of editorial board

Mr Katarina Jovičić

IZDAVAČ
Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
Institute of Comparative Law
Beograd, Terazije 41
e-mail institut@icl.org.rs
www.comparativelaw.info
tel. (011) 32 33 213

STRANI PRAVNI ŽIVOT

1/2011

S A D R Ž A J

Dr Jovan Ćirić

POGLED U TUĐE DVORIŠTE
KROZ „POLOMLJENI PROZOR“ 11

Professor, Dr., Ph. Dr., Bizina Savaneli

MUTUAL TRANSITION SPIRAL AND EVOLUTIONARY
DEVELOPMENT OF SINGLE POSITIVE LAW AND PLURAL
NORMATIVE ORDER RELATED TO THE COMPARATIVE
NORMATIVE ORDER STUDY 29

Dr Giovanni Tamburini

ADVOCATES IN ITALY, FRANCE AND GERMANY 61

***Др Славољуб Царић**

СТАЊЕ У ПРЕДМЕТИМА КОЈЕ РЕПУБЛИКА СРБИЈА ИМА
ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА –
УПОРЕДНА СТАТИСТИЧКА АНАЛИЗА 99

Проф. др Саша Мијалковић.

Доц. др Горан Бошковић.

Проф. др Жељко Никач

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ НАПОРИ У СПРЕЧАВАЊУ
ФИНАНСИРАЊА ТЕРОРИЗМА „ПРЉАВИМ НОВЦЕМ“ 109

***Mr Ana Knežević-Bojović**

HARMONIZACIJA KOMPANIJSKOG PRAVA SA PRAVOM
EVROPSKE UNIJE I PRAVILA O SLOBODI OSNIVANJA
PRIVREDNIH DRUŠTAVA U SPORAZUMU O STABILIZACIJI I
PRIDRUŽIVANJU 129

Mr Katarina Jovičić Slobodan Vukadinović 30 GODINA KONVENCIJE UN O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE	143
Dr Dragan Prlja AUTORSKA PRAVA U SAJBER PROSTORU	173
Mr Александар Мојашевић КАЗНЕНА ОДШТЕТА У АМЕРИЧКОМ ПРАВУ	197
doc.dr Marijana Dukić-Mijatović POLOŽAJ ARBITRA U ARBITRAŽNOM POSTUPKU – KOMPARATIVNOPRAVNI PREGLED	217
dr Dejan Šuput IZVORI KAZNENOG PRAVA U OBLAST SPORTA I USKLAĐENOST SRPSKOG PRAVA SA MEĐUNARODNIM STANDARDIMA	229
Marko Novaković POJAM INDIRECTNE ŽRTVE U JURISPRUDENCIJI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	261
Biljana Vukoslavčević UPOREDNI PRIKAZ POSTUPKA PRIZNANJA STRANIH ODLUKA U PRAVU CRNE GORE, REPUBLIKE SRBIJE I SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA	271
Mr Ivana Rakić PRAKSA EVROPSKE KOMISIJE I SUDA PRAVDE U PRIMENI ARGUMENTA DRUŠTVA U FINANSIJSKIM TEŠKOĆAMA U POSTUPKU KONTROLE KONCENTRACIJA	289
Mr Isidora Beraha MALA I SREDNJA PREDUZEĆA KAO FAKTOR EKONOMSKOG RAZVOJA I SMANJENJA NEZAPOSLENOSTI U SRBIJI	315

Mr Dragan Zlatović

UGOVOR O SCENSKOM PRIKAZIVANJU AUTORSKOG DJELA
PREMA NOVOM HRVATSKOM AUTORSKOPRAVNOM
ZAKONODAVSTVU.....333

***PRIKAZI – INFORMACIJE**

V - IAP REGIONAL CONFERENCE FOR EASTERN AND
CENTRAL EUROPE AND CENTRAL ASIA "COOPERATION
AGAINST CORRUPTION" *Belgrade, 27 - 30 October 2010*
Mr Marina Matić361

PRIKAZI KNJIGA

Prof.dr Boris Krivokapić.... ENCIKLOPEDIJSKI REČNIK
MEĐUNARODNOG PRAVA I MEĐUNARODNIH ODNOSA
Službeni glasnik, Beograd, 2010.
Prof.dr Vladimir Čolović.....365

***PRIKAZI KNJIGA**

Prikaz monografije „TUŽIOCI I ŽRTVE“ Dr Jovana Ćirića,
Ana Batrićević369

FOREIGN LEGAL LIFE

1/2011

TABLE OF CONTENTS

Jovan Ćirić, PhD, A LOOK INTO THE EXTRANEIOUS YARD THROUGH A „BROKEN WINDOW“	11
Professor, Dr., Ph. Dr., Bizina Savaneli MUTUAL TRANSITION SPIRAL AND EVOLUTIONARY DEVELOPMENT OF SINGLE POSITIVE LAW AND PLURAL NORMATIVE ORDER RELATED TO THE COMPARATIVE NORMATIVE ORDER STUDY	29
Dr Giovanni Tamburini, ADVOCATES IN ITALY FRANCE AND GERMANY	61
Slavoljub Caric, PhD THE CASE LAW OF THE EUROPEAN OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS WHERE THE REPUBLIC OF SERBIA IS A PARTY TO THE PROCEEDINGS – A COMPARATIVE STATISTICAL ANALYSIS	99
Associate professor Saša Mijalković, PhD, Assistant professor Goran Bošković, PhD, Associate professor Željko Nikač, PhD INTERNATIONAL LAW EFFORT TO COMBAT MONEY LAUNDERING AND TERRORISM FINANCING	109

Ana Knežević – Bojović; LL.M HARMONISATION OF COMPANY LAW WITH EUROPEAN UNION LAW AND RULES ON FREEDOM OF ESTABLISHMENT OF COMPANIES IN THE STABILISATION AND ASSOCIATION AGREEMENT	129
Katarina Jovičić, LL.M. Slobodan Vukadinović, LL.B. THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR INTERNATIONAL SALE OF GOODS (THE CISG) - 30 YEARS AFTER BEING SIGNED	143
Dragan Prlja, Ph. D. COPYRIGHT IN CYBERSPACE.....	173
Aleksandar Mojasevic, LL.M, PUNITIVE DAMAGES IN AMERICAN LAW	197
Marijana Dukic-Mijatovic, Ph.D, THE POSITION OF AN ARBITRATOR IN THE ARBITRATION PROCEDURE COMPARATIVE LAW REVIEW	217
Dejan Šuput, Ph.D SOURCES OF PENAL LAW IN THE FIELD OF SPORT AND HARMONIZATION OF SERBIAN REGULATION WITH INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS	229
Marko Novaković THE CONCEPT OF INDIRECT VICTIM IN THE PRACTICE OF ECHR.....	261
Biljana Vukoslavčević COMPARING SURVEY OF PROCEDURES FOR RECOGNIZING FOREIGN DECISIONS IN MONTENEGRO, REPUBLIC OF SERBIA AND UNITED STATES OF AMERICA	271

Ivana Rakić, LL.M

THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COMMISSION AND
COURT OF JUSTICE CONCERNING THE APPLICATION OF
THE FAILING FIRM DEFENCE IN THE CONTROL OF
CONCENTRATIONS 289

Isidora Beraha, MSc

SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES AS A FACTOR
OF ECONOMIC DEVELOPMENT AND UNEMPLOYMENT
REDUCTION IN SERBIA 315

Dragan Zlatović, LL.M

CONTRACT ON STAGE PRESENTATION OF COPYRIGHT
WORKS TO THE NEW CROATIAN COPYRIGHT'
LEGISLATION 333

Review – Information

V - IAP REGIONAL CONFERENCE FOR EASTERN AND
CENTRAL EUROPE AND CENTRAL ASIA "COOPERATION
AGAINST CORRUPTION" *Belgrade, 27 - 30 October 2010 –*
Marina Matić; LL.M 361

Review of the monography:

prof.dr Boris Krivokapić: Enciklopedijski rečnik međunarodnog
prava i međunarodnih odnosa
prof dr Vladimir Čolović 365

Review of the monography:

dr Jovan Ćirić: Tužioc i žrtve
Ana Batrićević 369

Dr Jovan Ćirić
Institut za uporedno pravo, Beograd

UDK: 343.341.231.14:340.5
Originalni naučni rad

POGLED U TUĐE DVORIŠTE KROZ „POLOMLJENI PROZOR“

Početkom osamdesetih godina dvojica američkih kriminologa su lansirali teoriju po kojoj ukoliko na jednoj zgradi samo jedan polomljen prozor ostane nepopravljen duže vremena to će biti signal i poruka koja će uskoro dovesti do toga da i svi drugi prozori budu polomljeni, uništeni. U pitanju je signal, poruka da se radi o nečem što je napušteno i zapušteno, nešto o čemu niko ne vodi računa, te nema nikoga ko bi sankcionisao deliktno ponašanje. Teorija „polomljenih prozora“, ubrzo je postala veoma popularna i iz nje je proizišla „strategija nulte tolerancije“, prema kojoj policija treba vrlo odlučno i strogo da reaguje upravo kod sitnih prestupa, kao što su vandalizam, pisanje grafita, skitničenje, prosjačenje, kako bi se predupredilo nešto veće i opasnije. Takva strategija nulte tolerancije, proklamovana je u Njujorku i zbilja, od sredine devedesitih u tom gradu dolazi do osetnog pada stope kriminaliteta. Mnogi kritičari međutim kažu da se radi o čistoj koincidenciji, da je strategija nulte tolerancije na tragu jedne desničarske nedemokratske politike ugrožavanja ljudskih prava, i to upravo onih marginalnih građana, koji su socijalno najugroženiji. Autor ovog članka, smatra da bi dosledna primena i kopiranje jedne takve strategije i politike u srpskim prilikama po tome, ali i po mnogo čemu drugom bila vrlo problematična, te se ni ne zalaže za njenu primenu u Srbiji, ali smatra da je korisno katkada „baciti pogled“ u „tuđe dvorište“, te sagledati kako i šta se radi u drugim društvima i na planu borbe protiv kriminaliteta. To nikako ne treba da znači nekritičko prepisivanje tuđih rešenja, smatra Jovan Ćirić, ali može biti itekako korisno. Institut za uporedno pravo u svih svojih 55 godina, pre svega putem svog časopisa „Strani pravni život“ upravo to radi – sagledava tuđa iskustva, gleda u tuđe dvorište, na različite načine, pa i kroz polomljeni prozor.

Ključne reči: polomljeni prozor; nulta tolerancija; stope kriminaliteta; tuđa iskustva; Institut za uporedno pravo

Za početak ovog teksta, teksta koji nosi pomalo predugačak i rogobatan naslov, koristićemo nekoliko rečenica – misli iz jedne doktorske disertacije, nedavno dobranjene na Arhitektonskom fakultetu u Beogradu. „U okruženju koje je dobro isplanirano, atraktivno, jasno definisano i dobro održavano, ljudi će biti ponosni na svoju okolinu, uglavnom će se osećati ugodno i imati osćeja podeljenog posedovanja i odgovornosti. Loše planirano i održavano okruženje daje osećaj otuđenja i straha, a za razliku od njega dobro planirano okruženje doprinosi koheziji zajednice i ispunjava sve planirane funkcije na efikasan i harmonično koordinisan način.“¹

Ovo bi se moglo reći i na još jedan, u stvari krajnje pojednostavljeni način: kada vide da žive u jednom lepom, dobro održavanom okruženju, okruženju u kojem svi oko njega vode računa o svom ponašanju, o ljubaznosti, o higijeni, galami, kućnom redu, o tome da su svi socijalno solidarni, itd. svaki će se pojedinac bez neke posebne prisile i bez nekih posebnih formalnih mehanizma kontrole i prisile, ponašati na odgovarajući, adekvatan način, poštujući ta nepisana pravila ponašanja. U stvari rečeno na jedan drugi način – ako niko ne baca pikavce na pod, onda je velika verovatnoća da ni osoba X koja se nalazi u takvom okruženju, neće to raditi, odnosno neće se izdvajati od drugih i ni ona neće bacati pikavce na pod, ako ni zbog čega drugog, onda makar samo zato što će je biti stid da se upravo ona po tako nečem izdvaja od drugih.

Obrnuto, kada uoči da niko drugi, odnosno da većina ljudi iz njegovog okruženja ne poštuje pravila i da baca pikavce na pod, onda je verovatnoća da će osoba X bacati pikavce na pod zaista velika. Osim toga, kada uoči veliki broj pikavaca bačenih po podu, osoba X će instiktivno odreagovati i u tom smislu da je u dotičnoj sredini bacanje pikavaca dozvoljeno, tj. da se u praksi to ne sankcioniše. Osoba X shvata da ga, ukoliko baci pikavac, ili uradi nešto slično, najverovatnije niko neće kazniti, pa čak ni prekoreti, ni postideti. Ovo je ono što u iskustvenom smislu svi znamo, mnogi od nas poštuju kućni red kada se nađu u inostranstvu gde su ulice čiste i održavane, dok se sasvim drugačije ponašaju, kada se vrate kući, gde ulice nisu tako čiste i održavane.

Osim toga, nije važno samo to što u zakonu piše, važno je i kako se to u praksi sprovodi. Sve nas to naravno dovodi do različitih teorija kriminoliteta, pa i do teorije učenja i drugih sličnih teorija koje su

¹ Nataša Danilović – Hristić; - „Urbanističko-arhitektonski elementi za obezbeđenje višeg stepena bezbednosti na javnim gradskim prostorima“ – neštampana doktorska disertacija, odbranjena na Arhitektonskom fakultetu u Beogradu, 25.XI 2010.

nastajale i nastaju u kriminološkoj misli,² ali, ovde mi hoćemo da posebnu pažnju posvetimo jednom specifičnom članku, koji je imao značajnu ulogu u razvoju teorijske misli, ali i praktičnih aktivnosti na planu borbe protiv kriminaliteta. U pitanju je priča o polomljenim prozorima, priča koja je u SAD nastala sedamdesetih i osamdesetih godina XX veka, a iz koje je proizišla jedna posebna strategija „nulte tolerancije“. Daleko je od toga da bilo koja teorija, pogotovu jedan naučni članak, mogu da daju neke konačne odgovore, uostalom, u najvećem broju slučajeva, kada su u pitanju društvene nauke uopšte, važnije je postaviti prava pitanja, nego dati odgovore.³ Ipak, nama se učinilo da ova, nazovimo je teorija, ili priča o polomljenim prozorima, kao i teorija (strategija) nulte tolerancije, jesu po mnogo čemu specifični i zanimljivi, te da zaslužuju da ovde o njima bude rečeno nekoliko reči više.

1982. godine dvojica američkih naučnika James Q. Wilson i George L. Kelling, napisali su jedan članak o polomljenim prozorima i lansirali teoriju, koja je postala pravi hit, ne samo kada je reč o kriminološkim raspravama. Suština njihove ideje jeste u sledećem: ukoliko na jednoj zgradi, u susedstvu, postoji neki prozor koji je polomljen i koji tu tako stoji nepopravljen, to daje signal, poruku svima da se u konkretnom slučaju radi o nečem napuštenom – zapuštenom, o nečemu o čemu niko ne vodi računa, te da to dovodi do slabljenja i formalne i neformalne socijalne kontrole, odono do nesankcionisanja za neadekvatno ponašanje. Poruka polomljenih prozora, jeste u stvari poruka: niko ne vodi računa, dozvoljeno je, može se...⁴ Ovo se može tumačiti ne samo kada je reč o susedstvu, već i šire.

Wilson i Keeling, zapravo analiziraju rezultate aktivnosti koje je sredinom sedamdesetih, država Njudžerzi započela u 28 gradova, a pod naslovom „Program sigurnog i čistog komšiluka“, a što je prvenstveno uključivalo promenu u ponašanju policijaca, u tom smislu da se uvedu ulične, pešačke patrole, koje će reagovati i na sitnije nekriminalne prekršaje, kao što su obični huliganizam, skitničenje,

² Povodom svega, ovde se može govoriti o Saterlandovoj teoriji diferencijalne asocijacije, kao i o Akersovoj teoriji društvenog učenja, o kojima se više može pročitati u knjizi Đorđa Ignjatovića; - „Teorije u kriminologiji“, Beograd, 2009. str. 80-81.

³ Verovatnoća da će odgovori biti „pravi“, veća je čini se, ako su i sama pitanja „prava“.

⁴ Članak James-a Q Wilson-a i Georg-a L.Kelling-a, - „The Police and Neighborhood Safety: Broken Windows“ – dostupan je na internet adresi: www.manhattan-institute.org/pdf/-atlantic_monthly-broken-windows.pdf.

pisanje grafita, sa nadom da će to dovesti do smanjenja kriminaliteta. Do smanjenja kriminaliteta do tada kada su ova dvojica američkih kriminologa napisala dotični članak, praktično nije došlo,⁵ ali, ono što oni ističu kao vrlo važno, jeste to da se kod građana, građana iz komšiluka, povratio ranije izgubljeni osećaj sigurnosti i povratilo poverenje u policiju, a što se može smatrati kao dobra početna pretpostavka za buduće uspešne anti-kriminalne delatnosti.⁶

Kada samo jedan prozor na jednoj zgradi duže vremena ostane polomljen, nepopravljen, postoji izuzetno velika verovatnoća da će u najskorije vreme i svi ostali prozori na dotičnoj zgradi biti polomljeni, odnosno postoji jaka povezanost između sitnijih, ne toliko nekriminalnih prestupa i nekih kasnijih vrlo ozbiljnih kriminalnih aktivnosti, smatraju autori članka o polomljenim prozorima.⁷

U stvari, polomljeni prozor, naročito kada i ako duže vremena ostaje nepopravljen, je jedan simboličan događaj, koji svima, a pre svega građanima iz susedstva, ali i šire, šalje jednu specifičnu poruku, poruku da je dopušteno dalje lomljenje prozora, da niko zbog toga neće odgovarati, da niko neće odgovarati ako učini to isto ili nešto slično. Samo jedan polomljeni prozor koji ostaje nepopravljen, zapravo provocira druge građane da se ponašaju neodgovorno i rušilački, da i oni nastave da dalje lome prozore i povećavaju štetu. Nedožvoljeno ponašanje koje niko ne sankcioniše, predstavlja jedan od najvažnijih faktora u daljem ispoljavanju tog i takvog nedođvoljenog ponašanja, odnosno nedođvoljeno ponašanje koje biva nesankcionisano, značajan je kriminogeni faktor, koji stimuliše, podstiče dalji rast nedođvoljenog ponašanja.⁸

Ova teorija „polomljenih prozora“, vezuje se za šire razvijenu priču - strategiju u zapadnom svetu, SAD pre svega, o značaju komšijskog nadgledanja, neke vrste „društvene samozaštite“, gde delatnost komšija na otkrivanju i prijavljivanju, odnosno pravovremenom reagovanju, ima izuzetno mnogo značaja. Radi se o tragičnom događaju u vezi sa silovanjem i ubistvom Katarine Đenoveze u Njujorku početkom šezdesetih godina,⁹ kada je u SAD počela da se razvija i jača svest o potrebi da i sami građani, komšije, dejstvuju na odgovarajućem preventivnom kriminalnopolitičkom

⁵ Kasnije ćemo videti, da je početkom, tj. sredinom devedesetih godina došlo do izraženog pada kriminaliteta u Njujorku i mnogim drugim američkim gradovima.

⁶ James Q. Wilson & George L. Kelling u već citiranom članku „Broken windows“

⁷ ibidem

⁸ ibidem

⁹ Jovan Ćirić; - Đenoveze sindrom; - „Strani pravni život“ 1/2010

planu. Dotičnoj devojci koja je postala gotovo simbol, tada nije imao ko da pomogne, komšije su ćutale i „skrivale“ se iza svojih kućnih pragova, a što je sve izazvalo zaprepašćenje i osudu u ćitavoj ameriċkoj javnosti. Od tada, pa sve do danas razvijaju se mnogi razliċiti oblici samozaštitne, kriminalno-preventivne uloge komšija. Tako je na primer 80-ih godina, najpre u Kaliforniji, a kasnije se to proširilo na ćitave SAD, osnovan „National Neighborhood Watch Institute“, koji je imao za cilj da daje odgovarajuću podršku policiji. Radi se tu i o specifiċnim edukacijama, treninzima, izdavanju odgovarajućih publikacija, internet prezentacijama, a što je sve trebalo, tj. treba da ima za cilj da se podigne bezbednosna svest i kultura pojedinaca, tj. da se podstaknu obiċni ljudi da sarađuju sa policijom, da prijavljuju policiji sve ono što smatraju bezbednosno interesantnim i provokativnim u njihovom komšiluku (neighborhood), ali i da se uopšte ponašaju tako da iskazuju maksimalnu međukomšijsku solidarnost, itd.¹⁰

U suštini, ovde, kod teorije „polomljenih prozora“,¹¹ se radi o toj međukomšijskoj solidarnosti, pre svega kada je reċ o održavanju neposredne okoline u dobrom, adekvatnom stanju. Komšije trebaju da budu te koje će prve reagovati i pomoći u popravljanju polomljenog prozora kod komšije.¹² Jer, za svakoga, za lokalnu zajednicu u celini, u kriminalno-politiċkom smislu, može biti vrlo opasno kada postoje neki vidljivi, izraziti, znaci zapuštenosti i napuštenosti, imovine i okoline, (tu treba na primer ubrojati i odbaċene narkomanske špriceve u školskim dvorištima) koji svima govore da nije nedozvoljeno lomiti, bacati, razbijati, kršiti propise.¹³ Za uspeh na planu prevencije kriminaliteta, potrebno je, između ostalih stvari da i svest obiċnih ljudi bude razvijena, odnosno da vrlo veliki broj ljudi bude spreman da aktivno sudeluje u razliċitim aktivnostima na planu prevencije kriminaliteta.¹⁴ A to se sve odnosi ne samo na aktivnosti na planu

¹⁰ www.nnwi.org/about_us.asp.mission_statement.asp

¹¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Broken_windows_theory

¹² Ovde međutim ne treba imati u vidu samo popravljanje prozora u bukvalnom smislu te reċi, već i „popravljanju prozora“ u jednom širem, prenosnom smislu te reċi, gde bi se prevazišla nezainteresovanost za ono što se u komšiluku događa, a što je nesređnu Katarinu Đenoveze „koštalo“ života.

¹³ Slaviša Vuković; - Suprotstavljanje kriminalitetu strategijom nulte tolerancije; - „Revija za kriminologiju i kriviċno pravo“ br. 3/2007 str. 189-203

¹⁴ Neko bi možda ovde mogao zakljuċiti i to da u SAD i drugim zapadnim zemljama postoji i strah, da ne kaŹemo panika od kriminaliteta. Ovo jeste taċno i jeste fenomen koji sam po sebi zavređuje paŹnju, ali, ipak ne sme se zanemariti komšijska

prijavljivanja, već i na aktivnosti na planu popravljivanja izgleda komšiluka, neposredne okoline.¹⁵ Ukoliko, već pominjana osoba X rezonuje: „baš me briga kako izgleda komšijin prozor, komšijino dvorište“, odnosno dotični komšija rezonuje: „šta je briga komšiju, osobu X za moje dvorište i moj prozor“, onda to postaje vrlo jasan znak i signal da u dotičnom kraju ne postoji, između ostalog, ni minimum međukomšijske ljudske solidarnosti, da svako gleda samo svoja posla, te da se osim lomljenja prozora, mogu učiniti i još mnoga druga nemoralna i nedozvoljena ponašanja, ponašanja koja će ostati neotkrivena, neprijavljena, nesankcionisana. Zaista, ako ništa drugo, u takvoj sredini u kojoj svako gleda samo svoja posla i ne „zaviruje u tuđe dvorište“, niti pak popravlja „polomljeni prozor“, (u bukvalnom ili prenosnom smislu te reči) verovatnoća da se neka nedozvoljena radnja prijavi od strane komšija, vrlo je mala.

Postoji još jedna stvar koja nije za zanemarivanje. Kada vidi da je jedna lokalna sredina uređena i da tu ne postoje polomljeni prozori, napušteni i neuređeni prostori, već pominjana osoba X, koja inače može biti sklona sitnijem, ili krupnijem kriminalu, počinje da razmišlja i na sledeći način: „uređenost dotičnog prostora, govori ne samo o tome da ljudi tu brinu o lepoti svog okruženja, da to okruženje uređuju i održavaju, već i da postoje različiti oblici samoorganizovanja i samozaštite, a što ponekad uključuje i tzv. privatnu bezbednost,¹⁶ odnosno makar sistem sigurnosnih kamera i nadgledanja“.¹⁷

Suočen sa time, sa mogućnošću da bude snimljen, odnosno da na njega budu upućene snage privatnog obezbeđenja, građanin, osoba X, koja inače jeste sklona kriminalu, ustuknuće od takvih nedozvoljenih ponašanja i otići će negde drugde gde procenjuje da mu preči manja opasnost da bude uhvaćen. Neuređen, zapušten prostor, koji simboliše jedan polomljeni prozor, šalje između ostalog i poruku da u dotičnoj sredini ne postoji privatno obezbeđenje, te da i nije toliko opasno preskočiti ogradu, polupati drugi prozor, ukrasti nešto,

aktivnost i komšijska solidarnost na planu sveopšteg uređenja životnog prostora i prevencije kriminaliteta.

¹⁵ Inicijative za poboljšanje osvetljenja u jednom kraju, mogu biti više nego korisne i dobrodošle upravo na planu prevencije kriminaliteta.

¹⁶ Sistem privatnog obezbeđenja u zapadnom svetu je, a u poslednje vreme i kod nas, veoma razvijen, s tim što je u inostranstvu, izuzetno razvijena i pravna regulativa s tim u vezi. (O svemu tome, između ostalog i Dušan Davidović; Želimir Kešetović; - Upporedni prikaz zakonodavstva privatnog sektora bezbednosti u zemljama EU I“; - „Strani pravni život“ 2/2009, str. 23-252

¹⁷ Nataša Danilović-Hristić; . op.cit.

ili učiniti bilo šta drugo što je protivzakonito, ili makar samo ružno i neprilično. Polomljeni prozor kao simbol zapuštenosti i napuštenosti, ima dakle višestruko značenje i šalje višestruke negativne poruke, kada je u pitanju kriminalna prevencija. Jer, kada ugleda polomljene prozore, osoba X sasvim opravdano može zaključiti da tu nema „opasnosti“ od privatnog obezbeđenja, niti ima sigurnosnih kamera, te da je „put otvoren“.

Osim toga, može se reći da kada se suoči sa nečim lepim, sa jednim lepim i uređenim urbanim prostorom, sa time da se svi oko njega ponašaju uljudno, osoba X instiktivno počinje da oseća izvesno „strahopoštovanje“, tj. da se usteže u činjenju bilo čega što narušava tu lepotu, uređenost, uljudnost.¹⁸ Ovo možda na neki način može objasniti zbog čega na primer naši ljudi u inostranstvu poštuju pravila ponašanja, ali vrlo često, čim pređu granicu i vrata se u svoju rodnu zemlju, zaboravljaju na to kako se ponašaju u zapadnim zemljama u kojima poštuju pravila ponašanja.

Prema ovoj teoriji polomljenih prozora¹⁹, ukoliko jedan jedini polomljeni prozor ostane duže vremena nepopravljen u određenom delu grada, utoliko će on upućivati nedvosmislenu poruku potencijalnim prestupnicima da policija i stanovništvo nisu preterano zainteresovani za održavanje reda, što znači da su vrata prestupničkom delovanju u dotičnom području širom otvorena. Tako bi se na primer moglo govoriti da dugo vremena prisutan problem korupcije u društvu Srbije, mogao bi, u prenesenom značenju, da predstavlja primer jednog takvog "polomljenog prozora". Pošto "polomljeni prozor korupcije" do danas nije valjano opravljeno, on je nastavio da šalje poruku (širokog spektra) kako je bavljenje korupcijom unosan, ali i nimalo rizičan posao.²⁰

Interesantno je da autori članka – teorije „polomljenih prozora“, Wilson i Kelling, svoju teoriju u dobroj meri zasnivaju na jednom zanimljivom eksperimentu, koji je još 1969. godine izveo jedan drugi Amerikanac, socijalni psiholog Philip Zimbardo. Dotični je naime ostavio dva automobila bez registarskih tablica, tako da izgledaju napušteno. Jedan je ostavio u zloglasnoj siromašnoj, crnačkoj četvrti Bronx u Njujorku, a drugi je ostavio u eltnoj četvrti nastanjenoj

¹⁸ Ahlbrandt R.S.Jr & Brophy P.C; - Neighborhood Revitalization; - Lexington Books, 1975 (citirano prema Nataša Danilović-Hristić, - op.cit)

¹⁹ Ukoliko se ovde uopšte može govoriti o teoriji u smislu jednog zaokruženog sistema.

²⁰ Boris Jašović; - „Teorija ‘polomljenog prozora’“- objavljeno u „Politici“ 17.03.2007. dostupno na www.politika.rs/rubrike/ostali-komentari/t22550.lt.html

bogatim belcima u Kaliforniji. Zaista, posle vrlo kratkog vremena, automobil u Bronx-u je bio potpuno opljačkan i uništen, dok se to nije dogodilo u Kaliforniji. Ipak, istraživač Zimbardo se dosetio, pa je i na automobilu u Kaliforniji razbio jedan prozor, tako da je osim skinutih registracija, dotični automobil i po tome, po tom „detalju“, ukazivao na to da je reč o napuštenom vozilu. I šta se dogodilo, za nekoliko sati i to vozilo je bilo prevrnuto, potpuno razbijeno i skroz uništeno, isto kao u Bronx-u.²¹

Ova priča o automobilima u Bronx-u i Kaliforniji, ima mnogostruka značenja i naravoučenija. Jedno od tih značenja jeste i to, uprkos možda i raširenim predrasudama, crnci, odnosno siromašni ljudi nisu ništa skloniji nedozvoljenom, kriminalnom ponašanju, već da najviše toga zavisi od socijalnog okruženja, tj. od trenutne situacije i odnosa snaga u datom trenutku, snaga koje deluju preventivno i snaga koje deluju podsticajno kada je kriminalitet u pitanju. Ako je očigledno da se ne kažnjava, da se nešto može nekažnjeno činiti, onda gotovo ništa drugo nije važno, onda je to ono što determiniše ponašanje svakog pojedinca, pa bez obzira koje boje kože on bio i koliko bogat bio, odnosno kakav socijalni status on imao.

Sve nas ovo istovremeno vraća i na period društvene svojine i socijalizma kod nas, period karakterističan po tome što najveći broj ljudi nije vodio dovoljno računa o dotičnoj društvenoj svojini, već je ona bila istovremeno i svačija i ničija, a što je opet dovodilo do daljih, različitih oblika kriminalizacije.²²

Bilo kako bilo, smatra se da nepopravljanje oštećenih delova jednog objekta, ili možda čak i čitavog segmenta jednog društva, dovodi do silazne spirale nebrige i gubitka kvaliteta i vitalnosti okruženja, čime se ostavljaju vrata daljem vandalizmu i drugim oblicima asocijalnog i kriminalnog ponašanja. Poenta je u sledećem: ako se ne reaguje na vreme, smatra se da će i sasvim mali, te na prvi pogled zanemarljivi primeri minornog antisocijalnog ponašanja, na kraju dovesti do nečeg mnogo većeg i ozbiljnijeg. Zbog toga je potrebno svaki oblik anti-socijalnog ponašanja saseći u korenu, u samom početku, na samom nastanku, onda kada još nije kasno. Tako dolazimo do još jedne teorije koja iz svega nastaje, a to je teorija, tj. strategija „nulte tolerancije“ o kojoj se u SAD u poslednje vreme,

²¹ Slaviša Vuković, op.cit. str. 190-191.

²² Možda u tom smislu i nije čudno što su radničke, socrealističke, „novogradnje“ sa retkim izuzecima izgledale i prljavo i zapušteno i tmurno, u svakom slučaju baš onako kako to simboliše teorija „polomljenog prozora“.

naročito u Njujorku i naročito za vreme gradonačelnika Rudolfa Đulijanija, dosta govorilo.²³

Naime, negde od sredine devedesetih godina XX veka, Njujorška policija sasvim usvaja kriminološka saznanja koja se vezuju za teoriju polomljenih prozora i strategiju „nulte tolerancije“, te se upravo u tim vremenima, a to su vremena gradonačelnika Đulijanija, događa ipak izrazitiji pad kriminaliteta u Njujorku.²⁴ Tako se na primer broj ubistava u Njujorku, kretao od 836 u 1965. preko 1.996 u 1975, 2.013 u 1982 do 2.605 u 1990. da bi onda došlo do trenda opadanja broja ubistava: 1.530 u 1995, 924 u 1998, 903 u 1999, 909 u 2002, odnosno 874 u 2005. godini. Slično je i kada se radi o silovanjima. 1965-2.320; 1975-5.099; 1982-5.159; 1990-5.368; 1995-4.290; 1998-3.843; 1999-3.563; 2002-3.885 i na kraju 2005-3.663. silovanja.²⁵

Da li se i koliko ovaj trend pada kriminaliteta, ne samo kada je reč o ubistvima i silovanjima, već i uopšte, može vezivati za samo jednu teoriju (naučni članak) i jednu strategiju, teško se može govoriti, odnosno verovatno bi bilo preterano tvrditi tako nešto, ali je sasvim evidentno da je došlo do vrlo evidentnog i izrazitog pada kriminaliteta u Njujorku, a što se jednim delom ipak može vezivati i za „polomljene prozore“ i „nultu toleranciju“. To je nešto što možda ne zaslužuje da bude istaknuto kao krucijalna stvar u redukciji kriminaliteta, ali to sve ipak treba imati u vidu i kada se radi o kriminalno-političkoj strategiji i u našim uslovima.²⁶

Njujorški policijski komesar Braton, isticao je da će energična i autoritativna primena represivnih policijskih ovlašćenja prema učinocima sitnijih prekršaja sprečiti činjenje težih krivičnih dela i prekršaja sa ozbiljnijim posledicama. Trebalo je putem strogog suzbijanja (kažnjavanja) minornih prekršaja, zaplašiti opasnije učinioce krivičnih dela i prekinuti njihovu kriminalnu aktivnost i obeshabrirti ih od nošenja oružja. To je sve između ostalog podrazumevalo i koncentrisanje što većeg broja policajaca na određenim ugroženim područjima.²⁷

²³ O tome između ostalog i Đorđe Ignjatović; - „Stanje kriminaliteta u SAD i njegova kontrola“ u zborniku radova „Uvod u pravo SAD“, priredio Jovan Ćirić; Izdanje Instituta za uporedno pravo, - Beograd, 2008. str. 163-183

²⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Crime_in_New_York_City

²⁵ www.disastercenter.com/crime/nycrime.htm

²⁶ Kasnije ćemo reći nekoliko reči više zbog čega smatramo da bi u našim uslovima ovu priču o polomljenim prozorima i nultoj toleranciji, trebalo ipak uzeti u obzir sa izvesnom rezervom.

²⁷ O svemu tome Slaviša Vuković; - op.cit. str. 192

U tom smislu, u Dokumentu Strategija njujorške policije iz 1997, gradonačelnik Đulijani je upravo istakao da koncentracija na prekršaje koji utiču na kvalitet života u komšiluku, kao što su: prosjačenje, skitničenje, opijanje i drogiranje na javnom mestu, bespoličenje mladih na javnim mestima, predstavlja jedno od najvažnijih oružja koje je dovelo do istorijskog uspeha u smanjenju kriminaliteta u Njujorku.²⁸ Slični uspesi u smanjenjivanju stope kriminaliteta, postignuti su i u Londonu i u nekim drugim gradovima, gde se takođe od 1996. godine započinjalo, najpre eksperimentalno sa strategijom nulte tolerancije. Jedan od rukovodilaca policije u Velikoj Britaniji, Ray Mallon, u tom je smislu isticao da od kada je u gradu Hartlepool primenjena ova strategija, kriminalitet je u bukvalnom smislu prepolovljen, dok kada je reč o Middlesborough, broj krivičnih dela je smanjen za petinu.²⁹

Nije sporno dakle da je i teorijski i praktični značaj i uticaj jednog članka, kakav je članak James-a Wilson-a i Georga Kelling-a o polomljenom prozoru, izuzetno veliki i višedimenzionalan. Ipak, uvek ostaje pitanje, dilema, da li se bilo kakve promene u kriminalnim statistikama mogu pripisati samo jednom faktoru. Odnosno, da li je to što policija u jednom trenutku radi na jedan ili drugi način, da li je to baš ono što je najpretežnije kada je reč o smanjenju kriminaliteta. Ovo pogotovu ako se ima u vidu da su i neki drugi gradovi u SAD, a ne samo Njujork, u istom periodu kada i Njujork pokazali značajan pad stope kriminaliteta, uprkos tome što tamo, u tim gradovima, nije primenjivana strategija nulte tolerancije.³⁰ Uzroci pada kriminaliteta uvek su višestruki, a način rada policije može biti značajan, ali ipak ne i presudan.³¹

Strategija nulte tolerancije imala je i ima značajnu medijsku podršku i popularnost, kao i sam gradonačelnik Đulijani uostalom, ali, sve je to ipak prvenstveno pitanje šireg političkog karaktera. Strategija nulte tolerancije je prevashodno usmerena na sitnije delikte, a to će reći na socijalne marginalce kao učinioce tih sitnijih delikata. Ovom strategijom se selektivno označavaju siromašni i odbačeni delovi društva kao oni od kojih preta najveća opasnost i prema kojima

²⁸ Ibidem, str. 194.

²⁹ Ibidem, str.195

³⁰ To bi moglo značiti da ima i nešto drugo što utiče na smanjivanje stope kriminaliteta. Uostalom, da nije tako kriminologija bi kao naučna disciplina odavno postala jedna „mrtva (bivša) nauka“, nauka koja je već rešila sve zagonetke i odgovorila na sva pitanja.

³¹ Slaviša Vuković; - op.cit.str.196-197

policija preduzima veoma agresivne taktike, metode i sredstva, što je često sasvim nezasluženo i uglavnom ne vodi dovoljno računa o ljudskim pravima. Prekoračenje ovlašćenja policije u situaciji primene strategije nulte tolerancije, najčešće jeste nešto što je bivalo vrlo uobičajeno sredinom devedesetih godina u gradu Njujorku.³² Osim toga, povodom kritika na račun nulte strategije, može se govoriti i o tome, da nekažnjavanjem sitnijih prekršaja policija (ponekad) pridobija građane na saradnju u borbi protiv težih, ozbiljnijih oblika kriminaliteta, a što u preventivnom smislu nije beznačajno. Takođe, strogo kažnjavanje za sitnije delikte, dovodi ipak do povećanja hapšenja i do prenatrpanosti zatvora, a što je i u ekonomskom i u socijalnom i u preventivno-političkom smislu krajne problematično, jer učinioci sitnijih delikata bivaju poslani u zatvor gde se „usavršavaju“, gde započinju sa ozbiljnom kriminalnom karijerom.³³

Ne može se dakle reći da je strategija nulte tolerancije nešto što je „bogom dano“, takva bi se strategija mogla ozbiljno kritikovati, jer, ako ništa drugo nije pravedno ukoliko oštro, strogo kažnjavamo (samo) sitnije učinioce minornih delikata, pogotovo u situaciji kada postoji, relativno široko raprostranjeno uverenje da „krupne ribe“ uspevaju da izbegnu kažnjavanje, da ih policija niti hapsi, niti sudovi osuđuju. Ova teorija i strategija nulte tolerancije mogu dakle biti podvrgnute vrlo ozbiljnim kritikama, ali, sa druge strane, u pitanju je nešto što deluje vrlo ubedljivo u socijalno-demagoškom smislu, pogotovu za javno mnjenje koje je oprhvano različitim predrasudama. Te predrasude mogu biti: sa jedne strane strah od narastajućeg kriminaliteta, sa druge strane sitnospostvenički mentalitet, gde zaštita privatne svojine predstavlja veću vrednost od svega drugog,³⁴ a sa treće strane postoje i različite rasističke predrasude gde prosjake i skitnice (a to su uglavnom crnci, ili Romi) treba skloniti sa ulica, iz našeg vidokruga i azilirati ih, poslati ih na mesto koje im pripada. Ovo sve zato da nam ne bi zagađivali neposredno okruženje, lupali prozore i hipijevski, ali i na svaki drugi način kvarili našu omladinu.³⁵

³² Ibidem, str.198-199

³³ Ibidem, str.200

³⁴ U pitanju je „svetinja“ privatne svojine, što vrlo često može biti protumačeno i u tom smislu da je u odbrani, zaštiti svoje privatne svojine, dozvoljeno sve.

³⁵ Da nam dakle ne bi radili upravo ono što je radio Džordž Berger u mjuziklu „Kosa“, mjuziklu koji je dočaravao jedno drugo vreme, vreme liberalizma i hipijevske, ali i svake druge pobune, pobune upravo protiv malograđanskog, potrošačkog mentaliteta. Pobuna je u svakom slučaju mnogo manje moguća ukoliko država upražnjava strategiju „nulte tolerancije“ i kažnjava brzo i strogo za svaki, pa i najmanji prekršaj. Problem je međutim da bez pobune nema ni slobode,

Teoretičari su saglasni da bi se Wilson, pa samim tim i celokupno njegovo delo moglo sagledavati u sklopu sagledavanja čitave nove desničarske filozofije i politike, pogotovu, kada se uzme u obzir srž njegove misli (ideje o polomljenom prozoru i nultoj strategiji) da policija treba da ima ovlašćenja da interveniše čak i kada ponašanja nisu kriminalna u striktnom smislu te reči, ali se radi o aktivnostima koje utiču na povećanje stope kriminaliteta.³⁶

Nema sumnje da je priča (teorija) o polomljenom prozoru vrlo zanimljiva i sa kriminološke i sa arhitektonsko-urbanističke tačke gledišta, ali je isto tako tačno i to da priča, teorija, strategija koja je iz svega proistekla, a reč je o strategiji nulte tolerancije, da je ta strategija dubiozna u mnogo čemu. U pitanju su najčešće manipulacije sa strahom od kriminaliteta koje su i jednostavne i delotvorne. Ukoliko jedna vlast želi da pojača represivnost nad građanima, da pojača sisteme njihove kontrole, nadgledanja, „špijuniciranja“, tj. prisluškivanja, praćenja, itd. – strah od kriminaliteta i borba protiv kriminaliteta su izvanredna prilika da se od građana, birača, glasača, poreskih obveznika, dobije pristanak, u stvari obezbedi legitimitet za uvođenje nekih najnedemokratskijih, najrepresivnijih mera. Ne treba ići u mnogo daleku prošlost i ne treba ići u neke azijske ili afričke države. Dovoljno je otići u Njujork, u SAD u septembar 2001. godine. Radi se naravno o terorističkom napadu na kule blizakinje i odgovoru američke države u vidu tzv. Patriot Act-a. Podrška građana tom zakonu bila je gotovo bezrezervna, legitimitet tog akta neupitan.³⁷ Tako su, između ostalog, ukazom Predsednika Buša iz novembra 2001. godine, formirane vojne komisije, koje su u mnogim slučajevima preuzimale ingerencije redovnih sudova.³⁸ Za obične ljude, laičku javnost, sve to verovatno i nije bilo toliko problematično, jer stravični prizori rušenja kula blizakinja u Njujorku, jednostavno su nadjačavali i opravdavali sve ostalo. Slično se može reći i za strategiju nulte tolerancije, pogotovu, ako i kada se statistički može, makar delimično dokazati da takva strategija doprinosi smanjivanju kriminaliteta.

ni liberalizma, ni demokratije, te se tako sa strategijom „nulte tolerancije“, uništavaju ne samo različiti oblici anti-socijalnog ponašanja, različiti oblici pobune, već i sloboda, liberalizam i demokratija uopšte.

³⁶ Đorđe Ignjatović; - Teorije u kriminologiji; . op. cit str.28-29

³⁷ Kam C.Wong; - USA Patriot Act: A Preliminary Study; - „Strani pravni život“; - 1-2/ 2007. str. 130-173.

³⁸ O tome više Vesna Ćorić; - Nove metode u suzbijanju terorizma u SAD nakon 11. septembra; - „Strani pravni život“ 1-3/2006.

Ako bismo pak strategiju nulte tolerancije pokušali da (nekritički) prenesemo, prekopiramo u naše domaće, beogradske uslove na primer, tada bi, čini nam se mnogi oblici socijalne demagogije i društvene hipokrizije još i više došli do izražaja, prvenstveno u tom smislu da bi tada u našim uslovima, najveću pretnju i smetnju harmoničnom i „idiličnom“ društvenom razvoju predstavljali huligani – navijači i mladi vandali koji pišu grafite po fasadama, a nikako ne ono što se naziva kriminalitet „belog okovratnika“, te različite korupcionaške malverzacije u sadašnjim vremenima tranzicije i privatizacije. Država bi mnogo više i brutalnije reagovala prema onima koji sprejom šaraju sveže okrečene fasade, nego prema onima koji u bescenje rasprodaju i najveća prirodna bogatstva i resurse.³⁹ Na neki način to se uistinu i događa, što naravno čitavu priču o polomljenom prozoru i strategiji nulte tolerancije u znatnoj meri kompromituje.

Nismo dakle imali nameru da o polomljenom prozoru i strategiji nulte tolerancije ovde govorimo kao o nečemu što bi se moglo, tj. što bi trebalo preporučiti za primenu u našim uslovima, ali smatramo da šira javnost u Srbiji svakako mora biti upoznata sa nekim aktuelnim teorijskim razmišljanjima i praktičnim aktivnostima, koje se sprovode u drugim zemljama, SAD, zapadnom svetu uopšte. Čini se da, naročito u našim uslovima, postoji jedan vrlo izrazit trend krajnjeg pojednostavljanja i kada je reč o teorijskom promišljanju, ali i kada je reč o preduzimanju nekih praktičnih mera u oblasti komparativistike, a što se sve manifestuje ili u odbacivanju svega što dolazi iz inostranstva, ili u nekritičkom obožavanju i prihvatanju svega što dolazi iz inostranstva, naročito sa Zapada. U tom se smislu zaista može govoriti o svojevrsnim problemima, nesporazumina, nevoljama, kada je u pitanju uporedno pravo,⁴⁰ odnosno, ne samo o upotrebi, već i o zloupotrebi pravnih transplanta.⁴¹

Postoji u našoj, ne samo laičkoj javnosti dosta neznanja i nerazumevanja, kašnjenja za aktuelnim trendovima u nauci i društvenoj misli uopšte,⁴² što se može manifestovati na različite

³⁹ „Ako oni stvarno počnu petnaestogodišnjake da osuđuju na osam godina robije... onda će Srbija postati zeško mesto za život...“ – www.pecat.co.rs/2010/10/slobodan-antonice-reakcija-drzave-ce-bit-i-jeziva/

⁴⁰ Jovan Ćirić; - Nevolje sa uporednimn opravom; - „Strani pravni život“ 1/2008

⁴¹ Zlatko Nikolić; - Pravni transplanti – od potreba do zloupotreba; - „Pravna riječ“ 23/2010.

⁴² Imajući u vidu šta, kako i koliko države kao što su SAD i države u Zapadnoj Evropi rade, preduzimaju danas u vremenima svetske krize, intervenišući na slobodnom tržištu, moglo bi se reći, sa pomalo ironije, „da će Srbija biti poslednji

načine, kao što rekosmo ili u obožavanju svega što dolazi iz inostranstva, ili u odbacivanju svega što nije izvorno „naše“. Institut za uporedno pravo u proteklih 55 godina pokušavao je da sve to prevaziđe, te da široj, pre svega stručnoj, ali i laičkoj javnosti, predstavi ono najvažnije, tj. najinteresantnije što se u svetu u pravnoj misli i praksi događa u datom trenutku. Bio je to jedan naš mali „pogled u tuđe dvorište“, što na neki način simbolizuje i naslovna strana na našem časopisu „Strani pravni život“ i odškrnuta vrata na ulazu u dvorišnu zgradu na Terazijama 41 u Beogradu, gde se nalaze prostorije Instituta za uporedno pravo. Taj pogled u tuđe dvorište, ovoga puta, u ovom članku bio je pogled kroz „polomljeni prozor“, ali ne zato da bismo mi afirmisali tu teoriju, a još manje zato da bismo se zalagali za primenu strategije „nulte tolerancije“ u našim beogradskim uslovima. Ipak, potrebno je znati šta se i kako se radi u svetu i kakve je rezultate to dalo, kao i kakve sve izazove i probleme neke od tih teorija, ili praktičnih delatnosti nose sa sobom i u svetu i kod nas. Ako ništa drugo, a ono bar samo zato da ne bismo ostali „poslednji bastion“, bastion bilo čega, komunizma, liberalizma, ili nečeg sličnog, odnosno nečeg što je u velikom svetu možda već prevaziđeno.

Imajući sve to u vidu, Institut za uporedno pravo je u svom časopisu „Strani pravni život“, samo u poslednjih pet godina, objavio radove, članke čak 117 različitih autora. U pitanju je preko 150 članaka. Većina tih članaka objavljena je naravno na srpskom jeziku, (uključujući tu i hrvatsku verziju srpskog jezika) ali, neki članci objavljeni su i na engleskom jeziku, njih 20, a jedan je objavljen na francuskom jeziku.

Od ukupno 117, 14 autora, koji su objavljivali u časopisu „Strani pravni život“ bilo je iz inostranstva. Iz SAD dva puta je objavljivao jedan autor, a po jedanput se pojavljuju autori iz drugih zemalja, od kojih, trojica iz Nemačke; dva autora iz Hrvatske i dva iz BiH (Republike Srpske). Po jedan autor bio je iz Poljske, Jordana; Slovenije; Bugarske; Francuske; Češke.

U časopisu se sprovodi sistem dvostruke anonimne recenzije, te je time obezbeđen kvalitet priloga, ali to ne znači da je časopis „zatvoren“ za priloge mladih kolega. Naprotiv, smatramo u stvari da su priloge mladih kolega, pa i studenata, vrlo dobrodošli, te da kvalitetom ne da ne zaostaju, već ponekad čak i prednjače. Pomenućemo ovde u tom smislu samo nekoliko mladih autora i njihove priloge: - u broju 1-2/2007 časopisa „Strani pravni život“,

bastion neoliberalizma“ (Bogdana Koljević u tekstu „Povratak modernosti“, na sajtu www.nspm.rs/savremeni-svet/povratak-modernosti.html, objavljeno 31.XII 2010)

objavljen je članak Ivane Rakić- „Međunarodni sud pravde“. U broju 1 iz 2008 – Miroslav Đorđević; - „Pravni transplant i srbijanski građanski zakonik iz 1844“. U broju 3 iz 2008. Savo Manojlović je objavio tekst: „International Courts in the Hague: a Comparison Between the ICTY and the ICC and their Respective Contributions to the Rule of International Law from the Perspective of Victims of International Crimes“, a u broju 3 iz 2010 – Dejan Pavićević – „Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva“. Treba takođe pomenuti da su u broju 2 iz 2010. objavljeni i kraći prilozi tri studentkinje Tanje Radosavljević, Slavice Gutić i Nere Aleksić.

Naravno i starije i već afirmisane kolege dali su neke vrlo zanimljive priloge u našem časopisu. Uz svesni rizik da ponekoga izostavimo, pominjemo ovde najpre svojicu uglednih autora iz Nemačke – Klauza Roxin-a, i njegov prilog iz broja 3 za 2008. „Zlostavljanje u pravnoj državi – slučaj Dašner u Nemačkoj – da li državnim organima izuzetno može biti dopušteno da pribave iskaz prinudom“, kao i Rainera Faupel-a i njegov tekst iz broja 2 za 2009. – „The Rule of Law“. Takođe, posebno pominjemo i neke domaće autore, kao što su: Ilija Babić i njegov članak iz broja 1-3 za 2006- „Evropa- pojam i ideje o ujedinjenju“, „ kao i Gorana Dajovića, koji je u broju 1-2/2007 napisao članak: „Pravni pozitivizam u 'krizi srednjih godina““. Tu je i Slobodan Vuković i njegov tekst iz broja 1 za 2009 – „Mediji u službi državne politike“, a isto tako pažnju privlači i članak Đorđa Ignjatovića; - „Države sa niskom stopom kriminaliteta – primer Malte“ iz broja 3 za 2009. Ljiljana Radulović je napisala tekst iz broja 1 za 2010 – „Funkcija obrazovanja u suzbijanju maloletničkog kriminaliteta“, a Dušan Vranjanac je objavio u broju 2 iz 2010, tekst pod naslovom „Norma kao imperativ“, odnosno Nataša Mrvić-Petrović i Zdravko Petrović su u broj 3 za 2010 imali prilog pod naslovom „Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude u stranim zakonodavstvima“.

I autori iz samog Instituta bili su veoma vredni i napisali su sijaset zanimljivih tekstova. Uz ponovni rizik da nam se opravdano zameri što samo neke izdvajamo, pominjemno ovde i Predraga Vukasovića i njegov tekst iz broja 1 za 2008 – „Amerika i Rim – ima li osnova za analogiju?“, Dragana Prlju i Miodraga Savovića u broju 2 iz 2009 – „E-mail kao dokazno sredstvo u uporednom pravu“; Jelenu Ćeranić iz broja 3 za 2009 – „Ratifikacija Lisabonskog sporazuma – reforma Evropske unije: bilans i perspektive“, i isto tako i Milicu Matijević i Vesnu Erić i njihov tekst iz broja 3 za 2010 – „Mere afirmativne akcije: terminološko određenje i uvodna razmatranja o

sadržini pojma“, kao i Vladimira Čolovića i njegov tekst iz istog tog broja 3 za 2010 – „Osiguranje od lekarske odgovornosti“.

Dakle, čini nam se da je malo koji drugi časopis imao toliko raznovrsnih tekstova iz vrlo različitih pravnih oblasti, tj. obrađivao neke sasvim različite teme, kao što je upravo časopis „Strani pravni život“ sa odškrnutim vratima i pogledom u (tuđe) dvorište. Mi smo se za ovih pet poslednjih, ali i prethodnih pedeset godina trudili da ta vrata što više otvorimo, te da, makar u formi jedne pojednostavljene informacije, učinimo da naš pogled u susjedstvo, na druge zemlje i pravne sisteme bude što sveobuhvatniji.

Danas se veoma mnogo govori o tome kako je neophodno da naši naučnici objavljuju u inostranstvu i Srbiju i njenu nauku promovisu u svetu, te se u tom smislu, veoma mnogo govori i o SCI listama, tj. ISI listama.⁴³ Ne može se sporiti da je potrebno srpsku nauku promovisati u svetu, ali se ipak moramo zapitati, - a zar možda nije korisnije i važnije svet (svetsku nauku – misao) dovesti u Srbiju, kako ne bismo, ni u načinu razmišljanja, kao ni u bilo čemu drugom, praktično ni u čemu, zaostajali za svetom i bili negde na periferiji. Pojednostavljeno rečeno, važno je otići u svet, ali je ponekad možda još i važnije svet dovesti u svoju sopstvenu kuću i time modernizovati i kultivisati tu svoju kuću. Ruku na srce, za sve i za svet i za samu Srbiju je ipak mnogo važnije saznati šta se u svetu događa, nego što je značajno da svet sazna šta se u Srbiji događa, osim ako ovo sve ne sagledavamo u jednom čisto propagandističkom maniru, kao priliku za promociju same Srbije.⁴⁴ Sve ovo pogotovu dolazi do izražaja u procesima usklađivanja srpskog prava sa pravom EU, odnosno u procesima pridruživanja Srbije Evropskoj uniji.⁴⁵

⁴³ I o tome je pisano u časopisu „Strani pravni život“, pa tako na primer; - Predrag Vukasović; - „ISI i analiza citiranosti naučnih časopisa – poreklo, namena i osnovna načela“; - „Strani pravni život“ 1/2009. str. 211-231. Samo uzgred ovde pominjemo i činjenicu o kojoj se kod nas možda i ne zna baš toliko mnogo, a koja se na neki način „demistifikuje“ u ovom članku. Radi se o tome da je čitav ovaj sistem u stvari jedna privatna institucija. Institut za informisanje u nauci - Institute for Scientific Information (ISI), nalazi se u sastavu „Thomson Reuters Corporation“.

⁴⁴ Problem je međutim u tome što nauka ipak nije sport, odnosno nauka ne poznaje državne i nacionalne granice, te je i ne treba koristiti i (zlo)upotrebljavati u neke propagandne i dnevno-političke svrhe. Ovo pogotovu u oblasti društvenih nauka, pravu, na primer, gde se ne mogu baš jasno očitovati direktni ekonomski efekti prvenstveno putem patenata ili na neki drugi sličan način.

⁴⁵ Situacija je ovde ponekad pomalo paradoksalna. Često se naime u srpskoj javnosti može čuti i sledeće: „ako hoćemo u Evropu, moramo usvojiti (promeniti) 'taj i taj' zakon“. Ne harmonizuje se Evropa sa Srbijom, nego Srbija sa Evropom, te je i u tom smislu potrebnije i logičnije dovesti svet u Srbiju, a ne obrnuto. Uporednopravna

Svesni smo naravno rizika i nevolja koje sa sobom donosi svaka vrsta uporednopravnih istraživanja, o čemu je moja malenkost pisala u tekstu pod naslovom „Nevolje sa uporednim pravom“ iz broja 1 za 2008, pominjući pri tome, možda ponajpre opasnost da usled ideološke zaslepljenost pojedina rešenja koja su sasvim neprimerena našem mentalitetu, istoriji, tradiciji, ekonomiji, budu prosto prepisana i inkorporirana u naš pravni sistem, što onda može stvoriti velike glavobolje. Ali, „pogled u tuđe dvorište“, bez obzira što bi nam neki „čistunci“ sve to, čitav taj voajerizam mogli zameriti, uopšte ne mora biti rđava stvar. Dobro je videti i znati šta sve u svetu postoji i kako to što postoji u praksi funkcioniše, ali to još uvek ne treba da znači da to treba da bude nekritički prihvaćeno i preuzeto. Priča o polomljenim prozorima, te u vezi sa tim i strategijom „nulte tolerancije“ upravo je dobar primer za sve to. Polomljene prozore svakako treba popravljati, ali to nikako ne znači da one koji lome te prozore treba „terati na robiju“ i osuđivati na posebno stroge zatvorske kazne, jer bi iz svega moglo biti znatno više štete nego koristi⁴⁶. O tome smo zapravo želeli da ovde govorimo, upoznavajući našu javnost sa jednom zanimljivom pričom i teorijom, nastalom ne tako davno u SAD, ali isto tako upoznavajući našu javnost i sa strategijom nulte tolerancije, o kojoj se i kod nas dosta govori. Tu strategiju mnogi pominju, a da pri tome zapravo ni ne znaju šta to u stvari sve znači, odnosno do čega sve to može dovesti. Uostalom, često se u Srbiji događa da i pojedinci i institucije nastupaju tako što pomalo prepotentno tvrde, kako je „to i to“ regulisano na „taj i taj način“ svuda u svetu. To obično nije tačno, ali je ponekad relativno teško protivurečiti onima koji samouvereno tvrde „kako je u svetu“. Mi, iz Instituta za uporedno pravo nikada u proteklih 55 godina nismo pokušavali da budemo toliko pretenciozni, već smo uvek pokušavali da uradimo tek samo to da „bacimo pogled“ u „tuđe dvorište“, te da između ostalog vidimo i saznamo kako i šta treba činiti na popravci „polomljenih prozora“.

istraživanja i časopis „Strani pravni život“ upravo deluju u tom pravcu i na tom planu.

⁴⁶ Policija bi postala previše „svemoćna“, što za zemlju u tranziciji, tranziciji ka demokratiji, poštovanju ljudskih prava i idealima pravne države nikako ne bi bilo doro, ali bi zato zatvori postali još puniji, puni naročito mladih ljudi, što bi bilo izuzetno loše.

Jovan Ćirić, PhD
Institute of Comparative Law,
Belgrade

A LOOK INTO THE EXTRANEIOUS YARD THROUGH A „BROKEN WINDOW“

At the beginning of the 80s two american sociologist launched a theory after which if on one building only one broken window remains unrepaired for a longer time that will be a signal and message which will soon lead to that that also all the other windows are broken, destroyed. It is a signal, a message that the word is about something which is abandoned and rusty, something about which nobody takes care so that there is nobody who would sanction the (petty)-offensive behaviour. The theory of the „broken window“ became soon very popular and from it derived the „strategy of zero tollerance“ after which the police should react very decisively and strictly precisely in the minor violations, like vandalism, graphite-writing, vagabondism, begging, in order to prevent something bigger and more dangerous. Such a stretegy of zero tolerance was proclaimed in New York and really, since the mid 90s there is an appreciable decrease of the rate of criminality. However, many critics say that the word is about coincidence, that the strategy of zero tollerance is on the trace of a rightist non democratic politic of treatening of the human rights, and precisely of those marginal citizens which are socially most threatened. The author of this article considers that a consistent application and copying of such a strategy and politic in the Serbian conditions, because of that but also because of many other things would be very problematic, so that he does not plead for its application in Serbia, but he considers that it is useful to „take a look“ into the „extraneous yard“ now and then and to perceive how and what is done in other societes also on the field of struggle against crminality. Jovan Ćirić considers that that does not have to mean a non-critical transcription of foreign solutions, but it can be very useful. The Institute of comparative law has precisely been doing this in all its 55 years, above all through its Journal „Foreign Legal Life“ it perceives the experiences of others, it looks into the extraneous yard in differenr ways, also through a broken window.

Key words: broken window; zero tollerance; rates of criminality; experiences of others; Institute of comparative law

Professor, Dr., Ph. Dr., Bizina Savaneli
Department of Law at the St. Grigol Peradze University,
e-mail: paradis.65@mail.ru
savaneli555@yahoo.com

Originalni naučni rad
UDK: 340.5 342.7 340.13

Mutual Transition, Spiral and Evolutionary Development of Single Positive Law and Plural Normative Order Related to the Comparative Normative Order Study

I. Pravni monizam (u pozitivnom javnom i privatnom pravu) ukazuje na to kako bi fizička i pravna lica trebalo da se ponašaju. Normativni pluralizam (normativni poredak javnog prava i privatnog prava) pokazuje kako se organi javne vlasti, fizička i pravna lica ponašaju u stvarnosti. Pravni monizam (kako treba da bude) i normativni pluralizam (ono kako jeste) nikada se ne podudaraju.

II. Teorija međusobne tranzicije, spiralnog razvoja i evolucije pozitivnog prava i pravnog poretka uzima u obzir sve suprotnosti između njih i čini mogućom mirnu koegzistenciju pozitivizma i socioloških pravca u teoriji prava, i stvara ravnotežu između javnog i privatnog prava, i javnog normativnog poretka i privatnog normativnog poretka, na svetskom, regionalnom i lokalnom nivou.

III. Teorija "pravnih porodica" uporednog prava zanemaruje fenomen normativnog poretka, te je stoga neophodno uvesti novu granu pravne nauke: Proučavanja uporednih normativnih poredaka.

IV. Ideja pravičnog prava ukazuje na to koje i kakvo pravo zakonodavci (u romansko-germanskim, to jest, civilističkom sistemu) ili sudije (u anglo-američkom, odnosno common law sistemu) treba da stvaraju, tako da bi pravo bilo pravično sa stanovišta univerzalnih ljudskih prava.

V. Međusobno preplitanje pravnog monizma, normativnog pluralizma i ideje pravičnog prava mora se zasnivati na univerzalnom pravu ljudskih prava kao osnovnom subjektu norme, i ovaj proces se mora ponavljati dijalektički, dakle spiralno, stalno, mora evoluirati, i mora biti neprestan.

Ključne reči: pravni monizam, spiralni razvoj, tranzicija, normativni pluralizam, pravično pravo

“To do just law, makes a dry tree green”.
- Shota Rustaveli (XII Century)

I. Introduction

Plato, Aristotle, Kant and Hegel were preoccupied with the question of: not what is the law, but what the law ought to be.

According to Kelsen's Pure Theory of Law, every legal norm is in accord with another “higher” legal norm that authorizes its creation. The “higher” legal norm, in turn, is valid only if it has been created in accord with yet another, even “higher” legal norm that authorizes its enactment. More concretely, the constitution is the basic authorizing norm of the rest of the legal system, and the Basic Norm is the presupposition of the validity of constitution. Furthermore, Kelsen argued that every pair of norms which derive their validity from a single Basic Norm necessarily belongs to the same legal system and, *vice versa*, so that all legal norms of a given legal systems derive their validity from one Basic Norm. It is widely acknowledged that Kelsen erred in these assumptions about the unity of legal systems. However, the role of the Basic Norm in explaining the normativity of law is crucially important. The presupposition of the Basic Norm as the condition of validity of legal norms marks Kelsen's theory as “pure”, which distinguishes it from other theories in the legal positivist tradition. Kelsen was convinced that any attempt to ground law's normatively - its “ought” aspect - is doomed to failure if it is only based on facts, whether those facts are natural or social.

Once again, to account for an “ought” conclusion, one needs some “ought” in the premises. Therefore, Kelsen thought, normativity of law, as a genuine “ought” must, ultimately, be presupposed. Kelsen's pure theory of law is an attempt to find a middle way between natural law's dogmatism, and positivism's reduction of law to the social sciences. Kelsen does not claim that the presupposition of the basic norm is a necessary feature, or category, of rational cognition. The Basic Norm is an “ought” presumption and, as such, optional. It is not necessary for anyone to accept the basic norm. The basic norm is necessarily presupposed only by those who accept the “ought”, namely, the normativity of the law. The validity of a legal system partly, but crucially, depends on its actual practice: A legal order is regarded as valid, if its norms are by and large effective.

Furthermore, the actual content of the basic norm depends on its effectiveness. However, actual legal practice is characterized by normative pluralism, and the effectiveness of the legal system depends on the normative order, which is free from direct subordination to the single legal system.

II. Canonical jurists – Bentham, Austin, Kelsen, Dworkin, Hart, Rawls – tended to assume that a theory of law is only concerned with two types of law: state law and public international law. For the most part, their theories of law do not purport to give an account of non-state law. More over, classical and contemporary scientists traditionally identify “Law” and “Order”. Such identification is mistaken. I consider “Law” as Positive law, while “Order” – as Normative Order. Positive Law and Normative Order compose Normative System of each country. Accordingly, Positive Law as the part of Normative System has single form, while a Normative Order has plural forms.

It is necessary to make distinction between legal pluralism and normative pluralism.

Legal pluralism is connected to the plurality and differences of legal systems of nation-states. Legal pluralism in that sense consist a single world human rights law. A single world human rights law does not mean necessity of existence of world government. Mikhako Tsereteli (1910), a founder of international law in Georgia, follows Kant (Perpetual Peace, 1795) in rejecting a centralized regime of world government on the grounds that it would either be a global despotism or else an unstable and fragile empire torn by civil strife. This is a quite different point from the very cosmopolitan argument that any domestic political order needs to be set in a wider, transnational or global context. Existence of single world human rights law means only an existence of Code of Universally Recognized Human Rights and appropriately legal mechanism of their protection by the World Supreme Court of Human Rights like the European Court of Human rights and Freedoms in Strasburg.

** A summary of my scientific researches on this issue since 1977 see: Positive Law and Normative Order (1977), Tbilisi, (In Georgian). Normative Order as a self-governing and evolutionary system (1978,*

Tbilisi, (In Georgian). Normative Force of Judicial Practice (1979), Tbilisi, (In Georgian). Normative Order and Judicial Practice, (1981), Tbilisi, (in Russian). Sense of Law and Law in Action, (1990) Tbilisi, (In Georgian). Evolutionary Interaction between Positive Law and Normative Order from the Point of View of Comprehension of Sense of Law. Doctoral Dissertation Essays. (1992) Tbilisi, (In Georgian and Russian). "A Structure of Normative order", in Manual: "Modern Theory of Law", ed. Technical University of Georgia, Tbilisi, (2004), p. 219-239, (In Georgian). Co-existence of Single Positive Law and Plural Normative Order, The Journal Jurisprudence, volume six, trinity term, (April 2010), Published in USA, Charleston, SC, p. 247-258. (In English).

Normative pluralism, first of all, is connected to the plurality of normative orders within each country.

More clearly, on the level of each country legislator *in abstracto* distributes mutual rights and obligations among natural and legal persons as potential participants of future normative relations. On the level of each country natural and legal persons as individual participants of the real normative relations distributed mutual rights and obligations thyselves *in concreto*.

Normative pluralism in each country refers to the co-existence of multiple normative orders parallel with a single legal system such as positive law. In other words, in each country we have a **single legal** system (legal monism) and a **plural normative** system (normative pluralism).

Normative orders and normative pluralism are synonyms. Normative pluralism or normative orders is used sometimes to apply to those who advocate plural orders in contrast to state centralism. Positive law is a system of legal rules, which point out how public bodies or private persons of law ought to conduct themselves **ideally** regardless of the functioning of such rules really. The normative orders is a system of established rules, which show how public bodies or private persons act **really** regardless of what rules of positive law point to ideally.

The normative order generally comprises both state and non-state orders. So, there are two fields in the space of normative order in general: official normative order, which includes normative acts, and unofficial normative order, which includes normative facts. More clearly, normative order includes two spaces: individual normative acts of public bodies and individual normative facts of private

persons. Individual normative acts of public bodies in their entity may be nominated as public law or **state law in action**. Individual normative facts of private persons in their entity may be nominated as private law or **non-state law in action**.

An official normative order comprises individual decisions of public (official) bodies. An official normative order has a **vertical character**. An unofficial normative order comprises individual acts of private (unofficial) persons. Unofficial normative order has **horizontal character**. Both also include cross-sectional fields, which reflect a result of the coexistence and interaction of an official normative order and unofficial normative order, and the feasibility of normative acts and normative facts. So, the normative order has legal and non-legal contexts.

In whole, normative order is existence of public law or state law in action and existence of private law or non-state law in action, as well as of their coexistence.

Therefore, positive law is the established by the state entity of general legal rules which regulate civil, political, economic, social and cultural relations among natural and legal official or unofficial persons through the distribution among them mutual rights and obligations *in abstracto*.

Therefore, normative orders is the established by the individual natural and legal official or unofficial persons entity of individual normative rules which regulate different civil, political, social and cultural relations through the distribution among and by them mutual rights and obligations *in concreto*.

Normative order in official context we could be consider in whole or as an entity of different sections (orders) of normative order in official context. For assess and clarification of normative order in official context or different sections (orders) of normative order in official context, we could be used the official reviews of authoritative bodies and competent organizations. For example, for assess and clarification of normative order in official context or different sections (orders) of normative order in official context in the field of human rights may be used reviews or reports of Amnesty International, Human Rights Watch, Freedom House and numerous other organizations concerning observation general human rights norms by the different states and regimes. The World Bank, IMF and donor states subject potential recipients to universally recognized standards implied by phrase: “democracy, good governance and rule of law”.

Transparency International develops a quite sophisticated methodology for analyzing the extent of corruption in a given country.

An attempt of subsequent development of theory of normative order we found in the work of W. Twining "Globalization and Legal Theory" (2000). W. Twining underlines: "A healthy global general jurisprudence should be able to give a total picture (descriptive/explanatory/normative/analytical) of the phenomena of law in the modern world. Such accounts can be constructed from multiple perspectives. For most purposes, they need to include not only municipal legal systems and traditional public international law, but also global, regional, transnational, and local orderings that deserve to be treated as 'legal' for given purposes and the and the relations between them. This will involve addressing the phenomena of legal pluralism, both within and beyond municipal legal systems and different cultures and traditions. The facts of interdependence cast doubt on any 'black box' descriptive or normative theories which treat legal or other normative orders as self-contained and in particular those which purport to limit the sphere of their application to notionally self-contained nation states, societies or other impervious units."¹ But the author could not differentiate substantially not only positive law and normative order, but legal order and non-legal order in the framework of normative order, "order of orders".

Normative pluralism or normative orders in the framework of normative order in whole ("order of orders" – see below) is the **empirical reality** in Kantian sense which can become a subject of scientific or other research and investigation through the method of transcendental idealism in Kantian sense.²

¹ W. Twining, *Globalization and Legal Theory*, (2000), ed. Butterworths, London, p. 88.

² *Transcendental idealism is a doctrine founded by German philosopher Immanuel Kant in the eighteenth century. Kant's doctrine maintains that human experience of things is similar to the way they appear to us - implying a fundamentally subject-based component, rather than being an activity that directly (and therefore without any obvious causal link) comprehends the things as they are in and of themselves. The best way to approach transcendental idealism is by looking at Kant's account of how we intuit objects, and that task demands looking at his accounts of space and of time (See Transcendental idealism in Wikipedia: "Transcendental Idealism"). Normative character of positive law and normative character of language are coincides as Kelsen saw. (See, H. Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. Archiv für socialwissenschaft und socialpolitik*, 1919, p. 40. See also, H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1946, p. 175).*

III. The notion and functioning of the normative order in official context i.e. the individual decisions of public bodies traditionally have been explored more carefully than the normative order in unofficial context.

The notion of normative order in non-legal contexts refers to certain social facts, which have been named by Prof. George Naneishvili as “normative facts”.³ Normative facts are the coexistence of different norms in the form of mutual individual rights and obligations within the different every-day social relations of private natural and legal persons’ lives.⁴ Sometimes G. Naneishvili is using the notion “autonomous normative facts”. “Autonomous normative facts” in the space of social life nicely catches the imprecision and porosity of the social context of normative order.⁵

More precisely, for the clear illustration of the formation of normative facts in the private space I would like to cite a simple example. Let us assume that any private person publicly expressed free will of readiness to undertake an obligation to act in the specific private space. The readiness to undertake an obligation to act in the specific private space has the normative effect, but that is not a normative fact until the other person or persons will not express its or their counter free will of readiness to undertake an obligation to act in that specific private space. In favorable case, the **expression** (fact) of readiness by both parts to act in specific space and distribution of **mutual obligations** and **corresponding rights** (norm) by both parts is the end of formation of normative fact. If we consider such normative facts and analogous and other normative facts in the private space in totality we shall receive the unity which could be named as normative order simultaneously with legal normative order.

³ George Naneishvili, *Positive Law and Normative Facts*, 1930, ed. Tbilisi State University, Tbilisi. (In Georgian). G. Naneishvili graduated from Freiburg University in 1924. He was an assistant of founder of Psychological theory of Law - Prof. Leon Petrazhitski and follower of Edmund Husserl in Jurisprudence. Prof. George Nanaeishvili is only one scientist who on high creative level develops Reinach's Theory about Social Acts. (See: A. Reinach's major work, “The A Priori Foundations of Civil Law,” (trans. John Crosby), *Aletheia*, 3 (1983).

⁴ B. Savaneli, *Positive Law and Normative Order*, J. “Law”, 1977, N3, p. 34. (In Georgian).

⁵ G. Naneishvili, *op. cit*, p. 55. Radical position concerning legal force of contracts was expressed by J. Frank. For him, not only legislator, but also private persons create positive law. (See: J. Frank, *Courts on Trial*, Princeton, 1949, p.308).

G. Naneishvili's position, which is also mine, may be set forth in summary:

1. The normative facts do not depend on the positive law or its sources.

2. Normative facts are always prior to positive law.

3. We can always imagine normative facts in a space, which is not subject to the regulation of positive law.

4. Positive law cannot increase or decrease the number of normative facts.

5. The notion of normative facts excludes the idea of the free creation of rules of law. Positive law has an artificial, man-made character.

6. Concerning positive law: Because the specific character of positive law depends on the specific character of

external transitional factors we can say that this (but not other) positive laws appeared. Therefore, each instance of positive law is but one of several possible (un-instantiated) positive law alternatives.

7. Concerning normative facts: Because the specific character of normative facts does not depend on the specific character of external transitionally factors, we cannot say that this (but not other) normative facts are

appeared. Each normative fact is not a possible normative fact, because a normative fact is a fact.

8. Normative facts can only be used by positive law for its aims or can institute constraints over the result, which, according to its value, should occur, but positive law can never annul normative facts.

9. In contradiction to the positive law, which always has an authoritative legal source, normative facts have no authoritative source. We always can say that positive law "happens", but we cannot say this about normative facts, because any fact is a history.

10. Normative facts should be investigated irrespective of positive law.

Normative facts (*seinsregel*) reflects the normative pluralism in the day to day lives of individuals' and their groups, and, partially by the 'production' of individual social rules by private persons. The normative lives of private individuals and groups form the independent normative life of society concerning mutual individual

human rights and obligations.⁶ The theory of normative facts is based on the idea of contract, treaty, and so on. These include, in particular, private civil contracts, mutual contractual aid, trade and collective commercial agreements as well as the vast range of internal institutional rules, rules of private different units, etc. but not property rights. Property rights have a static, not a dynamic character. Normative facts have a dynamic and not a static character; they reflect factual relations between two or more private natural and legal persons.

Private normative order (normative facts in private space) also refer to the norms of a given group, community, or society or they may refer more broadly to any norm that guides or governs social relations through distribution of rights and obligations. Private normative order (normative facts in private space) out of private space do not refer to distribution of rights and obligations among participants of social relations and they are not the subject of science of law.

The idea that normative facts do not depend on the positive law or its sources based on the **Giant Goethe's** formula: ***“Im Anfang war die Tat”***. Instead of ***“How to Do Things with Words”***, we suggest the formula: ***“How to Do Words with Things”***.

Human beings do things without words. The things do words, the words do new things, new things do the new words, the new words do new things and etc. Permanent and cyclical interaction between things and words, inter-substitution of things and words, and permanent and cyclical inter-transition of things and words at global, regional, national and local levels has a trend to comprehend a sense of law of Humankind must be based on the Universally Recognized Human Rights. The aim and goal of such interaction, inter-substitution and inter-transition is to achieve sustainable development of Humankind. Formula ***“New things produce new words”*** means that

⁶ B. Savaneli, *Correlation between Fundamental Human Rights and Legal Capacity of the Citizens*, 1968, *Candidate's Dissertation Essays, Moscow*, page 14. (In Russian). See also: *“Juridical Forms of the Citizens Position in Soviet Society”*, 1969, *Monograph*, ed. “Academy of Sciences of Georgia, Tbilisi, (In Russian). Reviews on monograph see: Prof. Dr. S. S. Alekseev, in J. “*Jurisprudence*”, N 5, 1970, p. 106-107 (In Russian); M. Fridieff, in J. “*Revue Internationale de Droit Compare*”, Janvier-Mars, Paris, 1971, p. 272-273 (In French); Anna Michalska in J. “*Ruch Prawniczy, Economizhny i Socjologiczny*”, *Kwartal Trzeci, Warszawa-Poznan*, 1971, p. 305-307 (In Polish).

new facts produce new mutual rights and obligations. The entity of new facts and new mutual rights and obligations create new normative space, which causes necessity to establish new positive law and etc. Generally talking: to claim “ought to be” means that such “ought to be” practically possible. In other words: it is nonsense to claim human action which is not practically possible. “Ought to be” should be based on the possibility.

Developing G. Naneishvili’s theory, I underline that mutual rights and obligations of individuals and legal persons are neither psychological entities nor are they mental. The bearers of rights and obligations are related to each other psychologically or mentally but their mutual rights and obligations are related - **logically**.

In other words, using P. Winch’s term, normative facts could be described as “rules-governed behaviors”.⁷ Such rules have been naturally plated into human behaviors and issued from human’s knowledge, skills, habits, experience, interdictions, permeations, traditions, ethics, customs, dispositions and etc. Indivisible connection between social rules and individual behaviors is the vital connection (“*Lebenszusammenhang*”, using Dillteis term). The participants of such vital connections disseminate mutual rights and obligations among themselves by which they govern their behaviors. Therefore mutual rights and obligations are the rules through which and together with participants’ behaviors have been created “rules-governed behaviors”, which in legal theory is known as “normative facts”. Theoretically, normative facts divided into norms (mutual rights and obligations) and facts (behaviors), in shorten - normative facts.

The theory of normative facts moves away from questions about the effect of law toward conceptualizing official and unofficial forms of normative order. Only 50 years after George Naneishvili, Sally Falk Moore introduced the term “semi-autonomous social fields”, which, as correctly saw W. Twining, nicely catches the imprecision and porosity of the social contexts of most normative orders.⁸ At the same time “Many normative orders do not have discrete boundaries, they tend to be dynamic rather than static, and relations between them are extremely complex.”⁹ The positive law and the normative order

⁷ P. Winch, *The Idea of Social Science*, Routledge & Kegan Paul, Printed in Great Britain by the Burleigh Press, London, 1958.

⁸ W. Twining, *op.cit.* p. 85.

⁹ W. Twining, *op. cit.*

coexist and interact in complex ways. "Sometimes they compete or conflict; sometimes they sustain or reinforce each other through interaction, imposition, imitation and transplantation."¹⁰

My position concerning normative facts is based on the logical investigations of Edmund Husserl. As is generally known that Husserl developed a thesis advanced by his teacher Brentano to the effect that all mental acts are intentional, that is, that they are directed towards an object. The existence of man is the existence of other existence of permanent choice. Husserl maintained that all intentional experiences are in this sense 'objectifying acts'. Husserl's account of meaning builds upon this theory. All uses of language are, he says, referential. Accordingly, Husserl viewed acts such as questions or commands as masked assertions. The command "sit down on the chair" he interpreted as a statement to the effect that "your sitting down on the chair is my current request." The man is what he is not yet, but what he ought to be.

Plural forms of normative facts are based on the idea that there are many real spaces, which are largely independent of the individual's knowledge of a given world. Normative facts are mainly associated with "non-state law". As is generally known E. Ehrlich, the pioneer of sociology of law, argued that a realistic depiction of the law in action had to account of "the living law" of sub-groups as well as "the official law" of the state. He saw that these could diverge significantly and that sometimes one, sometimes the other would prevail. This was an important step not only in the direction of "realism", but also in deliverance from the idea that the state has a monopoly of law-creation. These ideas were developed in a number of directions. For example, K. Llewellyn saw clearly that within a major group such as a nation-state, society or tribe, the basic functions of law, such as conflict-prevention and dispute-resolution, could be performed at different levels by a variety of mechanisms in addition to rules by education or the threat or use of brute force, and that different bodies of rules could coexist without necessarily being ranked in a clear hierarchical order.¹¹

¹⁰ W. Twining, *op cit*.

¹¹ K. Llewellyn, *The Normative, The Normative, The Legal and The Law-jobs: The problem of Juristic Method*, (1940), 49 *Yale Law Journal*, p. 1355-1360. Shortened version was reprinted in *Llewellyn's Jurisprudence: Realism in theory and Practice* (1962), p. 233-262.

All societies have different normative space, in which positive law does not exist in isolation, and more over is not necessarily the most powerful element thereof. The state has no monopoly of lawful power within a given country, except in criminal law and administrative law, because the normative order does not have discrete boundaries. The normative order is dynamic rather than static, and social relations in each normative order are extremely complex. Moreover, public normative acts and private normative facts coexist and interact in complex ways. Sometimes they also compete or conflict, sometimes they sustain or reinforce each other and often they influence each other through interaction, imposition and transplantation. Often such influence is reciprocal.

Normative Order is the established and stabled order or practice of realization of abstract legal acts by public bodies that particularly and concretely regulate real interpersonal relations through the official distribution mutual rights and obligations among the individual participants of normative relations, and the established and stabled order or practice of realization of free individual wills of private persons that particularly and concretely regulate real interpersonal relations through the unofficial distribution and realization of mutual rights and obligation among the individual participants of normative relations, and in a case of their violations they have been guaranteed by the application of legal force by the just judiciary.

IV. A traditional thesis distinguishes “Law in books” and “Law in action”.

My position concerning single positive law is partially based on the H. Kelen’s pure theory of law; partially, because - normative acts of public bodies and normative facts of private persons are “*seinregels*”, but not “*solenregels*” which connected with rules of positive law, but not rules of Normative order. Taking out of “Pure theory of law” and simultaneously “Stepped theory of law” means taking out of State’s (*sollen*) frameworks which fraught with complete distraction purity of positive law and stepped structure of positive law. More over, that means to run the danger of statehood which is main guarantee of stability of contemporary society.

Hierarchy of state’s bodies and officials in it is a result of lawmakers’ activity, i.e. general legal model of organization of state’s power. Accordingly, hierarchy of state’s bodies and officials in it is a

reflection of hierarchy of sources of positive law, in other words “Law in the books”.

On the level of positive law “*sein*” and “*solen*” are not contradicted each other, they coexisted **logically** in the framework of two parts of structure of each legal rule: hypothesis and disposition. On the level of normative order “*sein*” and “*solen*” are not contradicted each other, they coexist **empirically** in the framework of two parts of structure of each normative fact: fact and rule. (For example, treaty as normative fact consists of two parts: a fact of conclusion of treaty and mutual rights and obligations between participants of treaty).

In other words, normative order embraces factually settled order (practice) of application of legal rules by public bodies (precedent in broad sense) and factually settled order (practice) of application of mutual rights and obligations by private persons. On the level of normative order “*sein*” and “*solen*” coexistence not logically but factually and they are indivisible.

The positive law and normative order in whole are not also contradicted each other, they exist in the parallel regime, because they are entirely different levels of life of the civil society. Functional asymmetry between them is normal process and that process indicates on the perspective of evolutionary development of society in whole. Particularly, positive law is unempirical space of life of civil society, while normative order is empirical space of life of the civil society. Exposition of contradiction between positive law and normative order is possible only **theoretically** in the process of investigation of their dynamics, using comparative and other methods.

Necessity of exposition of contradiction between positive law and normative order arises when “antientropy” (self-regulatory and/or self-governing) autonomous mechanisms exhaust their means and resources, and level of disorder in normative order reaches a critical stage. Necessity of exposition of contradiction between public normative acts and private normative facts inside the normative order arises when “antientropy” (self-regulatory and/or self-governing) autonomous mechanisms exhaust their means and resources, and level of disorder in normative order reaches a critical stage.

When entropy in any space of normative order reaches the stage which threaten the system it’s appear an idea of legal reconstruction of appropriate space of positive law. More clearly, when in the process reaches evident contradiction between positive law (ought to be) and

normative order (to be), and between public normative acts and private normative facts inside normative orders, which indicates that positive law inadequately and unjustly regulates relations between natural and/or legal persons, any legislator must begin the process of thoughtfully investigating normative order for the elaboration of new positive law which adequately and justly resolved such contradiction between positive law (ought to be) and normative order (to be) generally, and between public normative acts and private normative facts inside legal orders particularly. In other words, the aim and goal of such investigation is to discover the normative disorders inside normative orders, and then elaboration of new positive laws for eradication of normative disorders. Achievement of such aim and goal is the main function of any legislator on the local, internal, regional or global levels.

The purpose of investigation of normative order i.e. investigation of public normative acts of public bodies (public normative order) and normative facts (private normative order) of private persons are to decrease entropy through the improvement of appropriate fields of positive law. First of all, it means the generalization of normative practice of public bodies in the process of elaboration of normative acts by them and normative practice of private persons in the process of distribution of mutual rights and obligation by them, which at the beginning is the obligation not sociologists but professional jurists with the sociological bias.

After that, adequate and just resolution of contradiction between positive law (ought to be) and normative order (to be) in the normative system of the country, and between public normative acts and private normative facts inside the normative order through the creation of new positive law, using P. Ricoeur's general model¹², generally consists of three stages: pre-figuration (anticipation), con-figuration (formalization) and re-figuration (reorganization). Particularly, the process of thoughtfully investigating normative order for the elaboration of new positive law should be based on the normative pyramid of reasoning. In the normative pyramid of reasoning the core sensual variants concentrate in the center and move from the bottom-up to the top while all the marginal ones after checking and filtering remain on the lower levels or strata of the model to form background knowledge to the effect to the cognitive normative concepts. Every

¹² P. Ricoeur, *Le Temp et Recit*. Paris, 1983, Vol. I, p. 59.

previous phase is a preparatory stage to proceed on the follow-up phase until finally the investigator achieves hierarchically top phase to elicit the conceptual information. The process of making predictions includes a certain adaptation. The degree of adaptation depends on the amount of frustrated expectations or justified predictabilities. So that in case of regular goal-oriented movement of above mentioned methods – adaptation the investigator may benefit, elucidating the maximum information at expense of minimum time and effort.

Simultaneously moving up-ward to the top of cognitive-normative pyramid there is top-down sensor checking process as well, which sets up loose associations condensed in our concept. It offers the knowledge and experience of all the previous phases. Otherwise this self-regulated system shows how to achieve the non-finalized decisions made in every phase. Any element that occurs in this system has its own normative structure. Drawing attention to the most important one, the investigator reluctantly receives information about other parameters i.e. we observe constant changing process of analysis and synthesis.

To the end, the cognitive normative concepts assist us the cognize the world, both visible and/or invisible, organizing the surrounding chaos of normative disorder into the “order of orders”. (See below). The process of permanent taking of the contradiction between public normative acts and/or private normative facts inside legal orders, and the process of taking of the contradiction between positive law and/or normative order in the frameworks of their permanent inter-transition creates a spiral, sustainable and evolutionary tendency through which any legislator comprehend a sense of law.¹³ In philosophical terms: mutual transition, spiral and evolutionary development of positive law and normative order based on the “principle of causality through freedom”, but not “principle of causality of the nature”.

The aim and goal of such mutual transition, spiral and evolutionary development of positive law and normative order is to achieve the sustainable development of humankind.

V. If the task of legal science is to advance the understanding of law in the modern world, the facts of globalization and interdependence dictate that even the most local phenomenon needs to

¹³ B. Savaneli, *General Theory of Law, Manual, 1993, p. 201-205. (In Georgian).*

be viewed in ever-widening contexts, up to and including humankind in general. I agree with scientists in the field of globalization that no one can understand their local law by focusing solely on domestic legislation of single jurisdiction or nation states, that the range of significant actors and processes has been extended, and that the phenomena of normative pluralism is central to understanding system of law in today's world.

Normative order is the system of normative orders ("order of orders" using Rustaveli's term – see below). Normative orders interact to each other in the frameworks of normative order. Normative order and normative orders interact like interact of whole and part, but not like general and single.

More precisely, the normative order of each country is a gamma of normative orders of individuals and groups bound by mutual rights and obligations. Developing A. Reinach's and G. Naneishvili's theories, I underline that the bearers of mutual rights and obligations are related to each other psychologically or mentally but mutual rights and obligations are related - **logically**. Mutual rights and obligations of individuals and groups are neither psychological entities nor mental. Mutual rights and obligations are exclusively normative entities like norms of positive law. Moreover they are always prior to the positive law.

Different levels of normative order are not neatly nested in hierarchies, nor are they impervious, nor are they static. They interact in complex ways. Moreover, to understand the normative order, the study of norms is almost never enough. One also has to take account of values, facts, meanings, processes, structures, power relations, personnel, and technologies.

On the other side the only way to make sense of the overlapping normative orders in the modern world is to take refuge in picturing all states legal systems, international order and other orders in a single monist or pluralist system. Monism and Pluralism are entire process, which establishes a new synthetic system of law building in worldwide scale.

The theory of normative order based on the **justice of equality in fundamental human rights and inequality in private rights**. "Justice based on two pillars: fundamental human rights and legal capacity of each person. Fundamental human rights concerning justice mean that **all persons have equal fundamental human rights**. Individual legal capacity concerning justice means that **all persons**

have equal right to possess unequal private rights. Fundamental human rights and legal capacity in their entity characterize each person as the subject of law, which defines their general position in the society. More broadly legal capacity is a summary expression of those different private (social and economic) rights, which each person could be possess concerning his/her different interests. In other words legal capacity is abstract opportunity to possess individual human rights. Legal capacity includes in its own equal right to possess unequal private (social and economic) rights, because human beings are differed by individual signs such as: physical and mental strength, manual labor, clearness of purpose, resourcefulness, enterprise and other individual characteristics concerning to which the law has no ability to equalize the individuals. The law can and make only one: recognize for all equal chance to satisfy different social, economic, cultural and political interests, in other words equal capacity to possess unequal private rights. As a result all natural and legal persons are distinguished by the particular positions in the society, by the different volumes of private rights on different social and economic benefits. And that is justifiable. In other words inequality in private (social and economic) rights is a condition of justice. Fundamental Human rights is an objective category, but legal capacity is subjective one. Legal capacity is a “right to rights”.¹⁵

It is generally known that Rawls analyze justice in the frameworks of diversity of social, political and economic life of the society. But investigation of social, political and economic aspects of justice is the subject not legal, but social, political and economical sciences. If we operate by the normative correlation between human rights of individual and obligation of states concerning justice, Rawls consider a justice as a basis to provide cooperation in conditions where there are opposing religious, philosophical and moral convictions and this basis is to be found in the idea of overlapping consensus.

¹⁵ B. Savaneli, *Correlation between Fundamental Human Rights and Legal Capacity of the Citizens, Candidate's Dissertation Essays, Moscow, (1968), p. 4-5. (In Russian)*. See also: “*Juridical Forms of the Citizens Position in Soviet Society*”, 1969, *Monograph, ed. “Academy of Sciences of Georgia, Tbilisi, (In Russian)*. *Reviews on monographs in: “Revue Internationale de Droit Compare”, Janvier-Mars, Paris, 1971; “Ruch Prawniczy, Economizhny i Socjologiczny”, Kwartal Trzeci, Warszawa-Poznan, 1971.*

If we correctly compare Rawlsian and mine theories, we discover that Rawlsian theory is not strictly connected with the legal theory of justice, but is linked with the political theory of justice, which define moral obligations of political institutions before the principles of justice. Contrary to J. Rawls I am sure that the justice out of human rights is nothing than ideology because criteria of justice have multiple aspects, which depends from different political, social, economic and cultural positions of very different groups of society. Special danger issues from the official authorities, because under the flag of justice historically they excuse any inhuman acts.

Any theory of justice, including highly localized once within families, societies, regional groupings, transnational associations and so on, has to be set in a much broader context, which prescribes background rules for more localized spheres of justice. Such broader context is the future Code of Universally Recognized Human Rights.

Civilized humankind created the legislative, executive and judiciary powers and separated them not for the state but for Human Beings. Consequently, for the future of humankind I suggest a possible structure of World Positive Law. World Positive Law should be stepped organizing (using Kelsen-Merkl's term - "*Stufentheorie*"). At the top of structure has been stationed Code of Universally Recognized Human Rights, after – not contradicted to it regional positive law, then - not contradicted to it constitution of each country and etc. down to the local. On the global, regional, national and local levels should be created regional, national and local human rights codes and related them human rights courts.

VI. If we compare Positive Laws of different countries inside and/or outside of the contemporary global legal system we will found much more commonality then difference. Principles of Roman law permeate the global legal system. "Law in books" has a cosmopolitan character. Differences between Anglo-Saxon and Francophone legal systems are largely superficial and not substantial. For example, the distinction between written and unwritten law is principally superficial, because each composes Norms. "Written law" however is technically precise.

To counterbalance above mentioned, if we compare legal orders of different countries inside and/or outside of the globalizing *ius commune* we will found many more differences then commonalities. In other words "law in action" has an ethnocentric character.

The “comparative legal families” theory ignores phenomena of normative order as well as different normative orders of and in countries, separating jurisprudence from reality. In this respect, it is necessary to restore in transformative form a particular jurisprudence, which will explore the normative order of each country and then compares the normative orders of different countries.

Our construction is based on the following strong fundament.

Positive law as the system of sustainable general norms of each country includes sustainable Public Law and Private Law. Accordingly, Comparative Law as the part of legal science compares sustainable Public Laws and Private Laws (Public Laws) of different countries.

Normative Order as the system of sustainable individual norms of each country includes sustainable practice of execution of Public Law and Private Law by public bodies and sustainable practice of distribution of mutual rights and obligation by individual natural and legal persons. Accordingly, Comparative Normative Order as the part of legal science compares sustainable practice of execution of Public Laws and Private Laws by public bodies of different countries and sustainable practice of distribution of mutual rights and obligation by individual natural and legal persons of different countries.

Thereto it is methodologically helpful to introduce a new branch of the legal science – “**comparative normative order**”. Such a point of view is necessary for the strengthening of the European house and the distribution of Democracy in Post-Soviet and developing countries. This approach is at the heart of the research on Human Rights and Intercultural Dialogue carried out at the LAJP. However, when and where it is appropriate to draw sharp distinctions between legal and non-legal orders and other phenomena, or between state and non-state law, or between legal orders, systems, traditions and cultures is context-dependent: that is dependent on one’s vantage-point, perspectives and goals. Our early position (1978) independently has been strengthened by W. Twining in his fundamental scientific work, in which he correctly underlines: “I have suggested that normative ordering reflects all levels of human relations (including legal persons, groups etc)... It has the advantage of drawing attention to various levels of non-state ordering and emphasizing the point that these different levels are not nested in a single vertical hierarchy.”¹⁶

¹⁶ W. Twining, *op.cit.*, p.223-224, 253.

Accordingly, a duty of scientific research is not only to comment on and analyze laws but also to describe and analyze the normative order in its several forms. The plurality of the normative orders includes the normative order of countries, regions, cities, villages etc, as well as different macro and micro groups in these spaces.

On the global level it is necessary to underline the following.

Great Positive Law's system of the world has sevenfold classification: (1) Romanist-Germanic system; (2) Anglo-American system; (3) Islamic system; (4) Post-Soviet system (excluding Latvia, Lithuania and Estonia); (5) Far-Eastern system; (6) Hindu system; (7) Hybrids.

Great Normative Order's system of the world has threefold classification: (1) Romanist-Germanic and Anglo-American systems; (2) Islamic system, Post-Soviet system, Far-Eastern system, Hindu system, Central and South American system; (3) Customary systems.

Through investigation of normative order on the any level gives to the legislative powers information about the justice and/or injustice of appropriate segments of the positive law. Such information must be scrupulously work up and then "translate" into the language of positive law.

I believe that above-mentioned differences should be serve as starting point for the continuing dialogue among different cultures of West and East (for example, between Christians and Muslims). The constant coexistence of constant positive law and inconstant normative orders is a historical fact. Historically, positive law and normative order never coincided - luckily, because such differences are a precondition of progress and prosperity. But, for sustainable development, it is necessary to create permanent checks and balances between them. If positive law supersedes the normative order, dictatorship results (e.g. the national system). If normative order supersedes positive law, the result is anarchy (e.g., the international system). Positive law, as a monistic phenomenon, consolidates. Yet normative order, as a pluralistic phenomenon, isolates humankind. This is a good balance, like the balance between public law and private law. The goal is to strengthen positive law and to bring normative orders of different cultures closer together, into greater harmony. Looking for isolated differences from the whole is a

dangerous mistake.¹⁴ A function of the legislator and of the administration of justice is to create permanent checks and balances between them on both levels.

The interaction between positive law and normative orders today needs an adequate conceptual framework and meta-language than can transcend national legal culture. Such a function could be undertaken by universal human rights as a coordinator of peaceful and cyclical inter-transitions of positive law and normative order.

VII. I suggest a spirally, evolutionary and endlessly sustainable developing theory of interaction and mutual-transition of Positive Law and Normative Order in global, regional, national and local levels. Permanent and spirally interaction between positive law and normative order on the local, national, regional and global levels presents a trend to comprehend permanently an idea of **Just Law**, which must be based on Universal Human Rights, because: **“To do just law, makes a dry tree green”**, as Shota Rustaveli - the famous Georgian philosopher and poet of the XII Century and one of the founders of Neo-Platonism - proclaimed. Therefore a **criterion of Just Positive Law and Normative Order is the Universal Human Rights Law.**

More than 50 years ago before Rustaveli, Georgian King David the Builder (XI-XII c.c.) in the seminal work “Canon of Repentance” in the form of lyrical poetry described just court’s decision-making process. Here is an extract:

*“When on doomsday the Code is opened
And I shall stand to be condemned,
When the ire of the angels shall be roused,
O judge, pass the just sentence as the Lord.*

*After the blessed rejoice,
The sinners are cast into the flames,
After will began the triumph of justice,
Then have mercy upon me, o Jesus.”*

¹⁴ B. Savaneli, *Evolutionary Interaction between Positive Law and Normative Order from the Point of View of Comprehension of Sense of Law. Doctoral Dissertation Essays, 1992, p. 14.*

The aim and goal of interaction between positive law and normative order is to achieve sustainable normative order of Humankind. The moral foundation of Global Order expressed Shota Rustaveli in the following couplet:

*“Since deception is the source of whole humankind’s misfortunes,
Why I should betray congenial soul dearer to me than brothers?
Not at all! What avails me knowledge of philosophizing of
philosophers?
That’s why we are taught to be able to join the supernal order of
orders.”*

Prof. L. Jokhadze proposed the following interpretation of Shota Rustaveli’s epigrammatic concept’s - *join the supernal order of orders* - meaning: (1) mystical joining the Lord posthumously; (2) the road to super cognition; (3) personification of super nature which prophesies human’s Godly nature; (4) to share super principles of order; (5) to join in living liturgy partaking God’s Eucharist; (6) to join the cosmic order through organized behavior and righteous way of earthly life.¹⁷

I think that if we are not taught to be able to join the supernal order of orders, we will get disorder in the sense of “**paranoid society**”, which is described by great **Thomas Pynchon** in his novel “Gravity of Rainbow”.

If we look English concise dictionaries we read that *paranoia* is defined as “mental disorder characterized by systematized delusions as of grandeur or persecution”. On the “social language” it characterizes society with all attached vices: “1. any abnormal mental state; 2. satanic evil power of distraction and degradation; 3. aimless and false propaganda to “improve” the situation; 4. the atmosphere of fraud and deception created by officials in the state establishments; 5. injustice, corruption and immorality disguised under the mask of kindness and nobleness; 6. devaluated virtues of degraded society; 7. an exclamation of surprise or wonder etc. a euphemism for God, like

¹⁷ L. Jokhadze, *Intercultural Communication and Didactics of Foreign Word Concepts, Aktuel Padagogik und Kulturdidaktik, Tbilisi-Stuttgart, 2000, p. 14.* L. Jokhadze, *Literary text as a Stylistic-Conceptual System, Summary in English, 2008, Tbilisi, p. 219.*

Gosh or nonsense that has a kernel of truth. 9. any wrath poured out due fair or just claim of civil society.”¹⁸

Exclusive way out of such dangerous situation is following. A Hierarchy of norms in the World Legal System has to issued from Universal Human Rights as the peak of the pyramid (*Grundnorm*) of World law and order. Excessive passion for “Universalization” (excepting Human Rights) is as dangerous as excessive passion with endlessly fragmentation (except the *rule of law state*). The method must be based on the investigation of the correlation among “a pluralist approaches to positive law” (legal families) and “a pluralist approaches to normative orders” (inside legal families).

We base our study on the well worked out normative methods of synthesis and analysis and present this process in a pyramidal chart where normative variants are step by step concentrated on multi-hierarchical levels. Each stage should be a theoretical rethinking of the above mentioned “approaches” and the elaboration of recommendations towards their rapprochement. In other words, these variants interact and strive to make more complete decision in every phase to gain access to the top of the pyramid, which is the stratum of effect to form a final normative concept – new sense of law.

Therefore pluralist approach also means an investigation of the diversity of normative orders. But that is only the start. The task of such investigation is to discover common and distinctive elements among positive law and the normative order, and then the elaboration of “consensus laws” and ways of rapprochement through “an intercultural approach to law and order” based on the universal human rights. **Universal Human Rights should be the sense and spirit of any Positive Law and Normative Order.**

Prevailing notions of public international law do not appear ill suited to finding adequate solutions for the myriad problems that are transnational in scope. Among these are global warming, ozone depletion, over-fishing, deforestation, marine pollution, corruption, and terrorism, narcotics and contraband armaments traffic, illegal trade in endangered species of flora and fauna, and unregulated financial transfers. These problems exceed the capacities of any individual state or even any block of states to control effectively. To reply on such unprecedented for the history of events in complex that is necessary to reconcile two contradicted theories: Pure Theory of

¹⁸ L. Jokhadze, *op. cit.*, p. 207

Law and Sociology of Law. We are suggesting a new theory named by me as “*Anthropological Normativizm*” and have an attempt to argue the idea about *Jus Cogens* character of Bill of Human Rights. Bill of Human Rights takes off any distinction between Pure Theory of Law and Sociology of Law. In this respect transformation of International Law into Universal Human Rights Law is a decisive challenge of our time, especially after the September 11. Politics has polluted the Positive Law and Normative Order. Thus it is necessary to purify them. My device in 2001 was the following: “Save the Planet after September 11 through ideological war against several forms of racism. Terrorism is not a cause, but outcome of racism. Accordingly we must fight not only against terrorism, but also and basically against the cause of it. **The cause of terrorism is the tendency toward of formation of Global Government.**”

Human Rights gave the birth not only to the new field of international relations among states regulated by the International Law of Human Rights, but also to the new legal relations among states and individuals regulated by the International Human Rights Law. International Law of Human Rights and International Human Rights Law entail Universal Human Rights Law. In other words, each state-party is responsible to other state-parties, and at the same time, to the each individuals. In this sense, **Universal Human Rights Law can be named as “Two-faced Jahnus”.**

In such sense the Universal Human Rights Law is a pick of Pyramid of the Positive World Law, which is based on the Natural Human Rights, and which oblige the member-states in the light of necessity of reconstruction of UN’s functions in peacekeeping operation in transition period for the World. In that cense it is necessary to abolish Security Council of UN, because three permanent members of Council are permanent aggressors in the world.

In the modern “globalistics” it is ascertained that today the world is in such a complicate situation that we haven’t the possibility of use of one some system or other of values, ideology or culture as a model in order to preserve its existence. The first step that the humanity has to do, is the integration of basic religious trends, because the *God is one and unique*. We consider as acceptable this trend, even to act in concert towards the creation of *new and united environmental religion*. Actually it means a global substitution of very expensive and dangerous exploitation of Earth’s un-renewable resources by using of inexpensive and safety Solar and Wind energy

as a stable guarantee for the sustainable development of humankind.

Above mentioned should be spiral evolutionary and endlessly process of civilization.

Summarizing the above mentioned principles I underline the following:

I. Positive law exposes how **ought to act** subjects of law. Positive law is an entity of “**ideal**” legal rules, which regulate civil, political, economic, social and cultural relations among persons *in abstracto* through the recognition, separation and/or protection of mutual rights and obligations by the application of judicial force in case of their violation. Public Law and Private Law are the two branches of Positive law. Public Law regulates public relations between public persons. Private Law regulates private relations between private persons. Public Law and Private Law have fields of junction. Positive law includes a cross-sectional field, which reflects a result of some congruence of public law and private law. Positive law has a vertical hierarchy. Legal theory refers to phenomena of positive law. In short, Positive Law is “**law in the books**”.

Normative Order is the established and stabled order or practice of realization of abstract legal acts by public bodies that particularly and concretely regulate real interpersonal relations through the official distribution mutual rights and obligations among the individual participants of normative relations, and the established and stabled order or practice of realization of free individual wills of private persons that particularly and concretely regulate real interpersonal relations through the unofficial distribution and realization of mutual rights and obligation among the individual participants of normative relations, and in a case of their violations they have been guaranteed by the application of legal force by the just judiciary.

II. The normative order censors how **ought to act** subjects of law. Notion of normative order based on the philosophical thesis that there are “multiple realities”. The normative order is an entity of “**real**” individual legal acts of public bodies and normative facts of private persons, who regulate civil, political, economic, social and cultural relations among public and/or private persons *in concreto* through the recognition, separation and/or protection of mutual rights

and obligations by the application of judicial force in case of their violation. The normative order includes also a cross-sectional field, which reflects the coexistence of the feasibility of legal acts and normative facts. The normative order has a horizontal character.

Legal acts constitute the legal order, which shows the **real** state of public and private relations in society. The legal order can be directly described, because it has documentary forms, is transparent and easily accessible. The analysis of the legal order is not problematic for legislator. The legal order is an official form of the normative order. Normative facts constitute the non-legal order, which shows the **real** state of private relations in the society. Non-legal order can't be directly described, because mainly it has no documentary forms, is latent and often difficult to access. To analyze normative facts is problematic for the legislator: it needs scientific investigation. Normative facts relate to the category of "non-state law". Normative facts are an unofficial form of normative order. The theory of normative facts is an important step not only in the direction of "realism" but also away from the idea that the state has a monopoly of law-creation.¹⁹ Sociology of Law refers to phenomena of the normative order. In short, the normative order (normative pluralism) is "**law in action**".

III. I distinguish positive law on the global, regional, national and local levels, and normative order on the global level from the regional, national and local levels.

Positive law on the global level refers to Universal Human Rights Law, Environmental Law, Public International Law, Humanitarian Law, Private International Law, Trade Law, Transnational Law, Regional Law, Inter-Communal Law etc., worldwide. Positive law on the local level refers to the single legal system of each state, which should be compatible with the Universal Human Rights Law, Environmental Law, Public International Law, Humanitarian

¹⁹ "Normative pluralism is generally marginalized and viewed with skepticism in legal discourse. Perhaps the main reason for this is that over 200 years western legal theory has been dominated by conceptions of law that tend to the monist (one internally coherent legal system), static (the state has monopoly of law within its territory), and positivist (what is not created or recognized as law by the state)". See W. Twining, *op. cit.* p. 232.

Law, Private International Law, Trade Law, Transnational Law, Regional Law, Inter-communal Law etc.

Normative order on the global level refers to the state of realization of universal human rights law, environmental law, public international law, humanitarian law, private international law, trade law, trans-national law, regional law, inter-communal law etc, which form legal orders and a large space of normative facts in worldwide. Normative order on the local level refers to the state of realization of Universal Human Rights Law, Environmental Law, Public International Law, Humanitarian Law, Private International Law, Trade Law, Trans-national Law, Regional Law, Inter-communal Law and etc, which form legal orders and a large space of normative facts within each country's boundaries.

Description and analyze of normative order on the global and on the local levels along with description and analyze of single positive law on the global and on the local levels give us an opportunity to describe and analyze normative system of each country in whole and the world also in whole.

IV. One of the most fundamental distinctions in legal theory is the interaction and mutual transition between "the theory of positive law" and "the theory of normative order". *The core idea* of the distinction between the theory of positive law and the theory of normative order is simply this: *the theory of positive law seeks to explain what the law is, in other words, what the law claims, whereas theory of normative order tell us what the positive law ought to be, in other words, what the law should be claim.*

If we use the great J. Bentham's terms, from my point of view: the positive law is the subject of explanatory jurisprudence, while the normative order is the subject of censorial jurisprudence.

A bridge between *what the law claims and what the law should be claim* is a space of idea of law. Investigation of the legal order in the framework of the normative order gives us an opportunity to assess how positive law (*sollen*) is implemented in practice (*sein*). In the process of investigation of the legal order in the framework of normative order, an **idea of law** arises, in other words, claims to what the law should be from the point of view of the Just Law.

In philosophical terms: mutual transition, spiral and evolutionary development of positive law and normative order based

on the “principle of causality through freedom”, but not “principle of causality of the nature”.

V. I suggest a spirally, evolutionary and endlessly developing of theory of interaction and mutual-transition of Positive Law and Normative Order on the global, regional, national and local levels. Permanent, evolutionary and spirally interaction between positive law and normative order on the locally, nationally and globally present a trend to comprehend permanently an idea of **Just Law**, which must be based on Universal Human Rights, because: **“To do just law, makes a dry tree green”**, as Shota Rustaveli - the famous Georgian philosopher and poet of the XII Century and one of the founders of Neo-Platonism - proclaimed. The aim and goal of interaction between positive law and normative order is to achieve sustainable normative order of Humankind. The moral foundation of Global Order related to **“the supernal order of orders”** expressed by Shota Rustaveli.

My theory about mutual transition, spiral and evolutionary development of positive law and normative order taking of any contradiction between them and making possible peacefully coexistence of positivism and sociologic directions in jurisprudence, and creating balance between public law and private law on the global, regional, national and local levels.

VI. The “legal families” theory of Comparative Law ignores the phenomenon of the normative order, because it does not explore and compare normative orders of different countries, which are in the same “legal family”. The suggested theory takes stock of new comparative law scholarship to compare normative orders of different countries *within* each legal “family”, whether Germanic, Romanist, Common Law, Islamic, Post-Soviet, Far Eastern legal families and among them. So it is necessary to introduce a new branch of legal science: **Comparative Normative Orders Study**.

VII. My core argument is that the post-modernity is in crisis. It has exhausted its political potential and is in process of being replaced by a new post-positivist paradigm, which could be built on the emancipator possibilities of the **Rule of Just Law based on the**

Universal of Human Rights. ²⁰ Particularly, in the modern “globalistics” it is ascertained that today the world is in such a complicate situation that we haven’t the possibility of use of one some system or other of values, ideology or culture as a model in order to preserve its existence. The first step that the humanity has to do, is the integration of basic religious trends, because the *God is one and unique*. We consider as acceptable this trend, even to act in concert towards the creation of *new and united environmental religion*. Actually it means a global substitution of very expensive and dangerous exploitation of Earth’s un-renewable resources by using of inexpensive and safety Solar and Wind energy as a stable guarantee for the sustainable development of humankind.

Conclusions

I. **Legal Monism** (Public Positive Law and Private Positive Law) indicates how natural and legal persons ought to act **ideally**.

II. **Normative Pluralism** (Public Normative Order and Private Normative Order) shows how public bodies, and natural and legal persons acts **really**. **Legal Monism** (what ought to be) and **Normative Pluralism** (what is) never coincide.

III. **Legal Monism** (what ought to be) and **Normative Pluralism** (what is) never coincide. The “legal families” theory of Comparative Law ignores the phenomenon of the normative order. So it is necessary to introduce a new branch of legal science: **Comparative Normative Orders Study** simultaneously with Comparative Law Study.

IV. **The Idea of Just Law** suggest what sort and kind of law legislators (in Roman-Germanic i.e. “civilianist” legal space) or judges (in Anglo-American, i.e. common law legal space) should make, so that law would be **just** from the Universal Human Rights point of view.

²⁰ *Bidzina Savaneli, Jus Cogens Character of International Human Rights Law, Philosophy and Legal Theory for 21st Century, (2003), Tbilisi, Georgia. (In English).* This work was dedicated to the Memory of Giant of Law and International law – Hans Kelsen.

V. The Mutual-Transition of Legal Monism, Normative Pluralism and Idea of Just Law must be based on the **Universal Human Rights Law as Basic Norms' Entity**, and this process must be repeated **dialectically, i.e. spirally, constantly, evolutionary and endlessly.**²¹

General Definitions

I. Positive Law is the system of abstract legal acts by which have been generally and hypothetically regulated future interpersonal relations among public bodies and/or private persons through the recognition and distribution among them mutual rights and obligations, and in a case of their violations they are guaranteed by the application of legal force by the just judiciary.

II. Normative Order is the established and stabled order or practice of realization of abstract legal acts by public bodies that particularly and concretely regulate real interpersonal relations through the official distribution mutual rights and obligations among the individual participants of normative relations, and the established and stabled order or practice of realization of free individual wills of private persons that particularly and concretely regulate real interpersonal relations through the unofficial distribution and realization of mutual rights and obligation among the individual participants of normative relations, and in a case of their violations they have been guaranteed by the application of legal force by the just judiciary.²²

²¹ Review. "Dear Professor Savaneli! Thank you very much for your summary about "The Theory of Spirally and Endlessly Development of Mutual-Transition of Positive Law and Normative Order. We are glad that there is so active academic researcher on legal theory like you in Georgia. Yours sincerely, Dr. Klaus Zeleny, Hans Kelsen's Institute, Vienna, Austria, Thu, October 8, 2009, 1:56:29 PM 20.02.08".

²² Bidzina Savaneli, *Normative Order and Judicial Practice*, (1981), Tbilisi, (in Russian), p. 22, 41. (In Russian).

Professor, Dr., Ph. Dr., Bizina Savaneli

Department of Law at the St. Grigol Peradze University,

e-mail: paradis.65@mail.ru

savaneli555@yahoo.com

Mutual Transition, Spiral and Evolutionary Development of Single Positive Law and Plural Normative Order Related to the Comparative Normative Order Study

*I. **Legal Monism** (Public Positive Law and Private Positive Law) indicates how natural and legal persons ought to act **ideally**. **Normative Pluralism** (Public Normative Order and Private Normative Order) shows how public bodies, and natural and legal persons acts **really**. Legal Monism (what ought to be) and Normative Pluralism (what is) never coincide.*

*II. Theory about mutual transition, spiral and evolutionary development of positive law and normative order taking of any contradiction between them and making possible peacefully coexistence of positivism and sociologic directions in jurisprudence, and creates **balance** between public law and private law, and public normative order and private normative order on the global, regional, national and local levels.*

*III. The “legal families” theory of Comparative Law ignores the phenomenon of normative order. So it is necessary to introduce a new branch of legal science: **Comparative Normative Orders Study**.*

*IV. **The Idea of Just Law** suggest what sort and kind of law legislators (in Roman-Germanic i.e. “civilianist” legal space) or judges (in Anglo-American, i.e. common law legal space) should make, so that law would be **just** from the Universal Human Rights.*

*V. The Mutual-Transition of Legal Monism, Normative Pluralism and Idea of Just Law must be based on the **Universal Human Rights Law as Basic Norms’ Entity**, and this process must be repeated **dialectically, i.e. spirally, constantly, evolutionary and endlessly***

Key words: legal monism; mutual transition; just law; normative order

Dr Giovanni Tamburini,
Rome, Italy, external associate of the
Institute of Comparative Law in Belgrade

Originalni naučni rad
UDK 347.964.1(450+44+430)

ADVOCATES IN ITALY FRANCE AND GERMANY

Dr Giovanni Tamburini iz Rima, inače spoljni saradnik Instituta za uporedno pravo, govori o tome kako je organizovana advokatura u Italiji, Francuskoj i Nemačkoj. U stvari on pokušava da nam da odgovore na nekoliko pitanja koja smo mu mi postavili, a kroz koje se može sagledati položaj advokata i njihovih komora. Prvo pitanje bilo je pitanje da li u Italiji, Francuskoj i Nemačkoj na nacionalnom nivou postoji samo jedna komora, ili postoji mogućnost da bude osnovano više komora? Drugo pitanje bilo je pitanje da li strani advokati mogu da nastupaju (zastupaju) pred domaćim sudovima u Italiji, Francuskoj i Nemačkoj? Pitali smo dr Tamburinija takođe i to da li advokati u ovim zemljama rade u malim kancelarijama ili su organizovani u velikim kancelarijama – kompanijama, te koliki procenat njih radi u malim, a koliki procenat njih radi u velikim kompanijama? Interesovalo nas je i pitanje da li je advokatima u ove tri zemlje EU zabranjeno da se reklamiraju u novinama i na televiziji?

Ključne reči: *advokatske komore, advokatske kancelarije; strain advokati; Italija, Francuska; Nemačka; reklame*

1. How bar associations are organized? On the national level, is there one organization, or there are organizations on the level of provinces? Is it possible to organize two or three bar associations on the level on the whole country ? – For example You and some of Your colleagues are not satisfied with the work of regular, existing chamber and You want to establish the new one – is it possible, and what is necessary for that?

a. Italy

In Italy, it is possible to distinguish two kinds of bar organization.

On one hand, one has bar organizations expressly established by the law and with a “public law” status. They are considered as compulsory, independent, and exponential, all together forming a national institution with its own managing board: the *Consiglio Nazionale Forense (CNF)*¹.

On the other hand, one has bar organizations freely established by lawyers and, therefore, with a “private law” status.

The differences between the first and the second kind of bar organizations concern above all the functions they are expected to exert.

To understand the structure and the role of the bar organizations established by the law, it is helpful to provide a brief summary of their evolution.

The story of these bodies dates back to the Roman Empire, when a strict distinction between *advocati* and *procuratores* was envisaged by the *Corpus Iuris Civilis*.

The latter did not represent a defined category. They were just people that substituted the party in the trial as the latter could for example be ill or excessively old. Accordingly, the *Corpus Iuris Civilis* provided a set of rules aimed at regulating the relationship party-procurator within the steps of the process.

The former represented a real professional class. Differently from the *procuratores* they were not merely charged with substituting the party; actually they did not substitute or represent the part in the trial; they were rather supposed to provide a legal-technical defense before the Court on behalf of the party or, as most of the time used to happen,

¹ In English it would sound like National Bar Board.

to provide legal consultancies outside the process². The fact that the *advocati* represented a class was confirmed by those *constitutiones* of the *Corpus Iuris Civilis* which prescribed precise requirements for enabling people to act as *advocati*³. There were a number of legislative expressions to refer to the category of *advocati*: *collegia*, *matricula*, *consortium advocatum*, *corpus togatorum*.

It is very important to remark that these “bar” registers were organized on a local level. This is proved by an Emperor *Augustus* law which envisaged that the *advocati* belonging to a certain tribunal, could not exert their profession in another one.

During the Early Middle Age, while the *procuratores* did not organize themselves into *corporazioni* (guilds), the *advocati* did. The *corporazioni* were independent entities through which the *advocate* – but also other persons belonging to a certain category of occupation/profession - exerted a control over the category. The most important aspect of this controlling activity was the limitation of the access into the guilds. Also in the Early Middle Age, therefore, the *advocati* demonstrated a tendency to distinguish themselves from the *procuratores*, deeming these as lower-rank professionals [Rasi, 1957; p. 1666].

The high reputation of the *advocati* progressively lost its value. This was due to the fact that the *advocati* began to use their technical knowledge and their skill to protect the powerful politicians of the moment. Thus, during the Late Middle Age (XVI century), in France the *advocati* decided to re-qualify their profession and instituted the “*Ordres*”. This tendency was followed also in Italy [Del Frate, No Date].

Hence, differently from the *corporazioni*, which aimed at economic protection, mutual solidarity and assistance of its members and at influencing the public policy making processes, the “*Ordres*” were meant to emphasize the dignity and the probity of its subscribers as well as the cultural and moral prestige that had historically characterized their profession [Ricciardi, 1990].

² See voice *advocati and procuratores* in *Dizionario Giuridico Romano* [AA.VV.; 2000; p. 46 and 412].

³ The most significant among these *constitutiones* was the *Constitutio de Postulando* issued by Emperor Valentiniano III (442).

The “*Ordres*” were very concerned by the French revolution (1789) which immediately caused their suppression⁴. The revolution even abolished the title of “*avocat*”.

Anyway, in 1810, Napoleon having become emperor, the “*Ordres*” were re-established. Such initiative was not taken to defend the interests of the category, rather it reflected the State’s intention to control and to discipline the members. Also in that case, the tendency influenced the Italian peninsula where the majority of the States maintained the French legislation⁵. Other States, as for example the Reign of Sardinia, restored the middle age *corporazioni*, ensuring independence and autonomy to the category.

After the Italian unification, occurred in 1861, a political debate was initiated in order to provide a uniform normative over the whole territory.

Thus, in 1874, the *Regio Decreto* n. 1938, at article 4 stipulated that in every Court of Appeal and civil or correctional Tribunal a “*Collegio di Avvocati*” had to be constituted. The third paragraph of the same article clearly provided that for every Court of Appeal and civil or correctional Tribunal placed in the same city only one “*Collegio*” could be instituted. Each “*Collegio*” had its own *Albo*. The *Albo* was indeed a list of the lawyers belonging to a certain “*Collegio*”. Lawyers had to register themselves in the *Albo* of the *Collegio* that covered their place of residence⁶. The same criteria were envisaged for the *procuratori*⁷.

Moreover, for each “*Collegio*” there was a “*Consiglio dell’Ordine*” made up of a certain number of members (art. 16), depending on the number of the lawyers enlisted in the *Albo* [Scarselli, 2009].

⁴ Several Decrees were adopted between the 1790 and 1791 [Ricciardi, 1990]

⁵ From 1796 to 1815, Italy was indeed dominated by France, *see* Balduino [1990]

⁶ It is important to underscore that the law n. 1938/1874 used the term “*residenza*” and not “*domicilio*”. Also today the *avvocato* can register himself only in the “*Consiglio dell’Ordine*” where he/she has the residence. Therefore, if an *avvocato* holds a private law firm in Florence, but his residence is in Rome, he will not be able to register himself in the “*Consiglio dell’Ordine*” of Florence.

⁷ The figure of the *Procuratore* has been abolished in 1997, law n. 27/1997. The difference between the *Avvocati* and *Procuratori* have been represented by the fact that only the *Avvocati* had the *ius postulando* before the major Courts. The *Procuratori*, anyway, differently from the Roman period, became a real class of professionals: they needed a legal background to be allowed to perform their activity. A very clear explanation on the functional difference between *Procuratori* and *Avvocati* is provided by Carnelutti [1959; p. 645]

With the law 25 March 1926, n. 453 the Italian Government instituted the “*Consiglio Superiore Forense*”, that is a national body which would have decided on the appeals against the measures issued by the “*Consigli dell’Ordine*” on the following subjects:

- a) maintenance of the *Albi*;
- b) discipline of the members of the “*Collegio*”.

The *Consiglio Superiore Forense* provided also legal opinions on bills/drafts concerning the exertion of the bar profession.

The “*Consiglio Superiore Forense*” was successively concerned by several legislations which were basically aimed at changing the election system of its members: the Fascist government – that was established in 1923 – was meant to directly appoint the members in order to maintain the category of the lawyers under the State’s control. The changes related to the election system also involved the change of the name of the “*Consiglio Superiore Forense*”.

The last of these Fascist legislations⁸ was the ***Regio Decreto Legge 1578/1933*** which introduced the “*Commissione Centrale per gli Avvocati*”, made up of 15 members nominated by the Ministry of Justice together with the Ministry of the *Corporazioni*⁹.

The Fascist intention of centralizing the control of category of the lawyers went beyond the provision of a central commission subordinated the political power.

In fact, although the law 453/1926 itself had confirmed the existence of the “*Collegi*” and of the relevant “*Consigli dell’Ordine*”, two months later, in May, the *Regio Decreto* 747/1926, that was expected to execute the law 453/1926, stipulated that:

- a) (art.3) only the legally acknowledged lawyers’ unions could exert the functions related to the protection of the interests of the category and to the exertion of disciplinary actions (art. 4);

⁸ The legislations that passed during the Fascist regime were:

- a) the regulation executing the *Regio Decreto* 747/1926, which replaces the “*Consiglio Superiore Forense*” with a “*Commissione*” and provides that all the 15 members are appointed by the Ministry of Justice. The law 453/1926 provided instead that the 32 members of the “*Consiglio Superiore Forense*” had to be elected half by the lawyers and half by the Ministry of Justice;
- b) the *Decreto-legge* 2580/1928 which restores the “*Consiglio Superiore Forense*” but reduces the number of its members from 32 to 24, all appointed by the Ministry of Justice.

⁹ These *corporazioni* were of course not the same of the ones of the middle age. The Fascist *corporazioni* were completely subordinated to the State’s control. They were State bodies [Riva-Sanseverino, 1962].

b) (art.7) within the term of one month from the coming into force of that legislation, the “*Consigli dell’Ordine*” were to be dissolved and replaced by Royal Extraordinary Commissions, that is public bodies;

Actually, not all the “*Consigli dell’Ordine*” were dissolved. Some of them, indeed, resisted the rule [Meniconi, 2007; p. 130]. Those that resisted the rule, continued to exert only the functions related to the maintenance of the *Albi*.

Anyway, in 1928 such resistance did no longer make sense as the law n. 2580, at art.1, moved all the remaining functions of the “*Consigli dell’Ordine*” to permanent and ordinary commissions¹⁰.

Successively, with the above-quoted law 1578/33, it was established that the permanent and ordinary commissions had in turn to be replaced by the lawyers’ Fascist unions. The reasons of such replacement were represented by the fact that the – ordinary and permanent – commissions, although appointed by the executive power, from a substantial point of view, still were a reflection the previous “*Consigli dell’Ordine*”. The acknowledgment of the Fascist unions as the body charged with all the functions that historically belonged to the “*Consigli dell’Ordine*”, that is protecting the interests of the lawyers, administrating the *Albi* and exerting the disciplinary power, ensured a stronger control from the *Partito Nazionale Fascista*.

With the fall of the Fascist dictatorship, the Italian Parliament approved the D.lgs. 23 November, 1944, n. 382. According to this Statute, the “*Consigli dell’Ordine*” were re-established and, therefore, the fascist unions dissolved. Art. 1 of this law indeed set that the “functions related to maintenance of the *Albo* and to disciplinary actions [...] are conferred to the *Consigli dell’Ordine*”

In addition, the “*Consiglio Superiore Forense*”, which later – law n. 1578/1933 – became the “*Commissione centrale per gli avvocati e procuratori*” – abolished by the law n. 369/1944 –, was re-defined as “*Consiglio Nazionale Forense*” (art. 21).

The functions of the “*CNF*” are therefore those that were envisaged in the law n. 1578/1933 for the *Commissione centrale per gli avvocati e procuratori*”(art. 51):

¹⁰ It is necessary to remark that the 1928 legislation did not formally suppressed the “*Consigli dell’Ordine*”, rather it just transferred all their functions to the permanent and ordinary commission.

- a) to decide on the claims launched under the law n. 1578/1933 itself;
- b) to promote the disciplinary action.

Currently, there is a political debate to transform the *CNF* from a mere controlling body to a executive body, that a self-governing body of the *avvocati*. Hence, where the transformation takes place, the *CNF* would be expected to issue regulations (secondary source of legislation), within of course the limits established by the law (primary source of legislation).

It is very important to underscore how the process of “incorporation” as “public law” entities of the group of professionals has maintained a local base. In Italy, in the case of the *avvocati* and *procuratori*¹¹, all the legislations concerning their professional order, since the 1874 one, passing through the Fascist ones, until the 1944 one, **have always introduced and/or presented a local based structure**. In particular, the Italian “*Collegi*” have been constituted for every civil or penal tribunal and for every Court of Appeal¹².

As seen in the beginning of this discussion, although there is a “*collegio*” for every civil or penal tribunal and for every Court of Appeal, all of them belong to the same *ordine* [order or institution]. The structure of this *ordine* is therefore set by the law¹³.

The *ordine* is the official bar organization in the sense that is the only body charged by the law with the administration of the questions related to the forensic professions.

Still, the principle of freedom of incorporation allows to establish other bar organizations/associations as “private law” entities in order to contribute for the protection of the rights of the *collegi*'s members, for the improvement of their working conditions and for the representations of the complaints and exigencies.

These bar associations may exert a very important role as not always the institutional *Consigli dell'Ordine* prove successful in

¹¹ The difference between them has been abolished, *see* note 7

¹² In Italy there is one Court of Appeal for every Administrative Region. Italy is constituted by 20 Administrative Regions.

¹³ The Court of Appeals are placed in the capitals of the Italian Regions. For example, Rome is the capital of Lazio Region. In Rome, therefore, although there is a Court of Appeal and a Tribunal (either civil and penal), there is only one Collegio/Ordine (*See* at p. 2 the quotation of paragraph 3, art. 4 of the law 1938/1874).

performing all their duties, especially those operating in very big judicial centers. It may well happen and it uses to happen, therefore, that the “*Consigli dell’Ordine*” reach agreements and conventions with such private bodies for facilitating the exertion of their functions.

b. France

The organization of the bar associations in France is quite similar to the Italian one. In France, in fact, the “*Ordres des Avocats*” present a “public law” status. More accurately, they are considered as “public establishments”¹⁴ [Hamelin and Damien, 1995; p. 33].

Also in France, moreover, bar organizations are organized on a local basis. Art. 1 of the Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991, provides that lawyers are grouped in “orders” for every Tribunal “*de grande instance*”, that is every Tribunal which has a “higher” competence for civil and penal law issues.

A small difference with Italy concerns the organization of the “*ordres*” in the relation to the Court of Appeal. Art. 2 of the *Décret* n. 91-1197/1991 stipulates, in fact, that lawyers registered in the Tribunals “*de grande instance*” for which is competent the same Court of Appeal, can gather themselves in only one “*Ordre*”. As seen, in Italy that is compulsory for tribunals and Court of Appeal placed in the same locality.

Just like in Italy, also in France the official bar organizations are flanked by “private law” entities, these being represented by associations and unions incorporated under *loi du 1 juillet 1901* and *loi du 21 mars 1884* respectively.

Such organizations are allowed, under certain conditions, to take part of the trials in order to defend the general interests of the profession and the particular interests of the lawyers as well as those of the “*orders*” whose decisions have been challenged.

In France, the National Board for the Forensic Profession (*Conseil National des Bureaux*) has been introduced only in 1990 with the law n. 90-1259 which has modified the law n°71-1130 du 31 décembre 1971.

¹⁴ “*établissements publics*”.

c. Germany

Under art. 60 of the *BRAO*, bar associations (*Rechtsanwaltskammer*) are established in the territorial jurisdictions of the Courts of Appeal (*Oberlandesgericht*). The members of these *collegia* are represented by the lawyers or companies of lawyers that have their legal place within such territories. The bar organization is a “public law” entity like in France and in Italy. There is a total of 27 bar organizations plus the bar organization competent for the Federal Court of Justice. All the organizations form the Federal Order of the Lawyers (*Bundesrechtsanwaltskammer*).

Therefore, also the German bar organizations are structured on a local basis level, but differently from France and Italy, the territorial extent of each local organization is wider as it involves all the lawyers “belonging” to the same Court of Appeal. For this reason, it would be more correct to say that in Germany bar organizations are structured on a regional level.

Next to the “public law” bar organizations, also in Germany lawyers have the possibility to create private entities.

The most important “private law” professional association is the *Deutscher Anwaltverein*, joined by about half of the lawyers currently in activity in Germany (142.800). This association has been existing since 1871 and represents the economic and professional interests of the category within the legislative process, either national and European.

2. Is it possible for foreign advocates to work in Italy (France, Germany). Especially to be engaged to work in front courts. For example one advocate from Spain - could he work in Italy and if he could does it mean in all cases, or only in criminal, civil, corporate cases, or he has to have an office registered in Italy? Or may be foreign advocates could work as notaries in Italy (France, Germany) but they can not be engaged to appear on courts?

a. Italy

Within the framework of the free movement of persons, the EC and the EU Treaties protect the free movement of professionals. The system of EC Directives on the acknowledgment of professional titles has rendered effective the mentioned protection. In reference to self-employment workers the EC Treaty distinguishes two situations, the

right of establishment, governed by articles 43-48 (consolidated version) and the free performance of services, articles 49-55 (consolidated version) which shall be examined with specific focus on the lawyer's profession.

While the right of establishment concerns the professional who is meant to reside in a Member State - different from the one where he/she was previously residing - to exert an economic and autonomous activity, the performance of services regards the chance benefited by the professional to provide his/her performance in Member State which is different from the one where he/she is residing, without moving to the State where the performance is addressed (one may think to the case of a lawyer which provides consultancy to a client who resides in another Member State).

This difference justifies the existence of two disciplines.

Provided that, generally, for the independent worker it is better to act as free services provider than to move her/himself into the other State and, consequently, to bear major burdens, it is very important to clearly distinguish the two situations mentioned above, and in particular the fundamental concept of the temporariness of the activity performed by a professional in a certain State, whereas the free services provider is allowed to exert his/her activity "for the execution of his/her performance", hence in an occasional way.

The ECJ denied the possibility to operate in a free services performance system to "individuals that operate prevalently" within the interested Member State, and has maintained that if the activity of an individual presents aspects of stability and permanence, the activity shall be carried out complying with the discipline related to the right of establishment.

Moreover, it is even true that the temporary character of the performance does not exclude that the service provider can establish a certain infrastructure (as for example a small law firm office) in the hosting Member State, if such infrastructure is necessary for the exertion of the activity.

In the EC law, the first important step on subjects related to the free performance of services from lawyers is represented by the Directive 77/249/CEE (2 March 1977), implemented in Italy by the law 31/1982, which disciplines the temporary and occasional exertion of the lawyer profession from lawyers who are citizens of other Member States.

Under this legislation, still in force and confirmed by the Directive 98/75/CE (which shall be successively analyzed), for what regards the free performance of services, lawyers in possession of one of the professional titles specified by art. 1 of the law 31/1982 are first of all expected to use their professional title in the original language, indicating the professional organization they belong to or the jurisdictional authority where they are admitted to exert their profession.

The activities that can be carried out by an “EC” lawyer acting as free performance provider consist either in judicial and extrajudicial services. In particular, as concerns the first, lawyers have to communicate the engagement to the concerned authority and to the President of the *Ordine degli Avvocati* which is territorially competent and, anyway, they must always execute their performances together with a lawyer registered in the *Albo* and enabled to exert the profession before the concerned authority.

The “local” lawyer ensures the relationship with the concerned authority and the observance of the relevant norms.

As concerns the extrajudicial performances it is not necessary to involve a local lawyer, while it is of course required the compliance with the law in force concerning the correct exertion of the forensic activity.

Under art. 9 of the law 31/1982, the “EC” lawyers, before initiating their professional activity in Italy, must send to the president of the competent *Ordine degli Avvocati* a communication in Italian language containing all the important data regarding their identity and professionalism.

Whereas a EU citizen – as for example a lawyer – means rather to exert his/her right of establishment, the conditions of such right are to be evaluated in function of the activities he is supposed to exert in the hosting Member State.

Paragraph 2 of art. 43 (consolidated version) of the EU Treaty specifies indeed that the freedom of establishment is exerted in compliance with the conditions defined by the interested Member State envisaged for its own citizens. Therefore, if the specific activities that the EC lawyer intends to exert in a certain State are not addressed by legislation, then the lawyer has the right to establish her/himself in the territory of the interested State and to exert such activities.

The foregoing discussion leads to an important observation on the consultancy activities that are allowed to be exerted in Italy from

other States lawyers, either Member or non-Member, given that in Italy such an activity is not regulated in an exclusive way and, therefore, it is free. Of course, the prohibition to use the title of “*avvocato*” remains, unless a successful application for the acknowledgment of the foreign title has been submitted. Still, the foreign lawyer can use his/her title in the original language and specifying the bar organizations he/she belongs to.

On the contrary, when a foreign lawyer intends to exert the professional activity in Italy, including all the activities reserved for the Italian lawyers who are registered in the *Albo*, there are three possibilities; the first two have been actually underscored by the decision 146/99 of the Unit Sections of the Italian Supreme Court (*Corte di Cassazione*) according to which the EC lawyer can “apply to the *Consiglio dell’Ordine degli Avvocati* for the inscription in the *Albo* under art. 12 of the law 31/82, law that implements the CEE Directive 77/249, to freely exert the profession; or apply for the inscription in the *Albo* under the law 115/92, which implements the CEE Directive 89/48 after the acknowledgment of its title from the Ministry of Justice and the successful passing of the aptitude test before the *Consiglio Nazionale Forense*.

The third possibility can be detached into the 98/5/CE Directive aimed at facilitating the permanent exertion of the lawyer profession in a Member State which is different from the one where the professional qualification was obtained.

The Directive 89/48/CEE, decided on the December 1988 the 21st by the EC Council and come into force the 4th January 1991, on a general system for the acknowledgment of the superior education diplomas, at the 1st recital, confirms the fundamental principle according to which, under art. 3, let. C of the EU Treaty, one of the objectives of the Community is the elimination among the Member States of the obstacles to the free movement of individuals and services, and this involves for the EU citizens that “the faculty to exert a profession, paid or self employment, in a Member State which is different from the one they have obtained their professional qualifications”.

The general system is based on an innovative legal construction according to which, if an individual is eligible to exert a profession in a Member State, it is presumed that its educational background allows him/her to exert the same profession in all the other Member States, existing the necessity of being addressed by “integrative measures” that may consist in an internship or aptitude tests, and that are required in order to fill possible vacuums characterizing the academic-

professional background of the EC professional in the light of the correspondent Italian professional figure.

In the specific case of lawyer profession, such integrative measure always consist in an aptitude exam which normally involves a written and an oral test.

Given that the aptitude test is established case by case according to the academic-professional career

of the applicant, it is worth to remark that system of acknowledgment is such that the demonstration from the interested individual of the knowledge of the fundamental subjects of Italian law – knowledge obtained in Italian universities and during a significant experience in private Italian legal firms – is take into account to reduce the substance of the required integrative measures.

The competent body for execution of the examination is the CNF, which is placed in the Ministry of Justice.

Basically, for the acknowledgment of the *avvocato* for a foreign lawyer meant to exert the profession in Italy, it is necessary to comply with the procedure of acknowledgment of the professional titles as provided by the Decreto Legislativo n. 115/1992 which has implemented the Directive n. 89/48/CEE. Under this legislation it is possible to apply for the acknowledgment of the professional title to the Ministry of Justice.

The application for acknowledgment can be submitted on the basis of an annexed fac-simile, supported by the required documentation as described on the website www.giustizia.it, under the links “*professioni*” and “*riconoscimento titoli professionali*”.

It is important to remark that the acknowledgment of the title is accomplished evaluating if the presented documentation is sufficient to demonstrate that the individual is legally enabled to exert the activity in the Member State from which he/she comes from.

Whereas the public administration has not decided on identical cases of professional acknowledgment yet, the case is brought to the “*Conferenza di servizi*”. Here, under the D.lgs. 115/92, the case is analyzed by the competent officers and by a representative of the interested professional category. These officers shall take the decision of the case.

The acknowledgment decree issued by the Ministry of Justice, once accomplished the integrative examination, represents a valid title for the inscription in the professional *Albo* and for the exertion of the profession in Italy.

The 98/5/CE Directive aimed at facilitating the permanent exertion of the lawyer profession in a Member State which is different from the one where the professional qualification was obtained, finally offers a concrete execution of the right to exert in a steady way the forensic profession within the European Community.

Said Directive integrates the EC legislation which was specifically concerned with the forensic profession, that is 77/249/CEE Directive.

Articles 3, 40 and 47 of the EU Treaty establish a real right of establishment for European lawyers, much simpler than what envisaged by the general system set by the 89/48/CEE Directive.

As regards the relationship between the two forensic Directives, it is expressly established that the Directive 98/5 does not concern the performances of services disciplined by the Directive 77/249/CEE; moreover, the obligation of registration at the competent authority of the hosting Member State – envisaged for the lawyers who are meant to exert in a Member State which is different from the one where the professional qualification was obtained – other than representing a form of consumers' protection, eliminates the problems that could previously arise: in fact, under the 1977 Directive, and in the absence of an obligation of registration in a professional *Albo*, it was possible that a lawyer, regardless of his/her residence, moved daily from a Member State to another in order to exert his/her activity in a stable way.

From the analysis of the discipline it is possible to observe that, while some lawyers can integrate themselves into the profession of the hosting Member State, in particular by passing the aptitudes tests envisaged by the Directive 89/48/CEE, other lawyers presenting all the prescribed qualifications have the right to obtain such integration after a certain period of exertion of the profession in the hosting Member State with the original professional title, or to continue their activity with the original professional title itself.

In the recital it is also underscored how the directive offers to the lawyers, differently from general acknowledgement system, a simpler way to integrate themselves into the profession of the hosting Member State, complying at the same time with the exigencies of the consumers that, "because of the growing flow of the commercial activities, due basically to the institution of the Internal Market, ask consultancies in occasion of transnational operations within which national, international and EC laws are often strictly connected".

The directive, elaborated upon the impulse of the *Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne* (CCBE, body that

represents the European forensic orders) is clearly aimed at facilitating the acknowledgment of the professional qualifications of the sector; moreover, it takes full advantage of the professional experience obtained in the hosting Member State, being supported by the ECJ case law on art. 39 and 43 of the EU Treaty.

The Decreto Legislativo n. 96/2001 which has finally implemented the Directive 98/5/CE, disciplines in the *Titolo I* the crucial issue of the Directive, that is the permanent exertion of the profession by Member State citizens as “*avvocato stabilito*” (*Capo II*) or “*avvocato integrato*” (*Capo III*).

As regards the first category, articles 6 and following allow EC lawyers who are in possession of one of the titles indicated by article 2 to exert the lawyer profession in Italy by registering in Special Section of the Lawyers’ *Albo*, using their own original professional title and specifying the professional organization that they belong to in the Member State from which they are from.

The “*Consiglio dell’Ordine degli Avvocati*” has to accomplish the registration in the Special Section of the Lawyers’ *Albo* within thirty days from the submission of the application supported by necessary documentation, and in case of dismissing, its decision must be motivated as well as the interested individual has the right to be heard before said decision is taken.

On one side, in the exertion of performances of judicial nature, the “*established*” lawyer must act together with a professional with the title of *avvocato* enabled to exert the profession in Italy. The local lawyer shall look after the relationships with the authorities and shall be responsible of the compliance with the duties prescribed by the laws in force.

It is hence liberalized the exertion of all the activities that can be carried out by the lawyers in the relevant countries of origin, even as paid employee, regardless of the residence, with the obvious exception of the activities involved in the public powers. In addition, as concerns the residence, it has to be observed the provision of art. 16 of the law n. 526/1999 concerning the requirements for the registration in the professional *Albi*, according to which “for the EU citizens, the professional domicile and the residence are considered the same way for purposes of registration in lists, *albi*, books”.

This norm represents a further step towards the liberalization, as it allows to Italian and EC citizens to separate the option to register into the professional *albo* from their residence, without hence depriving

the *Consiglio dell'Ordine* of the power of control, which remains connected to the professional domicile.

On the other side, as regards extrajudicial performances, the “established” lawyer can provide legal consultancy on the law of his/her own Member State, on EC and International law, and on the domestic law, without the necessity to act together with a lawyer registered in the professional *albo*. He/she has anyway to comply with the domestic and country of origin deontological rules and he is protected against discriminative and unfair treatments under art. 9 of the Directive 98/5/CE.

Also this article has been implemented by the Decreto Legislativo n. 96/2001, according to which the decisions through which the registration in the books maintained by the authorities is denied, as well as the disciplinary decisions, must always be motivated and challengeable under the domestic law.

The situation of the “integrated lawyer” reflects the tendency of the ECJ case law that, in the decision Vlassopoulou, n. 340/89 had remarked the existence of a “substantial correspondence between the educational background of the lawyer coming from a third Member State and the one from the hosting Member State”.

In such perspective, in the light of the acknowledgment of the titles and in the respect of the professional exigencies, it has been envisaged a simplified system for the assimilation of the EC lawyer to the local lawyer.

Thus, art. 10 of the Directive envisages that the lawyers exerting with his/her own professional original title and having provided evidence, through all the necessary documentation and information, that he/she has exerted a regular and effective activity for at least three years in the hosting Member State, activity related to the law of said State, including EC law, is exempted to the necessity of sitting for the aptitude test set by art. 4 par. 1 lett. B of the Directive 89/48/CEE in order to be enabled to exert the lawyer profession in the hosting Member State.

Article 12 and following of the Decreto Legislativo n. 96/1991 literally reproduces the text of the European Directive, hence defining the hypothesis of the “integration in the lawyer profession”, and specifying that for effective and regular exertion of the profession one means “the actual exertion of the professional activity , exerted without interruptions, except those due to the daily life happenings”.

The “established lawyer” who has been exempted for the aptitude test becomes an “integrated lawyer” and, whereas he/she meets all the

other conditions envisaged by the forensic order, he/she can register him/herself in the *Albo degli Avvocati* and, therefore, exert the profession with the title of “*avvocato*”.

The 4 paragraph of article 12 of the Decreto Legislativo n. 96/2001 does not break the provision of the Decreto Legislativo n. 115/1992 which has implemented the Directive 89/48/CE, according to which the lawyer that exerts the profession in Italy with his/her own original title may always apply for the acknowledgment of his/her title under the Directive itself, in order to be enabled to exert the lawyer profession in Italy, complying with the “normal” procedures that have been indicated above.

Art. 14 of the Decreto Legislativo n. 96/2001 also disciplines the situation of the established lawyer who, even having at least three years of professional experience reached in Italy with the original professional title and even being enrolled into the special section of the *albo*, has anyway a shorter experience specifically with the Italian law. In this case, the access to the exertion of the profession with the professional title of “*avvocato*”, without sitting for the aptitude test provided by article 4 of the Directive 89/48, is subordinated to the following modalities and conditions:

- the “*Consiglio dell’Ordine degli Avvocati*” takes into account the activity which has been regularly and effectively exerted, other than the professional knowledge and experiences related to the Italian law;
- on the basis of all the useful information and documents provided to the interested lawyer in relation to his/her own overall professional qualification, the *Consiglio dell’Ordine* itself, in occasion of an interview, accomplishes an evaluation of the realized activity.

As concerns the procedure, art. 13 of the Decreto Legislativo n. 96/2001 establishes that the requests of exemption from the aptitude test are to be submitted to the *Consiglio dell’Ordine* where the established lawyer is registered.

The individual encloses to the application all the appropriate documentation to prove the exertion of the professional activity accomplished in the national and EC law, and every information which is useful for procedural purposes.

The “*Consiglio dell’Ordine degli Avvocati*” decides on the exemption within three months from the submission of the application integrated with the necessary documentation, and against such decision – which is motivated – it is possible to institute an appeal at the *Consiglio Nazionale Forense*.

Finally, it has to be noted that the “integrated” lawyer is acknowledged with the right to use either the original professional title and the one of the hosting member State.

The discipline on the common exertion of the profession represents a further news introduced by the Directive: without mandating peculiar legal forms (it is indeed defined as “collective law firm” every association of lawyers that jointly exert their professional activity and under a common name), art. 11 of the Directive 98/5/CE envisages the obligation for the hosting State to allow lawyers coming from one or more Member States the joint exertion of the profession, in compliance with legislative, regulatory and administrative modalities defined by the State itself.

It is moreover envisaged the right, for every law firm organized under a Member State legislation, to open branches or agencies in the EU.

The 98/5/CE Directive represents the concrete answer to the need of a different discipline for the forensic profession, characterized by the necessary knowledge of the domestic law of the respective Member States and by the simultaneous importance of the experience reached in the sector; it is a new and simplified form of integration of the EC lawyer in a Member State which is different from the one where the lawyer has obtained his/her habilitation for the exertion of the profession. The most significant aspect of this discipline has to be identified in the immediate possibility to exert the profession, in a different form from the performance of services, on the exclusive basis of the own original title.

As it is easy to guess, this Directive has already created strong expectations in the European dimension of the lawyer’s profession, above all in relation to the not few EC lawyers who already exert professional activity in Italy under the regime of free performance of services and with their own original title and who shall be able to improve their position within the EC market of law services.

According to the recent normative on immigration – the 3rd November 1999 has been published the D.P.R. 394/99, containing the executive Regulation of the Decreto Legislativo n. 286/1998 (consolidated text on the immigration discipline and rules on the condition of the foreigner) – the foreigners in possession of a professional title obtained in a non-EU country can apply for the acknowledgment of the title, in order to exert the correspondent activity in Italy.

Actually, art. 49 of the D.P.R. 394/99 provides that the European Directives on acknowledgment of titles – 89/48/CEE and 92/51/CEE – and the relevant implementation decrees (Decreto Legislativo 115/92 and 319/94) are addressed to every foreign citizen that is interested in the acknowledgment.

Considering that there are several cases of Italian citizens, or anyway EC citizens, that have obtained their professional title outside the EU, article 1 paragraph 2 of the Decreto Legislativo n. 286/1998 envisages that the normative has to be applied also to the other Member State citizens who are in possession of an outside EU title as long as they are more favorable norms.

From a procedural point of view, the documentation that is required for professionals with a non-EU background is extremely detailed either on the substantial and the formal side, provided the evident necessity to have clearness concerning the academic-professional situation of the applicants.

Several modalities are envisaged for the sending of the application for the acknowledgment. In order to identify the correct modality one has to take into account if the application is submitted by a foreigner who is regularly staying in Italy or by a foreigner who sends the application from abroad and who is meant to use the acknowledgment of the professional title in order to obtain the visa to ingress into Italy for self-employment:

- foreign citizens who are already regularly staying in Italy or who have already obtained a visa to enter into Italy, as well as all the EC citizens in possession of a professional title obtained in a non-Member State, must apply to the Ministry of Justice for the acknowledgment of the title itself for the registration in the professional *albo* and for the exertion of the profession. The application has to be sent through the fac-simile detachable on the internet website www.giustizia.it, where it is also indicated the documentation that has to be attached.

- Foreign citizens who are not European citizens and who are still residing abroad and who are meant to move to Italy to exert their professional activity have – in order to obtain the visa for self-employment – to ask to the Ministry of Justice a declaration certifying that there are not obstacles to the issue of the habilitation title for the exertion of the professional activity in Italy, under art. 39 of the D.P.R. 394/99.

Such application can be submitted also through an agent.

The declaration is issued when all the conditions and requirements envisaged by the law for the issue of the habilitation title

are met. The declaration is anyway subject to the verification of the appropriateness of the submitted documentation, which basically reflects the documentation required for the above mentioned case.

The necessity to attach such documentation is justified by the fact that the declaration issued by the Ministry of Justice anticipates in the substance the content of the decree of acknowledgment of the professional title. The decree shall be formally issued only when the foreigner shall be able to demonstrate to have obtained a regular residence authorization.

After having obtained by the Ministry of Justice the declaration certifying that there are not obstacles for the exertion of the profession in Italy, in order to get the permission to ingress into Italy, the foreigner – under article 39 of the D.P.R. 394/99 – shall have to submit to the Police headquarter which is territorially competent:

- the mentioned declaration certifying that there are not obstacles;
- copy of the application and copy of the attached documentation for the issue of said declaration;
- the certification of the parameters concerning the availability of financial resources which are necessary for the exertion of the activity, issued by the competent professional Order.

Once the documents are submitted to the Police headquarter, the foreigner obtains the security clearance.

Finally, the declaration, the certification and the security clearance are submitted to the diplomatic or consular authority for the issue of the permission of ingress, provided further verifications which are deemed as necessary by the authority itself.

The ascertainment of the regularity of the requirements presented by the applicants is accomplished by the Ministry of Justice, upon hearing the “*Conferenza dei servizi*”, together with the other competent Administrations and with the representatives of the interested Professional Order, under article 12 of the Decreto Legislativo n. 115/1992, or article 14 of the Decreto Legislativo n.319/1994.

The Ministry of Justice, once heard the “*Conferenza dei servizi*”, can establish with decree that the acknowledgment is subordinated to the successful passing of an integrative measure consisting in the aptitude test, under article 49 paragraph 3 of the D.P.R. 394/1999.

The same decree defines how the integrative measure is to be organized, as well as the contents of the exam and the structures where the exam has to be sit for. The integrative measure aims at

verifying the knowledge of the fundamental subjects related to the exertion of a certain profession in Italy.

The possible knowledge of some subjects from the applicants – either under the educational and the professional experience profile – is taken into consideration, if duly proved, in order to reduce the substance of the integrative test.

As concerns the professions controlled by the Ministry of Justice, the procedure of acknowledgment of the title takes place at the International Sector of the Office III of the General Administration of the Civil Justice – Justice Affairs Department (Tel. 06-68852314; Fax 06-68897350), and follows the criteria envisaged by the above mentioned Directive 89/48 and 92/51/CEE which are already concerned with EC citizens.

In case of the acknowledgment of the title, the non-EU foreigner can apply for the registration in the professional *albo* by submitting the copy of the acknowledgment decree issued by the Ministry of justice.

The registration in the *albo* is subordinated to the verification – from the competent professional Order – of the compliance with the maximum number of foreigners allowed to reside in the Italian territory for working purposes. The number is annually determined by the Prime Minister decree.

In order to allow said verification, foreign citizens that have obtained the decree of acknowledgment from the Ministry must apply to the Provincial Work Office for the declaration that certifies the compliance with the number, under art. 39 paragraph 7 of the D.P.R. 394/1999.

Under article 6 of the Decreto Legislativo 286/1998 and articles 14 and 39 paragraph 7 of the D.P.R. 394/1999, the verification of the compliance with the number is not required for foreign citizens who already in possession of a work permit for self-employment, paid employment or familiar reasons.

In the overall, it comes out clear that socio-economic importance of the discussed normative, which allows citizens of whatever country to obtain the acknowledgment of the professionalism reached in their original countries and, consequently, the right to exert their profession by registering in the appropriate *albo*.

The quantity of applications for acknowledgment coming from all the world is expected to increase significantly in the time.

b. France

It has to be firstly observed that under article 11 comma 1, 1° of the *loi du 31 décembre 1971*, a non-EU or non-Economic European Area (EEA) foreign lawyer is allowed to exert the profession in France only if there exists a condition of reciprocity with his/her original Member State¹⁵.

The rules which are directly concerned with the possibility for a foreign lawyer to exert the profession in France are established by art. 99 and 100 of the *Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991*. These articles provide a different discipline depending on the European (or European Economic Space) or non-European obtainment of the lawyer "title".

To begin with, to be registered in the tableau¹⁶ it should be necessary to present a theoretical and practical background as well as the pass of a bar exam as described by articles 11 et 12 de *la loi du 31 décembre 1971*.

Yet, art. 99 provides some exceptions for those applicants that have one side accomplished post-second degree studies, whose access is subordinated to the accomplishment of studies which enable to teach in the universities or equivalents and, on the other side:

1) Have been enabled to exert the profession in a Member or in a EEA State, or in a non-Member or non-EEA State and – in this latter case – that demonstrate a practice of at least three years.

OR

2. Have exerted for at least two years (in the last ten years) the lawyer profession in a State which does not discipline the access (this could be the example of Spain).

While in these cases the applicants are not concerned by the conditions envisaged by articles 11 et 12 de *la loi du 31 décembre 1971* concerning the theoretical, practical and bar exam requirements, still they may be asked to sit for an aptitude examination whereas their

¹⁵ A detailed discussion on the condition of reciprocity has been provided by the *Conseil National des Bureaux* at http://archives.cnb.avocat.fr/PDF/2003-12-13_Reciprocite.pdf. At p. 11 of such document, there is a specific reference to the **Yugoslavia**.

¹⁶ That is what in Italy is defined as "Albo".

professional and educational backgrounds do not substantially reflect the ones “regularly” envisaged for access to the profession.

The Ministry of Justice and the *Conseil National des Bureaux* are competent for evaluating the admission of foreign *avocats*.

Last paragraph of article 11 of the *loi du 31 décembre 1971* prescribes a further requirement for non-Member or EEA lawyers. These are indeed required to sit for an examination aimed at verifying their knowledge of French law.

Basically, it can be maintained that the French discipline concerning the exertion of the lawyer profession by foreigners does not really differ from the Italian one as long as both the legislations provide the “integrative” or “aptitude” test in order to put the foreign lawyers on the same level of the French ones.

Finally, it is very important to underscore that with the Decree 91-1997 the functions of the *Conseil Juridique* have been absorbed in the lawyer (*avocat*) one. The functions of the *Conseil Juridique* were those of extrajudicial assistance and consultancy [Berlinguer, 2008]. This means that the foreign legal professional wishing to establish him/herself in France only in order to provide the *Conseil Juridique* functions, is concerned by the above mentioned rules concerning the “*avocats*”, that is art. 99 and 100 of the *Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991*.

c. Germany

In Germany, the discipline concerning the possibility for a foreign lawyer to exert the profession in the domestic territory is contained in the *EuRAG*¹⁷, that is a legislation which has implemented the European Directives - 89/48/CEE and 98/5/CE.

The *EuRAG* is made up of 42 articles and it is divided into 8 parts. The first one contains general provisions (§ 1), the second one disciplines the exertion of the “established lawyer” (§§ 2-10), the third one concerns the admission to the lawyer profession for the EC lawyer (§§ 11-15). The fourth part deals with the aptitude test; the fifth regulates the temporary performance of services (§§ 25-35). Part sixth

¹⁷ *Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte* of the 9th March 2000.

contains procedural norms (§§ 36-39), the seventh envisages administrative norms, and the last part present final provisions.

The *EuRAG* is moreover accompanied by an executive regulation¹⁸.

As seen in the discussion concerning the Italian discipline, the European law has left Member States two alternatives in order to admit foreign lawyers – that (of course) have already obtained their title in their home countries – to exert the profession:

- a) the accomplishment of a training;
- b) the envisagement of an aptitude test.

The German legislative power has opted for the second solution (art. 16 *EuRag*). The motivation seems to be the fact the German policy makers have deemed the German legal order as very different from those of the other Member States¹⁹.

While Germany does offer an examination (the *Eignungsprüfung*) to EU lawyers to prove their knowledge of German law, and thereby qualify to practice German law in Germany, they do not make this examination available to lawyers from outside the EU. Thus, for those third countries lawyers who want to practice German law in Germany, there are basically two options available. One option is to complete the full educational program required of all Germans seeking admission to the profession of *Rechtsanwalt*, a program that generally requires a seven or eight year commitment. Such an alternative is not feasible for most foreign lawyers, especially since there are few opportunities to pursue a legal education in the evening. A second option is to gain admission to the legal profession in another EU Member State where admission standards are less stringent, and then sit for the *Eignungsprüfung* to be admitted to the profession of *Rechtsanwalt*²⁰.

3. Do advocates in Italy works in small, individual offices, or they are organized in big enterprises like in the USA? How many of

¹⁸ *Verordnung über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft* of the 18 December 1990.

¹⁹ See Sangiovanni Valerio on

http://www.deontologiaforense.it/deontologia%20new/Avvocato_italiano_in_germania_DF.htm

and Grannemann on

http://www.drgrannemann.de/Gesetzliche_Grundlagen/Acquisition_German_Title_Rechtsanwalt

²⁰ See James Quinn on

<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MqBLJ/2004/6.html>

them (approximately in percentage) work in small offices, and how many of them in big offices, and what usually they do? For example criminal lawyers usually work individually and civil lawyers usually work in big companies. (What is the situation in France and Germany?)

a. Italy

In the last ten years Italian law firms have been concerned by the grouping.

Above all in the big cities, traditional law firms headed by only one professional have step by step lost their centrality in favor of structures made up of several professionals who share places and libraries and, sometimes, in favor of very big Anglo-American-style enterprises, made up of many partners, collaborators and employees.

The digital administration of the files, of the researches and of the draft of the acts, together with the creation of law firms more and more shaped on the model of society of services rather than the atelier of an artisan, have rendered the world of the Italian *foro* more similar to the world of the business firms.

The role of the lawyer is changing, above all because of the opening of the markets; the fanatics of the market consider the Italian world of the profession as the paradigm of the self-referential corporatism which is not fit to face the new dimensions of globalization, risk and flexibility.

The fanatics of the market deem the legal professions as sectors of unjustified monopoly, causing inefficiencies and costs, whereas the institution of big law firms is seen as an important as well as necessary innovation.

The supporters of the free competition and of the opening of the legal professions to such free competition rules think that, for the forensic profession becomes more and more business firm-like, it is necessary a globalization of the legal services and a greater administering and organizational competence. Only in this way the Italian law firms shall be able to be competitive on the market, either European and global.

The establishment of foreign law firms in Italy, principally American and English ones, has led the Italian law firms to undertake the way of the restructuration of their internal organization just like the international competition models.

Italian law firms are now experiencing what has happened in the US between the 80's and the 90's. The forensic professions market has reached a global dimension due to the internationalization of the business firms. The law firm structure changes according to the managerial and organizational models of the business firms. The United States of America were the first to develop the necessity of a capillary presence of professional structure to assist business firms in each State of the Federation.

On the basis of what has happened in the US, also in Europe a similar tendency is taking concreteness and law firms are presenting themselves as an integrated system.

Just like the American example, also in Italy there is a tendency towards the specialization in fields and sectors tighter and tighter, interweaving a series of relational connections with other specialists and, therefore, providing a higher quality and quantity of the services to the clients (in particular, business corporations).

According to "The American Lawyer" editor, Steven Brill, the most successful law firms in the next years shall not be constituted by a group of professionals with general competences, but by a group of specialists that shall not count less than 500 units in order to efficiently satisfy the clients' exigencies.

The cause of this phenomenon is surely connected with the increase of the legal offices inside the corporations: since they already have lawyers concerned with the several legal questions, corporations became more selective in the choice of the external law firm for consultancies.

This has, first of all, brought a movement of the competences, so that law firms have addressed themselves to those sectors of the law that were overlooked by the internal legal offices of the corporations, or sector that were of peculiar technical complexity or anti-economic given their rare influence in the concrete cases.

A direct consequence of such evolution is represented by the different nature of the relationships between law firms and clients: while previously these relationships were characterized by durability and generalness, today they are less exclusive and more oriented for specific consultancies.

Modern times are distinguished by the passing of the economy on politics as well as the globalizing boost of the technological and scientific progress.

In this model, the traditional lawyer is supported by the super-lawyer with very different skills. The professional equipped with noteworthy

prestige and power, whose knowledge and whose technicals have been obtained through a specific train (the study of the law and of the legal opinions) is flanked by a new model of professional, more concentrated on the final results of his/her job than on the coherence of his/her legal reasoning.

The establishment of the big enterprises for legal services is obtaining more and more importance, so that they are now the new centers of legal knowledge, of solutions production, of law rules and models. The “super-lawyers” are creating a new body of experts which shall confer new perspectives to the traditional sources of law of the western law systems, competing with jurisprudence and legal literature.

The important aspect is the internationality. This dimension facilitates the movement of the legal models; through their branches, in fact, the law firms continuously exchange their “law products”.

Italian law firms – but also the continental European ones – have proved unqualified when asked to assist the multinational enterprises operating in the globalization context. In order to assist these international business corporations it has been necessary to hire professionals that used to work outside continental Europe, in particular United States.

This has of course brought a significant advantage for the big US law firms, which could rely on solid financial basis and tested skills of marketing as well as on important contacts inside the multinational enterprises.

In the beginning of the globalization, only the UK law firms demonstrated themselves ready to face the new economic dimension of the business. These firms began to take over continental Europe law firms, establishing therefore a capillary structure within Europe. To the great change of the legal profession panorama corresponds a noteworthy growth of law firms’ turnover. In some countries it has even been reached an increase of 100%. In the US the total paid for legal services in 1995 was about 114 billions of dollars, corresponding to 1.6% of the Pil. The first hundred law firms reached a turnover of 16.2 billions of dollars, corresponding to one seventh of the total. From 1980 to 1995 the value of the legal services, without taking into consideration the inflation, is increase of the 148%, passing from 0.9% to 1.6% of the Pil. Yet, what has to be taken into account is the growth of the turnover of the big law firms in relation to the services provided abroad. Great part of the incomes of the US law firms, in fact, is due to the big law firms which have branches in other countries. From

1986 to 1996 the total of the incomes of the first hundred firms is increased of 75%, while the incomes for the average lawyer have increased only of the 14% and for a partner of an average law firm only 13%. The phenomenon can be summed up in as follows: the bigger is the law firms, the better it succeeds to take advantage of the international synergies which allow him a global expansion. The starting conditions of the US law firms and successively of the UK ones were such that these structure could much more competitive than their European counterparts; in addition, these law firms are localized in the most important financial places, like London and New York, and have tightened their relationship with the most prestigious investing banks.

To conclude, it is possible to say that also in Italy law firms are experiencing a change towards models of organizations typical of the business enterprises. Yet, it is important to remark that these Italian units have been most of the time taken over by foreign large law firms. An example is represented by the experience of professor Marcello Clarish. He began his professional activity in a grouping. The 2002 was a difficult year for law firms, especially the medium size ones as the Clarish's. Therefore, the law firm was obliged to take a decision: to maintain the medium size and to continue their tradition or expand their structure. After several meetings and discussions they decided to be absorbed by the English law firm Freshfields Bruckhaus Deringer.

Although they represent a small percentage, there exist Italian law firms organized as big enterprise. One of the first and also of the most famous is the Grimaldi law firm.

Another important thing to observe is that, differently from the European tendency, according to the Italian law, law firms are not considered as enterprise, but as intellectual organizations. This means that lawyers can not organize themselves into corporations and benefiting of the limited liability. Yet, currently there is a debate in the Parliament aimed at reforming the Italian Forensic Order and one of the proposal concerns the envisagement of a legal form that would allow lawyers to act as corporations. The foregoing discussion underscores how the phenomenon of big law firms concerns most of the time professional involved with commercial/civil/administrative law issues.

b. France

According to a very recent statistic on the lawyer profession in France, the 35% of the lawyers has his/her own law firm, the 31% of the lawyers is associated with other lawyers, the 28% is a lawyer-collaborator and the 6% represents the salaried lawyers.

This statistic underscores how the lawyer-collaborator has increased of the 59% in the last 10 years.

The fact that only the 6% of the lawyers is hired on a salary basis, clearly demonstrates and confirms that law firms are not that big, even those which are made up of lawyers in association.

c. Germany²¹

All forms of legal practices are common in Germany. The dominating form of running the business is in small offices. 88% lawyers practice in offices with nine or less employees, including non-legal staff. 9,1 % you can find in middle-sized law firms with 10 to 19 employees. Only 2,9 % employees of the sector work in law firms with 20 and more employees.

a) Solo practice

Solo practice is especially common in rural areas. Often solo practicing lawyers share an office with one or two colleagues. Main motivation for this is a reduction of cost for office space, office equipment and non-legal staff. They distribute incoming clients among them depending on workload, specializations and interests. Every lawyer runs his or her own business and operates independently on own risk and benefit.

b) Partnerships

More than half of all lawyers work in a partnership with other lawyers. For this joint practice or partnership various legal structures are used. The partners of this law firm control the business together and appear to the outside with one name. Normally just a few of the lawyers in the firm are partners. All other lawyers in the company are employed. It is quite common, that bigger law firms have offices in several cities and even several hundred partners. Some of those bigger law firms are parts of international law firms. Many US and British law firms operate on the German market. German partners have often

²¹ These information have been copied from the ocse website:
http://www.osce.org/documents/odihr/2009/02/36500_en.pdf

linked up with those international law firms and quite often took the name of the international partner.

c) Co-operations

Co-operations between solo practicing lawyers and small joint practicing lawyers are more and more common as an answer to the challenge these lawyers face with the big law firms. These co-operations are often not legally definite and appear just as a vague connection. The lawyers co-operate from time to time or even just suggest the services of other to their own client, when they cannot and are not willing to provide this service.

In such co-operations every lawyer practices on own risk and benefit. Often lawyers with different areas of specialty link up to be able to offer to their clients all kind of high level advisory services in all fields of the law. They also can offer services in several locations in Germany and abroad. Especially in the common market of the EU it is important for middle size businesses to be able to have legal service providers, which

can assist them in the whole area they operate their business in. There are also few franchise companies operating, which appear with the same logo and advertisement campaign, but operate independently. From the legal perspective they are not more than a co-operation. Still in all this forms of co-operations every lawyer practices on own risk and benefit.

d) Challenges for the legal service market

The existing structure of the German market for legal services is in constant change.

The pressure towards big law firms as in all other industrialized countries is substantial. As mentioned above there is a need for companies which limit their business not only to an regional, local market, but to all over Germany, the Europe Union or even beyond the borders of the EU to get comprehensive and coherent legal assistance at all locations of their business.

Another challenge the German lawyer market is facing is the enormous increase of lawyers in the recent years. In the year 1995 unified Germany had 75,000 practicing lawyers. This was in the years after the unification, when the public structures and economy in the New Laender of East Germany was still in transformation. Privatization of state owned companies and property claims were a substantive market for lawyers.

Today after most of these issues have been solved, Germany will have 150,000 practicing lawyers soon. The number has doubled in less than 15 years.

This dramatic increase of practicing lawyers has led to reduction of incomes for lawyers in Germany. The average income for practicing lawyers went down from 1994 to 2006 by 17%. The biggest falls within one year were reported in 1997 with -5,1 % and in 1999 with -4,2 %. It has to be mentioned that these figures do not consider the impact of inflation on the incomes of lawyers.

e) Segmentation of the market

The result of this challenge is the segmentation of the market, which seems to be a common phenomenon in industrialized countries. Big, in parts multinational law firms dominate the market for business related law consulting and services. The German Federal Statistical Office considers companies of the legal services sectors with and more employees already as “big”. So it is even more astonishing, that those companies

with just 2,9 % of the workforce in the legal service sector, have 38,5 % of the total revenue of the sector in Germany. Middle size law firm with 10 to 19 employees with 9,1 % of the sector’s workforce have just a share of 22,5 % in the total revenue of the business sector of legal services. The still typical, locally embedded offices for the ordinary client of solo practicing lawyers or small partnerships with nine or less

employees only create 39,1 % of the total revenue, although they employ 88 % of the workforce in the whole sector of legal services.

These small offices run the burden of all the day-to-day business for the ordinary citizens. Traditionally their main area of business to gain revenue is the civil law practice for small and middle size businesses. The small private business for individual clients is a solid source for practicing, but does not create high revenue. Civil, public and criminal law cases for private clients are not the issues where lawyers earn much

money in Germany. Usually lawyers can run their business in a long run successfully when they can combine both: Serve private and business clients. As the law firms are taking over more and more of the business related legal services, including for middle size businesses, it is getting harder for the traditional lawyer to survive on the money they earn by providing their services. The cross-subsidization, which worked for decades, is less and less effective. As a result the segmentation of the market continues.

Large law firms have the full-size businesses as clients and broaden their activities more and more towards middle-size businesses. Middle and small law offices are left with the rest, what cannot generate large revenues. At the same time the number of solo practicing lawyers and small office increase as the numbers of lawyer have increased dramatically in recent years as already mentioned. Therefore potential business and income for these lawyers has diminished dramatically in recent years.

Another form of segmentation in the market is the specialization of law firms and lawyers. The old styled lawyer, who works in all areas of law, becomes more and more exceptional. The law as such has become too detailed and the volume of regulation is so huge, that an individual lawyer can hardly cover all areas. As the market is also so overwhelmed with lawyers it is also necessary to present a unique selling point.

Therefore more and more lawyers reach out for the title of a "Specialized Lawyer" (*Fachanwalt*), which is been granted by the chamber after substantive court practice, additional training and an examination by a special commission of the chamber.

4. Is it forbidden for advocates to make advertisement in media, or it is free, or they have to get some special permission by their chamber if they want to appear in media, especially on television?

a. Italy

To find out if Italian lawyers can advertise themselves or their legal services one has to look at the deontological forensic code.

To begin with, it must be said that the force of the norms contained in such code of conduct has been several time affected by the Supreme Court decisions. Previously, in fact, these norms were not considered as official sources of law²² and, therefore, their binding dimension was not so strong.

Later on, the Supreme Court itself changed its tendency and considered the norms of the code as real sources of law²³ and as such they had to be considered as binding for the category of lawyers²⁴.

²² Cass. sez. unite 23 July 1993, n. 8239 and Cass. sez. unite, 17 January 1991 n. 401.

²³ Corte di Cass. sez. unite n. 8225 of 2002 and n. 5164 of 2004.

²⁴ For a more detailed discussion on the force of the deontological norms of the code see http://www.avvocatitriveneto.it/tematiche_zoom.php?target=1035

The articles concerned with the possibility of lawyers to advertise themselves, their activities, their competence etc. are the n. 17, 17-bis, 18 and 19.

The original text of article 17 reflected the typical and traditional Italian approach to the forensic profession. It was in fact absolutely forbidden for lawyers to advertise themselves.

It was only allowed:

- to indicate, in the relationships with third parties, peculiar fields of one's activity through letters, databases, telephonic and professional lists;
- to inform clients and colleagues on the organization of the law firm and on professional activity exerted;
- to indicate the name of a deceased lawyer, that worked in the law firm, as long as the professional had provided this in his will or there was an unanimous consent of all the heirs.

The provision of the allowed information had anyway be exerted in a fair way and in compliance with the duties of dignity and decency.

Until the recent modifications of the mentioned norm²⁵, Italy had remained one of the few European countries to envisage the absolute prohibition of advertisement for the lawyers.

The current text of article 17 establishes that the lawyer can provide information on his professional activity.

Moreover, the provisions present rules concerning the form, the content and the modalities through which the information must be provided.

Although the systematic of the text is a little bit messy, it can be said that all these must comply with purposes related to the protection of the community's reliance as well as with the dignity and decency of the profession. In addition, criteria of transparency and truthfulness have to be met. Anyway, the advertisement must not be comparative, misleading and praising.

For example, in a very recent decision, the Italian Supreme Court has condemned a law firm from Brescia, maintaining that the advertisement accomplished by the latter had not complied with the dignity and decency of the lawyer profession. The law firm from

²⁵ The text of article 17 has been modified in 1999, 2002, 2006 and 2008. For a more detailed discussion on the evolution of the text article 17 *see*:

Relazione Illustrativa sulle modifiche apportate al Codice dopo il decreto legge n.223/06;

La c.d. pubblicità informativa dell'avvocato;

Brescia had indeed used the acronym ALT to mean “*Assistenza Legale per Tutti*”²⁶.

Article 17 provides also that the lawyer cannot take advantage of the name of his/her clients, even if these agree. The old norm – seen above – concerning the deceased lawyer is maintained.

Finally lawyers can organize seminars and course without seeking profits.

The black letter of art. 17-bis, which has been introduced in 2006²⁷ but whose text has been modified in 2008²⁸, says: “Modalities of Information”. Other than the modalities, anyway, the text of the article concerns also the content of the information.

Article 17-bis specifies which information the lawyer must necessarily provide in promoting his/her professional activity and which information are facultative.

The first category, envisaged at paragraph 1, concerns the legal place, the *albo* where the lawyer is registered and the name of the law firm (and of its members). The legislative choice to oblige the lawyer to mention the above said information has basically reflected the spirit of the Directive n. 2006/123/CE that, at article 22, invites Member States to envisage that also the services providers registered in professional *albi* must provide the above specified information.

The second category, envisaged at paragraph 2 concerns qualifications, specializations, courses, etc.

Finally, article 17-bis also allows lawyers to have their own website. Such website anyway has to be authorized by competent “*Consiglio dell’Ordine*”; it must present the compulsory information envisaged in the 1 paragraph and can not contain advertisements and commercial allusions.

Art. 18 disciplines the relationship between the lawyer and the press or other mass media. In particular it envisages that the lawyer has to comply with criteria based on equilibrium and self-control in occasion of interviews and declarations. The lawyer has therefore to pay attention to his/her duties of respecting the privacy and the discretion.

If the information given in occasion of interviews or declarations in general concern the client, the information themselves must be

²⁶ The Decision is the n. 23287/2010. “*Assistenza Legale per Tutti*” means “Legal Assistance for Everybody”.

²⁷ See <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10367>

²⁸ See <http://www.altalex.com/index.php?idnot=1497>

authorized by the client him/herself and must be given in the interest of the latter. The lawyer can not take advantage of interviews and declarations for underscoring and promoting his/her skills, competences etc. The lawyer is also forbidden to organize press conferences as well as promoting the publication of articles so long as that is not necessary to protect the exigencies of the client.

The lawyer can participate in TV or radio programs as well as to be the editor of reviews, but he/she has to be firstly authorized by the competent *Consiglio dell'Ordine*.

Art. 19 is strongly concerned with the behavior that lawyers can perform in order to hunt clients.

It is in fact prohibited for the lawyers to offer professional performances which are specifically directed to third parties when this has not be required by the parties themselves. It is neither possible to offer general professional performances at other people domicile, in public venues, etc.

Moreover, the lawyer can not pay to a colleague, or to another individual, a fee, a commission or whatever sum of money as consideration for introducing a client.

Finally, it is against the law to offer free performances or performances to third parties as well as the to promise or to provide advantages to obtain engagements or jobs.

The prohibition envisaged by article 19 aims at disciplining a phenomenon which is different from the advertisement considered as such. The clients hunting can be in fact accomplished through unfair means, means that do not present any connection with one's own professional competences and that are employed only in order to obtain jobs and clients. A typical example is represented by offering services to victim of accidents through distributing business cards in hospitals venues.

b. France

The very first difference between France and Italy in relation to the deontological norms is represented by the fact that in France such norms are official sources of law and not "soft" law as in Italy.

The discipline concerning the deontology of the French lawyers is in fact contained in the "*Règlement Intérieur National (RIN) de la profession d'avocat*" (décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005).

The norms concerning the advertisement are envisaged at art. 10 of said decree.

These basically present similar aspects to the Italian ones. In particular, the lawyer cannot advertise her/his services on the media, like tv or radio. Also, he/she cannot do door-to-door offers as well as direct proposals to specific clients.

Yet, he/she can have a website (as the Italian lawyer, he/she has to communicate the intention to the competent “*ordre*”) and he/she can use letters, email, plates in the building (so long as these present a reasonable dimension) where he/she is allowed to describe the nature of the activity, the competences, the specialization, etc.

Just like the Italian legislation, also in France the lawyer is obliged to provide certain information as for example the name of the law firm, the address, the bureau etc.

d. Germany

As concerns the German norms on the advertisement of lawyer profession, they are contained in the *BRAO* (*Bundesrechtsanwaltsordnung*) - that is the federal legislation on the lawyer profession – and, the majority of them, in a regulatory provision: *Berufsordnung*.

It is first of all established the principle according to which the advertisement must provide objective information either from a point of view of the form or a point of view of the content. Just like Italy and France, moreover, the German lawyer can not advertise him/herself to obtain a specific commitment (§ 43b *BRAO*).

In the *Berufsordnung* it is provided that lawyer can provide information on his/her services and on his/her own person to the extent to which such information are correct and concerned with the profession.

Lawyer can not specify numbers related to the success of the activity and to the turnover of the law firm. References to professional commitments and to clients are admitted only into informative brochures, letters and similar means of information, or upon request, under the condition that the client has expressly given the consent. Set aside the specialized lawyer, only those who can demonstrate their specific competences, for example through publications, are allowed to provide information on their specialism (§ 7). Mentions of professional collaborations are allowed only when these take place in the form of professional association (*Sozietat*) or in other way (paid employment or free collaboration) with individuals who are suitable to form a professional association or in the form of a long term and effective cooperation (§ 8).

Concerning the possibility to make advertisement through media, the Court of Appeal of Munichen has set that so long as the advertisement complies with the principle established at § 43b BRAO, then the advertisement is lawful²⁹. The German law, in fact, has not dedicated any specific rules concerning the form of advertisement.

REFERENCES

- AA.VV. [2000]. Dizionario giuridico romano. Edizioni Giuridiche Simone
- Balduino, A. [1990]. Storia letteraria d'Italia. Vol. 10. Piccin-Nuova Libreria
- Berlinguer, A. et al. [2008]. La professione forense. Modelli a confronto. Giuffrè Editore
- Carnelutti, F. [1959]. Avvocati e procuratori, in Enciclopedia del diritto, IV. Milano
- Hamelin, J. And Damien, A. [1995]. Les Règles de la profession d'avocat. 8th Edition. Dalloz
- Meninconi, A. [2007]. La maschia avvocatura. Il Mulino
- Rasi, P. [1957]. Avvocati e procuratori (Diritto romano) e (Diritto intermedio), in Novissimo Digesto italiano, I/2. Torino
- Ricciardi, E. [1990]. Lineamenti dell'ordinamento professionale forense. Giuffrè
- Riva-Sanseverino, L. [1962]. Corporativismo. Enciclopedia del diritto. Varese, Giuffrè
- Sangiovanni, V. [1999]. La riforma della professione legale nella Repubblica Federale Tedesca, con particolare riferimento alla pubblicità degli avvocati ed alla figura dell'avvocato specialista. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Vol. 4.
- Scarselli, G. [2009]. Ordinamento giudiziario forense. Giuffrè

²⁹ For a more detailed discussion see Sangiovanni [1999].

Giovanni Tamburini, PhD

Roma, Italy, External expert of the Institute
of Comparative law, Belgrade

ADVOCATS IN ITALY FRANCE AND GERMANY

Mr Giovanni Tamburini PhD from Italy, is external, foreign expert, who expressed his wish to cooperate with our Institute – the Institute of Comparative Law from Belgrade. For the first time he answers on some questions that we have made about the advocates and their bar associations in Italy, France, Germany. First of all, we asked him: how bar associations are organized? On the national level, is there one organization, or there are organizations on the level of provinces? Is it possible to organize two or three bar associations on the level of the whole country? The second question was: is it possible for foreign advocates to work in Italy (France, Germany). Especially to be engaged to work in front of courts. The third question was: Do advocates in Italy work in small, individual offices, or they are organized in big enterprises like in the USA? How many of them (approximately in percentage) work in small offices, and how many of them in big offices, and what usually they do? Is it forbidden for advocates to make advertisement in media, or it is free, or they have to get some special permission by their chamber if they want to appear in media, especially on television?

Key words: *advocats; bar associations, advocat offices, advertisement; Italy, France, Germany*

Dr Slavoljub Carić,
Pravni zastupnik Srbije pred
Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu

Pregledni naučni rad
UDK: 341.231.14(4)(094.2)

Stanje u predmetima koje Republika Srbija ima pred Evropskim sudom za ljudska prava - uporedna statistička analiza

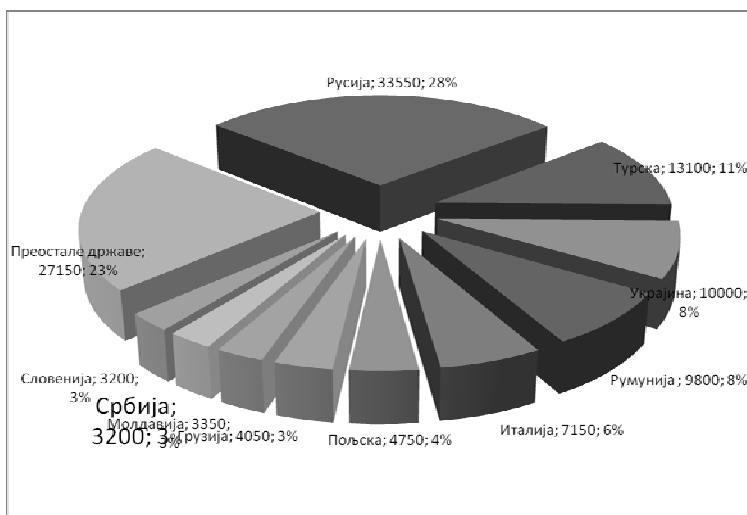
U odnosu na njen broj stanovnika broj predstavki podnetih protiv Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava je veoma visok i nalazi se u stalnom porastu. Velik broj predstavki svedoči o izuzetnom poverenju koje građani Srbije gaje prema ovoj međunarodnoj sudskoj instituciji, ali istovremeno ukazuje i na izvesne sistemske probleme sa kojima se Republika Srbija suočava. Autor je u svom radu nastojao da, kroz zvanične statističke podatke prikaže položaj Republike Srbije kao tužene strane pred ovim međunarodnim sudom tokom nešto više od 5 godina od početka primene Konvencije. Statistički pokazatelji korišćeni su kako bi se odredili postojeći trendovi u pogledu niza pojedinačnih pitanja kao što su: učestalost obraćanja sudu, tip povreda na koje se građani Republike Srbije najčešće žale, ishodi postupaka, naknada štete, ustupanje predmeta Velikom veću, i niz drugih bitnih odlika postupka pred sudom u Strazburu.

Ključne reči: *Evropski sud za ljudska prava, Zastupnik Republike Srbije, predstavke, presude, izvršenje, Komitet Ministara, dosuđene naknade, Veliko veće*

Broj predstavki podnetih protiv Republike Srbije nalazi se u stalnom porastu. Stoga je Republika Srbija sa 3200 podnetih predstavki protiv nje, za nešto više od 5 godina od primene Konvencije dospela na 8. mesto u Evropi. Shodno statistici Suda za 2009. godinu (izveštaj za 2010. godinu biće objavljen na početku 2011. godine), ova brojka izražena u procentima znači da je 3% od ukupnog broja predstavki podnetih Sudu protiv svih 47 država-članica Saveta Evrope podnet protiv Republike Srbije. Pri tome, trebalo bi imati u vidu da većina država, protiv kojih je podnet veći broj predstavki u odnosu na Republiku Srbiju (Rusija, Turska, Ukrajina, Rumunija, Italija i Poljska), ima znatno veći broj stanovnika, pa stoga i potencijalnih podnosilaca predstavki.

Broj predstavki uzet u rad posmatran u odnosu na broj stanovnika (pri čemu su računani i građani Srbije sa KiM) Srbiji donosi indeks od 1,60. Viši indeks imaju Gruzija (5,03), Crna Gora (4,30), Lihtenštajn (3,92), Moldavija (3,70), Slovenija (2,91) Monako (2,73), Rumunija (2,45), Makedonija (2,39), Hrvatska (1,70) i BiH (1,65). Najniži indeks ima Danska (0,11),

Prema statistici Suda 95% tih predstavki biva odbačen bez dostave tuženoj državi tj. Republici Srbiji. Trenutnu situaciju u vezi sa ukupnim brojem predstavki najbolje pokazuje sledeći dijagram:



Ovako veliki broj predstavki svedoči o velikom poverenju koje građani Srbije iskazuju prema ovoj međunarodnoj sudskoj instituciji, ali svedoči i o izvesnim sistemskim problemima, kao što su problem suđenja u razumnom roku i problem neizvršavanja pravosnažnih sudskih odluka

Broj predmeta protiv Republike Srbije koji su dostavljeni na odgovor Zastupniku u 2005. godini iznosio je 5 predmeta, dok je tokom 2006. godine dostavljeno 40 predmeta. Tada je doneta i prava presuda u odnosu na Republiku Srbiju. Tokom 2007. godine dostavljeno je na odgovor još 24. predmeta i doneto je još 15 presuda..

U prvoj polovini 2008. godine dostavljeno je na odgovor (tzv. komunikacije) 18 predmeta, donete su 4 presude i doneto je 8 odluka.

Do kraja 2008. godine dostavljeno je još 22 nova predmeta i doneto je još pet presuda i sedam odluka. Prema tome tokom 2008. godine dostavljeno je na odgovor 40 novih predmeta, doneto je 9 presuda i 15 odluka.

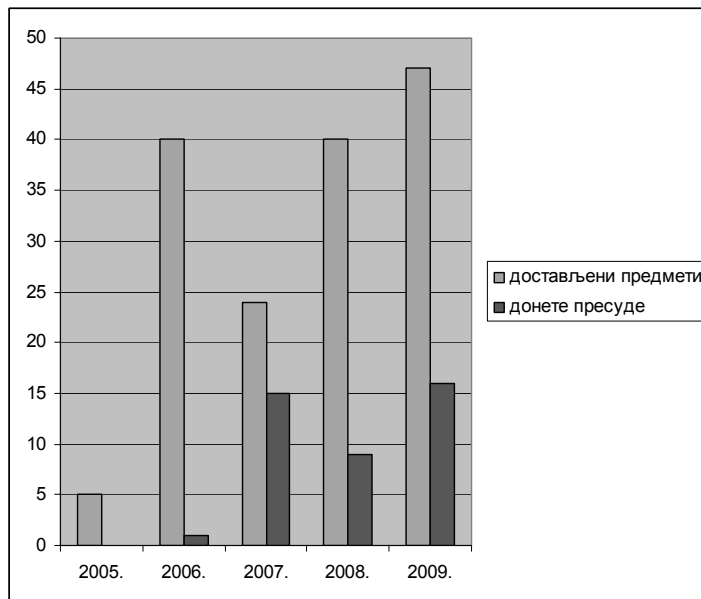
Prema zvaničnoj statistici Suda broj predstavki koje su dostavljene na odgovor Republici Srbiji tokom 2009. godine iznosi 82.¹

Tokom 2010. godine dostavljeno je 29 novih predmeta do juna 2010. godine i 81 novih predmeta do kraja 2010. godine. Pri tome u okviru jednog predmeta postoji i više predstavki, bilo od strane jednog podnosioca (na primer u slučaju Milosavljević) ili od strane više podnosilaca, tako da je tačan broj primljenih predmeta i predmeta u radu samo orijentacionog karaktera.

U poređenju sa brojem predstavki koje su dostavljene na odgovor drugim državama Republika Srbija se nalazi u samom vrhu – 13.mesto (veći broj predstavki dostavljen je Bugarskoj, Francuskoj, Grčkoj, Italiji, Moldaviji, Poljskoj, Rumuniji, Rusiji, Portugalu, Sloveniji, Turskoj i Ukrajini), što znači da je veliki broj podnetih predstavki odbačen (444), ali i da se u budućnosti može očekivati veći broj donetih presuda u odnosu na Republiku Srbiju.

U prvoj polovini 2009. godine dostavljeno je 23 nova predmeta i doneto je osam presuda, a u drugoj polovini dostavljena su još 24 nova predmeta i doneto je još 8 presuda, tako da ukupan broj predmeta komuniciranih tokom 2009. godine iznosi 47, dok broj donetih presuda tokom 2009. godine iznosi 16. Pri tome, broj podnosilaca predstavki je znatno veći, jer u jednom predmetu ima 29 podnosilaca, a u drugom 30 podnosilaca, što nije zanemarljivo, kako kod pripreme zapažanja za Sud, tako i u fazi kasnijeg izvršavanja presude. Zbog toga statistički izveštaji Suda govore o znatno većem broju predmeta tj.predstavki.

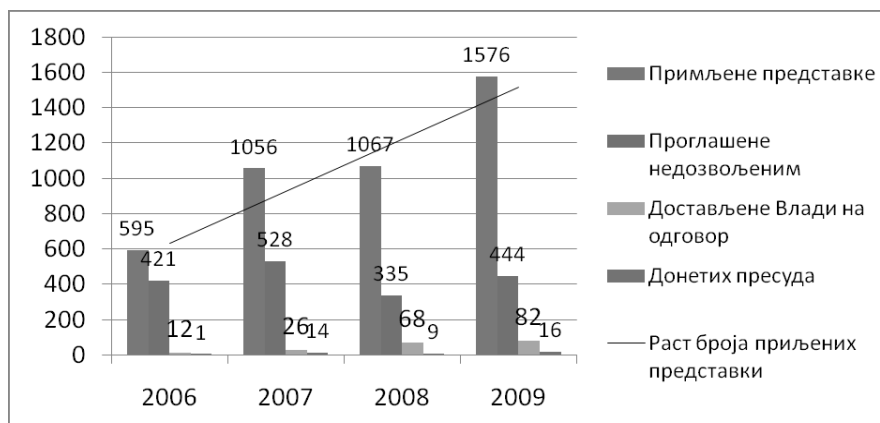
¹ Razlika u računici između nas i Suda ogleda se u tome što Sud broji broj predstavki, a mi broj predmeta. Naime, u okviru jednog predmeta moguć je veći broj predstavki tj.veći broj podnosilaca.



Do sada je doneto ukupno 49 presuda u odnosu na Republiku Srbiju (1 presuda doneta je 2006. godine, 14 presuda 2007. godine, 4 presude u prvoj polovini 2008. godine, pet presuda u drugoj polovini 2008. godine, osam presuda u prvoj polovini i osam presuda u drugoj polovini 2009. godine (ukupno 16 presuda objavljeno je tokom 2009. godine). Tokom prve polovine 2010. godine doneto je 6 presuda, a tri presude donete su u drugoj polovini 2010. godine. Od 49 donetih presuda u 43 presude utvrđena je bar jedna povreda odredaba Konvencije, dok je u 3 presude utvrđeno da nije bilo povrede Konvencije. (dve takve presude – *Bjelić* i *Molnar-Gabor* donete su tokom 2009. godine).

Ipak trebalo bi imati u vidu da je i među presudama u kojima je utvrđena bar jedna povreda bilo onih presuda u kojima je Republika Srbija bila uspešnija od onih koji su je tužili. Na primer, u slučaju *Đermanović* Sud je utvrdio da nije bilo povrede članova 3 (uslovi u zatvoru) i 6 stav 1 (dužina krivičnog postupka) Konvencije, našavši samo povredu člana 5 stav 3 Konvencije (dužina pritvora) ili u slučaju *Stojanović*, nađena je samo povreda člana 8 Konvencije u vezi sa čitanjem prepiske zatvorenika, dok je utvrđeno da nije bilo povrede člana 3 (nehumano postupanje), člana 8 (vezano za povredu prava na porodični život povodom nedavanja besplatne zubne proteze zatvoreniku) i Protokola 12 (opšta zabrana diskriminacije). U poslednjoj navedenoj presudi Sud nije dosudio nikakvu

nakandu podnosiocu što je bio slučaj u još nekim presudama (na primer, Bulović, Bodrožić-Vujin, Filipović, Matijašević, Jovančić itd.)



U poređenju sa drugim državama u odnosu na presude donete tokom 2009. godine, Srbija, koja je odbranjena u dva slučaja, ostvarila je relativno dobar rezultat. Na primer, Sud je u odnosu na Portugaliju tokom 2009. godine doneo 17 presuda i u svih 17 presuda država je izgubila. Ipak, najgora je pozicija Ukrajine. Od 126 donetih presuda u 2009. godini, nijedan slučaj nije rešen u korist države, što svedoči o dubokim strukturnim problemima sa kojima je suočena ova država. Sve presude u kojima je utvrđeno kršenje ljudskih prava donete su protiv države, u odnosu na ukupan broj donetih presuda, i u slučajevima Gruzije (11) Albanije (9), BiH (6), Estonije (4), Kipra, Češke i Danske (3), Crne Gore i Monaka (1). Finska se, na primer, odbranila samo u jednom slučaju (29 ukupno od 28 presuda u kojima je utvrđeno da je država kršila ljudska prava).

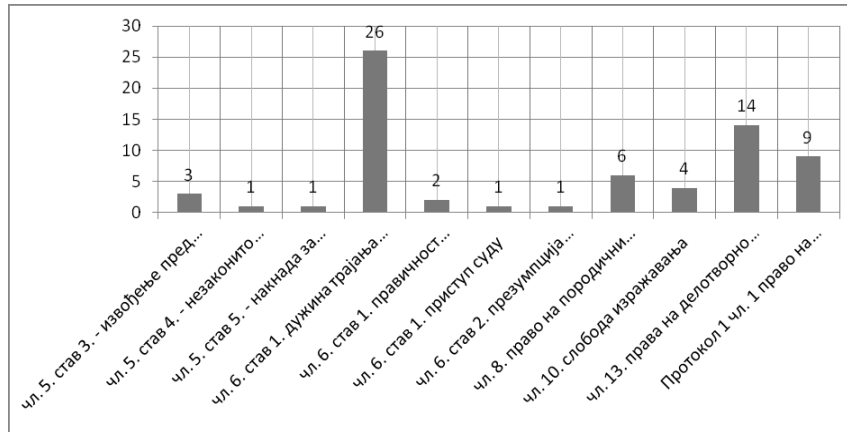
Statistički pokazatelji u vezi sa odnosom između ukupno donetih presuda u 2009. godini i presuda u kojima je utvrđeno da je država kršila ljudska prava, za bivše jugoslovenske republike, su sledeći: Hrvatska 19-16, Makedonija 17-16, Slovenija, 8-7, BiH 6-6 i Crna Gora 1-1.

Svakako najbolji rezultat u pogledu presuda u kojima nisu nađene povrede Konvencije, procentualno gledano, ostvarile su Holandija (od 4 donete presude nije doneta nijedna u kojoj je utvrđena povreda Konvencije) i Norveška (od 3 donete presude, država se odbranila u dve), dok brojčano vodi Turska (9 presuda u kojima nije bilo povreda Konvencije). Međutim, Turska je ubedljivo prva po broju presuda u kojima je utvrđeno kršenje Konvencije (341).

Prema tome, može se zaključiti da su u predmetima koji su dostavljeni na odgovor državi daleko veće šanse da se ustanovi povreda

ljudskih prava, nego što postoje šanse da se povreda ne nađe, što ukazuje na potrebu da se mora nastojati na tome da se sve sporne situacije rešavaju na efikasniji način na domaćem planu.

Struktura utvrđenih povreda Konvencije u odnosu na Republiku Srbiju najbolje se može videti iz sledećeg dijagrama:



Struktura predmeta prema prirodi pravnih pitanja je veoma različita. Najveći broj tiče se klasičnih parnica. Prisutan je i znatan broj trovinskih stavri, sporova iz porodičnih odnosa i radnih sporova. Takođe u radu se nalaze i predmeti iz krivične materije, a u nekoliko slučajeva radilo se o ustavnoj materiji (slučaj Bjelić i slučaj Paunović i Milivjovević).

Inače, tokom 2009. godine Sud je po donetim presudama u odnosu na Republiku Srbiju na ime nematerijalne štete dosudio 33.000 evra, a na ime troškova postupka 14.000 evra. Pored toga u dve presude (*Crnišaniin i dr.* i *Grišević i dr.*) Sud je dosudio i materijalnu štetu koja se svodi na isplatu iznosa dosuđenih po presudama domaćih sudova koje nisu bile izvršene.

U presudi donetoj u predmetu Rakić i dr. Sud je svakom podnosiocu dosudio po 3000 evra, a s obzirom da se radi o 30 podnosilaca ukupan iznos nematerijalne naknade koju je u obavezi da plati Republika Srbija iznosi 90.000 evra i to predstavlja rekordni iznos dosuđene naknade. Najveći iznos dosuđen na ime troškova postupka je iznos od 8000 evra u slučaju Majkić i Kin-Stib (u ovom slučaju traženi su millionski iznosi na ime nakande i troškova postupka).

Prema uporednoj statistici koju objavljuje Komitet ministara – Odeljenje za izvršavanje presuda Suda iznosi dosuđenih naknada mogu se videti najbolje u sledećoj tabeli:

Država	Materijalna šteta (€)	Nematerijalna šteta (€)	Materijalna i nematerijalna šteta	Troškovi postupka (€)	Unutrašnji dug	Ukupno (€)
Albanija	84000	476100		9150		569250
Bosna i Hercegovina		5300		21000	130632	156932
Bugarska	810367	228700	102000	96233		1237300
Hrvatska	74635	92090		31330		198055
Moldavija	13940006	235500		43120		14218626
Rumunija	10203137	602830	221500	152492		11179959
Srbija		24600		2700		27300
Slovenija		29140		8961		38101
BJR	1800	30100		5400		37300
Makedonija						
Turska	2788005	2530492	155000	222777	436160	6132434

Materijalna i nematerijalna šteta naznačeni u gornjoj tabeli odnose se na iznose dosuđene od strane Suda. Ukupna suma se odnosi kako na iznose dosuđene po presudama, tako i na iznose po poravnanjima i jednostranim deklaracijama. Unutrašnji dug odnosi se na iznose dosuđene do presudama nacionalnih sudova koje nisu izvršene, a čije izvršenje je naložio Evropski sud za ljudska prava u svojim presudama.

Inače, zaključno sa 2009. godinom su donete 52 odluke u odnosu na Republiku Srbiju. Najvećim delom te odluke su donete povodom sklopljenih poravnanja (19) ili izjavljenih jednostranih deklaracija (13). Samo u 2009. godine sudsko poravnanje sklopljeno je u 15 slučajeva, vansudsko u jednom, a Sud je prihvatao jednostrane deklaracije u 8 slučajeva. U svim tim slučajevima shodno Uredbi o zastupniku pribavljena je prethodna saglasnost organa čiji su akti doveli do postupka pred Sudom, jer je procenjeno da će Sud utvrditi povredu Konvencije.

Takođe, u okviru te brojke od 52 donete odluke važno je istaći i to da je doneto 15 odluka u kojima su predstavke skinute sa liste po različitim osnovima, ali im je zajedničko to da takvi slučajevi predstavljaju povoljno rešenje za Republiku Srbiju, jer nakon skidanja sa liste predmeta po osnovima iz člana 37 Konvencije predmet se smatra definitivno završenim s obzirom da sami podnosioci procene da su im minimalni izgledi na uspeh u parnici protiv države.

Za razliku od takvih odluka, bez ikakvih obaveza da državu, u slučaju sklopljenih poravnanja i jednostranih deklaracija nastaju određene obaveze za državu, pa ukoliko se te obaveze ne ispune predmet može biti vraćen na listu što se do sada desilo samo u jednom slučaju (*Katić*).

Najzad, u četiri odluke predstavke su proglašene za nedopuštene. Takve odluke donose se kada se utvrdi da su predstavke očigledno neosnovane ili da su podnosioci zloupotrebili pravo na predstavku, pa se u tom smislu ove odluke ne razlikuju od presuda u kojima je utvrđeno da nije bilo povreda Konvencije.

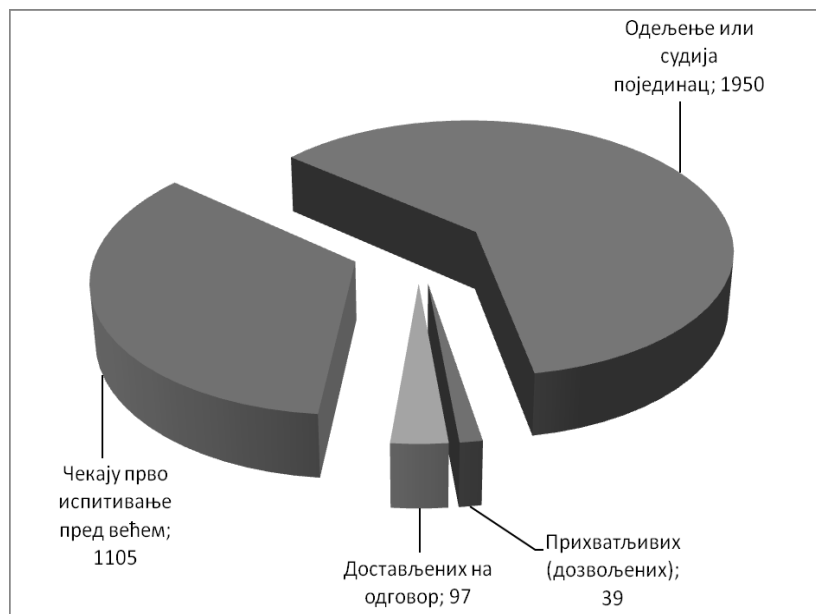
U 2009. godini na ime sklopljenih poravnanja dosuđeno je 66.000 evra, a na ime jednostranih deklaracija 17.900 evra.

U prvoj polovini 2010. godine doneto je 14 odluka. U jednoj odluci donetoj povodom četiri odvojene predstavke, Sud je predstavke proglasio nedopuštenim zbog zloupotrebe prava na predstavku. Takođe, u jednoj odluci predstavka je proglašena nedopuštenom zbog neiscrpljivanja unutrašnjih pravnih sredstava. Sedam odluka doneto je povodom sklopljenih poravnanja, a šest povodom prihvaćenih jednostranih deklaracija. Dve odluke su donete zbog povlačenja tj. odustanka od predstavke od strane podnosioca.

U drugoj polovini 2010. godine doneto je 20 odluka. U jednom slučaju radilo se o očigledno neosnovanoj predavci (Ilić), u jednom je predstavka proglašena nedopuštenom zbog neiscrpljivanja unutrašnjih pravnih sredstava (Jovanović), u dva slučaja radilo se o prihvatanju jednostranih deklaracija, a u svim ostalim slučajevima sklopljena su poravnanja. U poslednjoj donetoj odluci (Tatalović i Đekić) predstavka je proglašena delimično nedopuštenom.

Prema tome, tokom 2010. godine (zaključno sa 31. decembrom) objavljene su 34 odluke, pa ukupan broj objavljenih odluka iznosi 86.

Da zaključimo, trenutno postupanje Suda po predstavkama iz Srbije može se videti iz sledećeg dijagrama:



Sa druge strane, s obzirom da je Komitet ministara Saveta Evrope zaključio razmatranje tri slučaja u kome je doneta presuda do sada (*Matijašević, Lepojić i Filipović*), zadovoljan svim preduzetim merama u cilju izvršavanja donetih presuda, faktički se postupa u pogledu izvršavanja naloga u ostalim donetim presudama, u kojima je utvrđena povreda Konvencije, sve dok Komitet ministara ne konstatuje da su izvršene svi nalozi u pogledu konkretne presude (prevođenje, objavljivanje i diseminacija, plaćanje naknade, sprovođenje individualnih i generalnih mera).

Nakon stupanja na snagu Protokola 14 Komitet ministara nadzire i sprovođenje uslova iz poravnanja, tako da i u vezi sa tim nastaju obaveze za Sektor za zastupanje (prevod i dostava odluka, pribavljanje broja računa u cilju isplate i dostava broja računa isplatiocu, kontrola isplate i obaveštavanje Komiteta ministara o izvršenoj uplati, slanje zahteva za ubrzanje domaćeg postupka i obaveštavanje Komiteta ministara o preduzetim merama itd.)

U pet slučajeva do sada (*Lepojić, Kačapor i dr., Stanković, Felbab, Majkić i Kin-Stib*) zastupnik je podneo zahteve za ustupanje predmeta Velikom veću, s tim što je petočlani panel Evropskog suda za ljudska prava odbio prva dva zahteva tokom 2008. godine, bez posebnog obrazloženja, što je uobičajena praksa. Treći zahtev podnet je u martu 2009. godine i on je odbijen već u aprilu 2009. godine. Tokom jula 2009. godine podnet je zahtev za ustupanje predmeta Velikom veću i u slučaju *Felbab*, jer je ustanovljenje povrede člana 8 Konvencije u navedenom slučaju suprotno ranijoj praksi Suda. Podnosilac predstavke u ovom predmetu, nezadovoljan iznosom dosuđene naknade (4000 evra) takođe je podneo zahtev za ustupanje ovog predmeta Velikom veću. Svi ovi zahtevi, kao i zahtevi podnosioca predstavki u slučajevima *Cvetković, Čeh, Bjelić, Bodrožić i Bodrožić-Vujin* odbijeni su. Poslednji odbijeni zahtev, kako podnosioca, tako i države Srbije, bio je zahtev, koji je odbijen 4. oktobra 2010. godine u slučaju *Majkić i Kin-Stib*. Planirano je da se podnese zahtev za Veliko veće u poslednjoj doentnoj presudi (*Milanović*).

Inače, tokom 2009. godine usvojeno je samo jedanaest zahteva za ustupanje predmeta Velikom veću (slučajevi protiv Italije, Letonije, Velike Britanije, Moldavije, Španije, Belgije, Švajcarske, Holandije, Turske, Rusije i Portugala).

Slavoljub Caric, PhD
The Agent of the Republic of Serbia
before the European Court of Human Rights

The Case Law of the European Court of Human Rights Where the Republic of Serbia Is a Party to the Proceedings – A Comparative Statistical Analysis

In comparison to the size of its population, the number of submissions against the Republic of Serbia before the European Court of Human Rights is very high and it is continuously growing. The great number of submissions testifies about an exceptional trust the citizens of Serbia have towards the work of this international judicial institution but it also indicates the existence of structural problems Serbia is currently facing. Throughout this essay the author has attempted to depict the position of the Republic of Serbia as a respondent party in the proceedings before the ECtHR during the last five years by using the relevant statistical data. The statistical indicators are analysed with the aim to identify the prevailing trends vis-à-vis a number of important issues such as: how often the citizens of Serbia plead to the ECtHR, the type of violations the citizens are usually referring to, prevailing types of decisions issued by the ECtHR, damages awarded, appeal to second instance, and other important features of the proceedings conducted before the court in Strasbourg.

Key words: ECtHR, State Agent, submissions, judgments, execution of judgments, Committee of Ministers, damages awarded, Grand Chamber.

Prof. dr Saša Mijalković,
Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.

Doc. dr Goran Bošković,
Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.

Prof. dr Željko Nikač,
Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.

Originalni naučni rad
UDK: 341.4 343.9.02

MEĐUNARODNOPRAVNI NAPORI U SPREČAVANJU FINANSIRANJA TERORIZMA „PRLJAVIM NOVCEM“

Savremene terorističke organizacije i njihove aktivnosti su najčešće podržane sredstvima nelegalnog porekla, koja su neretko proistekla iz kriminalnih aktivnosti. Osim toga, u manjem obimu se finansiraju i sredstvima čije je poreklo legalno – terorizam „sponzorisan“ od strane legalnih subjekata (država, nevladinih organizacija, multinacionalnih kompanija, bogatih pojedinaca itd.).

Istovremeno, pomenuti vidovi finansiranja terorizma mogu da budu „neposredni“, po principu „pare u ruke“, što organima bezbednosti ne stvara naročite mogućnosti otkrivanja finansijskih transakcija i „posredni“, kada se „prljavi“ (nelegalni) novac „pere“ (legalizuje) i dostavlja posredstvom legalnih finansijskih tokova.

Situaciju dodatno usložava činjenica da se većina zakonskih određenja pranja novca odnosi na legalizaciju protivpravno stečene imovinske koristi, dok su ciljevi finansiranja terorističkih aktivnosti nefinansijski, tj. politički. To državama stvara izvesne probleme u primeni mera za suprotstavljanje pranju novca radi suzbijanja finansiranja terorizma, iako su u oba slučaja načini pranja novca suštinski identični. Problem je još izraženiji zbog disharmonije nacionalnih zakonodastava u ovoj sferi nacionalne bezbednosti. To zahteva definisanje jedinstvenih mera za suprotstavljanje pranju novca i finansiranju terorizma na međunarodnom planu.

Ključne reči: nacionalna bezbednost, međunarodna bezbednost, međunarodno pravo, pranje novca, terorizam, finansiranje terorizma, organizovani kriminal.

UVOD

Savremenim terorističkim, kao i drugim kriminalnim organizacijama, očigledno je potrebna finansijska podrška i pomoć. Ekonomičnost, kao tradicionalno obeležje terorizma, odnosi se samo na posledičnu dimenziju terorističkih akata: veliki broj žrtava, velika materijalna šteta i globalni medijski efekti primenom nasilnih metoda i upotrebom sredstava koja ne zahtevaju naročita finansijska sredstva. Međutim, organizaciono-tehničke pripreme za izvođenje terorističkih akata zahtevaju sve veće materijalna sredstva, što savremeni terorizam čini skupim.

Naime, teroristima su finansijska sredstva neophodna za sve aspekte ostvarivanja njihovih ciljeva, uključujući obaveštajnu podršku, sopstveno organizovanje i zaštitu, korupciju javnih službenika, nabavku ubojitih sredstava, falsifikovanje isprava i putovanja, obuku, izvođenje terorističkih akata itd. Finansijski fondovi terorističkih organizacija mogu da budu veliki, iako finansijska sredstva za izvođenje pojedinačnog terorističkog akta mogu da budu mala. Na primer, ukupni troškovi pripremanja i izvođenja terorističkih napada 11. septembra 2001. godine u Americi procenjuju se na iznos između trista hiljada i milion američkih dolara, dok je teroristički akt izveden podmetanjem bombe (čija je izrada koštala oko tri hiljade funti) u Londonu 2003. godine prouzrokovao štetu od oko milijardu funti.¹

Ozbiljan problem savremenih terorista je pribavljanje finansijskih sredstava i njihov siguran transfer. Problem je veći ukoliko je finansijer udaljen hiljadama kilometara, a mogućnosti transportovanja ili krijumčarenja gotovine ograničene ili skopčane s velikim rizikom njihovog pronalaženja i oduzimanja. Tada je „najlakše“ da se sredstva ubace u legalni finansijski sistem i, posredstvom mehanizama međunarodnog transfera novca, podignu u zemlji u kojoj deluje teroristička grupa. Ovo takođe nije jednostavna operacija, naročito ukoliko finansijsko-obaveštajne strukture „dobro rade svoj posao“. Uz to, problem terorista je još veći ukoliko je taj novac „prljav“, što prethodno zahteva njegovo „pranje“, jer najčešće dolazi iz miljea organizovanog kriminala.

¹ Hopton, D. (2004), *Money Laundering: A Concise Guide for All Business*, Glower, London, p.4.

ORGANIZOVANI KRIMINAL KAO FINANSIJER TERORIZMA

Bez namere da se detaljnije upuštamo u normativno određenje organizovanog kriminala, zadržaćemo se na tome da je reč o trajnom kriminalnom poduhvatu koji se racionalno obavlja radi profita od nelegalnih aktivnosti, a njegovo trajno postojanje održava se korišćenjem sile, pretnjama, kontrolom monopola i/ili korumpiranjem javnih službenika. Dakle, primarni elementi organizovanog kriminala su: postojanje trajne kriminalne organizacije; racionalno kriminalno delovanje; sticanje profita kao krajnji cilj kriminalnog delovanja i korišćenje sile ili pretnji i pribegavanje korupciji radi realizovanja ciljeva i očuvanja imuniteta od primene prava.²

Reč je o jednom o najprofitabilnijih vidova (ne)ljudske delatnosti, što ga čini četvrtim sektorom svetske privrede čiji godišnji bruto prihod čini 20% vrednosti globalne trgovine.³ Neke međunarodne kriminalne organizacije poseduju kapital koji je veći od nacionalnih bruto dohodaka ili budžeta mnogih zemalja. To im omogućava da sprečavaju tranziciju ka demokratiji, ograničavaju lična prava i slobode, sprečavaju ekonomiju otvorenog tržišta i legalne strane investicije, ograničavaju slobodne izbore i slobodu štampe, te da prete finansijskoj bezbednosti zemalja.⁴ Interesantan je podatak MMF po kojem je obim profita stečenog organizovanim kriminalnim aktivnostima u svetu porastao sa osamdeset pet milijardi američkih dolara u 1988. godini na impozantnih pet hiljada milijardi dolara u 1998. godini.⁵ Prema drugim podacima, na kraju XX veka, „globalni bruto kriminalni proizvod“ dostigao je iznos od trilion američkih dolara što je, s izuzetkom SAD i Japana, više nego bruto društveni proizvod

² Albanese, J. S. (2000), *The Causes of Organized Crime*, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Thousand Oaks, No 4, p. 413.

³ Posle agrikulturnog, industrijskog i uslužnog sektora. Marković, S. (2002), *Moćniji od CIA*, Institut za geopolitičke studije, Beograd, str. 56.

⁴ Vidi – Bošković, G.; Mijalković, S. (2006), Značaj oduzimanja nezakonito stečene imovinske koristi za suzbijanje organizovanog kriminaliteta, *Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu*, broj 7, Udruženje pravnikar Republike Srpske, Banja Luka, str. 519–531.

⁵ Hough, P. (2004), *Understanding Global Security*, Routledge, London–New York, p. 216; vidi i – Williams, P. (1998), *Transnational Criminal Organizations and International Security*, *World Security – Challenges for a New Century* (eds. Klare, M. T.; Chandrani, Y.), St. Martin's Press, New York, p. 252.

koji je ostvaren u bilo kojoj suverenoj državi na planeti.⁶ Ova sredstva nemaju zakonito poreklo. Neposredno finansiranje terorističkih organizacija po principu „pare u ruke“, za organe bezbednosti ne stvara naročite mogućnosti otkrivanja finansijskih transakcija. Međutim, u situacijama kada je to nemoguće (npr., finansiranje tzv. Oslobođilačke vojske Kosova od strane dijaspore iz SAD), novac se neretko dostavlja posredstvom legalnih finansijskih tokova. U takvim slučajevima, prvo mora da se „opere“.

Pranje novca je vrsta imovinskog kriminala kojim se prikriva postojanje i poreklo nelegalno stečenih sredstava, i to njihovim uključivanjem u legalne finansijske tokove putem transformacija, prebacivanja, razmenjivanja, prikrivanja namene mešanjem sa legalnim sredstvima ili na drugi način čime se, osim nelegalnog porekla, prikriva kriminalna delatnost i ostvaruje krajnji cilj pranja novca – nesmetano korišćenje prihoda od kriminalne delatnosti i izbegavanje kazne za izvršena krivična dela.⁷ Time se, između ostalog, neposredno obezbeđuju finansijska sredstva za terorizam, korupciju, organizovane kriminalne i slične aktivnosti ugrožavanja ljudske, nacionalne i međunarodne bezbednosti.

Podaci MMF-a ukazuju na to da suma „oprano“ novca na godišnjem nivou u svetu iznosi dva do pet procenata ukupnog godišnjeg bruto svetskog dohotka. Nominalno, to bilo više od šesto milijardi dolara.⁸ Nova ekonomija terorizma u svetu okreće oko hiljadu petsto milijardi dolara, što je dva puta više nego bruto proizvod Velike Britanije i tri puta više od ukupne gotovine dolara u prometu. Ova sredstva stečena su prodajom droge, nafte, oružja, dragog kamenja i ljudi. Na primer, mreža *Al-Qaida* je u desetogodišnjem periodu iz različitih izvora primila između trista i petsto miliona dolara, odnosno oko pedeset miliona dolara godišnje. Oko 90% tog novca upotrebljeno je za

⁶ Simić, D. R. (2002), *Nauka o bezbednosti – savremeni pristupi bezbednosti*, Službeni list SRJ i Fakultet političkih nauka, Beograd, str. 40. U SAD trilion je milion na drugi stepen, odnosno deset na dvanaestom stepenu. U našoj zemlji to je deset na osamnaestom stepenu. Uporedi sa – Mijalković, S. (2009), *Nacionalna bezbednost*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, str. 230.

⁷ Bošković, G. (2005), *Pranje novca*, Beosing, Beograd, str. 23.

⁸ Tanzi, V. (1996), *Money laundering and International Finance System*, MMF Paper, No. 55, Washington, p. 3. Uporedi sa – Reuter, P.; Truman, E. (2004), *Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering*, Institute for International Economics, Washington, pp. 9–23.

razvoj infrastrukture terorističke organizacije (komunikacije, veze, obuka, zaštita i dr.), a samo 10% za operativno izvršenje terorističkih napada.⁹

Delovanje terorističkih organizacija u međunarodnim okvirima pruža pogodnosti pristupa svetskim finansijskim tokovima, različitim kriminalnim tržištima, ofšor finansijskim centrima i bankama koje garantuju brze bezgotovinske velike transakcije, uz garancije čuvanja poslovnih – bankarskih tajni. To neretko zahteva i povezivanje sa kriminalnim organizacijama koje su specijalizovane za „finansijski i kiber kriminal“, zbog čega je česta i veza terorista sa organizovanim kriminalom.

Iako mnogi teoretičari zastupaju tezu da je terorizam jedan od vidova organizovanog kriminala, sa sigurnošću možemo konstatovati da njihova relacija može da bude isključivo na nivou *povezanosti, ne i poklapanja*. Naime, organizovani kriminal predstavlja vid imovinskog – klasičnog kriminala, lukrativnog i neideološkog karaktera, dok su motivi i ciljevi terorista ideološko-političkog karaktera. Njihova spona je najčešće finansiranje terorizma „prljavim novcem“. Konkretnije, veza između organizovanog kriminala i terorizma postoji u slučajevima kada:

- organizovani kriminal svojim ilegalno stečenim profitom finansira terorističke organizacije ili grupe;
- organizovani kriminal krijumčari naoružanje i opremu za potrebe terorističkih pokreta i/ili krijumčari strane plaćenike i teroriste do zemlje u kojoj deluje teroristička organizacija;
- terorističke organizacije, samostalno ili u saradnji sa kriminalnim grupama, preduzimaju izvesne organizovane kriminalne aktivnosti s ciljem sticanja materijalnih i vojnih sredstava za izvođenje terorističkih dejstava;
- organizovani kriminal, sa izraženim političkim aspiracijama, preduzima određene terorističke aktivnosti kako bi neposredno došao ili doveo svoju „političku struju“ na vlast.¹⁰

Sprega organizovanog kriminala i terorizma je najčešće *funkcionalna*, kada se organizovani kriminal stavlja u funkciju

⁹ Brisard, J. C. (2002), *Terrorism Financing: Roots and trends of Saudi terrorism financing*, Report prepared for the President of the Security Council United Nations, New York, p. 11.

¹⁰ Mijalković, S. (2008), Dihotomija organizovanog kriminala i terorizma iz ugla nacionalne bezbednosti, *Revija za bezbednost – stručni časopis o korupciji i organizovanom kriminalu*, broj 12, Centar za bezbednosne studije, Beograd, str. 39–45.

(*finansiranja i naoružavanja*) terorizma. Istovremeno, veza može da bude i *instrumentalna*, kada se terorističke grupe bave organizovanim kriminalom, i obrnuto – kada kriminalne grupe preduzimaju terorističke aktivnosti. U oba slučaja izraženo je pranje novca. Odličan primer ovakvog modela kriminalne kohabitacije jesu korelacije albanskog organizovanog kriminala sa terorističkom tzv. *Oslobodilačkom vojskom Kosova i Albanskom nacionalnom armijom*. Naime, albanski organizovani kriminal je pružao i pruža finansijsku pomoć ovim organizacijama od profita stečenog krijumčarenjem droge, oružja, ljudi, trgovinom ljudima, prostitucijom i reketiranjem privrednika i stanovništva u zemlji i inostranstvu; naoružava ih prokrijumčarenim oružjem iz Albanije i drugih zemalja; krijumčari teroriste „dobrovoljce“ i „plaćenike“ iz islamskih zemalja na Kosovo i Metohiju. Osim toga, istim sredstvima finansira se otkup kuća i imanja nealbanskog stanovništva; privatizacija srpskih preduzeća i lobiranje i korumpiranje predstavnika međunarodnih organizacija za nezavisnost naše južne pokrajine.¹¹

Terorističke organizacije su u idealnoj poziciji ukoliko imaju stalni pristup finansijskim sredstvima koja su inkorporirana u svetski sistem finansija. Finansijska sredstva stvaraju osnove za razvoj terorističkih mreža i dostizanje kapaciteta za realizaciju terorističkih akcija. Korišćenjem različitih mehanizama, a najčešćemetodima pranja novca, terorističke organizacije prikrivaju izvor, odredište i korišćenje sredstava namenjenih finansiranju terorističkih aktivnosti.

FINANSIRANJE TERORIZMA „PRLJAVIM NOVCEM“

Spona pranja novca i terorizma je finansiranje terorizma. Naime, dva su osnovna izvora finansiranja terorističkih aktivnosti:

– pribavljanje finansijske podrške od država ili struktura sa dovoljno velikom organizacijom da prikupe sredstva, i stavljanje na raspolaganje teroristima tih sredstava – tzv. *sponzorisani terorizam*. Takođe, mogući su i slučajevi da pojedinci sa dovoljnim finansijskim sredstvima pružaju značajnu finansijsku podršku teroristima, kao u slučaju *Al-Qaide* i njenog vođe i finansijera Osame Bin Ladena;

¹¹ Opširnije, u: Mijalković, S.; Đinović, R. (2008), *Simbioza organizovanog kriminala, terorizma i politike na Kosovu i Metohiji kao izazov i pretnja nacionalnoj i regionalnoj bezbednosti*, *Kosmet – Gordijev čvor*, Institut za uporedno pravo, Beograd, str. 167–192.

– prikupljanje sredstava za finansiranje terorističkih organizacija direktnim pribavljanjem sredstva različitim aktivnostima, koje mogu biti legalne i nelegalne prirode. U aktivnosti nelegalne prirode najčešće spada vršenje krivičnih dela radi sticanja materijalne koristi: iznude od privrednih subjekata ili građana koja se smatraju nekom vrstom *revolucionarnog poreza*, krijumčarenje, nedozvoljena trgovina narkoticima i oružjem, otmice i drugo. U aktivnosti legalne prirode kojima se finansiraju terorističke organizacije spadaju: prikupljanje „članarina“ u raznim oblicima političkih udruženja, prodaja publikacija, traženje pomoći „od vrata do vrata“ u okviru određene zajednice (najčešće imigrantske), donacije iz dela zarada i slično.

Terorističke organizacije koje poseduju velika finansijska sredstva suočavaju se sa problemom njihovog nesmetanog korišćenja. Stoga terorističke organizacije pribegavaju pranju novca, koristeći se različitim metodima koji se mogu kombinovati u manje ili više složene šeme.

Osnovu većine šema pranja novca čine tri uobičajene faze, poznatije kao polaganje, pokrivanje i integracija. *Polaganje* (plasman) podrazumeva razmenu nelegalno stečenog novca u neki oblik koji je lako prenosiv i koji ne izaziva sumnju, a onda njegovo puštanje u tokove finansijskog sistema. *Pokrivanje* (pozakonjenje) se sastoji u kretanju tih sredstava, često pomešanih sa sredstvima čije je poreklo legalno, kroz svetski sistem finansija, u pokušaju da se sakriju pravi izvori prihoda. *Integracija* (ugradnja) je proces pri kojem se pokrivena sredstva ponovo uvode u glavne ekonomske tokove, gde mogu slobodno da se koriste i distribuiraju terorističkim organizacijama.

Ukoliko se uzme u obzir činjenica da sredstva namenjena finansiranju terorističkih aktivnosti mogu da budu legalne i nelegalne prirode, nameće se pitanje sposobnosti države da koristi mere suprotstavljanja pranju novca u otkrivanju i istrazi finansijske aktivnosti vezane za terorizam. Naime, većina zakonskih definicija pranje novca vezuje za legalizaciju protivpravno stečene imovinske koristi vršenjem krivičnih dela, čime se stvaraju mogućnosti nesmetanog trošenja i uživanja nelegalnih prihoda. Međutim, osnovni ciljevi finansiranja terorističkih aktivnosti su nefinansijski ciljevi političke prirode.

Načini pranja novca su suštinski identični onima koji se koriste kod prikriivanja izvora i odredišta korišćenja finansiranja terorističkih aktivnosti, ali je različita namena sredstava u odnosu na klasične

operacije pranja novca.¹² Ovo nameće zaključak da je finansiranje terorističkih aktivnosti legalnim sredstvima veoma teško podvesti pod postojeća zakonska određenja pranja novca, što u većini slučajeva ograničava države da u suprotstavljanju terorizmu primenjuju mere prevencije i suzbijanja pranja novca. Da bi se ovaj problem prevazišao, na nivou međunarodne zajednice pokrenuta je inicijativa donošenja više međunarodnih instrumenata kojima bi se omogućilo stvaranje efikasnijeg sistema suprotstavljanja pranju novca i finansiranju terorizma.

MEĐUNARODNI INSTRUMENTI ZA SUPROTSTAVLJANJE FINANSIRANJA TERORIZMA „PRLJAVIM NOVCEM“

Na globalnom planu, niz međunarodnih akata upućuje na potrebu definisanja sistema mera kojima se omogućava efikasnije suprotstavljanje pranju novca i oduzimanje prihoda namenjenih finansiranju terorizma.¹³ *Konvencijom Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanc¹⁴* postavljeni su temelji razvoja koordiniranog internacionalnog odgovora u oduzimanju prihoda stečenih kriminalom. Naime, ovom konvencijom predviđene su mere za suzbijanje prometa opojnim drogama, ali i obaveze državama da u svojim krivičnim zakonodavstvima uvedu krivično delo pranja novca. Poseban značaj za suprotstavljanje pranju novca imaju odredbe u članu 5 koje se odnose na obavezu usvajanja mera koje omogućavaju nadležnim organima da identifikuju, otkriju, zamrznju ili zaplene dobit, svojinu ili bilo koje predmete povezane sa izvršenjem konkretnih krivičnih dela.

¹² Pieth, M. (2002), *Financing Terrorism*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, p.49.

¹³ Ovim tendencijama se pridružila i Republika Srbija ratifikacijom međunarodnih pravnih akata, inkriminacijom finansiranja terorizma u članu 393 Krivičnog zakonika (*Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 85/2005), donošenjem Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma (*Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 20/09) i Nacionalne strategije za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma (*Odluka Vlade Republike Srbije*, broj 30-957/2008-1).

¹⁴ Ova konvencija doneta je u Beču 19. decembra 1988. godine, naša zemlja je ratifikovala Zakonom o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci, 23. novembra 1990. godine, *Službeni list SFRJ*, broj 14.

*Konvencija o pranju, traganju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih krivičnim delima*¹⁵ u svojoj preambuli ukazuje na potrebu objedinjavanja napora u borbi protiv organizovanog i ostalih oblika kriminala: kroz vođenje zajedničke kaznene politike, korišćenje savremenih metoda na međunarodnom nivou u borbi protiv teških krivičnih dela, lišavanje učinioca krivičnih dela nelegalno stečenih prihoda krivičnim delom i ustanovljavanje efikasnog sistema međunarodne saradnje. Konvencija u članu 2 utvrđuje obaveze državama potpisnicama da usvoje zakonodavne mere koje će omogućiti oduzimanje sredstava i nezakonitog prihoda ili imovine vrednosti koja odgovara takvom nezakonitom prihodu. Obaveza definisanja zakonodavnih i drugih mera koje su potrebne da bi omogućile identifikaciju i ulaženje u trag nelegalno stečenoj imovini i za sprečavanje svih oblika trgovine, prenošenja ili raspolaganja nelegalno stečenom imovinom predviđena je članom 3 ove konvencije.

*Konvencija Ujedinjenih nacija o borbi protiv transnacionalnog organizovanog kriminala*¹⁶ promoviše uspostavljanje međunarodne saradnje s ciljem efikasnije prevencije i suzbijanja transnacionalnog organizovanog kriminala. Takođe, ona ukazuje na značaj obezbeđenja većeg nivoa standardizacije ili koordinacije pristupa državne politike, zakonodavstva, rada administracije i policijskih organa problemu borbe protiv transnacionalnog kriminala, kako bi se postigla veća efikasnost globalnih napora za njegovu kontrolu. Članovi 12, 13 i 14 ove konvencije propisuju konfiskaciju i oduzimanje novca ili imovine koji ili potiču od kriminala ili su korišćeni u te svrhe. Takođe, ovim članovima obuhvaćene su i odredbe o međunarodnoj saradnji u slučajevima konfiskacije i gubitka imovine.

¹⁵ Ovu konvenciju doneo je Savet Evrope 8. novembra 1990. godine u Strazburu, a naša zemlja je ratifikovala Zakonom o ratifikaciji Konvencije o pranju, traganju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih krivičnim delima, *Službeni list SRJ*, broj 7/2002. Takođe, Savet Evrope je 1998. godine u Briselu usvojio i *Zajedničku akciju o pranju novca, utvrđivanju, traganju, zamrzavanju, zapleni i konfiskaciji sredstava i prihoda od kriminala*, a 2001. godine doneta je i *Okvirna odluka Saveta Evropske unije o pranju novca, pronalaženju, utvrđivanju, zamrzavanju, zapleni i oduzimanju sredstava i prihoda od kriminala*, ovim dokumentima zaokružuje se sistem mera za oduzimanje prihoda stečenih kriminalom i podstiče njihova implementacija.

¹⁶ Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o borbi protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, *Službeni list SRJ*, broj 18/2005.

Važno je napomenuti i ostale međunarodne pravne akte koji se u pojedinim segmentima odnose na problematiku oduzimanja prihoda stečenih kriminalom i imaju veliki značaj za efikasnije suprotstavljanje pranju novca: *Krivičnopravnu konvenciju o korupciji*¹⁷ usvojenu 27. januara 1999. godine u Strazburu i *Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv korupcije*¹⁸ usvojenu u Meksiku decembra 2003. godine. Njima se promoviše pristup suprotstavljanju kriminalu oduzimanjem prihoda stečenih kriminalom i uspostavljanjem efikasnih mehanizama međunarodne saradnje u ostvarivanju ovih ciljeva.

*Međunarodna konvencija o suzbijanju finansiranja terorizma*¹⁹ usvojena 9. decembra 1999. godine u Njujorku uređuje sprečavanje i otkrivanje pranja novca u vezi s terorizmom. Ovom konvencijom predviđena je obavezna inkriminacija finansiranja terorizma, čime se po prvi put promoviše novi pristup u suprotstavljanju terorizmu na globalnom planu rušenjem ekonomskih poluga moći terorističkih organizacija.²⁰ U članu 8 konvencije predviđeno je obavezno oduzimanje sredstava, koja su bila upotrebljena ili namenjena izvršenju krivičnog dela finansiranja terorizma, ili koja predstavljaju imovinsku korist stečenu izvršenjem takvog dela. Savet bezbednosti Ujedinjenih nacija usvojio je 2001. godine i rezoluciju 1373 kojom se zahteva sprovođenje mera od strane država članica koje omogućuju blokiranje i zamrzavanje novčanih sredstava i imovine terorista.²¹

Na nivou Evropske unije donete su tri direktive: Direktiva broj 91/308/EEC o sprečavanju upotrebe finansijskog sistema za pranje novca iz 1991. godine; Direktiva broj 2001/97/EC iz 2001. godine o dopuni Direktive broj 91/308/EEC i Direktiva broj 2005/60/EC o sprečavanju upotrebe finansijskog sistema za pranje novca i finansiranje terorizma iz 2005. godine. Ovim direktivama se na nivou Evropske unije definiše pranje novca i finansiranje terorizma, uređuju

¹⁷ Zakon o potvrđivanju Krivičnopravne konvencije o korupciji, *Službeni list SRJ*, broj 2/2002 i *Službeni list SCG*, broj 18/2005.

¹⁸ Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije, *Službeni list SCG*, broj 12/2005.

¹⁹ Zakon o potvrđivanju Međunarodne konvencije o suzbijanju finansiranja terorizma, *Službeni list SRJ*, broj 7/2002.

²⁰ Detaljnije o različitim pristupima suprotstavljanja pranju novca i finansiranju vidi u – Giraldo, J.; Trinkunas, H. (2007), *Terrorism Financing and State Responses: A Comparative Perspective*, Stanford University Press, Paolo Alto, CA.

²¹ <http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/res1373e.pdf>.

prava i obaveze finansijskih i nefinansijskih organizacija i profesija na području preventive i otkrivanja pranja novca i finansiranja terorizma, uređuje nadzor nad obaveznicima i uređuju prava i obaveze Jedinica za finansijske istrage zemalja članica. Poseban značaj za razvoj koordiniranog međunarodnog odgovora problemima suprotstavljanja pranju novca i finansiranja terorizma ima *Konvencija Saveta Evrope o pranju, otkrivanju, zapleni i konfiskaciji prihoda kažnjivih dela i finansiranja terorizma*²² usvojena u Varšavi 2005. godine i *Okvirna odluka Saveta Evropske unije o konfiskaciji prihoda, sredstava i imovine povezanih sa kriminalom* doneta iste godine, jer sublimiraju dugogodišnja iskustva međunarodne zajednice u implementaciji mera za suprotstavljanje pranju novca i finansiranju terorizma.

Kao rezultat rada Grupe za finansijske akcije (FATF – Financial Action Task Force) aprila 1990. godine definisano je *Četrdeset preporuka*²³, koje čine okvir za implementaciju mera za suprotstavljanje pranju novca i oduzimanju prihoda stečenih kriminalom na nacionalnom i međunarodnom planu. *Četrdeset preporuka* sačinjene su tako da predstavljaju jedan fleksibilan okvir, koji omogućuje državama koje žele da ga primene prilagođavanje ekonomskim, društvenim i političkim prilikama u zemlji. Treba istaći da ove preporuke ne predstavljaju međunarodnu konvenciju, već set mera u suprotstavljanju pranju novca i oduzimanju prihoda stečenih kriminalom, koje svaka država može da primeni ako postoji adekvatna politička volja. Grupa za finansijske akcije usvojila je 2001. godine i osam *Posebni preporuka o finansiranju terorizma* čime se pridružila globalnim naporima u borbi protiv finansiranja terorizma.

POSEBNE PREPORUKE OSPREČAVANJU FINANSIRANJA TERORIZMA GRUPE ZA FINANSIJSKE AKCIJE (FATF)

Grupa za finansijske akcije pridružila se naporima međunarodne zajednice u borbi protiv finansiranja terorizma donošenjem *Posebni preporuka o finansiranju terorizma* (Special

²² Naša zemlja je potpisala ovu Konvenciju 1. maja 2008. godine.

²³ *Četrdeset preporuka* mogu se naći na adresi:

http://www1.oecd.org/fatf/40Recs_en.htm

Recommendations on terrorist Financing) u oktobru 2001. godine.²⁴ Implementacija osam *Posebni preporuka o finansiranju terorizma* zajedno s *Četrdeset preporuka o pranju novca*, postavlja osnovni okvir za otkrivanje, sprečavanje i suzbijanje finansiranja terorizma i pranja novca.²⁵ U cilju efikasnije implementacije ovih preporuka Grupa za finansijske akcije usvojila je *Dokument smernica* (Guidance Notes) i *Upitnik za samoprocene o finansiranju terorizma* (Self-assessment Questionnaire on Terrorist Financing – SAQFT), koji pojašnjavaju pojedine aspekte primene preporuka i omogućavaju testiranje nivoa implementacije preporuka u sistemu za suprotstavljanje pranju novca i finansiranju terorizma.²⁶ U narednom tekstu bliže ćemo se upoznati sa osnovnim konceptima sadržanim u *Posebni preporukama o finansiranju terorizma* i ukazati na pojedine aspekte njihove primene.

Prva preporuka predviđa da svaka zemlja treba da ratifikuje i u potpunosti implementira *Konvenciju Ujedinjenih nacija za sprečavanje finansiranja terorizma* iz 1999. godine, i pet rezolucija Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija: S/RES/1267(1999.)²⁷, S/RES/1269(1999.)²⁸, S/RES/1333(2000.)²⁹, S/RES/1373(2001.)³⁰ i S/RES/1390(2001.)³¹. Implementacija podrazumeva da zemlje preduzmu neophodne mere donošenja adekvatnih pravnih akata u cilju inkorporacije odredaba ovih međunarodnih pravnih akata u unutrašnji pravni sistem. Poseban značaj za implementaciju *Posebni preporuka o finansiranju terorizma* ima rezolucija Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija 1373 koja obavezuje zemlje članice da: stave sve

²⁴ *Посебне препоруке о финансирању тероризма* могу се наћи на адреси: *Посебне препоруке о финансирању тероризма* могу се наћи на адреси: http://www1.oecd.org/fatf/SreCS TF_en.htm

²⁵ Opširnije o intepretativnim notama i slučajevima najboljih praksi za ova dva dokumenta videti u – *The Financial War on Terrorism* (2004), FATF, Paris, pp. 23-61.

²⁶ Ови документи могу се наћи на адреси: Ови документи могу се наћи на адреси: http://www1.oecd.org/fatf/pdf/TF-SAGUIDE20020327_en.pdf

²⁷ <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/300/44/PDF/N9930044.pdf?OpenElement>.

²⁸ <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/303/92/PDF/N9930392.pdf?OpenElement>

²⁹ <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/806/62/PDF/00080662.pdf?OpenElement>

³⁰ <http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/res1373e.pdf>.

³¹ <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/n02/216/02/PDF/N0221602.pdf?OpenElement>

aktivnosti sa ciljem finansiranja terorizma van zakona; uskrate sve oblike podrške terorističkim grupama; spreče obezbeđivanje utočišta ili podrške teroristima, uključujući i zamrzavanje sredstava lica, organizacija i subjekata koji su uključeni u terorističke akte; zabrane aktivnu i pasivnu podršku teroristima i sarađuju sa drugim zemljama u krivičnim istragama i razmeni informacija o planiranim terorističkim aktima.

*Drugom preporukom se određuje obaveza zemljama članicama da stave van zakona finansiranje terorizma, terorističke akte i terorističke organizacije i odrede da su prekršaji vezani za terorizam predmetni prekršaji za pranje novca. Prema ovoj preporuci, termini finansiranja terorizma ili finansiranja terorističkih akata odnose se na aktivnosti koje su opisane *Konvencijom Ujedinjenih nacija za sprečavanje finansiranja terorizma* u članu 2 i S/RES/1373(2001.) u stavu 1b. Zemlja može ispuniti ovu preporuku kroz kreiranje novih zakona koji predviđaju konkretne prekršaje vezane za aktivnosti finansiranja terorizma ili pokazujući način na koji već predviđena krivična dela mogu da se primene na aktivnosti vezane za finansiranje terorizma.*

Treća preporuka se odnosi na obavezu država članica da kreiraju zakonska ovlašćenja koja im omogućavaju da: zamrznu³² sredstva, terorista i terorističkih organizacija i onih koji finansiraju terorističke akte ili terorističke organizacije; vrše plenidbu³³ prihoda od terorizma ili terorističkih akata, imovine koja se koristi u terorizmu, terorističkim aktima ili od strane terorističkih organizacija i imovine za koju se namerava da bude korištena ili alocirana za korišćenje u terorizmu, terorističkim aktima ili od strane terorističkih organizacija i konfiskuju³⁴ prihode od terorizma ili terorističkih akata,

³² *Zamrzavanje* znači da kompetentne nadležne institucije u zemlji imaju ovlašćenje da blokiraju ili zadržavaju konkretno finansiranje ili sredstava i time sprečavaju da se to finansiranje ili ta sredstva premeštaju ili na neki drugi način raznose. *Dokument smernica* (FATF Guidance Notes) stav stav.

³³ *Plenidba* znači da kompetentna nadležna institucija u zemlji ima ovlašćenje da preuzme kontrolu nad konkretnim finansiranjem ili sredstvima. U slučaju plenidbe, sredstva ili finansiranje ostaje u vlasništvu inicijalnog vlasnika, ali raspolaganje, uprava i rukovođenje tim sredstvima biva preuzeto od strane relevantne kompetentne nadležne institucije. *Dokument smernica* (FATF Guidance Notes) stav 14.

³⁴ *Konfiskacija* znači da kompetentna nadležna institucija ima ovlašćenje da prenese vlasništvo nad konkretnim finansiranjem ili sredstvom na samu zemlju. Do konfiskacije obično dolazi kad postoji sudska odluka kojom je utvrđeno da je

imovinu koja se koristi u terorizmu, terorističkim aktima ili od strane terorističkih organizacija i imovinu za koju se namerava da bude korištena ili alocirana za korišćenje u terorizmu, terorističkim aktima ili od strane terorističkih organizacija.

Četvrtom preporukom se obavezuju finansijske institucije³⁵ da podnose izveštaje o sumnjivim transakcijama nadležnim institucijama u slučaju da postoji *sumnja* ili da postoji *razumna osnova za sumnju* da je finansiranje vezano za finansiranje terorizma. Što se tiče termina *sumnja i postojanje razumnih osnova za sumnju*, pravi se razlika između nivoa mentalne sigurnosti koja bi mogla da predstavlja osnovu za prijavljivanje neke transakcije. Prvi termin tj. zahtev da se nadležnim institucijama dostavljaju izveštaji u slučaju da finansijske institucije *sumnjaju* da finansiranje predstavlja rezultat terorističkih aktivnosti ili se nameravaju koristiti za njih predstavlja subjektivan standard, a zahtev za izveštavanjem o transakcijama u slučaju da postoje *razumne osnove za sumnju* da finansiranje predstavlja rezultat aktivnosti ili se namerava koristiti za njih predstavlja objektivni standard. Zemlje mogu da ispune zahtev koji se odnosi na izveštavanje ili na osnovu toga što imaju standard *sumnje* ili na osnovu toga što imaju standard *razumne osnove za sumnju*.

Peta preporuka predviđa da svaka bi zemlja trebala da dozvoli razmenu informacija koje se odnose na finansiranje terorizma s drugim zemljama kroz *mehanizme međusobne pravne pomoći*³⁶ i *drugačije načine od mehanizama međusobne pravne pomoći*.³⁷

pristup finansiranju bio omogućen kriminalnim aktivnostima ili da je bilo nameravano da se ta sredstva koriste pri kršenju zakona. *Dokument smernica* (FATF Guidance Notes) stav 14.

³⁵ Termin *finansijske institucije* odnosi se i na banke i na nebankarske finansijske institucije, konzistentno sa načinom na koji je zemlja implementirala *Četrdeset preporuka*. Kao minimum, finansijske institucije bi trebalo da uključuju banke, menjačnice, brokere, osiguravajuća društva i službe za prenos novca/doznaka. Takođe, konzistentno s *Četrdeset preporuka*, ostali tipovi profesija, poslovanja i poslovnih aktivnosti koji su podložni zakonima protiv pranja novca te zemlje trebalo bi da budu pokrivena ovim zahtevom koji se odnosi na izveštavanje. *Dokument smernica* (FATF Guidance Notes) stav 19.

³⁶ *Međusobna pravna pomoć* predstavlja ovlašćenje za pružanje punog spektra pravne pomoći, uključujući i uzimanje dokaza; istragu i oduzimanje dokumenata ili stavki koje su relevantne za krivične postupke ili krivične istrage; te sposobnost sprovođenja stranih naloga za ograničenje kretanja, konfiskaciju ili oduzimanje u nekom krivičnom pitanju. *Dokument smernica* (FATF Guidance Notes) stav 24.

³⁷ Razmena informacija preko *drugačijih načina od mehanizama međusobne pravne pomoći* predstavlja svaki drugi aranžman, uključujući i razmenu do koje dolazi

Takođe, svaka zemlja bi trebala da: dozvoli razmenu informacija koje se odnose na finansiranje terorizma s drugim zemljama; ima posebne mere kojima se dozvoljava odbijanje „utočišta“ pojedincima koji su uključeni u finansiranje terorizma; ima procedure koje dozvoljavaju ekstradiciju pojedinaca koji su uključeni u finansiranje terorizma i ima odredbe ili procedure s ciljem osiguravanja da pozivanje na političku motivaciju ne bude priznato kao osnova za odbijanje zahteva za ekstradicijom lica za koja se navodi da su uključena u finansiranje terorizma.³⁸

Preporuka šest odnosi se na alternativne sisteme doznaka³⁹ i predviđa obaveze zemalja da: zahtevaju licenciranje ili registraciju lica ili pravnih subjekata koji obezbeđuju usluge prenosa novca/vrednosti, uključujući i neformalne sisteme ili mreže; osiguraju da službe za prenos novca/vrednosti, uključujući i neformalne sisteme ili mreže, budu podvrgnute Preporukama od 10 do 12 i 15 FATF-a i budu u mogućnosti da nametnu sankcije za službe za prenos novca/vrednosti, uključujući i neformalne sisteme ili mreže, koje ne dobiju licencu/ne registruju se i koje ne ispunjavaju relevantne Preporuke FATF-a. Termin alternativni sistemi doznaka odnosi se na tip finansijskih usluga kojima se finansiranje ili vrednost prenosi sa jedne geografske lokacije na drugu kroz neformalne ili nesupervizovane mreže ili mehanizme.⁴⁰ Tri najpoznatija alternativna sistema doznaka na svetskom nivou su: jugoaziski sistem (*hawala/hundi*), crno devizno tržište pezosa (*Black Market Peso Exchange*) ili južnoamerički sistem i kineski ili istočnoazijski sistem (*fei cien*).

Preporuka sedam se odnosi na elektronske transfere i njome se zahteva od zemalja da: finansijske institucije uključe informacije o pošiljaocu za transfer finansiranja koji se šalje unutar te zemlje ili iz te zemlje; finansijske institucije zadržavaju informacije o pošiljaocu transfera,

preko jedinica za finansijsko obaveštavanje ili drugih vladinih agencija koje razmenjuju informacije na bilateralnom nivou u skladu sa memorandumima o razumevanju ili drugim osnovama za razmenu informacija. *Dokument smernica* (FATF Guidance Notes) stav 25.

³⁸ Termini *utočišta* i *ekstradicije* imaju isto značenje prema načinu na koji se upotrebljavaju u stavu 2c Rezolucije 1373 Saveta bezbednosti i u članu 11 *Konvencije Ujedinjenih nacija za sprečavanje finansiranja terorizma*.

³⁹ O alternativnim sistemima doznaka opširnije u – Schott, P. A. (2006), *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, World Bank, Washington.

⁴⁰ *Dokument smernica* (FATF Guidance Notes) stav 31.

uključujući i informacije o pojedinim fazama transfera i da finansijske institucije pažljivije pregledaju ili prate transfere finansiranja u slučaju da kompletne informacije o pošiljaocu finansiranja nisu dostupne. Elektronski transfer sredstava danas je najčešći metod prenosa kapitala širom sveta. Logično je pretpostaviti da je ovakav prenos sredstava jedan od najčešćih načina prikrivanja nelegalno stečenih sredstava. Svaka zemlja bi trebalo da preduzme adekvatne aktivnosti kako bi zahtevala od svih nadležnih institucija, uključujući one koje dostavljaju novac, da uključe tačne i smislene informacije o pošiljaocu (ime, adresu i broj računa), svim transferima i s tim vezanim porukama koje se šalju uz prateću poruku transfera. Ovaj tip informacija bi trebao da prati transfer u celom procesu prenosa sredstava.

Preporuka osam definisana je s ciljem da se osigura da pravna lica, drugi relevantni pravni aranžmani, te, konkretno, *neprofitne organizacije* (dobrotvorne, religijske, obrazovne, socijalne i dr.) ne mogu da budu iskorišćene od strane terorista kao maska za omogućavanje finansiranja terorizma. Svaka zemlja bi trebala: da razmotri pravne režime koji se odnose na ove subjekte, posebno na neprofitne organizacije, kako bi sprečile njihovu zloupotrebu za svrhe finansiranja terorizma i da osigura da se takvi subjekti (neprofitne organizacije) ne mogu koristiti za sakrivanje ili omogućavanje aktivnosti finansiranja terorizma, za izbegavanje mera zamrzavanja sredstava ili za skrivanje usmeravanja legalnog finansiranja ka terorističkim organizacijama. Preporuka je relativno opšta i ostavlja prostor zemljama da urede ovu oblast, jer različiti subjekti koji se kategorizuju kao neprofitne organizacije imaju različite pravne forme, a priroda njihovih operacija varira od jedne do druge zemlje. Takođe, u sklopu napora da se zemljama pomogne da zaštite svoje neprofitne organizacije od zloupotrebe, Grupa za finansijske akcije definisala je smernice za postupanje u dokumentu *Borba protiv zloupotrebe neprofitnih organizacija (Combating the Abuse of Non-Profit Organizations)*.⁴¹

ZAKLJUČAK

U cilju prikrivanja tragova o sredstvima koja su namenjena finansiranju terorističkih aktivnosti, finansijeri terorizma pribegavaju pranju novca, a zatim ta sredstva preusmeravaju u pravcu terorističkih

⁴¹ Овај документ може се наћи на адреси: Овај документ може се наћи на адреси: http://www.fatf-gafi.org/pdf/SR8-NPO_en.pdf

organizacija. Kako finansijska sredstva stvaraju osnove za razvoj terorističkih mreža i dostizanje kapaciteta za realizaciju terorističkih akcija, terorističke organizacije stalno menjaju i usavršavaju metode prikrivanja izvora, odredišta i korišćenja sredstava namenjenih svom finansiranju.

Međunarodna reakcija na probleme suprotstavljanja pranju novca i finansiranju terorizma, velikim delom, predstavlja odgovor na činjenicu da je reč o globalnim fenomenima. Naime, terorističke i kriminalne organizacije zloupotrebljavaju svetski sistem finansija, međunarodne robne tokove, savremene vidove transporta i komunikacija, tehnološka dostignuća i ubrzan protok informacija, robe, usluga i ljudi u legalizaciji kriminalnog profita i finansiranju terorističkih aktivnosti.

Finansiranje terorizma se najčešće sastoji od više naizgled nepovezanih aktivnosti koje čine celinu pa je, ukoliko nemamo informacije o svim aktivnostima, veoma teško ostvariti uvid u kompletnu operaciju. Kako je reč o operacijama izuzetne složenosti, rešavanje ovih problema zahteva visok stepen međunarodne saradnje i koordinacije, kao i inkorporaciju međunarodnih pravnih akata iz ove oblasti u pravni sistem država, te aktivnu participaciju njihovih sistema bezbednosti u radu međunarodnih organizacija.

Cilj razvijanja efikasnih modela međunarodne saradnje na operativnom i strateškom nivou trebalo bi da omogući identifikovanje, praćenje i vrednovanje svojine koja je namenjena finansiranju terorizma, primenu mera kao što su zamrzavanje i zaplena radi sprečavanja bilo kakvog postupanja, transfera ili odlaganja ovih sredstava i preduzimanje svih odgovarajućih istražnih radnji.

Rezultati efikasnog sistema suprotstavljanja pranju novca i finansiranju terorizma u globalnim okvirima su slabljenje kapaciteta terorističkih organizacija da uopšte dosegnu stepen koji im omogućava realizaciju terorističkih akcija. Naravno, prekid finansiranja terorističkih organizacija je samo jedna od „karika u lancu“ efikasnog sistema suprotstavljanja savremenom terorizmu.

LITERATURA

1. Albanese, J. S. (2000), *The Causes of Organized Crime*, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Thousand Oaks, No 4.
2. Brisard, J. C. (2002), *Terrorism Financing: Roots and trends of Saudi terrorism financing*, Report prepared for the President of the Security Council United Nations, New York.
3. Bošković, G. (2005), *Pranje novca*, Beosing, Beograd.
4. Bošković, G.; Mijalković, S. (2006), Značaj oduzimanja nezakonito stečene imovinske koristi za suzbijanje organizovanog kriminaliteta, *Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu*, broj 7, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka.
5. Williams, P. (1998), *Transnational Criminal Organizations and International Security*, *World Security – Challenges for a New Century* (eds. Klare, M. T.; Chandrani, Y.), St. Martin's Press, New York.
6. Giraldo, J.; Trinkunas, H. (2007), *Terrorism Financing and State Responses: A Comparative Perspective*, Stanford University Press, Palo Alto, CA.
7. Financial Action Task Force (2004), *The Financial War on Terrorism*, Paris.
8. Financial Action Task Force (1996), *The Forty Recommendations of Financial Action Task Force on Money Laundering*, Paris.
9. Marković, S. (2002), *Moćniji od CIA*, Institut za geopolitičke studije, Beograd.
10. Mijalković, S. (2008), Dihotomija organizovanog kriminala i terorizma iz ugla nacionalne bezbednosti, *Revija za bezbednost*, broj 12, Centar za bezbednosne studije, Beograd.
11. Mijalković, S.; Đinović, R. (2008), Simbioza organizovanog kriminala, terorizma i politike na Kosovu i Metohiji kao izazov i pretnja nacionalnoj i regionalnoj bezbednosti, *Kosmet – Gordijev čvor*, Institut za uporedno pravo, Beograd.
12. Mijalković, S. (2009), *Nacionalna bezbednost*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.
13. Reuter, P.; Truman, E. (2004), *Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering*, Institute for International Economics, Washington.

14. Hopton, D. (2004), *Money Laundering: A Concise Guide for All Business*, Glower, London.
15. Pieth, M. (2002), *Financing Terrorism*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands.
16. Simić, D. R. (2002), *Nauka o bezbednosti – savremeni pristupi bezbednosti*, Službeni list SRJ i Fakultet političkih nauka, Beograd.
17. Schott, P. A. (2006), *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, World Bank, Washington.
18. Tanzi, V. (1996), *Money laundering and International Finance System*, MMF Paper, No. 55, Washington.
19. Hough, P. (2004), *Understanding Global Security*, Routledge, London–New York.

Associate professor Saša Mijalković, PhD,
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade, Serbia

Assistant professor Goran Bošković, PhD,
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade, Serbia

Associate professor Željko Nikač, PhD,
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade, Serbia

INTERNATIONAL LAW EFFORT TO COMBAT MONEY LAUNDERING AND TERRORISM FINANCING

Terrorist financing their activities uses legal (sponsored terrorism) and illegal money (criminal activity). This dichotomy make dilemma about capability of states to use measurement in combat terrorism financing. Most of legal definition connect money laundering with criminal profit, but in case of terrorism financing aim of this activity is no financial then political. Methods of money laundering are identical with cases of financing terrorism. This paper point to significance of creating unique measurements for combat money laundering and terrorism financing in international level which is very important for blocking financial capability of terrorist organizations.

Key words: *money laundering, terrorism, terrorism financing, organized crime, national security.*

Mr Ana Knežević-Bojović,
Institut za uporedno pravo, Beograd

Originalni naučni rad
UDK: 347.72(497.11)
340.137.72(4-672EU)

HARMONIZACIJA KOMPANIJSKOG PRAVA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE I PRAVILA O SLOBODI OSNIVANJA PRIVREDNIH DRUŠTAVA U SPORAZUMU O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU

Usklađivanje propisa Srbije sa pravom Evropske unije jednostrana je obaveza koju je Srbija preuzela radi ostvarivanja cilja - pristupanja Evropskoj uniji. Svakako najznačajniji dokument koji je Srbija do sada potpisala u tom postupku jeste Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju. U radu se analiziraju odredbe Sporazuma kojima se propisuju pravila o slobodnom kretanju privrednih društava iz Srbije i Unije, i ukazuje na značaj poznavanja prakse Evropskog suda pravde u vezi sa ovim pitanjem. Nadalje, autorka analizira stepen usklađenosti domaćih propisa iz oblasti kompanijskog prava sa odgovarajućim propisima Evropske unije i ukazuje na očekivane pravce daljeg razvoja prava i prakse u obe oblasti.

Ključne reči: Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju; Evropska unija; Evropski sud pravde;

1.1. O usklađivanju propisa sa pravom Evropske unije uopšte

Usklađivanje propisa između država članica Evropske unije, kako putem pravnih instrumenata Evropske unije (pozitivna harmonizacija), tako i putem ukidanja prepreka (negativna harmonizacija)¹ predstavljaju ugovornu obavezu država članica koja

¹ Više o harmonizaciji videti u: R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Centar za pravo Evropske unije Univerziteta u Kragujevcu i Kancelarija Srbije i Crne Gore za pridruživanje Evropskoj uniji, Kragujevac, 2006⁴ i A. Čavoški, *Preduslovi i postupak uključivanja Državne zajednice Srbije i Crne Gore u Evropsku uniju*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2005.

proizilazi iz Osnivačkih ugovora.² Situacija je nešto drugačija kada se radi o trećim zemljama. U tom smislu moguće je izdvojiti nekoliko različitih kategorija:

1. Države koje nemaju za cilj pristupanje Evropskoj uniji, ali imaju ekonomski interes da svoje propise usklađuju sa propisima Unije. Primeri takvih država su Švajcarska, Norveška, Lihtenštajn i donedavno Island³ (Island je podneo zahtev za prijem u članstvo EU u julu 2009. godine).⁴ Ove četiri države su prvobitno oformile organizaciju za slobodnu trgovinu EFTA 1960. godine. Potom su tri od četiri države EFTA – Norveška, Lihtenštajn i Island – i države članice Evropske unije 1994. godine zaključile Sporazum o evropskom ekonomskom prostoru,⁵ dok se Švajcarska odlučila da saradnju sa Evropskom Unijom ostvari putem bilateralnih sporazuma.⁶
2. Države koje još uvek nisu ušle u postupak pristupanja Evropskoj uniji, ali preuzimaju jednostranu obavezu usklađivanja, kao prethodni korak, s tim što je njihov kasniji cilj prisupanje Evropskoj uniji.

² Pod Osnivačkim ugovorima se podrazumevaju ugovori o osnivanju Evropskih zajednica i Evropske unije, sa svim izmenama Navedena numeracija članova jeste ona koja postoji u važećem Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije - Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 115/47, 9.5.2008. Radi lakšeg razumevanja teksta i postojeće literature, u zagradi je navedena numeracija članova ugovora iz Konsolidovane verzije Ugovora o osnivanju Evropske zajednice iz 2006 godine - Treaty establishing the European Community, incorporating the amendments made by the Treaty of Athens, signed on 16 April 2003, *Official Journal of the European Union* C 321 E/129, 12.2.2006. *Ovakva numeracija članova koristi se u celom radu, te se reč "Ugovor" odnosi na "Ugovor o funkcionisanju Evropske unije" kao i na "Ugovor o osnivanju Evropske zajednice"*

³ Island je 17. jula 2009. godine podneo zahtev za prijem u Članstvo EU, a Evropska komisija je 24. februara 2010. godine u svom mišljenju preporučila otvaranje pregovora u vezi sa pristupanjem u odnosu na Island. <http://ec.europa.eu/enlargement>

⁴ Za više o odnosima između Švajcarske i Norveške i EU vid. S. Gstohl, *Reluctant Europeans - Norway, Sweden, and Switzerland in the Process of Integration*, Lynne Rienner Publishers, 2002.

⁵ Agreement on the European Economic Area, *Official Journal of the European Communities* No. L 1, 3.1.1994.

⁶Za više o ovim sporazumima vid.:

<http://www.europa.admin.ch/themen/00500/00506/index.html>

Sposobnost da se domaće pravo uskladi sa pravom EU predstavlja i jedan od kriterijuma iz Kopenhagena⁷ te je određeni stepen usklađenosti sa komunitarnim pravom pokazatelj da se ovaj kriterijum može ispuniti. Državna zajednica Srbije i Crne Gore i Republika Srbija, kao i druge zemlje Zapadnog Balkana predstavljaju primer takvog postupanja.

3. Države koje su ušle u postupak pristupanja Evropskoj uniji i imaju ugovornu obavezu da usklađuju propise sa pravnim tekovinama (*acquis communautaire*) Evropske unije. Ova obaveza dakle, proizilazi iz prepristupnih ugovora – ranije su to bili Evropski ugovori, sada Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju. Kada se ovaj Ugovor ratifikuje, obaveza usklađivanja postaće ugovorna i u odnosu na Srbiju.

Države koje usklađuju svoje pravo sa pravom Unije bez namere da joj pristupe čine to, kako je već istaknuto, na osnovu Sporazum o evropskom ekonomskom prostoru, odnosno brojnih bilateralnih sporazuma u slučaju Švajcarske. Sporazum o evropskom ekonomskom prostoru podrazumeva unošenje u nacionalno pravo onih propisa koje usvoji Evropska unija koji se odnose na četiri slobode, a uz to obuhvata i saradnju u oblasti istraživanja i razvoja, socijalne politike, zaštite životne sredine, zaštite potrošača, turizma i kulture.⁸ Sporazum se ne odnosi na pitanja kao što su carinska unija, zajednička trgovinska politika, poljoprivreda i ribarstvo, kao ni na pitanja koja su bila obuhvaćena drugim i trećim stubom Evropske Unije, niti na monetarnu uniju. Očigledno je, dakle, da su se ove države odlučile na usklađivanje propisa sa pravom Evropske Unije rukovođene ekonomskom logikom, bez obzira na činjenicu da zapravo nemaju nikakav uticaj na zakonodavni postupak koji se odvija u Briselu. Ipak, čini se da je u slučaju nekih zemalja došlo do slične pojave kao i svojevremeno u Zajednici (tzv. *spillover process*)⁹, te je

⁷ European Council in Copenhagen 21-22 June 1993- Conclusions of the Presidency DOC/93/3.

⁸ Upravo zbog toga je na propisima iz ove oblasti naznačeno da se odnose na Evropski ekonomski prostor. .

⁹ A. Čavoški, *Pravni i politički poredak Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Javno preduzeće "Službeni glasnik", Beograd, 2006, 31.

tako Švajcarska nedavno postala potpisnica Šengenskog sporazuma, a Island, kako je ranije napomenuto, podneo zahev za pristupanje Uniji.

Sa druge strane, države kandidati i države koje su potencijalni kandidati za pristupanje Evropskoj uniji u obavezi su da usklade svoje pravo sa celokupnim *acquis*-om, koji obuhvata odredbe Osnivačkih ugovora, propise donete na osnovu odredbi ugovora, sudsku praksu Evropskog suda pravde, mere donete pod okriljem zajedničke spoljne i bezbednosne politike, mere usvojene u okviru saradnje u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova, međunarodne ugovore koje je zaključila Evropska zajednica kao i ugovore između država članica i trećih zemalja u vezi sa aktivnostima u okviru Evropske unije.¹⁰ Procenjuje se da ovaj korpus prava ima preko 100000 stranica, i sadrži više od 30000 pravnih akata.¹¹ Osim toga, broj propisa koji se usvajaju na nivou Evropske unije konstantno se umnožava. Jasno je, stoga, da pred državama kandidatima i potencijalnim kandidatima stoji veliki izazov, koji zahteva angažovanje celokupne državne uprave i neretko spoljnih resursa. Takođe je očigledno da je nemoguće ovako obiman i kompleksan zadatak ispuniti odjednom, te da je nužno izdvojiti određene prioritete.

Kako bi pomogla državama kandidatima u ispunjenju ovog zadatka, Evropska komisija je 1995. godine izdala Belu knjigu o pripremi pridruženih država centralne i istočne Evrope za integraciju u unutrašnje tržište Unije.¹² Bela knjiga je prvobitno bila namenjena za zemlje centralne i istočne Evrope, ali kasnije je proširena i na baltičke zemlje i Sloveniju¹³, a takođe su je prihvatile i zemlje zapadnog Balkana, kao što je Srbija, i na osnovu nje sačinjavale akcione planove za usklađivanje domaćih propisa sa pravom EU. Kako se iz njenog naziva vidi, Bela knjiga obuhvata samo propise koji se odnose na unutrašnje tržište. I ovi propisi podeljeni su u Aneksu Bele knjige na

¹⁰ A. Čavoški A. Čavoški, *Preduslovi i postupak uključivanja Državne zajednice Srbije i Crne Gore u Evropsku uniju*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2005, 125.

¹¹ <http://en.euabc.com/word/12>

¹² White Paper: Preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for Integration into the Internal Market of the Union, COM(95) 163, May 1995

¹³ Za više detalja o Beloj knjizi i njenom značaju u procesu pristupanja EU videti u A. Čavoški, (2005), 129 i dalje.

23 oblasti¹⁴, a u okviru svake pojedinačne oblasti istaknuti su prioriteti za harmonizaciju, tačnije, redosled mera koje je potrebno usvojiti u prvoj i drugoj fazi. Jasno je da Bela knjiga ne predstavlja ni konačan spisak propisa sa kojima je potrebno izvršiti usklađivanje, imajući u vidu pomenutu izrazito produktivnu zakonodavnu aktivnost Unije, ali svakako predstavlja izuzetno koristan predložak za planiranje harmonizacije, i to ne samo u oblastima koje su njome obuhvaćene.

Usklađivanje propisa Srbije sa pravom EU prepoznato je kao potreba u naučnoj i stručnoj javnosti¹⁵, kao i od strane organa vlasti. Još dok je Srbija predstavljala deo Državne zajednice Srbija i Crna Gora, vlada Republike Srbije je usvojila prvi Akcioni plan za usklađivanje domaćih zakona sa propisima Evropske unije, u skladu sa preporukama iz Bele knjige, a na osnovu studije koju je sačinio Institut za uporedno pravo.¹⁶ Nešto kasnije je kao obavezni deo zakonodavnog postupka uvedena i Izjava o usklađenosti nacrtu zakona, drugog propisa i opšteg akta sa propisima Evropske unije.¹⁷ Izjavu sačinjava organ nadležan za izradu i predlaganje propisa. Sama izjava ne predstavlja garantiju usklađenosti – ona služi kao mehanizam ocene usklađenosti – ali je svakako značajno da bez nje nijedan propis ne može proći dalji zakonodavni postupak. Takođe je značajna i publikacija koju su 2004. godine objavile Vlada Srbije i Ministarstvo za ekonomske odnose sa inostranstvom „Kako

¹⁴ Slobodan protok kapitala, slobodno kretanje i bezbednost industrijskih proizvoda, konkurencija, socijalna politika i aktivnosti, poljoprivreda, saobraćaj, audiovizuelne usluge, životna sredina, telekomunikacije, direktno oporezivanje, slobodno kretanje robe u delimično usklađenim sektorima, javne nabavke, finansijske usluge, zaštita podataka o ličnosti, kompanijsko pravo, računovodstvo, građansko pravo, uzajamno priznavanje profesionalnih kvalifikacija, intelektualna, industrijska i komercijalna svojina, energetika, carinska unija, posredno oporezivanje, politika zaštite potrošača.

¹⁵ Npr. B. M. Rakić., *Harmonizacija jugoslovenskog prava sa pravom EU*, Dosije, Beograd 1997, 17.

¹⁶ Harmonizacija domaćeg prava sa pravom Evropske unije. Studija je izdata u 8 tomova, a obuhvata 23 oblasti obuhvaćene Belom knjigom, detaljne analize evropskih i odgovarajućih domaćih propisa i preporučene izmene domaćih propisa.

¹⁷ Izjava dostupna na www.seio.gov.rs

usklađivati domaće propise sa pravnim tekovinama Evropske unije,¹⁸ kao i Nacionalni program za integraciju Srbije u Evropsku uniju.¹⁹

1.2. Usklađenost propisa Srbije iz oblasti kompanijskog prava sa pravom Evropske unije

Od usvajanja Zakona o privrednim društvima²⁰ kompanijsko pravo Evropske unije u velikoj meri je usklađeno sa relevantnim direktivama Evropske unije. Kako jedan od članova radne grupe na izradi zakona ističe²¹, to upravo predstavlja i jednu od osnovnih karakteristika ovog propisa. Ipak, Vasiljević takođe ističe²² da je u odnosu na pitanja koja u vreme usvajanja ovog zakona nisu bila harmonizovana na nivou Unije zakonodavac izvršio izbor između različitih uporednopravnih rešenja. Nadalje, pitanja koja su regulisana evropskim direktivama iz oblasti kompanijskog prava u domaćem pravu uređuju i drugi propisi – Zakon o računovodstvu i reviziji,²³ Zakon o preuzimanju akcionarskih društava,²⁴ Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata,²⁵ Zakon o registraciji privrednih subjekata,²⁶ i slično. Ovi propisi su takođe u velikoj meri usklađeni sa relevantnim propisima EU. Ipak, od usvajanja nekih od ovih propisa – prevashodno Zakona o privrednim društvima – i evropska legislativa je promenjena, te su neophodne i dalje intervencije u domaćem pravu. Nacionalnim planom za integraciju Republike Srbije u Evropsku uniju²⁷ predviđeno je usvajanje sledećih propisa:

¹⁸ Takođe dostupna na www.seio.gov.rs

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Službeni glasnik RS br. 125/04*

²¹ M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih društava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009⁴. 40

²² *Ibid.*, 41.

²³ *Službeni glasnik RS br. 46/06 i 111/09.*

²⁴ *Službeni glasnik RS br. 46/06 i 107/09*

²⁵ *Službeni glasnik RS br. 47/06.*

²⁶ *Službeni glasnik RS br. 55/04, 61/05 i 111/09.*

²⁷ Dostupan na www.seio.gov.rs

- Zakon o preuzimanju akcionarskih društava (tokom 2011. godine)
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o registraciji privrednih subjekata (tokom 2010. godine)
- Zakon o računovodstvu i reviziji (tokom 2011. godine)
- Pravilnik o sadržini i načinu vođenja registara (tokom 2010. godine).

Nadalje, i Evropskim partnerstvom iz 2008. godine²⁸ jedina zakonodavna intervencija predviđena u ovoj oblasti jeste sprovođenje Evropske povelje o malim i srednjim preduzećima i smanjivanje administrativnih obaveza za mala preduzeća.

Korpus kompanijskog prava Evropske unije obuhvata i direktive i uredbe. Uredbe, zbog svoje pravne prirode, ne predstavljaju predmet harmonizacije – one postaju deo nacionalnog pravnog sistema u trenutku pristupanja, budući da imaju direktno dejstvo i da se neposredno primenjuju. Što se tiče uredbi iz kompanijskog prava, njima se uvode novi privredni oblici koji su tesno povezani sa unutrašnjim tržištem, te je eventualno uvođenje sličnih oblika u domaći pravni sistem uglavnom neopravdano. Takođe je neopravdano i nepotrebno uvoditi u naš pravni sistem odredbe relevantnih direktiva u vezi sa učešćem zaposlenih u ovim privrednim oblicima, te se sa pravom može očekivati da će se usklađivanje sa ovim direktivama izvršiti simultano sa prijemom u Evropsku uniju i posledičnim stupanjem na snagu svih uredbi, uključujući one iz kompanijskog prava. Još jedna direktiva iz kompanijskog prava u vezi sa kojom ne treba očekivati skorou harmonizaciju jeste ona o prekograničnom spajanju privrednih društava – bez obzira na odredbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koje će biti analizirane kasnije u radu, verovatnoća da će spajanja domaćih i stranih društava biti zakonom dozvoljena pre nego što Srbija postane država članica Unije a njena privreda deo unutrašnjeg tržišta je minimalna.

²⁸ 2008/213/EC: Council Decision of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the European Partnership with Serbia including Kosovo as defined by United Nations Security Council Resolution 1244 of 10 June 1999 and repealing Decision 2006/56/EC

1.3. Odredbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju u vezi sa slobodom osnivanja privrednih društava

Članovi 52-58. Sporazuma o stabilizaciji (u daljem tekstu: SSP) i pridruživanju odnose se na poslovno nastanjivanje, tj. njima se uspostavljaju pravila u vezi sa osnivanjem i radom privrednih društava na teritorijama EU i Srbije.

U članu 52. SSP-a sadržane su definicije osnovnih pojmova koje se odnose na poslovno nastanjivanje. Zanimljivo je da, osim određenja pojma „privrednog društva Zajednice“, odnosno „srpskog privrednog društva“, član 52. sadrži i definicije pojmova "ogranka" (*branch*), "poslovnog nastanjivanja" (*establishment*), "društva kćeri" (*subsidiary*), "poslovanja" (*operations*) i "privredne delatnosti" (*economic activities*).²⁹ To znači da su u SSP uneti pojmovi koji nisu sadržani u Osnivačkim ugovorima, već u drugim izvorima prava EU, uključujući i sudsku praksu Evropskog suda pravde – što detaljno poznavanje ove materije čini značajnim.

U skladu sa članom 52. SSP, pod privrednim društvom Zajednice, odnosno Srbije, se podrazumeva privredno društvo osnovano u skladu sa pravom neke od država članica, odnosno pravom Srbije, i čije se registrovano sedište, glavna uprava ili glavno mesto poslovanja nalaze na teritoriji Zajednice, odnosno Srbije. Ova formulacija identična je onoj sadržanoj u članu 54. (48). Osnivačkog ugovora. Ipak, SSP sadrži i dodatno određenje – ako privredno društvo osnovano u skladu sa pravom države članice, odnosno Srbije, ima samo registrovano sedište na teritoriji Zajednice/Srbije, smatraće se društvom koje ima pripadnost Zajednici ili Srbiji ako je njegovo poslovanje stvarno i trajno povezano sa privredom Zajednice, odnosno Srbije. Ovakvo određenje korišćeno je ranije u pravu EU kako bi se odredilo da li privredna društva mogu da se koriste slobodom osnivanja ako imaju samo registrovano sedište, ali ne i glavnu upravu na teritoriji Evropske unije.³⁰ Ista formulacija upotrebljena je i u Uredbi o statutu *SE*,³¹ prilikom određivanja društava koje mogu

²⁹ Ova određenja su preuzeta iz verzija Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju na srpskom i engleskom jeziku i nisu podudarna sa terminologijom korišćenom u radu.

³⁰ General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment *Official Journal* 002, 15/01/1962 P. 0036 - 0045

³¹ Član 2, stav 5, Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) *OJ L* 294, 10.11.2001, 1-21

osnovati *SE*. Jasno je da je, dakle, pojam privrednih društava koja imaju pripadnost Zajednici maksimalno proširen, ali u skladu sa postojećom praksom u Evropskoj uniji. Takođe je značajno istaći da je za potrebe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju bliže određenje nacionalne pripadnosti privrednog društva Zajednice nebitno.

Sa druge strane, istovremeno se odstupilo i od važećeg pojma pripadnosti pravnih lica u Srbiji. Naime, kako Vasiljević³² ističe, u domaćem Zakonu o privrednim društvima prihvaćena je teorija stvarnog sedišta (sedište društva je mesto iz kog se upravlja poslovima društva³³). Ipak, postoji indirektna zakonska pretpostavka da je stvarno sedište ujedno i registrovano sedište društva (sedište privrednog društva određuje se osnivačkim aktom i registruje se u skladu sa zakonom kojim se uređuje registracija privrednih subjekata³⁴). Dosledna primena člana 52. SSP mogla bi dovesti do toga da društvo koje ima samo registrovano sedište u Srbiji ali ne i glavnu upravu u njoj bude smatrano domaćim privrednim društvom.

U članu 52. SSP-a takođe je dato određenje pojma “društva kćeri” koji je identičan pojmu zavisnog društva u domaćem pravu. Ovo je određenje koje nije sadržano u Osnivačkim ugovorima. Ipak, još zanimljivije je određenje pojma “ogranka” (*branch*) u SSP, koje je istovetno pojmu “ogranka, predstavništva ili druge poslovne jedinice (*agency, branch or other establishment*)” koje je dao Evropski sud pravde tumačeći Briselsku konvenciju.³⁵ Sporazumom je dakle,

³² M. Vasiljević, 104-105.

³³ Član 16. stav 1. Zakona o privrednim društvima.

³⁴ Član 16. stav 2. Zakona o privrednim društvima.

³⁵ Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Briselska konvencija, kasnije zamenjena odgovarajućom Uredbom (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial matters, *OJ L 12, 16.1.2001, 1-23*), ne predstavlja neposredan izvor prava koji se odnosi na priznanje stranih privrednih društava. Ipak, budući da Konvencija o uzajamnom priznanju privrednih društava nije stupila na snagu, a pojedini pojmovi komunitarnog kompanijskog prava, kao što je "*establishment*" - nisu bili detaljno objašnjeni, u praksi se pokazala potreba za time da se jasnije odredi obim i način primene onih članova Ugovora koji se odnose na slobodu osnivanja. ³⁵ Za više o Briselskoj konvenciji vid. P. Stone, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, Longman, London-

sadržina ovog pojma povezana samo sa jednim oblikom organizovanja poslovanja van sedišta društva – sa “ogrankom”. Ovakvo određenje ipak je u suprotnosti sa važećim propisima u Srbiji – Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju³⁶ u članu 4. određuje i “ogranak” i “predstavništvo” kao organizacione delove osnivača – stranog pravnog lica. Isto određenje sadržao je i stari Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju³⁷, u članu 7, koji je bio na snazi u vreme kada su se vodili pregovori u vezi sa SSP. Nasuprot tome, u Zakonu o privrednim društvima u članu 3. navodi se samo ogranak kao organizacioni deo domaćeg ili stranog pravnog lica, koji nema svojstvo pravnog lica. Očigledno je da je formulacijom datom u SSP u potpunosti ispraćen način regulisanja ovog pitanja u Zakonu o privrednim društvima, no čini se da bi bilo bolje da je bio uzet u obzir i Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju – to ne samo da bi bilo bolje sa normativnog, već i praktičnog stanovišta, budući da najveći broj stranih privrednih društava u Srbiji osniva predstavništva, a ne ogranke.³⁸ Činjenica je da je sadržaj pojma ogranka u SSP-u postavljen veoma široko, ali verovatno bi bilo bolje da je i izričito upućeno na različite modalitete vršenja prava na osnivanje kako jezičko tumačenje odredaba SSP-a ne bi uzrokovalo probleme u primeni, naročito u Srbiji.

Članom 52, stavom 4. definisan je pojam „poslovnog nastanjivanja“, koji je određen i u odnosu na domaće državljanke, tako i na strana privredna društva. U odnosu na fizička lica, poslovno nastanjivanje podrazumeva pravo na osnivanje privrednih društava, kao i pravo da započnu privrednu delatnost kao samozaposlena lica. Izričito je propisano da ove aktivnosti ne daju pravo na pristup tržištu rada druge ugovorne strane, kao ni traženje zaposlenja u drugoj ugovornoj strani. U odnosu na privredna društva, poslovno nastanjivanje označava pravo na bavljenje privrednim delatnostima

New York, 1998; V. Rakić-Vodinić, G. Knežević, *Gradansko procesno pravo Evropske unije*, Pravni fakultet, Beograd, 1998

³⁶ *Službeni glasnik RS br. 36/09.*

³⁷ *Službeni glasnik RS br. 101/05.*

³⁸ Prema podacima Agencije za privredne registre od 27.12.2010. godine, dostupnim na www.apr.gov.rs, broj aktivnih privrednih subjekata koji su organizovani kao ogranak stranog privrednog društva je 95, dok samo predstavništava stranih pravnih lica koje počinju slovom „I“ ima 75.

osnivanjem društava kćeri i ogranaka u drugoj ugovornoj strani.³⁹ I iz ove formulacije se vidi kako bi bilo bolje da tekst Sporazuma nije ograničen samo na pojam ogranka, već i predstavništva, ili, u engleskoj verziji „*agency, branch and other subsidiary*“.

Članom 53. Sporazuma određuje se tretman koji će privredna društva iz Zajednice imati u Srbiji i obratno. U tom smislu, Srbija se obavezala da će privrednim društvima i građanima⁴⁰ Zajednice olakšati poslovanje na svojoj teritoriji, tako što će im odobriti položaj ne manje povoljan od onog koji daje svojim privrednim društvima ili društvima iz trećih država, koji god da je povoljniji – bilo da se radi o onima koji već posluju na teritoriji Srbije ili tek treba da otpočnu poslovanje. Iste odredbe predviđene su i za društva iz Srbije koja posluju ili planiraju da posluju na teritoriji Zajednice. Nadalje, obe ugovorne strane su se obavezale da neće usvajati nikakve propise ili mere kojima se diskriminišu privredna društva iz druge ugovorne strane. Što se tiče samozaposlenih lica, na njih se ove odredbe ne primenjuju, već je određeno da će Savet za stabilizaciju i pridruživanje četiri godine nakon stupanja na snagu SSP-a utvrditi načine za proširenje ovih odredaba i na njih.⁴¹

Izuzetno je značajna i odredba stava 5b) člana 53. kojim je predviđeno da, nakon stupanja SSP-a na snagu, društva kćeri privrednih društava Zajednice imaju pravo sticanja prava svojine na nepokretnostima kao i domaća privredna društva, kada su ova prava potrebna za obavljanje privrednih delatnosti. Ova odredba nije istovetna odredbi člana 82a. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa⁴² kojim se regulišu prava stranih lica, utoliko što ne sadrži uslov uzajamnosti. Nadalje, stavom 5v) propisano je da će četiri godine nakon stupanja Sporazuma na snagu Savet za stabilizaciju i pridruživanje razmotriti mogućnost proširivanja prava sticanja svojine

³⁹ Član 52. stav 4, ii)

⁴⁰ Termin „državljeni Zajednice“ nije prihvaćen u domaćoj teoriji, kao ni u revidiranom prevodu Osnivačkih ugovora, te se u radu koristi termin „građani Zajednice“, što je ujedno i bliže samoj sadržini ovog pojma, budući da se ne radi o zameni za državljanstvo neke države Članice Unije, već o dopuni.

⁴¹ Član 53, stav 4.

⁴² *Službeni list SFRJ br. 6/80, 36/90, Službeni list SRJ br. 29/96, Službeni glasnik RS br. 115/2005*

i na ogranke privrednih društava Zajednice, koji nemaju svojstvo pravnog lica, što bi, ako se usvoji, predstavljalo značajno odstupanje od trenutno važećih domaćih propisa.

Članom 56. SSP-a omogućava se ugovornim stranama da primene posebna pravila u vezi sa poslovnim nastanjivanjem privrednih društava druge ugovorne strane, ako su opravdana pravnim ili tehničkim razlikama ili iz opreza, kada je reč o finansijskim uslugama. Ipak, razlika u položaju ne sme prevazilaziti ono što je neophodno. Na ovaj način je i u SSP u pogledu dozvoljenih ograničenja slobode poslovnog nastanjivanja uvedeno načelo srazmernosti.

Odredbama SSP-a od primene pravila u vezi sa slobodom poslovnog nastanjivanja izuzete su finansijske usluge, navedene u Aneksu VI – to su sve usluge osiguranja i u vezi sa osiguranjem, kao i bankarske i ostale finansijske usluge. Nadalje, članom 55. je propisano da se ove odredbe ne primenjuju ni na usluge avionskog transpota, kao ni usluge transporta unutrašnjim plovnim putevima i usluge pomorske kabotaže.

Članom 58. Sporazuma omogućava se privrednim društvima Zajednice i Srbije da svoje državljane zapošljavaju na teritoriji druge ugovorne strane, bilo samostalno bilo preko društava kćeri i ogranaka. Uslov za to je da se radi o „ključnom osoblju“ u smislu SSP-a, to jest, da se radi o licima koja su na rukovodećim položajima, ili koja poseduju posebna stručna znanja. Ovo su, prema odredbama SSP-a „lica premeštena u okviru društva“, dakle, zaposleni koji se radi obavljanja delatnosti na teritoriji druge ugovorne strane raspoređuju na radno mesto u društvu kćeri, odnosno ogranku koji se tamo nalazi.

Kao što se vidi, odredbe SSP-a u ovoj oblasti u velikoj meri su zasnovane na odredbama Osnivačkih ugovora, kao i na pojmovima već izgrađenim u praksi Evropskog suda pravde u vezi sa slobodom osnivanja privrednih društava. Može se sa pravom očekivati da će Savet za stabilizaciju i pridruživanje, koji se osniva članom 119. SSP-a, prilikom vršenja nadzora nad sprovođenjem Sporazuma, primenjivati standarde koji su već na snazi u Uniji u pogledu pitanja kao što je, na primer „ono što je strogo neophodno“ u odnosu na posebna pravila o poslovnom nastanjivanju privrednih društava, ili prilikom određivanja toga da li se neki oblik obavljanja delatnosti ima smatrati „ogrankom“. Otud, valja ponovo istaći, poznavanje propisa i prakse Evropske unije u odnosu na slobodu nastanjivanja umnogome dobija na značaju.

1.4. Dalji odnos kompanijskih prava Srbije i EU

Kao što je već pokazano, u planu je usvajanje ili izmena postojećih propisa iz oblasti kompanijskog prava, kako bi se postigao što veći stepen usklađenosti sa kompanijskim pravom Unije. Takođe, odredbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju u vezi sa slobodom poslovnog nastanjivanja predstavljaju način da se postave temelji za potpunu slobodu osnivanja privrednih društava, u onom obliku i meri u kojoj ona sada postoji na teritoriji Unije. Jasno je, ipak, da ova sloboda ne može biti u potpunosti ostvarena sve dok Srbija ne postane punopravna članica Unije. Međutim, odredbe SSP-a u vezi sa poslovnim nastanjivanjem ukazale su na potrebu temeljnog poznavanja sudske prakse Evropskog suda pravde u ovoj oblasti, a treba imati u vidu i činjenicu da će ova pitanja dodatno dobiti na značaju sticanjem članstva u EU.

U budućnosti se stoga može očekivati da će nadležni državni organi u Srbiji pažljivo pratiti razvoj evropskog zakonodavstva u oblasti kompanijskog prava i vršiti neophodna usklađivanja sa direktivama, koja su već u planu, kako je ranije istaknuto. Osim toga, biće neophodno i izvršiti adekvatne pripreme za primenu relevantnih uredbi, na primer izdavanjem posebnih uputstava za privrednike, kako bi se blagovremeno upoznali sa relevantnim propisima Unije.

Ana Knežević – Bojović; LLM,
Institute od Comparative Law,
Belgrade

**HARMONISATION OF COMPANY LAW WITH EUROPEAN
UNION LAW AND RULES ON FREEDOM OF
ESTABLISHMENT OF COMPANIES IN THE
STABILISATION AND ASSOCIATION AGREEMENT**

Harmonisation of Serbian law with that of the European Union is an obligation undertaken unilaterally by Serbia so as to accomplish its goal of joining the European Union. By far the most important document Serbia has signed in this process so far is the Stabilisation and Association Agreement. The paper analyzes the Agreement provisions prescribing rules on free movement of companies from Serbia and the EU and underlines the importance of being familiar with the European Court of Justice jurisprudence on this matter. Furthermore, the author analyzes the degree to which Serbian company law rules are harmonised with that of the EU and outlines the expected developments in law and practice in both areas.

Key words: *harmonization of Serbian law; European Union; Stabilisation and Association Agreement; European Court of Justice*

Mr Katarina Jovičić

Institut za uporedno pravo, Beograd
istraživač saradnik

Slobodan Vukadinović

Pravni fakultet Univerziteta „Union” u Beogradu
saradnik u nastavi

Originalni naučni rad

UDK: 341:339

30 GODINA KONVENCIJE UN O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

U radu se razmatra značaj i domašaj Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija), kao i njen doprinos unifikaciji prava međunarodne prodaje robe. Delovi Bečke konvencije su, kao poglavlja u ovom radu, razmatrani kroz prizmu stavova vodećih međunarodnih naučnika koji su izloženi na Međunarodnoj konferenciji održanoj na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu novembra 2010. godine. Ukazano je na aktuelna i otvorena pitanja u vezi sa primenom i tumačenjem Bečke konvencije, o kojima različiti autori daju svoja viđenja za rešavanje ovih problema. U radu je posebna pažnja posvećena pitanjima zaključenja i sadržine ugovora o prodaji, nesaobraznosti isporučene robe, kao i pravnim sredstvima za neizvršenje ugovora i isključenju ugovorne odgovornosti. Pored toga, razmatrane su prednosti i nedostaci međunarodnih konvencija kao izvora uniformnih pravila za regulisanje ugovora o međunarodnoj prodaji robe, kao i odnos Bečke konvencije i drugih (naročito novijih) instrumenata unifikacije, kojima se može regulisati ovaj najčešći posao u međunarodnom poslovanju.

Ključne reči: *Bečka konvencija, međunarodna prodaja robe, primena konvencije, tumačenje konvencije.*

1. NASTANAK I ZNAČAJ BEČKE KONVENCIJE

U savremenim uslovima poslovanja bitan deo ukupne razmene roba i usluga odvija se na međunarodnom tržištu. Svakodnevno se,

kada je o robi reč, obavi hiljade raznovrsnih transakcija: ona se pakuje, prevozi, skladišti i otprema po celom svetu. Da bi se to postiglo, potrebno je zaključiti brojne ugovore o međunarodnoj prodaji robe, kao i druge ugovore koji obezbeđuju njihovu realizaciju. Međunarodna prodaja robe¹ može biti uređena pojedinim ili kombinovanim pravilima, kako onima sadržanim u nacionalnim, međunarodnim i autonomnim izvorima prava, tako i onima koje ugovorne strane same ustanovljavaju za regulisanje međusobnih prava i obaveza. Pored ugovora², u savremenom pravnom životu postoje čitave grupe izvora prava koji pretenduju da regulišu međunarodnu poslovnu operaciju³. To su: međunarodne multilateralne konvencije i

¹ Najčešći ugovor međunarodnog poslovnog prava je ugovor o međunarodnoj prodaji robe. Određivanje merodavnog prava za ovaj ugovor vrši se na različite načine i to prema klasičnim pravilima međunarodnog privatnog prava, čija je svrha određivanje nadležnog nacionalnog materijalnog prava za regulisanje ugovora u pitanju. O tome videti: Mitrović, D., *Pravo nadležno za regulisanje međunarodne trgovačke kupoprodaje*, u: *Pravni opus - izbor iz radova 1957-2007*, Beograd, 2007, str. 47-74; Knežević, G., *Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, Beograd, 1989. O kriterijumima i merilima koja kvalifikuju prodaju robe međunarodnom, pitanju punovažnosti i merodavnom nacionalnom pravu za ugovor o međunarodnoj prodaji robe, videti: Vukadinović, S., Jovičić, K., *Kriterijumi kvalifikacije ugovora o međunarodnoj prodaji robe i pitanje merodavnog prava*, u: *Strani pravni život 2/2010*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 177-208.

² Ugovor, kao *per definitionem* saglasnost izjavljenih volja da nastane pravno dejstvo, jeste osnovni i najvažniji izvor pravila kojim se može regulisati posao međunarodne prodaje robe. Strane ugovornice, zahvaljujući načelu autonomije volje (njegovom građanskopravnom i kolizionom aspektu) mogu kroz ugovor da samostalno uređuju svoje međusobne odnose i odrede pravo koje će se primeniti na njihov ugovor. O načelu autonomije volje videti: Nygh, P., *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999; Burton, S., *Principles of Contract Law*, West Publishing, 1995, str. 1-102, 372-484, 565-626; Vodinelić, V., *Građansko pravo – Uvodne teme*, Nomos, Beograd, 1991, str. 60-63; Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990, str. 153-182; Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 73-78.

³ „Ovaj termin bi trebalo da označi osnovni predmet, objekat međunarodnog poslovnog prava. To bi trebalo da bude pandan privrednom poslu domaćeg privrednog prava.” Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 244. Profesor Đurović ističe da, po pravilu, međunarodna poslovna operacija, iako predstavlja jednu celinu i jedinstvo poslovnog odnosa, sadrži tri sastavna dela (koji se mogu uočiti i pratiti prema njihovom nastajanju i pravnom dejstu): trgovinska operacija, međunarodna plaćanja

sporazumi kojima se unifikuju koliziona i/ili materijalna pravila iz domena međunarodnog poslovnog prava, građanski i trgovinski zakonici i zakoni koji sadrže nacionalna koliziona i materijalna pravila, nacionalni propisi javnog prava (koji na posredan ili neposredan način regulišu poslovne operacije sa elementom inostranosti), bilateralni međudržavni sporazumi i autonomno pravo međunarodne trgovine, koje obuhvata: kodifikovana pravila međunarodnih organizacija, tipske ugovore i opšte uslove poslovanja, trgovačke običaje i uzanse, a sve veći značaj ima i arbitražna praksa.⁴ Ovom spisku treba dodati i doktrinu međunarodnog trgovinskog prava, koja daje važan doprinos ovoj oblasti, a danas i: pravne vodiče, modele zakona, kao i Načela evropskog ugovornog prava i UNIDROIT načela međunarodnih trgovinskih ugovora.⁵

Međunarodne konvencije⁶ jesu jedan od najznačajnijih izvora pravila za regulisanje međunarodne prodaje robe, međutim sama ideja da se određena pitanja ugovora putem kojih se ostvaruje međunarodni poslovni promet rešavaju međudržavnim sporazumima nije lako zaživela. Inicijativa da se konvencijom postave ne samo pravila o određivanju merodavnog nacionalnog prava za rešavanje spornih pitanja pomenutog ugovora, već i pravila koja ga regulišu supstancijalnim normama, pojavila se između dva svetska rata, a realizovana je u vidu međunarodne konvencije koja je široko prihvaćena tek Konvencijom Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine⁷.

i međunarodni transport. O međunarodnoj poslovnoj operaciji videti detaljnije: Đurović, R., op. cit, str. 244-247.

⁴ Videti detaljnije: Mitrović, D., *Izvori prava i pravila koji regulišu međunarodnu trgovačku kupoprodaju*, u: Pravni opus - izbor iz radova 1957-2007, Beograd, 2007, str. 97-103.

⁵ O izvorima prava i pravila za regulisanje međunarodnih poslovnih operacija, videti: Jovičić, K. – Vukadinović, S., *Pravila za regulisanje međunarodne poslovne operacije*, Pravni život 11/2010, tom III, Beograd, 2010, str. 443-463.

⁶ Međunarodne konvencije ne treba poistovećivati sa model zakonima, koji se takođe donose na međunarodnom planu. Oni, za razliku od konvencija koje aktom ratifikacije postaju deo unutrašnjeg pravnog poretka, služe kao modeli za izradu nacionalnih propisa. Model zakon može se preuzeti u celosti i usvojiti kao nacionalni propis ili se, što je češći slučaj, pojedina njegova rešenja mogu preuzeti i ugraditi u zakone. Zbog toga ovi izvori prava, za razliku od međunarodnih konvencija, u većoj meri doprinose harmonizaciji nego unifikaciji nacionalnih propisa u oblastima za koje se donose.

⁷ „Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori“, br. 10/1 iz 1984. godine. Rešenja Bečke konvencije oslanjaju se na Haške jednoobrazne zakone iz 1964. godine

Ova konvencija je danas nesumnjivo najznačajniji i nezaobilazni izvor prava međunarodne prodaje robe. Potpisana je 11. aprila 1980. godine na posebnoj međunarodnoj konferenciji u Beču, zbog čega se u literaturi najčešće navodi kao „Bečka konvencija“.⁸ Stupila je na snagu 1. januara 1988. godine i naša države je jedna od ugovornica⁹. Njenih ukupno 101 članova podeljeni su u četiri dela: Oblast primene i opšte odredbe, Zaključenje ugovora, Prodaja robe i Završne odredbe. Povodom 30 godina od potpisivanja Bečke konvencije (u daljem tekstu: BK), na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu održana je 12. i 13. novembra 2010. godine Međunarodna konferencija pod nazivom: Uniform Sales Law¹⁰ (The CISG at Its 30th Anniversary – A Conference in Memory of Albert H. Kritzer)¹¹. O doprinosu UNCITRAL¹²-a procesu harmonizacije prava međunarodne prodaje robe govorio je Luca Castellani, istakavši da je

(Jednoobrazni zakon o zaključenju ugovora o međunarodnoj prodaji robe i Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe), ali ti zakoni nisu imali široku primenu budući da ih je ratifikovalo samo osam država. Pored Bečke konvencije, za ugovor o međunarodnoj prodaji robe značajna je i Konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze, koja je usvojena 19. juna 1980. godine u Rimu i primenjuje se u Evropskoj uniji, ali ona, za razliku od Bečke konvencije, sadrži kolizione norme.

⁸ U radovima stranih autora najčešće se koristi engleska skraćenica CISG, od: Convention on the International Sale of Goods.

⁹ Podaci o državama koje su ratifikovale Konvenciju Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe dostupni su na veb adresi: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

¹⁰ Program konferencije dostupan je na:

<http://www.ius.bg.ac.rs/informacije/Uniform%20Sales%20Law.pdf>. Javnosti su dostupni i video snimci sa konferencije:

http://www.ius.bg.ac.rs/moot/video/2010_CISG.htm

¹¹ Ispred organizatora Konferencije su se u pozdravnom govoru obratili prof. dr Gašo Knežević, prof. dr Mirko Vasiljević, mr Milena Đorđević (svo troje sa Pravnog fakuleta Univerziteta u Beogradu), a u uvodnoj reči su se učesnicima obratili Luca Castellani (iz Sekretarijata UNCITRAL-a), prof. Eric Bergsten (Pace University, SAD) i prof. Vikki Rogers (direktor Instituta za međunarodno trgovinsko pravo pri Pace Law School, SAD. Na veb sajtu www.cisg.law.pace.edu nalazi se nagrađivana i najpotpunija baza podataka o Bečkoj konvenciji, koja obuhvata bibliografiju sa više od 1000 radova, kao i više od 1800 sudskih i arbitražnih odluka.

¹² United Nations Commission for International Trade Law - UNCITRAL je osnovan 1966. godine od strane Generalne skupštine UN-a čiji je zadatak da pomogne harmonizaciju i unifikaciju nacionalnih prava koja se odnose na međunarodnu trgovinu. Sedište sekretarijata UNCITRAL-a je u Beču. Detaljnije videti: www.uncitral.org.

reč o međunarodnoj organizaciji u sistemu UN-a, poznatoj po posvećenosti modernizaciji i harmonizaciji međunarodnog trgovinskog prava, koja više od četrdeset godina priprema tekstove kojima se uređuju brojna relevantna pitanja u ovoj oblasti. S obzirom da su međunarodne konvencije zbog obavezujućeg karaktera teže prihvatljive, UNCITRAL je značajan deo svojih aktivnosti usmerio ka izradi drugih izvora prava, pre svih model zakona¹³, pravnih vodiča¹⁴ i drugih akata poznatih kao *soft law*, kojima se upotpunjuju međunarodne konvencije i olakšava njihova uniformna primena i tumačenje. Castellani je ukazao da je Bečka konvencija bez sumnje najznačajniji izvor prava za ugovor o međunarodnoj prodaji robe koji je nastao pod okriljem UNCITRAL-a, ali je, takođe, istakao da je do ovog uspeha došlo zahvaljujući tome što je rad na pripremi njenog teksta bio temeljan i obuhvatio široke pripremne studije u kojima su sa najvećom pažnjom analizirani postignuti rezultati iz ove oblasti. Radi uspešnije primene Bečke konvencije, UNCITRAL je nastavio da radi na instrumentima kojima se doprinosi njenoj promociji, uniformnom tumačenju i još široj primeni. Pravila u njoj sadržana su u praksi međunarodne prodaje robe postala uobičajena, pa novi međunarodni ugovori u ovoj oblasti treba da budu sačinjeni tako da upotpunjuju njen tekst, čime se u praksi stvaraju povoljni uslovi za sveopštu primenu uniformnog prava međunarodne prodaje robe.

Formiranju konačnog teksta Bečke konvencije doprineo je prof. Eric Bergsten¹⁵, koji je rukovodio timom Sekretarijata UNCITRAL-a koji je formulisao njene zvanične komentare. On je svoje izlaganje posvetio radu Savetodavnog veća Bečke konvencije¹⁶ i istakao da je to Veće od svog osnivanja 2001. godine pa do danas objavilo više mišljenja povodom određenih pitanja relevantnih za primenu Konvencije i učestvovalo na brojnim međunarodnim konferencijama širom sveta šireći poruku harmonizacije prava međunarodne prodaje robe putem njene uniformne primene. Naglasio

¹³ Među najpoznatijim model zakonima koje je pripremio UNCITRAL su: Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (1985. god.) i Model zakon o elektronskoj trgovini (1996. god.).

¹⁴ Poznatiji pravni vodiči su: Vodič za međunarodne poslove vezane trgovine (1992), Vodič za elektronski prenos sredstava (1987), Vodič za sastavljanje međunarodnih ugovora za izgradnju industrijskih postrojenja (1998) itd.

¹⁵ Profesor emeritus, Pace University School of Law.

¹⁶ CISG Advisory Council. Savet je osnovan 2001. godine i njegov prvi sekretar bio je profesor Loukas Mistelis.

je da je Bečka konvencija jedan od najuspješnijih međunarodnih instrumenata i da je ona posebno značajna zbog toga što obezbeđuje uniformna supstancijalna pravila za uređenje međunarodne trgovine. Izneo je podatak da je danas dve trećine svih međunarodnih transakcija u režimu BK, te da je u pitanju tekst koji podržava i čiju primenu pospešuje sudska i arbitražna praksa već više od 15 godina¹⁷. Profesor Bergsten se, potom, osvrnuo na istorijat Savetodavnog veća Bečke konvencije i podsetio da je ono osnovano na privatnu inicijativu sa ciljem da kroz svoja mišljenja doprinese zadovoljenju hitnih potreba za rešavanjem nekih spornih i nerešenih pitanja u vezi sa primenom BK¹⁸. Budući da je reč o privatnoj inicijativi, članovi Veća nisu predstavnici svojih država, niti različitih pravnih kultura, već su to ugledni naučnici čije duboko razumevanje pitanja koja uređuje Konvencija doprinosi njenoj uspešnoj primeni. S obzirom na tu činjenicu, Veće i njeni članovi imaju slobodu da se kritički odnose prema sudskim i arbitražnim odlukama donetim primenom Konvencije, posebno prema primeni pravila postavljenog u članu 7. koje nalaže da se prilikom tumačenja BK vodi računa o njenom međunarodnom karakteru i potrebi da se unapredi jednoobraznost njene primene. Osnovni cilj ovog veća jeste, podvukao je profesor Bergsten, da na zahtev ili na sopstvenu inicijativu daje mišljenja

¹⁷ S tim u vezi je podsetio da je više od 1000 sudskih i arbitražnih odluka danas dostupno sudovima i arbitražama, kao i pravnoj nauci putem baze podataka koju vodi Pace University, SAD.

¹⁸ Tvorac ideje o formiranju ovog veća bio je profesor Albert Kritzer, Pace University School of Law. Osnivači i prvi članovi Savetodavnog veća Bečke konvencije bili su: Erig Bergsten, Emeritus of Pace University; bivši generalni sekretar UNCITRAL-a, profesor Michael Joachim Bonell, University of Rome La Sapienza, bivši generalni sekretar UNIDROIT; profesor E. Allan Fransworth, Columbia University, New York; profesor Alejandro Garro, Columbia University; profesor Sir Roy Goode, University of Oxford; profesor Serai N. Lebedev, Moscow Institute of International Relations; profesor dr Jan Ramberg, Emeritus, Stockholm University; profesor dr. dr. h.c. Peter Schlechtriem, Emeritus, University of Freiburg; profesor Hiroo Sono, Hokkaido University i profesor Claude Witz, Universität des Saarlandes i Université Robert Schuman, Strasbourg. Sastancima Veća redovno su prisustvovali profesor Albert Kritzer, Pace University; dr Loukas Mistelis; Clive M. Schmitthoff, Senior Lecturer za međunarodno trgovinsko pravo, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London. Profesor Schlechtriem je izabran za prvog predsedavajućeg, a dr Mistelis kao sekretar Savetodavnog veća BK. Još dva člana su pozvana da se priključe savetu u junu 2003. godine i to su profesor M del Pilar Perlaes Viscasillaw, Universidad Carlos II, Madrid, kao i profesor dr Ingeborg Schwenzer, University of Basel.

upravo u vezi sa njenim tumačenjem i primenom¹⁹ te da ih učini svima dostupnim, objavljujući ih u pismenoj i elektronskoj formi, a da bi ona bila što što bolja, svi čitaoci su pozvani da o njima daju svoje komentare.

O osnivanju Global Jurisconsultorium za Bečku konvenciju govorila je Vikki Rogers²⁰, ukazujući da, i pored toga što je BK verovatno najčešće u upotrebi za regulisanje međunarodne prodaje robe, pravnici koji je primenjuju često imaju problem da razumeju njenu uniformnost. Problem je u tome što su mnogi od njih pod velikim uticajem nacionalnih pravnih sistema kojima pripadaju i kao rezultat toga Konvencija se ne primenjuje u punom potencijalu. Da bi se ovaj problem prevazišao, nužno je imati jasnu i fokusirano prikazanu bazu sudskih odluka i naučnih radova koji se bave Bečkom konvencijom, putem koje se jasno predstavlja ne samo šta je već urađeno, već i šta se još može uraditi sa ovim značajnim pravnim instrumentom. Zbog toga, nije preterano kada se za «jurisconsultorium» Bečke konvencije kaže da predstavlja samo srce nove discipline uniformnog prava, budući da izražava potrebu da se koncept unifikacije prava oslanja na formiranje sličnih pravila širom različitih pravnih kultura²¹. Proces u kome različite jurisdikcije dobrovoljno biraju da dele ista pravila, međutim, neće voditi uniformnom pravu ako primena tih pravila nije jednoobrazna. Drugim rečima, uniformni tekst ne vodi uvek i njegovoj uniformnoj primeni, jer njegovo razumevanje i tumačenje zavisi od više činilaca, pre svega i od kvaliteta prevoda²². Ipak, čak i kod idealno usklađenog teksta

¹⁹ Tako je, na primer, Veće odgovorilo na neformalni zahtev ICC-a da se odredi prema elektronskim komunikacijama i podobnosti Bečke konvencije da odgovori tom novom izazovu. Nakon tri sesije, Veće je, pomognuto stručnim mišljenjem dr Christine Ramberg sa University of Göteborg, zauzelo stav da se odredbe Bečke konvencije mogu primeniti i na taj oblik komunikacije jednako kao i na tradicionalne. Videti: Bergsten, E., *More about the CISG Advisory Council*, u: *Uniform Sales Law Conference – The CISG at Its 30th Anniversary – A Conference in Memory of Albert H. Kritzer*, University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2010, str. 79-81.

²⁰ Director of the Institute of International Commercial Law Pace University School of Law.

²¹ Moderno uniformno pravo je relativno nova forma izrade izvora prava zasnovanog na pravilima različitog porekla i ono se često razlikuje od onoga što je uobičajeno prisutno prilikom izrade nacionalnog propisa.

²² Tako, na primer, neki jezik sam po sebi nije precizan, zbog čega i te razlike mogu imati uticaja na način na koji dolazi do primene jednog istog teksta.

može doći do različite primene i stoga se u poslednjoj dekadi pokazala globalna potreba za globalnom doktrinom i jurisprudencijom i upravo je to Global jurisconsultorium Bečke konvencije – proces koji prevazilazi državne granice i pravne sisteme sa ciljem da se proizvede autonomna i uniformna interpretacija i primena datih pravila uniformnog prava.

2. OBLAST PRIMENE I TUMAČENJE KONVENCIJE

Prvi deo Bečke konvencije i istovremeno prvi panel na Konferenciji kojim je moderirala prof. dr Maja Stanivuković (Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu) posvećen je temi oblast primene i pitanjima tumačenja. Prof. Loukas Mistelis (Queen Mary, University of London) je svoje izlaganje posvetio pitanju polja primene Bečke konvencije, sa posebnim osvrtom na pitanja koja su izuzeta iz njene nadležnosti. S tim u vezi, analizirao je odredbe čl. 1-6. Konvencije, istovremeno ukazujući da BK nije izvor prava koji na iscrpan način reguliše sva pitanja koja se u vezi sa međunarodnom prodajom robe mogu postaviti. To i nije bilo moguće, rekao je, s obzirom na činjenicu da su neka pitanja iz ove oblasti toliko sporna, zbog njihovog različitog rešenja u nacionalnim pravnim sistemima, da se nisu mogla međusobno uskladiti i stoga, za sada, nisu podobna da budu predmet regulisanja međunarodnom konvencijom. Reč je o ograničenjima primene određenim članovima 4. i 5., kao i isključenju primene Konvencije na pojedine vrste prodaje pobrojane u članu 2. Konvencije²³. Da bi se osigurala maksimalna podrška i široko prihvatanje BK, njeni autori su navedene probleme imali u vidu i odlučili su da određena pitanja ostave van njene primene u cilju

²³ Članom 4. predviđeno je da se Konvencija ne odnosi na punovažnost ugovora, bilo koju od njegovih odredaba ili običaja kao i na dejstvo koje bi ugovor mogao imati na svojinu prodane robe, dok je članom 5. predviđeno da se Konvencija ne primenjuje na odgovornost prodavca za smrt ili telesne povrede koje bi roba prouzrokovala bilo kom licu. Članom 2. iz domena primene Bečke konvencije izričito su isključene sledeće prodaje: a) roba kupljena za ličnu ili porodičnu upotrebu ili za potrebe domaćinstva, izuzev ako prodavac u bilo koje vreme pre ili u trenutku zaključenja ugovora nije znao niti je morao znati da se roba kupuje za takvu upotrebu; b) na javnoj dražbi; c) u slučaju zaplene ili nekog drugog postupka od strane sudskih vlasti; d) hartija od vrednosti i novca; e) brodova, glisera na vazdušni jastuk i vazduhoplova; f) električne enegije.

sastavljanja takvog teksta konvencije koji obezbeđuje njenu široku primenu.

Prof. dr Jelena Perović (Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu) je svoje izlaganje posvetila određenim, potencijalno spornim pitanjima u vezi sa primenom Bečke konvencije. Istakla je da članovi 1, 2. i 3. određuju koji ugovori o prodaji jesu u njenom domenu, dok se članovima 4. i 5. predviđaju ograničenja, odnosno određuju do koje mere su ti ugovori njom uređeni (na koja pitanja prodaje se Konvencija ne odnosi). Član 6. postavlja i pravilo po kome se Konvencija primenjuje samo ako nema suprotnog dogovora ugovornih strana, dakle, pod uslovom da one nisu isključile njenu primenu. Imajući u vidu da BK ne daje definiciju ugovora o prodaji robe, ona se može shvatiti kao opšti okvir za brojne vrste i specifične podvrste ugovora o prodaji u međunarodnoj trgovini. Upravo zbog toga dolazi do spornih pitanja, na primer, da li ona uređuje ugovore o prodaji robe kada je u pitanju roba koju tek treba izraditi ili proizvesti; ugovore u kojima se pretežni deo obaveza strane koja isporučuje robu sastoji u izvršenju nekog rada ili pružanju nekih usluga, ugovor o barteru, ugovor o lizingu, ugovor o distribuciji robe, ali takođe i na tumačenju termina «roba». Nadalje, nije sporno da se Konvencija primenjuje na ugovor koji su zaključile strane ugovornice čije je sedište u različitim državama, ali se i u primeni ovog pravila postavljaju pitanja koja mogu biti sporna. Reč je, pre svega, o problemu tumačenja termina *place of business*, o problemu kada jedna ili obe strane imaju više sedišta, odnosno mesta poslovanja u raznim državama. Sem toga, može biti sporno i kako odrediti međunarodni karakter prodaje kod ugovora koje ne zaključuju kupac i prodavac neposredno, već uz učešće trećeg lica – agenta, u kom slučaju se postavlja pitanje čije će sedište biti relevantno za primenu Konvencije – sedište principala ili sedište agenta. Rešenje ovog problema, ukazala je profesorka Perović, mora se tražiti u okvirima unutrašnjeg materijalnog prava na osnovu koga će se odrediti ko je, u konkretnom slučaju, ugovorna strana ugovora o prodaji, pa će se prema tome odrediti čije će se sedište uzeti u obzir radi određenja međunarodnog karaktera transakcije. Pitanje direktne ili indirektne primene Konvencije, prema tome da li strane ugovornice imaju svoja sedišta ne teritoriji različitih država potpisnica Konvencije ili su pravila međunarodnog privatnog prava uputila na primenu prava države ugovornice Konvencije, takođe mogu izazvati probleme u primeni, posebno kada je ugovorna klauzula o merodavnom pravu nedovoljno

jasna ili je bez dejstva, kao i u slučaju kada se na pojedina sporna pitanja jednog ugovornog odnosa primenjuje više nacionalnih prava (*dépeçage*). Otvoreno je i pitanje da li su određena pitanja ugovora o međunarodnoj prodaji robe u nadležnosti Bečke konvencije, posebno ugovorne klauzule koje isključuju ili ograničavaju odgovornost za indirektnu štetu (*consequential damages*), za izgublenu dobit, gubitak *goodwill*-a, pravo na nadoknadu troškova pravnog zastupanja i dr. Pored toga, ne mogu se prenebreći ni osnovni problemi u vezi sa pravom na isključenje primene Konvencije, kao što su, na primer, pitanje da li je dovoljno predvideti da će za ugovor biti merodavno pravo određene države ili je neophodno i izričito isključiti primenu Bečke konvencije, da li postoje ograničenja u pogledu isključenja od primene cele BK ili pojedinih njenih odredbi.

Na značaj i smisao članova 7. i 8. Bečke konvencije posebno se osvrnula prof. Petra Butler (Victoria Wellington Univesity, New Zealand), s obzirom da se ovim članovima postavljaju pravila za tumačenje Konvencije, kao i za tumačenje izjava, odnosno ponašanja strana ugovornica. U svom izlaganju, Butler je istakla da se u praksi pokazalo da upravo ova pravila predstavljaju dobru osnovu za sve širu primenu Konvencije u pravima *common law* pravnog kruga²⁴, a ovaj stav je argumentovala i karakterističnim odlukama novozelandskih sudova i ukazala na način na koji se smisao Bečke konvencije i njena pravila, uprkos tome što nisu u potpunosti usklađena sa pravilima karakterističnim za prava *common law*-a, ulaze u ovaj pravni krug i kako se, pod njenim uticajem, menjaju shvatanja tamošnjih pravnika.

3. ZAKLJUČENJE I SADRŽINA UGOVORA O PRODAJI

Zaključenju i sadržini ugovora o prodaji bio je posvećen drugi panel Konferencije, kojim je predsedavao doc. dr Miloš Živković (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu). U ovom panelu je prof. Jack Graves (Touro College Jacob D. Fuchsberg Law Center, SAD) govorio o dilemama koje se postavljaju u primeni člana 6. Bečke konvencije, koji stranama ugovornicama daje pravo da isključe njenu primenu na svoj ugovorni odnos. Profesor Graves je ukazao na dva bitna pitanja koja se postavljaju kada strane ugovornice, koristeći pomenuto pravo, isključe primenu Dela II Konvencije i njenih odredbi

²⁴ O pravnim krugovima videti: Vodinić, V., *Građansko pravo – uvodne teme*, Nomos, Beograd, 1991, str. 105-108.

koje uređuju pitanje zaključenja ugovora, a to su: da li treba primeniti drugo, izabrano pravo kada se odlučuje o tome da li je zaključen osnovni ugovor, u okviru kojeg je sadržana i odredba o isključenju BK ili se to procenjuje na osnovu BK, kao i šta raditi u pogledu sporazuma o isključenju primene Konvencije ako sud odnosno arbitražna odlučiti da osnovni ugovor nije zaključen²⁵. Ovo stoga što isključenje primene Dela II Konvencije istim ugovorom povodom koga se vodi spor u vezi sa pitanjem da li je taj ugovor uopšte zaključen, može dovesti do logičkog problema poznatog kao „*circulus viciosus*“²⁶ i da bi se to izbeglo, mora se primeniti drugo rešenje²⁷. Jasan odgovor se ne može naći ni na osnovu istorije rada na BK, pa profesor Graves ukazuje da u ovom slučaju treba poći od člana 7. stav 2. Konvencije, po kome pravne praznine Konvencije treba rešavati prema opštim načelima na kojima ona počiva, a u odsustvu tih načela, prema pravu merodavnom na osnovu pravila međunarodnog privatnog prava. U izloženoj situaciji treba poći od načela autonomije volje strana ugovornica, po kome sporazum o isključenju BK treba da proizvodi pravno dejstvo, uključujući i isključenje od primene odredbi koje uređuju pitanje zaključenja ugovora.²⁸ Budući da je u komentaru Sekretarijata UNCITRAL-a i mišljenju broj 9. Savetodavnog Veća²⁹ jasno naznačeno da odredbe o rešavanju sporova uključuju i klauzulu o izboru prava, primenom analogije može se zaključiti da je odredba kojom strane ugovornice biraju da isključe primenu Bečke konvencije, makar u izvesnoj meri, nezavisna od sporazuma u kome je sadržana.

Pitanju inkorporacije opštih uslova poslovanja u ugovore o međunarodnoj prodaji prema pravilima Bečke konvencije, izlaganje je posvetio prof. Sieg Eiselen (University of South Africa). Ukazao je na činjenicu da je upotreba opštih uslova poslovanja povezana sa načelom autonomije volje, a da se na ugovor primenjuju najčešće tako

²⁵ Graves, J., *The Problem of Circularity – Article 6 and Issues of Formation*, u: *Uniform Sales Law Conference (supra note 19)*, str. 97.

²⁶ „Greška kruga“.

²⁷ Tako, na primer, primenom analogije sa arbitražnim sporazumom (ovde se ima u vidu arbitražni sporazum koji je sastavni deo ugovora o osnovnom poslu, dakle, u formi arbitražne klauzule) dolazi se do zaključka da je sporazum o isključenju primene BK nezavisan od osnovnog ugovora, te da se pitanje da li je on zaključen rešava odvojeno.

²⁸ Član 6. Bečke konvencije. Sem toga, član 81. stav 1. BK predviđa da raskid ugovora „ne utiče na odredbe ugovora o rešavanju sporova ili na bilo koju odredbu ugovora koja uređuje prava i obaveze strana posle raskida ugovora“.

²⁹ Videti: Graves, J., op. cit., str. 101.

što ih strane inkorporišu u njegov tekst. Ipak, veliki problem može nastati u vezi sa pitanjem koja pravila će se primeniti na ugovor, ako u konkretnom slučaju obe strane ugovornice imaju svoje uslove poslovanja za koje žele da budu primenjeni. Reč je pitanju tzv. „bitke formulara“³⁰ koji Konvencija nije adekvatno rešila. Problem je tim veći što se u uporednom pravu ovo pitanje rešava na različite načine. Tako, na primer, tradicionalni pristup polazi od toga da prihvatanje ponude mora u svemu odgovarati ponudi, te da ne sme sadržati nove elemente da bi doveo do zaključenja ugovora³¹. Polazeći od člana 19. Konvencije jasno je da prihvatanje ponude može imati dodatke u odnosu na ponudu i da dovede do zaključenja ugovora, ali to mogu biti samo manji dodaci, te da „odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje, a koji sadrži dodatke, ograničenja ili druge izmene jeste odbijanje ponude i predstavlja novu ponudu“³². U praksi zaključenja ugovora o međunarodnoj prodaji robe pozivanje ponuđenog na opšte uslove poslovanja, po pravilu, znači da je on uneo značajne promene u odnosu na ponudu, te će njegov odgovor, po pravilu, predstavljati novu ponudu. Ako i druga strana želi da uključi svoje opšte uslove poslovanja, onda to praktično znači da će se na ugovor primeniti opšti uslovi poslovanja one strane ugovornice koja ih je poslednja uključila. Ovo rešenje nije zadovoljavajuće, a alternativno nudi američko pravo, po kome se smatra da u situaciji kada obe strane nude svoje opšte uslove poslovanja koji se međusobno razlikuju, treba uzeti da oni ne odražavaju istinsku saglasnost njihovih volja, usmerenu pre svega na to da ugovor bude zaključen. Stoga se suprotstavljene, a neusaglašene odredbe opštih uslova poslovanja ignorišu u celini. Profesor Eiselen je predložio da se upravo izloženo rešenje primeni i kada je za ugovor merodavna Bečka konvencija, ukazujući da bi to bilo u skladu sa članom 6. koji proklamuje autonomiju volje i dopušta isključenje primene Konvencije. Ukazao je da je upravo taj pristup zauzeo i Savezni sud Nemačke u svojoj odluci od 9. januara 2002. godine, poznatoj kao «Slučaj mleka u prahu»³³, a da je slično pravilo predviđeno i članovima 2.20(1) i 2.22. UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora. Ako je slučaj takav da se opšti

³⁰ Eng. *Battle of forms*.

³¹ Jer ako prihvatanje sadrži nove elemente, onda će to biti nova ponuda.

³² Član 19. stav 1. Bečke konvencije.

³³ Odluka je dostupna na veb adresi:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/020109g1.html>

uslovi poslovanja ignorišu u celosti, zato što su međusobno suprotstavljeni, odnosno neusaglašeni, te se ne mogu smatrati delom ugovora³⁴, onda bi na ugovor trebalo primeniti odredbe BK, pre nego se oslanjati na domaće, nacionalno pravo. Takav pristup je realističan zato što uvažava volju strana ugovornica da ugovor smatraju zaključenim i obavezujućim, uprkos neslaganju u vezi sa pitanjem inkorporacije opštih uslova poslovanja.³⁵

U izlaganju posvećenom pitanju određenja robnih dokumenata koja zadovoljavaju zahteve člana 58. BK, prof. Martin Davies (Tulane University) je ukazao na probleme do kojih, s tim u vezi, dolazi u praksi. Dispozitivnim pravilom člana 58. stav 1. Konvencije predviđeno je da kupčeva obaveza da plati cenu dospeva u momentu kada mu prodavac stavi na raspolaganje bilo robu, bilo «dokumenta na osnovu kojih se robom može raspolagati».³⁶ Ovde se postavlja pitanje koja dokumenta su prema citiranoj odredbi dovoljna da aktiviraju pomenutu obavezu kupca; drugim rečima, koja su to dokumenta na osnovu kojih se smatra da se robom može raspolagati budući da ih Konvencija ne precizira. Polazeći od odredbi koje uređuju prodavčevu obavezu isporuke (čl. 30. i 34.) i činjenice da se u njima, za razliku od člana 58, koristi formulacija «dokumenta koja se na robu odnose», formulacija upotrebljena u članu 58. evidentno je šira. I član 68. BK, koji uređuje pitanje prelaza rizika, poziva se na robna dokumenta, ali sa formulacijom koja glasi: «dokumenta kojim se potvrđuje ugovor o prevozu». S obzirom da ni jednim od pomenutih članova nije izvršena specifikacija robnih dokumenata na koje se odnosi, čak ni primera radi, na izloženo pitanje se na osnovu njih ne može odgovoriti - ključni problem u ovom slučaju je sledeći: da li se ona odnosi samo na prenosiva robna dokumenta³⁷. Profesor Davies je ukazao da se u traženju odgovora na ovo pitanje mora uzeti u obzir legislativna istorija člana 68. BK, budući da je prilikom utvrđivanja konačnog teksta ono temeljno razmotreno³⁸. Ipak, to nije dovoljno jer

³⁴ Osim onih odredbi opštih uslova poslovanja koje su međusobno usaglašene.

³⁵ Videti: Eiselen, S., *Incorporation of Standard Terms under the CISG Conflicting Terms*, u: Uniform Sales Law (*supra* note 19), str. 137-141.

³⁶ Stavom 2. istog člana predviđeno je da prodavac može usloviti predaju robe ili dokumenata plaćanjem cene, a stavom 3. je predviđeno da u slučaju da prodavac organizuje prevoz on može tu svoju obavezu usloviti plaćanjem cene.

³⁷ Koja u suštini predstavljaju dokaz o pravu svojine na robu.

³⁸ U prvobitnom tekstu predloga člana 68. BK (Glava IV - Prelaz rizika) upotrebljena je formulacija „dokumenta koja kontrolišu raspolaganje robom“, ali je

formulisanje člana 58. nije usledilo nakon tako pažljivog razmatranja. Jezičkim tumačenjem fraze «dokumenta koja omogućavaju raspolaganje robom» (član 58. stav 1. BK) zaključuje se da se ona fokusira na prenosiva robna dokumenta, a to nije ispravno zato što su danas takva dokumenta retko u upotrebi, ne samo u međunarodnom prevozu robe u avionskom, drumskom i železničkom saobraćaju, već i kod prevoza robe morem. Stoga bi, predlaže autor, citiranu formulaciju trebalo široko tumačiti, tako da obuhvata sve vrste dokumenata koji se koriste u međunarodnom transportu, uključujući i potvrde skladištara. Na taj način će kupčeva obaveza da plati biti vezana za momenat prezentacije bilo koje vrste transportnog dokumenta, što je shvatanje koje potvrđuje ne samo praksa međunarodne trgovine, već je ono u skladu i sa postojećim običajima. Drugačije gledište, po kome bi obaveza kupca da plati dospela tek u trenutku kada mu roba bude stavljena na raspolaganje³⁹, nije prihvatljivo zato što on, u tom slučaju, ne bi bio obavezan da plati štetu prodavcu za robu izgublenu ili uništenu u prevozu, iako je rizik prešao na njega (predajom robe prevoziocu). On takvu obavezu ne bi imao iz prostog razloga što za robu nije obezbeđen prenosivi robni dokument, odnosno dokument koji omogućava da se njom raspolaže. Kod šireg tumačenja, ovog problema ne bi bilo i kupac bi bio dužan da plati prodavcu u pomenutom slučaju čim bi dobio transportna dokumenta a to su, navodi profesor Davies, sva dokumenta koja predstavljaju (reprezentuju) robu⁴⁰.

ona na primedbu profesora Hannolda izmenjena. Profesor Davies je ukazao da bi se to moglo razumeti tako da formulacija obuhvata samo prenosivi tovarni list, ne i druga dokumenta, a već u to vreme se međunarodni železnički, drumski i avio prevoz odvijao uz upotrebu neprenosivih tovarnih listova. To ni danas nije prihvatljivo, budući da su prenosivi tovarni listovi u savremenom prometu roba još manje uobičajeni nego što su bili 1980. godine. Istorija rada na članu 68. ukazuje na potrebu šireg tumačenja člana 58. Konvencije, pa bi dokumentima na koja se taj član odnosi trebalo obuhvatiti i reprezentativna robna dokumenta koja nisu prenosiva, a to su, kako navodi Davies, i svi dokumenti koji potvrđuju prijem robe ili njeno preuzimanje radi prevoza na određenu destinaciju. Videti detaljnije: Davies, M., *Documents that Satisfy the Requirements of CISG Art. 58*, u: Uniform Sales Law Conference (*supra* note 19), str. 152-153.

³⁹ Ne i dokumenta, jer ona koja nisu prenosiva ne omogućavaju raspolaganje robom.

⁴⁰ Ovakvo tumačenje je u skladu i sa zvaničnim tekstovima arapske, francuske i španske verzije BK, koje su jednako važne kao i engleska, kineska i ruska verzija. Ono podrazumeva da se član 58. odnosi na svaki dokument koji je predat prevoziocu koji potvrđuje prijem robe i njeno preuzimanje na prevoz do njihove destinacije, bez obzira da li su u pitanju prenosiva ili neprenosiva robna dokumenta. Ipak, navodi

4. NEDOSTATAK SAOBRAZNOSTI

Pitanjima nedostatka saobraznosti bio je posvećen treći panel ove konferencije, kojim je moderirao prof. dr Predrag Cvetković (Pravni fakultet Univerziteta u Nišu). Tokom rada ovog panela, prof. Hiroo Sono (Hokkaido University, Japan) bavio se pitanjem nedostatka saobraznosti robe i kupčevom obavezom da izvrši pregled robe, kao i da o nedostacima obavesti prodavca. Prodavac je dužan da kupcu isporuči robu saobraznu ugovoru i kada on ovu svoju obavezu prekrši tada su kupcu, prema onome što predviđa BK, dostupna različita pravna sredstva. Tako on može da zahteva od prodavca da ugovor izvrši u naknadnom roku ili da potražuje naknadu štete, eventualno da raskine ugovor, da zahteva sniženje cene itd. Ipak, kupac mora biti svestan činjenice da mu ova pravna sredstva stoje na raspolaganju samo ako je ispunio jedan značajan preduslov, a to je da je pregledao robu⁴¹ i da je prodavca obavestio o postojanju nedostatka saobraznosti i njegovoj prirodi⁴². Ako kupac propusti da to učini, onda će izgubiti pravo da protiv prodavca upotrebi bilo koje pravno sredstvo predviđeno za slučaj nesaobrazne isporuke. Profesor Sono je naglasio da obaveštenje o nedostacima ne mora biti dostavljeno prodavcu u pismenoj formi da bi proizvelo pravno dejstvo, već je dovoljno da ono bude i usmeno saopšteno⁴³. Analizirajući način na

profesor Davies, citirani izraz ne može se razumeti tako da obuhvata i sva neprenosiva robna dokumenta, a to se posebno odnosi na ona koja ne reprezentuju robu u širokom smislu, na primer, lučke priznanice, potvrde oficira broda o izvršenom utovaru, trgovački računi, liste pakovanja, uverenja o poreklu robe ili njenom kvalitetu, sem ako carinske vlasti kupčeve države ne zahtevaju prezentaciju i takvih dokumenata pre nego roba bude stigla do kupca. Ima dosta razloga praktične prirode da se i polise osiguranja tretiraju kao robna dokumenta koja ispunjavaju zahteve iz člana 58. stav 1. Konvencije, iako one niti kontrolišu raspolaganje robom u uskom smislu, niti je reprezentuju, u širokom smislu. Videti detaljnije: Davies, M., op. cit., str. 173.

⁴¹ Član 38. Bečke konvencije.

⁴² Videti član 39. Bečke konvencije.

⁴³ Ovom prilikom je ukazao da suprotno shvatanje primenjuje naša Spoljnotrgovinska arbitraža, što je, po njemu, posledica neodgovarajućeg prevoda teksta Konvencije sa engleskog jezika na srpski. Svoj stav je dokumentovao pozivanjem na članak Pavić, V., Đorđević, M., *Application of the CISG Before the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce – Looking Back at the Latest 100 Cases*, u: Uniform Sales Law Conference (*supra* note 19), str. 387-389, u kome autori takođe ocenjuju da je to posledica nedovoljno preciznog zvaničnog prevoda Bečke konvencije na srpski jezik.

koji kupac treba da izvrši pomenute obaveze, a da bi se utvrdilo da li je pravilo Bečke konvencije po kome se propust kupca da to učini vezuje za drastične posledice, profesor je razradio sledeća pitanja: kada i na koji način kupac treba da izvrši pregled robe i u kom roku je dužan da uputi odgovarajuće obaveštenje kupcu, te šta ono mora da sadrži. Nakon toga, profesor Sono je ukratko izložio i osnovna polazišta kritika koje se na ovaj koncept upućuju u uporednom pravu, ukazavši da je najčešće zastupljena ona, po kojoj se smatra da navedene obaveze kupca nisu u skladu sa praksom međunarodne trgovine, te da je pravilo da kupac zbog propuštanja pregleda robe i davanja obaveštenja o nedostacima saobraznosti gubi pravo na pravna sredstva nepošteno prema kupcu. Međutim, profesor je na kraju izlaganja kritikovao ove stavove i zaključio sasvim suprotno, a to je da tumačenje i primena ove dužnosti kupca prema Bečkoj konvenciji odgovara praksi međunarodne trgovine i ona ne samo da je moguća, već je i poželjna i poštena.

O prodavčevom pravu da otkloni nesaobrazno izvršenje, referat je izložio prof. Michael Bridge (London School of Economics, UK), koji je istakao da ugovor o prodaji robe od prodavca zahteva da isporuči kupcu robu odgovarajućeg stanja i kvaliteta i da ova obaveza može proisteći bilo na osnovu izričitih odredbi ugovora, bilo na osnovu merodavnog prava. Kada prodavac prekrši ovu obavezu, odnosno kada kupcu isporuči robu koja nije saobrazna ugovoru, tada se postavlja pitanje da li on ima pravo da otkloni nedostatke izvršenja, te da li to njegovo pravo zavisi od toga da li prodavac traži da ukloni nedostatak u potpunosti ili želi samo da ublaži njegovu ozbiljnost. Alternativno, da li kupac ima pravo da zahteva da nesaobrazna isporuka bude otklonjena i kakav je odnos između prodavčevog prava da otkloni nedostatak, s jedne strane, i kupčevog prava da raskine ugovor zbog neizvršenja ako ono predstavlja bitnu povredu ugovora⁴⁴, s druge.⁴⁵ Jezičkim tumačenjem dolazi se do zaključka da Konvencija dopušta kupcu da raskine ugovor zbog bitne povrede ugovora bezuslovno, dakle, bez obaveze da prodavcu pruži šansu da otkloni nedostatak. Sasvim suprotno gledište, međutim, nalazimo u

⁴⁴ Član 49. Konvencije.

⁴⁵ Bečka konvencija u članu 48. stav 1. predviđa da je prodavčevo pravo da otkloni nedostatak „ako to nije u suprotnosti sa članom 49“, a član 49. uređuje pitanje kada kupac može izjaviti da raskida ugovor zbog nesaobraznog izvršenja.

UNIDROIT Načelima za međunarodne trgovinske ugovore⁴⁶, gde kupac ne može koristiti pravo da okonča ugovor ako prodavac želi da otkloni nedostatak.⁴⁷ Profesor Bridge je u nastavku izložio i pravilo Jednoobraznog trgovinskog zakonika SAD (član 2.) uporedivši ga sa pravilima iz čl. 37. i 48. Bečke konvencije⁴⁸. S obzirom da je zahtev za izvršenje ugovora u američkom pravu, kao i drugim pravima država *common law*-a, izuzetno pravno sredstvo koje je retko u upotrebi, profesor se fokusirao na pravo prodavca da otkloni nedostatak. Na osnovu poređenja rešenja američkog prava i Bečke konvencije zaključuje se, navodi profesor Bridge, da pravo prodavca da otkloni nedostatak saobraznosti⁴⁹ u sistemu kakav je BK nije najbolje uklopljeno. On smatra da je pravilo koje prodavcu daje to pravo nepotrebno u Konvenciji, jer ono ne dodaje ništa novo pravilu po kome strana, koja se poziva na povredu ugovora, mora preduzeti sve mere koje su prema okolnostima razumne da bi se smanjio gubitak⁵⁰, a to bi u mnogim slučajevima u praksi moglo od kupca da zahteva da prihvati prodavčev predlog da otkloni neizvršenje. Stoga, navedeno pravo prodavca ne samo da je nepotrebno, već i štetno, jer stvara nepotreban konflikt sa kupčevim pravom da zahteva izvršenje ugovora.

Pitanje tereta dokazivanja za saobraznost i nesaobraznost robe obradio je dr Stefan Kröll (University of Cologne, Nemačka). Izlaganje je započeo analizom dve sudske odluke i to: odluke

⁴⁶ U pitanju je član 7.1.4. stav 2. Načela, po kome prodavčevo pravo da otkloni nedostatak nesaobraznosti nije prekludirano kupčevom izjavom da ugovor raskida.

⁴⁷ Ipak, profesor Bridge je naveo da, s obzirom na teškoće u opredeljivanju jedne povrede ugovora bitnom prema odredbama Bečke konvencije, čini se da se u praksi njene primene ne može često javiti problem konflikta prava prodavca da otkloni nesaobraznost u izvršenju, s jedne strane, i prava kupca da raskine ugovor zbog bitne povrede ugovora, s druge.

⁴⁸ Član 37. Bečke konvencije predviđa da prodavac koji je predao robu pre isteka roka za isporuku može, do datuma određenog za isporuku, isporučiti deo ili količinu koji nedostaju ili zameniti nesaobraznu robu novom saobraznom robom ili otkloniti nedostatak saobraznosti isporučene robe, pod uslovom da to njegovo pravo ne prouzrokuju kupcu ni nerazumne nepogodnosti ni nerazumne troškove. Član 48. Konvencije predviđa da, ako to nije u suprotnosti sa članom 49, prodavac može čak i posle isteka roka za isporuku, na svoj trošak otkloniti svako neizvršenje svojih obaveza ako je u stanju da to učini bez nerazumnog odlaganja i bez nanošenja kupcu nerazumnih nepogodnosti ili neizvesnosti da će mu prodavac naknaditi troškove koje je s tim u vezi imao.

⁴⁹ Ovo rešenje je u tekst Bečke konvencije ušlo pod uticajem nemačkog prava.

⁵⁰ Videti član 77. Bečke konvencije.

Vrhovnog suda Švajcarske br. 4C.144/2004 od 7. jula 2004. godine⁵¹ i odluke Vrhovnog suda Nemačke br. VIII ZR 304/00 od 9. januara 2002. godine⁵², koje na dobar način ilustruju važnost rešenja ovog pitanja. U pomenutim presudama je odluka o tome na kome leži teret dokazivanja da je roba saobrazna, odnosno da ona nije saobrazna, rešavano u zavisnosti od konkretnih okolnosti, što pokazuje da se to pitanje mora rešavati od slučaja do slučaja. Kada je, posebno, o BK reč, treba poći od odredbi člana 35. koje prodavcu nalažu obavezu da isporuči robu u količini i kvalitetu i vrsti kako je ugovoreno. Iako Konvencija ne uređuje posebno pitanje ko snosi teret dokazivanja da je roba (ne)saobrazna, u praksi nije sporno⁵³ da je ono u njenoj nadležnosti, jer to proizlazi na osnovu člana 4. u kome je izričito rečeno da Konvencija, između ostalog, uređuje i prava i obaveze prodavca i kupca koje proističu iz ugovora o prodaji, a jasno je da to uključuje i pitanje tereta dokazivanja (ne)saobraznosti robe. I u pravnoj literaturi se navodi da je pitanje tereta dokazivanja makar implicitno uređeno BK i da se ono rešava (pošto nije izričito regulisano) u skladu sa opštim načelima na kojima Konvencija počiva, a sve sa ciljem promovisanja uniformnosti njene primene. Taj opšti princip jeste sledeći – teret dokazivanja (ne)saobraznosti robe jeste na obe strane ugovornice, s tim što strana koja izvlači korist iz pravne norme ili se poziva na izuzetak mora da dokaže postojanje faktičkih pretpostavki za njenu primenu, a to uključuje i dokazivanje da je roba saobrazna, odnosno da nije saobrazna, ugovoru.

5. PRAVNA SREDSTVA ZA NEIZVRŠENJE UGOVORA I ISKLJUČENJE UGOVORNE ODGOVORNOSTI

Pravnim sredstvima za neizvršenje ugovora i isključenju ugovorne odgovornosti bio je posvećen četvrti panel konferencije,

⁵¹ U ovom slučaju, švajcarski kupac je od italijanske kompanije kupio kontigent određenih cevi, za koje je platio cenu odmah po njihovom prijemu, a tek nakon što je prošlo tri dana od isporuke i plaćanja, primetio je da prodavac nije isporučio količinu robe koja je ugovorena, već manje. Prodavac je negirao navod kupca, a sud je odlučio da je kupac taj koji je u konkretnom slučaju dužan da dokaže postojanje nedostatka budući da na osnovu te činjenice zasniva svoj zahtev u sporu. Prikaz odluke dostupan je na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040707s1.html>

⁵² Reč je o predmetu poznatom kao «Slučaj mleka u prahu». Videti fusnotu br. 33.

⁵³ Autor je naveo da je u praksi primene Konvencije zabeleženo svega nekoliko sudskih odluka u kojima je sud stao na suprotno stanovište.

kojim je predsedavao dr Miroslav Paunović (advokat i član Predsedništva Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije). Tokom ovog panela se prof. Ingeborg Schwenzer (Faculty of Law, University of Basel, Švajcarska) bavila pitanjem prava na raskid ugovora po Bečkoj konvenciji. Na početku izlaganja ukazala je na različita polazišta u rešavanju ovog pitanja u uporednom pravu i izdvojila je tri karakteristična pristupa: raskid koji se ostvaruje putem odluke suda, raskid ugovora na osnovu izjave o raskidu i raskid po samom zakonu – *ipso iure*. U praksi, do raskida ugovora dolazi najčešće onda kada ni jedno drugo pravno sredstvo nije adekvatno rešenje, pre svih naknada štete. U pitanju je najstroža mera, koja podrazumeva obavezu da se vrati sve što je po osnovu zaključenog ugovora primljeno na ime njegovog izvršenja, te je neophodno da takva mogućnost postoji, da bi do raskida uopšte moglo doći. Prema BK, do raskida ugovora može doći samo kada neizvršenje ugovora u konkretnom slučaju predstavlja i bitnu povredu ugovora prema članu 25. BK, a pored toga i po bezuspešnom protoku naknadnog roka za izvršenje ugovora kada dužnik nije ispunio obavezu plaćanja, odnosno obavezu isporuke. Konvencija ne poznaje raskid ugovora *ipso iure*, te je potrebno da poverilac, kada su ispunjeni predviđeni uslovi, dužniku uputi izjavu o raskidu koja se danas uobičajeno upućuje elektronskim putem. Ona ne predviđa ni poseban rok u kome ova izjava treba da bude data, sem u dva slučaja: prvo, ako je prodavac isporučio robu, onda izjava mora biti data u razumno vreme po isporuci; drugo, ako je u pitanju obaveza kupca da plati, onda se raskid mora izjaviti pre nego je plaćanje izvršeno u slučaju da kupac kasni sa ovom obavezom, odnosno u razumnom roku pošto je saznao ili morao saznati za povredu ugovora. Uslov koji mora biti ispunjen da bi uopšte moglo doći do realizacije prava na raskid ugovora jeste da je moguće vratiti poveriocu ono što je on na ime izvršenja ugovora već dao. U zaključku, profesorka Schwenzer je istakla da je koncept bitne povrede ugovora i prava na raskid kao njene posledice, uprkos tome što je dosta kritikovan, naročito od strane pravnika iz *common law* zemalja zbog nesigurnosti⁵⁴, ipak dobar i u kombinaciji sa rešenjem

⁵⁴ Koncept bitne povrede ugovora se često kritikuje zato što poverilac, u trenutku kada je došlo do povrede ugovora, ne može biti siguran da li ona ispunjava uslove da bi se kvalifikovala kao bitna ili ne, zbog čega ne može sa sigurnošću ni da zna da li ima pravo da ugovor raskine u konkretnom slučaju.

po kome do raskida može doći samo na osnovu izjave se pokazao kao najčešće primenjivan u uporednom pravu.

Dr Pascal Hachem (Pravni fakultet Univerziteta u Bazelu, Švajcarska) analizirao je situaciju u kojoj strane u svoj ugovor uključuju odredbe kojima se predviđa novčani iznos za slučaj neizvršenja ugovora. Takvi slučajevi su brojni, a tipični primeri uključuju poseban interes za izvršenje obaveze isporuke u roku ili obaveze plaćanja na vreme. Sem toga, kada nije izvesno da li određeni gubici mogu biti okarakterisani kao šteta, te da li će njihova nadoknada biti dopuštena⁵⁵, kao i u slučaju kada je ugovor tako složen da je u slučaju njegovog neizvršenja veoma teško dokazati visinu iznosa pretrpljenog gubitka, ugovoreni novčani iznosi su veoma korisni i oni mogu smanjiti troškove vođenja spora, uštedeti vreme za obezbeđenje dokaza, kao i smanjiti rizik od gubitka spora, zahvaljujući tome što nema potrebe da se određene činjenice dokazuju. Bečka konvencija ne sadrži niti jednu odredbu koja uređuje ovo pitanje u ugovorima o međunarodnoj prodaji robe i napor i inicijative da se takva odredba unese u njen tekst prilikom izrade Konvencije nisu urodili plodom. Iako nije sporno da zaključenje ovakvih dogovora, odnosno odredbe ugovora koje se na njega odnose jesu u nadležnosti BK, ipak još uvek nema iscrpnog i sveobuhvatnog pristupa u rešenju pitanja unošenja ovakvih klauzula u ugovor. Autor je ukazao na međuuticaj Bečke konvencije i odredbi nacionalnih prava o ovom pitanju (zaštita dužnika i odnos između ugovorenih novčanih iznosa za slučaj neizvršenja ugovora i drugih pravnih sredstava), jer to pitanje još uvek nije uređeno na uniformni način međunarodnim instrumentom. Zaključio je da je opšte pravilo da domaće zaštitne mere ostaju primenjive na ugovor o međunarodnoj prodaji robe u režimu Bečke konvencije, ali da se one moraju tumačiti u svetlu Konvencije.⁵⁶

Prof. Harry Flechtner (University of Pittsburgh School of Law, SAD) je svoje izlaganje posvetio pitanju oslobođenja od odgovornosti za neizvršenje ugovora prema odredbama čl. 79. i 80. Bečke konvencije, pri čemu je ovu analizu bazirao na odluci Kasacionog suda Belgije od 19. juna 2009. godine, donetoj u predmetu u kome je dužnik tražio da bude oslobođen od odgovornosti za neizvršenje

⁵⁵ Na primer: indirektna šteta, šteta zbog narušavanja ugleda i sl.

⁵⁶ Videti: Hachem, P., *Agreed Sums in CISG Contracts*, u: *Uniform Sales Law (supra note 19)*, str. 251-252.

ugovora zbog ekonomskih teškoća. Na početku izlaganja, profesor Flechtner je ukratko izložio pravilo postavljeno u članu 79. Konvencije, po kome strana nije odgovorna za neizvršenje, ako dokaže da je do toga došlo zbog smetnje koja je bila van njene kontrole i da od nje nije bilo razumno očekivati da u vreme zaključenja ugovora tu smetnju uzme u obzir, savlada je ili izbegne njene posledice. U predmetu koji je rešavao belgijski sud, kupac i prodavac su zaključili ugovor o prodaji čeličnih cevi. Posle zaključenja ugovora, a pre isporuke, na tržištu je neočekivano došlo do porasta cene ove robe za oko 70%. Prodavac je pokušao da sa kupcem ponovo pregovara o povećanju cene na osnovu navedene okolnosti, što je kupac odbio, insistirajući da plati iznos koji je ugovorom predviđen. Prvostepeni sud je, rešavajući po tužbi kupca, odlučio da u konkretnom slučaju treba primeniti francusko pravo, budući da Konvencija ne uređuje pitanje uticaja ekonomskih teškoća u izvršenju ugovora i usvojio je protivzahtev tuženog – prodavca da se ugovorena cena poveća. Kasacioni sud Belgije je, međutim, zauzeo suprotno stanovište i naveo da Konvencija uređuje pitanje ekonomskih teškoća u izvršenju, ali da postoji pravna praznina u pogledu pravnog sredstva koje u tom slučaju treba primeniti, te da se ova pravna praznina ne može popuniti primenom francuskog prava, već da je treba popuniti primenom opštih načela međunarodne trgovine, koja su inkorporirana u tekst UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora. Kritikujući shvatanje suda u pomenutoj odluci, profesor Flechtner je istakao da član 79. Konvencije predstavlja kompletnu odredbu i da u njoj nema pravnih praznina koje treba popunjavati, ponajmanje domaćim pravom ili pravilima UNIDROIT Načela. Umesto toga, navodi profesor Flechtner, treba primeniti pravilo iz stava 2. člana 7. Konvencije, po kome pravne praznine treba popuniti primenom opštih načela na kojima ona počiva. Svako drugačije rezonovanje vodi neujednačenoj primeni BK, a to je suprotno članu 7. stav 1, po kome će se prilikom tumačenja ove konvencije voditi računa o njenom međunarodnom karakteru i potrebi da se unapredi jednoobraznost njene primene i poštovanje savesnosti u međunarodnoj trgovini.⁵⁷ U zaključku je izneo da ne samo odredbe nacionalnog prava, već ni UNIDROIT Načela ne mogu služiti za popunjavanje pravnih praznina u BK, iako mnogi smatraju suprotno. Najgore od

⁵⁷ Tako bi, na primer, u istoj situaciji, navodi profesor Flechtner, primenjujući domaće pravo, američki sud zauzeo potpuno drugačiji stav.

svega je, po mišljenju profesora Flechtnera, smatrati da u članu 79. Konvencije postoji pravna praznina, što se događa kada sud u Konvenciji ne pronađe rešenje za situaciju koju uređuje domaće pravo, što je potpuno neispravno i veoma opasno za njenu uniformnu primenu.⁵⁸

O tri tipično nemačka doprinosa Bečkoj konvenciji, govorio je prof. Peter Huber (profesor prava na Johannes-Gutenberg University Mainz, Nemačka): naknadni rok za izvršenje ugovora; neophodnost primene testa razumne upotrebe robe prilikom kvalifikacije jedne povrede ugovora bitnom; o ljubavi prema zamršenim doktrinarnim objašnjenjima. Na početku izlaganja, profesor Huber je podsetio da se, prema Konvenciji, pravo na raskid ugovora može ostvariti samo kada je neizvršenje ugovora takvo da, prema odredbama člana 25. BK, predstavlja bitnu povredu ugovora, ili, ako je o obavezi isporuke reč, tek nakon što je prodavac propustio šansu da isporuči u naknadnom roku koji mu je ostavio kupac. Protekom tog roka, povreda ugovora koja nije bitna, takođe daje poveriocu pravo da ugovor raskine, ali BK to pravo kupca, za razliku od nemačkog prava, ograničava samo na obavezu isporuke. Profesor Huber se pita treba li pravilo o naknadnom roku i pravu na raskid ugovora, koje njegovim bezuspešnim protekom nastaje, proširiti i u BK na način kako je to učinjeno u nemačkom pravu. Drugo pitanje, koje se odnosi na test razumne upotrebe robe, ilustrovao je odlukom Saveznog suda Nemačke u predmetu poznatom pod nazivom «Slučaj kobaltnog sulfata»⁵⁹. U tom predmetu, prodavac i kupac su zaključili ugovor o kupovini kobaltnog sulfata engleskog porekla, ali je prodavac isporučio robu južnoafričkog porekla. Sud je utvrdio da je kvalitet robe u konkretnom slučaju ugovoren kao bitni element ugovora, ali je, ipak, odbio da dozvoli kupcu da raskine ugovor zbog neizvršenja, pre nego je utvrdio da li bi od kupca bilo razumno očekivati da isporučenu robu ipak može da proda na tržištu na kome inače posluje, uprkos tome što ona ne zadovoljava ugovoreni kvalitet. Kada je utvrdio da on to može, odlučio je da ugovor ne može biti raskinut, već da kupac može od prodavca samo tražiti naknadu štete koja bi pokrivala gubitak koji je pretrpeo prodajući isporučenu

⁵⁸ Videti: Flechtner, H., *Exemption for Non-Performance Under CISG Articles 79 and 80*, u: Uniform Sales Law Conference (*supra* note 19), str. 255-278.

⁵⁹ Odluka Saveznog suda Nemačke br. VIII ZR 51/95 od 3. aprila 1996. godine. Prikaz ovog slučaja dostupan je na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/960403g1.html>

robu po ceni nižoj od one koju bi dobio da je roba bila ugovorenog kvaliteta. Ovom interesantnom odlukom, sud je pokazao da za kvalifikovanje jedne povrede ugovora bitnom nije dovoljna činjenica da je nedostatak ozbiljan i da ga nije moguće otkloniti (izuzev isporukom druge robe), već da je, pored toga, potrebno razmotriti i činjenicu da li se od kupca može razumno očekivati da upotrebi isporučenu manljivu robu na drugi način, uz priznavanje prava na naknadu štete. Ovu odluku nemačkog suda, sledio je i Savezni sud Švajcarske u svojoj odluci od 28.10.1988. godine, a gotovo identični stav zabeležen je i u praksi Apelacionog suda SAD⁶⁰. Značaj doktrine razumne upotrebe ogleda se u sledećem: izbegava se raskid ugovora i restitucija, dakle ugovor se održava na snazi. I na kraju, treći nemački doprinos Bečkoj konvenciji, po profesoru Huberu, je teorijska razrada i obrazloženje sledećeg problema do koga u praksi dolazi: kada prodavac isporuči robu sa nedostacima, ali nije u pitanju bitna povreda ugovora, pa kupac učini kupovinu radi pokrića, a da ugovor prethodno nije raskinuo, da li je to korektno i ima li on onda pravo na naknadu štete za iznos razlike između ugovorene cene i cene iz ugovora o kupovini radi pokrića.⁶¹ Profesor Huber je ukazao da je u nemačkom pravu, pre reforme koja je izvršena 2002. godine, prevladavalo shvatanje da u pomenutoj situaciji poverilac ne bi imao pravo na naknadu štete, jer je to pravo predviđeno samo kada je ugovor raskinut, ali je taj problem prevaziđen uvođenjem posebne odredbe koja uređuje pitanje naknade štete umesto neispunjenja ugovora⁶².

⁶⁰ Odluka od 6.12.1995. godine.

⁶¹ Prema članu 75. BK kupac ima pravo na kupovinu radi pokrića samo u slučaju da je ugovor raskinut. Član 74. BK, međutim, predviđa pravilo po kome se celokupna šteta do koje je došlo usled povrede ugovora mora nadoknaditi, pod pretpostavkom da se kreće u okvirima koje je strana koja je povredila ugovor predvidela ili je morala predvideti u trenutku zaključenja ugovora kao moguću posledicu neizvršenja. Ima li, onda, kupac pravo da se poziva na član 74. i potražuje naknadu štete koju je pretrpeo kupovinom radi pokrića u navedenoj situaciji, jer on jeste tu štetu pretrpeo? Da li pozitivan odgovor na ovo pitanje, koji se sa dobrim argumentima može braniti, predstavlja povredu doktrine o bitnoj povredi ugovora?

⁶² Videti: Huber, P., *Typicall German – three contentious German contributions to the CISG*, u: Uniform Sales Law Conference (*supra* note 19), str. 286. U pitanju je institut *Damages in lieu of performances*, koji je uređen § 281 BGB. Njime je postavljeno opšte pravilo, koje se ne primenjuje samo u navedenoj situaciji, već uvek kada poverilac od dužnika zahteva naknadu štete umesto izvršenja ugovora, a da prethodno ugovor nije raskinuo iako su se za to stekli osnovni, zakonom predviđeni, uslovi.

Budući da je tekst BK sličan ranijem nemačkom pravu, pitanje je da li bi i Konvencija trebalo da ima jednu ovakvu odredbu, te od kakvog je značaja ova promena nemačkog shvatanja na samu primenu Konvencije.

6. BEČKA KONVENCIJA I DRUGI INSTRUMENTI U GLOBALIZOVANOM SVETU

Razmatranju pitanja odnosa Bečke konvencije i drugih (sličnih), naročito novijih instrumenata u globalizovanom svetu, bio je posvećen peti (i ujedno poslednji) panel Konferencije, kojim je predsedavao prof. dr Tibor Varadi (Central European University, Mađarska). Tokom ovog panela (iako najavljen u prethodnom) izlaganje je izložio najpre prof. John Gotanda (profesor prava na Villanova University School of Law, SAD), koji je istraživao kako se primenjuje Bečka konvencija kada je o određenim pitanjima naknade štete reč u investicionim sporovima, s jedne strane, i u međunarodnim trgovinskim sporovima, s druge, te je sumirane rezultate tog istraživanja izložio. Analizirajući brojne sudske i arbitražne odluke, profesor Gotanda je posebnu pažnju posvetio sledećim pitanjima: u kojim sporovima se tužbeni zahtevi češće usvajaju, da li postoje i kolike su razlike u dosuđenim sumama na ime obeštećenja, da li dosuđeni iznosi za naknade štete obuhvataju troškove pravnog zastupanja i druge troškove spora, koliko dugo vremena treba da prođe da bi se spor rešio. Rezultati njegovih istraživanja su pokazali da se tužbeni zahtevi u investicionim sporovima češće usvajaju nego u međunarodnim trgovinskim; da, gledano u procentu u kome se tužbeni zahtevi usvajaju, bolje prolaze tužioci u međunarodnim investicionim sporovima; da u ovim sporovima strana koja je uspela u sporu češće dobija pravo da naplati svoje troškove, kao i da ovi sporovi (investicioni) traju kraće od međunarodnih trgovinskih sporova.

Upoređivanju i odnosu između arbitraže i Bečke konvencije, izlaganje je posvetio dr Nils Schmidt –Ahrendts (CMS Hasche Sigle, Nemačka). Na početku izlaganja ukazao je na očigledne razlike između Bečke konvencije i arbitraže, koje se ogledaju pre svega u tome što je BK pravni akt dok je arbitražni koncept rešavanja sporova; BK je jedna međunarodna konvencija, za razliku od arbitraže koja počiva na nekoliko konvencija, propisa, pravila i načela; BK se primenjuje samo na ugovor o međunarodnoj prodaji robe, dok se arbitražni koncept primenjuje na različite vrste sporova; BK sadrži

supstancijalne norme koje uređuju ugovorni odnos stranaka, dok arbitraža uređuje procesna prava i obaveze; BK se primenjuje na isti način, bez obzira na nacionalnu pripadnost sudije, odnosno arbitra, dok se arbitraža primenjuje različito u zavisnosti od mesta arbitraže. Da bi odredio odnos između BK i arbitraže izložio je statističke podatke, koji pokazuju koliko često se BK primenjuje kao merodavno materijalno pravo u sporovima pred arbitražom, da li i koliko često se BK primenjuje na arbitražni sporazum, da li i koliko često se BK primenjuje na proceduru (postupak), pre svega na pitanje nadoknade troškova zastupanja pred arbitražom. Zajedničke karakteristike BK i arbitraže su sledeće: obe su proizvod UNCITRAL-a, sa ciljem da se promovise i olakša međunarodna trgovina; obe imaju zajednički cilj da se minimizira rizik od nastanka spora ili da se spor brzo i efikasno reši; obe su zasnovane na konceptu savesnosti i autonomije volje strana ugovornica; obe dele ista pravila tumačenja, a to je stvarna volja strana ugovornica koja se *de facto* objektivno tumači; obe imaju za cilj unifikaciju prava. Pored razlika i sličnosti, BK i arbitraža imaju i zajednički međuuticaj – BK može imati koristi od arbitraže i obrnuto, zbog čega se nesumnjivo nameće zaključak da su Bečka konvencija i Arbitraža manje stranci nego što bi se to *prima facie* pretpostavilo. Iz svega toga nameću se i dva pitanja kojima je Schmidt-Ahrends završio svoje izlaganje: da li je već došlo vreme za konvenciju o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži i da li postoji potreba za Vrhovnim sudom BK i/ili Vrhovnim arbitražnim sudom.

Pitanjem međusobnog odnosa Bečke konvencije i UNIDROIT Načela, tj. konkretno – da li se oni mogu koristiti kao alternativni izvori ili su to komplementarni sistemi, bavio se prof. dr Alejandro Garro (Columbia University, USA). U svom izlaganju je ukazao da između UNIDROIT Načela i Bečke konvencije postoje očigledne razlike, a to je da Načela nemaju za cilj da unifikuju pravo međunarodne prodaje, već da za veliki broj ugovora ponude najpogodnije rešenje. UNIDROIT Načela imaju značajan broj odredbi koje su preuzete iz BK, a činjenica da za njihovu primenu nije neophodno da budu i formalno ratifikovani, jeste razlog zbog koga se lakše, odnosno češće primenjuju. Profesor Garro je istakao da ova dva izvora prava mogu da se primenjuju alternativno, odnosno da u slučaju kada BK nije merodavana, tada se mogu primeniti Načela. Ipak, ako je za jedan ugovor merodavna BK, onda ona ima primat u odnosu na UNIDROIT Načela, te je pitanje mogu li Načela da posluže za tumačenje, odnosno dopunu (popunjavanje pravnih praznina) BK.

Polazeći od člana 7. stav 1. BK postavlja se pitanje koje je njegovo pravo značenje, odnosno šta to znači da Konvenciju treba tumačiti vodeći računa o njenom međunarodnom karakteru i potrebi da se unapredi jednoobraznost njene primene. Mogu li UNIDROIT Načela da budu relevantna u određivanju opštih načela na kojima počiva BK? Profesor Garro smatra da bi u slučaju da BK nema načelo koje bi se u konkretnom slučaju moglo primeniti⁶³, imalo mesta primeni UNIDROIT Načela.⁶⁴

Osvrt na trgovačke običaje i poslovnu praksu u pravu međunarodne prodaje robe, dao je Leonardno Graffi (advokat Freshfields Bruckhaus Deringer, Italija). On je istakao da su trgovački običaji i poslovna praksa ključni u regulisanju međunarodne trgovine, budući da se poslovni ljudi širom sveta na njih konstantno oslanjaju i smatraju ih obavezujućim. U poslovnom svetu se ugovori često ne zaključuju u pisanoj formi, već se poslovi sklapaju usmeno i imajući u vidu pravila običaja i trgovačke prakse. Tako se ova pravila primenjuju pored pravila merodavnog prava, odnosno pored pravila postavljenih u zakonima, konvencijama i drugim izvorima koji se na njih često pozivaju, ali se prema njima ne određuju. I Bečka konvencija upućuje na primenu običaja i poslovne prakse⁶⁵, zbog čega se ugovor o međunarodnoj prodaji robe za koji je ona merodavna ne može tumačiti nezavisno od pravila u njima formiranim. Iako su, zbog svog uticaja kao izvori pravila za međunarodne poslovne operacije, običaji i poslovna praksa moćni alat za upravljanje i razvoj međunarodne trgovine, sudska praksa se, na žalost, veoma retko određuje prema tom pitanju na zadovoljavajući način i mogu se pronaći sasvim različite odluke koje se pozivaju na isti član – član 9. BK. Jedan od razloga zbog koga je to tako, jeste činjenica da Konvencija ne objašnjava kako treba upotrebiti taj alat i neretko se običaji i trgovačka praksa suprotstavljaju rešenjima koja nudi

⁶³ Profesor Garro je, kako sam ističe, utvrđujući broj načela na kojima počiva Bečka konvencija uspeo da kroz ceo njen tekst pronađe samo 13 i da to nije dovoljno da se pruže odgovori na sva pitanja koja se mogu postaviti u postupku njene primene.

⁶⁴ Za razliku od profesora Garro, profesor Flechtner je u svom izlaganju održanom u okviru četvrtog panela izrazio suprotno shvatanje.

⁶⁵ Član 9. BK predviđa: „Strane su vezane običajima sa kojima su se složile, kao i praksom uspostavljenom među njima. Ako nije drukčije dogovoreno, smatra se da su strane prećutno podvrgle svoj ugovor ili njegovo zaključenje običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat i koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga poštuju ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj struci.“

Konvencija, zbog čega se njihov međusobni odnos mora pažljivije posmatrati i analizirati. S tim u vezi, Graffi je ukazao na postojeće probleme u dokazivanju postojanja običaja i trgovačke prakse, te se osvrnuo na neke običaje i poslovnu praksu koju su sudovi primenjivali rešavajući sporove za koje je merodavna BK. U zaključku je naveo da pitanje da li u jednom slučaju postoji običaj ili trgovačka praksa, u velikoj meri zavisi od specifičnosti posebnih okolnosti konkretnog slučaja i da nije siguran da teret dokazivanja treba da bude na strani koja se poziva na njihovu primenu, tj. koja iz toga izvodi neke koristi. Rešenje Bečke konvencije, koja se na ove izvore prava samo poziva, a istovremeno ne sadrži odredbe koje izričito uključuju te običaje, odnosno praksu, ne doprinosi njenoj uniformnoj primeni. Da bi se izbegli neželjeni konflikti u tumačenju između običaja i BK, Graffi savetuje da sudovi i arbitraže obazrivo pristupaju ovim izvorima prava i da imaju u vidu da bi trebalo da odrede tačnu snagu njihovih pravila u odnosu na odredbe BK, posebno onda kada njihova pravila značajno odstupaju od uniformnih pravila postavljenih u Konvenciji.

7. ZAKLJUČAK

Međunarodnim konvencijama kao izvorima prava može se uputiti nekoliko kritika, koje ne čude ako se ima u vidu da se uslovi i okolnosti pod kojima se odvijaju međunarodne poslovne operacije brzo menjaju, dok je za pripremu i usvajanje jedne međunarodne konvencije potrebno dosta vremena. Zbog toga konvencija, neretko, već u momentu stupanja na snagu biva zastarela, a činjenica da od njenog usvajanja pa do stupanja na snagu proteknu godine dodatno nepovoljno utiče na njenu aktuelnost. Pored toga, treba imati u vidu i da međunarodne konvencije, po pravilu, ne uređuju sva pravna pitanja u vezi sa materijom koju regulišu, što često nije ni moguće jer nacionalna prava predviđaju suštinski različita rešenja, što ometa proces unifikacije koji se njima želi postići. Nadalje, države koje ratifikuju međunarodne konvencije mogu učiniti rezerve u pogledu pojedinih članova koji im ne odgovaraju i samo njene delove ugraditi u svoje nacionalne pravne sisteme, što, takođe, ne doprinosi procesu unifikacije. Sem toga, ovi pravni akti su, po pravilu, dispozitivnog karaktera, tj. primenjuju se na dati ugovorni odnos samo kada ugovorne strane ne isključe njihovu primenu. Takav je slučaj i sa Konvencijom UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, koja dozvoljava ugovornim stranama da saglasnošću volja isključe njenu

primenu u potpunosti, kao i da izmene bilo koju odredbu Konvencije. Zbog toga se *prima facie* čini da ima čvrstih argumenata koji ukazuju na manji značaj ovih izvora međunarodne prodaje robe.

Međutim, iako navedeni prigovori nisu bez osnova, smatramo da se jačim argumentima može braniti stav da međunarodne konvencije jesu značajan izvor pravila za ugovore putem kojih se realizuju međunarodne poslovne operacije i to iz najmanje dva razloga. Prvo, sudovi država koje su ratifikovale određenu konvenciju dužni su da je primenjuju kao deo svog unutrašnjeg prava, a tu obavezu imaju i arbitri kada rešavaju spor primenom nacionalnog prava države koja joj je pristupila. Drugo, čak i kada primena konvencije nije obavezna na osnovu ratifikacije, ona ipak može regulisati ugovor u meri u kojoj se njena rešenja baziraju na trgovačkim običajima i opštim načelima međunarodnih trgovinskih ugovora, jer se pozivanjem na odredbe Bečke konvencije dokazuje da bi i njenom primenom spor bio rešen na isti način. Budući da se veliki broj trgovinskih sporova rešava u postupcima pred arbitražama, a one češće odlučuju primenom pravila običaja i načela međunarodnih trgovinskih ugovora nego redovni sudovi, smatramo da se ne bi moglo uspešno braniti shvatanje da međunarodne konvencije, čak i kao posredni izvori prava, ne doprinose harmonizaciji i unifikaciji u prava međunarodne trgovine. Da bi se proces harmonizacije i unifikacije odvijao uspešno pod uticajem Bečke konvencije, njene odredbe treba tumačiti u skladu sa članom 7. vodeći računa o njenom međunarodnom karakteru i potrebi da se unapredi jednoobraznost njene primene i poštovanje savesnosti u međunarodnoj trgovini. Nikada ne treba izgubiti iz vida pravilo da pitanja koja se tiču materije uređene Bečkom konvencijom, a koja nisu izričito rešena u njoj, treba rešavati prema opštim načelima na kojima ova konvencija počiva, a samo u odsustvu tih načela, prema pravu merodavnom na osnovu pravila međunarodnog privatnog prava.

Iako ne uređuje sva pitanja u vezi sa međunarodnom prodajom robe, Bečka konvencija je danas nesumnjivo najznačajniji i najčešće primenjivani izvor prava za ugovore o međunarodnoj prodaji robe. Sadržući supstancijalna pravila za regulisanje ovog, najčešćeg, pravnog posla u međunarodnom poslovanju, Bečka konvencija je nakon 30 godina od potpisivanja potvrdila svoju uspešnu primenu širom sveta.

Izlaganja velikog broja uglednih međunarodnih eksperata iz celog sveta, kao i veliki broj domaćih i stranih učesnika međunarodne

konferencije posvećene tridesetogodišnjici potpisivanja Bečke konvencije, potvrdili su izuzetno veliko interesovanje pravne nauke za ovu konvenciju. Pet panela u okviru kojih su autori saopštili izlaganja, organizovani su tako da obuhvate najbitnije teme o kojima se može raspravljati kada je o Bečkoj konvenciji reč; izbor pitanja o kojima su autori govorili u okviru svakog panela bio je reprezentativan i aktuelan, a izloženi referati prezentovani na najvišem nivou. U radu konferencije održane novembra 2010. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu izloženi su problemi u primeni Bečke konvencije i predložena njihova moguća rešenja; čule su se argumentovane kritike na određena mišljenja zastupljena u pravnoj nauci i zabeležena u odlukama sudova i arbitraža. Pojedine odredbe Konvencije su detaljnije analizirane i upoređivane sa odredbama nacionalnih prava, a tokom diskusija koje su vođene, gledišta autora su se međusobno suprotstavljala, potvrđivala ili dopunjavala. Sve to je potvrdilo da još uvek postoje argumenti za i protiv uređenja ugovora o međunarodnoj prodaji robe međunarodnom konvencijom, ali i da ima realnih osnova za očekivanje da proces unifikacije prava u ovoj oblasti, koji se odvija pod uticajem Bečke konvencije, iako dugotrajan, može biti uspešan.

Uprkos postojanju određenog broja otvorenih i spornih pitanja, može se zaključiti da postoji osnovano uverenje da će ova konvencija i u budućnosti biti jedan od najvažnijih izvora za regulisanje međunarodne prodaje robe, sa jedne strane, kao i ostati jedan od instrumenata unifikacije prava međunarodne prodaje, sa druge strane. Polje u kome postoji prostor za dalji rad u vezi sa primenom Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe jeste nastojanje da se ova konvencija uniformno i autonomno tumači, kao i jednoobrazno primenjuje u celom svetu, jer za stvaranje uniformnog prava međunarodne prodaje nije dovoljno samo kreirati jedinstvena pravila, već je neophodan konstantan rad na tome da i njihova primena bude uniformna.

Katarina Jovičić, LL.M.

Research Associate

Institute of Comparative Law, Belgrade

Slobodan Vukadinović, LL.B.

Junior Lecturer

Faculty of Law, Union University, Belgrade

**THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR
INTERNATIONAL SALE OF GOODS (THE CISG) - 30 YEARS
AFTER BEING SIGNED**

The article discusses the importance and scope of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention) and its contribution to the unification of the Law of international sale of goods. Although it does not regulate all matters relating to international sale of goods, the Vienna Convention is undoubtedly the most frequently used source of law for contracts for the international sale of goods. Containing substantive rules to regulate this, the most common, legal operation in international business, the CISG, 30 years after being signed, confirms its successful implementation throughout the world.

The paper analyses parts of the Vienna Convention, as chapters of this article, through the prism of the views of leading international scientists, which were presented at the International Conference held at the University of Belgrade Faculty of Law in November 2010. The paper underlines current and outstanding issues regarding the application and interpretation of the CISG, and the solutions to these problems proposed by different authors. This article pays particular attention to issues of content and conclusion of the sales contracts, lack of conformity of delivered goods, and remedies for non-performance of the contract and the exclusion of contractual liability. In addition, the paper analyses the advantages and disadvantages of international conventions as a source of uniform rules governing contracts for the international sale of goods, as well as the relation of the Vienna Convention and other (especially newer) instruments of unification, which may be applied to regulate this most common legal operation in international business.

Key words: *the CISG, the international sale of goods, the application of the Convention, the interpretation of the Convention.*

Dr Dragan Prlja
Institut za uporedno pravo
Beograd

Originalni naučni rad
UDK:347.78:004.738.5

AUTORSKA PRAVA U SAJBER PROSTORU

Razvoj informacionih tehnologija i interneta prouzrokovao je povećanje različitih oblika intelektualne svojine u sajber prostoru. Gotovo neograničena dostupnost književnih dela, naučnih radova, muzičkih radova, video radova, i drugih autorskih dela u digitalnom obliku uzdrmala je iz temelja tradicionalni koncept autorskih prava. On je morao da doživi ograničenja i promene pod uticajem novih koncepata: licenci otvorenog sadržaja, Copyleft-a, softver otvorenog koda, znanja kao javnog dobra, Creative Commons Licenses, slobodne razmene informacija, itd.

Ključne reči: intelektualna svojina, autorsko pravo, licence otvorenog sadržaja, sajber prostor.

1. Intelektualna svojina i autorsko pravo

Razvojem informacionih tehnologija, interneta, digitalnog sveta, i sajber prostora doneo je mnogobrojne izazove klasičnim konceptima u mnogim oblastima prava, pa ni oblast intelektualne svojine i autorskih prava nije bila izuzetak.

Izraz „intelektualna svojina“ definisan je u Konvenciji o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu donetoj 1967.g. i kasnije izmenjenoj 1979.g. U članu dva te Konvencije data je definicija intelektualne svojine kao *prava* koja se odnose na: - književna, umetnička i naučna dela, - interpretacije umetnika i izvođača, fonograme i radio i TV emisije, - pronalaska u svim oblastima ljudske aktivnosti, - naučna otkrića, - industrijski dizajn, - fabričke, trgovačke i uslužne žigove, kao i trgovačka imena i trgovačke nazive, - zaštitu

od nelojalne utakmice i sva druga prava vezana za intelektualnu aktivnost u industrijskoj, naučnoj, književnoj i umetničkoj oblasti.”¹

Pojam *intelektualne svojine* označava stvaralaštvo uma, odnosno ovaj pojam pre svega obuhvata pronalaskе, književna i umetnička dela, simbole, imena i slike koje se koriste u trgovini. Intelektualna svojina nije konkretno, materijalno vlasništvo nad nekim predmetom, već *pravo* odnosno skup ovlašćenja koje pravni poredak zemlje priznaje nosiocu prava intelektualne svojine. Ova prava imaju autori, pronalazači i ostali nosioci prava intelektualne svojine.

Intelektualna svojina je unikatna i ona je plod lične kreativnosti i inovativnosti. To može biti bilo koja aktivnost iz bilo koje oblasti života: pronalazak iz bilo koje oblasti tehnike, ime pod kojim se prodaje proizvod ili nudi usluga, pesma, slika, film, i sl. Skoro u svakom pojedinačnom slučaju, intelektualna svojina stimuliše napredak, transformišući društvo i dodajući vrednost našem životu.²

Intelektualna svojina je podeljena na dve kategorije: industrijsku svojinu i autorsko pravo.

Industrijska svojina obuhvata patente za pronalaskе, žigove, industrijski dizajn i geografske oznake i oznake porekla, i topografiju integrisanih kola.

Autorsko pravo kao koncept nastaje u 18 veku sa osnovnom idejom da se zaštite prava autora, jer su knjige preštampane bez odobrenja autora i bez plaćanja naknade autorima. Autorsko pravo se prvo štitilo u štamparskoj industriji, a kasnije se proširilo i na sva ostala autorska dela.

U okviru intelektualne svojine neki autori posebno izdvajaju baze podataka kao novu sui generis oblast intelektualne svojine.³

Danas pojam autorsko pravo obuhvata zapravo *autorsko pravo* i autorskom pravu *srodna prava*.

¹ Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, Internet adresa:

http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?doc_id=131054&file_id=190032#P50_1504, Pronađeno 22.11.2010.

² Zaštita intelektualne svojine u Srbiji, Internet adresa:

<http://www.poslovnazena.biz/poslovanje/zastita-intelektualne-svojine-u-srbiji-1-1186>.

³ Koumantis Georges, *Reflections on the Concept of Intellectual Property*, in: *Intellectual Property and Information Law*, Kluwer, 1998, pp. 41. Jehoram Tobias Cohen, *Copyright in Non-Original Writings Past - Present - Future ?*, in: *Intellectual Property and Information Law*, Kluwer, 1998, pp. 108.

2. Autorsko pravo i AUTORSKOM PRAVU srodna prava

Izraz autorsko pravo karakterističan je za evropsko pravo. U anglosaksonskom pravu se koristi izraz *kopirajt*. Osnovna razlika između ova dva izraze je u tome što je autorsko pravo u suštini lično pravo autora bazirano na vezi između autora i njegovog dela, dok se kopirajt striktno odnosi na delo kao takvo.

Autorsko pravo uključuje, ali se ne ograničava, na književna dela (kao što su romani, poezija i drame), naučna dela (monografije, članci, predavanja), filmove, muzička dela, umetnička dela (kao što su crteži, slike, fotografije, koreografije, skulpture, itd.), referentna dela, novine, reklame, mape, tehničke crteže, kompjuterske programe, baze podataka, i arhitektonski dizajn.

Zakoni u nekim zemljama definišu autorsko pravo kao pravo autora književnih, naučnih, stručnih i umetničkih dela.⁴

Pored autorskog prava postoje i *prava srodna autorskom pravu*. Autorskom pravu srodna prava odnose se na prava i obim pravne zaštite umetničkog izražaja, te zaštite organizacionih, poslovnih i finansijskih ulaganja u izvođenje, proizvodnju, distribuciju i radiodifuziju autorskih dela, a obuhvataju:

- prava umetnika izvođača na njihovim izvođenjem;
- prava proizvođača fonograma na njihovim fonogramima;
- prava filmskih producenata (proizvođača videograma) na njihovim videogramima;
- prava organizacija za radiodifuziju na njihovim emitovanjima;
- prava izdavača na njihovim izdanjima;
- prava proizvođača baza podataka na njihovim bazama podataka.

Zakon o autorskim i srodnim pravima u Srbiji pod srodnim pravima obuhvata: "pravo interpretatora, pravo prvog izdavača slobodnog dela, pravo proizvođača fonograma, videograma, emisije, baze podataka i pravo izdavača štampanih izdanja".⁵

Autorsko pravo i srodna prava ključni su za ljudsko stvaralaštvo, jer pružaju autorima podsticaj u obliku priznanja i novčanih naknada, a s druge strane pružaju im određenu sigurnost da se njihova dela mogu distribuirati bez straha od neovlašćenog kopiranja ili piraterije, a

⁴ Zakon o autorskim i srodnim pravima, Sl. Glasnik RS, br. 104/2009, 16.12.2009.

⁵ Zakon o autorskim i srodnim pravima, Sl. Glasnik RS, br. 104/2009, 16.12.2009.

ukoliko do toga dođe, osigurana im je određena zaštita autorskog prava.

3. Nosioци autorskih i srodnih prava

Nosiocima autorskog prava nazivaju se stvaraoci dela zaštićenih autorskim pravom i njihovi naslednici i pravni sledbenici.

Nosilac autorskog prava je fizička osoba - *autor* - koja je stvorila originalnu intelektualnu tvorevinu (autorsko delo), koja ima individualni karakter i koja je na neki način izražena. Autoru pripada autorsko pravo na njegovom delu činom stvaranja dela bez ispunjavanja bilo kakvih formalnosti, kao što su registracija ili depozit dela.

Autorom se smatra ličnost čije je ime, pseudonim ili znak na uobičajen način označen na primercima dela dok se ne dokaže suprotno. Ako je više autora učestvovalo u izradi dela radi se o koautorskom delu. Ako je tako ostvareno delo nedeljiva celina, koautorima pripada zajedničko autorsko pravo na stvorenom delu. Ako dva ili više autora sastave svoja dela radi njihovog zajedničkog korišćenja, svaki od autora zadržava autorsko pravo na svom autorskom delu.

Nosilac drugih srodnih prava može biti svaka fizička i pravna osoba, osim prava umetnika izvođača koje, po svojoj naravi, pripada fizičkoj osobi koja izvede delo iz književnog ili umetničkog područja ili izražaje folklora.

Korisnik srodnih prava može biti: izvođač (glumac ili muzičar) za izvođenje autorskog dela, proizvođač zvučnih zapisa (na kasetama, kompakt diskovima, itd) za njihove snimke, i organizacija za radiodifuziju za njihove radio ili TV programe.

4. Sadržaj autorskog prava

Sadržaj atorskog prava obično određuje nacionalna zakonska regulativa u ovoj oblasti, a obično je to zakon o autorskim i srodnim pravima.⁶ Na osnovu ovog zakono "nosioци autorskog prava" imaju isključivo pravo da koriste ili ovlaste druge da koriste delo pod dogovorenim uslovima. Nosilac (nosioци) prava na delo može da zabrani ili odobri: njegovo reprodukovanje u svim oblicima, uključujući štampanje i zvučne zapise; njegovo javno izvođenje i saopštavanje javnosti; njegovo emitovanje; njegovo prevođenje na

⁶ Zakon o autorskim i srodnim pravima, Sl. Glanik RS, br. 104/2009, 16.12.2009.

druge jezike; i njegovu adaptaciju, kao što je roman koji se transponuje u scenario za film.

Mnogi tipovi dela, zaštićeni na osnovu zakona o autorskim i srodnim pravima, zahtevaju masovnu distribuciju, saopštavanje, i ozbiljno finansijsko investiranje za njihovo uspešno širenje i plasiranje (na primer, publikacije, zvučni zapisi i filmovi), stoga stvaraoci često ustupaju prava na svoja dela kompanijama koje će najbolje moći da razvijaju i plasiraju delo na tržištu, tražeći za uzvrat naknadu u obliku isplate i/ili autorskog honorara (naknada je zasnovana na procentu od prihoda koji donosi delo).

Autorsko pravo se sastoji od:

- moralnih prava autora - štite lične i duhovne veze autora s njegovim delom,
- imovinskih prava autora - štite imovinske interese autora u pogledu korišćenja njegovih dela,
- drugih prava autora - štite ostale interese autora u pogledu njegovog dela.

Moralna prava autora obuhvataju:

- Pravo prvog objavljivanja – autor ima pravo da odluči kada i kako će njegovo delo da postane pristupačno javnosti,
- Pravo na priznanje autorstva – autor ima pravo da bude priznat i označen kao autor dela (pravo paterniteta), i svaka ličnost koja javno koristi autorsko delo je dužna da na odgovarajući način naznači autora dela (na primer na grafičkom izdanju dela, na programu koncertne izvedbe dela i sl.), osim ako autor u pisanom obliku izjavi da ne želi da bude naveden.
- Pravo na poštovanje autorskog dela i čast ili ugled autora – autor ima pravo da se usprotivi svakom deformisanju, sakaćenju ili drugoj izmeni svojeg dela (pravo integriteta) i svakom korišćenju dela koji ugrožava njegovu čast ili ugled (pravo na reputaciju),
- Pravo pokajanja – autor ima pravo da opozove pravo korišćenja dela i da spreči njegovo daljnje korišćenje uz nadoknadu štete korisniku toga prava, ako bi daljnje korišćenje škodilo njegovoj časti ili ugledu. Time se uvažava činjenica da je autorsko delo odraz autorove ličnosti, iz čega sledi da se autoru daje pravna mogućnost da na specifičan način utiče na buduće korišćenje svojeg već objavljenog ili izdatog dela. Pravo pokajanja traje za života autora i on ga se ne može odreći.

Imovinska prava su isključiva prava autora, jer autor može da odobri ili zabrani korišćenje svog dela na bilo koji način. Time se potvrđuje apsolutnost (delovanje prema svima) autorskih imovinskih prava koja naročito obuhvataju pravo reprodukcije, pravo distribucije (stavljanja u saobraćaj), pravo saopštavanja javnosti te pravo prerade. Ona obuhvataju svaki oblik iskorištavanja autorskog dela kod kojeg dolazi do izražaja potreba za zaštitom imovinskih interesa autora. Imovinska prava autora prava manifestuju se naročito kao:

- pravo reprodukcije (pravo umnožavanja) – pravo izrade autorskog dela u jednom ili više primeraka, u celosti ili u delovima, neposredno ili posredno, privremeno ili trajno, bilo kojim sredstvima i u bilo kojem obliku.
- pravo distribucije (pravo stavljanja u saobraćaj) i iznajmljivanje - pravo distribucije je isključivo pravo stavljanja u saobraćaj izvornika ili primeraka autorskog dela prodajom ili na koji drugi način. Iznajmljivanje označava davanje na korišćenje izvornika ili primeraka dela u ograničenom periodu, radi ostvarivanja neposredne ili posredne imovinske ili komercijalne koristi.
- pravo saopštavanja autorskog dela javnosti obuhvata:
 - pravo javnog izvođenja (npr. izvođenje u živo na priredbi ili koncertu, recitovanjem ili sviranjem i pevanjem),
 - pravo javnog prikazivanja scenskih dela (npr. scenska izvedba dramskog dela u pozorištu),
 - pravo javnog prenošenja (npr. kada se muzičko delo koje se javno izvodi uživo u koncertnoj dvorani, istovremeno saopštava javnosti izvan prostora te dvorane pomoću zvučnika ili na ekranu),
 - pravo javnog saopštavanja fiksiranog dela (npr. puštanje muzike s CD-a putem muzičkih linija i CD plejera),
 - pravo javnog prikazivanja,
 - pravo radiodifuzijskog emitovanja,
 - pravo radiodifuzijskog reemitovanja (slučaj kada se delo koje je primarno emitovala jedna organizacija za radiodifuziju istovremeno u celosti i u neizmijenjenom obliku reemituje putem kablovske mreže ili od strane druge organizacije za radiodifuziju),
 - pravo javnog saopštavanja radiodifuzijskog emitovanja (slučajevi javnog saopštavanja kao što su oni kada se u

ugostiteljskom objektu javno pušta muzika s radija ili televizije bez naplate ulaznica),

- pravo stavljanja na raspolaganje javnosti (pravo saopštavanja javnosti putem Interneta ili druge slične globalne digitalne mreže).
- pravo prerade - isključivo je pravo na prevođenje, prilagođavanje, muzičku obradu ili koju drugu prepravku autorskog dela.

Takozvana *druga prava autora* su prava koja nose obeležja i imovinskih i moralnih prava, a ne mogu da se svrstaju ni u jednu od navedenih kategorija. Ona obuhvataju prava na naknadu, pravo sleđenja (pravo autora na odgovarajući udio od prodajne cene, ostvarene svakom preprodajom originala njegova likovnog dela koja usledi nakon prvog otuđenja dela od strane autora) i ostala druga prava autora (pravo pristupa delu, pravo zabrane javnog izlaganja dela i sl).

5. Autorska dela

Autorsko delo je originalna intelektualna tvorevina iz književnog, naučnog i umetničkog područja koja ima individualni karakter, bez obzira na način i oblik izražavanja, vrstu, vrednost ili namenu. Prema tome, bitne karakteristike, da bi se neko delo smatralo autorskim, su:

- *originalnost* intelektualnog (kreativnog) ostvarenja, odnosno ostvarenja ljudskog duhovnog stvaralaštva - originalnost (izvornost) u smislu autorskog prava ne zahteva apsolutnu novost, već se traži tzv. subjektivna originalnost (izvornost), odnosno novost u subjektivnom smislu. Delo se smatra subjektivno originalnim ako autor ne oponaša drugo njemu poznato delo
- *književno, naučno ili umetničko područje* dela - navedena sintagma ima u autorskom pravu značajno šire značenje, nego što u teoriji književnosti znače književna dela, a u istoriji umetnosti umetnička dela.

Zaštitu autorskog prava uživaju izražaji, što podrazumeva vidljivu formu određene ideje koja se postiže pomoću različitih sredstava izražavanja, kao što su npr. pisana ili izgovorena reč, pokret tela, zvuk, kao različiti dvodimenzionalni ili trodimenzionalni oblik.

Autorska dela jesu naročito:

- jezična dela (pisana dela, govorna dela, računarski programi) - npr. romani, pesme, priručnici, novine;
- muzička dela, s rečima ili bez reči;

- dramska i dramsko-muzička dela;
- koreografska i pantomimska dela;
- dela likovne umetnosti (s područja slikarstva, vajarstva i grafike), bez obzira na materijal od kojega su načinjena, te ostala dela likovnih umetnosti;
- dela arhitekture
- dela primenjenih umetnosti i industrijskog dizajna;
- fotografska dela i dela proizvedena postupkom sličnim fotografskom;
- audiovizuelna dela (kinematografska dela i dela stvorena na način sličan kinematografskom stvaranju) - u pravilu filmovi;
- kartografska dela;
- prikazi naučne ili tehničke prirode kao što su crteži, planovi, skice, tabele i dr.

Prevodi, prilagodbe, muzičke obrade i druge prerade autorskog dela, koje su originalne intelektualne tvorevine individualnog karaktera, zaštićeni su kao samostalna autorska dela. Prevodi službenih tekstova iz područja zakonodavstva, uprave i sudstva zaštićeni su osim ako su učinjeni radi službenog informisanja javnosti i kao takvi objavljeni.

Zbirke samostalnih autorskih dela, podataka ili druge građe kao što su enciklopedije, zbornici, antologije, elektronske baze podataka i sl., koje prema izboru ili rasporedu sastavnih elemenata čine sopstvene intelektualne tvorevine njihovih autora, zaštićene su kao takve.

Narodne književne i umetničke tvorevine u izvornom obliku nisu predmetom autorskog prava, ali se za njihovo saopštavanje javnosti plaća naknada kao za saopštavanje javnosti zaštićenih autorskih dela.

Šta je to autorsko delo definiše svako nacionalno zakonodavstvo posebno, pa je to u Srbiji prema Zakonu o autorskim i srodnim pravima "originalna duhovna tvorevina autora, izražena u određenoj formi, bez obzira na njegovu umetničku, naučnu ili drugu vrednost, njegovu namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja"⁷.

Ovaj Zakon posebno, kao autorska dela navodi:

- pisano delo (knjiga, brošura, članak, prevod, računarski program u bilo kom obliku njihovog izražavanja, uključujući i pripremni materijal za njihovu izradu i dr.);
- govorno delo (predavanja, govori, besede i dr.);

⁷ Zakon o autorskim i srodnim pravima, Sl. Glasnik RS, br. 104/2009, 16.12.2009.

- dramsko, dramsko-muzičko, koreografsko i pantomimsko delo, kao i dela koja potiču iz folkloru;
- muzičko delo, sa rečima ili bez reči;
- filmsko delo (kinematografska i televizijska dela);
- delo likovne umetnosti (slike, crteži, skice, grafike, skulpture i dr.);
- delo arhitekture, primenjene umetnosti i industrijskog oblikovanja;
- kartografsko delo (geografske i topografske karte);
- plan, skica, maketa i fotografija; i
- pozorišna režija⁸

6. Ograničenja autorskih prava

Objavljenim autorskim delom može da se koristi bez autorovog odobrenja ili bez autorovog odobrenja i bez plaćanja naknade, samo u slučajevima kada to zakon izričito dopušta:

- privremene radnje reprodukcije autorskog dela
- reprodukcija autorskog dela - fizička osoba može reprodukovati autorsko delo na bilo koju podlogu ako to čini za privatno korišćenje, kao i reprodukovati autorsko delo u obliku fotokopije i za drugo sopstveno korišćenje, koje nema direktno ili posredno komercijalnu svrhu i nije namenjeno ili pristupačno javnosti. Nije dopuštena reprodukcija cele knjige osim ako su primerci te knjige rasprodani najmanje dve godine, notnih zapisa, elektroničkih baza podataka, kartografskih dela kao ni izgradnja arhitektonskog objekta.
- efemerne snimke - organizacija za radiodifuziju koja ima odobrenje za emitovanje autorskog dela može da snimi to delo sopstvenim sredstvima na nosač zvuka, slike ili teksta za potrebe sopstvenog emitovanja
- javne arhive, javne biblioteke, obrazovne i naučne ustanove, ustanove za predškolski odgoj i socijalne (karitativne) ustanove, a koje svoje usluge ne naplaćuju, mogu iz vlastitog primerka reprodukovati autorsko delo na bilo koju podlogu u najviše jednom primerku

⁸ Zakon o autorskim i srodnim pravima, Sl. Glistnik RS, br. 104/2009, 16.12.2009.

- korišćenje autorskog dela u nastavi ili naučnom istraživanju, sudskim i upravnim odlukama, u svrhu informisanja javnosti
- citati - dopušteno je doslovno navođenje ulomaka autorskog dela koje je na zakonit način postalo pristupačno javnosti, radi naučnog istraživanja, nastave, kritike, polemike, recenzije, osvrtu, u meri opravdanoj svrhom koja se želi da se postigne i u skladu s dobrim običajima, time da se mora naznačiti izvor i ime autora
- dopušteno je reprodukovanje autorskih dela koja su trajno smeštena na ulicama, trgovima, parkovima ili drugim mestima pristupačnim javnosti te distribuisanje i priopštavanje javnosti takvih reprodukcija.
- dopuštena je prerada autorskog dela u parodiju u meri koja je potrebna za njen smisao, kao i karikaturu, a uz navođenje dela koje se prerađuje i njegovog autora

Autorsko pravo *traje za života autora i sedamdeset godina nakon njegove smrti*, bez obzira kada je autorsko delo objavljeno.

Autorsko pravo na anonimnom autorskom delu i delu objavljenom pod pseudonimom traje sedamdeset godina od objave tog dela.

Prestankom autorskog prava, autorsko delo postaje javno dobro, te može slobodno da se koristi uz obavezu priznanja autorstva, poštovanja autorskog dela te časti ili ugleda autora.

Autorsko pravo ne štiti ideje, naučna otkrića, postupke, metode rada i matematičke koncepte, službene tekstove iz područja zakonodavstva, uprave i sudstva (npr. pravne propise, upravne akte, sudske presude), kao ni njihove zbirke koje su objavljene radi službenog informisanja javnosti (službena glasila, dnevne novosti i druge vesti koje imaju karakter obične medijske informacije).

7. Javni DOMEN

Pitanje javnog domena, odnosno javnog vlasništva je jedno od najčešće raspravljanih pitanja u vezi sa intelektualnom svojinom.

Danas javni domen označava *javno vlasništvo* intelektualne svojine. To je pravni institut anglosaksonskog prava i označava znanje i inovacije u odnosu na koje nijedna osoba, ili drugi pravni subjekt ne može (ili ne želi) da uspostavi ili održava vlasničke interese. Pa ovakva autorska dela i inovacije čine *deo opšteg kulturnog i*

intelektualnog nasleđa čovečanstva koje u principu svako može da koristi ili iskorišćava.⁹

U istorijskom smislu javni domen je predhodio zaštiti intelektualne svojine. Prvo su sva kulturna i naučna dela predstavljala javni domen, pa se tek razvojem štamparske industrije i tržišta donose pravni propisi o zaštiti autorskih prava. Pojam javnog domena uobličen je krajem 19 veka. Viktor Igo, francuski književnik, 1878.g. je odredio dva glavna obeležja javnog domena: prvo da delo nakon što ga autor objavi nije više jedino njegovo vlasništvo već pripada i ljudskom duhu, postaje *društveno javno dobro*, i drugo da je sigurna sudbina dela da jednog dana postane javno dobro. Bernska konvencija iz 1886.g. poziva se na javni domen kome pripadaju dela koja nemaju više autorsko pravnu zaštitu.¹⁰

Javni domen kao argument koriste mnogi kritičari sadašnjeg sistema zaštite intelektualne svojine. Pitanjem javnog dobra bavi se Svetska organizacija za intelektualnu svojinu, kao i mnogi političari i vlade. Mnogi projekti digitalizacija kulturnog nasleđa baziraju se na javnom domenu.¹¹

Nikakva dozvola nije potrebna da bi se koristio ili kopirao, odnosno distribuirao materijal koji je deo javne svojine bez obzira na svrhu ili namenu kako privatnu tako i komercijalnu (industrijsku). To se možete činiti potpuno besplatno, bez plaćanja prava na korišćenje, trajni, ili privremeni zakup licence i slično.

Javni domen se može definisati i kao suprotnost raznim oblicima zaštite intelektualne svojine, javni domen stoji nasuprot zaštićenim robnim markama, patentima i slično. Za materijal pod "javnim vlasništvom" nema zakona koji ga čuva od korišćenja od strane članova društva. Može se reći da materijal koji je predmet javne svojine služi kao *osnov za novi kreativan rad*.

Prilikom definisanja pojma *javnog vlasništva* odnosno *javne svojine* može se reći da je to ono što pripada svim ljudima. Prilikom korišćenja dela koji je deo javnog domena nema ni obaveze pozivanja na originalnog autora, iako se to smatra učtivim i fer odnosom. Međutim, treba imati na umu iako je dozvoljena kreativna upotreba dela u javnom vlasništvu, kao i njegovo, menjanje, unapređivanje i/ili

⁹ Javno vlasništvo, Internet adresa: <http://sr.wikipedia.org/>, pronađeno 6.11.2010.g.

¹⁰ Dusollier Séverine, SCOPING STUDY ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AND THE PUBLIC DOMAIN, WIPO, 2010, Internet adresa: http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf, pronađeno 6.11.2010.

¹¹ Ibidem.

inkorporacija u druga dela, to ne znači da i novo delo koje može nastati tom prilikom predstavlja javnu svojinu, ono može da sadrži i delove koji spadaju pod domen zaštite autorskih prava, to jeste može biti vlasništvo autora koji ga je stvorio, te ukoliko nije jasno naznačeno da i to novo delo autor stavlja u javno vlasništvo treba pretpostaviti da postoje neka zadržana prava.

Autorska prava centralnu pažnju poklanjaju eksploataciji rada, ali nikada ne regulišu sam pristup i upotrebu dela dok je kod javnog domena u prvom planu mogućnost intelektualnog pristupa delima u javnom domenu.¹²

Autorska prava bi trebala da ostvare fer balans između prava autora da kontroliše širenje svoga dela i javnog interesa da se delo što više širi i budu dostupno što većem broju ljudi.¹³

Javno dobro je generalno definisano kao materijal koji ne podleže zaštiti autorskih prava ili je materijal kome su autorska prava istekla, prestala da važe. Javno vlasništvo upućuje na potpuno odsustvo autorske zaštite dela, odnosno na intelektualnu svojinu koja nije kontrolisana od strane nekog.

Materijal, rad deklarisan kao javni domen ili vlasništvo se može smatrati delom "*javnog kulturnog nasleđa*", svaki član društva se podstiče da ga koristi za svaku svrhu, uključujući kopiranje, modifikovanje, unapređenje, čak ga možete i prodati odnosno koristiti u komercijalne svrhe.

Autorsko delo postaje deo javnog domena ili onda kada originalni autor dela stavi delo na raspolaganje društvu, kada se svesno, dobrovoljno i neopozivo odrekne prava koja mu kao autoru dela sledeju, ili još češće kada prava na kopiranje i korišćenje nekog dela isteknu, odnosno kada delo dostigne određenu starost, ili kada originalni autor, odnosno nosilac prava ne produži prava koja ima ili ih se odrekne.

Autorska dela i inovacije mogu se naći u javnom domenu na različite načine:

1. *Izostankom pravne zaštite* zato što su: kreativna dela koja su nastala pre donošenja zakonske regulative u ovoj oblasti (dela Vilijama Šekspira, Ludviga van Betovena, Arhimedovi pronalasci, itd.), dela; narodne umotvorine, tradicionalni folklor; dela za koje se ne može utvrditi ko je autor, nekreativna dela koja zbog nedostatka kreativnosti

¹² Ibidem.

¹³ Dworkin Gerald, *Judical Control of Copyright on Public Policy Grounds*, in: *Intellectual Property and Information Law*, Kluwer, 1998, pp. 137.

ne podpadaju pod zaštitu zakona o autorskim pravima (matematičke formule, sudske odluke, legislativa, intuitivno organizovane zbirke podataka, azbučni spiskovi, rezultati pretraživanja, itd.).¹⁴

2. *Istekom pravne zaštite* zato što je prošao rok. Većina autorskih prava ima rok trajanja i kad prođe taj rok delo ili patent prelazi u javno vlasništvo. Kod patenata taj rok je uobičajeno 20 godina, a kod autorskih prava je potrebno da se ispuni više uslova. Ti uslovi su: da je delo objavljeno pre 1.1.1923.g. ili najmanje 95 godina pre 1. januara tekuće godine, da je vlasnik autorskih prava umro najmanje 70 godina pre 1. januara tekuće godine, da nijedna država potpisnica Bernske konvencije o autorskim pravima nije odredila trajna autorska prava na određenom delu, da SAD i EU nisu donele pravni akt o produženju trajanja autorskih prava.

3. *Odricanjem od pravne zaštite*. Zakonom o autorskim pravima SAD sva dela stvorena od strane Vlade SAD stavljaju se u javno vlasništvo. Pojedine institucije i autori mogu se odreći pravne zaštite i preneti svoja dela u javni domen uz pomoć recimo GNU licenci za slobodnu dokumentaciju, licence slobodnog softvera, "copyleft" licenci, "Creative Common 0" licence. U slučaju kada je autor dela svesno, dobrovoljno i neopozivo stavio svoje delo u javni domen, on se odrekao svih prava koje je imao nad tim delom i ne može ih kasnije (u slučaju da proceni drugačije) opozvati, odnosno povratiti prava nad dotičnim delom. To znači da je u momentu stavljanja dela bio svestan da će se njegovo delo moći koristiti bez ikakve naknade, od bilo koga i na bilo koji način. Na primer autori dela koji su svoje radove stavljali u javno vlasništvo pre 20-30 godina verovatno nisu mogli ni da predpostave da će se njihova dela koristiti u medijumu kao što je internet i na načine i u svrhe u koje se koriste. Preporukom Uneska iz 2003 godine koja se odnosi na univerzalni pristup sajber prostoru u okviru definicije javnog domena uključuju se i javni podaci i zvanične informacije koje stvaraju vlade i međunarodne organizacije i dobrovoljno im omogućuju pristup.¹⁵ Praktično može se reći da materijal koji je deklarisan licencom "javno dobro" zapravo materijal sa nultom licencom. Odricanje od sadašnjih i budućih autorskih prava moguće je na osnovu pravnih propisa američkog zakonodavstva, koje

¹⁴ Javno vlasništvo, Internet adresa: <http://sr.wikipedia.org/>, pronađeno 6.11.2010.g.

¹⁵ Dusollier Séverine, SCOPING STUDY ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AND THE PUBLIC DOMAIN, WIPO, 2010, Internet adresa: http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf, pronađeno 6.11.2010

reguliše "javni domen". U našem pravu takva mogućnost prenosa svih autorskih prava ili odricanja od svih autorskih prava ne postoji.¹⁶

Značaj postojanja javnog domena je veliki iz više razloga: obrazovnog, demokratskog, ekonomskog i slobodne konkurencije. Ta uloga je jednakog značaja kao i uloga postojanja autorskih prava, jer omogućuje kulturnu raznolikost, slobodu stvaranja, inovacije, razvoj kulture i nauke. Snažan i jak javni domen u kulturi i nauci omogućava stvaranja kulturnog blaga čovečanstva i dostupnost tog blaga svima. To je osnovni pokretač društvenog i ekonomskog razvoja i štiti od privatizacije, prisvajanja i predstavlja balans u odnosu na postojanje isključivosti intelektualne svojine.¹⁷

Veliku pretnju javnom domenu predstavljaju pokušaji stvaranja digitalnih monopola uz pomoću tehnoloških metoda ograničavanja pristupa digitalnim sadržajima.

Upravljanje digitalnim pravima (Digital Rights Management - DRM) predstavlja termin koji pokriva nekoliko različitih sistema i mehanizama *globalne kontrole sadržaja*. Drugim rečima, DRM je bi trebalo da ozakoni sisteme kontrole koji omogućavaju potpuno kontrolisanje digitalnih sadržaja, bilo koja upotreba da je u pitanju. Rani primer DRM-a su kriptovani DVD sadržaji koji su kodirani određenom enkripcijom čiji je ključ u vlasništvu DVD foruma i drži se u tajnosti, pa proizvođači DVD playera moraju potpisati određene ugovore kako bi mogli da reprodukuju kriptovani DVD sadržaj. Ovo je samo jedan od primera kako DRM propisi onemogućavaju slobodnu razmenu sardžaja, pa se često može čuti da bi skraćena DRM trebalo da označava Digital Restrictions Management.¹⁸

8. Izazov tradicionalnom konceptu autorskih prava

Dugo se nije dovodio u pitanju koncept autorskog prava, ali sa pojavom i razvojem novih informacionih tehnologija i interneta koncept autorskih prava počinje da se značajno menja, odnosno da dobija alternativu u vidu otvorenog pristupa informacijama.

Nova politika autorskih prava u sajber prostoru "trebalo bi da reafirmiše prava autora u svetu globalnih digitalnih komunikacija, ali

¹⁶ Internet adresa: <http://creativecommons.org.rs/faq>, pronađeno 6.11.2010.

¹⁷ Dusollier Séverine, SCOPING STUDY ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AND THE PUBLIC DOMAIN, WIPO, 2010, Internet adresa: http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf, pronađeno 6.11.2010

¹⁸ Jelić Ivan, Zajednica u savremenom informatičkom društvu, 2006, Internet adresa: <http://www.bos.rs/cepit/idrustvo2/tema14/zajednica.pdf>, pronađeno 4.11.2010.

ne bi trebalo da stvara podršku za beskonačne monopole i tehnološku diskriminaciju".¹⁹

U drugoj polovini devedesetih godina uporedo sa razvojem informacionih tehnologija razvijala se i ideje stvaranja softvera otvorenog koda, odnosno besplatnog softvera. Autori ovakvog softvera omogućavali su drugima da softver: besplatno koriste, pristupaju izvornom kodu, distribuiraju, i da ga unapređuju, odnosno menjaju.²⁰

Komisija Evropske unije 2007.g. ustanovila je licencu za besplatan softver odnosno softver otvorenog koda pod nazivom "The European Union Public Licence" (EURL). Zvanična verzija ove licence dostupna je na 22 zvanična jezika EU. Danas u svetu postoji preko 100 različitih licenci ta besplatan softver, odnosno softver otvorenog koda.²¹

Pojava kopyleft (eng. Copyleft) licence i licence otvorenog sadržaja (Open Content License) ukazuju na potrebu radikalne promenom međunarodne postojeće regulative autorskih prava u cilju stvaranja fundamentalnih prava na fer i javnu upotrebu u digitalnom svetu. Kopyleft i Licence otvorenog sadržaja stvaraju samo subkulturalna ostrva slobodne upotrebe i distribucije radova u okviru velikog moru ne-slobodne medijske kulture.²²

Ideja o stvaranju softvera otvorenog koda vremenom se sasvim očekivano proširila i na ostala autorska dela. Ova ideja stvaranja slobodnog softvera, odnosno otvorenog sadržaja, koja se pojavljuje sa nastankom digitalnog sveta radikalno menja koncept autorskih prava. Nasuprot ideji o genijalnom autoru koji svoje delo štiti autorskim pravima i drugima omogućava samo da budu pasivni korisnici suprotstavlja se ideja o autoru koji želi da omogući krajnjem korisniku da postane koautor, odnosno da može softver ili drugo delo da kopira, menja, unapređuje. Tako da te nove digitalne slobode, nova digitalna kultura omogućava običnom korisniku, običnom čoveku da postane koautor, da stvori novu vrednost, novo umetničko, književno ili drugo

¹⁹ Dimitrijević Predrag, *Pravo informacione tehnologije*, SVEN, Niš, 2010, str. 286.

²⁰ Dusollier Séverine, *SCOPING STUDY ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AND THE PUBLIC DOMAIN*, WIPO, 2010, Internet adresa: http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf, pronađeno 6.11.2010.

²¹ Internet adresa: <http://www.osor.eu/eupl>, Pronađeno 14.11.2010.

²² Lawrence Liang, *Guide to Open Content Licenses*, 2004, Internet adresa: http://media.opencultures.net/open_content_guide/ocl_v1.2.pdf, Pronađeno 4.11.2010.

delo. Ovakav model fundamentalno menja tradicionalno shvatanje autorskih prava. Osnova ove nove ideje je da stvaralaštvo počiva na kreativnoj upotrebi postojećih dela u javnom domenu. Deo ove nove ideje je i saradnja desetina ili stotina autora u stvaranju jednog novog dela. neka dela kao što su recimo velike enciklopedije moguće je stvoriti samo saradnjom velikog broja autora širom sveta. Dobar primer kako se na osnovu postojećeg autorskog dela uz pomoć kreativnosti stvara novo autorsko delo je hip hop muzika. Mnoge novostvorene kulturne vrednosti zapravo su zasnovane na kopiranju već postojećih autorskih dela. Dizajniranje novih medija, recimo na internetu, zasnovano je u velikoj meri na kopiranju postojećih fontova, skriptova, alata, itd. Nasuprot klasične ideje o autorskom pravu koje onemogućava dalje korišćenje i izmenu autorskog dela stoji ideja saradnje u stvaranju na bazi *slobodne razmene informacija u digitalnom svetu*. Pasivni korisnici autorskih dela postaju kreativni saradnici koji neprekidno obogaćuju javni domen dostupan svima. Javni domen predstavlja zajednički resurs koji je dostupan svima i koji se može koristiti bez potrebe dobijanja bilo kakvih odobrenja i dozvola. Nešto slično ulicama, parkovima, igralištima, koji su u javnom domenu i svi ih mogu koristiti.²³

Enormnim povećanjem brzine protoka informacija i dostupnosti autorskih dela u svim oblicima dovelo je u nesrazmeru klasičan koncept autorskih prava sa potrebom postojanja javnog domena i mogućnosti dostupnosti znanja, kao i mogućnosti stvaranja novog znanja kao javnog dobra proisteklog iz javnog interesa.

Puno je razloga za omogućavanje pristupa autorskom delu kao otvorenom sadržaju. neki od tih razloga su:

- Autori koji još uvek nisu postali poznati žele da se što veći broj ljudi upozna sa njihovim delom, odnosno žele da ga popularišu kako bi izgradili svoju reputaciju. Na taj način se mogu obezbediti novi nastupi, novi sponzori, itd.,
- Izbegavaju se posrednici, distributeri i omogućava se direktan kontakt sa autorima,
- Autori koji dela ne stvaraju da bi zaradili već iz drugih razloga da bi širili svoje ideje,
- Ideja otvorenog sadržaja omogućava da se i zaradi tako što se akademskoj zajednici i neprofitnim organizacijama može omogućiti slobodan pristup, a zadržavaju se prava na komercijalnu upotrebu dela,

²³ Ibidem.

- Nepoznati autori mogu svoja dela ponuditi kao potpuno slobodan sadržaj, a ponuditi onima koji to žele da daju donacije onoliko koliko žele,
- Autori koji dela objavljuju na klasičan način, recimo u štampanim medijima, ako istovremeno objave svoje delo i na internetu kao otvoreni sadržaj obično tako pospešuju prodaju svog štampanog dela, jer omogućavaju kupcima da se sa njim upoznaju pre kupovine,
- Neki od autora su privučeni idejom intelektualne saradnje, odnosno idejom idealizma i njihov broj na internetu nije mali, i
- Mnogi autori finansirani su za svoj rad iz javnih sredstava pa je logično da njihova dela budu dostupna kao javno intelektualno dobro.²⁴

9. Licence otvorenog sadržaja

Novе ideje o slobodnom softveru, slobodnom pristupu informacijama dobile su i svoje konkretne oblike u raznim licencama otvorenog sadržaja koje su trebale da predstavljaju sredstva ostvarivanje zajedničkog cilja proširenja dela dostupnih u javnom domenu. Ako je autor odlučio da omogući pristup svom delu kao otvorenom sadržaju sam autor donosi odluku o tipu licence koji želi da izabere, a kojom će preciznije definisati koja prava želi da zadrži. Naravno prva pretpostavka davanja licence otvorenog sadržaja je da autor ima važeće autorsko pravo kako bi mogao svoje ekskluzivna prava preneti na druge. Bez odobrenja autora u okviru određene licence nije moguće koristiti delo, odnosno ono se nalazi pod punom zaštitom autorskog prava. Sve licence otvorenog sadržaja u stvari određuju koje su slobode u odnosu na delo dozvoljene. Neka prava su zajednička za sve licence otvorenog sadržaja, kao što je to pravo na kopiranje, dok su druga vezana samo za određenu vrstu licenci, kao što je na primer prerađeno delo. Svako delo koje je stvoreno na osnovu postojećeg dela je prerađeno delo. Osnovna razlika između različitih vrsta licenci otvorenog sadržaja je baš u tome kako rešavaju pitanja vezana za novonastalo prerađeno delo. Kod GNU licenci zahteva se obavezno da delo koje je prerađeno na osnovu dela koje je pod GNU licencom mora biti licencirano pod GNU licencom. To zapravo znači da kada neko ima priliku da koristeći delo koje je pod licencom otvorenog

²⁴ Ibidem.

sadržaja i na bazi njega stvori prerađeno delo nemože to delo sada učiniti nedostupnim, već ga mora licencirati kao otvoreni sadržaj. Na ovaj način se onemogućava da to novo prerađeno delo izađe iz javnog domena, kada je već nastala na osnovu dela koje je u javnom domenu. Pitanje mogućnosti kontrole prerađenih radova na osnovu licence najvažnije je pitanje licenci otvorenog sadržaja. Još jedno jako važno pitanje licenci otvorenog sadržaja je pitanje korišćenja dela u komercijalne i nekomercijalne svrhe. Autor sam odlučuje da li će dozvoliti samo nekomercijalnu ili i komercijalnu upotrebu svog dela. Ako se odluči da omogući nekomercijalno korišćenje njegovog dela on i dalje može na osnovu svog autorskog prava sklopiti ugovor sa izdavačem i objaviti svoje delo i ostvariti ekonomsku naknadu. Većina licenci otvorenog sadržaje zahtevaju poštovanje striktno procedure kako bi se moglo smatrati da je delo licencirano pod licencom otvorenog sadržaja. Licenciranje pod licencom otvorenog sadržaja nema nikakav uticaj na pravo fer korišćenja autorskih prava. To znači da i onaj ko ne želi da traži odobrenje autora, odnosno da prihvati licencu može koristiti svoje pravo na fer upotrebu dela u nekomercijalne i obrazovne svrhe. Karakteristika licenci otvorenog sadržaja da imaju standardnu klauzulu da ne daju nikakvu vrstu garancija, što je i očekivano jer se ne zahteva finansijska nadoknada za upotrebu dela.²⁵

Licence otvorenog sadržaja mogu se podeliti na osnovu toga da li su opšteg tipa kao "Licence kreativne zajednice" li su namenjene za neki određen medij, kao što je na primer softver ili muzička dela. Prema prirodi licence otvorenog sadržaja mogu se podeliti na one koje promovišu "apsolutne" slobode sa malim ograničenjima, i one koje određuju jasna ograničenja sloboda korišćenja dela, kao što to čine "Licence kreativne zajednice".²⁶

Slobodna umetnička licenca pojavila se 2000 godine i ona je omogućavala kopiranje, distribuciju i preradu dela pod uslovom da je jasno naznačena ova licenca, da je naveden autor originala i da je naznačeno gde se original može pronaći. Prerađeni rad nastao na osnovu ove licence ostaje u javnom domenu i to pod Slobodnom umetničkom licencom.²⁷

GNU pokret i zajednica koja se stvorila oko ideje slobodnog softvera predstavlja jednu od prvih praktičnih inicijativa koja je urodila plodom

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

omogućavajući ljudima da slobodno koriste prednosti informatičkih tehnologija. Ovaj pokret je osnovan 1984. godine sa ciljem stvaranja slobodnog operativnog sistema sličnog UNIX-u. GNU General Public Licence (GNU opšta javna licenca) - GNU GPL predstavlja svakako jednu od najpoznatijih licenci. Nastala je za potrebe stvaranja slobodnog softvera i njegovog pravnog regulisanja. Ova licenca omogućava četiri bazične slobode: sloboda korišćenja, kopiranja, modifikacije i distribucije modifikovanih verzija programa. Pored poštovanja sloboda korisnika, GNU GPL je ustanovio princip koji je nazvan "Copyleft", što u znači da se, u slučaju slobodnog softvera, on mora distribuirati pod istim uslovima pod kojima je dobijen. Na taj način je sloboda zaštićena u oba smera jer GPL daje slobodu i korisniku i softveru. Edukativni materijal i umetnička dela se takođe mogu objavljivati pod uslovima koji korisnicima obezbeđuju zadovoljavanje u najmanju ruku elementarnih ljudskih prava korisnika i autora. Pored licence za softver, GNU projekat je iznedrio još jednu licencu koja je namenjena objavljivanju dokumentacije pod nazivom GNU Free Documentation Licence (GNU licenca za slobodnu dokumentaciju) - GNU FDL. FDL je nastao za potrebe objavljivanja dokumentacije za slobodan softver i grubo rečeno omogućava dokumentaciji ono što GPL omogućava softveru. Ova licenca je jedna od najliberalnijih licenci za pisani materijal²⁸

GNU Licenca za slobodnu dokumentaciju prevashodno je bila namenjena za dokumentaciju koja ide uz softver. Kasnije je ta licenca korišćena i za druge sadržaje, posebno kolektivna dela (na primer pod tom licencom je nastala Wikipedija). Ovom licencom se daje pravo kopiranja, distribucije, prerade i nekomercijalnog i komercijalnog korišćenja, ali prerađeni radovi moraju biti dati na korišćenje pod istom GNU licencom (copyleft).²⁹

Licence kreativne zajednice (Creative Commons Licenses) danas predstavljaju najvažniji oblik licenci otvorenog sadržaja. Njima je predhodila Licenca otvorenog sadržaja (od 1998 do 2004) koja se inkorporirala u Licence kreativne zajednice. Ideja Kreativne zajednice je znatno šira od ponude samih licenci i ona se bazira na širenju znanja o autorskim pravima, javnom domenu, slobodi govora, itd.

²⁸ Jelić Ivan, Zajednica u savremenom informatičkom društvu, 2006, Internet adresa: <http://www.bos.rs/cepit/idrustvo2/tema14/zajednica.pdf>, pronađeno 4.11.2010.

²⁹ Lawrence Liang, Guide to Open Content Licenses, 2004, Internet adresa: http://media.opencultures.net/open_content_guide/ocl_v1.2.pdf, Pronađeno 4.11.2010.

"Licence kreativne zajednice" omogućuju autoru da prvo izabere da li želi da zaštiti svoje delo ili ne, a potom ako se odluči za neku vrstu zaštite dela može da bira jednu od 6 vrsta licenci.³⁰

10. Licence KREATIVNE ZAJEDNICE (Creative Commons Licenses)

Kreativno zajednicu, kao projekt i organizaciju, osnovao je Lawrence Lesing 2001.g., ekspert za pitanja sajber prava, sa glavnom idejom da, slično kao i pokret za slobodan softver, omogući korisnicima osnovne slobode kopiranja i distribuiranja radova zaštićenih autorskim pravima uz pomoć više različitih licenci koje se ne odnose na softver, već na sve druge oblike autorskih dela.³¹

Osnovno pitanje kada se govori o delu koje se daje na korišćenje širokom krugu korisnika je način distribucije, odnosno zaštita autorskih prava autora dela. U svojim počecima, kopirajt je služio kao zaštita koju je autor primenjivao na svoje delo u cilju omogućavanja ili onemogućavanja kopiranja od strane izdavača. Krajnji korisnici nisu imali previše razloga protiv, jer se on odnosio samo na izdavače ne pogađajući konzumente dela koje mu je podlegalo. Razvoj računarskih tehnologija i mreža je omogućio masovnu razmenu informacija i znanja. Kopiranje i deljenje knjiga, muzičkih sadržaja ili bilo čega drugog je postalo lako i brzo. U tom momentu je Copyright postao ograničenje i za korisnike, koji su sve navedene mogućnosti savremenih tehnologija imali u svojim rukama. Kreativna sloboda i mogućnost nesmetanog protoka informacija i znanja na žalost nisu postale civilizacijske tekovine. Izdavački i medijski lobiji su iskoristili kopirajt kao metod represije i kontrole pa umesto da zakoni štite korisnike i omogućavaju im slobodan pristup znanju, počeli su da služe kompanijama kao sredstvo kontrole. Moderna primena kopirajta u velikoj meri odstupa od njegove inicijalne primene. Umesto kontrole izdavača od strane autora, kopirajt služi kao sredstvo kontrole u rukama izdavača u oba smera: prema korisnicima i prema autorima. Sloboda je postala rezidualna kategorija dok autorska prava umesto autoru pripadaju izdavačkoj kompaniji za koja objavljuje njegov rad.³²

³⁰ Ibidem.

³¹ Dusollier Séverine, SCOPING STUDY ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AND THE PUBLIC DOMAIN, WIPO, 2010, Internet adresa: http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf, pronađeno 6.11.2010.

³² Jelić Ivan, Zajednica u savremenom informatičkom društvu, 2006, Internet adresa: <http://www.bos.rs/cepit/idrustvo2/tema14/zajednica.pdf>, pronađeno 4.11.2010.

Pojavljivanjem slobodnih licenci koje su omogućile stvaranje slobodnih sadržaja, pravila su dovedena u službu korisnika omogućavajući pravnu zaštitu slobode.³³

Jedan od pokušaja zaustavljanja medijskih kompanija u ostvarivanju extra profita predstavljaju fleksibilne licence koje autorima vraćaju pravo na svoja dela koja im producenstke kuće u neku ruku uskraćuju. Licence kreativne zajednice predstavljaju set licenci koje autorima omogućavaju brzo i lako objavljivanje dela čime oni sami postavljaju uslove korišćenja svog dela umesto medijskih kompanija koje to danas rade.³⁴

Licence kreativne zajednice su svojim postojanjem omogućile određenu fleksibilnost u definiciji uslova pod kojima se delo objavljuje. Set licenci kreativne zajednice čini šest licenci koje se razlikuju po fleksibilnosti, od najslobodnije do najrestriktivnije. Njihova zajednička karakteristika je da korisnik ima pravo kopiranja sadržaja. Bitna karakteristika licenci kreativne zajednice je i to što autorima pomoću nekoliko klikova mišem i odgovora na vrlo trivijalna pitanja obezbeđuju pravnu regulativu za objavljivanje dela bez potrebe za saradnjom sa medijskim korporacijama.³⁵

Šest licenci kreativne zajednice su:

1. *Autorstvo*

Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, i prerade, ako se navede ime autora na način odredjen od strane autora ili davaoca licence, čak i u komercijalne svrhe. Ovo je najslobodnija od svih licenci.

2. *Autorstvo - nekomercijalno*

Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, i prerade, ako se navede ime autora na način odredjen od strane autora ili davaoca licence. Ova licenca ne dozvoljava komercijalnu upotrebu dela.

3. *Autorstvo - nekomercijalno - bez prerade*

Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, bez promena, preoblikovanja ili upotrebe dela u svom delu, ako se navede ime autora na način odredjen od strane autora ili davaoca licence. Ova licenca ne dozvoljava komercijalnu upotrebu dela. U odnosu na sve ostale licence, ovom licencom se ograničava najveći obim prava korišćenja dela.

³³ Ibidem

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

4. *Autorstvo - nekomercijalno - deliti pod istim uslovima*

Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, i prerade, ako se navede ime autora na način određen od strane autora ili davaoca licence i ako se prerada distribuira pod istom ili sličnom licencom. Ova licenca ne dozvoljava komercijalnu upotrebu dela i prerada.

5. *Autorstvo - bez prerade*

Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, bez promena, preoblikovanja ili upotrebe dela u svom delu, ako se navede ime autora na način određen od strane autora ili davaoca licence. Ova licenca dozvoljava komercijalnu upotrebu dela.

6. *Autorstvo - deliti pod istim uslovima*

Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, i prerade, ako se navede ime autora na način određen od strane autora ili davaoca licence i ako se prerada distribuira pod istom ili sličnom licencom. Ova licenca dozvoljava komercijalnu upotrebu dela i prerada. Slična je softverskim licencama, odnosno licencama otvorenog koda

Ako se izabere neka od licenci kreativne zajednice to podrazumeva i da se u delo unese digitalni kod koji će u okviru metapodataka omogućiti pretraživačima da delo identifikuju kao delo objavljeno pod "Licencom kreativne zajednice".

Pored pojedinaca koji koriste "Licence kreativne zajednice" sve je veći broj i institucija, pa i vlada pojedinih zemalja koje se odlučuju za korišćenje ". Vlada Holandije je u martu 2010. godine otpočela sa korišćenjem "nulte Licence kreativne zajednice" (Creative Commons Zero -CC0) za sadržaje web site prezentacija 5 ministarstava (do kraja 2010.g. biće predstavljena i ostala ministarstva) pomoću kojih će se promovisati otvorena razmena informacija javnog sektora. Ovu odluku Holandska vlada je donela na osnovu istraživanja Amsterdamskog instituta za informaciono pravo (Amsterdam's Institute for Information Law) o upotrebi "Licenci kreativne zajednice" kao licenci za informacije u javnom sektoru.³⁶

³⁶ New governmental usage of open licences in the Netherlands and UK, 7 April, 2010, Internet adresa: <http://www.edri.org/edriagram/number8.7/open-content-government-uk-netherlands>, pronađeno 4.11.2010.

12. Zaključak

Stvaranje nove digitalne zajednice neprekidnim povećavanjem brojem korisnika interenta neumitno je uslovalo enormni rast digitalnih informacija u svim oblicima. Ova pojava uzdrmala je tradicionalne koncepte u gotovo svim oblastima života i rada i nametnula je potrebu traženja novih rešenja. Jedna od tih oblasti svakako je i oblast intelektualne svojine, autorskih prava i slobodne razmene informacija. Neograničena dostupnost književnih dela, naučnih radova, muzičkih radova, video radova, i drugih autorskih dela u digitalnom obliku uzdrmala je iz temelja tradicionalni koncept autorskih prava. Potreba zaštite autorskih prava i želja izdavača da što efikasnije zaštite digitalna autorska dela u potpunosti je u suprotnosti sa željom velikog broj članova digitalne zajednice da slobodno razmenjuju znanje i kreativne resurse koji čine opšte kulturno i intelektualno nasleđe čovečanstva. Niz pokušaja traženja pravog rešenja na kraju se sveo na stvaranje licenci otvorenog sadržaja koje nude autorima mogućnost odlučivanja u kojoj meri će svoja dela učiniti dostupnim ostatku digitalne zajednice. Na ovaj način ogromna riznica znanja dostupnog u digitalnom obliku postaje i dalje svakoga dana sve veća, ali su jasno povučene granice u koju se svrhu određeno autorsko delo može koristiti, a u koju ne. Ovako se otklanjaju dileme oko pravnih posledica koje mogu nastupiti korišćenjem nekog autorskog dela. Najbolji primer ove vrste licenci su "Licence kreativne zajednice" koje danas prihvata ogroman broj autora i institucija u najvećem broju zemalja sveta. Ove licence su pravi primer dobrih rešenja u oblasti ostvarivanja sloboda i prava u digitalnoj zajednici. Digitalna zajednica danas je zajednica kreativnih ljudi, zajednica stvaralaca jednog jedinstvenog resursa ljudskog znanja. Ovaj jedinstveni resurs svakoga dana je sve bogatiji i dostupan je svima pod jednakim uslovima kao moćna osnova za dalju kreativnost i stvaralaštvo.

Dragan Prlja, Ph. D.
Institute of Comparative Law

COPYRIGHT IN CYBERSPACE

Development of informational technologies and Internet, caused increase of different forms of intellectual property in cyberspace. Almost unlimited access to literature, scientific papers, music, videos and other digitalised copyrighted materials, shook the foundations of the traditional copyright concept. It had to suffer limitations and changes under the influence of new concepts: open source licences, Copyleft, open code software, knowledge as public good, Creative Commons Licences, free exchange of information, etc.

Key words: *Intellectual Property, Copyright; Open Content License, Cyberspace.*

Mr Aleksandar Mojašević
Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet

Pregledni naučni rad
UDK: 343.241(73)

KAZNENA ODŠTETA U AMERIČKOM PRAVU

U ovom radu proučavamo kaznenu odštetu koju predviđa američko pravo sa pravnog i ekonomskog aspekta. Kaznenom odštetom, kao specifičnim vidom naknade štete, ostvaruju se tri podjednako važna cilja odštetnog prava – kompenzacija, prevencija i kažnjavanje. Budući da ciljevi odštetnog prava ne moraju nužno biti kompatibilni, cilj ovog rada jeste utvrđivanje efekata primene kaznene odštete od strane sudova na planu realizacije ovih ciljeva. Pri tom, posebna pažnja posvećuje se pitanju optimalne prevencije budućih šteta, zbog čega se implikacije kaznene odštete utvrđuju u okviru ekonomskih modela. No, novija psihološka istraživanja bacaju novo svetlo na efekte primene kaznene odštete, tako da rad obuhvata i psihološke aspekte ove vrste naknade štete.

Prvi deo rada odnosi se na pojam i svrhu kaznene odštete u američkom pravu. Drugi deo rada obuhvata pitanje uloge kaznene naknade štete u prevenciji budućih šteta, sa pojedinačnog i društvenog aspekta. U trećem delu rada iznose se nalazi eksperimentalnih psiholoških istraživanja u vezi sa stavovima pojedinaca o značaju optimalne prevencije. Ovaj deo, takođe, obuhvata i praktične probleme u vezi s primenom ovog pravnog instituta, kao i promene postojećih pravila o kaznenoj odšteti u američkom pravu. U završnom delu rada, sumiramo zaključke bazirane na nalazima iz ekonomskog modela i eksperimentalnih istraživanja, i iznosimo generalan zaključak o dometima kaznene odštete kao instrumenta za ostvarenje istaknutih ciljeva odštetnog prava.

Ključne reči: odšteta, prevencija, kazna, efikasnost.

Uvod

U američkom odštetnom pravu postoji posebna vrsta odštete, koja se zove *kaznena odšteta* (eng. *punitive damage*).¹ Kaznena odšteta vodi poreklo iz opšteg prava, jer se ovaj pravni institut razvio u praksi sudova. Ova vrsta naknade štete specifična je po tome što često premašuje iznos same štete. No, iako se primenom kaznene odštete može odstupiti od načela integralne ili potpune naknade štete, ona je kompatibilna sa druga dva podjednako važna cilja odštetnog prava □ *prevencijom i kažnjavanjem*.

U ovom radu ispituje se kaznena odšteta kao *instrument optimalne prevencije* budućih šteta i kao *sredstvo kažnjavanja* počinitelaca štete zbog počinjenih nemoralnih delikata. *Pitanje koje se nameće glasi: da li kaznena odšteta može poslužiti kao efikasno sredstvo u prevenciji budućih nepoželjnih ponašanja, i ako da, koji kriterijum treba slediti prilikom obračuna visine kaznene odštete?* Teorijski i metodološki okvir koji sledimo u sagledavanju ovog pravnog instituta pripada novijoj naučnoj disciplini pod nazivom *Ekonomska analiza prava (EAP)*. Međutim, novija psihološka eksperimentalna istraživanja kaznene odštete *bacaju novo svetlo* na primenu ovog instituta od strane sudova, usled čega se prikazuju njihovi nalazi, i povezuju sa standardnim zaključcima izvedenim na osnovu ekonomskih modela od strane teoretičara *EAP*.

1. Pojam i svrha kaznene odštete

Prema građanskom zakonu određenih američkih država,² sud može da dosudi kaznenu odštetu u korist tužioca, ukoliko je šteta posledica zlobnog, nemoralnog, ponižavajućeg, ugnjetavajućeg ili drugog sličnog ponašanja tuženog. Ovakva zakonska norma, koja propisuje uslove pod kojima sud može dosuditi ovu vrstu odštete, u velikoj meri je *uopštena*, i ne kaže ništa o samom *načinu određivanja kaznene odštete*. U literaturi *EAP* mogu se naći i konkretnije definicije kaznene

¹ Kaznena odšteta može se sresti i pod nazivom *exemplary damages* ili *retributive damages*.

² Videti: Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley Longman, Reading Massachusetts, Menlo Park California, New York, Harlow England, Ontario, Sydney, Mexico City, Madrid, Amsterdam, 1999, str. 351, gde je navedeno prema: CALIFORNIA CIVILE CODE §3294.

odštete, tj. uslova pod kojima se može dosuditi. Prema jednoj,³ *kaznena odšteta trebalo bi da se dosudi ako, i samo ako, počinioc štete ima mogućnost (ili šansu) da izbegne odgovornost za štetu koju je izazvao*. Pri tom, na sudu je da proceni, u svakom konkretnom slučaju, *verovatnoću* izbegavanja odgovornosti za štetu počinioca štete i da, shodno toj proceni, odredi visinu kaznene odštete.

Svrha ovakve sudske presude, s jedne strane, ogleda se u *otklanjanju štetnih posledica* po tužioca, a s druge strane, u *kažnjavanju* tuženog zbog njegovog ponašanja i *sprečavanju* budućih istih ili sličnih ponašanja. Prema tome, dosuđivanjem kaznene odštete sud ostvaruje dva osnovna cilja odštetnog prava: *kompenzaciju* – uklanjanje ili popravljavanje štete i *prevenciju* – sprečavanje budućih šteta. To sprečavanje budućih šteta usmereno je ne samo na konkretnog počinioca štete prema kome se izriče kaznena odšteta, već i na sve potencijalne počinioce iste ili slične štete. Drugim rečima, kaznena odšteta nema za posledicu samo *specijalnu prevenciju* već i *generalnu prevenciju*. Upravo zbog toga kaznena odšteta gubi svojstva građanskopravne sankcije i dobija obeležja *kaznene sankcije*.⁴ Ovo obeležje nedvosmisleno *odvaja* kaznenu odštetu od *tipične naknade materijalne štete*, čija se svrha iscrpljuje u prirodnoj restituciji i novčanoj naknadi štete ili kombinaciji jedne i druge.⁵ Vidimo da je kod kaznene odštete akcenat stavljen na *prevenciji* budućih nepoželjnih ponašanja, pošto se dužnost naknade štete propisuje kao *kazna*. Praktično gledano, ovaj preventivni cilj ostvaruje se *dosuđivanjem većeg iznosa odštete* nego što bi ona iznosila da nije bilo nemoralnog ponašanja.

Valja naglasiti da je ovaj pravni institut izazvao dosta *kontroverzi* u američkoj sudskoj i zakonodavnoj praksi, kao i opštoj i akademskoj javnosti.⁶ U zakonima su propisani uslovi pod kojima se dosuđuje kaznena odšteta, tako da oni pružaju samo *smernice* sudovima u kojim slučajevima da primene ovaj pravni institut. S obzirom na to da

³ Pretpostavka je da sud ima dovoljno informacija o verovatnoći izbegavanja odgovornosti za naknadu štete. Videti: Michell A. Polinsky, Steven Shavell, *Punitive Damage: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, No. 4, 1998, str. 874.

⁴ Videti: Dušan Nikolić, *Kaznena naknada štete*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, br. 1-2, 2003, str. 150.

⁵ Videti o oblicima naknade u našem pravu čl. 185, st. 1 i 2. *Zakona o obligacionim odnosima*, „Službeni list SFRJ“, br. 29/78.

⁶ Videti: Michell A. Polinsky, Steven Shavell, *op. cit.*, str. 870–872.

pravnim pravilima nije *precizno* definisana primena ovog instituta, sudovi⁷ su suočeni s velikom *nesigurnošću* kada da dosude kaznenu odštetu. Pored neizvesnosti u kojim slučajevima da izreknu kaznenu naknadu štete, sudovi imaju problem i prilikom *obračuna* ovog vida naknade štete, tj. prilikom određivanja *visine* kaznene odštete. Postoje mnogi bizarni slučajevi u američkoj sudskoj praksi, u kojima su dosuđeni nesrazmerno veliki iznosi kaznene odštete.⁸ Sudovi se drže nepisanog pravila da kaznena odšteta treba da bude u *razumnoj proporciji* u odnosu na običnu naknadu štete,⁹ kao i da se prilikom dosuđivanja uzme u obzir *sposobnost za plaćanje tuženog*.¹⁰ Međutim, ovo pravilo podložno je različitim interpretacijama, jer *razumna proporcija* i *sposobnost za plaćanje* predstavljaju pojmove koji su u velikoj meri neodređeni. Takođe, sudovi često prilikom dosuđivanja kaznene odštete ne uzimaju u obzir verovatnoću izbegavanja odgovornosti za naknadu štete i pitanje optimalne (efikasne) prevencije.¹¹ Pitanju optimalne prevencije posvećujemo posebnu pažnju u daljem tekstu, i u tom cilju ilustrujemo jedan praktičan primer u okviru *ekonomskog modela*.

2. Multiplikativni faktor ili faktor kaznene odštete

Pretpostavimo da postoji proizvođač aditiva za gorivo koji treba da kontroliše kvalitet proizvedenih aditiva.¹² On može da izvrši *strožiju* kontrolu kvaliteta aditiva sa *određenim troškovima*, ili *slabiju* kontrolu koja ne bi iziskivala *nikakve troškove*. U prvom slučaju troškovi

⁷ U Americi, porota određuje kaznenu odštetu. S obzirom na to da su porotnici *laici* koji ponekad nemaju dovoljno stručnog znanja, sudije su primorane da smanjuju iznose određene kaznene odštete.

⁸ Videti u daljem tekstu odeljak *Promena pravila o kaznenoj odšteti – praktični aspekt*.

⁹ Na primer, ukoliko je tuženi postupio nemoralno, postavlja se pitanje da li sudija treba da dosudi trostruku ili, recimo, desetostruku naknadu štete. U praksi, sudije imaju predstavu koliko bi trebalo da iznosi kaznena odšteta, rukovođeni konkretnim činjenicama i vlastitim tumačenjem. Međutim, u američkom odštetnom pravu nedostaju precizna pravila koja bi propisala visinu kaznene odštete za različita deliktna ponašanja. Videti: Michell A. Polinsky, Steven Shavell, *op. cit.*, str. 897.

¹⁰ Porota najčešće prenaglašava ovaj faktor i određuje ogromne iznose novca, naročito kada su u pitanju velike korporacije. *Ibid.*, str. 910–911.

¹¹ *Ibid.*, str. 898.

¹² Primer je preuzet i prilagođen radu iz: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, str. 352–353.

kontrole iznose 50.000 dinara, usled čega aditivi ne bi mogli da prouzrokuju štetu na automobilima, dok bi u drugom slučaju određena količina slabije kontrolisanih aditiva dovela do štete na automobilima. Očekivana šteta na automobilima, s kojom se suočavaju korisnici goriva, iznosi 60.000 dinara godišnje (6.000 dinara štete po svakom automobilu, uz pretpostavku da ih ima deset). S pojedinačne tačke gledišta, efikasnije je da proizvođač aditiva izvrši strožiju kontrolu kvaliteta uz trošak od 50.000 dinara, čime stvara očekivanu uštedu od 60.000 dinara godišnje, koju (sumu) bi platio na ime odštete u sudskom postupku, u slučaju da izvrši slabiju kontrolu. Pitanje koje želimo da apostrofiramo jeste: *da li pravilo koje propisuje objektivnu odgovornost za naknadu štete može da obezbedi ovakav efikasan ishod sa stanovišta proizvođača*. Odgovor zavisi od toga da li je sistem naknade štete *perfektan* ili *neperfektan*. Sistem naknade štete je *perfektan*, ako su parnični troškovi jednaki nuli, ukoliko ne postoje greške sudija u određivanju visine štete i drugih važnih činjenica, i ako je naknada štete *integralna*.¹³ U takvoj hipotetičkoj situaciji, proizvođač aditiva suočio bi se sa potencijalnom odgovornošću i plaćanjem naknade štete u iznosu od 60.000 dinara, ukoliko ne bi preduzeo strožije mere kontrole, a koje koštaju, prema pretpostavci, 50.000 dinara. Anticipirajući posledice svog postupanja na planu odgovornosti za naknadu štete, svaki racionalni proizvođač izvršio bi strožiju kontrolu kvaliteta. Međutim, ukoliko su parnični troškovi *pozitivni*, kao što jeste slučaj u praksi, odgovor dobija drugačiju dimenziju. Pretpostavimo da *svaki drugi* korisnik goriva pokreće parnicu i biva u potpunosti obeštećen. Tada bi se proizvođač aditiva suočio sa potencijalnom odgovornošću za štetu i plaćanjem odštete u iznosu od 30.000 dinara (60.000 din./2), ukoliko ne bi izvršio strožiju kontrolu kvaliteta. S druge strane, proizvođač bi mogao da uštedi 50.000 dinara, ako bi prešao sa strožije na slabiju kontrolu kvaliteta. Svaki racionalni proizvođač, koji teži maksimizaciji profita, izabrao bi da izvrši slabiju kontrolu kvaliteta. No, slabija kontrola kvaliteta ne obezbeđuje *efikasan ishod*. Da bi efikasnost bila ostvarena, iznos potpune naknade iz prethodnog primera može se *povećati* do iznosa *kaznene odštete*. Stvarna naknada štete iznosila je 6.000 dinara po automobilu, ali sud može *udvostručiti* ovu naknadu, tako da ona iznosi

¹³ Jasno se može uvideti da ovo nije u potpunosti realna pretpostavka, ali će poslužiti u ekonomskom modelu za izvođenje određenih zaključaka.

12.000 dinara po automobilu.¹⁴ U tom slučaju, multiplikativni faktor, koji se još naziva i *faktorom kaznene odštete*, iznosio bi dva.¹⁵ Kada se iznos od 30.000 dinara na ime odštete s kojim se suočava proizvođač u slučaju pozitivnih parničnih troškova pomnoži sa veličinom multiplikativnog faktora dobija se iznos od 60.000 dinara. Ovaj iznos jednak je iznosu potencijalne odštete u slučaju nultih parničnih troškova.¹⁶ Na taj način bi kaznena odšteta poslužila kao *sredstvo* kojim bi se uvećao iznos potpune naknade i indirektno zadovoljio princip ekonomske efikasnosti.¹⁷

Može se postaviti još jedno važno pitanje: *da li bi sud trebalo da dosudi kaznenu odštetu ako je šteta prouzrokovana bez namere?* U prethodnom primeru, oštećeni kupci mogu dobiti naknadu štete, ako dokažu da je slabo kontrolisani aditiv prouzrokovao štetu na njihovim automobilima. Objektivna odgovornost proizvođača pretpostavlja se i kupci su dužni da dokažu da je šteta nastala upotrebom nedovoljno nekontrolisane stvari. Međutim, da bi kupci dobili *kaznenu odštetu*, oni moraju da dokažu da je kod proizvođača postojala *namera* da ne izvrši adekvatnu kontrolu. Suprotno, ako bi kaznena odšteta bila dosuđena bez dokazivanja namere proizvođača – počinioca štete, stvorili bi se neefikasni podsticaji za potencijalne počinioce štete. Tada bi potencijalni počinioci štete preduzeli *više pažnje* nego što je potrebno da bi izbegli odgovornost za štetu i plaćanje kaznene odštete.

¹⁴ Pošto kaznena odšteta predstavlja iznos koji je veći od iznosa potpune naknade, onda sama kaznena odšteta iznosi 6.000 dinara po automobilu.

¹⁵ *Odnos* broja oštećenih korisnika, koji su pokrenuli parnicu i dobili potpunu naknadu, i ukupnog broja oštećenih korisnika, koji u ovom primeru iznosi $\frac{1}{2}$, označava se terminom *primenjena greška* (eng. *enforcement error*), i obeležava sa *e*. S obzirom na to da multiplikativni faktor (*m*) iznosi dva, kada se pomnoži $m \times e$, dobija se: $2 \times \frac{1}{2} = 1$. To znači da multiplikativni faktor *neutrališe* primenjenu grešku i ponovo vraća odgovornost proizvođača do idealne situacije, u kojoj nema parničnih troškova i primenjenih grešaka.

¹⁶ Podrazumeva se da ovaj zaključak polazi od toga da se broj korisnika goriva koji pokreću parnicu i dobijaju potpunu naknadu *ne menja* kada se kaznena odšteta doda iznosu potpune naknade. Međutim, ovo je *nerealna pretpostavka*, jer dodavanjem kaznene odštete, oštećeni kupci dobijaju podsticaj da pokrenu parnicu, tako da se povećava broj tužilaca. S povećanjem broja tužilaca, trebalo bi da se smanji multiplikativni faktor. Zato se postavlja pitanje *da li ovaj faktor, u suštini, može da popravi neefikasnost prouzrokovanu pozitivnim parničnim troškovima*.

¹⁷ Praktično gledano, trebalo bi da se odgovarajućom veličinom multiplikativnog faktora (*m*), neutrališe primenjena greška (*e*). Polazeći od jednačine $m = 1/e$, ako se zna koliko iznosi primenjena greška, postoji mogućnost da se odgovarajućom veličinom multiplikativnog faktora primenjena greška neutrališe.

Prema tome, pod pretpostavkom objektivne odgovornosti, ekonomskim modelom potvrđuje se da se kaznena odšteta treba dosuditi, samo ukoliko tužilac može da dokaže postojanje namere tuženog. Dodajmo, da se pored namere počinioca štete, u literaturi EAP izdvajaju još neki uslovi za primenu kaznene odštete.¹⁸ Prvo, namera treba da bude *daleko ispod* praga pravnog standarda pažnje, tj. namera treba da bude takva da se njome *grubo* krše određeni standardi ponašanja. Drugo, kaznena odšteta treba da bude *visoka* u novčanom iznosu, jer se time neutrališe nezakonita korist počinioca štete od grubog kršenja pravnih standarda. U vezi s tim, namerni delikt manje je prihvatljiv u *moralnom smislu* od delikta učinjenog sa nepažnjom, što predstavlja još jedan razlog kojim se može opravdati visoki novčani iznos kaznene odštete. Po mišljenju Kutera,¹⁹ ove tri karakteristike kaznene odštete □ namera, grubo kršenje pravnih standarda i visoki novčani iznos, konzistentne su sa svrhom kaznene odštete koja se ogleda u *prevenciji i kažnjavanju*, ali nisu konzistentne sa svrhom kaznene odštete koja se ogleda u *potpunoj kompenzaciji oštećenih ili nagrađivanju tužilaca koji inače ne bi pokrenuli parnične postupke da nije predviđena kaznena odšteta*. No, isti autor smatra da kaznena odšteta ima društveno opravdanje ako je njena svrha u nagrađivanju tužilaca zbog *dodatnog tereta dokazivanja namere tuženih* u dokaznom postupku pred sudom. Najzad, kaznena odšteta nije pogodan instrument za ispravljanje malih grešaka sudija u obračunu potpune naknade štete.

Argumentacija Kutera o uslovima za primenu kaznene odštete dalje je razrađena od strane Šavela i Polinskog, koji su u svom poznatom radu²⁰ izneli principijelni stav da kaznenu odštetu treba koristiti prvenstveno za *optimalnu prevenciju* i to u zavisnosti od *verovatnoće otkrivanja počinitelaca štete*. Pitanje optimalne prevencije u daljem tekstu posebno se elaborira, a zatim povezuje sa Šavelovim stavom o divergenciji privatnih i društvenih troškova i koristi od parnice.

¹⁸ Detaljnije o tome: Robert D. Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, Southern California Law Review, Vol. 56, 1982□1983, str. 79□101.

¹⁹ *Ibid.*, str. 90.

²⁰ Videti fusnotu br. 3.

3. *Multiplikator ukupne odštete i multiplikator kaznene odštete*

Pitanju obračuna kaznene odštete posvećena je posebna pažnja od strane teoretičara *EAP*. Na tom planu naročito se izdvajaju Šavel i Polinski,²¹ koji su razvili jednostavnu formulu na osnovu koje sudija treba da odredi vrednost ukupne naknade štete. Drugim rečima, *vrednost ukupne odštete trebalo bi da bude jednaka vrednosti same štete pomnoženoj sa procentom verovatnoće da će počinilac štete biti proglašen odgovornim za naknadu štete*. Faktor koji pokazuje verovatnoću da će počinilac štete biti proglašen odgovornim za naknadu štete, *ujedno* predstavlja faktor koji reprezentuje verovatnoću da će on izbeći odgovornost za naknadu štete.²² Na primer, ako bi verovatnoća da će počinilac štete biti proglašen odgovornim za naknadu štete iznosila 25%, tj. ako bi *multiplikator ukupne odštete* iznosio 1/25 ili 4, i ako bi šteta, po pretpostavci, iznosila 200.000 dinara, ukupna odšteta trebalo bi da bude 800.000 dinara (4 x 200.000 dinara). Budući da će počinilac štete platiti odštetu od 800.000 dinara svaki četvrti put kada bude otkriven,²³ prosečna odšteta iznosiće 200.000 dinara. Primenom formule *multiplikator pomnožen vrednošću štete*, garantuje se da će, u proseku, počinilac štete platiti ukupnu štetu koju je uzrokovao, a čije plaćanje je pokušao da izbegne. U tom slučaju, počinilac štete će preduzeti efikasnu pažnju i efikasan nivo aktivnosti, jer je suočen sa plaćanjem *četvorostruke odštete*. Suprotno, da je platio samo *odštetu jednaku vrednosti štete*, dobio bi podsticaj da *snizi* nivo pažnje²⁴ i da *poveća* nivo aktivnosti kojom se bavi,²⁵ te u tom slučaju naknada štete ne bi obezbedila optimalnu prevenciju. U vezi s tim, postavlja se pitanje kako obračunati štetu ako

²¹ Videti: Michell A. Polinsky, Steven Shavell, *op. cit.*, str. 887–896.

²² Počinilac štete može izbeći odgovornost za naknadu štete, na primer, kada oštećeni ne može da dokaže uzročnost između radnje počinioca štete i same štete. Zatim, nekada oštećeni izbegavaju pokretanje parničnog postupka iako znaju ko je kriv za pričinjenu štetu, zbog visokih troškova parničnog postupka, vremena koje bi utrošili i drugih faktora.

²³ Pretpostavka jeste da on *kontinuirano* obavlja određenu delatnost.

²⁴ Pojam *pažnje* treba shvatiti u najširem smislu, to može biti kontrola kvaliteta proizvoda, ugradnja sigurnosnih uređaja, itd. Praktično gledano, snizila bi se kontrola kvaliteta, ili se ne bi ugradio sigurnosni uređaj i sl.

²⁵ Recimo, proizvođač bi povećao nivo privredne aktivnosti, dok bi cena njegovih proizvoda reflektovala samo prosečnu, a ne ukupnu odštetu, usled čega bi kupci kupovali *prekomerno* taj proizvod. Samim tim, proizvođač bi generisao *više štete* nego što je društveno poželjno.

počinilac štete *ne obavlja kontinuirano privrednu aktivnost*. U prethodnom primeru, pod pretpostavkom nekontinuiranog obavljanja delatnosti, počinitelj štete ili bi izbegao odgovornost za naknadu štete ili bi platio četverostruku odštetu ako bi bio otkriven, što predstavlja znatno viši iznos od štete koju je izazvao. No, rešenje ovog problema nalazi se u *očekivanoj odšteti*, tj. odšteti koju bi platio ako bi bio proglašen krivim pomnoženoj sa verovatnoćom da će biti proglašen krivim. U tom slučaju bi odšteta bila izjednačena sa štetom koju je izazvao i optimalna prevencija ne bi bila narušena. Međutim, ono što nas posebno interesuje u navedenom primeru jeste *kaznena odšteta*. Upravo iznos preko potpune naknade štete predstavlja kaznenu odštetu. Optimalni iznos kaznene odštete jeste iznos ukupne odštete umanjen za iznos potpune naknade štete. U prethodnom primeru, ukupan iznos odštete trebalo bi da iznosi *800.000 dinara*, a s obzirom na to da šteta, po pretpostavci, iznosi *200.000 dinara*, optimalni iznos kaznene odštete iznosio bi *600.000 dinara* (*800.000 dinara – 200.000 dinara*). Sledi da *multiplikator kaznene odštete* predstavlja odnos između verovatnoće da će počinitelj štete izbeći odgovornost za naknadu štete (75%) i da će biti odgovoran (25%): $75\% / 25\% = 3$. Shodno tome, postoje dva multiplikatora: *multiplikator ukupne odštete* (4) i *multiplikator kaznene odštete* (3). Vidimo da se kaznena odšteta odnosi na situaciju kada je počinitelj štete izbegao odgovornost za naknadu štete. No, u širem smislu, izbegavanje te odgovornosti ne mora nužno da bude *nemoralno*, tako da bi kaznena odšteta, po mišljenju Polinskog i Šavela,²⁶ *trebalo da služi prvenstveno za efikasnu prevenciju (efikasnu pažnju i aktivnost)*. Ovde je reč o *izbegavanju odgovornosti od strane pravnih lica*, tako da ova dva autora ne osporavaju neophodnost postojanja nemoralnog ili sramnog ponašanja za određivanje kaznene odštete kada su u pitanju *fizička lica*. Racionalna osnova za primenu kaznene odštete prema fizičkim licima iz razloga *prevencije* ogleda se u *društveno nezakonitoj koristi* koju ta lica prisvajaju čineći sramna dela.²⁷ Ovaj argument u vezi s primenom kaznene odštete prema fizičkim licima identičan je gore spomenutom Kuterovom stavu. S druge strane, kada je reč o *kažnjavanju* kao svrsi kaznene odštete,²⁸ njena primena opravdana je

²⁶ Videti: Michell A. Polinsky, Steven Shavell, *op. cit.*, str. 875 i na drugim mestima.

²⁷ U tom slučaju, izbegavanje odgovornosti za naknadu štete može imati sekundarni značaj u određivanju kaznene odštete. *Ibid.*, str. 909.

²⁸ *Ibid.*, str. 948–954.

prema fizičkim licima, kao i prema pravnim licima u situaciji kada ih treba kazniti kao *zasebne entitete*. Suprotno, svrha kazne dovodi se u pitanje ukoliko je kažnjavanje upereno prema zaposlenim odgovornim licima u pravnom licu, jer tada negativne posledice mogu osetiti vlasnici (akcionari), koji uopšte nisu krivi.

4. Društveni multiplikator odštete i multiplikator ukupne odštete

U teoriji²⁹ postoje stavovi da se multiplikator ukupne odštete ($1/p$, gde je p verovatnoća snošenja odgovornosti za naknadu štete), koji predstavlja *optimalan multiplikator prevencije (OMP)*, razlikuje od *društveno optimalnog multiplikatora (DOM)*. Razlika između ova dva faktora ispoljava se ako se uzmu u obzir *troškovi parničnog postupka*. Multiplikator ukupne odštete usmeren je prvenstveno na postizanje optimalne prevencije na način da počinitelj štete treba da internalizuje trošak direktne štete i iznos parničnih troškova koje je generisao oštećenom. Recimo, ako počinitelj štete nije bio pažljiv i uzrokovao ukupnu društvenu štetu od *120.000 dinara* (iznos štete koju je pretrpeo oštećeni od *100.000 dinara* i *20.000 dinara* na ime parničnih troškova oštećenog), tada će *OMP* navesti počinioca štete da preduzme pažnju kad god je njegov trošak pažnje manji od *120.000 dinara*. Drugim rečima, *OMP* navodi počinioca štete da internalizuje ukupne društvene troškove štete, a koji se sastoje od iznosa štete i parničnih troškova oštećenog. S druge strane, *DOM* bi trebalo da dovede do minimiziranja tri vrsta troškova: troškova štete, troškova preduzimanja mera pažnje i parničnih troškova obe strane. *DOM* uzima u obzir ne samo troškove koje je počinitelj štete svojim ponašanjem eksternalizovao na oštećenog, već i parnične troškove jedne i druge strane, kao i troškove prevencije budućih šteta.

DOM bi trebalo da bude niži od OMP. Zašto? Odgovor na ovo pitanje možemo dobiti ako, hipotetički gledano, posmatramo povećanje troškova parničnog postupka. Sa povećanjem troškova parničnog postupka, *OMP* takođe se povećava, jer treba da utiče da počinitelj štete plati i te uvećane parnične troškove, među kojima su i parnični troškovi oštećenog. Suprotno, *DOM* se smanjuje. Naime, budući da

²⁹ Naglašavamo da je analiza koja sledi bazirana na *ideji divergencije privatnih i društvenih troškova i koristi od parnice*, a koju je prvi razvio Šavel, videti: Steven Shavell, *The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*, Journal of Legal Studies, Vol. 11, 1982.

parnica postaje skuplja, manje je verovatno da će preventivni efekti nove parnice (granična društvena korist od nove parnice) neutralisati uvećane granične društvene troškove te parnice. Kada granična društvena korist od nove parnice postane *niža* od graničnih društvenih troškova te parnice, *DOM* pada ispod jedinice i može doći do nule. Razlog zbog čega se *DOM* smanjuje leži u činjenici da je potrebno *obeshrabriti* pokretanje novih parničnih postupaka i vođenje novih parnica, zbog njihove negativne granične društvene vrednosti.³⁰ Analogno tome, može se posmatrati i *odnos troškova parničnog postupka i visine štete* i doći do istog zaključka. Drugim rečima, ako se povećava iznos parničnih troškova u odnosu na vrednost same štete, onda *DOM* pada ispod jedinice i može doći do nule. S druge strane, *OMP* uvek je veći od jedinice i raste iznad tog nivoa sa povećanjem parničnih troškova u odnosu na vrednost same štete.³¹ Generalno gledano, kod *DOM-a* akcenat je na minimizaciji ukupnih društvenih troškova šteta, dok se kod *OMP-a* naglašava prebacivanje troškova sa oštećenog na počinioca štete. Pitanje izbora ova dva multiplikatora, a samim tim šire gledano i sistema naknade štete, nameće se kao važno *normativno pitanje* u svakom društvu. Pri tom, jasno je da izbor *DOM-a* može ostaviti mnoge oštećene *bez adekvatne naknade štete*, jer je kod ovog multiplikatora akcenat na minimizaciji ukupnih društvenih troškova šteta, tj. na minimizaciji primarnih troškova (troškova šteta i troškova njihove prevencije), sekundarnih troškova nastalih posle nesreće (tzv. širenje troškova štete), kao i tercijarnih troškova (tzv. administrativnih troškova).³² No, kada bi svi pojedinci u nekom društvu imali averziju prema riziku, onda bi ideja pune internalizacije ukupnih društvenih troškova šteta bila opravdana. Budući da nije tako, i da postoji institucija *osiguranja* koja je dostupna svim pojedincima, jasno je da izbor ovakvog sistema naknade štete nije *uvek i u svakoj situaciji* opravdan. S druge strane, izbor sistema naknade štete baziranog na korektivnoj pravdi, tj. prebacivanju troškova sa oštećenog na počinioca štete, takođe nije *uvek* opravdan, jer ne vodi dovoljno računa o prevenciji. Dakle, sistem koji zbog averzije prema riziku naglašava *samo* prevenciju, kao i sistem koji

³⁰ Ukoliko je *DOM* jednak nuli, znači da je potrebno *zabraniti* pokretanje određenih parničnih postupaka, sa društvenog aspekta.

³¹ Videti: Keith N. Hylton, Thomas J. Miceli, *Should Tort Damages be Multiplied?*, University of Connecticut, Working Paper, 2002-45, 2002.

³² Videti: Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*, New Haven and London, Yale University Press, 1970.

zbog zaštite oštećenih naglašava *samo* kompenzaciju, sam za sebe nije dovoljan. U ekstremnom vidu, pristalice averzije prema riziku, i pristalice zaštite oštećenog i prebacivanja svih troškova štete na počinioca štete, izabrali bi *uvek OMP*. Prvi bi izabrali taj multiplikator radi neutralisanja ili svođenja rizika od šteta na minimum, dok bi drugi to isto učinili zarad pravične kompenzacije.³³ No, taj izbor može se pokazati kao arbitraran, budući da postoji *divergencija privatnih i društvenih troškova i koristi od parnice*. Kao što smo istakli, na Šavelovoj ideji divergencije nastala je ideja o *DOM*, koji uzima u obzir primarne, sekundarne i tercijarne troškove šteta i teži njihovoj minimizaciji.³⁴ Ono što je optimalno sa stanovišta pojedinca (počinioca štete ili oštećenog) ne mora nužno biti optimalno sa društvenog stanovišta. Iz toga sledi da vrednost *OMP*, sa aspekta svakog pojedinačnog počinioca štete, treba odrediti balansiranjem između ukupnog broja parnica i potrebe za internalizacijom troškova. Recimo, ako jedno od pet oštećenih lica pokrene parnični postupak, to ne znači da *OMP* treba da iznosi *pet*, jer će tada svaki oštećeni dobiti pet puta veću naknadu štete, što očito vodi ka *previsokoj internalizaciji troškova*. Štaviše, upravo će ta potreba za balansiranjem između broja parnica i internalizacije troškova zahtevati da se određenim instrumentima pravne politike zabrani pokretanje parničnih postupaka i svođenje njihovog broja na društveno prihvatljiv nivo. Jedan od tih instrumenata jeste i *OMP*, koga u tom slučaju treba podesiti tako da obeshrabruje pokretanje parničnih postupaka. Praktično gledano, dosledna primena *OMP* dovela bi određivanja odštete koja može biti veća i *nekoliko puta* od same štete,³⁵ dok primena društvenog multiplikatora odštete vodi ka *nižem* odnosu vrednosti odštete i štete.³⁶

³³ *OMP* uvek dovodi do određene kompenzacije, a *DOM* može ostaviti određene oštećene bez naknade štete, ako je to neophodno radi minimizacije ukupnih društvenih troškova šteta. Iz tog razloga pristalice zaštite oštećenih radije prihvataju *OMP*.

³⁴ Naglašavamo da se društvenim multiplikatorom ne mogu ovi troškovi svesti na nulu, jer u društvu postoje i pojedinci koji su skloni riziku.

³⁵ Recimo, ako su troškovi parničnog postupka *u velikoj meri* veći od vrednosti same štete, primena ovog multiplikatora opravdava činjenicu da je odšteta veća od vrednosti same štete i *preko* dva ili tri puta!

³⁶ Videti *model simulacije* u: Keith N. Hylton, Thomas J. Miceli, *op. cit.*, str. 11–13. Ovaj model dokazuje da je *DOM* niži od duplog ili troduplog odnosa odštete i štete, a nekada je manji od jedinice.

5. Psihološki aspekti kaznene odštete

Optimalna prevencija predstavlja jedno od centralnih pitanja u okviru teorije *EAP*. Kao što je rečeno, kaznena odšteta jeste jedan od instrumenata za postizanje optimalne prevencije. Ne osporavajući tezu da kaznena odšteta zaista može poslužiti toj svrsi, pitanje glasi: *da li pojedinci u društvu shvataju značaj same prevencije i kakav je njihov stav prema tom važnom cilju odštetnog prava?* Na ovom mestu naznačimo da je jedno istraživanje³⁷ pokazalo da pojedinci opravdavaju korišćenje kaznene odštete prvenstveno zbog *nemoralnog ili sramnog ponašanja počinilaca štete*, a ne zbog prevencije budućih štetnih događaja. Da pojedinci pridaju visok značaj prevenciji u smislu *EAP*, rangirali bi visinu kazne prema *težini posledica* nekog štetnog događaja. No, spomenuto istraživanje ukazuje da na *psihološkoj ravni* ljudi ne razmišljaju uvek o *posledicama* prilikom odmeravanja bilo koje vrste kazne.³⁸ Time se dovodi u pitanje koncept optimalne prevencije koji je u osnovi baziran na tome da pojedinci procenjuju visinu kaznene odštete u zavisnosti od težine štetnih posledica. U vezi s tim, ne može se kategorički tvrditi da pojedinci u društvu ne shvataju značaj prevencije i da njoj ne posvećuju dovoljno pažnje, ali jedno novije istraživanje³⁹ pokazuje da oni ne shvataju značaj optimalne prevencije na način kako to ističu teoretičari *EAP*. Budući da pitanje prevencije ne sagledavaju na ekonomski način, pojedinci nisu spremni da zastupaju kaznenu odštetu kao instrument za postizanje tog cilja. Osnovni nalaz ovog novijeg istraživanja jeste da bi ljudi nerado, i sa otporom, prihvatili promenu sistema naknade štete u pravcu optimalne prevencije. S obzirom na to da teoretičari *EAP* ističu korišćenje *OMP* radi postizanja efikasnog nivoa pažnje i aktivnosti, u stvarnosti bi primena pravne politike bazirane na ovom multiplikatoru naišla na

³⁷ Videti: Jonathan Baron, Ilana Ritov, *Intuitions About Penalties and Compensation in the Context of Torts Law*, Journal Risk and Uncertainty, Vol. 7, No. 17, 1993.

³⁸ Većina teoretičara koja pripada korpusu tzv. čikaške *EAP* procenjuje efekte pravnih normi generalno i, u kontekstu ovog rada, efekte kaznene odštete na osnovu *posledica*. Po tom konceptu se čikaška *EAP* razlikuje od druga dva veoma važna pravca filosofije prava – pravnog pozitivizma i deontološke teorije. Videti: Hans-Bernd Schöfer, Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2004, str. 4–5.

³⁹ Videti: Cass R. Sustein, Daniel Kahneman, David Schkade, *Do People Want Optimal Deterrence?*, University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 77, 1999, dostupno na: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=166168

neodobravanje širokog kruga ljudi. Kao što je rečeno, *OMP* zavisi od verovatnoće snošenja odgovornosti za naknadu štete, te ukoliko ta verovatnoća iznosi recimo 50%, kaznena odšteta trebalo bi da bude *dvostruko veća* u odnosu na vrednost potpune naknade štete. Međutim, ovo istraživanje pokazalo je da ljudi ne odmeravaju visinu kazne u zavisnosti od verovatnoće snošenja odgovornosti za naknadu štete. Na osnovu ovog važnog nalaza postavlja se pitanje *da li bi politika optimalne prevencije, koja bi očito dovela u pitanje važeća moralna načela u rasuđivanju pojedinaca, zaista bila primenjena u praksi?* Dalja implikacija ovog nalaza ne ogleda se u tome da stavove teoretičara *EAP* po pitanju optimalne prevencije ne bi trebalo primeniti u praksi, već da bi zakonodavac morao ozbiljno uzeti u obzir činjenicu da ljudi nerado gledaju na promenu odštetnog prava u pravcu promocije i primene optimalne prevencije, kao i da odmeravanje kazne nije bazirano na kriterijumu verovatnoće otkrivanja počinitelaca štete. Kao jedina prava alternativa, po mišljenju autora ovog istraživanja, pokazuje se *edukacija* građana o značaju optimalne prevencije u ekonomskom smislu.

6. Promena pravila o kaznenoj odšteti – praktični aspekt

U 75. najvećih američkih država, tokom 1996. godine, od ukupnog broja parnica za naknadu štete, najveći broj odnosio se na štetu koja je nastala u saobraćajnim nesrećama (49%) i štetu nastalu usled povrede ili ugrožavanja prava svojine (22%).⁴⁰ Posle ovih parnica, dolaze parnice pokrenute zbog štete usled nesavesnog lečenja (12%), štete uzrokovane namernim deliktima⁴¹ (4,8%), štete prouzrokovane od stvari sa nedostatkom (2,3%), štete prouzrokovane azbestom (1,8%), itd. U ukupno 10.278 parnica učestvovalo je 37.561 parničnih stranaka

⁴⁰ Isti trend postojao je između 1.7.1991. godine i 30.6.1992. godine, jer je $\frac{3}{4}$ od 750.000 tužbi za naknadu štete u tom periodu podignuto zbog štete uzrokovane u automobilskim nesrećama i štete usled povrede prava svojine. Videti: K. Smith, Carol J. Defrances, Patrick A. Langan, John Goerd, *Tort Cases in Large Countries* (NCJ-153177), Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1995.

⁴¹ *Namerni delikt* jeste vrsta građanskog delikta koji je počinjen sa namerom, pored delikta počinjenog iz nehata i delikta koji dovodi do odgovornosti nezavisno od krivice. Videti: Constantinos E. Scaros, *All About Torts*, Prentice Hall, New Jersey, 2000, str. 15.

(tužilaca i tuženih). Od tog ukupnog broja parničnih stranaka bilo je oko 15.600 tužilaca i oko 22.000 tuženih.⁴²

Određeni podaci⁴³ pokazuju da je u Americi, u 2001. godini, potrošeno oko 205,4 biliona dolara na sudsko rešavanje sporova, poravnanje zbog fizičkih povreda, uključujući i administrativne troškove osiguravajućih kompanija. Ovi podaci ne uključuju administrativne troškove funkcionisanja države i federalnih sudova, kao ni tzv. *indirektne troškove*, poput troškova tzv. *negativne odbrambene medicine*.⁴⁴ Takođe, u drugoj polovini 20. veka, u SAD-u, troškovi podizanja tužbi povećali su se tri puta brže u odnosu na ukupnu stopu rasta američke ekonomije.⁴⁵ Može se reći da je *sistem naknade štete u SAD-u veoma skup*.

Kao što je rečeno, u ovim i drugim parničnim postupcima, američki sudovi, za razliku od naših sudova, pored *potpune naknade štete*, mogu dosuditi i *kaznenu odštetu*. Međutim, u današnjoj praksi američkih sudova kaznena odšteta dosuđuje se daleko *ređe*. Razlog tome leži u činjenici što su pojedine države pribegle raznim merama kojima bi dosuđivanje ove vrste naknade štete svele na razuman nivo. Pri tom, neke države SAD-a *ukinule* su kaznenu odštetu; neke države su *pooštrile dokazni postupak* radi dosuđivanja ove vrste naknade štete;⁴⁶ neke su *ograničile maksimalni iznos*⁴⁷ koji sud može dosuditi

⁴² Videti: Marika F. X. Litras, Sidra Lea Gifford, Carol J. DeFrances, *Tort Trials and Verdicts in Large Countries* (NCJ-179769), U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, august 2000.

⁴³ Videti: Tillinghast-Towers Perrin, *U.S. Tort Costs 2000 Update: Trends and Findings on the Costs of the U.S. Tort System*, 2002, str. 13 i 18.

⁴⁴ *Negativna odbrambena medicina* (eng. *negative defensive medicine*) jeste pojava kad lekari nalažu izvođenje nepotrebnih testova i pregleda pacijentima, zbog izbegavanja ili minimiziranja potencijalne odgovornosti za štetu zbog nesavesnog lečenja. Videti: *Medical Malpractice Tort Limits and Health Care Spending*, The Congress of the United States, Congressional Budget Office, 2006, str. 5, gde je navedeno prema: Office of Technology Assessment, *Defensive medicine and Medical Malpractice*, OTA-H-602, 1994.

⁴⁵ Videti: Tillinghast-Towers Perrin, *op. cit.*, 2002, str. 9.

⁴⁶ Neke države uvele su pravilo da su potrebni *jasni i ubedljivi dokazi*, kako bi sud dosudio kaznenu odštetu. Na taj način je pooštren dokazni postupak u vezi sa dosuđivanjem kaznene odštete, ali ne u toj meri da bi bio izjednačen s dokaznim postupkom u krivično-pravnoj oblasti.

⁴⁷ To ograničenje sprovedeno je na dva načina: određivanjem *limita* kaznene odštete (npr. u Virdžiniji maksimalni iznos je 350.000\$) i određivanjem maksimalnog *odnosa* kaznene odštete i potpune naknade štete (npr. u Floridi, *tri puta iznos potpune naknade štete*). Sledeći Šavelovu logiku, optimalni iznos kaznene odštete u

na ime kaznene odštete, ili su propisale da deo kaznene odštete ide u korist *države*.⁴⁸ Ovo govori u prilog tome da je *promena* odštetnog prava u delu kaznene odštete uzela maha. Time je ublažena česta praksa dosuđivanja ove vrste odštete i previše liberalan pristup u primeni ovog pravnog instituta.⁴⁹ Dešavalo se, u praksi, da tužioci dobijaju ogroman iznos kaznene odštete za *bizarne povrede*.⁵⁰ Neke studije⁵¹ pokazuju da je kaznena odšteta i naknada štete zbog pretrpljenog bola i straha dodeljivana *arbitrarno*, bez ikakve koristi za pravnu sigurnost građana. Takođe, određene studije⁵² ukazuju da je kaznena odšteta potpuno *proizvoljno* određivana. U 47 okruga od ukupno 11 američkih država, u periodu od nekoliko godina, utvrđena je značajna raznolikost: u 25% uspešnih slučajeva kaznena odšteta dodeljena je u određenim okruzima, dok u drugim nije dodeljena uopšte. U vezi s tim, u teoriji postoje mišljenja⁵³ da je arbitrarnost i neizvesnost u određivanju kaznene odštete posledica značajnih razlika u *moralnom rasuđivanju pojedinaca* (članova porote) i poteškoća u novčanom iskazivanju tih moralnih ocena. U svakom slučaju, problemi u primeni ovog pravnog instituta doveli su do promene

konkretnom slučaju može biti veći od ovih unapred određenih iznosa kaznene odštete. Tako se određivanjem maksimalnog iznosa kaznene odštete mogu iskriviti podsticaji za efikasnu pažnju i aktivnost. Drugim rečima, može se narušiti optimalna prevencija. Videti: Michell A. Polinsky, Steven Shavell, *op. cit.*, str. 900.

⁴⁸ Videti: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, str. 356.

⁴⁹ U tzv. *BMW slučaju* (*BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, 1996) porota je dosudila 4.000.000\$ tužiocu na ime kaznene odštete (1.000 puta veći iznos od iznosa same štete), zato što je prodavac *BMW* automobila (tuženi) prodao kupcu (tužiocu) automobil kao nov, iako je bio oštećen prilikom transporta i prepravljen pre isporuke. Videti: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *Principles of Law and Economics*, Pearson Education, Inc., Upper Saddle River, New Jersey 07458, 2005, str. 248.

⁵⁰ U tzv. *McDonald's slučaju* (*Liebeck v. McDonald's Restaurant, P. T. S., Inc.*, No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 Bernalillo Country, N.M. Dist. Ct. Aug. 18, 1994) porota je dosudila starici 2.900.000\$ na ime naknade štete, zato što se ozbiljno opekla vrelom kafom u *McDonald's-u*. Po žalbi sudsko veće je smanjilo iznos naknade na 640.000\$, ali je ovaj slučaj ostao upamćen u američkoj sudskoj praksi kao primer *bizarnog slučaja*. Detaljnije o ovoj sudskoj presudi, videti: *Ibid.*, str. 251.

⁵¹ Videti: *The Economics of U.S. Tort Liability: A Primer*, The Congress of the United States, Congressional Budget Office, 2003, str. vii.

⁵² Videti: Stephen Daniels, Joane Martin, *Myth and Reality in Punitive Damage*, Minnesota Law Review, Vol. 75, 1990, str. 32.

⁵³ Videti: Cass R. Sustein, Daniel Kahneman, David Schkade, *Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)*, Yale Law Journal, Vol. 107, No. 7, 1998, str. 2071–2153.

postojećih pravila u vezi s kaznenom odštetom (limitiranje kaznene odštete, pooštavanje uslova, itd). Pored toga, postoje i predlozi da se kaznena odšteta dodeljuje isključivo na *komparativnoj osnovi*, tj. na osnovu slične presude, kako bi se predupredila prevelika odstupanja u određivanju iznosa kaznene odštete. Zatim, predlaže se da kaznenu odštetu određuju *sudije ili činovnici drugih državnih institucija*, a ne porotnici, jer oni ne pokazuju dovoljno znanja i senzibiliteta kada ne postoji tržišna mera za utvrđivanje visine kaznene odštete (naknada za pretrpljeni strah i bol, seksualno uznemiravanje, itd).⁵⁴

Zaključna razmatranja

Iz ekonomskog ugla gledano, kaznena odšteta nalazi svoje opravdanje u prevenciji građanskih delikata. U cilju optimalne prevencije, teoretičari *EAP* razvili su faktor kaznene odštete i faktor ukupne odštete, koji se još naziva i optimalnim multiplikatorom prevencije (*OMP*). Istaknuto je da se *OMP* razlikuje od društveno optimalnog multiplikatora prevencije (*DOM*), budući da je *OMP* usmeren na minimizaciju troškova direktne štete koju je pretrpeo oštećeni, kao i njegovih parničnih troškova. S druge strane, *DOM* ima za cilj minimizaciju ukupnih društvenih troškova šteta, tako da on može odstupiti od *OMP*. To odstupanje ukazuje da *OMP* ne treba odmeravati samo na osnovu direktne štete koju je počinilac štete nanio oštećenom, već i na osnovu troškova prevencije budućih šteta, troškova nastalih posle štete (tzv. širenje troškova), kao i administrativnih troškova parničnog postupka. Odmeravanje kaznene odštete samo na osnovu direktne štete vodi ka visokom odnosu kaznene odštete i potpune naknade štete, dok uzimanje u obzir i ukupnih društvenih troškova štete vodi ka *nižem odnosu* kaznene odštete i potpune naknade štete. Suština ovog stava ogleda se u tome da kaznenu odštetu treba sagledavati ne samo iz pojedinačnog, već i iz društvenog ugla. Ovaj stav izveden je iz šire Šavelove ideje o divergenciji privatnih i društvenih troškova i koristi od parnice. Postojanje te divergencije upravo ukazuje da kaznena odšteta, kao instrument pravne politike, mora služiti povećanju ili smanjenju ukupnog broja parnica i njihovom svodenju na društveno prihvatljiv nivo. Ukoliko je kaznena odšteta visoka, internalizacija troškova biće takođe visoka, i broj parnica će biti *iznad* društvenog optimuma. No,

⁵⁴ *Ibid.*

ako se nižom vrednošću kaznene odštete smanje podsticaji za pokretanje parničnih postupaka i vođenje parnica, veća je verovatnoća da će se smanjiti ukupan broj parnica i, samim tim, internalizacija troškova će biti niža.

Ovakav ugao sagledavanja kaznene odštete, koji, vrednosno gledano, polazi od toga da se kazna može odmeravati na osnovu *posledica*, svojstven je teoretičarima čikaške *EAP*. Drugim rečima, poznavanje verovatnoće otkrivanja počinilaca štete, tj. verovatnoće snošenja odgovornosti za naknadu štete, opredeljuje visinu kaznene odštete. No, psihološka istraživanja osporila su ovakav koncept, s obzirom na to da pojedinci ne odmeravaju uvek i nužno visinu kazne prema procentu verovatnoće otkrivanja počinilaca štete. Štaviše, ta istraživanja pokazala su da bi pojedinci u društvu imali jak otpor prema pravnoj politici baziranoj na optimalnoj prevenciji.

Na osnovu svega rečenog, stiče se utisak da u svakom društvu postoje duboko ukorenjeni vrednosni stavovi koji inkliniraju ka naknadi štete čija je svrha u tome da imovinsko stanje oštećenog dovede u pređašnje stanje. Svaka pomisao na promenu takvog stava uzrokuje neodobranje i otpor. Isticanje kaznene odštete kao instrumenta optimalne prevencije doživelo bi se kao *nešto što je nepravilno*. Na prvi pogled i deluje da veća visina odštete u odnosu na vrednost same štete predstavlja nepravilno rešenje. No, američko odštetno pravo nema za cilj samo pravilnu kompenzaciju, već i prevenciju i kažnjavanje. Pristalicama pravilne kompenzacije to svakako nije strano, te se može s pravom očekivati da bi prihvatili kaznenu odštetu, bar kada su u pitanju sramni ili nemoralni delikti pojedinaca. Međutim, kaznena odšteta sadrži u sebi i element *prevencije*. Budući da se pitanju prevencije, naročito optimalne prevencije, posvećuje manje pažnje, istaknuta je važnost tog pitanja. Na ovom mestu autor izražava slaganje sa autorima navedenog psihološkog istraživanja da je potrebna *edukacija* građana o značaju i ulozi same prevencije. Verovatno samo informacije zasnovane na stručnom znanju mogu promeniti uvrežena shvatanja bazirana na netačnim informacijama. Optimalna prevencija nije nepravilna niti je usmerena na narušavanje principa potpune naknade štete, naprotiv, i sprečavanje budućih šteta i minimiziranje troškova odštetnog prava predstavlja jednako važan društveni cilj. S druge strane, kada je reč o odnosu prevencije i kazne, kao i činjenici da mogu uticati na visinu kaznene odštete u različitim

smerovima, stav Šavela i Polinskog⁵⁵ da optimalan iznos kaznene odštete treba da predstavlja *kompromis* između onih iznosa koji su optimalni kada se ova dva cilja odštetnog prava posmatraju odvojeno, čini se prihvatljivim.

Naglasimo da kaznena odšteta predstavlja mogućnost za različite vrste zloupotreba i proizvoljnosti od strane sudova. Upravo američka sudska praksa sa velikim brojem arbitrarnih i proizvoljnih sudskih presuda to potvrđuje. U pravnom smislu, važno je ograničiti kaznenu odštetu na delikte koji sadrže *nameru* počinioca štete i kojima se *grubo krše* određeni pravni standardi. S druge strane, kada su u pitanju pravna lica, *verovatnoća otkrivanja počinioca štete* trebalo bi da predstavlja osnovni kriterijum za obračun kaznene odštete, jer se kriterijum *razumne proporcije u odnosu na potpunu naknadu štete* pokazao kao neprecizan. U vezi s tim i sposobnost za plaćanje počinioca štete ne bi valjalo uzimati kao bazični kriterijum za obračun kaznene naknade štete. Dalje, predlog da se kaznena odšteta odmerava na *komparativnoj osnovi*, tj. na osnovu sličnih presuda, pokazuje se kao razumno rešenje, jer doprinosi ujednačavanju kaznene politike. Najzad, s obzirom na to da je porota u 98% slučajeva u američkoj sudskoj praksi određivala *ogromne iznose kaznene odštete*, koji su veoma nepredvidivi i slabo koreliraju sa potpunom naknadom štete,⁵⁶ argumentacija o ustupanju nadležnosti u određivanju kaznene odštete sa porote na sudije ili druge državne organe, čini se veoma ubedljivom.

⁵⁵ Videti: Michell A. Polinsky, Steven Shavell, *op. cit.*, str. 955.

⁵⁶ Videti: Joni Hersch, W. Kip Viscusi, *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 362, 05/2002, 2002.

Aleksandar Mojasevic, LL.M.,
Faculty of Law, University of Nis

PUNITIVE DAMAGES IN AMERICAN LAW

In this study the author examines the punitive damages in the American law, both from legal and economical perspective. The purpose of punitive damages boils down to achieving three very important social goals: prevention, compensation and punishment. Since these goals may not be necessarily compatible, the author aims at establishing the economical implications derived from the application of punitive damages. Particular attention is payed at the question of the optimal prevention of an expected harm, which is addressed by application of economical models in scientific examination. However, the psychological researches throw a different light on the economical implications of punitive damages, so the study is shaped with the psychological dimension thereof.

The first part of the study deals with the notion and the purpose of punitive damages in the American law. The second part concerns the question of the optimal prevention of expected harm, both from individual and societal perspective. In the third part, the author presents results of the latest psychological experimental researches regarding the personal attitudes toward the role of optimal prevention. In this part, the ongoing American legal reform of punitive damages is also presented. Finally, the author summarizes the subject matter, draws partial conclusions based on the economical models as well as the experimental researches, and states the general conclusion regarding the role of punitive damages in achieving the abovementioned social ends.

Key words: *damages, prevention, punishment, efficiency.*

doc. dr Marijana Đukić-Mijatović
Pravni fakultet za privredu i pravosuđe
Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu

Originalni naučni rad
UDK:347.918 340.137

Položaj arbitra u arbitražnom postupku - komparativno pravni pregled

U ovom radu autor ukazuje na značaj kvalitetnog arbitražnog suđenja, na koju činjenicu svakako utiče ličnost samih arbitara. Ovim radom autor vrši komparativno pravni pregled rešenja svetskih zakonodavaca u oblasti imenovanja arbitara, njihovih karakteristika, ovlašćenja i ograničenja u arbitriranju, te ukazuje u kom pravcu bi bilo nužno izvršiti harmonizaciju domaćeg zakonodavstva, imajući u vidu aktuelne svetske standarde postavljene u oblasti arbitražnog prava. Donošenjem modernog zakona, kao što je Zakon o arbitražama, kao i ratifikovanjem i implementiranjem najznačajnijih svetskih konvencija iz ove oblasti stvorili su se preduslovi za kvalitetnije arbitražno suđenje kod nas, što vodi postizanju većeg stepena pravne sigurnosti. Kvaliteti Zakona o arbitraži, sa aspekta teme ovog rada položaja arbitra u arbitražnom postupku svakako su kako direktna implementacija rešenja najznačajnijih svetskih konvencija, tako i harmonizacija sa aktuelnim svetskim standardima postavljenim u ovoj oblasti. Autor zaključuje da je nužno nastaviti sa harmonizacijom domaćeg zakonodavstva, po ugledu na države sa bogatom arbitražnom tradicijom, jer je kvalitet arbitražnih odluka u direktnoj uzročnoj vezi sa ličnošću izabranih arbitara i njihovim položajem u arbitražnom postupku.

Ključne reči: harmonizacija, arbitraže, arbitražni sporazum, arbitražni postupak, Arbitar

I Arbitar, kao konstitutivni element arbitraže

Arbitražni sporazum. - Stranke poveravaju arbitražnom sudu¹, na rešavanje svoje buduće sporove ili sporove nastale iz određenog pravnog odnosa², putem kompromisorne klauzule ili kompromisornog sporazuma, koji moraju biti zaključeni u pismenoj formi.³

U pravnoj teoriji postoji više pristupa pravnoj prirodi i pravnom dejstvu arbitražnog ugovora.⁴ Prema jednim prevladava mišljenje da

¹Arbitraža predstavlja na sporazumu stranaka konstituisan nedržavni sud, sastavljen od jednog ili više arbitara, o čijem su se izboru stranke sporazumele i cilj čijeg konstituisanja je procesuiranje spora u pravcu donošenja meritorne odluke, koja prema strankama ima snagu pravnosnažne sudske presude.

²Perović J., Međunarodno rešavanje sporova u međunarodnim poslovnim odnosima, Beograd, 2002. godina, str.6.

³Izvori prava u ovoj oblasti su prvenstveno Zakon o arbitraži Republike Srbije, a do donošenja ovog zakona arbitražni postupak nije bio regulisan u celosti, te je ranije važeći Zakon o parničnom postupku ("Sl. list SFRJ", br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 72/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91 i "Sl. list SRJ", br. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 i 3/2002 i "Sl. glasnik RS", br. 125/2004 u trideset prvoj glavi regulisao postupak pred izbranim sudovima, od čl. 468a do 487. Danom stupanja na snagu *lex specialisa*, prestale su da važe odredbe ovih zakona. Zakon o parničnom postupku ("Službeni list SCG" br.1, od 4. februara 2004. godine.) se primenjuje kao supsidijaran izvor prava, na pitanja koja nisu regulisana voljom stranaka, pravilima ugovorene arbitraže i Zakonom o arbitraži. Arbitražno rešavanje sporova regulisano je i pravilnicima institucionalnih arbitraža čiju su nadležnost stranke ugovorile, na primer Pravilnik o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije (*Sl. glasnik RS*, br. 52 I 2007) i Pravilnik o Stalnom izabranom sudu pri Privrednoj komori Srbije. (*Sl. glasnik*, br. 1 i 30). Međunarodne konvencije su imale veliki uticaj na promovisanje arbitraža. To su bili prvenstveno Protokol o arbitražnim klauzulama od 24. septembra 1923. (Ženevski protokol) i Konvencija o izvršenju inostranih arbitražnih odluka od 26. septembra 1927. (Ženevska konvencija). Ove konvencije više ne važe između država koje su prihvatile Njujoršku konvenciju (*United Nations, Treaty Series, vol. 330, No. 4739, p. 38.*). U okviru regionalnih konvencija koje regulišu međunarodnu trgovinsku arbitražu značajna je Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, koju je donela 21. aprila 1961. u Ženevi Ekonomska komisija UN za Evropu. Značajna je i Konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i građana drugih država, doneta u Vašingtonu 18. marta 1965. godine a posebno Model Zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (*Official Records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 17 (A/40/17), annex I.*) koji je Generalna skupština UN odobrila Rezolucijom od 11. decembra 1985. godine. Značajna su i UNCUTRAL-ova Arbitražna pravila. (*United Nations publication, Sales No. E.77.V.6.*). Model Zakon koji sadrži 36 članova i komentar svakog člana, izmenjen je i dopunjen 2006. godine.

⁴To je i rešenje člana 12. Zakona o arbitraži i člana 13. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži, a u skladu sa odredbama Model Zakona o međunarodnoj

arbitražni ugovor ima građansko-pravno dejstvo, te da se može pobijati kao i svaki drugi građansko-pravni ugovor. U švajcarskom i austrijskom pravu arbitražni sporazum ima procesnopravno dejstvo, a prema nemačkom pravu ima autora koji tvrde da arbitražni sporazum ima isključivo materijalno dejstvo.⁵ Ugovorom o arbitražnom suđenju isključuje se nadležnost za suđenje državnog suda, a eventualno spor koji može nastati ili je već nastao daje se na rešavanje sudiji pojedincu ili više arbitara koji donose odluku u arbitražnom postupku. Što se tiče Model Zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži ista je jasno definisana tako što odredbama člana 1. propisano da se zakon primenjuje ukoliko su ga strane u sporu ratifikovale.⁶ Stalne arbitražne institucije mogu da osnuju privredne komore, profesionalna i strukovna udruženja, udruženja građana u skladu sa njihovim osnivačkim aktom i zakonom, ako je to u saglasnosti sa njihovom delatnošću. Stranke mogu da se sporazumeju o *ad hoc* arbitraži, koja se organizuje u skladu sa sporazumom stranaka i zakonom.

Arbitar pojedinac i/ili arbitražno veće. - Broj arbitara arbitražnog suda određuju stranke svojim arbitražnim sporazumom, pa tako u arbitraži sudi arbitar pojedinac ili arbitražno veće. I AP UNCITRAL-a predviđaju da se imenovanje arbitra pojedinca vrši na predlog stranaka sporazumno. Ako stranke ne mogu izvršiti izbor sporazumno, stranke imenuju lice ovlašćeno za imenovanje arbitara, a koje je dužno u roku od 60 dana imenovati arbitra. Kod parnog broja

trgovinskoj arbitraži. Članom 7. Model Zakona definisan je sporazum o arbitraži i to u skladu sa članom 2. Njujorške konvencije, te je stavom 2. propisana pismena forma, stavom 4. regulisano je postizanje sporazuma u elektronskoj komunikaciji, čime je tekst inoviran najnovijim tehničkim dostignućima, dok je članom 6. preciziran pojam arbitražne klauzule, koja mora predstavljati zaseban deo ugovora.

⁵Vidi: Poznić, B. Građansko procesno pravo. Beograd: Savremena administracija, 1993.; Starović, B.P., Keča, R. Građansko procesno pravo. Novi Sad, Pravni fakultet - Centar za izdavačku delatnost 2004.; Stanković, G.V. Građansko procesno pravo. Niš, Studentski kulturni centar, 2004.; Stanković, G.V., Starović, B.P., Keča, R., Petrušić, N. Arbitražno procesno pravo. Niš: Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo 1999.; Milijan Sesar: Arbitražni postupak (doktorska disertacija), Pravni fakultet Ljubljana, 1991, str. 7.; Željko Borić: O arbitraži, arbitralnost, ugovor o arbitraži, stranke, arbitražni sud i postupak, Pravo i porezi, Zagreb, 1/2009, str. 94.; S. Triva: Izbrani sud ili arbitraž, Zagreb, 1985., str. 3 Triva, S.; Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2005., str. 851.

⁶Član 1. Model Zakona je dopunjen stavom 2. tako što su taksativno pobrojani članovi 8., 9., 17 H, 17I, 17 J, 35 i 36, koji predstavljaju izuzetak od primene Zakona, koji je obavezan ukoliko je sedište arbitraže u nekoj od država potpisnica.

članova arbitražnog veća u nekim pravnim sistemima ostavlja se pravo strankama da same odlučuju koliko će biti arbitara u arbitražnom postupku, a ako stranke to ne učinu predviđa se formiranje arbitražnog veća od neparnog broja članova. Ako arbitražno veće ima paran broj članova u tom slučaju se imenuje naknadno arbitar karakterističan za englesko pravo, pa sam taj arbitar donosi odluku o arbitražnom sporu.⁷ Ukoliko spornu situaciju treba da premosti imenovanje trećeg arbitra, njegova uloga je nadglasavanje, jer će neminovno podržati stav jednog od dva arbitra. Međutim, ukoliko veće sastavljeno od parnog broja arbitara glasa tako da je nemoguće doneti odluku, tada se ugovor o arbitraži stavlja van snage. Arbitar pojedinac najčešće odlučuje u sporovima male vrednosti, kao i ukoliko stranke pripadaju istoj državi. Arbitraža uglavnom ima tri člana, a ređe pet članova⁸. U arbitražnom postupku s međunarodnim elementom arbitražno veće omogućava komunikaciju i potpunu mogućnost koordinacije između različitih pravnih režima država čije su stranke u sporu uz sve ostale prednosti.⁹

Imenovanje arbitra. - Stranke se mogu sporazumeti o postupku imenovanja arbitara, a ako to sporazumom nije predviđeno arbitri se imenuju, što se tiče našeg zakonodavstva, u skladu sa Zakonom o arbitraži i to tako da ukoliko spor treba da reši arbitar pojedinac, njega sporazumno imenuju stranke u roku od 30 dana od dana kada jedna stranka pozove drugu stranku da zajednički imenuju arbitra.¹⁰ Ako takvog sporazuma nema, imenovanje vrši organ imenovanja, a ako tog organa nema ili to ne učini, imenovanje vrši nadležni sud. Međutim, ukoliko spor rešavaju tri arbitra, svaka stranka imenuje jednog arbitra u roku od 30 dana od dana kada je druga stranka pozove da to učini.

⁷Prema odredbama člana 10. Model Zakona, stranke se mogu sporazume o formiranju arbitražnog veća od parnog broja članova, obzirom da je predviđena stavom 1. potpuna sloboda u odlučivanju, dok je stav 2. Model Zakona jasan da ako ne bude dogovoreno drugačije da veće čine tri arbitra.

⁸Tako prema članu 20. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije spor rešava arbitar pojedinac, kada stranke tako predvide ili kada se radi o sporu čija vrednost nije veća od 70.000 USD. U svim ostalim slučajevima, a posebno kada su stranke tako predvidele, spor rešava arbitražno veće, koje se sastoji od tri člana. Prednosti arbitražnog veća sastavljenog od neparnog broja članova su što je predsednik arbitraže arbiter koji upravlja postupkom i uglavnom je osoba iz zemlje u kojoj se vodi arbitražni postupak, što znači da najbolje poznaje pravo te zemlje u kojoj se vodi postupak.

⁹A. Goldštajn, Međunarodna trgovačka arbitraža, Zagreb, 1976, str. 38.

¹⁰Član 19. Zakona o arbitraži.

Ako to pozvana stranka ne učini, arbitra imenuje organ imenovanja koji su stranke odredile, a ako tog organa nema ili to ne učini, imenovanje vrši nadležni sud. Trećeg arbitra, koji predsedava arbitražnim sudom (predsednik ili predsednik arbitražnog suda), biraju imenovani arbitri u roku od 30 dana od dana njihovog imenovanja. Ako ga ne izaberu, imenovanje vrši organ imenovanja, a ako tog organa nema ili to ne učini, imenovanje vrši nadležni sud. Protiv odluke suda kojom se imenuje arbitar nije dozvoljena žalba.¹¹

Kod institucionalnih arbitraža koje u pravilu imaju svoje liste, imenovanje arbitara je jednostavno i brzo. Liste arbitara donosi nadležni organ one institucije pri kojoj se nalazi arbitražni sud. Liste su garancije strankama da su arbitri čija se imena nalaze na tim listama kvalifikovani za donošenje odluke u arbitražnom postupku.¹² Što se tiče načina imenovanja arbitara od strane stranaka postoji imenovanje već u arbitražnom ugovoru, zatim imenovanje na predlog stranaka, kao i imenovanje arbitara od trećih osoba koje ne učestvuju u arbitražnom postupku.¹³

¹¹Vidi član 17. Zakona o arbitraži, sa sličnim rešenjima kao i član 11. Model Zakona.

¹²Formiranim listama arbitara se sužava krug ličnosti, koje bi mogle biti predložene i time se zadire u autonomiju volje stranaka, te je celishodnije rešenje po kome je dopušteno i imenovanje arbitara koji nisu na listi arbitara određene institucionalne arbitraže. Kod nas arbitri mogu biti domaći i strani državljani, a arbitraža ima listu arbitara, koju utvrđuje Skupština Privredne komore Srbije i to svake četiri godine, s tim da arbitri koji se nalaze na listi arbitara mogu biti ponovo birani. Stranke mogu da predlože arbitra sa liste arbitara ili van liste. Predsedništvo Arbitraže odlučuje o predlogu za izbor van liste. Predsednik arbitražnog veća odnosno arbitar pojedinac može da bude samo arbitar koji se nalazi na listi arbitara. Stranka koja je za arbitra predložila lice koje nije na listi arbitara, dužna je da Arbitraži dostavi njegovo ime, adresu i kvalifikacije. Predsednik i potpredsednik Arbitraže mogu biti birani samo za predsednika arbitražnog veća, ukoliko već nisu učestvovali u rešavanju o nadležnosti Arbitraže u konkretnom sporu. Posle isteka mandata, članovi Predsedništva u užem sastavu unose se na listu arbitara. Navedena rešenja su u skladu sa članom 22. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži i članom 8 Pravilnika o izbranom sudu.

¹³Manjkavost prvog načina imenovanja je ta što ne pruža najbolju mogućnost izbora arbitara, jer se u trenutku zaključivanja arbitražnog ugovora i ne zna o čemu će se voditi arbitražni postupak, ne zna se kakva specijalizovana znanja mora da ima imenovani arbitar, pa čak se i ne zna hoće li biti arbitražnog postupka.

II Karakteristike arbitara u komparativno pravnom pregledu

Ličnost arbitra . - Arbitar može biti svako fizičko lice koje je poslovno sposobno.¹⁴ Prema austrijskom, nemačkom kao i švajcarskom pravu, nema ograničenja da strani državljani mogu biti sudije u arbitražnom postupku koji se vodi u tim zemljama. Izbor arbitra vrši bez obzira na njegovu nacionalnu pripadnost i državljanstvo, ali kako stranke sporazumom mogu utvrditi osobine koje arbitar mora da ima¹⁵ deo arbitražnog sporazuma može biti i pitanje državljanstva, rešenje je člana 11. Model Zakona.

O nepristrasnosti i nezavisnosti arbitara u odnosu na stranke i predmet spora arbitra stranke se ne mogu sporazumevati¹⁶ , niti to mogu učiniti u situaciji izbora arbitra koji je osuđen na безусловnu kaznu zatvora, dok traju posledice osude. Osim uslova o poslovnoj sposobnosti arbitra u arbitražnom postupku u različitim pravnim sistemima postoje i ostala ograničenja koja se odnose na učestvovanje u arbitražnom postupku. To je slučaj kad stranke žele isključivo određenu osobu po imenu iz određenog kruga osoba čime prejudiciraju da li to lice može biti arbitar. Što se tiče kvalifikacija arbitara. stručna sprema nije preduslov za imenovanje, ali su u realnim arbitražama arbitri uglavnom vrhunski stručnjaci, profesori pravnih fakulteta, stručnjaci s područja finansija, bankarstva, proizvodnje i prometa određenih proizvoda.¹⁷

Prava i dužnosti arbitra u arbitražnom postupku. - Dužnost vođenja postupka arbitraže za arbitra je slobodna i nezavisna,¹⁸ te arbiter koji je saglasan da vodi postupak potpisuje izjavu da prihvata

¹⁴U međunarodnim arbitražama uglavnom svaka stranka imenuje arbitra svoga državljanstva, a oni zajednički neutralnog predsednika arbitraže.

¹⁵Vidi član 19. Zakona o arbitraži, član 5. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži i član 7. Pravilnika o izbranom sudu.

¹⁶ Nezavisnost i nepristrasnost arbitara je akcentovana kao najznačajnija karakteristika arbitra članom 12. Model Zakona.

¹⁷Tako lista arbitara arbitražnog suda Međunarodne trgovačke komore u Parizu koja sadrži 25 imena, i to šest profesora pravnih fakulteta u svojim zemljama, ostali su uglavnom predsednici određenih nacionalnih arbitražnih sudova.

¹⁸Članom 12. Model Zakona predviđeno je da će arbitar od momenta imenovanja pa tokom čitavog arbitražnog postupka imati obavezu da strankama bez odlaganja otkloni bilo kakvu sumnju u njegovu nezavisnost i nepristrasnost.

dužnost (*receptum arbitri*)¹⁹ ili ugovor o arbitraži i postaje obavezan da otkrije bilo koju okolnost koja može da izazove sumnju u njegovu nepristrasnost ili nezavisnost.²⁰ Ugovorni odnos je dvostran, ali u pravnoj teoriji postoji shvatanje da je postupak pred institucionalnim arbitražama trostran, obzirom da je zasnovan između stranaka, organizacije pri kojoj je formirana arbitraža i s treće strane obaveze da se arbitri imenuju s već formirane liste.²¹

Dužnost i obaveza arbitra je da vodi celishodno i ekonomično. Ukoliko ne postupa savesno u obavljanju svoje dužnosti, stranke ga mogu i opozvati.²² Stranke ne mogu prisiliti arbitra na izvršavanje obaveza iz ugovora o arbitraži – ostaje samo mogućnost zahteva za naknadu štete zbog neizvršavanja preuzetih obaveza. U pravnoj teoriji postoji dilema da li nezavisnost i nepristrasnost arbitara može ugroziti pripadnost arbitra nekoj stranci ili nekoj religiji koja je suprotna jednoj od stranaka može biti razlogom za izuzeće,²³ obzirom da je nezavisnost i nepristrasnost arbitara u arbitražnom postupku specifična jer arbitre imenuju stranke, dok odluka koju donose arbitri u tom postupku ima snagu odluke donete pred državnim sudom. Uočava se nužno postojanje i to kumulativno lične²⁴, stvarne²⁵ i pravne²⁶ nezavisnosti arbitra. Za svoj rad i obavljene dužnosti, arbitar ima pravo i na naknadu troškova i nagradu, te su mu stranke dužne solidarno isplatiti nagradu i nadoknaditi troškove. Visinu troškova i naknade određuje arbitar. Ako je stranke ne prihvate, tada o tome odlučuje lice ovlašćeno za imenovanje. Njegova odluka predstavlja

¹⁹Član 20. Zakona o arbitraži .

²⁰Član 25. Pravilnika o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije

²¹Jakšić, A. , Međunarodna trgovinska arbitraža. Beograd.2003.godina.

²²I tu je jasan član 12 Model Zakona obzirom da predviđa promenu arbitra ukoliko postoje opravdane sumnje u njegovu nezavisnost i nepristrasnost ili nedostatak saglasnosti stranaka oko njegovog imenovanja, a postupak opoziva regulisan je odredbama člana 13.

²³Pavle Pensa ,Švicarska nova pravila u međunarodnoj arbitraži, u Međunarodno poslovno pravo, br. 3-4, siječanj-veljača, 1989, Ljubljana, str. 7.

²⁴Lična nezavisnost arbitra se ogleda u ličnim karakteristikama arbitara.

²⁵Stvarna nezavisnost arbitra se posmatra s aspekta odnosa činjenica da se ipak radi o privatnom sudu ili arbitraži.

²⁶Pravna nezavisnost arbitara podrazumeva da posledice odluke arbitraže proizvode posledice kao i odluka državnog suda.

izvršnu ispravu. Ukoliko se arbitar odrekao tih prava pisanim putem, tada mu stranke ne duguju ništa.²⁷

Izuzeće arbitra može se tražiti samo ako postoje činjenice koje mogu opravdano izazvati sumnju u njegovu nepristrasnost ili nezavisnost ili ako nema svojstva koja su stranke sporazumom utvrdile.²⁸ Prema odredbama člana 24. Zakona o arbitraži ako se stranke nisu drukčije sporazumele, zahtev za izuzeće arbitra stranka podnosi u pismenoj formi u roku od 15 dana od dana kada je saznala za imenovanje arbitra ili za razloge za izuzeće. Stranka koja je sama ili sa protivnom strankom imenovala arbitra može zahtevati njegovo izuzeće samo ako je razlog za izuzeće nastao ili je stranka za njega saznala pošto je arbitar imenovan. Ukoliko se stranke nisu drukčije sporazumele, o izuzeću arbitra odlučuje nadležni sud. Smatra se da su se stranke koje su organizaciju arbitraže poverile stalnoj arbitražnoj instituciji sporazumele da se zahtev za izuzeće arbitra rešava u skladu sa njenim pravilima. Arbitražni sud može da nastavi arbitražni postupak i da donese arbitražnu odluku iako je postupak izuzeća u toku.

Imunitet arbitra. –U različitim pravnim sistemima različito se tretiraju i različito određuju imuniteti arbitara.²⁹ Države *common law* pravnog sistema imaju pravno regulisano pravo imuniteta arbitara,³⁰ pa je na primer zakonodavac u SAD izjednačio položaj arbitra sa položajem sudije, dok je u Velikoj Britaniji predviđeno da arbitri imaju imunitet, osim ako su postupali u zloj veri.³¹ Prema tome, njihovo pravo imuniteta je ograničeno što znači da pristrasni i zavisni arbitri mogu biti tuženi. “To je takva vrsta delatnosti u kojoj postoji ovlast za donošenje konačne i obvezatne odluke (...) i zaštićena je

²⁷Član 18. zakona o arbitraži, član 57-58. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži i član 64.-66. Pravilnika o izbranom sudu.

²⁸Član 23. Zakona o arbitraži i član 26. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži.

²⁹Tako u nekim pravnim sistemima, postoji rešenje da ako se arbitar nemarno ili neodgovorno ponaša, stranka može tražiti poništaj odluke, a ako je arbitar očigledno zloupotrebljavao ovlašćenja u samom postupku ili je bio korumpiran, može podleći i krivičnoj odgovornosti.

³⁰Pristalice teorije imuniteta navode u prilog svoje teorije tri osnovna razloga i to da su arbitri kao i sudije nezavisni, da postojanje arbitraža rasterećuje sudstvo i ubrzava donošenje odluka, kao i da jačanje nepovredivosti arbitražnog postupka – vodi nepokretanju drugih postupaka zbog odluke arbitara.

³¹Vidi engleski Zakon o arbitraži, odeljak 29.

pravilima o imunitetu arbitara.³² Za razliku od *common law* rešenja, kontinentalni pravni sistem daje veću kontrolu nacionalnim sudovima nad arbitražnim postupkom. U Nemačkoj, ugovor o imenovanju određuje prava i obaveze arbitra za koje on odgovara ako ih ne ispuni. Njegova odgovornost se može unapred isključiti, ali se ne može isključiti odgovornost za krajnju nepažnju i namerne protivzakonite radnje. U Francuskoj, nema nikakvih posebnih pravila kojima se uređuje imunitet arbitara. Prihvaćeno je samo načelo u kojem se ističe da je tužba protiv arbitra dopštena samo onda ako nezadovoljna stranka nema nikakvih drugih načina za pobijanje arbitražne odluke. Kao i u Nemačkoj, arbitar je odgovoran ako ne ispuni sve obaveze iz ugovora o imenovanju. Unapred se može isključiti njegova odgovornost, ali ne može se isključiti ako je postupao s krajnjom nepažnjom.

Prestanak dužnosti arbitra. - Ako arbitar ne obavlja svoju funkciju, ili je stvarno ili pravno sprečen obavljati tu funkciju, primenjuju se odredbe o postupku za izuzeće ili zamenu arbitara, jer funkciju arbitra isti još ima ali je na zahtev stranke može izgubiti.³³ Prema odredbama člana 25.Zakona o arbitraži arbitar može da se povuče sa dužnosti pismenom izjavom ako iz opravdanih razloga, uključujući i razloge iz člana 23. Zakona o arbitraži, nije više u stanju da obavlja svoju dužnost. Stranke se mogu sporazumeti o opozivu arbitra ako on iz stvarnih ili pravnih razloga, uključujući i razloge iz člana 23.Zakona, nije više u stanju da obavlja svoju dužnost ili ako ne izvršava dužnost u primerenom roku. Ako se arbitar povuče sa dužnosti ili se stranka saglasi sa opozivom arbitra, to ne znači da se time priznaje osnovanost razloga za prestanak dužnosti arbitra. Ako se stranke ne sporazumeju o opozivu arbitra, stranka koja smatra da arbitar nije više u stanju da obavlja svoju dužnost ili da ne izvršava dužnost u primerenom roku, može da zatraži od stalne arbitražne institucije ili, u slučaju *ad hoc* arbitraže, od nadležnog suda, da donese odluku o prestanku dužnosti arbitra.³⁴ Prema odredbama Model Zakona zamenik arbitra se imenuje na isti način kako se imenovao arbitar kojeg zamenjuje zamenik.³⁵

³²Goldner, Iris, Imunitet arbitara, Pravo u gospodarstvu, godište 40., svezak 2., travanj 2001., Zagreb, str. 58.

³³Vidi član 13/1/2 i član 6. i 9. AP UNCITRAL

³⁴Član 25.Zakona o arbitraži, član 26.-27. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži i član 13. Pravilnika o izbranom sudu.

³⁵Vidi član 15 Model Zakona.

III Zaključna razmatranja

Na celishodno i ekonomično vođenje arbitražnog postupka, što su svakako njegove osnovne karakteristike, te samim tim na kvalitet arbitražnog suđenja, utiče ličnost samih arbitara. Iz komparativno pravnog pregleda rešenja svetskih zakonodavaca u oblasti imenovanja arbitara, njihovih karakteristika, ličnih i profesionalnih, ovlašćenja i dužnosti u arbitriranju, integriteta arbitara, prava na nagradu, pitanja imuniteta i prestanka obavljanja dužnosti, koji je izložen u ovom radu, ukazano je u kom pravcu bi bilo nužno izvršiti harmonizaciju domaćeg zakonodavstva, imajući u vidu aktuelne svetske standarde postavljene u oblasti arbitražnog prava, a radi postizanja adekvatnog stepena pravne sigurnosti po ugledu na razvijene svetske države, koje po pravilu imaju i bogatu arbitražnu tradiciju. Zakon o arbitraži predstavlja primer modernog zakona, posmatrano sa aspekta regulative položaja arbitra u arbitražnom postupku, što je rezultat kako direktne implementacije rešenja najznačajnijih svetskih konvencija, tako i harmonizacije sa aktuelnim svetskim standardima postavljenim u ovoj oblasti. Međutim, nužno je nastaviti sa unapređivanjem rešenja domaće legislative, jer je kvalitet arbitražnih odluka u direktnoj uzročnoj vezi sa ličnošću izabranih arbitara, te njihovim položajem u arbitražnom postupku.

Marijana Dukic-Mijatovic, Ph.D

Assistant Professor at the Faculty of Law,
University Commercial Academy of Novi Sad

**The Position of an Arbitrator In the Arbitration
Procedure, Comparative Law Review**

In this paper, the author points out the importance of the quality of the arbitration trial, the fact that certainly affects the personality of the arbitrators themselves. In this work the author carried out a comparative review of legal solutions in the field of world legislators choice of arbitrators, their characteristics, powers and limitations in arbitration procedure and indicates in which direction it would be necessary to make the harmonization of national legislation, bearing in mind the current world standards set out in the field of arbitration law. By adopting modern laws, such as the Arbitration Law, as well as ratifying the major international conventions in this field have created the preconditions for better Arbitration trial with us, which leads to achieve greater legal certainty. Quality of the arbitration, with the theme of this aspect of the position of arbitrator in the arbitration proceedings are certainly as a direct implementation of the world's most important decision Convention, and harmonization with current international standards set in this field. The author concludes that it is necessary to continue the harmonization of national legislation, similar to the state with a rich tradition of arbitration, because the quality of arbitral awards in direct relation with personality caused and selected arbitrators and their position in the arbitration proceedings.

Keywords: *harmonization, arbitration, arbitration agreement, arbitration proceedings, arbitrator.*

Izvori kaznenog prava u oblasti sporta i usklađenost srpskog prava sa međunarodnim standardima

U ovom članku prikazana je i analizirana sadržina najvažnijih međunarodnih konvencija koje predstavljaju izvor kaznenog prava u oblasti sporta. Posebna pažnja posvećena je analizi sadržine i pravnim obavezama koje za države potpisnice proizvode: Konvencija protiv dopinga Saveta Evrope, Međunarodna konvencija protiv dopinga u sportu i Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama. Izneto je mišljenje i data ocena o usklađenosti srpskih propisa sa međunarodnim pravnim standardima iz oblasti kaznenog prava zaštite sporta. Tom prilikom analizirana je sadržina relevantnih propisa Republike Srbije i ukazano je na njihove nedostatke.

Osим toga, posebna pažnja u tekstu je posvećena prikazu i analizi sadržine pojedinih međunarodnih sporazuma političke prirode, koji nisu međunarodni ugovori u pravom smislu reči, već se pojavljuju u formi odluke neke međunarodne organizacije, a mogu se smatrati izvorom kaznenog prava u oblasti sporta. Važnost takvih sporazuma donetih u formi odluke, koji sadrže pravne norme bez pravnih sankcija, nalazi se u njihovoj pravnoj obaveznosti koja izvire iz ovlašćenja organa koji ih donosi, a koji je statutom međunarodne organizacije ovlašćen da usvoji preporuke i rezolucije.

Ključne reči: *sport, konvencije, međunarodno pravo, država, ratifikacija.*

I Uvod

Izvori kaznenog prava u oblasti sporta su mnogobojni. Uprkos njihovom broju i važnosti, u našoj stručnoj literaturi posvećeno je izuzetno malo pažnje analizi njihove sadržine i utvrđivanju pravnih obaveza koje oni nameću, kako državama, tako i sportistima i sportskim organizacijama.

Internacionalizacija sporta dovela je do toga da je uticaj međunarodnog prava u toj oblasti izrazito naglašen. Osim izvora kaznenog prava koji su plod rada međunarodnih - međudržavnih organizacija i zakonodavnih organa pojedinih država, postoje i mnogobrojni dokumenti transnacionalnih - međunarodnih nevladinih sportskih organizacija i nacionalnih sportskih organizacija koji propisuju sportska pravila i sankcije za njihovo nepoštovanje. Usled takvog stanja pojavila se potreba, ne samo za analizom sadržine najvažnijih međunarodnih izvora kaznenog prava u oblasti sporta, već i za davanjem ocene o usklađenosti srpskih propisa sa međunarodnim pravnim standardima iz te oblasti.

II Kazneno pravo

Pre pristupanja analizi sadržine međunarodnih izvora kaznenog prava u oblasti sporta i davanja odgovor na pitanje o usklađenosti srpskih propisa sa međunarodnim pravnim standardima iz te oblasti, bilo je neophodno precizirati na koji način će termin „kazneno pravo“ biti korišćen u okviru ovog teksta.

Kazneno pravo je tokom viševekovne istorije postojanja i razvoja, a sve do kraja XIX veka, predstavljalo sinonim za ono što danas nazivamo krivičnim pravom. Naziv kazneno pravo za posebnu granu javnog prava koja se bavila krivičnim delima i kaznama proizašao je iz reči „kazna“ čime je naglašavano da je kazna predstavljala osnovnu, pa čak i jedinu vrstu sankcije koja se primenjivala na učinioce kaznenih delikata.¹ Međutim, već od 1810. godine kada je donet francuski Krivični zakonik koji je uveo tripartitnu podelu kaznenih dela na zločine, prestupe i istupe (prekršaje), stvara se osnov za postepeni nastanak i izdvajanje krivičnog prava i prekršajnog prava kao posebnih grana javnog prava koje čine širi korpus kaznenog prava. Usvajanje naziva krivično pravo

¹ Mrvić-Petrović N., Krivično pravo, „Službeni glasnik“, Beograd, 2006, str. 19.

krajem XIX veka izvedeno je iz pojma „krivice“ koji ukazuje da se određeno ponašanje pojedinca smatra zabranjenim, a istovremeno prihvata i koncept po kome kazna nije jedina sankcija koja se može primeniti na učinioca pojedinog krivičnog dela.

U pravnom sistemu Republike Srbije osim krivičnog i prekršajnog prava kao grana javnih prava kojima su propisani i uređeni javnopravni kažnjivi delikti i sankcije za njihove izvršioce, postoji još i pravo privrednih prestupa koje se takođe svrstava u korpus kaznenog prava kao šire pravno teorijske kategorije. Kada se govori o deliktima u širem smislu te reči, krivičnim delima, prekršajima i privrednim prestupima pridružuju se i disciplinska dela (disciplinski delikti). Usled toga je ukupnost kaznenog prava moguće sagledati tek kada se njime obuhvate pojmovi krivičnog i prekršajnog prava, kao i pojmovi prava privrednih prestupa i prava disciplinskih delikata.

Ima autora koji smatraju da je „*kazneno pravo*“ posebna pravna disciplina u okviru koje se proučavaju svi vidovi kaznenih delikata, bez njihovog međusobnog izdvajanja, uz praćenje njihove uzajamne povezanosti, što odgovara stvarnim pojavama u društvu.² U pogledu sadržine kaznenog prava kao posebne pravne discipline postoje sledeća dva gledišta: 1) uže – prema kome kazneno pravo obuhvata krivična dela, privredne prestupe i prekršaje; 2) šire - prema kome kazneno pravo obuhvata krivična dela, privredne prestupe, prekršaje i disciplinske povrede.³

Bez obzira na to da li se prihvati uže, ili šire gledište o sadržini kaznenog prava kao posebne pravne discipline, neophodno je uzeti u obzir da se u tim slučajevima, termin „*kazneno pravo*“ ne pojavljuje kao sinonim za termin krivično pravo. Dodatnu zabunu može da stvori i činjenica da se na hrvatskom govornom području, tj. u literaturi hrvatskih autora koji su se bavili krivičnim pravom, krivično pravo kao termin uopšte ne koristi, već se koristi termin kazneno pravo, kao isključivi način označavanja onoga što na srpskom govornom području označava krivično pravo.

² Mrvić N., *Prekršaji u pravnom sistemu Jugoslavije*, Beograd, 1989, str. 39, navedeno prema: Dimitrijević P., *Prekršajno pravo opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2001, str. 26.

³ Pihler S., *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000, str. 9, navedeno prema: Dimitrijević P., *Prekršajno pravo opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2001, str. 26.

III Međunarodni izvori

Izvori međunarodnog prava koji se tiču kaznenog prava u oblasti sporta, isti su kao i drugi izvori međunarodnog javnog prava. Glavni izvor međunarodnog prava koji uređuje oblast sporta, a u okviru toga i kaznenog prava u oblasti sporta su međunarodni ugovori – pisani izvori prava nastali saglasnošću država.

Najveći broj ljudi, a samim tim i sportista, u svakodnevnom životu, radi sagledavanja svojih prava i obaveza i njihovog ostvarivanja, prvenstveno se oslanja i poziva na norme unutrašnjeg (nacionalnog) prava, bez prevelike svesti da te norme moraju biti u skladu sa međunarodnim normama i da se moraju tumačiti u saglasnosti sa međunarodnim merilima – standardima. Ipak, izraženost uticaja međunarodnih pravnih normi na nacionalne pravne norme je posebno vidljiva u slučaju kaznenog prava u oblasti sporta.

Savet Evrope predstavlja međunarodnu organizaciju koja je formulisala najveći broj međunarodnih pravnih akata koji se mogu smatrati izvorima kaznenog prava u oblasti sporta. Prva među konvencijama Saveta Evrope koja je doneta u toj oblasti bila je Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama. Ta konvencija usvojena je 19. avgusta 1985. godine u Strazburu i predstavljala je reakciju evropskih država na tragediju koja se dogodila na belgijskom stadionu Heysel 29. maja 1985. godine kada je poginulo 39 osoba u neredima koji su prethodili početku utakmice između fudbalskog kluba Liverpool iz Engleske i fudbalskog kluba Juventus iz Italije.⁴

Republika Srbija ratifikovala je Evropsku konvenciju o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama donošenjem Zakona o ratifikaciji evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama⁵. Osim Republike Srbije, još četrdeset država ratifikovalo je tu konvenciju, a samo

⁴ Franklin S., Heisel Stadium disaster - Liverpool fans on route to the Heisel Stadium, nalazi se na veb-stranici: <http://www.highbeam.com/doc/1P1-127151697.html>.

⁵ „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 9/90.

sledeće četiri države članice Saveta Evrope do sada je nisu ratifikovale: Andora, Malta, Moldavija i San Marino.⁶

Član 1. Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama odredio je svrhu konvencije na taj način što objašnjava da je ona doneta: *„Radi sprečavanja i suzbijanja nasilja i nedoličnog ponašanja gledalaca na fudbalskim utakmicama“*. U istom članu navedeno je i da se države koje su strane ugovornice Konvencije, obavezuju da u okviru svojih ustavnih ovlašćenja, preduzmu potrebne mere za sprovođenje Konvencije. Među mnogobrojnim merama propisanim članom 3. Konvencije namenjenim sprečavanju i suzbijanju nasilja i nedoličnog ponašanja gledalaca, stavom 1. tačkom c države potpisnice preuzele su obavezu da: *„primene, ili ako je to potrebno, usvoje zakone kojima se predviđa da oni za koje se utvrdi da su krivi za protivpravna ponašanja u vezi sa nasiljem ili nedoličnim ponašanjem gledalaca, budu adekvatno kažnjeni, ili zavisno od konkretnog slučaja, dođu pod udar odgovarajućih administrativnih mera“*. Takvom odredbom konvencije nametnuta je obaveza donošenja odgovarajućih zakona koji treba da propišu krivična dela i prekršaje koji se mogu izvršiti preduzimanjem akata nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i iz tog razloga Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama smatra se međunarodnim izvorom kaznenog prava u oblasti sporta. Zapravo, ta konvencija Saveta Evrope predstavlja izvor, kako krivičnog, tako i prekršajnog prava u oblasti sporta pošto nameće obavezu državama članicama da propišu odgovarajuća krivična dela i prekršaje iz te oblasti i time stvore mehanizam kaznenopravne zaštite sporta i sportskih priredbi. Dodatni argument da ta konvencija Saveta Evrope predstavlja međunarodni izvor krivičnog prava u oblasti sporta jeste i sadržina člana 5. Konvencije koja uređuje identifikaciju izgrednika i postupanje s izgrednicima. Stav 1. tog člana Konvencije glasi. *„Strane ugovornice, poštujući postojeće zakonske postupke i princip nezavisnosti sudstva, nastojeće da se gledaoci koji učine neko delo nasilja ili nedoličnog ponašanja, ili neko drugo krivično delo identifikuju i krivično gone u skladu sa zakonom“*. Osim toga,

⁶ Šuput D., Pravni okvir koji uređuje borbu protiv nasilja na sportskim priredbama u evropskim državama, u: Strani pravni život br. 1/2010, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 237.

Konvencija sadrži i pojedine odredbe krivičnoprocesne prirode, a kao primer može da posluži sadržina člana 5. stava 2. Konvencije u kome stoji da: „*Tamo gde je to moguće, posebno kada je reč o gledaocima u gostima, a u skladu sa međunarodnim sporazumima koji su na snazi, strane ugovornice će razmotriti: premeštanje postupaka protiv lica uhapšenih u vezi sa nasiljem ili drugim krivičnim delima na sportskim manifestacijama u zemlju prebivališta; zahteve za izručenje lica za koja se sumnja da su učinila krivična dela nasilja ili druga krivična dela na sportskim manifestacijama; ustupanje lica osuđenih za dela nasilja ili druga krivična dela na sportskim manifestacijama radi izdržavanja kazne u određenoj zemlji*”.

Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama jeste međunarodni ugovor koji po tipu predstavlja ugovor-zakon i značajno se razlikuje od ugovora-pogodbe kojim države razmenjuju prestacije. Tom konvencijom države su postigle dogovor o uspostavljanju objektivnog režima sprečavanja nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, koji između ostalog obuhvata i primenu represivnih mera (sankcija) koncipiranih i propisanih odredbama krivičnog i prekršajnog prava. Iako Konvencija ne sadrži taksativno navođenje naziva krivičnih dela i prekršaja koji se moraju propisati nacionalnim zakonodavstvom, kao ni elemente bića tih krivičnih dela i prekršaja, ona nedvosmisleno nameće obavezu njihovog propisivanja i uspostavljanja funkcionalnog mehanizma kaznenopravne zaštite. Konvencija iz tog razloga i predstavlja međunarodni izvor kaznenog prava u oblasti sporta, a ne, kao što bi to neko mogao da pomisli, izvor međunarodnog krivičnog prava. Da je kojim slučajem Konvencija propisala konkretna krivična dela iz te oblasti i sankcije za njihove učinioce kao međunarodna krivična dela kojima se narušavaju društvene vrednosti koje su od značaja za celokupno čovečanstvo, moglo bi se govoriti o njoj kao o izvoru međunarodnog krivičnog prava.

Na osnovu obaveza preuzetih ratifikacijom Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, a imajući u vidu obaveze predviđene članom 3. stavom 1. tačkom c Konvencije, Narodna skupština Republike Srbije donela je Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama⁷ kojim je u trenutku

⁷ „Službeni glasnik RS”, br. 67/2003, 101/2005 i 90/2007.

izglasavanja bilo propisano jedno krivično delo i osamnaest prekršaja iz te oblasti. Donošenjem ovog zakona ispunjene su međunarodne obaveze preuzete potpisivanjem Konvencije.

Međunarodni pravni akti koji uređuju borbu protiv dopinga u sportu predstavljaju veoma značajnu grupaciju međunarodnih izvora kaznenog prava u oblasti sporta. Međutim, obaveze koje ti dokumenti predviđaju, a tiču se uspostavljanja mehanizma kaznenopravne zaštite sporta veoma su široko određene. Slično načinu na koji je Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama uspostavila obaveze za države potpisnice Konvencije da se bore protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i da kažnjavaju izvršioce odgovarajućih krivičnih dela i prekršaja, i Konvencija protiv dopinga Saveta Evrope⁸ predvidela obavezu država potpisnica da svojim nacionalnim zakonodavstvima propišu pravna pravila i uspostave mehanizme za kažnjavanje izvršilaca delikata iz oblasti dopinga u sportu.

Konvenciju protiv dopinga Saveta Evrope koja je usvojena u Strazburu 16. novembra 1989. godine potpisalo je 40 država.⁹ Ona predviđa suzbijanje dopinga na osnovu sprovođenja zakonodavne aktivnosti i preduzimanja konkretnih mera u svakoj od država potpisnica, a uz konstantnu pomoć sportskih organizacija iz tih država. Važnost te konvencije je u tome što je ona u vreme svog donošenja predstavljala jedini pravno obavezujući dokument na međudržavnom nivou koji se odnosi na materiju dopinga,¹⁰ a ujedno određuje i pravnu definiciju dopinga.¹¹ Konvencija nameće obavezu državama potpisnicama da koordiniraju politiku borbe protiv dopinga i aktivnosti koje državni organi preduzimaju radi suzbijanja i iskorenjivanja dopinga u oblasti sporta. U članu 4. Konvencije navodi se da su potpisnice obavezne da usvoje zakone, druge propise i

⁸ Antidoping Convention, nalazi se na veb-stranici:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/135.htm>

⁹ U pravnom sistemu Republike Srbije ta Konvencija Saveta Evrope nosi naziv Evropska konvencija protiv dopingovanja u sportu pošto je tako označena još u Zakonu o ratifikaciji Evropske konvencije protiv dopingovanja u sportu („Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori”, br.4/91).

¹⁰ Šuput D., Sankcionisanje dopinga u sportu, Orion art, Beograd, 2007, str. 35.

¹¹ Član 2. Konvencije protiv dopinga Saveta Evrope odredio je značenje reči „doping u sportu”. Prema tom članu Konvencije, doping predstavlja upotrebu različitih vrsta farmakoloških doping agensa ili doping metoda na sportistima, ili od strane spotista.

administrativne mere, kako bi ograničile i kontrolisale promet, posedovanje, uvoz, distribuciju i prodaju doping sredstava. U istom članu predviđena je obaveza država da propisima onemoguće upotrebu zabranjenih doping agensa i doping metoda, a pogotovo upotrebu anaboličkih sredstava i steroida. Konvencija takođe nameće obavezu, a ujedno i zahteva od država potpisnica da garantuju efikasnost primene sankcija prema prekršiocima zabrane korišćenja dopinga. Takve odredbe čine Konvenciju protiv dopinga Saveta Evrope izvorom kaznenog prava u oblasti sporta. Međutim, Konvencija ne precizira pravnu prirodu nedozvoljenih ponašanja koja se ogledju u kršenju pravila o zabrani korišćenja, prometa, posedovanja, uvoza, distribucije i prodaje doping sredstava, kao ni sankcije koje prekršiocima tih zabrana treba izreći, već ostavlja državama potpisnicama mogućnost slobodnog izbora da svojim propisima pojedina od zabranjenih ponašanja okvalifikuju-propišu kao krivična dela, prekršaje ili disciplinske prestupe.

Nedostatak ove konvencije koja zabranjuje doping je što samo uopšteno predviđa obavezu država da se bore protiv dopinga u sportu i da uspostave mehanizam za sankcionisanje doping delikata.¹² Njene odredbe ne sadrže konkretan spisak kaznenopravnih mera koje treba preduzeti, niti preporučuju način na koji treba sprovesti zabranu dopinga. Konvencija ne poseduje čak ni listu mogućih sankcija, već regulisanje svih tih detalja prepušta državama potpisnicama. Iz tog razloga njena primena je imala delimičan uspeh, pošto su države potpisnice veoma različito pristupile regulisanju i sankcionisanju dopinga. Zbog toga je 12. septembra 2002. godine u Varšavi za potpisivanje otvoren Dodatni protokol uz Konvenciju protiv dopinga Saveta Evrope¹³, koji je imao za cilj da osnaži primenu Konvencije i obezbedi međusobno priznavanje metoda kontrole dopinga od strane država potpisnica. Međutim, i pored donošenja tog protokola, Konvencija protiv dopinga Saveta Evrope ostala je u senci drugih pravnih akata međunarodnih sportskih organizacija koje znatno detaljnije regulišu zabranu dopinga i sankcije za one koji se koriste doping sredstvima. Uprkos svim navedenim nedostacima Konvencije,

¹² Šuput D., Dokumenti međunarodnih organizacija koji propisuju zabranu upotrebe dopinga u sportu, u: Strani pravni život br. 2/2009, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009, str. 298.

¹³ Additional Protocol to the Antidoping Convention, nalazi se na veb-stranici: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/188.htm>

nesporno je, da je kako u trenutku donošenja, tako i danas, ona bila i ostala jedan od izvora kaznenog prava u oblasti sporta.

Znatno noviji i sveobuhvatniji izvor kaznenog prava u oblasti sporta, u odnosu na Konvenciju protiv dopinga Saveta Evrope, predstavlja Međunarodna konvencija protiv dopinga u sportu¹⁴ usvojena 19. oktobra 2005. godine u Parizu na tridesetreećem zasedanju Generalne konferencije UNESKO-a. Njeno pisanje i pripremanje u okviru sistema UN-a i UNESKO-a trajalo je skoro dve decenije. Prve aktivnosti UNESKO-a usmerene ka donošenju Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu započele su još 1988. godine u Moskvi, na Drugoj međunarodnoj konferenciji ministara i drugih visokih državnih zvaničnika koji su u svojim zemljama odgovorni za sport i obrazovanje u oblasti fizičke kulture.

Međunarodna konvencija protiv dopinga u sportu predstavlja prvi međunarodni pravni akt univerzalnog karaktera u oblasti borbe protiv dopinga u sportu. Njena primena obavezna je za sve države članice UN-a koje su je ratifikovale, a sve njene odredbe obavezujuće su u skladu sa pravilima međunarodnog javnog prava. Konvencija je osmišljena kao moćno međunarodno-pravno sredstvo koje treba da omogući da svi sportisti na svetu budu podvrgnuti identičnim propisima, odgovarajućim antidoping testovima i standardizovanim pravnim postupcima, kako bi im se u slučaju da se dokaže da su koristili zabranjena doping sredstva izricale istovrsne i ujednačene sankcije za izvršene delikte.

Osnovna svrha donošenja i primene ove Konvencije UNESKO-a bila je da se obezbedi obavezna podrška vlada i drugih državnih organa država potpisnica Konvencije, radu i programima borbe protiv dopinga Svetske antidoping agencije (WADA) i doslednoj primeni Svetskog antidoping pravilnika¹⁵ koji je usvojila ta agencija. Takva institucionalna podrška bila je neophodna pošto je Svetski antidoping pravilnik obavezivao na primenu samo sportske organizacije koje su ga potpisale, a ne i države iz kojih te organizacije potiču. O direktnoj povezanosti donošenja Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu i rada Svetske Antidoping agencije najbolje govori činjenica da

¹⁴ International Convention against Doping in Sport, nalazi se na veb-stranici: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

¹⁵ World Antidoping Code, nalazi se na veb-stranici: http://www.wada.org/docs/web/standards_harmonization/code/code_v3.pdf.

član drugi UNESCO-ve Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu doslovno preuzima definiciju dopinga kakvu je odredila WADA članovima prvim i drugim Svetskog antidoping pravilnika. Svih osam stavova člana 2. Pravilnika WADA-e doslovno su preneti u tekst Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu, a u članu 2. te konvencije koji određuje definicije pojmova koji se koriste u Konvenciji, izričito je određeno: „*da definicije treba posmatrati u okviru konteksta Svetskog antidoping pravilnika*“. Takođe, član 4. Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu uređuje odnos između te konvencije i Svetskog antidoping pravilnika i propisuje da se: „*Radi koordinacije borbe protiv dopinga u sportu na nacionalnom i međunarodnom nivou, zemlje potpisnice obavezuju na poštovanje principa Svetskog antidoping pravilnika kao osnove za mere sadržane u članu 5. Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu*“. Član 5. Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu određuje mere za postizanje ciljeva konvencije rečima da: „*U cilju poštovanja obaveza preuzetih ovom konvencijom, svaka država potpisnica preuzima obavezu usvajanja odgovarajućih mera. Mere koje treba usvojiti obuhvataju donošenje novih zakona, drugih propisa, administrativne postupke i praksu, kao i vođenje javne politike u toj oblasti*“. Najočigledniji primer mera predviđenih Konvencijom koje utiču na države potpisnice da uspostave mehanizam kaznenopravne zaštite, a samim tim čine Konvenciju međunarodnim izvorom kaznenog prava u oblasti sporta, jesu mere protiv osoba koje pomažu sportistima predviđene članom 9. Konvencije. Član 9. predviđa da: „*Zemlje potpisnice moraju same preduzeti mere ili podsticati sportske organizacije i organizacije koje se bave borbom protiv dopinga da usvoje mere, uključujući kazne ili druge sankcije, koje će biti izricane osobama koje pomažu sportistima, a koje krše antidoping pravila ili učine neki drugi delikt u vezi sa dopingom u sportu*“. S obzirom da se svi pojmovi, a pogotovo mere i sankcije čiju primenu nalaže Konvencija, u skladu sa članom 2. Konvencije „*posmatraju u okviru konteksta Svetskog antidoping pravilnika*“, Konvencija predstavlja izuzetno obiman izvor kaznenog prava u oblasti sporta, tačnije izvor koji nameće obavezu državama da pojedina ponašanja u vezi sa dopingom u sportu propišu kao nedozvoljena i po svom slobodnom opredeljenju odluče da li će ih propisati kao krivična dela, ili kao prekršaje. Takođe, Konvencija nameće obavezu državama da konstantnim uticajem na sportske organizacije koje deluju na njihovim teritorijama, izdejstvuju propisivanje disciplinskih prestupa iz oblasti

dopinga i propisivanje disciplinskih sankcija za te prestupe, u pravnim aktima sportskih organizacija.

Međunarodna konvencija protiv dopinga u sportu stupila je na snagu 1. februara 2007. godine, a do 15. maja 2009. godine stodvanaest država je ratifikovalo tu Konvenciju.¹⁶ Republika Srbija dugo je oklevala da ratifikuje Međunarodnu konvenciju protiv dopinga u sportu. Predlog zakona o potvrđivanju Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu nalazio se u skupštinskoj proceduri još od 11. jula 2008. godine, a izglasan je tek 13. maja 2009. godine na Četvrtoj sednici Prvog redovnog zasedanja Narodne skupštine u toj godini.¹⁷

Osim prethodno navedenih konvencija, međunarodnim izvorom kaznenog prava u oblasti sporta mogu se smatrati i pojedini međunarodni sporazumi političke prirode, koji nisu međunarodni ugovori u pravom smislu reči, već se pojavljuju u formi odluke neke međunarodne organizacije. Takvi sporazumi doneti u formi odluke, sadrže pravne norme bez pravnih sankcija, a u nauci savremenog međunarodnog prava nazivaju se meko pravo (*soft law*). Njihova pravna obaveznost izvire iz ovlašćenja organa koji ih donosi, a koji je statutom međunarodne organizacije ovlašćen da usvoji preporuke i rezolucije. Sadržina tako postignutih međunarodnih sporazuma koji se donose u formi preporuka i rezolucija, plod su dogovora političkih predstavnika država članica međunarodnih organizacija. Prilikom postizanja saglasnosti o sadržini pojedine preporuke ili rezolucije, politički predstavnici država članica međunarodne organizacije, koji su obično predstavnici političkih organa svojih država (npr. predstavnici vlade, članovi narodne skupštine, predstavnici ili izaslanici predsednika države) postupaju u skladu sa smernicama koje dobiju iz svojih država. Usled toga, a po usvajanju određene preporuke ili rezolucije od strane organa međunarodne organizacije, ti dokumenti ne prolaze kroz postupak usvajanja međunarodnih ugovora, tj. ne podležu ratifikaciji u predstavničkim telima. Obaveze koje države preuzmu na taj način manje su pravne, a više političke prirode, što znači da u slučaju nepoštovanja tih odluka sankcije neće

¹⁶ Lista sa podacima o državama koje su ratifikovale Međunarodnu konvenciju protiv dopinga u sportu nalazi se na veb-stranici:

<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31037&language=E>.

¹⁷ Zakon o potvrđivanju Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu počeo je da se primenjuje 2. juna 2009. godine („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori” br. 38/2009.).

biti pravne već političke. Međutim, ta činjenica nema velikog značaja u praksi, pošto političke sankcije za neizvršavanje preporuka i smernica iz pojedine odluke međunarodne organizacije, po svojoj efikasnosti i intenzitetu mogu biti jače nego pojedine pravne sankcije koje se mogu preduzeti prema nekoj državi koja ne poštuje postignuti dogovor.

Primer odluke međunarodne organizacije koja predstavlja izvor kaznenog prava u oblasti sporta jeste Preporuka o zabrani takmičenja u slobodnom borenju, poput borbi u kavezu – broj 99/11, usvojena od strane Komiteta ministara Saveta Evrope 22. aprila 1999. godine na 669. sastanku zamenika ministara. Prilikom donošenja Preporuke, a na osnovu člana 15.b Statuta Saveta Evrope, Komitet ministara se prilikom obrazlaganja razloga koji su doveli do izglasavanja Preporuke pozvao, ne samo na odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁸, već i na odredbe Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama. Delovi Preporuke koji glase: „*Komitet ministara Saveta Evrope stojeći na stanovištu da takmičenja u slobodnom borenju kao što su borbe u kavezu ne mogu biti smatrana za sport, kao i da predstavljaju opasnost po gledaoce, ugrožavaju zdravlje učesnika i povezane su sa nezakonitim aktivnostima, posebno kockanjem; smatrajući da nasilje, varvarski i divljački akti koji se kamufliraju plaštom sporta nemaju nikakvu vrednost u civilizovanom društvu koje poštuje ljudska prava, preporučuje da vlade država članica preduzmu sve potrebne mere kako bi zabranile i sprečile takmičenja u slobodnom borenju poput borbi u kavezu*“, čine taj dokument međunarodnim izvorom kaznenog prava u oblasti sporta.

Međunarodne izvore kaznenog prava u oblasti sporta predstavljaju i brojni pravni akti transnacionalnih - međunarodnih nevladinih sportskih organizacija. Ti pravni akti, kao svojevrsni sportski propisi nevladinog sektora, ne obavezuju države i ne utiču direktno na nastanak zakonodavnih rešenja kojima pojedine države

¹⁸ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Instrumenti Saveta Evrope – ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2000, str.8.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda usvojena je u Rimu 4. novembra 1950. godine. Danas su sve države članice Saveta Evrope potpisnice te konvencije.

uspostavljaju kaznenopravni mehanizam zaštite sporta. Opšti pravni akti međunarodnih nevladinih sportskih organizacija predstavljaju izvor kaznenog prava na osnovu koga nacionalne sportske organizacije iz pojedine sportske grane, ili sportske discipline, svojim opštim pravnim aktima propisuju disciplinske delikte iz oblasti sporta i sankcije za izvršioce tih delikata. Propisi međunarodnih nevladinih sportskih organizacija imaju dvostruku ulogu, pošto uspostavljaju mehanizam kaznenopravne zaštite sporta na međunarodnom nivou, posebno u domenu kaznenopravne zaštite međunarodnih sportskih takmičenja, a ujedno obavezuju na harmonizaciju propisa nacionalnih sportskih organizacija sa propisima međunarodnih sportskih organizacija¹⁹, čime se stvara mehanizam kaznenopravne zaštite sporta u okviru nacionalnih sportskih takmičenja. Tako FIFA²⁰ i UEFA²¹ poseduju čitav sistem propisa koji je hijerarhijski ustrojen, u kome organi FIFA-e i UEFA-a imaju ovlašćenja za donošenje opštih pravnih akata – propisa tih organizacija, na osnovu kojih nacionalne fudbalske asocijacije i savezi donose svoje opšte pravne akte. Propisi FIFA-e i UEFA-e nalaze se na vrhu hijerarhijske piramide opštih pravnih akata fudbalskih organizacija i zbog toga propisi nacionalnih fudbalskih saveza i liga moraju biti harmonizovani – usklađeni sa propisima tih organizacija. Statut FIFA-e²² predstavlja najviši opšti pravni akt te organizacije na čije poštovanje su obavezani svi nacionalni fudbalski savezi koji su članovi FIFA-e i čija pravila se, bilo neposredno primenjuju, bilo doslovno prenose u opšte pravne akte nacionalnih fudbalskih saveza. Do neposredne primene pravila iz

¹⁹ Kenović M. i Kovačević S., Sport i sportsko pravo, Amaks, Sarajevo, 2007, str. 53.

²⁰ Fédération Internationale de Football Association (FIFA) – Međunarodna federacija fudbalskih asocijacija (saveza) predstavlja udruženje osnovano u skladu sa švajcarskim pravom 1904. godine. Sedište te organizacije, koja je zapravo međunarodna nevladina sportska organizacija, nalazi se u Cirihi. Više informacija o istoriji, planovima razvoja i organizacionoj strukturi FIFA-e može se videti na veb-stranici: <http://www.fifa.com/aboutfifa/federation/index.html>.

²¹ Union of European Football Associations (UEFA) – Udruženje evropskih fudbalskih asocijacija (saveza) je međunarodna nevladina sportska organizacija sa sedištem u Nionu u Švajcarskoj. Više informacija o istoriji i organizacionoj strukturi UEFA-e može se videti na veb-stranici:

<http://www.uefa.com/uefa/aboutuefa/index.html>.

²² FIFA Statutes, nalazi se na veb-stranici:

http://www.fifa.com/mm/document/affederation/federation/01/24/fifa_statutes_072008_en.pdf.

Statuta FIFA-e dolazi na takmičenjima organizovanim od strane te organizacije, ili takmičenjima organizovanim pod njenim okriljem, kao i u slučaju kada neki nacionalni fudbalski savez svojim propisima nije predvideo pojedino pravilo ponašanja i sankciju za kršenje tog pravila. Do posredne primene pravila iz Statuta FIFA-e i drugih propisa FIFA-e, dolazi tako što nacionalni fudbalski savezi, prilikom propisivanja pravila koja se odnose na nacionalna fudbalska takmičenja, preuzimaju pravila sadržana u Statutu FIFA-e i drugim propisima FIFA-e. Među brojnim pravilima uređenim *Statutom FIFA-e* nalaze se i pravila o disciplinskim sankcijama (disciplinskim merama) i pravila koja daju nadležnost Izvršnom odboru FIFA-e da donese Disciplinski pravilnik FIFA-e. Ta pravila propisana članom 57. Statuta FIFA-e predstavljaju međunarodni izvor kaznenog prava u oblasti sporta, zajedno sa pravilima propisanim Disciplinskim pravilnikom FIFA-e²³.

Disciplinski pravilnik FIFA-e propisuje disciplinske delikte koji predstavljaju kršenje pravila propisanih Statutom FIFA-e i drugim propisima FIFA-e, kao i sankcije koje se izriču fizičkim i pravnim licima koja učine neki od tih delikata. Osim toga, Disciplinski pravilnik FIFA-e sadrži odredbe o kažnjavanju za pokušaj izvršenja pojedinog disciplinskog delikta, pravila o odgovornosti za podstrekavanje na izvršenje disciplinskog delikta, kao i odredbe procesnopravne prirode koje uređuju nadležnost za vođenje disciplinskog postupka, pravila o sprovođenju postupka, odredbe o pravu na žalbu i odredbe o zastarelosti disciplinskog gonjenja i kažnjavanja izvršilaca disciplinskih delikata.

Slično opštim pravnim aktima FIFA-e i propisi UEFA-e predstavljaju međunarodni izvor kaznenog prava u oblasti sporta. Disciplinski pravilnik UEFA-e²⁴, svojom najnovijom verzijom iz 2008. godine predvideo je veliki broj disciplinskih delikata i sankcija za izvršioce tih delikata. U najnovijoj verziji Pravilnika, posebno se ističu stroge sankcije za deliktna ponašanja iz oblasti ispoljavanja rasizma na fudbalskim stadionima i diskriminacije igrača i svih drugih učesnika sportskih menifestacija. Osim toga, Pravilnikom je

²³ FIFA Disciplinary code, nalazi se na veb-stranici:

http://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/disco_2008_en.pdf.

²⁴ UEFA Disciplinary Regulations, nalazi se na veb-stranici:

http://www.uefa.com/multimediafiles/download/regulations/uefa/others/72/95/88/729588_download.pdf.

propisan i veći broj disciplinskih prestupa iz oblasti dopinga u sportu, kršenja pravila fudbalske igre, namernog nanošenja povreda učesniku takmičenja, simuliranja prekršaja, vređanja drugih igrača, provociranja publike, nepoštovanja sudijskih odluka i sl.

Osim UEFA-e i FIFA-e, i sve druge međunarodne sportske organizacije koje deluju u pojedinoj sportskoj grani, donose svoje pravilnike i druge opšte pravne akte kojima propisuju disciplinske delikte i sankcije za njihove izvršioce. Tako Međunarodna automobilska federacija²⁵, Međunarodna rukometna federacija²⁶, Međunarodna košarkaška federacija²⁷, Međunarodna plivačka federacija²⁸, kao i mnoge druge međunarodne sportske federacije, poseduju, bilo posebne disciplinske pravilnike, bilo pravilnike o pojedinim takmičenjima i sportskim delatnostima, koji između ostalog sadrže veći broj disciplinskih delikata i sankcija koje se izriču u slučaju njihovog izvršenja.

Primer opšteg pravnog akta međunarodne sportske federacije koji uređuje, ne primarno disciplinsku odgovornost za određena nedozvoljena ponašanja, već neku drugu oblast iz domena sporta i problema koji se javljaju u sportu, a u okviru toga i disciplinske delikte i sankcije koje ih prate, jeste Pravilnik o kontrolisanju dopinga Međunarodne plivačke federacije FINA-e²⁹. Taj pravilnik predstavlja međunarodni izvor kaznenog prava u oblasti sporta, stupio je na snagu 11. septembra 2003. godine, a njegove odredbe primenjuju se na sve sportove koji se igraju u vodi. Pravilnik FINA-e na izuzetno precizan način reguliše oblast dopinga oslanjajući se na pravila i principe predviđene Svetskim antidoping pravilnikom Svetske antidoping agencije. On te principe dodatno razrađuje i predviđa niz konkretnih

²⁵ Federation Internationale de l' Automobile (FIA) - detaljnije informacije o toj organizaciji i njenim opštim pravnim aktima, nalaze se na veb-stranici: <http://www.fia.com/en-GB/Pages/HomePage.aspx>.

²⁶ International Handball Federation (IHF) - detaljnije informacije o toj organizaciji i njenim opštim pravnim aktima, nalaze se na veb-stranici: http://www.ihf.info/front_content.php?idcat=57.

²⁷ Federation Internationale de Basketball (FIBA) - detaljnije informacije o toj organizaciji i njenim opštim pravnim aktima, nalaze se na veb-stranici: <http://www.fiba.com>.

²⁸ Federation Internationale de Natation (FINA) - detaljnije informacije o toj organizaciji i njenim opštim pravnim aktima, nalaze se na veb-stranici: <http://www.fina.org/project>.

²⁹ The FINA Doping Control Rules, nalazi se na veb-stranici: <http://www.fina.org/dopingrules.html>.

mera usmerenih ka iskorenjivanju dopinga u sportovima na vodi. Tako pravilnik određuje doping prekršaje, metode za dokazivanje upotrebe dopinga, način testiranja sportista, listu zabranjenih doping supstanci i doping metoda, sankcije koje se izriču pojedincima, timovima i sportskim društvima koja učine doping prekršaj.

Prilikom sagledavanja međunarodnih izvora kaznenog prava u oblasti sporta koje kreiraju međunarodne sportske organizacije, neophodno je pomenuti i opšte pravne akte Olimpijskog pokreta. Među njima, kao najobuhvatniji međunarodni izvor kaznenog prava u oblasti sporta pojavljuje se Antidoping pravilnik Olimpijskog pokreta³⁰. Taj pravni akt poseduje najveći autoritet i najširu primenu u svetu sporta, kada je reč o sprovođenju borbe protiv dopinga i sankcionisanju dopinga u sportu. Takvu reputaciju Pravilnik je stekao na osnovu autoriteta Međunarodnog olimpijskog komiteta i činjenice da je poštovanje odredbi Pravilnika od strane sportista i nacionalnih olimpijskih komiteta preduslov za učešće državnih reprezentacija i pojedinačnih takmičara na Olimpijskim igrama³¹. Pravilnik je stupio na snagu 1. januara 2000. godine i predstavlja plod zajedničkog rada Olimpijskog pokreta, međunarodnih sportskih federacija i nacionalnih olimpijskih komiteta. On obavezuje te organizacije, a ne države u okviru kojih te organizacije rade.

Prvim članom druge glave Antidoping pravilnik Olimpijskog pokreta nedvosmisleno propisuje zabranu dopinga najjednostavnijom mogućom formulacijom koja glasi: „*Doping je zabranjen*”. Pravilnik veoma precizno određuje šta predstavlja kršenje pravila o zabrani upotrebe dopinga (doping prekršaj³²), taksativno navodi propisane kazne za učinjene prekršaje, predviđa pravila za sprovođenje postupka testiranja sportista i akreditovanje laboratorija za analizu uzoraka. Pored toga, isti dokument predviđa i pravo na žalbu sportiste kod koga je otkriveno prisustvo tragova dopinga u telu, utvrđuje listu zabranjenih supstanci i metoda, i predviđa osnivanje Međunarodne antidoping agencije, čija će organizaciona struktura, ciljevi rada i nadležnosti, biti definisane aktom o osnivanju te agencije.

³⁰ Olympic Movement Antidoping Code nalazi se na veb-stranici:

<http://www.gnoc.com/code.htm>.

³¹ Obaveza poštovanja odredbi Antidoping pravilnika važi, kako za učesnike Letnjih olimpijskih igara, tako i za učesnike Zimskih olimpijskih igara.

³² Koristi termin "Doping Offence" u trećem članu druge glave Pravilnika.

IV Usklađenost srpskog prava sa međunarodnim standardima

Prva međunarodnopravna obaveza usklađivanja propisa Republike Srbije sa pravnim standardima propisanim aktima neke međunarodne organizacije u oblasti uspostavljanja kazneno pravnog mehanizma zaštite sporta i aktivnosti povezanih sa sportom, nastala je još 1990. godine kada je donošenjem Zakona o ratifikaciji evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama³³, Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija (SFRJ) ratifikovala Evropsku konvenciju o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama. Međutim, usled raspada SFRJ koji je rezultirao izbijanjem građanskog rata i usled ogromne ekonomske krize koja je u Srbiji trajala tokom 90'ih godina XX veka, Republika Srbija počela je ozbiljnije da priprema tekst posebnog zakona čijom primenom bi sistematski sprovela obaveze iz te Konvencije Saveta Evrope, tek posle demokratskih promena koje su se odigrale 5. oktobra 2000. godine. Zbog toga je, u poređenju sa većinom evropskih država, Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, u Republici Srbiji donet sa velikim zakašnjenjem, a stupio je na snagu tek u julu 2003. godine. Dugogodišnje nepostojanje posebnog propisa i efikasnog mehanizma kontrole u oblasti sprečavanja nasilja na sportskim priredbama dovelo je do ogromnog porasta broja akata nasilja na sportskim borilištima širom Srbije.

Uprkos velikom zakašnjenju donošenje Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama predstavljalo je u trenutku njegovog izglasavanja u Narodnoj skupštini Republike Srbije ohrabrujuću činjenicu i potvrdu opredeljenja države da poštuje i ispunjava obaveze koje je preuzela ratifikacijom Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama. Država je time pokazala da je najzad rešila da se posveti rešavanju problema nasilja na sportskim priredbama i da je odlučna da zaštiti bezbednost ljudi i imovine koji se na bilo koji način nađu u dodiru sa sportskim priredbama. Po ugledu na Englesku, srpski zakonodavac se odlučio da materiju sprečavanja

³³ „Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 9/90.

nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama uredi posebnim zakonom, a ne većim brojem pravnih normi raspoređenih u zakone i podzakonske akte koji regulišu sport i organizovanje i održavanje sportskih aktivnosti. Takav pristup se očekivao iz više razloga. Pre svega, bilo je potrebno znatno manje vremena za donošenje novog zakona koji će sveobuhvatno urediti materiju sprečavanja nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, umesto da se menja i dopunjava veći broj zakona u koje treba uneti posebne norme o sprečavanju i kažnjavanju nasilničkih akata na sportskim priredbama.³⁴ Takođe, donošenjem posebnog zakona, mnogo odlučnije se šalje poruka najširoj javnosti da je nasilničko ponašanje u sportu nepoželjna društvena pojava, olakšava se tumačenje i primena zakonskih rešenja, a onima na koje se zakon odnosi postaje lakše da sagledaju svoja prava i obaveze.

Zakon je na sveobuhvatan način uredio materiju sprečavanja nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama tako da se smatra sistemskim zakonom u toj oblasti. Njegove norme utvrđuju širok spektar, kako preventivnih, tako i represivnih mera za sprečavanje nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, a uz to propisuju i obaveze organizatora i ovlašćenja nadležnih organa u sprovođenju pomenutih mera. Propisane su i odgovarajuće krivične i prekršajne sankcije za prekršioce zakonskih obaveza, čime je ispunjena obaveza preuzeta članom 3. stavom 1. tačkom c) Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama kojim je propisano da se: *„strane ugovornice obavezuju na utvrđivanje i sprovođenje mera za sprečavanje i suzbijanje nasilja i nedoličnog ponašanja gledalaca, uključujući posebno primenu ili, ako je to potrebno, usvajanje zakona kojima se predviđa da oni za koje se utvrdi da su krivi za delikte izvršene u vezi sa nasiljem ili nedoličnim ponašanjem gledalaca budu adekvatno kažnjeni ili, zavisno od slučaja, dođu pod udar odgovarajućih administrativnih mera“*.

Već na samom početku primene Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama ispostavilo se da pojedine formulacije korišćene u pravnim normama nisu dovoljno jasne i da će pojedini pravni instituti koji su uvedeni Zakonom

³⁴ Postojala je mogućnost da se umesto donošenja novog zakona, izmene i dopune Zakon o sportu, Krivični zakonik i Zakon o prekršajima, što bi iziskivalo znatno više vremena nego donošenje posebnog zakona iz te oblasti.

izazvati probleme u praksi tj. primeni Zakona. Samim tim, moglo se pretpostaviti da će po isteku određenog vremenskog perioda izmene i dopune pojedinih članova tog Zakona biti neophodne. Četiri godine po donošenju prvobitnog teksta Zakona, krajem septembra 2007. godine, došlo je do izglasavanja Zakona o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama³⁵. Donošenjem tog Zakona u velikoj meri su otklonjene nelogičnosti i nedostaci koji su postojali u prvobitnom zakonskom tekstu iz 2003. godine, što je doprinelo postizanju još većeg stepena usaglašenosti Zakona sa međunarodnim pravim standardima u toj oblasti. Prilikom pripreme i izglasavanja Zakona o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama namera zakonodavca bila je da propiše nova rešenja kojima bi se postigla veća efikasnost i delotvornost Zakona. Uopšteno posmatrano, izmene i dopune prvobitnog zakonskog teksta, sa jedne strane svodile su se na izmene sadržine određenih termina, dok su sa druge strane, precizirale ili uvele nove obaveze i odgovornosti organizatora i učesnika sportskih priredbi i Ministarstva unutrašnjih poslova. Nove obaveze i odgovornosti propisane za organizatore i učesnike sportskih priredbi propraćene su i propisivanjem odgovarajućih kaznenih odredbi koje treba da podstaknu i osiguraju primenu i poštovanje Zakona od strane lica na koje se Zakon odnosi.

Trećom glavom Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama propisane su kaznene odredbe koje su do septembra 2009. godine sadržale jedno krivično delo i veći broj prekršaja pravnih i fizičkih lica. Od 11. septembra 2009. godine kada je stupio na snagu Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika³⁶ prestao je da važi član 20. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama kojim je bilo propisano krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi.³⁷ S obzirom da je Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama punih šest godina bio izvor krivičnog prava, neophodno je analizirati sadržinu nekadašnjeg člana 20. tog zakona i rezultate njegove primene. Činjenica da Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama od 2003. do 2009.

³⁵ „Službeni glasnik RS”, br. 90/2007.

³⁶ "Službeni glasnik RS", br. 72/2009.

³⁷ Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu sada je propisano članom 344a. Krivičnog zakonika Republike Srbije.

godine nije sadržao isključivo krivičnopravne odredbe, već da je u potpunosti uređivao oblast sprečavanja nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, činila ga je delom sporednog krivičnog zakonodavstva Republike Srbije. Ujedno, to je bio jedan od mnogobrojnih primera koji su potvrđivali da sporedno krivično zakonodavstvo Republike Srbije postaje sve obimnije, što se videlo i iz činjenice da poslednjih godina u Srbiji nije donet nijedan značajniji zakon koji u kaznenim odredbama nije propisao jedno ili više krivičnih dela.³⁸

U vreme izglasavanja Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama postojala je mogućnost da krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi bude propisano u okviru odgovarajuće grupe krivičnih dela u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, a ne članom 20. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Da je tako učinjeno, odgovarajuća grupa bila bi grupa krivičnih dela protiv javnog reda i mira koja se nalazi u trideset prvoj glavi Krivičnog zakonika Republike Srbije³⁹. Međutim, u toj grupi krivičnih dela od ranije je propisano krivično delo nasilničkog ponašanja članom 344. Krivičnog zakonika. Po donošenju Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama 2003. godine, postavilo se pitanje da li je uopšte bilo opravdano propisivati još jedno krivično delo koje je po elementima svoga bića veoma slično krivičnom delu nasilničkog ponašanja. Takođe, nejasno je bilo zbog čega je zakonodavac za osnovni oblik krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi propisao kraći poseban maksimum kazne zatvora nego kod krivičnog dela nasilničkog ponašanja, ako je već postojala potreba za inkriminisanjem ove specijalne vrste nasilničkog ponašanja. Naime, za osnovni oblik krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi bila je propisana kazna zatvora od tri meseca do jedne godine, dok je za osnovni oblik krivičnog dela nasilničkog ponašanja propisana kazna zatvora do tri godine. Nesporno je da je društvena opasnost koja nastaje izvršenjem oba krivična dela identična, a postoji veći broj argumenata koji govori u prilog tezi da krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj

³⁸ Lazarević LJ., Krivično zakonodavstvo kao osnova za konstituisanje politike suzbijanja kriminaliteta, u: Pravni informator br. 10/2003, Intermeks, Beograd, 2003, str. 3.

³⁹ „Sl. Glasnik RS”, br. 85/2005.

priredbi ima veću društvenu opasnost nego krivično delo nasilničkog ponašanja.⁴⁰ Zbog toga je članom 7. Zakona o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama izvršeno povećanje zakonskog minimuma i zakonskog maksimuma trajanja zatvorske kazne, tako da se izvršilac krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi može kazniti zatvorskom kaznom u trajanju od šest meseci do pet godina. Propisivanje takvog posebnog minimuma i posebnog maksimuma kazne zatvora za izvršioce krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi u potpunosti se uklapa u zakonodavnu praksu drugih evropskih država.

Drugi problem koji se pojavio u praksi tj. u vreme primenjivanja odredbi prvobitnog teksta Zakona iz 2003. godine bio je prouzrokovan činjenicom da je članom 20. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama propisano da će se za izvršenje krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi kazniti onaj „*ko u nameri da izazove nasilje uđe na sportski teren*”. Sudska praksa, sasvim opravdano stala je na stanovište da je nameru učinioa potrebno dokazivati u sudskom krivičnom postupku.⁴¹ Pošto je namera konstitutivni element bića krivičnog dela, i to element subjektivnog karaktera, to znači da ona mora postojati kod učinioa

⁴⁰ Stav da krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi prouzrokuje veću društvenu opasnost nego krivično delo nasilničkog ponašanja proizlazi iz činjenice da se to krivično delo izvršava u specifičnim okolnostima koje doprinose postojanju veće društvene opasnosti. Prva okolnost koja utiče na postojanje većeg stepena društvene opasnosti je da se nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi izvršava pred ogromnim brojem ljudi (u nekim slučajevima i pred više desetina hiljada ljudi) koji se nalaze u nekom zatvorenom, ili barem ograničenom prostoru, te da usled takvog ponašanja može da dođe do nekontrolisanih reakcija i pokretanja mase, kao i do ugrožavanja života i zdravlja velikog broja pojedinaca i oštećivanja imovine većeg obima. Druga okolnost koja to delo po društvenoj opasnosti čini težim je što se sportske priredbe najčešće medijski direktno prenose (putem radio i TV programa) i što posmatranje nasilja od strane širokog auditorijuma koji obuhvata kategorije kao što su omladina i deca, može negativno da utiče na pojedince da prihvate takav model negativnog ponašanja.

⁴¹ Pravno tumačenje tako formulisano krivičnog dela najslikovitije ilustruje sadržina rešenja Okružnog suda u Beogradu, Kž. 2755/2006 od 28.2.2007. godine, u kome je napisano da: „Svaka krivično-pravna radnja pobrojana u opisu krivičnog dela propisanog članom 20. *Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama*, treba da bude izvršena u nameri da se izazove nasilje”.

krivičnog dela u vreme izvršenja krivičnog dela. Bez namere prisutne kod učinioca u trenutku izvršenja krivičnog dela, takvo delo ne postoji tj. ne može se primeniti navedena inkriminacija. Kada se kod određenog krivičnog dela u njegovom opisu pojavljuje namera, to znači da kod izvršioca krivičnog dela mora da postoji direktni umišljaj, tj. da učinilac prethodno mora da bude svestan svoga dela i da hoće izvršenje dela kako bi ostvario nameru koja se ogleda u ostvarenju nekog daljeg cilja koji on želi da postigne izvršenjem krivičnog dela. Samo dokazivanje postojanja namere kod učinica krivičnog dela u praksi je veoma teško, pošto je subjektivni odnos učinica prema tom delu koji se ispoljava kroz postojanje namere, u najvećem broju slučajeva gotovo nemoguće utvrditi egzaktnim i objektivnim dokaznim sredstvima. Da li je učinilac u svojoj svesti imao nameru da izazove nasilje ulaskom u teren nemoguće je pouzdano otkriti, osim ako nasilje nije izvršeno po ulasku na teren, ili ako sa sobom učinilac nije poneo pojedina sredstva (oružje ili oruđe) koja ukazuju na postojanje te namere. Učinilac tog krivičnog dela u svojoj odbrani uvek će pred sudom moći da saopšti iskaz u kome navodi da na teren nije ušao sa namerom da izazove nasilje već iz drugih njemu poznatih razloga. Kako bi se izbegao opisani problem pri dokazivanju izvršenja krivičnog dela, članom 7. Zakona o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama izmenjen je prvobitni tekst člana 20. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama na taj način što je izostavljena namera kod izvršilaca krivičnog dela.⁴² Takvom izmenom krivično delo nasilničkog

⁴² Osim toga, izmenama učinjenim u prvobitnom tekstu člana 20. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, bićem krivičnog dela obuhvaćeni su i slučajevi društveno opasnih radnji koji se dešavaju na sportskim priredbama, a koji do izmena Zakona nisu bili propisani kao elementi bića krivičnog dela, već kao prekršaji. Takođe, izmenama člana 20. Zakona uvedena je krivična odgovornost službenih ili odgovornih lica za slučaj kada službeno ili odgovorno lice pri organizovanju sportske priredbe ne preduzme mere obezbeđenja kako bi se onemogućio ili sprečio nered, pa usled toga budu ugroženi život ili telo većeg broja ljudi ili imovina većeg obima. Takva dopuna zakonskog teksta izvršena je zbog toga što se u praksi pokazalo da propusti službenih lica mogu biti u direktnoj uzročno-posledičnoj vezi sa narušavanjem javnog reda i mira i ugrožavanjem bezbednosti ljudi i imovine, a i kako bi se sa međunarodnim pravnim standardima uskladile norme o krivičnoj odgovornosti službenih ili odgovornih lica za slučaj kada službeno ili odgovorno lice pri organizovanju sportske priredbe ne preduzme mere obezbeđenja propisane zakonom.

ponašanja na sportskoj priredbi po elementima bića krivičnog dela postalo je konceptualno slično posebnom krivičnom delu propisanom italijanskim Zakonom broj 377. iz oktobra 2001. godine koje se izvršava preskakanjem ograda i drugih barijera koje razdvajaju sportski teren od gledalaca, ili svakim drugim načinom neovlašćenog ulaska na sportski teren za vreme održavanja sportske manifestacije koji može da ugrozi bezbednost ljudi i imovine. Slična koncepcija primenjena je i u Engleskoj gde je krivično odgovorna svaka osoba koja neovlašćeno uđe na sportski teren, bez obzira da li je ušla sa namerom da vrši nasilje ili ne.

Članovi 21. i 23. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama propisuju veći broj prekršaja pravnih i fizičkih lica i sankcije koje se izriču izvršiocima tih prekršaja, tako da s obzirom na svoju nedvosmislenu prekršajnoppravnu prirodu vode zaključku da se Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama smatra i delom prekršajnog zakonodavstva Republike Srbije. Takav zakonodavni pristup u propisivanju prekršaja iz oblasti nasilja na sportskim priredbama, takođe odgovara praksi većine evropskih država i predstavlja vid ispunjavanja međunarodnopravne obaveze preuzete članom 3. stavom 1. tačkom c) Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama.

Članom 21. tačkama od 1. do 13. prvog stava, u prvobitnom zakonskom tekstu bilo je propisano trinaest prekršaja. Članom 8. Zakona o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama iz 2007. godine dodata je tačka 4a. kojom se kao prekršaj propisuje nevršenje nadzora nad radom redarske službe, što predstavlja ponašanje suprotno obavezi uvedenoj u član 8. stav 4. Zakona na osnovu člana 3. stava 3. Zakona o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Time je broj prekršaja propisanih nakon izmena i dopuna Zakona povećan na četrnaest. Međutim, to nije bilo i konačno uvećanje broja prekršaja koje propisuje Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama pošto je u decembru 2009. godine izglasan nov Zakon o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama⁴³. Posle tih izmena

⁴³ „Sl. Glasnik RS”, br. 111/2009.

članom 21. Zakon propisuje čak devetnaest prekršaja. Svih dvadesetdevet prekršaja propisanih nakon izmena i dopuna Zakona svode se na činjenja i nečinjenja koja su suprotna obavezama preduzimanja mera za sprečavanje nasilja i nedoličnog ponašanja propisanih članovima druge glave Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Kao izvršioci prekršaja zakon predviđa sportske saveze, sportska društva, organizacije u oblasti sporta, klubove, druga pravna lica, preduzetnike i fizička lica koja su organizatori sportske priredbe i kojima zakon nameće obavezu određenog postupanja.

Prikazani način propisivanja prekršaja u potpunoj je saglasnosti sa pravnim standardima koji su primenjeni u većini evropskih država, baš kao što i propisane sankcije za izvršioci prekršaja ne odstupaju od evropskih standarda. Tako je za sportske saveze, sportska društva, organizacije u oblasti sporta, klubove i sva druga pravna lica, u slučaju da izvrše prekršaje propisane članom 21. Zakon propisao izricanje novčane kazne i mogućnost fakultativnog izricanja zaštitne mere zabrane vršenja određene delatnosti. Takođe, za odgovorna lica u pravnom licu koja izvrše te prekršaje, istim članom Zakona propisano je izricanje novčane kazne uz mogućnost da odgovornom licu uz kaznu bude fakultativno izrečena zaštitna mera zabrane vršenja određenih poslova. Isto je propisano i za slučaj kada je preduzetnik izvršilac nekog od prekršaja, tako da se i njemu može izreći novčana kazna, a uz tu kaznu je moguće i fakultativno izricanje zaštitne mere zabrane vršenja određenih delatnosti.

Za slučaj kada je izvršilac prekršaja iz člana 21. stava 1. Zakona fizičko lice koje je organizator sportske priredbe, Zakon je propisao ne samo novčanu kaznu, već i mogućnost izricanja prekršajne kazne zatvora do 60 dana, što je takođe u saglasnosti sa praksom drugih evropskih država. Važno je imati u vidu da sud fizičkom licu može kao glavnu prekršajnu kaznu u tom slučaju izreći samo jednu od propisanih kazni, zbog toga što su novčana kazna i kazna zatvora propisane alternativno. Kumulativno izricanje te dve kazne po osnovu odredbi Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama nije moguće.

Kada je reč o usklađenosti zakonodavstva Republike Srbije sa međunarodnim pravnim standardima u oblasti uspostavljanja mehanizma kazneno pravne zaštite sporta i aktivnosti povezanih sa sportom, Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama uopšte ne zaostaje za ostalim evropskim

državama u pogledu odredbi kojima propisuje mogućnost izricanja zaštitnih mera učiniocima pojedinih delikata. Tako je u prvobitnom zakonskom tekstu članom 22. Zakona bila propisana posebna vrsta zaštitne mere koja se može izreći uz kaznu fizičkom licu koje izvrši neki od prekršaja propisanih članom 23. Zakona. Iako je u tom slučaju bila reč o zaštitnoj meri kao svojevrsnoj prekršajnoj sankciji, ona je imala izrazito preventivan karakter, dok se njen represivni element manifestovao samo sekundarno i to u privremenom ograničavanju slobode kretanja učinioca prekršaja. U prvobitnom tekstu Zakona iz 2003. godine bilo je predviđeno da se zaštitna mera može izreći u trajanju od tri meseca do jedne godine. Članom 9. stavom 2. Zakona o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama iz 2007. godine produženo je vreme mogućeg trajanja izrečene zaštitne mere na period od 6 meseci do dve godine.⁴⁴ Da takvim izmenama Zakona Srbija nije odstupila od pravnih standarda primenjenih u drugim državama, govori i primer Republike Poljske koja je izmenama i dopunama Zakona o bezbednosti javnih skupova sa velikim brojem učesnika uvela svojevrsnu meru bezbednosti koja daje mogućnost poljskim sudovima da zabrane osobi koja je vršila akte nasilja na sportskim priredbama da prisustvuje takvim priredbama u vremenu od jedne do tri godine od vremena izvršenja delikta. Takođe, engleski propisi sadrže mogućnost izricanja zabrane posećivanja fudbalskih utakmica prethodno osuđivanim izgređnicima, a Zakon o borbi protiv huliganizma na sportskim stadionima Republike Češke je u toj oblasti najrigorozniji, pošto predviđa mogućnost izricanja doživotne zabrane posećivanja sportskih manifestacija izvršiocu nekog od delikata nasilja na sportskim priredbama.

Kada je reč o Republici Srbiji, osnovna namera zakonodavca bila je da primenom zaštitne mere zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama onemogući izgređnike da se nađu u situaciji u kojoj bi mogli da ponove prekršaj i ugroze bezbednost učesnika sportskih priredbi. U prvobitnom zakonskom tekstu, bilo je propisano da se za prekršaje propisane članom 23. stavom 1. tačkama od 1. do 7.

⁴⁴ Članom 15. Zakona o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama iz decembra 2009. godine propisano je brisanje člana 22. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama pošto je zaštitna mera zabrane prisustvovanja sportskim priredbama premeštena u član 55a. Zakona o prekršajima.

zaštitna mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama izriče fakultativno uz kaznu zatvora do 60 dana koja je propisana istim članom Zakona. U samo dva slučaja izricanje te zaštitne mere bilo je propisano kao obavezno članom 23. stavom 3. Zakona. Prvi slučaj obaveznog izricanja zaštitne mere zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama postojao je prema prvobitnom zakonskom tekstu kada raniji učinilac nekog od prekršaja propisanih članom 23. stavom 1. tačkama od 1. do 7. ponovo izvrši neki od tih prekršaja. Članom 10. stavom 2. Zakona o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama iz 2007. godine obrisane su tačke 1, 2, 3 i 6 člana 23. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Tim brisanjem ukinuta su četiri ranije propisana prekršaja pošto su radnje tih prekršaja izmenama izvršenim u članu 20. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama postale radnje krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama. Istom odredbom u član 23. Zakona dodata je posle tačke 7. tačka 7a, na osnovu koje je propisan nov prekršaj koji se ogleda u konzumiranju alkoholna pića suprotno zabrani iz član 18. Zakona.

Drugi slučaj obaveznog izricanja zaštitne mere postojao je u situaciji kada lice kome je prethodno već izrečena ta zaštitna mera za neki od izvršenih prekršaja, postupi suprotno obavezi koju mu zaštitna mera nameće, tj. ne javi se neposredno pre početka određenih sportskih priredbi službenom licu u područnoj policijskoj upravi, odnosno policijskoj stanici, na području na kome se zatekao i ne boravi u prostorijama područne policijske uprave tj. policijske stanice u vremenu do završetka sportske priredbe na kojoj ne sme da prisustvuje. Posle izmena i dopuna Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama izvršenih u decembru 2009. godine primena zaštitne mere zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama postala je obavezna u slučaju izvršenja bilo kog od prekršaja propisanih članom 23. Zakona.

Prikazana zakonska rešenja predstavljaju polaznu osnovu za sistematsku borbu Republike Srbije, njenih organa i sportskih organizacija protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Veći deo problema koji je nastao u primeni pojedinih zakonskih rešenja propisanih u prvobitnom tekstu Zakona iz 2003. godine rešen je i prevaziđen izmenama i dopunama Zakona koje su izvršene u septembru 2007. godine i decembru 2009. godine. Međutim, sve veći porast broja i intenziteta akata nasilja izvršenih na

sportskim priredbama ukazuje da će, u slučaju da se takav trend nastavi, iako su sve Zakonom propisane mere u potpunosti usklađene sa međunarodnim pravnim standardima, u bliskoj budućnosti biti neophodno ponovno unošenje izmena i dopuna u tekst Zakona, a kako bi se borba protiv nasilja na sportskim priredbama učinila još intenzivnijom i efikasnijom.

Osim u sferi sprečavanja nasilja na sportskim priredbama, Republika Srbija je i u oblasti pravnog uređivanja borbe protiv dopinga u sportu ispunila međunarodnopravnu obavezu koju je preuzela 28. februara 2001. godine kada je Savezna Republika Jugoslavija ratifikovala Konvenciju protiv dopinga Saveta Evrope. Pravne obaveze preuzete tom Konvencijom, Srbija je ispunila 14. novembra 2005. godine donošenjem Zakona o sprečavanju dopinga u sportu⁴⁵. Slično situaciji koja je postojala u slučaju ispunjavanja međunarodnopravnih obaveza preuzetih Evropskom konvencijom o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, Srbija je kasnila sa donošenjem zakona koji će propisati mehanizam kazneno pravnog sankcionisanja dopinga u sportu, tako da je u poređenju sa većinom evropskih država Zakon o sprečavanju dopinga u sportu donet sa velikim zakašnjenjem. Donošenjem tog Zakona stvoren je pravni osnov za otpočinjanje obračuna državnih organa sa onima koji proizvodnjom i prodajom doping sredstava zarađuju ogromne svote novca na nelegalan način.

Konvencija protiv dopinga Saveta Evrope svojim odredbama obavezuje države potpisnice na suzbijanje dopinga na osnovu sprovođenja zakonodavne aktivnosti i preduzimanja konkretnih mera u svakoj od država potpisnica, a uz konstantnu pomoć sportskih organizacija iz tih država. Konvencija nameće obavezu državama potpisnicama da koordiniraju politiku borbe protiv dopinga i aktivnosti koje državni organi preduzimaju radi suzbijanja i iskorenjivanja dopinga u oblasti sporta. U članu 4. Konvencije navodi se da su potpisnice obavezne da usvoje zakone, druge propise i administrativne mere, kako bi ograničile i kontrolisale promet, posedovanje, uvoz, distribuciju i prodaju doping sredstava. U istom članu predviđena je obaveza država da propisima onemogućie upotrebu zabranjenih doping agensa i doping metoda, a pogotovo upotrebu anaboličkih sredstava i steroida. Pošto Konvencija samo uopšteno predviđa obavezu država da se bore protiv dopinga i pošto

⁴⁵ „Službeni glasnik RS" br. 101/05.

njene odredbe ne sadrže konkretan spisak zakonodavnih mera koje treba preduzeti, niti preporučuju način na koji treba sprovesti zabranu dopinga, a ne poseduje ni listu mogućih sankcija, već regulisanje svih tih detalja prepušta državama potpisnicama, Republika Srbija imala je određene ruke da izabere model pravnog uređivanja borbe protiv dopinga na svojoj teritoriji. Samim izborom modela pravnog regulisanja borbe protiv dopinga, što u slučaju Srbije znači donošenjem i primenom Zakona o sprečavanju dopinga u sportu, ispunjena je međunarodnopravna obaveza preuzeta članom 4. Konvencije.

Očigledno je da se po ugledu na Belgiju, Dansku, Španiju, Francusku, Grčku, Italiju i Portugaliju, srpski zakonodavac odlučio da materiju sprečavanja upotrebe dopinga u sportu uredi posebnim zakonom, a ne većim brojem pravnih normi raspoređenih u zakone koji regulišu proizvodnju i promet farmaceutskih proizvoda ili organizovanje i održavanje sportskih aktivnosti. Takav pristup se očekivao iz više razloga. Pre svega, bilo je potrebno znatno manje vremena za donošenje novog zakona koji će sveobuhvatno regulisati materiju sprečavanja korišćenja dopinga u sportu umesto da se menja i dopunjava veći broj zakona u koje treba uneti posebne norme o sprečavanju i kažnjavanju upotrebe doping sredstava. Takođe, donošenjem posebnog zakona, mnogo odlučnije je poslata poruka najširoj javnosti da je doping u sportu nepoželjna pojava, olakšano je tumačenje i primena zakonskih rešenja, a onima na koje se zakon odnosi znatno je lakše da sagledaju svoja prava i obaveze u okviru jedinstvenog zakonskog teksta.

Osim što su odredbe Zakona o sprečavanju dopinga u sportu, usklađene sa načelima borbe protiv dopinga koje određuje Konvencija protiv dopinga Saveta Evrope, čitanjem zakonskog teksta lako se uočava da je on usklađen i sa pravnim standardima Antidoping pravilnika Olimpijskog pokreta iz 2000. godine i Svetskog antidoping pravilnika iz 2003. godine. Očigledan primer prihvatanja i unošenja međunarodnih pravnih standarda u Zakon o sprečavanju dopinga u sportu predstavlja sadržina člana 2. stava 1. Zakona koji propisuje zabranu upotrebe dopinga u sportu na isti način kao što to čini Antidoping pravilnik Olimpijskog pokreta, upotrebom proste rečenice koja glasi: „*Zabranjen je doping u sportu*”. Slično tome, član 2. stav 2. i član 3. Zakona, određuju pojam dopinga kroz povredu antidoping pravila, i predstavljaju doslovan prevod sa engleskog jezika, članova 1. i 2. Svetskog antidoping pravilnika. Mere za sprečavanje dopinga u

sportu koje sadrži Zakon o sprečavanju dopinga u sportu, takođe su određene u skladu sa rešenjima koja predviđa Svetski antidoping pravilnik. Osim toga, u članu 7. Zakona predviđeno je da pravila Antidoping agencije Republike Srbije koja se osniva istim zakonom, moraju biti usklađena sa pravilima Evropske konvencije o sprečavanju dopinga u sportu i sa međunarodnim standardima za doping testiranje koje je odobrila Svetska antidoping agencija, što takođe govori o čvrstoj opredeljenosti Republike Srbije da poštuje obaveze preuzete potpisivanjem i ratifikacijom međunarodnog ugovora.

V Zaključak

Navedeni primeri potvrđuju tezu da su srpski propisi koji uređuju kazneno pravnu zaštitu sporta i aktivnosti povezanih sa sportom usklađeni sa odredbama najrelevantnijih multilateralnih konvencija iz te oblasti. Osim toga, statuti i pravilnici nacionalnih granskih sportskih saveza Srbije u potpunosti su usklađeni sa odgovarajućim propisima međunarodnih sportskih organizacija i njihova primena nalazi se pod stalnim nadzorom tih međunarodnih sportskih tela.

Iako su rešenja iz Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama u potpunoj saglasnosti sa obavezama koje je predvidela Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, primetno je da su rezultati u primeni tog zakona izuzetno loši. Iz godine u godinu povećava se broj incidenata sa elementima nasilja na sportskim priredbama širom Srbije, a kao posledica tih incidenata ima sve više pojedinaca koji su izgubili živote u sukobima navijačkih grupa. To po ko zna koji put potvrđuje tezu da je propise lakše doneti nego ih pravilno i dosledno primeniti. Za razliku od formalne usklađenosti srpskih propisa sa brojnim konvencijama i najboljom zakonodavnom praksom ostalih evropskih država, primena propisa daleko je od evropskih standarda. O tome najbolje govori dužina sudskih postupaka (krivičnih i prekršajnih) i broj slučajeva koji nikada nisu okončani osuđujućim presudama usled zastarelosti. Sličan problem postoji i u slučaju propisa koji uređuju brobu protiv dopinga u sportu u Republici Srbiji. Iako su odredbe Zakona o sprečavanju dopinga u sportu, usklađene sa načelima borbe protiv dopinga koje određuje Konvencija protiv dopinga Saveta Evrope i sa pravnim standardima Antidoping pravilnika Olimpijskog

pokreta iz 2000. godine i Svetskog antidoping pravilnika iz 2003. godine, iz godine u godinu povećava se broj srpskih sportista koji su pozitivni na doping testovima.

Opisane okolnosti govore o tome da je primena preventivnih mera koje propisuju srpski propisi slaba i da je rad državnih organa prevashodno usmeren ka sankcionisanju negativnih pojava u sportu. Takvim pristupom samo se uklanjaju posledice deliktnog ponašanja u sportu, ali se ne leči njihov uzrok. Kako bi se opisani problemi što pre rešili i kako bi se sprečilo nastupanje neželjenih efekata koje sa sobom donosi primena preobimnog i u pogledu predviđenih sankcija prestrogog pravnog okvira kojim je propisan mehanizam kazneno pravne zaštite sporta, država bi hitno morala da preduzme raznovrsne mere za reorganizaciju načina rada njenih organa zaduženih za obavljanje poslova povezanih sa sportom i stvaranjem uslova za razvoj sporta. Jedan od očiglednih primera koji potvrđuju da je sprovođenje reorganizacije odgovarajućih državnih tela i organa neophodno kako bi se stvorili bolji uslovi za sistematičnu borbu države protiv deliktnog ponašanja povezanog sa sportom jeste problem nefunkcionalnosti Saveta za borbu protiv nasilja u sportu. Taj savet koji je osnovan od Vlade Republike Srbije, u proteklom periodu svojim postojanjem i radom nije doprineo, ne samo smanjenju nasilja na sportskim priredbama, već i stvaranju boljih uslova za pravilnu primenu propisa namenjenih borbi protiv nasilja u sportu. Samo ustrojstvo Saveta je takvo da oni koji ga čine – većinom ministri i drugi politički funkcioneri – nemaju ni znanja, ni vremena da to telo učine stručnim i operativnim. Samim tim, ne može se očekivati da delovanje i odluke Saveta mogu da utiču na poboljšanje sadržine propisa namenjenih borbi protiv nasilja u sportu i na eventualno davanje prednosti sprovođenju preventivnih mera u odnosu na mere represije. Za razliku od stanja u Srbiji, evropska praksa je da takve savete i druga slična tela čine stručnjaci iz odgovarajućih oblasti koji razvijaju kompleksne programe borbe protiv nasilja i drugih delikata povezanih sa sportom. Te programe kasnije sprovode državni organi na čijem čelu su političari i na taj način se povećava efikasnost primene celokupnog mehanizma borbe protiv deliktnog ponašanja u oblasti sporta. Zato bi promena sastava i načina rada Saveta za borbu protiv nasilja u sportu trebalo da bude jedna od prioritarnih mera prilikom reosmišljanja i unapređivanja rada državnih organa na polju borbe protiv protivpravnih ponašanja u sportu.

LITERATURA

1. Dimitrijević P., Prekršajno pravo opšti deo, Službeni glasnik, Beograd, 2001.
2. Kenović M. i Kovačević S., Sport i sportsko pravo, Amaks, Sarajevo, 2007.
3. Lazarević LJ., Krivično zakonodavstvo kao osnova za konstituisanje politike suzbijanja kriminaliteta, u: Pravni informator br. 10/2003, Intermeks, Beograd, 2003.
4. Mrvić N., Prekršaji u pravnom sistemu Jugoslavije, Beograd, 1989.
5. Mrvić-Petrović N., Krivično pravo, „Službeni glasnik”, Beograd, 2006.
6. Pihler S., Prekršajno pravo, Novi Sad, 2000.
7. Franklin S., Heisel Stadium disaster - Liverpool fans on route to the Heisel Stadium, nalazi se na veb-stranici: <http://www.highbeam.com/doc/1P1-127151697.html>.
8. Šuput D., Sankcionisanje dopinga u sportu, Orion art, Beograd, 2007.
9. Šuput D., Dokumenti međunarodnih organizacija koji propisuju zabranu upotrebe dopinga u sportu, u: Strani pravni život br. 2/2009, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009, str. 291-313.
10. Šuput D., Pravni okvir koji uređuje borbu protiv nasilja na sportskim priredbama u evropskim državama, u: Strani pravni život br. 1/2010, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 233-262.

Dejan Šuput, PhD
Institute of Comparative Law

Sources of Penal Law in the field of sport and harmonization of Serbian regulations with international legal standards

Sources of Penal Law regulating counteraction of illegal behavior in the field of sport are numerous and various. At the international level, the most important sources are the following: the European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Events and in Particular at Football Matches, the Council of Europe Antidoping Convention, International Convention against Doping in Sport, Olympic Movement Antidoping Code and World Antidoping Code. The content of previously listed conventions has been analyzed and clarified within this article. Analysis showed that all of the above listed conventions recognized the need for public authorities and independent sports organizations to work together in facing their separate yet complementary responsibilities to combat illegal conduct in the sphere of sports and sports related activities. Besides that, relevant Serbian regulations were analyzed and presented.

Author explained that Serbian regulations pose a very wide scope of provisions aimed at curbing the occurrence of spectator violence at their sports stadiums and facilities. Also he explained national legal framework regulating fight against doping in Serbian sport. The conclusion was drawn that all of Serbian laws in that field were drafted and enacted to satisfy the exigencies of the Council of Europe Convention on Spectator Violence, Council of Europe Antidoping Convention and International Convention against Doping in Sport.

The problem of inefficient application of Serbian laws and regulations was also mentioned within this text. Some proposals for solution of those problems were formulated and proposed.

Key words: *sport, conventions, international law, state, ratification.*

Marko Novaković,

Institut za međunarodnu politiku i privredu

Pregledni naučni rad

UDK: 341.231.14:341.645 343.988

Pojam indirektne žrtve u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava

Jedan od kriterijuma za prihvatanje žalbe Evropskom sudu za ljudska prava je status žrtve. Taj koncept žrtve je međutim mnogo komplikovaniji nego što izgleda. Sud u Strazburu je kroz svoju praksu razvio poseban pojam žrtve. Ponekad se može u tom smislu napraviti izvesna konfuzija između pojmova direktne i indirektne žrtve. Ovaj članak ukazuje na probleme u definisanju ovih pojmova.

Ključne reči: indirektna žrtva; direktna žrtva; Evropski sud za ljudska prava; *Kurt vs. Turska, Samles vs. Španija; Ekle vs. Nemačka*

Član 34. Evropske konvencije o ljudskim pravima – „Pojedinačne predstavke

Sud može da prima predstavke od svake osobe, nevladine organizacije ili grupe lica¹ koji tvrde da su žrtve² povrede prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju, učinjene od strane neke Visoke strane ugovornice. Visoke strane ugovornice obavezuju se da ni na koji način ne ometaju stvarno vršenje ovog prava.“¹

Iz sadržine citiranog člana 34. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama², proizilaze dva uslova koja podnosilac predstavke mora da ispuni kako bi je Evropski sud za ljudska prava³ uzeo u razmatranje. To su uslovi - da je predstavka potekla od „osobe, nevladine organizacije ili grupe lica“ i da taj podnosilac ima „status žrtve“. Pored ovih, u članu 35. EKLJP predviđeno je još nekoliko uslova⁴, međutim tema ovog rada biće samo uslov koji se tiče statusa žrtve. Opredelili smo se za kraću analizu ovog uslova, pre svega, zbog konfuzije između pojmova

¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>, 22. jul 2010.

² EKLJP, Konvencija

³ ESLJP, Sud

⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm> 22. jul 2010.

direktne i indirektne žrtve, odnosno mogućnosti drugonavedene da podnese podnesak Sudu u svoje ime.

Pre nego što počnemo sa razmatranjem ovog uslova, želimo da naglasimo da smatramo da je već sam termin „žrtva“, u ovom kontekstu, nedovoljno precizan. Istina je da se termin „victim“ koji koristi Sud, najčešće u našem jeziku prevodi sa „žrtva“, ali smatramo da je termin „oštećeni“ mnogo pouzdaniji za tumačenje i primenu, bliži pravom *pravnom* značenju, kao i sadržini i u funkciji čitave citirane odredbe člana 34, Konvencije, pogotovo što uključuje i sve elemente i oznake koje podrazumeva pojam „victim“. Termin žrtva u našem jeziku, pre svega se odnosi na osobu koja je najneposrednije pogođena nekim aktom, te direktno trpi sve njegove posledice. Međutim, imajući na umu da se u domaćoj literaturi uobičajio prvonavedeni termin, u ovom radu ćemo ostati pri njemu.

Status žrtve je uslov *sine qua non* za prihvatanja individualne predstavke od strane ESLJP. Iako je utvrđivanje takvog statusa pojedinca kao podnosioca predstavke na prvi pogled jasno, brojni slučajevi povreda Konvencije otvaraju dileme i postavljaju pitanje – kada se podnosilac predstavke nesporno može smatrati žrtvom. Naravno, sadržina tog pojma se i dalje određuje kroz praksu ESLJP, pa se njegovo značenje danas mnogo pouzdanije utvrđuje nego onda kada je uneto u EKLJP. Međutim, u međuvremenu je došlo i do izvesne dodatne, naizgled pojmovne a u stvari suštinske zabune, koju ćemo pokušati da pojasnimo, odnosno da je bar delimično otklonimo. Ona se naročito ogleda u odnosu na razgraničenje pojmova direktne i indirektne žrtve, u slučaju kada se Sudu podnosi predstava u ime preminulog lica, kao i u odnosu na gubitak statusa žrtve.

1. Direktna i indirektna žrtva

Osnovni uslov da bi neko podneo predstavku Sudu je da podnosilac „tvrdi da je žrtva“. Upravo je to pravilo izvor ove pojmovne zabune koju apostrofiramo. Jer, šta će se desiti sa onim slučajevima u kojima je žrtva preminula? To bi značilo da sa smrću lica kome je povređeno neko pravo iz Konvencije nestaje mogućnost iznošenja te povrede pred ESLJP. To je, naravno, neprihvatljivo. Kako bi se ova nelogičnost ispravila, uvodi se pojam indirektno žrtve.

Pođimo u ovo razmatranje sa analizom termina (direktno) žrtve. Sadržinu pojma (direktno) žrtve je utvrdio upravo ESLJP, a odlučujući u slučaju „Ekle protiv Nemačke“, u kome kaže da pojam

žrtve „...denotes the *person directly affected* by the act or omission which is in issue, the existence of a violation conceivable even in the absence of prejudice”.⁵ Iz navedene odrednice proizilazi da, kada je neko lice direktno pogođeno nekim štetnim događajem ili propuštanjem, nije potreban dodatni uslov da bi se smatralo žrtvom. I zaista, nema dileme u odnosu na „direktno“ oštećenog pojedinca, a u smislu vidljivog postojanja posledice koja je u jasnom i očiglednom odnosu sa uzrokom. Međutim i u slučaju da je neko lice posredno pogođeno („indirectly affected“, koristeći terminologiju Suda), ne može mu se a priori osporiti tvrdnja da je žrtva, neophodno je utvrditi da li je možda (indirektna) žrtva. U okviru kategorije određene kao „indirektna žrtva“, neophodno je uvesti dodatne kriterijume, kako bi se oni slučajevi kada „posredno pogođenom licu“ treba omogućiti ostvarenje zaštite pred Sudom, razgraničili od slučaja kada neko lice pokušava da posredstvom predstavke pred ESLJP istakne zahtev koji je po suštini *actio popularis*, odnosno da traži zaštitu ugroženih *common interests*. Da bi Sud uvažio predstavku podnosioca koji je indirektna žrtva, dakle osobe koja pledira da ostvari zaštitu pred ESLJP po tom osnovu („*tvrde da su žrtve*“), moraju se Sudu pružiti i nesporni i uverljivi dokazi o postojanju neposredne i direktne veze između opisane povrede (svog) odredjenog prava (koje štiti Konvencija) i događaja/propuštanja koji je tu povredu prouzrokovao.

2. Predstavka podneta u ime preminulog lica

U praksi ESLJP se otvara i pitanje koje se tiče stava o dozvoljenosti podnošenja predstavki **u ime preminulih lica**. U teoriji su prisutni stavovi po kojima je nedozvoljeno, odnosno izričito zabranjeno podnošenje predstavki u ime preminulih lica⁶. Međutim, ako pogledamo praksu Suda, ovakva tvrdnja jednostavno nije tačna. Postupanje Suda u dva slučaja koja ćemo izložiti, upravo daju i izričit i obrazložen odgovor na pitanje (ka)da će Sud dozvoliti, odnosno (ne)će odbaciti predstavku podnetu u ime preminulog lica. To su slučajevi „Kurt protiv Turske“⁷ i „Sanles Sanles protiv Španije“⁸.

U slučaju „Kurt protiv Turske“, podnosilac predstavke je bila majka turskog vojnika, koji je nestao u operacijama turske armije. Ona je dugo vremena pred turskim organima pokušavala da sazna šta se

⁵ *Eckle v. Germany*, app. No. 8130/78, paragraph 66.

⁶ Filip Lič, „Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava“, str.120

⁷ *Kurt v. Turkey*, app. No. 24276/94

⁸ *Sanles Sanles v. Spain*, app. No. 48335/99

desilo sa njenim sinom, ali bezuspešno. Kada se obratila ESLJP, to je učinila predstavkom podnetom i u svoje ime (zbog povrede čl 3. i 13. EKLJP), ali i u ime sina (zbog povrede čl. 2, 5, 14 i 17. EKLJP).

U slučaju „Sanles Sanles protiv Španije“, podnošenju predstavke je prethodila okolnost da je teško oboleo gospodin Sampedro u Španiji vodio dugogodišnju pravnu borbu sa ciljem da mu se omogući da umre „dobrovoljno i bezbolno“, a da izvršiooci tog „čina“ ne budu kažnjeni. S obzirom da je tetraplegičar, smatrao je da je takav njegov zahtev opravdan, jer je trpeo velike bolove. Posle neuspešne pravne borbe da mu se odobri eutanazija, gospodin Sampedro ipak okončava život na način na koji je i želeo, a „saučesnici-pomagači“ nisu otkriveni. Njegova svastika, gospođa Sanles, koju je gospodin Sampedro ovlastio da nastavi pravnu borbu posle njegove smrti podnosi predstavku ESLJP u ime svog pokojnog zeta, zahtevajući u ime svog vlastodavca da se na osnovu članova 2, 3, 5, 6, 8, 9 i 14. Konvencije, prizna pravo na dostojanstvenu smrt.

U prvom slučaju, ESLJP je dozvolio da se pokrene postupak po predstavci podnetoj u ime preminulog lica, tj. sina podnosioca predstavke (gospođe Kurt), a u drugom slučaju Sud nije dozvolio da se pokrene postupak u ime zeta gospođe Sanles, iako su, u oba slučaja, podnosioci predstavke bili ovlašćeni pravni sledbenici pokojnika.

Razlog za različite odluke u ova dva, samo na izgled slična slučaja, možemo potražiti u analizi postojanja dva kriterijuma: instituta legitimnog interesa s jedne, i okolnosti da (direktna) žrtva nije u stanju da podnese predstavku (preminula), s druge strane.

Predstavka kojom je pokrenut postupak u predmetu „Kurt protiv Turske“ zaista zadovoljava/ispunjava oba kriterijuma, jer je gospođa Kurt nesporno dokazala legitimni interes da baš ona podnese zahtev u ime svog sina, praćenog sa faktičkom činjenicom da on - (direktna) žrtva, nije u stanju da to učini sam. S druge strane, u slučaju „Sanles Sanles protiv Španije“, sudije su zauzele stav da ne postoji, odnosno da nije zastupljen dovoljan legitiman interes, tj. da gospođa Sanles podnetom predstavkom deluje putem *actio popularis*. Naravno, pošto nije ispunjen uslov legitimnosti interesa, potpuno je irelevantno to što je drugi uslov ispunjen. Vrlo je zanimljivo da iznesemo i stav koji je po istom pitanju zauzeo Komitet za ljudska prava, pred kojim se ovaj slučaj takođe našao.⁹ Taj Komitet nije našao da se u odnosu na gospodina Sampedra uopšte može govoriti o statusu žrtve. Dakle, pošto je njegova smrt nastupila 1998. godine, a svastika na osnovu

⁹<http://www.humanrights.is/thehumanrightsproject/humanrightscasesandmaterials/cases/internationalcases/humanrightscommittee/nr/335> avgust 2010.

ovlašćenja tek 2001. godine pokušala da pred Sudom „nastavi“ borbu za pravo da se povodom „samoubistva uz pomoć ostalih“ krivično ne gone saizvršiocima, za gospodina Ramona se zaista i nije moglo osnovano tvrditi da je i bio žrtva povrede prava koja štiti Konvencija .

Vratimo se, posle ovih važnih ukazivanja, na početak ovog razmatranja. Naime, ako bi se – propisom ili praksom Suda - onemogućilo pokretanje postupka pred ESLJP u ime umrlog lica došlo bi do, već pomenute, apsurdne pravne situacije - suprotne upravo osnovnom cilju u kom je Sud i ustanovljen - u kojoj ni kršenje osnovnog prava, prava na život, ne bi bilo moguće izneti pred ESLJP. Ali istovremeno, kako omogućiti da se zaštiti pravo preminulog lica ako sama žrtva ne može da pokrene postupak, a da se ne ostavi prostor za predstavke koje će nastojati da tu mogućnost zloupotrebe? Tu se rešenje raži u pojmu indirektno žrtve. Međutim, problem je što se u literaturi ali i u praksi Suda, lice koje pokreće postupak u ime preminulog lica smatra za - indirektnu žrtvu! To je potpuno netačano. Indirektna žrtva je ono lice koje je pogođeno nekim aktom/propuštanjem koji nije usmereno direktno na njega, ali ono trpi štetne posledice. Lice koje pokreće postupak u ime preminulog lica, ma koliko u stvarnosti bilo pogođeno njegovom smrću, nije indirektna žrtva kada pokreće postupak *u ime preminulog lica*, jer taj postupak pokreće zbog nemogućnosti preminulog da sam to učini. Lice koje bi dokazalo da je, recimo, smrću njemu bliske osobe došlo do povrede njegovog prava iz Konvencije i dokazalo tu vezu, bilo bi indirektna žrtva. Ali, to lice bi onda tražilo zaštitu svog prava u *svoje ime*, i eventualno bi ukazivalo na činjenicu iz koje je proistekla povreda njegovog prava, ali opet u svoje ime. Međutim, podnošenje predstavke u ime preminulog lica ne predstavlja takvu situaciju. Razlog takvog proširivanja pojma indirektno žrtve, možemo potražiti u potrebi Suda da omogući zaštitu prava na život (čl.2 EKLJP) a da ne prekrši čl. 34 EKLJP u kome se insistira da podnesak može podneti samo žrtva (ne kaže se da li direktna ili indirektna). Ma koliko razlog bio opravdan, nedopustivo je vršiti takvu prekvalifikaciju jasnih pravnih pojmova. Koliko god teži put bio da se izmene neke odredbe Konvencije, kako bi se ona prilagodila novim društveno-pravnim potrebama, mora se njime ići.

Ako još pogledamo u praksu Suda, proizilazi da će Sud , skoro uvek, dozvoliti pokretanje postupka ili nastavak postupka posle smrti podnosioca predstavke, kada naslednici kao sukcesori podnose predstavku ili kada „preuzimaju“ odnosno stupaju u već pokrenut postupak. Naglašavamo da je to praksa Suda „skoro uvek“, jer se

beleže i slučajevi kada Sud to nije odobravao. U slučaju „Kurt protiv Turske“, kao što smo već rekli, radilo se o predstavi u kojoj je majka poginulog vojnika, pored pozivanja na povredu prava iz čl. 3 i 13. Konvencije (u svoje ime), ukazivala i na povredu prava iz čl. 2, 5, 14 i 17. EKLJP (u ime svog sina). Za Sud je bilo nesporno postojanje povrede zabrane mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja iz člana 3. EKLJP. Međutim, stav Suda u odnosu na povredu prava zaštićenih tim članom i nije predmet osporavanja, jer je u odnosu na takva postupanja gospođa Koçeri Kurt zaista i bila (direktna) žrtva. Naime, ona se žalila na tretman koji je *ona* doživela od strane organa policije i sudstva prilikom nastojanja da sazna šta se desilo njenom sinu. Međutim, Sud je usvojio i onaj deo predstavke u kome se majka ukazivala na povredu prava njenog sina - iz čl. 5. i 13. Konvencije (i to, što je zanimljivo, jednoglasno, za razliku od zahteva pozivom na povredu člana 3., koje je usvojio sa 19 glasova prema 5)¹⁰. Ovde je argument za tvrdnju da je u pitanju odluka ESLJP zaista izuzetnog značaja i specifične težine, kojom je taj sud dozvolio podnošenje zahteva (kasnije i njihovo usvajanje) u ime preminule osobe. Sud je kasnije mnogo puta ponavljao, odnosno potvrdio kroz praksu ovakav stav.

Dakle, kao što smo napred već ukazali, činjenica da neko lice podnosi predstavku u ime preminulog lica, nema nikakve veze sa tim da li je ono samo žrtva. Štaviše, upravo činjenica da je podnesak podnet u nečije ime, a ne u svoje, potvrđuje da ni podnosilac predstavke ne tvrdi da je on žrtva (direktna ili indirektna) nekog postupanja. S druge strane, postavlja se pitanje - na koji način pouzdano odrediti krug lica kojima treba priznati ovlašćenje/pravo da pokrenu postupak pred Sudom u ime preminulog lica, a kako bi se izbegla pojava *actio popularis* podnetih kao predstavke u ime drugog lica? Takvu legitimaciju svakako treba dati onom podnosiocu predstavke koji, pored ukazivanja na postojanje činjenice da direktna žrtva nije u stanju da sama podnese predstavku, ukaže na okolnosti koji potvrđuju legitimni interes takvog obraćanja Sudu - predstavkom u tuđe ime. Potvrdjivanjem okolnosti - pokazivanjem takvog interesa, lice ukazuje Sudu zašto je baš ono najpogodnije da pokrene postupak umesto preminulog lica. Argumenti za dokazivanje takvog interesa će najčešće biti zasnovani na okolnostima bliske rodbinske veze, ili činjenici da je neko lice naslednik, ali to ne mora biti presudno merilo. Istovremeno, što se tiče statusa indirektno žrtve, ne osporava se ni

¹⁰<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=24276/94&sessionid=53738432&skin=hudoc-en>, 22. jul 2010.

mogućnost sticanja tog „svojstva“ u licu istog podnosioca - pod uslovom da to lice dokaže takvo svojstvo iz okolnosti da je zaista pogođeno nekom povredom Konvencije koja nije učinjena njemu lično, ali i da pokaže da je i njemu tim (ne)činjenjem posredno povređeno pravo, naravno neko od prava čiju zaštitu predviđa EKLJP. Nesporno je da činjenica bliske povezanosti lica sa žrtvom kršenja nekog prava iz Konvencije, može biti dobar indikator, ali svakako ne i okolnost koja je dovoljna ili pouzdana za utvrđivanje ispunjenosti legitimacije za pokretanje postupka u ime preminulog lica. Istovremeno, a priori pripisivanje takvom podnosiocu predstavke i atributa indirektne žrtve, nije ni opravdano, ni prihvatljivo.

Na kraju, moramo pomenuti i jedan slučaj koji se često, u domaćoj i stranoj literaturi, pominje kao eklatantan primer indirektne žrtve, a da to po našem uverenju nikako nije, čak ni u onom najšire mogućem značenju/obliku u kome se ta sintagma koristi u stručnoj literaturi. Dakle, u slučaju Šahal protiv Ujedinjenog kraljevstva¹¹, gospodin Karamjit Singh Šahal se obratio ESLJP kao direktna žrtva po osnovu povrede čl. 3, 5 i 13. Konvencije, a zajedno sa svojom porodicom po osnovu povrede člana 8. EKLJP. Kako se odredbom člana 8. štiti pravo na porodični život¹², direktna žrtva deportacije gospodina Šahala ne bi bio samo on, već cela njegova porodica, bez obzira ko će biti deportovan. Dakle, nesporno je da cela porodica zaista jeste direktna žrtva povreda člana 8. Konvencije. Sa druge strane, da je cela porodica istakla zahteve zbog povrede po članu 3. (zabrana mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja), članu 5. (pravo na slobodu i sigurnost) i članu 13.(pravo na delotvorni pravni lek) Konvencije, moglo bi se govoriti o tome da su zahtev ponele indirektne žrtve. Međutim, te zahteve je istakao samostalno gospodin Šahal. Isti argumenti o razlozima zbog kojih su pogrešna, iako vrlo prisutna tumačenja statusa žrtve (direktna ili ne), važe u nešto ograničenijem obimu, i za slučaj Abudalzazi, Kabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva.¹³

3. Gubitak statusa žrtve

Kao što proizilazi iz napred iznetih razmatranja o načinu priznavanja podnosiocu predstavke statusa žrtve, veoma je teško, pa

¹¹Chahal v. United Kingdom, app. No. 22414/93

¹²<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>, 22 jul 2010

¹³Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. THE UNITED KINGDOM, app. No. 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81

skoro i nemoguće, enumerativnom metodom odrediti sve slučajeve u kojima je neko lice žrtva u smislu EKLJP. Takva norma, koja bi pledirala da taksativnim nabrojanjem obuhvati sve elemente pojma žrtve u smislu EKLJP, bila bi osuđena na neuspeh možda već prilikom prvog slučaja primene u odnosu na konkretan zahtev. Sa druge strane, uočava se težnja da se postavi jedna opšta definicija koja bi formulisala okvirni pojam žrtve. To bi bio značajan putokaz potencijalnim podnosiocima predstavki, a istovremeno i doprinos efikasnom radu i ujednačenom postupanju ESLJP. Međutim, koliko god takva definicija bila poželjna, te u meri najboljih nastojanja i potpuna i sveobuhvatna, vremenom bi se stvorila potreba da se ona izmeni ili dopuni. Svesni ove situacije, tvorci EKLJP su prepustili sudskoj praksi da bliže odredi sadržinu pojma žrtve, a u vezi sa tim da procenjuje i okolnosti koje ukazuju na gubitak tog statusa. Jedan slučaj iz prakse Suda je dao poseban doprinos tom nužnom preciziranju, odnosno neophodnom sužavanju polja obuhvaćenog pojmom žrtve. U pitanju je već pomenuti slučaj „Eckle protiv Nemačke“¹⁴. U njemu se ESLJP nije bavio situacijama i pitanjima kada neko dobija status žrtve, već onima kada se taj status gubi, što je za utvrđivanje postojanja i trajanje statusa žrtve podjednako važno. Dakle, po stavu Suda izraženom u tom predmetu, status žrtve u smislu EKLJP se gubi usled:

- Priznanja statusa žrtve podnosiocu predstavke;
- Davanja obeštećenja podnosiocu predstavke;
- Konkludentnim radnjama uzetog u obzir kršenja prava podnosioca predstavke kao žrtve.

Naravno, navedenim radnjama lice ne prestaje biti žrtva uopšte uzev, već prestaje biti žrtva u očima ESLJP. Naime, jedna od osnovnih principa na kojima počiva Sud je taj da će se njegova „uloga“ odnosno „status“ žrtve pred Sudom aktivirati tek ako, i pored iscrpljenih svih domaćih pravnih lekova, žrtva nije dobila nikakvu ili adekvatnu zaštitu do države. Ali, ako „national authorities have acknowledged either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention“¹⁵, potreba za intervencijom Suda prestaje. Sud je u mnogim kasnijim slučajevima, potvrdio ovaj stav.¹⁶¹⁷

¹⁴Eckle v. Germany, app. No. 8130/78

¹⁵Eckle v. Germany, app. No. 8130/78, paragraph 66.

¹⁶Dalban v. Romania, app. No. 28114/95

¹⁷Chevrol v. France, app. No. 49636/99

Sama činjenica da je za pedeset godina doneto samo 14 protokola na EKLJP, dovoljno govori o tromom i neefikasnom prilagođavanju Konvencije potrebama sve dinamičnijeg razvoja i sadržine i obima ljudskih prava. U takvoj situaciji, ostavljeno je praksi Suda da, na uskom prostoru koji Konvencija pruža, manevriše mogućim sredstvima, a pre svega da domišljatim tumačenjima određenih pravnih pojmova omogući zaštitu i u slučajevima koje tvorcii EKLJP nisu ni mogli predvideti prilikom njenog sačinjavanja. U toj potrebi za pravnim regulisanjem i novonastalih situacija, uz istovremeno nastojanje da se poštuje tekst Konvencije, nekada pravna logika ispašta zbog terminoloških nepreciznosti. Smatramo da se moraju promeniti i mehanizmi prilagođavanja EKLJP promenama u pravnom životu i tendencijama u sferi ljudskih prava, kao i sama procedura usvajanja protokola. U suprotnom, samo će se povećavati broj slučajeva u kojima će, samo zbog neprecizne terminologije ili pogrešne interpretacija jasnih pravnih instituta, neosnovano biti uskraćena zaštita od Suda zahtevana predstavkom.

BIBLIOGRAFIJA

1. Brownli Ian, „Principles of International Public Law“, Oxford 1998
2. Paunović Milan, Carić Slavoljub, „Evropski sud za ljudska prava – nadležnost i postupak“, Beograd, 2006
3. Lič Filip, „Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava“, Knjiga 1, Beograd, 2007
4. Lič Filip, „Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava“, Knjiga 2, Beograd, 2007
5. Vešović Milan, „Zbirka dokumenata o ljudskim pravima i slobodama“, Beograd, 1998
6. Kreća Milenko, „Međunarodno Javno Pravo“, Beograd, 2006
7. Carić S. Uslovi za prihvatljivost predstavke podnete Evropskom sudu za ljudska prava. *Pravni život*. 2006; 55(12):415-432.
8. The European Court of Human Rights and Its Recent Case Law, Jean-Pail Costa, *Texas International law journal*, pp. 1-11

Marko Novaković,
Institute of International Politics and Economy

THE CONCEPT OF INDIRECT VICTIM IN THE PRACTICE OF ECHR

One of admissibility criteria for accepting the application to the European Court of Justice is victim status. This criteria has a roll to prevent actio popularis in Court proceedings. Concept of victim is much more complicated than it seems. Court has developed, through its case-law, autonomous concept of victim. ECHR, brought over half a century ago, with only 14 protocols, proved to be incapable of staying in touch with modern legal life and human rights development. This is why, in some cases, we can find inadequate use of some legal terms. Those mistakes are made in good fate, in order to made ECHR applicable to some new legal situations, but regardless to that, they are unacceptable. One of them is confusion between terms of direct and indirect victim.

Key words: *indirect victim, direct victim, ECHR, Kurt vs. Turkey, Sanles vs. Spain, Eckle vs. Germany*

Biljana Vukoslavčević

saradnik u nastavi

Pravni fakultet Univerzitet „Mediteran“ Podgorica

Pregledni naučni rad

UDK: 341.64(497.16+497.11+73)

UPOREDNI PRIKAZ POSTUPKA PRIZNANJA STRANIH ODLUKA U PRAVU CRNE GORE, REPUBLIKE SRBIJE I SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

Priznavanje stranih sudskih i sa njima izjednačenih odluka, te stranih arbitražnih odluka, u duhu je sa trendom globalizacije i rastuće međuzavisnosti država. U situaciji kada je protok ljudi, roba, usluga i kapitala olakšan, broj potencijalnih odluka čije će se priznanje eventualno zatražiti, u praksi raste. Povećanjem broja transakcija sa međunarodnim karakterom, povećava se i značaj i uloga priznanja stranih odluka. Fizičkim licima su olakšana putovanja preko granica jedne države, sve veći razvoj interneta i elektronske trgovine čini da pojedinci rutinski trguju, potražuju i zadužuju se i van granica sopstvene države. Samim tim broj potencijalnih odluka čije će se priznanje i izvršenje zatražiti postaje sve veći.

Ono čemu bi trebalo da se teži je kreiranje prostora u kome bi bio omogućen slobodan protok sudskih i arbitražnih odluka. Na ovakav način, pravna sigurnost stranaka bila bi izdignuta na viši stupanj, uštedjelo bi se značajno vrijeme i novac.

U nastavku, poseban akcenat biće stavljen na sličnosti odnosno razlike u sistemima i postupku priznanja stranih odluka u Crnoj Gori, Republici Srbiji i Sjedinjenim američkim državama.

Ključne riječi: *strana sudska odluka; strana arbitražna odluka; sistemi priznanja; postupak priznanja stranih odluka.*

POJAM POSTUPKA PRIZNANJA STRANIH ODLUKA

Da bi dejstva jedne strane sudske, odnosno arbitražne odluke mogla da se prošire i van granica pravnog sistema u kome su donijete neophodno je da se ispune odgovarajuće pretpostavke koje propisuje država priznanja.

Iz ovog slijedi da se, po pravilu, učinci stranih odluka ne priznaju automatski, već je neophodno u državi priznanja utvrditi postojanje ovih pretpostavki. Ovo će se utvrditi u odgovarajućem postupku. U tom smislu možemo govoriti o dva modaliteta odlučivanja o priznanju stranih odluka. Naime, možemo govoriti o posebnom sudskom postupku u kome će se cijeliti podobnost strane odluke da bude priznata i proglašena izvršnom, a možemo govoriti i o postupku koji već teče u nekoj drugoj pravnoj stvari i u kome se pitanje priznanja strane odluke javlja kao incidentno pitanje.

Vođenje posebnog postupka za priznanje stranih odluka znači da se radi o posebnom formalnom postupku koji se pokreće i vodi upravo sa ciljem da se jedna strana odluka prizna. O kojoj vrsti sudskog postupka je riječ? U literaturi preovladava stav da se radi o vanparničnom postupku¹ što se pravda pragmatičnošću, brzinom.

Međutim, prethodno rješenje nije uniformno. U nekim zemljama vrši se razlikovanje u priznanju dejstva izvršnosti od priznanja ostalih dejstava stranih odluka i ono se ostvaruje u parničnom postupku. Primjere ovakvog postupanja nailazimo u Njemačkoj.²

Uopšteno govoreći, donošenjem odluke o priznanju postupak se završava. Odluka se odnosi ili samo na priznanje ili uz ovo još i na proglašenje njene izvršnosti. Ukoliko se radi o odlukama koje se moraju izvršiti slijedi poseban postupak izvršenja. Dakle, izvršenje načelno ne spada u postupak priznanja stranih odluka, već se u ovom postupku odluka samo proglašava za izvršnu, a nakon toga se pokreće izvršni postupak, jednako kao kad se radi o domaćoj odluci. I u ovom slučaju moguće je da se ne vodi poseban postupak za proglašenje izvršnosti strane odluke već se u izvršnom postupku cijeni da li su ispunjene pretpostavke za izvršenje i ako jesu prelazi se na izvršenje odluke.

¹ Bordaš, Varadi, Knežević, Pavić, Međunarodno privatno pravo, 2007, str. 548 i tamo navedeni autori, fusnota 209.

² Tako Grbin, Priznanje i izvršenje odluka stranih sudova, Zagreb, 1980, str. 165.

Od zemlje do zemlje postoje i terminološke razlike u nazivu postupka. U Francuskoj se postupak priznanja naziva postupkom egzekvaturе. Ovaj termin potiče od latinske riječi *exequatur* što bi značilo "neka bude izvršeno". Sam termin, međutim, ne upotrebljava se uvijek u istom značenju. Nekad se koristi da bi se označilo proglašenje strane odluke izvršnom, nekad se njime označava poseban postupak priznanja i izvršenja stranih odluka. U Italiji se govori o delibacionom postupku. Termin potiče od riječi *delibare*, što znači "okusiti, provjeriti".³

I u domaćem pravu katkad se upotrebljava ovakva terminologija, pa u tom smislu govorimo o postupku egzekvaturе ili o delibacionom postupku.

Postupak priznanja stranih sudskih i arbitražnih odluka se razlikuje od države do države. Nacionalna zakonodavstva predviđaju različite uslove za priznanje, a slična situacija je i sa međunarodnim konvencijama. Kada su pitanju strane arbitražne odluke i postupak njihovog priznanja, pravni propisi čija primjena dolazi u obzir u najvećoj mjeri su konceptualno asimilovani donošenjem Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka.⁴ U tom smislu nema velikog razilaženja u pogledu zahtijevanih pretpostavki koje propisuje Njujorška konvencija i onih koje su predviđene u internim propisima Crne Gore i Republike Srbije.

SPROVOĐENJE POSTUPKA PRIZNANJA STRANIH ODLUKA U CRNOJ GORI I REPUBLICI SRBIJI

Priznanje strane odluke kao glavno pitanje u posebnom postupku

Kada se o priznanju stranih sudskih odnosno arbitražnih odluka u Crnoj Gori, odnosno Republici Srbiji, odlučuje u posebnom postupku, skoro jedinstven stav je da se ovo rješava u vanparničnom postupku, iako Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih

³ Tako Vuković, Kunštek, Međunarodno građansko postupovno pravo, Zagreb, 2005, str. 478.

⁴ Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka donesena je 1958. godine, a u Jugoslaviji je ratifikovana 1981. godine, vidi "Sl. List SFRJ", MU 11/81.

zemalja⁵ nije normirao da se postupak treba sprovesti po pravilima vanparničnog.

Postupak se pokreće zahtjevom za priznanje, koji se može podnijeti direktno sudu priznanja ili putem otpremnih i posrednih organa, kako bi se olakšao položaj zainteresovanih stranaka. U drugom slučaju, zahtjev se podnosi otpremnom organu u državi porijekla odluke koji će ga nakon toga uputiti posrednom organu u državi priznanja.

Postavlja se pitanje da li postoje izvjesni zakonski rokovi u kojima se mora pokrenuti postupak priznanja. U Crnoj Gori i Srbiji ovi rokovi nijesu definisani, ali ukoliko se uzme u obzir opšti rok od 10 godina u kojem zastarijevaju potraživanja utvrđena pravosnažnom sudskom odlukom ili odlukom drugog nadležnog organa, koji je definisan Zakonom o obligacionim odnosima,⁶ slijedi da bi stranka morala započeti proceduru priznanja u tom roku i da bi sud mogao uskratiti izvršenje ukoliko su rokovi istekli. Rok od deset godina počinje teći od momenta pravosnažnosti odluke u pitanju.

Kad nadležni sud države priznanja primi zahtjev za priznanje strane odluke, sprovodi se poseban postupak u kome se utvrđuje da li su ispunjene odgovarajuće pretpostavke i ostale relevantne okolnosti. Teret dokazivanja ispunjenosti pretpostavki leži na protivniku predlagača, izuzev za pretpostavke čije se prisustvo ispituje po službenoj dužnosti. Sud priznanja će provjeriti potrebne isprave, eventualno saslušati stranke uz poštovanje načela kontradiktornosti. Sud o priznanju može odlučiti i bez usmene rasprave, a ovu će sprovesti ukoliko smatra da je neophodno izjašnjavanje stranaka o činjenicama i okolnostima koje će imati uticaja na donošenje odluke o priznanju. Ima i onih autora koji smatraju da je u principu nekontradiktoran postupak taj koji bolje oslikava postupak priznanja stranih odluka.⁷ Naime, i u nekontradiktornom postupku stranke mogu ukazivati na odgovarajuće činjenice i okolnosti, ali samo na zahtjev suda.

Za raspravljanje pitanja priznanja stranih sudskih odluka u Srbiji, u prvom stepenu stvarno je nadležan okružni sud ukoliko su u

⁵ Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja "Sl. list SFRJ" br. 43/1982, 72/1982.

⁶ Vidi član 389 crnogorskog Zakona o obligacionim odnosima "Sl. list Crne Gore" br. 47/08 i član 379 stav 1 srpskog Zakona o obligacionim odnosima "Sl. list SFRJ" br. 29/78.

⁷ Vidi Vuković, Kunštek, op. cit. str. 488, 489.

pitanju odluke povodom građanskih sporova, odnosno privredni (trgovinski) sud, ukoliko su u pitanju odluke povodom trgovinskih sporova.⁸ Ukoliko su u pitanju strane arbitražne odluke, u prvom stepenu stvarno je nadležan privredni sud. Što se mjesne nadležnosti tiče, ona je regulisana Zakonom o rješavanju sukoba zakona za strane sudske, i Zakonom o arbitraži za strane arbitražne odluke. Mjesno je nadležan sud na čijem području treba sprovesti postupak priznanja odnosno izvršenja.⁹

U Crnoj Gori, osnovni sud odlučuje o priznavanju i izvršavanju stranih sudskih odluka, osim onih za koje je nadležan privredni sud. Privredni sud je nadležan za priznanje stranih sudskih odluka koje su donijeli privredni sudovi, kao i stranih arbitražnih odluka.¹⁰

Postupak se, kako je naprijed rečeno, pokreće zahtjevom za priznanje od strane ovlašćenog predlagača. Pod ovlašćenim predlagačima podrazumijevaju se ona lica koja su kao stranke učestvovala u postupku pred stranim sudom, kao i njihovi pravni sljedbenici. Kada je u pitanju zahtjev za priznanje, zakonodavstva Crne Gore i Srbije ne predviđaju sadržinu pismena kojim se pokreće postupak. Nesporno je, međutim, da se u njemu moraju navesti podaci o strankama u postupku i samoj odluci čije se priznanje zahtijeva. U Zakonu o rješavanju sukoba zakona nije apostrofirano koju dokumentaciju stranka odnosno predlagač priznanja treba podnijeti uz zahtjev za priznanje strane sudske odluke. Međutim, na osnovu brojnih bilateralnih ugovora zaključenih u ovoj oblasti, da se zaključiti da stranka uz zahtjev prilaže i sudsku odluku u originalu, odnosno njen ovjeren prepis; ovjeren prevod odluke na jezik koji je u službenoj upotrebi u zemlji priznanja; potvrdu o pravosnažnosti, ukoliko ova nije sadržana na samoj odluci; te prevod potvrde. Ukoliko predlagač priznanja uz zahtjev za priznanje ne podnese i potvrdu o njenoj pravosnažnosti odnosno izvršnosti, to još uvijek neće biti dovoljan razlog za uskraćivanje priznanja. Naime, sud će dati predlagaču određen vremenski rok u kome se ova ima dostaviti. Ukoliko izvjesna odluka shodno stranom pravu, ne može steći svojstvo pravosnažnosti, pa samim tim podnosilac zahtjeva ne bi mogao pribaviti dokaz o

⁸ Čl. 22 st. 2 i čl. 24 st. 2 Zakona o uređenju sudova Srbije, "Sl. glasnik" br. 63/01; 42/02; 27/03; 130/03; 29/04; 101/05; 46/06.

⁹ Vidi čl. 101 st. 1 ZRSZ, i čl. 65 Zakona o arbitraži Srbije "Službeni glasnik RS" br. 46/2006.

¹⁰ Čl. 16 i čl. 20 Zakona o sudovima Crne Gore, "Sl. list RCG" br. 5/02, 49/04.

pravosnažnosti, takva odluka ne može biti predmet postupka priznanja. Međutim, stranka se može pozvati na postojanje takve odluke kao na činjenicu, u postupku koji će se voditi po osnovu tužbe pred domaćom sudom.¹¹

Za razliku od stranih sudskih, zakonodavac je izričito predvidio koja dokumenta predlagač priznanja treba da podnese prilikom podnošenja zahtjeva za priznanje stranih arbitražnih odluka. U tom smislu, član 98 Zakona o rješavanju sukoba zakona, te član 65 Zakona o arbitraži Srbije, propisuje da stranka koja traži priznanje i izvršenje uz zahtjev treba priložiti i izvornu odluku arbitraže ili njen ovjeren prepis, kao i izvorni ugovor o arbitraži ili njegov ovjeren prepis. Ukoliko dokumenta nijesu na jeziku koji je u službenoj upotrebi suda pred kojim se pokreće postupak priznanja, stranka mora podnijeti i njihov prevod koji je izvršen od strane za to ovlašćenog lica.

Ono što se dodatno postavlja kao pitanje je: da li dokumenta koja se podnose uz zahtjev za priznanje moraju biti podnesena u cjelosti ili je dovoljno dostaviti samo određene djelove? Konkretno, u slučaju podnošenja zahtjeva za priznanje strane arbitražne odluke, da li je nužno dostaviti cjelokupni ugovor ili je dovoljan samo arbitražni sporazum koji je u njemu sadržan? U Crnoj Gori i Srbiji zakonodavci se nijesu eksplicitno izjašnjavali po ovom pitanju, ali je praksa ujednačena i stoji na stanovištu da se dokumentacija mora podnijeti u cjelosti. Međutim, ukoliko je ugovor u kojem je sadržan arbitražni sporazum izuzetno dugačak i sadrži izvjesne povjerljive podatke, određeni djelovi mogu biti izuzeti.¹² Praksa sudova Sjedinjenh američkih država je slična praksi sudova u Crnoj Gori i Srbiji, sa izuzetkom Kalifornije, gdje je izričito propisano da se ne mora podnijeti ugovor u cjelosti, već je dovoljan arbitražni sporazum. Ovaj čak ne mora biti podnjet ni u originalu, niti ovjerenoj fotokopiji ili prepisu, već je dovoljna obična fotokopija ovog dokumenta.¹³

U postupku priznanja stranih odluka do izražaja dolazi sistem ograničene kontrole, te shodno ovom, ispitivanje odluke vrši se sa aspekta propisanih pretpostavki. Ne ulazi se u materijalnopравnu stranu odluke, sa izuzetkom javnog poretka kao uslova za priznanje.

¹¹ Tako Stanivuković, *Praktikum za Međunarodno privatno pravo*, Opšti deo, IV izmenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad, 2007, str. 349.

¹² Vidi ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2008 Special Supplement, Guide to National Rules of Procedure for Recognition and Enforcement of New York Convention Awards, str. 260, 261, u daljem tekstu ICC Bulletin.

¹³ Vidi član 1285.4 kalifornijskog Zakonika o građanskom postupku.

Rješavajući po zahtjevu za priznanje sud ne bi mogao donijeti odluku na osnovu priznanja ili pak na osnovu izostanka.

O priznanju strane odluke kao o glavnom pitanju sud odlučuje rješenjem. Njime se odluka može samo priznati ili joj se priznanje može odbiti. Ono djeluje *erga omnes* i mora biti obrazloženo. Obrazloženje se zahtijeva iz razloga što se iz njega može vidjeti ispunjenost taksativno navedenih pretpostavki za priznanje strane odluke. Rješenje je deklaratorne prirode sa dejstvom *ex tunc*, što znači da strana odluka koja je priznata proizvodi pravno dejstvo od momenta donošenja a ne od momenta priznanja.

Sud pred kojim se traži priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke može da, ako ocijeni da je to potrebno, odloži donošenje svoje odluke ako je pokrenut postupak za poništaj ili za obustavu izvršenja te odluke u državi u kojoj je odluka donijeta ili na osnovu čijeg je prava donijeta, do okončanja tog postupka.¹⁴ Ovo odlaganje može biti uslovljeno polaganjem odgovarajućeg obezbjeđenja.¹⁵

Ukoliko se u postupku priznanja strane odluke koja je kondemnatorna prizna i njeno svojstvo izvršnosti, onda se takva odluka u potpunosti izjednačava sa domaćom izvršnom odlukom i nakon toga se izvršava po pravilima izvršenja sadržanim u nacionalnim propisima države priznanja.

Protiv rješenja o priznanju može se uložiti žalba u roku od 15 dana od dana njegovog dostavljanja stranci kada su u pitanju strane sudske odluke,¹⁶ a 30 dana od dana dostavljanja kada je rješavano o priznanju stranih arbitražnih odluka.¹⁷ Žalba se može izjaviti kako na pozitivno tako i na negativno rješenje.

U Srbiji, stvarno nadležan za rješavanje po žalbi je Apelacioni sud, za rješenja kojim je odlučeno o priznanju stranih sudskih odluka u građanskim stvarima, odnosno Viši trgovinski sud, za rješenja kojim je odlučeno o priznanju stranih sudskih odluka u trgovačkim stvarima, te za ona kojima je odlučeno o priznanju stranih arbitražnih odluka.¹⁸ Neblagovremena žalba se neće uzimati u razmatranje.

U Crnoj Gori, stvarno nadležan za rješavanje po žalbi je Viši sud, za rješenja kojim je odlučeno o priznanju stranih sudskih odluka,

¹⁴ Vidi član 67 stav 1 Zakona o arbitraži Srbije.

¹⁵ Vidi član 67 stav 2 Zakona o arbitraži Srbije.

¹⁶ Vidi član 361 stav 1 ZPP Crne Gore i član 355 stav 1 ZPP Srbije.

¹⁷ Vidi član 68 stav 2 Zakona o arbitraži Srbije.

¹⁸ Vidi član 23 stav 1 i član 25 stav 1 Zakona o uređenju sudova Srbije.

odnosno Apelacioni sud, za rješenja kojim je odlučeno o priznanju stranih odluka privrednih sudova, te stranih arbitražnih odluka.¹⁹

Ukoliko se o priznanju strane odluke rješava kao o prethodnom pitanju, tada rješenje ne ulazi u dispozitiv, već u obrazloženje odluke o glavnoj stvari. Kada se o priznanju strane odluke incidentno raspravlja u izvršnom postupku, stranka u žalbi protiv rješenja o izvršenju može isticati razloge zbog kojih treba odbiti priznanje strane odluke.

Shodno pravnom shvatanju Vrhovnog suda Srbije, kada je riječ o vanrednim pravnim lijekovima, dozvoljen je zahtjev za zaštitu zakonitosti, a nije dozvoljena revizija.²⁰

Za postupak priznanja mjerodavna će biti međunarodna pravila,²¹ a ukoliko ovih nema mjerodavna će biti pravo države priznanja. Nužno se kao pitanje nameće kakva je relacija između međunarodnih pravila i prava države priznanja, u situaciji kada bi se primjenom internih propisa države priznanja, priznanje ishodovalo na lakši način. Ako bi se problem posmatrao *in favorem* priznanja, u tom slučaju bi trebalo dozvoliti sprovođenje postupka shodno internim propisima države priznanja. Ipak, ostaje otvoreno pitanje kakvo stanovište zauzeti u onim slučajevima kada međunarodne konvencije, poput Briselske konvencije o nadležnosti i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima,²² propisuju jedinstveni postupak priznanja za sve države potpisnice, eliminišući pritom razlike koje su do tada postojale u internim zakonodavstvima pojedinih država.²³

Priznanje strane odluke kao prethodno pitanje

O priznanju stranih odluka može se odlučivati ne samo kao o glavnoj stvari u posebnom postupku, već i kao o prethodnom pitanju u postupku koji se vodi o drugoj stvari. Naime, ako o priznanju strane

¹⁹Vidi član 18 stav 2 i član 22 stav 1 Zakona o sudovima Crne Gore.

²⁰ U tom smislu Živković, Stanivuković, Međunarodno privatno pravo, opšti deo, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2006. str. 396; Bordaš, Varadi, Knežević, Međunarodno privatno pravo, Novi Sad, 2001, str. 550.

²¹ Pri čemu primat u primjeni imaju bilateralne u odnosu na multilateralne konvencije.

²² Briselska konvencija je donesena 1968. godine, a danas ju je naslijedila Regulativa Savjeta EU 44/2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.

²³ U tom smislu Vuković, Kunštek, op. cit. str. 489.

odluke nije doneseno posebno rješenje, svaki sud može o priznanju te odluke rješavati u postupku kao o prethodnom pitanju²⁴, ali samo sa dejstvom za taj postupak. U postupku u kome se pored glavne stvari postavi kao incidentno pitanje, pitanje priznanja strane odluke, odluka o ovom neće biti sastavni dio dispozitiva. O priznanju će se govoriti jedino u obrazloženju odluke o glavnoj stvari. Upravo iz ovog razloga odlučivanje o priznanju na ovakav način je ograničenog domašaja. Priznanje je od uticaja samo na postupak u kome je o njemu i odlučeno.²⁵

O priznanju kao o prethodnom pitanju može biti razmatrano u parničnom, vanparničnom i izvršnom postupku. U kom bilo postupku da se postavi pitanje priznanja strane odluke kao incidentno pitanje, o njemu će se razmatrati po pravilima tog postupka. Najčešće o priznanju kao o prethodnom pitanju odlučivaće se u izvršnom postupku, povodom prijedloga za izvršenje na bazi strane odluke kao izvršne isprave. Nužno je, samim tim, konkretizovati šta se sve smatra pod pojmom strana izvršna isprava, i da li se taj pojam može poistovjetiti sa pojmom izvršne isprave datim u Zakonu o izvršnom postupku. U svakom slučaju, pojam strane izvršne isprave bi trebalo tumačiti uže, tako da on obuhvata samo one strane odluke koje se u smislu Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja mogu priznati.

Ako izvršni povjerilac prijedlog za izvršenje bazira na stranjoj izvršnoj ispravi, mora je priložiti u originalu ili ovjerenom prepisu, prevedenu na jezik koji je u službenoj upotrebi. Ona mora biti proračena i dokazima o pravosnažnosti odnosno izvršnosti, po pravu zemlje čija je izvršna isprava u pitanju.²⁶

Ukoliko je strana odluka koja je kondemnatorna priznata, tada će se u potpunosti izvršiti na isti način kao da se izvršenje bazira na domaćoj izvršnoj ispravi.

Međutim, povjerilac može pokrenuti postupak izvršenja pred nadležnim sudom i na osnovu strane izvršne isprave koja nije prethodno priznata pred domaćim sudom. Ako je prijedlog za izvršenje podnjet na osnovu strane izvršne isprave koja nije

²⁴ O nekim aspektima rješavanja prethodnih pitanja vidi Schuz, *A modern Approach to the Incidental Question*, Kluwer Law International, 1997.

²⁵ Tako Bordaš, Varadi, Knežević, op. cit. str. 550.; Vuković, Kunštek, op. cit. str. 496.

²⁶ Vidi član 25 stav 1 ZIP Srbije, "Sl. glasnik" br. 125/04; član 38 stav 1 ZIP Crne Gore, "Sl. list RCG" br. 23/2004.

prethodno priznata, o priznanju te isprave sud odlučuje kao o prethodnom pitanju.²⁷

U postupku odlučivanja o izvršenju na bazi strane izvršne isprave koja nije prethodno priznata pred domaćim sudom, sud koji sprovodi izvršenje mora razmotriti da li su ispunjene pretpostavke za priznanje stranih odluka o kojima se vodi računa po službenoj dužnosti.²⁸

Do donošenja rješenja postupak je nekontradiktoran. Ukoliko je to moguće, s obzirom na raspoložive podatke, izvršni sud neće saslušavati ni povjerioca ni dužnika. Odluka o priznanju strane izvršne isprave ne ulazi u dispozitiv rješenja već će biti sastavni dio obrazloženja. Stranka koja je nezadovoljna rješenjem, ovo može napadati žalbom. Međutim, ovo nije žalba koja je rezervisana za rješenje o priznanju kao o glavnom pitanju. Podnosi se u roku od 3 dana od dana dostavljanja rješenja, i u njoj se mogu isticati smetnje priznanju. O ovoj žalbi može odlučivati prvostepeni sud, ali može i prepustiti odlučivanje drugostepenom.²⁹

SPROVOĐENJE POSTUPKA PRIZNANJA STRANIH ODLUKA U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA

Ustav Sjedinjenih američkih država, kroz klauzulu "*full faith and credit*", obavezuje države da priznaju odluke donesene u drugim državama članicama.³⁰ Ova klauzula ima široko ali ne i apsolutno dejstvo,³¹ jer se primjenjuje samo na domaće, ne i na strane odluke.

U slučaju da se zatraži priznanje i izvršenje strane sudske odluke, tada će sudovi Sjedinjenih američkih država aktivirati "*comity*" doktrinu. Stav sudova Sjedinjenih američkih država po pitanju priznanja i izvršenja stranih odluka, okarakterisan je kao "liberalan" i "velikodušan".³² Kada su u pitanju strane sudske odluke, ovakav stav je otjelotvoren u članu 53 *Foreign Country Money Judgments Act*-a, koji je sačinjen sa ciljem da se promoviše izvršenje

²⁷ Član 25 stav 3 ZIP Srbije.

²⁸ Član 25 stav 4 ZIP Srbije.

²⁹ Član 19 ZIP Srbije.

³⁰ Ustavna klauzula "*full faith and credit*" sadržana je u članu 4 § 1 američkog Ustava.

³¹ Tako Youngblood Reyhan, *Conflict of Laws*, 57 *Syracuse Law Review*, 2006-2007, str. 883.

³² Tako Youngblood Reyhan, op. cit. str. 884.

američkih odluka u inostranstvu, putem davanja garancija da će i odluke sudova stranih država biti priznate, odnosno izvršavane u Sjedinjenim američkim državama.³³ U situaciji kada se povjerilac iz strane odluke poziva na ovaj član, on u principu ne traži neko novo sredstvo protiv dužnika, već zahtijeva od američkog suda da stranu odluku prizna, konvertujući je u američku sudsku presudu.

U Sjedinjenim američkim državama sudstvo je podijeljeno na tri nivoa. U prvom stepenu sude *US District Courts*. Njih ima ukupno 94, pri čemu su raspoređeni na način da u svakoj federalnoj jedinici sjedište ima makar jedan sud ove vrste, a u većim državama sjedište imaju najviše četiri.

U drugom stepenu sude *US Circuit Courts*, odnosno sudovi za postupke po žalbama. Njih ima 12 i podijeljeni su na način da je svaki od ovih sudova nadležan za žalbe protiv odluka donesenih u onom *US District Court*-u koji spada u njegov okrug.³⁴

Na vrhu piramide nalazi se *US Supreme Court*.

Kada je u pitanju postupak priznanja stranih sudskih odluka postojaće elektivna nadležnost sudova pojedinih država i saveznog suda.³⁵ Pravila postupka propisuje svaka država posebno.³⁶ U Sjedinjenim američkim državama neophodno je podnijeti tužbu na bazi strane sudske odluke "*action on the foreign judgment*", jer sama strana odluka ne može biti izvršni naslov. Uz tužbu, stranka podnosi i stranu odluku u originalu odnosno njen ovjeren prepis. U posebnom parničnom postupku, na temelju strane sudske odluke donosi se nova, američka odluka, koja će biti podobna za izvršenje. Strana odluka se ne ispituje u meritumu, ona je samo *prima facie evidence* o zahtjevu i postojanju duga.

U pojedinim slučajevima moguće je da se ne donosi na bazi strane odluke američka odluka u parničnom postupku, već u takozvanom "*summary judgment procedure*". To je jedna zasebna vrsta ubrzanog, skraćenog postupka, koja dolazi u obzir samo ako nema spornih činjeničnih pitanja u pravnom smislu već se vrši dokazivanje putem isprava.

U nekim od država SAD nije potrebno voditi novi parnični postupak na bazi strane odluke kako bi se ova mogla izvršiti. U tom

³³ Ibid.

³⁴ Vidi ICC Bulletin, str. 311.

³⁵ Tako Grbin, op. cit. str. 169.

³⁶ Ibid.

slučaju stranoj se odluci priznaje izvršna snaga momentom registracije kod američkog suda. Ovakvu praksu možemo zateći u državama koje su potpisnice *Uniform Foreign Country Money Judgment Recognition Act*-a, koji propisuje da je strana odluka koja se može priznati, izvršiva na isti način kao i odluka neke države članice Sjedinjenih američkih država, koja ima pravo na puno povjerenje i priznanje (*full faith and credit*).

Postoje i one kategorije odluka koje su takve prirode da se ne izvršavaju, kao na primjer statusne odluke, i za njihovo priznanje nije potrebno sprovesti poseban postupak, već se one priznaju *ipso iure*.

Izvršenje stranih sudskih odluka, kada su Sjedinjene američke države u pitanju, do skoro nije bilo predmet nijednog međunarodnog sporazuma. Međutim, 2005. godine, Sjedinjene američke države su potpisale, prvi, ikad potpisani međunarodni sporazum³⁷ koji se tiče izvršenja na bazi strane sudske odluke kao izvršne isprave.³⁸ Do tada, u Sjedinjenim američkim državama samo je u oblasti priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka postojao konvencijski režim zahvaljujući Njujorškoj konvenciji, za razliku od mnogih drugih država koje su i u oblasti stranih sudskih odluka našle zajedničke interese koji su rezultirali potpisivanjem sporazuma.³⁹

Kada su u pitanju strane arbitražne odluke, njihovo priznanje i izvršenje regulisano je *Federal Arbitration Act*-om, odnosno Njujorškom konvencijom o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, koja je 1970. godine kodifikovana kao njegov dio. Konvencija predviđa priznanje, pri čemu se koristi termin "potvrđivanje", i izvršenje svih arbitražnih odluka koje spadaju u domen njene primjene.⁴⁰ Potvrđivanje strane arbitražne odluke, u principu, predstavlja jedan sumaran postupak, u kojem se, praktično, ono o čemu je odlučeno u arbitražnoj odluci "presvlači" u odluku američkog suda.

³⁷ Convention on Choice of Court Agreement, zaključena 30. juna 2005. godine. O statusu ove konvencije vidjeti više na web stranici Haške konferencije za Međunarodno privatno pravo www.hcch.net.

³⁸ O istorijatu nastanka ove Konvencije vidi Berlin, *The Hague Convention on Choice of Court Agreements: Creating an International Framework for Recognizing Foreign Judgments*, *Brigham Young University International Law & Management Review*, 2006, str. 55-59.

³⁹ U tom smislu vidi Adler, Zarychta; op. cit. str. 1-37.

⁴⁰ Tako Youngblood, Reyhan, op. cit. str. 891.

*Federal Arbitration Act*⁴¹ je propisao nadležnost *US District Court*-a za priznanje stranih arbitražnih odluka, pa ukoliko se, shodno ovom, tužba podnese pred sudom države članice, tuženi može podnijeti prigovor nenadležnosti, nakon čega će spor biti ustupljen nadležnom sudu.

Formalnopravno gledano, pred američkim sudom se ne pokreće postupak priznanja strane arbitražne odluke neposredno, već se ovo pitanje posredno pojavljuje u postupku u kojem se zahtijeva potvrđivanje arbitražne odluke u cilju njenog upodobljavanja sudskoj odluci ili pak u postupku za poništaj arbitražne odluke. Shodno *Federal Arbitration Act*-u,⁴² nadležni sud mora potvrditi arbitražnu odluku na koju se odnosi Njujorška konvencija, a stranka koja je zainteresovana za potvrđivanje se u roku od 3 godine, od dana donošenja arbitražne odluke, može obratiti sudu sa tužbom za njeno potvrđivanje.⁴³

Iako je *Federal Arbitration Act* propisao stvarnu nadležnost *US District Court*-a za priznanje stranih arbitražnih odluka, postavlja se pitanje da li je neophodno ispunjavanje nekih dodatnih uslova za uspostavljanje međunarodne nadležnosti američkih sudova? Odgovor na ovo pitanje je potvrđan, a ogleda se u zahtjevima koji se odnose na domicil tuženoga na teritoriji suda ili u činjenici da je situs imovine tuženoga na ovoj teritoriji.⁴⁴

Iz razloga odsustva međunarodne nadležnosti *US District Court* sa sjedištem u Njujorku, je odbio da potvrdi stranu arbitražnu odluku u slučaju *Transatlantic Bulk Shipping Ltd v Sandi Chatering S.A.*⁴⁵ donesenu u Londonu, jer nije našao da su ispunjeni uslovi za uspostavljanje međunarodne nadležnosti u odnosu na panamsku kompaniju protiv koje je arbitražna odluka donesena.⁴⁶ U obrazloženju je navedeno da mora postojati neki osnov za uspostavljanje nadležnosti, koji će prositicati ili iz sjedišta tuženog, obavljanja djelatnosti na teritoriji suda, posjedovanja imovine,

⁴¹ Član 203 FAA.

⁴² Član 207 FAA.

⁴³ Vidi ICC Bulletin, str. 314.

⁴⁴ Vidi ICC Bulletin, str. 315.

⁴⁵ *Transatlantic Bulk Shipping Ltd v Sandi Chatering S.A.*, 622 F. Supp. 25, 27 (S.D.N.Y. 1985)

⁴⁶ Vidi ICC Bulletin, str. 315.

izričitog pristanka, ili iz bilo kog drugog osnova koji će opravdati uspostavljanje nadležnosti u konkretnom slučaju.⁴⁷

Stranka koja traži potvrdu strane arbitražne odluke mora obavijestiti protivstranku o svom zahtjevu, kao što ima i obavezu podnošenja odgovarajućih isprava nadležnom sudu.⁴⁸ Zakon ne sadrži eksplicitnu odredbu o tome da li sva dokumenta koja se podnose moraju biti u cjelini ili je dovoljno priložiti samo određene djelove, dok je sudska praksa u pojedinim američkim državama veoma liberalna, kakva je situacija sa Kalifornijom. Sva dokumenta koja se podnose moraju biti propraćena prevodom na engleski jezik. Iako *Federal Arbitration Act* ne daje odgovor na pitanje da li dokumenta koja se podnose moraju biti prevedena u cjelini ili je, na primjer, dovoljan samo prevod arbitražne klauzule a ne i cijelog ugovora, sudska praksa je na stanovištu da isprave moraju biti propraćene prevodom u cjelini.⁴⁹

Sud koji odlučuje u postupku potvrđivanja strane arbitražne odluke može zastati sa postupkom ukoliko je odluka, čije se potvrđivanje traži, predmet postupka poništaja u državi u kojoj je donesena. Tako je u slučaju *Consortio Rive, S.A.*⁵⁰ nadležni sud zastao sa postupkom priznanja meksičke arbitražne odluke, jer se u Meksiku vodio postupak njenog poništaja. U ovom slučaju, sud je uslovio zastajanje sa postupkom, polaganjem obezbjeđenja od strane protivnika predlagača, u iznosu koji je jednak iznosu određenom samom arbitražnom odlukom. Kada je u pitanju polaganje obezbjeđenja, sudska praksa je na stanovištu da se ono može, ali i ne mora zahtijevati, kao uslov zastajanja sa postupkom. Diskreciono pravo suda je da o tome odluči u svakom konkretnom slučaju, ali postoje i izvjesni pokazatelji koji će ga usmjeriti u pravcu zahtijevanja polaganja obezbjeđenja, kao u slučaju kada je evidentno da stranka koja traži zastajanje sa postupkom, nema materijalnih sredstava u onom iznosu koji je određen arbitražnom odlukom.

Pored mogućnosti da se sa postupkom priznanja strane arbitražne odluke zastane u slučaju da se protiv te odluke vodi postupak poništaja, američka sudska praksa je na stanovištu da se sa

⁴⁷ Vidi ICC Bulletin, str. 315.

⁴⁸ Član 13 (a) - (c) FAA.

⁴⁹ Vidi ICC Bulletin, str. 318.

⁵⁰ *Consortio Rive, S.A. de C.V. v Briggs of Cancun, Inc. 2000 US Dist. Lexis 899 (E.D. La.2000)*

postupkom može zastati i iz nekih drugih razloga. Jedan od ovih je, na primjer, *forum non conveniens*.⁵¹

Strana arbitražna odluka neće biti potvrđena jedino ukoliko sud nađe da nijesu ispunjene pretpostavke koje su predviđene Njujorškom konvencijom, pri čemu je moguće i potvrđivanje dijela arbitražne odluke.

Pored ovoga, ne postoje nikakvi dodatni zahtjevi koji bi eventualno bili upravljani na postupak priznanja, pa tako američka praksa ne poznaje, recimo, obavezu polaganja obezbjeđenja troškova ili obavezu identifikacije imovine koja će biti predmet izvršenja, i tome slično.⁵²

Protiv odluke *US District Court*-a kojom se potvrđuje, odnosno odbija potvrđivanje strane arbitražne odluke, nezadovoljna stranka može uložiti žalbu. Stvarno nadležan u postupku po žalbi je *US Circuit Court*.

SISTEM OGRANIČENE KONTROLE – SISTEM *PRIMA FACIE EVIDENCE* SLIČNOSTI I RAZLIKE

U Crnoj Gori i Srbiji, kada je u pitanju priznanje stranih odluka, primjenjuje se sistem ograničene kontrole, a u Sjedinjenim američkim državama sistem *prima facie evidence*.

Postupak je u svim ovim državama baziran na ravni koju sačinjavaju nekoliko pretpostavki. One se u kvalitativnom smislu ne razlikuju iako u kvantitativnom pogledu situacija nije identična. Prava Crne Gore i Srbije propisuju suštinski iste pretpostavke kao i zakonski tekstovi koji su na snazi u Sjedinjenim američkim državama. Neke od njih, kao na primjer prevara, nijesu zasebno definisane ni u Srbiji ni u Crnoj Gori, ali su implicitno sadržane u nekoj drugoj pretpostavci, na primjer u pretpostavci javnog poretka, tako da je praktična posljedica do koje se dolazi, u suštini istovjetna. Neće se priznati ona strana odluka koja je donesena na prevaran način, jedina razlika je u tome što će u jednom slučaju priznanje biti odbijeno sa pozivom na javni poredak, a u drugom zbog postojanja prevare kao smetnje za priznanje.

Kada je proceduralni dio u pitanju i sprovođenje postupka prilikom priznanja stranih odluka, sistemi priznanja Crne Gore i Srbije

⁵¹ Vidi ICC Bulletin, str. 319 i 320.

⁵² Vidi ICC Bulletin, str. 324.

sa jedne i sistem koji se primjenjuje u Sjedinjenim američkim državama, obiluju specifičnostima, ali ukupna slika ne odaje utisak da se radi o velikim razlikama.

Razlozi za ovakvu tvrdnju leže u činjenicama koje se mogu prezentirati na sljedeći način: postupak u Crnoj Gori, jednako kao i postupak u Srbiji, pokreće se predlogom za priznanje, dok se u Sjedinjenim američkim državama pokreće tužbom "*action on the foreign judgment*". Međutim ovakva razlika u aktu kojim se postupak priznanja inicira neće nužno rezultirati činjenicom da se radi o bitno različitim postupcima. Ni u Sjedinjenim američkim državama kao ni u Crnoj Gori niti u Srbiji odluka čije se priznanje traži ne preispituje se u meritumu niti se provjerava utvrđeno činjenično stanje. Dakle, postupci se, u svim ovim državama, baziraju na provjeri ispunjenosti činjenica, odnosno pretpostavki za priznanje stranih odluka, koje su, prilično istovjetne.

Iz ovoga slijedi da je uvažavajući činjenicu skoro potpune istovjetnosti pretpostavki u opisanim sistemima, sa aspekta procedure koja se sprovodi u Sjedinjenim američkim državama irelevantno to što postoje razlike u inicijalnom aktu kojim se ovaj postupak pokreće, i da bi samim tim, i odluke Sjedinjenih američkih država trebalo priznavati u Republici Srbiji i Crnoj Gori.

ZAKLJUČAK

Učinci stranih odluka ne dolaze do izražaja direktno, već indirektno, odnosno onog momenta kada ih sud države priznanja prizna u posebnom postupku. Ukoliko se o priznanju strane odluke odlučuje kao o glavnoj stvari, stav većine je da se to čini u vanparničnom postupku, kada su u pitanju Crna Gora i Srbija. U Sjedinjenim američkim državama, postupak priznanja se pokreće tužbom, kojom se praktično zahtijeva potvrđivanje strane odluke i njeno konvertovanje u američku odluku.

Ako bismo ove postupke posmatrali u svijetlu postojanja materijalne uzajamnosti, ipak bi se dalo zaključiti da je ona zajemčena. Jer sama činjenica da se u Crnoj Gori i Srbiji postupak pokreće zahtjevom za priznanje, a u SAD-u tužbom, ne utiče na postojanje uzajamnosti. Ovo iz razloga što sud u ovim državama ne ispituje meritum odluke, dakle ni utvrđeno činjenično stanje niti primijenjeno materijalno pravo, već samo utvrđuje postojanje pretpostavki priznanja. Izvjesne razlike u proceduri nesumnjivo

postoje, ali ne treba olako donositi zaključak da one nužno doprinose nepostojanju materijalne uzajamnosti, jer na osnovu pomenutih razlika ne možemo reći da su uslovi ili postupak priznanja u Sjedinjenim američkim državama bitno strožiji od onih koji postoje u crnogorskom i srpskom sistemu i obratno. Samim tim razlike u opisanim sistemima ne bi trebale da doprinose nepriznavanju američkih odluka u Crnoj Gori i Srbiji, kao ni crnogorskih i srpskih odluka u Sjedinjenim američkim državama.

Biljana Vukoslavčević,

teaching associate

Faculty of Law University "Mediterran" Podgorica

**COMPARATING SURVEY OF PROCEDURES FOR
RECOGNIZING FOREIGN DECISIONS IN MONTENEGRO,
REPUBLIC OF SERBIA AND UNITED STATES OF AMERICA**

The foreign judgments and arbitral awards have no direct force outside the forum's jurisdiction. They will have effect in a foreign jurisdiction only after their recognition in special procedure. If we are talking about recognition of foreign judgments and arbitral awards as a main issue, the most authors in Montenegro and Serbia consider that the best procedure is extra-judiciary procedure. The procedure for recognition and enforcement in United States of America starts with an action on the foreign judgment, and the claimant practically demands confirmation of foreign judgments by its converting into american judgment.

Comparating survey of procedures for recognition of foreign judgments and arbitral awards in Montenegro, Serbia and United States of America, leads us to conclusion that there is substantial reciprocity between all of them. The fact that procedure in Montenegro and Serbia starts with application, and in United States of America with an action, could not affect it. Because, in all of these countries, the recognizing court just check are all formal and substantial conditions fulfilled, and in no circumstances may a foreign judgment be reviewed as to its substance.

The conditions and procedure for recognition in United States of America are not more difficult than conditions or procedure in Montenegro and Serbia, and vice versa, so some existing differences should not contribute to non-recognizing american judgments in Montenegro or Serbia, or montenegrinian or serbian judgments in United States of America.

Key words: *foreign judgment; foreign arbitral award; systems for recognizing; recognition procedure.*

Mr Ivana Rakić

Stipendista Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj
Doktorant Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Pregledni naučni rad
UDK:341.645(4-672EU)

PRAKSA EVROPSKE KOMISIJE I SUDA PRAVDE U PRIMENI ARGUMENTA DRUŠTVA U FINANSIJSKIM TEŠKOĆAMA U POSTUPKU KONTROLE KONCENTRACIJA

U radu se analizira praksa Evropske komisije i Suda pravde u vezi sa upotrebom argumenta društva u finansijskim teškoćama u postupku kontrole koncentracija sa komunitarnom dimenzijom. Reč je o institutu prava konkurencije koji se koristi kao opravdanje za koncentraciju čiji jedan od učesnika je društvo u finansijskim teškoćama i na osnovu kojeg se koncentracija može odobriti uprkos tome što se njenim sprovođenjem značajno narušava konkurencija. Koncentracija se može odobriti pod uslovom da učesnici u koncentraciji dokažu da će društvo u finansijskim teškoćama i njegova imovina izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena i da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju, zbog čega će se smatrati da nema uzročno-posledične veze između koncentracije i pogoršanja tržišne strukture.

Ključne reči: *failing firm defence, društvo u teškoćama, kontrola koncentracija, Evropska komisija, Sud pravde*

Uvod

Argument društva u finansijskim teškoćama (*failing firm defence*) upotrebljava se u postupku kontrole koncentracija kao opravdanje za koncentracije koje mogu značajno da naruše konkurenciju, a čijim sprovođenjem se vrši povezivanje sa društvom koje inače ne bi moglo da opstane na tržištu zato što se zbog finansijskih teškoća nalazi pred stečajem. Sprovođenjem koncentracije se u stvari spasava društvo u finansijskim teškoćama, jer bi ono prestalo da postoji ukoliko koncentracija ne bi bila sprovedena. Prilikom odlučivanja o koncentraciji polazi se od toga da bi i u slučaju

stečaja i u slučaju koncentracije neuspješno društvo nestalo sa tržišta, pa bi se u oba slučaja broj konkurenata smanjio i konkurencija narušila zbog pogoršanja tržišne strukture. Pošto bi konkurencija bila narušena i kada koncentracija ne bi bila sprovedena, smatra se da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i narušavanja konkurencije, pa se koncentracija može odobriti.

Evropska komisija i Sud pravde su zasnivali prihvatanje argumenta takođe na činjenici nepostojanja uzročno-posledične veze između koncentracije i narušavanja konkurencije, zahtevajući od učesnika u koncentraciji da dokažu ispunjenost različitih uslova kako bi koncentracija bila odobrena. Iako nije postojala izričita odredba o primeni argumenta društva u finansijskim teškoćama, Komisija i Sud pravde su na osnovu prakse američkih organa i shodno okolnostima konkretnog slučaja utvrđivali uslove za njegovu primenu i tako formirali sopstvenu praksu. Tokom višegodišnje prakse ovi uslovi su unapređivani, a samo u retkim slučajevima koncentracije su bile i odobrene prihvatanjem argumenta društva u finansijskim teškoćama.

Usvajanjem Smernica za ocenu horizontalnih koncentracija 2004. godine (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, br. C. 31/2004), Komisija je izričito propisala uslove za primenu argumenta, koji su u stvari rezultat višegodišnjeg iskustva u njenoj primeni. Prema Smernicama, osnovni uslov je da učesnici u koncentraciji dokažu da koncentracija nije uzrok pogoršanja strukture konkurencije, odnosno da će se struktura pogoršati bar u istoj meri u kojoj bi bila pogoršana kada koncentracija ne bi bila sprovedena (t. 89). To znači da Komisija mora da utvrdi da li će se sprovođenjem koncentracije konkurencija pogoršati u odnosu na stanje koje bi nastalo u slučaju nestanka sa tržišta neuspješnog društva, odnosno da li će efekti koncentracije na konkurenciju biti *neutralni, ako već nisu pozitivni*.¹

Kao posebno važni za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama, u Smernicama su istaknuta tri kriterijuma koja Komisija uzima u obzir prilikom utvrđivanja da li je koncentracija uzrok pogoršanja tržišne strukture (t. 90). Prvi uslov se

¹ Mladen Cerovac, *Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika*, Zagreb, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, 2004, http://www.aztn.hr/uploads/documents/tn/zakonodavni_okvir/Naputak_1.pdf, (30.11.2010), str. 47.

odnosi na dokazivanje da će društvo u bliskoj budućnosti bilo primorano da zbog finansijskih teškoća napusti tržište ukoliko ga drugo društvo ne preuzme. Drugi uslov je da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju. Na kraju, potrebno je dokazati da će imovina tog društva neminovno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena.

Slučaj *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*

Prilikom odlučivanja u slučaju *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (br. IV/M. 53, odluka Komisije od 2.10.1991. godine, *O. J.*, br. L. 334/1991), Komisija je prvi put razmatrala navode stranaka da treba odobriti koncentraciju zbog toga što će jedan od učesnika u koncentraciji napustiti tržište zbog finansijskih teškoća ukoliko koncentracija bude zabranjena.² Naime, učesnici su tvrdili da bi kompanija De Havilland u svakom slučaju nestala sa tržišta, jer bi prestala da postoji ili bi bila prodana ukoliko koncentracija ne bi bila sprovedena.

Kompanija De Havilland je bila kanadska filijala američke kompanije Boeing i bavila se proizvodnjom elisno-mlaznih aviona za regionalni saobraćaj (tzv. turboprop avioni – *turboprop aircrafts*). Kompaniju su planirale da preuzmu kompanije koje su takođe poslovale u vazduhoplovnoj industriji – francuska kompanija Aerospatiale SNI i italijanska kompanija Alenia-Aeritalia e Selenia Spa (Alenia).³ Na tržištu elisno-mlaznih aviona za regionalni saobraćaj, aktivnosti sve tri kompanije su se preklapale u proizvodnji aviona srednje veličine, a koncentracijom bi se njihov zajednički udeo na svetskom tržištu povećao na 64%.

Učesnici u koncentraciji su tvrdili da, iako postupak likvidacije kompanije De Havilland ne bi bio odmah sproveden, kompanija Boeing bi kasnije obustavila proizvodnju De Havilland, što znači da bi ona u svakom slučaju bila uklonjena kao konkurent. Međutim, Komisija je smatrala da takvo uklanjanje nije bilo verovatno, jer nije

² Sve odluke Komisije su objavljene na sajtu Komisije: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/>, a odluke Suda pravde i Prvostepenog suda na sajtu http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/.

³ Kompanije Aerospatiale i Alenia su imale zajedničku kontrolu nad grupacijom ekonomskog interesa Avions de Transport Régional, koja je bila vodeći svetski i evropski proizvođač elisno-mlaznih aviona za regionalni saobraćaj. Kompanija de Havilland je bila drugi proizvođač ovih aviona u svetu i Evropi.

bilo izgleda da Boeing zatvori svoju filijalu ukoliko koncentracija ne bude sprovedena. Boeing je već bio izrazio nameru da proda svoju filijalu, tako da bi se verovatno pojavio drugi kupac, jer učesnici u koncentraciji nisu bili jedini zainteresovani kupci. Pored toga, analizirajući finansijsku situaciju kompanije De Havilland, Komisija je smatrala da De Havilland proizvodi kvalitetne, opštepoznate i vrlo cenjene proizvode, da njihova cena raste, da je učinjen napredak u smanjivanju viška zaposlenih i da su unapređeni odnosi sa njihovim sindikatima, kao i da još uvek ima mogućnosti za poboljšanje produktivnosti kompanije (t. 31. odluke). To je značilo da bi zatvaranje kompanije De Havilland bila samo poslovna odluka, a ne direktna posledica ekonomskih i finansijskih činilaca.⁴ Zbog toga Komisija nije odobrila koncentraciju, proglašivši je nesaglasnom sa zajedničkim tržištem.

Slučaj *Kelt/American Express*

Slučaj *Kelt/American Express* (br. IV/M. 116, odluka Komisije od 20.08.1991. godine, *O. J.*, br. C. 223/1991) odnosi se na sticanje kontrole nad delom britanske kompanije Kelt Energy koja se bavila istraživanjem i proizvodnjom nafte i gasa. Kompanija Kelt Energy je u vreme notifikacije bila u postupku finansijskog restrukturiranja koji se sprovodio kako bi se izvršilo spasavanje i izbegao njen stečaj. U okviru ovog postupka, grupacija od osam banaka, predvođena bankom American Express, planirala je da preuzme filijalu kompanije Kelt Energy (Kelt Exploration Limited) i da kupi drugu njenu imovinu.

Na osnovu analize poslednjih godišnjih računa kompanije Kelt Energy i njene filijale, Komisija je utvrdila da se one nalaze u ozbiljnim finansijskim teškoćama, zbog čega je i odobrila koncentraciju. Naime, Komisija se uverila da je potrebno brzo sprovesti restrukturiranje kako bi se sprečila ozbiljna šteta za jednog ili više učesnika u koncentraciji (t. 7. odluke).

Slučaj *Kali und Salz/MdK/Treuhand*

⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Failing Firm Defence* – OECD Roundtables on competition policy, OECD, Paris 1996, str. 94.

Komisija je prvi put definisala uslove za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama u svojoj odluci povodom slučaja *Kali und Salz/MdK/Treuhand* (br. IV/M. 308, odluka Komisije od 14.12.1993. godine, *O. J.*, br. L. 186/1994) i izričito prihvatila argument kao opravdanje za prijavljenu koncentraciju. Reč je o koncentraciji u kojoj je kompanija Kali und Salz kupila nemačku kompaniju Mitteldeutsche Kali AG (dalje u tekstu: MdK), sa ciljem objedinjavanja aktivnosti u proizvodnji potaše i kamene soli. Kompanije su poslovale u hemijskoj industriji, s tim što je Kali und Salz bila filijala nemačke grupacije BASF, a MdK je bila pod kontrolom institucije Treuhandanstalt (dalje u tekstu: Treuhand), zadužene za restrukturiranje i privatizaciju državnih preduzeća bivše DR Nemačke.

Učesnici u koncentraciji su tvrdili da bi kompanija MdK uskoro bila primorana da izađe sa tržišta ukoliko je ne preuzme neko privatno društvo i da bi tada njen tržišni udeo preuzela kompanija Kali und Salz (t. 70. odluke). MdK se nalazila u izuzetno teškoj ekonomskoj situaciji – duže vreme je neuspešno poslovala, uz veoma visoke troškove i bez izgleda da opstane na tržištu u takvim uslovima. Kompanija nije mogla da nastavi da posluje ukoliko njene troškove ne bi pokrivala institucija Treuhand, a takvu pomoć više nije mogla da očekuje zbog propisa EU o državnoj pomoći. Čak bi nastavila da posluje sa gubicima da je tu pomoć i dalje dobijala, tako da je njena prodaja bila jedini način da se spase (t. 73-77).

Komisija je prihvatila i argument da će tržišni udeo kompanije MdK pripasti Kali und Salz ukoliko MdK nestane sa tržišta, pošto su ove kompanije jedine poslovale na tržištu potaše i kamene soli, a nije se mogao očekivati ulazak novih konkurenata, jer su postojale brojne prepeke za ulazak na tržište (t.78). Istovremeno, Komisija je smatrala da se može odbaciti mogućnost da neka druga kompanija (pored Kali und Salz) kupi MdK, jer nijedan od zainteresovanih kupaca nije bio spreman da to učini. Pri tome, između Kali und Salz i MdK je postojala posebna sinergija, kao rezultat dobre geografske lociranosti i proizvodnih kapaciteta (t. 80-90).

Prihativši sve argumente, Komisija je odobrila koncentraciju, iako je zaključila da se njome jača dominantan položaj Kali und Salz. Naime, Komisija je smatrala da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i stvaranja dominantnog položaja, jer bi i u slučaju da je koncentracija bila zabranjena, Kali und Salz ojačala svoj dominantan položaj. To znači da je uzrok pogoršanja tržišne strukture

bio nestanak kompanije MdK sa tržišta, a ne sama koncentracija (t. 95).

Komisija je, dakle, utvrdila jasne kriterijume za prihvatanje ovog argumenta, zahtevajući od učesnika u koncentraciji da dokažu sledeće: da će ciljno društvo u bliskoj budućnosti biti primorano da napusti tržište ukoliko ga ne preuzme drugo društvo; da će društvo koje stiče kontrolu preuzeti tržišni udeo ciljnog društva ukoliko ono izađe sa tržišta; i da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju (t. 71).

Navedene uslove je kasnije potvrdio Sud pravde, u presudi kojom je poništena odluka Komisije (spojeni predmeti br. C-68/94 i C-30/95, presuda Suda od 31.03.1998. godine, slučaj *French Republic and Société Commerciale des Potasses et de l'Azote and Entreprise Minière et Chimique v. Commission of the European Communities*, „European Court Reports“ 1998, strana I-1375).⁵ Iako je odluka poništena, Sud pravde je prihvatio pristup Komisije u vezi sa upotrebom argumenta društva u finansijskim teškoćama i naglasio da je za njegovu primenu potrebno dokazati nepostojanje uzročno-posledične veze između koncentracije i pogoršanja konkurentske strukture. Ipak, Sud je usvojio širu formulaciju, po kojoj je uzročnu vezu moguće isključiti ako će se sprovođenjem koncentracije tržišna struktura pogoršati na sličan način na koji bi bila pogoršana ako koncentracija ne bi bila sprovedena (t. 115. presude).

Slučaj *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*

Slučaj *Saint-Gobain* (br. IV/M. 774, odluka Komisije od 4.12.1996. godine, *O.J.*, br. L. 247/1997) odnosi se na zajedničko ulaganje francuskog društva *Société Européenne des Produits Réfractaires* – koje je bilo zavisno društvo francuskog društva *Compagnie de Saint-Gobain SA* (dalje u tekstu: *Saint-Gobain*), nemačkog društva *Elektroschmelzwerk Kempten GmbH* (dalje u tekstu: *ESK*) – koje je pripadalo grupaciji *Wacker-Chemie GmbH*, i holandskog društva *NV Noordelijke Ontwikkelingsmaatschappij*

⁵ Postupak pred Sudom pravde su pokrenule Republika Francuska, privredno društvo *Societe Commerciale des Potasses et de l'Azote* i grupacija *Entreprise Minière et Chimique*, podnošenjem tužbi za poništenje odluke Komisije. Nakon poništenja odluke, Komisija je 9. jula 1998. godine donela odluku kojom je ponovo odobrila koncentraciju između *Kali und Salz* i *MdK* (tzv. slučaj *Kali und Salz II*, *O.J.*, br. C.275/1998).

(NOM) – čiji vlasnik je bila holandska vlada (99,97% akcija). Ulaganje se odnosilo na osnivanje privrednog društva koje bi se bavilo proizvodnjom, preradom, plasmanom i prodajom silicijum-karbida.

Komisija je zabranila koncentraciju, smatrajući da nisu ispunjeni uslovi za prihvatanje argumenta društva u teškoćama, a koji su utvrđeni u slučaju *Kali und Salz*. Analizirajući ove uslove, Komisija je zaključila da je zabrana koncentracije odluka koja ima manje negativne posledice po konkurenciju, jer koncentracija može biti odobrena pozivanjem na argument samo ako bi i u slučaju zabrane koncentracije sticalac kontrole nužno stekao ili ojačao dominantan položaj (t. 247. odluke).

Pre svega, Komisija nije prihvatila tvrdnje stranaka o neizbežnom povlačenju društva ESK sa tržišta zbog finansijskih teškoća, jer je smatrala da ESK neće biti primorano da uskoro izađe sa tržišta ukoliko ga ne preuzme drugo društvo (t. 252). Zatim, Komisija je smatrala da bi brojni privredni subjekti preuzeli tržišni udeo ESK ukoliko bi ono napustilo tržište, što je značilo da društvo Saint-Gobain ne bi preuzelo ceo tržišni udeo, već samo njegov veći deo. U slučaju zatvaranja društva ESK, na tržištu silicijum-karbida bi zbog smanjene ponude nastala praznina koju postojeći tržišni učesnici ne bi mogli da popune, pa bi se cene povećale. Zbog toga bi se oni takmičili i udruživali u cilju sticanja što većeg tržišnog udela. Istovremeno, sa povećanjem cena, evropsko tržište bi postalo privlačno za nove učesnike, pa bi i uvoznici preuzeli jedan deo tržišnog udela ESK. Zbog toga bi tržišna struktura koja nastaje kao posledica zabrane koncentracije i zatvaranja društva ESK imala manje negativne posledice po konkurenciju nego struktura koja proizlazi iz koncentracije (t. 253-254). Na kraju, Komisija je utvrdila da društvo Saint-Gobain nije jedini kupac, nego da i druga društva mogu da kupe društvo ESK ili neki njegov deo, s obzirom na to da njegova filijala Grefrath ima vrednu imovinu i da je privlačna za investitore. Takvom kupovinom bi drugo društvo bilo u prilici da uspešno konkuriše društvu Saint-Gobain, što opet potvrđuje zaključak da zabrana koncentracije ima manje negativne posledice po konkurenciju (t. 255-259).

Slučaj *Boeing/McDonnell Douglas*

Slučaj *Boeing/McDonnell Douglas* (br. IV/M. 877, odluka Komisije od 30.07.1997. godine, *O.J.*, br. L. 336/1997) odnosi se na povezivanje kompanija Boeing i McDonnell Douglas (dalje u tekstu: MDC), koje su poslovale u vazduhoplovnoj industriji, s tim što se relevantno tržište proizvoda odnosilo na velike komercijalne mlazne avione. Učesnici u koncentraciji i Komisija se u ovom slučaju nisu izričito pozvali na argument društva u teškoćama, ali je Komisija ipak razmatrala neuspešnost u poslovanju kompanije MDC koju je trebalo da preuzme Boeing. Komisija je utvrdila da se MDC nalazi u teškoj finansijskoj situaciji i da ne postoje drugi zainteresovani kupci, ali je ipak zaključila da bi koncentracija vodila jačanju dominantnog položaja kompanije Boeing i značajnom narušavanju konkurencije na zajedničkom tržištu.

Analiziranjem položaja kompanije MDC na tržištu, zaključeno je da MDC zapravo više nema uticaj na tržištu i da postoji mogućnost da vremenom napusti tržište zbog sve slabije ponude aviona u odnosu na konkurentne kompanije Boeing i Airbus, zbog gubitka mušterija i neprekidnog smanjivanja tržišnog udela. Imajući u vidu takav položaj kompanije MDC, nije se moglo očekivati da bi neko drugi (pored kompanije Boeing) mogao da preuzme MDC, jer kompanija Airbus, kao jedini preostali konkurent, nije bila zainteresovana za kupovinu, a nije se moglo očekivati da novi učesnici uđu na tržište kupovinom MDC (t. 60. odluke). To je značilo da je samo kompanija Boeing spremna da preuzme MDC, iako je izjavila da tek treba da odluči da li će nakon preuzimanja kontrole kompanija Douglas Aircraft (filijala MDC) nastaviti sa proizvodnjom mlaznih aviona (t. 61).

Međutim, argumenti stranaka nisu bili dovoljni da Komisija odobri koncentraciju, pa se kompanija Boeing obavezala da će preduzeti određene mere (*remedies*) u cilju otklanjanja konkurentskih pritisaka i uspostavljanja konkurencije na tržištu. Na osnovu sveobuhvatne analize predloženih mera, Komisija je ipak zaključila da koncentracija neće narušiti konkurenciju i odobrila je koncentraciju.

Slučaj *Blokker/Toys "R" US*

U slučaju *Blokker/Toys "R" US* (br. IV/M. 890, odluka Komisije od 26.06.1997. godine, *O.J.*, br. L. 316/1998), Blokker Holding je planirao da preuzme holandsko društvo Toys "R" US

(Netherlands), filijalu američke kompanije Toys “R” US Inc. (US). Blokker Holding je bio glavni holandski operator u maloprodaji, čije poslovanje se prvenstveno odnosilo na maloprodaju predmeta za domaćinstvo, igračka i drugih proizvoda, dok je kompanija Toys “R” US bila jedan od najvećih svetskih maloprodajnih trgovaca igračkama.

Pozivajući se na argument društva u finansijskim teškoćama, kompanija Toys “R” US je tvrdila da njeno poslovanje u Holandiji više nije finansijski održivo bez podrške lokalnog partnera i da će zatvoriti svoju holandsku filijalu ukoliko koncentracija ne bude odobrena. Ona je istovremeno tvrdila da će Blokker Holding tada preuzeti tržišni udeo (ili najveći deo tržišnog udela) njene filijale i da ne postoji drugo rešenje koje bi imalo manje negativne posledice po konkurenciju. Međutim, Komisija je smatrala da stranke nisu dokazale nepostajanje uzročno-posledične veze između koncentracije i njenih efekata na tržište, odnosno na stvaranje ili jačanje dominantnog položaja, zbog čega je i zabranila koncentraciju.

Pošto nije utvrđeno da bi Blokker Holding preuzeo ceo tržišni udeo kompanije Toys “R” US, Komisija je zaključila da pogoršanje tržišne strukture ne bi bilo isto u slučaju sprovođenja i u slučaju zabrane koncentracije. Pogoršanje tržišne strukture bi bilo posledica sticanja tržišnog udela kompanije Toys “R” US od strane Blokker Holding-a i potencijala koji ova kompanija ima na tržištu specijalizovanih *outlet* prodavnica igračaka, a ne posledica nestanka Toys “R” US sa tržišta (t. 112. odluke).

Pored toga, kompanija Toys “R” US nije dokazala da ne postoji drugi kupac, jer su se njeni argumenti odnosili samo na objašnjavanje da je Blokker Holding najbolji izbor za kupovinu njene filijale. Prema njenim tvrdnjama, Blokker Holding je jedini zadovoljavao zahteve u vezi sa poznavanjem holandskog tržišta maloprodaje i imao je neophodnu infrastrukturu, dok su drugi mogući kupci bili odbijeni zbog nepoznavanja tržišnih uslova u zemljama Beneluksa ili zbog toga što su bili potencijalni konkurenti u ostalim državama članicama EU. Za Komisiju to nije bilo dovoljan argument da ne postoje drugi kupci, već je samo potvrđena njena procena da je kompanija Toys “R” US izabrala za kupca Blokker Holding, kao najjačeg učesnika na tržištu (t. 113). Zbog svega navedenog, Komisija nije prihvatila argumente stranaka kao opravdanje koncentracije i nije odobrila koncentraciju.

Slučaj *Bertlesmann/Kirch/Premiere*

U slučaju *Bertlesmann/Kirch/Premiere* (br. IV/M. 993, odluka Komisije od 27.05.1998. godine, *O.J.*, br. L. 53/1999), Komisija je prvi put izričito razmatrala mogućnost da se na argument društva u teškoćama poziva društvo koje pripada grupi društava (zavisno društvo, filijala), a ne društvo ili grupa u celini – *failing division defence*. Komisija je zaključila da stranke nisu ispunile nijedan od uslova koji su utvrđeni u slučaju *Kali und Salz*, zbog čega nije odobrila koncentraciju. Istovremeno, Komisija je istakla da se u slučaju upotrebe argumenta društva u teškoćama koje je deo grupe društava moraju utvrditi posebno strogi kriterijumi da bi se koncentracija opravdala argumentom nepostojanja uzročno-posledične veze. Ako ovakvi kriterijumi ne bi bili utvrđeni, bilo koja koncentracija koja se odnosi na napuštanje neprofitabilne delatnosti mogla bi se tada opravdati izjavom prodavca (kontrolnog društva) da će morati da zatvori svoje zavisno društvo koje posluje u toj oblasti ukoliko koncentracija ne bude sprovedena (t. 71. odluke).

Koncentracija se odnosila na sticanje zajedničke kontrole nad društvima *Premiere Medien GmbH & Co. KG* (dalje u tekstu: *Premiere*), *BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH* (dalje u tekstu: *BetaDigital*) i *BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH* (dalje u tekstu: *BetaResearch*) od strane društava *CLT-UFA SA* i *Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG* (dalje u tekstu: *Taurus*). Društvo *CLT-UFA* je bilo pod kontrolom društva *Bertelsmann AG*, koje je bilo matično društvo vodeće nemačke medijske grupacije, dok je *Taurus* bila holding kompanija koja je pripadala medijskoj grupaciji *Kirch*. Društvo *Premiere* je bilo pod kontrolom *CLT-UFA* (37,5%), *Canal+ S.A.* (37,5%) i *Kirch* (25%), dok su *BetaDigital* i *BetaResearch* pripadale grupi *Kirch*. Sprovedenjem koncentracije, *CLT-UFA* i *Kirch* bi preuzele zajedničku kontrolu nad ciljnim društvima tako što bi u svakom društvu njihovo učešće bilo 50%, a grupa *Kirch* bi istovremeno zatvorila svoj *pay-TV* kanal *DF1* i njegovu imovinu prenela na društvo *Premiere*.⁶

Osnovni argument učesnika u koncentraciji odnosio se na tvrdnju grupe *Kirch* da bi njeno zavisno društvo *DF1* u svakom slučaju bilo primorano da napusti tržište zbog neuspešnog poslovanja i

⁶ Relevantno tržište proizvoda se odnosilo na pružanje *pay-TV* usluga.

velikih gubitaka i da bi zbog toga konkurencija na tržištu bila ista kao i nakon sprovođenja koncentracije. Međutim, Komisija je naglasila da poslovanje DF1 čini samo deo poslovanja grupe Kirch na tržištu *pay-TV* usluga i da njegovo zatvaranje ne bi automatski značilo da bi grupa napustila ovo tržište. Čak i potpuno napuštanje ove oblasti ne bi značilo nestajanje sa tržišta cele grupe niti bi ona bila zatvorena. To bi bilo samo napuštanje dela ogromnog poslovanja i jednostavno bi predstavljalo poslovnu odluku da se odustane od jedne oblasti poslovanja zato što nisu ispunjena očekivanja uprave društva (t. 71). Argumenti stranaka, dakle, nisu bili dovoljni da se utvrdi nepostojanje uzročne veze između koncentracije i narušavanja konkurencije, jer stranke nisu navele dokaze da bi društvo DF1 verovatno napustilo tržište ukoliko koncentracija ne bi bila sprovedena.

Komisija nije prihvatila ni argument da bi tržišni udeo društva DF1 preuzelo društvo Premiere, jer je smatrala da bi u slučaju nesprovođenja koncentracije potencijalni *pay-TV* operatori mogli da uđu na tržište i postanu konkurenti društva Premiere. Nije prihvaćena ni tvrdnja da je Premiere jedini mogući kupac, jer stranke to nisu dokazale. One su samo izjavile da grupa Kirch nije uspela da pronađe partnera, bez ikakvog dodatnog objašnjenja, npr. sa kime su sve pregovarale ili koji su razlozi zbog kojih su ti pregovori bili bezuspešni. Na kraju, Komisija je zaključila da bi nakon koncentracije društvo Premiere steklo monopolski položaj na tržištu *pay-TV* usluga i da bi zbog toga čak i zatvaranje društva DF1 imalo manje negativne posledice po konkurenciju, jer bi tada imovinu i prava društva DF1 preuzeli drugi *pay-TV* operatori, a ne Premiere (t. 76).

Slučaj *Rewe/Meinl*

Problem u vezi sa upotrebom argumenta društva u teškoćama koje pripada grupi društava pojavio se i u slučaju *Rewe/Meinl* (br. IV/M. 1221, odluka Komisije od 3.02.1999. godine, *O.J.*, br. L. 274/1999), koji se odnosio na preuzimanje grupacije Julius Meinl AG, koja je se bavila trgovinom, i to uglavnom maloprodajom robe svakodnevnne potrošnje. Grupaciju je trebalo da preuzme nemačka grupa društava Rewe, koja je, između ostalog, poslovala na tržištu maloprodaje, posebno u prehrambrenom sektoru.

Nakon što je utvrdila da nisu ispunjeni uslovi za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama, Komisija je zaključila da bi sprovođenjem koncentracije grupa Rewe ojačala dominantan

položaj na austrijskom tržištu maloprodaje prehrambenih proizvoda (t. 69. i 116. odluke). Ipak, koncentracija je odobrena, jer su se učesnici obavezali da će preduzeti određene mere kako bi se ublažili negativni efekti stvaranja dominantnog položaja.

Ukazujući na veličinu i razvoj grupe Meinl, stranke su tvrdile da se Meinl nalazi u nepovoljnijem položaju nego drugi, mnogo jači konkurenti i da bi njen tržišni udeo preuzela grupa Rewe ukoliko bi Meinl napustila tržište ili smanjila proizvodnju. Stranke su tvrdile i da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju, jer je društvo Spar, kao jedini potencijalni kupac, izuzetno snažno u zapadnoj Austriji i ima veću prodaju nego Rewe, iako ima sličan tržišni udeo (t. 62).

Međutim, Komisija je ponovo istakla da se u ovom slučaju ne radi o nestanku celog društva sa tržišta, jer aktivnosti grupe Meinl na relevantnom tržištu čine samo deo njenih poslovnih aktivnosti. Napuštanje ovog tržišta bi predstavljalo samo stratešku odluku da grupa Meinl odustane od određene delatnosti zbog toga što njen razvoj nije ispunio očekivanja uprave, a ne zato što je grupa insolventna (t. 65). Iako se finansijska situacija ove grupe pogoršala, stranke nisu pružile nikakve dokaze da je Meinl insolventna ili da bi mogla biti insolventna, zbog čega je Komisija smatrala da se ne može prihvatiti tvrdnja da bi Meinl u svakom slučaju napustila tržište u bliskoj budućnosti ukoliko je ne bi preuzelo drugo društvo. Nije prihvaćen ni argument da će njen tržišni udeo uglavnom pripasti grupi Rewe ukoliko koncentracija ne bude sprovedena, jer su i sami učesnici isticali društvo Spar kao potencijalnog kupca, što je značilo da konkurencija neće biti ista u slučaju sprovođenja i u slučaju nesprovođenja koncentracije. Nije dokazano ni da je društvo Spar nepodesno zbog svog tržišnog položaja, jer učesnici nisu ukazali na druge potencijalne kupce sa kojima su pregovarali, kao ni na razloge zbog kojih su pregovori bili bezuspešni (t. 66-68).

Na osnovu svega Komisija je zaključila da nije utvrđeno nepostojanje uzročno-posledične veze između koncentracije i pogoršanja tržišne strukture, pa je odobrila koncentraciju tek nakon sveobuhvatne analize uticaja mera na čije preduzimanje su se stranke obavezale kako bi se otklonili negativni efekti koncentracije na konkurenciju.

Slučaj *BASF/Eurodiol/Pantochim*

Posle slučaja *Kali und Salz*, slučaj *BASF/Eurodiol/Pantochim* je jedini u kojem je Komisija odobrila koncentraciju izričitim pozivanjem na argument društva u teškoćama (slučaj br. COMP/M. 2314, odluka Komisije od 11.07.2001. godine, *O.J.*, br. L. 132/2002). Međutim, Komisija je u ovom slučaju utvrdila nove kriterijume za upotrebu argumenta, smatrajući da postojeći kriterijumi ne mogu da se primene kao opravdanje za prijavljenu koncentraciju. Komisija je delimično izmenila kriterijume iz slučaja *Kali und Salz*, prilagodila ih konkretnim okolnostima i tako stvorila uslove da odobri koncentraciju primenom argumenta društva u finansijskim teškoćama. Novi kriterijumi su kasnije prihvaćeni i u Smernicama za ocenu horizontalnih koncentracija, tako da slučaj *BASF/Eurodiol/Pantochim* ima važnu ulogu u razvoju argumenta društva u teškoćama.

Slučaj se odnosio na preuzimanje kontrole nad belgijskim društvima Eurodiol i Pantochim, koja su poslovala u hemijskoj industriji i koja su se u vreme notifikacije nalazila u tzv. predstečajnom režimu (*concordat judiciaire*). Kontrolu nad ovim društvima je preuzelo nemačko privredno društvo BASF, koje je takođe poslovalo u hemijskoj industriji.

U postupku kontrole, društvo BASF je tvrdilo da će i u slučaju nesprovođenja koncentracije društvo steći sličan položaj, a da će imovina ciljnog društva definitivno izaći sa tržišta. Prema ovim navodima, to je značilo da su ispunjeni uslovi za primenu argumenta društva u teškoćama i da zato treba odobriti koncentraciju.

Polazeći od argumenata društva BASF, Komisija je preispitala postojeće uslove, ali nije odustala od zahteva da se dokaže nepostojanje uzročno-posledične veze između koncentracije i stvaranja dominantnog položaja, odnosno narušavanja konkurencije. Komisija je utvrdila da se u svakom slučaju mora dokazati da će sprovođenjem koncentracije konkurentska struktura biti pogoršana bar u istoj meri u kojoj bi bila pogoršana kada koncentracija ne bi bila sprovedena (t. 143. odluke).

Učesnici u koncentraciji su prvo dokazali da će ciljna društva u bliskoj budućnosti biti primorana da napuste tržište ukoliko ih ne preuzme društvo BASF. Naime, u predstečajnom postupku je utvrđeno da zbog nelikvidnosti društava i previsokih dugova nije moguće sprovesti plan restrukturiranja i da je opasnost od stečaja očigledna. Čak je i belgijski sud potvrdio Komisiji da će ciljna društva

otići u stečaj ukoliko se ne pronađe njihov kupac. Bilo je jasno da će ciljna društva neizbežno napustiti tržište ukoliko ih ne preuzme drugo društvo (t. 144). Zatim, učesnici su dokazali da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju, pošto niko od zainteresovanih kupaca nije bio spreman da preuzme ciljna društva i njihovu imovinu. U predstečajnom postupku je kontaktirano s brojnim društvima, a čak je i Komisija istraživala da li postoje drugi kupci. Međutim, utvrđeno je da je društvo BASF jedini kupac, pa je Komisija zaključila da je ispunjen i drugi uslov za primenu argumenta društva u teškoćama (t. 146-148).

Međutim, Komisija je smatrala da ispunjavanje prva dva uslova nije dovoljno da se odbaci mogućnost da treća lica steknu imovinu ciljnih društava ukoliko ona odu u stečaj. Ekonomski efekti takvog sticanja bi bili slični efektima koje bi imalo preuzimanje ciljnih društava od strane drugih društava (t. 141). To znači da kupovina imovine u stečajnom postupku ima manje negativne posledice po konkurenciju, jer bi imovinu koristila i druga društva, a ne samo društvo koje je učesnik u koncentraciji. Naime, pošlo se od toga da je efikasnije da imovina ostane na tržištu i da je bar neko koristi, nego da izađe sa tržišta i da je niko ne koristi. Ukoliko postoji takva mogućnost, odnosno mogućnost da treća lica kupe imovinu i da se ona vrati na tržište, to bi bilo povoljnije od sprovođenja koncentracije, pa koncentraciju treba zabraniti. Zbog toga je potrebno isključiti mogućnost kupovine imovine u stečajnom postupku, jer se samo tako može dokazati da je koncentracija najpovoljnije rešenje za konkurenciju.

Zato je utvrđen i treći uslov za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama – da će imovina društva u teškoćama neizbežno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena. Utvrđivanje ovog uslova bilo je neophodno zato što se nije moglo očekivati da društvo BASF preuzme ceo tržišni udeo društava Eurodiol i Pantochim ukoliko ona napuste tržište. Komisija je zapravo utvrdila da bi imovina ciljnih društava definitivno izašla sa tržišta i da bi se zbog toga značajno pogoršali tržišni uslovi, i to na štetu potrošača (t. 149-151. i 156). Zaključeno je da niko ne bi hteo da kupi imovinu društava Eurodiol i Pantochim, jer je izuzetno skupa i predstavlja rizik za životnu sredinu, a istovremeno se nije moglo očekivati da neko drugi kupi delove imovine, jer bi odvajanjem od celine oni postali nefunkcionalni (t. 152-155).

Na osnovu svega Komisija je zaključila da se konkurentna struktura manje narušava u slučaju koncentracije nego u slučaju njenog nesprovođenja, pa je i odobrila koncentraciju. Zapravo, moglo se očekivati da će za potrošače i konkurenciju tržišni uslovi posle koncentracije biti povoljniji od uslova koji bi nastali kada bi imovina ciljnih društava izašla sa tržišta (t. 160. i 163).

Slučaj *SEB/Moulinex*

Slučaj *SEB/Moulinex* (br. COMP/M. 2621, odluka Komisije SG (2002) D/228078, od 8.01.2002. godine) odnosi se na povezivanje francuskih kompanija SEB i Moulinex, koje su poslovale na tržištu malih električnih kućnih aparata, pri čemu je kompanija SEB preuzela deo kompanije Moulinex. U vreme notifikacije, kompanija Moulinex je bila u stečajnom postupku i prijavljena koncentracija je bila rezultat sprovedenog postupka reorganizacije, u okviru kojeg je kompanija SEB predložila preuzimanje određenih delova kompanije Moulinex. Komisija je uslovno odobrila koncentraciju, ali je istovremeno donela i odluku o delimičnom upućivanju slučaja francuskim organima nadležnim za zaštitu konkurencije, tako da se odobrenje koncentracije nije odnosilo na francusko tržište.⁷

Prilikom odlučivanja o koncentraciji, Komisija je odbila primenu argumenta društva u teškoćama, zato što je smatrala da se efekti koncentracije na konkurenciju razlikuju od efekata koje bi imala

⁷ Odluka o upućivanju slučaja francuskim organima doneta je na osnovu čl. 9(3) Uredbe Saveta EU o kontroli koncentracija iz 1989. godine, zato što je utvrđeno da postoji opasnost ugrožavanja konkurencije na francuskom tržištu malih električnih kućnih aparata (odluka C(2002)38 od 8.01.2002. godine), a francuski ministar privrede je 8.07.2002. godine odobrio koncentraciju na osnovu argumenta društva u teškoćama. Odluku Komisije o upućivanju koncentracije potvrdio je Prvostepeni sud, u presudi kojom je odbijena tužba za poništenje koju je podnelo privredno društvo Philips Electronics NV (slučaj T-119/02, presuda Suda od 3.04.2003.godine). Tužbom je traženo poništenje odluke Komisije o odobrenju koncentracije i poništenje odluke o upućivanju koncentracije francuskim organima. Međutim, odluka o odobrenju koncentracije je delimično poništena u presudi Prvostepenog suda kojom je odlučeno po tužbi koju je podnelo društvo BaByliss (slučaj T-114/02, presuda Suda od 3.04.2003. godine). Tužbom je traženo poništenje odluke Komisije o odobrenju koncentracije i odluka je poništena u delu koji se odnosio na tržišta Finske, Italije, Španije, Ujedinjenog Kraljevstva i Irske. Komisija je kasnije donela novu odluku kojom je odobrena koncentracija na tržištu ovih zemalja (odluka Komisije C(2003) 4157, od 11.11.2003.godine).

likvidacija kompanije Moulinex. Utvrđeno je da su od početka postupka reorganizacije brojna društva bila zainteresovana za sticanje robnih marki kompanije Moulinex, a nije se mogla odbaciti mogućnost da treća lica steknu i određene delove opreme ili industrijsku svojinu ove kompanije. Ovakvo sticanje bi verovatno omogućilo da se u potpunosti ili delimično obnovi konkurentnost kompanije Moulinex (t. 41. odluke).

Slučaj *Danish Crown/Steff-Houlberg*

U slučaju *Danish Crown/Steff-Houlberg* (br. COMP/M. 2662, odluka SG (2002) D/228516 od 14.02.2002. godine), Komisija je odobrila spajanje danskih klanica Danish Crown i Steff-Houlberg, koje su bile najveće danske klanice organizovane kao zadruge, ali se odluka nije odnosila na dansko tržište. Utvrđeno je da postoji opasnost stvaranja ili jačanja dominantnog položaja i ugrožavanja konkurencije na danskom tržištu, pa je slučaj delimično upućen nadležnim organima Danske da oni procene uticaj koncentracije na dansko tržište (odluka od 14.02.2002. godine – Decision relating to the referral of the Case No COMP/M.2662 Danish Crown/Steff-Houlberg to Danish Competition Authority, pursuant to Article 9 of Regulation 4064/89). U odluci o upućivanju koncentracije zaključeno je i da nisu ispunjeni uslovi za primenu argumenta društva u teškoćama, a koji su utvrđeni u slučaju *BASF/Eurodiol/Pantochim*.⁸

Učesnici u koncentraciji su tvrdili da klanica Steff-Houlberg već tri godine ne može da isplaćuje odgovarajuću dobit svojim članovima i da će zbog toga brojni članovi da napuste klanicu i da pristupe drugim zadrugama, pre svega klanici Danish Crown. Istupanje članova Steff-Houlberg bi verovatno uslovalo ekonomski slom klanice, tako da je koncentracija predstavljala spasavanje Steff-Houlberg od predstojećeg stečaja (t. 161-165. odluke o upućivanju koncentracije).

Komisija nije prihvatila ove argumente, jer je smatrala da dobit koju ostvaruje Steff-Houlberg nije toliko mala da bi njeni članovi morali da je napuste, a da istupanje određenog broja članova iz zadruge ne bi finansijski ugrozilo njeno poslovanje niti bi je odvelo u stečaj. Utvrđeno je istovremeno da bi i druge klanice preuzele članove

⁸ Danski organ za zaštitu konkurencije je uslovno odobrio koncentraciju, iako nije prihvatio argument društva u teškoćama (odluka od 26.04.2002. godine).

Steff-Houlberg, a ne samo klanica Danish Crown, pošto je postojalo nekoliko klanica kojima bi članovi Steff-Houlberg mogli da pristupe (t. 166-169). Komisija je zatim utvrdila da Steff-Houlberg ne bi napustila tržište ukoliko koncentracija ne bi bila sprovedena, jer je klanica ostvarivala dobit i nalazila se u povoljnoj finansijskoj situaciji. Bila je izuzetno snažan učesnik na tržištu i privlačna za konkurente, čak i za kupce izvan tržišta Danske, a stranke nisu učinile dovoljno da dokažu da je Danish Crown jedini kupac (t. 170). Stranke nisu uspele da dokažu ni da će imovina klanice Steff-Houlberg neizbežno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena, pošto bi se zbog zatvaranja klanice povećala tražnja na tržištu, pa bi njenu imovinu kupile Danish Crown i druge klanice (t. 171).

Na osnovu svega Komisija je zaključila da će konkurentna struktura biti više pogoršana ukoliko koncentracija bude sprovedena i da se zbog toga ne može prihvatiti argument društva u finansijskim teškoćama. Komisija je smatrala da se u slučaju zatvaranja klanice Steff-Houlberg moglo očekivati da njeni članovi pristupe brojnim klanicama i da bi to zapravo ojačalo konkurentnost tih klanica i doprinelo razvoju konkurencije na danskom tržištu (t. 172-172).

Slučajevi *Andersen*

Slučajevi *Andersen* se odnose na koncentracije čiji učesnici su bila društva koja su poslovala u okviru kompanije Arthur Andersen, jedne od pet najvećih međunarodnih kompanija za pružanje profesionalnih usluga. Posle tzv. afere Enron, kompanija Arthur Andersen se raspala, a društva koja su bila njeni članovi u državama EU povezala su se drugim društvima koja su poslovala na tržištima tih zemalja. Kao posebno važne, izdvajaju se dve koncentracije čiji učesnici su bila društva koja su u Velikoj Britaniji i Francuskoj bila članovi kompanije Arthur Andersen (dalje u tekstu: Andersen UK i Andersen France) – slučaj *Deloitte & Touche/Andersen UK* (br. COMP/M.2810, odluka Komisije od 1.07.2002. godine) i slučaj *Ernst & Young France/Andersen France* (br. COMP/M.2816, odluka Komisije od 5.09.2002.godine). Kontrolu nad Andersen UK je preuzelo britansko društvo Deloitte & Touche, član međunarodne mreže Deloitte Touche Tohmatsu, a kontrolu nad Andersen France su preuzela francuska društva koja su bila članovi međunarodne mreže Ernst & Young.

Komisija je odobrila ove koncentracije, jer je smatrala da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i stvaranja dominantnog položaja na tržištu usluga revizije i računovodstvenih usluga. Međutim, prilikom odlučivanja, Komisija nije izričito upotrebila argument društva u teškoćama, već je na osnovu sveobuhvatne analize uticaja koncentracije na konkurenciju zaključila da koncentracija nije uzrok stvaranja dominantnog položaja i narušavanja konkurencije. Komisija je smatrala da će se bez obzira na sprovođenje koncentracije broj učesnika na tržištu smanjiti, a da, u poređenju sa koncentracijom, nije moguće drugo rešenje koje bi imalo manje negativne posledice po konkurenciju (t. 44-61. odluke u slučaju br. 2810, t. 75-90. odluke u slučaju br. 2816).

U vreme notifikacije, na tržištu je poslovalo pet međunarodnih kompanija za reviziju i računovodstvo – Arthur Andersen, Deloitte Touche Tohmatsu, Ernst & Young, KPMG i PricewaterhouseCoopers (tzv. Velika petorka), ali je zbog afere Enron i propasti kompanije Arthur Andersen bilo neizbežno da se njihov broj smanji na četiri. Naime, zbog gubitka ugleda, kompanija Arthur Andersen više nije mogla da konkuriše drugim međunarodnim mrežama i ostalim učesnicima na tržištu, a ubrzana podela ove kompanije je sprečila bilo kakvu mogućnost njenog oporavka. Osim toga, utvrđeno je da se ne može očekivati da celu kompaniju ili većinu društava koja su njeni članovi preuzme nov učesnik na tržištu i tako zauzme mesto kompanije Arthur Andersen u okviru Velike petorke.

Komisija je posebno analizirala i mogućnost da koncentracija ne bude sprovedena i zaključila da bi u tom slučaju neka od preostalih kompanija iz Velike petorke preuzela Andersen UK, odnosno Andersen France, ili bi njihove klijente preuzele ove kompanije ukoliko nijedna koncentracija ne bi bila sprovedena. Na osnovu izvršene analize, Komisija je zaključila da bi se struktura tržišta u tim situacijama pogoršala na sličan način na koji će se pogoršati ukoliko se sprovede koncentracija. To je značilo da nema uzročno-posledične veze između koncentracije i pogoršanja konkurentske strukture, pa je Komisija i odobrila prijavljene koncentracije.

Slučaj *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital*

Slučaj *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital* (COMP/M.2845, odluka Komisije od 14.08.2002. godine) odnosio se na povezivanje dva vodeća španska *pay-TV* operatora – društva

Sogecable i društva DTS Distribuidora de Televisión Digital (dalje u tekstu: Vía Digital), ali Komisija nije odlučivala o koncentraciji, već je slučaj uputila nadležnim organima Španije, zato što je utvrđeno da postoji opasnost ugrožavanja konkurencije na španskom tržištu. U odluci o upućivanju koncentracije, Komisija je razmatrala i upotrebu argumenta društva u teškoćama i zaključila da nisu ispunjeni uslovi za njegovu primenu.⁹

Sprovođenjem koncentracije je trebalo da se spoje društvo Canalsatélite Digital, koje je bilo pod kontrolom Sogecable, i društvo Vía Digital, koje je bilo pod kontrolom društva Admira Media koje je poslovalo u okviru grupacije Telefónica. Društvo Sogecable je bilo pod zajedničkom kontrolom društva Canal+, člana grupacije Vivendi Universal, i društva Promotora de Informaciones.

Učesnici u koncentraciji su tvrdili da se društva Vía Digital i Canalsatélite Digital nalaze u izuzetno teškoj finansijskoj situaciji i da zbog toga treba primeniti argument društva u teškoćama, iako su i sami priznali da nisu ispunjeni svi uslovi za njegovu primenu. Oni su istakli da nije ispunjen uslov da će imovina društva u teškoćama neizbežno izaći sa tržišta, ali će zato društvo Vía Digital ili društvo Canalsatélite Digital u svakom slučaju napustiti tržište, što znači da njihovo spajanje ima manje negativne posledice po konkurenciju od drugih rešenja.

Stranke su tvrdile da društva Vía Digital i Canalsatélite Digital posluju sa značajnim gubicima i da je takvo stanje posledica krize na španskom i evropskom tržištu *pay-TV* usluga, a da jedini način da se ostvari dobit jeste spajanje ovih društava kako bi se povećao broj korisnika *pay-TV* usluga (t. 111-112. odluke). Međutim, Komisija je smatrala da, uprkos velikim gubicima, društvo Vía Digital neće napustiti tržište, jer redovno izvršava svoje obaveze, a akcionari društva su snažne i stabilne kompanije. Pored toga, njegovo matično društvo (Telefónica) raspolaže značajnim finansijskim resursima, što je važno za poslovanje društva Vía Digital.

Komisija je naglasila da se u ovom slučaju radi o upotrebi argumenta društva u teškoćama koje pripada grupi društava (*failing*

⁹ Odluku o upućivanju koncentracije je potvrdio Prvostepeni sud, u presudi povodom tužbi za poništenje odluke koje su podnela brojna španska društva (spojeni predmeti br. T-346/02 i T-347/02, odluka Suda od 30.09.2003.godine, slučaj *Cableuropa SA and others v. Commission of the European Communities*, „European Court reports” 2003, strana II-04251).

division defence) i da se on ne može prihvatiti, jer društvima Vía Digital i Canalsatélite Digital ne preči stečaj. Zatvaranje društva Vía Digital ili njegova prodaja je u stvari rezultat poslovne odluke društva Telefónica da napusti jednu od svojih filijala (t. 115).

Komisija zatim nije mogla na osnovu raspoloživih informacija da zaključi da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju ni da će imovina društva Vía Digital neizbežno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena (t. 116). Zbog toga nije prihvatila argumente stranaka, zaključivši da će konkurentna struktura biti više pogoršana ukoliko koncentracija bude sprovedena i da će to ojačati dominantan položaj učesnika u koncentraciji i ugroziti konkurenciju na španskom tržištu (t. 117).

Slučaj *Newscorp / Telepiù*

U slučaju *Newscorp / Telepiù* (br. COMP/M. 2876, odluka Komisije od 2.04.2003. godine, *O.J.*, br. L. 110/2004) izvršeno je povezivanje italijanskih *pay-TV* operatora Stream i Telepiù, tako što je njihovim spajanjem osnovano novo društvo nad kojim je kontrolu preuzela australijska medijska grupacija News Corporation Limited (dalje u tekstu: *Newscorp*). Društvo Telepiù je pripadalo grupaciji Vivendi Univerzal, a društvo Stream je bilo pod kontrolom društava *Newscorp* (50%) i *Telecom Italia* (50%).

Komisija je uslovno odobrila koncentraciju, iako je odbila upotrebu argumenta društva u teškoćama, smatrajući da nisu ispunjeni uslovi za njegovu primenu. Ipak, Komisija je prilikom odobravanja koncentracije uzela u obzir mogućnost da društvo Stream napusti tržište zbog finansijskih teškoća i zaključila da sprovođenje koncentracije potrošačima više koristi nego moguće zatvaranje društva Stream (t. 221. odluke).

Pozivajući se na argument društva u teškoćama, društvo *Newscorp* je tvrdilo da su ispunjeni uslovi za njegovu primenu, jer će društvo Telepiù imati sličan položaj u slučaju sprovođenja koncentracije i u slučaju njene zabrane, a da će imovina društva Stream neizbežno izaći sa tržišta (t. 210). Društvo *Newscorp* je tvrdilo da će društvo Stream zbog finansijskih teškoća otići u stečaj, jer nema izgleda da postane profitabilno društvo ukoliko nastavi samostalno da posluje. Međutim, Komisija je smatrala da to nije dovoljno da se prihvati argument društva u teškoćama, zato što celo društvo

Newscorp nije u teškoćama i neće izaći sa tržišta, a zatvaranje društva Stream bi bilo samo rezultat poslovne odluke društva Newscorp da napusti neprofitabilnu delatnost zato što nisu ispunjena očekivnja uprave društva (t. 213-215).

Komisija nije prihvatila ni navode da ne postoje drugi učesnici na tržištu zainteresovani za kupovinu društva Stream, jer je smatrala da društvo Newscorp nije ukazalo na moguće kupce sa kojima se pregovaralo niti je navelo razloge zbog kojih su pregovori završeni bezuspešno. Osim toga, društva Stream i Vivendi Univerzal se nisu dovoljno angažovala da pronađu druge kupce, a društva Newscorp i Telecom Italia nisu nikada javno oglasile prodaju društva Stream (t. 216-217).

Za Komisiju je ovo bilo dovoljno da odbije upotrebu argumenta društva u teškoćama, pa nije ni razmatrala navode da će imovina društva Stream neizbežno izaći sa tržišta (t. 218). Komisija je na kraju zaključila da nije dokazano da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i narušavanja konkurencije, jer se nije moglo očekivati da se uslovi konkurencije pogoršaju na sličan način na koji bi bili pogoršani ako koncentracija ne bi bila sprovedena (t. 221).

Slučaj *Rockwood/Süd-Chemie*

U slučaju *Rockwood/Süd-Chemie* (br. COMP/M.3910, odluka Komisije od 13.12.2005. godine) Komisija nije razmatrala upotrebu argumenta društva u teškoćama, ali je analizirala mogućnost da jedan od učesnika u koncentraciji izađe sa tržišta zbog neuspešnog poslovanja. Uzimajući u obzir takvu mogućnost, Komisija je zaključila da se sprovođenjem koncentracije tržišna struktura neće promeniti, pa je odobrila koncentraciju.

Koncentracija se odnosila na povezivanje društava koja su poslovala u hemijskoj industriji – američkog društva Rockwood i nemačkog društva Süd-Chemie. Društvo Rockwood je preuzelo kontrolu nad delovima društva Süd-Chemie koji su poslovali na tržištu reoloških aditiva i nekarbonske gline, pa se relevantno tržište odnosilo na reološke aditive i nekarbonske razvijače.¹⁰

¹⁰ Nekarbonska glina se dobija kiselinskom aktivacijom gline i spada u grupu nekarbonskih razvijača, koji se koriste u proizvodnji samokopirnog papira.

Društva Rockwood i Süd-Chemie su bili jedini proizvođači nekarbonske gline u Evropi, i u postupku su ukazala na to da se proizvodnja i korišćenje nekarbonske gline napušta ne samo u Evropi, već i u drugim delovima sveta, jer se radi o najstarijem tipu nekarbonskih razvijača koji se koristi manje nego druge vrste i čiji troškovi korišćenja su viši. Zbog toga su kupci nekarbonske gline i proizvođači samokopirnog papira prešli na kupovinu i korišćenje drugih vrsta nekarbonskih razvijača (t. 22-23. odluke).

Stranke su zatim naglasile da će zbog gubitaka i slabljenja tržišta, one biti prinuđene da napuste tržište tako što će obustaviti proizvodnju ili prodati svoje delove koji se bave proizvodnjom nekarbonske gline ukoliko koncentracija ne bude sprovedena (t. 38). Planirano preuzimanje je otuda predstavljalo odbrambenu meru, a ne njihovu stratešku odluku da se prošire na tržištu.

Komisija je prihvatila argumente stranaka i na osnovu sveobuhvatne ocene uticaja koncentracije na konkurenciju zaključila da koncentracija ne ugrožava konkurenciju na relevantnom tržištu.

Slučaj *JCI/ VB/ FIAMM*

Slučaj *JCI/ VB/ FIAMM* (br. COMP/M.4381, odluka Komisije od 10.05.2007. godine) je prvi slučaj u kojem je posle usvajanja Smernica za ocenu horizontalnih koncentracija Komisija razmatrala upotrebu argumenta društva u teškoćama. Komisija je, međutim, odbila upotrebu argumenta društva u teškoćama, iako je uslovno odobrila koncentraciju.

U koncentraciji su učestvovali italijanska grupacija FIAMM, koja se bavila proizvodnjom baterija i proizvodnjom sirena, antena, kablova i akumulatora za automobile, i nemačko društvo VB Autobatterie (dalje u tekstu: VB), koje se bavilo proizvodnjom akumulatora. Društvo VB je bilo pod zajedničkom kontrolom društava Johnson Controls Inc. (dalje u tekstu: JCI) i Robert Bosch, i sprovođenjem koncentracije je preuzelo kontrolu nad društvom koje se u okviru grupe FIAMM bavilo proizvodnjom akumulatora za automobile (dalje u tekstu: FIAMM SBB)

Osnovni argument učesnika u koncentraciji je bio da će cela grupa FIAMM biti primorana da napusti tržište zbog slabog finansijskog poslovanja (t. 691. odluke). Naime, zbog izuzetno velikih gubitaka FIAMM SBB i nagomilanih dugova iz prethodnih godina, bilo je ugroženo poslovanje cele grupe, jer je prodaja FIAMM SBB

činila skoro polovinu prodaje cele grupe. Ovakva finansijska situacija je zabrinula i poverioce grupe FIAMM, uglavnom banke i hedž fondove, koji su zbog toga od nje zahtevali da sprovede restrukturiranje grupe kako bi se izbegao njen stečaj ili likvidacija. Deo tog plana je bila i prijavljena koncentracija, pošto je utvrđeno da se stečaj grupe može sprečiti samo ako se proda FIAMM SBB (t. 692-707).¹¹

Komisija je prihvatila ovaj argument, pošto je na osnovu detaljne analize utvrdila da bi grupa FIAMM verovatno pokrenula stečajni ili likvidacioni postupak ukoliko FIAMM SBB ne bude preuzeto od strane nekog drugog društva. Komisija je zaključila da će FIAMM SBB u svakom slučaju biti primorano da napusti tržište ukoliko koncentracija ne bude sprovedena ili ukoliko ga ne preuzme drugo društvo, čak i ako grupa FIAMM ne pokrene stečajni postupak (t. 712-721).

Grupa FIAMM je zatim naglasila da je još od 2001. godine pokušavala da pronađe društva ili investitore koji bi kupili celu grupu ili njene delove, uključujući i FIAMM SBB. Pokazalo se da su pokušaji bili bezuspešni, a da je jedini ozbiljan mogući kupac društvo JCI. U prilog tome, FIAMM je navela sve učesnike na tržištu sa kojima je kontaktirala i sa kojima se pregovaralo, ali je istakla da nije kontaktirala sa manjim učesnicima na tržištu, jer je smatrala da nisu zainteresovani i da nemaju dovoljno finansijskih sredstava za kupovinu. Kao razloge zbog kojih su pregovori bili bezuspešni, FIAMM je navela neatraktivnost grupe u celini, njenu veličinu (stotine zaposlenih, velike fabrike i dr.) i visoke troškove radne snage u Italiji, gde je grupa uglavnom i poslovala.

Društva sa kojima je kontaktirano su bila ona koja su odgovarala zahtevima koje su postavili poverioci grupe FIAMM, a koji su istovremeno odgovarali standardima koje ima društvo JCI. Zbog nedostatka vremena nisu vođeni pregovori sa drugim društvima, tako da su stranke smatrale da nema drugog kupca za FIAMM SBB. Komisija je takođe smatrala da je teško pronaći drugog kupca, ne samo zbog neuspešnih pregovora, već i zbog toga što je potrebno brzo sprovesti restrukturiranje da bi se izbeglo pokretanje stečajnog

¹¹ Komisija u ovom slučaju nije pravila razliku između argumenata *failing firm defence* i *failing division defence*, jer je smatrala da to neće uticati na njenu ocenu, pošto je i grupa FIAMM bila ugrožena, a društvo FIAMM SBB bi sigurno izašlo sa tržišta (t. 710-711).

postupka. Pored toga, zbog nelikvidnosti grupe FIAMM i velikih gubitaka FIAMM SBB, nije se moglo očekivati da novi poverioci pristanu da finansiraju neprofitabilnu delatnost grupe FIAMM. Komisija je na kraju zaključila da nije moguća druga kupovina koje bi imala manje negativne posledice po konkurenciju nego prijavljena koncentracija (t. 722-736).

Međutim, Komisija nije prihvatila argumente stranaka da će imovina FIAMM SBB neizbežno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena, jer je smatrala da se to ne može zaključiti na osnovu podataka koje su stranke dostavile. Ona je smatrala da se imovina FIAMM SBB (mašine, proizvodne linije, robne marke) može prodati manjim proizvođačima i društvu JCI u likvidacionom ili stečajnom postupku i tako se vratiti na tržište posle određenog vremena (t. 749-750).

Iako je Komisija utvrdila da nisu ispunjeni svi uslovi za primenu argumenta društva u teškoćama, ona je smatrala da je potrebno dodatno utvrditi da li je koncentracija uzrok značajnog narušavanja konkurencije. Zbog toga je izvršila detaljnu analizu uticaja likvidacije ili stečaja FIAMM SBB na konkurenciju (*liquidation or failed-firm scenario*) i poređenje sa efektima koje ima sprovođenje koncentracije (*merger scenario*) (t. 751).

Na osnovu sveobuhvatne analize (t. 753-815), Komisija je zaključila da su štetni efekti koncentracije strukturalne prirode, a da su štetni efekti prestanka društva FIAMM SBB kratkoročni i da se odnose na pad vrednosti robnih marki cele grupe FIAMM. Utvrđeno je i da društvo JCI ne bi steklo ove robne marke u likvidacionom postupku, jer bi i druga društva mogla da mu konkurišu i tako kupovinom imovine FIAMM SBB uđu na tržište. To je značilo da su efekti koncentracije mnogo štetniji od efekata nesprovođenja koncentracije. Zbog toga je Komisija zaključila da postoji uzročna veza između predložene koncentracije i štetnih efekata, jer se ne može očekivati da se uslovi konkurencije pogoršaju na isti način ukoliko koncentracija ne bude sprovedena, čak i ako bi zbog toga FIAMM SBB bilo likvidirano (t. 816).

Zaključak

Praksa Evropske komisije i Suda pravde pokazuje da je argument društva u finansijskim teškoćama izričito prihvaćen samo u slučajevima *Kali und Salz/MdK/Treuhand* i *BASF/Eurodiol/Pantochim*, iako je Komisija više puta razmatrala da li se neki od učesnika u koncentraciji nalazi u finansijskim teškoćama i da li će zbog toga biti primoran da izađe sa tržišta. U slučajevima *Andersen*, Komisija je odobrila koncentracije, ali ne izričitim pozivanjem na argument društva u teškoćama, već na osnovu sveobuhvatne ocene koncentracije, zaključivši da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i narušavanje konkurencije.

Ovakva praksa pokazuje da Komisija primenjuje stroge kriterijume za primenu argumenta i da oprezno pristupa oceni koncentracija čiji učesnici tvrde da se jedan od njih nalazi u finansijskim teškoćama. Ocena takvih koncentracija se razlikuje od uobičajene ocene, jer Komisija mora da analizira konkurentsku strukturu koja bi nastala kao posledica nesprovođenja koncentracije. Ona zapravo mora da razmotri druge mogućnosti, kao što su prestanak društva u teškoćama (stečaj, likvidacija – *post-failure situation*) ili njegovo preuzimanje od strane nekog drugog učesnika na tržištu, i uporedi ih sa sprovođenjem koncentracije. To dodatno otežava njen rad, jer ona obično samo upoređuje konkurentsku strukturu u momentu notifikacije (*pre-merger situation*) sa strukturom koja nastaje kao posledica koncentracije (*post-merger situation*).

U uslovima ekonomske krize se može očekivati da se poveća broj koncentracija čiji učesnici će kao opravdanje koristiti argument društva u teškoćama, uprkos intervenciji država članica u finansijskom sektoru sa ciljem očuvanja stabilnosti na tržištu. Ostaje da se vidi kako će Komisija i Sudovi postupati u takvim situacijama i da li će možda promeniti svoju praksu i ublažiti kriterijume za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama.

Ivana Rakić, LL.M

Postgraduate student, Faculty of Law, University of Belgrade

**THE PRACTICE OF THE EUROPEAN
COMMISSION AND COURT OF JUSTICE
CONCERNING THE APPLICATION OF THE
FAILING FIRM DEFENCE IN THE CONTROL OF
CONCENTRATIONS**

The article deals with the practice of the European Commission and Court of Justice concerning the application of the failing firm defence. The failing firm argument is a time-honoured defence in assessment of a concentration when merging party is failing firm due to financial difficulties. It allows the Commission to permit an otherwise anticompetitive concentration if one of the parties can demonstrate that it would fail in the absence of the proposed concentration and that it would in any event be forced out of the market. Namely, the parties must demonstrate that there is no causality between concentration and impediment of effective competition, i.e. that concentration does not lead to a deterioration of the competitive structure of the market.

Key words: *failing firm defence, control of concentrations, competition law, European Commission, Court of Justice*

Mr Isidora Beraha

Institut ekonomskih nauka, Beograd,

Originalni naučni rad

UDK: 331.101.21

MALA I SREDNJA PREDUZEĆA KAO FAKTOR EKONOMSKOG RAZVOJA I SMANJENJA NEZAPOSLENOSTI U SRBIJI

Zasnivanje razvoja privrede Srbije na postojećim osnovama potpuno je neodrživo. Ukoliko Vlada ne pristupi rešavanju gorućih problema srpske privrede, pri čemu se pre svega misli na ubrzanje rasta privredne aktivnosti i zaustavljanje izrazito nepovoljnih trendova na tržištu rada, ali i na smanjenje budžetskog deficita i javnog duga i unapređenje konkurentnosti domaćih proizvoda i usluga na međunarodnom tržištu, teško je očekivati ostvarivanje dinamičnijeg privrednog rasta. Sektor malih i srednjih preduzeća mogao bi imati ključnu ulogu u oporavku i rastu privrede Srbije, posebno imajući u vidu da je u periodu od 2000. do 2009. godine bio najefikasniji segment privrede i nosilac rasta i zapošljavanja, kao i uvažavajući pozitivna iskustva razvijenih evropskih zemalja. Kakva će, međutim, biti uloga sektora malih i srednjih preduzeća u oporavku i pokretanju rasta srpske privrede zavisice pre svega od odlučnosti u nameri da se otklone ili barem ublaže prepreke ponovnom oživljavanju i daljem razvoju sektora, među kojima se posebno ističu nedovoljne konkurentnost i slab kvaliteta proizvoda, hronična nelikvidnost, granska i teritorijalna nepovezanost i otežan pristup izvorima finansiranja.

Ključne reči: mala i srednja preduzeća, privredni rast i razvoj, nezaposlenost, konkurentnost, dinamičnost, inovativnost, svetska ekonomska kriza

UVOD

Poslednje dve decenije XX veka obeležio je trend kontinuiranog narastanja sektora malih i srednjih preduzeća (u daljem tekstu MSP), uprkos dotadašnjem ubedenju da su veliki privredni sistemi jedini mogući pokretači opšteg privrednog i društvenog razvoja. Neophodnost traganja za novim organizacionim oblicima rezultat je spoznanje da se velike nacionalne i multinacionalne kompanije suočavaju sa problemima u organizaciji i menadžmentu, usled kojih postaju ranjive i slabe. Stanovište prema kojem se na smanjenju troškova i ostvarivanju efekata ekonomije obima može zasnivati iskorišćavanje ukupnog tehnološkog napredka, zamenilo je verovanje da zbog svoje fleksibilnosti, vitalnosti, sklonosti ka inovativnim poduhvatima i riziku, mala i srednja preduzeća predstavljaju osnovnu polugu ekonomskog rasta i razvoja i značajan faktor kreiranja država blagostanja.

Danas razvijene tržišne ekonomije zasnivaju svoj rast i razvoj upravo na sektoru malih i srednjih preduzeća i preduzetništva, koji predstavlja najefikasniji segment privreda i ostvaruje najveći doprinos zaposlenosti, kreiranju BDP i prometa. MSP učestvuju sa 99% u ukupnom broju preduzeća, apsorbujući preko 70% ukupne zaposlenosti u privatnom, nefinansijskom sektoru ekonomije EU. U pojedinim industrijskim granama, poput tekstilne, MSP zapošljavaju i do 80% ukupne radne snage. Kao takva, ova preduzeća predstavljaju ključni izvor rasta, zapošljavanja i inovacija.

Zahvaljujući svojoj fleksibilnosti, sklonosti ka inovativnim poduhvatima, i većoj mogućnosti za specijalizaciju, MSP uspevaju da se, superiornije od velikih sistema, prilagode potrebama i zahtevima koje nameću dinamični i globalni uslovi poslovanja. Zbog toga, kao i usled činjenice da MSP ostvaruju najveći doprinos zaposlenosti, konkurentnosti i izvozu, razvijene zemlje su organizovano i sistematski pristupile podsticanju njihovog razvoja i uspešnog funkcionisanja. Nastojanja su da se delovanjem različitih mehanizama obezbede neophodni uslovi, odnosno kreira poslovno okruženje u kojem će dinamičniji rast sektora MSP biti moguć.

Intencija je da se kreiranjem i implementacijom politika razvoja MSP u zemljama članicama EU stvore pretpostavke za realizaciju principa usvojenih Evropskom poveljom o malim preduzećima, u kojima je sadržana snažna volja i odlučnost da se sva raspoloživa sredstva stave u funkciju MSP, i prokrči put onima koja žele da povećaju zaposlenost i privredni rast u Evropi.

Po ugledu na razvijene, i zemlje u tranziciji sve izraženije zasnivaju svoj ekonomski rast i razvoj na sektoru MSP. U odnosu na druge zemlje u regionu koje su krenule putem nimalo lake tranzicije ka tržišnom načinu privređivanja, Srbija je od početka bila u nepovoljnijem položaju suočena sa brojnim izazovima koji prate sprovođenje tranzicionih, strukturnih i reformskih procesa. U periodu od političkih promena 2000. godine do

pojave preliivanja negativnih efekata svetske finansijske krize na privredne tokove u zemlji, Srbija je uspeła da uspostavi makroekonomsku stabilnost, ostvari privredni rast i relativno značajan priliv stranih direktnih investicija. Sprovedene su institucionalne promene koje su rezultirale u unapređenju poslovnog ambijenta i ostvaren značajan napredak u izgradnji sistema za podsticanje i podršku razvoju MSP. Međutim, u uslovima delovanja svetske finansijske krize zaustavljene su pozitivne makroekonomske tendencije i dodatno produbljeni problemi srpske privrede, a posledično i sektora MSP.

U Srbiji se od MSP očekuje da preuzmu odlučujuću ulogu u stvaranju moderne i konkurentne tržišne privrede i ubrzaju proces integracije u EU. U skladu sa tim, jačanje sektora MSP definisano je kao jedan od prioriternih ciljeva ekonomske politike. Institucionalne mere podrške usmerene su na stvaranje poslovnog ambijenta koji će biti stimulativan za dinamičnije poboljšanje strukture, veći doprinos kreiranju novih radnih mesta, povećanje investicionih aktivnosti, prometa po zaposlenom, BDV po zaposlenom i profita po zaposlenom, kao i unapređenje konkurentnosti sektora. Uprkos činjenici da su MSP značajno doprinela ostvarenom ekonomskom rastu srpske privrede u prethodnim godinama, kreatori ekonomske politike još uvek se nalaze pred brojnim izazovima vezanim sa potpunije iskorišćavanje potencijala ovih preduzeća.

DOPRINOS SEKTORA MSP EKONOMSKOM RAZVOJU EU

Kreatori ekonomske politike EU prepoznali su ulogu sektora MSP u tranziciji ka na znanju zasnovanoj ekonomiji, i sa tim u vezi kreiranje ambijenta svetske klase za rast i razvoj pomenutog sektora definisali kao jedan od svojih prioriternih ciljeva. Kreiranje okruženja koje je stimulatивно za razvoj sektora MSP i u kojem je potpunije iskorišćavanje njihovih potencijala moguće, bilo je inkorporirano i u ciljevima postavljenim Lisabonskim sporazumom, a sadržano je i u strategiji rasta EU za predstojeću deceniju. U dokumentu pod nazivom "Evropa 2020" jasno je izražena intencija da se u EU u godinama koje dolaze ostvari pametan, održiv i sveobuhvatan rast. Očekivanja su da će MSP nastaviti i dodatno intenzivirati svoj doprinos kreiranju ne samo većeg broja, već i boljih radnih mesta, podsticanju istraživačko-razvojnih i inovativnih aktivnosti, razvoju informatičkog društva, afirmaciji preduzetništva i unapređenju konkurentnosti ekonomija.

Okosnicu politike razvoja MSP i preduzetništva u EU predstavlja Evropska povelja o malim preduzećima. Usvajanjem ovog dokumenta 2003. godine i definisanjem deset osnovnih dimenzija koje su u njemu sadržane, Evropska komisija je odredila ključna područja za razvoj sektora MSP a

ujedno i omogućila da se, praćenjem napredka po osnovu tih dimenzija, vrši komparativna analiza dostignutog stepena razvoja sektora u zemljama članicama i drugim zemljama koje su dokument usvojile. Opređenje za prelazak sa smernica za razvoj MSP na ciljane aktivnosti sadržano je u dokumentu pod nazivom "Akt o malim preduzećima za Evropu", usvojenom 2008. godine.

MSP pokazuju veću sklonost ka preduzimanju inovativnih poduhvata od velikih privrednih sistema a inovacije su pretpostavka održivog razvoja i vodeći pokretači ekonomskog rasta. Samo novi proizvodi i usluge, odnosno novi načini njihove proizvodnje i isporuke, kreiraju vrednost i omogućavaju povećanje životnog standarda. U osnovi buduće konkurentnosti kompanija, zaštite životne sredine, zdravlja i opšteg dobra stanovništva leži zahtev za vrhunskim istraživanjima i razvojem koji treba da obezbede znanje i tehnologije potrebne evropskoj privredi i stanovništvu.

Inovacije, kao ubiranje plodova naučnih dostignuća, zahtevaju mnogo više od sposobnosti pretvaranja novih ideja u komercijalne proizvode. Neophodna je obezbeđenost materijalnih sredstava i raspolaganje odgovarajućim poslovnim veštinama, adekvatan sistem zaštite intelektualne svojine, kao i podsticaj preduzetničkim inovativnim aktivnostima. Napori moraju biti usmereni ka razvoju kulture koja je dinamična i koja inovacije smatra preduslovom daljeg ekonomskog rasta i povećanja zaposlenosti. MSP predstavljaju stožer inovativnosti u ekonomiji EU zbog sposobnosti prilagođavanja brzim promenama u zahtevima potrošača, i visok potencijal za iskorišćavanje novih tehnologija i obezbeđivanje kanala neophodnih za njihov razvoj.

Obezbeđivanjem mehanizama za širenje odnosno komercijalizaciju znanja i novih ideja nastalih u velikim organizacijama, MSP doprinose dinamičnosti i inovativnim performansama privrede EU. Investicije u nova znanja ne moraju a priori biti komercijalizovane od strane organizacije u kojoj je to znanje originalno nastalo. Koncept filtera znanja odnosi se na situaciju kada organizacija kreira znanje i ideje ali se ne angažuje na njihovoj implementaciji, transferu i komercijalizaciji. Postoje preduzeća i organizacije, poput univerziteta i istraživačkih instituta, koja kreiraju potencijalno vredna znanja i ideje ali koja njihovu komercijalizaciju ne smatraju prioritetom. MSP su sprega između organizacija koje investiraju u kreiranje novih znanja i onih koje ta znanja implementiraju i komercijalizuju.

Na osnovu analize i ocene stanja sektora MSP u EU zasnovane na Eurostat metodologiji, odnosno praćenjem pokazatelja kao što su broj preduzeća, broj zaposlenih, ukupan promet, bruto dodata vrednost i profit, može se zaključiti da je sektor MSP u protekloj deceniji ostvario impresivan rast. U periodu od 2002. do 2008. godine broj MSP se povećao za 2,4 miliona (ili za 13%), dok se broj velikih preduzeća povećao za svega 2.000

(ili 5%). U 2008. godini od ukupno 20 miliona preduzeća koliko je poslovalo u privredi EU, velikih je bilo samo 43.000. MSP čine veliku većinu (99,8%) preduzeća u privredi EU.

Sektor MSP u EU karakteriše volatilnost, odnosno visoke stope nastajanja i gašenja preduzeća. Podaci govore da se svake godine osnuje u proseku oko 1.8 miliona novih preduzeća, dok u proseku 1.5 miliona bude ugašeno, bilo svojevotjno ili prinudno. Ovako izrazita dinamičnost poslovnog sektora pozitivno se odražava na konkurentnost privrede EU, iz razloga što nova preduzeća u najvećem broju slučajeva osnivaju mladi ljudi (između 30 i 40 godina) koji su skloniji inovativnim poduhvatima i riziku, a preduzeća koja se gase su svakako manje produktivna i manje inovativna. Primetna je razlika u stopama nastajanja i gašenja preduzeća u „starim,, i „novim,, članicama EU, pri čemu pomenute stope u „novim,, članicama beleže vrednosti iznad proseka evropske unije, što se uglavnom duguje faktorima kao što su visoka nezaposlenost te posledično veća sklonost ka započinjanju samostalnih biznisa, ali sa druge strane i niže stope opstajanja preduzeća na tržištu nakon navršene druge godine života.

U privredi EU evidentna je neujednačenost distribucije preduzeća različite veličine u pojedinim industrijskim granama. Najveći broj malih i srednjih preduzeća prisutan je u sferama trgovine, nekretnina, izdavanja i poslovnih aktivnosti i izgradnje.

U poređenju sa velikim preduzećima, MSP karakterišu manja efikasnost i niža produktivnost rada, ali i značajno veći doprinos zaposlenosti. MSP su faktor koji ubedljivo najviše doprinosi povećanju zaposlenosti, kao jednom od ključnih ciljeva ekonomske politike EU. Podaci ukazuju da MSP generišu oko 67% ukupne zaposlenosti nefinansijskog sektora EU. MSP zapošljavaju više od 88 miliona ljudi, dok velika preduzeća zapošljavaju svega 43 miliona. U okviru MSP, mikro preduzeća generišu najveću zaposlenost, približno 39 miliona, ili 30% ukupne zaposlenosti nefinansijskog sektora. U posmatranom periodu broj radnih mesta u pomenutom sektoru povećavao se po godišnjoj stopi od 1,9%, ili izraženo u apsolutnim brojevima u sektoru MSP otvoreno je 9,4 miliona novih radnih mesta.

Doprinosi sektora MSP ukupnom prometu i bruto dodatoj vrednosti, kao merilima stvarnog doprinosa ekonomskom bogatstvu EU, manji su od doprinosa MSP zaposlenosti, što ukazuje na ispodprosečnu produktivnost rada u ovom sektoru. Ispodprosečna produktivnost rada je jedna od karakteristika sektora MSP, a razlozi tome mogu se tražiti u činjenici da su prosečna MSP suviše mala da bi ostvarivala efekte ekonomije obima, ili su manje kapitalno intenzivna. Prema drugom objašnjenju, manja produktivnost je posledica nižeg nivoa kvalifikovanosti zaposlenih u MSP, na šta ukazuju podaci o troškovima rada po zaposlenom u sektoru MSP. Imajući u vidu da veliki broj prethodno zaposlenih u MSP nalazi novo zaposlenje u velikim

preduzećima, MSP imaju značajnu ulogu u edukaciji i treningu zaposlenih u čitavoj ekonomiji EU.

Na osnovu učešća u stvaranju bruto operativnog viška, kao mere profitabilnosti privrede, može se zaključiti da su mala preduzeća po pravilu manje profitabilna od velikih, pri čemu su mikro preduzeća najmanje profitabilna.

Manja produktivnost MSP posledica je uloge koju ova preduzeća imaju u ukupnoj ekonomiji. MSP zbog svoje sklonosti ka inovativnim poduhvatima i riziku doprinose ekonomskom rastu, ali sa druge strane plaćaju cenu visokih stopa gašenja i nižih stopa profitabilnosti.

Stope profitabilnosti MSP u značajnoj meri variraju u zavisnosti od industrijskog sektora. MSP su profitabilnija od velikih preduzeća u sektorima hoteli i restorani, nekretnine, izdavanje i poslovne aktivnosti, ali i u sektorima vađenje ruda i kamena, električna energija, gas i snabdevanje vodom, u kojima fokusiranjem na tržišne niše MSP posluju sa izrazito visokim profitnim marginama.

Efekte svetske finansijske krize koji su prouzrokovali drastičan pad obima svetske trgovine, proizvodnje, izvoza, investicija i privatne potrošnje, dodatno su naglasili probleme evropskih MSP. Nedostatak finansijskih sredstava praćen problemima nelikvidnosti, administrativnim i zakonskim opterećenjima, prouzrokovali su lošije performanse MSP u odnosu na period pre krize. Smanjenjem obima proizvodnje i trgovine u velikim preduzećima u značajnoj meri je pogoršana pozicija MSP u lancima snabdevanja. U svetlu krize, MSP su pribegla smanjivanju operativnih troškova, investicija i izdvajanja za inovativne poduhvate. Drastičan pad tražnje za proizvodima i uslugama i još nepovoljniji uslovi pribavljanja finansijskih sredstava, ozbiljno su doveli u pitanje osnivanje, opstajanje i razvoj sektora MSP u Evropi. Odgovor kreatora ekonomske politike EU na ovako negativne trendove, konkretizovan je u setu mera usmerenih na otklanjanje ključnih problema MSP, a pre svega na unapređenje pristupa izvorima finansiranja, pristupa tržištima unutar i izvan EU i poslovnog okruženja i smanjenje administrativnih opterećenja.

OCENA STANJA PRIVREDE SRBIJE

Imajući u vidu da je proces tranzicije u Srbiji odpočet sa deset godina dugim zakašnjenjem u odnosu na druge zemlje u regionu, realno je bilo očekivati da će sva raspoloživa pozitivna iskustva biti iskorišćena, te minimalizovani negativni efekti koji a priori prate proces svojinske transformacije i prelazak na tržišni model privređivanja. Nažalost, danas je više nego jasno da to nije bio slučaj. Umesto u ekonomskom rastu, dosadašnji rezultati tranzicije u Srbiji ogledaju se u potpunoj deindustrijalizaciji i drastičnom smanjenju broja zaposlenih.

U periodu od političkih promena 2000. godine do početka svetske finansijske krize 2008. godine zabeleženi su relativno pozitivni makroekonomski tokovi. Uspostavljena je makroekonomska stabilnost, ostvaren je rast bruto domaćeg proizvoda sa 12,8 milijardi u 2001. na 34,3 milijarde u 2008. godini, kontinuiran rast uvoza i izvoza, a inflacija je smanjena sa 40,7% na 6,8% u istom periodu. Međutim, kada se uzme u obzir da se pomenuto povećanje bruto domaćeg proizvoda uglavnom duguje privatizaciji, rastu spoljnog duga i manjim delom prilivu stranih direktnih investicija, zatim izrazito nepovoljna struktura uvoza i izvoza praćena drastičnim uvećanjem spoljnotrgovinskog deficita, pad industrijske proizvodnje i pomeranje fokusa sa područja proizvodnje i industrije na sektor usluga i finansija, dalje zaduživanje zemlje i učešće ukupnog spoljnog duga u BDP od 88,54% u 2008. godini, sasvim slobodno se može tvrditi da je optimizam bio isuviše preuranjen. Ako se navedenim tvrdnjama pridodaju uglavnom neuspešna privatizacija državnog i društvenog kapitala i izrazito nepovoljna kretanja realnih zarada i realnih stopa nezaposlenosti, kao suštinskih pokazatelja stanja ekonomije, perspektive privrede Srbije nimalo ne obećavaju.

Svetska finansijska kriza zaustavila je pozitivne ekonomske tokove i u kombinaciji sa domaćom ekonomskom krizom dodatno produbila probleme i pogoršala stanje srpske privrede. Visoka nezaposlenost može se smatrati jednim od najvećih ekonomskih i socijalnih problema Srbije. Teško nasleđeno stanje na tržištu rada je u proteklih deset godina još više pogoršano efektima tranzicije i restrukturiranja i odsustvom adekvatnih institucionalnih mera, a ekonomska kriza poptuno je poništila pozitivne pomake ostvarene u periodu od 2001. do 2008. godine. U 2009. godini zabeležen je veći pad zaposlenosti od pada privredne aktivnosti, a nastavak takvog trenda rezultirao je stopom nezaposlenosti od preko 20% u 2010. godini. Kao jedna od zemalja sa najvišom stopom nezaposlenosti u EU, Srbija je suočena sa ozbiljnim preprekama na putu oporavka i intenzivnijeg ekonomskog rasta i razvoja. Pored visoke nezaposlenosti, tržište rada karakteriše i izrazito nepovoljna struktura zaposlenosti. Povećanje stope zaposlenosti stanovništva radnog uzrasta trebalo bi da bude okosnica strategije privrednog razvoja, ali i prioritetan cilj ekonomske i politike zapošljavanja iz razloga što predstavlja jedan od preduslova i trenutno možda najveću prepreku priključivanja Srbije EU. Imajući u vidu da je povećanje stope zaposlenosti definisano kao jedan od ključnih ciljeva EU u narednoj deceniji, što je sadržano i u dokumentu pod nazivom "Evropa 2020", kao i da se od sektora MSP očekuje da značajno doprinese njegovom ostvarivanju, nameće se pitanje potencijalne uloge ovih preduzeća u smanjenju nezaposlenosti u Srbiji.

U 2010. godini odpočeo je blagi oporavak privrede i zabeležen je međugodišnji rast BDP-a od 1,8%, kao i rast izvoza robe koji je u uslovima

znatno nižeg rasta domaće tražnje i uvoza rezultirao u smanjenju trgovinskog deficita. Postepen rast privredne aktivnosti ne samo što nije bio dovoljan za dostizanje nivoa proizvodnje iz perioda pre krize, već je bio praćen i ubrzanom rastom inflacije. Uprkos intervencijama NBS, u prvih osam meseci 2010. godine zabeležen je trend depresijacije dinara prema evru, odnosno inflacija je u ovom periodu dostigla blizu 6%. Odgovor NBS na depresijaciju domaće valute, kao pretnju makroekonomskoj stabilnosti, ogleda se u monetarnoj restriktivnosti. Podizanje kamatne stope na dinare, u uslovima kada je rizik ulaganja u Srbiju znatno veći u poređenju sa drugim zemljama u tranziciji, ima ograničavajuće dejstvo na privredni oporavak.

Dok se sa jedne strane vodi restriktivna monetarna politika, sa druge strane je prisutna fiskalna neodgovornost i pretnja da će se Srbija, poput nekih drugih zemalja, naći u ekonomskom ropstvu. Budžetski deficit je u 2010. godini očekivano premašio 4,5% BDP-a, dok je javni dug u avgustu iste godine iznosio 36% BDP-a. Na kraju 2010. godine javni dug Srbije iznosio je 12,2 milijarde Eura, odnosno 41,5% BDP-a, dok je u prethodnoj godini bio 9,8 milijardi Eura, odnosno 32,9% BDP-a. Postoji opasnost daljeg značajnijeg rasta javnog duga u narednom relativno kratkom vremenskom periodu, ukoliko se nastavi sa zaduživanjem države za infrastrukturne projekte, kao i od scenarija nakon privatizacije preostalog državnog i javnog sektora.

Ukoliko Vlada ne pristupi rešavanju gorućih problema srpske privrede, pri čemu se pre svega misli na ubrzanje rasta privredne aktivnosti i zaustavljanje izrazito nepovoljnih trendova na tržištu rada, ali i na smanjenje budžetskog deficita i javnog duga i unapređenje konkurentnosti domaćih proizvoda i usluga na međunarodnom tržištu, teško je očekivati ostvarivanje dinamičnijeg privrednog rasta. Održavanje budžetskog deficita i javnog duga u prihvatljivim granicama preduslov je povećanja stranih i domaćih investicija, a posledično i budućeg privrednog rasta i razvoja.

Sektor MSP mogao bi imati ključnu ulogu u oporavku i rastu privrede Srbije, posebno imajući u vidu da je u periodu od 2000. do 2009. godine bio najefikasniji segment privrede i nosilac rasta i zapošljavanja, kao i uvažavajući pozitivna iskustva razvijenih evropskih zemalja. A da li će MSP to i postati zavisiće pre svega od brzine i uspeha u naporima da se zaustavi usporavanje razvoja sektora, kao posledica delovanja svetske ekonomske krize, i otklone njegovi ključni problemi među kojima se posebno izdvajaju nedovoljna konkurentnost i kvalitet proizvoda, hronična nelikvidnost i granska/teritorijalna neorganizovanost.

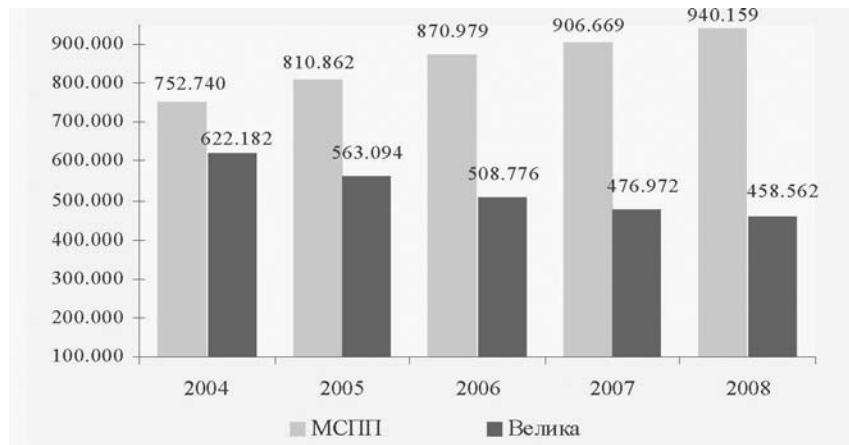
MALA I SREDNJA PREDUZEĆA KAO FAKTOR PRIVREDNOG RASTA I RAZVOJA SRBIJE

Sektor MSP je u značajnoj meri doprineo ekonomskom rastu ostvarenom u Srbiji u periodu od političkih promena 2000. godine do pojave svetske ekonomske krize u drugoj polovini 2008. godine. MSP su iz godine u godinu ostvarivala kontinuelan rast i predstavljala jedan od važnijih pokretača ekonomskog rasta i razvoja, na šta ukazuju podaci o učešću sektora u osnovnim makroekonomskim pokazateljima. Naime, MSP su u 2008. godini učestvovala sa 43,2% u ukupnoj zaposlenosti, 35% u BDV, 45,5% u ukupnom izvozu i 59,3% u ukupnom uvozu privrede Srbije. Konstantan rast broja MSP rezultirao je u 2008. godini brojem od 303.449 što je 99,8% ukupnog broja privrednih subjekata u zemlji.

Vlade zemalja zapadnog Balkana, pa i Srbije, usvojile su Evropsku povelju o malim preduzećima i Akt o malim preduzećima, i na taj način se obavezale da će sektor MSP i aktivnosti na kreiranju okruženja stimulativnog za njegov dalji razvoj biti u fokusu njihovih ekonomskih politika. Srbija je u periodu od demokratskih promena ostvarila značajan napredak u stvaranju institucionalnog i zakonskog okvira za poslovanje MSP. Na osnovu rezultata izveštaja pod nazivom „SME Policy Index“ za 2008. godinu, kojim se prati doslednost u primeni Evropske povelje o malim preduzećima, Srbija je na skali od 1 do 5 ocenjena sa 3,3 (u Izveštaju za 2007. godinu ocenjena je sa 2,5), pri čemu je posebno istaknut napredak u smislu prelaska sa formulisanja na primenu politika razvoja, i to najizraženije u oblastima: podrška inovativnim i start-up preduzećima, pružanje poslovnih usluga i on-line širenje informacija, i unapređenje dijaloga o politici razvoja MSP između javnog i privatnog sektora.¹

U Srbiji je u periodu od 2004. do 2008. godine povećana ukupna zaposlenost za 1,7% odnosno za 23.799 novih radnika. U sektoru MSP ostvaren je dinamičan rast zaposlenosti (24,9%), što je u određenoj meri neutralisalo smanjenje broja zaposlenih u velikim preduzećima usled procesa restrukturiranja i doprinelo smanjivanju socijalnih tenzija u zemlji. U 2008. godini broj zaposlenih u sektoru MSP povećao se za 33.490, od čega je najveći rast zabeležen kod mikro preduzeća koja zapošljavaju približno polovinu ukupno zaposlenih u sektoru MSP. Dinamičan rast zaposlenosti bio je, međutim, nedovoljan da apsorbuje viškove radne snage, pa su nepovoljni trendovi na tržištu rada nastavljeni.

¹ Izveštaj o malim i srednjim preduzećima i preduzetništvu za 2008. godinu, Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja, Republički zavod za razvoj, Republička agencija za razvoj MSP i preduzetništva, Beograd, septembar 2009. godine, str. 9.

Grafikon 1. (Kretanje zaposlenosti u periodu 2004-2008. godina)²

Sektor MSP je u 2008. godini ostvario realan rast prometa od 2,4%, odnosno 4.662,6 milijardi dinara prometa, što predstavlja 2/3 ukupnog prometa nefinansijskog sektora i vrednost dva puta veću od one koju su ostvarila velika preduzeća. Usled negativnih efekata svetske finansijske krize koji su se nadovezali na već prisutne strukturne probleme u privredi Srbije, usporen je dinamičan rast započet 2004. godine i došlo je do smanjenja obima i kvaliteta poslovnih aktivnosti MSP.

U periodu od 2004. do 2008. godine MSP su ostvarila iznadprosečne stope rasta bruto dodate vrednosti. Samo u 2008. godini BDV ovog sektora povećan je po stopi tri puta višoj od stope u velikim preduzećima. Posmatrano po veličini, nefinansijski sektor privrede Srbije je u 2008. godini ostvario ukupno 1.418,2 milijarde dinara bruto dodate vrednosti, pri čemu je doprinos sektora MSP bio najveći (59,1%).

Analizirajući pokazatelje produktivnosti, može se zaključiti da su i pored iznadprosečnih realnih stopa rasta ovih pokazatelja za sektor MSP u 2008. godini, velika preduzeća daleko produktivnija.

Stopa profitabilnosti MSP u 2008. godini iznosila je 41,9% (u nefinansijskom sektoru 38,7% a u velikim preduzećima 38,6%), čime su ova preduzeća zaslužila status najprofitabilnijeg dela nefinansijskog sektora Srbije. Uočljiva je, međutim, neujednačenost strukture profita MSP po okruzima i sektorima. Kada su u pitanju okruzi dominantna je koncentrisanost ostvarenog profita u razvijenijim regionima, pre svega u Gradu Beogradu, u kojem se stvara preko 1/2 ukupno ostvarenog profita sektora MSP i oko 30% profita

² Izveštaj o malim i srednjim preduzećima i preduzetništvu za 2008. godinu, Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja, Republički zavod za razvoj, Republička agencija za razvoj MSP i preduzetništva, Beograd, septembar 2009. godine, str. 22.

nefinansijskog sektora, a zatim u Južno-bačkom okrugu (11,8% i 7,0% respektivno). Najmanju profitabilnost ostvarila su MSP u Borskom (9,8%), Pirotskom (11,9%) i Zaječarskom (20,2%) okrugu. Velike regionalne razlike u stopama profitabilnosti uglavnom su posledica različitih uslova poslovanja. MSP su najprofitabilnija u svim sektorima nefinansijskog dela privrede Srbije izuzev u sektorima: Vađenje ruda i kamena, Proizvodnja električne energije, gasa i vode i Saobraćaj, skladištenje i veze, u kojima, usled toga što su kapitalno intenzivni, profitabilnije posluju velika preduzeća.

Izražena je koncentracija MSP u radno intenzivnim i uslužnim delatnostima, a najprofitabilnija MSP posluju u sektorima: Trgovina na veliko i malo, Prerađivačka industrija i Poslovi sa nekretninama i iznajmljivanje.

Privredu Srbije karakteriše izrazito visok spoljnotrgovinski deficit, koji je povećan u 2008. u odnosu na prethodnu godinu za 17.6%, i iznosio je 642.8 mlrd dinara. Najveće učešće u spljnotrgovinskoj aktivnosti Srbije u 2008. godini ostvario je nefinansijski sektor (preko 95% ukupnog izvoza i uvoza). Povećan intenzitet spljnotrgovinske aktivnosti MSP doprineo je povećanju broja izvoznika za 428 ili 3.8% u 2008. godini, dok je broj velikih preduzeća izvoznika je smanjen sa 396 na 368.

Posmatrano sa aspekta spljnotrgovinske razmene i izvozne konkurentnosti, situacija u sektoru MSP je prilično nepovoljna, sa ostvarenim deficitom od 10,4% u 2008. godini. Nisku konkurentnost srpskog izvoza odlikava nepovoljna struktura prema faktorskoj intenzivnosti, gde dominiraju proizvodi niže faze prerade, uglavnom sirovine i poluproizvodi. Neophodna je značajna promena strukture izvoza u pravcu porasta učešća proizvoda većeg stepena finalizacije.

Kao rezultat doslednog zalaganja na formulisanju i implementaciji politika razvoja MSP, ostvaren je napredak i ubrzan razvoj sektora u predkriznom periodu, međutim brojni problemi su ostali kao prepreka potpunijem iskorišćavanju njihovih potencijala i njihovom većem doprinosu privrednom rastu zemlje. Svetska ekonomska kriza ograničavajuće je delovala na razvoj MSP i intenzivirala probleme nepovoljne strukture sa dominantnim učešćem mikro i malih preduzeća, ograničenih proizvodno-ekonomskih resursa usled čega je prisutna uslovljenost razvoja sektora od spoljnih izvora finansiranja i nedovoljne internacionalizacije, odnosno niskog nivoa konkurentnosti.

Usled delovanja negativnih efekata krize i činjenice da veliki broj MSP nije uspeo da preživi, svi bitni pokazatelji razvoja sektora za 2009. godinu dosta su nepovoljniji. Sektor MSP je u 2009. godini generisao 42,3% zaposlenih, 33% BDP, 49,2% izvoza i 58,0% uvoza. Ostvareno povećanje broja MSP za 12.125 je rezultat povećanja broja preduzetnika i mikro preduzeća, koji zbog svoje slabe ekonomske snage nisu uspeali da spreče usporavanje dinamike razvoja celokupnog sektora. Broj zaposlenih je smanjen za 7,2%, dok je u velikim preduzećima smanjen za 5,0%, čime je prekinut trend kontinuiranog povećavanja ukupne i posebno zaposlenosti u sektoru MSP. Usled smanjene poslovne aktivnosti za 14,7% zabeležen je iznadprosečni pad ostvarene BDV (-11,2%, u velikim preduzećima -4,8%).

Smanjenjem stope profitabilnosti na 39,6%, uz istovremeno njeno povećanje u velikim preduzećima na 41,3% sektor MSP je od najprofitabilnijeg postao najneprofitabilniji deo privrede Srbije. Ako se navedenom dodaju još i pogoršavanje odnosa broja osnovanih i ugašenih preduzeća, intenzivan pad produktivnosti, nepromenjena sektorska koncentracija i još izraženije razlike u profitabilnosti sektora po okruzima, postaje sasvim jasno da su u privrednim tokovima Srbije krizom najviše pogođena MSP.

Zasnivanje razvoja privrede Srbije na postojećim osnovama potpuno je neodrživo. Istovremeno vođenje restriktivne monetarne i ekspanzivne fiskalne politike ograničavajuće deluje na privredni rast. Neophodno je održavanje budžetskog deficita i javnog duga u razumnim granicama kako bi se smanjili rizik ulaganja u zemlju i kamatne stope i posledično podstakle strane i domaće investicije. Unapređenje konkurentnosti domaće privrede jedan je od ključnih preduslova smanjenja spoljnotrgovinskog deficita. Tendencija deindustrijalizacije privrede mora biti zaustavljena, a rešavanje katastrofalnog stanja zaposlenosti imperativ kreatorima ekonomske politike. MSP imaju potencijal da postanu najznačajniji pojedinačni faktor povećanja zaposlenosti, konkurentnosti, izvoza, prometa i bruto dodate vrednosti i posledično privrednog rasta, kao i da kao nosioci inovativnih aktivnosti i mehanizmi za širenje znanja i novih ideja doprinesu dinamičnosti privrede. Kakva će, međutim, biti uloga sektora MSP u oporavku i pokretanju rasta srpske privrede zavisice pre svega od odlučnosti u nameri da se otklone ili barem ublaže prepreke ponovnom oživljavanju i daljem razvoju sektora.

Uprkos činjenici da domaću privredu karakteriše nizak nivo konkurentnosti, efikasnosti i produktivnosti, Srbija poseduje i određene komparativne prednosti na kojima bi trebalo zasnivati njen dalji rast i razvoj. Nije realno očekivati da će se ekonomski rast Srbije zasnivati na razvoju sofisticiranih, informacionih i nanotehnolija koje podrazumevaju duga i skupa istraživanja i razvoj, već na revitalizaciji industrijskih grana, poput tekstilne, u kojima dominiraju MSP, postoje duga tradicija i iskustvo, dovoljno kvalifikovana a jeftina radna snaga, mogućnost da domaći proizvođači, usled povoljne geografske pozicioniranosti i blizine EU, obavljaju lon poslove i deo finalne proizvodnje namenjene izvozu. Tekstilna industrija nekada je bila najvažnija grana prerađivačke industrije u zemlji, a danas se suočava sa brojnim problemima među kojima se posebno ističu visoki troškovi proizvodnje, siva ekonomija, nelojalna konkurencija, zastarela oprema i tehnologija, nedovoljna iskorišćenost kapaciteta, nepostojanje adekvatne sirovinske baze i prezaduženost preduzeća. Merama institucionalne podrške usmerenim na oporavak tekstilne industrije, u kojoj MSP učestvuju sa preko 80%, omogućila bi se modernizacija opreme i tehnologije, osposobljavanje za prelazak sa doradnih poslova na proizvodnju kompletnih proizvoda, veća iskorišćenost kapaciteta, geografskog položaja i raspoložive logističke infrastrukture. Podsticanjem udruživanja proizvođača stvorila bi se kritična masa neophodna da odgovori zahtevima evropskih partnera za brzom proizvodnjom i isporukom, uz niže transportne troškove. Stvaranje jezgra integrisanih proizvođača, trgovaca na malo i dizajnera, doprinelo bi povećanju

izvoza, produktivnosti, konkurentnosti i zaposlenosti pre svega u sektoru MSP, a posledično i u privredi kao celini.

Polazeći od saznanja da većina problema MSP potiče iz njihove izolacije, kao moguće rešenje nameće se intenziviranje podrške dinamičnijem formiranju i razvoju klastera MSP u privredi Srbije. Kao geografske koncentracije međusobno povezanih preduzeća, srodnih ili različitih delatnosti, dobavljača, pružaoca usluga, obrazovnih, naučno-istraživačkih i drugih institucija, klasteri doprinose rastu produktivnosti i konkurentnosti, unapređenju poslovnih i izvoznih performansi i sposobnosti za preduzimanje inovativnih poduhvata, kao i generisanju veće zaposlenosti sektora MSP. Udruživanje po konceptu klastera omogućava MSP da otklone barijere koje stoje na putu njihovog razvoja, kao i da znatno unaprede svoju konkurentsku poziciju. Koordinacijom aktivnosti ona zajednički ostvaruju efekte ekonomije obima i optimalnu iskorišćenost kapaciteta, i uspevaju da se specijalizuju u obavljanju svojih bazičnih aktivnosti, pri čemu unapređuju efikasnost. Uprkos ostvarenim pozitivnim pomacima, formulisanje i implementacija politika i programa za podršku formiranju i razvoju klastera u Srbiji još uvek je nedovoljno razvijeno.

Udruživanjem MSP sa velikim preduzećima mogle bi se formirati mreže kooperanata MSP i na taj način iskoristiti potencijalne prednosti koje ova preduzeća, zahvaljujući svojoj fleksibilnosti i sposobnosti brzog tehnološkog i tržišnog prilagođavanja, imaju u odnosu na velike poslovne sisteme. Na taj način bi se povećala efikasnost i produktivnost svih dobavljača u lancu snabdevanja i stvorile pretpostavke za njihov dinamičniji razvoj.

Intenzivnijim angažovanjem Vlade na privlačenju stranih direktnih investicija, odnosno ulaskom MNK na srpsko tržište, domaća MSP bi se uključila u lance snabdevanja globalnih kompanija, što bi za rezultat imalo povećanje njihovih poslovnih i izvoznih performansi a u funkciji obezbeđivanja sveukupnog privrednog rasta. Vertikalnom integracijom domaćih preduzeća u lancu snabdevanja i različitih, pre svega istraživačkih i obrazovnih, institucija doprinelo bi unapređenju kvaliteta materijala, delova i finalnih proizvoda, intenzivnijem razvoju i difuziji inovacija, smanjenju troškova, povećanju zaposlenosti, produktivnosti, konkurentnosti i izvoza.

U uslovima globalizacije, privlačenje stranog kapitala i uključivanje domaćih kompanija u sisteme MNK, predstavlja najveću razvojnu šansu srpske privrede. U tom kontekstu se od države očekuju sistematski napor na poboljšanje uslova za investiranje, kao i stvaranje stabilnog poslovnog ambijenta. Unapređenje berzanskog poslovanja, okončanje procesa privatizacije, pojednostavljenje administrativnih procedura, snižavanje inflacije i percepcije o političkom riziku neki su od preduslova uspešnijeg privlačenja stranih investitora. Opstanak i prosperitet svih domaćih industrija i delatnosti zavisice od njihove konkurentnosti i izvoza. Država treba da omogući uspostavljanje efikasnog ekonomskog sistema, u kojem bi se prilivi stranog kapitala koristili na najbolji mogući način, a neminovni odlivi bili samo deo onoga što je već dobila domaća ekonomija.

Završetak procesa regionalizacije i decentralizacije je preduslov ravnornog regionalnog razvoja, povećanja konkurentnosti, veće iskorišćenost prirodnih i ljudskih potencijala, i diverzifikacije ekonomskih aktivnosti. Formiranjem statističkih regiona u skladu sa NUTS klasifikacijom³, obezbedio bi se pristup fondovima, programima i projektima EU za podršku regionalnom razvoju. Na taj način statistički ili tzv. evroregioni raspolagali bi sredstvima neophodnim za razvoj regionalnih programa i projekata. Identifikovanjem strateški značajnih i izvozno konkurentnih sektora država bi ukazala na osnovna područja delovanja, kojima bi regionalne agencije, implementacijom specifičnih programa, pružale neophodnu podršku. Procena je da bi se sprovođenjem procesa regionalizacije kreirao ambijent u kojem bi se efikasnije komunicirale potrebe MSP, uspostavio efektivniji privatno-javni dijalog, i obezbedila veća raspoloživost finansijskih sredstava za podršku razvoju sektora MSP.

Intenzivniji doprinos sektora MSP oporavku i privrednom rastu Srbije neće biti moguć bez odlučnijeg angažovanja države na otklanjanju administrativnih i zakonskih ograničenja, unapređenja institucionalne infrastrukture i finansijske podrške. MSP su opterećena skupim i dugim procedurama registracije poslovanja i dobijanja različitih dozvola i odobrenja. Pristup i slobodna konkurencija na tržištima na kojima bi proizvodi MSP mogli biti konkurentni je otežan a procedure javnih nabavki takve da demotiviraju preduzetnike da u njima učestvuju. Fleksibilnost i mobilnost radne snage ograničena je skupim i otežanim zapošljavanjem i otpuštanjem radnika što dodatno nepovoljno utiče na tendencije na tržištu rada.

Uprkos značajnim naporima i ostvarenim pozitivnim rezultatima u formulisanju i implementaciji politika razvoja MSP, kapaciteti institucionalne infrastrukture još uvek su nedovoljno razvijeni da odgovore potrebama MSP. Mere nefinansijske podrške nisu podjednako dostupne svim MSP i neophodna je bolja koordinacija, povezanost i ravnorniji regionalni raspored mreže agencija koje podstiču njihovo osnivanje i razvoj.

Trenutno jedan od najvećih problema srpskih MSP i ključna prepreka njihovom dinamičnijem razvoju odnosi se na otežan pristup kvalitetnim i povoljnim izvorima finansiranja. U uslovima ograničenosti sopstvenih i podsticajnih sredstava i odsustva senzibiliteta bankarskog sektora za potrebe

³ Nomenklatura teritorijalnih statističkih jedinica – NUTS, je statistički model Evropske unije, koji se primenjuje od 1988. Prema modelu u okviru EU je uspostavljena jedinstvena mreža statističkih teritorijalnih jedinica. NUTS podrazumeva tri nivoa statističkog razvrstavanja, gde je za regione propisan minimalni i maksimalni srednji broj stanovnika. Za najviši nivo – NUTS 1, kriterijum je minimum tri miliona, a maksimum sedam miliona stanovnika. Kod NUTS 2, donja granica je 800 hiljada, a gornja tri miliona stanovnika, dok je za još niži nivo NUTS 3 minimum određen na 150 hiljada, a maksimum na 800 hiljada stanovnika. Niži nivoi tzv. LAU mogli bi se porediti sa okruzima i opštinama u Srbiji.

MSP, ovim preduzećima na raspolaganju su samo skupi krediti sa kratkim rokovima odplate.

Neprilagođenost bankarskog sektora potrebama MSP, u smislu obima sredstava i uslova kreditiranja, i nerazvijenost alternativnih izvora finansiranja predstavljaju ozbiljan ograničavajući faktor razvoja sektora MSP. U Srbiji još uvek nedostaju razvijene mikrokreditne institucije i drugi finansijski instrumenti, saradnja sa privatnim investitorima poput poslovnih anđela, programi kredita ili kreditnih garancija, zajmovi bez kolaterala, fondovi rizičnog kapitala i poreski podsticaji.

Finansijska podrška države osnivanju i razvoju MSP realizuje se posredstvom Fonda za razvoj Republike Srbije, Garancijskog fonda Republike Srbije, Nacionalne agencije za regionalni razvoj, Nacionalne službe za zapošljavanje i određenog broja ministarstava, i obuhvata niskokamatne pozajmice, odobravanje i davanje garancija dela kredita koje banke i druge finansijske organizacije odobravaju privrednim subjektima, pomoć u pristupu izvorima finansiranja, subvencije za zapošljavanje, kreditiranje početnika i novčanu pomoć za realizaciju različitih programa i projekata. U nameri da se ublaže negativni efekti svetske ekonomske krize, 2009. godine je usvojen stimulativan paket mera namenjen privredi. Mere su se odnosile na subvencionisane kamatne stope na potrošačke kredite za kupovinu domaćih proizvoda, subvencionisane kamate na kredite za likvidnost i finansiranje trajnih obrtnih sredstava, subfinansiranje investicionih kredita, kredite za početnike, kao i na stimulisanje banaka da, uz podršku Vlade, odobravaju kredite po znatno nižim kamatnim stopama od tržišnih uz subvencionisanje dela kamatne stope od strane države. Zahvaljujući Vladi Italije i Evropskoj investicionoj banci, a posredstvom poslovnih banaka, MSP su bili dostupni i krediti iz inostranih kreditnih linija koji su odobravani pod povoljnijim uslovima od uslova kredita komercijalnih banaka.

Za srpske preduzetnike karakteristično je da poslovanje finansiraju sopstvenim resursima što u aktuelnom trenutku ukazuje na izrazito ograničen razvojni potencijal MSP. Rezultati istraživanja iz 2009. godine⁴ ukazuju da u spoljnim izvorima finansiranja domaćih MSP najveće učešće imaju krediti komercijalnih banaka (28%), dok su krediti državnih fondova, pozajmice od prijatelja ili partnera, lizing, inokrediti, garancije i donatorska podrška od relativno manjeg značaja. Preduzetnici su na skali od 1 do 8 rangirali prepreke u korišćenju komercijalnih kredita banaka na način na koji ih oni percipiraju, čime su dobijeni sledeći rezultati: na prvom mestu su visoke kamatne stope (1,6), zatim teškoće kod pribavljanja instrumenata obezbeđenja kredita (2,7), visoke bankarske provizije (3,1), limitirani iznosi kredita (3,5) i duge procedure za odobravanje kredita (3,8).

⁴ Izveštaj o malim i srednjim preduzećima i preduzetništvu za 2009. godinu, Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja, Republički zavod za razvoj, Nacionalna agencija za regionalni razvoj, Beograd, novembar 2010. godine, str. 83.

Najveći strateški problem srpskog sektora MSP, već godinama unazad, jeste hronična nelikvidnost indukovana velikim dugovanjima prema MSP od strane države, javnih preduzeća i velikih domaćih, privatnih, kartelno organizovanih kompanija u domenu proizvodnje i maloprodaje [1. str. 42]. Problem naplate potraživanja još više je zaoštren u uslovima ekonomske krize. Natprosečno dugi periodi naplate potraživanja i njihova neusklađenost sa dinamikom plaćanja obaveza prema dobavljačima drastično povećavaju izloženost MSP riziku nelikvidnosti.

Dinamičan rast sektora MSP primarno je determinisan dostupnošću kvalitetnih i povoljnih izvora finansiranja. Stoga je razvijanje mera finansijske podrške od suštinskog značaja ne samo za MSP već i za privredu kao celinu. Naponi moraju biti usmereni na dalji razvoj finansijskih instrumenata i odgovarajućih finansijskih institucija (mikrofinansiranje, regionalne garancijske šeme, finansiranje equity kapitalom, venture kapital). Preporuka je da se uspostavi sistem kofinansiranja kako bi se izvršila raspodela rizika između Vlade i preduzeća. Ostaje pitanje mogućnosti da se, u uslovima izrazito restriktivne monetarne politike usmerene na održavanje makroekonomske stabilnosti u zemlji, snizi cena kapitala po kojoj domaća MSP obezbeđuju sredstva neophodna za svoj razvoj.

ZAKLJUČAK

Iskustva razvijenih evropskih zemalja pokazuju da su MSP najznačajniji pojedinačni faktor ostvarivanja ciljeva povećanja zaposlenosti, unapređenja konkurentnosti, inovativnosti i dinamičnosti privreda, i da im se sa pravom pripisuje uloga nosioca privrednog i društvenog razvoja. Dalji tok procesa prilagođavanja i približavanja srpske privrede razvijenim tržišnim ekonomijama u velikoj meri će zavisiti od odlučnosti u nameri da se otklone barijere koje stoje na putu dinamičnijeg razvoja sektora MSP.

Kontinuirano povećanje učešća MSP u ukupnom broju privrednih subjekata, zaposlenosti, ukupnom prometu, bruto dodatnoj vrednosti i spoljno trgovinskoj aktivnosti u periodu pre preliivanja negativnih efekata svetske ekonomske krize, govori u prilog tvrdnji da MSP mogu značajno da doprinesu oporavku i rastu i razvoju privrede Srbije.

Kreatori ekonomske politike u Srbiji mogu u budućnosti da imaju ključnu ulogu u otklanjanju ograničavajućih faktora usled kojih potencijalni doprinosi MSP zaustavljanju negativnih tendencija u privredi Srbije do sada nisu bili iskorišćeni. Po ugledu na zemlje EU, i u Srbiji sektor MSP treba da preuzme odlučujuću ulogu u stvaranju konkurentne tržišne ekonomije. Stepenu u kojem će MSP postati nosioci rasta i razvoja i omogućiti smanjenje nezaposlenosti, kao trenutno najvećeg ekonomskog i socijalnog problema u privredi Srbije, zavisice pre svega od uspeha u rešavanju problema njihove nedovoljne konkurentnosti, slabog kvaliteta proizvoda, hronične nelikvidnosti, granske i teritorijalne nepovezanosti i otežanog pristupa izvorima finansiranja.

LITERATURA

1. Aćimović, S. (2006) *Ključni faktori nelikvidnosti srpske privrede*, Analize, Nova srpska politička misao, Srbija.
2. Izveštaj o malim i srednjim preduzećima i preduzetništvu za 2008. godinu, Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja, Republički zavod za razvoj, Republička agencija za razvoj MSP i preduzetništva, Beograd, septembar 2009.
3. Izveštaj o malim i srednjim preduzećima i preduzetništvu za 2008. godinu, Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja, Republički zavod za razvoj, Republička agencija za razvoj MSP i preduzetništva, Beograd, novembar 2010.
4. Kraj privatizacije, posledice po ekonomski razvoj i nezaposlenost u Srbiji, Institut ekonomskih nauka, Beogradska bankarska akademija, Savez samostalnih sindikata Srbije, Beograd, 2010.
5. Kvartalni izveštaj o malim i srednjim preduzećima i preduzetništvu za 2009. godinu, Ministarstvo za ekonomiju i regionalni razvoj RS, Beograd, 2009.
6. Kvartalni monitor ekonomskih trendova i politika u Srbiji, april – jun 2010, Fond za razvoj ekonomske nauke, Beograd, septembar 2010.
7. Lindqvist, G., Protsiv, S., Solvell, O. (2008) *Regions, innovation and economic prosperity: evidence from Europe*, Stockholm, Center for Strategy and Competitiveness, CSC Working Paper 2008 -1.
8. Small Business Act for Europe (executive summary), Brussels: European Commission, 2008
9. Strategija razvoja konkurentnosti i inovativnosti MSP, Vlada Republike Srbije, Beograd, 2008.
10. Strategija razvoja RS 2006 -2012, Vlada Republike Srbije, Beograd, 2006.
11. http://ec.europa.eu/enterprise/sme/index_en.htm
12. <http://www.europe.innova.eu/web/guest;jsessionid=FA4ECD491180CE8C4B7FD7BA3739450>

Isidora Beraha, MSc

Research Associate, Institute of Economic Sciences, Belgrade

SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES AS A FACTOR OF ECONOMIC DEVELOPMENT AND UNEMPLOYMENT REDUCTION IN SERBIA

Economic development of Serbia based on the existing premises is completely unsustainable. More dynamic economic growth can not be achieved unless the government begins solving the acute economic problems, primarily meaning encouraging economic activity growth and prevailing the negative trends on the labour market, as well as cutting the budget deficit and public debt and putting forward the competitiveness of domestic products and services. Taking into consideration that in the period from the year 2000 until the year 2009, the small and medium-sized enterprises sector was the most efficient segment of the economy, as well as respecting the positive experience of developed European countries, the sector may play the leading role in the recovery and development of Serbian economy. What will the small and medium-sized enterprises' role in fostering the development of Serbian economy be like depends primarily on the thoroughness in attempt to resolve or at least minimize the obstacles to further development of the sector, among which the following are perceived as the most important ones: insufficient competitiveness and poor quality of products, chronic illiquidity, sectoral and territorial incoherence and limited access to finance.

Key words: *small and medium-sized enterprises, economic growth and development, unemployment, competitiveness, dynamism, inovativeness, world financial crisis*

Mr Dragan Zlatović
Veleučilište u Šibeniku

Pregledni naučni rad
UDK: 347.786(497.5)

UGOVOR O SCENSKOM PRIKAZIVANJU AUTORSKOG DJELA PREMA NOVOM HRVATSKOM AUTORSKOPRAVNOM ZAKONODAVSTVU

*Autor u ovom radu analizira ugovor o scenskom prikazivanju. Ugovor na temelju kojeg se stječe pravo iskorištavanja autorskog prava je autorskopравни ugovor. **Autorskopравни ugovor** mora biti sklopljen u pisanom obliku i mora sadržavati barem djelo na koje se odnosi, način korištenja, te osobu ovlaštenu na korištenje autorskog djela (korisnik). Može biti sklopljen i glede autorskog djela koje još nije stvoreno pod pretpostavkom da se njime odredi barem vrsta i način korištenja budućeg djela. **Ugovorom o scenskom prikazivanju autorskog djela** autor osniva za korisnika pravo javnog scenskoga prikazivanja određenog autorskog djela, a korisnik se obvezuje autorsko djelo scenski prikazati na način, u roku i pod uvjetima određenim ugovorom te za stečeno pravo platiti naknadu ako ugovorom nije drukčije određeno.*

Ključne reči: autorska prava; korisnik; naknada, scensko prikazivanje; Hrvatska

1.1.Pojam ugovora o scenskom prikazivanju

U hrvatskom pravu ugovor o scenskom prikazivanju autorskog djela uređen je Zakonom o autorskom pravu i srodnim pravima («Narodne novine», br. pravima (“Narodne novine”, broj 167/03 i 79/07., u daljnjem tekstu : ZAPSP)¹, i to općim odredbama zajedničkim za sve autorske ugovore (čl.51.-55.) te specijalnim odredbama koje se odnose na ovaj ugovor (čl.71. i 72.) i na ugovor o izvedbi (čl.68.-70.).²

Sukladno odredbi čl.55 ZAPSP-a i na ovaj autorski ugovor se primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuju obvezni odnosi, ako odredbama ZAP-a nije drugačije određeno. Radi se dakle o supsidijarnoj primjeni odredbi Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine”, broj 35/05 i 41/08, u daljnjem tekstu:ZOO) na sve one situacije kada se u ZAPSP-u ne može naći odgovarajuće rješenje odnosno odgovor.

Pod ugovorom o scenskom prikazivanju (engl.agreement for theatrical performance, franc.contrat de representation theatrale, njem. Buehnauffuehrungsvertrag, tal.contratto di rappresentazione) smatra se posebni autorski ugovor o prenošenju autorskog prava kojim autor dramskog, glazbeno-scenskog, koreografskog, pantomimskog ili drugog scenskog djela³ odnosno nositelj autorskog prava istog djela prenosi na korisnika autorskog djela pravo javnog prikazivanja tog djela, dok se korisnik obvezuje predmetno djelo javno prikazati i isplatiti za to autoru odgovarajuću naknadu na način i pod uvjetima određenim ovim ugovorom.⁴

Hrvatski ZAPSP u čl.71.st.1. određuje ovaj imenovani autorski ugovor kao ugovor kojim se osniva za korisnika pravo javnoga scenskoga prikazivanja određenog autorskog djela, a korisnik se obvezuje autorsko djelo scenski prikazati na način, u roku i pod

¹ Stupanjem na snagu ZAPSP-a prestao je važiti Zakon o autorskom pravu („Narodne novine“, broj 53/91, 58/93, 9/99 – proč.tekst, 76/99, 127/99 i 67/01, dalje: ZAP), kojeg ovdje navodimo jer će se određena u ovom radu citirana doktrinarna i sudska rješenja temeljiti na navedenom zakonu.

² Gliha I., Autorsko pravo, zbirka propisa, Informator, Zagreb, 2000.

³ Zlatović D., Kazališna autorska djela, Hrvatska pravna revija, Zagreb, god. III., br. 2., str. 30.-34.

⁴ Spaić V., Teorija autorskog prava i autorsko pravo u SFRJ, Pravni fakultet Zagreb & RO Jugoslavenska autorska agencija Beograd, Zagreb-Beograd-Čakovec, 1983., str. 220.-221.

uvjetima određenim ugovorom te za stečeno pravo platiti naknadu ako ugovorom nije drukčije određeno.

U drugim zakonodavstvima različito se određuje pojam ugovora o prikazivanju. Iz različitih izvora uporednog autorskog prava razvidno je da inozemna zakonodavstva ne prave dovoljnu distinkciju između ugovora o prikazivanju i ugovora o izvedbi (kao uostalom i naš ZAP-op.aut.).⁵

Tako možemo naći određenje talijanskog zakona gdje se pod ugovorom o prikazivanju smatra ugovor kojim autor ustupa pravo javnog prikazivanja dramskog, dramsko-glazbenog, koreografskog, pantomimskog ili bilo kog drugog djela namjenjenog prikazivanju, pa zatim definiciju francuskog zakona gdje se pod ugovorom o prikazivanju podrazumjeva takav ugovor na temelju kojeg autor određene tvorevine duha ili nositelj njegovih prava ovlašćuju neku pravnu ili fizičku osobu na prikazivanje odnosnog djela pod uvjetima koji oni odrede, pa do češkog primjera gdje se drži da se radi o ugovoru kojim autor kazališnog ili glazbenog djela prenosi na neku organizaciju pravo javnog izvođenja djela dok se organizacija obvezuje na izvođenje djela o svom trošku uz obvezu isplate honorara autoru.⁶

Naš raniji ZAP u čl.72 pod ugovorom o prikazivanju pojmovno je određivao ovaj ugovor kao onaj ugovor kojim autor djela prenosi⁷ na korisnika pravo javnog prikazivanja autorskog djela, a korisnik se

⁵ Tako prema čl. 76. Zakona o autorskom i srodnim pravima Srbije i Crne Gore iz 1998. godine ovaj ugovor se definira kao ugovor kojim autor ili drugi nositelj autorskog prava ustupa korisniku pravo na predstavljanje autorskog djela, a korisnik se obvezuje da to djelo predstavi u određenom roku, na način i pod uvjetima koji su određeni ugovorom. Vidi kod Besarović V. – Žarković B., *Intelektualna svojina – industrijska svojina i autorsko pravo*, knjiga prva, Dosije, Beograd, 1998., str. 255. Kako se, dakle, ova prava ustupaju korisniku, time se po ovom zakonu isključuje mogućnost da se tim ovlaštenjima raspolaze na translativan način, tj. da se ona prenesu na korisnika. Prof. Marković smatra da se tako nije učinio veći propust što se odredilo da se ugovorom o predstavljanju može vršiti samo konstitutivno raspolaganje odnosnim ovlaštenjima, jer se samo to u praksi i događa. Naime, priroda korištenja scenskih djela putem neposrednog osobnog angažmana interpretatora je takva da čini translativni promet tih ovlaštenja neracionalnim i neprivačnim ne samo za prenositelja, već i za korisnika. Cit. po Marković S.M., *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999., str. 284.

⁶ Ibid.

⁷ Prof. Gliha ukazuje na probleme oko korištenja pravnog termina "prijenos autorskog prava" te se zalaže za korištenje termina "raspolaganje autorskim pravom". Vidi Gliha I., op.cit., str. 12.

obvezuje da to djelo prikaže u određenom roku, na način i uz uvjete koji su određeni ugovorom. Kako vidimo u novom ZAPSP-u ovaj je ugovor preimenovan iz ugovora o prikazivanju u ugovor o scenskom prikazivanju autorskog djela. Ovim se željelo precizno odrediti o kojem se prikazivanju radi, iako iz samog ratia zakonskih odredbi i bivšeg ZAP-a je nedvojbeno proizilazilo kako se radi isključivo o scenskom prikazivanju.

Budući se prikazivanje obavlja u pravilu u kazalištu, odnosni ugovor zove se i kazališni ugovor u užem smislu.

1.2.Pravna priroda ugovora o scenskom prikazivanju

Ugovor o scenskom prikazivanju po svojoj naravi pripada skupini imenovanih autorskih, obveznopравnih ugovora koji se sklapaju s obzirom na osobu (*intuitu personae*), konsenzualnih, dvostranoobveznih, u pravilu naplatnih, formalnih ugovora.⁸

Ovaj ugovor je, unutar autorskih i obveznopравnih ugovora, ugovor *sui generis*, koji ima određenih dodirnih točaka sa drugim autorskim ugovorom i nekim obveznopравnim ugovorima, primjerice ugovorima o izvedbi, prodaji, djelu, zakupu i sl., međutim s obzirom na brojne posebnosti nije s njima identičan.

No, ne radi s o ugovoru koji bi postavljao izrazitu novinu u odnosu na druge obveznopравne ugovore. Naime, i on je po svojoj prirodi obveznopравni ugovor, što neprijeporno utvrđuje i već citirani čl. 55. ZAPSP-a. Karakterizira ga, kao i ostale konsenzualne dvostranoobvezne ugovore, činidba kao predmet ugovora te način njegova stupanja u pravni život koji se ogleda u postojanju volje stranaka u trenutku prihvata ponude.⁹

U tom smislu pripadanje skupini autorskih ugovora ne označava izraženu posebnost ugovora, već se time samo ukazuje da se radi o ugovoru obveznopравne prirode koji se zaključuje radi iskorištavanja odnosno prijenosa autorskih prava na drugu osobu.

Ovaj ugovor nadalje karakterizira i široka dispozitivnost, uz određene obredbe imperativnog karaktera (npr. ništavnost autorskog ugovora kojim autor prenosi pravo iskorištavanja svih svojih budućih

⁸ Zlatović D., Ugovor o prikazivanju, Informator, Zagreb, br. 4545/97., str.5.

⁹ Zlatović, D., Oglеди iz kazališnog prava, Propisi.hr, Centar za management i savjetovanje, Zagreb, 2009., str.129.

djela iz ranijeg čl.58. st.2. ZAP-a-op.aut¹⁰).Kako je već naznačeno radi se o ugovoru s visokim stupnjem osobnosti među ugovarateljima pa korisnik na kojeg je izvršen prijenos prava ne može dalje prenositi to pravo trećemu bez suglasnosti autora odnosno nositelja autorskog prava, ako ugovorom nije drugačije određeno (čl.48.ZAPSP).¹¹

Ipak, kako bi se otklonila neka stajališta prisutna u teoriji autorskog prava i poznatoj sudskoj praksi koja ovaj ugovor identificiraju sa drugim obveznopravnim ugovorima, potrebno je ukazati na razgraničenja ugovora o prikazivanju od sličnih ugovora.

1.3.Razgraničenje prema drugim ugovorima

1.3.1.Razlika od ugovora o izvođenju autorskog djela

Kako se najčešće ne razlikuju ugovori o prikazivanju od ugovora o izvođenju (izvedbi), iako u odnosu ta dva ugovora postoje bitne razlike glede prava što se prenose, predmeta ugovora, načina iskorištavanja autorskog djela i određivanja autorskih honorara (naknade), potrebno je eksplicirati njihove posebnosti koje ukazuju da se radi o dva potpuno različita autorska ugovora.

Toj nejasnoj određenosti ovih ugovora doprinio je i naš ranije važeći ZAP jer u Glavi IV.2.3. (čl.72.-76.) govorio istodobno o ugovoru o prikazivanju odnosno o ugovoru o izvedbi. ZAPSP ovu nelogičnost otklanja i razdvaja ova dva ugovora I strukturalno I regulacijski.

Ugovor o izvođenju je ugovor kojim autor nescenskog glazbenog ili književnog djela odnosno nositelj autorskog prava prenosi na korisnika pravo javne izvedbe nescenskih glazbenih odnosno književnih djela. a korisnik se obvezuje izvesti to djelo na

¹⁰ Prema novom ZAPSP-u autorskopravni ugovor može biti sklopljen i glede autorskog djela koje još nije stvoreno pod pretpostavkom da se njime odredi barem vrsta i način korištenja budućeg djela čl.52.st.2.). To je sasvim sukladno kazališnoj praksi prema kojoj se često od autora naručuje potpuno novo originalno djelo, koje mora biti izraženo u određenoj vrsti djela, predano kazalištu u određenom roku kako bi se postavilo na scenu. Međutim ne može ugovor sadržavati pravo iskorištavanja svih autorovih budućih djela, jer bi takva odredba temeljem čl.52.st.3. ZAPSP-a bila ništava.

¹¹ Henneberg I., Autorsko pravo, 2. izdanje, Informator, Zagreb, 2001., str. 164.

način, u roku i pod uvjetima određenim ugovorom.¹² Dakle, prema čl.68.st.1. ZAPSP-a ugovorom o izvođenju autorskog djela autor daje korisniku odobrenje za javno recitiranje autorskog djela ili javnu izvedbu glazbenog djela na način i pod uvjetima određenim ugovorom, a korisnik se za stečeno pravo obvezuje platiti naknadu ako ugovorom nije drukčije određeno. Razvidno je kako se ovaj ugovor ne može odnositi na ugovor kojim autor dramskog djela odobrava njegovo kazališno (dakle scensko) prikazivanje.

Predmet prijenosa kod ugovora o izvođenju su tzv.mala autorska prava, za razliku od ugovora o scenskom prikazivanju gdje su predmet prijenosa tzv.velika autorska prava.Predmet ugovora o izvedbi je dakle, prema navedenoj zakonskoj definiciji, nescensko glazbeno odnosno književno djelo, dok je predmet ugovora o prikazivanju scensko dramsko-glazbeno, koreografsko odnosno pantomimsko i drugo scensko djelo.

Ovi ugovori razlikuju se i po načinu korištenja djela, odnosno kod ugovora o prikazivanju predmetno djelo korisnik se obvezuje javno inscenirati (prikazati, postaviti na pozornicu), a kod ugovora o izvedbi korisnik se obvezuje javno izvesti nescensko glazbeno djelo odnosno održati javno recitiranje nescenskih književnih djela.

Distinkcija je prisutna i kod načina utvrđivanja autorske naknade, jer se ista utvrđuje sporazumom ugovornih strana kod ugovora o prikazivanju, odnosno prema odredbama ugovora ili pak prema osebnim propisima i tarifi autorskih organizacija kod ugovora o izvedbi.

Kod ugovora o prikazivanju druge osobe mogu realizirati autorska prava isključivo temeljem posebnog ovlaštenja (punomoći) autora, dok kod ugovora o izvedbi ta prava mogu realizirati samo autorske organizacije i to bez punomoći autora.

Tako je razvidna i razlika kod određivanja ugovornih strana kod ovih ugovora, jer su ugovorne strane ugovora o prikazivanju autor odnosno nositelj autorskog prava i korisnik, a kod ugovora o izvedbi najčešće autorska organizacija koja kolektivno ostvaruje pravo javne izvedbe nescenskih glazbenih i književnih djela i korisnik djela (primjerice organizator koncerta i druge priredbe ili drugi korisnik javne izvedbe, javnog recitiranja odnosno drugog nescenskog priopćavanja javnosti ovih djela).

¹² Ibid., str. 180.

Dakle, radi se ipak o dvije vrste autorskih ugovora sa nekim podudarnostima ali i različitostima u ključnim elementima.

1.3.2. Razlika od ugovora o djelu

Ugovorom o djelu izvršitelj radova obvezuje se obaviti određeni posao kao što je izrada ili popravak neke stvari, izvršenje kakva fizičkog ili umnog rada i sl., a naručitelj mu se za to obvezuje platiti naknadu (čl.590. ZOO-a).¹³

Radi se o ugovoru koji je obveznopravnog karaktera, i spada u skupinu imenovanih, konsenzualnih, dvostranoobveznih, naplatnih i neformalnih ugovora. Kod ugovora o djelu važnost je na strani rezultata rada izvoditelja radova, a ne samog rada, a bitni sastojci ugovora su djelo i naknada.¹⁴

Kako se kod ugovora o prikazivanju često radi o situaciji da kazalište od poznatog autora naruči autorsko djelo radi prikazivanja, a radi se o djelu kao intelektualnoj tvorevini, to su razvidne mnoge podudarnosti ovog ugovora s ugovorom o djelu.

Međutim, mogu se uočiti i brojne različitosti. Tako je ugovor o djelu neformalni ugovor, dok je ugovor o scenskom prikazivanju bio sukladno odredbi ranijeg čl.55. ZAP-a formalni ugovor jer se tražilo da bude sklopljen u pismenom obliku pod prijetnjom ništavnosti. Pisana forma ugovora o scenskom prikazivanju ostala je važeća i u novom ZAPSP-u u odredbi čl.51.

Predmetom ugovora o djelu može biti i rezultat fizičkog rada, a ne samo intelektualnog, dok su predmeti autorskih ugovora intelektualne tvorevine.

Subjekti ugovora o djelu su naručitelj i izvođač, što analizirajući predmet ugovora i druge bitne sastojke, dovodi do zaključka da u trenutku zaključenja ugovora posao (djelo) nije još obavljen.

Kod ugovora o scenskom prikazivanju može postojati i situacija da je predmet ovog ugovora već gotovo, napisano, stvoreno scensko umjetničko djelo, a ne samo djelo po narudžbi. I kod jednog i drugog ugovora primjenjuje se pravilo o sklapanju ugovora izjavom ponuđenog o prihvatu ponude, međutim do ugovora o djelu može doći

¹³ Gorenc V., Trgovačko pravo – ugovori, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 1995., str. 101.

¹⁴ Vedriš M. – Klarić P., Osnove imovinskog prava, 4. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 375.

i nadmetanjem odnosno pristupanjem, što nije karakteristično za ugovor o prikazivanju.

Naša sudska praksa zauzima stajalište da je ugovor o autorskom djelu po svojoj tipologiji i prirodi upravo ugovor o djelu u smislu čl.600. ZOO-a, po kojem se izvođač obvezuje za izvršenje, između ostalog, i intelektualnog rada, a naručitelj se obvezuje za to autoru platiti honorar (vidi presude VPSH, Šž-1196/85, od 4.11.1986. Bilten 10/87, odl.8. i PSH, Pž-2199/92 od 6.10.1992. Informator br.4284, od 29.3.1995.).

Ugovor o autorskom djelu jeste ugovor kojim stranke uređuju obvezne odnose, pa se na njega, u smislu čl.55.ZAPSP-a primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuju obvezni odnosi ako odredbama ZAPSP-a nije drugačije određeno, posebice odredbe ZOO (vidi presude PSH, Pž-3050/88, od 15.11.1988., PSP 41/89, odl. 163; VPSH , Pž-403/87, od 24.2.1987. i vsh, Rev-99/87 od 15.10.1987., PSP 36/88, odl 161), međutim ne može se izvršiti jasna identifikacija autorskih ugovora sa ugovorom o djelu, kako to pogrešno čine sudovi u citiranim rješidbama.

Odredbe ZOO o ugovoru o djelu mogu u smislu čl.55.ZAP-a poslužiti kao odredbe supsidijarnog prava, jer se radi o različitim ugovorima sa brojnim specifičnostima.

1.3.3.Razlika od ugovora o emitiranju scenskog djela putem radija i televizije

Ugovor o scenskom prikazivanju srodan je danas, zbog razvijenosti difuzijske tehnologije i novih navika publike, izuzetno raširenom ugovoru o emitiranju scenskog djela putem radija ili televizije.Ovim ugovorom autor objavljenog ili neobjavljenog djela prenosi na radio-difuznu ili televizijsku ustanovu pravo emitiranja njegovog djela. dok se ustanova autoru obvezuje platiti ugovorenu naknadu za svako smitiranje.¹⁵

Ugovorne strane su, dakle, autor i korisnik djela-organizacija za radiodifuziju i televizijsku difuziju na koju se prenosi pravo emitiranja određenog scenskog djela.Takvim ugovorom može se predvidjeti izravno emitiranje ugovorenog djela (npr.iz kazališta, iz studija, iz koncertne dvorane, sa eksterne pozornice ili drugog mjesta), jedno

¹⁵ Zlatović D., Ugovor o radiodifuzijskom emitiranju scenskog djela, Informator, Zagreb, br. 4589/98., str. 20.

odgođeno emitiranje pomoću tzv. elemerne slike ili višekratna emitiranja pomoću tzv. trajne snimke.

Osim prava izravnog emitiranja, ovdje se mogu prenositi i neka druga radiodifuzijska autorska prava, primjerice kabela distribucija, reemitiranje i dr. Ukoliko radio-difuzna ili televizijska ustanova u ugovorenom roku ne emitira djelo, autor može odustati od ugovora odnosno tražiti naknadu štete u iznosu autorskog honorara.

S obzirom na prirodu ovih emitiranja, te konkurentnosti ustanova i programa, autor ne bi mogao sklopiti ugovore za emitiranje istog djela sa raznim radio i televizijskim ustanovama.

Očito je da se radi o ugovoru koji je umnogome sličan ugovoru o scenskom prikazivanju, ZAPSP ga u čl.71.st.2. samo imenuje bez dodatne razrade, što je sasvim sigurno propust zakonodavca, međutim ipak se radi o drugom tipu autorskog ugovora koji za medij nema kazalište već radio i televizijsku mrežu.

1.3.4. Razlika od ugovora o licenci

Neki hrvatski pravni autori smatraju da su autorski ugovori jedna vrsta ugovora o licenci kojima se na drugoga prenose pojedini elementi prava intelektualnog vlasništva.¹⁶

Točno je da je autorsko pravo dio prava intelektualnog vlasništva, da je predmet prijenosa autorskog prava ugovorom upravo autorsko djelo kao intelektualna kategorija, međutim smatramo da su ugovori o licenci samo obveznopravni ugovori kojima se prenose pojedini elementi prava industrijskog vlasništva, također dijela prava intelektualnog vlasništva, ali ne i autorskog prava.

Mogu se doduše pronaći sličnosti između ugovora o scenskom prikazivanju i ugovora o licenci u njihovoj konsenzualnosti, dvostranosti i formalnosti.

U hrvatskom pravu neće se moći govoriti o autorskim ugovorima kao o licencnim ugovorima budući da ZOO izričito

¹⁶ Detaljnije o licenci prava intelektualnog vlasništva kod Zlatović, D., Licencija žiga po novom obveznom i žigovnom pravu, Godišnjak 14. «Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravna prakse», Organizator, Zagreb, 2007., str. 705.-727.

propisuje što se prenosi ugovorom o licenciji.¹⁷ Tako čl.699.ZOO regulira da se ugovorom o o licenciji obvezuje se davatelj licencije ustupiti stjecatelju licencije u cjelini ili djelomično pravo iskorištavanja izuma, znanja i iskustva, žiga, uzorka ili modela, a stjecatelj licencije obvezuje se platiti mu za to određenu naknadu.

Predmet ugovora o licenci nije dakle autorsko djelo scenskog izražaja, već izum (pronalazak), know-how, te znakovi razlikovanja; pa se radi dakle o ugovoru slične pravne naravi koji pokriva prijenos prava s područja industrijskog vlasništva.

1.3.5.Odnos prema drugim sličnim ugovorima

Ugovor o scenskom prikazivanju ima određenih dodirnih točaka s ugovorom o stvaranju autorskog djela po narudžbi. Prema čl.73. ZAPSP-a ugovorom o stvaranju autorskog djela po narudžbi autor se obvezuje stvoriti određeno autorsko djelo i primjerak tog djela predati naručitelju, a naručitelj se obvezuje autoru za to isplatiti ugovorenu naknadu ako ugovorom nije drukčije određeno. Ugovorom o stvaranju autorskog djela po narudžbi određuju se i obilježja, sastojci te rokovi predaje naručenog djela. Ako ZAPSP-om ili ugovorom nije drukčije određeno, autorsko pravo na naručenom djelu zadržava autor bez ograničenja. Naime, iako autor pretežito svoje ovlaštenje za scensko prikazivanje autorskog djela daje u formi ugovora o scenskom prikazivanju djela, može se dogoditi situacija kada kazalište naručuje novo dramsko djelo od poznatog autora za svoje repertoarne potrebe. U tom slučaju kazalište može s autorom sklopiti ili ugovor o scenskom prikazivanju novog budućeg djela u kojem će se eksplicirati takva narudžba, ili ugovor o narudžbi u kojem će mjesto naći i odredbe o pravu scenskog prikazivanja naručenog djela.¹⁸

Također, moguća je situacija i da se autor dramskog djela nalazi u radnom odnosu u kazalištu koje ima potrebu za scenskim prikazivanjem njegovog dramskog djela. I ovdje su moguće razne

¹⁷ Zlatović D., Licencija i prijenos žiga, Slobodno poduzetništvo, Zagreb, 2002., br. 7., str. 102.-107.

¹⁸ Marković, S.M., Pravo intelektualne svojine, Magistrat i Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., str. 222.; Dabović Anastasovska, J., Pepeljugoski, V., Pravo na intelektualna sopstvenost, Praven fakultet „Justinijan Prvi“, Skopje, 2008., str.308.

pravne situacije. Autor može biti u radnom odnosu na mjestu dramskog pisca i dramaturga, kada je moguće da je prema ugovoru o radu obavezan napisati za matičnu ustanovu određen broj dramskih djela, odnosno prerada djela drugih autora za potencijalno prikazivanje na sceni matične kuće. U tom slučaju autorsko djelo stvoreno je u radnom odnosu kada autor izvršava svoje obveze iz ugovora o radu ili po uputama poslodavca sukladno čl.75. i 76. ZAPSP-a. Ugovorom o radu između autora – zaposlenika i poslodavca reguliraju se pitanja glede prava scenskog prikazivanja autorskog djela autora – zaposlenika, odnosno da li poslodavac stječe i po kojim kondicijama pravo na iskorištavanje autorskog djela, opseg i trajanje tog prava. Naime, ukoliko nije propisano ili ugovoreno drukčije autorsko pravo na autorskom djelu stvorenom u random odnosu zadržava autor bez ograničenja. Međutim, autor-zaposlenik može stvoriti autorsko djelo i izvan svojih obveza iz ugovora o radu. Naime, može primjerice biti zaposlen u kazalištu kao glumac ili inspicijent, a biti autor dramskog djela za koje je zainteresirano njegovo matično kazalište radi postavljanja na scenu. U tom slučaju držimo kako se ne radi o autorskom djelu stvorenom u random odnosu, nego se sva prava i obveze između kazališta-poslodavca i autora – zaposlenika rješavaju ugovorom o scenskom prikazivanju autorskog djela.¹⁹

Prema stajalištima nekih teoretičara ugovor o scenskom prikazivanju uspoređuju se sa ugovorima o zakupu, ortakluku, cesiji i izdavačkom ugovoru.

Međutim, ne može se naći veća cjelovita podudaranost ovih ugovora, iako postoje i neke sličnosti, poglavito kada se radi o odnosu ugovora o prikazivanju i ugovora o zakupu. Iako se radi o obveznopравnim ugovorima, korisnik iz ugovora o scenskom prikazivanju ima uz obveznopравni zahtjev i pravo na iskorištavanje predmeta ugovora, i to ga u bitnome razlikuje od ugovora o zakupu.²⁰ Inače, sličnost između ovih ugovora ogleda se prvenstveno u primjeni pravila o jamstvu zakupoprimca odnosno korisnika da će sa predmetima ugovora postupati štiteći u prvom redu integritet predmeta ugovora ali i prava zakupodavca odnosno autora. Slijedom navedenog razvidno je da se kod ugovora o scenskom prikazivanju radi o specifičnom obveznopравnom i autorskom ugovoru, koji

¹⁹ Dabović Anastasovska, J., Pepeljugin, V., Avtorsko pravo, Praven fakultet „Justinijan Prvi“, Skopje, 2006., str. 203.

²⁰ Gorenc V. op.cit., str. 86.

doduše ima dodirnih točaka sa drugim obveznopравnim ugovorima ali njima nije identičan.

1.4. Forma ugovora o scenskom prikazivanju

Odredbom čl. 51.ZAPSP-a izričito je predviđeno da se autorskopравni ugovori, pa tako i ugovori o scenskom prikazivanju, sklapaju u pisanom obliku, odnosno radi se o redovito formalnim pravnim poslovima (forma *ex lege*).

Ovim je i naše zakonodavstvo prihvatilo većinsko stajalište inozemne legislative, nasuprot u obveznom pravu uvriježenog načela neformalnosti ugovora po kojem sklapanje ugovora ne podliježe nikakvoj formi osim ako zakonom nije drugačije određeno (čl.286.ZOO-a).

Ipak neka zakonodavstva ne zastupaju načelo formalnosti autorskopравnih ugovora, međutim ista, kao npr.njemački zakon, priznaje praktičnu snagu dokaza pisanom ugovoru.²¹ Zakonski formalni oblik autorskih ugovora redovito se pojavljuje kao uvjet o valjanosti ugovora (*ad solemnitatem*). Autorskopравni ugovor, pa tako i ugovor o scenskom prikazivanju, koji nije zaključen u pisanom obliku, nema pravno djelovanje (v.VPSH, Pž-1150/81, od 23.2.1982, PSP 20, odl. 304). Tako sukladno odredbi čl.51.ZAPSP-a ugovor o scenskom prikazivanju koji nije sklopljen u pisanom obliku nema pravni učinak, ako zakonom nije drugačije određeno.

Dakle, neodržavanje propisanog oblika ugovora o prikazivanju ima za posljedicu ništavnost ugovora.

Autorsko se djelo može iskorištavati samo po autorovoj dozvoli odnosno odobrenju, pa kraj izričite odredbe da autorski ugovor mora biti sklopljen u pisanom obliku nije relevantno da li je eventualno autor usmeno dopustio iskorištavanje djela (v.PSH, Pž-531/91, od 14.3.1991. PSP 50/91, odl.209). Prema odredbi čl.18.ZAPSP-a autor ima isključivo pravo priopćavanja autorskog djela javnosti, koje sukladno odredbi čl.21.alineja 2. ZAPSP-a uključuje i pravo javnog prikazivanja scenskih djela koje prema čl.23.ZAPSP-a predstavlja isključivo pravo priopćavanja javnosti dramskoga, dramsko-glazbenoga, koreografskog ili pantomimskog djela njegovim scenskim prikazivanjem uživo.

²¹ Henneberg I., op.cit., str. 166.

Pri tom treba naznačiti da je ugovor o scenskom prikazivanju dvostrano formalan ugovor, odnosno ovdje oba ugovaratelja moraju dati izjavu volje u pisanoj formi, što proizlazi iz specifičnih obveza i ovlaštenja svake ugovorne strane.

Zahtjev ZAPSP-a da ugovor o prikazivanju mora biti sklopljen u pisanom obliku, vrijedi prema odredbi čl.286.st.2.ZOO i za sve kasnije izmjene ili dopune ugovora (v.VSH, Rev.-2206/82 od 17.3.1983.).Izmjene i dopune ovog ugovora moraju se odnositi kako na revidiranje temeljnih obveza ugovaratelja, tako i na postojanje spornih obveza.

Kod ovog pravila da svi kasniji dodaci ugovoru moraju biti izraženi u zakonskoj formi određenoj za glavni ugovor, treba ukazati na iznimke i to jednu prema kojoj su pravosnažne kasnije usmene dopune o sporednim točkama o kojima u osnovnom tekstu ugovora nije ništa kazano, ako to nije protivno cilju radi kojeg je forma predviđena (čl.286. st.3. ZOO), te drugu prema kojoj su pravovaljane i kasnije usmene pogodbe kojima se smanjuju ili olakšavaju obveze jedne ili druge strane, ako je posebna forma propisana samo u interesu ugovornih strana (čl.286.st.4.ZOO).

Opće je pravilo obveznog prava da se ugovor za čije se sklapanje zahtijeva pisana forma smatra pravovaljanim iako nije zaključen u toj formi ako su ugovorne strane izvršile, u cjelosti ili u pretežitom dijelu, obveze koje iz njega nastaju, osim ako ih cilja zbog kojeg je forma propisana očito ne proizlazi što drugo (članak 294.ZOO). Narečeno pravilo primjenjuje se i kad je u pitanju ugovor o prikazivanju, koje stajalište zauzima i praksa trgovačkih sudova(v.PSH, Pž-2723/90, od 29.1.1991., PSP 48/91, odl.152). Dakle dobrovoljno ispunjenje usmeno sklopljenog ugovora konvalidira nedostatak pisanog oblika (v.VSH, Gzz-15/74 od 19.6.1974., VPSH, Pž-190/81 od 24.3.1981.; VSH,Rev-813/85 od 10.7.1985. i Rev-2319/88 od 19.4.1989.).

Slijedom navedenog proizlazi da za valjanost ugovora o scenskom prikazivanju nije dovoljna usmena suglasnost, međutim dopuštena je konvalidacija ugovora kojem nedostaje propisani oblik, ako su ugovaratelji ispunili u cijelosti ili pretežit dio preuzetih obveza (VPSH, Pž-53/91 od 15.5.1991., PSP 50/91 i VPSH, Pž-2672/85 od 4.11.1986., BSP PSH, 10/87).

Sudska praksa zauzela je i stajalište da pisana forma autorskog ugovora nema solemnitetni karakter tj.ne proizvodi pravnu posljedicu nepostojanja ugovora uslijed nedostatka pisane forme, već je pisana forma potrebna *ad probationem*, odnosno radi osiguranja dokaza

postojanja ovog ugovora. Stoga i usmeno zaključeni usmeni ugovor proizvodi pravne učinke ako se dokaže njegov sadržaj, te prava i obveze koje iz njega proizlaze (v.VSPH, Pž 2627/85, od 4.11.1986., BSP PSH 10/87, odl.7).

1.5.Bitna obilježja ugovora o scenskom prikazivanju

Iz formulacije čl.52. i 72. ZAPSP-a razvidni su sastojci (elementi) ugovora o prikazivanju: imena ugovornih strana, naziv djela koje je predmet ugovora, način prikazivanja, područje na kojem se autorsko scensko djelo može iskorištavati, visina, način i rokovi plaćanja naknade ako se djelo iskorištava uz naknadu i sl.

1.5.1.Ugovorne strane

U prvom redu ugovorne strane ugovora o prikazivanju kao dvostranog pravnog posla jesu autor s jedne strane i korisnik djela (kazalište ili drugi organizator prikazivanja) s druge strane.

U slučaju postojanja više koautora jednog djela, za sklapanje ugovora o prikazivanje tog djela traži se suglasnost svih koautora, te korisnik mora sklopiti ugovor sa svim koautorima, čime se njihov pravni položaj identificira sa pozicijom suvlasnika (v.PSH, Pž-3229/92 od 9.2.1993., Informator br.4275 od 25.2.1995.).

Osim samog autora kao ugovorna strana ugovora o prikazivanju mogu se pojaviti i druge osobe i to u situacijama kada autora nema, kad je isti nepoznat ili mrtav, odnosno kada pravo javnog prikazivanje može odobriti netko drugi. Iza smrti autora kao ugovorna strana najčešće se mogu pojaviti njegovi zakonski ili testamentarni nasljednici, kao njegovi univerzalni sukcesori. Na nasljednika autorovom smrću prelaze svekolika autorska prava, te se u odnosu na samo autorsko djelo nasljednik pojavljuje kao da je sam autor, osim ako autor oporukom odredi drugačije, te uz vremenska i druga ograničenja sukladno ZAPSP-u.²²

Za slučaj smrti autora koji nije ostavio nasljednika, kao ugovorna strana pojavljuje se država, te se ugovor o prikazivanju sklapa s nadležnim organima države odnosno jedinice lokalne samouprave kojima je sudskom rješidbom predana autorova ostavština.

²² Spaić V., op. cit., str. 221.

Nadalje, ugovor o prikazivanju moći će sklapati i one osobe na koje je autor odnosno naljednik prenio pravo iskorištavanja djela javnog prikazivanja.

Problem izbora ugovorne strane može se pojaviti kod scenskog djela nepoznatog autora, gdje korisnik koji želi prikazati to djelo, a pri tome ne povrijediti autorsko pravo, treba sukladno odredbi članka 12. stavak 1. ZAPSP-a potražiti drugu ugovornu stranu, i to u strukovnoj organizaciji autora koja štiti autore tih djela. Ako autor nije poznat, niti je odrediv, autorsko pravo mogu ostvariti za izdano djelo nakladnik koji je djelo zakonito izdao, odnosno za objavljeno djelo koje nije izdano osoba koja je autorsko djelo zakonito objavila (čl.11.st.2. ZAPSP-a), i to do otkrivanja identiteta autora koji stječe ne samo prava *pro futuro*, nego mu se predaju i ostvarene imovinske koristi od scenskog prikazivanja njegovog autorskog djela.

U slučaju kada je strana ugovora o prikazivanju druga osoba a ne autor, na djelu i popratnim materijalima prikazivanje (reklama, plakati, programe knjižice i sl.) uvijek se mora naznačiti ime autora radi zaštite moralnih prava autora, osim ako se autor ne protivi mogućnosti nepostojanja naznake imena autora.

Korisnik ugovora o prikazivanju jeste najčešće kazalište, a mogu se pojaviti i druge ustanove, udruge, obrti, organizacije, pojedinci i društva kao priređivači kulturno-umjetničkih priredbi.

Pravo scenskog prikazivanja određenog autorskog djela autor može istodobno prenijeti na veći broj korisnika, ako se ugovorom nije odrekao tog prava.

1.5.2.Predmet ugovora

Predmet ugovora o scenskom prikazivanju je javno pravo prikazivanja dramskog, dramsko-glazbenog, koreografskog, pantomimskog i drugog scenskog autorskog djela.²³

Korisnik stječe pravo javnog scenskog prikazivanja, odnosno isključivo pravo osobno priopćavanja javnosti scenskog djela scenskom igrom tako da ono postaje perceptivno za vid odnosno za vid i sluh.Ovo se pravo često naziva i “velikim autorskim pravom” budući se radi o prikazivanju scenskog djela što zauzima cijeli program ili većinu programa (barem trećinu).

²³ Kurz H., op.cit., str. 548.

Kad svih javnih scenskih prikazivanja djela potrebno je odobrenje autora, osim za prikazivanje djela bez autorske dozvole i bez naknade u svrhu nastave i školskih svečanosti, pod uvjetom da je pristup gledateljima besplatan i da izvođači nastupaju gratis (čl.88.ZAPSP-a). Ovo dopuštenje vezano je za određene pretpostavke:

- scensko prikazivanje određenog autorskog djela mora biti u obliku izravnog poučavanja na nastavi, ili na priredbama vezanim za nastavu

- opseg scenskog prikazivanja mora biti opravdan obrazovnom svrhom koja se želi postići priopćavanjem,

- scensko prikazivanje ne smije se koristiti za stjecanje izravne ili neizravne imovinske ili komercijalne koristi za obrazovnu ustanovu, organizatora ili treće osobe,

- izvođači koji sudjeluju u scenskom prikazivanju ne smiju primati honorary za tavu izvedbu,

- ne smiju se za scensko prikazivanje naplaćivati ulaznice.

Ovo sadržajno ograničenje autorskog prava vezano za scensko prikazivanje bez potrebe traženja dopuštenja autora može dovesti do određenih prijepora posebice kod organiziranja izvedbi odnosno scenskih prikazivanja u humanitarne svrhe. S obzirom na pretpostavke iz čl.88. ZAPSP-a, a kako se i kod humanitarnih školskih priredbi radi o neizravnom stjecanju imovinskih prihoda, dopuštenje autora za takvo prikazivanje nužno je tražiti.

Dramska djela su ona književna djela stvorena za scensko prikazivanje određene radnje, a dramsko-glazbenim djelima određuju se ona glazbena djela s tekstom stvorena za scensko prikazivanje određene radnje s glazbenom izvedbom. Ova djela nazivaju se i kazališnim ili scenskim djelima.Među dramska djela ubrajaju se drame, tragedije, komedije, igrokazi i sl. kao i monodrame (iako tu stajališta u teoriji nisu jedinstvena), dok se među dramsko-glazbena djela ubrajaju opere, glazbene drame, operete, mjuzikli i sl.

Koreografska i pantomimska su ona autorska djela koja se izražavaju pokretima ljudskog tijela, gestom i mimikom.Među koreografska djela ubrajaju se naročito koreografija baleta i scenskih plesova, a među pantomimska djela pantomime, žive slike, pa čak i cirkuski brojevi i prizori (kao u Francuskoj -op.aut.).²⁴

²⁴ Zlatović D., Kazališna autorska djela, Hrvatska pravna revija, Zagreb, god. III., br. 2., str. 30.-31.

Predmetom ugovora o scenskom prikazivanju može biti već objavljeno odnosno stvoreno kao i do sada neobjavljeno djelo odnosno djelo koje još nije stvoreno. U praksi će u ugovoru o prikazivanju neobjavljenog djela biti sadržana izričita dozvola autora za objavljivanje djela.²⁵ Bitno je pri tome napomenuti da je ništav ugovor o scenskom prikazivanju kojim bi autor izvršio prijenos prava prikazivanja svih svojih budućih djela, čime se štiti autor kao ekonomski slabija ugovorna strana.

U slučaju ugovaranja prikazivanja neobjavljenog autorskog djela, odnosno djela koje još nije stvoreno u trenutku zaključenja ugovora, ugovorom će trebati odrediti predmet ugovora tako da se barem naznači naslov djela te po mogućnosti i okvirni sadržaj, odnosno modalitet korištenja.

Za ovaj slučaj će u ugovoru o scenskom prikazivanju potrebno uglaviti rok predaje djela korisniku. Ukoliko rok nije ugovoren, rok će se moći odrediti po općim pravilima obveznog prava sukladno čl.173. ZOO-a.

Autor naručenog djela za koje je ugovorom osigurano pravo javnog scenskog prikazivanja, ispunit će svoju obvezu ako u okviru rečenog roka preda ugovoreno djelo. Pri tome korisnik je obvezan primiti to djelo neovisno o njegovoj kvaliteti, te ga je dužan prikazivati, jer u suprotnom odgovara autoru za naknadu štete.

Ukoliko korisnik pribavlja primjerak djela od autora, odnosno njegovog pravnog sljednika, pretpostavka je da isti time ne stječe vlasništvo na tom djelu.²⁶ Prijenosom prava iskorištavanja scenskog djela javnim scenskim prikazivanjem, predmet ugovora-autorsko djelo ostaje u portfelnju autora, osim ako se drugačije ugovori.

²⁵ Iako ovakva odredba može izgledati suvišnom i nepotrebnom, držimo da ta odredba ima svoje opravdanje utoliko što autoru ostavlja mogućnost da, prije ugovorenog prikazivanja djela, objavi djelo na drugi način. Tako primjerice autor može ugovoriti sa kazalištem prikazivanje svoje nove i još neobjavljene drame, s tim da, u međuvremenu, objavi dramu izdavanjem iste u obliku knjige. Tako i Marković S.M., op.cit., str. 285.

²⁶ Marković S.M., op.cit., str. 284.

1.5.3. Opseg i trajanje korištenja prava javnog scenskog prikazivanja

Ugovorom o scenskom prikazivanju utvrđuje se opseg prava koje autor odnosno drugi nositelj autorskog prava prenosi na korisnika autorskog djela.

Korisnik stoga ima pravo scenskog prikazivanja autorskog djela samo u onom opsegu u kojem je na njega ugovorom o scenskom prikazivanju preneseno. Opseg prava je limitiran glede oblika scenskog prikazivanja djela, te vremenskog odnosno teritorijalnog određenja prikazivanja. Ugovorom o scenskom prikazivanju korisnik može steći isključivo ili neisključivo ovlaštenje na korištenje djela. Ukoliko ugovorom nije drugačije određeno, smatra se da je ugovorno ustupanje neisključivog karaktera.

Tako elementi prostora odnosno vremena prikazivanja mogu ugovorom o scenskom prikazivanju biti uređeni ograničeno ili neograničeno. Ako se ugovorom pravo scenskog prikazivanja ne ograniči ni vremenski ni prostorno, to znači da korisnik može prikazivati djelo bilo gdje za vrijeme cijelog roka trajanja autorskih imovinskih prava kako je to zakonom određeno za pojedinu vrstu scenskih djela. Ugovor može ograničiti opseg prava korisnika na način da isti može djelo scenski prikazivati samo na određenoj teritoriji (npr. u sjedištu kazališta, u tuzemstvu, izuzećem određenih država i sl.) odnosno vrijeme na koje se ugovor sklapa može biti ograničeno (npr. određen broj predstava, pojedina kazališna sezona, određeni festival i sl.). Vremenska ograničenja u ovom ugovoru mogu biti određena osim rokom tijekom kojega je korisnik ovlašten koristiti djelo i na druge načine, kao što je primjerice nastupanjem određenog događaja, primjerice kada broj gledatelja predstave padne ispod predviđenog broja u određenom nizu predstava (npr. u posljednje tri predstave).²⁷ Ugovorom o scenskom prikazivanju autor može korisnika ograničiti u vršenju pribavljenog ovlaštenja na prostoru koji je uži od teritorija jedne države (dakle primjerice na području jednog grada, okruga i sl.).

Ugovor o scenskom prikazivanju može sadržavati i druga ograničenja korisnika (npr. glede jezika na kojem će djelo biti prikazano i sl.).

²⁷ Ibid., str. 285.

Da bi se ekonomski potencijal autorskih djela koja se scenski prikazuju optimalno iskoristio, potrebno je brižljivo planiranje i ugovaranje njihovog korištenja, vodeći računa o mogućnostima koje pružaju izložena teritorijalna ili vremenska ograničenja, kao i o tome koje je korištenje (isključivo ili neisključivo) ugovoreno.²⁸

Ugovor o scenskom prikazivanju sadrži i niz uglavaka koji su čisto obveznopravnog karaktera. Već je rečeno da autor može sklapati ugovor o scenskom prikazivanju i s drugim korisnicima, ako se ugovorom nije odrekao tog prava. Međutim, u praksi su najčešće situacije da je autor ovlašten sklopiti ovaj ugovor sa više kazališta, pod uvjetom da se ona ne nalaze u istom mjestu odnosno da se autor odrekne prava prijenosa iskorištavanja djela drugom kazalištu za određeno razdoblje (ekskluzivitet prikazivanja).

U praksi su česti slučajevi da kazalište zadržavaju u ugovorima o scenskom prikazivanju za sebe pravo premijernog scenskog prikazivanja djela. To znači da će se autor suzdržati od toga da sam ili preko drugoga djelo prvi put prikaže dok to ne učini korisnik. Korisnikovo "pravo na premijeru" može se odnositi na prvo prikazivanje uopće ("pravo na praiizvedbu"), ili u određenoj državi ili mjestu, ili na određenom jeziku. Međutim s tim ne treba miješati pitanje objavljivanja djela. Ugovorne strane mogu ugovoriti sa korisnik stječe ovlaštenje na prvo scensko prikazivanje djela, čak i ako je djelo već objavljeno na drugačiji način od scenskog prikazivanja. Kad je korisnik stekao ugovorom ovlaštenje na premijerno prikazivanje još neobjavljenog djela, to ne znači da je korisnik stekao i ovlaštenje na objavljivanje djela. Sukladno tome, ukoliko je volja ugovornih strana da se djelo prvim prikazivanjem i objavi, onda takva volja mora naći svoj neposredan izraz u ugovoru.²⁹

Pravo javnog scenskog prikazivanja autorskog djela temeljem ugovora o prikazivanju ne daje ovlaštenje korisniku da djelo prikazuje putem radio-difuzije, televizije odnosno drugih tehničkih sredstava prijenosa ili snimanja, osim ako je ugovorom i to predviđeno.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ovdje treba napomeniti noviju praksu i u hrvatskom glumištu, posebice na Biblioteku Kazališta Mala scena[®] iz Zagreba, s posebnim naglaskom na dramskim tekstovima recentno objavljenima uz kazališne premijere (npr. uz praiizvedbu predstave, umjesto programa ovo je kazalište objavilo integralni tekst na hrvatskom i engleskom jeziku drame *Parsifal* Tene Štivičić).

Ovi ugovori mogu sadržavati i odredbe kojima se rezerviraju za autora određena prava glede samog scenskog prikazivanja. Tako autor ugovorom može sebi osigurati utjecaj na scensko prikazivanje bilo da se radi o obveznom angažmanu određenog redatelja, dirigenta, glumaca i sl., ili o obveznoj izvedbi predstave isključivo u određenoj kazališnoj zgradi ili na određenoj sceni, ili o ovlaštenju autora da dozvoljava nastup kazališta sa tom predstavom na nekom festivalu, smotri i sl.

Ugovori o scenskom prikazivanju sadrže uobičajno i klauzule koje uređuju prodaju korisniku odnosnog tekstovnog ili glazbenog materijala (rukopis, partitura, uloge, glasovne partije i sl.), a koja može biti u vidu kupoprodaje ili najma.

Redovito ugovori o scenskom prikazivanju imaju uglavak glede utvrđivanja ugovorne kazne za teže povrede ugovornih obveza.

1.5.4. Autorska naknada

Ugovor o scenskom prikazivanju ovisno o volji ugovornih strana može biti sklopljen kao naplatan, odnosno, što je daleko rjeđi slučaj, kao besplatan pravni posao.

U ZAPSP-u je stipulirana pretpostavka naplativosti prijenosa korištenja autorskog djela, pa se ima smatrati da je ugovor o prikazivanju sklopljen uz naknadu, ako iz ugovora ne proizlazi drugačije (čl.71.st.1.ZAPSP-a).

Kada je ugovor o scenskom prikazivanju sklopljen kao naplatiti pravni posao tada mora biti ugovorena visina naknade, i to tako da se pri utvrđivanju naknade za scensko prikazivanje autorskog djela, gdje je god to moguće, uzimaju u obzir kriteriji kvalitete djela, materijalne koristi koju druga ugovorna strana postiže korištenjem djela i drugi uvjeti kojima se mogu utvrditi rezultati koje autorsko djelo postiže u zadovoljavanju društvenih potreba (čl.53.ZAPSP-a).

Visina autorske naknade može biti određena na više načina (paušalno, u postotku, preko tantijema, kombinirano isl.), a što isključivo ovisi o volji stranaka.³⁰ Rokovi u kojima korisnik mora isplatiti naknadu najčešće prate ugovoreni način plaćanja.³¹

³⁰ Najjednostavniji vid određivanja naknade jest paušalna naknada. Međutim, u praksi se najčešće ugovara naknada u ovisnosti od intenziteta i ekonomskog efekta korištenja djela. Tako naknada može iznositi određeni postotak od prihoda od

U slučaju kada korisnik ostvari dobit od scenskog prikazivanja autorskog djela koja je u očitom nesrazmjeru s ugovornom naknadom autor ima pravo da mu se odredi pravedniji udio u prihodu ostvarenom korištenjem njegova djela izmjenom ugovora o scenskom prikazivanju djela sukladno odredbi čl.58.ZAP-a (v.VPSH, Pž-18/87, od 20.10.1987.,PSP 35/88, odl.232; VSH,Rev-84/88 od 14.6.1989,PSP 45/90).

Ako je djelo većeg opsega od ugovorenog u slučaju sklapanja ugovora o scenskom prikazivanju djela koje još nije stvoreno, autor nema pravo na honorar veći od ugovorenog (v.VSH, Gž-2528/73, od 13.110.1974;PSP 6/75, odl.144.).

Autorska naknada za prikazano autorskog djelo bez suglasnosti osobe koja uživa autorsku zaštitu ima se utvrditi na temelju objektivne vrijednosti prikazivanja djela na tržištu (v.VPS, sl.2727/71 od 3.2.1972., ZSO XVII /2, 1972.; VPS, Sl.2612/71 od 3.2.1972., ZSO XVII/2,1972.).

Obveza plaćanja autorske naknade za prikazivanje autorskog scenskog djela tereti korisnika djela kao drugu ugovornu stranu,koji tu svoju obvezu, bez privole autora, ne može prenijeti na treću osobu s učinkom prestanka te obveze na strani stvarnog korisnika (v. VSH, II Rev-49/86, od 11.9.1986, PSP 32/87, odl. 109.).

Konačno kad je o naknadi riječ treba napomenuti da je autorsko pravo na traženje pravednijeg dijela dobiti vezano samo za autora a ne i za druge nositelje autorskih prava, odnosno da niti autor neće imati na to pravo u slučaju besplatnog ugovora o scenskom prikazivanju. To stoga što činjenica ostvarenja neočekivano velike dobiti od prikazivanja djela ne može utjecati na sam ugovor na način da isti od besplatnog postane ugovor uz naknadu.

svakog prikazivanja, ili određeni iznos po posjetitelju na svakoj predstavi, koncertu ili sl., ili se može odrediti kombiniranom metodom.

³¹ Za stariju sudsku praksu primjenjivu i na sadašnju zakonodavnu situaciju vidi rješidbe: Ako ugovorom nije određeno da se djelo koristi besplatno, autoru pripada naknada *ex lege* (v.VPSH,Pž-404/87. od 24.2.1987., Informator, br.3509, od 24.10.1987.), pa kad naknada u ugovoru nije određena, utvrdit će je sud sukladno odredbama čl.27.st.4 i čl.57.st.2 ZAP-a te čl.623.st.2 ZOO-a (v.VSH, II Rev-159/82, od 2.2.1983., PSP 23/84, odl.132). Sudske odluke iz autorskih sporova sabrne su kod Gliha I. Autorsko pravo, sudska praksa, prilog lista Informator, god. VI., br. 24., Informator, br. 4450-4451/96.

1.5.5.Rok ispunjenja

Rok u kojem je korisnik obavezan prikazivati djelo nije naveden ni u odredbi čl.52. st.1. niti čl.71. ZAPSP-a, pa se ne radi o bitnom sastojku ugovora o prikazivanju.³²

Naime, ugovor o scenskom prikazivanju nije fiksni ugovor, ako iz odredbi samog ugovora, posebice onih koji vremenski ograničavaju korištenje, ne proizlazi nešto drugo.

1.6.Prava i obveze ugovornih strana

Kod ugovora o scenskom prikazivanju radi se o dvostranoobveznom ugovoru, što znači da su prava i obveze ugovornih strana korelativni, odnosno obje su strane istovremeno i aktivni i pasivni ugovorni subjekti.

1.6.1.Prava i obveze autora

Autor odnosno drugi nositelj autorskog prava obavezan je omogućiti korisniku nesmenato javno scensko prikazivanje djela.

Ukoliko nije to izričito uglavljeno u ugovoru, autor ne može pravo javnog scenskog prikazivanja prenijeti drugom korisniku. Ako ovakva klauzula postoji u ugovoru to ovlašćuje autora da može pravo prikazivanja prenijeti na veći broj korisnika.

Nadalje je autor obavezan predati korisniku djelo u ugovorenom roku. Također je ovaj dužan osigurati korisniku potrebit materijal kako bi korisnik mogao realizirati preneseno pravo scenskog prikazivanja odnosno djela, i to prodajom, predajom ili iznajmljivanjem knjige, partiture i sl. Ugovorom o najmu određuje se opseg, vrijeme, uvjeti uporabe materijala i naknada za uporabu (engl. *Hire fee*, franc. *Prix de location*, njem. *Materialgebuehr*).³³ Pri tome, moramo napomenuti da ugovor o scenskom prikazivanju ne podrazumijeva nužno predaju primjerka djela korisniku. Korisnik

³² Suprotno stajalište kod Marković S.M., op.cit., str. 284. Naime, prof. Marković smatra, temeljem odredbe čl. 77. Zakona o autorskom i srodnim pravima Srbije i Crne Gore, da su rokovi koje ugovorne strane propišu za izvršenje obveze predaje primjerka djela korisniku, odnosno za otpočinjanje korisnika sa predavljanjem djela bitni sastojci ugovora, u tom smislu da propuštanje tih rokova ovlašćuje drugu stranu na traženje raskida ugovora.

³³ Cit. prema Henneberg I., op.cit., str. 179.

može nabaviti primjerak djela (dramski tekst, partituru i sl.) posredno, dakle ne neposredno od autora, nego i iz drugih izvora (npr. kupiti knjigu u knjižari, posuditi knjigu u knjižnici, zakupiti partituru od nakladnika i sl.).

Ako u ugovoru nije precizno određen rok predaje djela, isti će se odrediti prema okolnostima slučaja, posebice prema cilju kome služi prikazivanje (npr. prikazivanje na svečanosti povodom obljetnice kazališta i sl.).³⁴

Autor odnosno drugi nositelj autorskog prava jamči korisniku da pravo koje prenosi pripada isključivo njemu te da nije limitirano u korist nekog trećeg. S tim u svezi, autor je za vrijeme trajanja ugovora dužan suzdržavati se od onih radnji kojima bi ometao korisnika u korištenju prenesenog prava scenskog prikazivanja.

Autor ima pravo prisustvovanja pokusima, te je uobičajeno da bude pozvan na premijerno prikazivanje odnosno obavješten o ostvarenim prihodima od prikazivanja. Uobičajeno je pravilo da autor ima pravo na određeni broj besplatnih ulaznica za prikazivanje svog djela, pa i ovo pitanje, iako gotovo bagatelno i marginalno, može naći svoju regulaciju u ugovoru o scenskom prikazivanju.

1.6.2.Prava i obveze korisnika

Odredbom čl.71.ZAPSP korisnik djela je obvezan scenski prikazati autorsko djelo u određenom roku, i to na ugovoreni način i pod ugovorenim uvjetima.

Kod pripreme djela za scensko prikazivanje korisnik mora poštovati osobnopravna ovlaštenja autora. Ovo je naročito izraženo kod pripreme scenskih djela za prikazivanje (npr. pripremanje književnog djela za kazališnu predstavu). Ipak moramo naglasiti da sam čin pripreme predstave ne podrazumijeva obvezu poštivanja moralnih prava autora je nema javni karakter.³⁵ Kod postavljanja na scenu jednog književnog djela uobičajeno je da isto mora doživjeti značajne izmjene kako bi se prilagodilo scenskom izrazu, pa čak i u tom vidu da se radi o novom djelu odnosno djelu prerade. Optimalno bi bilo da se ugovorom o scenskom prikazivanju unaprijed regulira koje izmjene autor dozvoljava. Međutim, to je u praksi gotovo nemoguće, pa treba ostaviti mogućnost da autor tijekom priprema

³⁴ Spaić V., op.cit. str. 223.-224.

³⁵ Marković S.M., op.cit., str. 286.

predstave ima uvid u njihov tijek, kako bi se suglasio sa izmjenama ili da bi iste zabranio. Na ovaj način preventivno se djeluje u cilju izbjagavanja mogućih sporova između autora i korisnika. U konkretne radnje pripreme predstave spada i oblikovanje plakata i programskog letka ili knjižice za predstavu te drugi promidžbeni materijal.

Često su interesi korisnika i autora u koliziji, pa takve situacije treba u ugovoru predvidjeti. Naime, autor može imati interes da se njegovo djelo scenski prikazuje neovisno o ekonomskom efektu takvog prikazivanja, dok korisnik može imati interes da povuče djelo sa repertoara s obzirom na negativni ekonomski efekt koji predstava može imati primjerice zbog slabe posjete.

Nadalje, korisnik je obavezan platiti autoru ugovorenu naknadu za prikazivanje, u visini, na način i u roku određenom ugovorom. Korisnik ugovora o scenskom prikazivanju dužan je autoru omogućiti uvid u prikazivanje djela, ostvariti tehničke uvjete prikazivanja djela koji osiguravaju poštivanje autorskih moralnih prava te autoru ili njegovom zastupniku dostavljati program i povremeno ga izvještavati o prihodima od prikazivanja djela.

Prema čl.94.st.2. ZAPSP-a na zahtjev autora nadležna policijska uprava ili policijska postaja bila je ovlaštena zabraniti održavanje priredbe na kojoj se prikazuje autorsko djelo ako priređivač odnosno drugi korisnik nije imao odobrenje autora. Držimo opravdanim da i prema novom ZAPSP-u, autor u sklopu individualne zaštite svog autorskog prava može tražiti angažman nadležnih državnih organa i inspekcija.

Korisnik je obavezan dozvoliti autoru pristup na pokuse i dati mu sva potrebna objašnjenja oko pripreme djela za javno scensko prikazivanje.³⁶

Kako je ugovor o prikazivanju ugovor "*intuitu personae*", korisnik nema ovlaštenje prenositi pravo prikazivanja na treću osobu bez privole autora, ako ugovorom se ne uredi drugačije (čl.48.ZAPSP-a).

Prijenosom prava prikazivanja korisnik ne stječe prava na izmjenu djela, ako zakonom ili ugovorom o prikazivanju nije drugačije određeno. Samo autor može na drugu osobu prenijeti pravo scenskog prikazivanja djela i korisniku dati dozvolu glede izmjene odnosno prerade autorskog djela (v.PSH, Pž-2944/90, od 26.2.1991.,

³⁶ Ibid., str.224.

PSP 48/91, odl. 151.;PSH,Pž-782/90, od 10.4.1990.,PSP 46/90, odl.201.).

Korisnik nije ovlašten bez ozbiljnih razloga vršiti izmjene umjetnika izvođača, ako su isti određeni suglasno s autorom. Konačno korisnik je dužan poštivati moralna autorska prava na način da označavanjem imena autora na programima i propagandnim materijalima predstave prizna autorstvo prikazanog djela.

1.7.Prestanak ugovora o scenskom prikazivanju

Ugovor o scenskom prikazivanju prestaje po općim pravilima obveznog prava koji važe za prestanak obveznih ugovora.

Neki slučajevi prestanka obveznog odnosa predviđeni zakonom ne mogu zbog svojih specifičnosti naći primjenu kod ugovora o scenskom prikazivanju (npr.prijeboj, otpust i sl.).

Ovaj ugovor u pravilu prestaje ispunjenjem ugovora ili neispunjenjem ugovora.

Ispunjenjem ovaj ugovor prestaje kad je scensko prikazivanje ugovorenog autorskog djela izvršeno na način i pod uvjetima utvrđenim ugovorom o scenskom prikazivanju. Po isteku roka za scensko prikazivanje sukladno ugovoru dolazi i do prestanka ugovora.

Do neispunjenja ugovora može doći u sljedećim slučajevima:

- a) sporazumnog raskida ugovora,
- b) raskida ugovora o scenskom prikazivanju temeljem zakona, te
- c) više sile.

Raskid ugovora o scenskom prikazivanju temeljem zakona može uslijediti u sljedećim situacijama:

a) ako autor ne preda korisniku djelo (rukopis, partituru i sl.) u ugovorenom roku, kada je korisnik ovlašten tražiti raskid ugovora i naknadu štete zbog neizvršenja ugovora,

b) ako korisnik djelo ne prikaže u ugovorenom roku, kada autor može zahtjevati raskid ugovora o prikazivanju i tražiti naknadu štete zbog neispunjenja ugovora,

c) ako bi se djelo trebalo prikazivati na način kojim se vrijeđaju moralna prava autora, kada autor može tražiti i naknadu štete.³⁷

Ako djelo nije scenski prikazano u ugovorenom roku autor ima pravo, uz raskid ugovora i naknadu štete, i zadržati primljenu naknadu (v.VPSH, Pž-749/87, od 29.10.1987, PSP 35/88, odl. 234.), odnosno

³⁷ Henneberg I., op.cit. str. 179.

tražiti isplatu ugovorene naknade (v.VPSH, Pž-2112/84, od 13.11.1984., BSP PSH 9/86).

ZAPSP ne predviđa raskid ugovora kao obvezu stranaka, pa u slučaju neprikazivanja autorskog djela, autor može, ali ne mora, tražiti raskid ugovora (v.VPSH, Pž-2811/85, od 18.2.1986., BSP PSH 10/87, odl, 9.).

Sporovi u svezi autorskih prava i srodnih prava u Republici Hrvatskoj spadaju u stvarnu nadležnost trgovačkih sudova.³⁸ Naime, prema članku 34b. st. 1. toč. 8. ZPP-a u svezi s odredbom čl. 20. Zakona o sudovima ("Narodne novine", broj 150/05, 16/07 i 113/08)³⁹, trgovački sudovi u prvom stupnju sude, između ostalog, i u sporovima koji se odnose na zaštitu i uporabu autorskog prava i srodnih prava, kao i inače u sporovima glede prava intelektualnog vlasništva, ako drugim posebnim zakonom nije drugačije određeno.⁴⁰ I prema ranije važećem članku 18. Zakona o sudovima ("Narodne novine", broj 3/94, 100/96, 131/97 i 129/00), trgovački sudovi u prvom stupnju sudili su u sporovima iz autorskog prava ako posebnim zakonom nije drugačije određeno (v.VTS RH, Pž-1639/94, od 29.11.1994.).

Kako druge zakonske odredbe u tome nema, jer ZAPSP ne sadrži odredbe o nadležnosti sudova u sporovima iz autorskog prava, u sporovima radi naknade štete zbog povrede autorskog prava nadležnost trgovačkih sudova je isključiva i neprijeporna, bez obzira na svojstvo stranaka.⁴¹ O tome postoji usklađena sudska praksa kako ona ranijeg datuma tako i poslije donošenja Zakona o sudovima.

Prilikom utvrđivanja visine štete koju trpi autor zbog neprikazivanja djela treba uzeti u obzir predvidljivu mogućnost prikazivanja djela kao i korist koja bi za autora nastala uslijed

³⁸ Vidi kod Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, VII. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004., str.264.; Verović, M., Određivanje stvarne i mjesne nadležnosti u postupcima pred trgovačkim sudovima prema ZPP, Hrvatska pravna revija, br.5., 2006., str.107.

³⁹ O ranijem zakonodavstvu kod Foretić, D., Zakon o sudovima, Informator, male stranice, br. 5215, od 28.2.2004., str.16., a o stvarnoj nadležnosti trgovačkih sudova nakon novele ZPP-a kod Blažević, B., Mirenje u sporovima iz nadležnosti trgovačkih sudova, na www.vtsrh.hr.

⁴⁰ V. presudu VTS RH, Pž-1639/94, od 29.11.1994., Zbornik Odluka VTS RH 1994.-2004., br.9., odl. 595/III

⁴¹ Dika: Stvarna nadležnost trgovačkih sudova u parničnom i izvršnom postupku, Pravo u gospodarstvu, br.7-8/94.

prikazivanja djela (v. VSRH, II Rev-71/90, od 22.5.1991., IO VSRH, 1993.,odl.174.).

Autorovo pravo na raskid ugovora o scenskom prikazivanju nije vezano za davanje naknadnog roka za ispunjenje ugovora, već je dovoljno da autor dade izjavu o raskidu ugovora.

Viša sila također može biti razlog za raskid ugovora o scenskom prikazivanju (npr. propast djela, protek zaštitnog roka djela i sl.).

Na kraju i kod ugovora o scenskom prikazivanju može doći do primjene tzv.prava pokajanja autora (čl.17. ZAPSP-a), kada autor ima pravo raskinuti ugovor ako iz bilo kojeg razloga drži da bi daljnje prikazivanje djela moglo štetiti njegovom umjetničkom ugledu, uz obvezu da korisniku naknadi štetu.⁴²

⁴² O tome kao i o drugim sličnim ugovorima akceptabilnima u kazališnoj umjetnosti detaljnije u Zlatović, D., Oglеди iz kazališnog prava, Propisi.hr, Centara za management i savjetovanje, 10/09, Zagreb, 2009., str.145. i dr.

Dragan Zlatović, LLM
University in Šibenik,
Croatia

CONTRACT ON STAGE PRESENTATION OF COPYRIGHT WORKS TO THE NEW CROATIAN COPYRIGHT' LEGISLATION

The author analyzes in his work the agreement of theatrical performance. The contract under which the exploitation of copyright is granted is called a copyright agreement. The copyright agreement must be made in writing and must contain at least the act applying to its use and the person authorized to use the copyright work. The copyright agreement must be made in writing and must contain at least the act applying to the use made and the person authorized to use the copyright work . By the agreement of theatrical performance of the author's work, the author establishes for the user the right of public stage presentation of a given author's work. The user agrees to display the author's work on stage in a way, within and under the conditions stipulated by the agreement and to pay the fee for the established right unless otherwise specified by the agreement

Key words: *Theatrical performance, contract, copyright, Croatia*

Mr Marina Matić
Institute of Comparative Law,
Belgrade

PRIKAZI - INFORMACIJE

**V- IAP REGIONAL CONFERENCE FOR EASTERN
AND CENTRAL EUROPE AND CENTRAL ASIA
"COOPERATION AGAINST CORRUPTION"**

Belgrade, 27 - 30 October 2010

The Association of public prosecutors and deputy public prosecutors of Serbia (PAS) hosted the V IAP Regional conference for Eastern and Central Europe and Central Asia from 27 - 30 October 2010 in Belgrade.

The conference was organized as part of regular activities of the International Association of Prosecutors (IAP), which is the only prosecutorial professional organization on a global scale and whose membership has more than 140 prosecution organizations from all around the world. It was decided jointly by the PAS and IAP that the conference subject should be focused on "Cooperation against Corruption". The Association of public prosecutors of Serbia applied as the candidate for hosting the conference and in May 2010 was elected to organize conference.

The International Association of Prosecutors (IAP) was established in June 1995 at the United Nations Offices in Vienna and was formally inaugurated in Budapest at the first General Meeting in September 1996. The IAP is an International Community of Prosecutors committed to setting and raising standards of professional conduct and ethics for Prosecutors worldwide; promoting the rule of law, fairness, impartiality and respect for human rights and improving international co-operation to combat crime.

One of the objectives of the IAP is *"To promote international co-operation in gathering and providing evidence; in tracking, seizing and forfeiting the proceeds of serious crime; and in the prosecution of fugitive criminals"*.

In today's world the need for cooperation between countries is of great importance. Due to the occurrence of cross-border crime, the need

for exchange of information and joint action is required. After many periods of crisis that hit the region, cooperation is set as a condition that would contribute to the strengthening of the state in this region, as well as further development of the region.

Corruption - Improper and usually unlawful conduct intended to secure a benefit for oneself or another. Its forms include bribery, extortion, and the misuse of inside information. It exists where there is community indifference or a lack of enforcement policies. In societies with a culture of ritualized gift giving, the line between acceptable and unacceptable gifts is often hard to draw.

Condemnation of corruption, Incrimination of such activities and harmful effect to the state - it is common to all societies. What makes them different in terms of social phenomena corruption is a way of fighting against it and its effectiveness in fighting. In previous years on the international and national level was launched a political action against corruption. At the international, European and national level there have been undertaken a series of measures adopted by different instruments that should be used in the eradication of this harmful phenomenon. Also, they are organized international conference at which discusses the previous results and adopt new directions in the fight against corruption and introduce mechanisms for monitoring, direction and increase the efficiency of this struggle.

Topics such as International conventions in the area of fight against corruption, Corruption criminal acts, Position of whistle-blowers, Corruption criminal acts and Experience in prevention of corruption in prosecution office, will come up for discussion during the Conference. These are familiar topics to us all but demand ever more sophisticated, clever and resourceful responses from prosecuting and law enforcement agencies

Participants at the Conference included two hundred prosecutors, judges, Governmental authorities, representatives of NGOs and Embassies from Serbia and abroad. There were representatives from thirty different countries around the world: Germany, Italy, Spain, Argentina, South Korea, United States, Czech Republic, Poland, Azerbaijan, Kazakhstan, all countries in the region, and many others.

The conference was opened by **Goran Ilić, PhD** president of the Management board of the Prosecutors Association of Serbia and deputy Republic prosecutor, **H.E. Vincent Degert**, Head of EU Delegation to Serbia, **Thomas Moore**, Acting Head of OSCE Mission to Serbia and

Earl Licenberger, Deputy Chief of Mission at the U.S. Embassy in Serbia.

On the first day of the Conference attendees were addressed by Mr. **Derk Kuipers**, Secretary General of the International Association of Prosecutors, Ms. **Jadranka Jelinčić**, director of the Fund for Open Society, Mr. **Christian Hueck**, Program Manager of the IRZ Foundation, Mr. **Vito Monetti**, President of the European Association of judges and prosecutors for Freedom and Democracy (MEDEL) who spoke about the importance of international cooperation in asset confiscation, Ms. **Elizabeth Howe**, General Counsel of the International Association of Prosecutors, who spoke about experiences with internal control mechanisms to prevent corruption within the prosecution service, **Carlos Donoso**, a Vice President of the International Association of Prosecutors and President of the Prosecutors Association of Argentina gave lecture about the role of prosecutor in the fight against corruption from the Argentinean perspective. Participants had opportunity to hear speakers such as Mr. **Nemanja Nenadić**, Programme Director of Transparency Serbia and Mr. **Dimitrije Popić**, deputy special prosecutor for Organized Crime.

Attendees were able to exchange experiences with colleagues from EU countries: delegates had the benefit of hearing from Ms. **Adina Daria Lupea**, a judge from Romania, about Specialization vs. hierarchy – pro and cons for establishment of specialized prosecution office for fight against corruption. Mr. **Miroslav Specian**, a prosecutor from the Czech Republic spoke about the Czech experience with the EU's legal instruments in the field of criminal law.

Challenges in international judicial cooperation in forfeiting assets (with special emphasis on the EU), seizure of assets and confiscation were subjects of presentations of Mr. **Alberto Perduca**, a prosecutor from Italy and Director of Investigations and Operations in OLAF, Mr. **Vito Monetti**, Deputy Prosecutor general of the Supreme Court of Cassation, Italy and Mr. **Mark V. Vlasic**, adjunct professor of law at Georgetown University Law Center, USA..

Mr. Arthur Ozimek, a judge from Poland, spoke about Difficulties in collection of evidence and used techniques (labeling bill, telephone tap, etc), Ms. **Melinda Szabo**, a prosecutor from Hungary about the Corruption criminal acts – experiencing in trading of influence and abuse of office and **Eric Alt**, a judge of Court of Cassation from France about the Fight against corruption in the strategy of the European Commission programs and Council of Europe.

Coordination of corruption cases prosecution – coordination of practice, division of tasks, reporting, statistics was subject of the one panel. Ms. **Nora Kaiser**, Criminal Law Suppression of Economic Crime, Computer Crime, Corruption-Related Crime and Environmental Crime, Federal Ministry of Justice (ex prosecutor in Munich), presented experience from famous *Siemens case* and

Ms. Heike Gramckow, Ph.D., Senior Counsel, Legal Vice Presidency, World Bank, spoke about the Experience in prevention of corruption in prosecution office – internal control or other mechanisms.

The second day of the conference was dedicated to cooperation between prosecution services and anti-corruption authorities. Attendees were addressed by **Zorana Marković**, director of the Serbian Agency for Anti-corruption, **Xavier Sisternas**, Assistant Director of the Agency for fight against fraud in Catalonia, **Kendal Day**, Chief of the Anti-Corruption Department at the U.S. Embassy in Serbia, **Aleksandar Vujičić**, Director of the Agency for money laundering prevention, **Glyn Powell**, Serious Fraud Office of the United Kingdom, **Pedro Baranita**, Public Prosecutor from Portugal and **Ignacio Gonzales Vega**, judge from Spain. Representatives of Republic of Korea and Kazakhstan also addressed the participants about forthcoming IAP Conferences and The World Summit in Korea in 2011.

Assigning such an important conference to the Prosecutors Association of Serbia affirms that the efforts and contributions made by the Association, especially in investing in the process of judicial reform in the Republic of Serbia are recognized by the relevant actors in the field of justice at a global level. The importance of the conference in our country is reflected both in drawing public attention to the problems of corruption, as well as by establishing a platform for public and expert discussion at all levels of government. Also, the conference was an opportunity to exchange experiences with colleagues from abroad and to establish contacts with the aim of future cooperation.

The International Association of Prosecutors noted the excellent organization of the V IAP Regional Conference for Eastern and Central Europe and Central Asia, and awarded special recognition to Goran Ilić, PhD. The conference was very well covered by the media which is evidenced by numerous reports in almost all major electronic and print media in Serbia.

Prof.dr Vladimir Čolović
Institut za uporedno pravo, Beograd

PRIKAZI KNJIGA

Prof.dr Boris Krivokapić

**ENCIKLOPEDIJSKI REČNIK MEĐUNARODNOG
PRAVA I MEĐUNARODNIH ODNOSA**

Službeni glasnik, Beograd, 2010.

U izdanju Službenog glasnika je 2010. izašao ENCIKLOPEDIJSKI REČNIK MEĐUNARODNOG PRAVA I MEĐUNARODNIH ODNOSA, **Prof.dr Borisa Krivokapića**, profesora Fakulteta za državnu upravu i administraciju Megatrend univerziteta iz Beograda i vrsnog stručnjaka u oblasti Međunarodnog javnog prava, Međunarodnih odnosa i Ljudskih prava. Dvanaest godina pre objavljivanja ENCIKLOPEDIJSKOG REČNIKA, **Prof.dr Boris Krivokapić** je objavio *Leksikon međunarodnog prava* u izdanju Radničke štampe i Instituta za uporedno pravo. Obim *Leksikona* je mnogo manji od obima ENCIKLOPEDIJSKOG REČNIKA, a sadržina je doživela izmene, imajući u vidu živost i promenljivost materije međunarodnog prava i međunarodnih odnosa. ENCIKLOPEDIJSKI REČNIK obuhvata i odrednice *Leksikona*, koje su izmenjene, osavremenjene i dopunjene, ali njegovu sadržinu čini mnogo veći broj odrednica, kojih ima oko 5000, kao i 2000 uputnica koje su izložene abecednim redom.

ENCIKLOPEDIJSKI REČNIK obrađuje pojmove iz oblasti međunarodnog prava, međunarodnog privatnog prava, međunarodnih političkih odnosa, međunarodnih ekonomskih odnosa, prava ljudskih prava, prava međunarodnih organizacija, istorije diplomatije, bezbednosti, vojnih pitanja, zaštite životne sredine, kao i pitanja iz niza drugih oblasti. Prilikom pisanja odrednica koje obuhvataju navedene oblasti, autor je davao definicije za pojedine termine, zatim, on je navodio i sve relevantne istorijske, statističke i druge podatke. U nekim slučajevima, navodio je i pojedine zanimljivosti. Takođe,

navođeni su i kritički pristupi i analize. Kod najvećeg broja obrađanih pojmova, navodi se i poreklo termina, njegov ekvivalent na engleskom ili nekom od drugih jezika, kao i njihova uobičajena i posebna značenja. U okviru odrednice ili na njenom kraju date su i veb adrese koje upućuju čitaoca na detaljnije informacije o određenom pojmu. Isto tako, kod skoro svih odrednica date su i uputnice na srodne pojmove koji su obrađeni u ENCIKLOPEDIJSKOM REČNIKU.

Materija međunarodnog prava i međunarodnih odnosa je složena i sklona čestim promenama. Da je to tačno, govore nam događaji u svetu koji su i različitog karaktera i različitog porekla. Delo, kao što je ENCIKLOPEDIJSKI REČNIK, u mnogome doprinosi shvatanju ne samo pojmova obuhvaćenih u navedenim odrednicama, već i shvatanju svih dešavanja u svetu, kao i odnosa među državama. Uopšte, materija međunarodnog javnog prava, u okviru koje možemo da govorimo o većini, napred navedenih, oblasti koje obuhvata ENCIKLOPEDIJSKI REČNIK, veoma je složena i praktično, u okviru nje, možemo razlikovati niz zasebnih celina, od kojih svaka može biti posebna naučna disciplina. U prilog tome govori i obim ENCIKLOPEDIJSKOG REČNIKA. Osim toga, navedeno je i niz pojmova koji se odnose na Evropsku uniju i pravo Evropske unije.

Sa druge strane, obim odrednica je, u ovom delu, dovoljan sa stanovišta potreba čitaoca ENCIKLOPEDIJSKOG REČNIKA. Pravu meru je teško naći, ali je **Prof.dr Boris Krivokapić** naveo u svakoj odrednici ono što je najbitnije, što čitaoca „tera“ na dalje istraživanje i informisanje o svakom pojedinom pojmu ove materije. Da bi mogao da definiše svaku odrednicu, na relativno malom prostoru, odnosno, na prostoru koji je i određen za delo ove vrste, autor je morao da koristi obimnu literaturu na različitim jezicima. Pored toga, autor je koristio i svoje ogromno iskustvo, kako u nauci, tako i u radu na fakultetu, kao i ogroman broj svojih radova, koji su mu, takođe, pomogli da stvori ovakvo kapitalno delo.

ENCIKLOPEDIJSKI REČNIK mogu koristiti, jednostavno, svi, ali će je, naravno, pre svega, koristiti stručnjaci iz ove oblasti, kao i svi oni stručnjaci koji se bave pravom, ali i drugim naukama, zatim, korišće je diplomate, analitičari, stručnjaci za vojna pitanja, političari, zaposleni u državnim organima, članovi vladinih i nevladinih organizacija, novinari, kao i studenti osnovnih i poslediplomskih studija. Naveli smo samo deo onih koji mogu

koristiti ovu knjigu. Kad kažemo koristiti, mislimo na jedan dug i stalan period.

Prof. dr Boris Krivokapić je dugo vremena radio (dve decenije) u Institutu za uporedno pravo. Napisao je, do sada, preko 30 knjiga i preko 130 radova u u vodećim domaćim i stranim naučnim časopisima i zbornicima (u Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, Italiji, Južnoj Koreji, Kanadi, Mađarskoj, Poljskoj, Španiji, Rusiji, Sloveniji). Pored ostalog, objavljivao radove u zbornicima, odnosno, časopisima 4 akademije nauka: Akademije nauka SSSR, Srpske akademije nauka, Poljske akademije nauka, Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti. **Prof.dr Boris Krivokapić** je bio učesnik i tridesetak naučnih projekata. Njegove knjige nalaze se u univerzitetskim, državnim i javnim bibliotekama u dvadesetak država. Između ostalog, 8 naslova se nalazi u Kongresnoj biblioteci SAD. Nebrojeno puta je citiran. **Prof.dr Boris Krivokapić** je nagrađivan više puta, a spomenućemo, samo, nagradu „Profesor Borislav T. Blagojević“, za najbolje delo u oblasti uporednog i evropskog prava objavljeno u Srbiji i Crnoj Gori u periodu 2004-2005.godine, koju je dobio 2006.godine. **Prof.dr Boris Krivokapić** je, do odlaska na Megatrend univerzitet, radio na više državnih i privatnih Pravnih fakulteta. Ima zvanje i redovnog profesora i naučnog savetnika.

ENCIKLOPEDIJSKI REČNIK MEĐUNARODNOG PRAVA I MEĐUNARODNIH ODNOSA, **Prof.dr Borisa Krivokapića** predstavlja kapitalno delo. No, ovaj autor je i do ovog dela, objavljivao knjige koje možemo tako kvalifikovati. Doprinos ENCIKLOPEDIJSKOG REČNIKA je nemerljiv, već sada, par meseci nakon objavljivanja. Taj doprinos će biti još veći, a nadamo se da će, nakon proteka, određenog broja godina, biti objavljeno neko slično delo ovog autora koje će predstavljati obaveznu literaturu za mnoge koji se bave ovom ili nekom sličnom materijom.

Ana Batrićević

Istraživač pripravnik

Institut za kriminološka i sociološka istraživanja

PRIKAZI KNJIGA

Prikaz monografije „Tužioc i žrtve“ Dr Jovana Ćirića

Monografija „Tužioc i žrtve“ Dr Jovana Ćirića, objavljena 2009. godine u izdanju Instituta za uporedno pravo u Beogradu, predstavlja naučno delo koje se po mnogo čemu razlikuje od ostatka domaćih i inostranih radova iz oblasti viktimologije. Osim što na svetlost dana hrabro iznosi najdelikatnija pitanja koja se mogu javiti na složenoj relaciji žrtva-pravosudni sistem-učinilac, autor istovremeno nudi i konkretne sugestije za njihovo rešavanje, ali i pozitivne primere iz uporednog prava. Kao jedna od specifičnosti ovog dela izdvaja se potpuno odsustvo jednostranosti u sagledavanju problematike. Naime, već se na prvi pogled može uočiti da je monografija kao celina, a i svako poglavlje unutar nje, prožeta jednom osnovnom niti – insistiranjem na poštovanju elementarnih ljudskih prava, kako onih koja pripadaju žrtvi, tako i onih koja su zagarantovana učiniocima krivičnih dela. U skladu sa tim, na samom početku izlaganja ukazano je na neophodnost traganja za “zlatnom sredinom”, ali i na opasnosti koje se mogu izroditi ukoliko se ravnoteža poremeti u korist, odnosno na štetu bilo koje od suprotstavljenih strana.

Autor uvodi čitaoca u problematiku podizanja i afirmisanja svesti o pravima žrtve pozivajući se na najvažnije odredbe Deklaracije Ujedinjenih nacija o osnovnim pravima žrtava kriminaliteta iz 1985. godine. On zatim sumarno prikazuje evoluciju ideje o pomeranju težišta krivičnog prava sa učinioca krivičnog dela, koji je vekovima bio u žiži interesovanja, na žrtvu krivičnog dela, koja pažnju zakonodavca i predstavnika pravosudnih organa okupira tek poslednjih 30-40 godina. U tom kontekstu, autor objašnjava i osnovne ideje na kojima počiva restorativna pravda, podvlačeći značaj ovog kompleksnog društvenog i kriminalno-političkog pokreta za osnaživanje žrtve kao aktivnog učesnika krivičnog postupka ali i alternativnih, diverzionih procesa. Kao još jedan argument u prilog

jačanju interesovanja za prava žrtava krivičnih dela, autor podvlači posttraumatski stres, pojam koji u sebi obuhvata sve one psihološke, zdravstvene, psiho-socijalne i socijalne posledice sa kojima žrtva treba da nastavi svoj život posle krivičnog dela.

Nakon osvrta na razvoj i jačanje prava žrtava, autor prezentuje dva markantna slučaja iz prakse sudova Sjedinjenih Američkih Država, koji su, svaki na svoj način, inicirali dramatičan preokret u pogledu položaja i žrtve i učinioca krivičnog dela i to ne samo u pravosudnom sistemu već i u društvu uopšte. Prvi, danas već čuveni, slučaj Katarine Đenoveze, koja je pre skoro pola veka u Njujorku silovana i ubijena na očigled svojih komšija, snažno je odjeknuo u kako u laičkoj tako i u stručnoj javnosti i do temelja uzdrmao dotadašnje poimanje prava žrtava krivičnih dela. Upravo je ovde prikazano kako je, praktično, jedna tragična sudbina inicirala čitavu lavinu raznovrsnih pokreta za prava žrtava i inspirisala konstituisanje nove naučne discipline-viktimologije.

Nasuprot tome, opisivanjem slučaja Pejn protiv Tenesija, autor baca svetlo i na "drugu stranu medalje". Kroz shvatanje Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država da u situacijama kada optuženom preti smrtna kazna, pred sudom ne sme biti saslušana žrtva, odnosno njoj bliska lica, ukazuje se na sve opasnosti i zloupotrebe koje sa sobom nosi preterano potenciranje njihovog bola i patnji. Osim što potkopavaju temelje na kojima počiva savremeni krivični postupak, kao što su: pravično i nepristrasno suđenje, pretpostavka nevinosti i pravo na odbranu, takva emotivna manipulisanja podstiču sekundarnu viktimizaciju i, u krajnjoj instanci, opstruišu primarni cilj svakog krivičnog postupka-otkrivanje istine. Skretanje pažnje na opasnost od zloupotrebe prava žrtava odmah nakon osvrta na razvoj i jačanje savremenih viktimoloških učenja nije slučajno. Na taj način, autor na samom početku postavlja problem koji je po svemu sudeći prisutan u svim savremenim krivičnim postupcima-iznalaženje i održavanje ravnoteže između dve suprotstavljene grupe prava i interesa, obe proklamovane gotovo univerzalno prihvaćenim međunarodnim dokumentima-žrtve i učinioca krivičnog dela.

Analizirajući položaj žrtve u krivičnom postupku, autor posebnu pažnju posvećuje pojmu sekundarne viktimizacije. Od svih negativnih osećanja koje se javljaju na strani žrtve bilo u toku samog suđenja, bilo izvan sudnice, ovde je poseban akcenat stavljen na strah, stid i samookrivljavanje, pri čemu je posebno opisano kakve sve reperkusije ove emocije mogu imati na tok i krajnji ishod krivičnog

postupka. Zaboravljanje relevantnih činjenica, nekonzistentnost u izlaganju, umanjen kredibiliteta iskaza i obeshrabrujuća poruka za druge-aktuelne ili potencijalne žrtve krivičnih dela samo su neke od njih. Osim razmatranja problematike sekundarne viktimizacije žrtava seksualnih delikata, za koju je opšteprihvaćeno da je naročito intenzivna i veoma teško premostiva, posebnu pažnju pobuđuje izlaganje posvećeno sekundarnoj viktimizaciji žrtava imovinskog kriminaliteta, koja je u našoj teoriji i praksi, potpuno neopravdano stavljena u drugi plan. Zbog toga je veoma korisno to što autor na ovom mestu iznosi i rešenja-potencijalne uzore, koja su u oblasti pružanja podrške žrtvama imovinskog kriminaliteta (a naročito krivičnog dela prevare) prisutna u uporednom pravu.

Jednu od osobenosti monografije "Tužioc i žrtve" čini i to što se autor u svom izlaganju ne zaustavlja samo na problemima žrtava kao izolovanih subjekata već ide korak dalje i nastoji da predstavi svu složenost odnosa između žrtava kao laika i državnih tužilaca kao stručnjaka, profesionalaca koji predstavljaju pravosudni sistem. Kao suština tog odnosa nameće se nimalo jednostavan zadatak javnog tužioca da se suoči sa često potpuno nereálnim zahtevima ogorčene žrtve i (ili) njene ožalošćene porodice i da, istovremeno, postupa objektivno i nepristrasno, pa makar to bilo i u korist optuženog. Imajući u vidu složenost ovih zahteva, autor podvlači značaj kontinuirane edukacije zaposlenih u pravosudnim organima (na prvom mestu tužilaca i sudija), ali i svih drugih lica koja obavljajući svoju profesiju dolaze u kontakt sa žrtvama krivičnih dela, poput zaposlenih u organima unutrašnjih poslova i centrima za socijalni rad. Povrh toga, on i sam pruža vredne i korisne smernice, koje bi ova lica trebalo da slede u svom radu sa žrtvama, a tiču se pre svega pravilnog načina na koji treba da se postave prema licima koja od njih traže pomoć i vrste informacija koje tim licima treba da pruže. Kao pozitivan primer istaknuta je praksa koja je u ovoj oblasti zastupljena u Sjedinjenim Američkim Državama.

Deo monografije posvećen položaju žrtve u istrazi, slikovito nazvan "kopanje po prošlosti žrtve", posebno je aktuelan s obzirom na dugo najavljivano uvođenje tužilačke istrage u naš pravni sistem. Takva radikalna reforma našeg krivičnog procesnog zakonodavstva staviće tužioce pred nove izazove, a, kao što autor naglašava, neminovno će dovesti do formiranja "paralelnih" istražnih timova advokata. Budući da će se i jedni i drugi naći na "nepoznatom terenu", potpuno je opravdano autorovo insistiranje na redovnoj nadgradnji

njihovih znanja i veština, naročito u pogledu komunikacije sa žrtvom. Uz pomoć nekoliko upečatljivih primera, autor približava čitaocu koliko delikatno po žrtvu i njenu porodicu ali i po same istražitelje može biti otkrivanje pojedinih detalja iz njene prošlosti. Podvlačeći da otkrivanje istine ima prioritet u odnosu na zahteve privatnosti i pijeteta, on istražiteljima pruža niz sugestija u vezi sa njihovim držanjem prilikom postavljanja osetljivih pitanja i saopštavanja ili prećutkivanja neprijatnih ili kompromitujućih saznanja o žrtvi. Kao osobito problematično izdvojeno je utvrđivanje doprinosa žrtve sopstvenoj viktimizaciji, jer pogrešan pristup istražitelja u takvim situacijama može kod lica bliskih žrtvi stvoriti pogrešan i neželjen utisak da je ona ta kojoj se sudi.

Pitanje doprinosa žrtve sopstvenoj viktimizaciji obrađeno je u okviru posebnog poglavlja. Pritom je posebno podvučen potencijalno ograničavajući efekat preterane obzirnosti prema žrtvi i njenoj porodici na utvrđivanje u kojoj meri je sam oštećeni doprineo izvršenju krivičnog dela. Promovišući savremena viktimološka shvatanja autor upravo na ovom mestu s pravom postavlja pitanje da li i sam učinilac može biti žrtva-sopstvene žrtve ili spleta nesrećnih okolnosti. U tom kontekstu još više dolazi do izražaja obaveza javnog tužioca da uspešno "balansira" između oštećenog kao direktne i učinioca kao indirektno žrtve.

Interesovanje zakonodavca i predstavnika pravosudnih organa za prava žrtava krivičnih dela je u našoj zemlji do nedavno bilo prilično skromno. Zbog toga je osobito korisno što autor kroz jednu sažetu komparativnu viktimološku analizu pruža čitaocu uvid u položaj oštećenih lica u pravnim sistemima drugih zemalja. Posebnu prednost predstavlja to što se autor ne zadržava samo na teorijsko-pravnom razmatranju inostranih zakonskih tekstova. On prikazuje najvažnije rezultate dva opsežna viktimološka istraživanja i pravi koncizan presek stavova laičke i stručne populacije pojedinih zemalja u odnosu na aktuelni položaj žrtava i učinioca u njihovim pravnim sistemima, ciljeve krivičnog postupka, optimalne modalitete kompenzacije, prijavljivanje pojedinih krivičnih dela, rad policije i osećanje sigurnosti građana.

Zasebno poglavlje posvećeno je nastanku, razvoju i funkcionisanju službi za pomoć žrtvama krivičnih dela u Engleskoj, Velsu, Severnoj Irskoj i Sjedinjenim Američkim Državama-zemljama koje u oblasti viktimologije imaju dugu i sadržajnu tradiciju. Autor ovde upoznaje čitaoca sa širokom lepezom njihovih delatnosti i s

pravom ukazuje na potrebu za osnivanjem sličnih službi i u našoj zemlji. Na izlaganje o službama za pomoć nadovezuje se razmatranje uporednopravnih rešenja u vezi sa novčanim obeštećenjem žrtava krivičnih dela iz javnih (državnih) fondova. Nakon razmatranja pitanja opravdanosti ovakve kompenzacije, autor upoređuje izvore finansiranja, vrste kompenzacije, maksimalne iznose novčane nadoknade i situacije u kojima se ona može ostvariti iz ovakvih fondova u različitim zemljama.

Kao zaključak, autor se osvrće na situaciju u Srbiji, zemlji koja obiluje žrtvama ratova, posttraumatskog stresa, tranzicije, svekolikog nasilja i senzacionalistički nastrojenih medija nazivajući, bez imalo preterivanja, naše društvo pravom “kriminološko-viktimološkom laboratorijom”. Uvidom u našu realnost (koja se svodi na previše žrtava i premalo novčanih sredstava za njihovo obeštećenje) stiče se predstava o tome koliki izazov predstavlja implementacija savremenih viktimoloških ideja u takvom okruženju. Uprkos tome, autor ističe da je poboljšanje položaja žrtava u našoj zemlji moguće i, u tom smislu, navodi niz konstruktivnih predloga inspirisanih uporednopravnim rešenjima.