

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

ISSN 0039 2138

UDK 34

STRANI PRAVNI ŽIVOT

FOREIGN LEGAL LIFE

3/2017

Beograd, 2017.

Redakcija
Editorial board

Prof. dr Miodrag Orlić

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

Prof. dr Olga Cvejić-Jančić

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

Prof. dr Spiridon Vrelis

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

Prof. dr Mikele Papa

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

Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach

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

Prof. dr Vid Jakulin

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

Dr Stefanos Kareklas

advokat iz Soluna
Attorney, Thessaloniki

Prof. dr Alesandro Simoni

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

Prof. dr Đorđe Ignjatović

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

Dr Jovan Ćirić

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

Prof. dr Đorđe Đorđević

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

Prof. dr Dejan Đurđević

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

Prof.dr Dušan Vranjanac

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

Ratomir Slijepčević

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

Prof. dr Goran Dajović

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

Dr Branislava Knežić

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

Branka Babović

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

Prof.dr Nataša Mrvić Petrović

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

Prof. dr Vladimir Čolović

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

Doc. dr Jelena Čeranić

viši naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Senior Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Aleksandra Rabrenović

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

Dr Katarina Jovičić

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

Prof. dr Vladimir Đurić

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

Dr Ana Knežević Bojović

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

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK

Editor in chief

Prof.dr Vladimir Čolović

ZAMENIK GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA

Deputy of editor in chief

Prof. dr Nataša Mrvić Petrović

SEKRETAR REDAKCIJE

Secretary of Editorial board

Aleksandra Višekruna

TEHNIČKI UREDNIK

Technical editor

Miloš Stanić

IZDAVAČ

Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

Institute of Comparative Law

Beograd, Terazije 41

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

tel. + 381 11 32 33 213

ŠTAMPA

Print

GORAGRAF

TIRAŽ

Circulation

200 primeraka - copies

SADRŽAJ

<i>Nataša Mrvić Petrović</i> PRINUDNO PSIHIJATRIJSKO LEČENJE I ZATVARANJE DUŠEVNO POREMEĆENIH UČINILACA KRIVIČNIH DELA U BELGIJI	9
<i>Goran P. Ilić</i> NAČELO NE BIS IN IDEM U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	21
<i>Ilija Zindović</i> REVIZIJA UGOVORA ZBOG PROMENJENIH OKOLNOSTI- UPOREDNOPРАВNA REŠENJA O KLAUZULI <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	35
<i>Dragana Knežić-Popović</i> ŠIRENJE DOMAŠAJA NEPRISTRASNOSTI JAVNOG BELEŽNIKA U DOMEN JAVNOG PRAVA	55
<i>Dejan Milenković</i> UPРАВNI UGOVORI U ZAKONIMA O OPŠTEM UPРАВNOM POSTUKU ZEMALJA ZAPADNOG BALKANA	67
<i>Mileva Anđelković</i> POVERLЈIVOST <i>VERSUS</i> TRANSPARENTNOST U SAVREMENOM PORESKOM PRAVU	81
<i>Vladimir Đurić</i> PRIPADNOST NACIONALNOJ MANJINI I BIRAČKO PRAVO ZA IZBOR MANJINSKIH TELA I PREDSTAVNIKA	97
<i>Majida Lubura</i> POЈAM FEMICIDA I ZNAČAJ NJEGOVOG PRAVNOG REGULISANJA	115
<i>Stefan Andonović</i> PRAVO NA SPORT KAO LJUDSKO PRAVO	131
<i>Tunjica Petrašević, Dunja Duić, Ena Buljan,</i> PRAVA ISTOSPOLNIH ZAJEDNICA U EUROPSKOЈ UNIЈI S POSEBNIM OSVRTOM NA REPUBLIKU HRVATSKU	145

Gordana Krstić
ZAŠTITA ŽRTVE U SRPSKOM I
PORTUGALSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU 171

Slobodan Radovanović
PETNAEST GODINA POSLE SLUČAJA BANKOVIĆ;
PRAVO NA ŽIVOT I EKSTRATERITORIJALNI SLUČAJ 191

Ena Kazić, Rialda Ćorović
KRIMINOLOŠKI ASPEKTI KOREKTIVNIH SILOVANJA
LEZBEJKI U JUŽNOAFRIČKOJ REPUBLICI 207

TABLE OF CONTENTS:

Nataša Mrvić Petrović
COERCIVE PSYCHIATRIC CARE AND
DETENTION OFFENDERS WITH MENTAL DISORDERS
IN BELGIUM 9

Goran Ilić
NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN PRACTICE
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 21

Ilija Zindović
REVISION OF CONTRACT DUE CHANGED CIRCUMSTANCES -
COMPARATIVE LEGAL SOLUTIONS OF
REBUS SIC STANTIBUS CLAUSE 35

Dragana Knežić-Popović
EXPANSION OF SCOPE OF IMPARTIALITY OF
NOTARY IN DOMAIN OF PUBLIC LAW 55

Dejan Milenković
ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN THE NEW GENERAL
ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT
IN WESTERN BALKANS COUNTRIES 67

Mileva Anđelković
CONFIDENTIALITY VERSUS TRANSPARENCY IN
CONTEMPORARY TAX LAW 81

<i>Vladimir Đurić</i> THE MEMBERSHIP OF A NATIONAL MINORITY AND THE VOTING RIGHT FOR THE ELECTION OF THE MINORITY BODIES AND REPRESENTATIVES	97
<i>Majida Lubura</i> CONCEPT OF FEMICIDE AND IMPORTANCE OF ITS LEGAL REGULATION	115
<i>Stefan Andonović</i> THE RIGHT TO SPORT AS A HUMAN RIGHT	131
<i>Tunjica Petrašević, Dunja Duić, Ena Buljan</i> THE RIGHTS OF SAME-SEX COUPLES IN THE EUROPEAN UNION WITH SPECIAL EMPHASIS ON THE REPUBLIC OF CROATIA	145
<i>Gordana Krstić</i> PROTECTION OF THE VICTIMS IN SERBIAN AND PORTUGUESE CRIMINAL LEGISLATION	171
<i>Slobodan Radovanović</i> FIFTEEN YEARS AFTER BANKOVIĆ : RIGHT TO LIFE AND THE EXTRATERRITORIAL CASE	191
<i>Ena Kazić, Rialda Ćorović</i> CRIMINOLOGICAL ASPECTS OF CORRECTIVE RAPES OF LESBIANS IN SOUTH AFRICAN REPUBLIC	207

PRINUDNO PSIHIJATRIJSKO LEČENJE I ZATVARANJE DUŠEVNO POREMEĆENIH UČINILACA KRIVIČNIH DELA U BELGIJI²

Apstrakt

Autor analizira položaj duševno poremećenih izvršilaca krivičnih dela u Belgiji. Prikazuje razvoj zakonodavstva koje je tradicionalno (od 1930.) zasnovano na doktrini kriminološke škole društvene odbrane, nedostatke ranijih zakona i pokušaje da se ti nedostaci ublaže. U radu se analizira pravna priroda mere prinudnog psihijatrijskog lečenja i zatvaranja, uslovi za izricanje i način izvršenja. Autor konstatuje da najnovije zakonske izmene (iz 2014. i 2016.) imaju za cilj da ublaže ambivalentnu prirodu mere i otklone razloge zbog kojih je dolazilo do kršenja osnovnih prava lica upućenih na prinudno psihijatrijsko institucionalno lečenje.

Ključne reči: *mere bezbednosti, preventivno zatvaranje, psihijatrijsko lečenje, duševno poremećeni učinioци, Belgija*

1. Uvod

U sklopu šireg problema regulisanja pravnog položaja neuračunljivih lica kao izvršilaca krivičnih dela³ javlja se dilema kako, u okviru sistema izvršenja krivičnih sankcija ili van njega, optimalno uskladiti potrebu za psihijatrijskim lečenjem teško duševno poremećenog pojedinca uz poštovanje njegovog dostojanstva i osnovnih ljudskih prava i kriminalnopolitički cilj zaštite društva od kriminaliteta takvog lica.

¹ Naučni savetnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: n.mrvic@icl.org.rs.

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

³ N. Mrvić Petrović, „Krivičnopravni položaj lica sa mentalnim poremećajima“, *Temida* 3/2007, 43-45. Umesto izraza neuračunljivi ili teško duševno poremećeni učinilac protivpravnog dela koje ima obeležje krivičnog dela u daljem tekstu se koristi kraći, iako delimično netačan izraz neuračunljivi ili duševno poremećeni učinilac krivičnog dela.

Svu složenost pronalaženja adekvatnog odgovora na to pitanje najbolje pokazuje primer Belgije koja je od 1993. sve do danas stalno izložena kritikama Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja i nehumanog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (CPT) zbog neadekvatnog smeštaja i kršenja minimalnih zatvorskih prava lica prema kojima je određena naročita mera bezbednosti interniranja, tj. zatvaranja u posebne ustanove radi obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja (fr. *internement*)⁴. I ne samo to: protiv Belgije su donete brojne presude u postupcima pred Evropskim sudom za ljudska prava zbog kršenja osnovnih prava duševno poremećenih lica lišenih slobode u praksi. Takva praksa bila je posledica nejasnog normativnog koncepta za selekciju lica prema kojima se mera izriče i i sistemskog nedostatka u organizaciji izvršenja mere. U pokušaju da se (donekle) popravi situacija, učinjene su izmene zakonodavstva koje se odnosi na izricanje i izvršenje mere psihijatrijskog lečenja i čuvanja.

Sa stanovišta pravne nauke ovo je interesantan primer istrajavanja na tradicionalnom i osobenom pravnom konceptu regulisanja položaja duševno poremećenih učinilaca krivičnog dela koji, na način kako je primenjen u praksi, pogoduje pojavama kršenja osnovnih ljudskih prava. Zato i zaslužuje da bude detaljnije objašnjen, jednako kao i najnoviji pokušaji da se izmenama zakonodavstva ti nedostaci prevaziđu.

2. Razvoj pravne regulative

U Belgiji postoji duga tradicija primena posebnih mera prema licima „neodgovornim za svoje postupke“ izvan krivičnog pravnog sistema. Još 9. aprila 1930. godine bio je donet Zakon o društvenoj odbrani u odnosu na nenormalne i delinkvente iz navike kojim je bilo predviđeno da se neuračunljivim i teško duševno zaostalim uračuniocima primenjuju mere društvene odbrane, umesto kažnjavanja. Kroz zakonski tekst je došla do izražaja kriminološka doktrina društvene odbrane (*défense sociale*), koju je promovisao istaknuti predstavnik te škole, jedan od osnivača Međunarodnog udruženja za krivično pravo, profesor krivičnog prava na Slobodnom univerzitetu u Briselu i generalni inspektor zatvorskog sistema - Adolph

⁴ *Interniranje* (od lat. *internare*) je administrativna mera prisilnog zatvaranja ili upućivanja na boravak u određenom mestu uz stalan nadzor državnih organa, primenjiva prema zarobljenim neprijateljima, strancima, političkim protivnicima, ali i drugim licima koja se smatraju opasna po društvo. U ovom radu korišćen izraz psihijatrijsko lečenje i zatvaranje, koji najbolje ukazuje na sadržinu te mere. Time se potencira sličnost po funkciji između mere interniranja i mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanje, koja, kao naročita krivična sankcija postoji u krivičnim zakonodavstvima germanske varijante kontinentalnog prava (uključujući tu i naše). O tome više v. u: N. Mrvić Petrović, „Mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja kao samostalna krivična sankcija“, u: *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje i izvršenje i uslovni otpust* (ur. I. Stevanović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2016., 167- 177.

Prins (Adolf Prince)⁵. U tom Zakonu došao je do izražaja eklekticizam koji je mirio postulate neoklasične škole i pozitivističkog pristupa na taj način što je propisan poseban pravni režim za duševno „nenormalne“ učinioce, recidiviste i učinioce iz navike i to na marginama krivičnog sistema (kao posebna mera bezbednosti psihijatrijskog lečenja i zatvaranja koja se po pravnoj prirodi razlikuje od kazne i izvršava u posebnim azilima, a ne u zatvorskim ustanovama). Međutim, takav kompromis u suštini je sadržao ambivalentnost između potrebe za psihijatrijskim lečenjem „duševno nenormalnog“ lica i krivičnom pravnom zaštitom društva od kriminaliteta neuračunljivog učinioca. Zakon je trebalo da se odnosi isključivo na „duševno nenormalna“ lica koja učine teško kazneno delo. Ali, pored toga, Zakon se mogao primeniti i na drugo lice duševno poremećeno u stepenu koji ne isključuje njihovu uračunljivost, koje je označeno opasnim po društvo, poput recidiviste i onoga ko iz navike izvršava delo. Te protivrečnosti su uočene vrlo brzo pošto je Zakon počeo da se primenjuje. Zakon su zato kritikovali i medicinski stručnjaci i pravnici, ali je primenjivan i kasnije i pored dva pokušaja revizije, 1935. i 1939. godine⁶, sve do 1. 7. 1964. kada je osavremenjen i zamenjen novim, ali uz zadržani osnovni koncept (zato se uobičajeno označava kao Zakon od 1930-1964)⁷. Kako su novim zakonom preuzeta većinom rešenja iz starog, u novi Zakon su pretočene i protivrečnosti koncepta na kome se zasniva. Zakon iz 1964. primenjivan je sve do 2007. godine, uz izvesne izmene⁸.

Prema Zakonu iz 1964. mere društvene odbrane mogle su biti primenjene ne samo prema duševno bolesnim i duševno zaostalim licima, recidivistima i učiniocima iz navike, nego i prema svakom drugom licu sa

⁵ Prinsov koncept društvene odbrane, dobro objašnjen u knjizi *La défense sociale et les transformations du droit penal* iz 1910., zasniva se na idejama italijanskog pravnika Karminjanija (Carmignani), koji se još sredinom 19. veka zalagao da neuračunljive učinioce krivičnih dela ne treba kažnjavati, nego lečiti i izolovati iz društva primenom mera društvene odbrane (E. Mc Laughlin, J. Muncie, *The Sage Dictionary of Criminology*, The Sage Publications, Los Angeles-London 2013³, 425). Prinsove ideje o zaštiti društva merama društvene odbrane došao je do izražaja i u drugim zakonima, uključujući tu i čuveni belgijski Krivični zakonik iz 1867. godine.

⁶ M. van de Kerchove, „Les avatars de la loi belge de défense sociale : le changement dans la continuité“, *Déviance et Société*, vol. 34, 4/2010/4, 487.

⁷ Loi du 1/07/1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, www.health.belgium.be/fr/loi-du-1071964-de-defense-sociale-legard-des-anormaux-et-des-delinquants-dhabitude, 22. 9. 2017.

⁸ O razvoju zakonodavstva i njegovim nedostacima v.: P. Mary, D. Kaminski, E. Maes, F. Vanhamme, „La traitement de la 'dangerosité' en Belgique: internement et mise à la disposition du gouvernement“, *The treatment of „dangerousness“ in Belgium: internment and placing at the government's disposal*, Séminaire du GERN, „Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité“, 2008-2009, *Champ Pénal*, 2011, vol. 8, 25. octobre 2011, www.champpenal.revues.org/8359, 29. 12. 2015; Y. Cartuyvels, G. Cliquenois, „The Punishment of Mentally Ill Offenders in Belgium: Care as Legitimacy for Control“, *Champ pénal*, vol. 12, 2015, www.champpenal.revues.org/9307, 23. 9. 2017.

duševnim poremećajem koje se može smatrati opasnim po društvo i sklonim ponovnom izvršenju krivičnog dela. U članovima 5. i 8. bili su navedeni dodatni kriterijumi: da duševni poremećaj učinioca mora biti izražen u tom stepenu da isključuje ili ozbiljno narušava njegove intelektualne i volunarističke sposobnosti, da mora postojati i u vreme izricanja presude, da je takav poremećaj bio uzrok izvršenja dela i da postoji opasnost da će zbog svog opasnog stanja to lice ponovo izvršiti krivično delo. Međutim, nejasan zakonski kriterijum za procenu ozbiljnosti „drugog duševnog poremećaja“ kao novog osnova za primenu mere društvene odbrane uticao je da su u praksi medicinski veštaci „presuđivali“ kojem će učiniocu kaznenog dela u sudskom postupku biti izrečena kazna zatvora, a ko će biti izuzet i smešten u zdravstvenu ustanovu na psihijatrijski tretman i lečenje po posebnom zakonu. Jer, „drugi duševni poremećaj“ mogao je da uključi i poremećaje ličnosti, odstupanja od uobičajenog ponašanja i drugo. Nepovoljna praktična posledica bila je ta da se u iste psihijatrijske ustanove radi lečenja i zatvaranja smeštaju duševno oboleli koji su po pravilu neuračunljivi kao i lica sa ozbiljnim duševnim poremećajem koja to ne moraju biti, budući da kod njih mogu biti očuvane moći shvatanja šta čine, pa bi zato mogli biti krivično odgovorni⁹.

Izbijanje afere „Ditru“ („*Dutroux*“)¹⁰ podstaklo je izmene zakona. Zakonom donetim 5. marta 1998. godine o uslovnom otpustu menjan je naziv Zakona iz 1930-1964 kako bi se omogućila njegova primena prema „izvršiocima određenih seksualnih prestupa“, tj. pedofilima. Ali, tako je otvorena „Pandorina kutija“ mogućih zloupotreba u praksi, jer se nastojalo omogućiti tzv. preventivno zatvaranje¹¹ lica označenih kao pedofili u neodređenom trajanju iako se u savremenoj psihijatriji pedofilija ne smatra duševnim poremećajem, niti takva seksualna aberacija isključuje uračunljivost učinioca.

Posledica široke primene mera društvene odbrane bila je povećano učešće zatvorenih po Zakonu iz 1964. u ukupnom broju lica lišenih slobode. U nedostatku posebnih smeštajnih ustanova za izvršenje mere psihijatrijskog lečenja i zatvaranja u flamanskom delu Belgije, tzv. „internirci“ su smeštani u psihijatrijska odeljenja zatvorskih ustanova, ali

⁹ P. Mary *et al.*, 25.

¹⁰ Mark Ditru (*Marc Dutroux*) bio je 1989. godine osuđen na dugogodišnju kaznu zatvora zbog otmice i silovanja pet devojaka. Pošto je uslovno pušten posle samo nekoliko godina, izvršio je tokom 1995. i 1996. godine, zajedno sa svojim saučesnicima, niz krivičnih dela prema maloletnicima. Osuđen je za otmice, mučenja, seksualna zlostavljanja i ubistva šest devojčica izvršena tokom 1995. i 1996. godine.

¹¹ Tih godina je inače u evropska zakonodavstva počela da prodira ideja o preventivnom zatvaranju seksualnih prestupnika u drugih lica opasnih po društvo pod uticajima iz američkog prava (v. N. Mrvić-Petrović, „Preventivne mere prema osuđenima opasnim po društvo u pravima Sjedinjenih Američkih Država i Velike Britanije“, *Strani pravni život* 2/2015, 41-52).

i u zatvorska odeljenja, zajedno sa osuđenim licima. U tim uslovima, u kojima nije mogao da im bude obezbeđen adekvatan psihijatrijski tretman, ostajali su neprimereno dugo, čak i kada je reč o učiniocima relativno lakih krivičnih dela¹². I nacionalna udruženja i međunarodne organizacije za zaštitu ljudskih prava osuđenih lica upozoravale su na takva flagrantna kršenja ljudskih prava vlasti Belgije, Savet Evrope i Komitet UN za zaštitu ljudskih prava¹³. Iz istog razloga, Evropski sud za ljudska prava je u periodu od 1998. do danas doneo niz presuda protiv Belgije¹⁴.

U pokušaju da se prevaziđe ta situacija i poboljša uključivanje u društvo neuračunljivih učinilaca krivičnih dela, donet je Zakon o zatvaranju (interniranju) osoba sa duševnim poremećajima koji je usvojen 21. aprila 2007¹⁵. Zakonom je po prvi put specijalno regulisan položaj učinilaca krivičnih dela sa teškim duševnim poremećajima, odvojeno od povratnika i učinilaca krivičnih dela iz navike. Pritom je mera psihijatrijskog lečenja i zatvaranja jasnije profilisana kao krivičnopravna. Zakon nikad nije stupio

¹² Već duže od decenije CPT upozorava na takvo stanje, a naročito u izveštaju iz 2013. godine, kada je, posle poseta psihijatrijskim odeljenjima zatvora Merksplas, Antwerpen i Šume (smešteni u tim odeljenjima činili su skoro 45% ukupnog broja tzv. interniranih lica), utvrdio da se ta lica, dok čekaju „slobodno“ mesto u odgovarajućoj ustanovi, smeštaju u psihijatrijska odeljenja zatvora, koja nisu namenjena lečenju i gde se zadržavaju mnogo duže nego što je opravdano (često i duže od dve godine) u uslovima u kojima ne mogu da dobiju odgovarajuću psihijatrijsku pomoć i tretmane (v. Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24 septembre au 4 octobre 2013 (CPT/Inf (2016) 13), www.coe.int/sr_RS/web/cpt/Belgium, 22. 9. 2017).

¹³ Belgije: Bijdrage Amnesty International aan het VN-Universel Periodiek Onderzoek – Januari-Februari 2016, www.amnesty-international.be/sites/default/files/bijlagen/amnesty_international_bijdrage_voor_upr_belgie_2016.pdf, 22. 9. 2017.

¹⁴ Aerts protiv Belgije, (predstavka 25357/94, presuda od 30. 6. 1998.), De Donder i De Clippel protiv Belgije (predstavka, 6 December 2011- 8595/06; ECtHR. L.B. protiv Belgije (predstavka br. 22831/08), presuda od 2. 10. 2012.), Swennen protiv Belgije, (predstavka br. 53448/10, presuda od 10. 1. 2013.), Dufort protiv Belgije (predstavka br. 43653/09, presuda od 10. 1. 2013.) Claes protiv Belgije (predstavka br. 43418/09, presuda od 10. Januara 2013. Presudom od 9. 1. 2014. Evropski sud za ljudska prava presudom od 9. 1. 2014. godine uvažio je osam predstavi u slučajevima: Oukili protiv Belgije (predstavka br. 43663/09); Plaisier protiv Belgije (predstavka br. 28785/11); Van Meroye protiv Belgije (predstavka br. 330/09); Saadouni protiv Belgije (predstavka br. 50658/09); Moreels protiv Belgije (predstavka br. 43717/09); Gelaude protiv Belgije (predstavka br. 43733/09); Caryn protiv Belgije (predstavka br. 43687/09), Lankester protiv Belgije (predstavka br. 22283/10). Sud je ustanovio u svim slučajevima da je država Belgija prekršila član 5 par. 1. Evropske konvencije stoga što nije uspostavljena adekvatna uzročno-posledična veza između razloga za lišenje slobode (poseban zakonski osnov za zatvaranje podnosilaca predstavi kao duševno obolelih lica koja su izvršila kazneno delo) i mesta gde su bila smeštena (zatvorske ustanove namenjene izvršenju kazne), čime su podnosiocima predstavi uskraćena prava na odgovarajuću zdravstvenu negu i psihijatrijsku pomoć i druga prava. Isti argument iskorišćen je u predmetu W. D. protiv Belgije (predstavka 73548/13), presuda od 6. 9. 2016. godine.

¹⁵ La loi du 27 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, www.etaamb.be/fr/loi-du-21-avril-2007_n2007009524.html, 22. 9. 2017.

na snagu. Trebalo je da počne da se primenjuje od januara 2009. ali je njegova primena najpre bila odložena do 2012, a potom je zamenjen novim 5. maja 2014. godine kada je usvojen Zakon o zatvaranju (interniranju) osoba¹⁶ (dalje ZI), koji je počeo da se primenjuje od 1. januara 2016.

ZI je donet sa ciljem da unapredi pravni status osoba prema kojima je izrečena mera bezbednosti psihijatrijskog lečenja i čuvanja i da progresivnije i jasnije reguliše uslove za izricanje mere, postupak u kome se određuje i način njenog izvršenja, kako bi se eliminisali uzroci kršenja prava na koje je u svojim presudama ukazivao Evropski sud za ljudska prava. U ZI su preuzeta neka rešenja iz projekta zakona iz 2007. koja su poboljšana u skladu sa primedbama stručne javnosti i prema odluci Ustavnog suda br. 154/2008.

3. Pravna priroda i funkcija mere

Zakonom je preuzet u osnovi tradicionalni koncept iz Zakona 1930-1964 o meri psihijatrijskog lečenja i zatvaranja koja objedinjuje funkcije specijalne kriminalne prevencije (psihijatrijsko lečenje duševno poremećenog lica) i zaštite društva neutralizacijom opasnosti tog pojedinca njegovom fizičkom izolacijom. Kako u Zakonu 1930-1964 nije jasno određena pravna priroda mere, Kasacioni sud Belgije je u više svojih presuda (1933., 1955., 1978.) ukazivao da mera ima karakter mere bezbednosti društvene odbrane ali i elemente punitivne (kažnjive) prirode, što je prihvaćeno i u doktrini koja je zastupala stanovište o mešovitoj pravnoj prirodi mere (*mesure de nature mixte*)¹⁷.

U članu 2. sadašnjeg ZI izričito je predviđeno da je mera psihijatrijskog lečenja i zatvaranja po pravnoj prirodi mera bezbednosti (*mesure de sûreté*). U istoj odredbi istaknuto je da će, s obzirom na bezbedonosni rizik i zdravstveno stanje lica prema kome se mera primenjuje, tom licu biti obezbeđena odgovarajuća pomoć, kako bi ono moglo da živi ljudski dostojanstveno sa izgledima da se, napredujući uz primenu odgovarajućih tretmana, ponovo integriše u društvo.

Iako to nije naglašeno kao ranije, ipak i sadašnja mera u svojoj pravnoj prirodi sjedinjuje karakteristike medicinsko-penalnog tretmana kojim bi trebalo da se postignu ciljevi poboljšanja psiho-fizičkog stanja duševno poremećene osobe, njenog prevaspitavanja i socijalne rehabilitacije. Slično svim drugim merama bezbednosti i mera psihijatrijskog lečenja i zatvaranja je neodređenog trajanja (uz periodično preispitivanje potrebe za njenom daljom primenom), a od kazne zatvora se razlikuje ne samo po tom trajanju, nego i po organima koji su nadležni da je odrede i po načinu izvršenja.

¹⁶ La Loi relative à l'internement des personnes, *Moniteur Belge*, 9. Juillet 2014, 52159.

¹⁷ M. van de Kerchove, 492-493.

U odeljku II ZI, u članu 9. stav 1. predviđeno je da meru psihijatrijskog lečenja i zatvaranja određuje sud prema onome ko učini radnju koja se pravno kvalifikuje kao zločin ili prestup za koji je propisana kazna zatvora a u vreme donošenja presude boluje od duševnog poremećaja koji ozbiljno narušava ili potpuno isključuje njegovu svest o tome šta čini ili mogućnost da kontroliše vlastite postupke, pod uslovom da postoji opasnost da će učiniti nova kaznena dela zbog svog duševnog poremećaja, najverovanije u kombinaciji sa drugim faktorima rizika. Nova terminologija „duševni poremećaj“ koju zakon koristi prihvaćena je u skladu sa razvojem savremene psihijatrije.

4. Postupak za određivanje i izvršenje mere

Meru psihijatrijskog lečenja i zatvaranja određuje prvostepeni sud za izvršenje (*tribunal correctionnel* za zločine i prestupe, a *tribunal du police* za prekršaje, koji je uveden 2006. g. umesto ranije Komisije društvene zaštite¹⁸. Kako je mera neograničenog trajanja, sud nalaže (u periodu ne kraćem od šest meseci i ne dužem od dve godine) preispitivanje potrebe za daljom primenom mere, što je zadatak Odeljenja za socijalnu zaštitu (*chambres de protection sociale*). Odeljenje za socijalnu zaštitu je deo suda za izvršenje kazni (*chambre du tribunal de l'application des peines*). Čine ga: sudija za izvršenje kazne, kao predsednik i dva stručna procenjitelja: za socijalnu rehabilitaciju i klinički psiholog (član 93. stav 2 ZI). U toj odredbi su preuzeta rešenja predviđena u Zakonu iz 2007 na kome se radilo pod pritiskom Saveta Evrope, te je tako organizaciono izricanje mere stavljeno u nadležnost organa iz sistema krivičnog pravosuđa, ali se zato ponovo uvodi klinički psiholog kao član Odeljenja za socijalnu zaštitu, čime se uspostavlja osetljiva ravnoteža pri izricanju mere koja ima medicinsko-penološki karakter (a ne isključivo penalni).

Odeljenje donosi odluke o upućivanju na izvršenje mere, o premeštaju „interniranih“ lica, ovlašćeno je da menja režim izvršenja mere i da utvrdi kada je prestala potreba za njenom primenom. Odeljenje ima široka diskreciona ovlašćenja kada odlučuje o vaninstitucionalnim modalitetima izvršenja mere. Tako, može uputiti duševno poremećeno lice prema kome se primenjuje mera psihijatrijskog lečenja i zatvaranja na lakši režim poluslobode, ili može odrediti da se lečenje sprovodi na slobodi uz primenu mera elektronskog nadzora ili tzv. probno oslobađanje zatvorenog, koje po funkciji odgovara uslovnom otpustu osuđenih na kaznu zatvora. Ta zakonska rešenja u velikoj meri su inspirisana Zakonom donetim 17. maja

¹⁸ N. Giovannini, M. Zingoni, „Belgium – Contry Reports, Imprisonment in Europe“, in: *Rsocialisation of Offenders in the EU: Enhancing the Role of the Civil Society (RE-SOC)*, 15. 12. 2013, 18-19, Centre for the Study of Democracy, www.csd.bg/fileSrc.php?id=21776, 23. 1. 2016.

2006. koji reguliše eksterni pravni status lica osuđenih na kazne lišenja slobode i prava koja se priznaju žrtvama pod uslovima izvršenja kazne¹⁹. Cilj uvođenja različitih modela izvršenja mere psihijatrijskog lečenja i zatvaranja je da se olakša individualizacija tretmana koji bi trebalo da se fazno i fleksibilno ostvaruje prema napretku u lečenju i tretmanu. Na taj način su uvažene kritike Nacionalnog udruženja medicinskih radnika na rigidnost Zakona iz 2007. koji je predviđao da se u svakom slučaju obavezno u početnoj fazi psihijatrijsko lečenje mora obavljati zatvaranjem interniranog²⁰. Konačni prestanak mere moguć je posle uspešno završenog perioda proveravanja od dve godine (koji se može produžiti za još dve godine) i u slučaju poboljšanja zdravstvenog stanja lica prema kome je mera određena, koje je prestalo da bude opasno po okolinu (član 66 ZI).

Već je u članu 9. stavu 2 ZI naglašeno da meru psihijatrijskog lečenja i zatvaranja nije moguće odrediti bez prethodnog psihijatrijskog posmatranja i veštačenja zdravlja osobe koja se upućuje na takvu meru (što je važna novina, budući da ranije nije bila obavezna psihijatrijska ekspertiza pre donošenja sudske odluke). Važna pozitivna novina, u skladu sa primedbama zdravstvenih stručnjaka, sadržana je u članu 7. kojim je omogućeno tzv. kontradiktorno veštačenje (psihološko i psihijatrijsko), za razliku od ranijeg modela tzv. tehničke evaluacije. Saglasno tome, psihijatrijsko posmatranje se može obaviti ne samo na psihijatrijskim odeljenjima zatvorskih ustanova (kao ranije), nego i u ustanovama izvan zatvorskog sistema. Zakonskim odredbama su propisane stručne procedure, pravila o licenciranju medicinskih stručnjaka koji vrše veštačenja i pravila kontrole kvaliteta izvršene psihijatrijskog veštačenja. Za razliku od ranijeg zakona, veštačenje se može poveriti i stručnjacima sa fakulteta ili naučnicima. U skladu sa odlukom Ustavnog suda, osobi na koju se odnosi preliminarni izveštaj medicinskog veštaka ostavljen je rok od najmanje 15 dana da se upozna sa tim izveštajem i uputi na njega primedbe odgovarajućem odboru. Pre nego što bude prosleđen sudu, izveštaj veštaka preispituje Odbor za ocenu kvaliteta pri saveznom organu uprave zaduženom za javno zdravlje. Taj odbor proverava da li sačinjeni izveštaji ispunjavaju zakonske standarde koji se tiču kvaliteta, propisane forme i neophodnog sadržaja.

ZI predviđa odgovornost različitih subjekata koji su uključeni u tretman lica koje se nalazi na psihijatrijskom lečenju, definiše standarde za izradu programa postupanja kako bi se sagledali rizici, potrebe i mogućnosti tog lica, omogućilo ostvarivanje interesa žrtava krivičnih

¹⁹ Loi relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, Loi du 17 mai 2006 publié le 15 juin 2006, http://www.etaamb.be/fr/loi-du-17-mai-2006_n2006009456.html, 17. 9. 2017.

²⁰ Y. Cartuyvels, G. Cliquennois, „The Punishment of Mentally Ill Offenders in Belgium: Care as Legitimacy for Control“, *Champ pénal*, vol. XII, 2015, 12 février 2016, www.champpenal.revues.org/9307, 12. 9. 2017.

dela i uključivanje članova porodice u nadzor i podršku licu prema kome se primenjuje mera psihijatrijskog lečenja i zatvaranja. Između ostalih kriterijuma (čl. 23-26) Odeljenje za socijalnu zaštitu utvrđuje program postupanja i režim izvršenja u svakom konkretnom slučaju prema medicinskim kriterijumima i potrebama duševno poremećene osobe, ali je obavezno i da vodi računa o težini izvršenog krivičnog dela i o eventualnim rizicima od ponovne viktimizacije žrtve krivičnog dela.

ZI uređuje pravila po kojima sud za izvršenje kazni vodi jedinstvenu evidenciju i dokumentaciju o osobama prema kojima se primenjuje mera. Tokom izvršenja mere u ličnom dosijeu se konstatuju sve faze i izmene načina izvršenja i napredak ostvaren u tretmanu, sve do konačnog prestanka mere. Podaci iz evidencije mogu se učiniti dostupnim strankama i drugim zainteresovanim licima (na primer, zdravstvenim ustanovama u kojima treba nastaviti lečenje na slobodi). Jedino izvesni delovi iz evidencije (stručne procene o ličnosti i slično) moraju ostati tajni i uvid u njih mogu ostvariti samo stručnjaci koji su uključeni u izvršenje mere.

Mera psihijatrijskog lečenja i zatvaranja se, prema ZI, a takođe i na osnovu reorganizacije zatvorskih ustanova po obavezi Belgije na osnovu presuda Evropskog suda za ljudska prava, izvršava u specijalizovanim psihijatrijskim ustanovama za zaštitu društva (etablissements de défense sociale), u specijalnim zatvorskim bolnicama (u slučaju da je internirani naročito opasan po okolinu), i, izuzetno, u privatnim, regionalnim ili lokalnim psihijatrijskim zdravstvenim ustanovama, pod uslovom da postoji nizak ili srednji nivo rizika po okolinu učinioca sa duševnim poremećajem. Osobe koje su zatvorene po ZI smeštaju se u Institut za socijalnu zaštitu u Paifve u Valoniji, a tome su namenjena i posebna psihijatrijska odeljenja koja postoje u dva zatvora u Flandriji (Merksplas i Turnhout). Kako su većinom lica označena srednjim i visokim rizikom zatvorena u ustanovi Merksplas podnosila predstavlke pred Evropskim sudom za ljudska prava, po kojima je sud doneo odluku u korist podnosilaca, u Flandriji su, osim poboljšanja uslova u psihijatrijskom odeljenju te i drugih zatvorskih ustanova tokom 2014. godine završeni naročiti forenzički psihijatrijski centri u Ghant-u i Antwerp-u, u kojima se izvršava mera psihijatrijskog lečenja i zatvaranja. Da bi se izbegle situacije kršenja ljudskih prava pribeglo se pragmatičnom rešenju pa je tako zabeleženo da se na području Flandrije češće praktikuje probacija uz smeštaj u psihijatrijskim ustanovama opšteg tipa, što je na području Valonije veoma retko, jer postoje dovoljni smeštajni kapaciteti za izvršenje mere u Institutu za socijalnu zaštitu i drugim ustanovama²¹.

²¹ P. Cosyns, R. Verellen, „Concepts and Procedures – Belgium“, in: H. J. Salize, H. Dreßing, C. Kief (eds.), Central Institute of Mental Health, European Commission, The SANCO Directorate General Central Institute of Mental Health, Research Project: *Mentally Disordered Persons in European Prison Systems - Needs, Programmes and Outcome* (EUPRIS), Final Report – October 31, 2007, 89 www.ec.europa.eu/health/ph_projects/2004/action1/docs/action1_2004_frep_17_en.pdf, 15. 1. 2016.

Uprkos tome što je stupanje na snagu ZI bilo odloženo do 1. januara 2016. godine, još uvek se nisu stekli svi uslovi za njegovu nesmetanu primenu. Na primer, potrebno je izvršiti licenciranje procenitelja – kliničkih psihologa i kadrovsko upotpunjavanje takvim stručnjacima Odeljenja za socijalni rad u skladu sa ZI. Stoga su izmenama zakona od 19. februara 1916. utvrđeni novi uslovi i data pojašnjenja, kako bi se omogućila primena zakona. U sklopu tih izmena predviđeno je stvaranje jedinstvenog Centra za ispitivanje ličnosti gde bi bili upućivani svi pritvorenici u slučaju sumnje da pate od duševnih poremećaja (član 116. i 117. ZI), ali te odredbe neće početi da se primenjuju sve do 1. januara 2020. godine²².

5. Zaključak

Belgijski primer pokazuje koliklo je teško uskladiti medicinsku i penalnu prirodu mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja i zatvaranja učinilaca krivičnih dela sa duševnim poremećajem. Izmenama zakona učinjen je niz pokušaja da se otklone nedostaci ambivalentnog karaktera mere čija je primena omogućena i na bitno smanjeno uračunljiva, kao i uračunljiva lica lica sa odstupanjima u ponašanju i druga koja su označena kao opasna po društvo.

Novi Zakon iz 2014. godine, međutim, za razliku od trenda „kriminalizacije“ koji je došao do izražaja u zakonskom projektu iz 2007., nastoji da uspostavi ponovnu ravnotežu između potrebe da se obezbedi medicinska pomoć i lečenje osobi prema kojoj se mera primenjuje, sa jedne strane i potrebe zaštite društva od rizika da takva osoba ponovi krivično delo, sa druge strane. Pritom, kroz ona rešenja kojima se olakšava modifikacija režima izvršenja mere bezbednosti u punoj meri dolaze do izražaja „plodovi“ moderne penološke ideologije upravljanja rizikom od pojave zločina²³.

Novo zakonodavstvo se u suštini nadovezuje na tradicionalno prihvaćenu pravnu filozofiju i kriminološke koncepte čiji se odblesci mogu prepoznati u svrsi izricanja mere, njenom nazivu, nazivu lica upućenog na izvršenje mere i zakonskim uslovima pod kojima se mera izriče i izvršava u posebnim ustanovama, van zatvorskih ustanova. Reklo bi se, kako to sa ponosom ističu belgijski stručnjaci van de Kerchove, Cartuyvels i Cliquennois, da je reč je o kontinuitetu koji se održava uz stalne promene. Ostaje da se vidi da li je time postignuto zadovoljavajuće rešenje.

²² L. Lemmens, B. Lysy, Loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, 19. 02. 2016, www.legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/les-problemes-relatifs-a-l-entree-en-vigueur-de-la-nouvelle-loi-sur-l-internement-sont-en-partie-resolus-art-216-et-217-loi-pot-pourri-ii/, 3. 3. 2016.

²³ V. N. Mrvić Petrović, *Kriza zatvora*, Vojnoizdavački zavod, Beograd 2007, 181.

Nataša Mrvić Petrović, Ph.D.

Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

COERCIVE PSYCHIATRIC CARE AND DETENTION OFFENDERS WITH MENTAL DISORDERS IN BELGIUM

Summary

The author analyzes legal position of the offenders with mental disorders in Belgium. It shows the development of legislation, traditionally (since 1930) based on criminological social defence theory, problems which occurred in earlier laws and attempts to overcome these deficiencies. The paper analyzes: the legal nature of administrative measure detention of mentally ill offenders, conditions for pronounced measure and the method of enforcement. Author notes that the latest changes of law (from 2014 and 2016) aim to mitigate the ambivalent nature of the measure and eliminate reasons for violation of basic rights of the offenders with mental disorders which are coercive treated in special institutions.

Key words: security measures, preventive detention, psychiatric treatment, offenders with mental disorders, Belgium.

NAČELO *NE BIS IN IDEM* U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA²

Apstrakt

U radu je analizirana praksa Evropskog suda za ljudska prava koja se odnosi na primenu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. To je podrazumevalo razmatranje pitanja koja se odnose na „krivičnu“ prirodu postupaka, problem ponavljanja postupaka (*bis*) i postojanje istog dela (*idem*). Autor je razmotrio brojne predmete u kojima je Evropski sud za ljudska prava potvrđivao, unapređivao ili napuštao svoju praksu u vezi s primenom načela *ne bis in idem*. Uprkos prigovorima koji se mogu uputiti zbog povremene nedoslednosti u postupanju, van svake sumnje je da postupanje Evropskog suda za ljudska prava ima za cilj unapređenje jemstva koje sadrži čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. Taj utisak ne umanjuje ni određena protivurečnost kriterijuma koji su izneti u presudama *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* i *A. i B. protiv Norveške*. Imajući u vidu vrstu predmeta u kojima je došao do izražaja kriterijum „dovoljno tesne sadržinske i vremenske povezanosti“ otvoreno je pitanje kada će i u kojoj oblasti Evropski sud za ljudska prava oceniti da je paralelno vođenje dva postupka u saglasnosti s načelom *ne bis in idem*.

Ključne reči: načelo, *ne bis in idem*, Evropski sud za ljudska prava, „krivični“ postupak, ponavljanje postupka (*bis*), isto delo (*idem*), uzastopni postupci, paralelni postupci.

1. Uvodne napomene

Načelo *ne bis in idem* je u sistem evropske zaštite ljudskih prava uvedeno 22. novembra 1984. godine donošenjem Protokola broj 7 uz Evropsku

¹ Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: gilic@ius.bg.ac.rs.

² Članak je napisan u okviru strateškog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom: „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2017. godinu.

konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.³ Reč je o čl. 4. Protokola broj 7 koji u stavu 1. propisuje da se nikome ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države. Značenje i domašaj citirane odredba će u ovom radu biti detaljno analizirani, dok će biti samo pomenuto da je u članu 4, st. 2. Protokola broj 7 sadržan izuzetak od načela *ne bis in idem*. U pitanju je mogućnost ponovnog otvaranja postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom date države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod (čl. 4, st. 2. Protokola broj 7 uz EKLJP).⁴ Inače, odredba čl. 4. Protokola broj 7 uz EKLJP spada u „tvrdog jezgrog“ ljudskih prava, što znači da se ne može primenom čl. 15, st. 1. EKLJP staviti van snage u doba rata ili druge javne opasnosti koja preči opstanku nacije (čl. 4, st. 3. Protokola broj 7 uz EKLJP).⁵

Prilikom analize čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP neophodno je razmotriti sledeća pitanja u vezi s mogućnošću primene načela *ne bis in idem*:⁶

1. da li su postupci po svojoj prirodi „krivični“,
2. da li je reč o ponavljanju postupaka (*bis*), i
3. da li se postupci odnose na isto delo (*idem*).

Pre detaljnijeg sagledavanja uslova za primenu načela *ne bis in idem*, treba istaći da se odredba čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP odnosi na krivični postupak u *nadležnosti iste države*. Navedenom formulacijom je prema stanovištu Evropske komisije za ljudska prava izraženom u predmetu *Gestra*

³ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, sa izmenama i dopunama – EKLJP, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/03, 5/05 i 7/05-ispavka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10 i 10/15.

⁴ S. Trechsel (With the assistance of S. J. Summers), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, Oxford 2005, 400-402; D. Harris (et al.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford University Press, Oxford 2009, 754; J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme Traité de droit européen des des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris 2012², 586; J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava strazburški acquis*, Novi informator d.o.o., Zagreb 2013, 1234.

⁵ Pored ovih, nedodirivih prava koja se primenjuju na svako lice, u svim okolnostima i na svim mestima i ne mogu da budu predmet ograničenja ili derogiranja, postoje i uslovna prava koja uživaju relativnu zaštitu, i posredna prava koja se mogu isticati samo u vezi sa nekim drugim pravom. V. F. Sudre, „La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux“, *Libertés et droits fondamentaux* (sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet), Dalloz, Paris, 2003⁹, 38, 39, 40.

⁶ Upared. European Court of Human Rights, *Guide on Article 4 of Protocol N° 7 to the European Convention on Human Rights Right not to be tried or punished twice*, Updated on 31 August 2017, 5, http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf, 10. 11. 2017.

*protiv Italije*⁷ delovanje načela *ne bis in idem* ograničeno na nacionalni nivo. Ovaj stav je prihvatio i Evropski sud za ljudska prava, a to ima za posledicu odbacivanje predstavki u kojima se ističe argument o nadnacionalnom karakteru dvostrukog suđenja ili kažnjavanja.⁸ Tako je u predmetu *Böheim protiv Italije*⁹ odbačena predstavka jer su gonjenja protiv podnosioca pokrenuta od strane nadležnih organa dve različite države, tj. Italije i Nemačke. Na isti način je Sud postupio i u predmetu *Trabelsi protiv Belgije*,¹⁰ pri čemu se slučaj odnosio na ekstradiciju Tunišanina iz Belgije u Sjedinjene Američke Države gde mu je pretila osuda na kaznu doživotnog zatvora.¹¹

Određene nedoumice bi mogle da nastanu i usled formulacije o nemogućnosti *ponovnog suđenja* niti *ponovnog kažnjavanja* u krivičnom postupku. Isključivši mogućnost ponovnog suđenja (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*) i ponovnog kažnjavanja za isto delo (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*), redaktori čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP su objedinili dva različita pristupa u primeni načela *ne bis in idem*. U okviru prvog se pravilo *ne dvaput o istom* vezuje za nemogućnost ponovnog suđenja ako je povodom iste krivične stvari već pravnosnažno okončan postupak, bez obzira na to da li je u njemu izrečena kazna. Uslov *sine qua non* za primenu načela *ne bis in idem* u skladu s drugim pristupom jeste da je predhodni postupak završen pravnosnažnom osudom i izricanjem kazne. Štaviše, Evropski sud za ljudska prava je u predmetu *Nikitin protiv Rusije*¹² u potpunosti zaokružio zaštitu koju pruža načelo *ne bis in idem* pojasnivši da je reč o jemstvu koje isključuje mogućnost ponovnog gonjenja za isto delo.¹³

2. „Krivična“ priroda postupaka

Iako u Izveštaju sa objašnjenjima za Protokol broj 7 uz EKLJP izričito stoji da se čl. 4. Protokola primenjuje samo na lice kome je suđeno u krivičnom postupku,¹⁴ Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava je u predmetu *A. i B. protiv Norveške*¹⁵ pojasnilo ovaj pristup. Načelo *ne bis in idem* se odnosi prvenstveno na proceduralnu pravičnost koja je predmet čl.

⁷ *Gestra v. Italy*, 21072/92, 16. 1. 1995.

⁸ *Armollahi v. Denmark*, 56811/00, 28. 6. 2001; *Manoussos v. the Czech Republic and Germany*, 46468/99, 9. 7. 2002.

⁹ *Böheim v. Italy*, 35666/05, 22. 5. 2007.

¹⁰ *Trabelsi v. Belgium*, 140/10, 4. 9. 2014, §§ 164-166.

¹¹ U ovom predmetu je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu čl. 3. i 34. EKLJP.

¹² *Nikitin v. Russia*, 50178/99, 20. 7. 2004, § 36.

¹³ Upor. S. Trechsel, 391.

¹⁴ Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 117, *Rapport explicatif au Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Strasbourg, 22. 11. 1984, § 32, <https://rm.coe.int/16800c972b>, 10. 11. 2017.

¹⁵ *A. and B. v. Norway*, 24130/11 and 29758/11, 15. 11. 2016, § 107.

6. EKLJP, dok je, u poređenju s čl. 7. EKLJP,¹⁶ manje vezano za materijalno krivično pravo. U nastojanju da obezbedi ujednačeno tumačenje EKLJP kao celine, Evropski sud za ljudska prava smatra da se primena načela *ne bis in idem* ima ocenjivati u skladu s kriterijumima određenim u predmetu *Engel*.

Evropski sud je u predmetu *Engel i drugi protiv Holandije*¹⁷ postavio sledeće kriterijume uz pomoć kojih se utvrđuje da li određeno delo ima krivični karakter:

1. kvalifikacija dela u unutrašnjem pravu,
2. priroda dela, i
3. strogost propisane sankcije.

U slučaju da se uz pomoć prvog kriterijuma utvrdi da je delo kvalifikovano kao krivično, nema potrebe za uvođenjem nekog od preostalih kriterijuma. Međutim, ako delo u unutrašnjem pravu nije predviđeno kao krivično, konkretno delo se može smatrati takvim pod uslovom da se po svojoj prirodi ili prirodi i stepenu strogosti propisane sankcije može svrstati u krivičnu oblast u smislu Evropske konvencije o ljudskim pravima. Iako su drugi i treći kriterijum alternativno postavljeni,¹⁸ nije isključena mogućnost njihove kumulativne primene prilikom ocene da li je reč o krivičnom delu. Do toga će doći u slučaju kada analiza uz pomoć jednog od navedenih kriterijuma ne može da dovede do jasnog zaključka o postojanju krivičnih obeležja određenog dela.¹⁹

Priroda dela predstavlja najvažniji kriterijum prilikom ocene da li je reč o delu koje ima krivični karakter.²⁰ Tom prilikom se vodi računa o nekoliko faktora, a prvi se odnosi na stepen opštosti norme tj. na pitanje da li je delo usmereno prema neodređenom broju lica ili se odnosi na grupu lica koja imaju određeni status. U strazburškoj praksi se pored opštosti pravne norme koja propisuje određeno delo zaključak o njegovoj prirodi donosi i na osnovu specifičnosti postupka koji se u vezi s njim vodi. Tom prilikom se, kao u predmetu *Benham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,²¹ ispituje da li je postupak pokrenula javna vlast na osnovu zakonskih ovlašćenja za

¹⁶ O čl. 7. EKLJP v. G. P. Ilić, „Član 7. Kažnjavanje samo na osnovu zakona“, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (ur. D. Popović, T. Marinković, M. Radojević), Službeni glasnik, Beograd 2017, 144-155.

¹⁷ *Engel and Others v. the Netherlands*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. 6. 1976, §§ 82, 83.

¹⁸ *Putz v. Austria*, 18892/91, 22. 2. 1996, § 31.

¹⁹ *Bendenoun v. France*, 12547/86, 24. 2. 1994, § 47.

²⁰ *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, 39665/98 and 40086/98, 9. 10. 2003, § 91; *Jussila v. Finland*, 73053/01, 23. 11. 2006, § 38.

²¹ *Benham v. the United Kingdom*, 19380/92, 10. 6. 1996, § 56.

izvršenje, kao i da li je utvrđivanje krivice određenog lica uslov *sine qua non* za izricanju kazne.

Priroda dela se utvrđuje i analizom da li je svrha pravne norme kažnjavanje ili odvracanje od ponovnog vršenja dela. Čest je slučaj da je svrha određene mere istovremeno odvracajućeg i kaznenog karaktera, pa je u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja potrebno oceniti koji je od pomenutih aspekata pretežniji. Prilikom ocene prirode dela uzima se u obzir i način na koji su slični postupci razvrstani u ostalim državama članicama Saveta Evrope.²²

Strogost propisane sankcije predstavlja treći kriterijum pomoću kojeg se utvrđuje da li određeno delo može da bude smatrano krivičnim, a to se čini analizom vrste i visine propisane sankcije. Može se reći da sankcija koja se sastoji u lišenju slobode čini po pravilu određeno delo krivičnim. Okolnost da za određeno delo nije predviđena kazna zatvora ne isključuje mogućnost da delo bude ocenjeno kao krivično.²³ Drugim rečima, novčana kazna može određenom delu da prida krivično „ruho“, pri čemu se vodi računa o njenoj prirodi, propisanom maksimumu, posledicama plaćanja i mogućnosti njenog pretvaranja u kaznu zatvora.

Do primene kriterijuma strogosti sankcije može da dođe pre svega kada je neophodno primeniti kumulativni pristup.²⁴ Kriterijum strogosti propisane sankcije se može upotrebiti i kao alternativno i konačno merilo na osnovu koga će se utvrditi da li je određeno delo krivično.²⁵

3. Ponavljanje „krivičnih“ postupaka (*bis*) 3. 1. Pojam „konačne“ odluke

Pojam *bis* kao uslov za primenu prava iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP odnosi se pre svega na vrstu, donosioca i svojstvo odluke kojom je okončan postupak. Kada je reč o vrsti odluke pominje se oslobođenje ili osuda, što se može razumeti kao oslobađajuća ili osuđujuća presuda. S obzirom da je reč o meritornim odlukama kojima se rešava krivična stvar, odluka javnog

²² Ovo merilo je postavljeno u predmetu *Eztürk protiv Nemačke (Öztürk v. Germany, 8544/79, 21. 2. 1984, § 53)* u kojem se postavilo pitanje prirode saobraćajnih prekršaja.

²³ *Nicoleta Gheorghe v. Romania, 23470/05, 3. 4. 2012 § 26.*

²⁴ U predmetu *Ezeh i Konors protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Ezeh and Connors v. the United Kingdom, §§ 86, 106, 129, 130)* utvrđeno je da priroda dela ima određene specifičnosti koje ga razlikuju od disciplinske stvari, pa je analizom propisanih i izrečenih kazni izveden zaključak da se povreda zatvorskih pravila može okarakterisati kao krivično delo.

²⁵ Primer za to je predmet *Engel i drugi protiv Holandije (Engel and Others v. the Netherlands, § 85)* u kojem je krivični karakter dela izveden iz činjenice da je optuženom izrečeno upućivanje u disciplinsku jedinicu u trajanju od tri do četiri meseca. Detaljnije o primerima u kojima je u praksi Evropskog suda za ljudska prava iskrsavalo pitanje „krivične“ prirode postupaka v. *European Court of Human Rights, Guide on Article 4 of Protocol N° 7 to the European Convention on Human Rights Right not to be tried or punished twice, 7-10.*

tužioca da ne pokrene krivično gonjenje ne smatra se „konačnom“ odlukom,²⁶ a to važi i za odustanak javnog tužioca od gonjenja, tako da nema mesta primeni čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.²⁷ Ni odluka javnog tužioca (koju je potvrdio sud) o privremenom upućivanju podnosioca predstavke u psihijatrijsku ustanovu radi lečenja ne dovodi do delovanja načela *ne bis in idem*, jer postupak nije okončan meritornom odlukom o krivici.²⁸ Odredba čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP se ne primenjuje ni u slučaju kada je usled amnestije krivični postupak okončan presudom kojom se odbija optužba.²⁹

U praksi Evropskog suda za ljudska prava je bilo slučajeva u kojima je okončanje postupka u smislu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP ocenjivano u svetlu odluka *nesudskih* organa. Tako je u predmetu *Gradinger protiv Austrije*³⁰ krivičnom odlukom (*Straferkenntnis*) okružne uprave (*Bezirkshauptmannschaft*) izrečena novčana kazna (uz mogućnost zamene dvonedeljnog kaznom zatvora u slučaju neplaćanja), dok je u predmetu *Oliveira protiv Švajcarske*³¹ kaznenim nalogom (*Strafbefehl*) okružnog javnog tužioca izrečena novčana kazna. U oba slučaja je kazneni karakter izrečene sankcije predstavljao odlučujući uslov za primenu odredbe čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.³²

Oslobađajuća ili osuđujuća presuda moraju steći svojstvo pravno-snažnosti, tj. biti *res iudicata*. U procesnoj doktrini se pravno-snažnost sudskih odluka vezuje za mogućnost ulaganja pravnih lekova, tačnije za

²⁶ *Sundqvist v. Finland*, 75602/01, 22. 11. 2005.

²⁷ *Smirnova and Smirnova v. Russia*, 46133/99 and 48183/99, 2. 10. 2002; *Harutyunyan v. Armenia*, 34334/04, 7. 12. 2006.

²⁸ *Horciag c. Roumanie*, 70982/01, 15. 3. 2005.

²⁹ Reč je o predmetu *Marguš protiv Hrvatske (Marguš v. Croatia)*, 4455/10, 27. 5. 2014, §§ 120, 123, 126, 140, 141). Iako se nije izjasnio da li pravno-snažna odbijajuća presuda deluje kao *res iudicata* u smislu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP, Evropski sud za ljudska prava je zauzeo stav da je u slučajevima teških povreda osnovnih ljudskih prava od najvećeg značaja da postupak i osuda ne budu onemogućeni zastarelošću i primenom mera kao što su amnestija ili pomilovanje. S obzirom da je u konkretnom slučaju amnestija bila pogrešno primenjena a nova optužba se odnosila na ratne zločine protiv civilnog stanovništva, Sud je zaključio da su pravosudni organi postupali u skladu s obavezama iz čl. 2. i 3. EKLJP. Zbog toga nije bilo mesta primeni čl. 4. Protokola broj 7 uz EKLJP.

³⁰ *Gradinger v. Austria*, 15963/90, 23. 10. 1995, §§ 9, 55.

³¹ *Oliveira v. Switzerland*, 84/1997/868/1080, 30. 7. 1998, § 11.

³² S tim u vezi, može se postaviti pitanje kako bi trebalo postupiti u slučaju odustanka javnog tužioca od gonjenja nakon što je optuženi ispunio obaveze koje mu je tužilac odredio. Budući da je reč o situaciji u kojoj izostaje osuda, pitanje je da li bi ocena o kaznenom karakteru određene mere ili obaveze bila dovoljna za izvođenje zaključka o nemogućnosti gonjenja za isto delo. Za razliku od Evropskog suda za ljudska prava koji se do sada nije izjašnjavao o tome, Evropski sud pravde je dao pozitivan odgovor na ovo pitanje u predmetu *Gozutok i Brige (Hiusein Gözütok and Klaus Brügge)*, Judgement of the Court, 11 February 2003, Joint Cases C-187/01 and C-385/01, §§ 28-30). Jedan od ključnih argumenata za izvođenje takvog zaključka je da se radi o odluci organa vlasti koji prema odredbama nacionalnog prava čini deo sistema krivičnog pravosuđa.

izjavljivanje redovnih pravnih lekova.³³ Oni se podnose protiv nepravnosnažnih sudskih odluka kako bi se sprečilo nastupanje pravnosnažnosti i izvršnosti, pre nego što o njihovoj zakonitosti i pravilnosti odluči sud pravnog leka. Svojsvo pravnosnažnosti presuda stiče kada se više ne može pobijati redovnim pravnim lekom ili kada izjavljivanje redovnog pravnog leka nije dozvoljeno. Nemogućnost pobijanja presude redovnim pravnim lekom nastupa usled proteka roka za njegovo izjavljivanje ili kao posledica odricanja ili odustanka od izjavljenog pravnog leka. S druge strane, nedozvoljenost pravnog leka pretpostavlja postojanje zakonske odredbe da se presuda ne može pobijati pravnim lekom.

3. 2. Pojam novog postupka

Za razumevanje pojma *bis* neophodno je odrediti i značenje novog postupka u smislu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP. U tom smislu je moguće razlikovati četiri kategorije slučajeva o kojima je odlučivao Evropski sud za ljudska prava. U prvu kategoriju spadaju predmeti u kojima je Sud zauzeo stanovište da postojanje mogućnosti kumulativnog izricanja više sankcija (kazne zatvora, novčane kazne i oduzimanja vozačke dozvole)³⁴ za isto delo u paralelno vođenim postupcima pred upravnim organom i krivičnim sudom ne predstavlja ponavljanje „krivičnih“ postupaka u smislu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.³⁵

U drugoj kategoriji predmeta³⁶ Evropski sud za ljudska prava je izneo gledište da nije isključena mogućnost vođenja paralelnih postupaka u kojima se kombinuje povećanje poreske stope u upravnom postupku sa gonjenjem, osudom i sankcijom za poresku prevaru u krivičnom postupku. Uslov *sine qua non* za to jeste ispunjenost kriterijuma „dovoljno tesne sadržinske i vremenske povezanosti“.³⁷

Treću kategoriju čine predmeti³⁸ u kojima je Evropski sud za ljudska prava, uprkos tome što su prekršajni i krivični postupak u određenom vremenskom periodu vođeni paralelno, pri čemu nije razmotrio ni kriterijum „dovoljno tesne sadržinske i vremenske povezanosti“, utvrdio povredu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.³⁹

³³ T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd 1981, 681-686.

³⁴ *R.T. v. Switzerland*, 31982/96, 30. 5. 2000; *Nilsson v. Sweden*, 73661/01, 13. 12. 2005.

³⁵ *A. and B. v. Norway*, § 113.

³⁶ *Lucky Dev v. Sweden*, 7356/10, 27. 11. 2014, § 58.

³⁷ *A. and B. v. Norway*, § 114.

³⁸ *Tomasović v. Croatia*, 53785/09, 18. 10. 2011, §§ 29-32.

³⁹ *A. and B. v. Norway*, § 115.

Poslednja kategorija obuhvata slučajeve u kojima su podnosioci predstavke oslobođeni u krivičnom postupku od optužbe da su izvršili „carinsko“ krivično delo, da bi potom u prekršajnom postupku za isto ponašanje bili osuđeni na novčane kazne.⁴⁰ S obzirom da je drugi postupak vođen na osnovu istih činjenica za koje je u krivičnom postupku doneta pravnosnažna oslobađajuća presuda, utvrđena je povreda čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.⁴¹

4. Pojam istog dela (*idem*)

Veoma sporni aspekt prava iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP odnosi se na tumačenje pojma delo (*idem*). Neusklađenost pravne regulative, proširenje dispozitiva sudskih odluka na elemente koji nisu sadržani u pravnoj normi i autonomni karakter pojma „krivična optužba“, predstavljaju nesumnjivo razloge koji mogu upućivati na zaključak da određeno delo istovremeno sadrži obeležja dva istovrsna ili po vrsti različita kaznena dela. To može imati za posledicu paralelno vođenje postupaka pred istim ili različitim sudovima, ali i naknadno pokretanje postupka za kazneno delo koje se „poklapa“ sa prethodno pravnosnažno presuđenim delom. Iako pojedini autori prilikom razmatranja pojma *idem* uzimaju u obzir i postojanje identiteta zaštićenog dobra, učinioca i žrtve kaznenog dela,⁴² ključno pitanje na koje treba odgovoriti svodi se na primenu činjeničnih ili pravnih kriterijuma prilikom ocene o postojanju identiteta dela.

Dosadašnja praksa Evropskog suda za ljudska prava svedoči da je bilo poprilično lutanja u vezi s merilom za ocenu da li je reč o istom delu. Najpre je u predmetu *Gradinger protiv Austrije*⁴³ naglasak stavljen na „isto ponašanje“ (*idem factum*) bez obzira na to kako je ono pravno kvalifikovano u unutrašnjem pravu. U konkretnom slučaju podnosilac predstavke je najpre osuđen za krivično delo protiv bezbednosti saobraćaja sa smrtnom posledicom, a zatim mu je u prekršajnom postupku izrečena novčana kazna zbog vožnje pod uticajem alkohola. Zaključak o povredi čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP utemeljen je na istom ponašanju podnosioca predstavke, uprkos razlici koja je postojala u nazivu, prirodi i cilju dva dela. Nakon ove odluke ostala je dilema da li čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP zabranjuje uzastopno gonjenje za isto činjenično stanje na osnovu dve različite pravne kvalifikacije ili isključuje samo identitet pravnih kvalifikacija.

⁴⁰ *Kapetianos et autres c. Grèce*, 3453/12, 42941/12 et 9028/13, 30. 4. 2015, §§ 69-75; *Sismanidis et Sitaridis c. Grèce*, 66602/09 et 71879/12, 9. 6. 2016, §§ 46, 47.

⁴¹ *A. and B. v. Norway*, § 116.

⁴² S. Trechsel, 391, 392.

⁴³ *Gradinger v. Austria*, §§ 54, 55.

Novi pristup Evropskog suda za ljudska prava je iznet u predmetu *Oliveira protiv Švajcarske*,⁴⁴ a zasnivao se na stavu da jedno kažnjivo ponašanje može obuhvatiti dva različita kaznena dela. Reč je dakle o idealnom sticaju dela koji se u konkretnom slučaju sastojao u gubitku kontrole nad motornim vozilom usled neprilagođene brzine i nehatnom nanošenju telesnih povreda, za koja su sudili različiti organi, a izrečene kazne nisu bile kumulativne već je manja uračunata u veću. S obzirom da čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP zabranjuje da se dva puta sudi za isto delo, u konkretnom slučaju nije došlo do povrede prava o zabrani dvostrukog suđenja ili kažnjavanja. Da bi opravdao novi ugao iz kojeg je analizirao postojanje identiteta dela, Evropski sud za ljudska prava je istakao da je u predmetu *Gradiner protiv Austrije*, za razliku od slučaja *Oliveira*, stepen alkoholisanosti podnosioca predstavljanje bio ocenjen na protivrečan način od strane dve različite instance.

Uprkos promenjenom uglu posmatranja, ostalo je nejasno pomoću kojeg kriterijuma se utvrđuje da li jedno kažnjivo ponašanje sadrži dva ili više kaznenih dela. Zbog toga je Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Franc Fišer protiv Austrije*,⁴⁵ nakon što je podsetio da čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP ne isključuje mogućnost višestrukog gonjenja u slučaju idealnog sticaja dela, istakao da je neophodno razmotriti „bitne elemente“ dela kako bi se utvrdilo da li je povređeno načelo *ne bis idem*. Kako je u konkretnom slučaju prekršaj upravljanja motornim vozilom pod uticajem alkohola imao iste bitne elemente kao i krivično delo protiv bezbednosti saobraćaja sa smrtnom posledicom, utvrđena je povreda čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.

Merilo o „bitnim elementima“ se u suštini svodi na ocenu da li se dva dela poklapaju u vezi s bitnim činjeničnim elementima. Interesantno je da Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Goktan protiv Francuske*⁴⁶ nije primenio novi pristup, već se rukovodio logikom iz predmeta *Oliveira protiv Švajcarske* o idealnom sticaju kaznenih dela, utvrdivši da se u konkretnom slučaju radilo o krivičnom delu nezakonita trgovina opojnim drogama i prekršaju neplaćanja carine. Ni činjenica da je za krivično delo izrečena kazna zatvora, dok je novčana kazna koja je izrečena za carinski prekršaj zamenjena zatvorskom kaznom, nije predstavljala razlog da bude utvrđeno postojanje povrede prava iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP. Kriterijum „bitnih elemenata“ je primenjen u predmetu *Hauser-Sporn protiv Austrije*,⁴⁷ a razlika između krivičnog dela nepružanja

⁴⁴ *Oliveira v. Switzerland*, §§ 26-29.

⁴⁵ *Franc Fischer v. Austria*, § 29.

⁴⁶ *Göktan v. France*, 33402/96, 2. 7. 2002, §§ 50, 52.

⁴⁷ *Hauser-Sporn v. Austria*, 37301/03, 7. 12. 2006, §§ 44-46.

pomoći povređenom u saobraćajnoj nesreći i prekršaja neobaveštavanja policije o nesreći zasnovana je na umišljaju odnosno nehatu kao „bitnom elementu“ navedenih dela, kao i na različitom činjenju i nečinjenju.

Postojanje različitih pristupa problematici „istog dela“ stvaralo je pravnu neizvesnost koja je nespojiva s osnovnim pravom iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP. Zbog toga je Evropski sud za ljudska prava pokušao da osigura ujednačeno tumačenje pojma „isto delo“, a prilika za to se ukazala u predmetu *Zolotukhin protiv Rusije*.⁴⁸ S obzirom da je pristup kojim se stavlja naglasak na pravnu kvalifikaciju dela isuviše restriktivan za prava pojedinca, Sud je zauzeo stav da čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP mora biti shvaćen kao zabrana gonjenja ili suđenja jednom licu za drugo „delo“ u meri u kojoj ono proističe iz *istih činjenica* ili *činjenica koje su u bitnome iste*. Ispitivanje se pritom mora usmeriti na činjenice koje predstavljaju skup konkretnih činjeničnih okolnosti koje se odnose na istog prestupnika i neraskidivo su međusobno povezane u vremenu i prostoru, a čije postojanje mora biti utvrđeno da bi se osuda mogla izreći ili pokrenuti krivično gonjenje. Novi pristup se u osnovi poklapa s načinom na koji Evropski sud pravde tumači pojma *idem* iz člana 54. Konvencije o sprovođenju Šengenskog sporazuma. Naime, identitet činjenica podrazumeva identitet materijalnih radnji, shvaćenih u smislu postojanja skupa konkretnih okolnosti (činjenica) koje su međusobno vremenski, prostorno i sadržinski neraskidivo povezane.⁴⁹

Primenivši novi pristup u predmetu *Zolotukhin protiv Rusije*,⁵⁰ Evropski sud za ljudska prava je istakao da je podnosilac predstavke najpre bio osuđen za prekršaj protiv javnog reda i mira zbog nasilničkog ponašanja u policijskoj stanici, da bi zatim u krivičnom postupku bio oslobođen za krivično delo nasilničko ponašanje, a osuđen za krivična dela uvrede i ugrožavanje sigurnosti javnog službenika. Jedina razlika koja je postojala između prekršaja i krivičnog dela za koje je podnosilac predstavke oslobođen ogledala se u jednom elementu – pretnji nasiljem o kojoj nije raspravljano u prekršajnom postupku. Zbog toga su navedena dela smatrana bitno istim i utvrđena je povreda čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.

Na zaključak o povredi prava da se ne bude dva puta suđen za isto delo nije uticala ni okolnost što je nakon osude za prekršaj usledilo oslobođenje u krivičnom postupku za bitno isto delo. To je posledica teleološkog tumačenja čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP koje je izneto u predmetu *Zigarela protiv*

⁴⁸ *Sergey Zolotukhin v. Russia*, 14939/03, 10. 2. 2009, §§ 81, 82, 84.

⁴⁹ *Leopold Henri Van Esbroeck*, Judgement of the Court, 9 March 2006, C-436/04, §§ 36, 38.

⁵⁰ *Sergey Zolotukhin v. Russia*, §§ 97, 122.

Italije,⁵¹ a u njegovoj osnovi je stav da se zabrana ponovnog gonjenja nakon pravnosnažno oslobođenja ili osude odnosi samo na slučaj kada državni organi znaju da u vezi s „istim delom“ postoji *res iudicata*. Nasuprot tome, u slučaju da je novi postupak pokrenut bez saznanja o prethodno pravnosnažno okončanom postupku, postoji mogućnost da se novi postupak obustavi ili poništi odmah po saznanju za postojanje meritorno presuđene stvari i da se licu da određeno zadovoljenje čime bi ono izgubilo položaj „žrtve“ povrede prava iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.⁵²

Pomenuto je da do povrede načela *ne bis in idem* dolazi ne samo zbog preklapanja pravnih kvalifikacija različitih vrsta kaznenih dela, već i zato što prilikom prvog meritornog presuđenja činjeničnim opisom dela budu obuhvaćene činjenice koje nisu bitne za njegovo postojanje. Problem nastaje ako pomenute činjenice predstavljaju biće težeg kaznenog dela, jer *res iudicata* za lakše delo može predstavljati smetnju za pokretanje drugog postupka. Ova situacija je posebno problematična u slučaju paralelnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka, jer se prekršajni postupak redovno brže okončava a to može uticati na mogućnost krivičnog gonjenja za isto delo.

Dosadašnje izlaganje pokazuje da izloženi pristup Evropskog suda za ljudska prava ne nudi zadovoljavajući odgovor na pitanje o postojanju „istog dela“. To se pre svega odnosi na formulaciju o „bitno istim činjenicama“, jer ona ostavlja određeni prostor za diskrecionu ocenu, naročito u slučaju nepodudaranja zaštitnih objekata kaznenih dela. Kao primer može da posluži predmet *Milenković protiv Srbije*⁵³ u kojem je upoređivana činjenična istovetnost između prekršaja protiv javnog reda i mira i krivičnog dela čiji zaštitni objekat jeste život i telo čoveka.⁵⁴

Pored toga, problem je i što osuda za prekršaj može predstavljati smetnju za gonjenje učinioca teškog krivičnog dela. Moglo bi se čak postaviti pitanje u kojoj meri je shvatanje izneto u presudi *Zolotukhin protiv Rusije* usaglašeno sa stavom Evropskog suda za ljudska prava da

⁵¹ *Zigarella v. Italy*, 48154/99, 3. 10. 2002.

⁵² U predmetu *Zolotukhin* ni u jednom trenutku nije priznata povreda načela *ne bis in idem*, već je oslobađajuća presuda doneta usled nedostatka dokaza, a ne zbog povrede procesne odredbe o zabrani dvostrukog suđenja. *Sergey Zolotukhin v. Russia*, § 116.

⁵³ *Milenković v. Serbia*, 50124/13, 1. 3. 2016.

⁵⁴ Za razliku od predmeta *Zolotukhin* u kojem je naglasak bio na *nedovoljnosti jednog elementa* da činjenični osnov dva kaznena dela sa istim zaštitnim objektom učini suštinski različitim, u predmetu *Milenković* je *postojanje jednog elementa* – fizičkog napada, bilo *dovoljno* za izvođenje zaključka o bitnoj činjeničnoj istovetnosti dva kaznena dela koja imaju *različite* zaštitne objekte. Drugim rečima, udaranje i povređivanje oštećenog o kojem je odlučeno u prekršajnom rešenju suštinski je izjednačeno s teškom telesnom povredom oštećenog usled kojih je doveden u opasnost njegov život što je utvrđeno u krivičnom postupku. V. G. P. Ilić, „Observations on the *Ne Bis In Idem* Principle in Light of the European Court of Human Rights’ Judgment: *Milenković v. Serbia*“, *Journal of Eastern European Law* 1/2017, 224-229.

garancije predviđene u članu 4. Protokola broj 7 i obaveze država na osnovu čl. 2. i 3. EKLJP moraju biti razmatrane kao delovi jedne celine i tumačene na način kojim se promoviše unutrašnja usklađenost između različitih odredaba Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁵⁵

To je svakako jedan od razloga zbog kojih je Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava donošenjem presude *A. i B. protiv Norveške* pokušalo da dodatno razjasni svoj stav o načelu *ne bis in idem*. Naime, predmet *Zolotukhin* nudi odgovor samo na pitanje kaznenih postupaka koji se vode uzastopno, ali ostaje sporno kako postupati u vezi s postupcima koji teku paralelno predstavljajući pri tome jednu zaokruženu celinu. Prema shvatanju strazburških sudija kriterijum koji bi u tom slučaju valjalo primeniti jeste postojanje dovoljne tesne sadržinske i vremenske povezanosti između postupaka.⁵⁶

Zaključak o postojanju dovoljno tesne sadržinske povezanosti izvodi se uz pomoć sledećih elemenata: usaglašenosti ciljeva vođenja postupaka, predvidljivost vođenja mešoviti postupaka, preuzimanje dokaznog materijala iz jednog postupka u drugi i, na kraju, da li se sankcija koja je izrečena u okončanom postupku uzima u obzir prilikom izricanja sankcije u drugom postupku.⁵⁷ Kada je reč o postojanju dovoljne tesne vremenske povezanosti između kaznenih postupaka osnovno je da optuženi ne bude izložen neizvesnosti i sporosti postupanja.⁵⁸

Za razliku od stava koji usvaja Evropski sud za ljudska prava, u delu doktrine⁵⁹ se kao rešenje predlaže test „*Blockburger*“⁶⁰ koji primenjuje Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država prilikom ocene da li se radi o istom delu. Reč je o pravilu da u slučaju kada isti događaj predstavlja kršenje dve različite zakonske odrede, za utvrđivanje da li su učinjena dva ili samo jedno delo potrebno je ispitati da li svaka odredba zahteva izvođenje dokaza o dodatnoj činjenici koji druga odredba ne traži.

5. Završne napomene

Evropski sud za ljudska prava je donošenjem presude *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* izrazio stanovište da se ocena o ispunjenosti uslova za primenu jemstva sadržanog u čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP mora vršiti pomoću kriterijuma o „delu“ koje proističe iz istih činjenica ili činjenica

⁵⁵ *Marguš v. Croatia*, § 128.

⁵⁶ *Ibid.*, §§ 111, 130.

⁵⁷ *Ibid.*, § 132.

⁵⁸ *Ibid.*, § 134.

⁵⁹ S. Trechsel, 398, 399; B. M. Zupančič, „*Ne bis in idem* (zabrana ponovnog suđenja za isto delo) la belle dame sans merci“, *Crimen* 2/2011, 175, 176.

⁶⁰ *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932).

koje su u bitnome iste. S obzirom da pomenuta presuda nudi odgovor samo na pitanje o uzastopno, ali ne i o paralelno vođenim „krivičnim“ postupcima, Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava se tim problemom pozabavilo u presudi *A. i B. protiv Norveške*. Tom prilikom je učinjen pokušaj da se sačuva pristup izražen u predmetu *Zolotukhin*, pri čemu je odstupanje od njega pronađeno u kriterijumu „dovoljno tesne sadržinske i vremenske povezanosti“. Pitanje je međutim da li će i u kojoj meri odstupanje od kriterijuma utvrđenog u predmetu *Zolotukhin* ostati ograničeno samo na poreska „dela“. Naime, merilo koje je usvojeno u presudi *A. i B. protiv Norveške* u velikoj meri je diskreciono i samim tim prikladno za stvaranje dodatne nesigurnosti u oblasti koja spada u „tvrdo jezgro“ ljudskih prava.

Goran Ilić, PhD

Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

***NE BIS IN IDEM* PRINCIPLE IN PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Summary

The paper is analysed the practice of the European Court of Human Rights which relates to the application of the Art. 4 para. 1. Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. This involved consideration of questions related to the “criminal” nature of the proceedings, the problem of procedures repetition (*bis*) and the existence of the same act (*idem*). The author considered numerous cases in which the European Court of Human Rights confirmed, promoted or abandoned its practice regarding the application of the *ne bis in idem* principle. Despite objections that can be direct because of the occasional inconsistency in treatment, it is beyond any doubt that the conduct of the European Court of Human Rights is aimed at improving the guarantees contained in Art. 4 para. 1. Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. That impression is not diminished by a certain contradiction between the criteria stated in the judgments of *Sergey Zolotukhin v. Russia* and *A. and B. v. Norway*. Having in mind the type of cases in which the criterion of “sufficiently close content and time interconnection” emerged, it is open to question when and in which area the European Court of Human Rights will judge that the parallel conduct of two proceedings is in accordance with the *ne bis in idem* principle.

Key words: principle, ne bis in idem, European Court of Human Rights, “criminal” proceeding, procedures repetition (bis), same act (idem), consecutive proceedings, parallel proceedings.

REVIZIJA UGOVORA ZBOG PROMENJENIH OKOLNOSTI -UPOREDNOPRAVNA REŠENJA O KLAUZULI *REBUS SIC STANTIBUS*

Apstrakt

Klauzula rebus sic stantibus spada u kategoriju opštih odstupanja od ograničenja autonomije volje stranaka. Ipak, ovo pravilo u odnosu na druga pravila opšteg karaktera ima svojih specifičnosti. Njena primena može doći do izražaja samo u određenim okolnostima. Pri tome, sudska ovlašćenja u izmeni ugovora su skoro isključena a pojedini pravni sistemi primenu ove klauzule dozvoljavaju samo kod određenih ugovora.

***Ključne reči:** ugovori, promenjene okolnosti, revizija, uporedna pravna rešenja.*

1. Uvod

Evidentno je da klauzula *rebus sic stantibus* u pravnim sistemima ima specifičan položaj. Razlog njenog takvog statusa proizašao je iz istorijskih uslova razvoja tih pravnih sistema i teorijskih shvatanja o potrebi prihvatanja ovog instituta kao sastavnog dela pravne regulative određenih zemalja. Na razvoj njenog uobličavanja i primenu, u velikoj meri je uticala sudska praksa i to ne samo u precedentnom – anglosaksonskom pravu, već i na području pravnih sistema koji su nastali na tradiciji izgrađenih pravila rimskog prava, a koje zbirno nazivamo kontinentalno pravo ili pravo kontinentalne Evrope. Šta više, moglo bi se reći, da su sudska praksa i pravna teorija praktično trasirali put zakonodavcima u pogledu pravne regulative ovog instituta ugovornog prava².

Zakonodavna rešenja i sudska praksa u ovom domenu su vrlo različiti, sve u zavisnosti od toga koji pravni sistemi su u pitanju, kao i od izgradnje srodnih instituta i praktičnih potreba i interesa datog društva.

¹ Vandredni profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredne akademije u Novom Sadu, e-mail: zindovic.ina@open.telekom.rs.

² Taj uticaj je bio kako u smislu prihvatanja, tako i u smislu neprihvatanja ovog instituta.

2. Francusko pravo

Francusko pravo, kao i ostala prava kontinentalne Evrope, zasnovano je na kazuistici rimskog prava. No, iako je u periodu od rimskog prava (kanonisti i postglasatori) bilo nastojanja da se opravda primena ovog insituta u ugovornom pravu, *Code civil* iz 1804. godine, kao prvi veliki građanski zakonik buržoaskog društva, postavio je dosta kruto pravilo da je ugovor zakon za stranke, te da su, shodno čl. 1134. st. 1. stranke obavezne na poštovanje ugovornih obaveza. Izvor ugovornog prava je u subjektivnoj volji, pa su stoga zakon i ugovor, prema ovom shvatanju, izjednačeni po svojoj važnosti.

Zakon može izmeniti samo zakonodavac, što znači da se ugovor može menjati samo saglasnom voljom ugovornih stranaka. Pri takvoj zakonskoj regulativi, ni sud nema pravo mešanja u ugovorne odnose, pa ni povodom promenjenih okolnosti.

Međutim, životne situacije u pojedinim kategorijama ugovornih odnosa nametnule su neophodnost da se promenjene okolnosti uzmu u obzir i izvrši revizija ugovora. To je učinjeno kod tzv. administrativnih ugovora, a zaobilazanje zakonskih propisa u korist primene klauzule *rebus sic stantibus* učinili su administrativni sudovi. U materiji čisto građanskih ugovornih odnosa, stanje je ostalo i dalje isto.

Državni savet, kao administrativni sud, morao je da iznađe rešenje u vezi promenjenih okolnosti kod ugovora javnog prava. Izmena zakonske regulative nije dolazila u obzir iz dva razloga. Prvo, procedura je duga i komplikovana. Drugo, kod klasičnih ugovora građanskog prava, autonomija volje stranaka i načelo *pacta sunt servanda* i dalje su ostali svetinja u koje se nije smelo dirati. Stoga se pristupilo ekstenzivnijem tumačenju čl. 1134 *Code civil-a* a kroz primenu čl. 1156. Zbog posledica Prvog svetskog rata, administrativni ugovori, koji se u francuskom pravu smatraju kao ugovori između javne uprave i privatnih kompanija (društava) ili preduzimača, putem kojih javna uprava ovima dodeljuje koncesije za snabdevanje građana osnovnim potrebama kao osvetljenje, prevoz, čistoća, grejanje i sl., bili su dovedeni u pitanje. Poskupele su sirovine pa su koncesionari, kao dužnici učinioi usluga, pretrpeli velike gubitke i nisu više mogli vršiti isporuke i javne usluge po ugovorenim cenama. Da ne bi došlo do raskida ugovora i teških posledica, Administrativni sud je na osnovu čl. 1135 *Code civil-a*, pristupio reviziji ugovora, nalazeći opravdanje u tumačenu ugovornih odredbi.

Tako je po prvi put³ prihvaćena jedna varijanta o primeni teorije promenjenih okolnosti. Radi se o odluci *Gaz de Bordeaux* od 30. marta 1916. godine. Administrativni sud nije raskinuo ugovor već je prihvatio reviziju ugovora koji je jedna kompanija, još 1904. godine zaključila sa opštinom u Bordou, a na osnovu koga je dobila koncesiju za snabdevanje grada strujom i plinom. Uzimajući u obzir nagli i nepredvidivi skok cena uglja – koji je predstavljao sirovinu za struju i plin, sud ipak nije priznao kompaniji pravo na povećanje cena usled vanugovornih okolnosti, jer bi bio ovlašćen da menja ugovor, ali je usvojio zahtev za naknadu štete usled nastalih gubitaka i obrazlažući ga poremećenom ugovornom ravnotežom i činjenicom da je zbog rata nastupila nenormalna situacija. Time su upravni ugovori izdvojeni iz opšteg režima ugovora⁴.

Očigledno je, da je odluka u ovom slučaju, i u kasnijim slučajevima, zasnovana na teoriji imprevizije (nepredvidivosti). Deo francuskih pravnih pisaca (Ripert, Planiol, Eismen) izneo je oštre zamerke ovom tumačenju, ističući da argumenti koje je sud izneo nisu dovoljno ubedljivi i osnovani. U prilog toga je primedba da interesi stranaka u ovakvim ugovorima i nisu u suprotnosti, jer koncesionar u stvari teži da ostvari ličnu zaradu, a što znači da se ne može prihvatiti argument da je glavni cilj obeju stranaka uspešno funkcionisanje javne službe.

Iako su ovakve presude Administrativnog suda bile uzrokovane posledicama ratne situacije, teoretske kritike su bile sve veće. Smatralo se da je nepravilno da se ovakva praksa primenjuje samo na tzv. administrativne ugovore. Stoga je zakonodavac ocenio, da se ovakvoj praksi Administrativnog suda mora pružiti zakonski osnov. Tako je 21. januara 1918. godine donet zakon (*Loi Faillot*), koji je predvideo mogućnost raskida trgovačkih ugovora zaključenih pre početka rata 1914. godine (pre 1. avgusta te godine), a koji su se odnosili na isporuku robe ili namirnica.

Drugi svetski rat i period iza njega takođe je doneo slične probleme u izvršenju ugovornih obaveza kod pojedinih vrsta ugovora. Da bi se otklonile negativne posledice 22. aprila 1949. godine donet je poseban zakon koji je dozvoljavao sudsko raskidanje ugovora zaključenih pre 1939. godine, a

³ Ranije je bio pokušaj u tom smislu u čuvenom sporu oko kanala Krapon 1856. godine kada je Apelacioni sud prihvatio reviziju ugovora, zbog promenjenih okolnosti, ali je Kasacioni sud poništio odluku Apelacionog suda, nalazeći da je pravilo o poštovanju ugovornih odredbi, izraženo u čl. 1134 st. 1 *Code civil-a* „opšte apsolutno“, te da sud nema pravo ni po koju cenu da menja ugovorne odredbe. Ovakvo shvatanje Kasacionog suda je cementiralo shvatanje o mogućnosti izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti sve do slučaja *Gaz de Bodeaux*. Gledano iz pozicije ovog vremena, moglo bi se zaključiti da je Kasacioni sud Francuske u slučaju Kraponskog kanala, bez mnogo truda i pravničke logike išao takvim putem da reši spor zaklanjajući se iza formalnog principa poštovanja date reči, ne isputujući okolnosti pod kojim je ta reč data.

⁴ M. Lazić, „Razvoj klauzule *rebus sic stantibus* (sa posebnim osvrtom na francusku doktrinu)“, u: *Dvestotine godina od donošenja Francuskog građanskog zakonika - uticaj Francuskog građanskog zakonika na srpsko pravo : zbornik radova* (ur. Gordana Stanković), Niš 2005, 112.

koji su se odnosili na isporuku robe, fabričkih proizvoda ili namirnica ili na izvršenje radova ili na druge sukcesivne ili odložene prestacije, sa izuzetkom novčanih davanja. Pored ovog zakona, nakon Drugog svetskog rata doneto je više zakona kojima je zbog promenjenih okolnosti, sudovima dato pravo da se ugovor izmeni (kod ugovora o zakupu, o doživotnoj renti i dr.). Međutim, svi ovi pojedinačni zakoni su imali ograničeno vremensko trajanje i odnosili su se na pojedine vrste ugovora.

Ovakvo ponašanje zakonodavca naišlo je na oštre kritike pravne teorije. Smatralo se da se tako uvodi paralelni pravni sistem koji važi za pojedine ugovorne odnose kao i da sve to vodi izvesnom stepenu pravne nesigurnosti.

3. Italijansko pravo

Iako je Italija kolevka ideje o priznavanju uticaja promenjenih okolnosti na ugovorne odnose⁵, savremeno italijansko zakonodavstvo u prvobitnom periodu svog egzistiranja nije bilo naklonjeno prihvatanju ovog instituta kao opšteg pravila pri regulisanju ugovornih odnosa građanskog prava. Italijanski građanski zakonik od 1866. godine (*Codico civile*), rađen pod uticajem Francuskog *Code civil*-a iz 1804. godine, nije prihvatio mogućnost primene klauzule promenjenih okolnosti kao opšteg pravila pri regulisanju ugovornih odnosa. U čl. 1123. Zakonika, koji reguliše opšte dejstvo ugovora nije predvideo mogućnosti oslobađanja dužnika ili ublažavanja njegove obaveze usled nastalih promena okolnosti. Oslobađanje dužnika od ugovorene prestacije bilo je moguće samo usled više sile.

Zbog posledica koje je izazvao Prvi svetski rat, slično kao i Francuska, Italija je bila suočena sa sporovima zbog preterane otežanosti ispunjenja nastalih usled ratnih prilika. Zbog toga je donela Dekret od 27. maja 1915. godine kojim je ograničeno i privremeno prihvaćena mogućnost primene klauzule *rebus sic stantibus*. Prema ovom Dekretu, usled nastanka ratnih prilika, pojam više sile je proširen, pa su u ovakvim slučajevima pod nju podvođeni i slučajevi kada je ispunjenje obaveze dužnika postalo preterano otežano. Ovi propisi su se odnosili samo na ugovore zaključene pre početka rata, tj. pre 1914. godine.

Italija je, radi zaštite javnog sektora i radi obezbeđenja urednog snabdevanja stanovništva uslugama i robom koje su pružale javne službe, donela drugi Dekret 20. juna 1915. godine, a na osnovu čijih odredbi su, ugovori o javnim uslugama bili izuzeti od primene ovih propisa⁶.

⁵ Zahvaljujući radovima postglosatora i kanonista te ideje su prerasle u čitavu teoriju poznatu pod nazivom klauzula *rebus sic stantibus*.

⁶ Više o ovome vidi: C.M. Popescu, *Essai d'une theorie de l'imprevision en droit français et compare*, Paris 1937, 157-162 u: *Promenjene okolnosti u privrednom i građanskom pravu* (ur. Đ. Čobeljčić), Beograd 1972., 22.

Novi Građanski zakonik iz 1942. godine, koji je i danas na snazi, prihvatio je u svojim odredbama institut promenjenih okolnosti i to kao opšte pravilo pri ispunjenju ugovornih obaveza. Te odredbe su sadržane u tri člana (1467 – 1469) Zakonika.

Prema čl. 1467. Zakonika, koji reguliše dvostrane teretne ugovore sa trajnim ili povremenim davanjima, predviđena je mogućnost da stranka može tražiti raskid ugovora ako je njena prestacija postala preterano teška zbog nastupanja izvanrednih i nepredvidljivih okolnosti. Međutim, druga strana, protiv koje je uperen zahtev za raskid, može ga izbeći ako ponudi „pravednu izmenu uslova ugovora“. No, ugovor neće biti raskinut ako nove okolnosti koje otežavaju ispunjenje ugovora ulaze u redovan rizik ugovora. Odredba čl. 1468. Zakonika regulisala je primenu promenjenih okolnosti kod jednostranih ugovora, gde je predviđeno da stranka koja ima obavezu na prestaciju, u slučaju da je ispunjenje preterano teško, može tražiti smanjenje svoje činidbe ili „izmene u načinu izvršenja potrebne da bi se obaveza svela na pravednu meru“.

Sledeći – čl. 1469. Zakonika, predstavlja korektivnu odredbu u primeni klauzule *rebus sic stantibus*, i isti predviđa da nema mesta primeni ovog instituta ako se radi o aleatornom ugovoru⁷.

Italijanski zakonodavac nije propisao bliže kriterijume za ocenu koji se događaji, koji su doveli do promenjenih okolnosti, mogu smatrati nepredvidivim. Tu ulogu su morali da preuzmu sudovi. Pri tome, oni su kao parametar uzeli ponašanje prosečnog čoveka normalne brižljivosti u vrsti delatnosti na koju se odnosi dužnikova obaveza.

4. Nemačko pravo

Nemačko zakonodavstvo, u zavisnosti od istorijskih uslova, imalo je različit pristup u prihvatanju i primeni klauzule *rebus sic stantibus* u ugovornim odnosima građanskog prava. Za razliku od italijanskog prava, za nemačko pravo se može reći da je išlo u obrnutom smeru, tj. ka „otklanjanju“ ove klauzule i to kako iz zakonodavne regulative, tako i u sferi sudske prakse.

U Nemačkoj, period XVIII veka je zabeležen kao period kada je klauzula *rebus sic stantibus* stekla zakonsko pravo građanstva u zakonicima toga doba. Tako je klauzula uneta kao opšte pravilo u ugovornim odnosima u dve značajne građanskopravne kodifikacije toga doba. U Bavarskom građanskom zakoniku od 1756. godine (poznatom kao Maksimilijanov Bavarski građanski zakonik – *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*) odredba o klauzuli *rebus sic stantibus* bila je sadržana u delu IV, 15. §12. Isti je predviđao i ograničenja njene primene, tj. primena je mogla doći u obzir pod uslovom da promena

⁷ Vidi: Italijanski građanski zakonik (*Cadico Civile*) od 1942. godine, u prevodu izdanje Instituta za uporedno pravo, Beograd 1964, serija E.

okolnosti nije nastupila: ni usled docnje (*mora*) ni usled krivice (*culpa*), ni usled dela dužnikovog (*facto debitoris*).

I Pruski građanski zakonik (*Allgemeines preussisches Landrecht*) iz 1794. godine poznao je mogućnost raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti (§§ 378)⁸.

Ova dva zakonika, koji su predstavljali značajne kodifikacije toga vremena, obzirom da su klauzulu o promenjenim okolnostima tretirali kao opšte pravilo ugovornog prava, zasigurno predstavljaju kamen temeljac u izgradnji i uvažavanju ovog instituta, čija rešenja će biti od uticaja na izgradnji stavova pravne teorije, a i koncepciju i shvatanja drugih zakonodavstava o ovom institutu (Austrije i kasnije Italije).

Međutim, jedan vek kasnije, nemačko zakonodavstvo, sudska praksa, a i pravna teorija napuštaju ovu tradiciju, nalazeći da je primena klauzule *rebus sic stantibus* štetna i opasna za sigurnost pravnog prometa i stabilnost ugovornih odnosa. Tako, Nemački građanski zakonik iz 1900⁹ (BGB) nije prihvatio klauzule *rebus sic stantibus* kao opšte pravilo ugovornih odnosa. Ipak, sudska praksa je zahtevala elastičnija rešenja.

U traženju rešenja, sudovi su (gde je bio uključen i nemački najviši sud – *Reichsgericht*) smatrali da je najefikasnije i najlogičnije poći kod šireg tumačenja odredbe čl. 273 BGB, a koji reguliše nemogućnost ispunjenja i oslobađanja dužnika usled više sile. Smatralo se, da treba proširiti pojam nemogućnosti. To znači, da se dužnik može osloboditi ugovorne obaveze, ne samo kad je njeno ispunjenje postalo faktički ili pravno nemoguće, već i kada je ono faktički moguće, ali zahteva od dužnika preterano velike žrtve. Ovakav stav sudova poduprt je načelom „dobre vere“ (čl. 157. i 242. BGB), koje u nemačkom pravu ima poseban značaj i predstavlja jedno od osnovnih načela, za ocenu valjanosti obaveza ugovornih strana¹⁰.

Iako je koncept „dobre vere“, na kome su sudovi zasnovali svoju intervenciju u ugovorne odnose zbog promenjenih okolnosti, davao široku osnovu za primenu ovog instituta, pravna teorija je smatrala da taj osnov mora biti precizniji. Kao alternativa, već primenjenoj praksi, kao osnov za intervenciju zbog promenjenih okolnosti ponuđen je koncept „otpadanja osnova posla“¹¹.

Ako je osnov posla kasnije otpao, onda od stranke se ne može tražiti ispunjenje prestacije, jer bi to bilo protivno načelu „dobre vere“

⁸ Prema: D. Arandelović, *Klauzula rebus sic stantibus*, Zbirka rasprava, Beograd 1926, 52.

⁹ Zakonik je donet 1894. godine, a rok prilagodjavanja za njegovu primenu (*Vacatio legis*) trajao je punih šest godina.

¹⁰ Đ. Čobeljić, *Promenjene okolnosti u privrednom i građanskom pravu*, Beograd 1972, 26.

¹¹ Ovu teoriju stvorio je nemački profesor prava P. Vertmann, i ista je ubzro prihvaćena i u sudskoj praksi.

S druge strane, ako se nemačko zakonodavstvo u pogledu odnosa ka institutu promjenjenih okolnosti, upoređi sa francuskom zakonodavstvom, može se zaključiti da zakonski tekstovi oba ova pravna sistema imaju isti odnos, tj. nijedan od njih ovaj institut ne priznaju kao opšte pravilo. U tom pogledu, od zakonodavne regulative ne odstupa ni francuska sudska praksa.

Međutim, mogućnost rešenja u nemačkom pravnom sistemu je dosta fleksibilnija. Odredbe Nemačkog građanskog zakonika, zbog ove specifične formulacije, pružaju širu mogućnost u pogledu tumačenja za primenu klauzule *rebus sic stantibus*. Nemački sudovi su, uvidevši da zakonske norme omogućavaju da se ugovorni odnosi prilagode dubokim ekonomskim promenama, izgradili jedan dosta celovit sistem u prihvatanju dejstva promjenjenih okolnosti. . . . ne čekajući intervenciju zakonodavstva¹². Stoga bi se moglo reći, da u pogledu primene klauzule *rebus sic stantibus* u nemačkom pravu postoji jedna kontradiktornost. Dok zakonske norme ne predviđaju mogućnost njene primene kao opšteg pravila, dotle je njena primena u sudskoj praksi prilično izražena.

5. Englesko pravo

Englesko pravo, koje je zasnovano na precedentu, ugovornu obavezu je tretiralo vrlo strogo. Zasnovano na običajima koji su poštovali načelo *pacta sunt servanda*, preuzeta obaveza se tretirala kao apsolutno obavezujuća. Dužnik je odgovarao za svako neispunjenje ugovora, pa i u slučaju da je neispunjenje došlo usled okolnosti koje čine višu silu, tj. koje su bile nepredvidive i neotklonjive. Ovo je posebno bilo izraženo u primitivnom *common law*-u. U kasnijem periodu razvoja engleskog prava, ideja o apsolutnom karakteru dužnikove obaveze i dalje je otupljivana, tj. učinjena su krupna odstupanja od načela apsolutne odgovornosti dužnika za ispunjenje ugovora. Zasluga za to pripada precedentima (sudskoj praksi) na kojoj se i zasniva anglosaksonsko pravo. Može se reći, da je sudska praksa, registrovala slučajeve i rešavanju istih udarila temelje budućim teoretskim raspravama i eventualnim zakonskim rešenjima načelnog karaktera¹³.

Ugovorna obaveza u engleskom pravu je tumačena kao objektivna, apsolutna, stroga i izričito formalistička. Ograničenje odgovornosti moglo je biti učinjeno samo izričito, ali ne i prećutno.

Iako kontinentalno pravo nije poznavalo mogućnost izmene ugovora zbog primenjenih okolnosti, u slučaju nemogućnosti ispunjenja prestacije, dužnik se oslobađao od obaveze. Englesko pravo nije poznavalo ni ovu mogućnost, a prvi koraci u oslobađanju od ovog primitivnog formalizma-

¹² Đ. Čobeljić, 30.

¹³ Obzirom na karakter pravnog sistema, većina donetih zakona u Engleskoj ima načelan karakter (istima se opredeljuju pravni stavovi koji se u praksi primenjuju).

krutosti, koji su pravne situacije dovodili do apsurdna, učinjeni su tek u drugoj polovini XIX veka.

Veliki zaokret u pravcu napuštanja pravila o apsolutnosti ugovora, učinjen je u tzv. krunidbenim slučajevima i slučajevima vezanim za tu manifestaciju.

Prvi od ovih slučajeva je *Krell v. Henry* (1903. godine). Tužilac (*Krell*) je dao u zakup sobu tuženom *Henry-u*, da bi ovaj sa prozora posmatrao svečanost krunisanja kralja Edvarda VIII. Posmatranje svečanosti nije bilo pomenuto u ugovoru. Po dogovoru *Henry* je platio 25 š unapred, a trebao je da plati još 50 funti dana 24. juna. Međutim, zbog bolesti kralja svečanost je otkazana. Tužilac je tražio da mu se plati preostali iznos, ali je tuženi to odbio. Pri odlučivanju, sud je zauzeo stav da se iz okolnosti posla razumno ima zaključiti da su stranke zaključile ugovor, s obzirom na ovu svečanost, a na to je ukazivala i visoka cena zakupa. Svečanost krunisanja je otkazana, osujećeno je ostvarenje cilja ugovora, pa se stoga dužnik ima osloboditi daljeg izvršenja svoje obaveze¹⁴.

Iz ovakvog stava suda proizilazi da se odstupilo od ranije krutog stava o obaveznosti ugovora u slučaju ako je osujećen cilj ugovora. Ali, postavilo se pitanje do koje granice taj cilj ugovora treba da bude osujećen, da bi sud mogao osloboditi dužnika od preuzete obaveze? Odgovor na to pitanje sudska praksa je dala u sličnom slučaju *Herne Boy Steam Baat Co v. Huton* (1913. godine). Slučaj je rešavao isti sud kao u slučaju *Krell v. Henry*, ali je ovom prilikom odbio da prihvati i stav da je ugovor osujećen. Inače, ugovorom je bilo predviđeno da tužioci stave na raspolaganje tuženom za 28. jun 1902. godine brod za prihvatanje putnika, radi posmatranja revije flote, zakazane u čast krunisanja Edvarda VII i rad jednodnevnog krstarenja. Smotra flote je otkazana, ali je flota ostala u luci. Tužilac je tražio da se ugovor ispoštuje i da mu se plati zakupnina od 250 funti. Sud je usvojio zahtev, nalazeći da cilj ugovora nije potpuno uništen, jer posmatranje pomorske revije nije bio jedini cilj ugovora, već i krstarenje oko flote, a što se moglo ostvariti jer je flota bila u luci.

U pravnoj literaturi, u vezi krunidbenih slučajeva bilo je dosta kritika sa obrazloženjem da nije zauzet jedinstven stav po istoj stvari. Navodi se slučaj *Chandler v. Webster* (1904. godine), kada je tužilac (kao i kod slučaja *Krell v. Henry*) zakupio salu radi posmatranja povorke, povodom krunisanja kralja. Ugovorena cena je bila 141 funti i bilo je predviđeno da se ugovorena cena plati odmah. Tuženi je platio 100 funti, a ostao dužan još 41 funtu, kada je svečanost bila otkazana. No i pored toga, sud je obavezao zakupca da plati preostalih 41 funtu, sa obrazloženjem da je ta obaveza tuženog dospevala dok je ugovor još važio, tj. pre nego što je nastupio događaj koji je osujetio cilj ugovora.

¹⁴ O ovom i drugim slučajevima vidi: L.J. Contantinesco, *Inexecution et faute contractuelles en droit comparé, droit Française, Allemand, Anglaise*, Kohlhammer, Stuttgart 1960, 257 – 258; V. Krulj, *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1967, 53; Đ. Čobeljić, 35.

Prema ovom shvatanju suda, ugovor se raskida samo za budućnost. Dužnik se oslobađa samo onih obaveza (plaćanja, činidbi) koje dospevaju posle osujećenja cilja ugovora.

Obzirom da sudska praksa tokom vremena nije uspela da izgradi sva potrebna pravila vezano za ovoj problem, iako to nije karakteristično za englesko pravo, reagovao je zakonodavac donošenjem zakona – *Law Reform Act (Frustrated Contracts)* 1943. godine, kojim su postavljena određena pravila. Naime, ovaj zakon dopušta kod ugovora da ugovarač „koji je unapred uplatio cenu ili jedan njen deo može dobiti povraćaj iste, ako je ispunjenje ugovora postalo nemoguće ili ako je ugovor osujećen i to iako u slučaju osujećenja nije bilo potpunog otpadanja osnova¹⁵. Zakon je dao ovlašćenje sudu da razmatra i pitanje troškova (koje je druga ugovorna strana imala radi ispunjenja svoje ugovorne obaveze, a pre nastupanja nemogućnosti ispunjenja i da joj dozvoli da deo naknade zadrži radi pokrića tih troškova štete). Ovim je zakon omogućio izvesno izravnjanje gubitka između stranaka usled raskidanja ugovora. Zakon sadrži i jednu nesvakidašnju novinu, a ona se ogleda u pravu ugovorne strane koja je delimično ispunila ugovornu obavezu da traži naknadu od druge strane u slučaju da je ova druga od toga imala izvesne koristi¹⁶.

Ono što delimično umanjuje značaj ovog zakona jeste da on ima dispozitivni karakter, tj. da pitanje obračuna „u slučaju nemogućnosti ispunjenja uredi same stranke na drukčiji način. Takođe, propisano je da se zakon ne odnosi na izvesne vrste ugovora¹⁷.

Iako je ovim zakonom učinjen napredak i data mogućnost da se otklone velike nepravde koje dolaze zbog nastupanja promenjenih okolnosti, ni zakon, ni sudska praksa nisu prihvatili mogućnost revizije (izmene) ugovora, tj. prilagođavanju ugovornih obaveza novonastalim prilikama¹⁸, već dolazi do raskida ugovora.

6. Pravo Srbije

6.1. Pravo Kraljevine Srbije

Iako je Srpski građanski zakonik iz 1844. godine rađen po ugledu na Austrijski građanski zakonik iz 1811. godine, isti nije preuzeo sve njegove institute. Takav slučaj je upravo sa klauzulom *rebus sic stantibus*. Iako je Austrijski građanski zakonik sadržavao mogućnost primene klauzule *rebus*

¹⁵ Đ. Čobeljić, 39.

¹⁶ Prema: L. J. Constantinesco, 262.

¹⁷ Na koje ugovore se ovaj zakon ne odnosi, naznačeno je u prethodnom delu rada.

¹⁸ Ova mogućnost se inače primenjuje u kontinentalnom pravu (u italijanskom, nemačkom, srpskom, hrvatskom, crnogorskom pravu, pa i u francuskom pravu) kada su u pitanju administrativni ugovori.

sic stantibus kod predugovora (čl. 936), Srpski građanski zakonik nije prihvatio takvu konstrukciju.

Stoji činjenica da je čl. 636. Zakonika propisivao da ugovor prestaje (smatra se da nije učinjen) ako je „stvar zabranom zakona prestala“, tj. ako je nastupila zakonska nemogućnost ispunjenja.

Međutim, sud je u takvim situacijama mogao samo raskinuti ugovor, a ne i vršiti njegovu redukciju zbog nastupanja promjenjenih okolnosti.

6.2. Pravo Srbije za vreme Kraljevine Jugoslavije

Posledice Prvog svetskog rata, dovele su do situacije da je izvršenje pojedinih ugovornih obaveza postalo ekonomski nemoguće. Do stvaranja Države SHS, u Vojvodini je važno građansko pravo Mađarske, koje je prihvatilo, a sudska praksa primenjivala klauzulu *rebus sic stantibus* i to onda kada je obaveza za dužnika postala tako teška da se s obzirom na pravičnost ne može njome opteretiti dužnik¹⁹. Kako je na prostorima novoformirane države još uvek vladalo pravno šarenilo, sudska je praksa u Vojvodini oslobađala dužnika od ugovorene obaveze „ako je nabavljanje ili izrađivanje robe postalo tako skupo povodom rata da izvršenje uz prvobitne uslove, ako se uzmu u račun i sve slične obaveze dužnika, vodi do njegovog uništenja“²⁰.

Da bi se ublažile negativne posledice bila je neophodna intervencija države u imovinske odnose. Tako je 1920. godine doneta Uredba o pravnoj likvidaciji stanja stvorenog ratom, kojom se pokušalo da ublaži i olakša položaj dužnika u dvostranim ugovorima koji su zaključeni pre rata, smatrajući da bi bilo očigledno nepravedno tražiti u takvim okolnostima njihovo puno ispunjenje. Prema Uredbi, ako nijedna stranka nije bila ispunila svoju ugovornu obavezu, ugovor se mogao raskinuti na zahtev bilo koje strane i bez davanja naknade (troškova i sl)²¹. No, ovi propisi nisu mogli biti primenjeni na ugovore zaključene posle rata, što je u ovom pogledu umanjilo značaj citirane Uredbe.

6.3. Pravo Srbije od II svetskog rata

U periodu između dva svetska rata vođene su diskusije po pitanju prihvatanja instituta promjenjenih uslova u ugovornom pravu Srbije²².

¹⁹ Đ. Piškulić, I. Đerđ, *Osnovi privatnog prava Vojvodine*, Beograd 1924, 137.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Uredba je predviđljala niz rešenja, uglavnom zavisno od toga da li su stranke i u kom obimu ispunile svoju obavezu.

²² Kao radovi na ovu temu pominju se npr. D. Arandžević, *Clausula rebus sic stantibus – Nedostiznost davanja*, Zbirka rasprava, Beograd 1926; L. Urošević, „*Clausula rebus sic stantibus*“, *Pravosuđe*, br. 1/1937.

Nakon Drugog svetskog rata, otpočeo je administrativni sistem upravljanja privredom. Stoga, u tom pogledu u pozitivnom pravu nove Jugoslavije klauzula *rebus sic stantibus*, kao građansko-pravni institut nije bila formalno priznata i primenjivana kao opšte pravilo²³. Ovakvo stanje trajalo je sve do 1954. godine, tj. do donošenja Opštih uzansi za promet robom br. 55 – 59, a pod nazivom „Izmena i raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti“, klauzula dobila status opšteg pravila ugovornog prava.

6. 4. Pravo Srbije od 1954 do 1978. godine

Donošenjem Opštih uzansi za promet robom 18. januara 1954. godine, klauzula *rebus sic stantibus* je dobila zakonsko utemeljenje kao opšte pravilo ugovornog privrednog prava i time najširu podlogu u sudskoj praksi: u pravnoj teoriji bilo je oprečnih tumačenja u smislu da li se može smatrati da je na ovakav zakonski utemeljen način, klauzula *rebus sic stantibus* postala opšte pravilo obligacionog prava (obzirom da u to vreme Zakon o obligacionim odnosima još nije bio donet), ili je ona primenjivana samo na ugovore u privredi²⁴. Naše je mišljenje da nije bilo smetnji da se pravilo klauzula *rebus sic stantibus* moglo primenjivati i na ugovorne odnose između fizičkih lica. U protivnom, stvorila bi se situacija o dvojstvu pravnih situacija sa različitim posledicama, a čija bi osnovica, a posebno osnov primene klauzule (promenjene okolnosti), bio isti. To bi vodilo ka nepravdičnosti i u izvesnom smislu i pravnoj nesigurnosti.

Sudska praksa građanskih sudova je takođe smatrala da se ovo pravilo može primeniti i na ugovorne odnose između fizičkih lica. Zvaničan stav ne postoji, ali važno je istaći presudu Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 887/62 od 26. juna 1962. godine, gde je sud raskinuo ugovor o izdržavanju zbog promenjenih prilika. Ugovor je zaključen 1951. godine i po svojoj suštini (ako se uzme u obzir čl. 122. Zakona o nasleđivanju koji je važio u vreme donošenja citirane presude) predstavljao je ugovor o doživotnom izdržavanju. Prema Zakonu o nasleđivanju, postojala je mogućnost izmene ili raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti, i putem analogije sud je mogao rešiti slučaj. Međutim, sud nije prihvatio analogiju kao način rešavanja spora, već je svoju odluku o primeni klauzule *rebus sic stantibus* zasnovao na tumačenju ugovora. Sud je našao da se pri tumačenju ugovora sud ne sme ograničiti samo na objašnjavanje reči i izraza u ugovoru, nego treba da ispituje nameru stranaka u ugovoru i da se ugovor ima razumeti onako kako to odgovara poštenju u pravnom saobraćaju. Proizilazi da je sud zaključio da se „ugovor o doživotnom izdržavanju, već po svom karakteru

²³ Uredba o zaključivanju ugovora u privredi iz 1946.godine propisivala je (čl. 3) da su stranke dužne da se strogo pridržavaju ugovornih obaveza.

²⁴ Više o vome vidi: V. Krulj, 121 – 183.

ima smatrati kao da je zaključen sa klauzulom, da važi pod pretpostavkom nepromenjenih prilika²⁵.

Iako se ovde ne radi o zauzetom stavu koji bi važio za buduće slučajeve, jasno proizilazi da je Vrhovni sud Jugoslavije udario podlogu za jedno novo shvatanje o tumačenju primene klauzule *rebus sic stantibus*, a to je da iako je stranke u ugovoru nisu izričito predvidele ona je mogla biti prethodno sadržana u ugovoru, a što se utvrđuje tumačenjem namere stranaka. Nalazimo da bi ovakav stav bio prihvatljiv uz uslov da se znaju precizni kriterijumi na osnovu kojih bi se utvrdila prva namera stranaka.

6.4.1. Sadržinsko određenje klauzule *rebus sic stantibus* prema Opštim uzansama za promet robom

Iako Uzanse nisu bile obavezne, tj. njihova primena za stranke nije bila obligatorna, one su se praktično uvek primenjivale kod ugovornih odnosa u privrednom pravu. Obzirom da su neka pravila stranaka, u Uzansama, imala univerzalni karakter, jer su se primenjivala i na građanskopravne odnose (a među njima je i pravilo *rebus sic stantibus*) to nalazimo da je od posebnog značaja izvršiti analizu sadržine (elemenata) normi koje bliže određuju ovaj institut, a ovo tim pre što je suština ovih normi prenetu u odredbe Zakona o obligacionim odnosima (čl. 133 – 136) koje odredbe su i sada na snazi.

Prema Uzansi 55, st. 1 za promet robom propisuje se pod kojim okolnostima jedna stranka može tražiti izmenu ili raskid ugovora. Tako, stranka može tražiti izmenu ili raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti samo onda „ako su nastupili *izvanredni događaji* koji se u vreme zaključenja *nisu mogli predvideti*“ i ako je usled toga „*ispunjenje obaveze za jednu stranku postalo preterano otežano ili bi joj nanelo preterano veliki gubitak*“.

Što se smatra „izvanrednim događajima“, procena da li su se isti mogli predvideti, te šta se smatra velikim gubitkom, je stvar faktičke procene suda, koji svojom stručnošću, sudijskim umećem i mudrošću mora da izvrši pravilnu procenu i donese ispravnu odluku. Kada se analizira sudska praksa iz toga vremena, moglo bi se zaključiti da su sudske procene u pogledu ocene – bližeg određenja propisanih uslova, dosta jasne i ujednačene.

U cilju lakšeg i preciznijeg određenja izvanrednih događaja zbog kojih se može tražiti izmena ili raskid ugovora, zakonodavac je doneo i upućujuću normu – čl. 56, Uredbe opštih uzansi. Tako je propisano da se pod tim događajima smatraju naročito: „prirodni događaji“, kao što su: suša, poplava, zemljotres, upravne mere, kao što su zabrana ili ograničenje

²⁵ *Ibid.*, 122.

uvoza ili izvoza i druga ograničenja prometa robom, promena sistema cena, promena tarifa i propisanih cena, promena standarda; ekonomske pojave, kao što su izuzetno nagli i veliki pad ili skok cena.

Pored ovih događaja, sud je mogao u postupku utvrditi da se i drugi događaj ili okolnosti mogu podvesti pod kategoriju izvanrednog događaja.

Kada se analizira sudska praksa iz toga perioda, a vezano za „težinu“ prirodnih događaja, koji mogu uticati na otežavanje izvršenja ugovora, može se zaključiti da su sudovi dosta restriktivno te slučajeve prihvatili, kao osnov za primenu pravila o promenjenim okolnostima.

U presudi Vrhovnog privrednog suda od 28. VI 1957. godine je konstatovano da „činjenica da su propisi nadležnog državnog organa o cenama već u vreme zaključenja ugovora ostavljali sumnju u pogledu opsega njihove primene, ne može biti osnov za raskidanje ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti²⁶. Isto mišljenje je izraženo i u presudi od 30. X 1958. godine gde stoji „sniženje izvoznog koeficijenta na skrob kao finalni proizvod koji se dobija preradom kukuruza“ ne može se smatrati kao izvanredan događaj koji daje osnova kupcu da traži izmenu ugovora čiji je predmet kupoprodaja kukuruza²⁷.

Restriktivan stav, a u prilog mogućnosti primene pravila o promenjenim okolnostima, sudovi su zauzimali i kod graničnih slučajeva, tj. kada je bilo diskutabilno da li se u konkretnom slučaju radi o aktu koji se može podvesti pod upravnu meru ili ne. Tako je Vrhovni privredni sud u presudi od 22. VI 1955. godine zauzeo stav da „zabrana seče šume od strane Narodnog odbora“ nije upravna mera koja bi se mogla smatrati kao izvanredan i nepredviđen događaj na osnovu koga se može zahtevati izmena ili raskidanje ugovora²⁸.

Kada je u pitanju izvanredni događaj vezan za promenu cena i promenu tarifa, procena sudova u smislu preciznog opredeljenja bila je teška, što je zasigurno doprinelo i donošenju odluka u vezi kojih bi se mogle stavljati veće ili manje primedbe. Razlog je razumljiv, jer je uistinu dosta teško opredeliti do koje mere promena cena ili tarifa može stvoriti situaciju izvanrednog, a posebno nepredvidljivog događaja. Takođe, u vezi ovoga, postavlja se pitanje da li samo gubitak zbog promene cena može biti osnov za traženje izmene ili raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti ili se kao osnov može pojaviti i izostala predviđena dobit, tj. da li se u pojam „gubitak“ može uključiti i realno očekivana dobit?

U slučajevima promena tarifa, za sudske praksu nije bilo dileme da se to može tretirati kao izvanredan događaj zbog koga se može tražiti izmena ili raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti. U prilog toga

²⁶ Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl. 608/55 od 28. VI 1957. godine.

²⁷ Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl. 290/58 od 30. X 1958. godine.

²⁸ Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl. 442/55 od 22. VI 1955. godine.

govori rešenje suda od 10. IV 1956. godine²⁹, gde je konstatovano da „povišenje poreske stope može biti osnov za raskidanje ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti“, kao i rešenje od 20. IV 1956. godine³⁰, gde stoji da „povišenje tarifnih stavova poreza na promet čini osnov za raskidanje ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti“.

U suštini u naznačenim rešenjima je izražen stav da izmena tarifnog sistema predstavlja osnov za reviziju ili raskid ugovora. Međutim, postavlja se pitanje, da li svaka, pa i minimalna izmena poreske stope može predstavljati potreban osnov i ako ne, koja granica – procenat predstavlja prekretnicu za odbijanje ili usvajanje zahteva. U presudi od 22. VII 1961. godine, Vrhovni privredni sud je istakao da „uvođenje novog poreza na promet od 0,5% od prodajne cene ni u kom slučaju ne predstavlja okolnost koja bi u smislu navedenih uzansi mogla opravdati povišenje ugovorenih cena³¹“.

Kada je u pitanju promena standarda, tu ne bi trebalo razmišljati, a da se to ne prihvati kao osnov za izmenu ili raskid ugovora. Za ustanovljenje standarda u nekoj oblasti važe posebna pravila koja propisuju stručno udruženje i država, pa odstupanje od toga može predstavljati i delikt. Stoga su sudovi, okolnost promene standarda, uzimali za ozbiljno i po pravilu uvek dozvoljavali izmenu ili raskid ugovora, posebno kada je u pitanju finalni proizvod ili sastavni deo nekog složenijeg proizvoda. U tom smislu citiramo i presudu Vrhovnog privrednog suda iz 1965. godine, gde stoji „kao izvanredan događaj koji daje pravo da se zahteva izmena ili raskid ugovora, smatra se i kad dođe do promene jugoslovenskog standarda u odnosu na finalni produkt“³².

U ekonomske pojave izvanrednog događaja ne mogu se svrstati uobičajene promene cena robe na tržištu u smislu osnova za izmenu ili raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti. To predstavlja normalan rizik s kojim stranke moraju računati u prometu robom, te kao takve nemaju značaj izvanrednog i nepredviđenog događaja zbog koga bi se moglo tražiti raskidanje ili izmena ugovora³³.

6.4.2. Rok za saopštenje zahteva za izmenu ili raskid ugovora

Uzansa 59. propisuje da stranka koja je ovlašćena, da zbog promenjenih okolnosti zahteva izmenu ili raskid ugovora, treba svoj zahtev da saopšti drugoj strani čim je doznala da su takve okolnosti nastupile, u protivnom će

²⁹ Rešenje Vrhovnog privrednog suda Sl. 291/56 od 10. IV 1956. godine.

³⁰ Rešenje Vrhovnog privrednog sudq Sl. 394/56 od 20. IV 1956. godine.

³¹ Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl. 1820/61 od 22. VII 1961. godine.

³² Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl. 1128/62 od 18. X 1965. godine.

³³ Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl. 27/57 od 21. II 1958. godine.

odgovarati za štetu koju je druga stranka pretrpela zbog toga. U uzansama nije propisano do kojeg momenta se stranka može pozivati na promenjene okolnosti. Međutim, logičkim zaključivanjem proizilazi da strana koja traži raskid ugovora ne može se pozivati na promenjene okolnosti koje su nastupile, po isteku roka određenog za ispunjenje njene obaveze. Od tada ona pada u docnju i važe pravila za neispunjenje ugovorne obaveze zbog docnje. Takođe, ne može doći do primene klauzule *rebus sic stantibus* ako je ugovor ispunjen, jer se ugovor ispunjenjem ugasio³⁴.

Opšte uzanse nisu predviđale mogućnost odricanja pozivanja na određene promenjene okolnosti, što ne znači da je ta mogućnost bila apsolutno isključena.

6. 5. Pravo Srbije od 1978. godine

Opšte uzanse za promet robom su bile u primeni do 1. oktobra 1978. godine kada je stupio na snagu Zakon o obligacionim odnosima. Ovaj zakon je zadržao (čl. 133 – 136) institut promenjenih okolnosti i na taj način, klauzule *rebus sic stantibus* je nastavila svoj zakonski život kao samostalan institut (pravilo) koje se u sudskoj praksi može primenjivati direktno iz zakona bez da se pravni osnov njegove primene izvlači iz drugih instituta i putem tumačenja volje ugovornih stranaka.

U pogledu konceptijskog određenja klauzule *rebus sic stantibus*, može se reći da postoji razlika između regulative koju sadrži Zakon o obligacionim odnosima od regulative koja je bila sadržana u Opštim uzansama za promet robe – uzanse 55 – 59. Iako u Zakonu o obligacionim odnosima, sadržinski koncept klauzule nije posebno izmenjen, izvesne razlike postoje između ova dva zakonska teksta, a koja se ogledaju u dva pravca: jedan, u pogledu izvesne nepreciznosti formulacija teksta u Zakonu o obligacionim odnosima što u sudskoj praksi može stvoriti različita tumačenja u primeni i drugi: koji se ogleda u pozitivnoj funkciji, obzirom na njeno univerzalno dejstvo, jer se njena primena odnosi ne samo na ugovorne odnose u privredni, već i na ugovorne odnose klasičnog građanskog prava. Klauzula *rebus sic stantibus* je prema odredbama Zakona o obligacionim odnosima dobila status samostalnog pravila opšteg karaktera.

6.5.1. Sadržinsko određenje klauzule *rebus sic stantibus* prema Zakonu o obligacionim odnosima

Kao uslov za traženje izmene i raskida ugovora, prema opštoj uzansi, za promet robom br. 55, bili su izvanrednost i nepredvidivost događaja preterano

³⁴ Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl. 449/58 od 10. VI 1959. godine.

otežano izvršenje obaveze i nastupanje izvanrednog događaja pre ugovornog roka za ispunjenje obaveze. To su bili kriterijumi koji su od strane sudova, čini se, dobro vođeni i dobro fundirani³⁵. Za određivanje uslova za izmenu ili raskid ugovora zbog promjenjenih okolnosti, Zakon o obligacionim odnosima od napred naznačenih u Uzansi 55, zadržao je samo jednu i to „otežanost ispunjenja“. Pri tome je i termin „preterano“ izostavljen.

U st. 1. čl. 133. Zakona o obligacionim odnosima pri formulaciji istog, zakonodavac je za razliku od Uzanse, uneo druge elemente kao što su: svrha ugovora, očekivanja ugovornih strana, nepravičnost. Pri datom kontekstu reči proizilazi da su elementi, „svrha ugovora“ i „očekivanja ugovornih strana“ više subjektivni elementi, što više otvara vrata tumačenju ugovora, tj. istraživanju i utvrđivanju volje ugovornih strana. Time su, možda neoprezno otvorena vrata ka jednoj preširokoj podlozi od koje polazi sud pri utvrđivanju činjeničnog stanja, što u nedostatku iskustva sudije, proces može bespotrebno raspliniti i zaključak usmeriti u pogrešnu stranu. Kao korektivni element stoji „pravičnost“, koji sa elementom „otežano ispunjenje“ može da u izvesnoj meri objektivizuje elemente ovako široko datih pretpostavki za primenu pravila o promjenjenim okolnostima.

Pravni standard „svrha ugovora“, „očekivanja ugovornih strana“ i „opšte mišljenje“, nisu karakteristični za kontinentalna prava. Očigledno je da su isti preuzeti iz anglosaksonskog prava, a obzirom na njihovu opštost i nejasnost, to su za našu sudsku praksu u izvesnom smislu i nekorisni. Umesto toga, pravni standardi poput „izvanredni događaji“, „nepredvidivi događaji“, „preterano otežano ispunjenje“ itd. su bliži ukusu kontinentalnog pravnika i praktičara³⁶. Stoga se čini da je regulativa ovog instituta u Opštim uzansama za promet roba i usluga (br. 55 – 59) primerenija i da bi je trebalo vratiti u pozitivno pravo. . . .³⁷

Očigledno je da odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje regulišu materiju promjenjenih okolnosti se razlikuju od rešenja koja su bila sadržana u uzansama. Pre svega, izričito Zakon izričito ne spominje izvanredne i nepredvidljive događaje, već označava samo one okolnosti koje su nastupile posle zaključenja ugovora i koje otežavaju ispunjenje obaveze jedne stranke, odnosno ako se zbog njih ne može ostvariti svrha ugovora. Ipak, da u tom delu zakonodavne regulative ne bi ostala praznina, u st. 2. čl. 133. , Zakon je predvideo da se raskid ugovora ne može zahtevati ako je strana koja se poziva na promjenjene okolnosti bila dužna da u vreme zaključenja ugovora uzme u obzir te okolnosti ili ih je mogla izbeći ili savladati. Očigledno je da se ovom formulacijom želela nadomestiti ranija

³⁵ *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Knjiga I* (redkatori: S. Perović, D. Stojanović), Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac, 1980, 427.

³⁶ M. Vasiljević, „Od Obligacionog zakona do Građanskog zakonika“, *Pravna riječ* 10/2007, 404.

³⁷ *Ibid.*

formula o izvanrednosti i nepredvidljivosti događaja, mada se to eksplicitno ne spominje³⁸. Koji su kriterijumi merodavni za procenu pažljivosti stranke prilikom zaključenja ugovora, zakonodavac u ovom delu to nije bliže odredio, već se to mora utvrđivati primenom opštih pravnih standarda definisanih u zakonu.

Zakon o obligacionim odnosima u ovom čl. 133. st. 1, koristi i termin „pravičnost“. Tačno je da to treba da bude osnovno obrazloženje mogućeg raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti. Ali, ovaj kriterijum je trebalo u zakonu izraziti konkretnijim i preciznijim instrumentima, a ne tako širokim kao što je „opšte mišljenje“ i slično. Ovako široki i difuzni kriterijumi mogu u praktičnoj primeni prava izazvati veće teškoće nego kada bi se konkretizovali na način kako je to bilo učinjeno ranijim rešenjima³⁹.

Zakon o obligacionim odnosima (u čl. 133), za definisanje pretpostavki za raskidanje ugovora ne upotrebljava termin „izvanredni“ i „nepredvidljivi“ događaji, niti pak predviđa posebnu odredbu gde se navode primeri tih izvanrednih događaja, kao što su to sadržavale Opšte uzanse za promet robom. Stvar je teorijske rasprave da li su termini „neizbežnost“, „neotklonjivost“, adekvatniji od termina „izvanrednost“ i „nepredvidivost“, te da li termin „nepredvidljivost“ više upozorava stranke na procenu rizika pri ulasku u ugovorni odnos. Smatramo da je, pravno određenje sadržine klauzule *rebus sic stantibus* u Opštim uzansama za promet robom bilo preciznije i sadržajnije nego što je to regulisano odredbama Zakona o obligacionim odnosima.

Ipak, sudska praksa nakon donošenja Zakona o obligacionim odnosima nije bila zatečena preširokim i neodređenim terminima, već je zahvaljujući kriterijumima koji su do tada funkcionisali u praksi, izgrađeni tumačenjem Opštih uzansi 55 – 59 za promet robe, uspešno nastavili rešavanje spornih slučajeva, vezano za primenu klauzule *rebus sic stantibus*. Tako je u odluci Vrhovnog suda Srbije iz 1997. godine naznačeno da „raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti ne može se tražiti ako je stranka, koja se poziva na promenjene okolnosti, bila dužna da u vreme zaključenja ugovora uzme u obzir te okolnosti ili ih je mogla izbeći i savladati⁴⁰.

U suštini ovde se radi o oceni uslova „predvidivosti“ koji je u Zakonu o obligacionim odnosima označen kao dužnosti stranke da uzme u obzir te okolnosti u vreme zaključenja ugovora, te procena da li ih je mogla izbeći i savladati i drugoj odluci, samo na podlozi potpuno drugačijeg činjeničnog stanja, sud je zauzeo isti stav konstatujući da kada ekonomski jača ugovorna strana (prodavac) pripremi tekst ugovora, nema uslova za raskid zbog promenjenih okolnosti (inflacija, dispariteti između

³⁸ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, 429.

³⁹ *Ibid.*, 430.

⁴⁰ Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev.623/97 od 10.9.1997.godine i *Zbirka aktuelne sudske prakse iz obligacionog prava* (prir. Gordana Stanojčić), Poslovni biro, Beograd 2009, 130.

zvaničnog i tržišnog kursa dinara), jer su se te pojave mogle predvideti i kroz ugovaranje indeksne klauzule savladati⁴¹.

Koliki značaj sudska praksa pridaje dužnosti ugovorne strane da pri zaključenju ugovora vodi računa o predvidljivim okolnostima, ukazuje i sledeća odluka Vrhovnog suda Srbije iz 1998. godine, gde je istaknuto da „ako posle zaključenja ugovora nastupe okolnosti zbog kojih strana ugovornica ne može ostvariti svrhu ugovora, može zahtevati da se ugovor raskine, ako je očigledno da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po opštem mišljenju bilo nepravilno održati ga na snazi takav kakav je, a ne može zahtevati raskid ako je bila dužna da u vreme zaključenja ugovora uzme u obzir promenjene okolnosti na koje se poziva ili ih je mogla izbeći ili savladati“⁴².

U pogledu procene da li nastupele okolnosti ne obezbeđuju ostvarenje svrhe ugovora, mogu nastupiti različite situacije. Sudovi su za sada koristili uglavnom objektivne elemente u toj proceni, mada nije isključeno da i subjektivni element u određenoj situaciji može odneti prevagu⁴³, mada su takvi slučajevi u praksi vrlo retki.

Kao primer ocene suda da li je ostvarena svrha ugovora gde je za procenu korišćen objektivni kriterijum, može se navesti rešenje Vrhovnog suda Srbije od 23. 3. 1994. godine gde se navodi da . . . postoje razlozi za raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti, kada zakupnina, koja ne može da podmiri troškove održavanja obezbeđuje ostvarivanje svrhe ugovora, niti očekivanja zakupodavca da od zaključenog ugovora ostvari određenu ekonomsku korist⁴⁴. U suštini ovde se radilo o situaciji kada je visina zakupnine bila obezvređena zbog enormne inflacije, a koja okolnost bi samo za sebe bila dovoljan razlog za utvrđenje da se ne može ostvariti svrha ugovora, a time i osnov za raskid ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti.

U pogledu roka do kojeg momenta se stranka može pozivati na promenjene okolnosti Zakon o obligacionim odnosima (čl. 133, st. 3) sadrži skoro istovetnu formulaciju kao Opšta uzansa 53, st. 1, gde se propisuje da je to rok predviđen za ispunjenje ugovorne obaveze. To znači da se stranka ne može pozivati na promenjene okolnosti po isteku roka određenog za ispunjenje njene obaveze. Docnja eliminiše mogućnost primene pravila o promenjenim okolnostima.

⁴¹ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4250/97 od 3.12.1997. godine i *Zbirka aktuelne sudske prakse iz obligacionog prava*, 130.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Npr. kupuje se stvar radi određenog duhovnog zadovoljavanja što je prodavac znao ali je došlo do promene okolnosti.

⁴⁴ Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 959/94 od 23.3.1994. godine, *Zbirka aktuelne sudske prakse iz obligacionog prava*, 130.

U primeni ovih odredbi sudska praksa je bila jedinstvena. Tako je u rešenju Višeg trgovinskog suda od 20. 12. 2006. godine, povodom kašnjenja prodavca u isporuci žice koji rok je bio određen pre poskupljenja, a za koji mu je prodajna cena uplaćena avansno, naznačeno da „ugovorna strana“ koja je u docnji ne može isticati promenjene okolnosti i tražiti izmenu ugovora zbog okolnosti koje su se promenile, a koje su nastupile po njenom padanju u docnju, odnosno po isteku roka određenog za ispunjenje njene obaveze⁴⁵. Istovetan stav je izražen u presudi Višeg privrednog suda od 2. juna 1999. godine povodom zajedničkog ulaganja. Naime, stranke su se dogovorile da izvrše zajedničko ulaganje 1999. godine tako što će jedna stranka izgraditi hladnjaču za pečurke, a druga nabaviti i ugraditi kompresor što su i učinile u ugovorenom roku. Stoga, po mišljenju suda gubljenje ekonomskog interesa za dalju saradnju na strani tužioca, nakon ispunjena ugovora ne predstavlja osnov za vraćanje ugrađenog⁴⁶.

U sledećoj odluci, gde je potvrđena presuda Višeg privrednog suda i odbijen tužbeni zahtev tužioca, Vrhovni sud Srbije prihvatio je stav nižeg suda u pogledu shvatanja da ugovorne stranke se mogu pozivati na promenjene okolnosti samo u periodu od zaključenja ugovora do dospelosti ugovorom preuzete obaveze, a ne i u slučaju promenjenih okolnosti nastalih posle ispunjenja ugovornih obaveza⁴⁷. Suština spora sastojala se u tome da tužilac traži isplatu određenog novčanog iznosa, jer je nakon izvršene isporuke laboratorijskom analizom utvrđeno da kvalitet isporučenog brašna nije odgovarajući.

U vezi roka za ostvarenje prava zbog promenjenih okolnosti, postavlja se pitanje da li se to pravo gubi ako je strana ovlašćena da zbog promenjenih okolnosti zahteva raskid ugovora, propusti da o svojoj nameri za raskid i nastupanju promenjenih okolnosti obavesti suprotnu stranu. Odgovor je negativan, jer je čl. 134. Zakona o obligacionim odnosima propisao da u takvom slučaju nesavesna strana zbog takvog propusta odgovara za štetu koju je druga strana pretrpela zbog toga. U suštini, ovo pravilo iz čl. 134. je samo konkretizacija pravila postavljenog u čl. 268. ZOO, prema kome ugovorna strana koja je dužna da obavesti drugu stranu o činjenicama koje su od uticaja na njihov međusobni odnos, odgovara za štetu koju pretrpi druga strana zbog toga što nije bila na vreme obavestena. To znači da, propust obavještenja nema za posledicu gubitak prava, već samo odgovornost za prouzrokovanu štetu⁴⁸.

⁴⁵ Rešenje Višeg trgovinskog suda Pž. 1013/06 od 20.12.2006.godine u: Z. Petrović, V. Kozar, *Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava*, Intermex, Beograd 2009, 120.

⁴⁶ Presuda Višeg privrednog suda, Pž.9163/98 od 2.juna 1999. godine.

⁴⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 81/99 od 24.marta 1999. godine.

⁴⁸ *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, 434.

7. Zaključak

Sušтина u primeni klauzule *rebus sic stantibus* ogleda se u nastojanju da se ostvari cilj zaključenog ugovora a da se pri tome i pored novonastalih okolnosti ne ugrozi autonomija volje ugovornih strana i pravila da je ugovor zakon za stranke. Ona podupire pravilo o ekvivalentnosti davanja a urušava načelo pravne sigurnosti. S druge strane, ona upotpunjuje načelo pravičnosti. Ipak, dok određeni pravni sistemi (Italija, republike bivše Jugoslavije) klauzuli zakonom priznaju status opšteg pravila, određeni pravni sistemi (npr. Francuska) klauzuli *rebus sic stantibus* još ne priznaju status opšteg pravila odstupanja od autonomije volje stranaka. Kod trećih zemalja (npr. Nemačka), iako zakon ne predviđa primenu ovog pravila kao opšteg, njena primena (uz podršku pravne teorije) u sudskoj praksi je prilično izražena.

Ilija Zindović, PhD

Associate Professor, Law Faculty of Economics and Justice
University Business Academy in Novi Sad

REVISION OF CONTRACT DUE CHANGED CIRCUMSTANCES -COMPARATIVE LEGAL SOLUTIONS OF *REBUS SIC STANTIBUS* CLAUSE

Summary

Clause *rebus sic stantibus* falls into the category of general deviations from the constraints of the autonomy of a party. However, this rule in relation to other general rules has its peculiarities. Its application may come only in the given circumstances. Thereby, the court's authorization to modify the contract is nearly excluded and application of this legal system allows application of a clause only in the particular contracts.

Key words: contracts, changed circumstances, revision, comparative law.

ŠIRENJE DOMAŠAJA NEPRISTRASNOSTI JAVNOG BELEŽNIKA U DOMEN JAVNOG PRAVA

Apstrakt

U radu se analizira nepristrasnost javnog beležnika kao fenomen koji se u novije vreme otkriva i u domenu javnog prava. Temi nepristrasnosti javnog beležnika prilazi se putem, najpre, analize širenja načela podele vlasti, a nakon toga razmatranjem nezavisnih regulatornih tela, čije karakteristike i funkcije su pomogle doktrini da gradi novi pogled na funkcije notara. Danas se uočava da se može izdvojiti jedan kompleks poslova koji prethode sastavljanju javnobeležničke isprave i koji predstavljaju ne samo puko savetovanje, već mnogo kompleksnije delovanje - prilagođavanje volje stranaka pravilima pravnog sistema u cilju zaštite ne samo individualnog interesa stranaka već i kolektivnih interesa koje današnje društvo snažno afirmiše. Time se nepristrasnost pojavljuje u sasvim novoj dimenziji: ne samo kao garancija zaštite privatnih interesa stranaka već i podjednako značajnih drugih zaštićenih interesa. Zaključuje se da se obaveza javnobeležničke nepristrasnosti ne zaustavlja na granicama privatnog prava, što je do sada bilo opšteprihvaćeno gledište, već se prostire i na domen javnog prava, čime se njen domašaj pokazuje kao mnogo širi.

Ključne reči: javni beležnik, nepristrasnost, podela vlasti, nezavisna regulatorna tela, funkcija prilagođavanja, funkcija garancije, javno pravo.

1. Uvod

Načelo nepristrasnosti prisutno je u mnogim oblastima društvenih odnosa, politike, prava, kako nacionalnog tako i međunarodnog. Na političkom, ekonomskom i socijalnom polju načelo nepristrasnosti veže se za načelo jednakosti i predstavlja jedno dinamično načelo koje bi trebalo da osigura ne samo poštovanje jednakog postupanja i jednakog dostojanstva subjekata, nego i da uvažava različitost uslova (ekonomsko-socijalnih, obrazovnih, geografskih itd.) koji stavljaju subjekte u položaj nejednakosti i različitosti. Ne slučajno

¹ Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, e-mail: draganaknezicpopovic@gmail.com.

mnogi rečnici kao sinonime nepristrasnosti navode izraze pravičnosti i pravde. Tek sa dolaskom pravne i demokratske države nepristrasnost postaje načelo koje je ruka vodilja zakonodavcu, politici, društvenim odnosima. Načelo nepristrasnosti poziva se na koncept da se ne zauzima pozicija jedne strane i predviđa kao minimalno neidentifikovanje sa tačkama gledišta stranaka, već zahteva generalnu tačku gledišta koja prevazilazi pozicije svake od stranaka kada se uređuju ponašanja i donose odluke.

U javnobeležničkoj profesiji nepristrasnost predstavlja osnovno načelo i deontološku odliku koja je imanentna ovoj javnoj službi. Načelo nepristrasnosti se tradicionalno veže za posao savetovanja. Savetovanje je jedan u nizu javnobeležničkih poslova koje, u klasičnoj postavci, zakonodavac izričito navodi². Smeštanje notarske nepristrasnosti samo i isključivo u okvir odnosa sa klijentom, a prvenstveno u vezi sa obavezom savetovanja kao jednim od javnobeležničkih poslova koji ne čine, u tradicionalnom načinu gledanja, vršenje javnih prerogativa³, znači lociranje nepristrasnosti u privatnopravnu sferu⁴. Ipak, novija istraživanja pokazuju da je javnobeležnička nepristrasnost multidimenzionalan pojam koji dopire i do javnopravne sfere, što otkriva njene mnogo šire dimenzije.

Ovaj širi domašaj javnobeležničke nepristrasnosti mogao se uočiti tek sa naučnom obradom fenomenâ koje je iznedrilo savremeno doba, a to su širenje principa podele vlasti i s tim povezana nezavisna regulatorna tela.

2. Širenje načela podele vlasti

Iako Monteskejeova trodeoba u svom tradicionalnom obliku stoji i danas u osnovama političke organizacije savremenih država, u čijoj suštini je bio, i još uvek je, zahtev da se garantuje sloboda pojedinca i dobro funkcionisanje državnog aparata, ipak se snažno probija ideja o zastarelosti klasične doktrine i predlažu nove deobe vlasti⁵. Fenomen uvećane podele vlasti nalazi svoju

² Npr. Zakon o javno beležništvu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015 i 106/2015, čl. 2, st. 4.

³ Neki autori ove poslove nazivaju „prосто uslužno delovanje“. V. npr. Z. Tomić, „Opšta javnopravna obeležja notarijata (javnog beležništva)“, *Javnobeležničko pravo* (ur. Dragor Hiber), Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006², 220.

⁴ O notarskoj nepristrasnosti posmatranoj iz ugla privatnog prava v. D. Knežić-Popović, „Nepriistrasnost javnog beležnika“, *Pravni život* 13/2008, 535-547.

⁵ Deveti Svetski kongres za ustavno pravo posvetio je jednu sekciju (XV sekcija) temi promena principa podele vlasti. *IX Congrès mondial de droit constitutionnel „Défis constitutionnels: Globaux et locaux“*, atelier XV: Les mutations du principe de séparation des pouvoirs, Oslo 16-20 Juin 2014. <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/index.html/>, 10. 07. 2015. V. takođe B. Nenadić, „Načelo podele vlasti i ustavnosudska kontrola s posebnim osvrtom na iskustvo Ustavnog suda Srbije“, *Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu*, Banja Luka 39/2014, 66 fn. 3; B. Nenadić, „Le principe de séparation des pouvoirs et le contrôle de constitutionnalité“, *IX Congrès mondial de droit constitutionnel „Défis constitutionnels: Globaux et locaux“*, atelier XV: Les mutations du principe de séparation des pouvoirs, Oslo 16-20 Juin 2014. <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/index.html/>, 10. 07. 2015.

primenu kako u svom tradicionalnom domenu – organizaciji državne vlasti – tako i van svoje tradicionalne, prirodne sfere. Sve više se primenjuje u različitim domenima prava, društva, ekonomije, ne samo u javnoj već i privatnoj sferi, tako da se može konstatovati da vlast postaje sve više i više podeljena. Fenomen cepanja vlasti nametnuo se konceptu upravljanja u svim oblicima organizovanja, svim organizacijama od svetskog do lokalnog nivoa⁶. Čak se i u Evropskoj Uniji, kao međunarodnoj organizaciji *sui generis*, specifična institucionalna ravnoteža, ustanovljena da bi se postiglo izbalansirano predstavljanje tri interesa (Unije, država članica, građana), pokorava istom cilju kojem se teži i putem principa podele vlasti u državi – da se vlast ne vrši na arbitraran ili pak nekontrolisan način, da vlast zaustavlja vlast⁷.

Podela vlasti poprima različite oblike: interna ili eksterna, horizontalna ili vertikalna, dijahrona ili sinhrona, po funkcijama ili po organima itd. Posebno je interesantno širenje principa podele vlasti u privatnoj sferi, a naročito u domenu privrednih društava, jer otkriva redak fenomen uticaja javnog sektora na privatni sektor. U ovom slučaju radi se o uticaju upravljanja iz javnog domena na upravljanje u privatnom domenu, „prenošenju pravila političke vlasti u okvir privrednih društava“⁸.

Širenje načela podele vlasti nosi bez sumnje određene koristi ali i rizike. Višestruke koristi su: nepristrasnost delovanja organizacija u kojima je sprovedena, specijalizacija poslova i efikasnost, razdvajanje po kompetencijama i specifičnim ličnim kvalitetima, u domenu politika zaštita prava građana, na području ekonomije podsticanje konkurencije, zaštita prava manjine, ma ko ju činio (građani, korisnici usluga, klijenti, akcionari). Suviše usitnjena podela donosi i nedostatke: vrlo složene institucije i procedure, usporavanje donošenja odluka i manja doslednost u tome, normativna inflacija, teže rešavanje konflikata, manja odgovornost. Stoga, imajući u vidu navedene nedostatke, kod svakog širenja podele vlasti veoma je važno utvrditi granice podele, da se ne bi dospelo do nemoćnog ili blokiranog upravljanja⁹.

⁶ O tome detaljnije P. de Montalivet, „L’extension du principe de séparation des pouvoirs“, *IX Congrès mondial de droit constitutionnel „Défis constitutionnels: Globaux et locaux“*, atelier XV: Les mutations du principe de séparation des pouvoirs, Oslo 16-20 Juin 2014. <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/index.html/>, 10. 07. 2015.

⁷ V. o tome detaljnije E. Bernard, „La séparation des pouvoirs remise en cause: Le cas de l’Union Européenne“, *IX Congrès mondial de droit constitutionnel „Défis constitutionnels: Globaux et locaux“*, atelier XV: Les mutations du principe de séparation des pouvoirs, Oslo 16-20 Juin 2014. <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/index.html/>, 10. 07. 2015.

⁸ Ekspanzija principa podele vlasti uglavnom se prikazuje samo u okviru javnog domena. Privatnu dimenziju ovog fenomena prikazao je vrlo ilustrativno Pjer d Montalive (*Pierre de Montalivet*), profesor javnog prava na pariskom univerzitetu UPEC, u svom referatu na napred pominjanom IX Svetskom kongresu za ustavno pravo, 2014. godine u Oslu.

⁹ O dvojakim efektima širenja načela podele vlasti v. P. de Montalivet, 10-14.

Imajući u vidu ove dvojake efekte širenja podele vlasti nije naodmet podsetiti da su utemenjivači principa podele vlasti imali u vidu takvu podelu koja favorizuje saradnju vlasti, saradnju koja prisiljava da one idu zajedno. Dakle, podela koja nije izolacija i nezavisnost, već ona koja stvara neophodnu ravnotežu vlasti¹⁰.

3. Nezavisna regulatorna tela kao model za analizu javnog beležništva

U okviru napred navedenih sveobuhvatnih reformskih programa podele vlasti poseban značaj za temu ovog rada ima stalna modernizacija i reforma klasične uprave.

Globalno prestrukturisanje upravnih sistema je jasno uočljiva tendencija u savremenim državama. Položaj i funkcije uprave kao integralnog dela složenog državnog mehanizma prolaze razvojni put od apsolutističke države, u kojoj nije imala položaj samostalne državne funkcije, preko liberalne države, do savremene demokratske pravne države u kojoj uprava kao posebna državna funkcija, podređena svim načelima demokratije i prava, postepeno dobija jednu novu fizionomiju i poprima novi koncept. Za savremenu upravu postaje karakteristično povećanje broja upravnih organizacija, profesionalizacija, diferencijacija upravnih organizacija, smanjenje represivne a jačanje servisne i razvojne funkcije, što je sve rezultat „velike kompleksnosti društvenih i tehničkih sistema našeg vremena“¹¹. Pred sve složenijim zadacima savremena uprava prenosi postepeno na subjekte izvan svoje organizacione strukture sve veći obim servisnih i razvojnih, ali i regulatornih funkcija, koje je u klasičnoj koncepciji uprava zadržavala isključivo za sebe, odnosno za državne organe.

Ovde dolazimo do pojma javnih službi kao sastavnog dela savremene uprave. Ako pođemo od pojma javnih službi kao delatnosti koje u jednom društvu obezbeđuju određena najvažnija javna dobra i javne usluge, preko posebnog režima njihovog funkcionisanja, kao i preko doktrinarnih podela na privredne i vanprivredne, odnosno upravne i privredne (industrijske), dolazimo do nosilaca javnih službi¹². Nosioci javnih službi mogu po karakteru biti različiti, a neke od ovih službi mogu biti poverene i fizičkim licima (npr. javni beležnici). Na ovom mestu zadržaćemo se na onoj vrsti nosilaca koji se nazivaju nezavisna regulatorna tela.

Ne ulazeći detaljnije u terminološke nepreciznosti, pa čak i konfuzije, koje stvaraju određene probleme u ovoj oblasti („regulatorno telo“, „agencija“,

¹⁰ P. de Montalivet, 13; B. Nenadić, (2014a), 66.

¹¹ S. Dujić, „Javne službe i nezavisna regulatorna tijela“, *Moderna uprava – Časopis za upravno-pravnu teoriju i praksu* 3-4/2010, 17.

¹² *Ibid.*, 22-26.

odnosno „javna agencija“¹³, samostalna regulatorna tela možemo, sasvim uopšteno, odrediti kao institucije nedržavnog, odnosno paradržavnog karaktera, novi statusno-pravni i organizacioni oblik izvan sistema državnih organa, koje mogu bolje, brže i jeftinije da obavljaju značajna poverena javna ovlašćenja. Naglašavamo reći „sasvim uopšteno“ zato što, uporednopravno, pravni položaj samostalnih regulatornih tela nije u svakoj zemlji isti, a u pravnim sistemima nekih zemalja nije ni jasno definisan¹⁴. Najčešće su ova tela deo sistema javne uprave, ali negde imaju pravni status *sui generis*. Negde imaju značajna regulatorna ovlašćenja, a drugde manjeg obima. U nekim zemljama postoje posebni zakoni koji regulišu status i delovanje ovih tela¹⁵. Ono što određuje njihov kvalifikativ „nezavisna (samostalna)“ je to što imaju određeni, manji ili veći stepen institucionalne samostalnosti u odnosu na politiku koju sprovodi vlada i ministarstva i stoje izvan njihove direktne političke kontrole¹⁶. Kao posebni nedržavni subjekti uprave, ona ne čine deo organizacione strukture organa državne uprave u užem smislu reči. Svojom delatnošću regulisanja, kontrolisanja, usmeravanja na čitavom nizu privrednih i upravnih domena zauzimaju sve važnije mesto u savremenim upravnim sistemima¹⁷.

Naravno, afirmacija koncepta novih organizacionih modela vlasti („četvrta grana vlasti“) nije prošla bez prigovora i uočavanja problema¹⁸. Osnovno pitanje koje traži odgovor je da li se, i pored normativnog uređivanja ovih nezavisnih institucija, koje uvek stoje između prava i politike, a podrazumevaju puno postojanje i primenu prava, može govoriti o njihovoj nezavisnosti u onim pravnim sistemima gde ima mnogo

¹³ O terminološkoj konfuziji, na primeru pravnog sistema Srbije i Zakona o javnim agencijama (Službeni glasnik RS, br. 18/2005; 81/2005–ispr.), v. D. Šuput, „Samostalna regulatorna tela u pravnom sistemu Republike Srbije“, *Telekomunikacije* 3/2009, 49-56. V. takođe S. Dujčić, 20-22.

¹⁴ Npr. u Francuskoj, takođe u Srbiji. V. D. Šuput, 50.

¹⁵ Npr. u Sloveniji, v. S. Dijić, 23 fn. 54.

¹⁶ O razlici između formalne i faktičke nezavisnosti regulatornih tela kao i metodologije njenog izračunavanja detaljnije S. Tomić, A. Jovančić, „Nastanak i nezavisnost regulatornih tela u Srbiji: domaće ili eksterne determinante?“, *Političke perspektive* 2/2012, 23-53.

¹⁷ Komparativne razlike u pravnom položaju i funkcijama regulatornih tela detaljnije prikazali M. Bombardelli, „Le autorità amministrative indipendenti, Report annuale – 2013 – Italia“, *Ius publicum – Network review*, 2-19, http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/30_05_2013_13_15_Bombardelli_IT.pdf, 8. 10. 2015.; Giorgio Giuliano, *I poteri delle autorità indipendenti di natura economica ed i diritti procedurali dei privati*, Il dottorato, Università degli studi di Siena, Scuola di dottorato in diritto ed economia, Sezione di diritto pubblico comparato, Siena, Anno Accademico 2007-2008, 153-162, http://scd-theses.u-strasbg.fr/373/01/GIULIANO_Giorgio_2009_restrict.pdf, 8. 10. 2015.; S. Dujčić, 26-30 i 35-38; D. Šuput, 49-50.

¹⁸ Šire razmatranje argumenata koji dovode u pitanje koncept nezavisnih regulatornih tela traži veći prostor i daleko prevazilazi obim primeren ovom radu. Posebnu važnost za analizu ima konstatacija da ovaj model organizacije karakteriše tzv. demokratski deficit. O tome detaljnije S. Tomić, A. Jovančić, 29 i dalje; S. Dujčić, 32-35.

praznina, nedoslednosti, protivrečnosti, anahronosti i drugih slabosti¹⁹.

Ono što u temi koja se obrađuje zaslužuje posebnu pažnju je da nezavisna regulatorna tela, bez obzira na bogatu različitost modela i zadataka koje treba da obavljaju, poseduju u organizacionom i funkcionalnom smislu zajedničku karakteristiku nezavisnosti i nepristrasnosti²⁰. Napred je navedeno da njihova organizaciona i finansijska autonomija, utvrđene regulatorne prerogative i postavljanje van političkih uticaja i odgovarajućih sektorskih interesa označava njihovu nezavisnost, a što stvara uslove za njihovo nepristrasno delovanje²¹. Pitanja šta znači nepristrasnost kod ovih regulatornih tela i da li se ovde mogu odvojiti i razlikovati načela nezavisnost i nepristrasnosti postavljena su i pred nauku i pred sudsku praksu²². Nepristrasnost regulatornih tela ne može se izjednačiti sa obavezom nepristrasnosti sudije. Ilustrativna je sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava koji, u nekoliko slučajeva iz domena razmatrane teme, okleva da jasno definiše pojmove nezavisnosti i nepristrasnosti, konstatujući da se ponekad i sam nalazi u delikatnoj nemogućnosti njihovog razlikovanja. U pomoć priskače i doktrina koja predlaže da se pravi razlika između nezavisnosti koja je organizacione prirode i one koja je funkcionalne prirode. Prvi aspekt odnosi se na sastav organa regulatornog tela, a kada je u tom pogledu zadovoljen zahtev postavljen u normi, sledi drugi, funkcionalni aspekt, koji podrazumeva da je u svakom konkretnom slučaju član organa u mogućnosti da se odbrani od svih pritisaka. Ovaj drugi aspekt nezavisnosti se može, u stvari, izjednačiti sa obavezom nepristrasnog delovanja, koja postoji za svakog pojedinog člana organa. I sama nepristrasnost može biti podeljena na dva aspekta, objektivni i subjektivni. Dok ovaj drugi ne zahteva posebno razmatranje, prvi se pak odnosi na situacije kada se član organa nalazi u poziciji da procenjuje jedan slučaj u različitim stepenima postupka ili da bude istovremeno i subjekt na kojeg se regulatorni postupak odnosi²³. Dakle, kod ovih tela nema čvrstog osnova za razlikovanje nezavisnosti i nepristrasnosti.

¹⁹ Da li se npr. u Srbiji može govoriti o istinskoj nezavisnosti ovih institucija ili je ona samo hipotetički subjektivna a ne objektivna v. Z. Tomić, N. Petrović Tomić, *Kafansko pravo i ostalo*, Glosarijum, Beograd 2017, 38-43.

²⁰ Ovde ne gubimo iz vida da nominalnu nezavisnost ima takođe čitav niz institucija i nosilaca funkcija u jednom društvu, npr. sudovi, sudije, ustavni sud, centralna banka, zaštitnik građana itd.

²¹ Neki autori smatraju da treba praviti razliku između samostalnosti i nezavisnosti: odvojenost u organizacionom i funkcionalnom smislu znači samostalnost; nezavisnost podrazumeva samostalnost, ali samostalnost automatski ne uključuje nezavisnost. V. Z. Tomić, N. Tomić Petrović, 40.

²² G. Giuliano, 35-40; M. de Benedetto, „Intorno alla pretesa terzieta delle autorità amministrative indipendenti“, *Giornale di diritto amministrativo* 1/2002, 23 i dalje.

²³ G. Giuliano, 35. vezi sa presudom Evropskog suda za ljudska prava od 27.08.1991, Demicoli c. Malta, 210.

Ali, snažna afirmacija nezavisnih regulatornih tela kao novog fenomena i analiza njihovih generalnih karakteristika, prvenstveno nezavisnog i nepristrasnog delovanja, omogućili su pravnoj nauci da preko njih, kao neke vrste modela, uoči u tradicionalnoj i sasvim specifičnoj javnoj službi, kao što je notarijat, jednu novu obavezu ili čak funkciju. To je obaveza, odnosno posao, funkcija kontrolisanja i garantovanja u javnobeležničkom postupanju da privatni interes stranke neće ugroziti druge zaštićene interese. A time se otvorio sasvim novi vidik u odnosu na jedno od osnovnih obeležja javnobeležničke službe - obavezu nepristrasnog delovanja.

4. Rekonstrukcija funkcije javnog beležnika

U savremenom uređenju latinskog notarijata zakonodavac dodeljuje notaru, manje-više, nekolicinu poslova (delatnosti, funkcija): sastavljanje javnih isprava o poslovima, izjavama i činjenicama na kojima se zasnivaju prava, čuvanje isprava, novca i hartija od vrednosti, obavljanje određenih postupaka po nalogu sudova ili drugih državnih organa, zastupanje stranke u nespornim stvarima, a u vezi sa ispravama koje je sastavio sam notar i, u cilju ostvarenje prethodnih funkcija, savetovanje svih lica koja sudeluju u sastavljanju notarske isprave²⁴. Ove funkcije praksa i doktrina su postepeno uobličavale.

Tako, u obrazloženju pred zakonodavnim telom čuvenog francuskog Zakona Ventôse iz 1803. godine, koji se smatra utemeljiteljem modernog latinskog notarijata, javni beležnici su bili okarakterisani kao „nepristrasni zapisivači (volje stranaka, prim. autora)“, „nezainteresovani savetnici“ i „dobrovoljne sudije“²⁵. Prepoznaje se funkcija sastavljanja isprava (sertifikacije), ali doktrina, pred teškoćom sa kojom se susretala krećući se u okvirima tradicionalne šeme triparticije državne vlasti, prvenstveno uočava sudsku prirodu njegove funkcije: kao „dobrovoljni sudija“ javni beležnik je nepristrasni arbitar ugovornog uređenja koje stranke žele da postignu. Tako je javnobeležnička služba svrstana u domen pravosuđa. Ovo će biti dominantan stav čak i u prvoj polovini XX-og veka, prvenstveno u nemačkoj teoriji²⁶.

Po drugom mišljenju, koje je potom razvijala naročito italijanska doktrina, notarijat spada u domen javne uprave i predstavlja „privatno

²⁴ Naravno, u kompleksu notarskih poslova ili funkcija ima još nekih, koje u pojedinim državama zakonodavac dodeljuje notarima. Npr. hrvatski zakonodavac je notarima dodelio i poslove dobrovoljnog založnopravnog i fiducijarnog osiguranja (asekurativna funkcija). M. Dika, „Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj (I)“, *Pravo i porezi – Časopis za pravnu i ekonomsku teoriju i praksu* 12/2001, 4. D. Hiber, „Pojam beležnika (notara) i beležničkog (notarijalnog) prava“, *Javnobeležničko pravo* (ur. D. Hiber), Beograd 2006², 32-33.

²⁵ F. Stevens, *La loi Ventôse contenat organisation du notariat et sa genèse*, Bruylant, Bruxelles 2004, 69-73; 123-127; 222.

²⁶ M. Dika, 5, fn. 11; Z. Tomić, 196.

obavljanje javne funkcije²⁷. U ovoj „administrativističkoj doktrini“, razvijanoj u više pravaca, pred nemogućnošću da se čitav kompleks notarskih delatnosti svede na jednu jedinu funkciju, dospelo se do teze da je samo funkcija sertifikacije, kao tipičan akt administrativne a ne sudske vlasti, ona koju „nosi“ ova javna služba, a ostale samo koegzistiraju uz nju.

Kao reakcija na tezu da se javnobeležnička funkcija može ograničiti samo na sertifikaciju u javne svrhe, ali i usled širenja notarskih poslova i zadataka na druge grane prava, na druge sektore delovanja (npr. ekonomija, zaštita potrošača, sprečavanje pranja novca), i doktrina i zakonodavci danas postavljaju javnog beležnika u centar čitavog kompleksa delatnosti. Moderna doktrina uviđa da je javno beležništvo javna službi *sui generis*²⁸, a složene poslove koji su mu dodeljeni razvrstava u, s jedne strane, one koji podrazumevaju strogo vršenje javnih prerogativa („*officium publicum*“) i, s druge strane, one koji predstavljaju privatnu uslužnu delatnost („*officium privatum*“) ²⁹. U prve bi spadao, kao najvažniji, posao sertifikacije, a u druge npr. depozitni poslovi.

Zahvaljujući prevazilaženju klasične šeme trodeobe državne vlasti i usmeravanju interesa naučnika na nove vlasti, kao što su samostalna regulatorna tela, na njihove funkcije i karakteristike, o čemu je bilo reči u podnaslovu 3, dolazi se do novih saznanja i o notarijatu kao jednoj sasvim osobenoj javnoj službi. Zasluga je italijanske pravne nauke što je prepoznala značaj čitavog kompleksa poslova koje javni beležnik treba da obavi u fazi istraživanja, a pre sastavljanja isprave. Italijanski naučnici uočavaju da se u javnobeležničkoj delatnosti može izdvojiti ceo jedan kompleks poslova koji ne pripadaju funkciji sertifikacije, već prethode sastavljanju javnobeležničke isprave i mogli bi se definisati kao „prilagođavanje volje stranaka pravilima pravnog sistema“. Kako se radi o celom nizu povezanih poslova, to ih je italijanska doktrina okarakterisala kao jednu novu, različitu funkciju notara, „funkciju prilagođavanja“ („*funzione di adeguamento*“) ³⁰. A ova delatnost prilagođavanja podvodi se pod jednu širu funkciju, „funkciju nepristrasne garancije“, karakterističnu inače za nezavisna regulatorna tela, koja treba da obezbedi da javne službe ne štite samo jednu vrstu interesa, tzv. kolektivne interese i prava u odnosu na privatne interese i obrnuto, zbog toga što nekada privatni i kolektivni

²⁷ G. Celeste, „L'imparzialità del notaio: garanzia dell'ordine contrattuale“, *Relazioni al XXIV Congresso internazionale del notariato latino* (Città del Messico, 17-22 ottobre 2004), Giuffrè, Milano 2004, 22-26; M. Dika, 4, fn. 10.

²⁸ Detaljnije D. Knežić-Popović, „Pravna priroda javnog beležništva“, *Pravni zapisi*, 2/2010, 339-363.

²⁹ U tom smislu npr. M. Di Fabio, *Manuale di notariato*, Giuffrè, Milano 2007², 100-108; Z. Tomić, 220.

³⁰ Stoga se u italijanskoj doktrini govori o dve notarske funkcije: *funzione di certificazione* i *funzione di adeguamento*. G. Celeste, 24 i dalje; M. Di Fabio, 101-108.

interesi mogu biti u sukobu. Dakle, funkcija nepristrasne garancije bi bila ona spona koja bi vezivala nezavisna regulatorna tela i notarijat³¹.

Nezavisno od toga da li se u rekonstrukciji notarskih poslova prihvata teza o posebnim funkcijama notara, pa bile one nazvane funkcija prilagođavanja ili drugačije³², i funkcija nepristrasne garancije, pod koju se ova prva podvodi, ostaje nesporno jedno drugo otkriće, vezano za temu ovog rada. Pokazuje se, naime, da se taj kompleks radnji koje italijanska doktrina naziva „funkcijom prilagođavanja“, a koje bismo radije nazvali „postupkom prilagođavanja“ ne sastoji isključivo u delatnosti savetovanja. Savetovanje je pomoć strankama koju mogu da pruže i drugi profesionalci u domenu prava. Ne radi se ovde ni o pukom kontrolisanju valjanosti jedne isprave, jer je kontrolisanje da li je sastavljena isprava u skladu sa zakonskim rešenjima poslednja radnja koja se obavlja u fazi istraživanja. Ovde se, zapravo, radi o sasvim novom „čitanju“ uloge javnog beležnika.

U sadašnje vreme pravna nauka i struka prate jednu novu tendenciju u odnosima između države i privatnog prava – tendenciju „konstitucionalizacije“ privatnog prava. Radi se o uključivanju ustavnih vrednosti u privatnopravne odnose, što rađa niz novih fenomena. Jedan od njih dotiče i javnog beležnika. Tako, u današnje vreme sve više se nameće i postaje ustavni diktat zaštita kolektivnih interesa i prava, a domeni primene ovih transindividualnih interesa i prava sve su raznovrsniji (npr. zaštita potrošača, zaštita životne sredine, antidiskriminacioni interesi, etnički interesi itd.)³³. U odnosu na javnog beležnika to znači da se pojavljuje, u današnjoj fazi razvoja društva, jedan novi kontekst u kojem privatna autonomija i zaštita individualnih interesa nije sasvim nedodirljiva i najviša, već postaje podređena drugim interesima i novim vrednostima koje se pojavljuju. Nauka govori o tzv. reafirmaciji kolektivnih prava i interesa³⁴. A to dalje znači da se zadatak notara ne može više svoditi samo na čuvanje poslovne volje stranaka. Drugim rečima, u današnjim novim okolnostima, ne traži se od javnog beležnika da samo zaštiti ugovornu volju stranaka, nego da je usmeri, i to već u fazi formiranja, ka onom rešenju koje nije u sukobu sa kolektivnim interesima, sa kojima inače može biti u konfliktu, kao i sa javnim interesom. U ovoj promenjenoj slici delovanja, javni beležnik nije više puki čivar individualnog interesa, niti je njegov zadatak usmeren samo na najbolju zaštitu privatnog interesa pojedinca, već poprima nadindividualni značaj. Njegovo usmeravanje volje stranaka nadilazi sferu interesa pojedinca da bi se izbeglo da pojedinačni

³¹ G. Celeste, 28-36.

³² Izraz „funkcija prilagođavanja“ je bio izložen kritici i rasprave o njegovoj adekvatnosti vode se u italijanskoj nauci. V. o tome M. Di Fabio, 102.

³³ T. Zoroska Kamilovska, T. Shterjova, „Postupci za zaštitu kolektivnih prava i interesa sa osvrtom na stanje u Republici Makedoniji“, *Pravo – teorija i praksa* 07-09/2014, 42 i dalje.

³⁴ *Ibid.*, 43.

interes bude u sudaru sa drugim vrednostima koje država takođe štiti. Otuda i konstatacija da kontrola valjanosti isprave predstavlja samo poslednju fazu u postupku prilagođavanja koji preuzima javni beležnik.

I ne samo to. Ako se prihvati da se ceo kompleks radnji prilagođavanja, koje vode ka oblikovanju volje stranaka na taj način da ona ne bude u sukobu sa drugim zaštićenim vrednostima, može uzeti kao posebna funkcija, „funkcija garancije“, onda se javni beležnik pojavljuje i kao garant strankama da će ovako usmeren individualni interes biti i ostvaren. Otuda italijanska doktrina govori o „funkciji garancije“³⁵.

5. Prodor nepristrasnosti u sferu javnog prava

Najzad dolazimo do nepristrasnosti kao suštinskog načela javnobeležničke službe.

Imperativ nezavisnog i nepristrasnog obavljanja ove profesije podrazumeva ne samo da javni beležnik ne sme da se stavi u odbranu jedne strane, što je u razumevanju ove profesije polazna ideja, niti da se postavlja *supra partes*, nego samo i jedino *extra partes*. Nepristrasnost je generalni princip koji daje moć javnobeležničkoj službi da procenjuje relevantne interese i pravi dosledne izbore. To svakako ne znači da je nepristrasnost jedno opšte načelo lišeno pravnog sadržaja. Naprotiv, u doktrinarnoj obradi dobio je svoju konkretnost. Takođe, nepristrasnost javnog beležnika ne znači neki unutrašnji kvalitet koji neko ima ili koji tek treba da ga stekne³⁶. To časno profesionalno ponašanje utvrđeno je određenim koordinatama. Prvu postavlja zakonodavac dajući institucionalni okvir za garanciju postizanja najvišeg stepena objektivnosti, a drugu daju profesionalna deontološka pravila. Takođe, u određenim slučajevima i objektivne okolnosti diktiraju notaru ponašanje koje zahteva da se izbegavaju situacije koje bi mogle da stvore kod klijentele strah od pristrasnog delovanja. Svaka od ovih koordinata daje pravni sadržaj ovom generalnom načelu notarske funkcije i utvrđuje dimenzije nepristrasnosti. Osim toga, načelo nepristrasnosti poprima vrednost ne samo kao konačni princip kojem treba da teži rad svih onih subjekata koji su ovlašćeni od strane države da vode brigu o javnom interesu, nego je i instrument koji služi da se orjentiše u izboru rešenja u svakom konkretnom slučaju.

U ovoj novoj rekonstrukciji uloge javnog beležnika nepristrasnost se pojavljuje u sasvim novoj dimenziji: nepristrasnost se postavlja kao pravilo delovanja ovog javnog službenika ne samo kada on učestvuje u obradi slučaja u kojem stranke žele da definišu i ostvare neki svoj privatni interes, nego takođe, a moglo bi se reći i iznad svega, da nepristrasno garantuje i trećim

³⁵ G. Celeste, 28-33.

³⁶ Na ovu činjenicu posebno ukazuje A. Roy, „Notariat et multidisciplinarité: reflet d'une crise d'identité professionnelle?“, *La Revue du Notariat* 106/ 2004, 12.

licima, i državi da se takvo uređenje ne suprotstavlja drugim zaštićenim interesima. A kroz to osigurava nesmetan pravni saobraćaj i sigurnost u pravnim odnosima. Tako se pokazuje da se obaveza javnobeležničke nepristrasnosti ne zaustavlja na granicama privatnog prava, što je do sada bio klasičan stav u odnosu na ovu bitnu odrednicu notarske profesije, već se širi i u domen javnog prava, čime njen domašaj postaje mnogo širi. Istovremeno, širenje dimenzija nepristrasnosti daje posebnu težinu odgovornosti javnog beležnika, a to ga još više razdvaja od drugih profesionalaca u domenu prava.

6. Zaključak

Ova revizija uloge notara u javnom pravu postavlja u uporednom pravu nove zadatke i doktrini i organima zakonodavne vlasti. Na doktrini je da, polazeći od nove rekonstrukcije javnobeležničke funkcije, sveobuhvatno analizira poslove javnog beležnika i proceni da li ima osnova da se svi njegovi poslovi, celokupna njegova delatnost svrsta u vršenje javnih ovlašćenja³⁷.

S druge strane, na zakonodavcima je da prepoznaju nove prilike i nove mogućnosti proširivanja obima zadataka notara, ne samo na druge sektore, već i zadataka saradnje sa državnim organima, a naročito javnom upravom. Neke zemlje (npr. Italija) beleže već dugi niz godina trend povećanja delokruga javnobeležničkih poslova.

Međutim, postavlja se pitanje da li priča o novoj istorijskoj ulozi javnog beležnika, rekonstrukciji funkcija i širenju dimenzija nepristrasnosti može da ima bilo kakvog uticaja kod nas i na domaće pravo, s obzirom na činjenicu da se, i pored značajnih tekovina naše javnopravne tradicije, pronalazi bar desetak razloga „nepodnošljivo opasno niskog rejtinga“ javnog prava u Srbiji³⁸. U vezi s tim dovoljno je podsetiti na četvoromesečni bojkot advokata prilikom početka rada prvih notara u Srbiji. Advokati su, prepoznajući u notarijatu snažnu konkurentsku pravničku profesiju, posle paralize pravnog sistema koju su izazvali, iznudili izmene Zakona o javnom beležništvu i sužavanje javnobeležničkih nadležnosti³⁹. Tako se pokazalo da je kod nas (javno) pravo pod znatnim uticajem, između ostalog, moćnih pojedinaca, odnosno interesnih grupa. Otuda, zbog suprotnog trenda koji je danas na delu, zbog ograničenja ovlašćenja iz delokruga rada javnih beležnika, teško da se i u našem pravu i pravnoj praksi može prepoznati širenje domašaja njihove nepristrasnosti u domen javnog prava.

³⁷ U tom smislu G. Celeste, 30. Sličan stav mogao bi se prepoznati i u sledećoj konstataciji: „...No, ipak, svi oni (poslovi notara, prim. aut.) imaju i širu javnopravnu zaleđinu i svrhu“. Z. Tomić, 220.

³⁸ O tome detaljnije Z. Tomić, N. Petrović Tomić, 9-12.

³⁹ Detaljnije v. D. Knežić-Popović, „Evropski javni beležnici na vetrometini“, *Pravni zapisi* 2/2016, 250-264.

Dragana Knežić-Popović, PhD

Full-professor, Law School of University of Union in Belgrade

EXPANSION OF SCOPE OF IMPARTIALITY OF NOTARY IN DOMAIN OF PUBLIC LAW

Summary

The paper analyzes the revision of the role of notaries in public law that in a new way is lighting impartiality as one of the basic features of notary profession. To the new reconstruction of notarial activities could be reached only with overcoming the classical triple state power sharing and the expansion of the idea of “new authorities”. Therefore, these impartiality of notaries could come through, first, by analyzing the spread of the principle of separation of powers. These considerations have led, then, to the independent regulatory bodies to which the public administration, as entities outside its organizational structure, transmits more public authorities. By analyzing the characteristics and functions of these bodies doctrine has identified a specific function that they were given, the function of impartial guarantees, which provides protection of private and collective interests and rights. To the similar findings came jurisprudence in relation to the notaries as a public service, which shows that it can allocate an entire complex of activities that precede the drafting of notarial act and that could be defined as an adjustment to the will of the parties to the rules of the legal system. In this new reconstructed notary role the impartiality appears in a completely new dimension: impartiality arises as a rule of action, not only when he participates in the processing of cases in which the parties wish to define and achieve some private interests, but also, and above all, that impartially guarantees to third parties, and to the state that such arrangement does not oppose of other protected interests. In this way reveals that the obligations of the notary’s impartiality does not stop at the borders of private law, thus its scope becomes much wider.

Keywords: notary, impartiality, separation of powers, an independent regulatory body, the function of adjustment, the function of guarantees, public law.

UPRAVNI UGOVORI U ZAKONIMA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUKU ZEMALJA ZAPADNOG BALKANA

Apstrakt

Upravni ugovor, kao specifičan pravni institut, izaziva pažnju teoretičara upravnog prava već više od jednog veka. Na njih, bilo da su oni „formalno“ prepoznati od strane sudova, ili u posebnim materijalnim zakonima ili u opštem upravno-procesnom zakonu, ZUP-u, nailazimo u skoro svim evro kontinentalnim pravnim sistemima. U nekadašnjoj jugoslovenskoj teoriji, u vezi sa institutom upravnog ugovora kontinuirano su vođene ozbiljne debate još od šesdesetih godina 20. veka. Međutim, tek u poslednjih nekoliko godina, do izražaja dolazi tendencija da upravni ugovori, bar na opšti način, trebaju i moraju da budu bar načelno određeni u Zakonu o opštem upravnom postupku (ZUP). Danas, sve zemlje Zapadnog Balkana osim Bosne i Hercegovine u ZUP-u imaju i posebne odeljke koji na opšti način regulišu ovaj institut i njegov specifičan pravni režim. Načini na koji su oni određeni o novom ZUP-u u izvesnoj meri variraju, i zavise od drugih specifičnosti pravnih sistema svake od ovih zemalja. U ovom radu dato je komparativno poređenje i analiza pravnih normi koje se odnose na upravne ugovore u Hrvatskoj, Crnoj Gori, Makedoniji, Albaniji i Srbiji u novim Zakonima o opštem upravnom postupku, pri čemu su istaknute osnovne sličnosti i razlike u postojećim pravnim režimima u vezi sa prethodno navedenim institutima.

Ključne reči: upravni ugovor, Zakon o opštem upravnom postupku, Zapadni Balkan.

1. Uvod – Upravna teorija i upravni ugovori

Teorijske pretpostavke upravnog ugovora duboko je usađen u prvobitne, pravo-političke teorijske koncepte uprave. Teorijski koncept državne uprave dugo je sprečavao afirmaciju instituta upravnog ugovora. Prema ovom

¹ Prodekan Fakulteta političkih nauka, Univerzitet u Beogradu, e-mail: milenkovic.dejan1@gmail.com.

konceptu, građani se u odnosu na državu posmatraju kao podanici a sa podanicima se ne paktira. Budući da ugovor predstavlja jednakost ugovornih strana, ugovor između države kao nadređene moći i podanika nije moguć. Jedina forma njenog delovanja je upravni akt kao akt vlasti.² Sa promenom teorijskog koncepta države i uprave kao vlasti u koncept države i uprave kao javne službe, a zatim i javne uprave kao sistema regulacije društvenih procesa, u kome uprava treba da obezbedi minimum opšeg blagostanja, dolazi i do promene odnosa uprave prema građanima, a u takvom ambijentu, upravni ugovor postaje prirodna pojava. Ovaj „preobražaj“ u teorijskom konceptu uprave, nastao je najpre u Francuskoj. Tako nastaju i upravni ugovori, kao specifični „akti uprave“ putem kojih javna uprava obezbeđuje ostvarivanje njenih delatnosti.³ U prvim decenijama razvoja ovog instituta, pa sve do sedamdesetih godina 20. veka, upravni ugovor bio je neraskidivo povezan sa pojmom uprave kao javne službe. Znači, po ranijim shvatanjima, za pojam administrativnog (upravnog) ugovora, odlučujući je bio pojam javne službe. „Pod upravnim ugovorima podrazumevaju se dvostrani pravni akti koje zaključuje država, odnosno drugo javno-pravno telo, sa pojedincem ili pravnim licem a u cilju obezbeđivanja funkcionisanja javne službe ili vršenja snabdevanja organa odnosno organizacije potrebnim predmetima“⁴ U tom smislu, upravni ugovor je dvostrani pravni akt koji zaključuje država povodom javne službe i radi zaštite javnog interesa koji je pod posebnim pravnim režimom različitim od opštih pravila privatnog prava, odnosno ugovor koji se sklapa između javne uprave i pojedinca radi valjanog funkcionisanja javne službe, pri čemu je za upravni ugovor od odlučnog značaja upravo pojam javne službe.⁵

Međutim, upravni ugovori dobijaju na značaju i sa pojavom novog, neoliberalnog koncepta uprave poznatijeg kao *Novi sistem upravljanja - New Public Management*, početkom 80-tih godina 20. veka, koji se prvenstveno zasniva na ekonomskim vrednostima javne uprave (poznatijih kao tri E – efikasnost, ekonomičnost, efektivnost). Socio-tehnološke koncepcije, prenete u javnu upravu iz privatnog sektora, doprinele su pojavama kao što su privatizacija u javnom sektoru, konkurencija, prepuštanje i prenošenje vršenja određenih javnih usluga sa javnog na privatni sektor (outsourcing), posebno u oblasti zdravstva, obrazovanja, socijalnog staranja i dr. koje je u konceptu države blagostanja, posebno na evropskom kontinentu obavljala država odnosno njene javne službe. Upravni ugovori kao specifični

² Upor. D. Milenković, *Javna uprava - odabrane teme*, Fakultet političkih nauka, Čigoja štampa, Beograd 2013., 41-57.

³ *Ibid.*, 91.

⁴ S. Popović, *Upravno pravo - studije i članci*, Beograd, 1973., 131.

⁵ Upor. D. Kavran, „Upravni ugovori, obeležija, vrste i razvoj“, *Pravni život* 11-12/1993, 2015; I. Krbek, *Osnovni upravnog prava FNRJ*, Zagreb 1957., 382.

ugovori javnog prava, u ovom procesu posebno dolaze do izražaja naročito u oblastima javnih nabavki, javno-privatnog partnerstva, komunanih delatnosti, delatnosti javnih službi. Čak i stvaranje koncepta dobre uprave koji nastaje u osvit novog milenijuma, u svojoj osnovi podržava postojanje i dalji razvoj ovog instituta, kako danas, tako i u budućnosti.

2. Teorijski pojam upravnog ugovora

Postoje brojne i različite teorijske definicije upravnog ugovora, ne samo stranih, već i domaćih autora. Otvorena pitanja i dilema koja se pojavljivala kod teoretičara jesu: da li je upravni ugovor običan ugovor privatnog prava ili javnopravni ugovor koji podleže posebnom pravnom režimu, u čemu je značaj i šta je specifičnost derogativne klauzule, ko su ugovorne strane, da li je upravni ugovor možda samo posebna vrsta upravnog akta i dr.

Prema jednom teorijskom shvatanju, upravni ugovor, je „...saglasije jedne javno-pravne i jedne privatnopravne volje o postizanju kakve javne svrhe, kao i stvoreni pravni odnos između njih, sa širim javnopravnim učincima.“⁶ Prema drugom, „...upravni ugovor treba razlikovati od upravnih akata i svih njegovih modaliteta ali i od građanskih ugovora iako on često ima formu tipskog (adhezionog) ugovora. Upravni ugovor jeste ugovor, ali ugovor posebne vrste - javnopravni (upravni) ugovor.“⁷

Ovakva, specifična priroda upravnih ugovora, izazivala je i dileme u pojedinim pravnim sistemima. Na primer u Nemačkom, do pre tridesetak godina je negirano postojanje upravnih ugovora, već je ova pojava bila klasifikovana kao upravni akt naročite vrste: upravni akt koji iziskuje saradnju adresata. To međutim, danas više nije slučaj.

Zato treba preispitati koja su to njegova osnovna obeležja, po kojima se upravni ugovor razlikuje od drugih, običnih građansko-pravnih ugovora, ali i od upravnog akta naročite vrste. Prema mišljenju eminentnih teoretičara upravnog prava, osnovna obeležja upravnih ugovora su: (1) jedna strana je uvek država ili odgovarajući organ, javnopravno lice odnosno javna korporacija; (2) ugovorom se štiti javni interes - državni organ je dužan da svoje pravo i obevezu zaštite javnog interesa koristi uvek pa i kada su u pitanju diskrecioni akti bilo koje vrste; (3) delom se ugovorom odstupa od opštih pravila privatnog prava (*clauses exorbitantes*) (4) upravni ugovor može da sadrži unapred propisane standarde; (5) upravni ugovor će se izvršiti bez obzira na okolnosti i mere koje se nisu mogle predvideti; (6) državni organ odnosno javno-pravno lice ima pravo nadgledanja i nadzora nad izvršenjem ugovora i (7) javno pravni organ ima pravo da drugoj

⁶ Z. Tomić, „Pravna priroda upravnih ugovora“, *Pravni život* 11-12/1993, 2131.

⁷ P. Dimitrijević, „Izvršenje upravnih ugovora“, *Pravni život* 11-12/1993, 2252.

strani jednostrano izmeni ugovorene obaveze koje se tiču nesmetanog funkcionisanja javne službe, dok će eventualna šteta usled izmenjenih uslova biti nadoknađena U francuskom pravu, gde nastaje upravni ugovor, ove klauzule poznate su kako *clauses exorbitantes du droit commun*)⁸

Ova, tzv. *derogativna klauza* se ne nalazi u ugovorima privatnog prava jer bi bila nezakonita. Njeno prisustvo određuje administrativna priroda ugovora. Dovoljno je da u ugovoru postoji jedna derogativna klauzula da bi ugovor bio upravni. Ona uspostavlja nejednak odnos između ugovornih strana tako što su jednoj strani, javnopravnom organu data ovlašćenja koja nema druga ugovorna strana – subjekat privatnog prava.

Na slučan način, osnovna obeležja upravnog ugovora posmatraju i drugi autori:

(1) jedna strana ugovornica je uvek *subjekt javnog prava*;

(2) predmet ugovora vezan je za *funkcionisanje javne službe*, a on može biti nabavka određenih dobara (nabavljački ugovor), izvođenje radova (preduzimački ugovor), usluge prevoza (ugovor o javnom prevozu), izvođenju radova (preduzimački ugovor), ustupanje javne službe (koncesionirana javna služba), i slično i da

(3) takvi *ugovori sadrže derogativne odredbe*, tj. odredbe kojima se odstupa od opšteg režima privatnog prava u korist režima upravnog prava, koja služe radi obezbeđenja javnog interesa i mogu se ticati postupka zaključenja i načina izvršenja ugovora, raskida ugovora i rešavanja sporova do kojih dođe u vezi sa tim ugovorom.⁹

Da bi mogli da prepoznamo upravni ugovor, moramo pristupiti ispitivanju osnovnog kriterijuma: jedna od ugovornih strana mora biti javnopravno lice. Ovaj kriterijum sam po sebi nije dovoljan za kvalifikaciju ugovora kao upravnog. Još treba “ugovor da nosi obeležje javnog upravljanja” koje se izražava: (1) *preko predmeta ugovora* a to je vršenje *javne službe*, ili (2) preko režima kojim su ugovorne strane utvrdile kroz *unošenje klauzula koje derogiraju opšte ugovorno pravo*, odnosno koji izlaze iz njegovog okvira, za šta je potreban pristanak druge ugovorne strane.¹⁰ Znači, za upravni ugovor, od ključnog značaja je i „izdvajanje“ ovog ugovora iz opšteg režima građanskopravnih ugovora i pravljenje razlike između bilo koje forme upravnog akta.¹¹

Postoje tri osnovna kriterijuma za određivanje i prepoznavanje upravnog ugovora kada on zakonom izričito nije uređen kao takav: (1)

⁸ D. Kavran, 2015.

⁹ B. Milosavljević, *Upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd, 2010., 235-236.

¹⁰ C. Turpin *Public Contracts in International Encyclopedia of Comparative Law*, Martinuss Nijhoff Publ., 1982., 27.

¹¹ D. Milenković (2013), 91.

kriterijum stranke; (2) kriterijum cilja i (3) kriterijum posebnih ovlašćenja. Prvi kriterijum - kriterijum stranke (*les parties au contract*) je kriterijum bez koga nema upravnog ugovora, jer jedna od ugovornih strana (*les parties au contract*), mora da bude javnopravno lice (*une personne morale de droit public*). Ali, to nije dovoljno da jedan ugovor smatramo „upravnim“. Druga dva kriterijuma su alternativno postavljena, odnosno da bi jedan ugovor bio „upravnim“ neophodno je da bude ispunjen još i kriterijum cilja ili kriterijum posebnih ovlašćenja. Kriterijum cilja znači da je objekat upravnog ugovora vezan za javne službe, odnosno da ugovorna strana (kontrahtent), na osnovu takvog ugovora dobija pravo i dužnost neposrednog obavljanja javne službe. Drugi alternativno postavljeni kriterijum, jeste kriterijum posebnih ovlašćenja, prema kome se javno-pravnom telu daju posebna, veća ovlašćenja (npr. da jednostrano menja ugovorne odredbe ili jednostrano raskine ugovor), radi ostvarivanja šireg društvenog interesa, ali u tom slučaju, i druga ugovorna strana ima određena prava prema javno-pravnom telu, ili ta prava može ostvariti pred upravnim sudom.¹²

U zavisnosti od pravne tradicije, upravni ugovori su na različiti način „priznati“ u savremenom evropskom pravu. U Francuskoj, postoje dve velike grupe upravnih ugovora: (1) oni koji su utvrđeni posebnim zakonima (javne nabavke, javni radovi, JPP i dr) i (2) oni čiji je upravni karakter utvrdila sudska praksa – Državi savet (odnosno trostepeno upravno sudstvo). U Španija, oni su utvrđeni Zakonom o ugovorima u javnom sektoru (2007) – a to su ugovori o koncesiji, JPP, javni radovima, javnim službama. U Nemačkoj su regulisani Zakon o opštem upravnom postupku iz 1976 godine, a u Italiji na primer, kroz više posebnih zakona iako u prošlosti negirano njihovo postojanje.¹³

3. Razvoj ideje i zakonska konkretizacija upravnih ugovora u novim Zakonima o opštem upravnom postupku zemalja Zapadnog Balkana

U savremenim procesima reforme uprave, danas, posebno u zemljama Zapadnog Balkana, u poslednjih nekoliko godina izraženo je čvrsto opredeljenje i tendencija da upravni ugovori, bar načelno i na opšti način, budu utvrđeni kroz zakone o opštem upravnom postupku. Međutim, treba naglasiti, da su i pre njihovog donošenja, brojni materijalni zakoni koji regulišu različite upravne oblasti, (npr. u oblasti javno-privatnog partnerstva, koncesija, javnih radova, komunalnih delatnosti, javnih

¹² B. Ljubanović, „Upravni ugovori i upravno sudovanje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 1/2010, 43-44.

¹³ Upor. D. Milenković, *Upravni ugovori*, Fakultet političkih nauka, Čigoja štampa, Beograd, 2014, 47-107.

službi, javnih nabavki i sl. sadržali norme iz kojih proizilazi da su upravni ugovori postojali i pre nego što su na opšti način utvrđeni kroz novi ZUP.

Još preciznije, upravni ugovori su „latentno“ postojali u posebnim zakonima još od perioda Kraljevine Jugoslavije, a već tada, ovaj insittu izazivao je pažnju tadašnjih pravnih teoretičara, posebno onih koji su se bavili upravnim pravom. U periodu razvoja socijalističkog samoupravljanja u nekadašnjoj FNRJ/SFRJ, pitanje upravnih ugovora takođe je bila tema teoretičara upravnog prava, a određeni oblici upravnih ugovora su postojali i u pozitivnom pravu tog vremena. Ipak ni za vreme Kraljevine Jugoslavije niti u periodu socijalizma, upravni ugovori nisu bili određeni kroz tadašnje zakone o opštem upravnom postuku (1930, 1956, 1976).¹⁴

Slično se desilo i u periodu raspada i nastanka novih država na prostoru bivše SFRJ. Tako na primer, ni u Zakon o opštem upravnom postuku SRJ iz 1997. godine, koji je kasnije, nakon prestanka postojanja SRJ i Državne zajednice Srbija i Crna Gora do pre nekoliko meseci važio na području Republike Srbije, institut upravnog ugovora nije bio utvrđen kao poseban pravni institut. To ne znači da takvih pokušaja i nastojanja teoretičara upravnog prava da institut upravnog ugovora bude „prepoznat“ u zakonu koji reguliše opšti upravni postupak nije ni bilo. Pravna priroda upravnih ugovora i mogućnost uvođenja upravnih ugovora u zakon koji reguliše opšti upravni postupak bila je tema više značajnih javnih rasprava i naučnih radova, posebno radova *Kopaoničke škole prirodnog prava* koja je održana 1993. godine.¹⁵ Ovaj institut zaokupljala pažnju i nove generacije teoretičara upravnog prava, kako u Republici Srbiji tako i u sada nezavisnim državama nastalih na području nekadašnje SFRJ.

Zapadni Balkana je pojam koji danas obuhvata šest nezavisnih država: Hrvatsku, Srbiju, Makedoniju, Bosnu i Hercegovinu, Crnu Goru i Albaniju. Osim Albanije, preostale zemlje „baštine“ istu pravnu tradiciju upravnog prava koja je postojala u nekadašnjoj Jugoslaviji. Tendencija u zemljama Zapadnog Balkana je da opšti zakonski okvir upravnog ugovora mora postojati u zakonima o opštem upravnom postupku. Tako su sve zemlje Zapadnog Balkana, u procesu reforme opšteg upravno-procesnog zakonodavstva, osim Bosne i Hercegovine predvidele institut upravnog ugovora u svojim novim zakonima o opštem upravnom postupku: Hrvatska (2009)¹⁶; Crna Gora

¹⁴ *Ibid.*, 115-132.

¹⁵ Napomena: Posebna sesija Kopaoničke škole prirodnog prava 1993. godine bila je posvećena upravnim ugovorima. Svi tadašnji eminentni teoretičari upravnog i građanskog prava (D. Kavran, S. Popović, Z. Tomić, S. Lilić, V. Vodinelić, P. Dimitrijević i dr.) dali su svoje naučne priloge koji su se odnosili na pravnu prirodu upravnog ugovora i mogućnost njihovog „priznavanja“ u ZUP-u.

¹⁶ Upor. Hrvatska, Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine RH*, br. 47/09, čl. 2, čl. 150-155.

(2014)¹⁷ Albanija (2015)¹⁸, Makedonija (2015)¹⁹ Srbija (2016).²⁰

U Bosni i Hercegovini, u kojoj još uvek nije izvršena nova reforma upravno-procesnog zakonodavstva, ni na jednom od nivoa vlasti, ZUP ne prepoznaju institut upravnog ugovora. Opšti zakonski okviri koji se odnose na institut upravnog ugovora u novom zakonima o opštem upravnom postupku pomenutih zemalja Zapadnog Balkana, je po mnogo čemu sličan ali i različit, o čemu i govori komparativna analiza koja sledi i koja se sastoji od četiri osnovna dela: definisanje pojma upravne stvari, veza pojma upravne stvari i pojma upravnog ugovora i definisanje pojma upravnog ugovora; uslovi zaključenja i razlozi za poništaj/ništavnost upravnog ugovora; derogativne klauzule i sudska zaštita u upravnom sporu.

4. Komparativna analiza pojma upravne stvari i pojma upravnog ugovora u novom ZUP-u u zemljama Zapadnog Balkana

Pojam upravnog ugovora neraskidivo je vezan za *pojam upravne stvari*. Upravni ugovor svakako nije „autoritativna“ forma kao što je to upravni akt, mada se ovaj institut, što i čini njegovu posebnost, u izvesnoj meri odstupa od opšteg režima ugovornog prava. U tom smislu, za „priznavanje“ instituta upravnog ugovora u novom ZUP, od značaja je i „proširenje“ pojma upravne stvari, koja se ne može više svesti na autoritativno upravno odlučivanje (odnosno upravni akt). Kroz „širenje“ pojma upravne stvari obezbeđuje se i prostor za uvođenje upravnog ugovora kroz kasniju razradu opšteg upravno-procesnog zakona, odnosno ZUP.

U Hrvatskoj, u određenju *pojma upravne stvari*, ne pominje se izričito upravni ugovor. Prema Zakonu, „...upravnom stvari smatra se i svaka stvar koja je zakonom određena kao *upravna stvar*. Međutim, u delu Zakona koji se odnosi na upravni ugovor, utvrđeno je da će „...javnopravno telo i stranka sklopiti upravni ugovor o izvršenju prava i obaveza utvrđenih u rešenju kojim je rešena upravna stvar“... pa je posredno, i upravni ugovor, koji se zaključuje na osnovu rešenja, obuhvaćen, u širem smislu, pojmom upravne stvari. S druge strane, u odeljku koji se odnosi na upravni ugovor, hrvatski Zakon ne definiše ovaj institut.²¹

¹⁷ Upor. Crna Gora, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list RCG*, br. 56/2014, čl. 27-30.

¹⁸ Upor. Albanija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list Republike Albanija*, br. 44/2015, čl. 4, čl. 119-125.

¹⁹ Upor. Makedonija, Zakon o opštata upravna postapka, *Službeni vesnik na RM*, br. 124/2015, čl. 4, čl. 98-101.

²⁰ Upor. Srbija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016., čl. 2, čl. 23-26.

²¹ Upor. Hrvatska, Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine RH*, br. 47/09, čl. 2, čl. 2, čl. 150.

Slična situacija u pogledu definisanja pojma upravne stvari je i ZUP-u Crne Gore. Prilikom definisanja *pojma upravne stvari*, nije izričito pomenut i upravni ugovor, ali se u njoj, između ostalog navodi da je upravna stvar i „...svaka druga pravna situacija koja je zakonom propisana kao upravna stvar. Za razliku od Hrvatske, ZUP Crne Gore definiše *pojma upravnog ugovora* i to na sledeći način: upravni ugovor je ugovor koji se može, radi uspostavljanja, menjanja ili raskidanja konkretnog pravnog odnosa u *upravnoj stvari* iz nadležnosti javnopravnog organa zaključiti između javnopravnog organa i stranke, kada je to propisano zakonom, kada je zaključivanje takvog ugovora u javnom interesu i kada se tim ugovorom ne ugrožavaju prava trećih lica.²²

U albanskom ZUP takođe dolazi do povezivanja pojma *upravna stvar* koja se odnosi na *akte uprave*, a po ZUP-u akti uprave su: upravni akti, upravni ugovori i bilo koji drugi oblici upravnih aktivnosti. Takođe albanski zakon definiše i *pojma upravni ugovor* kao „...ugovor kojim se uspostavlja, menja ili raskida konkretan odnos nastao na osnovu javnog prava, i u kome je, bar jedna ugovorna strana javni organ. Samo u albanskom ZUP-u, utvrđeno je da upravni ugovor mogu zaključivati i javni organi između sebe, kada se ugovorom uređuju odnosi u vezi sa obavljanjem poslova od opšteg interesa.²³

U makedonskom ZUP, pod *pojmom upravne stvari*, podrazumevaju se svi akti i radnje državnih organa kojim se rešava ili koji mogu uticati na prava, obaveze ili pravne interese pojedinca, pravnih lica ili drugih stranaka u postupku, kao i druge stvari utvrđene posebnim zakonima. Makedonski ZUP definiše i *pojma administrativne aktivnosti* kao aktivnosti donošenja upravnih akata, *zaključenja upravnih ugovora*, aktivnost zaštite korisnika javnih usluga i usluga od opšteg interesa kao i preduzimanje drugih upravnih radnji u upravnim stvarima u skladu sa zakonom. Znači, upravni ugovor u makedonskom ZUP je neraskidivo povezan sa pojmom upravne stvari. Sam upravni ugovor definisan je na sledeći način: „Upravni ugovor je ugovor koji javni organ zaključuje sa strankama radi vršenja javnih usluga iz delokruga javnih organa, što će biti uređeno posebnim zakonom”.²⁴

U ZUP-u Republike Srbije, postoji jasno „povezivanje“ pojma „upravne stvari“ i pojma „upravnog ugovora“. Oba ova pojma su zakonski definisana. *Upravna stvar*, u smislu ovog zakona, jeste „...pojedinačna situacija u kojoj organ, neposredno primenjujući zakone, druge propise i opšte akte,

²² Upor. Crna Gora, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list RCG*, br. 56/2014, čl. 2, čl. 27.

²³ Upor. Albanija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list Republike Albanija*, br. 44/2015, čl. 3. st. 1. tač. 4, tač. 10-12.

²⁴ Upor. Makedonija, Zakon o opštata upravna postapka, *Službeni vesnik na RM*, br. 124/2015, čl. 4, st. 1, tač. 4-5,11.

pravno ili faktički utiče na položaj stranke tako što donosi upravne akte, donosi garantne akte, zaključuje upravne ugovore, preuzima upravne radnje i pruža javne usluge“. Upravna stvar je i svaka druga situacija koja je zakonom određena kao upravna stvar.“ Kao što se može videti, upravni ugovori, „inkorporirani“ su u definiciju upravne stvari. U definiciji pojma upravnog ugovora s druge strane, „inkorporiran je i pojam upravne stvari. „Upravni ugovor je dvostrano obavezan pisani akt koji, kad je to posebnim zakonom određeno, zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, menja ili ukida pravni odnos u *upravnoj stvari*. Sadržina upravnog ugovora ne sme biti protivna javnom interesu niti pravnom interesu trećih lica“.

5. Komparativna analiza uslova za zaključenje i razloga za poništenje/ništavnost upravnih ugovora u novom ZUP-u zemalja Zapadnog Balkana

U svih pet zemalja Zapadnog Balkana u kojima je usvojen novi ZUP, upravni ugovor mora da bude u *pismenoj formi*, a jedna *ugovorna strana je uvek javno-pravno organ* (osim u Albaniji gde i druga ugovorna strana može biti javno-pravno organ). Zatim, upravni ugovor *mora biti u javnom interesu*, odnosno, ne sme biti protivan javnom interesu. Sledeći uslov je da *on ne sme da bude sklopljen na štetu trećih lica, niti da po njih može da proizvede štetne posledice po treća lica*, ili da on može da izazove pravno dejstvo po treća lica, ali samo uz njihov pisani pristanak. Takođe, kao jedan od „uslova“ pojavljuje se i da on može biti zaključen samo kada je to *predviđeno zakonom*, odnosno kada njegovo zaključenje *nije izričito zabranjeno zakonom* (misli se na posebne zakone u određenim oblastima u kojima je predviđena mogućnost sklapanja ugovora koji po ZUP-u imaju karakter upravnih ili u kojima je njihovo zaključenje zabranjeno). U Hrvatskoj se, za razliku od ostalih zemalja kao uslov pominje i da se takav ugovor može sklopiti *samo na osnovu prethodno donetog rešenja kojim je rešena upravna stvar*, ako je zakonom predviđeno zaključenje takvog ugovora. Ovaj uslov se u ostalim zemljama Zapadnog Balkana izričito ne pominje.²⁵

U novom ZUP-u svih zemalja Zapadne Evrope, u delu koji se odnosi na upravne ugovore, osim u srpskom ZUP, sadržan je poseban član koji se odnosi na poništenje/ništavnost upravnog ugovora. Jedinu zajednički razlog usled kojih je upravni ugovor ništav u Hrvatskoj, Makedoniji, Crnoj Gori i Albaniji je ako *nisu ispunjeni zakonom predviđeni uslovi*

²⁵ Upor. Hrvatska, Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine RH*, br. 47/09, čl. 150; Crna Gora, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list RCG*, br. 56/2014, čl. 27; Makedonija, Zakon o opštata upravna postapka, *Službeni vesnik na RM*, br. 124/2015, čl. 4, čl. 98; Albanija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list Republike Albanija*, br. 44/2015, čl. 123; Srbija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016, čl. 22.

za njegovo zaključenje. U Crnoj Gori i Makedoniji razlog za poništaj upravnog ugovora jesu i oni razlozi usled kojih, na osnovu zakona, može da dođe i do poništaja upravnog akta, odnosno rešenja. U Hrvatskoj i Ablaniji razlozi za poništaj mogu biti i kada je ugovor u suprotnosti za zakonima koji uređuju *obligacione, odnosno građansko-pravne odnose*. U Hrvatskoj se kao razlog pominje i kada je ugovor *protivan rešenju radi izvršenja na osnovu koga je upravni ugovor i sklopljen*, a u albanskom ZUP-u razlog može biti i kada *nisu bili ispunjeni uslovi koji se odnosi na mogućnost zaključenja upravnog ugovora kojim se zamenjuje upravni akt*, utvrđene ovim zakonom. O razlozima za poništaj/ništavost upravnog ugovora u svim zemljama u kojima su oni predviđeni odlučuje se u upravnom sporu pred Upravnim sudom.²⁶

6. Komparativna analiza derogativnih klauzula u upravnim ugovorima u novom ZUP-u zemalja Zapadnog Balkana

Derogativna klauzula izmeni (clauses exorbitantes), tačnije, mogućnost da jedna ugovorna strana – javno-pravni organ kao ugovorna strane, može jednostrano da raskine ugovor ili da ga jednostrano, jeste jedno od najznačajnijih obeležje po kojem upravni ugovor ima karakter specifičnog i posebnog pravnog instituta danas.

U svih pet zemalja Zapadnog Balkana u kojima je usvojen novi ZUP, utvrđena je derogativna klauzula kojom javnopravni organ može jednostrano raskinuti ugovor. Prvi razlog za jednostrani raskid upravnog ugovora u ovim zemljama (Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, Srbija) osim Albanije, je *neispunjenje ugovorne obaveze stranke*. U vezi ovog razloga treba pomenuti da je samo u ZUP-u Hrvatske izričito predviđeno da je u slučaju kada je neispunjenjem ugovorne obaveze po javnopravno telo nastupila šteta, javnopravno telo ima pravo da od stranke zahteva i naknadu štete. Drugi razlog za raskid ugovora koji se pominje u ove četiri zemlje jeste kada je to potrebno *radi otkanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i njihovu imovinu ili javnu bezbednost, kada se ona ne može otkloniti na drugi način*. Ove formulacije su u sva četiri ZUP-a je skoro identične, ali ne i u potpunosti iste (npr. u srpskom ZUP-u se uz ovaj razlog navodi i teška i neposredna opasnost po javni mir i javni poredak, odnosno otklanjanje poremećaja u privredi). Derogativna klauzula se odnosi, kao što smo prethodno već konstatovali, i na mogućnost *jednostrane izmene ugovora*. Ako se *stranka u ugovoru, pre svega usled promenjenih okolnosti, ne saglasi sa izmenom*

²⁶ Upor. Hrvatska, Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine RH*, br. 47/09, čl. 151; Crna Gora, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list RCG*, br. 56/2014, čl. 28; Makedonija, Zakon o opštata upravna postapka, *Službeni vesnik na RM*, br. 124/2015, čl. 99; Albanija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list Republike Albanija*, br. 44/2015, čl. 122.

ugovora, ili na takvu izmenu ne pristane, u hrvatskom i srpskom ZUP-u, ova okolnost se navodi kao jedan od razloga *jednostranog raskida ugovora* od strane javnog organa. U makedonskom, crnogorskom i albanskom ZUP-u, nesaglasnost druge ugovorne strane na izmenu ugovora se ne spominje kao razlog jednostranog raskida ugovora, već ona zavisi od odredaba posebnih zakona kojim su ovi ugovori predviđeni. Samo se u ZUP-u Albanije, kao razlogu usled kojeg javni organ može jednostrano raskinuti upravni ugovor izričito navodi *sprečavanje i ugrožavanje javnog interesa*, što je ujedno u albanskom ZUP-u i jedini razlog jednostranog raskida. I na kraju, u slučaju jednostranog raskida ugovora, donosi se obrazložno rešenje (upravni akt) u svim zemljama Zapadnog Balkana koje su donele novi ZUP. Međutim, samo u hrvatskom i crnogorskom ZUP-u, je izričito, u delu koji se odnosi na upravne ugovore predviđeno da se protiv takvog upravnog akta može voditi upravni spor pred nadležnim (upravnim) sudom.²⁷

U svih pet zemalja Zapadnog Balkana koje su donele novi ZUP-u, predviđena je mogućnost *izmene upravnog ugovora*, usled promenjenih okolnosti do kojih je došlo nakon zaključenja ugovora a koje se nisu mogle predvideti, usled čega je ispunjenje obaveze za jednu ugovornu stranu postalo bitno otežano. Međutim, kao što smo već prethodno konstatovali, samo u Hrvatskoj i Srbiji je to istovremeno i mogući razlog jednostranog raskida upravnog ugovora od strane javno-pravnog organa (kada druga ugovorna strana na to ne pristane), te samo u ove dve zemlje, izmena ugovora od strane javnopravnog organa ima obeležja derogativne klauzule.²⁸

7. Komparativna analiza sudske zaštite kroz vođenje upravnog spora povodom upravnih ugovora u novom ZUP-u zemalja Zapadnog Balkana

U svih pet zemalja Zapadnog Balkana u kojima je usvojen novi ZUP, utvrđena je sudska zaštita u upravnom sporu u vezi sa *zaključenjem, poništavanjem i raskidom upravnog ugovora*. U hrvatskom ZUP-u, na primer, u delu o upravnim ugovorima, predviđeno je da će se o poništavanju upravnog ugovora po tužbi stranke, odnosno javnopravnog organa odlučivati

²⁷ Upor. Hrvatska, Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine RH*, br. 47/09, čl. 153; Crna Gora, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list RCG*, br. 56/2014, čl. 30; Makedonija, Zakon o opštata upravna postapka, *Službeni vesnik na RM*, br. 124/2015, čl. 101; Albanija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list Republike Albanija*, br. 44/2015, čl. 123; Srbija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016, čl. 24.

²⁸ Upor. Hrvatska, Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine RH*, br. 47/09, čl. 152-153; Crna Gora, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list RCG*, br. 56/2014; čl. 29; Makedonija, Zakon o opštata upravna postapka, *Službeni vesnik na RM*, br. 124/2015, čl. 100; Albanija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list Republike Albanija*, br. 44/2015, čl. 123; Srbija, Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016, čl. 23 i 24.

u *upravnom sporu*, znači pred Upravnim sudom. Kako je u Hrvatskoj nakon donošenja ZUP-a donesen i novi *Zakon o upravnim sporovima* (2010 godine), i ZUS sadrži više odredaba koji se odnose na sudsku zaštitu u upravom sporu u vezi sa upravnim ugovorima. Ovim Zakonom je utvrđeno da je predmet upravnog spora i ocena zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnih ugovora. O tužbama protiv upravnih ugovora i izvršavanja upravnih ugovora odlučuju upravni sudovi, pri čemu je mesno nadležan upravni sud na čijem se području nalazi sedište javnopravnog tela koje je stranka ugovora ili njegova područna jedinica. Tužbom se može zahtevati raskidanje ili oglašavanje ništavim upravnog ugovora, odnosno izvršavanje obaveze iz upravnog ugovora. Uz glavni zahtev, tužbom se može zahtevati i povraćaj stvari i naknada štete koju je pričinio tuženi.²⁹ U crnogorskom i makedonskom ZUP-u, u delu koji se odnosi na upravne ugovore odnosno njihovo poništavanje, izričito je predviđeno da će se o poništenju upravnog ugovora po tužbi stranke ili javnog organa, odlučiti u upravnom sporu (odnosno pred upravnim sudovima). Dodatno, u crnogorskom ZUP, predviđeno je da će se upravni spor voditi i povodom rešenja o jednostranom raskidu upravnog ugovora (ova formulacija nije sadržana i u makedonskom ZUP-u). U albanskom ZUP-u, u delu koji se odnosi na upravne ugovore, sadržana je opšta formulacija da su sporovi između ugovornih strana koje nastaju iz upravnih ugovora u nadležnosti suda koji rešava u upravnim stvarima.³⁰ U srpskom ZUP-u, u delu koji se odnosi na upravne ugovore nema direktnog pozivanja sudsku zaštitu u upravnom sporu u vezi sa jednostranim raskidom ili na primer zaključenjem upravnog ugovora, ali se ona se podrazumeva, i proizilazi iz opših pravila koja se odnose na upravne akte, a koja su sadržana u drugim odredbama novog ZUP-a.

8. Zaključak

Možemo zaključiti, da u pogledu definisanja pojma *upravne stvari i povezivanja pojma upravne stvari i definisanja pojma upravnog ugovora*, situacija u zakonima o opštem upravnom postupku u zemljama Zapadnog Balkana koje su usvojile novi ZUP jeste „šarolika“. U nekima su definisana oba pojma i uspostavljena je direktna „veza“ između njih (Srbija, Albanija, Makedonija), u drugima, definisan je i pojam „upravna stvar“ i pojam „upravni ugovor“ uz indirektno povezivanja pojma upravna stvar sa pojmom upravni ugovor (Crna Gora), u trećima nije ni definisan pojam

²⁹ Upor. *Zakon o upravnom sporu*, *Narodne novine RH*, br. 20/10, 143/12. čl. 2. st. 1 tač. 3, čl. 2. st. 2. tač. 3, čl. 13. st. 4, čl. 22. st. 1-2, tač. 4, čl. 22. st. 3.

³⁰ Crna Gora, *Zakon o opštem upravnom postupku*, *Službeni list RCG*, br. 56/2014; čl. 28, čl. 30; Makedonija, *Zakon o opštata upravna postupka*, *Službeni vesnik na RM*, br. 124/2015, čl. 99; Albanija, *Zakon o opštem upravnom postupku*, *Službeni list Republike Albanija*, br. 44/2015, čl. 125.

upravog ugovora niti postoji jasna veza između pojma upravne stvari i upravnog ugovora (Hrvatska). U definisanju samog pojma „upravni ugovor“ u zemljama u kojima u ZUP-u jeste sadržana definicija upravnog ugovora (sve osim Hrvatske), uglavnom je izbegnuto da u zakonskoj definiciji budu obuhvaćeni svi osnovni elementa upravnog ugovora koja proizilaze iz teorijskog koncepta koji se odnose na ovaj pravni institut, ali, kao što se može uočiti, ovi elementi su sadržani u kasnijoj razradi odredaba ZUP-a koji se odnose na upravne ugovore (posebno kada je reč o derogativnoj klauzuli).

U svim zemljama Zapadnog Balkana koje su usvojile novi ZUP, direktno ili indirektno su utvrđeni uslovi za zaključenje upravnog ugovora. Tri uslova koja se pominju u svih pet zemalja su: da je jedna ugovorna strana javno-pravni organ; da njegovo zaključenje mora izričito biti predviđeno zakonom, da ugovor mora da bude u pismenoj formi te da ne može da bude sklopljen na štetu trećih lica odnosno da proizvede štetne posledice po treća lica. Izvesnih specifičnosti u pogledu uslova postoje u Albaniji, a dodatni uslov zaključenja u smislu da je upravni ugovor zaključen na osnovu prethodno donetog rešenja, utvrđen je samo u Hrvatskoj. U svim zemljama koje su donele novi ZUP, osim u Srbiji, u delu koji se odnosi na upravni ugovor utvrđeni su i razlozi usled koga upravni ugovor može biti poništen/ništav. Ovi razlozi zavise od zemlje do zemlje, a jedini zajednički za sve četiri jeste ako *nisu ispunjeni zakonom predviđeni uslovi za njegovo zaključenje*.

U vezi sa derogativnom klauzulom, u svim zemljama Zapadnog Balkana u kojem je donet novi ZUP, utvrđena je *derogativna klauzula* (kada je reč o jednostranom raskidu ugovora). Osim u Albaniji, u preostale četiri zemlje Zapadnog Balkana, tri razlozi usled kojih može doći do jednostranog raskida ugovora od strane javnopravnog organa su: *neispunjenje ugovorne obaveze stranke; otkanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i njihovu imovinu ili javnu bezbednost, kada se ona ne može otkloniti na drugi način*. U Hrvatskoj i Srbiji, derogativna klauzula se odnosi i na mogućnost jednostranog raskida ugovora usled *ne pristajanja druge ugovorne strane na jednostranu izmenu ugovora od strane javnopravnog organa*.

U svih pet zemalja Zapadnog Balkana u kojima je usvojen novi ZUP, utvrđena je sudska zaštita u upravnom sporu u vezi sa *zaključenjem, poništavanjem i raskidom upravnog ugovora*. Osim u ZUP-u Republike Srbije, u ostalim pomenutim zakonima o opštem upravnom postupku u zemljama Zapadnog Balkana, sudska zaštita u upravnom sporu *izričito je predviđena u delu koji se odnosi na upravne ugovore*.

Specifičnost srpskog i hrvatskog ZUP, u odnosu na ostale zemlje Zapadnog Balkana je i u tome što je u delu koji se odnosi na upravni ugovor detaljno utvrđena i procedura u vezi sa mogućnošću podnošenja i odlučivanja po prigovoru, izjavljenih u vezi sa upravnim ugovorima.

Kako albanski ZUP ne prizilazi iz nekadašnje zajedničke pravne tradicije današnjih zemalja Zapadnog Balkana nastalih raspadom bivše SFRJ, deo albanskog ZUP koji se odnosi na upravne ugovore značajnije odudara od takvih poglavlja u ZUP-u Hrvatske, Makedonije, Crne Gore i Srbije, mada i u njemu, konstatovali smo već, postoje i određene sličnosti.

Na kraju, ako i kada dođe do reforme upravno-procesnog zakonodavstva u BiH u bliskoj budućnosti, velika je verovatnoća da će se i u ZUP-ovima centralne države, entiteta, kantona i Brčko distrikta u BiH na sličan način urediti i pitanje upravnih ugovora, kao što je do prethodno učinjeno u pet preostalih zemalja Zapadnog Balkana.

Dejan Milenkovic, Ph.D

Vice Dean, Associate Professor,

Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN THE NEW GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT IN WESTERN BALKANS COUNTRIES

Summary

Administrative contract, as well as specific legal institut, draws the attention of theoreticians of administrative law for more than a century. For them, it is that they are “formally” recognized by the courts, or in special substantive laws or Generally Administrative procedural Act (GAPA), we can find in almost all Euro-continental legal systems. In the former Yugoslav theory, in conjunction with the institute of administrative contracts are continuously guided serious discussions since the sixties of the 20th century. However, at several last years, we can see the intention and tendency that the administrative contracts have to be generally defined by GAPA. Today, all countries of the Western Balkans, except Bosnia and Herzegovina, have in new GAPA a special section that regulates this institute and its specific legal regime. However, the ways in which they are formulated and regulated depend on specifics of the legal system in each of these countries. In this paper, we gave the comparative archive and analyze legal norms relating to administrative contracts in new GAPA in Croatia, Montenegro, Macedonia, Albania and Serbia, with basic similarities and differences in their existing legal regimes.

Keywords: administrative contracts, GAPA, Western Balkans.

POVERLJIVOST VERSUS TRANSPARENTNOST U SAVREMENOM PORESKOM PRAVU²

Apstrakt

Predmet analize u radu jeste suprotstavljenost relacije između poreske poverljivosti i poreske transparentnosti (javnosti). Potrebno je da države pronađu odgovarajuću ravnotežu između ovih koncepata oporezivanja što je u savremenim globalnim ekonomsko-političkim uslovima teško ostvarivo. Nakon objašnjenja značaja poreske tajne za pravilno ispunjavanje poreskih obaveza, autor navodi različite slučajeve odstupanja od principa poreske poverljivosti. U trećem delu rada, dat je opšti osvrt na širenje koncepta poreske transparentnosti u međunarodnoj poreskoj saradnji u vidu razmene poreskih informacija. Automatsku razmenu finansijskih informacija u poreske svrhe i finansijsko izveštavanje multinacionalnih kompanija po zemljama poslovanja, prihvata sve veći broj država, ugrađivanjem ovih međunarodnih standarda u nacionalna poreska zakonodavstva.

Ključne reči: *poreska poverljivost, poreska tajna, poreska transparentnost, međunarodna razmena poreskih informacija.*

1. Uvod

Suprotstavljenost poreske poverljivosti i transparentnosti javlja se kao jedna od ključnih tema u savremenom poreskom pravu. Pod uticajem zahteva moćnih međunarodnih organizacija za transparentnošću poreske sfere, tradicionalno pravo obveznika na poverljivost i tajnost podataka u procesu oporezivanja, sve više se sužava kako na nacionalnim tako i na međunarodnom nivou. Može se reći da je G20 učinio poresku transparentnost ključnom komponentom globalne fiskalne stabilnosti. Politički interesi za detaljnijom i čvršćom kontrolom nad poreskim (finansijskim) tokovima

¹ Redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu, e-mail: mevi@prafak.ni.ac.rs.

² Članak je rezultat rada na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije pod brojem 179046D.

skriveni su iza brige za rešavanje problema agresivnog poreskog planiranja i poreske evazije i pravedne raspodele poreskog tereta u globalnim okvirima.

U savremenim demokratskim društvima proklamuje se pravo pojedinaca na privatnost lične sfere života. Međutim, specifičnost ispunjavanja poreskih obaveza podrazumeva otkrivanje određenih činjenica koje su vezane za sticanje prihoda i posedovanje imovine, porodični status, zdravstveno stanje obveznika i druge relevantne podatke od značaja za pravilno utvrđivanje poreskih obaveza. Poreske vlasti očekuju od obveznika lojalnost i iskrenost u odnosima sa poreskom administracijom, uz garanciju obezbeđenja poverljivosti podataka u poreskom postupku, kvalifikujući ih kao službenu tajnu. U suprotnom, poreski obveznici ne bi imali poverenje u poreske organe i uzdržavali bi se ili bi samo selektivno dostavljali podatke koji bi uticali na umanjenje poreskih obaveza. U mnoštvu informacija i činjenica, koje se u današnje vreme prikupljaju kako o fizičkim tako i o pravnim licima, sasvim je izvesno da poreski obveznici ne mogu saznati o neovlašćenom otkrivanju ili zloupotrebi podataka kojima raspolažu poreski organi. Takva potencijalna opasnost je naročito izražena u procesima međunarodne poreske saradnje u vidu automatske razmene finansijskih informacija.

Aktivnosti država na poboljšanju poreske transparentnosti odvijaju se u okviru razvoja novog koncepta poreskih odnosa. Poreske administracije i poreski obveznici (multinacionalne kompanije) uspostavljaju tzv. kooperativnu poresku saglasnost sa ciljem podsticanja dobrovoljnog plaćanja poreza. U osnovi ove komunikacije nalazi se uzajamno poverenje subjekata poreskih odnosa sa određenim očekivanjima u pogledu njihovih prava i obaveza. Države koriste raznovrsne mehanizme kako bi uključile u poreski sistem sve one poreske obveznike koji skrivaju svoja sredstva u inostranstvu, podstičući ih na njihovo dobrovoljno prijavljivanje ili da otkrivaju neizvesne poreske pozicije u poreskim prijavama ili nameću obavezu finansijskim posrednicima da dostavljaju podatke sa finansijskih računa. Potrebno je primetiti da je 2009. godine učinjen presedan u međunarodnom poreskom pravu koji je označio put ka ukidanju bankarske tajne kao opšteg standarda u međunarodnoj poreskoj saradnji. Njegovim nametanjem od strane G20 mnoge jurisdikcije su pod pritiskom da izmene domaće propise o finansijskoj poverljivosti podataka o klijentima banaka, što je svojevrsan način ograničavanja finansijskog suvereniteta država. Zato se ubrzavanjem procesa poreske transparentnosti na međunarodnom nivou, poreska poverljivost kao opšteprihvaćeno pravo poreskih obveznika, potiskuje u savremenim poreskim sistemima. U tom smislu, postoji opravdana bojazan da privatnost kao društvena norma (vrednost) postepeno slabi u današnje vreme stvaranja globalnih komunikaciono-informacionih mreža koje, uz poresku, pokrivaju i sve druge sfere društvenog života.

2. Značaj poreske tajne za pravilno ispunjavanje poreskih obaveza

Poreska tajna se, tradicionalno, javlja kao normativni garant poverljivosti ličnih i poslovnih podataka poreskih obveznika i zabrane njihovog neovlašćenog objavljivanja.³ Poreski službenici imaju zakonsku obavezu da čuvaju kao službenu tajnu podatke o poreskim obveznicima, osim u zakonom dopuštenim slučajevima. Načelo poreske tajne u novije vreme dobija drugačiju ulogu⁴ upravo zbog jačanja preventivnog delovanja poreskih organa. Radi se o specifičnim programima dobrovoljnog otkrivanja (obelodanjivanja) podataka o prihodima (i imovini) ostvarenim u inostranstvu ili otkrivanju šema agresivnog poreskog planiranja.

Koncept poreske tajne odnosi se na mere u poreskom zakonodavstvu koje ograničavaju poresku administraciju od otkrivanja informacija koje pribavlja tokom procesa oporezivanja bilo kojoj trećoj strani, osim ako obveznik ne da pristanak.⁵ Izvesno je da će značaj poreske tajne u cilju podsticanja poreske saglasnosti slabiti, s obzirom da u savremenim uslovima mnoge informacije poreskim administracijama pružaju treća lica, kao što su poslodavci, banke, strani poreski organi. Efikasna realizacija poreskih sistema zahteva adekvatno razrešavanje osetljivog odnosa između interesa poreskih obveznika za poverljivošću i interesa poreskih vlasti za transparentnošću (javnošću). Pravno-politički posmatrano, narušavanje poreske tajnosti bi trebalo da bude proporcionalno ciljevima otkrivanja informacija. Činjenica da poreska informacija sadrži dosta ličnih detalja i da su aktivnosti poreske administracije merodavne za određivanje poreskih obaveza, treba da služi kao argument u korist visokog nivoa poreske poverljivosti. U savremenim poreskim sistemima, srećemo države koje generalno dopuštaju objavljivanje poreskih informacija dok druge države strogo štite poverljivost, uključujući države koje dopuštaju javni pristup poreskim informacijama, ukoliko je prisutan dokazani javni interes za transparentnom aktivnošću poreskih administracija. U nekim zemljama, kao što je Švedska, ne postoji zahtev da se prikupljene informacija čuvaju kao poverljive.⁶

Podsetimo se da je poverljivost bitna za ostvarivanje osnovnog cilja poreskih zakona a to je blagovremena naplata tačnog iznosa poreza od svih

³ U principu, granice između poreske tajne i poreske poverljivosti mogu biti povučene naznačenjem da se prva tiče granica u prikupljanju informacija dok se druga odnosi na ograničen pristup njima.

⁴ T.R. Lugarić, „Porezna tajna: sigurnost prošlosti, cena budućnosti“, *Hrvatska i komparativna javna administracija*, 4/2015, 819.

⁵ U odsustvu poreske tajne, obveznici bi zadržavali važne lične informacije kako bi sprečili njihovo saznanje od strane trećih lica (konkurenata, kreditora).

⁶ E. Kristofferson, P. Pistone, General Report, Tax Secrecy and Tax Transparency: The Relevance of Confidentiality in Tax Law, Part 1, 2013, 4. www.newbooks-services.de/.../9783631627464_Intro_002.pdf, 10.04.2016.

poreskih obveznika. Od nje se može odstupiti samo pod tačno propisanim zakonskim uslovima, odnosno kada postoje opravdani društveni razlozi za to. I sam poreski obveznik može odlučiti da dobrovoljno obelodani (otkrije) podatke o svojim prihodima gde spadaju i situacije u kojima se obveznici mogu saglasiti da dopuste *ex ante* pristup dokumentima koji se tiču njihove aktivnosti, što je poznato kao model horizontalnog monitoringa. Poseban slučaj se javlja u vezi sa „odavanjem“ (*leakage*) poreskih informacija kao jednoj od glavnih pretnji kada je reč o zaštiti poverljivih poreskih informacija (npr. tokom procesa međunarodne poreske saradnje). Dobrovoljno obezbeđenje poreski relevantnih informacija od strane trećih lica isto tako podrazumeva potencijalnu povredu poreske tajne, kada poreske vlasti zahtevaju poverljive informacije za konkretnog obveznika bez njegove saglasnosti. Ovaj fenomen je obično povezan sa situacijama u kojima postoji sumnja u poresku evaziju ili utaju. Npr. u Italiji i Argentini bilo ko ima pravo da prijavi obveznika poreskoj administraciji kada informacija kojom raspolaže ukazuje na verovatno postojanje jasnog kršenja poreskih propisa. Specifična pojava, koja pripada ovoj grupi kršenja poreske tajne od strane trećih lica, javlja se u slučaju krađe informacija zaposlenih u bankama i njihovoj prodaji poreskoj administraciji zemlje rezidenstva poreskih obveznika (poznato u međunarodnoj poreskoj zajednici kao *whistle blowing*). Interesantno je primetiti da rasprava o odnosu poreske poverljivosti i poreske javnosti često „izranja“ posebno kada vlade traže inovativne načine da prevaziđu „poreski jaz“.⁷ Neki autori smatraju da poreska tajnost (poverljivost) više nema kritičnu ulogu u podsticanju poreske saglasnosti, kao što je to bilo u prošlosti, zbog dopuštanja javnog pristupa informacijama iz poreskih prijava kao „automatskom instrumentu izvršavanja poreskih zakona“.⁸

Uporednopravno posmatrano⁹, nemački model poreske tajne se zasniva na ustavnom pravu na informacijsko samoodređenje. Specifičnost francuskog modela jeste tzv. poreska javnost koja podrazumeva liste obveznika poreza na dohodak i poreza na dobit koje se vode za područje svake opštine dostupne svim poreskim obveznicima koji prebivaju na području određene opštine. Poreska tajna u SAD prešla je put od poreske javnosti do poreske privatnosti uvedene 1976. godine. Izuzeci od opšteg pravila su detaljno regulisani a najvećim delom mogu se pravdati javnim interesom. Uprkos tome da poreska prijava danas nije najvažniji izvor saznavanja jednog broja podataka, Schwartz smatra da

⁷ J.D. Blank, „United States National report on Tax privacy“, New York University, *Law and Economics Working Papers*, Paper 332, 2013,1, <http://lsr.nellco.org/nyn-lew/p/332>, 10.04.2016.

⁸ K. Devos, M. Zackrisson, „Tax compliance and the public disclosure of tax information: An Australia/Norway comparison“, *eJournal of Tax Research*, Vol. 13, No. 1, 2015, 111.

⁹ V.T.R. Lugić, 821-834.

je institut poreske tajne važniji nego pre budući da je mogućnost krađe i zlupotrebe ličnih podataka i identiteta u današnje vreme veća nego ikada (zbog komunikacija elektronskim putem).¹⁰ Poreska praksa u pojedinim državama pokazuje sužavanje opsega poreske tajne pod pritiskom „javnog interesa“ kao i jačanje „vaspitne“ uloge poreske tajne, preobražajem ovog instituta kroz ciljano objavljivanje pojedinih poreskih informacija, kako bi se izazvala društvena osuda delinkventnih poreskih obveznika (npr. *shaming sanctions* u SAD).

U poreskom pravu Hrvatske, 2012. godine Zakonom o izmenama i dopunama Općeg poreznog zakona (NN 78/12) uvedena je poreska javnost kao „dopuna“ poreske tajne. St. 7. čl. 8. Zakona uvedeni su tzv. „dužnički popisi“ - popisi dospelih a neplaćenih dugova od PDV, poreza na dobit, poreza na dohodak i prireza, doprinosa za obavezno osiguranje, posebnih poreza (akciza), poreza na promet nekretnina i carina i to ako ukupni iznos duga prelazi zakonom propisani cenzus. Popis se objavljuje bez pristanka poreskih obveznika na internetskim stranicama Poreske uprave četiri puta godišnje.¹¹ Poreska uprava Srbije može da objavi listu poreskih neplatiša dva puta godišnje.¹² Svrha ovakvog poreskog rešenja je da se skrene pažnja javnosti na važnost urednog izvršavanja poreskih obaveza.

3. Odstupanja od principa poverljivosti u oporezivanju-slučajevi poreske javnosti

U savremenim poreskim sistemima poreska tajnost se sve više povlači, odnosno sužava se njen opseg pod pritiskom javnog interesa za transparentnim izvršavanjem poreskih obaveza. U nastojanjima za efikasnijom naplatom poreza, kako u nacionalnim tako i u međunarodnim okvirima i sprečavanja poreske evazije i agresivnog poreskog planiranja, države uglavnom zanemaruju poštovanje i zaštitu poverljivosti prikupljenih i razmenjenih podataka o poreskim obveznicima. Zbog toga odstupanja od obaveze čuvanja poreske tajne moraju biti jasno predviđena zakonom. Potrebno je odrediti okvir u kome mogu da se kreću poreski organi kako bi održali poverenje poreskih obveznika u zakonitost i pravičnost poreskog sistema. Posmatrano na širem planu, postoje značajne razlike među državama u pogledu otkrivanja poreskih informacija. Na jednom

¹⁰ P. Schwartz, „The Future of Tax Privacy“, *National Tax Journal*, Vol. LXI, No. 4, Part 2, December 2008, 897.

¹¹ Popis ne sadrži podatke o dugovima poreskih obveznika kojima je poresko telo odobrilo odlaganje ili obročno plaćanje duga ili reprogram naplate poreskog duga.

¹² Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 53/2010, 101/2011, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 112/2015, 15/2016 i 108/2016.

kraju su nordijske zemlje koje prednjače u načinima otkrivanja poreskih informacija na individualnom i korporativnom nivou. Na drugom kraju se nalazi većina zapadnih država koje poštuju princip privatnosti, sa nekim izuzecima u Evropi i SAD, gde su javno objavljivane poreske informacije u ograničenom vremenskom trajanju. Između ove dve krajnosti, neke države su prihvatile a zatim odbacile različite forme otkrivanja ili, kao što je slučaj u Australiji, koja je usvojila ograničene mere otkrivanja poreskih informacija samo za korporacije.¹³ U Grčkoj je zabeležena praksa objavljivanja imena poreskih utajivača u prethodnoj godini prilikom predstavljanja novog budžeta od strane ministra finansija. Poreska strategija kanadske poreske administracije isto tako sadrži objavljivanje sudskih presuda za poresku utaju i imena poreskih utajivača.

Zagovornici poreske javnosti sagledavaju otkrivanje poreskih podataka u kontekstu povećanja poverenja obveznika u poreski sistem, što bi trebalo da doprinese unapređivanju poreske saglasnosti i boljoj naplati poreskih prihoda. Kao legitiman razlog za veću poresku transparentnost u savremenim državama navode se širenje abuzivnih praksi u vidu agresivnog poreskog planiranja i poreske utaje. Prikrivanjem relevantnih informacija poreski obveznici (uglavnom veliki) otežavaju poreskim organima razumevanje i procenu njihove celokupne poreske situacije. U praksi se uočava da su relevantne dve vrste javnog obelodanjivanja poreskih informacija-u pogledu nekih delova poreskih prijava i otkrivanja samo imena poreskih utajivača. U poreskoj literaturi se smatra da takve politike mogu olakšati poresku saglasnost zbog stida od mišljenja javnosti.¹⁴ Tako je danska poreska administracija (SKAT) tokom 2012. godine, u nastojanjima da pronade nove načine sprečavanja poreskih prevara, kratko vreme koristila aktivno obaveštavanje potrošača o neregistrovanim obveznicima poreza na dodatu vrednost sa očekivanjima da ovakvom strategijom spreči kupovinu roba i usluga od preduzeća koja posluju bez plaćanja ovog poreza (*proactive public disclosure*).¹⁵ Premda se često izričito ne navodi, značajan razlog za korišćenje javnog objavljivanja podataka o plaćenim porezima i dohotku od strane poreskih organa pravda se odvrćanjem ljudi od poreske evazije.¹⁶

Primena koncepta otkrivanja poreskih podataka (transparentnosti) može se jasnije razumeti u kontekstu uspostavljanja i razvijanja poboljšanih odnosa oporezivanja (*enhanced relationship*). Poreski obveznici pružaju

¹³ K. Devos, M. Zackrisson, 114.

¹⁴ J. Slemrod, „Taxation and Big Brother: Information, Personalisation and Privacy in 21st Century Tax Policy“, *Fiscal Studies*, Vol. 27, No. 1, 2006, 13.

¹⁵ K. Ball, M. Tell, „Proactive Public Disclosure: A new regulatory strategy for creating tax compliance?“, *Nordic Tax Journal*, 2015, 2:36-46.

¹⁶ E.E.Bø, J. Slemrod, T.O. Thoresen, „Taxes on the internet: Deterrence effects of public disclosure“, *Discussion Papers* No. 770, January 2014, Statistics Norway, Research Department, 4.

širi opseg podataka, koji prevazilazi njihove zakonske obaveze, kako bi poreski organi mogli potpunije da sprovedu procenu rizika upravljanja poreskim poslovima. Ovakav pristup u radu usmeren je na velike poreske obveznike (multinacionalne korporacije) od kojih se očekuje da pruže informacije o tome gde su moguće nesaglasnosti u tumačenju propisa između njih i poreskih organa, što bi vodilo značajno različitim poreskim rezultatima, kao i da predvide sveobuhvatne odgovore tako da poreski organ može razumeti značaj spornih pitanja, realocirati odgovarajuća sredstva i doći do ispravnih poreskih zaključaka. Za uzvrat, velike korporacije, kao poreski obveznici, mogu računati na sigurnost poreskog položaja i predupređivanje mogućih poreskih sukoba.¹⁷ Menjanje tradicionalnih poreskih odnosa ostvaruje se sklapanjem formalnih i/ili neformalnih sporazuma između poreskih organa i konkretnih poreskih obveznika, što je poznato pod imenom horizontalni monitoring (uveden u Australiji, Holandiji a kasnije i u drugim državama). Komunikacija učesnika poreskog odnosa uspostavlja se u ranoj fazi dok još uvek postoji neizvesnost u pogledu svih elemenata poreske pozicije obveznika što će biti razrešeno transparentnim postupanjem poreskih organa i pružanjem informacija za pravilno i pravovremeno ispunjavanje poreskih obaveza. Kao krajnji rezultat očekuje se efikasnija naplata poreza i smanjena potreba za poreskom kontrolom, odnosno umanjivanje administrativnih troškova ali i troškova sa kojima se poreski obveznici suočavaju prilikom plaćanja poreza. Ovakvim pristupom reformiše se tradicionalni poreski odnos uspostavljanjem komunikacija između njegovih učesnika znatno pre podnošenja poreske prijave, čime se akcenat stavlja na kvalitet odnosa.

U cilju ranog otkrivanja šema agresivnog poreskog planiranja, neke države OECD uvele su programe dodatnog obezbeđenja informacija u procesu podnošenja poreskih prijava. Radi se o relativno novom pristupu velikim poreskim obveznicima i promoterima šema agresivnog poreskog planiranja, tako da postoje razlike u poreskoj praksi u pogledu obaveznog otkrivanja informacija. Prema Izveštaju OECD iz 2011. godine, takve inicijative su korisne jer značajno smanjuju vreme poreskim organima da otkriju abuzivne šeme; olakšavaju obavljanje istraga zasnovanih na rizicima; omogućavaju brzu reakciju poreskih vlasti kroz izmene zakonskih ili preduzimanje drugih antievazivnih mera i brže rešavaju probleme sa pojavom novih šema agresivnog poreskog planiranja.¹⁸ U poreskoj literaturi se navodi iskustvo Velike Britanije sa uvođenjem sistema *Disclosure of Tax Avoidance Schemes (DOTAS)* 2004. godine. Glavna odgovornost leži na promoteru abuzivne šeme koji u određenom roku treba da obavesti

¹⁷ OECD, *Study into the role of tax intermediaries*, 2008, 42.

¹⁸ OECD (2011), *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD Publishing, 16.

poresku administraciju. Otkrivanje podataka zahteva identifikaciju dovoljno detalja da poreski službenici mogu razumeti kako se putem šeme postiže (neopravdano) poreska pogodnost za one koji je koriste. Poreska administracija označava posebnim brojem svaku otkrivenu šemu poreske evazije koji kupci moraju da navedu u svojoj godišnjoj poreskoj prijavi.¹⁹ Primena *DOTAS* šeme bila je delimično uspešna a razlog tome neki autori vide u nedostatku sredstava britanske poreske administracije da preduzme efektivne mere kako bi preduhitrila abuzivna ponašanja obveznika, što dalje ukazuje na relativno nizak politički prioritet koji se daje naplati poreskih prihoda od velikih korporacija.²⁰

Neke države su, u kontekstu strategije poboljšanja poreske saglasnosti, koristile posebne programe koji omogućavaju obveznicima da dobrovoljno obelodane neprijavljeni dohodak i imovinu, na osnovu čega im se odobrava znatno smanjenje sankcija (krivičnih i/ili administrativnih). Ovi programi mogu biti trajnog ili privremenog karaktera. U okviru OECD preovlađuje mišljenje da se njima pruža šansa poreskim organima da povećaju prihode uz smanjene troškove, npr. kroz manji broj kontrola, sporova ili krivičnih procedura i da poboljšaju poresku saglasnost obveznika, koji su prošli kroz program, u narednim godinama.²¹

Poseban problem, sa kojim su se suočile pojedine države, pojavio se u vezi korišćenja nelegalno dobijenih poreskih informacija. Konfliktnost shvatanja se obično ispoljava iz perspektive države rezidentstva i države gde je takva informacija nezakonito dobijena. Austrijski Vrhovni upravni sud je odlučio da je korišćenje nelegalno dobijenih podataka u poreskoj proceduri dopušteno dokle god je to prikladno za utvrđivanje relevantnih činjenica ili okolnosti. U Italiji, poreski sudovi su podeljeni između pristupa koji više poštuje prava poreskih obveznika i drugog, prema kome se takva informacija smatra validnom kao pomoć u razrezu poreza. U Švedskoj, korišćenje ukradenih poreskih informacija može biti vrlo koristan ali neetički put da se postigne efikasnost poreske administracije.²² Francuski sudovi naglašavaju pravo poreskih vlasti da prikupljaju podatke od trećih lica ukoliko ne znaju za ilegalnost izvora kroz koje su ove informacije dobijene. Nemački Ustavni sud je 2010. godine odlučio da je korišćenje nezakonitih poreskih informacija dopušteno.

¹⁹ P. Baker, „The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes“, *INTERTAX*, Vol. 43, Issue 1, 2015, 87.

²⁰ K. Farnsworth, S. Fooks, „Corporate Taxation, Corporate Power and Corporate Harm“, *The Howard Journal*, Vol. 54, No. 1, February 2015, 32.

²¹ OECD, *Update on Voluntary Disclosure Programmes: A pathway to tax compliance*, August 2015, 13.

²² G. Marino, „General Report, New Exchange of information versus tax solutions of equivalent effect“, *EATLP Congress*, 2014, www.eatlp.org/uploads/public/2014/GENERALREPORT1.pdf, 10.06.2016.

Nasuprot tome, u švajcarskom pravu postoji krivično delo zaposlenih za kršenje obaveze čuvanja tajnosti takve informacije u skladu sa važećim zakonom. Osetljivost poreske tajne i upotreba poverljivih informacija pokreću pitanje opravdanosti korišćenja ovakvog pristupa. U principu, krađa informacija je pojava koja podriva pravnu sigurnost i u slučaju poverljivosti informacija povređuje pravo na privatnost. U međunarodnoj poreskoj javnosti se ističe da bi takvu pojavu trebalo sprečavati u svim pravnim sistemima, što bi bilo izvodljivo u okviru napretka učinjenog na planu globalne fiskalne transparentnosti.²³

4. Standard transparentnosti i poverljivost u kontekstu međunarodne razmene poreskih informacija

Razmena poreskih informacija između nacionalnih poreskih administracija naročito dobija na zamahu početkom 21. veka. OECD formuliše globalne standarde razmene poreskih informacija na zahtev i poreske transparentnosti. Grupa 20 najrazvijenijih zemalja „samovoljno“ proglašava kraj bankarske tajnosti 2009. godine, čime se utire slobodan put brzom razmeni poreskih informacija. Države se više ne mogu pozivati na nepostojanje sopstvenog poreskog interesa i bankarsku tajnu kao opravdane razloge za neprihvatanje međunarodne razmene poreskih informacija. Sveobuhvatnost ovog procesa podstakla je OECD da, u cilju zaštite interesa poreskih obveznika, formuliše određena pravila:²⁴ poverljivost razmenjenih informacija, njihovo korišćenje samo za određene svrhe i dostavljanje samo određenim osobama. Globalni forum o transparentnosti i razmeni informacija u poreske svrhe (osnovan 2000. godine a restrukturiran 2009. godine na zahtev G20) kao multilateralni okvir, ovlašćen je da prati primenu standarda u međunarodnoj poreskoj saradnji. Aktivnosti u okviru Globalnog foruma razvijene prema parametrima kao što su „dostupnost informacija“, „odgovarajući pristup informacijama“ i „postojanje mehanizama razmene informacija“ sprovode se tako da postave jasne i određene konture oko pojma poreske transparentnosti: širok pristup poreskih vlasti ličnim podacima poreskih obveznika.²⁵ Članice Globalnog foruma moraju dopustiti pregled pravnog i regulatornog okvira za razmenu poreskih informacija i implementaciju standarda transparentnosti i razmene u praksi. U skladu sa nacionalnim potrebama, države primenjuju različite mehanizme, najčešće bilateralne sporazume o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, sporazume o

²³ E. Kristoffersson, P. Pistone, 9.

²⁴ OECD (2012), *Keeping It Safe, Joint OECD/Global Forum Guide on the Protection of Confidentiality of Information exchanged for Tax Purpose*, OECD Publishing, 11.

²⁵ L.E.Schueri, M.C.Barbosa, „Transparency: From Tax Secrecy to the Simplicity and Reliability of the Tax System“, *British Tax Review*, Issue 5, 2013, 670.

razmeni poreskih informacija ili multinacionalne konvencije, a mnogo ređe, pitanja razmene informacija u poreske svrhe uređuju nacionalnim propisima. Ekonomski slabije razvijene zemlje kao i jurisdikcije sa statusom poreskih oaza, biće prinuđene da revidiraju neke aspekte njihovih regulatornih okvira radi unapređivanja transparentnosti i dostizanja međunarodnih poreskih standarda. Određeni uspeh u međunarodnoj razmeni poreskih informacija, postignut pod pritiskom moćnih razvijenih zemalja ali i sa očekivanjima naplate većih prihoda od međunarodnog poslovanja, ohrabrio je članice G20 ali i druge države da prihvate globalni standard automatske razmene finansijskih informacija u poreske svrhe.²⁶ U skladu sa ovim standardom, nacionalne poreske administracije mogu dobiti informacije od finansijskih institucija i automatski ih razmeniti sa poreskim administracijama drugih država na godišnjoj osnovi, uvažavajući pritom poverljivost i zaštitu podataka, imajući u vidu globalnu razmenu velike količine podataka (tzv. *Big data*). Standard je poznat pod nazivom *Common Reporting Standard (CRS)* i primenjuje se posredstvom Multilateralnog sporazuma nadležnih vlasti o automatskoj razmeni informacija sa finansijskih računa²⁷ baziranog na čl. 6 Multilateralne konvencije o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima.²⁸ SAD nisu potpisnica ove konvencije ali će obavljati automatsku razmenu informacija u skladu sa pravilima *FATCA (Foreign Account Tax Compliant Act)*. Ovaj zakon je donet 2010. godine (stupio na snagu 1.7.2014.) sa ciljem sprečavanja ili smanjenja poreske utaje američkih obveznika koji poseduju račune u nerezidentnim bankama. Zakon obavezuje strane finansijske institucije da identifikuju račune američkih građana (koji premašuju određeni iznos) i da podatke o tim računima automatski dostavljaju američkoj Upravi unutrašnjih prihoda. Pored obaveze izveštavanja, zakonska pravila predviđaju i sankcije u vidu 30% poreza po odbitku na određena plaćanja stranim finansijskim institucijama iz američkih izvora. Time je učinjen presedan u međunarodnom poreskom pravu jer se toleriše ekstrateritorijalna primena američkog poreskog prava. Sve se to odvija uz političku saglasnost članica G20 tako da se njihovim aktivnostima može osporiti legitimitet budući da su međunarodni standardi poreske transparentnosti i automatske razmene informacija, u suštini, rezultat volje ograničenog broja država koje nameću svoje odluke drugima.²⁹ Pravno obavezivanje drugih država (putem *soft law*) na primenu ovih međunarodnih poreskih standarda uopšte nije bilo

²⁶ OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information: Common Reporting Standard*, 2014.

²⁷ V. *Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Financial Account Information*

²⁸ V. *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*, OECD and Council of Europe, 1998 and 2010.

²⁹ P. Pistone, „Coordinating the Acting of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law“, *World Tax Journal*, February 2014, 4.

dovedeno u pitanje i kao da je svima bila „jasna“ neophodnost njihovog prihvatanja. Upravo problemi pravne prirode vezani za primenu *FATCA* od strane nerezidentnih finansijskih institucija (dostavljanje podataka, bankarska tajna) uticali su na odstupanje od originalnog teksta zakona tako da su SAD zaključile posebne sporazume Model *IGA 1*³⁰ sa pet evropskih zemalja, čime je dat podsticaj drugim državama da zaključuju poreske sporazume po ovom modelu. Ono što je najvažnije u vezi sa ovim modelom jeste da je dizajniran za globalnu primenu.³¹ Treba se ovde podsetiti činjenice da je Savet OECD još pre dve decenije objavio Preporuku o uvođenju *globalnog poreskog identifikacionog broja*. Širenje opsega informacija, koje postaju predmet međunarodne poreske razmene, uključivanjem sve većeg broja država, pokazuje da se svet nesumnjivo kreće ka usvajanju u 2017. i 2018. godini automatske razmene finansijskih informacija kao novog standarda univerzalne poreske transparentnosti.³²

U nastojanjima za poboljšanjem poreske transparentnosti, sa ciljem rešavanja problema štetne poreske konkurencije u njenim različitim formama i stepenima, razvijene države su uočile da niski prihodi nisu samo rezultat neotkrivenih podataka od strane država sa blagim poreskim režimima. U stvarnosti, velike korporacije namerno koriste razlike u poresko-pravnom tretmanu između jurisdikcija kako bi optimizirale svoje poreske obaveze. Radi se o korišćenju šema agresivnog poreskog planiranja koje vešto prikrivaju granicu između poreske utaje od dopuštenih praksi poreskog minimiziranja. Sanacija posledica finansijske krize prinudila je države OECD (a pod pokroviteljstvom G20) da usvoje Projekat *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)* 2013. godine, koji se odnosi na eroziju poreskih osnovica i veštačko prebacivanje profita iz država u kojima se ostvaruju u druge države. Važan deo rada na ovom projektu tiče se pitanja transparentnosti i obelodanjivanja podataka u poreskim stvarima. U tom kontekstu, termin „*transparency*“ odražava ideju da država treba da razume poslovanje poreskih obveznika i strukturu operacija i investiranja na njenoj teritoriji (ali i van granica njene jurisdikcije). Termin „*disclosure*“ sadrži ideju da će država imati potrebu za pristupom informacijama nužnim da se obezbedi transparentnost u pogledu aktivnosti obveznika.³³ Ove široko prihvaćene koncepte u međunarodnom

³⁰ Sporna je i sama priroda ovih međudržavnih sporazuma u američkom pravu. V. o tome: A. Christians, „The Dubious Legal Pedigree of IGAs (And Why It Matters)“, *Tax Notes International*, Vol. 69, N.6, February 11, 2013, 565-568.

³¹ *A Step Change in Tax Transparency*, OECD Report for the G8 Summit, Lough Erne, Eunskillen, June 2013, 16.

³² A. Barreix, J. Roca, F. Velayos, „A Brief History of Tax Transparency“, IDB, June 2016, *Discussion Paper* N° IDB-DP-453, 11. <http://www.iadb.org>, 14.04.2017.

³³ D. Ring, „Transparency and disclosure“, *United Nations Handbook on Selected Issues on Protecting the Tax Base of Developing Countries* (ed. A. Trepelkov, H. Torino, D. Halka), United Nations, New York 2015, 499-500.

poreskom pravu potrebno je operacionalizovati kroz specifične prakse i režime što je skupčano sa rešavanjem brojnih pitanja (primera radi, vrste informacija koje treba obezbediti, kapacitet država da značajno iskoriste dostavljene podatke, kako će biti osigurana zaštita podataka i privatnost poreskih obveznika i dr.).

U pogledu poreske transparentnosti, najvažnije tačke *Akcionog plana BEPS*³⁴ su 12. i 13. Polazeći od stanovišta da države mogu efikasno rešavati problem erozije poreske osnovice i prebacivanje profita ako dobijaju blagovremene i relevantne informacije, tačka 12. se odnosi na obavezno pravilo obelodanjivanja agresivnog poreskog planiranja i međunarodnih šema i transakcija koje omogućavaju zloupotrebu prava i ostvarivanje poreskih pogodnosti. U literaturi se ukazuje na osetljivost pitanja poverljivosti u kontekstu obelodanjivanja informacija o agresivnom poreskom planiranju i da se ono mora zasnivati na zakonom dopuštenim osnovama, što zahteva uspostavljanje ravnoteže između zaštite prava na poverljivost i interesa poreske javnosti. Kako bi se sprečilo dolaženje u sukob ovih prava, bilo bi neophodno da se pravila OECD odnose samo na *prave* agresivne šeme poreskog planiranja.³⁵ Tačka 13. Akcionog plana predviđa za obveznike standardni sistem izveštavanja koji se odnosi na zahtev da multinacionalne kompanije nacionalnim vladama pruže potrebne podatke o svom celokupnom dohotku, ekonomskim aktivnostima i porezima plaćenim u svim državama u kojima posluju.³⁶ I ovde se javlja problem osiguranja zaštite tako razmenjenih podataka sa drugim poreskim vlastima. Poreski obveznici se plaše da neke jurisdikcije neće poštovati dogovorene i prihvaćene standarde za zaštitu podataka bilo zbog neadekvatnih unutrašnjih pravila i nadzornih mehanizama ili zbog namerne odluke da dele informacije sa drugim organima ili domaćim konkurentima.³⁷ Kako bi se umanjila bojazan poreskih obveznika, OECD i dalje tvrdi da su informacije iz tačke 13. namenjene samo vladama i isključivo za svrhe procene rizika od erozije poreske osnovice i prebacivanja prihoda u druge države.

Pojačane aktivnosti na planu sprečavanja erozije poreske osnovice i prebacivanja profita preduzimaju se i u okviru EU, čime se prate kretanja procesa nastalog usvajanjem projekta *BEPS*. Čitav set mera predviđen je Akcionim planom za borbu protiv poreske utaje i poreske evazije koji je

³⁴ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris, 2013.

³⁵ P. Baker, „The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes“, *INTERTAX*, Vol. 43, Issue 1, 2015, 90.

³⁶ Usvojeni opšti okvir sadrži *master file* (glavnu knjigu) za sve članice multinacionalne grupe; *country-by-country reporting* (izveštaj o poslovanju u svakoj pojedinačnoj državi) i *local file* (odnosi se na specifične informacije u pojedinačnim jurisdikcijama kako bi im se olakšala provera postupanja obveznika u skladu sa principom na dohvata ruke (*arm's length principle*)).

³⁷ D. Ring, 525.

Komisija sačinila 2012. godine, kako bi se stvorili uslovi za oporezivanje kompanija u skladu sa poslovnom aktivnošću i realizovanim profitima.³⁸ U okviru ovog paketa mera, Komisija je sačinila i Preporuku o agresivnom poreskom planiranju³⁹ koja sadrži predlog usvajanja zajedničkog opšteg pravila protiv zloupotreba koje bi bilo implementirano u pojedinačnim državama, vodeći računa o ograničenju postavljenom na nivou EU („*potpuno artificijelne poreske konstrukcije*“). Evropska Komisija je nastavila sa radom na planu širenja opsega razmene informacija koje se tiču poslovanja multinacionalnih kompanija na području EU. Marta 2015. godine usvojen je Akcioni plan o poreskoj transparentnosti⁴⁰ kojim je predviđeno uvođenje automatske razmene informacija između država članica u pogledu aranžmana koje nacionalne poreske administracije odobravaju poreskim obveznicima (multinacionalnim kompanijama) u vezi sa obračunavanjem poreske obaveze (*tax rulings*). Juna 2015. godine usvojen je Akcioni plan za pravično i efikasno oporezivanje kompanija u EU⁴¹ kojim se dopunjuje akcioni plan o poreskoj transparentnosti. U praksi se pokazalo da spontana razmena ove vrste poreskih informacija nije bila efikasna i retko je obavljena, budući da je mogla biti odbijena na osnovu profesionalne tajne ili javnog interesa. Afera *LuxLeaks* iz 2014. godine otkrila je vrlo široko korišćenje poreskih aranžmana od strane multinacionalnih kompanija u šemama agresivnog poreskog planiranja. Komisija je, u tom smislu, uz uvažavanje standarda Projekta BEPS, predložila izmene postojeće Direktive o administrativnoj saradnji što bi trebalo da umanjí poreske gubitke država članica zahvaljujući efikasnijoj saradnji nacionalnih poreskih administracija.⁴² U izmenjenu direktivu (usvojena juna 2016.) unete su odredbe u vezi sa obaveznom automatskom razmenom finansijskih informacija o poslovanju multinacionalnih kompanija u poreske svrhe, s obzirom na rezultate ostvarene u svakoj od država poslovanja (*country-by-country-reporting*).

³⁸ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: An Action Plan to Strengthen the Fight Against Tax Fraud and Tax Evasion*, {SWD(2012) 403 final}; {SWD(2012) 404 final}, Brussels, 6.12.2012, COM(2012) 722 final.

³⁹ European Commission, *Commission Recommendation of 6.12.2012. on Aggressive Tax Planning*, Brussels, 6.12.20, 12, C(2012) 8806 final.

⁴⁰ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on Tax Transparency to Fight Tax Evasion and Avoidance*, Brussels, 18.3.2015, COM(2015) 136 final

⁴¹ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*, {SWD(2015) 121 final}, Brussels, 17.6.2015, COM(2015) 302 final.

⁴² European Commission, Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, COM(2016) 25 final, Brussels, 28.01.2016.

5. Zaključak

Podsetimo se da je važan osnov dobrog funkcionisanja poreskog sistema poverenje poreskih obveznika u odnosima sa poreskom administracijom i opravdano očekivanje da će njihova komunikacija ostati poverljiva u zakonom predviđenim granicama. Pojačano angažovanje OECD, uz podršku G20, na planu sprečavanja međunarodne poreske evazije i agresivnog poreskog planiranja, uz aktivnu saradnju zemalja članica EU, ima za cilj intenziviranje procesa transparentnosti u međunarodnim poreskim odnosima. Funkcionisanje poreskih sistema u globalnim uslovima praćeno je povećanim teškoćama vezanim za oporezivanje sve „pokretljivijih“ poreskih obveznika što vodi slabljenju uloge poreske tajne u savremenom poreskom pravu. Nedoumice oko uloge poreske tajne kao tradicionalnog zaštitnog mehanizma i poreske transparentnosti kao svojevrsnog mehanizma regulacije poreski „poželjnog“ ponašanja obveznika, razrešiće se pod uticajem društvenih interesa i vrednosti koji budu preovladavali u vremenu pred nama.

Prof. Mileva Anđelković, L.L.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

CONFIDENTIALITY *VERSUS* TRANSPARENCY IN CONTEMPORARY TAX LAW

Summary

Dilemma with regard to defining limit between tax confidentiality and tax transparency is particularly expressed in contemporary tax law. International tax relations indicate that countries tend towards fostering tax transparency with the expect of better collection of taxes and fair distribution of tax burden. The right to secrecy and confidentiality of personal data, as one of the basic rights, guarantees taxpayers that data collected about them shall be used only for the purpose of taxation. There are exceptions from tax secrecy which are prescribed by law or in cases when taxpayers voluntarily disclose data to tax administrations. It is evident that tax secrecy and confidentiality are losing ground as the result of the requests for tax transparency by multinational organizations. The process of international tax cooperation, in which interests of ordinary taxpayers are being more and more disregarded, are being carried out by automatic exchange of financial account information and country-by-country-reporting. Having in mind the fact that the protection of

confidentiality of tax data carried out on the national levels, it is obvious that acceptance and application of these international tax standards endangers the rights of taxpayers.

Key words: tax confidentiality, tax secrecy, tax transparency, international tax information exchange.

PRIPADNOST NACIONALNOJ MANJINI I BIRAČKO PRAVO ZA IZBOR MANJINSKIH TELA I PREDSTAVNIKA²

Apstrakt

Ovaj rad analizira pravni problem određivanja pripadnosti nacionalnoj manjini i biračkog prava za izbor manjinskih predstavnika i tela neteritorijalne autonomije u slučaju njihovog neposrednog izbora. U međunarodnom i uporednom pravu najvažniji kriterijum određivanja pripadnosti nacionalnoj manjini je samoidentifikacija, ali su pojedine države regulisale i objektivne kriterijume u koje najčešće spadaju učenje, ili znanje manjinskog jezika, postojanje porodičnih veza sa licima koja pripadaju zajednici, odnosno poznavanje manjinske kulture i/ili tradicije i briga za njihovim očuvanjem.. Neposredni izbori i posebno biračko pravo za izbor manjinskih predstavnika i tela uz utvrđivanje objektivnih kriterijuma za identifikaciju izborne osnove krije potencijalni konflikt između dve ustavne vrednosti - potrebe za demokratskim legitimitetom takvih tela i predstavnika i zaštite slobode nacionalnog izjašnjavanja, uključujući i slobodu promene nacionalnog identiteta. Taj se konflikt može ublažiti učešćem grupe u ocenjivanju pripadništva, a njegovo rešavanje može da zavisi i od uloge i obima ovlašćenja takvih manjinskih tela i predstavnika.

Ključne reči: *pripadnost nacionalnoj manjini, manjinska tela, manjinski predstavnici, samoidentifikacija, objektivni kriterijumi.*

1. Uvodna razmatranja

Savremeno pravno proklamovanje manjinskih prava i uređivanje načina njihovog ostvarivanja, naročito u pogledu delotvornog učešća nacionalnih manjina u javnim poslovima posredstvom tela koja predstavljaju manjine kao kolektivitete i oličavaju njihovu neteritorijalnu kulturnu autonomiju i/ili manjinskih predstavnika u različitim organima vlasti, nameće, sa jedne

¹ Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, e-mail: vdjuric12@gmail.com.

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

strane, pitanje kako odrediti titulara manjinskih prava, dok, sa druge strane, otvara dilemu na koji način obezbediti demokratski legitimitet takvih tela i predstavnika. Presek navedenih pitanja i dilema je zapravo oličen u problematici pravno relevantnog određivanja pripadnosti nacionalnoj manjini i biračkog prava za izbor takvih tela i predstavnika u slučaju da se oni biraju na neposrednim izborima od strane pripadnika grupe. Analizu pravnih aspekata pripadnosti nacionalnoj manjini i biračkog prava za izbor manjinskih tela i predstavnika valja započeti sagledavanjem međunarodnopravnih rešenja koja su relevantna za tu problematiku.

2. Međunarodno pravo i pripadnost nacionalnoj manjini

U međunarodnom pravu ne postoji obavezujuće određenje nacionalne manjine. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. u članu 27. predviđa da *u državama u kojima postoje etničke, verske ili jezičke manjine, lica koja pripadaju tim manjinama ne mogu biti lišena prava da imaju, u zajednici sa drugim članovima svoje grupe, svoj sopstveni kulturni život, da ispovedaju svoju sopstvenu veroispovest i obavljaju verske dužnosti, ili da upotrebljavaju svoj sopstveni jezik*. Sa posebnim osloncem na član 27. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i u cilju olakšavanja njegove primene, pod okriljem Potkomisije za sprečavanje diskriminacije i zaštitu manjina UN, specijalni izvestilac F.Kapotorti predložio je 1977, nakon istraživanja i obrade različitih manjinskih obrazaca u 76 zemalja sveta, definiciju nacionalne manjine. Poznata definicija prof. Kapotortija predviđa da se izraz „*manjina*” odnosi na *„grupu, brojčano manju od ostatka stanovništva države, koja je u nedominantnom položaju, a čiji članovi – državljani te države- imaju etničke, verske ili jezičke karakteristike drugačije od ostatka stanovništva i iskazuju, makar i implicitno, osećaj solidarnosti koji je usmeren na očuvanje svoje kulture, tradicije, vere ili jezika.”*³ Pojedine države su u svojim zakonodavstvima usvojile definiciju nacionalne manjine koja je, uz izvesne razlike, slična Kapotortijevom pristupu.

Odredba člana 27. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima upućuje na prava *lica koja pripadaju manjinama*. Iako je u

³ „*A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics different from those of the rest of the population and so, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language*» - UN doc E/CN 4/Sub/2/384. Treba ukazati da su u literaturi česti pogrešni prevodi definicije prof. Kapotortija koji najčešće izostavljaju alternativnu svezu «*ili*» pri navođenju karakteristika koje grupa ima i svode je na kumulativnu svezu «*i*», tako da se stiče (pogrešan) utisak da je Kapotorti smatrao da jedna grupa, da bi bila manjina, mora da ima i etničke i jezičke i verske karakteristike različite od većinskog stanovništva.

pojedininim naučnim komentarima isticano je da je reč o „odredbi koja štiti grupu“⁴, među internacionalistima, a i među državama članicama Pakta, opšteprihvaćeno je da taj član Pakta ne predviđa grupna, odnosno kolektivna prava.⁵ Sa druge strane, u toj odredbi Pakta nema nikakvih indikacija o tome kako se, sa stanovišta međunarodnog prava, može definisati pripadnost grupi.

Iako je pitanje pripadnosti grupi, logično posmatrano, odvojeno od pitanja postojanja zajednice, ipak je jasno da postoji očigledna veza između tih pitanja, jer je grupa bez svojih članova fantom.⁶ Postoje dva polarizovana pristupa pitanju odnosa između pripadnosti manjini, sa jedne, i postojanja nacionalne manjine, sa druge strane. Jedan pristup polazi od određivanja pripadnosti manjini na osnovu karakteristika određenih u definiciji manjine, dok drugi pristup naglasak stavlja na individualni izbor, odnosno samoidentifikaciju pojedinca. Razlika između tih pristupa korespondira sa različitim određivanjima identiteta – identitetom shvaćenim kao zadatom, odnosno predodređenom kategorijom i identitetom shvaćenim kao konstrukcijom, odnosno izabranom kategorijom.⁷ Treći element, uloga same grupe u određivanju pripadnosti, takođe može da bude uzet u obzir prilikom sagledavanja tog pitanja.⁸ Ta su pitanja takođe isprepletana i sa problematikom individualnih i kolektivnih manjinskih prava, budući da ona (problematika) može više da tangira pojam «pripadnosti» nego prirodu manjinskih prava koja se vrše.⁹ Bilo kako bilo, u relevantnim međunarodnim aktima kojima se tretira problematika pripadnosti manjini, kao i u praksi pojedinih međunarodnih tela, mogu se uočiti izvesne nijansirane razlike koje korespondiraju sa izloženim različitim pristupima tom pitanju.

Kopenhaški dokument sa sastanka o ljudskoj dimenziji KEBS-a predviđa u paragrafu 32. da je «*pripadnost nacionalnoj manjini stvar ličnog izbora pojedinca*» koji zbog tog izbora ne sme trpeti nikakve štetne posledice, što je primer za određivanje pripadnosti manjini isključivo na osnovu samoidentifikacije. Istovetan pristup sadržan je i u odredbama pojedinih bilateralnih sporazuma o zaštiti nacionalnih manjina. Pojedini

⁴ F. Ermacora, „The Protection of Minorities before the United Nations“, *Recueil des Cours* 182/1983, IV, 308.

⁵ P. Thornberry, „The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations and an Update“, in: *Universal Minority Rights* (ed. A. Phillips, A. Rosas), Abo, 1997, 23.

⁶ P. Thornberry, M.A.M. Estebanez, *Minority Rights in Europe*, Oxford, 2005, 96.

⁷ *Ibid* sa pozivom na: R. Cohen, „The Making of Ethnicity: A Modest Defence of Primordialism“, in: *People, Nation and State: The Meaning of Ethnicity and Nationalism* (eds. E. Mortimer, R. Fine), L.B. Tauris, London - New York 1999, 3-11.

⁸ *Ibid*

⁹ *Ibid.*, 97.

bilateralni sporazumi o zaštiti nacionalnih manjina ne sadrže definiciju nacionalne manjine, ali, u skladu sa Okvirnom konvencijom za zaštitu nacionalnih manjina SE (videti dalji tekst), predviđaju da je pripadnost nacionalnoj manjini slobodan lični izbor pojedinca i da pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo, kako pojedinačno, tako i u zajednici sa drugim članovima svoje grupe, da slobodno izražavaju, čuvaju i razvijaju svoj etnički, kulturni, jezički i verski identitet.¹⁰ Sa druge strane, u praksi pojedinih međunarodnih tela učinjeni su pokušaji da se individualni izbor u pogledu pripadnosti grupi izbalansira sa realnošću „date” socijalne egzistencije. U jednom slučaju, Komitet za ljudska prava UN stao je na stanovište da će „*lica koja su rođena i odrasla....koje su zadržala veze sa svojom zajednicom i koja žele da održavaju te veze normalno biti smatrana pripadnicima te manjine*“.¹¹ U Komentarima izloženog pristupa Komiteta ističe se da su namera ili želja pojedinca opšti kriterijumi pripadnosti manjini koji se mogu izvesti iz izložene lakonske tvrdnje, iako reč «normalno» upućuje na to da ti kriterijumi ne moraju uvek biti odlučujući i da, iako se samoodređenju mora priznati značajna specifična težina u određivanju pripadnosti manjini, taj kriterijum nije apsolutan.¹² Sličan pristup imao je i Komitet za uklanjanje rasne diskriminacije UN. Prema Opštoj preporuci broj 8. tog Komiteta koja je posvećena problematici identifikacije sa određenom rasnom ili etničkom grupom takva identifikacija, ukoliko ne postoji opravdanje za suprotno, zasnivaće se na samoidentifikaciji datog pojedinca.¹³ Polazeći od stava Komiteta da će se pripadnost rasnoj ili etničkoj grupi zasnivati na samoidentifikaciji, *ukoliko ne postoji opravdanje za suprotno*, pojedini autori ističu da takav pristup pitanje pripadništva manjini postavlja u domen opravdanja i argumenata i da teret dokazivanja opravdanosti poricanja članstva u manjinskoj zajednici stavlja na državne vlasti.¹⁴

Veoma zanimljiv pristup problematici pripadnosti nacionalnoj manjini ima Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina. Konvencija u članu 3. predviđa da svaki pripadnik nacionalne manjine ima pravo da slobodno izabere da se prema njemu ophode ili ne ophode kao takvom. U stručnim komentarima izložene odredbe Okvirne konvencije i njenog objašnjenja

¹⁰ Npr. Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava mađarske nacionalne manjine koja živi u Srbiji i Crnoj Gori i srpske nacionalne manjine koja živi u Republici Mađarskoj, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br.14/2004 i Sporazum između Savezne vlade SR Jugoslavije i Vlade Rumunije o saradnji u oblasti zaštite nacionalnih manjina, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br.14/2004.

¹¹ *Lovelace v. Canada* UN Doc.A/36/40 (1981) par. 14.

¹² P. Thornberry, 23.

¹³ General recommendation VIII concerning the interpretation and application of article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention, UN Doc A/45/18.

¹⁴ P. Thornberry, M.A.M. Estebanez, 97.

ukazuje se na krucijalni značaj principa samoidentifikacije,¹⁵ odnosno da ta odredba pitanje izbora pripadnosti manjini potiskuje u pravcu individualnih preferencija.¹⁶ Međutim, u Komentaru (Mišljenju) uz Konvenciju, odnosno Objašnjenjima te odredbe, ističe se da „*ova odredba prepušta svakom takvom licu da odluči da li želi ili ne da se podvede pod zaštitu koja propističe iz Okvirne konvencije*“, ali se dodaje da ona „*ne podrazumeva pravo pojedinca da jednostavno odluči da pripada nekoj nacionalnoj manjini. Subjektivni izbor pojedinca neodvojivo je povezan sa objektivnim kriterijumima relevantnim za njegov identitet*“.¹⁷ Takav stav Savetodavnog komiteta koji prati sprovođenje Okvirne konvencije pružio je osnov pojedinim autorima da zaključe kako, za razliku od *pripadnosti* na osnovu koje lice koje je ima i oseća ne može biti onemogućeno ili prisiljeno da prihvati manjinska prava, a što je u oba slučaja stvar slobodnog izbora, *članstvo* u nacionalnoj manjini nije u potpunosti podređeno samoidentifikaciji.¹⁸

Polazeći od izloženih rešenja i komentara, u teoriji međunarodnog javnog prava zaključuje se da novija međunarodnopravna praksa uzima subjektivne elemente kao osnovu za ocenu pripadnosti manjinskoj grupi, ali ih dopunjava objektivnim elementima jer pripadnost manjini ne mora proizaći iz objektivnih okolnosti (npr. pripadnosti porodici), već može biti i stvar vaspitanja, odnosno subjektivnog osećaja, ali sa druge strane, i subjektivni elementi mogu biti zloupotrebljeni, tako da jedino kombinacija ovih dvaju elemenata pruža solidan osnov za ocenu pripadnosti jednoj manjini.¹⁹ Čini se dakle jasnim da međunarodno pravo načelno ne privileguje ekstravagantne tvrdnje o pripadnosti, već individualne preferencije smešta u kontekst razuma i argumenata, istovremeno obeshrabrujući mešanje (države – prim. V.Đ.) u privatne izbore. Dakle, kombinacija lične namere i činjenica postavlja opšti kriterijum članstva u okviru nacionalne manjine.²⁰

3. Manjinsko biračko pravo

U teorijskim komentarima izbornih pravila za konstituisanje manjinskih autonomnih i predstavničkih tela, nedugo od njihovog uvođenja u pravni poredak pojedinih država koje su izabrane za uporedni

¹⁵ H.J. Heintze, Article 3. In: *The Rights of Minorities, A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (ed. M.Weller), Oxford, 2006, 118,119.

¹⁶ P. Thornberry, M.A.M. Estebanez, 97.

¹⁷ Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities, par. 34, 35.

¹⁸ P. Thornberry, M.A.M. Estebanez, 97.

¹⁹ S. Avramov, M.Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2003, 337.

²⁰ G. Pentassuglia, *Minorities in International Law*, Strasbourg 2002, 74.

prikaz u ovom radu, uočeno je da je, uprkos činjenici da postoje različiti varijeteti takvih aranžmana, svim slučajevima zajednički pravni problem kako obrazovati takva tela i na koji način izabrati predstavnike koji će imati demokratski legitimitet da predstavljaju manjinu/e u takvim telima.²¹ Ostavljajući po strani veoma složeno i izuzetno važno teorijsko pitanje da li demokratski legitimitet tela posredstvom kojih se ostvaruju manjinski neteritorijalni autonomni aranžmani može i treba da bude shvaćen u njegovom liberalnom značenju, ako već takva tela predstavljaju izvesnu korekciju i odstupanje od klasičnog liberalnog modela, a što bi onda nužno iziskivalo da takva tela i njihovi članovi budu izabrani na neposrednim izborima, pažnju treba usmeriti na pitanje kako se u modelu neposrednih izbora takvih tela određuje biračko pravo i ko može biti njegov titular? U svojoj suštini to pitanje zapravo predstavlja jedan vid trnovite dileme kako ustanoviti ko pripada zajednici koja ima pravo na neteritorijalnu kulturnu autonomiju i/ili svoje predstavnike u organima vlasti, dileme koja se često konfrontira takvim neteritorijalnim rešenjima.²²

U Finskoj, prema članu 21. Zakona o Sami parlamentu, pravo glasa na izborima za to telo ima svaki pripadnik naroda Sami, nezavisno od njegovog boravišta, koji navršava 18 godina starosti najkasnije na dan izbora i koji, do zaključenja biračkog spiska, dostavi dokaze da je finski državljanin, ili stranac koji ima prebivalište u Finskoj u skladu sa Zakonom o prebivalištu. Pravo glasa stoga nije ograničeno samo na pripadnike naroda Sami koji imaju finsko državljanstvo, već je prošireno i na državljane nordijskih zemalja koji imaju prebivalište u Finskoj i koji se kvalifikuju kao pripadnici Sami populacije.²³ Prema članu 22. istog Zakona, pasivno biračko pravo na izborima za Sami parlament ima svako lice koje ima aktivno biračko pravo i koje prihvati kandidaturu. Zakon je u članu 3. odredio koja se lica smatraju pripadnicima naroda Sami. Prema tom članu, a za potrebe Zakona, pripadnikom naroda Sami smatra se lice koje sebe smatra pripadnikom Sami naroda i koje dokaže da ispunjava bar jedan od sledeća tri kriterijuma: 1. da je ono samo, ili najmanje jedan od njegovih roditelja, ili deda i baba učilo sami jezik kao prvi jezik, 2. da je potomak lica koje je bilo uvršteno u zemljišne, poreske ili populacione registre kao Laponac, 3. da je najmanje jedan od njegovih roditelja registrovan, ili mogao biti registrovan kao birač za izbor Sami

²¹ T. Korhecz, „Democratic Legitimacy and Election Rules of National Ethnic Minority Bodies and Representatives – Reflections on Legal Solutions in Hungary and Slovenia“, *International Journal on Minority and Group Rights* 9/2002, 161.

²² B. de Villers, „Protecting Minorities on a Non-Territorial Basis – Recent International Developments“, *Beijing Law Review* 3/2012, 178.

²³ M. Suksi, „Non-Territorial Autonomy, The Meaning of '(Non)-Territoriality'“, in: *Minority Accommodation Through Territorial and Non-Territorial Autonomy* (ed. T. Malloy, F. Palermo), Oxford, 2015, 106.

delegacije (tela koje je postojalo pre Sami parlamenta – prim.V.Đ.) ili Sami parlamenta. U teorijskim komentarima izloženog rešenja ističe se da je pravno uređenje pripadništva Sami narodu fleksibilno i „meko“ u okviru zadatah okvira,²⁴ ali se zapaža i da je kriterijum samoidentifikacije dopunjen objektivnim potkriterijumima.²⁵ Pripadnici Sami naroda upisuju se po abecednom redu u poseban birački spisak za svake izbore koji, na osnovu prethodnog biračkog spiska i podataka iz populacionog informacionog sistema, po službenoj dužnosti vodi Odbor za izbore. Lice koje nije upisano u birački spisak može, prema članu 23. Zakona, biti naknadno upisano na sopstveni zahtev, baš kao što na sopstveni zahtev, ili u slučaju smrti po službenoj dužnosti, može biti i izbrisano iz biračkog spiska. Zanimljivo je uočiti da Zakon propisuje da Odbor za izbore može po sopstvenoj inicijativi da u birački spisak uvrsti dete lica koje ima pravo glasa, a koje će do održavanja izbora postati punoletno, ali samo u slučaju da se ono pismenim putem izjasni da pripada Sami narodu. Za izložena zakonska rešenja se u teorijskim komentarima ističe da znače da je etnička grupa (Samiji) primarno nadležna da kontroliše ko joj, za potrebe izbora, pripada, ali se navodi i da zakonski određeni objektivni podkriterijumi pripadništva grupi mogu da rezultiraju i spoljnom sudskom intervencijom.²⁶ U tom smislu, od kraja devedesetih godina dvadesetog veka pred Vrhovnim upravnim sudom Finske vođeno je nekoliko postupaka čiji je predmet upravo bilo pitanje zakonitosti primene izloženih objektivnih podkriterijuma za utvrđivanje pripadnosti narodu Sami, odnosno zakonitosti (ne)upisivanja u birački spisak, a u kojima je taj Sud zauzeo stanovište o značenju i domašaju pojedinih od izloženih podkriterijuma. U jednom slučaju iz 1999. predak tužioca kome je bio uskraćen upis u birački spisak bio je uvršten u zemljišne i poreske knjige kao Laponac, ali su knjige poticale iz 1762. godine. Sud je stao na stanovište da se i pored samoidentifikacije, takvo lice ne može smatrati pripadnikom naroda Sami, jer je formalno ispunjavanje jednog od potkriterijuma u konkretnom slučaju vezano za, istorijski posmatrano, veoma daleki period. Sud je smatrao da je za primenu podkriterijuma da su preci bili uvršteni u zemljišne, poreske ili populacione registre kao Laponci, relevantno istorijsko razdoblje oko 1875. što znači oko četiri do pet generacija unazad, pa je tužiocu uskratilo upis u birački spisak.²⁷ Vrhovni upravni sud Finske imao je u pojedinim predmetima i holistički

²⁴ B. de Villers, 177.

²⁵ M. Suksi, 106.

²⁶ *Ibid.*, 107.

²⁷ SAC 1999:55. U drugom slučaju iz iste godine (SAC 22.9.1999/3183) Sud je potvrdio svoje rezonovanje i dozvolio upis u birački spisak lica čiji je predak 1870. bio upisan u registre kao Laponac – *Ibid.*

pristup kojim je, i pored činjenice da zakonski kriterijumi nisu bili u potpunosti ispunjeni, priznao tužiocima pravo da budu upisani u birački spisak. Tako u slučaju lica čiji je predak bio upisan u registre 1825. kao Laponac i koje je dostavilo dokaze da mu ujak poznaje Sami jezik, dakle koje nije ispunjavalo ni jedan od objektivnih podkriterijuma, već se samo izjašnjavalo kao pripadnik naroda Sami i živelo u opštini Inari u Sami zavičaju, Sud je, uzimajući u obzir sve dokaze zajedno, stao na stanovište da oni ukazuju da to lice sebe identifikuje sa svim što je Sami i da vodi Sami način života, pa i da objektivno treba da bude smatran pripadnikom naroda Sami i priznao je pravo tog lica da bude upisano u birački spisak.²⁸ U teorijskim komentarima ističe se da izloženi slučajevi iz prakse Vrhovnog upravnog suda Finske pokazuju da kreiranje izborne osnove za tela koja predstavljaju etničke ili jezičke grupe može da bude suočeno sa značajnim problemom definicija i da, sa jedne strane, postoje dobri razlozi da se dopusti da sama grupa upravlja pitanjima članstva u institucijama kulturne autonomije i da kontroliše kome je dozvoljeno pripadništvo grupi, jer potpuna samoidentifikacija bilo kog lica koje želi da pripada grupi može da rezultira inflacijom članstva lica koja ne pokazuju „organski afinitet“ prema grupi čije se institucije ustanovljavaju, uz rizik asimilacije sa većinom na kraju tog procesa, dok, sa druge strane, kreiranje posebne, etnički zasnovane izborne osnove implicira propisivanje distinkcija koje od strane lica koja ostaju van okvira tih distinkcija mogu da budu shvaćene kao previše ekskluzivne i kao mehanizam koji im brani da vrše uticaj na donošenje odluka koje su od značaja na njih.²⁹

Budući da je birački spisak, iako sadrži podatke o etničkoj pripadnosti, ipak javna isprava, Zakon o Sami parlamentu je uredio i pitanje korišćenja podataka iz spiska. Prema članu 23b Zakona, informacije sadržane u biračkom spisku mogu biti korišćene samo za potrebe održavanja izbora, ali Odbor za izbore može, za potrebe statistike i naučnih istraživanja, da koristi i drugim subjektima dostavlja informacije iz biračkog spiska. Zanimljivo je uočiti da Zakon predviđa i javno objavljivanje biračkog spiska, koje se završava najkasnije pet meseci pre održavanja izbora, ali bez objavljivanja ličnih identifikacionih brojeva birača i uz zabranu kopiranja, ili fotografisanja. Zakon takođe propisuje i da svako lice koje je upisano u birački spisak ima pravo da dobije izvod iz biračkog spiska što je donekle čudno i kontradiktorno, jer Zakon istovremeno propisuje i da su birački spisak i informacije o etničkom poreklu tajni! Finski zakonodavac uredio je još jedan aspekt vođenja biračkog spiska koji je u najtešnjoj vezi sa pitanjem kako odrediti pripadništvo zajednici koje je

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, 108, 109.

od centračne važnosti za uživanje biračkog prava. Reč je o ispravkama u biračkom spisku. Prema članu 26. Zakona svako lice koje smatra da je protivpravno uvršteno u birački spisak, ili koje drži da je njegovo uvrštavanje u birački spisak neispravno, može, u roku od 14 dana od prestanka javnog objavljivanja biračkog spiska, da zahteva od Odbora za izbore da izvrši ispravke. Ukoliko je takvo lice nezadovoljno odlukom Odbora ima pravo žalbe Odboru Sami parlamenta. Na odluku Odbora Sami parlamenta može se uložiti tužba Vrhovnom upravnom sudu u roku od 14 dana od dana prijema odluke Odbora.

U Mađarskoj, od uvođenja manjinskih samouprava u pravni poredak 1993. što zbog nejasne prirode etničkih identiteta i razlika koje su u pogledu broja pripadnika manjina postojale između, sa jedne strane, statističkih podataka, a sa druge, procena i tvrdnji manjinskih zajednica koje su (te zajednice) ujedno, zbog loših istorijskih iskustava, imale negativan stav spram registrovanja svojih pripadnika, nije bilo jasno ko treba da bude ovlašćen da glasa i ima pasivno biračko pravo na izborima za manjinske samouprave.³⁰ Budući da je mađarski zakon iz 1993. praktično omogućavao da svako bude kandidat i glasa na izborima za manjinske samouprave, čak i bez prostog izjašnjavanja o svojoj etničkoj pripadnosti, u teorijskim komentarima je isticano da takav model, iako je delovao veoma liberalno, nije mogao da obezbedi demokratsku legitimaciju manjinskim samoupravama, niti da zadovolji ustavni zahtev da manjine same biraju svoje samouprave, već je omogućavao da u takvim izborima učestvuju svi građani.³¹ Izmenama zakonodavstva iz 2005. uvedeni su neposredni izbori za manjinske samouprave i predviđeno je stvaranje biračkog spiska birača koji imaju pravo da učestvuju u izboru manjinskih samouprava, a koji vodi lokalna izborna komisija. Prema tim izmenama, za upis birača u birački spisak manjine (a izričito je bilo propisano da birač sme biti upisan samo u jedan birački spisak), osim ličnih podataka i informacije o mestu stanovanja, potrebno je dostaviti izjavu lica da pripada manjinskoj zajednici. U teorijskim komentarima zapaženo je da takva izjava zapravo predstavlja samo-deklaraciju bez daljih zahteva u pogledu ispunjenosti objektivnih kriterijuma, tako da uloga rukovodioca lokalne izborne komisije koji odlučuje o upisu u birački spisak, u nedostatku takvih kriterijuma koji bi bili predviđeni zakonom, može da se ogleda samo u proveru postojanja državljanstva i opšteg biračkog prava.³² Za sticanje

³⁰ B. Dobos, „The Role of Elections in Minority Contexts: The Hungarian Case“, in: *The Challenge of Non-Territorial Autonomy, Theory and Practice* (eds. E. Nimni, A. Osipov, D.J. Smith), Bern 2013, 170.

³¹ T. Korhecz, 180.

³² B. Majtényi, „What Has Happened to Our Model Child? The Creation and Evolution of the Hungarian Minority Act“, *European Yearbook of Minority Issues*, Vol. 5, 2005/2006, 409.

pasivnog biračko prava izmene iz 2005. su zahtevale da kandidati dostave informacije da li govore maternji jezik manjine, da li poznaju njenu kulturu i tradiciju, kao i da li su članovi neke druge manjinske samouprave. Iako bi se, teorijski posmatrano, takve restrikcije u pogledu pasivnog biračkog prava mogle osporavati, budući da međunarodni akti o ljudskim pravima i demokratski pravni sistemi deklarišu jednakost aktivnog i pasivnog biračkog prava, u komentarima je istaknuto da one (restrikcije) zapravo ne predstavljaju nikakvo ograničavanje pasivnog biračkog prava, imajući u vidu da su na štampanim formularima izjave bili ponuđeni samo odgovori „da“ i „ne“, te da su kandidati mogli da daju negativne odgovore bez bilo kakvih posledica.³³ Štaviše, ni pozitivni odgovori u pogledu članstva u nekoj drugoj manjinskoj samoupravi nisu za sobom povlačili nikakve negativne posledice po pasivno biračko pravo, budući da se sloboda izbora nacionalnog identiteta priznata zakonom odnosila i na kandidate, tako da su kandidati, učestalim promenama svog nacionalnog identiteta, zapravo mogli tokom života da ostvare kandidaturu na izborima za manjinske samouprave svih 13 manjina u Mađarskoj.³⁴ Ukoliko se tome pridoda činjenica da birački spiskovi, prema izmenama iz 2005. nisu bili javni i da su uništavani nakon konačnog utvrđivanja rezultata izbora, jasno je zašto su pojedini autori isticali da je najproblematičniji deo mađarskog zakonodavstva definicija subjekta manjinskih prava i da izmene iz 2005. nisu uspele da promene nepovoljnu situaciju koja je vladala u vezi s izborima za manjinske samouprave i nisu uspele da isključe mogućnost da nekompetentna lica učestvuju na takvim izborima.³⁵

U osnovi, slična rešenja, uz izvesne korekcije na koje će biti ukazano, postoje i u važećem zakonodavstvu koje je u Mađarskoj usvojeno 2011. Prema paragrafu 53 Zakona CLXXIX o pravima manjina, samo birači koji su upisani u registar, odnosno manjinski birački spisak, mogu da glasaju. Upis u spisak vrši se za lica koja imaju pravo da glasaju na lokalnim izborima, koja su pripadnici priznatih nacionalnih manjina i koja izjave da su posvećena manjini u smislu koji je određen tim Zakonom i po proceduri ustanovljenoj Zakonom o izbornom postupku. Zakonom je izričito propisano da jedno lice može biti upisano samo u jedan registar i to u mestu svog prebivališta, ili u mestu svog boravišta. Članom 86. Zakona o izbornom postupku iz 2013. propisano je da zahtev birača da u opštem biračkom spisku bude registrovan kao birač nacionalne manjine, što može da bude od značaja ne samo za izbore manjinskih samouprava, već i za opšte izbore, treba da sadrži označenje nacionalne manjine, izjavu lica da

³³ *Ibid.*, 409, 410.

³⁴ *Ibid.*, 410.

³⁵ *Ibid.*, 419.

pripada toj manjini i indikaciju da li birač želi da bude registrovan kao birač nacionalne manjine i na parlamentarnim izborima. Zanimljivo je uočiti da Zakon o izbornom postupku predviđa da će zahtev za registraciju birača nacionalne manjine biti odbijen ukoliko se utvrdi da je birač već registrovan kao birač nacionalne manjine, što može da upućuje na nameru zakonodavca da spreči olako menjanje nacionalne pripadnosti u ovom kontekstu. Zakon CLXXIX o pravima manjina propisuje u paragrafu 54. da za člana manjinske samouprave može biti izabrano lice koje može biti izabrano na lokalnim izborima i koje se saglasi sa tim da predstavlja manjinu, koje nije bilo kandidat na izborima za samoupravu druge manjine u periodu od deset godina pre raspisivanja izbora na kojima učestvuje kao kandidat i koje govori jezik nacionalne manjine i upoznato je sa njenom kulturom i tradicijom. Analogno rešenje sadrži i član 307g stav 3. Zakona o izbornom postupku. Iako se u komentarima izloženih odredbi ukazuje da pripadanje kandidata manjinama još uvek nije ocenjeno sa stanovišta jezičkih sposobnosti ili privrženosti manjinskoj kulturi i tradiciji, te da osnovni kriterijum ostaje samoidentifikacija,³⁶ ipak treba uočiti da je, za razliku od rešenja iz 2005, učinjen izvestan napor da se, u okviru osnovnog prava na samoidentifikaciju koje ostaje najznačajniji kriterijum, onemoguće potencijalne zloupotrebe. U tom smislu, treba istaći da je posebno važna odredba prema kojoj jedno lice ne može imati pasivno biračko pravo za izbor manjinske samouprave ako je u periodu od deset godina pre izbora bilo kandidat na izborima druge manjinske samouprave, ali i rešenje prema kome se birački spiskovi, zapravo izvodi iz opšteg biračkog spiska koji su sačinjeni za potrebe izbora za manjinsku samoupravu, više ne uništavaju i da manjinske organizacije imaju mogućnost uvida u njih.

U Republici Hrvatskoj Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina predviđa da *pripadnici nacionalne manjine* mogu, pod uslovima utvrđenim tim Zakonom, da izaberu veće nacionalne manjine. Dakle, aktivno biračko pravo za izbor veća nacionalnih manjina imaju punoletni hrvatski državljani, pripadnici nacionalnih manjina koji imaju prebivalište na području jedinice samouprave u kojoj se veće bira.³⁷ Pitanje utvrđivanja nacionalne pripadnosti kao prethodnog uslova za uživanje aktivnog biračkog prava nije regulisano Ustavnim zakonom o pravima nacionalnih manjina, već je uređeno odredbama Zakona o registru birača.³⁸ Prema članu 12. tog Zakona, evidencija birača, između ostalog, sadrži i podatak o nacionalnosti birača. U slučaju da evidencije na kojima se zasniva upis

³⁶ B. Dobos, *The Minority Self-Governments in Hungary*, Online Compendium Autonomy Arrangements in the World, January 2016, www.world-autonomies.info, 4. 2. 2017.

³⁷ U istom smislu i A. Petričušić, „Vijeća nacionalnih manjina, Institucija upitnog legitimiteta i uglavnom neostvarene nadležnosti“, *Revus* 17/2012, 100.

³⁸ *Narodne novine*, br. 144/12.

u registar birača ne sadrže podatke o nacionalnosti, član 15. tog Zakona propisuje da se taj podatak u registar upisuje na osnovu izjave birača pred nadležnim organom državne uprave, a reč je o organima državne uprave u županijama. Zakon predviđa u članu 24. da svaki građanin ima pravo da pregleda svoj upis u registar birača, da traži njegovu dopunu ili izmenu tokom čitave godine, a u vreme raspisanih izbora najkasnije 10 dana pre dana određenog za održavanje izbora. U kontekstu eventualne mogućnosti promene nacionalne pripadnosti koja bi bila od značaja za uživanje i ostvarivanje aktivnog biračkog prava za izbor veća nacionalnih manjina posebno je zanimljiva odredba stava 3. člana 23. Zakona o registru birača prema kojoj će nadležni organ izvršiti izmenu podatka u registru, ako utvrdi da je zahtev *osnovan* (podv.V.Đ.). Iako takva formulacija može da upućuje da je nadležni organ vlastan da ispituje osnovanost zahteva jednog lica da se u registru izmeni podatak o njegovoj nacionalnosti, ipak treba stati na stanovište da sistemsko tumačenje relevantnog zakonodavstva onemogućava takav pristup. Naime, Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina u članu 4. stav 1. izričito propisuje da svaki državljanin Republike Hrvatske ima pravo da se *slobodno izjasni* (podv.V.Đ.) da je pripadnik neke nacionalne manjine. Dakle, slično kao i u Mađarskoj, i u Hrvatskoj osnovni kriterijum ostaje samoidentifikacija. Razume se da je u slučaju da zahtev jednog lica ne bi bio usvojen, onda bi, prema članu 46. Zakona o registru birača, takvom licu bio otvoren put upravnosudske zaštite pred Visokim upravnim sudom Hrvatske. Zanimljivo je uočiti da, za razliku od odredbi o aktivnom biračkom pravu za izbor veća nacionalnih manjina, u relevantnom hrvatskom zakonodavstvu nema odredbi koje bi izričito uređivale pasivno biračko pravo za izbor tih tela. Sudeći međutim prema članu 24. stav 5. Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina prema kome se na postupak izbora veća shodno primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje izbor članova predstavničkih tela jedinica lokalne samouprave i odredbe člana 65. Zakona o izboru članova predstavničkih tela jedinica lokalne i područne samouprave³⁹ prema kojoj se na pitanja u vezi s izborom članova veća nacionalnih manjina koja nisu posebno regulisana tim Zakonom na odgovarajući način primenjuju ostale odredbe kojima se uređuje izbor članova predstavničkih tela, pasivno biračko pravo za izbor veća nacionalnih manjina uživaju samo pripadnici manjina. Naime, članom 11. stav 4. Zakona o izboru članova predstavničkih tela jedinica lokalne i područne samouprave propisano je da u slučaju dopunskih izbora za predstavnike nacionalnih manjina u predstavničkom telu jedinice samouprave i aktivno i pasivno biračko pravo imaju samo pripadnici manjina koji imaju pravo na zastupljenost. Zakon o registru

³⁹ Narodne novine, br. 44/05.

birača propisuje da se za pripadnike nacionalnih manjina koji imaju pravo na izbor veća i predstavnika nacionalnih manjina u jedinicama lokalne i područne samouprave, za svako biračko mesto izrađuje izvod iz opšteg biračkog spiska po osnovu nacionalnosti.

Slovenačkim zakonom o etničkim zajednicama koje imaju samoupravu izričito je propisano da je pravo da glasa i da bude izabran za člana saveta opštinske etničke zajednice koja ima samoupravu rezervisano za pripadnike etničke zajednice koji imaju opšte pravo glasa i registrovani su u posebnim opštinskim biračkim spiskovima građana pripadnika etničke zajednice. Zakon o biračkim spiskovima iz 1992.⁴⁰ propisivao je u članu 19. da je obrazovanje i vođenje biračkog spiska građana pripadnika etničke zajednice ovlašćenje same zajednice što je Ustavni sud smatrao javnim ovlašćenjem koje je preneseno zajednicama.⁴¹ Tim članom Zakona bilo je propisano da će poseban birački spisak biti pripremljen za svaku opštinu od strane tročlane komisije određene etničke zajednice koja ima samoupravu. Ta je odredba omogućavala etničkim zajednicama koje imaju samoupravu potpunu kontrolu nad biračkim spiskom pripadnika manjina, jer su one, bez bilo kakvih pravnih kriterijuma, mogle da odlučuju o tome ko može da bude registrovan u takvom posebnom biračkom spisku.⁴² Budući da nisu postojali jasno utvrđeni pravni kriterijumi za upis u biračke spiskove pripadnika etničkih zajednica, ovlašćenje zajednica koje imaju samoupravu je bilo kontroverzno i dovelo je do ustavnog spora pred Ustavnim sudom Slovenije. Sud je u tom predmetu stao na stanovište da „svako ima pravo da deklarise svoju pripadnost naciji ili etničkoj zajednici“, ali da „ipak, u odlučivanju ko je beneficijar specijalnih prava...volja pojedinca nije odlučujuća, već treba da budu ustanovljeni pravni kriterijumi“. Sud je zaključio da „članstvo u autohtonoj italijalnskoj i mađarskoj etničkoj zajednici nije pitanje volje pojedinca, već same zajednice“. ⁴³ Takvo rezonovanje Ustavnog suda otvorilo je međutim sasvim novu dimenziju pitanja pripadništva manjinama, a time i sticanja aktivnog i pasivnog biračkog prava za izbor saveta opštinskih etničkih zajednica koje imaju samoupravu. Naime, ukoliko je Sud, sa jedne strane, smatrao da treba da postoje *pravni kriterijumi* za odlučivanje ko je beneficijar specijalnih prava, a, sa druge, da je članstvo u zajednicama pitanje *volje same zajednice*, onda je otvoreno pitanje ko je vlastan da pravno uredi takve kriterijume – da li država, pri čemu bi zajednice, u primeni tih kriterijuma, samostalno odlučivale ko ih ispunjava, odnosno koje lice im

⁴⁰ Uradni list, br. 46/92.

⁴¹ U-I-844, Uradni list, br. 20/98.

⁴² T. Korhecz, „Democratic Legitimacy and Election Rules of National Ethnic Minority Bodies and Representatives – Reflections on Legal Solutions in Hungary and Slovenia“, *International Journal on Minority and Group Rights* 9/2002, 177.

⁴³ U-I-283/94, Uradni list, br. 20/98.

pripada, ili sama zajednica? Bilo kako bilo, nakon dužeg čekanja, država je Zakonom o biračkim spiskovima iz 2013. propisala da se jedno lice može upisati u birački spisak pripadnika etničkih zajednica koje imaju samoupravu na osnovu izjave da pripada zajednici, uz poštovanje kriterijuma koji treba da budu uzeti u obzir: dugotrajne veze sa zajednicom, brige i interesovanja za zaštitu identiteta zajednice, ili na osnovu porodičnih veza sa licima koja pripadaju zajednici.⁴⁴

Zakon o kulturnoj autonomiji Estonije predviđa u članu 7. da će etnička kulturna društva ili njihovi savezi sačinjavati nacionalne registre nacionalnih manjina, a da će Vlada Estonije utvrditi propise za vođenje i korišćenje nacionalnih registara. Vlada Estonije donela je Uredbu br.238⁴⁵ kojom je bliže uredila pitanja vođenja i korišćenja tih registara. Prema članu 8. stav 1. Zakona o kulturnoj autonomiji u takve registre se, između ostalog, unose i podaci o etničkoj pripadnosti, maternjem jeziku, veroispovesti i deci pripadnika nacionalnih manjina, uz mogućnost da deca starosti ispod 15 godina budu evidentirana u nacionalnom registru na zahtev roditelja. Stavom 3. istog člana Zakona propisano je da će ime pripadnika manjina biti evidentirano *na osnovu lične prijave*. Član 9. Zakona normira mogućnost brisanja iz registra *na lični zahtev* (podv.V.Đ.). Na osnovu izloženih rešenja o upisu i brisanju iz registra, jasno je da je u Estoniji osnovni kriterijum pripadanja određenoj nacionalnoj manjini samoidentifikacija pojedinca. U realnosti društvenog života švedska nacionalna manjina u Estoniji prilikom konstituisanja kulturne autonomije suočila se sa činjenicom da su mnogi njeni pripadnici, a naročito deca iz te zajednice, dobrim delom integrisani u estonsku zajednicu, što je pojedine autore navelo na zaključak da tipičan izazov neteritorijalne zaštite manjina postoji u slučaju preklapajućih, ili multipliciranih etničkih identiteta, a što, u kontekstu zahteva za klasifikacijom da jedno lice pripada jednom etničkom identitetu, može da bude problematično.⁴⁶ Osim na lični zahtev, Zakon predviđa da se brisanje iz registra vrši i u slučaju smrti, u slučaju da se lice odrekne estonskog državljanstva, a posebno je zanimljivo rešenje prema kome će se brisanje iz registra izvršiti i u slučaju da se pripadnik manjine *stalno naseli u nekoj stranoj državi*, što zapravo znači da i prebivalište može da bude jedan od kriterijuma za ostvarivanje biračkog prava za izbor tela neteritorijalne kulturne autonomije u toj državi. Nacionalni registar nije birački spisak, već je osnova za prijavljivanje u postupku izbora tela kulturne autonomije. Naime, prema članu 15. Zakona, na osnovu nacionalnog registra nacionalnih manjina sačinjavaju se birački spiskovi. Birački spiskovi se objavljuju najkasnije dva meseca pred izbore, a svako lice evidentirano u

⁴⁴ *Uradni list*, br. 98/13.

⁴⁵ Vähemusrahvuse kultuurinõukogu valimise eeskiri (Uredba o izborima kulturnih saveta nacionalnih manjina), <https://www.riigiteataja.ee/akt/578630/>, 21.03.2017.

⁴⁶ B. de Villers, 175.

biračkom spisku ima pravo da zahteva brisanje iz biračkog spiska najkasnije dve nedelje pre izbora. Zanimljivo je uočiti da Zakon o kulturnoj autonomiji nacionalnih manjina ne reguliše izričito pitanje biračkog prava. To pitanje regulisano je Uredbom Vlade. Prema članu 3. Uredbe o izborima kulturnih saveta nacionalnih manjina, aktivno biračko pravo imaju lica koja su upisana u birački spisak i koja najkasnije na treći dan izbora (videti dalji tekst) postaju punoletna, dok prema članu 12. pasivno biračko pravo imaju lica koja su upisana u birački spisak i koja imaju prebivalište u relevantnoj izbornoj jedinici.

4. Zaključak

Delotvorno učešće nacionalnih manjina u javnim poslovima posredstvom tela koja predstavljaju manjine kao kolektivitete i oličavaju njihovu neteritorijalnu kulturnu autonomiju i/ili manjinskih predstavnika otvara pitanje načina izbora takvih tela i predstavnika. Ukoliko se stoji na stanovištu da se demokratski legitimitet manjinskog predstavljanja može obezbediti isključivo neposrednim izborom takvih tela i predstavnika, utoliko pitanje pravno relevantnog određivanja pripadnosti manjini postaje suštinski značajno za kreiranje izborne osnove i određivanje biračkog prava za takve izbore. U međunarodnom pravu slobodan izbor pojedinca je od suštinskog značaja za određivanje pripadnosti nacionalnoj manjini, ali međunarodno pravo ne privileguje ekstravagantne tvrdnje o pripadnosti, već individualne preferencije smešta u kontekst razuma i argumenata omogućavajući da države propišu i izvesne objektivne elemente identifikacije istovremeno obeshrabrujući arbiterno nametanje, ili uskraćivanje nacionalnog identiteta, ali uz izvesnu mogućnost da i sama grupa ima ulogu u određivanju pripadništva lica koja tvrde da je čine. U uporednom pravu, države koje su se opredelile za neposredan izbor tela koja predstavljaju manjine kao kolektivitete i oličavaju njihovu neteritorijalnu kulturnu autonomiju i/ili manjinskih predstavnika, osim samoidentifikacije koja je od centralnog značaja, nisu uvek propisivale i određene objektivne kriterijume za utvrđivanje pripadništva grupi. U onim državama koje su to učinile, najčešće su kao kriterijumi propisani učenje, ili znanje maternjeg jezika manjine, postojanje porodičnih veza sa licima koja pripadaju zajednici, odnosno poznavanje manjinske kulture i/ili tradicije i briga za njihovim očuvanjem.. Ukoliko se pažljivije sagledaju izloženi kriterijumi i normiranje načina njihovog ispunjavanja, utoliko se može zaključiti da i oni najčešće ostaju pod uticajem samoidentifikacije i bez značajnijih mogućnosti intervencije državnih organa u pogledu utvrđivanja njihovog postojanja, jer se najčešće zahtevaju izjave određenih lica da takve kriterijume ispunjavaju. Sa druge strane, samo propisivanje takvih kriterijuma ipak ostavlja izvesnu mogućnost da i državni organi budu involvirani u

pitanje ocenjivanja pripadništva manjinama, što se, na izvestan način, može smatrati i intervencijom u slobodu nacionalnog izjašnjavanja koja se veoma često jamči ustavima, i da takvi organi imaju holistički pristup tom pitanju. Zapravo, neposredni izbori i posebno biračko pravo za izbor tela koja predstavljaju manjine kao kolektivitete i oličavaju njihovu neteritorijalnu kulturnu autonomiju i/ili manjinskih predstavnika, sa svim izazovima koje nosi uređivanje pitanja poput kreiranje biračkih spiskova pripadnika manjina kao javnih isprava za koje postoji pretpostavka tačnosti i koji, kao takvi, načelno mogu biti dostupna uvidu javnosti, zaštite podataka o ličnosti, omogućavanja višestrukih nacionalnih identiteta u tom kontekstu, itd, krije potencijalni konflikt između dve ustavne vrednosti - sa jedne strane, potrebe za demokratskim legitimitetom takvih tela i predstavnika i, sa druge strane, očuvanjem slobode nacionalnog izjašnjavanja, uključujući i slobodu promene nacionalnog identiteta. Taj se konflikt donekle može ublažiti učešćem grupe u ocenjivanju pripadništva. Čini se da rešavanje takvog konflikta ustavnih vrednosti može da zavisi i od uloge i obima ovlašćenja takvih manjinskih tela i predstavnika. Ukoliko je njihova osnovna uloga *predstavničkog karaktera*, naročito u sferi kulture, utoliko se čini ispravnijim da se njihov demokratski legitimitet, shvaćen u liberalnom smislu, u nešto izraženijem obimu podredi slobodi nacionalnog izjašnjavanja i artikuliše, između ostalog, i kroz učešće manjinskih organizacija u njihovom izboru, jer takve organizacije i obavljaju delatnosti kroz koje se izražava briga za očuvanjem osnovnih karakteristika grupe. Ukoliko je pak izraženija politička uloga takvih tela i predstavnika, utoliko se čini ispravnijim da se propisivanjem jasnih i proverljivih objektivnih kriterijuma obezbedi njihov demokratski legitimitet.

Vladimir Đurić, Ph.D.

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE MEMBERSHIP OF A NATIONAL MINORITY AND THE VOTING RIGHT FOR THE ELECTION OF THE MINORITY BODIES AND REPRESENTATIVES

Summary

This paper explores the legal problem of determining individual's membership of a national minority and voting right for the election of the minority representatives and bodies of non-territorial autonomy in

the case of their direct election. In international and comparative law, the most important criteria for determining membership of a national minority is self-identification, but some countries have also regulated objective criteria that most often include learning, or knowledge of a minority language, the existence of family relationships with persons belonging to the community, or knowledge of minority culture and/or tradition and care for their preservation. Direct elections and special electoral right for the election of minority representatives and bodies, with the establishment of objective criteria for identifying the electoral basis, mask the potential conflict between two constitutional values - the need for democratic legitimacy of such minority bodies and representatives and the protection of freedom of expression, including the freedom to change, one's national identity. This conflict can be pacified by the participation of the group in the assessment of the one's national affiliation, while its solution may depend on the role and scope of the powers of such minority bodies and representatives.

Key words: membership of a national minority, minority bodies, minority representatives, self-identification, objective criteria.

POJAM FEMICIDA I ZNAČAJ NJEGOVOG PRAVNOG REGULISANJA

Apstrakt

Nasilje nad ženama predstavlja fenomen sa kojim se susrećemo svakodnevno, a koji je prisutan u različitim modalitetima na svim prostorima, u svim kulturama i društvenim sistemima. Najteži oblik nasilja nad ženama predstavlja femicid - rodno zasnovano ubistvo žene od strane muškarca motivisano mržnjom i osećajem nadmoći, koji smatra da ima pravo da joj oduzme život. Femicid je stoga, zločin koji diskriminiše. Kako je ovaj fenomen još uvek retko predmet naučnog istraživanja, autorka ovim člankom želi da da podstrek i doprinos daljem proučavanju i prepoznavanju femicida, kao urgentnog društvenog problema, njegovom razumevanju i adekvatnom odgovoru u pravnim sistemima država.

Težište razmatranja u ovom radu autorka stavlja na pitanje adekvatnog pravnog regulisanja femicida u međunarodnom, evropskom i domaćem pravnom poretku. U zaključnim komentarima obrazlaže potvrdu hipoteze da još uvek ne postoji adekvatan pravni okvir za sprečavanje femicida ni na jednom nivou, kako direktno kroz inkriminisanje i sankcionisanje učinioca ovog krivičnog dela, tako i kroz preduzimanje drugih mera, u cilju prevencije i zaštite žena od ovog vida nasilja.

***Ključne reči:** femicid, nasilje nad ženama, zaštita od nasilja, nasilje u porodici, sankcionisanje učinioca.*

1. Uvod

Nasilje nad ženama kao globalni fenomen, još uvek je nedovoljno istražena pojava čiji se uzroci i stvarne posledice sa sigurnošću ne mogu utvrditi. Zalaganjem feminističkih organizacija i pokreta ostvaren je značajan napredak u prepoznavanju ovog društvenog fenomena i borbi protiv njega, pa su danas države u obavezi da pored usaglašavanja zakonodavstva sa međunarodnim standardima, uvide i sistematske mere prevencije i zaštite od nasilja nad ženama.

¹ Studentkinja druge godine Doktorskih studija Pravnog Fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: majida.lubura@outlook.com.

Razmere ove pojave i njene kobne posledice ukazuju na važnost razumevanja njene prirode i potrebu adekvatnog društvenog odgovora na sve pojavne oblike ove vrste nasilja. Zbog nedostatka jedinstvene evidencije nasilja nad ženama, teško je govoriti o njegovoj rasprostranjenosti, ali je još teže proceniti individualne, porodične i društvene posledice nasilja. Kako je vrhunac nasilja nad ženama femicid, tj. ubistvo žene od strane muškarca motivisano mržnjom i osećajem nadmoći, zbog kojeg smatra da ima pravo da joj oduzme život, neophodno je posvetiti dužnu pažnju obradi ovog pitanja i pronalaženju mehanizama blagovremene prevencije femicida. Bitno je napomenuti da femicid po pravilu nije izolovana pojava, nešto što se desi iznenada, *ad hoc*, kao posledica afekta. Femicid je zadnji stadijum kontinuiranog nasilja kojem su žene izložene od strane muškaraca, ali indirektno, kroz pasivnost i od šire društvene zajednice i društva u celini.²

Razlog za pisanje ovog teksta autorka je pronašla u potrebi razumevanja fenomena femicida i nasilja nad ženama, rasprostranjenim predrasudama prisutnim u javnosti, kao i nedostatku domaćih naučnih radova na ovu temu. Autorka je težila tome da analizom međunarodnog, regionalnog i pravnog okvira Republike Srbije jasno istakne značaj koncipiranja teorijskog i istraživačkog, ali i društvenog i državnog odgovora na pojavu femicida.

2. Fenomen nasilja prema ženama

Nasilje nad ženama, uključujući i njegov najteži oblik - ubistvo žene, ima dugu istoriju staru koliko i ljudska zajednica. Danas nije moguće govoriti o ubistvima žena, a da se ne osvrnemo na jedan od najvećih zločina nad ženama u istoriji – progon i ubijanje veštica.³ One su u ovim svojevrsnim spektaklima mučene i ubijane javno, u prisustvu velikog broja ljudi, kao lekcija i upozorenje ostalim ženama. Na žalost, ovo se nije dešavalo samo u mračnom srednjem veku, već je organizovani progon veštica svoj vrhunac imao u periodu humanizma, renesanse i prosvetiteljstva i trajao je sve do 17. veka. Tokom tog perioda je crkva u saradnji sa državama ubila devet miliona žena u Evropi.⁴

Nasilje nad ženama u literaturi se najčešće objašnjava kao „rezultat nejednake raspodele moći između muškaraca i žena koja stvara ozbiljnu diskriminaciju žena unutar društva i porodice, čime se krši ili oštećuje

² V. T. Ignjatović, *Nasilje prema ženama u intimnom partnerskom odnosu: Model koordiniranog odgovora zajednice*, Rekonstrukcija Ženski fond, Novi Sad 2011., 25.

³ M. York, „Gender Attitudes and Violence Against Women“, *Criminal Justice: Recent Scholarship* X(Y) 8, 2012., 28.

⁴ C. Laurent, *FEMICIDE: The killing of women and girls around the world*, Academic Council on the United Nations System (ACUNS), Vienna 2014., 37.

i ukida uživanje njihovih osnovnih ljudskih prava i sloboda.⁵ Često se pod velom tradicije i običaja opravdava uskraćivanje osnovnih ljudskih prava jednom polu, što je u srži suprotstavljeno idejama ravnopravnosti, sigurnosti i demokratije kojima težimo u savremenim društvima.⁶

Feminističke teoretičarke Žaklin Kampbel (*Jacquelyn Campbell*) i Karol Runjan (*Carol Runyan*), ključnu ulogu u razumevanju svih oblika muškog nasilja prema ženama vide u društvenoj konstrukciji pola, u kojoj je moć i dominacija muškaraca u porodici deo šireg sistema moći, ojačana postojećim ekonomskim, društvenim i političkim strukturama. Navedene autorke nasilje vide kao direktan rezultat položaja žene u patrijahalnim društvima.⁷ Zato je važno istaći da najveći uzrok rodno zasnovanog nasilja nije specifična religija, kultura, društveni sistem ili neka od individualnih karakteristika pojedinca, već upravo istorijska nejednakost žena i muškaraca koja opravdava ovo ponašanje i koja se potom reflektuje kroz društvenu ali i državnu neaktivnosti.

3. Pojam femicida

Nasilje nad ženama možemo okarakterisati kao kršenje osnovnih ljudskih prava, jer koncept ljudskih prava obuhvata pravo na život, telesni integritet i ljudsko dostojanstvo. Svaki pojedinac ima apsolutno podjednaka prava na njihovu zaštitu, a država ima odgovornost da osigura njihovo neometano realizovanje. Najteži oblik nasilja nad ženama predstavlja femicid. Dajana Rasel i Džejn Kaputi (*Jane Caputi*) su u članku *Femicid: Govoreći neizrecivo (Femicide: Speaking the unspeakable)*, prvi put definisale femicid kao „ubijanje žena od strane muškaraca iz mržnje, prezira, zadovoljstva ili osećaja vlasništva nad ženama, odnosno seksizma.“⁸ Da bi neko ubistvo moglo da se okarakterise kao femicid, neophodno je da je učiniocu prilikom izvršenja krivičnog dela bio relevantan pol žrtve, činjenica da je žrtva žena.

Ovaj termin je prvi put bio upotrebljen u Britaniji 1801. godine, u publikaciji *Satirični Pregled Londona na početku devetnaestog veka (Satirical Review of London at the Commencement of the Nineteenth Century)*, kao termin koji označava ubijanje žena, a u trećem izdanju *Oksfordskog engleskog rečnika (The Oxford English Dictionary)* iz 1989.

⁵ V. T. Ignjatović, *Nasilje prema ženama u intimnom partnerskom odnosu: Model koordiniranog odgovora zajednice*, Rekonstrukcija Ženski fond, Novi Sad 2011., 13.

⁶ M. York, 29-30.

⁷ V. C. Laurent, M. Platzer, M. Idomir, *Femicide: A Global Issue that Demands Action*, Academic Council on the United Nations System (ACUNS), Vienna 2013.

⁸ J. Caputi, D. Russell, „Femicide: Speaking the unspeakable“, *The World of Women* 1(2), 1990, 34-37.

godine, nalazi se ista definicija femicida koja se pojavila 1848. godine u *Vartonovom Pravnom rečniku (Wharton's Law Dictionary)*, gde se definiše kao krivično delo.⁹ Sadašnja upotreba ovog termina počinje od 1970. godine od strane feministkinja i feminističkih pokreta, posebno Kerol Orlok (*Carol Orlock*) koja je danas veoma cenjena zbog pokretanja inicijative da se ovaj termin koristi u ovom kontekstu, u svojoj neobjavljenoj antologiji femicida.¹⁰

Kako bi bliže odredila ovaj termin i napravila distinkciju od ubistva kao takvog, Dajana Rasel koristi termin ne-femicidalna ubistva za označavanje ubistava žena u kojima njihov rod nije relevantan. Na taj način ukazuje na neophodnost razgraničavanja femicida i ubistva u širem smislu. Protivnici koncepta femicida ističu da su u svetskim statistikama preko 80% ubijenih muškarci i da ovaj termin previše naglašava ubistva žena koja su ređa. Kao alternativu, nude termin „rodocid (*gendercide*)” - sistematsko ubistvo pripadnika određenog pola. On se definiše i kao genocid protiv određene polne grupe, kao sistematsko, masovno ubistvo žena i devojčica.¹¹ Ovaj termin feministkinje najčešće odbacuju zbog njegove polne neutralnosti. Nesporno je da su muškarci najčešće žrtve ubistava, ali oni su istovremeno i najčešći učinioci ovog krivičnog dela. Takođe se femicidi bitno razlikuju od ubistava muškaraca. Ubistva muškaraca se uglavnom dešavaju u javnom prostoru, kao rezultat prethodnog fizičkog ili verbalnog konflikta ili osвете.¹² Sa druge strane, žene uglavnom budu ubijene u svom domu, od strane muškarca, izuzetno brutalno - femicidi se najčešće vrše hladnim oružjem, a žrtve neretko budu i pretučene do smrti.¹³

U knjizi *Femicid u globalnoj perspektivi (Femicide in Global Perspective)* iz 2001. godine, Rasel i Roberta Harnes su uvidele da ovaj termin treba revidirati, pa je proširen tako da se odnosi na sva ubistva žena, a njim su obuhvaćena i ubistva žena od drugih muškaraca, a ne samo ona učinjena od strane trenutnih ili bivših partnera. „Femicid obično bude kulminacija nasilja nad ženama koje obuhvata širok spektar verbalnog i fizičkog zlostavljanja kao što je silovanje, mučenje, seksualno ropstvo (posebno u prostituciji), incestno i vanporodično seksualno zlostavljanje dece, fizičko i emocionalno zlostavljanje, seksualno uznemiravanje (na telefonu, na ulici, u kancelariji, u učionici), genitalno sakaćenje, nepotrebne ginekološke operacije, primorana heteroseksualnost, prisilna sterilizacija,

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Josie Kaye, *Femicide*, Online Encyclopedia of Mass Violence, 2007., www.massviolence.org/Femicide, 15.08.2017.

¹¹ R. Harnes, D. Russell, 67.

¹² *Ibid.*

¹³ Prema izveštajima Mreže žene protiv nasilja, www.zeneprotivnasilja.net/femicid-u-srbiji, 18.08.2017.

prisilno materinstvo (kriminalizacijom kontracepcije i abortusa), psihohirurgija, uskraćivanje hrane ženama u nekim kulturama, estetska hirurgija i druge deformacije u ime ulepšavanja. Kada ovi oblici nasilja nad ženama rezultiraju smrću žene, oni postaju femicid.¹⁴

Iz svega napred izloženog možemo uvideti koliko je važno jasno odrediti i prepoznati ovaj fenomen kao femicid, kako bi se napravila distinkcija u odnosu na rodno neutralni termin ubistvo (*homicide*), a sve u cilju shvatanja razmera ovog društvenog problema, kao pretpostavke adekvatne državne i društvene reakcije na isti. U situaciji ćutnje i nereagovanja države, femicid možemo nazvati i zločinom koji države kao saučesnici čine nad ženama.

4. Vrste femicida

Femicid postoji u svim društvenim grupama, a u različitim kulturama se iskazuje na različite načine, koji se manifestuju u njegovoj obimnosti i vrstama koje se javljaju. Zajednička karakteristika svih njegovih oblika je patrijarhat i nejednakost žena, kao ideje koje su protkane kroz društvene odnose i koje su deo bilo kojeg vida nasilja nad ženama koji se završava smrću. Većina autora/ki koji se bave ovom problematikom navodi podelu vrsta femicida na osnovu odnosa žrtve i učinoca ovog dela. Tako izdvajaju:

- 1) Femicid od strane partnera (sadašnji i bivši supružnici/partneri/ljubavnici);
- 2) Femicid u porodici (gde su učinoci otac/očuh, braća/polubraća, ujaci/stričevi, dede, bivši ili sadašnji svekar, zet i sl.);
- 3) Femicid od strane drugih učinioaca, koje žrtva poznaje (porodični prijatelji, kolege, poznanici/prijatelji, učitelji, profesori, sveštenici, treneri, nadređeni na poslu i sl.);
- 4) Femicid od strane osoba koje žrtva ne poznaje.¹⁵

Dajana Rasel navodi podelu vrsta femicida u odnosu na motive njegovog izvršenja: masovni femicid, serijski femicid, femicid kojem prethodi silovanje, rasistički femicid, femicid na „sastanku“, femicid seksualnih radnica, femicid „iz časti“, lezbofobični femicid, femicid povezan s incestom... Ističući da se ove kategorije često međusobno preklapaju, pa se u praksi može javiti rasistički femicid transrodne seksualne radnice kojem je prethodilo silovanje.¹⁶

Ovo su najčešće navođene podele vrsta femicida koje se spominju

¹⁴ D. Russell, *The Origin and the Importance of the Term Femicide*, 2011., www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html, 13.08.2017.

¹⁵ D. Russell, „Femicide“ - The power of a name“, *The Women's Media Center*, 2011., 12.

¹⁶ *Ibid.*

u literaturi. Autorka je mišljenja da je prva, uprošćenija podela bolja, jer dozvoljava da se pod određenu vrstu podvede više oblika femicida, dok se u Dajaninoj podeli i taksativnom nabranju oblika kao vrsta femicida upada u standardnu formalno-logičku klopku mogućeg izostavljanja nekog oblika femicida, koji se potom ne može klasifikovati kao vrsta ovog dela.

Femicid obuhvata i prikrivene oblike ubijanja žena, kada indirektno društvene institucije i mizogeni stavovi dovode do smrti žena. To su društva u kojima je zabranjen abortus, pa veliki broj žena umire svake godine od posledica nelegalnih pobačaja kao i smrti žena prouzrokovane nepotrebnim operativnim zahvatima (histerotomija i genitalno sakaćenje), prisilno udavanje devojčica i mladih devojaka za mnogo starije muškarce i prisilno „konzumiranje braka“, zanemarivanje (fizičko, zdravstveno) ženske dece i drugi brojni primeri i prakse širom sveta.¹⁷ Svi ovi oblici femicida na žalost su i danas prisutni u raznim društvima i kulturama širom sveta. Tako da u nekim državama Afrike i Azije još uvek postoji „lov na veštice“, nakon čega te žene i devojčice bivaju podvrgnute raznim vrstama egzorcizma, javnom zlostavljanju i nasilnim ubistvima. U Gani postoje „kampovi za veštice“ u koje se prisilno odvođe uglavnom starije žene i udovice, a u Indiji se obavlja ritualno spaljivanje udovica – *sati*.¹⁸

U većem delu sveta još uvek postoji praksa „ubistva u ime časti“, koja uglavnom ostaju neprijavljena, nedokumentovana zbog toga i nekažnjavana, a procenjuje se da godišnje odnese oko 5000 života žena.¹⁹ U nekim državama je primetan i veliki broj samoubistava žena zbog časti, gde su žene primorane da izvrše samoubistvo da bi povratile porodično ime i čast. Zapadni mediji često povezuju ovu vrstu femicida isključivo sa Islamom, što je neopravdano, jer se u Italiji, Španiji i Grčkoj sudilo ženama „u ime časti“, a ubistvo zbog časti je bilo dozvoljeno italijanskim zakonom sve do 1980. godine, kada je službeno uklonjeno pod pritiskom feminističke kampanje.²⁰ Sudeći po rezultatima evropskih istraživanja, i ako femicid više nije pravno dozvoljen, u ovim državama je i dalje visok broj ubijenih žena godišnje.²¹

Veliki genocid nad ženama u Indiji sprovodi se kroz pobačaje ženske dece, ubistva zbog miraza, ritualnih spaljivanja udovica, napada kiselinom i ubistava devojčica do 15 godine, kao i visoke smrtnosti pri porođaju. U Indiji i u više drugih azijskih država femicid decenijama predstavlja jedan

¹⁷ D. Russell, „Femicide: Some men's 'final solution' for women“, *Teacher's College Press*, 2001, 176-188.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ M. Novak, „Femicide: A Global Problem“, *Small Arms Survey* 14, 2012., www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/H-Research_Notes/SAS-Research-Note-14.pdf, 30.07.2017.

²⁰ *Ibid.*

²¹ V. UNODC (2013), http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf, 30.08.2017.

od ključnih socijalnih problema, pa je lekarima zabranjeno da pre rođenja utvrđuju pol beba i to saopštavaju roditeljima, ali se zbog rasprostranjene korupcije u zdravstvu ta zabrana neretko krši, što je dovelo do toga da prema procenama Indiji danas nedostaje oko 100 miliona žena.²²

Zbog politike ograničenja populacije i u Kini je femicid jedan od osnovnih problema, zbog želje roditelja da imaju mušku decu. Ovaj problem je toliko veliki da se procenjuje da se u Kini i Indiji godišnje obavi veći broj abortusa ženskih fetusa nego što se devojčica rodi u Sjedinjenim Američkim Državama.²³ Osim toga, mortalitet devojčica do 5. godine je za 21% veći od mortaliteta dečaka istog doba usled nasilja, izgladnjivanja i zdravstvenog zanemarivanja ženske dece.²⁴ Na Balkanu se još uvek zadržala praksa selektivnog pobačaja ženske dece, ali i ubijanja novorođenih ženskih beba koja je izuzetno prisutna u Albaniji, Crnoj Gori, na Kosovu i u delovima Makedonije, kao posledica patrijahalno-tradicionalnih sistema u ovim oblastima.²⁵

Poseban oblik femicida predstavljaju ubistva žena u oružanim sukobima i krizama. Nasilje nad ženama se često koristi i kao ratno oružje, s ciljem da se kažnjavanjem devojčica i žena naškodi neprijatelju. Kroz ubistvo žene želi se pokazati moć, dominacija i kontrola onog koji vrši ubistvo nad onim čije su te žene „vlasništvo“. Tu se najbolje vidi da u osnovi femicida stoji patrijarhalni stav da je žena vlasništvo muškarca. U ratnim sukobima postoji još jedan pod-oblik nasilja, a to je nasilje nad ženama pripadnicama vojnih snaga, koje završi ubistvom žene od strane njenih kolega – vojnika, ili nadređenih vojnih osoba.

5. Univerzalni standardi

Femicid predstavlja vodeći uzrok smrti žena u svetu, a prema procenama *UN Women* godišnje bude ubijeno 66.000 žena u svetu, samo zato što su žene.²⁶ Ovaj svojevrsni zločin iz mržnje prema ženama ne poznaje ni vreme ni granice i najčešće je opravdan socio-kulturalnim i istorijskim položajem žena, stimulisan nekažnjavanjem i ravnodušnošću od strane društva i države, zbog čega je neophodno suprotstaviti mu se na međunarodnom planu.

²² S. Araj, „Crimes of honour and shame: Violence against women in Non-Western and Western societies“, *The Red Feather Journal of Postmodern Criminology*, X(Y) 2000., 46-53.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ V. Z. Mršević, *Nasilje i mi - ka društvu bez nasilja*, Institut društvenih nauka, Beograd 2014., 18.

²⁶ U statističkim podacima istraživanja od strane organizacije Small Arms Survey istaknuto je da svake godine u svetu u proseku bude ubijeno 66 000 žena. To čini petinu svih ubistava na svetu što je alarmantan podatak. Ovo istraživanje je obuhvatilo 111 država sveta. V. „Femicide: A Global Problem“, www.smallarmssurvey.org/about-us/highlights/highlight-rn14.html, 03.08.2017.

Jedan od osnovnih problema prilikom pokušaja pravnog regulisanja ovog pitanja na međunarodnom planu je to što je teško postići saglasnost među državama šta je to femicid i kako će se tretirati. U najvećem broju država sveta femicid nije inkriminisan i širok je dijapazon odredbi pod koje se podvodi, najčešće se tretirajući kao teško ubistvo, ubistvo kao posledica nasilja u porodici, ubistvo izvršeno na surov način i slično.

Tek od skoro femicid počinje da se pravno definiše u međunarodnom pravu, međunarodnim mehanizmima i jurisprudenciji. U martu 2013. godine termin femicid se prvi put pojavio u jednom međunarodnom dokumentu (usvojenom i odobrenom od strane država članica UN-a) u Zaključcima 57. Sesije UN komisije za status žena (*The conclusions of the 57th session UN Commission on the Women Status*).²⁷ Tada su izdate preporuke državama članicama „da ojačaju njihove nacionalne zakone i da kažnjavaju rodno zasnovana ubistva žena i devojaka i da stvore posebne mehanizme i politike za sprečavanje i istraživanje svih vrsta polno zasnovanog nasilja.“ Tadašnji direktor UN Women-a Majkl Bačlet (*Michael Bachelet*) apelovao je na države koje to još uvek nisu uradile, da što pre inkriminišu femicid kao krivično delo, u cilju efikasnije borbe protiv ove vrste ekstremnog nasilja nad ženama. Komisija za prevenciju kriminala i krivično pravosuđe UNODC (Kancelarija UN za drogu i kriminal), (*Commission to Prevent Crime and Criminal Justice from UNODC (UN Office on Drugs and Crime)*) u aprilu 2013. godine usvojila je predlog rezolucije u kojoj se pozivaju države da preduzmu akcije protiv femicida, do čega još uvek nije došlo. Indirektno se ovim pitanjem bavi i Rezolucija 1325 Saveta bezbednosti UN – *Žene, mir i bezbednost* (2000) kroz obavezu stvaranja bezbednosti za žene.

Što se dosadašnjeg međunarodno-pravnog okvira tiče, femicid se još uvek podvodi pod odredbe osnovnih dokumenata o ljudskim pravima (osnovna ljudska prava koja pripadaju i ženama), odredbama međunarodnog humanitarnog prava (femicid u oružanim sukobima i odredbe o zaštiti civilnog stanovništva) i odredbama kojima se regulišu prava izbeglica (kao bitan aspekt femicida jer žene i deca predstavljaju 80% izbeglica i interno raseljenih lica u svetu danas, a žene izbeglice su posebno ranjive i bivaju žrtve preklapanja različitih kategorija i uzroka femicida)²⁸ kroz pravo na život, ravnopravnost i druga osnovna ljudska prava.

Od osnovnih međunarodnih akata kao glavni instrument za borbu protiv nasilja nad ženama se izdvaja Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena iz 1979. godine (najviše kroz član 1.- Diskriminacija žena gde u Opštoj preporuci br. 19, Komitet pojašnjava da definicija diskriminacije uključuje i nasilje koje je usmereno ka ženama, u šta

²⁷ The conclusions of the 57th session UN Commission on the Women Status, www.un.org/womenwatch/daw/csw/57sess.htm, 03.08.2017.

²⁸ Pekinška deklaracija i Platforma za akciju (1995), par. 131, 133 e i 136.

spadaju i pokušaji primene fizičkog, psihičkog ili seksualnog nasilja²⁹, potom član 2. - Politika uklanjanja diskriminacije žena koji obavezuje države potpisnice da jemče jednakost žena i muškaraca najvišim pravnim aktima, ali i da svim sredstvima obezbede njenu realizaciju u praksi, član 5. - Stereotipi o ulogama muškaraca i žena kojim se ukazuje na potrebu izmene ustaljenih obrazaca ponašanja muškaraca i žena koji su deo stereotipnih društvenih i kulturnih običaja i prakse, članu 16. - Brak i porodični odnosi kojim se države obavezuju da zabrane prisilne i ugovorene brakove i brakove maloletne dece i da ih proglase ništavim.).

Takođe veliki značaj imaju i UN Deklaracija o eliminisanju nasilja nad ženama (A/Res/48/104) kao i Univerzalna platforma delovanja iz 1993. godine (kojima se konkretizuju akcije koje bi države trebale da preduzmu u cilju eliminisanja nasilja u porodici kroz zakonodavstvo, akcione planove, obezbeđivanje pomoći za žene žrtve nasilja, obuke i rodno senzibilisanje državnih službenika), Rezolucija Komisije UN za ljudska prava 2003/45, Eliminacija nasilja nad ženama (E/CH.4/2003/L.11/Add.4) (prema kojoj države imaju obavezu da unapređuju i štite ljudska prava žena i devojčica, kao i da preduzmu sve da spreče, istraže i kazne sve akte nasilja nad ženama i devojčicama), Pekinška deklaracija i Platforma za akciju A/CONF.177/20,I (1995) koja preporučuje preispitivanje i reviziju zakonodavstva i formiranje mehanizama kojima bi se obezbedila zaštita žena od nasilja u porodici.

Što se tiče međunarodne jurisprudencije, zbog femicida u Ciudad Huarezu (Ciudad Juarez)³⁰ bilo je nekoliko međunarodnih odluka protiv Meksika. Nacionalna komisija za ljudska prava 1998. godine³¹ objavila je izveštaj u kojem kaže da su u Meksiku uočene brojne nepravilnosti i nemar u državnim istragama, uključujući i pogrešne identifikacije leševa, neuspešne stručne testove i forenzičke dokaze, obdukcije i drugi propusti u istragama i vođenju evidencije o stalnom porastu ubistava žena u ovom gradu.³² Komitet je analizirao zločine koji se javljaju u ovom gradu i pronašao da su dva osnovna oblika ubistvo i nestanci žena. Komitet je takođe analizirao odgovor vlade i utvrdio da je njihov početni odgovor bio ravnodušnost i da je vlada tolerisala te zločine godinama unazad. Komitet

²⁹ Opšta preporuka br. 19. o nasilju nad ženama, Komiteta za eliminisanje svih oblika diskriminacije žena (1992), A/47/38.

³⁰ V. Panther, N., *Violence against women and femicide in Mexico: The case od Ciudad Juarez*, Oklahoma State University, Stillwater 2007.

³¹ Prema Opcionom protokolu uz Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, sprovedena je istraga o navodima o stotinama ubijenih žena u ovom gradu od 1993. godine (ubijeno je preko 400 mladih devojaka, od 12 do 22 godine, a 2000 se još uvek vodi kao nestalo). Na svim žrtvama vidljivi su tragovi silovanja, sakaćenja i prebijanja.

³² M. Wright, „Public Women, Profit, and Femicide in Northern Mexico“, *South Atlantic Quarterly* 1054, 2006., 681–698.

je dao preporuke Meksiku, koje su, iako ne pravno obavezujuće, imale uticaj u javnoj sferi. Specijalna izvestiteljka UN-a za nasilje nad ženama, Rašida Manjo (*Rashida Manjoo*) upozorila je da je ovaj vid nasilja i zločina nad ženama u porastu zbog nesprovođenja normi i nepoštovanja pravnih pravila, da ovaj vid nasilja ne poznaje granice, da je u različitim formama prisutan na svim kontinentima, i da zato države treba zajednički da krenu u borbu protiv femicida.³³

6. Regionalni standardi

Na regionalnom planu, nasiljem nad ženama bavi se Inter-Američka konvencija o prevenciji, kažnjavanju i iskorenjivanju nasilja nad ženama iz 1994. godine, Afrička povelja o ljudskim i narodnim pravima koja obuhvata i prava žena u Africi iz 2003. godine, kao i Bečka Deklaracija i program akcije iz 1993. godine. Sam termin femicid prvi put je u međunarodnoj jurisprudenciji upotrebio Inter-Američki sud za ljudska prava 2009. godine kada je proglasio državu Meksiko odgovornom za ubistvo žena u Ciudad Huarezu (ubistva koja su pominjana u prethodnom poglavlju). Slučaj o kom se sud izjasnio tiče se ubistva tri mlade žene, 2001. godine. Sud je Meksiko oglasio krivim za diskriminaciju i zbog toga što nije zaštitio žrtve, niti obezbedio efikasnu istragu otmica i ubistava. Sud je naložio Meksiku da sprovede novu istragu ubistava, podigne nacionalni spomenik žrtvama, da plati odštetu porodicama žrtava i da poboljša mere koje sprečavaju nestanak i ubistva žena, kao i da na adekvatan način istraži ubistva žena i devojaka.

U Evropi su uglavnom sprovedena istraživanja o rodno zasnovanom nasilju, ali ne i specifično o femicidu. Termin femicid prvi put su u Evropi upotrebile feministkinje početkom 21. veka³⁴ da bi potom zahvaljujući njihovim aktivnostima, bila usvojena i rezolucija Evropskog parlamenta o femicidu 2007. godine.³⁵ Tada se na nivou Evrope po prvi put, formalno i zvanično, govorilo o femicidu, kao obliku rodno zasnovanog nasilja. Evropske institucije sprovele su brojne aktivnosti i donele dokumente koji sadrže analize i preporuke za akciju, a neke od najbitnijih su:

Savet Evrope je doneo Zaključke Saveta Evrope o o borbi protiv nasilja nad ženama u Evropskoj uniji (2010.), kojim poziva Evropsku komisiju i zemlje članice da nastave napore u borbi protiv nasilja nad ženama i

³³ Report to the General Assembly, United Nations, A/HCR/20/16/Add.4, 16. May 2012., http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-16-Add4_en.pdf, 03.08.2017.

³⁴ D. Comas-d'Argemir, „News of partner femicides: The shift from private issue to public problem“, *European Journal of Communication* 30(2), Sage Publications, 2015., 121-136.

³⁵ *Ibid.*

usvojio je “Konvenciju Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilje u porodici” (2011.) – Istanbulsku konvenciju koja je jedan od najprogressivnijih međunarodnih instrumenata za zaštitu žena.

Evropski parlament je usvojio Rezoluciju o prioritetima i nacrtu novog okvira politike EU za borbu protiv nasilja nad ženama (2011.), a u septembru iste godine Evropski parlament je podržao izdavanje evropskih mera zaštite za žrtve rodno zasnovanog nasilja, seksualnog uznemiravanja, otmice i pokušaja ubistva.

Evropska komisija je doprinela ovoj borbi Ženskom poveljom (2009.), Akcionim planom za primenu Stokholmskog programa (2010.), Strategijom za ravnopravnost polova za period 2015-2020., Sprovođenjem studija o nasilju nad ženama zarad povećanja znanja o ovom problem i finansiranjem posebnih programa kao što su Dafne III, kao i evropskih organizacija za borbu protiv nasilja nad ženama (npr. Evropski ženski lobi).

Napredak u Evropi učinjen je usvajanjem raznih instrumenata koji se bave nasiljem nad ženama u brojnim oblicima. EU je usvojila i akte koji se bave zaštitom žena žrtava rodnog nasilja, kao što je EU Direktiva o žrtvama zločina³⁶ i Direktiva sa odredbama o Evropskoj zaštiti.³⁷ Već pomenuta Istanbulska konvencija (2011.)³⁸ sadrži specifične obaveze država u pogledu zaštite od nasilja nad ženama i decom, koje kreiraju zajedničku podlogu, za usvajanje sličnih zakona i politika u različitim državama. Istanbulska konvencija treba da pruži pravni okvir za implementaciju zajedničkih strategija za smanjenje nasilja nad ženama, a naročito femicida. Deklaracijom Visoke predstavnice Evropske unije, Ketrin Ešton (*Catherine Ashton*) adresiran je problem femicida kao specifičan problem.³⁹ Veće razumevanje femicida i aktivnosti u ovom polju doprinele su i delimičnom poboljšanju situacije u ovom pogledu, ali realnost pokazuje da instrumenti koji trenutno postoje ne obezbeđuju dovoljnu zaštitu žena od femicida u Evropi.

U Evropi još uvek ne postoje konkretne informacije i podaci o femicidu a istraživanje ove pojave je nekoordinisano. Kako bi došlo do iskorenjivanja femicida u Evropi, prvenstveno se mora raditi na ustanovljavanju zvaničnih statistika o femicidu, u saradnji sa feminističkim organizacijama, koje se bave ovom tematikom, za sve države Evrope u

³⁶ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA.

³⁷ Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the European protection order.

³⁸ Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/13.

³⁹ Declaration by the High Representative Catherine Ashton on behalf of the European Union on Femicide (June 2010), www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/cfsp/115603.pdf, 03.08.2017.

cilju donošenja odgovarajućih mera, strategija i politika, koje će moći da se efikasno bave prevencijom ubistava žena. Takođe, neophodno je razviti jednu sveobuhvatnu i koherentnu strategiju, koja će povezati sve različite akcije koje su sprovedene do sada, obuhvatajući njom i pitanje femicida, kako bi došlo do merljivih napredaka.

Kao što možemo primetiti, inkorporisanje femicida u međunarodno-pravni i evropski okvir još uvek je nedovoljno sprovedeno. Pored toga, implementacija međunarodnog prava i međunarodnih standarda u praksi u mnogome ostaje zavisna od nacionalnog zakonodavstva i njegovih odredaba i tumačenja od strane sudova. Stoga je neophodno da se pri Ujedinjenim nacijama i regionalnim međunarodnim telima usvoje konvencije i rezolucije koje bi izričito prepoznale i definisale rodno zasnovano ubistvo žena, odnosno femicid, kako bi se stvorila međunarodna potpora u borbi sa ovim najtežim vidom nasilja nad ženama.

7. Femicid u Srbiji

Što se regulacije femicida u Srbiji tiče, problemi i trendovi sa kojima se susrećemo prate globalne, koji su izloženi u prethodnom izlaganju. Prvi i osnovni problem sa kojim se susrećemo je nedostatak statističkih podataka i informacija o femicidu u našem društvu. Društvo u Srbiji je još uvek patrijahalno, nasilje nad ženama se uglavnom društveno opravdava i izostaje adekvatna reakcija nadležnih organa što dovodi do neprijavljivanja nasilnika, čime je sagledavanje razmera ove pojave otežano. Praćenjem broja ubijenih žena u smislu femicida i to samo u kontekstu nasilja u porodici kao najzastupljenijeg oblika femicida u Srbiji bavi se jedino Mreža žena protiv nasilja pod pokroviteljstvom Autonomnog ženskog centra. Prema izveštaju Mreže žena protiv nasilja, u Srbiji je tokom 2016. godine ubijeno 33 žene.⁴⁰ U periodu 01. januar – 30. jun 2017. godine ubijeno je najmanje 15 žena.⁴¹ Mreža žena protiv nasilja prikuplja informacije o ubijenim ženama iz medija, pa ova lista nije potpuna, jer ako neko ubistvo žene ne bude medijski praćeno, ono neće ni biti evidentirano. Ovo dovodi do toga da oni smrtni ishodi koji su posledica dugotrajnog nasilja ne bivaju evidentirani, i pravi broj slučajeva femicida u Srbiji ne možemo precizno utvrditi. Nepostojanje potpune i jedinstvene evidencije o svim oblicima femicida čini ogromnu prepreku u sagledavanju pravih razmera ovog problema.

Sa druge strane, u Srbiji ne postoji ni dovoljno dobar institucionalni odgovor na ovaj fenomen, na šta ukazuje činjenica da su prema navodima medija, u više od 50% slučajeva centri za socijalni rad, ili policija, imali informaciju o nasilju,

⁴⁰ Prema izveštajima Mreže žene protiv nasilja, www.zeneprotivnasilja.net, 02.09.2017.

⁴¹ *Ibid.*

tj. da su se žene pre toga uglavnom obraćale institucijama za pomoć. Ne retko nasilnik koji prođe samo sa opomenom, potom izvrši još teži oblik nasilja koji dovede do smrtnog ishoda. Novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici od 01.juna 2017. godine uvodi veću odgovornost kao i profesionalno-disciplinsko sankcionisanje državnih službenika pa lica koja su imala informacije o nasilju, a nisu reagovala na njega mogu i prekršajno odgovarati, što bi trebalo da dovede do odgovornijeg postupanja službenih lica.

Od stupanja na snagu, na osnovu Zakona o sprečavanju nasilja u porodici⁴² policija je izrekla 6.643 hitne mere udaljenja nasilnika, odnosno zabrane prilaska žrtvi, što predstavlja napredak u odnosu na dosadašnju praksu.⁴³ Iz zvaničnih statističkih podataka vidimo da broj prijavljenih slučajeva nasilja u Srbiji raste, ali i taj broj je samo vrh ledenog brega. U najvećem broju slučajeva žrtva još uvek ne prijavljuje nasilje, što onemogućava preventivno reagovanje i pružanje adekvatne zaštite. Zato je neophodno edukovati javnost o važnosti reagovanja na sve vrste nasilja, a posebno na rodno zasnovano nasilje prema ženama.

Kako femicid nije posebno inkriminisan u Krivičnom zakoniku Republike Srbije⁴⁴, kod nas će biti tretiran kao teško ubistvo, ili kao ubistvo koje je posledica nasilja u porodici. Tako kvalifikovano krivično delo izbacuje rodni aspekt izvršenja ovih krivičnih dela, zbog čega se ženske organizacije u Srbiji bore za uvođenje ovog rodnog termina u zakonodavstvo Srbije. Specifično je i to što femicidu u velikom broju slučajeva prethodi proganjanje žene. Zato je izuzetno važno i pohvalno što su od 01.06.2017. godine u krivična dela uvrštena: krivično delo proganjanje i krivično delo polno uznemiravanje, čime je učinjen dobar korak u pravcu stvaranja pravnog okvira koji će omogućiti da zaštita žena bude kompletnija.⁴⁵

Dodatni problem kod nas predstavlja izveštavanje medija koji u slučajevima femicida uglavnom izveštavaju senzacionalistički i često u izveštavanju krše moralne i profesionalne kodekse, dok potpuna interpretacija ovog problema o kojem društvo i dalje čuti ne postoji. Fokus stavljaju uglavnom na učinioca i njegove razloge za ubistvo, ne pominjući višegodišnje nasilje kojem je žrtva uglavnom bila izložena. Femicid se na taj način predstavlja kao incident, a ne kao predvidiv nastavak i tragično finale dugotrajnog muškog nasilja nad ženama, koje kao takvo postoji

⁴² Zakon o sprečavanju nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.

⁴³ Izjava državne sekretarke u Ministarstvu unutrašnjih poslova Biljane Popović Ivković, www.blic.rs/vesti/drustvo/od-1-juna-izrecene-6643-hitne-mere-prema-nasilnicima/c39qlsz, 13.09.2017.

⁴⁴ Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

⁴⁵ U aprilu 2015. godine u Beogradu ubijena je žena koja je više puta prijavljivala policiji da je godinama proganjala lice koje je na kraju ubilo. Na njene prijave nije bilo adekvatnog odgovora nadležnih organa.

kao deo tradicionalnih rodnih uloga i odnosa.⁴⁶ Mediji takođe nikada ne kritikuju „nemešanje u privatne stvari“ od strane bliskih ljudi i suseda upoznatih sa nasiljem koje se događa, a koje je i dovelo neometano do femicida, odnosno ubistva žrtve višegodišnjeg nasilja.⁴⁷

Srbija je jedna od država koja ima svoj tim u zajedničkom projektu „Akcija femicid širom Evrope“ („COST Action Femicid Across Europe“), koji se sprovodi na nivou Evrope, a u kojem učestvuju 33 države. To je korak u dobrom pravcu, koji će, nadamo se, dovesti do toga da se na nivou Evrope uspostavi jedinstveno praćenje slučajeva femicida, što bi dovelo do kontinuiranog praćenja rodnog nasilja u cilju prevencije od femicida.

Vlada Republike Srbije donela je Nacionalnu strategiju za rodnu ravnopravnost za period od 2016. do 2020. godine i Akcioni plan za period od 2016. do 2018. godine,⁴⁸ u kojima se poseban deo odnosi na rodno zasnovano nasilje u porodici i partnerskim odnosima. Vlada Srbije je u maju usvojila drugi Nacionalni akcioni plan za primenu Rezolucije 1325 Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija - Žene, mir i bezbednost u Republici Srbiji (2017-2020). Primetno je da se u ovim strateškim dokumentima termin femicid uopšte ne pojavljuje, kao i da nisu načinjeni koraci u pravcu donošenja konkretnih mera za zaštitu žena od ovog vida nasilja. I ako u Republici Srbiji femicid kao takav nije prepoznat u zakonodavstvu, usvajanjem Zakona o sprečavanju nasilja u porodici prvi put su propisane konkretne mere prevencije koje mogu sprečiti njegovu pojavu, a vreme će pokazati da li će i u kojoj meri one biti primenjivane i dati željene efekte. Samo donošenje zakona je dokaz da postoji određen stepen prepoznavanja problematike, ali je i dalje dug put pred nama do stvarnja pravnog okvira koji će obezbediti sigurnost i ravnopravnost žena u našem društvu.

8. Zaključak

Kao što možemo videti iz napred izloženog, femicid nije problem koji se može ignorisati ili rešiti jednostavno, već zahteva da se prilikom preduzimanja akcija i stvaranja mera prevencije uzme u obzir i širi društveni kontekst u kojem se on javlja. Kako bismo efikasno rešili problem femicida, prvenstveno moramo istražiti uzroke, i pravni odgovor usmeriti ka njima, umesto da se bavimo odgovorom na posledice, koje su u slučaju ovog fenomena, fatalne. Iz napred izloženih pravnih akata i statističkih podataka

⁴⁶ Z. Mršević, *Mediji u Srbiji 2014. o rodno zasnovanom nasilju: Između stereotipa i zabave*, UNDP, Beograd 2015., 18.

⁴⁷ Upor., www.blic.rs/vesti/hronika/uzas-kod-zrenjanina-ubio-zenu-bejzbol-palicom-pa-se-obesio/3wlpbk5, 05.08.2017.

⁴⁸ Nacionalna strategija za rodnu ravnopravnost za period od 2016. do 2020. godine i Akcioni plan za period od 2016. do 2018. godine, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 22/2016.

možemo zaključiti da ne postoji adekvatan pravni okvir koji se bavi zaštitom žena od ovog najtežeg oblika nasilja nad ženama, kako na međunarodnom, evropskom, tako ni na na domaćem tlu. Bitno je napomenuti da nije dovoljno samo inkriminisati femicid kao krivično delo, jer odgovor država treba da prethodi femicidu, već je neophodno pravno regulisati sve one pojave koji su potencijalni uzročnici femicida kao poslednjeg stadijum nasilja nad ženama i dovesti ih u vezu sa njim (npr. nasilje u porodici, proganjanje i slično).

Prvenstveno se moraju stvoriti mehanizmi za prikupljanje i obradu relevantnih statističkih podataka o rasprostranjenosti svih oblika femicida na svim nivoima, kako bismo znali sa kakvim problemom se surećemo i prema tome oblikovati adekvatan pravni okvir. Države se takođe moraju obavezati da inkriminišu femicid bar kao oblik teškog ubistva ako ne i kao posebno krivično delo i da za njega predvide strožiju kaznu nego za ubistvo, a sve u cilju slanja poruke da je to društveno neprihvatljivo delo. U cilju prevencije i zaštite života žena, neophodno je propisati edukativne mere o ravnopravnosti žena i muškaraca kroz sve nivoe obrazovanja, ali i edukaciju medija kako bi promenili način izveštavanja o ovom pitanju. Krucijalno je i donošenje zakonodavnih i administrativnih mera koje će garantovati pristup efikasnoj pravdi, odgovarajućim kaznama za učinioce i zaštititi žena i njihovih porodica. Policija i zdravstveni radnici moraju bolje da prepoznaju i reaguju na nasilje pre nego što ono dovede do ubistva, u čemu se nadamo da će pomoći ovlašćenja data Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici. Sve ove i slične mere neophodno je da budu sprovedene i finansirane od strane međunarodnih, evropskih tela i pojedinačnih država kao garancija za njihovu primenu a sve u cilju prepoznavanja, prevencije i sankcionisanja nasilja nad ženama i devojčicama kao ekstremne manifestacije rodne nejednakosti i diskriminacije i kao smrtonosnog oružja koji održava žene u podređenom položaju.

Majida Lubura

Student at the second year of PhD studies,
Faculty of Law, University of Belgrade

**CONCEPT OF FEMICIDE AND IMPORTANCE OF ITS LEGAL
REGULATION**

Summary

Violence against women is a phenomenon we encounter on a daily basis and which is present in all areas and all cultures and social systems, through time. The most severe form of violence against women is femicide, as a gender-based murder of a woman by a man who thinks he has a right to take her life. Femicide is therefore a crime that discriminates. Since this phenomenon is still rarely object of scientific research, the author of this article wants to give contribution to the further study and recognition of femicide as an urgent social problem, his understanding and adequate response through the legal systems of the countries.

The author puts focus of discussion in this paper, on the issue of femicide, starting with the analysis of the phenomenon of violence against women, meaning of this notion, its forms, and the International, European and national legal framework. While in conclusion, author explicates confirmation of hypotheses that there is an inadequate legal framework for the prevention of femicide, as a serious social problem in international, European and national legal framework, both directly through the criminalization and punishment of the perpetrator of this crime, as well as taking other measures aimed at prevention and protection of women against this form of violence.

Keywords: femicide, violence against women, protection from violence, domestic violence, sanctions against the perpetrator.

PRAVO NA SPORT KAO LJUDSKO PRAVO

Apstrakt

Rad istražuje pitanje pravne prirode prava na sport. Sport kao globalni fenomen koji zaokuplja pažnju velikog broja ljudi i postaje važan faktor ljudskog života zaslužuje i pravnu analizu. U radu se polazi se od određenja značenja i definicije sporta, kao i njegove uloge u društvu i važnosti regulisanja pravnim normama. Glavna premisa je da pravo na sport predstavlja ljudsko pravo i da kao takvo postoji u međunarodnom pravnom poretku. Autor je uporedno pravnim pristupom istražio postojanje prava na sport u nekoliko evropskih država. Poseban akcenat stavljen je na tumačenje međunarodno pravne regulative o sportu. Elementi od kojih se sastoji pravo na sport takođe su analiza. Ispituje se i problematika zaštite prava na sport kao ljudskog prava.

Ključne reči: sport, pravo na sport, ljudska prava, zaštita prava na sport.

1. Uvodne napomene

U modernom svetu sport predstavlja izuzetno važnu i značajnu socijalnu aktivnost. Oblasti života sa kojima sport dolazi u kontakt su šarolike i brojne. Obrazovanje, zdravstvo, nauka, pravosuđe samo su neke od brojnih oblasti života u kojima sport ima važnu ulogu. Osim toga, i sam sport se grana i uslošnjava svoju prirodu.² Fizička aktivnost koju većina ljudi svakodnevno upražnjava, amaterski sport u školama, koledžima i drugim obrazovnim institucijama, profesionalni sport u okviru regulisanih liga, kupova, svetskih takmičenja i olimpijskih igara, predstavljaju podgrane sporta koje zaokupljaju pažnju javnosti. U skladu sa tim modernim tendencijama jeste i proučavanje sporta kao svojevrsnog socijalnog fenomena u oblasti prava. Pravne norme

¹ Autor je spoljni saradnik na Institutu za uporedno pravo u Beogradu i stipendista doktorskih studija Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja. E-mail: stefan.andonovic91@gmail.com.

² U modernoj teoriji sportskog prava govori se i o postojanju globalnog sportskog prava (to bi predstavljalo pravo koje se primenjuje u sportskoj sferi, ali od strane međunarodnih sportskih institucija), pa čak se prava i razlika u odnosu na međunarodno sportsko pravo (ono međunarodno pravo koje primenjuju nacionalni sudovi). Za više o ovoj razlici vidi: K. Foster, "Is There a Global Sports Law?" *Entertainment Law*, Vol.2, No.1, Spring 2003.

regulišu sve veći deo sportske materije pokušavajući, makar na prvi pogled, da zaštite osnovne principe sporta i utvrde određena pravila ponašanja u ovoj važnoj društvenoj grani, bez koje razvoj sport ne bi bio moguć.³

Budući da je sport jako važan činilac društvenih odnosa, postavlja se pitanje da li pravo na sport predstavlja ljudsko pravo? Ukoliko pretpostavimo da je odgovor na postavljeno pitanje pozitivan, pojavljuje se i nova dilema koja se može obuhvatiti pitanjem, šta se podrazumeva pod tim ljudskim pravom na sport i kakve su implikacije takvog prava? Služeći se pravničkim rečnikom, postavljamo pitanje, kakva je pravna priroda prava na sport?

Kako bismo utvrdili da li postoji pravno na sport i ako postoji, kakva je njegova pravna priroda, moraćemo da prođemo od samog pojma i termina sport.

2. Sport kao oblast društvenog života

Sport predstavlja pojam koji se u tom obliku može naći širom sveta u mnogim, ako ne i većini, živih jezika koji su u upotrebi. Etimologija reči sport je važna odrednica u usmeravanju i određivanju modernog pojma sporta u oblasti prava. Tako, termin sport potiče iz starog francuskog jezika, od glagola *desport* (*desporter*, *deporter*) što bi označavalo aktivnost u kojoj se uživa, kojom se neko zablavlja.⁴

Danas, pojam sporta i fizičke aktivnosti daleko premašuje odrednice kao što su uživanje i zabavljanje, iako ih ne isključuje iz svoje prirode. Sport danas predstavlja izuzetno profitabilnu delatnost, koja zaokuplja pažnju medija, velikih multinacionalnih korporacija, te su cifre koje se ulažu u najveća svetska takmičenja astronomske i premašuju desetine milijardi dolara.⁵ Imajući ovakve činjenice u vidu, sport se više ne može odrediti kao samo upražnjavanje fizičke aktivnosti, već se u obzir mora uzeti i ekonomska strana profesionalnog sporta.

Pokušaj definisanja pojma sporta u današnjem svetu bi predstavljao težak zadatak koji bi nužno iz definicije izostavio određene faktore i parametre koji su važni u sektoru sporta. Međutim, međunarodne konvencije i zakoni određenih država u oblasti sporta teže da u regulisanju materije sporta, daju i njegovu definiciju koja će dati širok manevarski prostor za tumačenja,

³ D. Šuput, „Zakonsko uređenje sporta u evropskim državama“, *Strani pravni život*, br. 3/09, 249.

⁴ Smatra se da je ovaj termin izuzetno star i da potiče čak iz 12. veka. Za poreklo pojma sport, vidi: <http://www.etymonline.com/index.php?search=sport&searchmode=none>, 30.03.2017.

⁵ Prema izračunanim podacima, za Olimpijske igre u Londonu izdvojeno je preko 14 milijardi dolara. Podatak naveden prema: B. Flyvbjerg, A. Stewart, *Olympic Proportions: Cost and Cost Overrun at the Olympics 1960-2012*, Saïd Business School, University of Oxford, 2012, 13. Prema navodima Olimpijske igre u Pekingu su koštale Kinu u iznosu od preko 44 milijarde dolara. V. http://www.pravdareport.com/sports/games/06-08-2008/106003-beijing_olympics-0/, 20.03.2017.

a kasnije i primenu u svim aktivnostima koja su vezana za sport. Tako, definisanje termina sport je učenjeno u Preporuci Komiteta ministara Saveta Evrope br. R (92) 13 Rev⁶. U ovoj preporuci, „*sport označava sve forme fizičke aktivnosti, koje kroz neformalno ili organizovano učešće imaju za cilj da iskažu ili povoljšaju fizičku spremnost i mentalno blagostanje, kreirajući socijalne odnose i postižući rezultate na takmičenjima na svim nivoima*“.⁷

Sličnu formulaciju sadrži i domaći Zakon o sportu iz 2016. god.⁸ Ovaj Zakon određuje sport kao „*deo fizičke kulture koji obuhvata svaki oblik organizovanog i neorganizovanog obavljanja sportskih aktivnosti i sportskih delatnosti od strane fizičkih i pravnih lica u sistemu sporta, u cilju zadovoljenja potreba čoveka za stvaralaštvom, afirmacijom, fizičkim vežbanjem i takmičenjem sa drugima*“.⁹ Skoro identičnu formulaciju sadrži i Zakon o sportu Crne Gore.¹⁰ Postoje i drugačiji pristupi, pa tako Zakon o sportu Bosne i Hercegovine ne određuje šta sport znači, ali određuje šta sve sport obuhvata, te navodi: sportske aktivnosti i igre organizovane radi postizanja sportskih dostignuća, sportske aktivnosti i igre sa ciljem unapređenja zdravlja ili rekreacije i organizovani školski i univerzitetski sport.¹¹

Kao što vidimo prema izloženim definicijama, sport zahteva holistički pristup u njegovom određenju. Iz definicija vidimo da sport podrazumeva ne samo „*spoljni aspekt*“ upražnjavanja određene aktivnosti koja angažuje ljudsko telo u smislu određenih fizičkih pokreta, već i psihološku, unutrašnju komponentu. Psihološka komponenta se odnosi na ostvarivanje ideja, potreba i želja čoveka za socijalizacijom, stvaranjem veza sa drugim ljudima koji takođe upražnjavaju sport, ali i određenim vidom kulturnog stvaralaštva sa specifičnim predmetom. Takođe, pod sportom se podrazumevaju sve fizičke aktivnosti koje su organizovane od strane određene institucije ili organizacije koja je za to nadležna, kao i neformalno bavljenje sportom u smislu slobodnog iskorišćavanja vremena i kontakta sa drugima. Osim navedenih aspekata, sport podrazumeva i mnoge druge, koje utiču na njegovo postojanje i razvoj. Sve te komponente i faktore bi bilo gotovo nemoguće nabrojati, a kao primer

⁶ Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope je usvojena od strane Komiteta ministara 24. septembra 1992. Godine na 480 sastanku predstavnika ministara, a izmenjena je na 752 sastanku, 16 maja 2001. god. Preporuka je dostupna na: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804c9dbb. 20.03.2017.

⁷ V. član 2., tačka 1, stav a. Preporuke Komiteta Minsitara Saveta Evrope br. R (92) 13 Rev.

⁸ Zakon o sportu, *Sl. glasnik RS*, br. 10/2016.

⁹ Član 2., stav 2., Zakona o sportu RS.

¹⁰ Zakon o sportu Crne gore, *Sl. list Crne Gore*, broj 36/2011.

¹¹ Zakon o sportu Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, br. 66/2016.

možemo navesti borbu protiv dopinga¹², sport kao sredstva u zdravstvu, socijalnom i ekonomskom napretku, jačanju mladih, pomirenju¹³, itd.

Zaključujemo da „sport“ predstavlja višeznačan pojam koji se odnosi na različite, unutrašnje i spoljašnje apsekte bavljenja fizičkom aktivnošću od strane pojedinca i društva, koja doprinosi njihovom razvoju, bitno utiče na druge sfere života i svojom ulogom podstiče na razvijanje ideja i vrednosti svih lica koja se njime bave..

Upravo zbog toga, neophodno je postojanje određenog ljudskog prava, kao garancije nesmetanog uživanja u slobodi i iskorišćavanju sopstvenih potencijala prilikom bavljenja različitim fizičkim aktivnostima. Dakle, neophodno je analizirati da li je sport zaštićen kao ljudsko pravo i u kom obliku. Analiza će imati uporedno-pravni pristup.

3. Sport kao ljudsko pravo

Međunarodna povelja o fizičkom obrazovanju, fizičkoj aktivnosti i sportu, u članu 1. navodi: „*Svako ljudsko biće ima fundamentalno pravo na fizičku edukaciju, fizičku aktivnost i sport, bez diskriminacije po osnovu narodnosti, pola, seksualne orijentacije, jezika, religije, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovine ili po bilo kom drugom osnovu.*“¹⁴

Dakle, Međunarodna povelja garantuje svim ljudskim bićima „*fundamentalno*“ pravo na bavljenje sportom. Ova formulacija je izrazito važna u određivanju pravne prirode prava na sport. Naime, ovakva formulacija stavlja sport na pijedestal najvažnijih ljudskih prava koja postoje u današnjem svetu. Ona pravu na sport daje jednaku važnost kao npr. pravu na pravično suđenje, pravu na državljanstvo ili pravu na život.

Fundamentalna, osnovna ljudska prava jesu ona prava koje svako biće mora i može da ima, da poseduje i kojane smeju biti uskraćena ljudima u njihovom uživanju.¹⁵ Osnovna ljudska prava na međunarodnom planu možemo pronaći u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima¹⁶, kao

¹² Na ovom polju je doneto nekoliko međunarodnih dokumenata, od kojih je najvažnija Međunarodna konvencija protiv dopinga u sportu iz 2005. god. Ovu Konvenciju je donela Generalna konferencija Organizacije Ujedinjenih Nacija za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESKO) na 33. zasedanju, 19. Oktobra 2005. god. Za više o pravnoj zaštiti protiv dopinga u sportu vidi: D. Šuput, *Sankcionisanje dopinga u sportu*, Orion art, Beograd 2007.

¹³ Pomenute vrednosti i polja u kojima sport ima ulogu su pomenute u preambuli Međunarodne povelje o fizičkom obrazovanju, fizičkoj aktivnosti i sportu, donetoj od strane Organizacije Ujedinjenih Nacija za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESKO), 18. novembra 2015. God. na 38 zasedanju Generalne konferencije UNESKO-a. Pomenuta povelja je naslednica Međunarodne povelje o fizičkom obrazovanju i sportu iz 1978. god.

¹⁴ V. član 1, stav 1. Međunarodne povelje o fizičkom obrazovanju, fizičkoj aktivnosti i sportu.

¹⁵ M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 127.

¹⁶ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima je usvojena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 10. decembra 1948. godine.

najvažnijem međunarodnom dokumentu koji se bavi ljudskim pravima. U pravima i slobodama koje navodi ova povelja ne nalazi se pravo na fizičku aktivnost i sport. Naravno, pažljivim tumačenjem i dovođenjem u vezi sa drugim pravima koja su garantovana ovom konvencijom, kao što su pravo na slobodu, život, jednakost, slobodan izbor zanimanja možemo zaključiti da je pravo na sport zaštićeno nabrojanim pravima. Međutim, Univerzalna deklaracija nije dokument koji sadrži ograničen krug ljudskih prava, ona ih nabroja i definiše ali njihov krug ostaje otvoren. Takav je slučaj i sa pravom na sport, kojem Međunarodna povelja o fizičkom obrazovanju, fizičkoj aktivnosti i sportu daje značaj osnovnog prava.

Budući da ima značaj osnovnog ljudskog prava, pravo na sport mora biti dostupno svima bez pravljenja ikakve razlike po bilo kom osnovu. Tako, Međunarodna povelja o fizičkom obrazovanju, fizičkoj aktivnosti i sportu navodi da je zabranjen svaki vid diskriminacije u oblasti sporta, pri čemu se koristi nabrojanjem osnova diskriminacije koji su zabranjeni, ali i ostavljajući generalnom klauzulom da se zabrani diskriminacija i po bilo kom drugom osnovu neopravdanog pravljenja razlike.

Sličan pristup nalazimo i u Zakon o sportu Republike Srbije. Ovaj zakon navodi da svako ljudsko biće ima pravo da se bavi sportom.¹⁷ Dakle, poput Međunarodne povelje i Zakon o sportu Republike Srbije određuje da je pravo na sport osnovno ljudsko pravo, koje svako mora da uživa. Osim toga, Zakon navodi da „*bavljenje sportom mora biti humano, slobodno i dobrovoljno, zdravo i bezbedno, u skladu sa prirodnom sredinom i društvenim okruženjem, fer, tolerantno, etički prihvatljivo, odgovorno, nezavisno od zloupotreba i ciljeva koji su suprotni sportskom duhu i dostupno svim građanima pod jednakim uslovima, bez obzira na uzrast, nivo fizičkih sposobnosti, stepen eventualne invalidnosti, pol i drugo lično svojstvo*“¹⁸ Zakon o sportu Crne Gore sadrži sličan pristup i navodi da se sport zasniva na određenim principima, kao što su: dobrovoljnost, partnerstvo, sposobnosti i skolnosti. Takođe, određuje se da bavljenje sportom mora biti humano, dobrovoljno, zdravo, bezbedno, fer, toleranto i etički prihvatljivo i naravno dostupno svima bez obzira na bilo koje lično svojstvo.¹⁹ Isti slučaj je i sa Zakonom o sportu BiH, gde se u članu 6. Na istovetan način navode principi bavljenja sportom.²⁰

Zakon o sportu Hrvatske²¹ ne sadrži ovako detaljne odredbe o pravu na sport i njegovim uživanjem, već samo navodi da je sport dostupan svima bez

¹⁷ V. član 4., stav 1., Zakona o sportu Srbije.

¹⁸ V. član 4., stav 2., Zakona o sportu Srbije.

¹⁹ V. čl. 3. i čl. 4. Zakona o sportu Crne Gore.

²⁰ V. čl. 6 Zakona o sportu BiH.

²¹ Zakon o sportu Hrvatske, *Narodne novine*, br. 71/06, 150/08, 124/10, 124/11, 86/12, 94/13, 85/15, 19/16.

ikakve diskriminacije, kao i da je sport oblast od posebnog interesa za državu.²² Isti pristup ima i Zakon o sportu Slovenije.²³

4. Ustavni pristup pravu na sport

Zanimljivo je napomenuti da Zakon o sportu navodi da je pravo na sport osnovno ljudsko pravo, iako takve odredbe nema u Ustavu Republike Srbije²⁴ Ustav Srbije samo navodi da svako ima pravo na zaštitu svog fizičkog i psihikog zdravlja, kao i da Republika Srbija pomaže razvoj zdravstvene i fizičke kulture.²⁵ U vezi sa sportom, samo je pomenuto da Republika Srbija u okvirima svoje nadležnosti, uređuje i obezbeđuje sistem u oblasti sporta.²⁶

Sličan pristup pravu na sport nalazimo i u drugim ustavima evrope, pa i sveta. Tako, Ustav Nemačke²⁷, Ustav Austrije²⁸, Ustav Sjedinjenih Američkih država²⁹, Ustav Italije³⁰ ne sadrže nikave odredbe u vezi sa pravom na sport i bavljenjem fizičkim aktivnostima. Sa druge strane, Ustav Španije³¹ u poglavlju 3., koje nosi naziv „Principi upravljanja ekonomijom i socijalnom politikom“, članu 43. navodi da će javne vlasti jačati zdravstveno obrazovanje, fizičku aktivnost i sport.³² Takođe, Ustav Hrvatske³³ navodi u članu 69., da države pomaže i razvija znanje o telesnoj kulturi i sportu.

Većina ustava nabrojanih ustava ne sadrži odredbu o pravu na sport kao ljudskom pravu. Autor rada smatra da je ova činjenica posledica toga da je pravo na sport „mlado“ ljudsko pravo, koje je svoju afirmaciju doživelo tek u skorije vreme.

²² V. čl. 1 Zakona o sportu Hrvatske.

²³ Zakon o sportu Slovenije, Uredni liost RS, 22/98.

²⁴ Ustav Republike Srbije, Sl. glasnik RS br. 98/2006.

²⁵ V. čl. 68, stav 1. i stav 4. Ustava Republike Srbije.

²⁶ V. čl. 97., stav 1., tač. 10., Ustava Republike Srbije.

²⁷ Ustav Federalne republike Nemačke iz 1949. god., http://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/33cc8de2-3cff-4102-b524-c1648172a838/publishable_en.pdf. 30.03.2017.

²⁸ Ustav Republike Austrije iz 1920. god. https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2009.pdf. 30.03.2017..

²⁹ Ustav Sjedinjenih Amerikih država iz 1788. god., <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>, 30.03.2017. god.

³⁰ Ustav Italijanske republike iz 1947. god. https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, 30.03.2017.

³¹ Ustav Kraljevine Španije iz 1978. god., <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>, 30.03.2017.

³² V. član 43, stav 4. Ustava Kraljevine Španije.

³³ Ustav Republike Hrvatske od 1990. god. <https://www.zakon.hr/z/94/Ustav-Republike-Hrvatske>. 30.03.2017.

Od međunarodnih dokumenata koji imaju veliku važnost u oblasti sporta, možemo pomenuti i najvažniji akt Međunarodnog olimpijskog komiteta³⁴, Olimpijsku povelju.³⁵ Ova Povelja, koja ima ustavni značaj za olimpijski pokret i olimpijske igre, u preambuli, u okviru „fundamentalnih principa olimpijzma“ navodi da je *upražnjavanje sporta ljudsko pravo*. Takođe, navodi se da svaka individua mora imati mogućnost da se bavi sportom, bez bilo kakve diskriminacije, u olimpijskom duhu, koji podrazumeva uzajamno razumevanje, duh prijateljstva, solidarnost i fer igru.³⁶

Ovo je izuzetno važna odredba, budući da Olimpijski pokret danas predstavlja najznačajniji međunarodni sportski pokret, pa tako i Povelja Olimpijskog komiteta predstavlja najznačajniji izvor sportskog prava za olimpijski sport, ali i sport uopšte, imajući u vidu da se mnogi zakoni u uporedno pravu pozivaju na njene odredbe.

5. Pravna priroda prava na sport

Pošto smo utvrdili da pravo na sport egzistira kao ljudsko pravo u međunarodnom pravu i da je zagarantovano međunarodnim dokumentima, postavlja se pitanje, šta se podrazumeva pod pravom na sport?

Odgovor na ovo pitanje je veoma komplikovan i složen, budući da pravo na sport predstavlja relativno „mlado“ ljudsko pravo koje se razvija i čija sadržina tek treba da bude ispunjena od strane autonomnih tela sportskih organizacija i različitih vrsta sudova. Osim prakse, ni teorija sportskog prava nije posvetila veću pažnju i značaj dubljem proučavanju prava na sport.³⁷ Zbog oskudnosti literature i prakse, teorijskom analizom i tumačenjem svih elemenata od kojih se sastoji sportsko pravo da pokušaćemo da postavimo obrise i naznake pomoću kojih bi se mogla odrediti pravna priroda prava na sport.

Pre svega, većina nabrojanih uporednih zakona o sportu navodi da svako ima pravo da se bavi sportom. Takva formulacija može biti shvaćena na različite načine. Jedan je da pravo na bavljenje sportom predstavlja jedno uže pravo u odnosu prava na sport, kao pravo na slobodan izbor aktivnosti i odlučivanja da li će neko da se bavi sportom ili ne. Takođe, ova formulacija može biti shvaćena na način da se može staviti znak jednakosti između prava na sport i prava na bavljenje sportom. Autor rada smatra da

³⁴ Za više o pravnom statusu Međunarodnog olimpijskog komiteta vidi: D. Ettinger, „The Legal Status of the International Olympic Committee”, 4 *Pace Y.B. Int'l L.* 97, 1992.

³⁵ Povelja međunarodnog olimpijskog komiteta od 02. septembra 2015. god., https://stillmed.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf, 30.03.2017.

³⁶ V. stav 4. Fundamentalnih principa olimpijzma u okviru preambule Međunarodne olimpijske povelje.

³⁷ Za više o pitanjima prava da se učestvuje na sportskim takmičenjima, u okviru ruskog pravnog sistema vidi: S. Yurlov, “Right to participate in sporting competition: a human right or legal fiction and the Russian legal framework for sport”, *International Sports Law Journal* 15/2015, 123-127.

između prava na bavljenje sportom i prava na sport treba postaviti znak jednakosti, pošto jedno bez drugog ne mogu postojati, a pravo na sport može podrazumevati i neke dodatne elemente, kao što ćemo videti u daljem izlaganju. Stoga, jedino pravo u vezi sa sportom jeste pravo na sport.

Dalje, važno je napomenuti, u vezi sa tumačenjem obima prava na sport, odredbu Ustava RS, koja navodi da su potvrđeni međunarodni ugovori deo pravnog poretka RS, da se neposredno primenjuju i da moraju biti u skladu sa Ustavom Republike Srbije- izostavljajući zakonske akte, što logički govori da zakoni moraju biti u skladu sa potvrđenim međunarodnim ugovorima.³⁸ Isti je slučaj i sa Ustavom Hrvatske, i čl 141. koji navodi da su potvrđeni međunarodni ugovori po pravnoj snazi iznad unutrašnjih zakona.³⁹ Istu formulaciju sadrži i Ustav Crne Gore.⁴⁰ Ustav Bosne i Hercegovine, nema odredbu o međunarodnim ugovorima, ali govori o tome da su međunarodni principi integralni deo pravnih sistema.⁴¹ Sve ove odredbe govore o primatu međunarodnog prava u odnosu na unutrašnje.⁴²

Kako ove države prihvataju Međunarodnu povelju o sportu i polaze od njenih principa⁴³, to znači da se njene norme neposredno primenjuju. Najvažnija takva norma se nalazi u članu 1. ove Povelje i navodi da je pravo na sport osnovno pravo i svima garantovano.

Dakle, u pravnom sistemima Srbije, Hrvatske, Crne Gore, pa i Bosne i Hercegovine pravo na sport postavlja se visoko u lestvici prava i stavlja se akcenat na njegovu dostupnost svima. Pravo na jednakost i zabrana diskriminacije, kao izuzetno važna ljudska prava igraju ulogu i kod prava na sport. Budući da su svi ljudi jednaki i da svi ljudi imaju pravo da se bave sportom, to znači da se princip zabrane diskriminacije i jednakost svih lica postavlja kao osnovne gradivne elemente prava na sport. Ono mora biti dostupno svima bez diskriminacije po bilo kom osnovu, bez opravdanog pravljenja razlike.⁴⁴

Šta bi ovo značilo konkretno za pravnu praksu? To znači da svako lice ima pravo da slobodno odlučuje da li će se baviti sportom i fizičkom aktivnošću, kada će to činiti i na koji način. Naravno ovakva sloboda je dozvoljena samo

³⁸ V. član 16., stav 2. Ustava RS.

³⁹ Čl. 141. Ustava Hrvatske.

⁴⁰ V. čl. 9. Ustava Crne Gore.

⁴¹ V. čl. 3., tačka 3. Ustava Bosne i Hercegovine.

⁴² Za više o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava vid. M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 70-83.

⁴³ V. deo 2., poglavlje 2.3. Strategije razvoja sporta u Republici Srbiji za period 2014. do 2018. god., *Sl. glasnik RS*, br. 1/2015.

⁴⁴ Pravo na jednakost i zabrana diskriminacije pomenuti su u različitom kontekstu u članu 4. Zakona o sportu. Tako, zabranjuje se svaka posredna i neposredna diskriminacije, a posebno se navodi zabrana diskriminacije sportista u pogledu zapošljavanja i nepravilnih ugovornih odredbi između sportskih stručnjaka i sportskih organizacija. V. član 4., stav 3., stav 4., stav 5. Zakona o sportu.

dok se drugo lice ne sprečava u korišćenju svoje slobode, kao i da način, vreme i vid vršenja sporta i fizičke aktivnost ne nanose drugome štetu i ne vređaju osnovne interese pojedinaca i društva. Takođe, ovo znači i aktivnu ulogu države u omogućavanju, ali i olakšavanju građanima da se bave sportom i fizičkom aktivnošću. To se čini osnivanjem i podrškom sportskih organizacija, nadmetanja i posebno njihovim finansiranjem.

Zakoni o sportu navodi i ograničenja u vezi sa pravom na sport. Tako, navodi se da bavljenje sportom mora biti humano, slobodno, zdravo, bezbedno u skladu sa prirodnom sredinom i društvenim okruženjem, tolerantno, fer, etički prihvatljivo, odgovorno, nezavisno od zloupotreba i ciljava suprotnih sportskom duhu.⁴⁵

Vrednosti koje su pomenute zapravo predstavljaju ograničenja izvan kojih vršenje sportskih aktivnosti ne bi smelo izlaziti. Pominjanje ovih vrednosti je izraz težnje za socijalizacijom sporta i pokušaj pravljenja od sporta zdrave sredine u okviru koje će sva lica moći da učestvuju na jednak način i u skladu sa demokratskim vrednostima. Takođe, pomenute smernice teže i očuvanju autonomije sporta i zabrane povredi psihičkog i fizičkog integriteta ličnosti. Sve povrede i prekoračenja nabrojanih vrednosti prevazilaze okvire dozvoljenog i podležu građanskoj, administrativnoj ili krivičnoj sankciji zato što se povredom ovih principa ne bi krila pravila u okviru sporta, već jedno osnovno ljudsko pravo.

Pomenute vrednosti i ograničenja u vezi sa pravom na sport nas dovode u dilemu, gde se može primeniti i gde se „oživljava“ pravo na sport?

Pod sportom se podrazumevaju aktivnosti i u organizovanim i neorganizovanim oblicima i sistemima obavljanja fizičkih aktivnosti i delatnosti. Sportske aktivnosti se definišu kao svi oblici fizičke i umne aktivnosti koji, kroz neorganizovano ili organizovano učešće imaju za cilj izražavanje ili poboljšanje fizičke spremnosti i duhovnog blagostanja, stvaranje društvenih odnosa ili postizanje rezultata na takmičenjima.⁴⁶ Pod pojmom sportskih delatnosti se podrazumeva organizacija i vođenje sportskih takmičenja, obučavanje za bavljenje sportskim aktivnostima, sportsko suđenje, organizovanje sportskih priprema i prerediti, usavršavanje i informisanje u oblasti sporta, bavljenje naučno istraživačkim radom, propagandom i marketingom u oblasti sporta, savetodavne i stručne usluge, sportsko posredovanje i organizacija poslovanja sportskih organizacija.⁴⁷

Vidimo da se pod pojmom sportskih aktivnosti i sportskih delatnosti podrazumevaju veoma različiti vidovi aktivnosti u sportskom sektoru. Te

⁴⁵ Član 4., stav 2. Zakona o sportu Srbije, čl. 7. Zakona o sportu BiH, čl. 3. Zakona o sportu Crne Gore, Poglavlje 1., deo 2. Olimpijske povelje Međunarodnog olimpijskog komiteta.

⁴⁶ Prema članu 3., stav 1., tačka 1. Zakona o sportu Republike Srbije

⁴⁷ Član 3., stav 1., tačka 2. Zakona o sportu Republike Srbije, čl. 18. Zakona o sportu Hrvatske, čl. 6. i čl. 7. Zakona o sportu Crne Gore, dok zakoni o sportu BiH i Slovenije ne regulišu ovo pitanje.

aktivnosti se mogu vršiti na organizovan i neorganizovan način, samostalno ili u grupi. Gotovo svaka aktivnost ili delatnost, pa bila ona i poslovnog, naučnog, marketinškog, savetodavnog ili organizacionog karaktera potpada pod pravo na sport. Na ovaj način se težilo da se oblast bavljenja sportom ne shvati usko i ograničeno, kao i da se omogućiti sportskim aktivistima i radnicima da njihovo pravo na bavljenje u sektoru sporta bude obuhvaćeno pravom na sport, a ne nekim drugim pravom, kao što su pravo na preduzetništvo, nauku ili tome slično.

Sa svega navedenog, smatramo da zaštitu u okvirima prava na sport uživa veliki broj lica koje na različite načine dolaze u dodir sa sportskim sektorom. Pod tim licima se podrazumevaju, kako fizička tako i pravna lica. Zakoni o sportu Srbije, Hrvatske, BiH, Crne Gore, Slovenije navode veliki broj pojedinaca i organizacija koji na neki način dolaze u vezu sa sportom, pa tako, između ostalih navode sportiste amatere, sportiste profesionalce, organizatore sportskih priredbi, nadležne nacionalni granske saveze, nadležni međunarodni granski savez, sportske ekipe i organizacije, pa čak i decu.⁴⁸ Autor rada smatra da sva ova lica, ukoliko bi im bilo onemogućeno da vrše bilo koju aktivnost vezanu sa Zakonom o sportom i drugim podzakonskim aktima, imaju pravo da se obrate nadležnom sudu radi povrede jednog od osnovnih ljudskih prava- prava na sport. Dakle, smatramo da pravo na sport obuhvata veoma širok dijapazon aktivnosti putem kojih se ovo pravo ovaploćuje.

6. Generacije ljudskih prava i pravo na sport

Još jedno važno pitanje za pravo na sport kao osnovno ljudsko pravo je pitanje kojoj generaciji ljudskih prava ono pripada? Poznato je da postoje tri generacije ljudskih prava, sa velikim doktrinarnim raspravama o četvorj generaciji ljudskih prava.⁴⁹ Od pomenutih, pod prvom generacijom ljudskih prava se podrazumevaju građanska i politička prava, pod drugom generacijom- socijalna, ekonomska i kulturna prava, pod trećom generacijom- kolektivna prava ili prava solidarnosti.

Budući da se garantovanjem prava na sport omogućiti ispoljavanje ličnosti, socijalizacija sa drugim ljudima i organizacijama, ispoljavanje

⁴⁸ V. čl. 3. Zakona o sportu Srbije, čl. 5. Zakona o sportu Hrvatske, odeljak 3. Zakona o sportu Crne Gore. Iako ne koriste sistematizovano, u smislu nabiranja subjekata u sportu, zakoni o sportu BiH i Slovenije kroz ceo zakon se bave sportskim subjektima, koji u potpunosti odgovaraju subjektima koja prva pomenuta 3 zakona nabrajaju.

⁴⁹ Za više o četiri generacije ljudskih prava vidi: A. Cornescu, "The Generations of Human's rights", in: *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, Masaryk University, Brno 2009. Određeni autori pominju i veći broj grupa ljudskih prava, pominjući i vifru od 8 grupa ljudskih prava. V. M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 127.

svog kulturnog i umetničkog pokreta, pormovisanje zdravlja, fer pleja, zdravstvenog, socijalnog i ekonomskog razvoja, o čemu govori i preambula Međunarodne povelje o fizikom obrazovanju, fizičkoj aktivnosti i sportu, to pravo na sport bez mnogo muke možemo svrstati u drugu generaciju ljudskih prava, među ostala ljudska prava koja se odnose na socijalna, ekonomska i kulturna pitanja.

Najvažniji međunarodni dokument kojim se određuju i uređuju ljudska prava druge generacije jeste Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.⁵⁰ Ovaj međunarodni dokument promovise sledeća ljudska prava: prava iz oblasti rada, pravo na socijalnu sigurnost, pravo na porodični život, pravo na odgovarajuće standarde života (pravo na hranu, pravo na vodu, pravo na dom), pravo na zdravlje, pravo na besplatno obrazovanje i pravo na učešće u kulturnom životu (pravo na nauku i kulturu, pravo na razvoj, pravo na javno učestvovanje). Iako se pravo na sport može delimično štititi pomenutim pravima, ono kao takvo nije našlo svoje mesto u ovom dokumentu, pri čemu ne treba izgubiti iz vida da je ovaj dokument nastao pre više od 50 godina, a da se pravo na sport javilo kasnije, kao novo ljudsko pravo. Zbog toga, smatramo da bi ovaj dokument trebao biti revidiran u smislu širenja svojih odredaba i na pravo na sport.

7. Zaštita prava na sport

Po prirodi stvari, zaštita prava na sport bi trebala da bude jednaka pravnoj zaštiti koja se pruža ostalim ljudskim pravima. Međutim, kako je pravo na sport tek u svom razvoju, tako manjka i sudske prakse na ovu temu. Razloga za ovakvu pojavu je nekoliko. Prvo, pravo na sport se još ne doživljava kao pravo koje bi trebalo štititi kao takvo, već se sudska zaštita ostvaruje preko nekih drugih ljudskih prava. Slikovit primer jeste praksa Evropskog suda za ljudska prava i prava na sport. Tako, određeni slučajevi koji su se pojavljivali pred, a koji su vezani za posrt, najčešće posredno su dobijali zaštitu pomoću drugih ljudskih prava. Tako, pravo na sport se u praksi suda vezivalo za neka od sledećih ljudskih prava: pravo na jednakost, pravo na pravično suđenje⁵¹, pravo na poštovanje privatnosti, poštovanje porodičnog života i doma⁵², slobodu savesti, misli i veroispovesti⁵³, itd. Slična je situacija i sa praksom Sportskog suda za

⁵⁰ Ovaj Pakt je usvojen rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200A (XXI) od 16. Decembra 1966. Godine. U Republici Srbiji na snazi je od 3. Januara 1976. Godine, u skladu sa čl. 27. Sl. list SFRJ (Međunarodni ugovori), br. 7/1971.

⁵¹ Case of *Fc Mretebi v. Georgia* (Application no. 38736/04), final on 30.01.2008., kao i *Liga Portuguesa de Futebol Profissional v. Portugal*, ECHR 189 (2012), 27.04.2012.

⁵² *Friend and Others v. the United Kingdom* (Application no. 16072/06).

⁵³ *Kervanci v. France* - 31645/04.

arbitražu u Lozani.⁵⁴ Primećujemo da međunarodni sudovi i institucije nisu imale susret sa određenim zahtevima koji bi se ticali konkretno prava na sport. Sport je zastupljen u slučajevima koji se pred njih iznose, ali pre svega u sadejstvu sa nekim drugim ljudskim pravima. Takvo stanje postoji i u domaćoj sudskoj praksi, gde se zaštita prava na sport, tačnije nekih pojava oblika ovog prava, štiti u okvirima drugih grana prava.

Međutim, kako je pravo na sport osnovno ljudsko pravo i kao takvo zagarantovano međunarodnim sporazumima i domaćim zakonima, smatramo da bi zaštita ovog prava bila, u potencijalnim slučajevima, potpuno opravdana i moguća. U materiji naknade, kako materijalne, tako i nematerijalne štete, preko osporavanja zakonitosti različitih rešenja koja donose sportske organizacije kao upravni organi, pa sve do materije krivičnopravne zaštite mogućih povreda u sportu. Još jednom se potvrđuje da pravo na sport predstavlja jedno holističko ljudsko pravo, koje podrazumeva različite načine i metode delovanja u sektoru sporta, pa samim tim i moguću zaštitu, na način kako se pruža zaštita drugim klasičnim ljudskim pravima, kao što su npr. pravo na pravično suđenje ili pravo na slobodno kretanje.

8. Zaključna razmatranja

Analizom međunarodnih i unutrašnjih izvora prava došli smo do zaključka da pravo na sport predstavlja osnovno ljudsko pravo. Ovo ljudsko pravo je tvorevina novih tendencija i razvijanja građanske demokratije, socijalne države i uređenog društva, iako sport kao fenomen postoji još od davnina. Značaj ovog prava oslikava se preko broja aktera koji uzimaju učešće u sektoru sporta i koji svojim aktivnostima svakodnevno povećavaju potrebu za pravnom regulativom koja će štiti pravo na sport.

Pravo na sport štiti različite aktivnosti u sektoru sporta, od amaterskog do profesionalnog sporta, preko fizičke aktivnost dece u obrazovnom sektoru koji je neraskidivo vezan sa sportom, pa sve do autonomne regulative sportskih organizacija i sportskih saveza koji se osnivaju na unutrašnjem, ali i na međunarodnom planu. Ovim pravom teži se postizanje jednakosti u društvu, razvijanja ličnosti, podsticanja socijalizacije, ispoljavanje umetničkog i kulturnog identiteta. Iako se pravo na sport može shvatiti samo kao emanacija nekih drugih ljudskih prava, za koja možemo reći da su se već ustalila kao „klasična“, ono zapravo predstavlja jedan korak dalje u zaštiti ljudi i njihovih prava. Tako se pravo na sport može smatrati vidom ostvarivanja prava na ličnost,

⁵⁴ Pristup jurisprudenciji je dostupan na: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Help/Home.aspx>, 11.04.2017.

prava na slobodu ili čak prava na život. Sa druge strane, može se braniti stanovište aposlutne autonomije područija koje pravo sport obuhvata i da ono predstavlja jedino pravo koje štiti sve aktivnosti u vezi sa sportom.

Istina je naravno negde na sredini. Pravo na sport je međunarodnim pravnim dokumentima i u nekim slučajevima unutrašnjim pravnim dokumentima označen kao osnovno ljudsko pravo, čime je on stao rame uz rame sa drugim osnovnim ljudskim pravima. Međutim, posmatrati oblast sporta potpuno nezavisno u odnosu na druga ljudska prava predstavljalo bi necelishodno stanovište koje ne bi doprinelo razlogu njegovog postojanja. Razlog postojanja prava na sport leži u svakodnevnom bavljenju fizičkim aktivnostima od strane mnogih ljudi, potrebi slobodnog i zdravog sporta koji će nastaviti da predstavlja sektor koji podstiče kulturni i socijalni napredak. Takođe, sa sportom su povezane i mnoge druge oblasti društvenog života, kao što su medicina, pravo, marketing, itd. Sva lica koja deluju u ovim oblastima imaju potrebu da budu zaštićena, jer sport pokušava da očuva svoju prirodu i ne bude posmatran potupnu komercijalizovan kao druge trgovinske delatnosti.

Stoga, pravo na sport predstavlja jedno opšte i osnovno ljudsko pravo, čiji je domet izuzetno širok i kao takav potreban izgradnji pravnih sistema i normalnih uslova života, što predstavlja osnovni cilj postojanja prava. Zbog svega navedenog, potrebno je dodatno razrađivati pravne izvore vezane za sektor sporta i naučno pristupati ovom pravu kako bi se spoznale sve dubine i visine obuhvatnosti pravne zaštite koju ono pruža. Ovaj rad predstavlja podsticaj za taj napor koji će biti neophodan u borbi za opstanak sporta kakvog danas poznajemo.

Stefan Andonović

External associate of the Institute for Comparative Law in Belgrade and PhD studies scholar of the Ministry of Education, Science and Technological Development

THE RIGHT TO SPORT AS A HUMAN RIGHT

Summary

This paper examines the question of the legal nature of the right to sport. Furthermore, it explores the right to sport as a human right. Sport represents a global phenomenon that attracts the attention of a great number of people and has become an important factor of human life that

deserves deeper legal analysis. This paper starts from the definition of the sport and its role in the society. The main premise is that the right to sport represents the human right and as such exists in the international legal system. The author uses a comparative legal analysis to explore the existence of the right to sport in several European countries, with a particular interpretation of international legal framework of sport. The elements that comprise the right to sport are also analyzed. At the end of the paper, the issue of protecting the right to sport as a human right is also examined.

Keywords: sport, the right to sport, human rights, protection of the right to sport.

Doc.dr.sc. Tunjica Petrašević¹
Doc.dr.sc. Dunja Duić²
Ena Buljan, mag.iur.³

Pregledni naučni rad
UDK 347.62-055.3 (4-672 EU):(497.5)

PRAVA ISTOSPOLNIH ZAJEDNICA U EUROPSKOJ UNIJI S POSEBNIM OSVRTOM NA REPUBLIKU HRVATSKU

Apstrakt

Jedna od aktualnih i kontroverznih tema 21. stoljeća je zahtjev za legalizacijom istospolnih zajednica, odnosno pitanje pružanja jednakog tretmana heteroseksualnim i homoseksualnim osobama, drugim riječima zabrana diskriminacije temeljem seksualne orijentacije. Trenutno se u državama članicama Europske Unije (dalje: EU) vode brojne rasprave o tome trebaju li se u nacionalna zakonodavstva uvesti zakonske norme koje omogućavaju stupanje u brak istospolnim partnerima, a upravo je institut istospolnog braka najveći doseg prava za istospolne zajednice. Regulacija prava istospolnih zajednica u EU je vrlo raznolika. Pojedine države članice EU u svojim nacionalnim zakonodavstvima još uvijek nisu uopće pravno regulirale istospolne zajednice što znači da iste ne mogu ostvarivati nikakva prava jer njihova zajednica zakonski ne postoji.

Cilj ovoga rada je pružiti preciznije spoznaje o vrijednostima istospolnih zajednica i preciznija saznanja o pravnom uređenju istospolnih zajednica na području cijele EU, pri čemu će se poseban osvrt staviti na Republiku Hrvatsku. Također je u cilju istraživanja daljnjeg napretka u ostvarivanju legalizacije i globalne liberalizacije istospolnih zajednica na razini EU nužno proučiti stav i praksu Suda EU.

Ključne riječi: istospolna zajednica, istospolni brak, EU, Republika Hrvatska, Sud EU

¹ Docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, e-mail: tpetrase@pravos.hr.

² Docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, e-mail: dduic@pravos.hr.

³ Polaznica doktorskog studija prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, e-mail: buljan.ena@gmail.com.

1. Uvod

Društvo i odnosi među ljudima su u konstantnoj mijeni, a zakonodavstvo mora popratiti modifikacije suvremenog društva. Jedna od aktualnih i kontroverznih tema 21. stoljeća je zahtjev za legalizacijom istospolnih zajednica, odnosno pitanje pružanja jednakog tretmana heteroseksualnim i homoseksualnim osobama, drugim riječima zabrana diskriminacije temeljem seksualne orijentacije.

Trenutno se u državama članicama Europske Unije (dalje: EU) vode brojne rasprave o tome trebaju li se u nacionalna zakonodavstva uvesti zakonske norme koje omogućavaju stupanje u brak istospolnim partnerima, a upravo je institut istospolnog braka najveći doseg prava za istospolne zajednice. Regulacija prava istospolnih zajednica u EU je vrlo raznolika. Pojedine države članice EU u svojim nacionalnim zakonodavstvima još uvijek nisu uopće pravno regulirale istospolne zajednice što znači da iste ne mogu ostvarivati nikakva prava jer njihova zajednica zakonski ne postoji. Nameće se pitanje ima li EU ovlast nametnuti istospolni brak državama članicama? Uređenje obiteljskog prava, pa samim time i prava istospolnih zajednica, ostavljeno je u nadležnost zakonodavcu pojedine države članice, a one prava istospolnih zajednica, kao smo već konstatali, uređuju na različite načine. Posljedica toga je "kolizija" zakonodavstava država članica, različita sudska i administrativna praksa, te kao posljedica toga, različita razina zaštite prava istospolnih zajednica. Problem nastaje u slučaju mobilnosti istospolnih parova jer postoji mogućnost da iako su sklopili zakonski valjan brak ili registrirano partnerstvo u jednoj državi članici EU, to isto im se preseljenjem u drugu državu ne priznaje, točnije ne posjeduju više prava koja su ostvarivali, a njihova donedavno zakonski priznata zajednica jednostavno prestaje postojati.

Cilj ovoga rada je pružiti preciznije spoznaje o vrijednostima istospolnih zajednica i preciznija saznanja o pravnom uređenju istospolnih zajednica na području cijele EU, pri čemu će se poseban osvrt staviti na Republiku Hrvatsku. Također je u cilju istraživanja daljnjeg napretka u ostvarivanju legalizacije i globalne liberalizacije istospolnih zajednica na razini EU nužno proučiti stav i praksu Suda EU.

U prvom dijelu rada ćemo opisati homoseksualnost kao seksualnu orijentaciju i definirati temeljne pojmove kao što su: LGBTIQ i istospolne zajednice. U drugom dijelu rada donosimo pravni okvir istospolnih zajednica u pravu EU pri čemu ćemo napraviti osvrt na dva temeljna oblika istospolnih zajednica u državama članicama EU: registrirano partnerstvo i istospolni brak. U trećem dijelu rada dati ćemo pravni okvir istospolnih zajednica u pravnom poretku Republike Hrvatske. U četvrtom dijelu rada analiziramo praksu Suda EU, te se konačno daju zaključne napomene.

2. Pojam: homoseksualnost, LGBTIQ i istospolna zajednica

Homoseksualnost predstavlja fizičku, seksualnu, emocionalnu i duhovnu privlačnost prema osobi istoga spola⁴. Različiti su stavovi oko uzroka homoseksualnosti kao seksualne orijentacije. Neki tvrde da je homoseksualnost urođena, drugi pak da je stvar osobnog izbora, a treći da je to kombinacija osobnog izbora i urođenosti. U društvu su i dalje prisutni stavovi da se radi o bolesti ili u najmanju ruku o nastranosti, nečemu neprirodnom u ljudskom društvu. Što se tiče stava religija o ovome pitanju, većina religija smatra da je to grijeh, pri čemu polaze od pretpostavke da se homoseksualno orijentirane osobe svjesno upuštaju u grijeh jer također dijele stav da je ista osobni izbor pojedinca. U nastavku donosimo definiciju pojma LGBTIQ, a potom ćemo definirati pojam istospolnih zajednica.

LGBTIQ (lezbijke, gejevi, biseksualne osobe, transrodne osobe, interseksualne osobe i *queer*⁵ osobe, u daljnjem tekstu: LGBT) je kratica koja predstavlja osnovni pojam za sve identitete koji proizlaze iz spola i roda. Prihvatila ju je većina aktivističkih grupa. LGBT populacija ne traži zapravo nikakva „posebna“ prava, već zahtijeva posjedovanje istih prava što ih imaju osobe heteroseksualne orijentacije, te zaštitu građanskih, političkih, ekonomskih i društvenih prava koja su im u praksi često uskraćena na osnovi seksualne orijentacije.⁶

LGBT prava su u Europskoj uniji zaštićena pravom EU. Istospolna seksualna aktivnost je legalna u svima državama članicama, te je diskriminacija pri zapošljavanju homoseksualnih osoba zabranjena od 2000.g.⁷ Međutim, članice imaju različite zakone kada su u pitanju ostala prava⁸ homoseksualnih osoba jer na nacionalnoj razini donose zakone koji uređuju i legaliziraju istospolne zajednice.

Istospolna zajednica je zakonski ili neformalno priznato partnerstvo između istospolnih partnera, tj. osoba istog spola. Iako je kroz povijest bilo govora o zakonskom priznavanju istospolnih zajednica tek pred kraj 20-og stoljeća su se pojavila prva zakonska rješenja istih, a od tada je učinjen veliki napredak. Naš stari Zakon o istospolnim zajednicama je imao slijedeću definiciju:

⁴ R. Borić, *Pojmovnik rodne terminologije prema standardima Europske unije*, Ured za ravnopravnost spolova Vlade RH, Centar za ženske studije, Biblioteka ONA, Zagreb 2007., 30.

⁵ *Queer* je skupni izraz za heteroseksualne osobe koje žive život izvan okvira heteroseksualnih normi patrijahalnog društva i za cijelu zajednicu homoseksualnih, biseksualnih, transrodnih i interseksualnih osoba.

⁶ R. Borić, 38.

⁷ Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27.11.2000.g. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja.

⁸ Pod ostalim pravima mislimo na pravo na roditeljstvo i posvajanje djece, pravo na nasljeđivanje i pravo na uzdržavanje.

„Istospolna zajednica, u smislu ovoga Zakona, je životna zajednica dviju osoba istog spola (u daljnjem tekstu: partner/ica) koje nisu u braku, izvanbračnoj ili drugoj istospolnoj zajednici, a koja traje najmanje tri godine, te koja se temelji na načelima ravnopravnosti partnera, međusobnog poštovanja i pomaganja, te emotivnoj vezanosti partnera.“⁹

Razvojem svijesti o pravu na različitost i individualnost svake osobe kao i na zaštitu njezinih ljudskih prava, na međunarodnoj i nacionalnoj razini postupno se poboljšava pravni položaj osoba istospolne orijentacije, te se ovisno o pojedinoj državi članici nalazi negdje u rasponu od zaštite od diskriminacije do priznavanja gotovo svih prava kao i heteroseksualnim osobama¹⁰.

U kakvom će obliku istospolna zajednica biti priznata u pojedinoj državi članici i hoće li proizvoditi određene pravne učinke ovisi o stavu zakonodavca i društvu pojedine države članice EU. Tako da trenutačno na području EU u svezi priznavanja prava istospolnim partnerima s jedne strane imamo pravna uređenja koja su u svojim zakonodavstvima dozvolila i pravno regulirala institut istospolnog braka ili su barem omogućila sklapanje registriranog partnerstva, a s druge strane postoje države članice EU koje i dalje ne donose nikakve zakonske odredbe koje bi istospolnim partnerima omogućile mogućnost pravnog ozakonjenja njihove zajednice i koje su slijedom navedenoga u pojedinim državama članicama pravno nepostojeće.

3. Pravni okvir istospolnih zajednica u pravu EU

Kako smo već ranije konstatirali, regulacija prava istospolnih zajednica u EU je vrlo raznolika. Nameće se pitanje kakve ovlasti ima EU po pitanju regulacije prava istospolnih zajednica i može li EU nametnuti istospolni brak državama članicama? Uređenje obiteljskog prava, pa samim time i prava istospolnih zajednica, ostavljeno je u nadležnost zakonodavcu pojedine države članice. Unija nema nadležnost regulirati istospolne zajednice i stvoriti jedinstveni zajednički okvir za sve države članice. Posljedica toga je „kolizija“ zakonodavstava država članica, različita sudska i administrativna praksa, te različita razina zaštite prava istospolnih zajednica. Jedna od četiri temeljne tržišne slobode je sloboda kretanja ljudi. Problem nastaje u slučaju mobilnosti istospolnih parova jer postoji mogućnost da iako su sklopili zakonski valjan brak ili registrirano partnerstvo u jednoj državi članici EU, to isto im se preseljenjem u drugu državu ne priznaje.

S obzirom na navedeno, kako bi se vodilo računa o raznovrsnosti nacionalnih propisa o braku, članak 9. Povelje o temeljnim pravima

⁹ Vidi čl. 2. Zakona o istospolnim zajednicama, *Narodne novine*, br. 116/2003; Drakulić Ljiljana, *Istospolne zajednice u Hrvatskoj – pravo na jednakost i pravo na različitost*, 2010., <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/Topical.aspx?id=6166>, 26.08.2016.

¹⁰ *Ibid.*

Europske unije poziva se na domaće zakonodavstvo jer u njemu stoji da pravo na brak i osnivanje obitelji mora biti zajamčeno u skladu s nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje tih prava. Budući da ta odredba ne sadrži izričitu formulaciju „muškarac i žena“ može se reći da na europskoj razini ne postoji prepreka za priznavanje istospolnih odnosa u kontekstu braka, ali jasno je da ne postoji ni izričiti zahtjev da nacionalni zakoni omoguće takve brakove.¹¹ Ipak, čl 21 (2) Povelje o temeljnim pravima Europske unije propisuje zabranu se svaka diskriminacija na osnovi spolne orijentacije.¹² Uz to treba istaknuti i važnost članka 19 UFEU koji je pridonio razvoju sekundarnog EU zakonodavstva koji štiti LGBT prava u kontekstu zapošljavanja.

Prava istospolnih zajednica u EU ovise o nacionalnom pravu pojedine države članice, no unatoč tome postoje akti koji štite LGBT osobe na razini EU. Treba izdvojiti dvije najvažnije direktive koje se odnose na slobodno kretanje radnika: Direktiva Europskog Vijeća 2003/86/EC od 22. rujna 2003. o pravu na spajanje obitelji regulira uvjete za ostvarivanje prava na spajanje obitelji građana trećih zemalja koji legalno borave u zemljama članicama i Direktiva 2004/58/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. koja regulira prava građana Unije i članova njihovih obitelji da se presele i žive slobodno na području država članica. Međutim, Direktive ne stvaraju obvezu priznavanja registriranih partnerstva, obveze iz Direktiva su nejasne i odnose se jednako na istospolne parove i parove suprotnog spola.¹³ Također države članice su na različite načine implementirale ove Direktive.¹⁴ O ovim spornim pitanjima slobodno kretanje radnika i njihovih registriranih partnera će biti više govora u poglavlju koje govori o sudskoj praksi Suda EU.

Možemo zaključiti da broj država članica EU koje pravno prepoznaju istospolne parove raste, te se samim time kreira područje zakonodavstva EU koje priznaje nevjenčane partnere bilo koje spolne kombinacije. Rezultat je široki raspon legalnih oblika obitelji (osim braka) koji se koriste u procesu priznavanja i svaki za sobom povlači vlastite manje ili više ograničene skupove prava i obveza.¹⁵ Dugo vremena na području cijele Europe za

¹¹ S. Barić, S. Vincan, „Ustavnopravno načelo jednakosti i pravno uređenje istospolnih zajednica“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 50, 1/2013, 103.

¹² Čl. 21(1) Povelja o temeljnim pravima EU.

¹³ A. Tryfonidou, „Free Movement Law and the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition“, *Columbia Journal of European Law*, 21, 2014.

¹⁴ Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU – Comparative legal analysis – Update 2015, 81–85, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/lgbt-comparative-legal-update-2015>, 19.07.2017. (Prema izvješću najmanje devetnaest od sadašnje dvadeset i osam EU država članica osiguravaju prava za istospolne supružnike i / ili partnera).

¹⁵ K. Waaldijk, „Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe“, u: *Equality and human rights: nothing but trouble* (eds. M. van den Brink, S. Burri, J. Goldschmidt), Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht 2015., 223.

partnere je jedini dozvoljeni oblik obitelji bio brak, brak između partnera različitog spola. Ipak, kroz zadnja četiri desetljeća se stvaraju novi legalni oblici obitelji, te bivaju mogući za parove osoba istog i različitog spola. Neki od primjera navedenih oblika su zajedničko domaćinstvo (eng. *joint household*), registrirano partnerstvo (eng. *registered partnership*), civilno partnerstvo (eng. *civil partnership*), pravna kohabitacija (eng. *legal cohabitation*), *de facto* unija (eng. *de facto union*) i sl. Unatoč nedostatku ujednačenosti između nacionalnih zakonodavstava država članica čini se da slika Europe u usporedbi sa proteklim godinama postaje sve manje različita.¹⁶

U nastavku ćemo analizirati pravne sustave odabranih država članica kako bi izvukli određene zaključke o položaju istospolnih zajednica u EU.

3.1. Registrirano partnerstvo u državama članicama Europske Unije

U svezi sa pravnim učincima istospolnih zajednica, može se reći kako se države članice mogu svrstati u jednu od pet skupina. Prvu skupinu čine one države u kojima osobe istog spola mogu sklopiti brak jednako kao i osobe različitog spola. Drugu skupinu čine države u kojima istospolni partneri ne mogu sklapati brak, no mogu u formalnom obliku sklopiti svoju istospolnu zajednicu i ona će imati učinke vrlo bliske onima koje ima brak. U sljedeću skupinu ulaze države u kojima nije moguće formalno sklopiti istospolnu zajednicu, no ipak se i *de facto* istospolnim zajednicama daju neki ograničeni pravni učinci koje ima izvanbračna zajednica i brak. Četvrtu skupinu čine države u kojima se događaju promjene u smjeru priznavanja većih prava istospolnim partnerima, te peta skupina država, su države u kojima zajednice istospolnih partnera nemaju nikakve pravne učinke, te su vrlo često istospolni partneri izloženi teškoj diskriminaciji.¹⁷

Za vrijeme dok je u Republici Hrvatskoj na snazi bio stari Zakon o istospolnim zajednicama iz 2003. g., zbog same činjenice da je postojao zakon koji je regulirao istospolne zajednice, te s obzirom na odredbe toga zakona, jasno je da je tada Hrvatska ulazila u treću skupinu država – one u kojima istospolne zajednice imaju određene pravne učinke, no istospolnim partnerima se ne daje niti mogućnost sklapanja braka niti formalnog sklapanja istospolne zajednice.¹⁸

Stupanjem na snagu Zakona o životnom partnerstvu 2014. g. Republika Hrvatska se uvrstila u države koje omogućavaju istospolnim partnerima

¹⁶ *Ibid.*, 224.

¹⁷ I. Schwenzer, „Convergence and Divergence in the Law on Same-sex Partnerships, Convergence and Divergence of Family Law in Europe“, u: *Convergence and Divergence of Family Law in Europe* (ed. M. Antokolskaia), Intersentia, 2007., 146.

¹⁸ D. Klasiček, „Zakonsko nasljeđivanje istospolnih partnera u Republici Hrvatskoj u postojećem zakonskom okviru“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 34, 2/2013., 965.

da sklope životno partnerstvo. S obzirom na navedeno, u ovom dijelu rada posvetiti ćemo se drugoj skupini država, a to su one koje još uvijek nisu legalizirale istospolni brak, ali su ipak istospolnim partnerima omogućile formalno sklapanje istospolne zajednice, a to je registrirano partnerstvo.

Registrirano partnerstvo se može definirati kao zajednica života osoba istog ili različitog spola koje nisu u braku ili drugoj životnoj zajednici.¹⁹ U ovom radu ćemo se fokusirati na istospolne partnere. Bitna obilježja navedene zajednice su da partneri žive u intimnoj ekonomskoj vezi i da ista zajednica počinje proizvoditi pravne učinke izjavom volja pred nadležnim organom, te je od toga trenutka registrirana i pravno priznata na način kako to zakonodavstvo određene države članice predviđa. Iz razloga što institut registriranog partnerstva nije u svakoj pojedinoj državi članici EU uređen na isti način, ponegdje se uređuje zakonom, a poneke članice dopuštaju mogućnost sklapanja ugovora. Također, problemi koji se javljaju u području registriranih partnerstava su veliki, a uključuju pitanja mogućnosti sklapanja registriranih partnerstva u pojedinoj državi članici, opsega prava koja iz istog proizlaze, te hoće li druga država članica EU priznavati to registrirano partnerstvo.

Većina država članica je način nastanka i uvjete postojanja registriranog partnerstva izjednačila s odredbama koje uređuju bračne zajednice. Usvojivši 1989.g. Zakon o registriranom partnerstvu Danska je postala prva država koja je u svoje zakonodavstvo uvela institut registriranog partnerstva, prema kojem je istospolnim partnerima omogućeno sklopiti zajednicu života koja proizvodi pravne učinke. U istom smjeru legalizacije registriranih partnerstava i priznavanja prava istospolnim partnerima, nakon Danske, krenule su i Švedska (1994.), Nizozemska (1997.), Španjolska (1998.), Belgija (1999.), Francuska (1999.), Portugal (2001.), Njemačka (2001.), Finska (2001.), Luksemburg (2004.), Velika Britanija (2004.), Slovenija (2005.), Češka (2006.), Mađarska (2009.), Irska (2010.), Austrija (2010.), Hrvatska (2014.), Malta (2014.), Grčka (2015.), Cipar (2015.), Estonija (2016.), te Italija (2016.)²⁰. Pojedine države članice EU su nakon legalizacije istospolnog braka ukinule registrirana partnerstva.

Uređujući imovinske odnose među registriranim partnerima većina država članica EU upućuje na zakonske odredbe koje uređuju iste među bračnim partnerima. U slučaju Republike Hrvatske, životni partneri mogu imati partnersku stečevinu i vlastitu imovinu. Na navedeno se primjenjuju rješenja iz Obiteljskog zakona koja se odnose na bračnu stečevinu. Životni

¹⁹ B. Krešić, *Zajednice života osoba istog spola u pravu zemalja EU*, Sarajevski otvoreni centar, Sarajevo 2015., 99.

²⁰ Britannica, Same-sex marriage around the world, <https://www.britannica.com/topic/same-sex-marriage#toc297960>, 11.07.2017.

partneri su u jednakim dijelovima suvlasnici u partnerskoj stečevini, ako nije drukčije dogovoreno²¹.

Roditeljstvo i posvajanje djece od strane istospolnih partnera je puno kontroverznija tema od samog zakonskog priznavanja istospolnih zajednica, iako se danas i na tom području mogu primijetiti značajne promjene u stavovima. Znanstvena istraživanja uglavnom skladno pokazuju da su homoseksualni roditelji jednako sposobni kao i heteroseksualni, te da su njihova djeca jednako psihološki zdrava i prilagođena kao i djeca koju su odgajali heteroseksualni roditelji²². Samo neke od članica EU omogućavaju roditeljstvo istospolnim partnerima, i to: Belgija, Danska, Finska, Francuska, Njemačka, Nizozemska, Slovenija, Španjolska, Švedska, Irska i Austrija²³.

Životni partneri u Hrvatskoj ne mogu posvojiti dijete, ali životni partner roditelja djeteta može ostvarivati roditeljsku ili partnersku skrb. Partnerska skrb je oblik skrbi za maloljetno dijete koji može pružiti životni partner nakon smrti životnog partnera roditelja djeteta, a iznimno i za života životnog partnera roditelja djeteta, ako drugi roditelj nije poznat ili ako mu je oduzeta roditeljska skrb zbog zlostavljanja djeteta. Na osnovu odluke suda o partnerskoj skrbi nad maloljetnim djetetom partner-staratelj djeteta stječe roditeljsku skrb, te sva prava i obveze koja iz toga proizlaze²⁴. Također se i na odredbe koje uređuju pitanje nasljeđivanja i uzdržavanja u registriranim partnerstvima u većini država članica EU primjenjuju se odredbe kojima se ista pitanja uređuju u bračnom pravu.

S obzirom da je Nizozemska prva država članica EU koja je 2001.g. legalizirala istospolni brak, i da je navedeno bilo prije 15-ak godina, što u pravnom razvoju i nije tako dug period, možemo zaključiti da su pravni sustavi država članica EU u vrlo kratkom vremenu učinili veliki napredak u pružanju prava istospolnim partnerima. Očito je da registrirana partnerstva nisu savršeno pravno rješenje za uređenje prava istospolnih zajednica, ali su definitivno odraz dobrog napretka ka putu pružanja sve većeg spektra prava istospolnim zajednicama i ona su svakako odskok od pravnih poredaka koji pravno ne reguliraju niti priznaju ikakva prava istospolnim partnerima, stoga smatramo da je pozitivna strana što se povećava tendencija ka legalizaciji i samog istospolnog braka jer navedeno

²¹ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, *Narodne novine*, br. 92/14, čl. 50. i čl. 51. st. 2.

²² Canadian Psychological Association, Marriage of Same-Sex Couples, Position Statement, 2006., https://www.google.hr/url?sa=t&rci=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjzt0navJ7PAhXG1BoKHX3PDPUQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cpa.ca%2Fcpasite%2FUserFiles%2FDocuments%2FPractice_Page%2FMarriage_SameSex_Couples_PositionStatement.pdf&usg=AFQjCNHcrjTe7Vb0tvRmKWEIqYim5oFgag&sig2=nxK2C9aNKiv542IyRBvcw; 29.08.2016.

²³ Tportal.hr/CroL.hr, Austrija dozvolila usvajanje djece istospolnim partnerima, 2013., <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/austrija-dozvolila-usvajanje-djece-istospolnim-partnerima-20130801,08.07.2017>.

²⁴ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, čl. 44. i čl. 48.

upravo dokazuje da istospolne zajednice za pojedine države članice EU više nisu pravno nepostojeće, te ostaje nada da će u budućnosti istospolnim partnerima omogućiti i sklapanje istospolnog braka i time postići potpuno izjednačavanje homoseksualnih i heteroseksualnih partnera.

3.2. Istospolni brak u državama članicama Europske Unije

Brak, koji je sve do nedavno smatran jedinom osnovom obitelji, iako još uvijek zadržava najviše mjesto na ljestvici društvenih vrijednosti, u svojem pojavnom obliku u Europi u većoj mjeri, a u Republici Hrvatskoj u manjoj mjeri, ustupa mjesto neformalnim životnim zajednicama, a njegovo heteroseksualno obilježje kontinuirano slabi od uvođenja istospolnog braka²⁵. Nizozemska je prva koja je dopustila sklapanje braka osobama istog spola još 01. travnja 2001. g., te je odstupila od tradicionalnog shvaćanja da je brak namijenjen isključivo osobama različitog spola²⁶. Nakon Nizozemske brak kao zajednica života osoba istog spola normiran je i u Belgiji (2003.), Španjolskoj (2005.), Švedskoj (2009.), Portugalu (2010.), Danskoj (2012.), Francuskoj (2013.), Velikoj Britaniji (2014.), Luxembourgu (2015.), Irskoj (2015.), Finskoj (2017.) i Njemačkoj (2017.) Zanimljivo je da je Irska kao tradicionalna katolička zemlja također prihvatila istospolni brak i to reformom Ustava na osnovi referendumskog izjašnjavanja građana gdje je 62,1% građana glasalo ‘za’²⁷. U Sloveniji je 2015.g. Parlament prihvatio Zakon o bračnoj zajednici i obiteljskim odnosima kojim se predviđalo da se homoseksualni parovi mogu vjenčati pred matičarom, jedno drugoga nasljeđivati i posvajati djecu²⁸. No, zakon nije stupio na snagu jer Slovenci na referendumu isti odbacuju. U Njemačkoj je 30. lipnja 2017.g. legaliziran istospolni brak. Iako je prijedlog prošao velikom većinom, A. Merkel je glasovala protiv legalizacije, izjavivši kako osobno smatra da je brak zajednica muškarca i žene, ali kako se nada da će spomenuti zakon donijeti „socijalnu koheziju i mir“²⁹.

²⁵ A. Korać Graovac, „Brak i obitelj kao vrijednost u hrvatskom pravnom sustavu“, *Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Bogoslovska smotra*, 2015., 800.

²⁶ A. Korać, „Ljudska prava i pravno uređenje istospolnih zajednica u domaćem zakonodavstvu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3-4/2005., 802.

²⁷ M. Knežević, V. Radić, Irska na referendumu ozakonila gay brakove i time ispisala povijest, 2015, <http://www.telegram.hr/politika-kriminal/cini-se-da-su-irci-na-referendumu-velikom-vecinom-rekli-da-gay-brakovima/>, 28.08.2016.

²⁸ Hina, Tportal, Slovenija legalizirala istospolne brakove, 2015, <http://www.tportal.hr/vijesti/svijet/372099/Slovenija-legalizirala-istospolne-brakove.html>, 30.08.2016.

²⁹ J. Vonberg, L. Smith-Spark, German lawmakers vote to legalize same-sex marriage; Merkel votes no, 2017, <http://edition.cnn.com/2017/06/30/europe/germany-gay-marriage-vote/index.html>, 11.07.2017.

Obiteljsko pravo i definicija braka ostaju u isključivoj nadležnosti pojedinih država članica. EU u navedenom području nema učinkovitu moć, nego „meku“ snagu. Europski parlament se zalaže da se donese krovni zakonski „kišobran“ Unije kojim bi se zaštitile istospolne zajednice u svim članicama.³⁰ Slijedom na navedeno, pojedine države i dalje pravno ne priznaju nikakav formalni ili neformalni oblik istospolne zajednice (Poljska, Slovačka, Latvija, Litva, Rumunjska i Bugarska³¹) niti istospolni brak. Neke članice su brak definirale ustavom, kao zajednicu muškarca i žene, i time institutu istospolnog braka u svome nacionalnom zakonodavstvu postavile eksplicitnu ustavnu zabranu (Poljska, Mađarska, Bugarska, Latvija, Litva, Hrvatska i Slovačka³²), te njome izravno diskriminirale mogućnost za zakonskim uređenjem istospolnog braka.

Zaključno o pravu istospolnih zajednica u EU je da pojedine države članice zakonski priznaju istospolni brak ilibarem registrirano partnerstvo, dok druge i dalje ne. Situacija je takva da čak i one države koje imaju pravno uređenje za istospolne zajednice isto ne uređuju podjednako. Sama definicija pojma „bračni supružnici“ je od jedne do druge države različita. Stoga smo mišljenja da će zakonodavac EU i Sud EU zasigurno u konačnici biti primorani riješiti spor oko istoga jer je rezultat navedenoga učestala diskriminacija prava istospolnih zajednica s obzirom da istospolni parovi preseljenjem unutar EU ne ostvaruju ista prava, što je suprotno s jednom od temeljnih sloboda EU, a to je sloboda kretanja osoba.

4. Prava istospolnih partnerau Republici Hrvatskoj

Svrha je svakog pravnog poretka organizirati stabilan i miran suživot ljudi u bilo kojoj društveno-političkoj zajednici, uz poštivanje određenih temeljnih materijalnih i formalnih vrijednosti, dok pravni poretki modernih demokracija kao svoju temeljnu vrijednost postavljaju prava osoba-pojedinaca i sam smisao takvih poredaka je stvaranje adekvatne društvene sredine za potpuni i slobodan razvoj svakog pojedinca³³. U Republici Hrvatskoj prava LGBT osoba štiti Ustav RH tako što svakom jamči jednakost pred zakonom,

³⁰ D. Conor, A. Šubić, EU o istospolnim zajednicama: „Na državama je da odluče“, 2013., <http://www.dw.com/hr/eu-o-istospolnim-zajednicama-na-dr%C5%BEavama-je-da-odlu%C4%8De/a-17265763>, 08.07.2017.

³¹ Europa.eu, Civilna i registrirana partnerstva, 2017., http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_hr.htm, 08.07.2017.

³² S. Veljković, Samo pet od 28 država EU ima definiciju braka u ustavu, 2013., <https://www.vecernji.hr/vijesti/samo-pet-od-28-drzava-eu-ima-definiciju-braka-u-ustavu-902495>, 08.07.2017.; Tportal.hr/CroL.hr, 2014., <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/slovačka-ustavom-zabranila-istospolne-brakove-20140605>, 08.07.2017.; S. Tomašević, Hrvatska zabranila homoseksualne brakove, 2013., <https://www.vecernji.hr/vijesti/hrvatska-zabranila-homoseksualne-brakove-906256>, 08.07.2017.

³³ S. Barić, S. Vincan, 82.

te osobne i političke slobode i prava³⁴. Načelo jednakosti, definirano kao „jednaka prava i slobode pred zakonom“, jedno je od 12 posebno navedenih najviših vrednota³⁵ hrvatskog ustavnog poretka, te predstavlja temelj za tumačenje Ustava³⁶.

Uz Ustav također i mnogi zakoni RH³⁷ štite prava LGBT osoba time što sadrže antidiskriminacijske odredbe koje se tiču seksualne orijentacije. Zakon RH koji diskriminira LGBT osobe je Obiteljski zakon tako što regulira brak kao uređenu životnu zajednicu žene i muškarca³⁸, te tako uskraćuje pravo na brak osobama istog spola. Posvajanje djece nije dostupno istospolnim parovima jer posvojiti mogu jedino bračni drugovi, ali i osoba koja nije u braku ako je to od osobite koristi za dijete. Obiteljski zakon u cijelosti diskriminira na temelju spolne opredijeljenosti, onemogućujući ista prava istospolnim parovima.³⁹ RH od ulaska u EU, slijedeći trend EU, također pruža sve veća zakonska prava homoseksualnim osobama.

Središnji događaj koji je označio početak snažnijeg zalaganja za prava seksualnih manjina bilo je održavanje prve Povorke ponosa u Hrvatskoj, održane 2002.g. u Zagrebu pod nazivom „Zagreb Pride“. Homoseksualna zajednica koja djeluje kroz organizacije civilnoga društva od tada postupno postaje sve vidljivija u javnosti, što utječe na društvenu svijest o potrebi promjene postojećih oblika neravnopravnosti i diskriminacije.⁴⁰

Istospolna zajednica u RH je institucionalizirana Zakonom o istospolnim zajednicama (u daljnjem tekstu: ZIZ) koji je donesen 14.07.2003.g., a stupio je na snagu osmoga dana od objave u NN br. 116/2003. Danas ZIZ više nije na snazi, jer je RH donošenjem Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola (u daljnjem tekstu: ZZP), koji je donesen 15.07.2014. g., a stupio na snagu 05.08.2014.g., istospolnim zajednicama omogućila sklapanje životnog partnerstva. RH je u zadnjih nekoliko godina, kao tranzicijska zemlja, prošla ono što su neke zemlje prolazile po 20-30 godina, što daje

³⁴ Ustav RH, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, čl. 14., čl. 21. - čl. 47.

³⁵ Ustav RH u čl. 3. određuje najviše vrednote ustavnog poretka RH, a to su: sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav.

³⁶ S. Barić, S. Vincan, 107.

³⁷ To su Zakon o ravnopravnosti spolova, Zakon o suzbijanju diskriminacije, Kazneni zakon, Zakon o medijima, Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, Zakon o elektroničkim medijima, Zakon o sportu, Zakon o volonterstvu, te zakon koji je stupio na snagu 02.07.2015.g. i koji je zamijenio Zakon o azilu, a to je Zakon o međunarodnoj i privremenoj zaštiti.

³⁸ Obiteljski zakon, Narodne novine, br.116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 05/15, čl. 5.

³⁹ Lezbijska organizacija Rijeka "LORI", Prava LGBT osoba u Hrvatskoj, <http://www.lori.hr/prava-lgbt-osoba/prava-lgbtiq-osoba-u-hrvatskoj>, 27.08.2016.

⁴⁰ V. Ljubičić, Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova RH, *Iskustva Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova u suzbijanju homofobije*, 2016., 275.

nadu da nećemo morati čekati sljedećih 30 godina da stvorimo društvo u kojem nasilje, odbacivanje, mržnja ili diskriminacija neće biti dominantni oblici tretiranja seksualnih i rodni manjina⁴¹.

Veliki korak naprijed dogodio se kada je Hrvatski sabor usvojio Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola čime su se istospolnim parovima omogućila sva prava koja uživaju bračni partneri osim prava na posvajanje djece⁴². Istospolni parovi sukladno zakonu sklapaju životno partnerstvopred matičarom⁴³. U Zagrebu je 05.09.2014. sklopljeno prvo životno partnerstvo između dva muškarca, a prema podacima Izvješća o radu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2015. u RH je ukupno sklopljeno 108 životnih partnerstva, 57 između partnera muškog, a 51 između partnerica ženskog spola.⁴⁴

4.1. Zakon o istospolnim zajednicama (2003.)

Prema ZIZ-u istospolni partneri su mogli svoju zajednicu sklopiti samo kao de facto⁴⁵ zajednicu, te je ona kao takva mogla proizvoditi određene učinke samo ako su ispunjene zakonom predviđene pretpostavke. Uvođenjem ZIZ-a u pravni poredak RH, RH je postala jedna od DČ EU u kojima istospolne zajednice imaju određene pravne učinke, no istospolnim partnerima se ne daje mogućnost sklapanja braka niti formalnog sklapanja istospolne zajednice.⁴⁶ ZIZ je istospolnim zajednicama omogućavao slijedeće pravne učinke:

pravo na uzdržavanje (čl. 6.-10.), pravo na stjecanje i uređivanje međusobnih imovinskih odnosa (čl. 11.-20.) i pravo na uzajamno pomaganje (čl. 4.). Članak 2. ZIZ-a određuje istospolne zajednice kao: “*životne zajednice dviju osoba istog spola (u daljnjem tekstu: partner/ica) koje nisu u braku, izvanbračnoj ili drugoj istospolnoj zajednici, a koja traje najmanje tri*

⁴¹ G. Bosanac, Od grijeha, bolesti i zločina do sve veće prihvaćenosti, Centar za mirovne studije, Civilnodruštvo.hr, Zagreb, 2007., 14., [⁴² Međutim Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola u članku 40. - 49. uređuje *roditeljsku* i tzv. *partnersku* skrbnad tuđim biološkim djetetom.](https://www.google.hr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi6utu3xJ7PA-hULWRoKHUIMaZaQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fzaklada.civilnodruštvo.hr%2Fupload%2Ffile%2Fhr%2Fzdavastvo%2Fcasopis%2Fjesen_2007%2Fjesen_2007.pdf&usg=AFQjCNGOQTLGRT0G45BeBdewoJXPdQ_reA&sig2=rTHnlnXdchDc75NFqnUCDA, 24.08.2016.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁴³ T. Romić, Sabor usvojio Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, 2014., <http://www.vecernji.hr/hrvatska/sabor-usvojio-zakon-o-zivotnom-partnerstvu-osoba-istog-spola-950588,27.08.2016>.

⁴⁴ Hina, Jutarnji.hr, Izašla službena statistika Ministarstva uprave koliko je životnih partnerstava u Hrvatskoj sklopljeno, 2016, <http://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/izašla-službena-statistika-ministarstva-uprave-koliko-je-zivotnih-partnerstva-u-hrvatskoj-sklopljeno-koliko-oceva-ide-na-porodiljni.../3708534/>, 30.08.2016.

⁴⁵ Istospolna zajednica je sklopljena na temelju činjeničnog stanja i nije registrirana zajednica.

⁴⁶ D. Klasiček, 963, 965.

godine, te koja se temelji na načelima ravnopravnosti partnera, međusobnog poštovanja i pomaganja, te emotivnoj vezanosti partnera". Možemo zaključiti da je ovakvo zakonsko rješenje slično onome u Obiteljskom zakonu koje se odnosi na izvanbračne zajednice.⁴⁷ Sve u svemu navedeni Zakon je imao vrlo malo učinaka, ali je bio dobra platforma za daljnju nadogradnju prava seksualnih irodnih manjina⁴⁸.

U Zakonu o istospolnim zajednicama reguliran je veoma mali opseg prava (pravo na međusobno uzdržavanje i pravo stjecanje zajedničke imovine), koja ne predstavljaju osnov za normalan, svakodnevan život osoba istog spola, što se pokazalo i u praksi, jer službeno nije zaključena niti jedna istospolna zajednica⁴⁹.

4.2. Referendum 2013.

Nakon referenduma o hrvatskoj samostalnosti 1991.g. i referenduma o pristupanju RH EU 2012.g., u RH je 01.12.2013.g. održan referendum o ustavnoj definiciji braka koji je prvi referendum održan na temelju prikupljenih potpisa državljana. Pokretač te inicijative bila je udruga „U ime obitelji“ čiji je cilj bio da se u Ustav RH prenese definicija iz Obiteljskog zakona kojom je brak definiran kao zajednica žene i muškarca. Referendum je održan iz razloga jer je građanska inicijativa „U ime obitelji“ 14.06.2013.g. Hrvatskom saboru predala 749.316 potpisa građana (minimalno je potrebno 450.000 potpisa), te je na temelju istoga Hrvatski sabor izglasao raspisivanje referenduma o definiciji braka.

Na prvi građanski referendum u hrvatskoj povijesti, na birališta je izašlo 37,89% birača, „ZA“ se izjasnilo njih 65,75%, a „PROTIV“ 33,63%. Radilo se o velikoj pobjedi konzervativaca, uz potporu crkve, te je rezultat značio da će se Ustavom u RH zabraniti istospolni brak.⁵⁰ Udruga „U ime obitelji“ tvrdila je da je to način da se sačuva tradicionalna institucija braka, dok su kritičari upozoravali na to da se time ozbiljno ugrožavaju ljudska i manjinska prava.⁵¹

Uvođenje navedene odredbe u Ustav ne nanosi samo trenutno štetu interesima jedne manjine, već RH okreće u smjeru suprotnom jasnim

⁴⁷ I. Milas, „Zakon o istospolnim zajednicama“, *Revija zasocijalnopolititiku*, 10, 3-4/2003., 405.

⁴⁸ Lezbijska organizacija Rijeka „LORI“, Zakoni u RH koji štite prava LGBT osoba, <http://www.lori.hr/obitelj-bez-predrasuda/zakoni-u-rh>, 27.08.2016.

⁴⁹ R. Jotanović, *Zajednica života osoba istog spola u Republici Hrvatskoj; Pravna regulacija životnih zajednica istog spola u Hrvatskoj, Sloveniji, Srbiji i Bosni i Hercegovini*, Sarajevski otvoreni centar, Sarajevo 2015., 10.

⁵⁰ Hina, Tportal, Strani mediji: Hrvatska je zabranila istospolne brakove, 2013, <http://www.tportal.hr/vijesti/svijet/302021/Strani-mediji-Hrvatska-je-zabranila-istospolne-brakove.html>, 01.09.2016.

⁵¹ P. Sjauš, Tportal, Evo kako Europa stoji s gay brakovima, 2013, <http://www.tportal.hr/vijesti/svijet/301229/Evo-kako-Europa-stoji-s-gay-brakovima.html>, 01.09.2016.

tendencijama razvoja zaštite ljudskih prava u Europi. Također onemogućuje LGBT zajednici da promiče svoja prava i interese kroz redovne političke procese. Ovom izmjenom Ustava RH se u pogledu zaštite jednakosti jasno odvojila od rastućeg broja DČ EU, od kojih su mnoge već legalizirale istospolni brak.⁵²

EU nije službeno komentirala referendum, upravo zato što je regulacija prava istospolnih zajednica ostavljena u nadležnost DČ EU.⁵³

Ustavni sud je 14.11.2013.g. dao mišljenje o definiciji braka kao zajednici muškarca i žene, u kojem je, između ostaloga, vrlo jasno i nedvosmisleno rekao kako: “... *dopuna Ustava odredbom prema kojoj je brak životna zajednica žene i muškarca ne smije imati nikakvog utjecaja na daljnji razvitak zakonskih okvira instituta izvanbračne i istospolne zajednice u skladu s ustavnim zahtjevom da svatko u RH ima pravo na poštovanje i pravnu zaštitu svoga osobnog i obiteljskog života, te svoga ljudskog dostojanstva*”. Ustavni sud je stava da je s materijalno-pravnog aspekta relevantno da RH pravno priznaje brak, izvanbračnu i istospolnu zajednicu, te smatra da je hrvatsko pravo usklađeno s europskim pravnim standardima kada je riječ o institutima braka i obiteljskog života.⁵⁴

4.3. Zakonu o životnom partnerstvu osoba istog spola (2014.)

Novi oblici životnih zajednica (homoseksualnih) dobili su u Republici Hrvatskoj 2014. godine snažnu zakonsku zaštitu u Zakonu o životnom partnerstvu osoba istog spola, koji im priznaje pravo na poštovanje obiteljskog života, kao i (gotovo) sve učinke braka. Prije toga, od 2003. godine zakonodavac je davao ograničene pravne učinke zajednicama osoba istog spola, i to pravo na međusobno uzdržavanje i imovinske odnose.⁵⁵

Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola predstavlja drugi bitan korak u hrvatskom društvu prema potpunoj ravnopravnosti za istospolne obitelji – bračnoj jednakosti.⁵⁶ ZZP usvojen je u Hrvatskom saboru

⁵² Tportal, Jedina svrha ovog referenduma je isključivanje manjine, 2013, <http://www.tportal.hr/vijesti/301931/Jedina-svrha-ovog-referenduma-je-iskljucivanje-manjine.html>, 27.08.2016. U priopćenju je iznesen osobni stav: prof.dr.sc. Tamare Čapeta, prof.dr.sc. Iris Goldner Lang, prof.dr.sc. Tamare Perišin, doc.dr.sc. Snježane Vasiljević, Mislava Mataija, PhD i Filipa Kuhte, LL.M.

⁵³ P. Roudik, Croatia: Constitutional Amendment Banning Gay Marriage Passed by Referendum, 2014, http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_1205403827_text, 25.08.2016.

⁵⁴ Ustavni sud RH, Priopćenje o narodnom ustavotvornom referendumu o definiciji braka, doneseno na sjednici održanoj 14. studenog 2013.g., http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2013_11_138_2966.html, 30.08.2016.

⁵⁵ A. Korać Graovac.

⁵⁶ Index.hr, Sve obitelji zaslužuju jednako uvažavanje i jednaku pravnu zaštitu, 2014., <http://www.index.hr/vijesti/clanak/sve-obilje-zasluzuju-jednako-uvazavanje-i-jednaku-pravnu-zastitu-sabor-izglasava-zakon-o-zivotnom-partnerstvu/760059.aspx>, 03.09.2016.

15.07.2014.g. uz većinu glasova, a stupio je na snagu 05.08.2014.g. U RH su time brak, izvanbračna zajednica, životno partnerstvo i neformalno životno partnerstvo zakonski priznati kao zajednice koje predstavljaju obiteljski život. Prema ZŽP-u istospolni parovi uživaju ista prava kao i bračni partneri, osim prava na posvajanje djece.⁵⁷

Budući da je u Hrvatskoj referendum o braku onemogućio uvođenje istospolnog braka, Zakon o životnom partnerstvu osoba istoga spola (2014.) donesen je kao politički odgovor na taj referendum. Taj je propis izjednačio po učincima brak i istospolnu zajednicu, i to kako one formalne (registrirane) tako i one faktične.⁵⁸ Osim što se ovim Zakonom gotovo u potpunosti izjednačavaju prava LGBT osobama i njihovim obiteljima, njime se ostvaruju i preduvjeti za socijalnu stabilnost istospolnih parova - najveći dio prava i obveza koje regulira ZŽP tiče se upravo socijalnih prava: pravo na obiteljsku mirovinu, zdravstvo, osiguranje preko životnog partnera, pravo i obvezu uzdržavanja partnera, jamči slobodu kretanja i pripadajućih prava na čitavom području EU, nediskriminaciju i jednakost na polju tržištu javnih i privatnih usluga, osigurava ravnopravnost u području stanovanja i poreznih olakšica, daje zaposlenim životnim partnerima pravo na plaćeni dopust i njegu drugog partnera, regulira nasljeđivanje kao i područje obiteljskog života istospolnih parova s djecom. ZŽP je veliki korak naprijed za ljudska prava i još veći za jednakost, dostojanstvo i prava LGBT osoba u našoj zemlji.⁵⁹

Prioritetno je istaknuti novi pravni institut koji proizlazi iz ZŽP-a, a to je institut partnerske skrbi. Prema Zakonu partnersku skrb nad djetetom svog istospolnog partnera osoba može ostvariti samo ako je drugi biološki roditelj nepoznat, ako je preminuo ili mu je trajno oduzeta roditeljska skrb zbog zlostavljanja djeteta. Zahtjev se predaje sudu, a nakon toga sud angažira nadležni CZSS koji pak provjeri uvjete istospolnih partnera i procijeni je li partnerska skrb u interesu djeteta. Nakon što CZSS sudu dostavi svoje mišljenje, sud donosi odluku. Odluka mora biti donesena u roku od 3 mjeseca. Partner-skrbnik ima sva prava i obveze kao i roditelj. Dužan je brinuti se o djetetu, a u slučaju rastave dužan je viđati dijete i plaćati alimentaciju.⁶⁰

⁵⁷ Tportal.hr/CroL.hr, Povijesna odluka: Hrvatska ima Zakon o životnom partnerstvu, 2014, <http://www.tportal.hr/vijesti/hrvatska/342766/Povijesna-odluka-Hrvatska-ima-Zakon-o-zivotnom-partnerstvu.html>, 29.08.2016.

⁵⁸ A. Korać Graovac, 805.

⁵⁹ Lupiga.com via ZagrebPride, Sve obitelji su napokon jednake i pred zakonom, 2014., <http://www.lupiga.com/vijesti/le-zbor-video-sve-obiljelji-su-napokon-jednake-i-pred-zakonom>, 30.08.2016.

⁶⁰ T. Kristina, Jutarnji.hr, Dva lezbijska para čekaju rješenje o posvojenju djece, 2014., <http://www.jutarnji.hr/potvrdeno-prvi-zahtjevi-na-sudu-u-hrvatskoj--dva-lezbijska-para-cekaju-rjesenje-o-posvojenju-djece/1257401/02.09.2016>.

Životna zajednica osoba istog spola je društvena činjenica i realnost jer je sastavni dio hrvatskog društva, tako da Zakon samo uređuje postojeće stanje. Zakon predstavlja pragmatičan demokratski kompromis između društvenog stajališta i svjetonazora u pogledu reguliranja istospolnih zajednica, koja se nalaze u tenziji. Osobe u istospolnoj zajednici žive i rade na uobičajen način kao i drugi građani, ali su uskraćeni za mnoga prava koja imaju ostali (heteroseksualni) građani, tako da je na Zakonu da omogući ostvarivanje statusnih prava istospolnih partnera potrebnih za svakodnevni život u svim aspektima.⁶¹

Uvođenje zajednice života istospolnih parova u hrvatski pravni sustav, naišlo je na protivljenje jednog dijela javnosti, dok je drugi dio javnosti sa oduševljenjem pozdravio takvo zakonsko rješenje. Jedan od argumenata koje su isticali protivnici legalizacije istospolnih zajednica života su da Zakon nije usklađen sa nizom drugih materijalno-pravnih propisa, što može dovesti do pravne nesigurnosti u njegovoj primjeni i slično.⁶² S obzirom da je provedivost i svrsishodnost novo donesenih zakonskih odredbi općenito vidljiva tek u provedbi, tj. praksi, mišljenja smo da će zakonodavac u budućnosti težiti usklađivanju i izmjeni istih u cilju ostvarenja prava i jačanja pravne zaštite istospolnih zajednica.

5. Istospolne zajednice u praksi Suda EU

Uzimajući u obzir krucijalne efekte nepriznavanja i različite definicije braka u njenim državama članicama, EU je dobila zadatak da osigura neku vrstu rješenja u vezi istog. Iako su već neki zakonodavni prijedlozi prihvaćeni ili su na čekanju situacija na području EU je i dalje „pravna džungla“⁶³. Nekoliko puta je zatraženo od Suda EU da donese odluku u svezi sa određenim oblicima obitelji ili o kontraverznim razlikama koje su učinjene između istospolnih partnera i partnera različitog spola. Bilo je mnogih zahtjeva Sudu EU koji su tvrdili da je diskriminatorno da postoje razlike u propisima između kohabitacija istospolnih partnera i heteroseksualnih partnera.⁶⁴

O pravu osoba homoseksualne orijentacije Sud EU prvi put je odlučivao 1998.g. u slučaju *Lise Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd. (SWTL)*

⁶¹ R. Jotanović.

⁶² *Ibid.*

⁶³ L. Vaigé, „The problematics of recognition of same-sex marriages originating from member states according to the EU legal regulation“, *Societal studies*, 4, 2/2012, 755.

⁶⁴ Videti: J. Rijpma, N. Koffeman, „Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?“, u: *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdiction* (eds. D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino), 2014, 455 – 468; K. Waaldijk, 224, 235.

(Case C-249/96 (1998.) ECR I-621)⁶⁵. Grant je radila za aviokompaniju i dugi niz godina putovala besplatno. Za svoju partnericu, sa kojom je živjela više od 2 godine, željela je osigurati iste beneficije koje imaju i ostali zaposlenici aviokompanije za svoje partnere. Njen zahtjev je odbijen jer živi u istospolnoj zajednici. Potom je ona tužila svoju kompaniju pred sudom u Southamptonu radi diskriminacije na osnovi seksualne orijentacije. Industrijski sud je uputio prethodno pitanje Sudu EU o tumačenju čl. 119. UEZ (sadašnji čl. 141. UFEU) i Direktive 76/207/EEZ.⁶⁶ Sud je odlučio da odbijanje putnih olakšica za istospolnu partnericu gospođice Grant ne predstavlja diskriminaciju na temelju spola te da stabilne veze između istospolnih partnera nisu izjednačene sa brakom ili stabilnom izvanbračnom vezom između osoba različitoga spola.⁶⁷ Dakle, stav Suda EU još 1998. je bio da se ovdje ne radi o diskriminaciji.

Uspojenim predmetima *D. and Kingdom of Sweden v. Council of the European Union C-122/99 i C-125/99*)⁶⁸, gospodin D. švedski državljanin je službenik u Vijeću EU koji je 1995 u Švedskoj registrirao životnu zajednicu sa drugim švedskim državljaninom, muškarcem. Gospodin D. je 1996. podnio Vijeću zahtjev da se njegov status registriranog partnera tretira ekvivalentno statusu koji imaju partneri u braku, radi dobivanja dodatka po osnovi zajedničkog domaćinstva skladno Uredbi Vijeća 781/98⁶⁹. Iako je tada Švedska osiguravala jednak tretman za istospolne registrirane partnere kao i za bračne partnere, Vijeće EU je odbilo zahtjev gospodina D. navodeći da se odredbe Uredbe 781/98 ne mogu tumačiti na način da se istospolno registrirano partnerstvo tretira kao ekvivalent braku. Gospodin D., uz potporu Švedske, podnosi tužbu Sudu prvog stupnja. Taj sud je odbio zahtjev gospodina D. uz obrazloženje da se koncept braka mora shvatiti u tradicionalnom smislu. Tužitelji podnose žalbu, ali Sud EU je podržao takvu odluku. Sud EU navodi da se odredbe prava Zajednice, u određenju pojma braka, ne mogu tumačiti na način da obuhvaćaju i homoseksualna partnerstva službeno registrirana po zakonima država članica,⁷⁰ Sud također naglašava da je opis heteroseksualnog značenja braka samo činjenica, a ne pravna, autonomna definicija koja treba važiti za EU, budući da definiranje

⁶⁵ Predmet C-249/96, *Grant v. South-West Trains Ltd.*, 1998 E.C.R. I-621,

⁶⁶ Direktiva Vijeća 76/207/EZ od 09.02.1974.g. i primjeni načela ravnopravnosti prema muškarcima i ženama s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i uvjetima rada.

⁶⁷ B. Krešić, 32.-35.

⁶⁸ Spojeni predmeti C-122/99 i C-125/99, *D & Sweden v. Council*, 2001 E.C.R. I-4319, *D. and Kingdom of Sweden v. Council of the European Union* (C-122/99 i C-125/99).

⁶⁹ Uredba Vijeća 781/98 od 07.04.1998.g. o izmjenama i dopunama Pravilnika o jednakom postupanju za dužnosnike i uvjeti zaposlenja ostalih službenika Europske zajednice.

⁷⁰ Spojeni predmeti C-122/99 i C-125/99, *D & Sweden v. Council*, 2001 E.C.R. I-4319, par. 4

bračnog statusa ne spada u ovlasti EU. Međutim, Sudje također istaknuo da je da istina od 1989. godine, u porastu broj država članica koje daju pravno priznanje spajanju partnera istog spola ili suprotnog spola s koji su po pravnoj snazi istih ili usporedivih učinaka s brakom.⁷¹ Sukladno navedenom, Sud EU smatra da nije spol partnera taj koji određuje ima li osnove za dobivanja dodatka po osnovi zajedničkog domaćinstva. Zaključuje da dobivanja dodatka po osnovi zajedničkog domaćinstva sukladno –Uredbipripada samo bračnim parovima a ne iregistriranim partnerima bili oni istog ili različitog spola.⁷² Dakle, namjera zakonodavca u ovom slučaju nije bila da omogući dodatke po osnovi zajedničkog domaćinstvaregistriranim partnerima.⁷³

*Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Case C-267/06)*⁷⁴ je prvipredmet Suda EU u kojem je utvrđena diskriminacija po osnovi seksualne orijentacije. Gospodin Tadao Maruko je živio je sa svojim istospolnim partnerom registriranom partnerstvu. Nakon smrti njegovog partnera, g. Maruko je želio ostvariti pravo na „obiteljsku mirovinu“. Mirovinsko osiguranje poslodavca preminulog odbilo mu je platiti obiteljsku mirovinu, s obzirom na to da su takve mirovine bile predviđene isključivo za bračne partnere. Gospodin Maruko podnio je tužbu protiv poslodavca. Bavarski administrativni sud u Münchenu je od suda EU uputio dva pitanja :je li Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. (tzv. „Direktiva o zapošljavanju“)⁷⁵ primjenjiva na slučaj?Drugo, ukoliko je odgovor na prvo pitanjepozitivan, jesu li povrijeđene odredbe Direktive o jednakom postupanju od strane nacionalnog zakonodavstva tj.postoji li izravna ili neizravna diskriminacija prema seksualnoj orijentaciji. Sud je na oba pitanja dao pozitivan odgovor.Sud EU je odlučio da *“odbijanje zahtjeva za obiteljskom mirovinom preživjelom istospolnim partneru čini direktnu diskriminaciju na temelju spolne orijentacije,ako je takvo pravo dostupno bračnim partnerima”*.⁷⁶

Krešić navodi da, iako se odluka u predmetu Maruko čini revolucionarnom, ona u pogledu zaštite prava homoseksualno orijentiranih osoba imaslabosti. Prvenstveno, ovom presudomSud EU nije pružio zaštitu tamo gdje je ona najviše trebala, a to je u onim pravnim sustavima koji

⁷¹ *Ibid.*, par. 35.

⁷² *Ibid.*, par. 15.

⁷³ Za akademska razmatranja o predmetu vidi više u : S. Titshaw, „Same-sex spouses lost in translation? How to interpret „spouse“ in the EU family Migration Directives“, *Boston University International Law Journal*, Vol 34, 2016, 45 – 112 , 93 – 94; B. Krešić, 35, 36.

⁷⁴ Predmet *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, predmet C-267/06 [2008] ECR I-1757.

⁷⁵ Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27.11.2000.g. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja.

⁷⁶ Predmet*Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, par. 62-73.

ne poznaju bilo koji institut zajednice života osoba istoga spola. Odnosno, da bi postojala direktna diskriminacija prema mišljenju Suda u državama članicama mora biti legalizirana istospolna zajednica da bi uopće došlo do uspoređivanja istospolne zajednice i braka. Druga slabost odluke je da Suda EU i dalje smatra da definiranje bračnih statusa treba u potpunosti ostati u nadležnosti država članica.⁷⁷ S druge strane, nakon ove presude Europski parlament usvojio je Rezoluciju o aspektima građanskog prava, trgovačkog prava, obiteljskog prava i međunarodnog privatnog prava u kojoj poziva sve države članice EU da se uključe u „međusobno priznavanje isprava o učincima građanskog položaja.“⁷⁸ Za ovaj potez Barić smatra da daje poticaj državama članicama da priznaju bračne certifikate parova istospolne seksualne orijentacije, ali nije i zahtjev da to moraju učiniti.⁷⁹

Prema predmetu *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg (Case C-147/08)* G. Römer radio je u javnoj upravi grada Hamburga od 1950.g. do nastanka radne nesposobnosti 1990.g. Od 1969.g. kontinuirano je živio sa svojim partnerom, gospodinom U., sa kojim je 2001. g. zasnovao registrirano životno partnerstvo. Svog bivšeg poslodavca, javnu upravu grada Hamburga obavijestio je o zasnivanju registriranog životnog partnerstvakako bi zatražio da se njegova dopunska starosna mirovina ponovno obračuna na temelju povoljnijeg poreznog razreda. Javna uprava grada Hamburga odbila je zahtjev uz obrazloženje da gospodin Römer ne nalaz u braku i da samo oženjeni imaju pravo na ponovni obračun mirovine na temelju zahtjeva. Sud koji je podnio zahtjev za prethodnom odlukom tražio je odgovor na pitanje postoji li diskriminacija na temelju spolne orijentacije budući da je za nevjenčane parove i istospolne parove koji su ušli u zajednicu situacija nepovoljnija u odnosu na osobe koje su u braku.⁸⁰

Sud EU je odgovorio da se Direktiva Vijeća 2000/78/EZ, s obzirom na jednak tretman kod zaposlenja, odnosi i na dopunsku mirovinu ako predstavlja naknadu u smislu čl. 157. UFEU. Direktiva isključuje odredbu nacionalnog prava prema kojoj umirovljenik koji je zasnovao registrirano životno partnerstvo dobiva dodatak na mirovinu niži od onoga koji se daje oženjenom, ako su ispunjena dva uvjeta. Prvi uvjet je da u odnosnoj DČ EU pored braka, koji je rezerviran za osobe različitog spola, postoji i registrirano životno partnerstvo, koje je rezervirano za osobe istog spola. Drugi uvjet je da se radi o izravnoj diskriminaciji na temelju seksualne orijentacije jer je taj životni partner, prema nacionalnom pravu, s obzirom na mirovinu

⁷⁷ B. Krešić, 36-37.

⁷⁸ Rezolucija Europskog parlamenta od 23. studenog 2010. o aspektima građanskog prava, trgovačkog prava, obiteljskog prava i međunarodnog privatnog prava Akcijskog plana provedbe Stockholm Programa (2010/2080)

⁷⁹ S. Barić, S. Vincan, 106.

⁸⁰ Predmet *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08 [2011] ECR I-3591.

u pravnom i činjeničnom pogledu u situaciji koja je slična (usporediva) situaciji oženjene osobe.⁸¹ Također, Sud utvrđuje da njemačko pravo danas gotovo u potpunosti izjednačava bračne i istospolne partnere u pravima obvezama.⁸² U predmetu *Römer* nezavisni odvjetnik bio je mišljenja da zaštita braka i obitelji kao takve ne mogu služiti kao ispravno opravdanje za takvu diskriminaciju, već da postoje drugi načini zaštite obitelji i braka, suprotni od diskriminacije istospolnih partnera.⁸³ Konačno možemo reći da je stav Suda EU u navedenom slučaju, bio je da je situacija registriranih partnera u Njemačkoj usporediva sa institutom braka u Njemačkoj.

Iz navedene sudske prakse vidljivo je da se nakon usvajanja Povelje o temeljnim pravima EU koja u članku 21 (1) propisuje: „Zabranjuje se svaka diskriminacija na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, etničko ili socijalno podrijetlo, genetske osobine, jezik, religija ili uvjerenje, političko ili bilo kakvo drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje, invaliditet, dob ili spolna orijentacija.“⁸⁴, a posebice nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora dolazi promjene u sudskoj praksi Suda EU u vidu jačanja zaštite od diskriminacije.

U predmetu *Lise Jacqueline Grant* ESP je utvrdio problematiku istospolnih zajednica. Zaključio je da DČ EU istospolne partnere ne smatraju supružnicima, pa je iz navedenog razloga dozvolio drugačiji tretman prema osobama koje nisu sklopile brak i time istaknuo razliku između zajednice života heteroseksualnih i homoseksualnih osoba, te razgraničio istospolne sa bračnim zajednicama. Prema mišljenju Suda DČ EU nisu obvezne zaposlenicima koje imaju stalnu istospolnu vezu osigurati ista prava i beneficije kao i zaposlenicima koji su u stabilnoj izvanbračnoj vezi sa osobom različitog spola. U Predmetu *D. and Kingdom of Sweden v. Council of the European Union* istaknuo da se odredbe prava EU koje uređuju institut braka ne mogu tumačiti olako u smislu da se pod iste podrazumijevaju i registrirane istospolne zajednice, koje su zakonom uredile pojedine DČ EU u svojim nacionalnim zakonodavstvima. Sud EU je sve do slučaja *Tadao Maruko* branio stavove država članica oko toga da određene pogodnosti mogu ostvarivati samo bračni partneri.

Predmet *Maruko* koji ima posebno značenje za LGBT zajednicu jer je Sud EU po prvi put utvrdio diskriminaciju po osnovi seksualne orijentacije. Zaključio je da istospolni parovi koji žive u građanskoj zajednici trebaju

⁸¹ *Ibid.*, par 42-43 . Vidi više u : Priručnik o europskom antidiskriminacijskom pravu: Ažurirana sudska praksa, srpanj 2010 - prosinac 2011., IRZ, Njemačka zaklada za međunarodnu pravnu suradnju, Beograd, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_HRV_2.pdf, 5.7.2017.

⁸² Predmet *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, par 47-49.

⁸³ L. Vaigè, *loc. cit.*

⁸⁴ Čl. 21(1) Povelja o temeljnim pravima EU.

ostvarivati jednaka mirovinska prava kao i drugi vjenčani parovi. Ranije je u predmetu *Römer*, presudio da grad Hamburg nije smio uskratiti svome zaposleniku, koji je više do 10 godina živio u registriranom partnerstvu, pravo na pogodnosti kakve ostvaruju osobe u braku. Grad je držao stav da samo umirovljenici koji su u bračnoj zajednici mogu ostvarivati prava na dodatne mirovinske uplate iz porezne kategorije koja je povoljnija. Zaključio je da: *“Dodatak mirovini isplaćen partneru u građanskoj zajednici, koji je niži od onoga u braku, može predstavljati diskriminaciju na temelju seksualne orijentacije”* tj. izravnu diskriminaciju.

U slučaju *Maruko* Sud EU naglašava da od zakonodavaca država članica ovisi pravo EU, međutim s obzirom da DČ EU svojim zakonima mogu bitno diskriminirati prava osoba homoseksualne orijentacije Sud EU mora biti pažljiv i imati aktivnu ulogu u tome da spriječi bilo kakvu diskriminaciju prema istospolnim zajednicama. Što se tiče DČ EU koje nisu legalizirale istospolne zajednice, iste su i dalje na udaru diskriminacije u bilo kojem području, upravo zato što neka nacionalna zakonodavstva i dalje ne uređuju institut istospolnih zajednica ali vremenom sve više DČ EU ide u smjeru legalizacije istih. U DČ EU gdje su istospolne zajednice legalizirane Sud EU sve više štiti prava istospolnih partnera, te ide u smjeru toga da se istospolnim partnerima osiguraju ista prava kao i bračnim i da posljedice kolizije pravosudnih sustava DČ EU ne budu učestale.

Ipak EU je do sada uspjela izbjeći jasno stajalište o pitanju pravnog priznavanja istospolnih zajednica, s obzirom da se radi o pitanju koja je isključivo unutar nadležnosti država članica i praksa Suda do sada se odnosila na pitanja vezana uz diskriminaciju temeljem seksualne orijentacije. Međutim, što se događa kada se bračni par koji se sastoji od osoba istoga spola želi ići iz jedne država članica u drugu i time ostvariti pravo slobodnog kretanja što je jedan stupova EU prava? Treba li se država članica priznati istospolni brak sklopljen u drugoj državi članici kada građanin Unije nastoji ostvariti pravo na spajanje obitelji, iako sama ne predviđa zakonsko priznavanje istospolnih brakova na njezinom državnom području? Sud EU trenutno treba razjaniti svoje stajalište u Predmetu *Coman* (C-673/16) koji je u tijeku.

U predmetu *Coman* (C-673/16) zahtjev za prethodnu odluku uputio je rumunjski sud (*Curtea Constituțională a României*) i postavio četiri pitanja :

„Obuhvaća li izraz „bračni drug“ iz članka 2 (2)(a) Direktive 2004/38/EZ, u vezi s člancima 7., 9., 21. i 45. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, bračnog druga osobe istog spola iz države koja nije članica Europske unije, građanina Europske unije s kojim se građanin zakonito vjenčao na temelju zakona države članice koji se razlikuje od zakona države domaćina?

U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje, nalaže li se člancima 3(1) i 7 (1) Direktive 2004/38/EZ, u vezi s člancima 7., 9., 21. i 45. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, da država članica domaćin odobri pravo na boravak na vlastitom državnom području za razdoblje dulje od 3 mjeseca bračnom drugu istog spola građanina Europske unije?

U slučaju negativnog odgovora na prvo pitanje, može li se bračni drug istog spola iz države koja nije članica Europske unije, građanina Europske unije s kojim se građanin zakonito vjenčao na temelju zakona države članice koji se razlikuje od zakona države članice domaćina, smatrati „svim ostalim članom obitelji, » u smislu članka 3(2) (a) Direktive 2004/38/EZ ili „partnerom s kojim je građanin Unije u trajnoj vezi, uz odgovarajuću potvrdu“ u smislu članka 3(2) (b) Direktive 2004/38/EZ, uz odgovarajuću obvezu države domaćina da mu olakša ulazak i boravak, čak i ako država domaćin ne priznaje brak između osoba istoga spola niti predviđa koji drugi alternativni oblik pravnog priznanja, kao što je registrirano partnerstvo?

U slučaju potvrdnog odgovora na treće pitanje, nalaže li se člancima 3(1) i 7 (1) Direktive 2004/38/EZ, u vezi s člancima 7., 9., 21. i 45. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, da država članica domaćin odobri pravo na boravak na vlastitom državnom području za razdoblje dulje od 3 mjeseca bračnom drugu istog spola građanina Europske unije?⁸⁵

Rumunjska ne priznaje bilo kakav oblik zakonskog priznanja za istospolne zajednice, a rumunjski parlament s velikim većinskim nedavno je odbio dva prijedloga zakona o tom pitanju. Osim toga, građanski zakonik izričito zabranjuje istospolne brakove i registrirana partnerstva kao i priznavanje istospolnih brakova i registriranih partnerstva u koje su rumunjski građani ušli u inozemstvo. Rumunjska je izrazito religiozna zemlja u kojoj se većina stanovništva suprotstavlja pravnom priznavanju istospolnih odnosa. Godine 2016., u roku od šest mjeseci, oko 3 milijuna Rumunja potpisalo je peticiju kojom se poziva na referendum o promjeni Ustava kako bi se brak definirao kao zajednica između muškarca i žene. Ovdje možemo povući paralelu između društvenih stavova u RH i Rumunjskoj iako u Rumunjskoj trenutačno još uvijek nema ustavne zabrane istospolnog braka budući da se predloženi ustavni amandman može donijeti samo nakon što ga se odobri na referendumu i većinom u rumunjskom parlamentu.⁸⁶

⁸⁵ Predmet *Coman*, C-673/16P.

⁸⁶ A. Tryfonidou, *Awaiting the ECJ Judgment in Coman: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Marriages in the EU?*, EU Law Analysis blog,

Važno je razlučiti da je meritum Predmeta Coman samo prekogranično pravno priznavanje istospolnih odnosa, a posebice o prekograničnom priznavanju istospolnih brakova. Sukladno tome, od Suda EU se ne traži da donese odluku o tome može li EU zahtijevati od svih država članica priznavanje braka istospolnim parovima na svom teritoriju. U ovome predmetu susrećemo se sa situacijom koju je Sud EU morao već više puta rješavati : sukob temeljnih prava i tržišnih sloboda (u ovom slučaju slobode kretanja radnika iz koje proizlazi pravo na spajanje obitelji).⁸⁷ Sud je dosadašnjoj sudskoj praksi zauzeo nekoliko važnih temeljnih pozicija: poštuje javni poredak država članica⁸⁸; uvodi u situacijama sukoba temeljnih prava i tržišnih sloboda testove proporcionalnosti⁸⁹ i smatra da se mjera koja sprječava ostvarivanje prava slobodnog kretanja ne može se opravdati ako krši temeljna ljudska prava zaštićena zakonom EU.⁹⁰ U tom smjeru bi trebalo i očekivati rezultate ovog predmeta.

6. Zaključak

Prateći proces legalizacije istospolnih zajednica u zakonodavstvima država članica EU može se konstatirati da se prava istospolnih zajednica u državama članicama učestalo mijenjaju, u smjeru jačanja zaštite temeljnih ljudskih prava, što je vidljivo i kroz sudsku praksu Suda EU. Trend zakonskog uređenja istospolnih zajednica je sve brži i nije ostalo još puno država članica EU koje nisu pravno priznale neki oblik istospolne zajednice. Jasno je vidljivo da proces legalizacije istospolnih zajednica na području država članica EU ide prema naprijed, te da iste ostvaruju sve veća prava. Svrha svakog pravnog poretka je da pojedincima u svojoj društvenoj zajednici pruži potpuni i slobodni razvoj njihove osobnosti, a tu uključujemo i seksualnu orijentaciju. Međutim, u zakonima pojedinih država članica EU istospolne zajednice regulirane su na različite načine s obzirom da taj aspekt statusnog prava spada u isključivu nadležnost država članica.

Analizom prakse Suda EU može se utvrditi da se Sud EU ne želi miješati u nadležnost država članicama EU u pogledu legalizacije istospolnih zajednica. Što se tiče država članica EU koje nisu legalizirale istospolne zajednice, iste su i dalje na udaru diskriminacije u bilo kojem području,

⁸⁷ Sud EU postavio je odnos temeljnih prava i tržišnih sloboda u: Predmet C-159/90 *SPUC v Grogan* [1991] ECR I-4685; Predmet C-112/00 *Eugen Schmidberger v. Austria* [2003] ECR I-5659; Predmet C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609. Za sudsku praksu vezanu uz spajanje obitelji vidi : Predmet C-127/08 *Metock and Others v Minister for Justice (Costello, Cathry, Metock)*, „Free movement and ‘normal family life’ in the Union“, *Common Market Law Review*, 46, 2/2009, 587); Predmet C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] ECR I- 1177.

⁸⁸ Predmet C-159/90 *SPUC v Grogan* [1991] ECR I-4685.

⁸⁹ Predmet C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609.

⁹⁰ Predmet C-60/00 *Carpenter* [2002] ECR I-6279, par 40.

upravo zato što neka nacionalna zakonodavstva i dalje ne uređuju institut istospolnih zajednica, ali kao što smo već istaknuli s vremenom sve više država članica EU ide u smjeru legalizacije istih. U državama članicama EU gdje su istospolne zajednice legalizirane Sud EU sve više štiti prava istospolnih partnera, te ide u smjeru toga da se istospolnim partnerima osiguraju ista prava kao i bračnim.

Iako je tendencija za uspostavljanjem zakonskog pravnog okvira istospolnih zajednica u nacionalnim zakonodavstvima državama članicama EU sve izraženija, isto pravno područje je još uvijek u samom procesu razvoja, te u istom ne postoji nadnacionalni konsenzus jer države članice EU idalje uživaju autonomiju glede odluke kada će uvesti reforme u nacionalna zakonodavstva. Vidljivo je da pojedine države članice zakonski priznaju istospolni brak ili barem registrirano partnerstvo, dok druge i dalje ne. Uz to, one države koje imaju pravno uređenje za istospolne zajednice isto ne uređuju podjednako. Sama definicija pojma "bračni supružnici" je od jedne do druge države različita. Svakako treba zaključiti da, ukoliko sve države članice EU teže jednakom uređenju prava istospolnih zajednica, istospolnim partnerima će biti olakšano kretanje na području cijele EU jer će ostvarivati jednaka prava u svakoj pojedinoj državi članici. Sljedeći korak u tom procesu trebao bi biti na inicijativu Europske komisije koja može predložiti načine za postizanje međusobnog priznavanja svih zajednica i brakova u cijeloj EU.

Konačno, razmatranje o pravnom uređenju životnih zajednica osoba istog spola u Republici Hrvatskoj dovelo je do zaključka da su životne zajednice osoba istog spola društvena činjenica i realnost i sastavni dio hrvatskog društva. Iz tog razloga, novi Zakon o životnom partnerstvu samo uređuje postojeće stanje i predstavlja kompromis između društvenog stajališta i svjetonazora u pogledu reguliranja životnih zajednica osoba istog spola. S obzirom da je provedivost i svrsishodnost novo donesenih zakonskih odredbi općenito vidljiva tek u provedbi, tj. praksi, mišljenja smo da će zakonodavac u budućnosti težiti usklađivanju i izmjeni istih u cilju ostvarenja prava i jačanja pravne zaštite istospolnih zajednica.

Tunjica Petrašević, PhD

Assistant Professor, Chair of European Law, Faculty of Law Osijek, Josip Juraj Strossmayer, University of Osijek

Dunja Duić, PhD, LLM (Ghent)

Assistant Professor, Chair of European Law, Faculty of Law Osijek, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek

Ena Buljan, LLM

Phd Student, Faculty of Law Osijek, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek

THE RIGHTS OF SAME-SEX COUPLES IN THE EUROPEAN UNION WITH SPECIAL EMPHASIS ON THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

One of the most controversial topics of the 21st century is the legalization of same-sex partnerships, i.e. the question of providing equal treatment to heterosexual and homosexual persons and a ban on discrimination based on sexual orientation. Currently, numerous discussions are being held in the EU member states on whether national legislation should introduce legal norms that allow same-sex marriages and legal partnerships. The regulation of the rights of same-sex couples in the EU is very diverse. Certain member states of the EU have not yet legally regulated the same-sex partnerships, which means that these same-sex couples cannot exercise any rights because their partnership does not exist legally.

The aim of this paper is to provide a more accurate understanding and more precise knowledge of the legal regulation of same-sex partnership in the EU, with particular reference to the Republic of Croatia. Furthermore, this paper discusses jurisprudence of the Court of Justice of the European Union in order to explore progress in legalization and liberalization of same-sex partnerships at EU level.

Key words: same-sex partnership, same-sex marriage, EU, Republic of Croatia, Court of Justice of the European Union.

ZAŠTITA ŽRTVE U SRPSKOM I PORTUGALSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

Apstrakt

Obaveza je svake države da zaštiti život svakog svog građanina i da osigura svakome u okviru svoje nadležnosti prava i obaveze propisane Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Kada dođe do ozbiljnog ugrožavanja ili povrede fizičkog ili psihičkog integriteta ili imovine veće vrednosti, vlasti su odgovorne za gonjenje učinilaca krivičnih dela, sprovođenje delotvornog i efikasnog krivičnog postupka i angažovanje resursa koji će pružiti kompetentnu podršku i adekvatnu pomoć žrtvama. U ovom radu analiziran je pravni položaj žrtve pred nadležnim pravosudnim organima Republike Srbije i Republike Portugalije. Kroz komparativni pregled materijalnih i procesnih odredbi iz materije krivičnog prava koje eksplicitno determinišu žrtvu, kao pasivnog subjekta krivičnog dela, razmatrani su osnovi za sticanje statusa posebno osetljivog svedoka, indikatori vulnerabilnosti i procesne posledice. Predmet obrade bile su i procesne i vanprocesne mere zaštite svedoka u slučaju kada svedoku ili njemu bliskom licu zbog davanja iskaza preči ozbiljna opasnost po život, telo ili imovinu, s ciljem ukazivanja na glavne karakteristike ova dva pravna sistema, jednog koji se primenjuje u državi koja je u postupku pregovaranja za sticanje punopravnog članstva u Evropskoj uniji i državi članici Evropske unije. Imperativ u postupanju nadležnih pravosudnih organa u krivičnom postupku nužno implicira i pravnu, informativnu i psihološku pomoć i podršku, kako bi se utvrdila istina i učinioci krivičnih dela priveli pravdi, ali i kako bi se olakšavalo učešće žrtve u postupku i minimalizovale njihove preživljene traume.

Ključne reči: žrtva, svedok, oštećeni, krivični postupak, mere zaštite, posebno osetljiv svedok, zaštićen svedok, Portugalija.

¹ Diplomirani pravnik-master, tužilački pomoćnik u Tužilaštvu za organizovani kriminal u Republici Srbiji, e-mail: grkrstic@gmail.com.

1. Uvod

Zaštita žrtve krivičnog dela u međunarodnoj i domaćoj zajednici podrazumeva poštovanje prava na privatnost, bezbednost ličnosti i dostojanstva pasivnog subjekta i priznavanje prava na naknadu štete prouzrokovanu krivičnim delom. Krivično zakonodavstvo je s tim u vezi postepeno reformisano, te se od koncepta retributivne pravde zasnovanog na represivnim merama prema učiniocima krivičnih dela, povećanju inkriminacija i propisivanju težih krivičnih sankcija, okreće ka prevenciji kriminaliteta, alternativnim merama i postizanju pravičnosti prema žrtvi krivičnog dela.

Prilikom rešavanja konkretnih predmeta od fundamentalne važnosti je posmatrati kriminalitet kao trodimenzionalnu pojavu, koja obuhvata učinioca krivičnog dela, oštećenog i nameru, odnosno razlog zbog kog je radnja izvršenja krivičnog dela i preduzeta. S tim u vezi, iako je nadležnost javnog tužilaštva krivično gonjenje delinkvenata, koje implicira prikupljanje kvalitetnih i na zakonu zasnovanih dokaza protiv učinioca krivičnog dela, sprovođenje istrage, zastupanje optužnog akta pred sudom i preduzimanje drugih radnji s ciljem izricanja adekvatne krivične sankcije od strane suda, postupanje pravosudnih organa i svrha krivičnog postupka neće biti ostvareni u punoj meri ukoliko žrtvi ne bude omogućeno da ostvari svoja prava na zaštitu i naknadu štete i ako se ne ustanovi uzrok izvršenja krivičnog dela.

U poslednjih nekoliko godina aktuelizovano je pitanje pravnog položaja žrtve i minimalnih standarda koji joj moraju biti garantovani u ili u vezi sa krivičnim postupkom. Koje kategorije oštećenih mogu biti podvedeni pod pojam žrtve? Koji je obim prava koje uživaju žrtve? Na koji način im je pružena podrška i zaštita? Neka su od pitanja na koja će u ovom radu biti odgovoreno iz perspektive prava Portugalske Republike, kao države članice Evropske unije, i prava Republike Srbije, kao države koja je u postupku priključenja ovoj regionalnoj organizaciji.

2. Pojam žrtve

Definicija i kategorizacija pojma žrtve ni danas nisu jasno određene, zbog različitih zaštitnih objekata koji se štite krivičnim pravom, vrste inkriminacija, obima i težine ugroženosti, odnosno povređivanja. Iako je nesporno da je objekt radnje materijalni, fizički predmet na kome se ostvaruje radnja izvršenja krivičnog dela, kao npr. tuđa pokretna stvar kod krivičnog dela krađe ili utaje², pasivni subjekat može biti i fizičko i pravno lice koje je pogođeno krivičnim delom. U srpskom krivičnom pravu obuhvaćen je terminom „oštećeni“, dok portugalsko pravo prihvata viktimološki pojam „žrtva“.

² Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd 2005, 132.

Sledstveno tome, u domaćem Zakoniku o krivičnom postupku (ZKP)³ zastupljen je izraz „oštećeni“, koji podrazumeva lice čije je lično ili imovinsko pravo krivičnim delom povređeno ili ugroženo⁴. U procesnom smislu, korespondira sa posebnom vrstom svedoka. Krivični zakonik (KZ)⁵ koristi isti termin kod pojedinih instituta, npr. kazne zatvora⁶, poravnanja učinioca i oštećenog⁷, mere bezbednosti zabrane približavanja i komunikacije sa oštećenim⁸, zaštite oštećenog⁹, propisivanja načina gonjenja¹⁰, i kod pojedinih krivičnih dela, npr. oštećenje tuđih prava¹¹ i napuštanje određenog broda ili vazduhoplova pre vremena¹². Međutim, ovde postoji i jedna legislativna nedoslednost, s obzirom na to da KZ poznaje i pojam „žrtve“, i to:

- prilikom propisivanja opštih pravila o odmeravanju kazne, jedna od okolnosti koja utiče da sud odmeri kaznu bliže gornje ili donje granice zakonom propisane jeste, *inter alia*, i odnos učinioca prema žrtvi krivičnog dela¹³;
- prilikom propisivanja specijalnog oblika uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, koju sud može odrediti okrivljenom ako okolnosti vezane za njegovu ličnost, raniji život, držanje posle izvršenog krivičnog dela, a naročito odnos prema žrtvi krivičnog dela i okolnosti izvršenja

³ Zakonik o krivičnom postupku - ZKP, *Službeni glasnik RS* br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14.

⁴ ZKP, čl.2 st.1 tač.11.

⁵ Krivični zakonik - KZ, *Službeni glasnik RS* br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

⁶ KZ, čl.45 st.7, kojim je u odnosu na osuđenog za krivično delo protiv braka i porodice propisana zabrana izvršenja kazne zatvora u prostorijama u kojima sa oštećenim živi u istom porodičnom domaćinstvu.

⁷ KZ, čl.59, u skladu sa kojim sud može osloboditi od kazne učinioca krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna ako je na osnovu postignutog sporazuma sa oštećenim ispunio obaveze iz tog sporazuma.

⁸ KZ, čl.79 st.1 tač.10 i čl. 80 st.6 i čl.89a, a ovu meru bezbednosti sud može odrediti tako što će zabraniti učiniocu krivičnog dela približavanje oštećenom na određenoj udaljenosti, zabraniti pristup u prostor oko mesta stanovanja ili mesta rada oštećenog i zabraniti dalje uznemiravanje oštećenog, odnosno dalju komunikaciju sa oštećenim, ako se opravdano može smatrati da bi dalje vršenje takvih radnji od strane učinioca bilo opasno po oštećenog.

⁹ KZ, čl.93 Krivičnog zakonika, koji bliže određuje postupanje suda u zavisnosti od toga da li je oštećenom usvojen imovinskopravni zahtev ili je upućen na parnicu radi njegovog ostvarivanja, i alternativno namirenje iz oduzete imovinske koristi.

¹⁰ KZ, čl.222, koji uređuje gonjenje po privatnoj tužbi za krivična dela protiv imovine u slučaju kada je učinilac u bliskom odnosu sa oštećenim, odnosno ukoliko su krivična dela učinjena prema bračnom drugu, licu sa kojim učinilac živi u trajnoj vanbračnoj zajednici, srodniku po krvi u pravoj liniji, bratu ili sestri, usvojioocu ili usvojeniku, ili drugim licima sa kojima učinilac živi u zajedničkom domaćinstvu.

¹¹ KZ, čl.220 st.3 Krivičnog zakonika, za koje se ako su oštećeni građani, gonjenje preduzima po privatnoj tužbi.

¹² KZ, čl.426 Krivičnog zakonika, gde je oštećeni vojni vazduhoplov.

¹³ KZ, čl.54 st.1.

- dela ukazuju na to da se može očekivati da će se zaštitnim nadzorom potpunije ostvariti svrha uslovne osude¹⁴;
- definisanjem jedne od obaveza koje čine sadržinu zaštitnog nadzora¹⁵ - otklanjanje ili ublažavanje štete pričinjene krivičnim delom, a naročito izmirenje sa žrtvom krivičnog dela;
 - regulisanjem kriterijuma koje sud mora uzeti u obzir prilikom odlučivanja o izricanju sudske opomene, izuzev objektivnog parametra, kao što je visina zaprećene kazne, to su i ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo ponašanje posle izvršenog krivičnog dela, a naročito njegov odnos prema žrtvi krivičnog dela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je krivično delo učinjeno¹⁶;
 - inkriminisanjem posebnog oblika krivičnog dela trgovina ljudima, kod koga se radnja izvršenja sastoji u iskorišćavanju položaja žrtve trgovine ljudima, za koju zna ili je mogao znati da ima to svojstvo, ili omogućavanjem drugom iskorišćavanju njenog položaja radi eksploatacije rada, prinudnog rada, vršenja krivičnih dela, prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, uspostavljanja ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela ili radi korišćenja u oružanim sukobima¹⁷.

Bez obzira na normiranje pojma „žrtve“ u zakonskom tekstu kod navedenih instituta opšteg i posebnog dela, u KZ nema značenja tog izraza, niti je on samim tim jasno izdiferenciran, ali je evidentno da se i zakonodavcu nameće, posebno npr. kod krivičnog dela trgovine ljudima, korišćenje tog termina.

U portugalskom pravu pojam žrtve deo je teksta Zakonika o krivičnom postupku (ZKP-P)¹⁸, Krivičnog zakonika (KZ-P)¹⁹ i dva posebna zakona koja regulišu prava i pravni položaj žrtve - Zakona o upravljanju primenom mere za zaštitu svedoka u krivičnom postupku (ZUPMZS)²⁰ i Zakona o žrtvama²¹ (ZŽ).

¹⁴ KZ, čl.72. st.1.

¹⁵ KZ, čl.73 st.1 tač.10.

¹⁶ KZ, čl.77 st.4.

¹⁷ KZ, čl.388 st.8 u vezi sa st.1.

¹⁸ Zakonik o krivičnom postupku Portugalije – ZKP-P, br. 78/87, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis, 10.04.2017.

¹⁹ Krivični zakonik Portugalije – KZ-P br. 48/95, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=109&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=, 10.04.2017.

²⁰ Zakon o upravljanju primenom mere za zaštitu svedoka u krivičnom postupku - ZUPMZS br. 93/99, <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/english/dl-93-99-testemunhas.html>, 15.04.2017.

²¹ Zakon o žrtva, a – ZŽ, br. 130/15, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2394&tabela=leis&so_miolo=, 15.04.2017.

U ZKP-P zastupljen je termin žrtve u prvom članu o značenju izraza, gde su pojašnjeni drugi zakonski izrazi - *izveštaj o socijalnom statusu*, tj. o informacijama o porodičnom životu optuženog i eventualno žrtve, kako bi se sudija koji bude vodio postupak upoznao sa porodičnim prilikama ovih učesnika u krivičnom postupku i kod pojma *informacije o uslugama socijalne zaštite*, koje za predmet imaju presek stanja o ličnosti, porodici, školi, poslu i socijalnom statusu optuženog ili eventualno žrtve. U skladu sa čl. 82 ZKP-P, koji uređuje *obeštećenje žrtve u posebnim slučajevima*, krivični sud je ovlašćen da u osuđujućoj presudi dosudi određenu sumu kao kompenzaciju za pretrpljeni gubitak kada to žrtva zahteva uz poštovanje principa kontradiktornosti, odnosno uz omogućavanje optuženom da se izjasni na navode zahteva za naknadu štete. Kako bi se sprečilo osujećenje obeštećenja žrtve, sud tokom istrage može da odredi prinudne mere za obezbeđenje imovinskopravnog zahteva po zahtevu javnog tužilaštva kada se na drugi način ne može utvrditi činjenično stanje ili kada postoji opasnost po život, fizički ili psihički integritet ili slobode stranaka ili žrtve²². S ciljem zaštite žrtve od medijskog eksponiranja u čl. 88 ZKP-P predviđena je zabrana objavljivanja na bilo koji način identiteta žrtve krivičnog dela trgovina ljudima, krivičnih dela protiv polne slobode, časti i privatnog života osim ukoliko su žrtve izričito saglasne sa otkrivanjem identiteta ili ako je krivično delo izvršeno putem medija. Zbog neophodnosti otklanjanja potencijalnih rizika uperenih na opstrukciju istrage, s jedne strane optuženi, okrivljeni saradnik i oštećeni imaju pravo da izvrše uvid u spise ili dobiju fotokopiju akata iz predmeta, izuzev ukoliko su podaci tajni i ako se javni tužilac tome protivi, jer se razumno može očekivati da bi stavljanjem na raspolaganje takvih akata mogla biti ugrožena istraga ili prava stranaka ili žrtve²³. S druge strane, prilikom prvog saslušanja osumnjičenog koji je lišen slobode, sud je dužan da ga obavesti o razlozima za pritvor, krivičnom delu za koje se tereti i osnovima sumnje, upozori da ne ometa istragu i utvrđivanje materijalne istine, kao i da ne sme svojim ponašanjem da dovede u opasnost život, fizički ili psihički integritet ili slobode procesnih učesnika ili žrtve²⁴. Dokazna radnja presretanje i snimanje telefonskih komunikacija može biti eksploatisana i u odnosu na žrtvu od momenta kada je dala stvarni ili pretpostavljeni pristanak²⁵. Veliki značaj za sprečavanje ponovne viktimizacije imaju odredbe ZKP-P o izjavama za buduću upotrebu²⁶, u skladu sa kojima u slučaju ozbiljne bolesti ili putovanja u inostranstvo svedoka, koje za posledicu imaju da je dolazak

²² ZKP, čl. 194 st. 4.

²³ ZKP-P, čl.89 u st.1.

²⁴ ZKP-P, čl.141.

²⁵ ZKP-P, čl.187.

²⁶ ZKP-P, čl.271 st.1 i st.2.

svedoka pred sud bio nemoguć ili znatno otežan, kao i kada se krivični postupak vodi za krivična dela trgovine ljudima ili protiv polne slobode, istražni sudija na zahtev javnog tužilaštva, okrivljenog ili oštećenog, može da dozvoli unakrsno ispitivanje tokom istrage s ciljem da se zapisnik o iskazu svedoka koristi na glavnom pretresu. Kroz upoznavanje stranaka i drugih učesnika u postupku sa sadržinom zapisnika o ispitivanju bez obaveze svedoka da ponovo dolazi u sud i izjašnjava se na pitanja stranaka, štite se lična prava žrtve od evociranja traumatičnog događaja i procesnog ugnjetavanja odgovaranjem na šakaljiva i provokatorska pitanja, kao i odredbom da je obavezno ispitivanje žrtve tokom istrage za krivična dela protiv polne slobode učinjena na štetu maloletnika. Čl. 281 ZKP-P definiše uslove za odlaganje krivičnog gonjenja za krivično delo nasilja u porodici za koje je zaprećena kazna zatvora do 5 godina, koji se ogledaju u slobodnom i izričitom zahtevu žrtve i saglasnosti istražnog sudije i osumnjičenog ukoliko osumnjičeni prethodno nije osuđivan za istovrsno krivično delo i ako prema njemu za isto krivično delo već nije primenjen ovaj institut. Oportunitet je aplikativan i kod krivičnih dela protiv polne slobode i seksualnog opredeljenja od strane javnog tužilaštva uz prethodnu procenu da li je to i u interesu žrtve, na osnovu prethodno pribavljenih saglasnosti istražnog sudije i osumnjičenog. Jasno je da se *ratio legis* ovakvih odredbi temelji na stavu o celishodnom kažnjavanju, primeni alternativnih mera i orijentaciji ka pomirenju okrivljenog i žrtve.

KZ-P termin „žrtva“ upotrebljava u posebnom delu kod inkriminacija za sledeća krivična dela: teško ubistvo²⁷, lišenje života iz samilosti²⁸, ugrožavanje ili napuštanje²⁹, zloupotreba i kršenje obaveza³⁰, prinuda³¹, protivpravno lišenje

²⁷ KZ-P, čl.132 st.2 tač.a i c, kojima su predviđeni kvalifikovani oblici ubistva u slučaju kada je pasivni subjekt usvojlac ili usvojenik zbog posebnog odnosa učinioca sa žrtvom i kada je prema žrtvi postupano na svirep i bezobziran način da bi se povećale njene patnje.

²⁸ KZ-P, čl.134, koji inkriminiše lišenje života drugog lica na njegov izričit i ozbiljan zahtev i kaznu zatvora do tri godine, pri čemu je i pokušaj kažnjiv.

²⁹ KZ-P, čl.138, kod kog se radnja izvršenja krivičnog dela sastoji u ugrožavanju života druge osobe koja nije u stanju da se brani ili u napuštanju bespomoćnog lica, koje je učimilac dužan da čuva, pazi i gleda, a ukoliko je žrtva potomak, usvojlac ili usvojenik, propisana je kazna zatvora od 2 do 5 godina.

³⁰ KZ-P, čl.152 st.2, čija obeležja se manifestuju u svojstvu učinioca, koji mora da ima obavezu čuvanja, vaspitanja ili obrazovanja nekog lica zbog starosti, invalidnosti, bolesti ili trudnoće, postupanju prema tom licu na surov način, nanošenju fizičkih ili psihičkih povreda, primeni opasnih, nehumanih ili zabranjenih aktivnosti, prekomernom radnom opterećenju. Zaprećena je kazna zatvora od 1. do 5. godina, a za ovo krivično delo gonjenje može da pokrene javni tužilac ako je to u interesu žrtve.

³¹ KZ-P, čl.155, kada se vrši pritisak na žrtvu da izvrši samoubistvo ili pokušaj samoubistva i zaprećena je kazna od 1. do 5. godina zatvora.

slobode³², otmica³³, posredovanje u vršenju prostitucije³⁴, posredovanje i vršenju supstitucije i trgovina maloletnicima³⁵, teška krađa³⁶, razbojništvo³⁷, iznuda³⁸, zelenaštvo³⁹, prikrivanje⁴⁰, mučenje i drugi oblici okrutnog, ponižavajućeg ili nehumanog postupanja⁴¹, teško delo mučenja i drugih oblika okrutnog, ponižavajućeg ili nehumanog postupanja⁴² i kod krivičnog dela protiv službene dužnosti prevara u službi⁴³.

³² KZ-P, čl.158 st.2 tač.c i d, propisuje teže oblike protivpravnog lišenja slobode u slučaju kada učinilac zatvori, drži zatvorenu ili na drugi način liši slobode kretanja žrtvu pod lažnim izgovorom da pati od mentalnog poremećaja ili je usled toga došlo do teškog narušenja zdravlja žrtve, za koje je zaprećena kazna zatvora od 2. do 10. godina; i st. 2 istog čl, koji propisuje strožu kaznu u rasponu od 3. do 15. godina ukoliko nastupi smrt žrtve.

³³ KZ-P, čl.160 st.1a i b, kada učinilac primenom nasilja odvede ili zadrži žrtvu koju potvrgne mučenju, ili svirepo postupa tako da učini krivično delo protiv polnih sloboda žrtve. S tim u vezi predviđen je u čl. 162 KZ fakultativni osnov za ublažavanje kazne za otmicu ili uzimanje talaca iz čl.161 ako učinilac oslobodi žrtvu ili učini ozbiljan napor da do toga dođe.

³⁴ KZ-P, čl.170, propisuje kvalifikovani oblik ovog krivičnog dela u slučaju da učinilac primeni nasilje, pretil, dovodi u zabludu ili iskorišćava mentalnu nesposobnost žrtve da bi navodio, promovisao, podsticao ili olakšavao drugom vršenje prostitucije, za šta je zaprećena kazna zatvora od 1. do 8. godina.

³⁵ KZ-P, čl.176 st.2, *mutatis mutandis* kao i za posredovanje u vršenju prostitucije važi i u ovom slučaju samo što je ovo krivično delo upereno prema maloletnim žrtvama krivičnog dela i zaprećena je stroža kazna od 2. do 10. godina.

³⁶ KZ-P, čl.204 st.1 tač.d, postoji u slučaju da učinilac oduzme tuđu pokretnu stvar iskorišćavanjem bespomoćnosti žrtve, usled katastrofe, nesreće ili opšte opasnosti ili čl. 204 st. 1 tač. i kada ostavi žrtvu u teškoj ekonomskoj situaciji.

³⁷ KZ-P, čl.210 st.2: „Ko upotrebom sile oduzme duđu pokretnu stvar tako što dovede u opasnost život žrtve ili joj nanese teške telesne povrede, kazniće se zatvorn 3-15 godina“.

³⁸ KZ-P, čl. 223 st. 2, kod kog se radnja izvršenja ostvaruje navođenjem silom ili pretnjom koja bi ozbiljno mogla da naruši ugled žrtve nekog da učini nešto na štetu svoje imovine, a propisana je kazna zatvora od 6. meseci do 5. godina.

³⁹ KZ-P, čl.226 st.4 tač. c, kod kog je propisan kvalifikovani oblik zelenaštva u slučaju kada osumnjičeni u nameri da stekne protivpravnu imovinsku korist za sebe ili za drugo lice, iskorišćavajući teške prilike, nedovoljnu sposobnost za rasuđivanje, invaliditet, neiskustvo ili slabost karaktera ili odnos zavisnosti ugovori za sebe ili drugog kakvu novčanu korist, koja je prema okolnostima konkretnog slučaja, očigledno nesrazmerna u odnosu na njegova davanja i time svesno prouzrokuje imovinsku propast žrtve.

⁴⁰ KZ-P, čl.231 st.3 tač.b, u skladu sa kojim, ukoliko učinilac u nameri da pribavi za sebe ili drugom protivpravnu imovinsku korist, prikriva stvar stečenu izvršenjem krivičnog dela protiv imovine, protura, prenosi ili na drugi način stiće, krivično gonjenje će biti preduzeto po privatnoj tužbi u slučaju da je učinilac u bliskoj porodičnoj vezi sa žrtvom.

⁴¹ KZ-P, čl.243 st.3, koji bliže određuje radnju izvršenja, pod koju se podvodi svaka radnja koja se sastoji u nanošenju fizičkih povreda, psihičkih patnji, stresa, ili zloupotrebi lekova, droga ili drugih prirodnih ili veštačkih sredstava, sa namerom da se poremeti sposobnost određivanja ili slobodna volja žrtve.

⁴² KZ-P, čl.244 st.2, u skladu sa kojim kvalifikovani oblik ovog krivičnog dela postoji ukoliko bude prouzrokovano samoubistvo ili smrt žrtve, a zaprećena je kazna zatvora od 8. do 16. godina.

⁴³ KZ-P, čl.379, koji propisuje kaznu do dve godine ili novčanu kaznu službenom licu koje u vršenju službene dužnosti ili ovlašćenja za sebe ili drugog pribavi protivpravnu imovinsku korist, primi dovođenjem u zabludu ili iskorišćavanjem žrtve za sebe ili treće lice novac, u iznosu koji prelazi zarade sa porezima i doprinosima, i kvalifikovani oblik tog krivičnog dela ako je izvršeno putem nasilja ili pretnjom, uz kaznu zatvora od 1 do 8 godina.

Osim toga, KZ-P dozvoljava ublažavanje kazne⁴⁴, ukoliko je postojao doprinos žrtve izvršenju krivičnog dela ili je učinilac izazvan od strane žrtve, ali i pooštavanje kazne za krivična dela protiv polnih sloboda, kao npr. obljuba zloupotrebom položaja⁴⁵, silovanje⁴⁶, obljuba nad nemoćnim licem⁴⁷, trgovina ljudima⁴⁸ za jednu polovinu od zaprećene kazne, kada su za posledicu imala trudnoću, teško narušavanje zdravlja, prenošenje virusa ili hepatitisa, samoubistvo ili smrt žrtve, odnosno ako su učinjena prema žrtvi uzrasta ispod 14 godine, odmerava se za jednu trećinu stroža kazna⁴⁹. U KZ-P uređen je i način preduzimanja krivičnog gonjenja, te tako za krivična dela protiv polnih sloboda javni tužilac goni po predlogu žrtve, osim ukoliko je žrtva mlađa od 16 godina, kada se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti uz prethodno procenu javnog tužioca da je to u interesu žrtve⁵⁰. Kod krivičnih dela protiv časti npr. kleveta ili uvreda učinjenih na štetu nosilaca javnih funkcija npr. ministra, sudije, guvernera, članova lokalnih organa, zaštitnika građana, komandanta vojnih snaga, ili nastavnika⁵¹ u vezi sa obavljanjem njihovih službenih poslova i radnji ili ako učinilac preduzme radnje izvršenja teškom zloupotrebom službenog položaja, minimalna i maksimalna zaprećena kazna se mogu uvećati za polovinu⁵². Gonjenje po privatnoj tužbi preduzima se za imovinska krivična dela (krađa, teška krađa i zloupotreba poverenja), ukoliko je učinilac u bliskom srodstvu sa žrtvom⁵³. KZ-P propisuje i aktivno legitimisana lica za podnošenje žalbe protiv odluke suda od strane oštećenog, kao i od strane javnog tužioca u posebnim slučajevima kada je to u interesu žrtve⁵⁴.

U ZUPMZS zastupljen je procesni termin „svedok“, za lica, koje je bez obzira na status po odredbama ZKP-P, u posedu informacije ili saznanja koja je neophodno za otkrivanje, razumevanje i ocenu glavnih činjenica u istrazi i kojoj preti opasnost po život, fizički ili psihički integritet, slobodu ili imovinu veće vrednosti na osnovu njihove uloge u prikupljanju dokaza o činjenicama koje su važne za sprovođenje istrage.

Žrtva se upotrebljava u ŽŽ, s tim što ni ovaj zakon ne sadrži preciznu definiciju žrtve, ali pod taj izraz se može podvesti lica u odnosu na koje

⁴⁴ KZ-P, čl.72 st.1 tač.b.

⁴⁵ KZ-P, čl.163.

⁴⁶ KZ-P, čl.164.

⁴⁷ KZ-P, čl.165.

⁴⁸ KZ-P, čl.169.

⁴⁹ KZ-P, čl.177 st.3 i 4.

⁵⁰ KZ-P, čl.178.

⁵¹ KZ-P, čl.132 st.2.j.

⁵² KZ-P, čl.184.

⁵³ KZ-P, čl.207 st.1.

⁵⁴ KZ-P, čl.113 st.6.

postoji ozbiljna pretnja po život i bezbednost, opasnost od viktimizacije ili druge okolnosti koje ukazuju da privatnost može biti ugrožena. Ipak, za razliku od ZUPMZS, koji se primenjuje u postupku za taksativno navedena krivična dela, ZŽ se odnosi na žrtve svih krivičnih dela, kao i na strane žrtve, koje imaju isti obim prava zbog principa o zabrani diskriminacije.

3. Prava žrtve u krivičnom postupku

Obim prava garantovanih u krivičnom postupku fundamentalan je za konzistentan i adekvatan položaj žrtve. Kako u portugalskom, tako i u srpskom pravu žrtve imaju procesni status svedoka, koji podrazumeva obavezu nadležnih organa da obezbede opšti korpus prava karakterističan i za sva druga lica koja imaju saznanja ili opažanja o učinjenom krivičnom delu. Tu se pre svega misli na predočavanje mogućnosti isključenja ili oslobođenja od dužnosti svedočenja i sprovođenje ispitivanja tako da se svedok ispituje ponaosob, bez prisustva ostalih svedoka uz izjašnjenje kako na opšta pitanja, tako i dopunska, koja mu se postavljaju nakon završetka iskaza o predmetu svedočenja. Premda je ugroženost ličnih ili imovinskih prava oštećenog glavna tačka razlikovanja u odnosu na ostale svedoke, i u srpskom i u portugalskom pravu žrtve imaju i posebna prava, koja se manifestuju obaveznim pitanjem prilikom ispitivanja da li će u krivičnom postupku ostvarivati imovinskopravni zahtev uz istovremenu procenu celishodnosti pružanja psihološkog, socijalnog, ekonomskog ili drugog vida zaštite.

U postupku koji se vodi pred srpskim nadležnim organima, oštećeni uživa prava na obaveštenja, pouke i podnošenje pravnih lekova protiv odluka donetih na njegovu štetu. S tim u vezi su i pravo na podnošenje predloga i dokaza za ostvarivanje imovinskopravnog zahteva i privremenih mera, prigovora protiv rešenja o odbacivanju krivične prijave, naredbe o obustavi istrage ili odustanku od krivičnog gonjenja⁵⁵ i žalbe protiv presude u delu u kom je odlučeno o troškovima postupka i dosuđenom imovinskopravnom zahtevu. Uživa i pravo na obaveštenje o vremenu i mestu ispitivanja svedoka⁵⁶ i može da učestvuje u dokaznom postupku predlaganjem dokaza, ukazivanjem na činjenice i da angažuje punomoćnika iz reda advokata. Dakle, ova procesna prava su inherentna položaju oštećenog i služe za efektivno, ekspeditivno i kvalitetno učestvovanje u krivičnom postupku i zaštitu njegovih materijalnih i moralnih interesa. Pod uslovom da zbog iznošenja svih poznatih činjenica o učiniocu ili krivičnom delu oštećenom preti rizik od napada na fizički ili psihički integritet, može se staviti pod režim osnovne zaštite ili mu se pak može dodeliti status posebno osetljivog svedoka ili status zaštićenog svedoka.

⁵⁵ ZKP, čl.51.

⁵⁶ ZKP, čl.300 st.1.

Prava žrtve u Portugaliji su izričito predviđena ZŽ. Prvenstveno garantovano je *pravo na dobijanje informacija*⁵⁷ o vrsti podrške koja može biti ukazana i organizacijama kojima se može obrati za pomoć, postupku za podnošenje prijave, mogućnostima u daljem toku postupka i ulozi u njemu, mehanizmima za ostvarivanje pravne zaštite, postupku ostvarivanja prava na naknadu pretrpljene štete i troškova, postupku podnošenja pritužbe u slučaju da nadležni organi koji učestvuju u krivičnom postupku ne poštuju prava žrtve, posebnim sredstvima koja stoje na raspolaganju žrtvi u Portugaliji da zaštiti svoja prava i interese u slučaju da živi u drugoj državi. S tim u vezi, žrtva mora biti obavještena na način za koji se opredelila, čak i ukoliko je predmet poverljiv, o sudskim odlukama koje se tiču njenog statusa, a posebno o odluci o odbacivanju krivične prijave, odluci o prekidu postupka, presudi ili drugoj sudskoj odluci, sa razlozima za odluku ili sažetim obrazloženjem. Osim navedenih, organ postupka je dužan da predoči žrtvi bez nepotrebnog odlaganja činjenicu da je optuženi na slobodi, da je pobjegao, ili da je optužen ili osuđen. Iz prava na informacije proizilaze i garancije ostvarivanja komunikacije⁵⁸ nadležnih organa sa žrtvom kako bi žrtva bila upoznata sa svojim pravima i obavezama od prvog kontakta do završetka krivičnog postupka na jednostavan i razumljiv način. Osim toga, žrtvi je garantovano *pravo na pravni savet*⁵⁹, *pravo na naknadu troškova*⁶⁰, *pravo na zaštitu* kada postoji ozbiljna pretnja i mogućnost viktimizacije ili druge okolnosti koje ukazuju da bezbednost i sigurnost može biti ugrožena. Žrtvi je priznato i *pravo u krivičnom postupku da bude odlučeno o njenom pravu na naknadu štete i povraćaj imovine*⁶¹ od okrivljenog, u razumnom roku, s tim što se imovina koja je oduzeta od žrtve odmah proverava i vraća, osim ukoliko zbog dokaznog značaja treba da bude predata državi.

Mada obim i stepen zajemčenih prava u portugalskom pravu mogu da variraju u zavisnosti od specifičnih potreba, ličnih okolnosti žrtve, prirode krivičnog dela i faze krivičnog postupka, evidentno je da je krug ovih prava znatno širi od onih koje ima oštećeni u Republici Srbiji i da se afirmiše princip punog poštovanja volje žrtve prilikom postupanja organa postupka uz naglasak na individualnom tretmanu u saradnji sa organizacijama za pomoć i podršku žrtvi i meritornom odlučivanju o naknadi štete. Takođe, dato je prioritarno mesto pravu na informacije, jer je upućenost žrtve u svoja prava preduslov za njihovo ostvarivanje. Raspravljanje o imovinskopravnom zahtevu pred srpskim krivičnim sudom je marginalno u poređenju sa presuđivanjem

⁵⁷ ZŽ, čl.11.

⁵⁸ ZŽ, čl.12.

⁵⁹ ZŽ, čl.13.

⁶⁰ ZŽ, čl.14.

⁶¹ ZŽ, čl.16.

po optužbi. Načelno, u svim predmetima u kojima bi prikupljanje dokaza i provera okolnosti o imovinskopravnom zahtevu bili skupčani sa znatnim odugovlačenjem postupka, krivični sud upućuje oštećenog da takav zahtev ostvaruje u parničnom postupku, što za posledicu ima dodatno prolongiranje i otežavanje ostvarivanja prava na naknadu štete, povraćaj stvari ili poništaj određenog posla⁶². Naprotiv, u portugalskom pravu pravo na obeštećenje ima domenantno mesto dosuđivanju pravične novčane naknade za pretrpljene fizičke i psihičke bolove.

4. Posebno osetljivi svedoci

Posebno osetljivi svedoci jesu lica koja su usled ličnih svojstava, prirode i težine krivičnog dela naročito ranjiva i senzibilna, što može da uzrokuje smanjenje kvaliteta i uverljivosti njihovog svedočenja, te im se omogućava da svoj iskaz pred organom postupka daju u ambijentu i u uslovima koji neće štetiti njihovom fizičkom i psihičkom stanju. Uslovi za određivanje statusa posebno osetljivog svedoka i posledice ispitivanja u srpskom i u portugalskom pravu imaju dosta sličnosti.

Pre svega, materijalne okolnosti koje u srpskom pravu predstavljaju relevantne parametre za određivanje statusa posebnog osetljivog svedoka tiču se uzrasta, životnog iskustva, načina života, pola, zdravstvenog stanja, prirode, načina ili posledica izvršenog krivičnog dela, kao i drugih okolnosti slučaja. U portugalskom pravu vulnerabilnost može biti zasnovana na činjenici da je svedok previše mlad ili previše star, zdravstvenoj sposobnosti ili činjenici da treba da da iskaz protiv člana svoje porodice, ili druge grupe kojoj pripada po subordinaciji ili zavisnosti⁶³. U oba ova pravna sistema formalni uslov se ispoljava u rešenju o određivanju statusa posebno osetljivog svedoka. Dok su u Republici Srbiji ovlašćeni da taj pravni akt donesu nakon podnošenja krivične prijave javni tužilac, predsednik veća ili sudija pojedinac u zavisnosti od faze i vrste krivičnog postupka, u Portugaliji to spada u stvarnu nadležnost suda ili policije. Ovoj odluci prethodi urađena pojedinačna procena ugroženosti, koja ima dvostruku funkciju – da potvrdi osnovanost sticanja takvog statusa i ustanovljavanje adekvatnih mera posebne zaštite. Eksplicitno je predviđena portugalskim ZZ, a srpski ZKP to nije učinio, iako iz same prirode ovog instituta proizilazi dužnost nadležnog organa da pazi na indikatore za sticanje statusa posebno osetljivog svedoka.

Jezgro kategorizovanja svedoka kao posebno osetljivog čine *sui generis* pravila o ispitivanju, i ona u domaćem pravu obuhvataju:

⁶² ZKP, čl.252 st.2.

⁶³ ZUPMZS, čl.26 st.2.

ophođenje prema svedoku sa posebnom pažnjom, obavljanje ispitivanja uz pomoć psihologa, socijalnog radnika ili drugog stručnog lica, sprovođenje ispitivanja bez prisustva stranaka i drugih učesnika u postupku u prostoriji u kojoj se svedok nalazi, npr. upotrebom tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka, ispitivanje u stanu ili u drugoj prostoriji, ili ovlašćenoj instituciji koja je stručno osposobljena za ispitivanje takvih lica. Izuzetno je dozvoljeno suočenje svedoka sa okrivljenim u slučaju da se njihovi iskazi ne slažu u pogledu činjenica koje su predmet dokazivanja, na zahtev okrivljenog i uz posebno odobrenje organa postupka vodeći računa o stepenu osetljivosti svedoka i o pravima odbrane⁶⁴. Ovom licu takođe može biti postavljen punomoćnik iz reda advokata, radi efektivne zaštite njegovih interesa.

U portugalskom pravu, radi zaštite interesa svedoka i pružanja neophodne psihološke pomoći, nadležan sud može odrediti lice iz Centra za socijalni rad, drugo lice posebno obučeno sa podršku svedoku, ili psihologa koji mogu biti prisutni i prilikom preduzimanja pojedinih radnji u postupku. Potrebno je hitno postupanje i izjave od svedoka se uzimaju odmah nakon učinjenog krivičnog dela uz pridržavanje sledećih pravila:

- pitanja žrtvi treba da postavlja ista osoba, pod uslovom da žrtva to želi, i na način da ne utiče na tok krivičnog postupka,
- ispitivanje žrtve o seksualnom i porodičnom nasilju, osim kada ga sprovodi javni tužilac ili sudija, mora biti izvršeno od strane lica istog pola, kao i žrtva, ukoliko to žrtva želi i na način da se time ne utiče na tok krivičnog postupka,
- korišćenje odgovarajućih tehničkih sredstava u smislu ispitivanja putem videokonferencijske ili telekonferencijske veze, (o ovakvom modusu ispitivanja žrtve odlučuje u fazi istrage javni tužilac po službenoj dužnosti ili na predlog žrtve svedoka, a u fazi glavnog pretresa sud, po službenoj dužnosti, ili na predlog javnog tužioca ili svedoka⁶⁵) s ciljem sprečavanja vizuelnog kontakta između žrtve i osumnjičenog, posebno prilikom davanja iskaza žrtve;
- kada se radi o davanju izjava za buduću upotrebu u smislu da se žrtva ne poziva ponovo na glavni pretres, ispitivanje žrtve vrši sudija, a zatim dodatna pitanja postavljaju prvo javni tužilac, a zatim branioci, a žrtvi prilikom davanja iskaza pomaže tehničko lice, koji je posebno za to osposobljeno i od strane suda postavljen. O ovoj dokaznoj radnji moraju biti obavešteni javni tužilac, optuženi i njegov branilac i advokati, a javni tužilac i branilac moraju biti prisutni. Ispitivanje

⁶⁴ ZKP, čl.104 st.4.

⁶⁵ ZŽ, čl.23.

žrtve treba da bude sprovedeno u neformalnoj atmosferi i zaštićenom ambijentu, kako bi se obezbedilo posebno davanje spontanih i iskrenih odgovora. O tome se sačinjava audio ili i audio i video zapis⁶⁶.

- isključenje javnosti sa glavnog pretresa.

Što se tiče maloletnih lica oštećenih krivičnim delom, u oba pravna sistema, koja su predmet ove analize, svako dete ima pravo da bude ispitano u krivičnom postupku posebno vodeći računa o njegovom uzrastu, zrelosti i najboljem interesu⁶⁷. Osim toga, njihovo ispitivanje obavlja se uz pomoć psihologa, pedagoga ili drugog sličnog lica ili upotrebom tehničkih sredstava za prenos slike ili zvuka, bez prisustva stranaka i drugih učesnika postupka, a po srpskom pravu može se sprovesti najviše dva puta, i samo izuzetno više od toga ako je neophodno radi ostvarenja svrhe krivičnog postupka uz vođenje računa zaštititi ličnosti i razvoju maloletnika⁶⁸. Zabranjeno je vršiti suočenje sa okrivljenim maloletnika koje je usled prirode krivičnog dela, posledica i drugih okolnosti posebno osetljivo ili se nalazi u posebno teškom duševnom stanju⁶⁹. Ukoliko nema sukoba interesa, dete može dati iskaz u prisustvu roditelja, zakonskog zastupnika ili staratelja. U suprotnom, na zahtev deteta određene starosne dobi, ukoliko je nepoznata starost deteta ili postoje razlozi da se predstavi da je reč o detetu, obavezno je postavljanje punomoćnika od strane suda, što je na isti način uređeno i u srpskom pravu⁷⁰.

Portugalski ZŽ eksplicitno reguliše da posebno osetljivi svedoci u slučaju kada je to na osnovu individualne procene potrebno, mogu biti privremeno smešteni u ustanove za podršku koje finansira država⁷¹ i mogu besplatno koristiti zdravstvene usluge⁷². Kod nas svedoci takođe mogu biti korisnici usluga socijalne zaštite na osnovu posebnog zakona⁷³. Osetljivim žrtvama po portugalskom pravu pruža se i zaštita od izveštavanja javnosti

⁶⁶ ZŽ, čl.24.

⁶⁷ ZŽ, čl.22 i čl. 152 st. 1 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica - ZMUKD, *Službeni glasnik RS* br. 85/05.

⁶⁸ ZMUKD, čl.152 st. 2.

⁶⁹ ZMUKD, čl.153.

⁷⁰ ZMUKD, čl.154 st.1, a to lice mora biti postavljeno iz reda advokata koji su stekli posebna znanja iz oblasti prava deteta i krivičnopravne zaštite maloletnih lica.

⁷¹ ZŽ, čl.25.

⁷² ZŽ, čl.26.

⁷³ Čl. 40 Zakona o socijalnoj zaštiti, *Službeni glasnik RS* br. 24/11, koji propisuje usluge planiranja i procene, dnevne usluge u zajednici, usluge podrške za samostalan život, savetodavno-terapijske i socijalno-edukativne usluge i usluge smeštaja. S tim u vezi, tim zakonom je izričito pružena zaštita žrtvama trgovine ljudima koji su determinisani kao korisnici usluga socijalne zaštite u čl.41 st.2 tač.7 i st.3 tačk.4 Zakona i garantuje im se usluga smeštaja iz budžeta Republike Srbije po čl.206 st.1 tač.9.

u smislu da se ne sme u sredstvima javnog informisanja otkrivati identitet žrtve ukoliko su u pitanju maloletnici ili mlađa lica, ili druge grupe koje su posebno ugrožene, kao i da se ne smeju javno objavljivati njihovi snimci i slike koji bi mogli da dovedu do otkrivanja njihovog identiteta⁷⁴. U Srbiji ova pitanja uređena su Zakonom o javnom informisanju i medijima, koji dozvoljava objavljivanje informacija u vezi sa krivičnim postupkom ako su iznete na glavnom pretresu ili su pribavljene od organa javne vlasti na osnovu zakona koji uređuje pristup informacijama od javnog značaja⁷⁵ uz suprematiju zaštite maloletnika, premda se mora voditi računa da sadržaj medija i način distribucije ne naškode moralnom, intelektualnom, emotivnom ili socijalnom razvoju maloletnika⁷⁶.

5. Mere zaštite

Za razliku od posebno osetljivog svedoka prema kome se mogu primeniti procesne mere s ciljem zaštite psihičkog stanja i sprečavanja ponovne traumatizacije, kod kategorije zaštićenog svedoka postoji buduća opasnost od ugrožavanja fizičkog integriteta, slobode ili imovine većeg obima, ili bliskog lica davanjem iskaza ili odgovorom na pojedina postavljena pitanja. U srpskom pravu, Zakonikom o krivičnom postupku predviđen je institut zaštićenog svedoka, koji podleže merama posebne zaštite u toku krivičnog postupka i vanprocesne policijsko-tehničke mere po Zakonu o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku - ZPZUKP, koje se uspostavljaju pre, u toku i posle pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka. U Portugaliji na snazi su mere procesne zaštite, a svedoci i njima bliska lica mogu biti stavljeni i pod režim pojedinačnih mera ili pod poseban program zaštite kada im je ugrožena bezbednost prema ZUPMZS.

Prema domašaju, i u skladu sa principom srazmernosti⁷⁷ u Republici Srbiji *mere posebne zaštite* sastoje se u uskraćivanju podataka o istovetnosti zaštićenog svedoka u odnosu na opštu javnost ili u odnosu na okrivljenog i njegovog branioca. Identitet zaštićenog svedoka jemči se isključenjem javnosti sa glavnog pretresa i zabranom objavljivanja podataka o istovetnosti svedoka⁷⁸. Analogno, u Portugaliji zaštita svedoka manifestuje se prvenstveno skrivanjem njegovog identiteta⁷⁹ kada postoji visok rizik od zastrašivanja

⁷⁴ ZŽ, čl.27.

⁷⁵ Čl. 74 Zakona o javnom informisanju i medijima, *Službeni glasnik RS* br. 83/14, 58/15, 12/16.

⁷⁶ Zakon o javnom informisanju i medijima, čl.77 i čl.80 st.2.

⁷⁷ ZKP, čl. 106 st.4.

⁷⁸ ZKP, čl. 106 st.1.

⁷⁹ ZUPMZS, čl.4.

ili druge okolnosti koje ukazuju na pritiske ili pretnje. To se može učiniti prikriivanjem slike ili izmenom glasa svedoka prilikom davanja iskaza ili putem tele-konferencije, o čemu, kao i u srpskom pravu odlučuje sud na predlog javnog tužioca⁸⁰. Distinkcija između posmatranih sistema ogleda se u trajanju ovih mera, s obzirom na to da je u srpskom pravu neotkrivanje identiteta ograničeno, jer lične podatke svedoka sud mora otkriti okrivljenom i njegovog braniocu najkasnije 15 dana pre početka glavnog pretresa, a u portugalskom pravu lični podaci svedoka mogu da ostanu tajni⁸¹ u jednoj ili svim fazama postupka. Međutim, svedok u domaćem pravu može biti zaštićen bez obzira na vrstu i težinu krivičnog dela za koje daje iskaz, pošto nije predviđen katalog krivičnih dela na koja se ekskluzivno primenjuje, dok prema rešenju iz portugalskog prava davanje iskaza ili izjave mora za predmet imati krivična dela trgovina ljudima, udruživanje radi vršenja krivičnih dela, terorističko udruživanje i terorizam, krivična dela protiv života i tela, sloboda čoveka, protiv polnih sloboda, korupcije, teže oblike prevare, za koja se može izreći kazna zatvora preko 8 godina, ili ona učinjena od strane organizovane kriminalne grupe. Ostali uslovi za sticanje statusa zaštićenog svedoka su slično postavljeni, jer se u oba slučaja zahteva da je život, zdravlje ili sloboda svedoka ili njemu bliskog lica u toj meri ugrožena da opravdava ograničenje prava na odbranu, da davanje iskaza ili izjave ima relevantan dokazni značaj i da je svedok verodostojan⁸². Procesne posledice statusa zaštićenog svedoka sastoje se u zakazivanju ispitivanja svedoka od strane suda na poverljiv način naredbom, obaveštenjem svedoka o učesnicima u postupku kojima se otkriva njegov identitet, upozorenjem učesnicima u postupku da su dužni da čuvaju kao tajnu podatke o zaštićenom svedoku i njemu bliskim licima pod pretnjom krivičnog progona za krivično delo povrede tajnosti postupka⁸³ i uz konstantan nadzor toka ispitivanja svedoka od strane suda koji u svakom trenutku može zabraniti pitanje koje je takve prirode da bi njegov odgovor mogao da dovede do otkrivanja istovetnosti zaštićenog svedoka⁸⁴. Sud može da odredi da se ispitivanje sprovede i uz korišćenje tehničkih sredstava za promenu zvuka i slike, a zapisnik svedok potpisuje pod pseudonimom⁸⁵. Čim se pokaže da nije potrebno, mere o neotkrivanju identiteta će biti ukinute od strane sudije za prethodni postupak na predlog javnog tužioca ili zahtev svedoka, nakon čega će biti donet odgovarajući procesni akt, a po izjašnjenju javnog tužioca u slučaju da on nije podneo predlog. Ne može osuđujuća

⁸⁰ ZUPMZS, čl.4. st.1 i 2 i čl.2 st.1 tač.b.

⁸¹ ZUPMZS, čl.16.

⁸² ZKP, čl.106 st.2.

⁸³ KZ, čl.337 st.3 i 4.

⁸⁴ ZUPMZS, čl.10-14.

⁸⁵ ZUPMZS, čl.19 st.2.

presuda, isključivo ili pretežno, biti zasnovana na iskazu ili izjavi datoj od strane jednog ili više svedoka čiji identitet je ostao skriven⁸⁶.

Svedoci u Portugaliji mogu biti potvrgnuti pojedinačnim merama zaštite kod kojih se zahteva postojanje opravdane bojazni po bezbednost ili da se vodi kivični postupak za koje je ustanovljena funkcionalna nadležnost veća od troje sudija ili porota. Obuhvataju pravila ponašanja, opservacije svedoka ili drugog lica prema kom se mere zaštite primenjuju, uključujući tu primenu mera bez njihovog znanja. Mogu biti određene od strane javnog tužioca, tokom istrage na osnovu zahteva svedoka ili njegovog pravnog zastupnika ili na osnovu predloga kriminalističke policije. Nakon istrage navedene mere mogu biti određene od strane sudije koji preduzima radnje u narednoj fazi postupka, na osnovu predloga javnog tužioca. Sud na svaka tri meseca preispituje potrebu i celishodnost za trajanjem tih mera nakon ispitivanja svedoka⁸⁷. Predviđene su sledeće pojedinačne mere zaštite:

1. označenje u postupku druge adrese od stvarne na kojoj svedok živi ili koja se ne poklapa sa boravištem po građanskom pravu;
2. prevoz državnim vozilom prilikom učestvovanja u krivičnom postupku;
3. obezbeđenje prostorije, koja može biti stavljena pod video nadzor ili obezbeđena, u sudu ili policiji, gde može da se skloni ili u koju ne ulaze ostali učesnici u krivičnom postupku;
4. obezbeđenje mera zaštite od strane policije prema rođacima ili drugim licima sa kojima je svedok u bliskom kontaktu;
5. omogućavanje režima koji će mu garantovati izolovanost od ostalih lica i prevoz posebnim vozilom⁸⁸.

Osim pojedinačnih mera zaštite, kojima podležu svedoci, ustanovljen je u Portugaliji i *poseban program zaštite*, koji obuhvata jednu ili više mera zaštite i podrške: naznačenje u zvaničnim dokumentima drugačijih oznaka ideniteta od onih prethodno korišćenih, ili koji bi trebalo da budu korišćeni sa zamenjenim ispravama, izmena fizionomije ili tela lica prema kom se program primenjuje, obezbeđenje novog mesta prebivališta u zemlji ili inostranstvu određeni period, slobodni prevoz lica prema kom se program primenjuje, njegovih rođaka i određene imovina na novo mesto prebivališta, primena uslova za održavanje svrhe podrške, obezbeđenje naknade za život određeni period⁸⁹.

⁸⁶ ZUPMZS, čl.19 st.2.

⁸⁷ ZUPMZS, čl.20.

⁸⁸ ZUPMZS, čl.20.

⁸⁹ ZUPMZS, čl.22.

Ovaj poseban program zaštite u portugalskom pravu u mnogim elementima se podudara sa *programom zaštite učesnika u krivičnom postupku i njima bliskim licima* u srpskom pravu. Pre svega, u pogledu uslova za određivanje, jer se traži da subjekti programa budu lica koja su usled davanja iskaza ili obaveštenja značajnih za dokazivanje u krivičnom postupku izloženi opasnosti po život, zdravlje, fizički integritet, slobodu ili imovinu, a bez tog iskaza ili obaveštenja bilo bi znatno otežano ili nemoguće dokazivanje u krivičnom postupku. Takođe, domen primene prostire se samo na krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti, protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom i organizovanog kriminala⁹⁰, i u Portugaliji to su krivična dela organizovanog kriminala, korupcije, terorizma i krvni i seksualni delikti. Trajanje programa nije kao prema portugalskom rešenju ograničeno samo na krivični postupak, pošto može biti određen i pre, i u toku i nakon pravosnažnog okončanja krivičnog postupka⁹¹. Ekstenzivnije je postavljen u Srbiji krug lica na koja se odnosi premda obuhvata osumnjičenog, okrivljenog, svedoka saradnika, svedoka, oštećenog, veštaka i stručno lice, kao i blisko lice za koje jedan od ovih učesnika u krivičnom postupku zahteva uključenje u Program zaštite⁹². U okviru Programa zaštite primenjuju se jedna ili više mera sledećih mera:

1. fizička zaštita ličnosti i imovine, koja se sastoji se od sprečavanja protivpravnog ugrožavanja života, zdravlja, fizičkog integriteta, slobode ili imovine zaštićenog lica upotrebom fizičko-tehničkih mera⁹³;
2. promena prebivališta ili premeštanje u drugu zavodsku ustanovu predstavlja privremeno ili trajno preseljenje zaštićenog lica iz mesta prebivališta ili boravišta u drugo mesto ili drugu zavodsku ustanovu⁹⁴;
3. prikrivanje identiteta i podataka o vlasništvu podrazumeva izradu i upotrebu lične isprave ili isprave o vlasništvu zaštićenog lica u kojoj su privremeno izmenjeni izvorni podaci⁹⁵;
4. promena identiteta, kao izuzetna mera ukoliko se cilj Programa zaštite ne može ostvariti primenom drugih mera⁹⁶, koja uključuje potpunu ili delimičnu izmenu ličnih podataka zaštićenog lica, uz koju može biti određena i promena fizičkih karakteristika zaštićenog lica⁹⁷.

⁹⁰ Čl. 5 Zakona o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku - ZPZUKP, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05.

⁹¹ ZPZUKP, čl.4.

⁹² ZPZUKP, čl.3 st.1 tač.1 i 2.

⁹³ ZPZUKP, čl.16.

⁹⁴ ZPZUKP, čl. 17.

⁹⁵ ZPZUKP, čl.18.

⁹⁶ ZPZUKP, čl.14.

⁹⁷ ZPZUKP, čl.20 st.1.

Takođe, određivanje, izmena i prestanak mera koja su predmet programa vanprocesne zaštite u nadležnosti su Komisije za poseban program zaštite u Portugaliji, odnosno Komisije za sprovođenje Programa zaštite u Srbiji. U pitanju je kolektivno telo, sastavljeno od predstavnika suda, javnog tužilaštva i ministarstva unutrašnjih poslova⁹⁸. Izvršenje programa je predmet sporazuma sa licem u čiju korist se mere primenjuju, koje treba da potpiše izjavu da se slaže sa utvrđenim mera i da će se pridržavati programa⁹⁹. Poseban program zaštite može biti izmenjen uvek kada je to potrebno. Treba obavezno da bude revidiran s vremena na vreme kako je to u njemu određeno¹⁰⁰. Osim regularnog programa zaštite, u Srbiji kada nadležni javni tužilac, istražni sudija ili predsednik veća ocene da postoji neposredna opasnost po život, zdravlje, fizički integritet, slobodu ili imovinu učesnika u krivičnom postupku ili bliskog lica, mogu da zahtevaju primenu hitnih mesta uz saglasnost učesnika u krivičnom postupku odnosno bliskog lica od strane Jedinice, a do donošenja odluke Komisije o zahtevu za uključenje u Program zaštite¹⁰¹.

6. Zaključak

Uporednom analizom srpskog i portugalskog prava u domenu zaštite žrtve u svetlu prevashodno krivičnog zakonodavstva može se konstatovati da su ključni instituti za pomoć i podršku pasivnim subjektima, kao što su sticanje statusa posebno osetljivog svedoka i mere procesne i vanprocesne zaštite uređeni na adekvatan način. Naravno, trebalo bi ozbiljno razmotriti mogućnost izmene srpskog ZKP u delu koji se odnosi na neotkrivanje identiteta zaštićenog svedoka pre početka glavnog pretresa i obezbediti tajnost njegovih ličnih podataka do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka. Tome u prilog govori i praksa Evropskog suda za ljudska prava.

Kao posledica implementiranja Direktive 2012/29/EU Evropskog parlamenta i Evropskog saveta od 25. oktobra 2012. godine¹⁰² Portugalija je donela Zakon o žrtvama 2015. godine, kojim garantuje žrtvi tri grupe prava: pravo na obaveštavanje, pomoć i mehanizme zaštite svojih interesa, pravo vezano za participativnost i punu slobodu odlučivanja u krivičnom postupku i pravo posebne zaštite, koje se manifestuje kroz pravo na

⁹⁸ ZUPMZS, čl.23 i čl.7 ZPZUKP.

⁹⁹ ZUPMZS, čl.24 i čl.30 ZPZUKP.

¹⁰⁰ ZUPMZS, čl.24.

¹⁰¹ ZPZUKP, čl.27.

¹⁰² Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/directive_2012_29_eu_1.pdf, 18.06.2017.

izbegavanje kontakta između žrtve i učinioca pravo na zaštitu žrtve tokom sprovođenja istrage, pravo na privatnost, pravo na individualnu procenu potreba žrtve s ciljem utvrđivanja specifičnih potreba zaštite, pravo na zaštitu posebno osetljive žrtve, uključujući i decu.

Republika Srbija, država čiji je prioritetni cilj članstvo u Evropskoj uniji, kontinuirano preduzima radnje ka ispunjenju uslova iz Poglavlja 23 i 24, i na planu jačanja društvene solidarnosti, moralnog integriteta društva i pružanja pravne, ekonomske i psihološke pomoći i stručne podrške žrtvama. Jedna od metoda jeste i donošenje opšteg obaveznog uputstva Republičkog javnog tužilaštva¹⁰³, kojim je predviđeno formiranje Službi za informisanje i podršku oštećenima u javnim tužilaštvima. To je posebno značajno premda prepogative javnog tužilaštva da sprovodi istragu nameću i prvi kontakt sa žrtvom, kompetentno pružanje informacija i direktnu asistenciju.

Gordana Krstić, master

Advisor in Prosecutor's Office for Organised Crime in Belgrade

PROTECTION OF THE VICTIMS IN SERBIAN AND PORTUGUESE CRIMINAL LEGISLATION

Summary

The obligation of every State is to protect life of every citizens and to insure everyone in accordance with its legislation rights and duties prescribed in European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms. When occurs significant endangerment or injury of corporal or mental integrity or property of larger scale, the State authorities are liable for criminal prosecution, conducting the effective and efficient process and for engagement of resources which can give professional support and adequate help to the victims. In this paper, the object of analysis is legal position of the victims before the competent judicial authority of the Republic of Serbia and the Portuguese Republic. The grounds for determining the status of an especially vulnerable victim, indicators of vulnerability and procedural consequences have been considered through comparative oversight of substantial and

¹⁰³ Republičko javno tužilaštvo O.br.2/16 od 05.12.2016. godine; ovde treba napomenuti da pri Posebnom odeljenju Višeg suda u Beogradu, nadležnom za ratne zločine i organizovani kriminal od 2006. godine funkcioniše Služba za pomoć svedocima.

procedural provisions of criminal law which explicitly define the victim, as the passive subject of criminal offence. There have been described procedural and unprocedural measures of protection of the witness if there exist circumstances which indicate that by giving testimony or answering questions a witness would expose himself or persons close to him to a threats, danger to life, health, property of substantial size, with the point to signify main characteristics of this two legal systems, one that is applied in country in the process of integrating European Union and the second that is applied in member country of European Union. It is imperative to take actions by a competent authority in criminal procedure and that compulsory includes legal, informational and psychological help and support, in order to indentify the truth and to get the perpetrators to justice, and in order to facilitate the participation of the victim and minimalize their traumatic experience.

Keywords: victim, witness, injured party, criminal procedure, protection measures, especially vulnerable witness, protected witness, The Portuguese Republic.

PETNAEST GODINA POSLE SLUČAJA BANKOVIĆ: PRAVO NA ŽIVOT I EKSTRATERITORIJALNI SLUČAJ

Apstrakt

Krajem protekle godine navršena je petnaestogodišnjica od odluke Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Banković. Sud je tada proglasio neprihvatljivom predstavku koja se odnosila na povrede konvencijskih prava povezanih sa NATO bombardovanjem zgrade RTS-a 1999. Ova odluka, zasnovana na jednom izrazito restriktivnom pristupu tumačenju nadležnosti u smislu čl. 1 Konvencije, imala je dalekosežne posledice po sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima sa ekstrateritorijalnim elementom. Namera ovog rada je da, prikazujući razvoj i evoluciju pravnog režima koji se odnosi na primenu čl. 1 Konvencije u ekstrateritorijalnim slučajevima - u kojima se postavlja pitanje povreda prava na život u vezi sa primenom vojne sile van granica pravnog prostora Saveta Evrope, izvede jedan kritički osvrt u odnosu na neke od problema razmatranog dela pravne prakse ESLjP.

Ključne reči: *Sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava, ekstrateritorijalna primena Konvencije, povrede prava na život iz čl. 2 Konvencije.*

1. Uvod – O problemu ekstrateritorijalne primene Konvencije u praksi ESLjP

Problem ekstrateritorijalne primene Konvencije nastaje u vezi sa tumačenjem opsega nadležnosti iz člana 1 ovog pravnog izvora. Države potpisnice se, u okviru navedenog člana, obavezuju da jemče zaštitu konvencijskih prava i sloboda „svakome u svojoj nadležnosti”. Iz ove kratke formulacije proizilazi da se obaveza zaštite konvencijskih prava prvenstveno odnosi na države ugovornice, te da se sudska zaštita konvencijskih prava pred Evropskim sudom za ljudska prava

¹ Dipl.pravnik; „Kuća Pravde Strazbur“- saradnik, e-mail: slobodanradovanovic267@gmail.com.

uspostavlja tek supsidijarno.² Države ugovornice, dakle, nesumnjivo jemče poštovanje i zaštitu ljudskih prava svakome (svojim i stranim državljanima) u okvirima teritorije na kojoj se proteže državni suverenitet i pravni poredak. S druge strane, ekstrateritorijalni slučaj nastaje kada „u trenutku navodne povrede (njegovih ili njenih) ljudskih prava, posmatrani pojedinac nije fizički prisutan na teritoriji konkretne države ugovornice, u geografskoj oblasti na kojoj država ispoljava svoj suverenitet.“³ Važno je takođe podvući kako ekstrateritorijalna primena međunarodnog Ugovora ne zahteva nužno postojanje ekstrateritorijalnog akta države počinjenog izvan državne teritorije „već samo da se pojedinac na koga se primena odnosi nalazi izvan državne teritorije, dok povreda njegovih prava može biti učinjena i unutar državne teritorije.“⁴ Ovaj rad se bavi preovlađujućom grupom slučajeva, u kojima je ekstrateritorijalna primena Konvencije povezana sa postojanjem ekstrateritorijalnih akata počinjenih izvan teritorija država potpisnica, koji se mogu pripisati tim državama. U ovim slučajevima nadležnost država postoji kada se može utvrditi tzv. *jurisdikciona veza* (jurisdictionall link) između aktivnosti koje se mogu pripisati utuženoj državi i kršenja ljudskih prava koja su predmet spora.⁵

Sud koristi *dva modela* kako bi u odnosu na konkretne pravne i činjenične osobenosti svakog slučaja utvrdio postojanje ili nepostojanje tražene veze jurisdikcije: *model autoriteta i kontrole od strane državnih agenata (personalni model)* te *model efektivne kontrole nad teritorijom (prostorni model)*.⁶ U prvom slučaju, veza nadležnosti između akata države i navodnih kršenja ljudskih prava u konkretnoj ekstrateritorijalnoj situaciji smatra se uspostavljenom „kada god država, preko svojih agenata vrši kontrolu i autoritet nad pojedincem, samim tim i nadležnost“.⁷ U drugom slučaju, veza nadležnosti se može uspostaviti kada je od strane države respodenta uspostavljena „efektivna kontrola“ nad nekom oblašću izvan nacionalne teritorije države potpisnice „kao posledica zakonite ili nezakonite vojne

² O principu supsidijariteta u nešto širem kontekstu v. D. Popović, *Evropski sud za ljudska prava*, Službeni glasnik, Beograd 2008., 22; Opširnije o principu supsidijariteta u okvirima međunarodnog prava uopšte v. P. Carozza, *Supsidiarity as a structural principle of International Human rights Law*, *The American Journal of International Law*, 97:38/2003.

³ M. Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford Monographs in International Law, Oxford 2010, 8.

⁴ *Ibid.*, v. za jedan primer ekstrateritorijalne primene Konvencije u slučaju kada povreda konvencijskih prava nastupa unutar državne teritorije, dok se sam oštećeni nalazi izvan državne teritorije.

⁵ V. Dragoljub Popović, 25–27.

⁶ Opširnije o primeni navedenih modela u ekstrateritorijalnim slučajevima v. M. Milanović (2010), 118-207.

⁷ *Al Skeini and others v The United Kingdom*, predstavka broj 55721/07, Presuda 7. jul 2011, paragraf 137.

akcije”, bilo da se ta kontrola vrši „direktno preko oružanih snaga ili kroz subordinaciju lokalne administracije”.⁸ Kako je celokupna praksa Suda, kada su u pitanju ekstrateritorijalni slučajevi, obimna i, što je najbitnije, vezana za različite činjenične osnove koji otežavaju razmatranje i izvođenje definitivnih zaključaka o njenoj doslednosti i delotvornosti, mi se u daljem izlaganju usredsređujemo na grupu slučajeva koja se odnosi na istovrsni sklop činjenica – ispoljavanje vojne sile od strane država potpisnica na teritorijama država izvan pravnog prostora Saveta Evrope, u kojima je postavljeno pitanje povreda prava na život iz čl. 2 Konvencije. U okviru razmatrane grupe slučajeva kao i u svim ekstrateritorijalnim slučajevima uopšte Sud, odlučujući o ekstenzivnoj primeni Konvencije kao o jednom proceduralnom pitanju – zapravo donosi odluku o dostupnosti sudske zaštite ljudskih prava određenih Konvencijom i protokolima.

1.1. Slučaj *Banković* – postavljanje problema

Razmatranje ekstrateritorijalne primene Konvencije počinjemo odlukom Suda u predmetu *Banković and others v Belgium and others*,⁹ koja je uspostavila pravne i činjenične okvire u kojima će se sudska praksa u pitanjima ekstrateritorijalne nadležnosti kretati u narednoj deceniji. U ovom slučaju postavljeno je pitanje nadležnosti Suda da odlučuje o povredama ljudskih prava iz Konvencije, koje su nanete građanima SR Jugoslavije tokom NATO bombardovanja. Podnosioci predstavke su bili radnici RTS-a koji su postradali u NATO bombardovanju zgrade Televizije u Takovskoj 23. aprila 1999. godine, odnosno članovi njihovih porodica. Kako je ključno pitanje u ovom slučaju bilo određivanje nadležnosti Suda u skladu sa članom 1 Konvencije, zastupnici podnosilaca predstavke izneli su argumentaciju koja je trebalo da dokaže jurisdikciju utuženih država u ovoj pravnoj stvari, a pravni osnov za uspostavljanje jurisdikcione veze pokušali su da pronađu analogijom sa jednim poznatim slučajem iz sudske prakse, o kome je sud doneo odluku nekoliko godina ranije. Radi se o slučaju *Loizidou v Turkey*,¹⁰ u kome je Turska po osnovu efektivne kontrole nad teritorijom Severnog Kipra proglašena nadležnom u smislu člana 1 za navodne povrede ljudskih prava na teritoriji nad kojom je ispoljavala takvu kontrolu.¹¹ U *Loizidou* ESLJP je zapravo razvio obrise koncepta efektivne kontrole nad teritorijom kao pravnog režima koji se primenjuje za uspostavljanje jurisdikcione veze

⁸ V. *Loizidou v Turkey*, predstavka broj 15318/89, Presuda (preliminarni prigovori), 23. mart 1995, paragraf 62.

⁹ V. *Banković and others v Belgium and others*, predstavka broj 52207/99, odluka o prihvatljivosti, Veliko veće ESLJP, 12. dec. 2001. U predstavi su istaknute povrede člana 2, 10 i 13 Konvencije.

¹⁰ *Loizidou v Turkey*, predstavka broj 15318/89, presuda, Veliko veće ESLJP, 18. decembar 1996.

¹¹ *Ibid.*, v. preliminarnu primedbu i odluku u meritumu.

u slučajevima sa identičnim (ili uporedivim) činjeničnim stanjem. Stoga je argumentacija podnosioca predstavke u slučaju *Banković* predstavljala pokušaj da se nadležnost utuženih država zasnuje proširenjem činjeničnog opsega koncepta „efektivne kontrole” (kopnena teritorija u *Loizidou*) – i na trenutnu kontrolu nad vazдушnim prostorom kao specifičnim činjeničnim stanjem koje je odlikovalo predmet *Banković*.¹² Drugi ključni argument podnosioca predstavke bio je da obaveza država da obezbede poštovanje ljudskih prava mora biti procenjivana u skladu sa nivoom kontrole koji je ispoljen u svakoj konkretnoj ekstrateritorijalnoj situaciji, što bi naravno podrazumevalo procene od slučaja do slučaja. Sud je, međutim, odbacio obe navedene postavke:

„Na prvom mestu, podnosioci predstavke predlažu specifičnu primenu kriterijuma efektivne kontrole razvijenu u slučajevima Severnog Kipra. Oni tvrde da se pozitivna obaveza iz člana 1 može proširiti na obavezu obezbeđenja prava iz Konvencije na način proporcionalan nivou kontrole koji je ostvaren u svakoj pojedinačnoj ekstrateritorijalnoj situaciji. Vlade tvrde da se ovaj pristup svodi na shvatanje jurisdikcije u smislu „uzrok–posledica” (cause and effect notion. prim), koji nije kao takav zamišljen članom 1 Konvencije, odnosno približan ovom članu. Sud smatra da je tvrdnja podnosioca predstavke identična tvrdnji da svako ko je pogođen negativnim aktom koji se može pripisati državi ugovornici, bilo gde u svetu da je akt počinjen ili se osećaju njegove posledice, potpada pod jurisdikciju države u smislu člana 1 Konvencije. Sud je sklon da se složi sa tvrdnjom Vlade da tekst člana 1 ne predstavlja takav pristup nadležnosti. Istina, podnosioci predstavke prihvataju da bi nadležnost kao i svaka posledična odgovornost države prema Konvenciji bila ograničena na okolnosti počinjenja i posledice tog pojedinog čina. Međutim, gledište je Suda da formulacija člana 1 ne obezbeđuje podršku tvrdnji podnosioca predstavke da pozitivna obaveza iz člana 1 da se osiguraju prava i obaveze iz Dela I Konvencije može biti deljena i prekrojavana u skladu sa osobenim okolnostima svakog ekstrateritorijalnog akta...”¹³

U kontekstu odbijanja razmotrenog modela utvrđivanja nadležnosti, Sud je u slučaju *Banković* bio prinuđen i da se izjasni o ranijoj sudskoj praksi u slučajevima Severnog Kipra, na koju su se pozivali podnosioci predstavke, a gde je utvrđeno postojanje nadležnosti Turske za kršenja ljudskih prava na delu teritorije koja se nalazila pod efektivnom kontrolom

¹² V. *Banković and others v Belgium and others*, paragraf 52.

¹³ *Ibid.*, paragraf 75. Upor. sa paragrafom 80 iste odluke u kome se opseg čl. 1 ograničava na „espace juridique” SE.

trupa turske armije. Nudeći objašnjenje za ovu svoju odluku, sud je istakao da je bila neophodna kako bi se u okviru teritorije pravnog prostora SE izbegao „vakuum” pravne zaštite Konvencijskih prava.

Odbijanje da u slučaju *Banković* ustanovi svoju nadležnost, Sud je opravdao činjenicom da SR Jugoslavija ne pripada pravnom prostoru (*espace juridique*) SE, čime je dostupnost sudske zaštite u grupi ekstrateritorijalnih slučajeva sa sličnim činjeničnim stanjem ograničio na države potpisnice Konvencije.^{14,15}

Sumirajući najvažnije izložene stavove suda u predmetu *Banković*, izdvojićemo pravna shvatanja koja predstavljaju glavne obrise pravnog režima koji je sud uspostavio svojom odlukom. Dakle, počevši od poslednje razmotrenog stava suda: Prvo, sudska zaštita Konvencije koju ESLJP priznaje u ekstrateritorijalnim slučajevima moguća je isključivo u granicama „pravnog prostora” SE. Drugo, Sud izričito odbija mogućnost uspostavljenja nadležnosti u slučajevima gde povrede Konvencijskih prava nastupaju kao rezultat „efektivne kontrole” nad vazдушnim prostorom na teritoriji izvan pravnog prostora SE. Uslov za uspostavljanje nadležnosti u ekstrateritorijalnim slučajevima je postojanje nekog vida efektivne kontrole nad (kopnenom) teritorijom ili lokalnim stanovništvom u oblasti u kojoj je došlo do navodnih kršenja ljudskih prava od strane utužene države respodenta, uz ispunjenje još jednog veoma strogog kriterijuma – „vršenje (od strane utužene države prim.) svih ili nekih javnih ovlašćenja koja uobičajeno vrši (domicilna prim.) Vlada”.¹⁶ Treće, ESLJP odbija da model određivanja nadležnosti zasnuje na proceni nivoa kontrole koji je ispoljen u svakoj konkretnoj ekstrateritorijalnoj situaciji od strane države respodenta, te utvrđivanje, u skladu sa takvom procenom i od slučaja do slučaja – da li je postojala mogućnost da utužena država uz ostvareni nivo kontrole obezbedi zaštitu konvencijskih prava koja su predmet predstavke. Kako to sud slikovito primećuje, „konvencijska prava ne mogu biti deljena i prekrajana”, a da bi nadležnost u smislu čl. 1 bila uspostavljena, potrebno je utvrditi postojanje nivoa kontrole koji garantuje da je država respodent u mogućnosti da obezbedi zaštitu svih prava iz dela I Konvencije. Konačno, Sud je u slučaju *Banković* svoju odluku o restriktivnom tumačenju opsega čl.1 utemeljio primenjujući opšta pravila interpretacije postavljena u Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora iz 1969,^{17,18} čime je

¹⁴ V. *Banković and others v Belgium and others*, paragraf 80.

¹⁵ Presuda u predmetu *Banković* doneta je 12. 12. 2001, a kritični događaj koji je predmet predstavke se odigrao se u aprilu 1999. Datum kada je Konvencija stupila na pravnu snagu za teritoriju Republike Srbije kao pravnog sukcesora SRJ i SCG, jeste 3. mart 2004.

¹⁶ *Banković and others v Belgium and others*, paragraf 71.

¹⁷ Bečka Konvencija o pravu međunarodnih ugovora, Beč 23. maj 1969.

¹⁸ V. *Banković and others v Belgium and others*, paragraf 54–66.

obaveza država da obezbede poštovanje Evropske konvencije o ljudskim pravima kao međunarodnog ugovora uklopljena u širi normativni kontekst međunarodnog prava. ESLjP se, odlučujući u navedenom okviru – opredelio za „suštinski teritorijalno” tumačenje nadležnosti država u smislu čl. 1 Konvencije:

“Sud je stoga na stanovištu da se za član 1 Konvencije mora smatrati da odražava ovaj uobičajeni i suštinski teritorijalni koncept nadležnosti, dok se drugi osnovi (zasnivanja prim.) nadležnosti imaju smatrati izuzetnim i zahtevaju posebno opravdanje ustanovljeno u posebnim okolnostima svakog pojedinačnog slučaja...”¹⁹

Usvajanje navedenog koncepta nadležnosti država u smislu čl. 1 Konvencije podrazumeva dakle da se uspostavljanje nadležnosti u ekstrateritorijalnim slučajevima svodi na izuzetak, koji mora biti opravdan okolnostima svakog konkretnog slučaja i utemeljen u međunarodnom pravu. Ako se ovako postavljenom konceptu nadležnosti pridruže tri gore navedena stava ESLjP koja ga dodatno preciziraju, mora se konstatovati da izgrađeni pravni režim ima krajnje restriktivan karakter.

2. Dalji razvoj prakse i obrisi izmenjenog pravnog režima

2.1. Slučaj *Issa*

Slučaj *Issa and others v Turkey*²⁰ odnosio se na utvrđivanje odgovornosti za kršenja ljudskih prava iz Konvencije u vezi sa smrću sedam državljana Iraka koje je tokom obavljanja vojnih operacija na severu te države navodno izvršila armija Turske, tokom marta i aprila 1995.²¹ Ovaj slučaj ima izuzetnu važnost za tumačenje razvoja pravnog režima u pogledu utvrđivanja nadležnosti iz člana 1 Konvencije, posebno u odnosu na dva važna stava tog pravnog režima koja je sud fiksirao u slučaju *Banković* – teritorijalnog opsega primene zaštitnog mehanizma Konvencije, te shvatanja da konvencijska prava ne mogu biti „deljena i prekrajana”.

Prva važna činjenica koju treba uzeti u razmatranje u slučaju *Issa* odnosi se na mesto na kome su nastupile navodne povrede Konvencije.

¹⁹ *Ibid.*, paragraf 61.

²⁰ *Issa and others v Turkey*, predstavka broj 31821/96, presuda, 16. novembar 2004.

²¹ *Ibid.* Podnosioci predstave su članovi porodica (supruge i majke poginulih). Po njihovim navodima, članovi njihovih porodica su mučeni, osakaćeni i usmrćeni od strane pripadnika turske armije u rejonu sela Azadi u Severnom Iraku. Turska strana nije poricala prisustvo svojih trupa u Severnom Iraku u kritičnom periodu, ali je tvrdila kako se kritični događaj odigrao deset kilometara od zone sprovođenja vojnih operacija, te da ne postoje dokazi o prisustvu turskih trupa na mestu u kome je došlo do ubistava koja su predmet predstavi ESLjP. Zbog specifičnih okolnosti koje su dovele do smrti ovih lica u predstavi su istaknute povrede čl. 2, 3, 5, 8, 13, 14 i čl. 18 Konvencije. Opširnije o okolnostima slučaja v. *Issa and others v Turkey*, paragraf 10–25.

U pitanju je teritorija Severnog Iraka, svakako oblast izvan „espace juridique” Konvencije u teritorijalnom konceptu nadležnosti izraženom u slučaju *Banković*. Stoga je pitanje procesne prihvatljivosti predstavke (u smislu njene osnovanosti *rationae locci*) – od strane predstavnika turske vlade postavljeno ubrzo po donošenju odluke Suda u predmetu *Banković*, a ESLJP je bio primoran da odluči o naknadno istaknutom prigovoru.²² U osvrtnu na primedbe obe strane u preliminarnom pitanju utvrđivanja nadležnosti, ESLJP je odlučio da je pitanje nadležnosti „živo pitanje” koje će biti raspravljeno u nastavku postupka. Sud se potom upustio u ocenu izvedenih dokaza koji su se odnosili na prisustvo turskih trupa na terenu u kritičnom periodu, zaključujući da podnosioci predstavke nisu neosporno dokazali da je turska armija zaista sprovodila operacije u oblasti u kojoj je došlo do predmetnih ubistava, zbog čega se ne može smatrati dokazanim da su poginuli bili u nadležnosti Turske u smislu člana 1 Konvencije.²³

Premda je odluka Suda u slučaju *Issa* u pogledu određivanja nadležnosti negativna, iz logike rezonovanja Suda jasno je da razlog za njeno donošenje leži u nedostatku dokaza o prisustvu trupa na terenu u kritičnom periodu, iz čega proizilazi da (ukoliko bi takvo prisustvo bilo dokazano) – sud ne isključuje utvrđivanje nadležnosti u ovom slučaju. Usvajanje ove linije rezonovanja, premda nije krunisano meritornom odlukom, predstavlja odstupanje od koncepta nadležnosti izgrađenog u slučaju *Banković* samom činjenicom što je Sud prihvatio da ispituje dokaze o prisustvu turskih trupa na terenu, odnosno zasnivanje nadležnosti na teritoriji izvan pravnog prostora SE. Drugo važno odstupanje od ovog pravnog režima odnosi se na stav Suda da konvencijska prava ne mogu biti „deljena i prekrajana”. Ovim stavom, kako smo videli, Sud je u slučaju *Banković* za uspostavljanje nadležnosti u smislu čl. 1 zahtevao postojanje nivoa kontrole nad teritorijom koji jemči da je država respondent u mogućnosti da obezbedi zaštitu svih konvencijskih prava. U slučaju *Issa*, gde se navodna kršenja ljudskih prava odigravaju u pozadini jedne kratkotrajne vojne akcije na teritoriji Iraka, naravno, ne može biti govora o ispunjenosti ovog uslova. Prihvatanje Suda da, uprkos navedenom činjeničnom stanju, uzme u razmatranje utvrđivanje nadležnosti u ovom slučaju predstavlja direktno odstupanje od linije rezonovanja iz slučaja *Banković*.

2.2. Slučaj *Pad*

Drugo značajno odstupanje sudske prakse ESLJP od pravnog režima izgrađenog u slučaju *Banković* predstavlja odluka Suda u *Pad and others v*

²² Opširnije, v. paragraf 52–55, *Issa and others v Turkey - I Preliminary issue: The governments preliminary objection concerning jurisdiction and the applicants estoppel arguments*.

²³ *Ibid.*, paragraf 80, 81.

Turkey.²⁴ Slučaj se odnosio na navodne povrede prava iz Konvencije koje su učinile trupe turske regularne vojske u graničnom području sa Iranom. U incidentu u kome je učestvovala turska vojska upotrebom helikoptera u do kraja narazjašnjenim okolnostima usmrćeno je nekoliko državljana Irana. Pitanje koje se postavilo u konkretnom slučaju bilo je kako odrediti nadležnost u skladu sa članom 1 Konvencije imajući u vidu da je *sporno mesto odigravanja incidenta* o kome su strane davale suprotstavljene iskaze, zbog čega nije bilo moguće pouzdano utvrditi da li se kritični događaj odigrao unutar ili izvan pravnog prostora SE.²⁵ Predstavnici podnosioca predstavke su se pozvali na praksu suda iz slučaja *Issa*, u kojoj je sud posredno priznao mogućnost za utvrđivanje nadležnosti u slučajevima koji se dešavaju izvan teritorije država potpisnica, odnosno izvan „espace juridique” SE. Sud je u konkretnom slučaju odluku doneo na osnovu činjenice da je Turska učinila nespornim da je vatra koja je otvorena iz helikoptera dovela do smrti rođaka podnosioca predstavke.²⁶

Formulišući odluku na ovaj način, Sud je „vezu nadležnosti” pronašao primenjujući alternativni model za uspostavljanje nadležnosti, čime je utvrđivanje nadležnosti iz člana 1 povezano isključivo sa *nastupanjem štetne posledice koja se može pripisati državi ugovornici*. Isti model Sud je nešto ranije na izričit način odbio da primeni u slučaju *Banković* opredeljujući se umesto toga za znatno stroži uslov „efektivne kontrole” nad (kopnenim) delom teritorije.²⁷ Naravno, napuštanje teritorijalno orijentisanog modela za zasnivanje nadležnosti izgrađenog u slučaju *Banković* nužno vodi odstupanju od još jedne važne premise pravnog režima izgrađenog tom slučaju – stava da konvencijska prava ne mogu biti „deljena i prekrajana”.

Jasno je, naime, da generalna garancija poštovanja svih konvencijskih prava koju u slučaju *Banković* Sud postavlja kao uslov za zasnivanje nadležnosti u smislu čl. 1, može biti ostvarena samo u slučajevima (kopnene) kontrole nad teritorijom. Vazduhoplov koji deluje u okviru

²⁴ *Pad and others v Turkey*, predstavka broj 60167/00, Odluka o (ne)prihvatljivosti, 28. jun 2007.

²⁵ Podnosioci predstavke su tvrdili da se opisani događaj dogodio na iranskoj strani granice, kao i da su oštećeni helikopterom, iz koga je prethodno otvorena vatra na njih, prebačeni na tursku stranu gde su zlostavljani, primorani da obuku odeću koja bi ukazivala na povezanost sa kurdskim terorističkim grupama, posle čega je pored njih stavljeno oružje, a oni streljani. Predstavnici Turske tvrde da se incident odigrao na turskoj strani granice, kada su pripadnici vojske tokom patrole spazili grupu koja je pokušavala ilegalan prelazak na teritoriju Turske. Po ovoj verziji događaja, pošto je iz helikoptera otvorena vatra i ispaljeni hici upozorenja, pripadnici grupe navodno su počeli da beže. Pri tome, pripadnici turske vojske kritičnog dana nisu napuštali helikopter, da bi narednog dana na području na kome se incident dogodio pronašli veliku količinu raznovrsne opreme i tragove krvi zbog čega je pretpostavljeno da su neki od izgnanika povređeni, ili da su neki od njih poginuli, a da su njihova tela kasnije uklonjena od strane onih koji su preživeli. Opširnije o okolnostima celog slučaja v. *Pad and others v Turkey*, paragraf 5–33.

²⁶ V. *Pad and others v Turkey*, paragraf 54, 55.

²⁷ Upor. sa *Banković and others v Belgium and others*, paragraf 71, 75.

kratkotrajne vojne misije svakako ne može biti adekvatno sredstvo za uspostavljanje traženog nivoa kontrole, zbog čega odluka o nadležnosti u slučaju *Pad* predstavlja direktno odstupanje od razmatranog pravnog režima. Poslednje „pomeranje” prakse u odnosu na pravni režim iz slučaja *Banković* tiče se opsega zaštitnog mehanizma Konvencije. Dozvoljavajući da u slučaju *Pad* nadležnost bude uspostavljena bez pouzdanog saznanja sa koje strane granice je došlo do kritičnog incidenta (Turska ili Iran) – Sud je odstupio od shvatanja o ograničenju zaštite konvencijskih prava na „*espace juridique*” SE. Pozitivna odluka o nadležnosti u slučaju kada postoji mogućnost da je do povrede ljudskih prava došlo izvan pravnog prostora SE predstavlja posredno napuštanje navedene temeljne premise pravnog režima uspostavljenog u slučaju *Banković*.

3. Modifikacija pravnog režima iz slučaja *Banković* – slučaj *Al Skeini*

Slučaj *Al Skeini and others v The United Kingdom*²⁸ predstavlja važnu modifikaciju pravnog režima zasnovanog u slučaju *Banković* kada je u pitanju praksa ESLJP u odnosu na ekstenzivno tumačenje člana 1 Konvencije. Šest podnosilaca predstavke su rođaci građana Iraka koji su izgubili živote u incidentima povezanim sa aktivnostima britanskih trupa u sektoru odgovornosti koji im je dodeljen tokom okupacije Iraka, počev od 2003.²⁹ Oni su inicijalno pokušali da povedu postupak pred Britanskim sudovima, gde je ovo pravno pitanje svedeno na problem ekstrateritorijalne nadležnosti završivši pred sudskim većem Doma lordova. Pitanje koje se postavilo pred sve postupajuće sudove u Ujedinjenom Kraljevstvu bilo je može li se, uzimajući u obzir normativne pretpostavke iz okvira nacionalnog zakonodavstva³⁰ i praksu ESLJP u ovoj pravnoj stvari – uspostaviti nadležnost Britanskog sudstva u pomenutim

²⁸ *Al Skeini and others v The United Kingdom*, predstavka broj 55721/07, presuda Velikog veća, 7. jul 2011.

²⁹ *Ibid.*, v. paragraf 34–71. Prva četvorica su izgubila živote u incidentima u oblasti neposrednog vršenja vojnih misija, peti je nestao uz nepotvrđene izjave svedoka da je prethodno bio lišen slobode od strane snaga britanske vojske, dok je šesti, pod do kraja nerazjašnjenim okolnostima, umro u britanskom vojnom zatvoru.

³⁰ U vreme kada je ovo pitanje postavljeno pred Britanskim sudovima, ovlašćenja tih sudova u razmatranju slučajeva vezanih za Konvenciju bila su regulisana posebnim Zakonom iz 1998. (Human Rights Act) koji određuje odnos pravnog sistema Ujedinjenog Kraljevstva prema Konvenciji. Više o dometima i položaju Human Rights Act-a i Konvencije uopšte u pravnom sistemu Ujedinjenog Kraljevstva vid. Rt. Hon. Lady J. Arden - “Peacefull or Problematic? The relationship between Nationall Supreme Courts and Supranationall Courts in Europe”, *Yearbook of European Law* 29(1) / 2010.

slučajevima.³¹ Ranije smo pokazali da je ESLjP od odluke u slučaju *Banković* usvojio jednu teritorijalno orijentisanu koncepciju nadležnosti. U Ujedinjenom Kraljevstvu ovako shvaćen koncept nadležnosti bio je prihvaćen od strane postupajućih sudija najvišeg suda kao pravni osnov za isključenje nadležnosti nacionalnih sudova u postupcima za navodne povrede Konvencije koje je vojska te države počinila tokom okupacije Iraka. U okviru postupka pred Domom lordova, ovu liniju misli možda najbolje predstavlja sudija lord Braun, koji je odluku Velikog veća ESLjP u predmetu *Banković* okarakterisao kao „temeljni autoritet u svetlu koga treba preispitati celokupnu praksu ESLjP”.³²

Rezonovanje sudije Brauna predstavlja jedan krajnje restriktivan pristup tumačenju čl. 1, u kome je primetna tendencija da se ključni stavovi ESLjP iz slučaja *Banković* prošire na sve buduće slučajeve povezane sa problemom ekstrateritorijalne primene Konvencije.³³ Navedena linija misli je obeležila i zvanično izjašnjenje Vlade Ujedinjenog Kraljevstva u ovom slučaju.³⁴ Restriktivno tumačenje opsega čl. 1 Konvencije koje proizilazi iz ovog pristupa, videli smo, zasniva se na nekoliko premisa postavljenih još u predmetu *Banković*. Pre svega, celokupan pravni režim koji je Sud izgradio u odnosu na slučajeve sa ekstrateritorijalnim elementom utemeljen je na teritorijalnom shvatanju nadležnosti u smislu čl. 1, a odstupanja od ovog načelnog opredeljenja moguća su samo izuzetno. U odnosu na ovakvo shvatanje nadležnosti, Sud je izneo još tri važne premise koje navedeni pravni režim dalje preciziraju.³⁵ Odluka ESLjP u predmetu *Al Skeini* predstavlja odstupanje u odnosu na dve od tri navedene premise. Sud je tako izmenio raniji stav o ograničenosti zaštite konvencijskih prava na pravni prostor SE, kao i stav da konvencijska prava ne mogu biti „deljena i prekrajana”:

³¹ Ovo je dilema sa kojim se italijanski Kasacioni sud suočio nešto ranije, u slučaju koji se zasniva na identičnom činjeničnom stanju kao i slučaj *Banković*. Podnosioci predstavke su rođaci stradali u NATO bombardovanju zgrade RTS-a koji su pokušali da povedu sudski postupak u Italiji. Italijanski Kasacioni sud oglosio je svoju nenadležnost u ovoj pravnoj stvari, a slučaj je konačno dospelo pred ESLjP. Odluka Suda u ovom pitanju prejudicira kasniji razvoj prakse: Sud je u ovom pravnom pitanju u pogledu nadležnosti odlučio u korist podnosilaca predstavke priznajući nadležnost italijanskih sudova, odnosno ustanovljavajući *vezu nadležnosti* u smislu člana 1. Tako je na posredan način proširio opseg zaštite prava iz Konvencije izvan “pravnog prostora SE” u ekstrateritorijalnim slučajevima – u odnosu na postupke koji se vode na nacionalnom nivou. Opširnije v. *Marković and others v Italy*, predstavka broj 1398/03, presuda; Veliko veće 14. decembar 2006.

³² *Al Skeini and others v Secretary of state for defence*, House of Lords, presuda, 13. jun 2007, paragraf 108.

³³ *Ibid.*, paragraf 108–114.

³⁴ V. *Al Skeini and others v The United Kingdom*, paragraf 109. Upor. ovaj pristup tumačenju opsega čl. 1 sa stavovima sudije lorda Brauna izraženim u odluci Doma lordova *Al Skeini and others v Secretary of state for defence*, House of Lords, paragraf 108–114.

³⁵ V. zaključna razmatranja o pravnom režimu izgrađenom u slučaju *Banković* u okviru odeljka 1.2.

„Sud je naglasio kako će, tamo gde je teritorija jedne države potpisnice okupirana od strane oružanih snaga druge, država okupator u principu biti smatrana odgovornom u skladu sa Konvencijom za kršenja ljudskih prava unutar okupirane teritorije, pošto bi drugačiji stav lišio populaciju te teritorije prava i sloboda koje su do tada uživali, te doveo do „vakuuma” u zaštiti (ljudskih prava prim.) unutar ‘pravnog prostora Konvencije’ (vid. *Cyprus v Turkey* par. 78 i *Banković and others*, par. 80). Međutim, značaj ustanovljenja nadležnosti države okupatora u takvim slučajevima ne znači, *a contrario*, da nadležnost u smislu čl. 1 Konvencije nikad ne može postojati izvan teritorije pokrivene članstvom u Savetu Evrope. Sud u okviru svoje prakse nije primenio takvo ograničenje (vid. između ostalog *Ocalan; Issa and others; Al-Saadoon and Mufdhi*; и *Medvedev and others.*)”³⁶

„Jasno je kako, kada god država preko svojih agenata ispoljava autoritet i kontrolu nad pojedincem, a na taj način i nadležnost, država je u obavezi u skladu sa čl. 1 da obezbedi pojedincu prava i slobode iz dela I Konvencije koja su relevantna za situaciju u kojoj se pojedinac nalazi. U ovom smislu, stoga, konvencijska prava mogu biti ‘deljena i prekrajana’ (upor. *Banković and others*, paragraf 75).”³⁷

Uprkos ovim odstupanjima, odluka ESLJP u *Al Skeini* i dalje je zasnovana na afirmaciji temeljnog obeležja pravnog režima izgrađenog u slučaju *Banković*. U pitanju je shvatanje o „suštinski teritorijalnoj” prirodi nadležnosti u smislu čl. 1, koje se primenjuje uz izuzetke određene u skladu sa okolnostima svakog konkretnog slučaja i – uz oslonac u široj normativnoj bazi međunarodnog prava.^{38,39} Pored navedenog temeljnog stava, Sud je u *Al Skeini* potvrdio i treći preostali precizirajući stav pravnog režima iz slučaja *Banković*: da je za uspostavljanje nadležnosti u smislu čl. 1 u ekstrateritorijalnim slučajevima nužno postojanje nekog oblika kontrole teritorije ili stanovništva od strane države respondentata, opredmećeno u vršenju javnih ovlašćenja koja uobičajeno vrši (domicilna prim.) Vlada.⁴⁰

Ova dva stava, tj. premise iz slučaja *Banković* (jedan generalnog, a drugi precizirajućeg karaktera) imaju presudnu ulogu u strukturi argumentacije na kojoj ESLJP bazira svoju odluku o nadležnosti u slučaju *Al Skeini*. Logička operacija iza ove argumentacije počiva na dva koraka: Sud prvo, u skladu sa temeljnim shvatanjem o „suštinski teritorijalnoj” prirodi nadležnosti

³⁶ *Al Skeini and others v The United Kingdom*, paragraf 142.

³⁷ *Ibid.*, paragraf 137.

³⁸ V. M. Milanović „Al-Skeini and Al - Jedda in Strasbourg“, *The European Journal of International Law* 23/2012., 129.

³⁹ V. *Al Skeini and others v The United Kingdom*, paragraf 131–132; 146–148.

⁴⁰ V. *Al Skeini and others v The United Kingdom*, paragraf 143–150.

(te nužnosti međunarodno-pravne zasnovanosti eventualnih odstupanja od ovog pravila) traži međunarodno-pravni osnov za prisustvo britanskih trupa na teritoriji Iraka. Osnov je pronađen u rezoluciji UN 1483 kojom se ovim trupama priznaje svojstvo okupacione sile u Iraku. Potom se postavlja pitanje da li se prisustvo britanskih trupa na terenu u vezi sa predmetnim događajem može posmatrati kao vršenje javnih ovlašćenja koja uobičajeno vrši (domicilna prim.) Vlada. Sud nalazi da to zaista jeste slučaj, izvedeći formalnu vezu između ovlašćenja koja UK ima na osnovu Rezolucije 1483 i delatnosti britanske uprave u Iraku.⁴¹ Na osnovu linije rezonovanja, koju smo ukratko skicirali, ustanovljeno je postojanje nadležnosti Ujedinjenog Kraljevstva u ovom slučaju.^{42,43}

Kakvi su krajnji dometi odluke ESLJP o nadležnosti Ujedinjenog Kraljevstva u slučaju *Al Skeini* u odnosu na pravni režim izgrađen u slučaju *Banković*? Formalna snaga odluke može se pripisati činjenici da ju je donelo Veliko veće iz čega se, pored razmotrenih odstupanja od pravnog režima iz slučaja *Banković*, može izvesti njen precedentni značaj. Imajući na umu stavove na kojima je ovaj pravni režim bio zasnovan, videli smo da *Al Skeini* predstavlja značajno „pomeranje” prakse, ali svakako ne i potpuni raskid sa pravnim režimom izgrađenim u slučaju *Banković*.

4. Relevantna praksa ESLJP posle *Al Skeini* – odluke u *Hassan i Jaloud*

Posle odluke Suda u *Al Skeini*, nužno je izdvojiti dve odluke Velikog veća ESLJP koje bi mogle imati značajan uticaj na dalji razvoj razmatranog pravnog režima. Obe se odnose na područje izvan pravnog prostora SE – teritoriju Iraka. U slučaju *Hassan v The United Kingdom*,⁴⁴ ESLJP je imao da odluči o uspostavljanju ekstra teritorijalne nadležnosti po pitanju odgovornosti Ujedinjenog Kraljevstva za lišavanje slobode i smrt jednog visokopozicionirang člana Baath partije.⁴⁵ Dok je u odnosu na povrede

⁴¹ Rad britanske uprave u Iraku formalno je utemeljen u delatnosti CPA - “Coalition Provisionall Authority”, instance osnovane od strane okupacionih vlasti UK i SAD sa ciljem privremenog vršenja javne vlasti do njene ponovne predaje legalno izabranoj prelaznoj vladi Iraka. Opširnije v. *Al Skeini*, paragraf 11–14; 143–148.

⁴² *Al Skeini and others v The United Kingdom*, paragraf 149.

⁴³ Sud je svoju odluku o uspostavljanju ekstrateritorijalne nadležnosti zasnovao kombinovanjem ključnih premisa koncepta efektivne kontrole nad teritorijom (prostorni model) i koncepta autoriteta i kontrole (personalni model). Milanović ovu liniju argumentacije suda naziva „bizarnom smešom personalnog i spartijalnog modela.“ Opširnije v. M.Milanović, (2012), 130-131.

⁴⁴ *Hassan v The United Kingdom*, predstavka broj 29750/09, presuda Velikog Veća, 16. Septembar 2014.

⁴⁵ *Ibid.*, v. paragraf 10-29 u pogledu okolnosti vezanih za lišavanje slobode i smrt oštećenog.

člana 2 i 3 Konvencije predstavka proglašena neprihvatljivom,⁴⁶ po pitanju povrede *prava na slobodu i bezbednost* Sud je ustanovio nadležnost snaga UK u smislu čl. 1 Konvencije, što predstavlja značajno odstupanje od linije rezonovanja postavljene u *Al Skeini*.

Naime, sporni incident koji se ticao lišenja slobode odigrao se 23. aprila 2003. *pre zvaničnog okončanja borbenih dejstava* u Iraku, kada su UK i SAD zvanično postale okupacione sile, kao i *pre donošenja relevantne rezolucije 1483 UN-a, te početka rada CPA*.⁴⁷ Rečju, pravni režim usvojen u *Al Skeini* nije mogao biti upotrebljen kako bi se zasnovala *veza nadležnosti* u ovom slučaju pošto su za to nedostajale dve presudne premise koje su bile neophodne da bi, analogijom sa *Al Skeini*, akcije vojske UK u ovom slučaju mogle biti *uklopljene u širi normativni kontekst međunarodnog prava (rezolucija UN-a) i upodobljene aktima vršenja javne vlasti (delatnost CPA)*. Uprkos svemu navedenom, ESLJP je ustvrdio da je oštećeni bio u nadležnosti UK, u smislu čl. 1 Konvencije - tokom celog perioda u kome je bio lišen slobode.

Druga relevantna odluka Velikog veća usledila je ubrzo u *Jaloud v The Netherlands*.⁴⁸ Predstavka je podneta u skladu sa čl. 2 Konvencije zbog navodno neadekvatno sprovedene istrage u vezi sa smrću sina podnosioca predstavke, koji je izgubio život pošto je na automobil u kome se nalazio otvorena vatra na ček-pointu u nadležnosti holandskog vojnog kontingenta u Iraku. Sam incident se odigrao 21. aprila 2004, zbog čega se Sud ovde, za razliku od *Hassan*, nije susretao sa problemom vremenskog važenja normativnih akata koji utiču na odluku o zasnivanju nadležnosti. Za dalji razvoj prakse ESLJP u ovoj grupi slučajeva veoma su važne su dve okolnosti iz slučaja *Jaloud*. Prvo, Sud je istražujući postojanje „veze nadležnosti“ upotrebio personalni, a ne prostorni model (odnosno koncept obavljanja „javne vlasti“ koji je povezan sa ovim modelom). Drugo, Sud je po pitanju međunarodno pravne premise za uspostavljanje nadležnosti, u značajnoj meri ispratio slučaj *Al Skeini*, pozivajući se na Rezoluciju 1483

⁴⁶ *Ibid.*, v. paragraf 62-64. Sud je našao kako nije bilo dokaza koji bi upućivali na zaključak da je oštećeni mučen ili zlostavljan u pritvoru, ili da je njegova smrt koja je nastupila četiri meseca posle puštanja iz pritvora, bila neposredno ili posredno povezana sa aktivnostima vojnih snaga UK. Imajući u vidu da je Sud odbio da raspravlja o povredama prava na život, odluka ESLJP u *Hassan* unekoliko izlazi iz metodoloških okvira koji su postavljeni za ostale slučajeve koje smo analizirali u ovom radu. Razlog zbog koga je ona uprkos ovom odstupanju podvrgnuta razmatranju leži u potencijalnom precedentnom uticaju ove odluke, odnosno njenom mogućem dejstvu na budući razvoj prakse u razmatranoj grupi slučajeva.

⁴⁷ Borbena dejstva u Iraku okončana su 1. maja 2003. Rezolucija 1483 UN-a doneta je 22. maja. Glavni administrator CPA-“Coalition Provisional Authority”, instance osnovane od strane okupacionih vlasti UK i SAD sa ciljem privremenog vršenja javne vlasti postavljen je na dužnost 13. maja, dok je donošenje prvog normativnog akta ove instance usledilo 16. maja 2003. O formalnim aspektima okupacije Iraka opširnije v. *Al Skeini* paragraf 9-19; 143-148.

⁴⁸ *Jaloud v The Netherlands*, predstavka broj 47 708/08, presuda Velikog Veća, 20. novembra 2014.

SB.⁴⁹ Sud dakle u *Jaloud*, odstupajući unekoliko od linije rezonovanja iz *Al Skeini*, doneo odluku da uspostavi nadležnost u smislu čl. 1 Konvencije.

5. Zaključak

U ovom radu pokušali smo da ispratimo evoluciju pravnog režima koji se primenjuje u ekstrateritorijalnoj grupi slučajeva povezanih sa *povredama prava na život*. Videli smo kako je pomenuta evolucija obeležena prelazom, od jedne rigidne koncepcije nadležnosti izražene u *Banković*, ka nešto relaksiranijem pravnom režimu anticipiranom već u slučajevima *Issa* i *Pad*, a koji je svoje zrelo ishodište dobio odlukom Velikog veća u *Al Skeini*. Ovde je ESLJP na nedvosmislen način napustio dve od četiri premise koje oblikuju pravni režim iz *Banković*. Međutim, uprkos razmotrenim izmenama, temeljno polazište celokupnog pravnog režima o *suštinski teritorijalnoj prirodi nadležnosti gde je ekstrateritorijalna primena Konvencije svedena na izuzetak, koji mora biti utemeljen u međunarodnom pravu – ostalo je na snazi*. Pravci dalje evolucije prakse ESLJP u razmatranoj grupi slučajeva mogu se naslutiti iz linija rezonovanja kojima je Sud pribegao odlukama Velikog veća u *Jaloud* i *Hassan*. Ukoliko bi sud ispratio svoje stavove iz slučaja *Jaloud*, to bi značilo dalje ublažavanje kriterijuma za zasnivanje nadležnosti, premda u okvirima pravnog režima postavljenog u *Al Skeini* – uz zadržavanje ključne premise o nužnosti međunarodno pravne zasnovanosti nadležnosti, sa ublaženim kriterijumom za uspostavljanje *veze nadležnosti* oličeni u personalnom modelu. Ova opcija međutim ostavlja nerazrešenim važan problem pravnog režima *Al Skeini* (i ranije *Banković*): opseg ekstra-teritorijalne primene Konvencije, u smislu povreda prava na život, ograničava se na slučajeve gde je *kopneno prisustvo na teritoriji drugih država utemeljeno u međunarodnom pravu*. Stoga ovaj pravni režim ostavlja *pravni vakum* u pogledu zaštite ljudskih prava u slučajevima *proizvoljne primene sile* u oblasti međunarodnih odnosa. Navedena primedba odnosi se, kako na neke ranije razmotrene slučajeve takve vrste, (*Banković*, *Pad*) tako i na neke skorije akcije članica SE na Bliskom istoku koje se odvijaju u identičnim okolnostima (*turske operacije u Iraku i Siriji*). U drugom slučaju, usvajanje linije rezonovanja koje se Sud držao u *Hassan* značilo bi napuštanje temeljnih premisa koje su oblikovale pravni režim ekstrateritorijalne primene Konvencije još od slučaja *Banković*. Premda domašaj ove odluke zasad valja upodobiti samo slučajevima koji se odnose na povrede čl. 5 Konvencije (*pravo na*

⁴⁹ Izvesno odstupanje ipak postoji, kako Holandski kontigent u Iraku nije imao status „okupacione sile“ što je naravno bio slučaj sa vojnicima Britanske vojske u *Al Skeini*. Sud je ustvrdio kako ova činjenica nije od presudnog značaja za utvrđivanje nadležnosti. Opširnije v. *Jaloud* paragraf 142-144.

slobodu i bezbednost) moguće je, u skladu sa izloženom tendencijom „popuštanja“ kriterijuma za zasnivanje ekstrateritorijalne nadležnosti, da će ova linija rezonovanja imati značajan uticaj na dalji razvoj sudske prakse u razmatranoj grupi slučajeva.

Slobodan Radovanović, Bachelor of Laws
Associate, “House of Justice Strasbourg”

FIFTEEN YEARS AFTER BANKOVIĆ: RIGHT TO LIFE AND THE EXTRATERRITORIAL CASE

Summary

The end of last year had marked a fifteen year anniversary from the decision of the ECHR in the famous *Banković* case. In the mentioned case the Court had declared inadmissible the application related with human Right's violations connected with the NATO bombing of the RTS (Serbian State TV building) in 1999. This decision, which was based on a very restrictive approach to Article 1 of the Convention and the ruling on the Court's jurisdiction in the mentioned case, has had a profound influence on the latter case law. The idea behind this article is, by elaborating on the development and evolution of legal regime connected with Article 1 application in the extra territorial group of cases – where the question of Right to life is being put forward in connection with the use of military force outside the Council of Europe's legal space, to conduct a critical review on some of the problems in this section of the Court's case law.

Key words: Case-law of the ECHR, extraterritorial application of the European Convention on Human Rights, Article 2 (Right to life) violations.

KRIMINOLOŠKI ASPEKTI KOREKTIVNIH SILOVANJA LEZBEJKI U JUŽNOAFRIČKOJ REPUBLICI

Apstrakt

Korektivna silovanja predstavljaju veliki problem po južnoafričko društvo, s obzirom da je netrepeljivost prema pripadnicima LGBT populacije u porastu, a tom porastu korespondira porast korektivnih silovanja. Cilj ovog rada je predstaviti problematiku korektivnih silovanja lezbejki u Južnoafričkoj republici, sa kriminološkog uklona. S tim u vezi autorice će u radu dati definiciju korektivnih silovanja, ukazati na njihovu pravnu prirodu i specifičnosti po kojima se razlikuju u odnosu na silovanje. Osim toga, autorice će ukazati na uzroke i posljedice korektivnih silovanja lezbejki, te se posebno osvrnuti na mogućnost prevencije ove vrste seksualnog nasilja.

Ključne riječi: korektivna silovanja, LGBT populacija, silovanje, Južnoafrička Republika.

1. Uvod

Eudy Simelane je bila zvijezda južnoafričkog nogometa čiji je život ugašen na zvjerski način. Pronađena je mrtva blizu Johannesburga, probodena dvadeset i pet puta u području glave, grudi i nogu i bila je silovana od strane grupe ljudi³. Ostavili su je na mjestu zločina golu i gledali je kako umire. Silovana je jer je bila homoseksualne spolne orijentacije. Ista sudbina je čekala i Sizakele Sigasa, koja je bila *gay* aktivistica, čiju su partnericu mučili, silovali i brutalno ubili, a Sizakele je pronadna mrtva, ustrijeljena u glavu. Ponavljajući joj „da će je naučiti kako da bude žena“, Zukiswa Gaca je višestruko silovana 2009.

¹ Viši asistent na Pravnom fakultetu Internacionalnog univerziteta u Sarajevu, doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu, e-mail: e.kazic12@gmail.com.

² Stručni savjetnik u Ministarstvu unutrašnjih poslova Kantona Sarajevo, doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu, e-mail: rialda_87@hotmail.com.

³ V. detaljno u: T. Wesley, Classsifying corrective rape as hate crime – call for justice, www.osisa.org/sites/default/files/75-81.pdf, 07.03.2016.

godine⁴. Ovo su samo primjeri korektivnih silovanja koja su se desila u Južnoafričkoj Republici, a koja su iz godine u godinu u porastu.

Istraživanja *Human Rights Watch*-a pokazuju da se u toj državi od aprila 2009. do marta 2010. godine desilo 68 000 slučajeva seksualnog nasilja⁵. Pri tome, ne treba zanemariti činjenicu da seksualno nasilje predstavlja jednu od vrsta nasilja koja je u najvećoj mjeri zastupljena u tamnoj brojci kriminaliteta⁶, te da je stvarna brojka tih zločina zapravo mnogo veća. Druga pak istraživanja pokazuju da u periodu od jedne godine bude silovano oko 500 000 žena; da u toku života svaka treća žena bude silovana, a da je broj procesuiranih učinilaca tih krivičnih djela 1:5⁷. Od tog broja silovanja, oko 1/5 njih bude učinjena zbog činjenice da pasivni subjekt pripada LGBT zajednici. Osim toga, procjene su da se na sedmičnom nivou desi u prosjeku deset korektivnih silovanja. Ovakvo stanje i brojnost ove vrste delikata u Južnoafričkoj Republici svakako zavređuje posebnu naučnu pažnju, čime bi se ukazalo na složenost ove pojave u njenom uzroku i posljedicama, pa stoga i opredijeljenost autorica za ovu temu.

1.1. Pojam i pravna priroda korektivnih silovanja

U nastojanju da damo definiciju korektivnih silovanja, izvršit ćemo analizu njihovog naziva. On se sastoji iz dva elementa: prvi element se odnosi na korekciju, a drugi na silovanje.

Silovanje predstavlja oblik seksualnog nasilja, koji se sastoji iz obljube (ili sa njome izjednačene radnje) druge osobe uz prinudu ili prijetnju prinudom⁸. Ono isključuje slobodu odlučivanja žrtve za stupanje u spolni odnos i upravo je ovaj vid nasilja u kriminalnoj zoni zbog izostanka pristanka žrtve na spolni odnos⁹.

⁴ *Ibid.*

⁵ Human Rights Watch, *We will show you you are a woman - Violence and Discrimination against Black Lesbians and Transgender Men in South Africa*, Human Rights Watch, New York 2011, <https://www.hrw.org/report/2011/12/05/well-show-you-youre-woman/violence-and-discrimination-against-black-lesbians-and>, 12.03.2016.

⁶ Tamna brojka ili tamna cifra kriminaliteta predstavlja broj počinjenih, a neprijavljenih krivičnih djela. Kod seksualnog nasilja niz faktora emotivnog i socijalnog karaktera može opredijeliti žrtvu da ne prijavi zločin. Primjera radi, razlog može biti sram, strah od etiketiranja ili osude društva, strah od nesvačenosti, blizak odnos sa učiniocem zločina i sl. O tamnoj brojci kriminaliteta opširnije u: B. Petrović, G. Meško, *Kriminologija*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2004., 32.

⁷ M. Andrewet al., *Hate crimes: The rise of 'corrective' rape in South Africa*, South African Human Rights Commission, London 2009.,5.

⁸ Nacionalne države u svojim krivičnim zakonima definišu koja radnja predstavlja silovanje. Međutim, sve definicije, sa manjim ili većim terminološkim odstupanjima suštinski definišu silovanje na gore navedeni način.

⁹ U tom smislu: Z. Tomić, *Krivično pravo II - posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007., 113.

Međutim, ono što je specifikum korektivnih silovanja jeste namjera učinioca da djeluje korektivno na način da „izliječi“ žrtvu od seksualne orijentacije kojoj pripada. Tako je namjera kod učinilaca korektivnih silovanja lezbejki da ih „korigiraju“ ili „izliječe“ od lezbejstva. Naime, ideja je učinioca korigovati pripadnicu ženskog spola koja ima naklonost prema osobama istog spola, te joj „pokazati“ da je u zabludi i da je ona zapravo žena koja ima naklonost prema muškarcima. Da je ova vrsta silovanja počinjena sa tom namjerom, pokazuju nam između ostalog i slučajevi: Phumle Soweto, kojoj je učinilac za vrijeme silovanja govorio da će je naučiti lekciju, da je ona žensko, a ne muško, te da je vrijeme da se počne ponašati kao žensko¹⁰; Ferai, koju su silovala četverica, pri čemu joj je jedan rekao da će je naučiti kako da se ponaša kao žena¹¹; Katlego, koju je silovao prijatelj, koji joj je tokom silovanja rekao da se ne pretvara da je dečko, jer je ‘upravo spavala’ sa njim¹²; Milicent Gaiha koja je brutalno silovana pet sati od strane muškaraca koji su joj rekli da joj pokazuju kako biti žena¹³.

U prilog ovakvoj analizi pojma korektivnih silovanja ide i definicija korektivnih silovanja Rodericka Browna. Prema njemu, ovaj pojam je korišten „da opiše silovanje počinjeno od strane heteroseksualnog muškarca prema lezbejki, sa namjerom da je ‘ispravi’ ili ‘izliječi’ od njene ‘neprirodne’ seksualne orijentacije“¹⁴.

Dakle, riječ je o radnji krivičnog djela silovanja, koja je počinjena sa namjerom korekcije osobe homoseksualne orijentacije. Međutim, ovdje dolazimo do pitanja zašto uopće postoji takva namjera? Odgovor na to pitanje znači zadiranje u etiologiju ove vrste seksualnog nasilja.

Namjera korekcije ili liječenja osobe istospolne seksualne orijentacije proističe iz netrepeljivosti, odnosno iz osjećaja mržnje prema osobama takve seksualne orijentacije¹⁵. Zbog toga, u doktrini se ističe da korektivna silovanja predstavljaju zločine mržnje, a ne samo tipične seksualne zločine. Silovanje je samo jedan od načina ispoljavanja mržnje koja se osjeća prema tim osobama. Tako i Wesley navodi da su korektivna silovanja lezbejki brutalni akti nasilja nad ženama iz Afrike, koja se vrše zbog njihove pripadnosti nekoj grupi¹⁶.

¹⁰ Phumlu i njene dvije prijateljice su poznanici trebali da prevezu do kuće, a umjesto toga, odvezli su ih van grada u kuću jednog od učinilaca i tu ih silovali. Više u: M. Andrew *et al.*, 13.

¹¹ Human Rights Watch, We will show you you are a woman - Violence and Discrimination against Black Lesbians and Transgender Men in South Africa, 35.

¹² *Ibid.*, 31.

¹³ Advocacy, *Reproductive Health Matters*, www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0968808011375702206, 10.03.2016.

¹⁴ R. Brown, “Corrective Rape in South Africa: a continuing plight despite an international human rights response”, *Annual Survey for International and Comparative Law* 1/2012., 46.

¹⁵ Pogledati dio rada koji se bavi uzrocima korektivnih silovanja.

¹⁶ T. Wesley, *Classifying corrective rape as hate crime – call for justice*, www.osisa.org/sites/default/files/75-81.pdf, 07.03.2016.

Osim toga, ista autorica daje i definiciju zločina iz mržnje, koja definicija može da potvrdi naš stav da korektivna silovanja zaista jesu zločini iz mržnje. Tako Wesley navodi da su „zločini iz mržnje svi incidenti koji tvore krivična djela koja su motivirana u cjelosti ili djelomično predrasudom ili mržnjom“¹⁷. U konkretnom slučaju, ono što ove zločine razlikuje od drugih jeste motiv, a motiv je mržnja ili predrasuda prema pripadnicima gore navedene populacije. Žrtva ne postaje žrtvom zbog njene individue, nego zbog njene pripadnosti neželjenoj grupi¹⁸.

Zbog prethodno navedenog, možemo zaključiti da su korektivna silovanja dualne pravne prirode. Zbog svoje radnje ona predstavljaju vid seksualnog nasilja, a zbog njihove pobude oni su zločini iz mržnje.

1.2. Specifičnosti korektivnih silovanja

Kada govorimo o pravnoj prirodi korektivnih silovanja uopće, nužno je ukazati i na neke specifičnosti ove vrste silovanja, koje su primjetne i koje i dodatno izdvajaju ovu vrstu silovanja kao posebnu kategoriju. Iako radnja korektivnih silovanja korespondira onim silovanjima koja nisu korektivna, osim pobude koja je mržnja, specifične su njihove slijedeće karakteristike:

- žrtve korektivnih silovanja: standardno krivično djelo silovanja je *gender* neutralno, u smislu da pasivni subjekt može biti kako osoba ženskog, tako i osoba muškog spola. Kada se govori o korektivnim silovanjima uopće, žrtva može biti osoba bilo kojeg spola, s tim što je baš ta osoba pripadnik/ca LGBT populacije i silovanje se upravo i preduzima radi „korekcije“ seksualne pripadnosti te osobe. Kod korektivnih silovanja lezbejki, imajući u vidu pobude koje dovode do činjenja korektivnih silovanja, njihov pasivni subjekt može biti samo osoba ženskog spola. Osim toga, pasivni subjekt je još specificiraniji, tako da nije riječ o bilo kojoj osobi ženskog spola, nego onoj koja je homoseksualne spolne orijentacije, odnosno ona pripada LGBT grupi;
- korektivnim silovanjima po pravilu prethodi verbalni napad, a verbalni napad može biti istovremen sa obljubom. Postojanje verbalnog napada nije nešto što je neuobičajeno kod seksualnih delikata, međutim u ovom slučaju, njegov sadržaj je uglavnom osuda zbog lezbejstva i ukazivanje da će učinilac žrtvu izliječiti od njega¹⁹;
- učinioci ovih zločina su najčešće pasivnom subjektu nepoznate osobe. U tome se ova vrsta silovanja razlikuje od standardnih silovanja, jer kod

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ M. Andrew *et al.*, 13.

njih je u velikom broju slučajeva učinilac pasivnom subjektu poznata osoba, prijatelj ili član porodice²⁰;

– mjesto učinjenja krivičnog djela – za razliku od silovanja koja nisu korektivna i koja se najčešće dešavaju u zatvorenom prostoru, koji je najčešće zaklonjen od pristupa javnosti (stan, kuća i sl.), korektivna silovanja se često dešavaju na javnim mjestima²¹. Odabir takvog mjesta nije slučajan. Naime, na ovaj način se ujedno pasivni subjekt javno sramoti, a i šalje se poruka svim licima sličnim njemu, da će im se sličan napad desiti ukoliko istraju u pogledu svoje seksualne orijentacije. Poruka koju ova silovanja šalju, doprinosi tome da posljedice ovog zločina ne pogađaju samo pasivnog subjekta i sekundarne žrtve, već i sve pripadnike njegove seksualne orijentacije, koji žive u strahu da se sličan zločin ne desi i njima. Takav strah značajno mijenja kvalitetu života ljudi, neposredno utiče na njihov emotivni život i sprečava ih da u punom smislu riječi žive slobodni u svojim uvjerenjima i idealima.

1.3. Uzroci korektivnih silovanja

U nastojanjima preveniranja korektivnih silovanja, značajnu ulogu ima utvrđivanje uzroka koji dovode do njih.

Korektivna silovanja su pojava koja nije prisutna jedino u Južnoafričkoj Republici, evidentirani su slučajevi korektivnih silovanja i u Ugandi, Zimbabveu, Jamajci, Indiji i SAD. Međutim, po svojoj učestalosti, ova pojava bez sumnje ima primat u Južnoafričkoj Republici, a u poimanju korektivnih silovanja lezbijki se najčešće misli na silovanja rasprostranjena u Južnoafričkoj Republici.

Za Ustav Južnoafričke Republike se smatra da je jedan od najliberalnijih afričkih ustava. Posebno je značajan član 9. tog ustava koji se naziva *klauzulom jednakosti*. Tako je njime zagarantirana jednakost i zabranjena direktna ili indirektna diskriminacija po jednoj ili po više osnova, uključujući spol, rasu ili seksualnu orijentaciju. Nadalje, zabranjena je diskriminacija po bilo kojem prethodno spomenutom osnovu, bilo od strane države, bilo od strane pojedinca²². Imajući u vidu činjenicu da najviši pravni akt jedne države zagovara jednakopravnost i isključenje diskriminacije, možemo postaviti pitanje kako su silovanja koja su podstaknuta mržnjom prema pripadniku neke zajednice uopće održiva?

²⁰ Human Rights Watch, We will show you you are a woman - Violence and Discrimination against Black Lesbians and Transgender Men in South Africa, 34.

²¹ *Ibid.*, 36.

²² Ustav Južnoafričke republike, Akt br. 108/1996, čl. 9. Inače, Ustav se sastoji iz 14 dijelova, a od posebnog značaja je njegov drugi dio, tzv. Povelja o pravima, kojom se promoviraju temeljna prava i slobode. Više na: http://www.acts.co.za/constitution_of_the_republic_of_south_africa_1996.

Ono što ovu vrstu silovanja čini specifičnom jeste činjenica da se motiv učinjenja ovog zločina nužno ne mora dovesti u vezu samo sa bio-psiho-socijalnim svojstvima neposrednog učinioca, kao što je riječ o klasičnim silovanjima, već u nastanku ovog zločina značajnu ulogu ima širi društveni ambijent u kojem se učinilac ovog zločina nalazi kao njegov pobornik i izaslanik. Naime, izvori mržnje prema istospolnim vezama su prisutni i kod učinioca i kod njegovih istomišljenika (koji mogu biti toliko brojni da predstavljaju njegovu šire društveno okruženje). Zbog toga često analiza uzroka korektivnih silovanja korespondira analizi uzroka mržnje, koja je ključni motiv ovog zločina. S tim u vezi, u doktrini je zauzet nedvojbni stav da uzroke korektivnih silovanja valja tražiti u tradiciji, kulturi, historiji, religiji i općenito širem psihološkom ambijentu zastupljenom u toj državi.

- a) Južnoafričko društvo je tradicionalno, patrijarhalno društvo. Društvena uloga muškarca i žene je jasno podijeljena: muškarac je snažni član porodice, koji je zadužen za privređivanje, a žena je zadužena za domaćinstvo. Žena je muškarcu podređena, oženjeni muškarac ne trpi odbijanje u emotivnom ili seksualnom smislu, a njegova vanbračna veza sa drugim ženama društveno je prihvatljiva²³. Opredjeljenost žene za ženu je oprečna takvim idealima. Zapravo, smatra se suprostavljanjem žene takvim idealima (jer nužno ona preuzima ulogu muškarca), koje kao takvo nije prihvatljivo i štaviše može dovesti do raznih vrsta nasilja, uključujući i seksualno.
- b) Temelj južnoafričkog društva je porodica. Klasična porodica se sastoji od roditelja i djece. Roditelji su supružnici u monogamnom braku i riječ je o pripadnicima različitih spolova: muškarcu i ženi²⁴. Ideja da u vezi budu pripadnici istog spola je nešto što je neuobičajeno za to društvo, štaviše, smatraju to napadom na standarde afričkog društva i nečim što je *zapadnjačko*. Prema tome, stav je većine da je ispravnaseksualna orijentacija heteroseksualnost, a norme o spolu su da muškarac ima primarnu društvenu ulogu²⁵. Drugačije poimanje seksualnosti, destabiliziralo bi staromodno shvaćanje o porodici i muškosti.²⁶
- c) Religija predstavlja izuzetno značajan čimbenik u životu u Južnoafričkoj

²³ A. Lock Swar, „Paradoxes of Butchness: Lesbian Masculinities and Sexual Violence in Contemporary South Africa“, *SIGNS: Journal of Women in Culture and Society* 4/2012, 962.

²⁴ U tom smislu: L.Di Silvio, „Correcting Corrective Rape: Carmichele and Developing South Africa’s Affirmative Obligations To Prevent Violence Against Women“, *The Georgetown Law Journal* 99/11, 1476.

²⁵ A. Lock Swar, 962.

²⁶ *Ibid.*, 968. i po A. Mieses, „Gender inequality and corrective rape of women who have sex with women“, *GHMC Treatment Issues*, 2009., 3.

Republici. Osamdeset posto građana te države se identifikuju kao kršćani. Homoseksualnost se propovijeda kao nekršćanski čin i upravo se na taj način formira javno mnijenje. Homoseksualnost i biseksualnost se smatraju devijantnima²⁷.

- d) Historijski ambijent je nezaobilazan faktor u nastojanju shvaćanja visoke stope seksualnog nasilja i animoziteta prema drugačijem u Južnoafričkoj Republici. Država u kojoj je *aparthejd* ostavio svoje tragove, dugo je koristila nasilje kao sredstvo za postizanje i očuvanje kontrole. Brown u svom radu ističe da su prijetnja silovanjem ili dugim vidom nasilja bile korištene kao sredstvo policije za uspostavljanje reda kod ženskih zatvorenika. „Silovanje nije bila policijska taktika, ali bezbroj je slučajeva u kojima su te snage silovale žene“²⁸. Osim toga, za vrijeme aparthejda policija nije štitila inferiorne rase, tako da se nije na efikasan način reagovalo po pitanju seksualnog nasilja.
- e) Psihologija opstanka čovjeka se u velikom broju slučajeva ističe kao jedan od uzročnika korektivnih silovanja. Naime, muškost proistakla iz vizije patrijarhata je nešto što je evidentno fizičkim izgledom. Odbijanje muškarca od strane žene jer je homoseksualne orijentacije ili pak strah od „otimanja“ potencijalne izabranice od strane osobe koja je njenog spola, predstavlja svakako prijetnju po muškost, a taj strah predstavlja kriminološki faktor koji ima značajnu ulogu u etiologiji korektivnih silovanja²⁹.

2. Prevencija korektivnih silovanja

Di Silvio ističe da Južnoafrička Republika ima jedinstvenu poziciju u nošenju sa fenomenom korektivnih silovanja. Tek što je iznikla iz svoje problematične prošlosti, uspjela je da preraste u demokratsko društvo. Nekada su njene institucije bile alat režima aparthejda, a danas su utemeljene na slobodi, jednakosti i dignitetu. Upravo zbog navedenih razloga, Južnoafrička Republika ima naročitu obavezu i odgovornost da zaustavi korektivna silovanja³⁰.

Kao što je naprijed istaknuto, Ustavom Južnofričke Republike svim osobama, pa i pripadnicima LGBT populacije, zagaranirana je jednakost i nediskriminacija po bilo kojem osnovu. Osim Ustavom, navedena populacija u Južnoafričkoj Republici je zaštićena i mnogim međunarodnim pravnim instrumentimakao što su: Međunarodni pakt o građanskim i

²⁷ R. Brown, 52.

²⁸ *Ibid.*, 50.

²⁹ A. Lock Swar, 966.

³⁰ L. Di Silvio, 1514.

političkim pravima iz 1966. godine, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine, Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (poznata i pod nazivom Ženska konvencija) iz 1979. godine i Afrička povelja o ljudskim i narodnim pravima iz 1981. godine. Međutim, ambiciozna rješenja svih navedenih pravnih dokumenata u južnoafričkoj stvarnosti očigledno predstavljaju tek mrtvo slovo na papiru. Zapravo, upravo je Južnoafrička Republika primjer kako nije dovoljno samo (vještački) deklarirati ljudska prava, nego je potrebno postići da liberalizam proističe iz svijesti društva jedne države. Što su svijest o jednakosti i *de iure* promovirana ljudska prava u većoj diskrepanciji, teško će biti uspostaviti liberalnost i *de facto*. Naime, oni koji provode zakon su pripadnici društva, sa kojim često i dijele svijest i svoje ideale. Zbog toga, Južnoafrička Republika nije preuzela dovoljno aktivnu ulogu u implementaciji i institucionalizaciji prava koja su zagwarantirana homoseksualnim osobama. Ustavni sud Južnoafričke Republike je zaštitio njihova prava tek u nekoliko slučajeva kao što je *Nacionalna koalicija za jednakost homoseksualnih osoba protiv Ministarstva unutarnjih poslova* (1999)³¹. Međunarodni pravni instrumenti ne predstavljaju odgovor na goruće probleme u jednoj državi, već oni služe kao dodatno sredstvo za podizanje svijesti o njima i kao vid pritiska na države da reaguju.

Potrebno je izgraditi kolektivnu svijest društvene zajednice koja afirmira ljudsko dostojanstvo i nediskriminaciju svih onih koji žive u toj zemlji, obzirom da je njeno uključivanje u taj proces od primarne važnosti. Stoga bi se u prvom redu trebalo krenuti od podizanja svijesti o jednakosti svih i poštovanju drugačijih. Prema našem mišljenju, to bi se moglo postići kako nerepresivnim i represivnim mjerama.

Nerepresivne mjere bi trebale da obuhvate mjere formalne i neformale edukacije o ravnopravnosti i nediskriminaciji. Potrebno je sprovesti edukativne programe u obrazovnim institucijama na svim nivoima, o rodnoj jednakosti, toleranciji spram pripadnika LGBT populacije, rodnom identitetu i ljudskim pravima. Naime, adekvatno obrazovanje je neprocjenjivo u borbi protiv korektivnih silovanja. Trenutno, obrazovne institucije u Južnoafričkoj Republici to ne čine u dovoljnoj mjeri, što posljedično rezultira homofobičnim i netolerantnim ćacima i studentima. Na taj način se stvara prostor da i one postanu kolijevke mržnje, diskriminatornog govora i ponašanja usmjerenih na đake i studente koji pripadaju LGBT zajednicama.

Nadalje, za nastavnike i drugo školsko osoblje koji potiču govor mržnje ili dozvole da se takvo neprihvatljivo ponašanje odvija u njihovoj školi ili učionici, trebaju biti propisane sankcije koje bi mogle uključivati

³¹ <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/17.html>, 29.03.2016.

kako njihovo odstranjivanje iz nastavnog procesa, tako i krivično gonjenje. Đaci i studenti, roditelji i osoblje angažirano u obrazovnim institucijama moraju imati mogućnost anonimnih prijava svih vidova nasilja ili zlostavljanja, a posebno onoga na osnovu seksualne orijentacije.

Žene drugačije seksualne orijentacije trebaju biti educirane o svojim pravima i identitetu, načinima na koje mogu spriječiti nasilje, potrebi prijavljivanja nasilja, kao i o vidovima psiho-fizičke pomoći. Žrtva treba da bez sumnje zna da je ona žrtva, da nije kriva za svoju viktimizaciju i da neprijavlivanje nasilja može samo doprinijeti novim viktimizacijama³².

Dalje, nerepresivne mjere bi mogle da znače aktivno uključivanje medija u borbu protiv korektivnih silovanja. Naime, nužno je provoditi i ciljano obavještavanje javnosti putem medija (radio, štampa, televizija) o slobodi izbora seksualne orijentacije, ali i javno osuditi bilo koji slučaj diskriminacije, kao i nasilja utemeljenog na seksualnom opredjeljenju žrtve. Osim toga, organiziranjem javnih skupova, tribina, predavanja, okruglih stolova, izdavanjem brošura, biltena, objavljivanjem radova u stručnim i znanstvenim časopisima, izdavanjem edukativnog materijala bi se također mogla poslati poruka da diskriminatornom ponašanju nema mjesta u modernom društvu, te da anti-homoseksualni stav nije etički u društvu koje je utemeljeno na ljudskim pravima³³.

Represivne mjere bi pak trebale da budu formalne i one bi trebale da nužno uvedu individualnu odgovornost za svaku radnju koja otežava izvršenje pravde i procesuiranje korektivnih silovanja. Da bi se to postiglo, Južnoafrička Republika treba na nacionalnom nivou sprovesti snažne reforme u nastojanju da spriječi eskalaciju nasilja nad ženama koje se ne uklapaju u heteroseksualne standarde.

Trebala bi se podići svijest osoba koje su dio pravosudnog sistema da u slučajevima korektivnog silovanja rade sa posebno osjetljivom grupom žrtava. Naime, seksualno nasilje uopće kod žrtava koje proizilaze iz tradicionalnih društava, osim fizičkih, ostavlja i duboke psihičke posljedice. One mahom uključuju jak osjećaj krivnje, kao i strah od osude od strane društva. Pristup ovlaštenih osoba prema žrtvi u velikoj mjeri opredjeljuje uspjeh u dobivanju informacija od žrtve o kritičnom događaju, a samim time i uspjeh na planu rasvjetljavanja slučaja. Stoga je potrebno da nadležne državne (pravosudne) institucije u što većoj mjeri, vrše kontinuirano stručno osposobljavanje i usavršavanje svih državnih službenika koji rade na poslovima krivičnopravne zaštite. U tom smislu potrebno je informirati ih o posebnoj ranjivosti žrtava korektivnih silovanja, zatim o tome, kao i potrebi izbjegavanja neprikladnih pitanja.

³² R. Brown, 64-66.

³³ Y. Oyieke, Investigating corrective rape and the right to be free from all forms of sexual violence in South Africa (online), www.jus.uio.no/english/...and.../w7-oyieke.pdf, 29.03.2016.

S obzirom na navedeno, jasno je da svaki pripadnik tog sistema treba pristupati oštećenoj osobi s empatijom, razumijevanjem i poštovanjem proživljene traume. Svi profesionalci koji učestvuju u krivičnim postupcima trebali iskoristiti šanse za edukaciju, savjetovanja i razmjenu iskustava kako bi osnažili vlastite kapacitete i razvili kompetenciju za rad u ovom segmentu.

Također, neophodna je primjena adekvatnih mjera za nerad prema onim pripadnicima sistema krivičnog pravosuđa koji tendenciozno ne vrše procesuiranje zločina iz mržnje, što korektivno silovanje, u svakom slučaju, jeste. Pritom mora biti primijenjen standard "dužne profesionalne pažnje". Na primjer, ukoliko je policijski službenik po dojavu žrtve, slučaj korektivnog silovanja okarakterizirao tek kao "obično" silovanje, prema njemu bi trebala biti primijenjena odgovarajuća mjera. Nadalje, potrebno je sankcionirati nadređene koji dozvole da njihovi podređeni u tom slučaju ostanu nekažnjeni.

3. Zaključak

Južnofrička Republika pati od pandemije korektivnih silovanja lezbejki, koja predstavlja prijetnju ne samo načelima međunarodnih ljudskih prava, već i nacionalnim standardima ljudskih prava, nediskriminacije i jednakosti, zbog kojih je upravo dobila epitet *Rainbow Nation* (Šarolika nacija). Kakogod, on se može održati na snazi samo ako je postignuta istinska jednakost među svim njenim građanima. Podizanje svijesti o jednakosti svih građana u svojim pravima i slobodama jedan je od načina borbe protiv ove vrste seksualnog nasilja. Iskorjenjivanje mržnje prema drugačijem nije prvi put postavljeni izazov pred južnoafričko društvo. Apartheid je uspješno prevladan, tako da ostaje dobra vjera da će i društvo, primjenom i represivnih i nerepresivnih mjera zagwarantovati i *de iure* i *de facto* jednakost svih svojih članova, a samim time i ukloniti prostor za širenje mržnje i straha viktimiziranjem i za viktimizaciju osoba drugačijih (seksualnih) uvjerenja. Korektivna silovanja, kao i sve druge vrste seksualnog nasilja, ostavljaju izuzetno duboke psiho-fizičke posljedice po žrtve. Opasna su po društvo u cjelini, te je njihove učinioce potrebno efikasno krivično goniti, a i ovu vrstu zločina, koji u svojoj suštini imaju dvojaku prirodu, proglasiti zločinima iz mržnje.

Ena Kazić, MA

Senior Assistant at Faculty of Law of International University of Sarajevo,
PhD candidate at Faculty of Law, University of Sarajevo

Rialda Ćorović, MA

Expert Advisor at Ministry of Internal Affairs of Canton Sarajevo, PhD
candidate at Faculty of Law, University of Sarajevo

CRIMINOLOGICAL ASPECTS OF CORRECTIVE RAPES OF LESBIANS IN SOUTH AFRICAN REPUBLIC

Summary

Corrective rapes are extremely big problem with which is facing South African society. It is caused by increasing intolerance towards members of LGBT society and that increase is followed by the increase of corrective rapes. The aim of this article is to represent the problem of corrective rapes from criminology point of view. Related to that, authors will define corrective rapes, represent their legal nature and its' specific elements by which they are different from other rapes. We will explain the causes and consequences of corrective rapes and possibility of prevention of this form of sexual violence.

Keywords: corrective rapes, LGBT population, rape, South African Republic.

ČASOPIS „STRANI PRAVNI ŽIVOT“

UPUTSTVO ZA AUTORE

U časopisu Strani pravni život u izdanju Instituta za uporedno pravo u Beogradu objavljuju se naučni (originalni i pregledni) i stručni članci, komentari sudskih odluka, izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i sl. Pre svega, radovi treba da se odnose na prava i zakonodavstva drugih zemalja. Godišnje izlaze 4 broja časopisa - tri na srpskom jeziku (sa rezimeom članka na engleskom jeziku) i jedan (četvrti) broj na engleskom jeziku (sa rezimeima na srpskom).

Radovi se mogu dostaviti redakciji Stranog pravnog života elektronskom poštom na adresu redakcije: **redakcijaspz@gmail.com** ili neposredno, na CD-u, na adresu: **Institut za uporedno pravo, Terazije 41, Beograd**. Prilikom dostavljanja, uz rukopis treba priložiti i lične podatke o autoru, sa izjavom da rad ili bilo koji njegov deo nije prethodno objavljivan, kao i svim dodatnim informacijama koje bi mogle koristiti redakciji. Pristigli radovi se ne vraćaju.

Radove koji ne zadovoljavaju navedene kriterijume časopisa u pogledu teme rada, strukture rada i pravila citiranja, **redakcija neće uzeti u razmatranje, niti će poslati na recenziju**. Ukoliko rukopis odgovara standardima Stranog pravnog života, upućuje se na anonimnu recenziju. Svaki rad ocenjuju najmanje dva objektivna recenzenta, odabrana iz reda priznatih stručnjaka. Po recenziji, rukopisi se šalju autorima s primedbama i predlozima za otklanjanje nedostataka. Ispravljene rukopise, autori treba da vrate redakciji u roku od **pet dana** od dana prijema zahteva za ispravku rada. Ukoliko recenzenti utvrde da u radu ima više nepravilnosti vezanih za odnos sadržine rada i teme, strukture rada, nedostataka u korišćenju izvora, kao i drugih nepravilnosti, redakcija će odbiti objavljivanje članka, iako recenzenti nisu predložili odbijanje istog za objavljivanje.

Redakcija donosi konačnu odluku o objavljivanju članaka. Redakcija može da donese odluku o neobjavljivanju i kad članak dobije pozitivne recenzije. Razlozi za donošenje takvih odluka mogu biti vezani za veliki broj članaka koji su dobili pozitivne recenzije i nemogućnost njihovog objavljivanja, utvrđivanje nepravilnosti u članku, koje nisu utvrđene od strane recenzenata, utvrđivanje da je članak ili neki njegov deo prethodno objavljivan, kao i drugi razlozi, koje utvrdi redakcija.

Dostavljanjem rukopisa za objavljivanje u Stranom pravnom životu, autori pristaju na postavljanje svojih radova na internet stranici časopisa, odnosno, na internet stranici Instituta za uporedno pravo. Časopis zadržava i sva ostala prava, izuzev ukoliko nije drugačije dogovoreno s autorom.

PRAVILA IZRADE NAUČNIH I STRUČNIH ČLANAKA

1. Naučni i stručni članci moraju biti sačinjeni u Microsoft Word-u, **latiničnim pismom**, fontom **Times New Roman**, **veličine 12 pt.**, **prored 1,5**.
2. Rukopisi ne treba da budu duži od jednog autorskog tabaka. Jedan tabak iznosi 16 strana od 28 redova sa 66 znakova u redu, odnosno, ukupno **28.800** kompjuterskih znakova. Članci duži od jednog autorskog tabaka neće biti objavljeni u časopisu. Izuzetno, mogu se objaviti i članci većeg obima o čemu redakcija donosi odluku.
3. Izvori (literatura) se navode u fusnotama, fontom veličine **10 pt**. Na kraju svake fusnote stavlja se tačka.
4. Ime i prezime autora se navodi u gornjem levom uglu. Ostali podaci kao što su zvanje, titula, radno mesto, ustanova gde radi i mejl autora se navode u fusnoti.
5. Naslov rada se navodi velikim slovima na sredini, **font 14 pt**. Naslov ne bi trebalo da ima više od 10-12 reči.
6. Apstrakt se navodi ispod naslova članka, dva proreda ispod. Apstrakt ne sme da bude duži od 1000 znakova bez razmaka. Veličina fonta **11 pt**. Ključne reči se navode odmah ispod apstrakta (veličina fonta 11 pt). Apstrakt se piše u **italiku**.
7. Podnaslovi u tekstu se pišu na sredini, malim slovima (font 12) i boldom, i numerišu se arapskim brojevima. Ukoliko u okviru podnaslova ima više celina, one se takođe označavaju arapskim brojevima (npr. 1.1., 1.1.1., itd.). Uvod i zaključak se, takođe, označavaju rednim brojevima.
8. Rezime na engleskom jeziku običnim fontom se piše na kraju teksta. Iznad rezimea se navodi ime i prezime autora, sa podacima o zvanju, tituli, ustanovi gde radi i mestu na kome radi. Rezime ne sme da ima više od 1500 znakova bez razmaka. Ključne reči se navode ispod rezimea. Kod članaka na engleskom jeziku, rezime se piše na srpskom jeziku. Ostala pravila su ista.
9. Ceo članak, uključujući i rezime na stranom jeziku, podleže stručnoj lekturi.

Ostali prilozi

Komentari sudskih odluka ne smeju da budu duži od pola autorskog tabaka, odnosno, mogu da imaju najviše 15.000 kompjuterskih znakova. Izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i sl., ne smeju biti obima većeg od 7.000 kompjuterskih znakova. Ostali prilozi ne sadrže apstrakt i rezime.

PRAVILA CITIRANJA

1. Knjige, monografije, udžbenici se navode na sledeći način: prvo slovo imena (posle čega sledi tačka) i prezime autora, naziv kurzivom, mesto izdanja kurentom – obično, godina izdanja. Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zapeta. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom – obično, pre mesta izdanja.

Primer: J. Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008., 45.

Ukoliko knjiga ima više izdanja, može se navesti broj izdanja u superskriptu (npr. 2008³). Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćena „fn.“.

Primer: J. Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008., 45 fn. 83.

2. Članci se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom, pod navodnicima, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godište, broj strane bez ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga). Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćena pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: J. Ćirić, „Borba protiv droge putem dekriminalizacije – slučaj Portugalije“, *Strani pravni život* 2/2012, 310.

3. Radovi objavljeni u zborniku citiraju se na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom pod navodnicima, naziv zbornika kurzivom, ime(na) urednika u zagradi, mesto izdanja kurentom, godina izdanja. Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zapeta. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom, pre mesta izdanja. Za urednike koristiti skraćenicu ur. (ako je zbornik na srpskom jeziku) ili ed. (za zbornike na engleskom jeziku sa jednim urednikom), odnosno eds. ako je reč o dva ili više urednika.

Primer: J. Sarra, „Widening the Insolvency Lens: The Treatment of Employee Claims“, in: *International Insolvency Law: Themes and Perspectives* (ed. Paul Omar), London 2007, 295.

Primer: V. Čolović, „Status stranog stečajnog postupka u nemačkom zakonodavstvu“, u: *Uvod u pravo Nemačke* (ur. Mirko Vasiljević, Vladimir Čolović), Beograd 2011, 524.

4. Ukoliko postoji više autora knjige ili članka (do tri), razdvajaju se zapetom.

Primer: J.Ćirić, P. Petrović, J. Jovanović

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje skraćenicice reči *et alia* (*et al.*) kurzivom.

Primer: J.Ćirić *et al.*

5. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, kod ponovljenog citiranja tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi samo broj strane i tačka (bez dodataka op. cit., nav. delo i sl.).

Primer: J. Ćirić, 310.

Ukoliko se citira više radova istog autora, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se citiraju, uz godinu se dodaju latinična slova a, b, c, d, itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: J.Ćirić, (2012a), 310.

6. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crtom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: J.Ćirić, 310–316.

Primer: J.Ćirić, (2012a), 310 i dalje.

7. Ukoliko se citira podatak sa iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenicica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali sa različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 69.

8. Propisi se navode punim nazivom u kurentu, potom se kurzivom navodi glasilo u kome je propis objavljen, a posle zapete broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu. Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćenica pod kojom će se propis dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78.

Ukoliko je propis izmenjivan i dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osiguranju imovine i lica, *Sl. list SRJ* br. 30/96, 57/98, 53/99 i 55/99.

9. Član, stav i tačka propisa označava se skraćenicama čl., st. i tač.

Primer: čl. 6, st. 2, tač. 4. ili čl. 6, 8, 9 i 10. ili čl. 6–12, itd.

10. Navođenje sudskih odluka treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).
11. Latinske i druge strane reči, internet adrese i sl. se pišu kurzivom.
12. Citiranje tekstova s interneta treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice i datum pristupa stranici.

Primer: Hodson David, EU approves European divorce enhanced co-operation, www.davidhodson.com/assets/documents/enhancedcoop.pdf, 14.04.2011.

13. Za „vidi“ koristi se skraćenica „v.“, a za „uporedi“ skraćenica „upor.“.