

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

ISSN 0039 2138

UDK 34

**STRANI PRAVNI ŽIVOT
FOREIGN LEGAL LIFE**

**3/2018
Beograd, 2018.**

Izdavač/Publisher

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

Beograd, Terazije 41
e-mail:institut@iup.rs, www.iup.rs
tel. + 381 11 32 33 213

Redakcija/ Editorial board

prof. dr Miodrag Orlić	Ratomir Slijepčević
prof. dr Olga Cvejić-Jančić	prof. dr Goran Dajović
prof. dr Spiridon Vrelis (Grčka)	prof. dr Branislava Knežić
prof. dr Mikele Papa (Italija)	Branka Babović
prof. dr. dr. Wolfgang Rohrbach (Austrija)	prof.dr Nataša Mrvić Petrović
prof. dr Vid Jakulin (Slovenija)	prof. dr Vladimir Čolović
dr Stefanos Kareklas (Grčka)	doc. dr Jelena Čeranić
prof. dr Alesandro Simoni (Italija)	dr Aleksandra Rabrenović
prof. dr Đorđe Ignjatović	dr Katarina Jovičić
dr Jovan Ćirić	prof. dr Vladimir Đurić
prof. dr Đorđe Đorđević	dr Ana Knežević Bojović
prof. dr Dejan Đurđević	dr Miloš Stanić
prof.dr Dušan Vranjanac	Aleksandra Višekruna

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

prof. dr Nataša Mrvić Petrović

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/ Deputy of editor in chief

doc. dr Jelena Čeranić

Sekretar redakcije/ Secretary of Editorial board

Aleksandra Višekruna

Tehnički urednik/Technical editor

dr Miloš Stanić

Štampa/Print

GORAGRAF

Tiraž/Circulation

200 primeraka/200 copies

SADRŽAJ

<i>Vladimir Čolović</i> KVALIFIKACIJA KOLIZIONE NORME	5
<i>Jelena Simić</i> PRAVNI PROBLEMI DEFINISANJA POLJA PRAVNE ZAŠTITE NONDUM CONCEPTUS-a	25
<i>Vladimir Mikić</i> USTAVNOPRAVNE POSLEDICE VANREDNOG STANJA U FRANCUSKOJ (2015-2017)	43
<i>Aleksandra Višekruna</i> OSTVARIVANJE SARADNJE U STEČAJNIM POSTUPCIMA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI: PRIMER PROTOKOLA	65
<i>Vladimir Đurić, Milutin Trnavac</i> PRIVREDNA DELATNOST CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA	89
<i>Ivana P. Bodrožić</i> KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TERORIZAM U ZAKONODAVSTVU ŠPANIJE I ITALIJE	109
<i>Aleksandar Matković</i> AKTIVNOSTI SAVETA EVROPE USMERENE KA ŠTETNOM DELOVANJU NOVIH RELIGIJSKIH POKRETA	125
<i>Ranko Sovilj</i> UPOREDNOPRAVNA ANALIZA I IZAZOVI REGULISANJA I FINANSIRANJA ZDRAVSTVENOG OSIGURANJA	143

<i>Miroslav Đorđević</i> POMILOVANJE – UPOREDNOPRAVNI OSVRT	163
<i>Jovana Rajić Čalić</i> ODREĐENE FORME RADNOG VREMENA U SRBIJI U SVETLU EVROPSKE DIREKTIVE 2003/88 I UPOREDNOG PRAVA	181
<i>Jovana Misailović</i> NAKNADA ŠTETE KAO POSLEDICA NEZAKONITOG OTKAZA UGOVORA O RADU U PRAVU VELIKE BRITANIJE I REPUBLIKE SRBIJE	197
<i>Antonia Jutrović</i> UTVRĐIVANJE ODGOVORNOSTI MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA U PRAVU I PRAKSI	213
<i>Bogdana Stjepanović</i> PRAVO DETETA ZAČETOG UZ POMOĆ ASISTIRANE REPRODUKCIJE DA DOBIJE INFORMACIJU O SVOM DONORU - UPOREDNOPRAVNA REŠENJA	233
<i>Aleksandra Rabrenović</i> Mr Andrej Diligenski i Dr Dragan Prlja FEJSBUK, ZAŠTITA PODATAKA I SUDSKA PRAKSA	255

KVALIFIKACIJA KOLIZIONE NORME

Apstrakt

Kvalifikaciju definišemo kao posebnu vrstu tumačenja kolizione norme, odnosno njenih elemenata, od koje zavisi određivanje merodavnog prava. U Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, kvalifikacija je definisana na način, koji zahteva tumačenje. Prihvaćen je stav da se ta odredba odnosi na stepenastu kvalifikaciju, koja predstavlja kombinaciju kvalifikacija po lex fori i lex causae. Pojedina uporedna zakonodavstva jasnije regulišu ovaj pojam, bez obzira da li se odnose na stepenastu kvalifikaciju ili kvalifikaciju po lex fori. S obzirom na to da je, za sada, nemoguće definisati kvalifikaciju pomoću autonomnih pojmova ili neku drugu kvalifikaciju, koja bi dovela do lakše primene kolizione norme, moramo prihvatiti stepenastu kvalifikaciju. Nacrt novog Zakona o Međunarodnom privatnom pravu definiše kvalifikaciju po lex fori i funkcionalnu kvalifikaciju, ako prva ne može da se primeni. U radu se kritikuje funkcionalna kvalifikacija i predlaže da se, na jasniji i nedvosmislen način, definiše stepenasta kvalifikacija.

Ključne reči: kvalifikacija, koliziona norma, lex fori, lex causae, stepenasta kvalifikacija, funkcionalna kvalifikacija.

1. Uvod

Jedan građanskopravni odnos sadrži različite pojmove, ustanove, institute i činjenice koje se različito shvataju i tumače, naročito, kada se taj građanskopravni odnos mora rešiti u drugoj državi, u kojoj on nije nastao, odnosno, kada u sebi sadrži element inostranosti. Veoma je važno pravilno utvrđivanje smisla navedenih elemenata građanskopravnog odnosa u skladu sa pravom i mestom kojima pripadaju, ali to neće biti, uvek, moguće. Kada govorimo o građanskopravnom odnosu sa elemen-

* Naučni savetnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: v.colovic@iup.rs.

tom inostranosti, moramo govoriti i o sukobu zakona, tj. o određivanju merodavnog prava. Upravo zbog toga pitanje tumačenja navedenih činjenica usložnjava rešavanje sukoba zakona.

U Međunarodnom privatnom pravu, jedno od najsloženijih i najspornijih pitanja predstavlja pitanje kvalifikacije kao instrumenta tumačenja pojmova u građanskopravnom odnosu. Kad kažemo da je navedeno pitanje sporno, mislimo, pre svega, na načine rešavanja kvalifikacije, a ne na potrebu za postojanjem ovog instituta. Rešavanje sukoba zakona, odnosno, određivanje merodavnog prava nemoguće je bez postojanja kvalifikacije u mnogim slučajevima, kada je potrebno da pomoću tog tumačenja dođemo do odgovora na pitanje koju ćemo kolizionu normu primeniti, čime se rešavanje jednog građanskopravnog odnosa ne završava.

U sadašnjem zakonodavstvu Republike Srbije kvalifikacija se reguliše na, možemo reći, način koji zahteva dodatno tumačenje. Sa druge strane, u odredbama Zakona koji će u budućnosti, regulisati Međunarodno privatno pravo, ovaj institut nije regulisan na način koji omogućava rešavanje navedenih pitanja u potpunosti. Naime, Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu¹ (dalje: Nacrt ZMPP) na drugačiji način određuje kvalifikaciju u odnosu na Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja² (dalje: ZRSZ), ali sadržina te odredbe dokazuje da ni, najverovatnije, kako smo rekli, budući zakonski akt u ovoj oblasti neće pomenuti institut regulisati na način koji će omogućiti sudovima i drugim organima da pravilno primene kolizione norme u situacijama kada je kvalifikacija neophodna, odnosno, da pravilno odrede merodavno pravo.

Ako pogledamo odredbu Nacrta ZMPP³, koja reguliše kvalifikaciju, videćemo da se zakonodavac jasno opredelio za kvalifikaciju po *lex fori*, odnosno, za primenu takvog načina rešavanja kvalifikacije, ako nešto drugo nije određeno ovim zakonskim aktom. Isto tako, u istom članu definiše se i situacija kada jedan pravni odnos ili institut pravo naše države ne poznaje, kada se primenjuje tzv. funkcionalna kvalifikacija, što podrazumeva da se kvalifikacija vrši „uzimanjem u obzir funkcije koju pravni odnos ili institut imaju u stranom pravu“⁴. Funkcionalnoj kvalifikaciji ćemo posvetiti posebnu pažnju, imajući u vidu da se kod takve

¹ Nacrt Zakona o Međunarodnom privatnom pravu, konačna verzija, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 08.09.2018.

² Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82, 72/82, *Službeni list SRJ*, br. 46/96.

³ Čl. 3 Nacrta ZMPP.

⁴ Čl. 3, st. 2 Nacrta ZMPP.

kvalifikacije, praktično, radi o upodobljavanju stranog pojma ili instituta sa domaćim koji bi bio odgovarajući u datom slučaju. ZRSZ, sa druge strane, određuje, po tumačenju, stepenastu kvalifikaciju, tj., kad je to neophodno dve kvalifikacije, po *lex fori* i po *lex causae*, kada je građanskopravni odnos vezan za stranu državu.

Međutim, ni druga nacionalna zakonodavstva nisu odredila kvalifikaciju na način koji bi mogao da dogovori na niz različitih situacija vezanih za različito regulisanje i definisanje pojedinih pojmova i instituta. To je problem i u zakonodavstvima koja su zadnjih nekoliko godina donele zakone u pomenutoj oblasti. Tu, pre svega, mislimo na bugarsko i mađarsko zakonodavstvo. Naravno, ni druga zakonodavstva, kojima ćemo posvetiti pažnju, nisu „uspela“ da obuhvate sve ono što zahteva kvalifikacija. Ni američko, ni italijansko, a ni zakonodavstvo kanadskog Kvebeka, čije ćemo odredbe o kvalifikaciji takođe predstaviti i analizirati.

Da bismo mogli da kritički preispitamo rešenje kvalifikacije u Nacrtu ZMPP (kao i u ZRSZ) moraćemo da se osvrnemo na osnovne elemente ovog instituta, na načine rešavanja, zatim, na pitanje, zbog čega je on neophodan, zatim, na rešenje koje pruža ZRSZ, kao i na odnos kvalifikacije sa nekim drugim institutima Međunarodnog privatnog prava. Naravno, pokazaćemo da i u drugim zakonodavstvima postoji isti ili sličan problem, što, dodatno, otežava rad suda, pored imperativa saznanja stranog prava. Cilj izvršene analize je davanje odgovora na pitanje da li treba prihvatiti pravilo da će se jedan građanskopravni odnos, odnosno, njegovi elementi, tumačiti po pravu zemlje kojoj taj odnos pripada ili po nekim drugim pravilima vezanim za zemlju suda koji određuje merodavno pravo, uzimajući u obzir slučajeve kada neki pojmovi ili instituti nisu poznati u jednom nacionalnom pravu.

2. Uopšte o kvalifikaciji

Ako bi definisali kvalifikaciju na način koji će obuhvatiti sve bitne elemente tog instituta, morali bi da je odredimo kao delatnost koja se sastoji u verifikovanju postojanja elemenata koji sačinjavaju jedan konkretni entitet, odnosno činjenicu, koja treba da se uklopi u manje ili više apstraktne pojmove, za koje pravno pravilo vezuje postojanje određenih uslova za svoju primenu.⁵ Na prvi pogled, ova definicija je dosta složena. Međutim, ona

⁵ B. Ancel, „L'objet de la qualification“, *Journal du droit international* 1980; 2:227, 268.

objašnjava da jedan od problema Međunarodnog privatnog prava i određivanja merodavnog prava, predstavlja situacija kada određeni pojam, institut ili činjenica nisu poznati ili se drugačije definišu u pravu države, u kojoj se određuje merodavno pravo koje mora rešiti dati građanskopravni odnos.

Da bi navedeno bilo jasnije, definisaćemo primenu kolizione norme kao osnovne norme u Međunarodnom privatnom pravu. Koliziona norma se, naime, primenjuje na građanskopravne odnose, u kojima je sadržan element inostranosti⁶, a element inostranosti je neophodan uslov za postojanje Međunarodnog privatnog prava i primenu kolizione norme⁷, ali ima i drugačijih shvatanja, koja govore da su pretpostavke za postojanje Međunarodnog privatnog prava postojanje različitih država i različitih privatnih prava, a ne i postojanje elementa inostranosti.⁸ Naravno da ne možemo da se složimo sa navedenim shvatanjem, jer je element inostranosti od osnovnog značaja za određivanje kategorije u koju će se uvrstiti određeni odnos, koji je „dobio“ element inostranosti. Kod primene kolizione norme, uvek se polazi od elementa inostranosti, iako je za primenu pravila Međunarodnog privatnog prava, bitno postojanje i različitih država i prava.

Da bi razumeli kvalifikaciju, moramo da kažemo da se koliziona norma sastoji od tri elementa. Osim pravne kategorije (predmeta koji je sastavni deo građanskopravnog odnosa) i relevantne činjenice (tačke vezivanja), treći element kolizione norme je merodavno pravo⁹. Merodavno pravo i jeste rezultat kvalifikacije, tj. primene kolizione norme.

Građanskopravni odnos koji reguliše koliziona norma predstavlja pravnu kategoriju, odnosno predstavlja ono na šta se ta norma odnosi. Upravo kod kvalifikacije postoji dilema, gde svrstati pravnu kategoriju. Tako dolazi do sukoba pravnih kategorija. Kad kažemo da dolazi do sukoba kategorija, mislimo na činjenicu da se sličan pravni pojam drugačije reguliše u različitim zakonodavstvima ili da se reguliše u različitim oblastima prava. U svakoj oblasti dolazi do sukoba pravnih kategorija pri čemu je rešenje tog sukoba značajno za određivanje merodavnog prava.¹⁰

S druge strane, kvalifikacija tačke vezivanja stvara manje problema od kvalifikacije pravne kategorije, s obzirom na to da kod nje već znamo koja se koliziona norma primenjuje, tj. znamo gde tačka vezivanja pripada, ali se može dogoditi da se ta činjenica različito definiše u različitim

⁶ H. Dolle, *Internationales Privatrecht*, Karlsruhe 1968., 1.

⁷ M. Jezdić, „Strani element i obim MPP”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3-4/1959, 280.

⁸ G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, Munchen-Berlin 1964., 3-4.

⁹ M. Pak, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 1991., 269.

¹⁰ M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo opšti deo*, Beograd 2004., 247-248.

pravnim sistemima. Kod kvalifikacije tačke vezivanja postoje činjenice koje se ne mogu menjati, kao i one koje se mogu menjati. Na primer, mesto zaključenja ugovora ili mesto nalaženja nepokretnosti su tačke vezivanja koje se ne mogu menjati. Međutim, državljanstvo, domicil i slične činjenice se, kao tačke vezivanja, mogu menjati.¹¹ Navedene relevantne činjenice su merilo za primenu prava.¹² Ako dođe do promene činjenica, to će imati uticaja i na primenu merodavnog prava. Naravno, pre svega nas interesuje stvarna promena činjenica (npr. promena prebivališta), ali ne i prividna (zasnivanje privremenog boravišta u inostranstvu radi izbegavanja domaćih propisa), tj., kada treba primenjivati norme o izigravanju zakona.¹³ Kvalifikacija tačke vezivanja stvara manje problema od kvalifikacije pravne kategorije. Toj vrsti kvalifikacije nećemo posvećivati istu pažnju kao kvalifikaciji pravne kategorije. Međutim, tumačenje tačke vezivanja zavisi od nje same. Ne postoji isti problem kod svih tačaka vezivanja. Većinu njih mnoga prava istovetno određuju. Ali neke tačke vezivanja, kao *lex loci delicti commissi*, zahtevaju više rešenja kod kvalifikacije. I zakonodavstvo EU sadrži odredbe o tome. Uredba Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Rim II) br. 864/2007 od 11. jula 2007. godine¹⁴ određuje da će se merodavno pravo za vanugovorne obaveze nastale iz delikata odrediti po pravu zemlje u kojoj se šteta dogodila, bez obzira na to da li je to zemlja u kojoj se dogodila štetna radnja ili je to država u kojoj je nastala štetna posledica¹⁵. Navedeni akt definiše mesto šetnog događaja, kao mesto gde je nastala štetna radnja i kao mesto gde su nastale štetne posledice. Teškoća kod primene *lex loci delicti commissi* javlja se u situaciji kada za različita mesta vezujemo štetnu radnju i štetne posledice. Po tom pravu određujemo i niz pravnih pitanja, kao što su osnov odgovornosti, visina naknade i sl.

Problem koji se može pojaviti kod kvalifikacije vezan je i za situaciju kada pravo jedne države tumači neko pitanje kao materijalnopravno, dok ga pravo druge države određuje kao procesnopravno. Tada se pojavljuje problem tumačenja merodavnog prava, koje se, inače, može odrediti¹⁶.

¹¹ K. Sajko, *Međunarodno privatno pravo, opći dio*, Zagreb 1981., 132.

¹² M. Pak, 276.

¹³ *Ibid.*, 295.

¹⁴ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of July 11 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *Official Journal of the European Communities* L 199, 31.7.2007., p. 40-49.

¹⁵ Član 4(1) Uredbe 864/2007.

¹⁶ M. Stanivuković, *Praktikum za Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2004., 188-189.

3. Načini rešavanja kvalifikacije

Odredbe u zakonodavstvima koje regulišu kvalifikaciju, kako u pravu Republike Srbije, tako i u drugim, definišu, u stvari, načine rešavanja kvalifikacije. Postoji klasična podela načina rešavanja kvalifikacije, bez obzira na to da li se radi o kvalifikaciji pravne kategorije ili tačke vezivanja, kojoj ćemo mi posvetiti pažnju, kako bi mogli da analiziramo različite modifikovane oblike tih načina rešavanja. ZRSZ se odlučio, kao što smo rekli, odnosno kako tumačenje te odredbe definiše, za kombinaciju dva klasična načina rešavanja kvalifikacije (stepenasta kvalifikacija), dok Nacrt ZMPP definiše kako jedan od klasičnih načina rešavanja, tako i jedan izvedeni način. Nacrt ZMPP definiše dva odvojena načina rešavanja kvalifikacije.

Inače, po toj, klasičnoj, podeli, postoje tri načina rešavanja kvalifikacije, s tim što se, u nacionalnim zakonodavstvima, praktično primenjuju samo dva ili se definišu modifikovani oblici tih načina rešavanja. Razlikujemo kvalifikaciju po *lex fori* i po *lex causae*, kao i treću kvalifikaciju pomoću autonomnih pojmova. Najčešće rešenje je rešenje kvalifikacije po *lex fori*, odnosno, po pravu države suda¹⁷. Pomenuta kvalifikacija ima i prvu alternativu, a to je teorija, tj. kvalifikacija po *lex causae*, odnosno kvalifikacija po pravu koje je merodavno za raspravljanje građanskopravnog odnosa u celini. Treća kvalifikacija je univerzalistička ili kvalifikacija pomoću autonomnih pojmova¹⁸. Kod kvalifikacije uvek postoji jedna vrsta pravne nesigurnosti, koja nastaje zato što se ne poklapaju momenat zasnivanja problema tumačenja i momenat rešavanja (određivanja merodavnog prava).¹⁹

Kvalifikacija po *lex fori* predstavlja osnovni način rešavanja pomenutog pitanja. U velikoj većini zakonodavstava takvo rešenje je ili jedino ili polazno. U Nacrtu ZMPP je kvalifikacija po *lex fori* polazno rešenje. Kvalifikacija po *lex fori* znači da će se po polaznom pravu, odnosno, po pravu države u kojoj sud rešava ovo pitanje, ocenjivati pod koju kolizionu normu te države treba podvesti (supsumirati) određeni građanskopravni odnos. Zakonodavac države suda suvereno odlučuje o tome koje će se strano pravo primenjivati, s obzirom na to da se po kolizionim normama koje su kodifikovane u domaćoj zemlji određuje merodavno pravo. Izuzetak od ove kvalifikacije predstavlja razlikovanje pokretnih

¹⁷ Rešenje za koje su se zalagali i profesori Barten i Kan.

¹⁸ T. Varadi, *Međunarodne i unutrašnje kolizione norme*, Beograd 1975., 71-72; M.Pak, 273.

¹⁹ M. Jezdić, *Kvalifikacija u Međunarodnom privatnom pravu* (postdipl. studije), Beograd 1979., 84. Italijanski zakonodavac je pokušao da reši ovaj problem, ali u tome nije uspeo.

od nepokretnih stvari, ako se te stvari nalaze na teritoriji zemlje čije je pravo merodavno²⁰. Jedan od nedostataka kvalifikacije po *lex fori*, jeste što se ovde ne uzima u obzir sistematizacija pravnih pitanja po stranom pravu. Kvalifikacija po *lex fori* je, sa stanovišta domaćeg suda koji primenjuje merodavno pravo i tumači kolizionu normu, „najlakše”, tj. sigurno je da će se neki pravni pojam ili institut lakše odrediti po domaćem pravu, ali navedeno neće uvek dovesti do pravog rešenja. Moramo da znamo da ova kvalifikacija ne mora, uvek, tačno da odredi značenje pravnog pojma, koji ima svoje „poreklo“ u stranom pravu. Ipak, kvalifikaciju po pravu zemlje suda treba primenjivati kao prvi i osnovni način rešavanja primene kolizione norme i određivanja merodavnog prava, ali ne i jedini. Uvek moramo da vodimo računa o dejstvu odluke o kvalifikaciji, odnosno, o dejstvu odluke koja će se doneti na osnovu merodavnog prava određenog nakon kvalifikacije kolizione norme.

Kvalifikacija po *lex causae* je drugi način rešavanja, koji se odnosi na definisanje kolizione norme po stranom merodavnom pravu, tj., po pravu, na čiju primenu upućuje kolizionna norma određena po *lex fori*²¹. Ključno pitanje koje se ovde postavlja odnosi se na potrebu njene primene u situaciji kada kolizionna norma države u kojoj se postavlja pitanje rešenja građanskopravnog odnosa sa elementom inostranosti sadrži pravnu kategoriju ili tačku vezivanja, koja nije poznata ili, jednostavno, nije usvojena u domaćem pravu²². Po našem mišljenju, ta potreba postoji, jer je to jedini način da se dođe do pravilno određenog merodavnog prava. Naime, može se raditi o pravnim pojmovima koji ne postoje po pravu *lex fori*, kada nastaju pravne praznine, koje se ne mogu rešiti po *lex fori*, već unutar merodavnog prava, tj. po *lex causae*, kada treba uzeti u obzir i smisao i svrhu tih pojmova unutar njihovih pravnih sistema. Moramo da kažemo da je, sama za sebe, kvalifikacija po *lex causae* neprimenljiva. Kod kvalifikacije pravne kategorije ne znamo koja će se kolizionna norma primeniti, ako ne možemo odrediti poreklo i definiciju pojmova iz kojih se pravna kategorija i sastoji.

Nakon definicije dva osnovna načina rešavanja kvalifikacije potrebno je da se osvrnemo na odredbe drugih zakonodavstava, koja, kao i naše, primenjuje, odvojeno ili kombinovano, pomenute načine rešavanja. Kvalifikaciju po *lex fori* kao osnovno pravilo određuje Drugi zbornik pra-

²⁰ Predlog Bartena. T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2001., 105.

²¹ M. Pazdan, *Pravo prywatne miedzynarodowe*, Warszawa 2009., 57.

²² T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, 107.

va Sjedinjenih Američkih Država (dalje SAD) o sukobu zakona (*Restatement II*) iz 1969. godine²³, koji određuje da će se kvalifikacija rešavati po *lex fori*, pravu zemlje u kojoj se postavlja odnosno pitanje, ali, samo, ako se radi o drugoj državi, odnosno, ako nije u pitanju federalna država SAD. Ovaj akt predviđa i izuzetak koji se tiče uzvraćanja i upućivanja, kada se primenjuje koliziorna norma strane zemlje, ako je to moguće. Naravno, tada se moraju primeniti i druga pravila o kvalifikaciji²⁴. Sa druge strane, navedeni akt definiše i sukob zakona lokalnih prava, tj. federalnih država SAD. Tada će se kvalifikacija primeniti po pravu koje je merodavno za jedan građanskopravni odnos.²⁵ To, praktično, znači, da će se kod kvalifikacije u slučajevima unutrašnjeg sukoba zakona primeniti na definisanje pojedinog instituta pravo po *lex causae*. Inače, Američki pravni institut je počeo sa izradom Trećeg Zbornika prava o sukobu zakona²⁶.

Interesantna je i odredba o kvalifikaciji u Građanskom zakoniku Kvebeka iz 1991. godine²⁷, koja se odnosi na razlikovanje kvalifikacije po *lex fori* i kvalifikacije po *lex causae*. U tom aktu se navodi da će se kvalifikacija vršiti po pravu zemlje suda koji rešava određeni predmet, tj. po *lex fori*. Ali, navedeni Zakonik predviđa i druga pravila kod primene kvalifikacije. Ukoliko se radi o kvalifikaciji pravnih kategorija vezanih za stvari, bilo da su one pokretne ili nepokretne, primenjuje se pravilo *lex rei sitae* po pravu mesta njihovog nalaženja. Zatim, ako je neki pravni pojam nepoznat u pravu Kvebeka, tada se primenjuje strano pravo, odnosno, vršiće se kvalifikacija po *lex causae*.²⁸ Navedena odredba jeste sadržajna i veoma približna samom pojmu kvalifikacije, ali, ipak upućujemo zamerke zakonodavcu Kvebeka koje se odnose na kvalifikaciju po *lex rei sitae*. Naime, ova kvalifikacija se može prihvatiti samo ako se radi o nepokretnim, ali ne i o pokretnim stvarima. Pokretne stvari bi kao pojam trebalo definisati i tumačiti po *lex personalis* vlasnika tih stvari, bez obzira na to da li se ta tačka vezivanja odnosi na *lex nationalis* ili *lex domicilii*. Naravno, takvo pravilo bi se odnosilo i na lice koje nije vlasnik stvari, ali je, na neki drugi način, u posedu tih stvari, naravno, samo ako se radi o zakonitom posedu.

²³ Usvojen i proglašen od strane Američkog pravnog instituta 23.05.1969.; M. Živković, *Međunarodno privatno pravo: nacionalne kodifikacije*, prva knjiga, Beograd 1996.

²⁴ Čl. 7, tač. 1 i 2 Drugog zbornika prava SAD.

²⁵ Čl. 7 Drugog zbornika prava SAD.

²⁶ C. M. Vazquez, Introduction to symposium on the third Restatement of Conflict of Laws, https://www.asil.org/sites/default/files/Intro_Restatement%20of%20Conflicts.pdf, 10.09.2018.

²⁷ Civil Code of Quebec, <http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>, 11.09.2018.

²⁸ Čl. 3078 Građanskog zakonika Kvebeka.

Bugarski zakonodavac je na sličan način regulisao pitanje kvalifikacije, budući da se u bugarskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu iz 2005. godine²⁹, kvalifikacija, pre svega, vrši po *lex fori*. No, bugarski zakonodavac je vrlo jasno definisao pojam kvalifikacije, određivši da će se kvalifikacija vršiti, ako određivanje merodavnog prava zavisi od kvalifikacije osnovnih elemenata građanskopravnog odnosa. Ako je taj element nepoznat u bugarskom pravu, a ne može se primeniti pravo po *lex fori*, tada će se primeniti strano pravo u tumačenju tog instituta ili elementa. No, ono što je najinteresantnije, u ovom aktu se posebno pominje važnost elementa inostranosti u građanskopravnim odnosima. Ako pravilno tumačimo ovu odredbu, ona bi se odnosila na dejstvo odluke koja bi se donela po merodavnom pravu određenom nakon kvalifikacije bilo po *lex fori*, bilo po *lex causae*³⁰.

Pomenućemo i novi mađarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2017. godine³¹ koji je zamenio Uredbu sa zakonskom snagom o međunarodnom privatnom pravu iz 1979.³² a koji, inače, reguliše kvalifikaciju na sličan način kao i prethodno analizirana zakonodavstva. Pre svega, predviđena je primena mađarskog prava na ovo pitanje, a ako je strani institut nepoznat u mađarskom pravu, tada se primenjuje *lex causae*. Ono što je u mađarskom pravu različito rešeno u odnosu na druge odredbe o kvalifikaciji, jeste da se ova pravila primenjuju *mutatis mutandis* i na određivanje nadležnosti ili priznavanje i izvršenje stranih presuda³³.

Kvalifikacija pomoću autonomnih pojmova će zauzeti manje mesto u našoj analizi ovog instituta, iako se taj način rešavanja uvek pominje kao neka buduća alternativa, u situacijama, kada ni kvalifikacija po *lex fori*, ni kvalifikacija po *lex causae* ne mogu dati rešenje. Naime, tridesetih godina prošlog veka profesor Rabel je definisao teoriju uporednopravne kvalifikacije, odnosno, kvalifikacije koja ima svoj osnov u autonomnom definisanju pravnih pojmova i instituta. Rabel je smatrao da je obavezno primeniti jedino sadržaj norme, što ne bi obuhvatalo sistematiku norme.

²⁹ Bulgarian Private International Law Code, <http://www.ifrc.org/Docs/idr1/868EN.pdf>, 08.09.2018.

³⁰ Čl. 3 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Bugarske.

³¹ T. Szabados, New Hungarian private International Law Act, <http://conflictolaws.net/2017/new-hungarian-private-international-law-act/>, 10.09.2018.; 2017. évi XXVIII. törvény a nemzetközi magánjogról, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A1700028.TV&time-shift=ffffff4&xtreferer=00000001.TXT>, 09.09.2018.

³² K. Raffai, „The New Hungarian Private International Law Act – a Wind of Change“, *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies*, Vol. 6, 1/2017, 119-120, <http://www.acta.sapientia.ro/acta-legal/C6-1/legal61-08.pdf>, 10.09.2018.

³³ Čl. 3 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Mađarske.

Samim tim, neuputna je kako kvalifikacija po *lex fori*, tako i kvalifikacija po *lex causae*. Po mišljenju profesora Rabela, jedino se može prihvatiti kvalifikacija pomoću autonomnih pojmova, kao način rešavanja građanskopravnog odnosa, odnosno, određivanja merodavnog prava. Po tome, sud ili drugi nadležni organ, kod primene kolizione norme i određivanja merodavnog prava, mora primeniti rešenje koje je određeno ranije, definisano od strane zakonodavca ili drugog autoritativnog organa³⁴. Ipak, postoji suzdržanost u prihvatanju takvog rešenja.

Moramo reći, ipak, da se kod kvalifikacije pomoću autonomnih pojmova radi već o nečemu što postoji kod velikog broja međunarodnih izvora kao i kod zakonskih tekstova pojedinih država. U tim aktima se definišu najvažniji pojmovi i instituti koji su njihov predmet regulisanja, najčešće na početku zakonskog teksta. To jeste najlakši način definisanja tih pojmova, čime se izbegava kvalifikacija bilo po *lex fori* bilo po *lex causae*³⁵. Teško je, međutim, očekivati da će se na taj način definisati svi ili većina pojmova koji se mogu pojaviti kao predmet kvalifikacije, pa ćemo zbog toga prihvatiti mišljenje većine koja se ne slaže da je kvalifikacija pomoću autonomnih pojmova moguća, u širem smislu te reči³⁶.

* * *

Ranije su sudovi u većini zemalja rešavali problem kvalifikacije po *lex fori*. Najlakše je sud mogao da odredi neki pravni pojam po „sopstvenom” pravu. Izuzetak su bili sudovi u SAD, koji sud primenjivali i druga rešenja, s obzirom na postojanje unutrašnjeg sukoba zakona, što je pomenuto u ovom radu³⁷. Jedno od izvedenih načina rešavanja koje je zakonodavac naknadno tumačio kao kombinaciju dva rešenja jeste stepenasta kvalifikacija i ona predstavlja kombinaciju dva osnovna načina rešavanja po *lex fori* i po *lex causae*. Izveden način rešavanja je i funkcionalna kvalifikacija.

³⁴ M. Pazdan, 57-58.

³⁵ J. Golaczynski, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2008., 33.

³⁶ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, 109.

³⁷ M. Jezdić (1979), 47.

4. Definisanje kvalifikacije u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja

Pomenuli smo problem definisanja kvalifikacije u ZRSZ, koja se u članu 9. određuje na sledeći način: “Pravo strane države primenjuje se prema svom smislu i pojmovima koje sadrži”. Ako pravilno shvatimo ovu rečenicu, rekli bismo da je u našem zakonodavstvu prihvaćena kvalifikacija po *lex causae*. Već je istaknuto koje teškoće sa sobom nosi takav način rešavanja kvalifikacije, tj. ona neće biti moguća u mnogim situacijama kada se vrši kvalifikacija predmeta kolizione norme, odnosno pravne kategorije. Ali, ako prihvatimo stavove većine autora i tumačenje koje je dato tada bi morali da kažemo da se radi o kvalifikaciji iz dva koraka, tj. o stepenastoj kvalifikaciji. Međutim, to tumačenje navedenog člana 9 ZRSZ je pogrešno. Zakonodavac je, naravno, mogao i morao da na potpuno drugi način definiše kvalifikaciju, onako kako je se to čini u uporednom zakonodavstvu, pre svega, u mađarskom. Znači, trebalo je definisati kvalifikaciju po *lex fori* kao osnovnu, a ako se, nakon te kvalifikacije, utvrdi da je merodavno pravo strano, tada bi se primenila, kao drugi korak, kvalifikacija, po *lex causae*. I ovde ćemo ponoviti. Definisanje kvalifikacija se, za sada, nalazi između prihvatanja principa tumačenja kolizione norme po *lex fori* ili po *lex causae*. Naravno, kvalifikacija će biti, uglavnom, sveobuhvatna, ako se kombinuju ova dva principa.

Italijansko zakonodavstvo je prihvatilo slično rešenje kao i ZRSZ. Naime, Zakon o reformi italijanskog sistema međunarodnog privatnog prava iz 1995. godine³⁸, definiše da će se strano merodavno pravo primeniti prema merilima tog prava u momentu primene.³⁹ Na ovom mestu, kvalifikaciju vezujemo za momenat primene, što znači da će se pojmovi stranog prava tumačiti baš u tom momentu. To je i jedina razlika između našeg ZRSZ i italijanskog Zakona. No, takvo tumačenje nosi sa sobom nedostatke. Problem se može pojaviti u situaciji kada dolazi do promene kolizionih normi. Tada od novog zakonskog akta zavisi i primena kolizionih normi u prethodnom aktu.

³⁸ Reform of the Italian System of Private International Law, 31 May 1995, No 218, https://www.lumsa.it/sites/default/files/UTENTI/u830/Italy%20_%20Encyclopedia%20of%20Private%20International%20Law.pdf, 09.09.2018.

³⁹ Čl. 15 italijanskog Zakona.

4.1. Stepenasta kvalifikacija

U vezi sa tumačenjem da je u ZSRZ prihvaćena stepenasta kvalifikacija, reći ćemo da ova kvalifikacija predstavlja kompromis između principa *lex fori* i principa *lex causae*. Sa takvim rešenjem ne možemo da se složimo. Kao što smo rekli, stepenastu kvalifikaciju definišemo kao kvalifikaciju u dva koraka ili dva stepena⁴⁰. Inače, stepenasta kvalifikacija je “nastala” deset godina nakon definisanja kvalifikacije pomoću autonomnih pojmova. Kod stepenaste kvalifikacije se ustanovilo pravilo da, kako koliziona, tako i materijalna pravila, treba tumačiti uvek po onom pravu kome i pripada. Praktično, ovde postoje dve kvalifikacije - prvostepena i drugostepena. Pod prvostepenom kvalifikacijom podrazumevamo kvalifikaciju po *lex fori*. Ovde se javlja potreba za elastičnim postupanjem, tako da dolazi do jednog oblika prilagođavanja na uporednopravnom nivou, a osnovni cilj je usklađivanje polazne kolizione norme sa pojmom iz stranog prava. Sa druge strane, drugostepena kvalifikacija se odnosi na primenu principa *lex causae*, odnosno, kvalifikacija će se izvršiti u skladu sa merodavnim pravom, koje je određeno na osnovu primene kolizione norme države suda.

5. Funkcionalna kvalifikacija

S obzirom na to da Nacrt ZMPP definiše funkcionalnu kvalifikaciju kao kvalifikaciju koju će sprovesti sud, kada domaće pravo ne poznaje određeni institut iz stranog prava, reći ćemo da, kod ovog načina rešavanja kvalifikacije, sud treba prvo da ispita koju funkciju odnosno institut ima u stranom pravu, a zatim da izabere kolizionu normu za institut koji naše pravo poznaje, a koji je najbliži i najbliži stranom institutu⁴¹. Da li će funkcionalna kvalifikacija uvek dovesti do rezultata, kada se ne može primeniti kvalifikacija po *lex fori*, a kada se ne može naći sličan institut u našem pravu? Isto tako, može se dogoditi da postoji sličan institut u našem pravu, ali da se ne može primeniti ni jedna koliziona norma, tj. kada će biti potrebno odrediti okvirnu tačku vezivanja u okviru tog građanskopravnog odnosa. Jednostavnije rečeno, funkcionalna kvalifikacija neće uvek dovesti do rezultata, a u Nacrtu ZMPP ne postoji ni jedna druga odredba koja bi rešila ovakve situacije, ako se već ne može primeniti kvalifikacija po *lex fori*.

⁴⁰ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, 108.

⁴¹ D. Kitić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2016., 130.

U vezi sa pojmom funkcionalne kvalifikacije, pomenućemo jedan stav koji definiše drugačiji redosled kod primene kvalifikacije, u slučaju kada domaće pravo ne poznaje strani pojam ili institut i kada se ne može primeniti kvalifikacija po *lex fori*. Radi se o kvalifikaciji svrstavanja i kvalifikaciji analize. Naime, odredba o kvalifikaciji u mađarskoj Uredbi sa zakonskom snagom o Međunarodnom privatnom pravu⁴², koja se primenjivala do 2017. godine, bila je široko prihvaćena kao rešenje koje treba prihvatiti, a koje, naizgled, jasno razdvaja kvalifikaciju po *lex fori* od kvalifikacije po *lex causae*. U vezi sa tim, teško se moglo naći objašnjenje zbog čega bi trebalo prihvatiti odredbu mađarske Uredbe, naročito drugi stav te odredbe⁴³ koji se odnosi, upravo, na slučajeve kada mađarsko pravo ne poznaje određeni institut stranog prava. U cilju rešenja primene te odredbe, neki autori razlikuju napred navedene kvalifikacije svrstavanja i kvalifikacije analize. Kvalifikacija svrstavanja se odnosi na tumačenje koliziona norme po *lex causae*, budući da je određeni pravni pojam nepoznat u domaćem pravnom poretku i ne može da bude definisan po tom pravu. Tada sudija mora da utvrdi sve posebnosti tog pojma. Nakon toga primenjuje se kvalifikacija po *lex fori* koja je sastavni deo druge faze tumačenja te norme. Nakon toga će se pravni pojam koji „dolazi“ iz stranog pravnog poretka upoređivati sa sličnim ili istim pojmovima u domaćem pravu. Najzad, posle toga će se primeniti koliziona norma domaće zemlje. Ukoliko ne pronađemo sličan ili isti pravni pojam u domaćem pravu, tada bi nastala pravna praznina, odnosno ceo slučaj bi morao tako da se tretira, kada bi se primenila odgovarajuća norma Zakona.⁴⁴ Opisana kvalifikacija bi došla u obzir jedino kada bi znali da li jedan pravni pojam stranog prava predstavlja karakterističnu činjenicu u građanskopravnom odnosu i da li bi od analize te činjenice trebalo da pođemo kod definisanja primene određene koliziona norme. Ovo se može primeniti jedino u slučaju kvalifikacije tačke vezivanja, kod koje je moguće primeniti princip *lex causae*. Inače, pojedini autori prihvataju mišljenje da je kvalifikacija koliziona norme, u stvari, posebna vrsta sukoba zakona. Kad to kažemo, mislimo da, osim opšteg, postoji i „latentni sukob zakona“ koji se odnosi na drugačije tumačenje i definisanje pojedinih pravnih pojmova i instituta u različitim pravnim sistemima.⁴⁵ U nekim situacijama

⁴² M. Živković, „Opšte ustanove Međunarodnog privatnog prava i Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – pogled dvadeset godina kasnije i de lege ferenda“, *Zbornik radova „Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu“* (ur. Mirko Živković), Niš 2004., 20.

⁴³ Čl. 3, st. 2 Uredbe sa zakonskom snagom o Međunarodnom privatnom pravu Mađarske.

⁴⁴ M. Živković, 21.

⁴⁵ E. Muminović, *Osnovi Međunarodnog privatnog prava*, Sarajevo 1997., 57.

se, naime, može dogoditi da se ne može primeniti koliziorna norma, upravo zbog tačke vezivanja, obzirom da je i ta činjenica podložna različitim tumačenjima, kao što smo rekli⁴⁶.

* * *

U vezi funkcionalne kvalifikacije, kao jednog od rešenja u Nacrtu ZMPP, moramo imati u vidu da, sa jedne strane imamo imperativ određivanja merodavnog prava, koje će se primeniti na jedan građanskopravni odnos sa elementom inostranosti, a sa druge strane imamo imperativ poštovanja drugih pravila Međunarodnog privatnog prava koja se, pre svega, odnose na konksitet tog odnosa i merodavnog prava. Činjenica je da sud treba da odredi merodavno pravo, tj., da primeni kolizionu normu, ali da li će to pravo uvek moći da reguliše na pravilan način, odnosno, da li će, uopšte, moći da se primeni na taj odnos, pitanje je, koje se, uvek, postavlja i kod primene kvalifikacije po *lex fori*, kao što će se postavljati i kod funkcionalne kvalifikacije. Sličnost instituta ne daje za pravo sudu da primeni ono pravo koje strani sud, rešavajući isto pitanje, ne bi primenio. Isto tako, sličnost instituta ne daje garancije da će ta sličnost obuhvatiti i određene specifičnosti kod oba instituta, i u državi u kojoj se primenjuje koliziorna norma, kao i u državi odakle „dolazi” taj institut. Po našem mišljenju, kao i po mišljenu drugih autora, domaći sudija treba strani institut da kvalifikuje onako kako bi to učinio i strani sudija. Time se sprečava primena stranog prava koja bi bila protivna prirodi i duhu tog prava⁴⁷. Time se, međutim, ne postavlja samo pitanje kvalifikacije stranog instituta nepoznatog u našem pravu, odnosno, pravne kategorije, već i same tačke vezivanja, kada je pogodnija primena kvalifikacije po *lex causae*, imajući u vidu da kod ove kvalifikacije već znamo koju ćemo kolizionu normu primeniti.

6. Kvalifikacija i drugi instituti Međunarodnog privatnog prava

U mnogim slučajevima, tek nakon kvalifikacije, znamo koje će se pravo primeniti na jedan građanskopravni odnos sa elementom inostranosti. Tada se, međutim, mogu postaviti druga pitanja vezana za primenu

⁴⁶ *Ibid.*, 59-60.

⁴⁷ M. Wolff, *Internationales Privatrecht Deutschlands*, Springer, Berlin-Heidelberg 1954, 54; K. Sajko, *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb 2005., 176.

opštih pravila Međunarodnog privatnog prava, koja regulišu uzvraćanje i upućivanje, kao i javni poredak, a koja treba razlikovati od kvalifikacije.

6.1. Kvalifikacija i institut uzvraćanja i upućivanja (*renvoi*)

Jedno od pitanja koje se postavlja kod kvalifikacije jeste odnos ovog instituta i *renvoi*. Radi se o kolizionopravnoj tehnici, tj. pitanju da li kvalifikacija ima sličnosti sa uzvraćanjem i upućivanjem. Inače, kvalifikacija nema samo uticaj na *renvoi*, već i na druge institute Međunarodnog privatnog prava, iako sama odredba člana 9 ZRSZ to ne pokazuje⁴⁸. Kad govorimo o *renvoi*, moramo imati na umu, da je osnovno pravilo kod primene kolizione norme, uzimanje u obzir stava tog pravnog sistema o *renvoi*. Domaći sudija je dužan da se uvek kada se primenjuje koliziona norma i kada je određeno strano merodavno pravo, pridržava pojmova i smisla tog stranog prava⁴⁹. Moramo razdvojiti ustanovu *renvoi* od kvalifikacije. Kod *renvoi* moramo odgovoriti na pitanje kako ćemo shvatiti strano pravo koje je određeno po domaćoj kolizionoj normi, a kod kvalifikacije odgovaramo na pitanje da li će se i na koji način primeniti strano pravo, kao i da li su pojmovi iz stranog prava poznati i u domaćoj državi. Mora se postaviti i pitanje kakav će uticaj sve to imati na primenu domaće kolizione norme. Navedeno smo morali da istaknemo, zbog sadržine člana 9 ZRSZ. Sigurno je da se kvalifikacija može primeniti i nakon primene *renvoi*, ako je ona uopšte primenljiva, odnosno moguća u datom slučaju.

6.2. Kvalifikacija i javni poredak

Kvalifikaciju možemo razlikovati i u odnosu na javni poredak. Javni poredak je, naime, kao institut predviđen u našem pravu i u okviru primene merodavnog prava, kao i kod definisanja pretpostavki za priznanje i izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka. U smislu upoređivanja sa kvalifikacijom, interesovaće nas primena javnog poretka u oblasti određivanja merodavnog prava. Kvalifikacija kolizione norme, bez obzira da li se odnosi na pravnu kategoriju ili tačku vezivanja, može dovesti

⁴⁸ A. Jakšić, "Član 9. ZMPP-a i osnovni pojmovi Međunarodnog privatnog prava", *Zbornik radova "Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu"* (ur. Mirko Živković), Niš 2004., 57.

⁴⁹ *Ibid.*, 63.

do primene jednog ili drugog prava. Ističemo, ako je jedan pravni pojam nepoznat u našem pravu, nikako ne smemo reći da je on i suprotan javnom poretku. Ukoliko se, ipak, radi o takvo pojmu, onda bi trebalo doneti odluku o odbijanju primene stranog prava⁵⁰. Znači, zadatak kvalifikacije je da pravilno odredi mesto jednog pravnog instituta ili činjenice u odnosu na sistem kolizionih normi i, najzad, određivanja merodavnog prava. Sa druge strane, ono što je loše, naročito u oblasti Međunarodnog privatnog prava, javni poredak se i u našoj zemlji, ali i u većini drugih zemalja, definiše na opšti način, što znači da se, kod svake primene stranog merodavnog prava, odlučuje o poštovanju javnog poretka⁵¹. Kod kvalifikacije ne možemo postaviti pitanje javnog poretka, sve dok se ne odredi merodavno pravo.

7. Zaključak

Činjenica je da ni u ZSRZ, kao ni u Nacrtu ZMPP nije, na odgovarajući način, definisana kvalifikacija. Isto to možemo da kažemo i za većinu stranih zakonodavstava. Sigurno je da je najlakše definisati kolizionu normu i njene elemente po *lex fori*, ali to rešenje ne mora uvek dovesti do određivanja merodavnog prava. Uzimajući u obzir sve što je prethodno rečeno, usudićemo se da definišemo odredbu koja bi uzela u obzir sve elemente koje kvalifikacija treba da sadrži, odnosno, koja bi dovodila do pravilnog rešenja⁵². Ta odredba bi glasila:

„Ukoliko postoji spor vezan za tumačenje pravnog pojma ili instituta kod rešavanja građanskopravnog odnosa, tada se to tumačenje i kvalifikacija koliziona norme vrši po pravilima i pojmovima domaće prava.

U slučaju da, nakon tumačenja i kvalifikacije po pravu domaće države, koliziona norma određuje da je merodavno strano pravo, tada tumačenje i kvalifikaciju odnosnog pojma ili instituta iz stava 1. ovog člana, treba tumačiti i kvalifikovati po odredbama tog prava”.

Vrlo često je potrebno dodatno tumačenje većine ili pojedinih odredaba budući da većina zemalja ne reguliše kvalifikaciju na direktan način. Time se daje veći prostor sudu za tumačenje te odredbe, što može dovesti i do pogrešnog određivanja merodavnog prava, imajući u vidu dejstvo

⁵⁰ J.G. Collier, *Conflict of Laws*, Cambridge 2001., 361.

⁵¹ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, 141.

⁵² Nećemo reći ni pravičnog, ni pravednog, jer je cilj kvalifikacije primena merodavnog prava koja je u vezi sa datim građanskopravnim odnosom.

odluke koja se donosi na osnovu tog prava. Svrha stepenaste kvalifikacije, koja je prethodno definisana, odnosno kvalifikacije i po *lex fori* i po *lex causae* ne odnosi se, samo, na definisanje pojma nepoznatog u domaćem pravu, već i na pravilnu primenu odgovarajuće kolizivne norme na građanskopravni odnos.

Moramo da zaključimo, na kraju, da je kvalifikaciju kolizivne norme potrebno definisati na jedinstven način. Različito tumačenje bi dovelo do nerešivih situacija budući da sama tačka vezivanja proizlazi iz pravne kategorije, odnosno, građanskopravnog odnosa. I pravna kategorija i tačka vezivanja moraju da se tumače po istom pravu, bez obzira na to da li se radi o domaćem ili stranom i bez obzira na to u kojoj zemlji se odlučuje o tome⁵³. Isti način rešavanja kvalifikacije bi morao da se primeni i na pravnu kategoriju i na tačku vezivanja. Međutim, moramo reći da je kvalifikacija pravne kategorije bitnija, jer od nje zavisi primena kolizivne norme. I od te činjenice mora da pođe zakonodavac u regulisanju ove materije. U tome će mu pomoći definisanje kvalifikacije po *lex fori*, pomoću koje će se dobiti odgovor na pitanje gde će nas odvesti kolizivna norma. Zbog svega navedenog, potrebno je definisati stepenastu kvalifikaciju na jasan i nedvosmislen način. Rešavanje kvalifikacije samo po stranom pravu neće dati rezultat.

Literatura

- Ancel B., „L’objet de la qualification“, *Journal du droit international*, 1980; 2:227
- Collier J.G., *Conflict of Laws*, Cambridge 2001.
- Dolle H., *Internationales Privatrecht*, Karlsruhe 1968.
- Golaczynski J., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2008.
- Jakšić A., „Član 9. ZMPP-a i osnovni pojmovi Međunarodnog privatnog prava“, *Zbornik radova “Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu”* (ur. Mirko Živković), Niš 2004.
- Jezdić M., „Strani element i obim MPP“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3-4/1959, 274-289.
- Jezdić M., *Kvalifikacija u Međunarodnom privatnom pravu* (postdipl. studije), Beograd 1979.
- Kegel G., *Internationales Privatrecht*, München-Berlin 1964.
- Kitić D., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2016.

⁵³ *Lex causae* je merodavno pravo, bez obzira da li je u pitanju strano ili domaće.

- Muminović E., *Osnovi Međunarodnog privatnog prava*, Sarajevo 1997.
- Pak M., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 1991.
- Pazdan M., *Prawo prywatne miedzynarodowe*, Warszawa 2009.
- Sajko K., *Međunarodno privatno pravo opći dio*, Zagreb 1981.
- Sajko K., *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb 2005.
- Stanivuković M., Živković M., *Međunarodno privatno pravo opšti deo*, Beograd 2004.
- Stanivuković M., *Praktikum za Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2004.
- Varadi T., *Međunarodne i unutrašnje kolizione norme*, Beograd 1975.
- Varadi T., Bordaš B., Knežević G., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2001.
- Wolff M., *Internationales Privatrecht Deutschlands*, Springer, Berlin-Heidelberg 1954.
- Živković M., *Međunarodno privatno pravo: nacionalne kodifikacije*, prva knjiga, Beograd 1996.
- Živković M., “Opšte ustanove Međunarodnog privatnog prava i Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – pogled dvadeset godina kasnije i de lege ferenda”, *Zbornik radova “Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu”* (ur. Mirko Živković), Niš 2004.

Internet izvori

- Vazquez C.M., Introduction to symposium on the third Restatement of Conflict of Laws, https://www.asil.org/sites/default/files/Intro_Re-statement%20of%20Conflicts.pdf
- Raffai K., „The New Hungarian Private International Law Act – a Wind of Change“, *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies*, Vol. 6, 1/2017, <http://www.acta.sapientia.ro/acta-legal/C6-1/legal61-08.pdf>.
- Szabados T., New Hungarian private International Law Act, <http://conflictoflaws.net/2017/new-hungarian-private-international-law-act/>

Pravni izvori

- Bulgarian Private International Law Code (Zakon o međunarodnom privatnom pravu Bugarske), <http://www.ifrc.org/Docs/idrl/868EN.pdf>.
- Civil Code of Quebec (Građanski zakonik Kvebeka), <http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>.
- Nacrt Zakona o Međunarodnom privatnom pravu, konačna verzija, sajt Mini-

starstva pravde Republike Srbije, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of July 11 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *Official Journal of the European Communities* L 199, 31.7.2007., p. 40-49.

Reform of the Italian System of Private International Law (Zakon o reformi italijanskog sistema međunarodnog privatnog prava), 31 May 1995, No 218, https://www.lumsa.it/sites/default/files/UTENTI/u830/Italy%20_%20Encyclopedia%20of%20Private%20International%20Law.pdf.

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82, 72/82, *Službeni list SRJ*, br. 46/96.

2017. évi XXVIII. törvénya nemzetközi magánjogról (Zakon o međunarodnom privatnom pravu Mađarske), <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A1700028.TV×hift=ffffff4&txrefrer=00000001.TXT>.

Prof. Vladimir Čolović, Ph.D

Principal Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

QUALIFICATION OF COLLISION RULE

Summary

The qualification in Private International Law is the specific interpretation of the collision rule and from this depends the definition of the applicable law. The Serbian Act on resolving conflicts of laws with the regulations of other countries defines the qualification on the way who requests the additional explanation. The acceptable attitude is that the abovementioned rule of that Act defines the gradual qualification. That qualification is the combination of the qualification by the *lex fori* and by the *lex causae*. Some comparative legislations regulate this problem better than the abovementioned Act in our country and defines the qualification by *lex fori* or gradual qualification. In consideration of the impossibility of the definition the qualification by the autonomous notions

or some other qualification, we must accept the gradual qualification. The Draft of the new Act on Private International Law defines qualification by *lex fori* and functional qualification, if the first one cannot be applied. The paper criticizes the functional qualification and suggests that, in a clearer and unambiguous way, defines a gradual qualification.

Keywords: qualification, collision rule, *lex fori*, *lex causae*, gradual qualification, functional qualification.

**PRAVNI PROBLEMI DEFINISANJA POLJA PRAVNE ZAŠTITE
NONDUM CONCEPTUS-a***Apstrakt*

Zaštita nerođenog života, kako onog nastalog in vivo, prirodnim začećem, tako i onog nastalog in vitro, posredstvom metode vantelesne oplodnje, odavno je predmet interesovanja u oblasti pravne nauke i prakse. Usled ubrzanog razvoja biomedicinske tehnologije sve više upoznajemo faktore rizika koji mogu prouzrokovati fizičke i psihološke posledice po dete kao što su na primer ozbiljna genetska oboljenja ili zarazne bolesti koje majka, preko svoga krvotoka, prenese na dete već u trenutku začeća. Pošto se ovi vidovi rizika mogu sprečiti samo pre začeća deteta, jedini način da se spreče eventualna oštećenja jeste da se interesi deteta uzmu u obzir pre njegovog začeća. Zato je cilj ovog rada utvrditi kakav status ima još nezačeti čovek, nondum conceptus. Iako on egzistira kao jedna od tri pravno prepoznate faze u vezi sa nastankom čovekove pravne sposobnosti, brojne su dileme u vezi toga šta zapravo on predstavlja, koje su njegove karakteristike i kako on funkcioniše u pravu. Autorka zaključuje da je status nondum conceptus-a potrebno analizirati mimo postavljenih granica tradicionalnog shvatanja pravne sposobnosti fizičkih lica te da je potrebno definisati nove koncepte i konstrukte za subjekte kao što je još nezačeti čovek.

Ključne reči: pravna sposobnost, nasciturus, nondum conceptus, pravo na život, ljudsko dostojanstvo.

1. Uvodne napomene

Postoji više različitih shvatanja o tome koji je trenutak u razvoju embriona presudan i validan da se baš od njega krene štititi život. Član

* Docentkinja na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, e-mail: jelena.simic@pravnofakultet.rs

24. Ustava Republike Srbije naslovljen je sa „Pravo na život“, a u prvom stavu ovog člana stoji da je „ljudski život neprikosnoven“. ¹ Ustav, dakle garantuje pravnu zaštitu ljudskog života, ali on ne kaže od kada se može smatrati da ljudski život postoji. O tome postoje razna shvatanja. ² Prema tradicionalnom shvatanju „ljudsko biće“ postoji tek onda kad se formiraju određeni delovi tela i kad je embrionu „udahnuta duša.“ ³ Prema drugoj teoriji, obzirom da je jedan od glavnih kriterijuma za utvrđivanje smrti prestanak moždanih funkcija, pa se život čoveka uglavnom i izjednačava sa životom njegovog mozga, smatra se da bi taj isti kriterijum mogao poslužiti i za definisanje početka života. Početak života bi predstavljao onaj period kada započinju moždane funkcije. ⁴ Moždane aktivnosti se objektivno mogu dokazati 40 dana nakon začeća, pa se tako i za početak života može uzeti 40. dan od začeća. ⁵ Ukoliko prihvatimo ovakvo definisanje početka života, moramo prihvatiti i mogućnost da u slučaju stvaranja još naprednijih tehnologija u medicini, postoji mogućnost novog pomeranja granice početka života. Na taj način dolazimo i do zaključka da što naprednija tehnologija, to ranije započinje i život. Pojedini teoretičari smatraju da makar i samo začeće, oplodnja, bila na ispravnom putu razvoja, još ne može biti govora o pojedinu ni u kom smislu. ⁶ Pravi ljudski život čoveka pojedinca može se prema tom shvatanju utvrditi tek nakon nidacije (usađivanja oplodnenog jajašca u maternicu), tj. dve nedelje nakon oplodnje. ⁷ Razlozi za takvu tvrdnju višestruki su i medicinske su prirode. Na prvom mestu tu su *rani spontani pobačaji*, kojih majka često uopšte nije svesna, događaju se u toku prve dve nedelje pre nidacije. Velik procent gubitaka već oplodnenih jajašca prema jednim 30%, prema drugima čak do 50% — upućuje na zaključak da u tom vremenskom periodu ne bi moglo biti govora o pravom ljudskom životu. ⁸ Zatim, mogućnost *identičnih blizanaca*, tj. mogućnost deobe jednoga oplodnenog jajašca u dva nova

¹ Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

² V. V. Vodinelić, „Moderni okvir prava na život“, *Pravni život* 9/1995, 13 i dalje.

³ L. Bockemuhl, *Schutz und Recht des Ungeborenen im deutschen und angloamerikanischen Recht*, Aachen 1995, 11.

⁴ I. Kostović, M. Judaš, „Neurobiološki temelji funkcije mozga tokom prenatalnog razvitka čoveka“, u: *Etika i pravo u humanoj reprodukciji* (ur. A. Kurjak, Z. Šeparović), Zagreb 1990., 29-30. Vidi detaljno o tome u: J. Simić, *Pravna zaštita nasciturus-a i nondum conceptus-a*, magistrski rad, Pravni fakultet Univerzitet Union u Beogradu, Beograd 2009, 11-16.

⁵ *Ibid.*

⁶ J. Harris, *The Value of Life*, Routledge, London 1985, 11-12.

⁷ Za tok razvoja oplodnje vidi: A. Novakov Mikić, „Razvoj bebe po nedeljama“, u: *Opstercija* (red. D.S. Dinulović), Beograd 1996, 121.

⁸ V. Pozaić, „Rasprava o početku ljudskog života“, *Obnovljeni život*, vol. 42, 1/1987, 47-60.

života, takođe dovodi u pitanje vremenski početak pojedinačnog života. Takva je deoba moguća u prve dve nedelje nakon oplodnje, ali ne više nakon nidacije. Zaključak bi bio da početak pojedinačnog, uistinu ljudskog života, čoveka, možemo naći tek nakon nidacije.⁹ Uz spomenute teškoće, može se navesti i činjenica da se oplođeno jajašce u trenutku oplodnje ne nalazi u maternici, nego u jajovodu, da je još *slobodno telo*, nevezano uz majku, te da majka još nije *majka*. Tek nakon prihvatanja embriona u maternicu, tj. nakon nidacije, „žena postaje majka u punom smislu“.¹⁰ Iz toga može slediti zaključak da ni novozačeti život nije u punom smislu ljudski život pre nego je *vezan* uz majčino telo, pre nidacije.

Međutim, ljudski život je neprekidan proces, pa prema tome tačan trenutak u kom je osoba u potpunosti formirana ne može se definisati u čisto naučnim okvirima. Pravo se za razliku od medicine može zadovoljiti većim brojem odgovora na isto pitanje, pa tako i danas ne postoji u pravu jedinstven stav o tome kada počinje život, već ta definicija spada u polje slobodne procene svake države (tzv. *margin of appreciation*).¹¹ Međutim, danas ipak prevlađuje stanovište po kome ljudski život započinje oplodnjem: „Oplodnjem je dato sve što spada u čovečije biće: bitnost, oblik, različitost od majke, telesna i duhova građa (njihova vrsta i jačina) temperament i karakter, identitet sa samim sobom i sudbina.“¹² U trenutku stapanja jajne i semene ćelije nastaje dakle novo biće koje odmah započinje da raste i samim tim da živi. To prirodno stanje stvari ne dopušta da se biće pre rođenja deli na bitno različite faze, kao što je bio slučaj u kanonskom ili opštem pravu.¹³ Sve ovo ukazuje da se pravi razlika između čovekovog života i čoveka: čovekov život postoji i pre čoveka, tj. čovek nastaje kasnije nego čovekov život.¹⁴ Čovek se dakle postaje već sa oplodnjem, svejedno da li je do oplodnje došlo *in utero* (u utrobi majke) ili *in vitro* (u veštačkoj sredini), jer je već tad, začecem, određena genetska šifra ljudskog života, koja je različita od genetske šifre

⁹ *Ibid.*, 51.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Sud ostavlja diskreciono pravo svakoj državi članici da reguliše pitanje abortusa sve dok je u zakonodavstvu uspostavljen pravičan balans između potrebe da se obezbedi zaštita fetusa i interesi žena. Iz presude ECHR: *Boso v. Italy*, App. No. 50490/99, 05.09.2002.

¹² H. Naujoks H, E.Wolf, *Anfang und Ende der Rechtsffahigkeit des Menschen*, Klosterman, Frankfurt a.m 1955, 144.

¹³ D. Weber, *Arzthafipflicht für Nachkommenschaftsschaden*, Berlin 1988, 10.

¹⁴ H. Merz, „Anfang und Ende der Persönlichkeit“, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 6/1957, 325 i dalje. U: V. V. Vodinelić, *Građansko pravo - Uvod u građansko pravo i Opšti dio građanskog prava*, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Union i Službeni glasnik, Beograd 2014, 344.

svih drugih živih bića.¹⁵ Tako je na primer *nasciturus* od samog početka živo biće, sa vlastitim zdravljem, povredljivošću, on nije sasvim ni otac ni majka već, potpuno on, sam.¹⁶ Čovek ne postaje čovek, nego je čovek upravo u svakoj fazi svoga razvoja.¹⁷

Pravo danas prepoznaje tri faze u vezi sa nastankom čovekove pravne sposobnosti: rođeni čovek, začeti a još nerođeni čovek (*nasciturus*), i još nezačeti čovek (*nondum conceptus*). Međutim, upravo ova treća faza u nastanku čovekove pravne sposobnosti izaziva najviše kontroverzi što naročito dolazi do izražaja u oblasti medicinskog prava i bioetike. Napretkom asistirane reproduktivne tehnologije koncept još nezačetog deteta (*nondum conceptus-a*), sve se više pominje u kontekstu zaštite interesa eventualnog budućeg deteta. Tačnije rečeno, zarad zaštite interesa budućeg deteta (deteta koje se tek ima roditi) propisi u oblasti reproduktivnog zdravlja ne retko preporučuju sprečavanje oplodnje. Upravo zato važno je utvrditi koje je polje pravne zaštite *nondum conceptus-a* koje se mora štiti i razjasniti mogu li postojeći pravni instrumenti kojima se štite odgovarajuća prava rođenih ljudi, važiti i štiti i još nezačetog. No, da razjasnimo prvo osnovne pojmove.

2. Pojam *nasciturus-a* i *nondum conceptus-a*

2.1. *Nasciturus*

Reč *nasciturus* uzeta je iz latinskog jezika i označava onoga, onu, koji(a) se tek ima roditi, dete koje je još u utrobi majke.¹⁸ Od trenutka začeća pa do rođenja dete u utrobi majke prolazi kroz razne faze, a svaka od tih faza, u medicini, povlači i drukčiji naziv začelog deteta: embrion, fetus i dr. *Nasciturus* bi dakle prema utvrđenom stavu bio opšti naziv za dete u utrobi majke, od trenutka začeća pa sve do rođenja. Što se pravnog položaja *nasciturus-a* tiče on se dosta različito shvata, ne samo u raznim državama već i u pogledu istih propisa.¹⁹ Njegova imovinskoppravna sposobnost je redovno uređena, ali različito, i u pogledu obima i u pogledu modaliteta,²⁰ dok o ličnopravnoj sposobnosti *nasciturus-a* gotovo da

¹⁵ V. V. Vodinić (2014), 344.

¹⁶ F. Buchner, *Der Mensch in der Sicht moderner Medizin*, Freiburg-Basel-Wien 1985, 66.

¹⁷ P. Petersen, *Schwangerschaftsabbruch – unser Bewusstsein vom Tod im Leben*, Stuttgart 1986, 128.

¹⁸ M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd 1961, 607.

¹⁹ V. V. Vodinić (2014), 344.

²⁰ *Ibid.*, 350.

nema nikakvih odredbi.²¹ Međutim, njegova zaštita pomoću imovinskih sankcija moguća je u izvesnoj meri, na području celog građanskog prava a u građanskim zakonicima i u nekim drugim propisima o tome postoje i odgovarajuće norme. Pravno načelo poznato još od rimskog prava *Nasciturus pro iam nato*, tj. da začeto (u vreme smrti ostavioca) treba smatrati već rođenim, važi danas i u našem pravu.²²

2.2. *Nondum conceptus*

Nondum conceptus je još nezačeto ili potencijalno, buduće dete, preembrion, nešto neizvesno, mogućnost koja se može realizovati. Šta je to tačno razjasnićemo uz pomoć medicine. Medicinskim rečnikom opisano, postupak oplodnje i stvaranje *in utero* embriona, predstavlja se ovako: Spermatozoid, je živa ćelija i dokaz njegovog života je njegova pokretljivost. Spermatozoid je sposoban da proдре u žensku jajnu ćeliju, menja se pod uticajem ženskih reproduktivnih organa i stiče dodatne karakteristike koje omogućavaju lakšu oplodnju.²³ Kada dođe do oplodnje jajne ćelije (fertilizacije u tubi - jajovodu), jajna ćelija nastavlja svoj put ka materici, gde će se ugnezđiti u njenoj unutrašnjosti (nidacija). Tokom puta kroz jajovod, jajna ćelija počinje da se deli i kada stigne do materice, već ima oko 100 ćelija a unutrašnjost joj je ispunjena tečnošću i zove se *blastocista*.²⁴ *Blastocista* ima dva sloja ćelija - unutrašnji i spoljašnji. Od spoljašnjeg će postati posteljica, a od unutrašnjeg beba.²⁵ Možemo reći da bi *nondum conceptus* predstavljao period od trenutka kada spermatozoid proдре u žensku jajnu ćeliju pa sve do oplodnje ili nidacije, u zavisnosti od toga koje gledište prihvatamo kao trenutak nastanka začeca.

Za razliku od *nasciturus-a* (začetog a nerođenog), uzima se da nezačeti ili potencijalni ljudski život nema svoju individualnost. O njegovoj pravnoj sposobnosti pogotovo ne može biti govora, jer ono što još nije ništa ne može biti „neko“. Zato pojedini pravni pisci smatraju da ne može biti govora o ličnopravnoj sposobnosti *nondum conceptus-a*, pošto nema

²¹ *Ibid.*

²² Zakon o nasleđivanju RS, Službeni glasnik RS, br. 46/95 i 101/2003 – odluka USRS, čl. 3, st. 2: „Naslediti može i dete već začeto u trenutku ostaviočeve smrti ako se rodi živo“.

²³ Više o tome u: A. Kurjak, *Očekujući novorođenče*, Zagreb 1987, 34. i A. Kurjak, Z. Šeparović, *Etika i pravo u humanoј reprodukciji*, Grafocentar, Zagreb 1990, 27-29.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

nikakvih ličnih prava.²⁶ To je slučaj i sa stanovišta krivičnog prava. Međutim, građansko pravo je elastičnije jer pokazuje i izvesnu brigu za *nondum conceptus*. Pravni poredak može i za nezačetog da rezerviše određena imovinska prava i obaveze ako smatra da je opravdano da podrži interes drugih lica da i još nezačetom (redovno njihovom eventualnom potomku) namene određena prava, i da su ti interesi pretežni u odnosu na interes onih lica koja bi po osnovu nasleđivanja ili po drugom osnovu stekli prava ako bi bilo nemoguće da se prava rezervišu za *nondum conceptus*.²⁷

U to nas uverava ne samo sudska praksa nego i pravna teorija, pa i neki građanski zakonici.²⁸ Uzimamo kao primer nemački Građanski zakonik (BGB), koji je utvrdio pojedinačna pravila koja osiguravaju prava „nezačetih lica“, a koja nastaju u slučaju njihovog kasnijeg živog rođenja. Te odredbe nalaze se u odeljku o naslednom pravu i odnose se na određivanje naslednika putem testamenta. Tako u §2101 već u naslovu stoji izraz „još nezačeti“ i u njemu se kaže da: „Ako je za naslednika određeno lice koje u trenutku smrti ostavioca još nije začeto, tada u sumnji treba smatrati da je ono određeno kao naslednikov naslednik – panaslednik“.²⁹ Ovaj pojam definisan je u §2100 u kome se kaže: „Ostavilac može nekog odrediti za naslednika tako da on postane naslednik tek pošto je naslednik postao neko drugi (drugi naslednik ili panaslednik)“.³⁰ Pored ovih odredaba iz naslednog prava, nemački pravници dopuštaju mogućnost da korisnik ugovora u korist trećeg bude *nondum conceptus* (§331, stav 2 BGB). Osim navedenih izričitih pravila BGB, nemački pravници tvrde da se pravna zaštita *nondum conceptus-a*, analognom primenom postojećih pravila proteže i na ostale situacije. Pa tako Šmit (Schmitt) navodi da u krajnjoj liniji *nondum conceptus-u* pripada ograničena pravna sposobnost, ali je njegov položaj svakako slabiji od položaja koji ima *nasciturus*.³¹

Međutim, u praksi, a posebno u okviru medicinskog prava, iskrasao je niz pitanja povodom kojih je potrebno bliže razmotriti status *nondum conceptus-a*.

²⁶ V. V. Vodinelic (2014), 346 i 350.

²⁷ *Ibid.*, 355.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ J. Schmitt u: *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil*, München 2001¹⁴, 116.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

3. Sposobnost imati pravom zaštićene interese

Kao posledicu razvoja tehnologije rađanja, dobili smo veću kontrolu nad samim rađanjem. Asistirane reproduktivne tehnologije (ART) i kontracepcija, omogućavaju da se utiče na to ko će rađati, koje dete će doći na svet i pod kojim okolnostima. Očito da je kontrola rađanja i začecje novog života veoma osetljiva stvar i da je razvoj reproduktivne tehnologije doveo do brojnih moralno osetljivih pitanja. Na primer, u jednom slučaju Evropskog suda za ljudska prava (ECHR, dalje: Sud) pod nazivom *S.H. i drugi protiv Austrije (S.H. v. Austria)*,³² Sud je bio suočen sa pitanjem da li zabrana heterologne upotrebe tehnika oplodnje predstavlja povredu Člana 8 Konvencije?³³ Pravo na privatni život prema Članu 8 pokriva nekoliko aspekata autonomije rađanja: Sud je odlučio da ono obuhvata pravo na „poštovanje [...] odluke da se postane ili ne postane roditelj i pravo para „da koristi medicinski asistirane tehnike rađanja“ u svrhu začecja deteta.³⁴ Stav Suda je da bi zabrana heterologne upotrebe tehnika oplodnje predstavljala kršenje ovog prava. Suprotno ovome, austrijska vlada tvrdila je da je zabrana heterolognih tehnika opravdana zbog zaštite nekoliko interesa, kao što su interesi ženskih donora, ali i interesi *nondum conceptus-a* a imajući u vidu njegovo (genetsko) poreklo.

U praksi je dalje iskrslilo i pitanje da li *nondum conceptus* uživa i deliktpravnu zaštitu u vidu naknade štete zbog oštećenja zdravlja. Reč je o slučajevima u kojima je dete od trenutka svog začecja egzistiralo sa oštećenjem. To se posebno javlja kada roditelji pate od neke bolesti koju prenesu na dete u utrobi majke, kada su oplodne žlezde jednog od roditelja oštećene pa dođe do genetskih oštećenja deteta, ili kada majka, preko svoga krvotoka, prenese na dete već u trenutku začecja neku zaraznu bolest (npr. *lues* i AIDS). Nemački sudove na primer prave pri tom razliku između dve grupe slučajeva. Prvu grupu čine slučajevi kod kojih se oštećenje deteta zasniva na tome što je ono uopšte začeto, dok se u drugoj grupi šteta deteta temelji na okolnosti što je u embrionalnom stadijumu izostao dozvoljeni prekid trudnoće pobačajem.³⁵ Bjukenon i dr. su se pitali da li priznavanje prenatalne povrede i povrede nastale pre začecja postojećem detetu (kao u

³² *S.H. and others v. Austria*, App. No. 57813/00, 3.11.2011.

³³ *Evans v. the United Kingdom*, App. No. 6339/05, 10.04.2007, para. 71; Upor. *S.H. and others v. Austria*, para. 78; para. 65 i para. 67.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ G. Wagner u: *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III*, München 2004, 1553.

tužbi zbog neželjenog rođenja (*wrongful life*)), podrazumeva da mi imamo dužnosti prema nepostojećem subjektu (*nondum conceptus-u*) i da li taj nepostojeći subjekt ima interese ili prava.³⁶ Po njihovom mišljenju, tužba zbog neželjenog rođenja (i odgovarajuća pretpostavka da je detetu bolje da uopšte ne postoji) je zasnovana na povredi prava da dete ne bude rođeno u život koji nije vredan življenja. Pretpostavka ovog prava i njegova povreda sačinjavaju srž tužbe zbog neželjenog rođenja (*wrongful life*). Međutim, prema Bjukenenu i dr. to pravo nastaje sa rođenjem deteta (pa stoga i pravni subjekt postoji). Stvaranje prava i njegova povreda se odvijaju istovremeno, u trenutku rođenja deteta; zbog toga, nema potrebe da se interesi pripisuju detetu pre nego što se rodi: „Nije potrebno pripisivati bićima koja još uvek ne postoje prava koja neće nastati u nekom budućem vremenu sa životom koji nije vredan življenja. Ukoliko dete nikada ne dođe na svet, onda nikada nije ni bilo biće sa pravom koje bi bilo prekršeno da je ono došlo na svet u život koji nije vredan življenja.“³⁷ Po toj liniji rezonovanja, zaista nije neophodno pripisivati prava i interese *nondum conceptus-u* da bi se opravdala tužba zbog neželjenog rođenja. Međutim, ono što je bitno jeste da tužba zbog neželjenog rođenja funkcioniše retroaktivno; kada se dete rodi i pretrpi povredu zbog toga što je rođeno, odštetni zahtev u tužbi služi da pruži nadoknadu za tu povredu. Ono o čemu treba razmišljati su proaktivne mere. Pre nego što se dete rodi, povreda se sprečava tako što se sprečava postojanje deteta. Ukoliko nema interesa jer nema postojećeg subjekta, onda nema opravdanja za pravne mere. Drugim rečima, ako se opravdanje za sprečavanje postojanja zasniva na interesima nezačetog deteta, onda to podrazumeva da se interesi pripisuju nepostojećem subjektu, pre začeća. Zato i ostaje pitanje kako pravo može predstavljati nepostojeći subjekt kao predmet zaštite interesa? Zajedno, ovi primeri ukazuju na to da postoje primeri u kojima se pozivanje na najbolje interese deteta koje se tek ima roditi, koristi kao važno opravdanje za restriktivnu upotrebu tehnika rađanja i dostupnost tretmana medicinske oplodnje.³⁸

Zbog sve češćeg pozivanja na interese *nondum conceptus-a* u pravu, i predstavljanja *nondum conceptus-a* jedinstvenim, samostalnim,

³⁶ A. Buchanan, D.W. Brock, N. Daniels, D. Wikler, *From Chance to Choice*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 236.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ T.L. Haaf, “Future Persons and Legal Persons: The Problematic Representation of the Future Child in the Regulation of Reproduction”, *Laws*, Vol. 5, 1/2016, 3. Upor. L.T. Haaf, “Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of Two Subject-Oriented Approaches—The Subject of Rights and the Subject of Interests”, *German Law Journal*, Vol. 18, 5/2017, 1091-1120.

predmetom interesovanja, veoma je važno da se istraži mera u kojoj je pravo sposobno da predstavi ovaj jedinstveni subjekt, odnosno postavlja se pitanje da li *nondum conceptus* u pravu može biti predstavljen uz pomoć koncepta pravnog subjekta: fizičkog lica. Fizičko lice je učesnik u pravu i nosilac prava i obaveza. To je složen koncept, a ipak većina pravnih sistema nema „zakon o ličnosti“, tj. jedinstven set pravila o pravnoj sposobnosti, koja definišu fizičko lice. Umesto toga, kako tvrdi Nafin, pravo je nedosledno u svojoj definiciji fizičkog lica.³⁹ Različite oblasti prava imaju različita gledišta povodom pravne sposobnosti i pripisuju joj različite odlike. Ipak, mogu se izdvojiti neka glavna gledišta na koncept pravne sposobnosti, pa se postavlja pitanje da li se *nondum conceptus* uklapa u neki od njih.

4. *Nondum conceptus* između prirode i fizičkog lica

Iako postoji saglasnost oko toga da ljudsko biće ima specifične kvalitete koji ga izdvajaju od drugih subjekata, kao što su životinje ili drveće, što mu i pruža osnov za pravnu zaštitu, različiti su pogledi na to koja je to ključna karakteristika ljudskih bića. Kako Haf (Haff) navodi možemo reći da se kao tri najbitnije izdvajaju: biološke karakteristike, *racio* kao karakteristika i tzv. metafizičke karakteristike.⁴⁰ Ako uzmemo da su biološke karakteristike ključne, početak i kraj fizičkog lica orijentisani su u skladu sa biološkim granicama života. Fizičko lice se postaje kada je ljudsko biće rođeno, a prestaje kada ljudsko biće umre. To ukazuje da, osim izvesnih izuzetaka, fizičko lice postoji paralelno sa ljudskim bićem u fizičkoj stvarnosti. Ova biološka karakteristika, uslov da subjekt mora biti rođen da bi bio fizičko lice, očigledno dovodi do nemogućnosti posmatranja *nondum conceptus-a* kao fizičkog lica.

Kod tzv. racionalističkog pristupa sposobnost rasuđivanja je ključni element ljudskog bića. Fizičko lice je „misleći subjekt“ sposoban da formira i izrazi slobodnu volju, donosi samostalne odluke, te se stoga može smatrati odgovornim za sopstvene postupke.⁴¹ Međutim, ni iz racionalističke perspektive, *nondum conceptus* se ne može poimati kao fizičko lice. Pošto ne postoji, nije još ni začet, on ne može formirati i izraziti slobodnu volju;

³⁹ N. Naffine, *Law's Meaning of Life, Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Hart Publishing, Portland 2009, 176.

⁴⁰ T.L. Haaf (2016), 3.

⁴¹ *Ibid.*

stoga, ne uklapa se u perspektivu racionalnog fizičkog lica.⁴²

Kod tzv. metafizičkog pristupa ljudsko dostojanstvo je temelj ljudskog bića. Kako Haf (Haff) navodi, razlog zbog kog sva ljudska bića imaju pravo na osnovna ljudska prava jeste to što su, kao ljudska bića, obdareni ljudskim dostojanstvom, urođenom vrednošću koja počiva u stanju ljudskog postojanja.⁴³ Ili, prema rečima Kalo, dostojanstvo sa sobom nosi simboličnu, „antropološku tvrdnju o prirodi ljudskog identiteta i ličnosti“.⁴⁴ To urođeno dostojanstvo je izvor pravnog poštovanja i zaštite te bi zbog toga ljudsko dostojanstvo bilo urođena karakteristika fizičkog lica. Iako se o konceptu ljudskog dostojanstva mnogo raspravlja i njegovo značenje nije jasno i nedvosmisleno definisano, ovaj koncept je dobio na značaju u nekoliko oblasti prava. Na primer, koncept ljudskog dostojanstva predstavljen je u Članu 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima: „sva ljudska bića su rođena slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.“⁴⁵ Preambula Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima takođe navodi da je „...priznanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svetu.“⁴⁶ Ova pravna renesansa ljudskog dostojanstva je postala još primetnija zahvaljujući usponu (i pravnom regulisanju) ljudske biotehnologije.⁴⁷ Evropska konvencija o ljudskim pravima i biomedicini naglašava da ljudsko dostojanstvo mora da se sačuva i da zloupotreba biomedicine može da naruši to dostojanstvo.⁴⁸ Zbog toga su neki vidovi biomedicine još uvek zabranjeni, pošto narušavaju ljudsko dostojanstvo. Ilustrativni primeri obuhvataju kloniranje ljudi,⁴⁹ selekciju pola⁵⁰ i terapija klica lini-

⁴² A. Harel, “Theories of rights”, in: *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (ed. W. A. Edmundson, M. P. Golding), Blackwell, Cambridge 2005, 194.

⁴³ N. Naffine, 102.

⁴⁴ *Ibid.*, 103.

⁴⁵ Čl. 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, usvojena posebnom rezolucijom Generalne skupštine UN 10.12.1948., <http://www.bgcentar.org.rs/dokumenti/medunarodni-dokumenti/>, 12.06.2018.

⁴⁶ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, <http://www.bgcentar.org.rs/dokumenti/medunarodni-dokumenti/>, 12.05.2018.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, <https://rm.coe.int/168007f2ca>, 12.07.2018.

⁵⁰ Čl. 14 Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2012/11/images_files_Konvencija%20o%20ljudskim%20pravima%20i%20biomedicini.pdf, 12.07.2018.

jama.⁵¹ Kada je u pitanju *nondum conceptus*, moramo postaviti pitanje, ukoliko je dostojanstvo urođeno ljudskom biću, da li pojedinac poseduje ljudsko dostojanstvo tek kada se rodi, ili ga ima i u svim prethodnim fazama razvoja? Drugim rečima, da li se pravna sposobnost nezačetog može konstruisati na osnovu dostojanstva koje će subjekat (kada se rodi) posedovati? Nemački Ustav je tu poprilično jasan, život koji se razvija stoji pod zaštitom člana 1 st. 1 Ustava, koji jemči ljudsko dostojanstvo. Svuda gde egzistira ljudski život, pripada mu ljudsko dostojanstvo; nije odlučujuće pitanje da li je nosilac svestan ovog dostojanstva i da li ga zbog toga zna čuvati. Dovoljne su potencijalne osobine koje su od početka usađene u ljudsko postojanje kako bi se utemeljilo ljudsko dostojanstvo.⁵² Holandski Zakon o embrionima propisuje da ljudsko dostojanstvo mora biti poštovano i pre trenutka rođenja.⁵³ Neki vidovi biotehnologije, kao što su kloniranje ljudi i terapija klica linijama su zabranjeni jer bi predstavljali povredu ljudskog dostojanstva.⁵⁴ Međutim, u obrazloženju se ne precizira čije ljudsko dostojanstvo je u pitanju; da li je to dostojanstvo ljudske vrste uopšte ili ljudsko dostojanstvo osobe koja bi došla na svet zahvaljujući tim tehnikama. Ovakvim propisima zapravo se uvodi pretpostavka da je sprečavanje povrede detetovog ljudskog dostojanstva u njegovom najboljem interesu, što opet vodi ka zaključku da *nondum conceptus* neće ni proći sve faze razvoja i doći na svet, zato što je to u njegovom najboljem interesu, odnosno anticipacija dostojanstva rezultiraće nepostojećim subjektom. Stoga, i ovaj slučaj donosi ista pitanja, umesto da pruži rešenje, odnosno, za posledicu ima činjenicu da se pravo suočava sa problemom predstavljanja *nondum conceptus*-a. Pravu nedostaje koncept kojim će nezačeti biti adekvatno predstavljen jer koncept fizičkog lica za to, kao što smo videli, nije adekvatan.

5. Pravna sposobnost kao konstrukt

Pojedini teoretičari smatraju da se fizičko lice ne definiše kao odraz ljudskog bića iz svakodnevnog života, već kao pravni konstrukt koji

⁵¹ Čl. 13, Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini.

⁵² Odluka Saveznog ustavnog suda iz 1975., BVerfGE 39, 1. Odluka u celosti dostupna u: E. Šarčević (ur), *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog sud*, Fondacija Konrad Adenauer 2009, 160 i dalje.

⁵³ Netherlands Embryos Act, <http://www.ccmo.nl/attachments/files/embryos-act.pdf>, 12.06.2018.

⁵⁴ *Ibid.*, čl.24 i 25.

može biti bilo šta. Kelsen, jedan od najvažnijih zagovornika ovog pristupa, naglašava da ljudsko biće u svojoj celini, sa svim svojim fiziko-biološkim i mentalnim aspektima, nije relevantno u pravu; samo oni postupci koje pravo prepoznaje su bitni. Drugim rečima, biološke, racionalne ili metafizičke karakteristike koje ne prepoznaje pravo nisu relevantne za fizičko lice, te nemaju osnova za pravno poštovanje ili pravnu zaštitu. Umesto da odražava svakodnevni život, pravo „prevodi“ događaje iz stvarnosti na svoj jezik; stoga, ono poseduje sopstvenu percepciju fizičke stvarnosti ili „konstruiše“ sopstvenu, pravnu stvarnost.⁵⁵

Ovakav pristup može se prepoznati u nekim aspektima pravne sposobnosti. Kao što je ranije napomenuto, početak i kraj pravne sposobnosti se baziraju na biološkom rođenju i smrti ljudskog bića a ove granice nisu uvek apsolutne. Pravo se može „pretvarati“ da fizičko lice počinje ili se završava u ranijem trenutku primenom fikcije o *nasciturus-u* ili koncepta moždane smrti. Ti konstrukti (barem delimično) potvrđuju da pravo nije striktno vezano za stvarno ljudsko biće u svojoj reprezentaciji, već pravi sopstvenu konstrukciju onoga što ovaj subjekt predstavlja u pravu.⁵⁶ Ono što je bitno jeste da se, u ovom pristupu, pravna sposobnost ne pripisuje ljudskom biću zato što subjekt iz fizičke stvarnosti poseduje urođene karakteristike kao što su sposobnost rasuđivanja ili ljudsko dostojanstvo. Prema Losonu: „Sve što je potrebno za postojanje lica je da zakonodavac [...] odluči da ga tretira kao subjekt prava i drugih pravnih odnosa.“⁵⁷ Najčešći primeri ovoga su korporacije i Država. Ovi subjekti imaju pravnu sposobnost ne zato što su ispunili neke metafizičke uslove, već zato što im je zakon pripisuje. Pošto pripisivanje pravne sposobnosti ne zavisi od urođenih karakteristika, to podrazumeva da fizičko lice i nema specifične karakteristike.⁵⁸ Tur ističe da je ova koncepcija pravne sposobnosti „potpuno formalna“; fizičko lice je „prazan slot koji se može popuniti bilo čime što ima prava i dužnosti“.⁵⁹ To sve zavisi od toga šta pravo definiše kao fizičko lice: „Ukoliko pravna sposobnost predstavlja pravni kapacitet da se nose prava i dužnosti, onda je ona sama veštačka tvorevi-

⁵⁵ H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, prevod Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford 2004, 52-53.

⁵⁶ T.L. Haaf (2016), 9.

⁵⁷ H. Lawson, „The creative use of legal concepts“, *New York University Law Review*, Vol. 32, 1957, 909–925.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ R. Tur, „The ‘person’ in law“, in: *Persons and Personality: A Contemporary Inquiry* (ed. A. Peacocke, G. Gillett), Basil Blackwell, Oxford 1987, 116–129.

na prava, i bilo ko ili bilo šta može biti fizičko lice.⁶⁰ Pre šezdeset godina Hana Arent napisala je frazu koja je s vremenom postala jedna od njenih najcitiranijih i najčešće tumačenih misli: „pravo da se imaju prava“. Ova fraza je u sebi sadržala suštinu njenog skepticizma u vezi sa konceptom ljudskih prava – dakle prava koja u teoriji pripadaju svakoj osobi već samim njenim postojanjem. Ali šta je garancija ovih prava? Za to je, kako primećuje Arent, neophodno biti ne samo osoba već i građanka. „Pravo da se imaju prava ili pravo svake individue da pripada čovečanstvu moralo bi se garantovati od strane samog čovečanstva.“⁶¹

Deluje da ovakav pristup pravnoj sposobnosti nudi mogućnosti da se *nondum conceptus* poima kao fizičko lice. U tom slučaju, fizičko lice nije vezano za subjekt fizičkog sveta i nema urođene karakteristike; zbog toga, bilo šta može biti fizičko lice – čak i preembrion, čovek u nastajanju. Zato, sledeći ovu liniju argumentacije, ne bi bilo neophodno da *nondum conceptus* ikada bude začet i rođen da bi postao fizičko lice, već bi bio fizičko lice jer mu pravo pripisuje pravnu sposobnost. Razlog zašto bi mu pravna sposobnost bila pripisana jeste da bi mu bila ponuđena pravna zaštita, pa se tako sugerise da *nondum conceptus* ima sopstvene interese koji zahtevaju pravnu zaštitu, kao što, na primer, životinje imaju sopstvene interese. Ipak, pripisivanje prava još nezačetom donosi druge probleme, kao što su konflikti sa pravima majke u slučaju abortusa ili nemogućnosti da se sprovede istraživanje matičnih ćelija koje uključuje uništavanje embriona. Treba imati u vidu i da između još nezačetog čoveka i budućeg, rođenog čoveka postoji neraskidiva veza. Pravna zaštita eventualnih povreda koje mogu nastati pre začeća i postoji isključivo da bi se zaštitio rođeni čovek i život koji će on živeti.

6. Zaključak

Na kraju, možemo zaključiti da *nondum conceptus* nije zasebni pravni subjekt koji može samostalno da egzistira već je neraskidivo povezan sa budućim licem koje će rođenjem dobiti pravni subjektivitet. Uostalom, sve ono što se desi tokom faza razvoja koje prethode pripisivanju pravne sposobnosti može uticati na buduću, stvarnu osobu. Upravo zato bi *nondum conceptus* možda i mogli predstaviti kao očekivanje ljuds-

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ M. Gessen, Pravo da se imaju prava, *The New Yorker*, objavljeno 03.05.2018, <https://pescanik.net/pravo-da-se-imaju-prava/>, 12.07.2018.

kog bića koje služi da stvarno rođeno biće zaštiti od eventualne povrede. Međutim, iako propisi u oblasti reproduktivne medicine zahtevaju da se potencijalne, buduće osobe, tretiraju „sa očekivanim poštovanjem koje pripada stvarnim osobama“, takvim normiranjem upada se u zamku da propisi zapravo određuju čiji život je vredan življenja. Značaj ili vrednost statusa nezačetog se odbacuje zbog činjenice da njegovo postojanje može biti sprečeno pod pretpostavkom da je to u njegovom najboljem interesu, što je dosta kontroverzno. Zato je neophodno pokloniti *nondum conceptus-u* više pažnje i istražiti šta taj subjekt zapravo predstavlja, koje su njegove karakteristike i kako on funkcioniše u propisima. Potrebno ga je analizirati mimo postavljenih granica tradicionalnog shvatanja pravne sposobnosti fizičkih lica i definisati nove konstrukte za subjekte kao što je još nezačeti čovek.

Nesumnjivo je da postoji mogućnost da čovek bude oštećen u svom prirodnom razvoju i pre začeca i tu činjenicu pravni poredak ne može zaobići. Prirodna povreda čoveka u svom razvoju u bilo kom momentu pre rođenja jeste deo uzročnog niza, koji vodi do pravne povrede u momentu rođenja.⁶² Uprkos tome, nema potrebe da se odstupi od opšte usvojenog stava u pravu da se tek sa rođenjem deteta stiče pravna sposobnost. Zato bi bilo logičnije istraživati potencijalnu ekspanziju pravne zaštite interesa koji odgovaraju pravnoj sposobnosti obzirom da i entiteti koji nemaju pravnu sposobnost mogu imati pravno relevantne interese.

Literatura

- Bockemuhl L., *Schutz und Recht des Ungeborenen im deutschen und angloamerikanischen Recht*, Aachen 1995.
- Buchner F., *Der Mensch in der Sicht moderner Medizin*, Freiburg-Basel-Wien 1985.
- Buchanan A., Brock D.W., Daniels N., Wikler D., *From Chance to Choice*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Harel A., „Theories of rights“, in: *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (ed. W.A. Edmundson, M. P. Golding), Blackwell, Cambridge 2005, 191-206.
- Haaf L.T., „Future Persons and Legal Persons: The Problematic Representation of the Future Child in the Regulation of Reproduction“, *Laws*, Vol. 5,

⁶² V. D. Stojanović, „O direktnoj odgovornosti za štete koje pretrpi još nerođeno dete“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* 9/1970, 101-109.

1/2016, 1-16.

Haaf L.T., „Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of Two Subject-Oriented Approaches—The Subject of Rights and the Subject of Interests“, *German Law Journal*, Vol. 18, 5/2017, 1091-1120.

Harris J., *The Value of Life*, Routledge, London 1985.

Kostović I., Judaš M., „Neurobiološki temelji funkcije mozga tokom prenatalnog razvitka čoveka“, u: *Etika i pravo u humanoj reprodukciji* (ur. A. Kurjak, Z. Šeparović), Zagreb 1990.

Kurjak A., *Očekujući novorođenče*, Zagreb 1987.

Kurjak A., Zvonimir Šeparović, *Etika i pravo u humanoj reprodukciji*, Grafocentar, Zagreb 1990.

Kelsen H., *Introduction to the Problems of Legal Theory (A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law)*, prevod Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford 2004.

Lawson H., „The creative use of legal concepts“, *New York University Law Review*, 32 (1957), 909-925.

Merz H., „Anfang und Ende der Persönlichkeit“, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 6/1957.

Novakov Mikić, A., „Razvoj bebe po nedeljama“, u: *Opstercija* (red. D.S. Dinulović), Beograd 1996.

Naujoks H, Wolf E, *Anfang und Ende der Rechtsffahigkeit des Menschen*, Klosterman, Frankfurt a.m 1955.

Naffine N., *Law's Meaning of Life, Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Hart Publishing, Portland 2009.

Pozaić V., „Rasprava o početku ljudskog života“, *Obnovljeni život*, Vol. 42, 1/1987, 47-60.

Petersen P, *Schwangerschaftsabbruch – unser Bewusstsein vom Tod im Leben*, Stuttgart 1986.

Simić Jelena, *Pravna zaštita nasciturus-a i nondum conceptus-a*, magistraski rad, Pravni fakultet Univerzitet Union u Beogradu, Beograd 2009.

Stojanović D., „O direktnoj odgovornosti za štete koje pretrpi još nerođeno dete“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* 9/1970, 101-110.

Schmitt J., *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1: Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, München 2001.

Tur R., „The ‘person’ in law“, in: *Persons and Personality: A Contemporary Inquiry* (ed. A. Peacocke, G. Gillett), Basil Blackwell, Oxford 1987.

Šarčević E. (ur), *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog sud*, Fondacija Konrad Adenauer 2009.

Vodinelić V. V., „Moderni okvir prava na život“, *Pravni život* 9/1995, 3-41.

- Vodinelić V.V., *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerzitet Union i Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Vujaklija M., *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd 1961.
- Weber D., *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschaden*, Berlin 1988.
- Wagner G., *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III*, München 2004.

Pravni izvori

- Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, <https://rm.coe.int/168007f2ca>.
- Case *Boso v. Italy*, App. No. 50490/99, 05.09.2002.
- Case *Evans v. the United Kingdom*, App. No. 6339/05, 10.04. 2007.
- Case *S.H. and others v. Austria*, App. No. 57813/00 , 3.11. 2011.
- Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2012/11/images_files_Konvencija%20o%20ljudskim%20pravima%20i%20biomedicini.pdf.
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, <http://www.bgcentar.org.rs/dokumenti/medunarodni-dokumenti/>.
- Netherlands Embryos Act, <http://www.ccmo.nl/attachments/files/embryos-act.pdf>.
- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, <http://www.bgcentar.org.rs/dokumenti/medunarodni-dokumenti/>.
- Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.
- Zakon o nasleđivanju RS, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 i 101/2003 – odluka USRS.

Izvori sa interneta

- Gessen M, *Pravo da se imaju prava*, The New Yorker, 03.05.2018, <https://pescanik.net/pravo-da-se-imaju-prava/>.

Jelena Simić, PhD

Assistant Professor

Union University, School of Law

THE LEGAL ISSUES IN DEFINING THE DOMAIN OF LEGAL PROTECTION OF *NONDUM CONCEPTUS*

Summary

Legal science and practice has long been interested in the protection of an unborn life, both the one conceived in vivo, naturally, and the one conceived in vitro, by means of artificial insemination. Due to the rapid development of biomedical technology, we are becoming increasingly familiar with risk factors for a child's existence that could leave it with physical and psychological consequences, such as serious genetic diseases or infectious diseases that a mother could transfer to her child through her blood at the very moment of conception. Since such risk factors can be prevented only before conception, the only way to preclude potential damage is to consider the child's interests before it is conceived. That is why it is important to establish the status of an unconceived person, *nondum conceptus*. Even though it exists as one of three legally recognized stages in relation to the occurrence of a person's legal capacity, there are numerous dilemmas about what this subject actually represents, its characteristics and how it functions within the law. The author concludes that the status of *nondum conceptus* requires analysis beyond the existing limits of the traditional comprehension of natural persons' legal capacity and that it also calls for defining new concepts and constructs for subjects such as unconceived humans.

Keywords: legal capacity, *nasciturus*, *nondum conceptus*, right to life, conception, human dignity.

Dr Vladimir Mikić*

Originalni naučni rad
UDK: 342.515(44)
doi:10.5937/spz1803043M

USTAVNOPRAVNE POSLEDICE VANREDNOG STANJA U FRANCUSKOJ (2015-2017)

Apstrakt

Trajanje vanrednog stanja u razdoblju od gotovo pune dve godine predstavlja događaj bez presedana u istoriji važenja ustavnog akta Pete francuske republike. Pored toga što je trajalo neprimereno dugo, u toku vanrednog stanja oslabljeni su sudski i parlamentarni mehanizmi kontrole postupanja predsednika Republike i policijskih i bezbednosnih snaga, a izvršna vlast pokazala je težnju za vršenjem preteranog obima ovlašćenja. Uz to, osnovna prava pojedinaca, i to ne samo ona koja služe garantovanju pravičnog krivičnog postupka, pretrpela su ograničenja koja ne mogu uvek da budu pravdana interesom zaštite najviših državnih vrednosti. Ove činjenice prete da poremete neke od osnovnih postavki ustavnog uređenja Francuske. Ispitivanje stvaranja pravnih i faktičkih uslova za takav preobražaj tema je ovog rada.

Ključne reči: Francuska, vanredno stanje, predsednik Republike, krizna ovlašćenja.

1. Uvod

Koliko bi verovatno zvučao iskaz iz oktobra 2017. godine, prema kojem je na čitavoj teritoriji jedne od dveju nezvanično vodećih država Evropske unije i stalne članice Saveta bezbednosti Organizacije ujedinjenih nacija već gotovo pune dve godine na snazi vanredno stanje? Reklo bi se – malo. Ipak, u Francuskoj, državi koja je član obe ove izuzetno retke i uticajne grupe država, navedeni oblik neredovnih okolnosti trajao je upravo toliko. Vanredno stanje, uvedeno polovinom novembra 2015. godine,

* Stručni saradnik na Univerzitetu u Beogradu, e-mail: vladimir.mikic@rect.bg.ac.rs.

ukinuto je tek početkom novembra 2017. godine. Koliko je poznato ovom autoru, nijedna druga država članica Evropske unije, niti stalna članica Saveta bezbednosti, nikada nije zvanično primenila tako dugoročnu meru u svrhu ponovnog uspostavljanja unutrašnje stabilnosti i javnog mira.

Razlog uvođenja vanrednog stanja predstavljao je istorijat terorističkih aktivnosti na teritoriji Francuske, u trajanju od nekoliko godina.¹ Francuska je u prvoj polovini druge decenije XXI veka bila izložena terorističkim napadima koje nije iskusila još od doba pobune u Alžiru, početkom 1960-ih.² Ipak, povod za aktiviranje najoštrijeg sredstva koje je na raspolaganju državnim vlastima za borbu protiv ozbiljnijih vidova remećenja mira na domaćoj teritoriji, činili su sinhronizovani teroristički napadi izvedeni na više lokacija u glavnom gradu Francuske, Parizu, 13. novembra 2015. godine. U njima je život izgubilo 130 lica.³ Reč je o najsmrtonosnijem terorističkom činu u istoriji Francuske.⁴

Neposrednu pravnu posledicu ovih događaja predstavljao je akt predsednika Republike (u daljem tekstu: predsednik) kojim je, u toku iste večeri – na predlog Saveta ministara (kako glasi ime kolegijalnog organa izvršne vlasti), okupljenog u vanrednu sednicu – uvedeno vanredno stanje na teritoriji cele države.⁵ Na osnovu niza uzastopno usvojenih odluka zakonodavca o produžavanju vanrednog stanja (u formi pojedinačnih za-

¹ Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH) – France, *Rapport de mission internationale d'enquête, Mesures antiterroristes contraires aux droits humains: Quand l'exception devient la règle*, jun 2016/N. 676f, 33. Od marta 2012. godine, teritorija Francuske predstavljala je poprište više terorističkih napada sa znatnim brojem žrtava, kako civila, tako i pripadnika policijskih i vojnih snaga (*ibid*, 4). Od oktobra 2013. godine do ukidanja vanrednog stanja, planirano je ili izvedeno blizu 80 takvih zločinačkih radnji ("Cibles, auteurs ..., radiographie des 78 projets d'attentat recensés en France depuis 2013 : Quatre années de menace terroriste", http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/visuel/2018/03/30/2013-2018-la-radiographie-du-terrorisme-en-france_5278743_4355770.html, 06.04.2018). Jedan od težih terorističkih akata predstavljao je napad na redakciju časopisa *Charlie Hebdo*, izvršen u januaru 2015. godine (deset meseci pre napada u Parizu), u kojem je života lišeno 11 lica (uključujući osam članova redakcije časopisa): FIDH – France, 4.

² „Organizacija tajne vojske (*Organisation de l'armée secrète*), koja je okupljala fanatične pristalice (*les ultras*) Francuskog Alžira“ pokrenula je ovu pobunu: P. Brasme, *Histoire de la République française et de ses présidents*, Rennes 2007., 101.

³ “Deux jours après les attentats: la France en deuil, un assaillant recherché”, http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/15/pendant-que-l-enquete-se-poursuit-la-france-se-recueille_4810269_4809495.html, 04.04.2018.

⁴ Posmatrano do tog napada, ali i posle njega (do danas): J.-B. Jacquin, J. Pascal, “Deux ans après, la fin de l'état d'urgence”, http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/10/31/la-fin-de-l-etat-d-urgence_5208400_1653578.html, 08.04.2018.

⁵ FIDH – France, 4.

kona); ono je trajalo čak 719 dana (od 13. novembra 2015. do 1. novembra 2017. godine).⁶

Ovaj rad za predmet ima ustavnopravnu analizu nedavnih praktičnih odgovora tzv. Pete Republike na ugrožavanje ustavnog poretka u obliku terorističkih napada ili pretnji njihovim izvođenjem, posebno u kontekstu važećeg pravnog okvira na planu vanrednog stanja. Rad se bavi ispitivanjem osnovanosti strepnji od uvođenja takozvanog „trajnog vanrednog stanja“ u Francuskoj i potencijalne konstitucionalizacije neredovnih okolnosti, kao i utvrđivanjem mogućih dugoročnih posledica po odnos snaga između ustavnih vlasti, u smislu snaženja izvršne vlasti na štetu zakonodavne, putem opasnosti kontinuirane delegacije ovlašćenja na egzekutivu (predsednika i snage unutrašnjih poslova i bezbednosti). Utvrđuju se, isto tako, i moguće dugoročne posledice vanrednog stanja na planu ograničenja osnovnih prava i sloboda.

2. Ustavni i zakonski režim vanrednog stanja u Francuskoj

Kao što je slučaj sa brojnim drugim demokratskim ustavnim tekstovima i Ustav Francuske Republike iz 1958. godine (u daljem tekstu: Ustav) propisuje *osnove* režima vanrednog stanja.⁷ Uređivanju vršenja „neredovnih ovlašćenja“ (*pouvoirs exceptionnels*)⁸ u prilikama koje odgovaraju uobičajenom opisu vanrednog stanja posvećen je čl. 16 Ustava. Prema rečima iz njegove prve odredbe, „kada su na težak i neposredan način (*d'une manière grave et immédiate*) ugrožene institucije Republike, nezavisnost Nacije, nepovredivost njene teritorije ili ispunjavanje njenih međunarodnih obaveza i kada je poremećen redovan rad javnih vlasti, predsednik Republike, nakon savetovanja sa premijerom, predsednicima domova i Ustavnim savetom, preuzima mere koje su iznuđene takvim okolnostima“.⁹ Navedeni uslovi propisani su kumulativno, što znači da je potrebno da budu ostvarene okolnosti razdvojene veznikom „i“ iz navedene odredbe.¹⁰

U istom članu, na osnovu jednog od amandmana iz 2008. godine kojima je čitav tekst Ustava u znatnoj meri menjan, odnosno dopunjen,

⁶ “Macron v jihadism: Two years after Bataclan, France ponders how to fight terrorism”, *The Economist*, 11.11. 2017, 27.

⁷ <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>, 01.04.2018.

⁸ Ova je sintagma upotrebljena u čl. 16, st. 5 i st. 6 Ustava.

⁹ Čl. 16, st. 1 Ustava.

¹⁰ J.-C. Zarka, *Le Président de la 1^{re} République*, Paris 2006., 114.

predviđeni su i ustavnosudski nadzorni mehanizmi kontrole vanrednog stanja. Naime, „nakon isteka 30 dana vršenja vanrednih ovlašćenja“, predsednici bilo kojeg od domova parlamenta, ili precizno utvrđena grupa članova domova (60 predstavnika ili 60 senatora), „mogu da se obrate Ustavnom savetu, u cilju utvrđivanja da li su ispunjeni uslovi“ za dalje trajanje vanrednog stanja“, a Ustavni savet o tom pitanju izjašnjava se „u najkraćem roku“ i to u formi „javnog mišljenja“ (*un avis public*).¹¹ Predsednik, važno je reći, nije pravno vezan predlozima ovih institucija.¹²

Pored izričite konstitucionalizacije vanrednog stanja, postupci javnih vlasti u navedenim prilikama propisani su Zakonom o vanrednom stanju iz 1955. godine (u daljem tekstu: ZVS).¹³ U njemu je, za razliku od Ustava, izrekom upotrebljen izraz „vanredno stanje“ (*l'état d'urgence*). Ovaj institut definisan je na funkcionalan način, tako što je njegovo uvođenje predviđeno za slučaj „neposredne pretnje (*péril imminent*) koja proizlazi iz ozbiljnog ugrožavanja javnog poretka“, ali i na negativan način, njegovim razgraničenjem u odnosu na stanje katastrofe (kako prirodne, tako i one izazvane ljudskom radnjom).¹⁴ Prema rečima ovog akta, usvojenog, *nota bene*, tri godine pre usvajanja Ustava, „produženje vanrednog stanja [na razdoblje duže od] 12 dana može da bude odobreno samo [u formi] zakona“¹⁵ kojim se utvrđuje konačno (najkasnije) vremensko trajanje vanrednog stanja.¹⁶ Ministru unutrašnjih poslova, administrativnom upravniku teritorijalnih područja („prefekt“ *-préfet*) i „upravnim vlastima“ (*autorités administratives*) data su ovim dokumentom široka ovlašćenja na planu kontrole kretanja lica i vozila i okupljanja na javnom prostoru, kao i sličnih javnih aktivnosti koja se inače (u redovnim prilikama) podvode pod načine uživanja osnovnih prava i sloboda.¹⁷ Parlamentarni domovi „bivaju bez odlaganja obaveštavani o merama koje Vlada preduzima tokom vanrednog stanja“ i „mogu da zahtevaju svaku dodatnu informaciju u okviru kontrole i procene tih mera“.¹⁸ Ovu kontrolu neposredno vrše predsednik nadležnog odbora donjeg doma i njegov zame-

¹¹ Čl. 16, st. 7 Ustava.

¹² J.-C. Zarka, 115.

¹³ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, <https://www.legifrance.gouv.fr/affich-Texte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350>, 05.04.2018.

¹⁴ Redaktori ovog akta podvukli su da navedena definicija vanrednog stanja ne obuhvata „događaje koji, prema njihovoj prirodi i težini, imaju obeležje javne opasnosti (*calamité publique*)“ (čl. 1 ZVS).

¹⁵ Čl. 2, st. 3 ZVS.

¹⁶ Čl. 3 ZVS.

¹⁷ Čl. 6-11 ZVS.

¹⁸ Čl. 4-1 ZVS.

nik (koji je uvek predstavnik parlamentarne opozicije).¹⁹

ZVS je uveden kao odgovor javnih vlasti na porast antidržavnih oružanih aktivnosti u Alžiru, tadašnjoj francuskoj koloniji. Upravo u tom kontekstu je vanredno stanje na čitavoj teritoriji Francuske i uvedeno pre više od pet i po decenija, 1961. godine,²⁰ što je predstavljao jedini primer ovakve upotrebe tog instituta do 2015. godine.²¹

3. Porast nadležnosti izvršne vlasti u odnosu prema ovlašćenjima drugih ustavnih institucija i osnovnim pravima i slobodama

Jedno od istaknutijih obeležja ustavnog sistema u Francuskoj (koji u godini izrade ovog članka „puni“ šest decenija važenja) predstavlja snažna uloga predsednika. Jedan od važnijih pokazatelja promene statusa šefa države u odnosu na ranije važeće ustavno pravo Francuske sadržano je upravo u čl. 16 Ustava.²² Po nekim posmatračima, centralna ovlašćenja utvrđena ovom odredbom ubrajaju se u krug prerogativa koji su gotovo neodvojivi od – normativno-sistemski posmatrano – celokupne ustavne funkcije predsednika, jer spadaju u predsednikove inherentne nadležnosti (*pouvoirs propres*).²³ Istorijski posmatrano, još je Ustavnom poveljom iz 1814. godine šef države (kralj) bio ovlašćen da usvaja posebne izvršne akte (*les règlements et ordonnances*), „koji su neophodni za izvršavanje zakona i osiguravanje bezbednosti države“.²⁴

¹⁹ FIDH – France, 11.

²⁰ A. Chrisafis, “France under first nationwide state of emergency since 1961”, <https://www.theguardian.com/world/2015/nov/16/france-nationwide-state-of-emergency>, 05.04.2018.

²¹ Na ograničenom teritorijalnom području, ZVS je primenjivan i tokom 1980-ih, u kontekstu etničkih konflikata u pojedinim oblastima u kojoj francuske vlasti vrše ekstrateritorijalna (postkolonijalna) ustavna ovlašćenja (*outré-mer*): FIDH – France, 6. Uz to, vanredno stanje uvedeno je u novembru 2005. godine (odlukom tadašnjeg predsednika Širaka (Jacques Chirac)) u pojedinim gradovima Francuske zbog raširenih nemira koji su za uzrok imali (navodno) rasno motivisano diskriminatorno postupanje policije i posledičnu raširenu nasilnu reakciju jednog dela građana: *Ibid.*

²² „I član 16 Ustava odraz je želje da se osnaže predsedničke nadležnosti“: P. Brasme, 99.

²³ J.-C. Zarka, 101. Predsednik je ovlašćen da sasvim samostalno vrši „križna ovlašćenja“ (*pouvoir de crise*), pa, pošto proceni stanje stvari i utvrdi da su ispunjeni uslovi za primenu odredbe čl. 16, on dalje podleže samo obavezi da od Ustavnog saveta primi mišljenje, koje, pak, nije obavezujuće, već je tek „moralne ili političke“ prirode: S.-L. Formery, *La Constitution commentée : article par article*, Paris 2016., 49.

²⁴ Reč je o čl. 14 ovog dokumenta, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814.5102.html>, 17.04.2018.

Konstitucionalizacija mogućnosti institucionalnog suočavanja sa kriznim okolnostima predstavlja „temeljni element degolovske misli“,²⁵ koja stoji iza duha Ustava i koja svoje poreklo nalazi u (privremenom) porazu doživljenom 1940. godine, na početku Drugog svetskog rata.²⁶ Tadašnjeg generala, a budućeg predsednika, De Gola (Charles De Gaulle) „progonila je činjenica da Ustav Treće Republike nije dopuštao [predsedniku] da napusti metropolu [pod ovim pojmom podrazumeva se centralni deo francuske teritorije, bez kolonija] i u Alžir prenese legitimnost države (*la légitimité nationale*)“.²⁷ Uz to, „slabost Četvrte Republike, alžirska kriza i ličnost Šarla de Gola bili su od presudnog značaja u oblikovanju novog francuskog ustavnopravnog poretka i predsedničke uloge u okviru njega“.²⁸

Ipak, vanredno stanje pruža važna oruđa za dodatno, makar i privremeno, snaženje prerogativa francuske egzekutive, najčešće na štetu zakonodavne vlasti (koja bi inače, bez korišćenja instituta delegacije ovlašćenja, zadržala važne prerogative normiranja na tom planu) i sudstva (čiji je opseg kontrolnih mehanizama u ovim prilikama sužen). Mešavina umanjene sudske kontrole i pojačanog nadzora bezbednosnog aparata nad fizičkim licima bila je ostvarivana oslabljenom pravnom proverom postupaka pretrage privatnih domova (tzv. racije) i omogućavanjem upotrebe krivičnog procesne mere pritvora bez poštovanja uobičajenih pravila sudske postupka. Važno je dodati i da, iako je Parlament (*Parliament*, kako glasi ustavni naziv dvodomog predstavničkog organa), po čl. 16 st. 5 Ustava, *ex constitutione* ovlašćen da se okupi u saziv u toku trajanja vanrednog stanja, njemu nisu pružena nikakva sredstva da vrši efikasnu kontrolu nad vanrednim ovlašćenjima predsednika i organa unutrašnjih poslova i bezbednosti.²⁹

Na osnovu ZVS, ministru unutrašnjih poslova preneti su izvesna ovlašćenja koja su u redovnim prilikama rezervisana za sudsku granu vlasti.³⁰ Pored ostalog, ministar je ovlašćen da naloži preventivnu policijsku meru zadržavanja u kućnom pritvoru (*l'assignation à résidence*) i to „na mestu koje on odredi“, za svako lice za koje (ministar) proceni da „postoje ozbiljni razlozi da njegovo ponašanje predstavlja pretnju za javnu bezbednost i red“, pri čemu mu na raspolaganju stoje „usluge

²⁵ S.-L. Formery, 48.

²⁶ J.-C. Zarka, 113.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ M. Jovanović, „Polupredsednički režim Francuske V Republike“, u: Uvod u pravo Francuske (ur. Oliver Nikolić, Vladan Petrov), Beograd 2013, 96-97.

²⁹ S.-L. Formery, 50.

³⁰ J.-B. Jacquin, J. Pascal, vid. fn 4.

policije ili jedinica žandarmerije“.³¹ Ova je mera pooštrena izmenama i dopunama ZVS, usvojenim 19. decembra 2016. godine³² predviđanjem mogućnosti produžavanja mere zadržavanja bilo kojeg lica u kućnom pritvoru na još 90 dana, „ukoliko postoje ozbiljni razlozi da se smatra da ponašanje [tog lica] predstavlja pretnju po javnu bezbednost i javni red“.³³ Ministar unutrašnjih poslova, kao i prefekt, ovlašćeni su da naredе privremenu zabranu korišćenja zatvorenih prostora na kojima je moguće okupljanje velikog broja lica (*salles de spectacles*), zabranu točenja alkoholnih pića, ili zabranu svakog okupljanja koje ima „karakter kojim se izaziva ili podstiče nered“.³⁴ Policijski organi su ovlašćeni i da (čak i preko noći) vrše preventivnu pretragu (*à titre préventif*) bilo koje nepokretnosti, „ukoliko postoje ozbiljni razlozi da se smatra da to mesto posećuje lice čije ponašanje predstavlja pretnju po javnu bezbednost i javni red“.³⁵ Vanredno stanje pratilo je i prenos pojedinih civilnih ovlašćenja na vojne vlasti (uključujući i vojne sudove)³⁶ – opet, na štetu vršenja ovlašćenja sudova opšte nadležnosti.

Primeri rigoroznog ograničavanja temeljnih prava i sloboda tokom vanrednog stanja svedoče o raširenoj policijskoj praksi čiju celishodnost nije lako potkrepiti dokazima. Naročito se postavlja pitanje proporcionalnosti u postupanju prema licima protiv kojih se vodi krivični postupak. Naime, protiv osumnjičenih su u toku vanrednog stanja primenjivane i mere sofisticirane pretrage privatnih materijala dostupnih u informatičkim izvorima.³⁷ Policiji je bilo dopušteno i da odredi zabranu bilo kojeg javnog skupa „kojim može da bude izazvan ili održan nered“, te da ukida prijavljena udruženja građana, ali i izriče ograničenja na planu uživanja prava na slobodu veroispovesti.³⁸ Učestale (vanredne) provere identiteta fizičkih lica, naročito na mestima na kojima se okuplja veliki broj pojedinaca (sredstva javnog saobraćaja, tržni centri i slično), bile su redovna

³¹ Čl. 6, st. 1 ZVS.

³² *Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORF-TEXT000033651975&categorieLien=id>, 10.04.2018.

³³ Čl. 2, st. 2 Zakona kojim se produžava primena ZVS.

³⁴ Čl. 8, st. 1 ZVS.

³⁵ Čl. 11, st. 1 ZVS.

³⁶ J.-C. Paye, “Sovereignty and the State of Emergency: France and the United States”, 01.01.2017, <https://monthlyreview.org/2017/01/01/sovereignty-and-the-state-of-emergency>, 05.04.2018.

³⁷ Detalji su dostupni u: FIDH – France, 7-8.

³⁸ *Ibid*, 8-9.

mera tokom trajanja vanrednog stanja.³⁹ Policija je vršila i meru oduzimanja oružja licima koja su ih držala u zakonitom posedu.⁴⁰ Vršenje pretresa bilo je u nekim slučajevima motivisano povodima zasnovanim na neprikrivenoj rasnoj diskriminaciji⁴¹ i bilo je „uporno obavljano na brutalan način, bez vođenja računa o pravima građana“.⁴² Pretres je često obavljan uz „upotrebu nasilja i ponižavanje od pripadnika sudske policije“, imavši za „očiglednu“ svrhu zastrašivanje lica zatečenih na konkretnoj lokaciji.⁴³ Privođenje ili pritvor imali su za jedan broj lica kao posrednu posledicu gubitak zaposlenja ili narušavanje zdravlja.⁴⁴

Vanredno stanje jedva da je predstavljalo predmet sudske kontrole. Naime, „Društvo za ljudska prava“ je pred Državnim savetom, vrhovnom sudskom upravnom instancom, zatražilo ukidanje vanrednog stanja i pojedinačnih mera uvedenih tokom njegovog trajanja, kao i „preispitivanje činjeničnih i pravnih okolnosti koje su vodile objavi vanrednog stanja“. Državni savet odbacio je navedenu inicijativu, pozivajući se na vlastitu nenadležnost u ustavnopravnim pitanjima.⁴⁵ S druge strane, u postupku okončanom krajem decembra 2015. godine (a koji nije bio pokrenut u vezi sa činjenicama nastalim u toku vanrednog stanja, već nešto ranije i drugim povodom), sâm Ustavni savet (neposredno nadležna instanca za pitanja ocene ustavnosti opštih pravnih propisa) ocenio je da mera preventivnog kućnog pritvora, predviđena odredbama ZVS, nije u suprotnosti sa Ustavom.⁴⁶ Ipak, isti organ je, odlukom usvojenom u martu 2017. godine, utvrdio da samo deo zakonske odredbe čl. 6 ZVS (kojim se stipuliše mera preventivnog zadržavanja u kućnom pritvoru) nije u skladu sa Ustavom.⁴⁷ Naime, podnosilac predloga za ocenu ustavnosti smatrao je da mere iz čl. 2 st. 2 Zakona iz 2016. godine imaju za posledicu povredu

³⁹ E. Jacob, “État d’urgence: chronique d’un dispositif contesté”, <http://www.lefigaro.fr/politique/2017/07/03/01002-20170703ARTFIG00306-etat-d-urgence-chronique-d-un-dispositif-conteste.php>, 06.04.2018.

⁴⁰ A. Chrisafis, vid. fn 20.

⁴¹ FIDH – France, 10.

⁴² R. Kassem, “France’s Real State of Emergency”, *The New York Times*, Aug 4, 2016, <https://www.nytimes.com/2016/08/05/opinion/frances-real-state-of-emergency.html>, 05.04.2018.

⁴³ FIDH – France, 16.

⁴⁴ *Ibid*, 10 i 17.

⁴⁵ *Ibid*, 13-14.

⁴⁶ J.-B. Jacquin, J. Pascal, vid. fn 4.

⁴⁷ Odluka Ustavnog saveta, Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, JORF n°0065 du 17 mars 2017 texte n° 67, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-624-qpc/decision-n-2017-624-qpc-du-16-mars-2017.148771.html>, 11.04.2018.

zabrane arbitrarnog zadržavanja u pritvoru i načela da se sud stara o poštovanju ove zabrane (čl. 66 Ustava), kao i prava na slobodu kretanja (čl. 2 i 4 Deklaracije ljudskih prava i osnovnim slobodama iz 1789. godine, koja, u skladu sa tekstom preambule Ustava, čini sastavni deo Ustava), što predstavlja „meru kojom se uskraćuje sloboda“ (*une mesure privative de liberté*) oštećenom.⁴⁸ Kao što je podnosilac zahteva istakao, „zakonodavac nije utvrdio nikakvo ograničenje broja obnavljanja takve mere“. Ustavne sudije su konstatovale da je ova primedba osnovana i proglasile su neustavnom poslednju rečenicu stava 2 člana 2. Zakona iz 2016. godine (onu u kojoj se ističe da ministar policije može da se obrati Državnom savetu radi konsultovanja o sadržini određenih odredaba ZVS).⁴⁹ To je jedina među svim odredbama nekog pravnog propisa ili merama preduzetim u vezi sa vanrednim stanjem koju je – do datuma završetka pisanja ovog rada – Ustavni savet prihvatio da proglaši protivustavnom.⁵⁰

Ipak, kada je reč o prekomernom ograničavanju osnovnih prava i sloboda, Ustavni savet utvrdio je da „Ustav ne uskraćuje zakonodavcu mogućnost da uredi režim vanrednog stanja“. Naprotiv, zakonodavcu pripada ovlašćenje da, u ovom kontekstu, „osigura pomirenje (*la conciliation*) između, s jedne strane, sprečavanja ugrožavanja javnog reda i, s druge strane, poštovanja prava i sloboda svih lica koja prebivaju na teritoriji Republike“.⁵¹ Isto tako, „trajanje mera zadržavanja u kućnom pritvoru moraju da budu opravdane i srazmerne razlozima kojima su obrazložene naročite okolnosti koje su dovele do proglašenja vanrednog stanja“.⁵² Mere koje se odnose na kućni pritvor u skladu su sa Ustavom ukoliko su na snazi dok traje vanredno stanje uvedeno na zakonit način i ukoliko se njima odražava načelo proporcionalnosti prilikom ograničavanja osnovnih prava i sloboda.⁵³

Inače, u mišljenju iznetom 1961. godine, povodom upotrebe predsednikovih vanrednih ovlašćenja radi rešavanja oružane pobune u Alžiru, Ustavni savet podržao je uvođenje vanrednog stanja, procenivši da oružana pobuna predstavlja događaj kojim se ugrožava redovan rad institucija i javnih vlasti.⁵⁴ Valja dodati i da u izuzetno korisnoj zbirci najvažnijih odluka Ustavnog saveta, kojom je obuhvaćena analiza (izneta na preko 650 strani-

⁴⁸ *Ibid*, t. 6.

⁴⁹ *Ibid*, t. 12.

⁵⁰ *Ibid*, t. 19.

⁵¹ *Ibid*, t. 13.

⁵² *Ibid*, t. 18.

⁵³ *Ibid*, t. 16.

⁵⁴ S.-L. Formery, 50.

ca) više od 50 odluka ovog organa usvojenih u periodu od 1958. do 2012. godine, a čiji su autori profesori niza visoko rangiranih francuskih univerziteta, nema nijedne odluke koja za predmet ima preispitivanje ustavnosti vanrednog stanja uvedenog 1961. godine (pa samim tim, ni tematike vanrednog stanja uopšte).⁵⁵ I ovo je važan dokaz ograničene aktivnosti francuskog ustavnosudskog organa na planu ocene ustavnosti ZVS.

Važno je istaći da su na planu uspostavljanja efikasnijih institucionalnih sredstava spoljne kontrole snaženja izvršnih prerogativa posebnu ulogu propustili da odigraju predstavnici zakonodavne i (ustavno)sudske grane vlasti, budući da je samo uvođenje vanrednog stanja, kao i njegovo produžavanje u više navrata, nosilo pečat više nego ubedljivo (gotovo jednoglasno) iznete podrške u nacionalnom predstavničkom organu. Primera radi, protiv usvajanja zakona kojim je produženo trajanje inicijalno uvedenog vanrednog stanja glasalo je samo šest članova Narodne skupštine (donji dom nacionalnog predstavništva), pri čemu ih je 551 podržalo ovu meru,⁵⁶ dok je u Senatu predlog usvojen sa samo 12 uzdržanih glasova.⁵⁷ Istovremeno, prema zaključku Ustavnog saveta iz 1962. godine (izrečenom u predmetu *Rubens de Servens*), odluka predsednika o uvođenju vanrednog stanja „izmiče svakoj sudskoj kontroli“, pošto „predstavlja čin vlade (*acte de gouvernement*), čiju zakonitost ni ustavnost Državni savet ne može da ceni“.⁵⁸

Navedene činjenice svedoče o zabrinjavajućoj praksi prepuštanja vanrednog stanja kao instituta za čiju je primenu gotovo isključivo nadležna izvršna vlast. Poseban paradoks leži u činjenici da je jedan od aktivnih pobornika ukidanja čl. 16 Ustava bio svojevremeni predsednik (1981-1995) Miteran (*François Mitterrand*), koji je u njoj video opasnosti koje sobom nosi „trajni državni udar“ (*coup d'Etat permanent*). On je, čak, tvrdio i da „nema člana Ustava o kojem možemo reći da neposrednije povređuje demokratska pravila od člana 16“ i preduzeo je, čak, preliminarne proceduralne mere u svrhu ukidanja ove ustavne norme.⁵⁹ Zahtevi za brisanjem čl. 16 su, inače, izrođeni iz kritike (po dužini svog trajanja ponešto kont-

⁵⁵ P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Melin-Soucramaniën, E. Oliva, A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris 2016.

⁵⁶ FIDH – France, 6 i 22.

⁵⁷ C. Platiau, “French parliament extends state of emergency after IS Paris attacks“, <http://en.rfi.fr/france/20151119-french-parliament-extends-state-emergency-after-paris-attacks>, 05.04.2018.

⁵⁸ Prema, J.-C. Zarka, 116.

⁵⁹ *Ibid*, 114. Još u vreme pisanja Ustava, predstavnici stranaka na političkoj levlci držali su da je reč o „kriminalnoj“ odredbi (*un article « scélérat »*): *Ibid*.

roverznoj) vanrednog stanja iz 1961. godine, postoje već više decenija.⁶⁰ Kao razlog za ovakvo rešenje navodi se i primer zloupotrebe predsedničkih vanrednih ovlašćenja koji bi mogao da nastane u okolnostima „kohabitacije“ (različitog političkog porekla i opredeljenja predsednika s jedne i parlamentarne većine, odnosno, Saveta ministara, s druge strane): takve prilike gotovo da bi savršeno odgovarale okolnostima u kojima su državne institucije ugrožene, a redovan rad javnih vlasti poremećen, a koje predstavljaju neke od ustavnih osnova za uvođenje vanrednog stanja.⁶¹

4. Potrebe za ustavnim ograničenjem trajanja vanrednog stanja

Primena ZVS je u tokom trajanja vanrednog stanja obnavljana šest puta, svaki put novim zakonom.⁶² Prvim ovakvim aktom (usvojenim sedam dana nakon napada, i to na predlog predsednika), trajanje vanrednog stanja je sa 12 dana produženo na tri meseca (do 26. februara 2016. godine), a istom prilikom proširen je opseg policijskih ovlašćenja u svrhu borbe protiv terorizma.⁶³ Polovinom februara 2016. godine, Parlament je odobrio i drugo produženje vanrednog stanja, na još tri meseca.⁶⁴ Nakon toga, u maju iste godine, vanredno stanje produženo je na još dva meseca,⁶⁵ da bi polovinom jula iste godine njegovo trajanje bilo produženo četvrti put, na dodatnih šest meseci.⁶⁶

Važna karika u proceduri perpetualizacije vanrednog stanja usledila je godinu dana nakon terorističkih napada. Tadašnji predsednik Oland (*François Hollande*) i premijer Vals (*Manuel Valls*) najavili su sredinom novembra 2016. godine da će vanredno stanje trajati najmanje do održavanja predsedničkih izbora u toj zemlji, koje je bilo planirano za proleće 2017. godine (dakle, oko godinu i po dana nakon napada u Parizu). Produženje je, navodno, imalo za svrhu zaštitu učesnika javnih skupova i drugih političkih aktivnosti u toku kampanje.⁶⁷ Polovinom decembra te godine usledilo je i peto produženje trajanja vanrednog stanja (koje je imalo da važi do 15.

⁶⁰ S.-L. Formery, 51.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² „Macron v jihadism: Two years after Bataclan, France ponders how to fight terrorism”, *Ibid.*

⁶³ FIDH – France, 6.

⁶⁴ *Ibid.*, 4.

⁶⁵ J.-C. Paye, vid. fn. 36.

⁶⁶ E. Jacob, vid. fn. 39.

⁶⁷ „Intenzivno izborno razdoblje u koje ulazimo povećava rizik terorističkih akata“, reči su tadašnjeg ministra unutrašnjih poslova: *Ibid.*

jula 2017. godine).⁶⁸ Konačno, u maju 2016. godine, trajanje vanrednog stanja produženo je poslednji put,⁶⁹ uprkos protestima nevladinih organizacija i nacionalnih strukovnih sudijskih udruženja.⁷⁰ Znatno pre tog trenutka, pravni zastupnici francuskog ogranka nevladine organizacije „Društvo za ljudska prava“ (*Ligue des droits de l'homme*) u januaru 2016. godine (vanredno stanje traje u tom trenutku dva meseca), istakli su, u okviru inicijative pokrenutom pred Državnim savetom (koji predstavlja vrhovnu sudsku instancu u upravno-pravnim pitanjima), da „trajanje vanrednog stanja duže od dva meseca (...) predstavlja težak i očigledno nezakonit napad na više temeljnih sloboda, s obzirom da je iščezla neposredna opasnost, proistekla iz teškog ugrožavanja javnog reda, koje je opravdalo uvođenje vanrednog stanja, kao i da je merama koje su preduzete u okviru ovog stanja očigledno ostvaren cilj zbog kojeg su uvedene“.⁷¹

Da se vanredno stanje nesrazmerno i nepotrebno odužilo svedoči (uprkos zvaničnim argumentima iz prethodnog pasusa) i sama činjenica da su u aprilu i maju 2017. godine održani redovni izbori za predsednika, a u junu iste godine i za domove parlamenta. Ovaj podatak *ipso facto* govori u prilog teze da je najkasnije u trenutku preuzimanja dužnosti novog predsednika, kao i novih (i nekih „starih“, reizabranih) parlamentaraca, već bilo ponovo uspostavljeno redovno funkcionisanje javnih vlasti, što je, samo po sebi, kao nužnu pravnu posledicu moralo imati ukidanje vanrednog stanja.

Najzad, svrha kontinuiranog produžavanja trajanja vanrednog stanja može da bude dovedena u pitanje i jednim tragičnim primerom. Naime, tokom jednog dela trajanja vanrednog stanja (tačnije, u periodu od 10. juna do 10. jula 2016. godine), u nekoliko francuskih gradova održano je i fudbalsko prvenstvo u organizaciji Unije evropskih fudbalskih saveza (UEFA). Možda upravo zahvaljujući posebnim policijsko-bezbednosnim merama sprovedenim u tom periodu, na teritoriji Francuske nije zabeležen nijedan teroristički napad. Ipak, svega nekoliko dana po okončanju ovog kontinentalnog sportskog takmičenja (i to baš na Dan Republike – nacionalni državni praznik), 14. jula 2016. godine izveden je smrtonosni napad u gradu Nici. U njemu je stradalo preko 80 lica.⁷²

⁶⁸ “France to extend state of emergency until presidential election”, <https://www.theguardian.com/world/2016/dec/14/french-parliament-votes-to-extend-state-of-emergency-until-after-2017-elections>, 04.04.2018.

⁶⁹ FIDH – France, 7.

⁷⁰ E. Jacob, vid. fn. 39.

⁷¹ FIDH – France, 13.

⁷² R. Kassem, vid. fn 42.

Na osnovu sažete uporednopravne analize, moguće je utvrditi postojanje ustavnog režima vanrednog stanja *à la française*. Naime, uprkos brojnim terorističkim napadima izvedenim sa tragičnim ishodom u drugim evropskim državama, poput Velike Britanije, Nemačke, Španije, ili Belgije (i to kako onima koji su izvedeni, tako i onima koji su efektivnom policijsko-bezbednosnoj akciji sprečeni), u njima nije bilo uvedeno vanredno stanje. Uz to, članom 15 st. 1 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP), u čije se donosiocice ubraja i Francuska kao osnivač Saveta Evrope, predviđeno je da je „u doba rata ili druge javne opasnosti koja pretila opstanku nacije“, ugovorna strana ovlašćena „da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza po ovoj Konvenciji, i to u najnužnijoj meri koju iziskuje takva situacija, s tim da te mere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu“. ⁷³ Ipak, prema jednom gledištu – koje u izvesnoj meri potvrđuju i primeri policijske aktivnosti navedeni u ovom radu – tokom trajanja vanrednog stanja u Francuskoj, odredbe EKLJP „stavljene su u zagradu“. ⁷⁴

Jasno je da čl. 16 Ustava sadrži pravnu prazninu sa mogućim dalekosežnim posledicama. Ustav, na nesreću, ne određuje vremensku dužinu primene proširenih predsednikovih ovlašćenja. Navedena činjenica posebno upadljivo deluje jer je istom ustavnom odredbom propisano da mere upotrebljene u svrhu pružanja efikasnog odgovora na pretnju po državni poredak „moraju da budu nadahnute željom da ustavnim javnim vlastima budu osigurana sredstva da *u najkraćem mogućem roku*, ostvare svoje zadatke“ ⁷⁵ (kurziv autora ovog rada). Uz to, ista odredba reguliše postupanje javnih vlasti u slučaju „neposredne pretnje“ (*un péril imminent*), za koju se teško može reći da može da traje duže vreme (a svakako ne više od dvadeset meseci).

O nesrazmerno dugom trajanju vanrednog stanja u periodu od 2015-2017. godine dosta govori i činjenica da je vanredno stanje iz 1961. godine trajalo od 23. aprila do 30. septembra (dakle, gotovo tri puta kraće nego u razdoblju od 2015-2017. godine). Glavna kritika njegovog (relativno dugog) vremenskog trajanja sastojala se u proceni da je njegova svrha iscrpljena mnogo ranije, s obzirom da je pobuna generala u Alžiru

⁷³ Službeni prevod EKLJP na srpski jezik, iz kojeg je prenet navedeni citat, dostupan je na sajtu Saveta Evrope: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf, 08.04.2018.

⁷⁴ J.-B. Jacquin, J. Pascal, vid. fn 4.

⁷⁵ Čl. 16, st. 3. Ustava.

ugušena već nekoliko dana po njegovom uvođenju.⁷⁶ Tako, umesto pet dana, vanredno stanje je trajalo (oko) pet meseci, pa se, po rečima jednog uglednog francuskog konstitucionaliste, „ova zloupotreba člana 16“ u konkretnom slučaju „može smatrati protivustavnom“.⁷⁷

5. Opasnosti od dugoročnih posledica vanrednog stanja i mogućnosti ograničenja zloupotreba od strane izvršne vlasti

Iskustva utvrđena posmatranjem načina na koji je vanredno stanje produžavano u dugom vremenskom razdoblju i primene policijskih i bezbednosnih mera ukazuju na izvesni poremećaj ravnoteže u korist predsednika (a posredno i Saveta ministara) na račun sudskih i parlamentarnih ovlašćenja, kao i ograničenja određenih temeljnih pojedinačnih prava, koje se graniči sa njihovom privremenom *de facto* abrogacijom.

Ukidanjem vanrednog stanja, pre svega, opseg izvršnih ovlašćenja nije vraćen na njihov raniji nivo. Vanredno stanje je, naime, „zamenjeno je antiterorističkim zakonom“,⁷⁸ čiji pun naziv glasi Zakon kojim se osnažuju unutrašnja bezbednost i borba protiv terorizma.⁷⁹ Njime je menjan Zakonik o unutrašnjoj bezbednosti, usvojen 2012. godine,⁸⁰ i to osnaživanjem mera upravne kontrole i nadzora nad fizičkim licima za koje postoji procena da su upletena u terorističke aktivnosti.⁸¹ Pored toga, Savet ministara je, vrlo brzo nakon napada u Parizu, službeno predložio uvođenje mera kojima bi se, u formi izmena zakonodavstva o krivičnom postupku, pooštrile određene mere u svrhu „borbe protiv organizovanog kriminala i, posebno, terorizma“, naročito na planu ograničenja bezbednosti informacija fizičkih lica. Francuski predstavnički organ usvojio je predložene mere krajem maja 2016. godine.⁸² Jednim novinskim komentaram, izre-

⁷⁶ S.-L. Formery, 51.

⁷⁷ J.-C. Zarka, 115-116.

⁷⁸ “Macron acte la fin de l’état d’urgence, remplacé par la loi antiterroriste”, <https://www.ladepeche.fr/article/2017/10/30/2675500-macron-signe-loi-antiterroriste-entre-vigreur-mardi.html>, 04.04.2018.

⁷⁹ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/10/30/INTX1716370L/jo/texte>, 12.04.2018.

⁸⁰ Zakon o unutrašnjoj bezbednosti, *Code de la sécurité intérieure*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000025503132>, 06.04.2018.

⁸¹ Predlog akta, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?jsessionid=F6A0E-782F308352A7B4E2D3C2268559A.tplgfr-30s_3?idArticle=JORFARTI000035932818&cidTexte=JORFTEXT000035932811&dateTexte=29990101&categorieLien=id, 06.04.2018.

⁸² FIDH – France, 29 i dalje.

čenim nakon ukidanja vanrednog stanja, vrlo precizno je naglašeno da je, „uprkos nasrtaja na [subjektivna] prava koja su njime izvršena, kao i sumnji u njegovu efikasnost“, vanredno stanje „delimično preneto (*transposé*) u domaće opšte pravo (*droit commun*)“ Francuske.⁸³

Tokom trajanja vanrednog stanja, francuska izvršna vlast neuvijeno je pretendovala da posegne za novim nadležnostima, u formi njihove konstitucionalizacije. Takav predlog imao je za predmet ustavnu reviziju kojom bi bilo omogućeno oduzimanje državljanstva licima umešanim u terorističke aktivnosti.⁸⁴ Naime, (novim) članom 36-1 Ustava bilo bi predviđeno da odredba čl. 34 Ustava (posvećena nabranjanju zakonodavnih ovlašćenja parlamenta) bude dopunjena alinejom kojom bi zakonodavcu u nadležnost bila data i pitanja „državljanstva, uključujući uslove pod kojima bi nekom licu francusko državljanstvo ili prava koja iz njega proističu mogli da bude oduzeti kao posledice osude za krivično delo ili prekršaj koji predstavljaju težak napad na život Nacije (*une atteinte grave à la vie de la Nation*)“.⁸⁵ Ova normativna inovacija trebalo je da dobije formu amandmana na Ustav, i to, prema rečima tadašnjeg predsednika, zbog toga što bi njima bilo „javnim vlastima dopušteno da postupaju u skladu sa pravnom državom (*l'Etat de droit*) protiv terorizma rata“ (*le terrorisme de guerre*).⁸⁶ Predsednik Oland obznanio je ipak da će predlog odnosnog ustavnog zakona biti povučen iz procedure usled neslaganja između parlamentarnih domova o konačnom tekstu ustavnog amandmana.⁸⁷ Predsednik, kojem nije pošlo za rukom da obezbedi potrebnu većinu u domovima za ovu ustavnu reviziju, izrazio je tom prilikom žaljenje što ustavne odredbe (čl. 16 i čl. 36) nisu „prilagođene okolnostima kojima svedočimo“, pošto „redovan rad javnih vlasti nije poremećen“, ali „mi

⁸³ J.-B. Jacquin, J. Pascal, vid. fn 4.

⁸⁴ “Assembly votes to write state of emergency into constitution”, <http://en.rfi.fr/general/20160209-french-lower-house-votes-write-state-emergency-constitution>, 05.04.2018. Tekst predloga Ustavnog zakona o zaštiti Nacije (*Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*), <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0678.asp> (verzija koja je bila pred članovima Narodne skupštine), 05.04.2018, odnosno, <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2015-2016/395.html>, 05.04.2018 (verzija o kojoj je trebalo da se izjasne članovi Senata). On je pripremljen na osnovu „Izveštaja Odbora za ustavne zakone, zakonodavstvo i opšte upravljanje Republike o Nacrtu Ustavnog zakona br. 3381 o zaštiti Nacije“ (Izveštaj, koji sadrži preko 200 strana teksta (više od 80 hiljada reči), <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3451.asp>, 06.04.2018).

⁸⁵ Čl. 2 Predloga Ustavnog zakona o zaštiti Nacije.

⁸⁶ “Etat d’urgence et article 16 : Pourquoi Hollande veut-il réviser la Constitution”, http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/11/16/etat-d-urgence-et-article-16-pourquoi-hollande-veut-il-reviser-la-constitution_4811353_4355770.html, 06.04.2018.

⁸⁷ J.-C. Paye, vid. fn. 36.

jesmo u ratu“. Stoga je potreban jedan „drugi ustavni režim“ (*autre régime constitutionnel*) vanrednog stanja.⁸⁸

Izvesna pravna ograničenja dugoročnom pozicioniranju izvršne grane vlasti kao primarne u toku vanrednog stanja ipak postoje. Naime, po rečima samog Ustava, Parlament se okuplja u saziv *ex lege* (ili, prema izrazu iz Ustava, „*de plein droit*“), a donji dom (Nacionalna skupština) ne može da bude raspuštena tokom trajanja vanrednog stanja.⁸⁹ Međutim, doktrinom koju je formulisao u toku primene svojih vanrednih ovlašćenja 1961. godine, predsednik De Gol porekao je pravo Parlamenta da, pošto se, u skladu sa slovom Ustava, okupi u saziv, pribegne uobičajenom zakonodavnom radu.⁹⁰ Dalje, u Francuskoj je i dalje na snazi i jedan zakon (*Loi Tréveneuc*) usvojen 1872. godine, kojim se predviđa da, u slučaju protivustavnog raspuštanja Nacionalne skupštine, opšti saveti (*conseils généraux*), koji se od 2015. godine nazivaju lokalnim savetima (*conseils départementaux*), vrše ovlašćenja na planu zaštite javnog reda.⁹¹ Uz to, shodno jednom tumačenju Ustavnog saveta iz 1992. godine, predsednik ne može da pristupi ustavnoj reviziji tokom vanrednog stanja.⁹² Napokon, iako po slovu Ustava mišljenje Ustavnog saveta nije obavezujuće, ono na teorijskom planu predstavlja „ozbiljno ograničenje proširenih ovlašćenja šefa države“, kao i „jemstvo protiv bilo kakve arbitrarne upotrebe“ ovlašćenja iz čl. 16.⁹³

6. Zaključak

Iako je odredbom čl. 16 Ustava vanredno stanje u Francuskoj uvršteno u ustavnu materiju, u normativnom arsenalu koji stoji na raspolaganju francuskim vlastima u okolnostima vanrednog stanja najubojitije sredstvo predstavlja zakonski akt i njegova ekstenzivna primena. Na planu upotrebe izvršnih nadležnosti u vanrednim okolnostima jednostavniji pravac predstavlja primena ZVS, a ne samog Ustava, pa bi zato u samom ustavnom dokumentu

⁸⁸ *Ibid.* Zanimljivo je da je izvestilac donjeg doma kao argument u odbranu ovog predloga naveo i da „državljanstvo nije samo formalno vezivanje (*un rattachement formel*) za neku državu, već i veza pripadanja (*un lien d'appartenance*) kulturi i skupu vrednosti (*un ensemble des valeurs*)“, te je dopušteno oduzeti državljanstvo licima koja „usled naročite težine njihovih zločina, sami prekinu tu vezu“ - *ibid.*

⁸⁹ Čl. 16, st. 5 i st. 6.

⁹⁰ S.-L. Formery, 50.

⁹¹ *Ibid.*, 49.

⁹² Reč je o presudi i u predmetu „Maastricht II“: J.-C. Zarka, 115.

⁹³ *Ibid.*

trebalo da budu sadržane dodatne garancije protiv dugog trajanja vanrednog stanja, kao i one koje bi bile postavljene u svrhu zaštite osnovnih prava i sloboda. Francuska javnost, koja je izvesno traumatizovana terorističkim napadima u toku tekuće decenije, ima pravo da očekuje odgovornu reakciju države na potencijalnu novu opasnost uzrokovanu terorističkim i srodnim pretnjama. Opisana reakcija, ipak, ne može da bude biti potpuna niti adekvatna bez poštovanja načela podele vlasti i održavanja pravične ravnoteže između slobode i bezbednosti. Izmena postojećeg ustavnog, ali i zakonodavnog okvira u svrhu ograničavanja aparata državne prinude bila bi neposredan doprinos suzbijanju tendencija uvođenja „ustavnog režima krize“, u kojem predsednik i upravni aparat vrše nadležnosti koje su zapravo, u redovnom stanju državnih prilika, predmet staranja zakonodavca i (ustavnog) sudije.

Čitaoca koji je sklon demokratskim institucionalnim rešenjima na planu kontrole vanrednih ovlašćenja ohrabruje činjenica da se od predloga konstitucionalizacije naročito represivnih elemenata odustalo usled nedovoljne parlamentarne podrške takvoj ideji. U ovom su radu navedeni i (usamljeni, ali pažnje vredni) naponi Ustavnog saveta na planu kontrole vanrednih ovlašćenja predsednika i bezbednosnog aparata. Ipak, valja, kao naročitu pouku, pomenuti jedan podatak. U godini u toku čijeg je čitavog trajanja vanredno stanje zadržano na snazi (radi se o 2016. godini), jedan sudija Apelacionog upravnog suda u Parizu objavio je (veoma sadržajnu i korisnu) studiju u kojoj je, *inter alia*, naveo da su kritike na račun sadržine čl. 16 Ustava „umirene protekom vremena“, pošto „izgleda da upotreba kriznih ovlašćenja više nije aktuelno pitanje, a i brige [na tom planu] pale su u zaborav“.⁹⁴ Pošto je, najkasnije datumom ukidanja vanrednog stanja u Francuskoj, navedeni zaključak prestao da ima bilo kakvu relevantnost, njegova korist sastoji se u nalaganju budućim istraživačima da budu oprezniji prilikom donošenja sličnih preuranjenih i previše optimističnih procena.

Literatura

Brasme P., *Histoire de la République française et de ses présidents*, Rennes 2007.
Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH) – France,
*Rapport de mission internationale d'enquête, Mesures antiterroristes
contraires aux droits humains: Quand l'exception devient la règle*, jun
2016/N. 676f.

⁹⁴ S.-L. Formery, 51.

- Formery S.-L., *La Constitution commentée : article par article*, Paris 2016.
- Gaïa P., Ghevoantian R., Melin-Soucramanien F., Oliva E., Roux A., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris 2016.
- Jovanović M., „Polupredsednički režim Francuske V Republike“, u: *Uvod u pravo Francuske* (ur. Oliver Nikolić, Vladan Petrov), Beograd 2013.
- “Macron v jihadism: Two years after Bataclan, France ponders how to fight terrorism”, *The Economist*, 11.11. 2017.
- Zarka J.-C., *Le Président de la V^e République*, Paris 2006.

Pravni izvori

- Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf, 08.04.2018.
- Predlog Zakona kojim se osnažuju unutrašnja bezbednost i borba protiv terorizma, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=F6A0E782F308352A7B4E2D3C2268559A.tplgfr30s_3?idArticle=JORFARTI000035932818&cidTexte=JORFTEXT000035932811&dateTexte=29990101&categorieLien=id, 06.04.2018.
- Ustav Francuske Pete Republike od 1958. godine, <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>, 01.04.2018.
- Ustavna povelja od 1814., <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814.5102.html>, 17.04.2018.
- Zakon kojim se osnažuju unutrašnja bezbednost i borba protiv terorizma, Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/10/30/IN-TX1716370L/jo/texte>, 12.04.2018.
- Zakon kojim se produžava primena Zakona o vanrednom stanju, Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033651975&categorieLien=id>, 10.04.2018.
- Zakon o unutrašnjoj bezbednosti, Code de la sécurité intérieure, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000025503132>, 06.04.2018.
- Zakon o vanrednom stanju, Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350>, 05.04.2018.

Internet izvori

- “Assembly votes to write state of emergency into constitution”, <http://en.rfi.fr/general/20160209-french-lower-house-votes-write-state-emergency-constitution>, 05.04.2018.
- Chrisafis A., “France under first nationwide state of emergency since 1961”, <https://www.theguardian.com/world/2015/nov/16/france-nationwide-state-of-emergency>, 05.04.2018.
- “Cibles, auteurs ..., radiographie des 78 projets d’attentat recensés en France depuis 2013 : Quatre années de menace terroriste”, http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/visuel/2018/03/30/2013-2018-la-radiographie-du-terrorisme-en-france_5278743_4355770.html, 06.04.2018.
- “Deux jours après les attentats : la France en deuil, un assaillant recherché”, http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/15/pendant-quel-enquete-se-poursuit-la-france-se-recueille_4810269_4809495.html, 04.04.2018.
- “État d’urgence et article 16 : Pourquoi Hollande veut-il réviser la Constitution”, http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/11/16/etat-d-urgence-et-article-16-pourquoi-hollande-veut-il-reviser-la-constitution_4811353_4355770.html, 06.04.2018.
- “France to extend state of emergency until presidential election”, <https://www.theguardian.com/world/2016/dec/14/french-parliament-votes-to-extend-state-of-emergency-until-after-2017-elections>, 04.04.2018.
- Jacob E., “État d’urgence : chronique d’un dispositif contesté”, <http://www.lefigaro.fr/politique/2017/07/03/01002-20170703ARTFIG00306-etat-d-urgence-chronique-d-un-dispositif-conteste.php>, 06.04.2018.
- Jacquin J.-B., Pascal J., “Deux ans après, la fin de l’état d’urgence”, http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/10/31/la-fin-de-l-etat-d-urgence_5208400_1653578.html, 08.04.2018.
- Kassem R., “France’s Real State of Emergency”, *The New York Times*, Aug 4, 2016, <https://www.nytimes.com/2016/08/05/opinion/frances-real-state-of-emergency.html>, 05.04.2018.
- “Macron acte la fin de l’état d’urgence, remplacé par la loi antiterroriste”, <https://www.ladepeche.fr/article/2017/10/30/2675500-macron-signe-loi-antiterroriste-entre-vigueur-mardi.html>, 04.04.2018.
- Odluka Ustavnog saveta, Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, JORF n°0065 du 17 mars 2017 texte n° 67, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-624-qpc/decision-n-2017-624-qpc-du-16->

mars-2017.148771.html, 11.04.2018.

Paye J.-C., "Sovereignty and the State of Emergency: France and the United States", 01.01.2017, <https://monthlyreview.org/2017/01/01/sovereignty-and-the-state-of-emergency>, 05.04.2018.

Platiau C., "French parliament extends state of emergency after IS Paris attacks", <http://en.rfi.fr/france/20151119-french-parliament-extends-state-emergency-after-paris-attacks>, 05.04.2018.

Tekst predloga Ustavnog zakona o zaštiti Nacije (*Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*), <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0678.asp> (verzija koja je bila pred članovima Narodne skupštine), 05.04.2018, odnosno <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2015-2016/395.html>, 05.04.2018 (verzija o kojoj je trebalo da se izjasne članovi Senata). On je pripremljen na osnovu „Izveštaja Odbora za ustavne zakone, zakonodavstvo i opšte upravljanje Republike o Nacrtu Ustavnog zakona br. 3381 o zaštiti Nacije“ (Izveštaj, koji sadrži preko 200 strana teksta (više od 80 hiljada reči), <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3451.asp>, 06.04.2018).

Vladimir Mikić, PhD

Associate Expert, University of Belgrade

IMPLICITE CONSTITUTIONAL CONSEQUENCES OF THE STATE OF EMERGENCY IN FRANCE (2015-2017)

Summary

The state of emergency which lasted for almost two years represents an unprecedented event in the constitutional history of the French Fifth Republic. In addition to being characterized by unduly long, it also debilitated judicial and parliamentary mechanism for scrutiny of the president's powers, as well as those of police and security forces. At the same time, the executive has shown a tendency to exert scope of authority in the manner that is excessive in comparison to its constitutionally designed emergency prerogatives. Additionally, fundamental individual rights, and not only those contained in rules on guarantees of fair criminal procedure, have suffered limitations that are not easily justifiable by

the need to protect the highest values of the Republic. This article is dedicated to examining the introduction of legal and factual conditions for the potential long-term disturbance of some of the basic components of the constitutional order of France.

Keywords: France; state of emergency, President of the Republic, emergency prerogatives.

OSTVARIVANJE SARADNJE U STEČAJNIM POSTUPCIMA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI: PRIMER PROTOKOLA**

Apstrakt

Predmet rada su stečajni protokoli kao osoben izvor stečajnog prava. Reč je sporazumima između učesnika u stečajnom postupku kojima se rešavaju brojna značajna pitanja u cilju ostvarivanja saradnje i komunikacije među učesnicima. Protokoli su karakteristični za međunarodni stečaj i njima se nastoje prevazići razlike između pravnih sistema koje mogu biti značajna prepreka ostvarivanju najvećeg mogućeg namirenja poverilaca ili efikasnom sprovođenju postupka reorganizacije. Poseban značaj ovog instrumenta uočava se u slučaju grupa društava gde se svaka članica grupe u stečaju tretira kao zaseban entitet, ali gde je u cilju očuvanja ekonomske vrednosti grupe potrebna saradnja između stečajnih upravnika i/ili sudova. Predmet rada posebno dobija na značaju, jer nova Uredba o stečajnim postupcima Evropske unije po prvi put eksplicitno predviđa upotrebu protokola kao mehanizama saradnje (Recital 49). To će svakako imati šire implikacije na stečajno pravo zemalja kontinentalnog prava i doprineti širenju upotrebe protokola.

Ključne reči: međunarodni stečaj, saradnja, protokoli.

1. Uvodna razmatranja

Tokom svog postojanja privredni subjekt može biti povezan sa više različitih pravnih sistema po osnovu poslovnih aktivnosti koje sprovodi – može imati imovinu, poverioce ili dužnike na prostoru više zemalja. Sve dok kompanija dobro posluje, njene prekogranične aktivnosti ne bi trebalo da stvaraju veće probleme. Međutim, kako se može prolaziti kroz

* Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: a.visekruna@iup.rs.

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

različite faze poslovnog uspeha, moguće je da će u jednom trenutku doći i do njenog finansijskog kraha. U tom slučaju mogu nastupiti problemi – neophodno je rešiti koji će sud biti nadležan za sprovođenje stečajnog postupka i koje pravo će biti merodavno.¹ Posebni problemi nastaju ako nije reč samo o jednom privrednom subjektu, već o grupi privrednih društava gde se finansijske teškoće jedne članice grupe mogu negativno odraziti na položaj drugih članica grupe.

U međunarodnom stečaju uočavaju se dva suprotstavljena interesa – interes zemlje gde se nalazi imovina koja će nastojati da zadrži imovinu na svojoj teritoriji u cilju namirenja lokalnih poverilaca i interes zemlje registrovanog sedišta dužnika, koja će nastojati da prikupi svu imovinu dužnika, bez obzira gde se ona nalazi.² Ovi interesi mogu biti pomireni ili ako se države odreknu nadležnosti u konkretnom slučaju u pogledu imovine koja se nalazi na njihovoj teritoriji kako bi se stvorio jedinstven forum za sprovođenje postupka i raspodelu celokupne imovine, ili ako se razviju alternativne metode kojima će se postići takav rezultat u praksi.³

U praksi se pokazalo da sudovi nisu voljni da se odreknu svoje nadležnosti u konkretnom stečajnom postupku. Da bi se postiglo najpovoljnije namirenje poverilaca ili efikasno sprovođenje postupka reorganizacije, neophodno je da organi stečajnog postupka međusobno saraduju. Kako na međunarodnom nivou ne postoje potrebni instrumenti koji bi predstavljali osnov za tu saradnju, ili, ako postoje, domen njihove primene je ograničen na uzak krug zemalja, praksa je morala da pronađe način da reši izazove sa kojima se suočavala u međunarodnom stečaju. Rešenje je pronađeno u specifičnom mehanizmu saradnje između učesnika u postupku – stečajnom protokolu.

Pomenuta tema posebno dobija na značaju imajući u vidu činjenicu da nova Uredba o stečajnim postupcima⁴ Evropske unije eksplicitno pred-

¹ J. Altman, "A Test Case in International Bankruptcy Protocols: The Lehman Brothers Insolvency", *San Diego International Law Journal*, Vol. 12, 2/2011, 465.

² V. Čolović, „Lex fori concursus as the basic rule in the international bankruptcy“, *Strani pravni život* 4/2016, 85-86. Ideja da nad celokupnom imovinom stečajnog dužnika, bez obzira na to gde se ona nalazi, treba otvoriti jedan stečajni postupak odraz je principa univerzalnosti, dok shvatanje da svaka država u kojoj dužnik ima imovinu treba da otvori stečajni postupak koji bi obuhvatao tu imovinu odražava princip teritorijalnosti. Za više v. V. Radović, *Stečajno pravo – knjiga druga*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2017, 418-447.

³ A. Nielson, M. Sigal, K. Wagner, „The Cross-Border Insolvency Concordat: Principles to Facilitate the Resolution of International Insolvencies“, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 70, 1996, 534.

⁴ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, *OJL* 141, 5.6.2015, p. 19–72.

viđa protokole kao mogući oblik ostvarivanja saradnje među organima stečajnog postupka. Kako je reč o mehanizmu čija upotreba postaje imperativ,⁵ ali koji se nije do sada preterano koristio na evropskom tlu, jasno je da je neophodno razumeti na kojim principima protokoli funkcionišu.

2. Izazovi međunarodnog stečaja

Globalizacija i tehnološki napredak doveli su do uklanjanja barijera u međunarodnoj trgovini i širenja poslovnih aktivnosti kompanije na međunarodno poslovno okruženje.⁶ Internacionalizacija poslovnih aktivnosti, međutim, povećava verovatnoću da, u slučaju finansijskih teškoća, posledice stečaja neće biti ograničene samo na jednu zemlju.⁷ Stečajni postupci sa elementom inostranosti mogu biti neefikasni, dugi i skupi, zbog nepostojanja doslednih i uniformnih stečajnih normi različitih zemalja, kao i zbog razlika u jeziku i tradiciji.⁸

Način na koji će se sprovoditi stečajni postupak nad kompanijom koja je povezana sa više zemalja može poprimiti različite modalitete. Moguće je otvoriti više glavnih postupaka u različitim pravnim sistemima uz saradnju organa postupka (paralelni postupci), moguće je da se u odnosu na istog dužnika otvori više partikularnih postupaka u različitim zemljama, da se istovremeno sprovodi glavni i sporedni stečajni postupak ili da se u pogledu jednog dužnika sprovode stečajni postupak u jednoj i nestečajni postupak u drugoj zemlji.⁹

⁵ B. Wessels, „A Glimpse into the Future: Cross-border Judicial Cooperation in Insolvency Cases in the European Union”, *International Insolvency Review*, Vol. 24, 2/2015, 97.

⁶ J. Altman, 466.

⁷ R. Mason, “Cross-Border Insolvency Law: Where Private International Law and Insolvency Law Meet”, in: *International Insolvency Law Themes and Perspectives* (ed. Paul J. Omar), Ashgate, Aldershot-Burlington 2008, 36.

⁸ S. C. Mohan, “Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?”, *International Insolvency Review*, Vol. 21, 3/2012, 200.

⁹ UNCITRAL, Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, United Nations, New York 2010, 28, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_eng.pdf, 28.08.2018; P. H. Zumbro, “Cross-Border Insolvencies and International Protocols—An Imperfect but Effective Tool”, *Business Law International*, Vol. 11, 2/2010, 160; C. Paulus, Judicial Cooperation in Cross-Border Insolvencies: An outline of some relevant issues and literature, 2011, 2-3, http://siteresources.worldbank.org/GILD/Resources/GJF2006JudicialCooperationInInsolvency_PaulusEN.pdf, 21.08.2018; D. Lord, Cross-border insolvency protocols – do they work?, 1, http://clients.squareeye.net/uploads/3sb/events/300904_lord.pdf, 26.08.2018. Paulus čak ukazuje i na mogućnost saradnje u slučajevima kada se otvara stečajni postupak nad dužnikom, a drugo lice (npr. direktor) usled okolnosti nastalih pre stečaja postaje subjekt nekog drugog postupka (krivičnog, poreskog i sl.). C. Paulus, 2-3.

Posebna situacija nastaje kada se kao subjekt stečajnog postupka pojavi kompanija koja je članica grupe društava. Bankrotstvo ili reorganizacija multinacionalne kompanije u finansijskim teškoćama predstavlja jednu od najkompleksnijih situacija u stečajnom pravu. Problem nastaje jer najčešće stečaj multinacionalne kompanije podrazumeva sprovođenje „niza nezavisnih, odvojenih i često nepovezanih postupaka, sa različitim, neretko suprotstavljenim ciljevima“.¹⁰ Postojanje snažne međuzavisnosti među članicama grupe može dovesti do potencijalno katastrofalnih rezultata kada jedna od članica grupe postane insolventna,¹¹ a ne uvaži se činjenica da je reč o delu jedne šire celine – grupe društava. Naime, stečaj grupe društava karakteriše to da se svaka članica grupe smatra zasebnim subjektom u stečajnom postupku i da svaka od njih može imati svoj jedinstveni centar glavnih interesa (COMI), što znači da se može otvoriti onoliko stečajnih postupaka koliko ima članica grupe i da se svaki postupak može sprovoditi u drugoj zemlji. Kako svaka država ima jedinstveno stečajno pravo, koje odražava drugačije društvene stavove i kulturne vrednosti,¹² to može dodatno zakomplikovati situaciju. Uzevši ove činjenice u obzir, jasno je zašto sprovođenja stečajnog postupka u slučaju grupe društava iziskuje uspostavljanje mehanizama saradnje među organima koji sprovode stečajni postupak nad članicama grupe. Ovo posebno dobija na značaju u slučaju kada se nastoji sprovesti postupak reorganizacije. U tom slučaju uspostavljanje saradnje bi omogućilo i olakšalo sprovođenje ovog postupka i doprinelo ekonomskoj efikasnosti, nižim troškovima i centralizovanoj kontroli restrukturiranja.¹³

Potreba prekogranične saradnje u stečaju mora da balansira između suverenosti države i shvatanja da ako sporo i neefikasno postupanje rađa značajne finansijske implikacije.¹⁴ Ekonomski pritisak na dužnika i poverioce da reše ove probleme doveo je do novih, pragmatičnih rešenja u velikom broju međunarodnih stečajeva.¹⁵

¹⁰ B. Leonard, “Managing Default by a Multinational Venture: Cooperation in Cross-Border Insolvencies”, *Texas International Law Journal*, Vol. 33, 1998, 543.

¹¹ E. Flaschen, A. Smits, L. Plank, “Foreign Representatives in US Chapter 11 Cases: Filling the Void in the Law of Multinational Insolvencies”, *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 17, 2001, 4.

¹² *Ibid.*

¹³ N. Wouters, A. Raykin, “Corporate Group Cross-Border Insolvencies between the United States & European Union: Legal & Economic Developments”, *Emory Bankruptcy Development Journal*, Vol. 29, 2012, 388.

¹⁴ E.T. Canuel, “United States-Canadian Insolvencies: Reviewing Conflicting Legal Mechanisms, Challenges and Opportunities for Cross-Border Cooperation”, *Journal of International Business and Law*, Vol. 4, 1/2005, 28.

¹⁵ R. Mason, 36.

3. Mehanizmi ostvarivanja prekogranične saradnje u stečajnom postupku

Međunarodna zajednica nastoji da pronađe mehanizme koji će omogućiti pravičnost, red i efikasnost u sprovođenju postupaka u slučaju međunarodnog stečaja.¹⁶ Uprkos naporima da se stvori harmonizovani pravni okvir za stečaj sa elementom inostranosti, i dalje postoje barijere za ostvarivanje potpune saradnje u sprovođenju međunarodnog stečaja usled kulturoloških i pravnih razlika između pravnih sistema, ali i proceduralnih izazova (npr. određivanja COMI).¹⁷ Time se ugrožava ne samo mogućnost spašavanja kompanija u finansijskim teškoćama i pravično i efikasno sprovođenje prekograničnog stečajnog postupka, već se onemogućava i zaštita i maksimizacija vrednosti imovine dužnika.¹⁸

Međunarodna saradnja u stečajnim postupcima može da se ostvari na nekoliko načina. Iako bi najlogičnije rešenje bilo donošenje međunarodne konvencije ili zaključivanje bilateralnog sporazuma, to se u praksi nije pokazalo kao efikasno.¹⁹ Najveći problem takvih instrumenata je činjenica da njihovo zaključivanje podrazumeva „sudar“ suverenih prava država.²⁰ Tradicionalni oblici diplomatske komunikacije nisu se pokazali kao najbolje rešenje.²¹ Mnogi od napora da se uspostavi prekogranična saradnja bili su ili regionalnog karaktera ili ih veći broj zemalja nije prihvatio.²² Inicijative na regionalnom nivou moguće su (i prikadne) samo u slučaju zemalja koje pripadaju jednom regionu i koje imaju slične pravne režime i snažne ekonomske i privredne veze.²³

¹⁶ Steven J. Weisz, Karen S. Park, “A Tale of Two Duties: Balancing Comity and Cooperation with Sovereignty in Cross-Border Insolvency Proceedings—A Distinctly Canadian Approach”, *The Journal of Private Equity*, Vol. 9, 2/2006, 105.

¹⁷ L. Barteld, “Cross-Border Bankruptcy and the Cooperative Solution”, *Brigham Young University International Law & Management Review*, Vol. 9, 1/ 2012, 41.

¹⁸ UNCITRAL, 9.

¹⁹ E. D. Flaschen, R. J. Silverman, “Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols”, *Texas International Law Journal*, Vol. 33, 1998, 589.

²⁰ B. Leonard, 546.

²¹ T. Halliday, B. Carruthers, *Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis*, Stanford University Press, 2009, 41; J. Spigelman, 25.

²² L. Barteld, 34.

²³ UNCITRAL, 10; P. J. Omar, “European Insolvency Regulation 2000: A Paradigm of International Insolvency Cooperation”, *Bond Law Review*, Vol. 15, 1/2003, 215. Regionalni naponi uočavaju se u pojedinim regionima – u jugoistočnoj Aziji, Latinskoj Americi, severnoj Evropi i centralnoj Africi. Najpoznatiji primeri su Montevideo konvencija i Bustamante kodeks (15 latinoameričkih država), Nordijska konvencija iz 1933. godine (Danska, Finska, Island, Norveška, Švedska) i OHADA (*Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*) iz 1995. godine koju su zaključile afričke zemlje. Za više v. V. Radović, 386-389.

Nepostojanje međunarodnih konvencija i brojnost i neusaglašenost nacionalnih stečajnih zakona predstavljaju prepreke za ostvarivanje koordinacije stečajnih postupaka.²⁴ Saradnja stečajnih organa i razmena informacija postaju ključni činioci u smanjenju troškova i povećanju efikasnosti sprovođenja stečajnog postupka sa elementom inostranosti.²⁵ U nedostatku adekvatnog zakona ili formalnog institucionalnog odgovora, praksa dugi niz godina nastoji da razvije odgovarajuće mehanizme radi prevazilaženja teškoća u međunarodnom stečaju.²⁶ U početku su ovi mehanizmi predstavljali rešenje za konkretan slučaj – *ad hoc* mehanizmi koji se odnose samo na dati praktični problem u datom slučaju. Vremenom, različite nevladine organizacije, stručna udruženja praktičara u oblasti stečajnog prava, počinju da rade na izradi principa i smernica koje treba da predstavljaju osnovu za izradu budućih rešenja.²⁷

3.1. Inicijativa Međunarodnog udruženja pravnika

Prvi pokušaj predstavlja aktivnost Komiteta J Međunarodnog udruženja pravnika (*Committee J International Bar Association*) kroz Model akt o međunarodnoj stečajnoj saradnji (*Model International Insolvency Cooperation Act*). Iako pomenuti akt nije bio primenjivan u praksi, bio je podstrek za dalji rad na pronalaženju rešenja za prevazilaženje problema u međunarodnom stečaju. Sledeći korak bilo je usvajanje Prekograničnog stečajnog konkordata.²⁸ Usvajanje Konkordata je odraz potrebe da se pronađe instrument koji će biti dovoljno precizan da obezbedi predvidljivost ali i dovoljno apstraktan da nađe primenu u različitim pravnim sistemima

²⁴ E. Flaschen, A. Smits, L. Plank, 4.

²⁵ C. Paulus, 1; J. Spigelman, Cross-border insolvency: co-operation or conflict?, 2008, 6, <http://ssrn.com/abstract=1800444>, 20.08.2018. Santen govori o tzv. "tri K konceptu" (*three C concept*) -koordinacija, komunikacija, kooperacija (*coordination, communication, cooperation*). B. Santen, "Communication and cooperation in international insolvency: on best practices for insolvency office holders and cross-border communication between courts", *ERA Forum*, Vol. 16, 2/2015, 230.

²⁶ UNCITRAL, 1; L. Daum, The Future of Cross-Border Insolvency Protocols From a Civil Law Perspective, master teza, 2009, 7, http://www.bobwessels.nl/site/assets/files/1292/masterthesislucasdaum_7.pdf, 20.08.2018. To se, zapravo, ne vidi samo kao prilika, već i obaveza da se poboljša trenutni međunarodni okvir koji se bavi rešavanjem ovih problema. B. Leonard, 544.

²⁷ B. Wessels, "A Global Approach to Cross-Border Insolvency Cases in a Globalizing World", *The Dovenschmidt Quarterly* 1/2013, 17.

²⁸ Cross-border Insolvency Concordat, 1995, <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/International%20Bar%20Association%20%20Cross-Border%20Insolvency%20Concor.pdf>, 21.08.2018

(tzv. master protokol).²⁹ Čini ga deset principa koji nemaju obavezujuću pravnu snagu, već su deo tzv. mekog prava.³⁰ Primena ovih principa u praksi nije posledica obaveze, već potrebe da se postigne efikasnost postupka i maksimalna vrednost imovine i ona predstavlja „dokaz njihove vrednosti i pokazatelj da oni postaju deo običajnog međunarodnog prava“.³¹

3.2. Principi Američkog pravnog instituta

Nakon potpisivanja NAFTA sporazuma, otpočeo je rad na Transnacionalnom stečajnom projektu u cilju stvaranja pravnog okvira za stečaj sa elementom inostranosti koji uključuje najmanje dve članice NAFTA-e.³² Cilj projekta je bio da se stvori set principa na temelju kojih učesnici u postupku mogu pregovarati u konkretnim slučajevima.³³ Pored principa, usvojene su i smernice koje se primenjuju na komunikaciju između sudova u prekograničnim stečajevima.³⁴

Primarni cilj navedenih principa bilo je unapređenje regionalne saradnje kroz razvoj prekogranične stečajne kooperacije.³⁵ Međutim, otišlo se i korak dalje, tako da su 2012. godine usvojene Smernice sa Globalnim principima za saradnju u slučajevima međunarodnog stečaja (*ALI Guidelines with the Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*). Sačinjene su tako da mogu da se koriste kako u zemljama kontinentalnog prava, tako i u zemljama *common law* sistema, i cilj im je

²⁹ T. Halliday, B. Carruthers, 49.

³⁰ V. Radović, 403.

³¹ D.H. Culmer, „The Cross-Border Insolvency Concordat and Customary International Law: Is It Ripe Yet“, *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 14, 1999, 590.

³² Rad na projektu imao je dve faze. U prvoj su analizirana i upoređivana zakonodavstva zemalja članica NAFTA sporazuma (SAD, Kanada i Meksiko) sa ciljem da se ukaže na postojeća zakonodavna rešenja i razlike koje postoje među njima. U drugoj fazi formulisani su zajednički principi saradnje podeljeni u tri dela: osnovni principi, proceduralni principi i zakonodavne preporuke. V. Radović, 398-399.

³³ L. Daum, 15.

³⁴ ALI, Principles of Co-operation among the NAFTA Countries, 2000, https://www.iiglobal.org/sites/default/files/6-ALI%20Principles%20of%20Co-operation%20in%20NAFTA%20Cross-Border%20Cases_0.pdf, 21.08.2018. i ALI, Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases, 2000, https://www.courts.gov.bc.ca/supreme_court/practice_and_procedure/practice_directions_and_notices/General/Guidelines%20Cross-Border%20Cases.pdf, 21.08.2018.

³⁵ V. Radović, 399.

da „pokriju“ sve zemlje sveta.³⁶ Njihova izrada podrazumevala je analizu u kojoj meri je izvodljivo da ALI NAFTA principi budu prihvaćeni širom sveta, bilo u postojećem obliku, ili ako je to neophodno, sa određenim modifikacijama ili varijacijama.³⁷

3.3. Evropske inicijative

Evropski pravni okvir karakteriše višedecenijska borba za pronalaženje adekvatnog pravnog okvira za regulisanje pitanja prekograničnog stečaja koja je okončana usvajanjem Uredbe o stečajnim postupcima.³⁸ Nakon donošenja ovog akta, postalo je jasno da odredbe čl. 31 kojim se uređuje pitanje prekogranične saradnje i koordinacije stečajnih postupaka nisu dovoljno precizne. Naime, iako je predviđena obaveza saradnje, nisu postojala detaljnija objašnjenja kako bi ona trebalo da se ostvaruje, niti koje će biti sankcije u slučaju da se ove obaveze prekrše.³⁹ Takođe, postojale su dve praznine u regulisanju ovog pitanja: 1) pravila o saradnji i koordinaciji usmerena su isključivo na postupanje stečajnih upravnika u postupcima koji se odnose na jednog stečajnog dužnika; 2) Uredba nije sadržala posebne odredbe koje se bave stečajem u slučaju grupa kompanija, niti saradnjom u tim postupcima.⁴⁰ U cilju prevazilaženja prve grupe nedostataka, pod okriljem INSOL Europe, usvojene su smernice za komunikaciju i saradnju u prekograničnom stečaju (tzv. CoCo Guidelines).⁴¹ Evropske inicijative se nisu tu zaustavile, tako da je 2015. godine

³⁶ American Law Institute, International Insolvency Institute, Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases, 2012, vii, https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/alireportmarch_0.pdf, 21.09.2018. „Njihova težnja ka globalnom se oslikava ne samo u njihovom imenu, već i u terminologiji koja se koristi, a koja nastoji da bude globalno primenljiva“. F. Van de Ven, *The Cross-Border Insolvency Protocol; what is it and what is in it? From a European Union Perspective*, master teza, 2015, 12, https://www.academia.edu/15056737/The_Cross-Border_Insolvency_Protocol_what_is_it_and_what_is_in_it_From_a_European_Union_Perspective, 20.08.2018.

³⁷ B. Wessels (2013), 17.

³⁸ Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, *Official Journal* L 160 , 30/06/2000, pp. 1 - 18. Za više o istorijatu usvajanja v. V. Radović, 391-398.

³⁹ S. Taylor, „The Use of Protocols in Cross Border Insolvency Cases“, in: *European Insolvency Regulation* (ed. Klaus Pannen), DeGruyter Recht, Berlin 2007, 681.

⁴⁰ M. Reumers, „Cooperation between Liquidators and Courts in Insolvency Proceedings of Related Companies under the Proposed Revised EIR“, *European Company and Financial Law Review*, *European Company and Financial Law Review* 4/2013, 557.

⁴¹ European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency, <https://www.insol-europe.org/technical-content/eir-2015-part-3>, 21.08.2018.

u okviru projekta JudgeCo⁴² usvojen još jedan set principa i smernica koji nastoji da olakša sprovođenje prekograničnog stečaja sa posebnim akcentom na države članice EU - EU principi sudske saradnje u međunarodnom stečaju (*EU cross-border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*) i Smernice za komunikaciju sudija u prekograničnom stečaju u EU (*EU cross-border Insolvency Court-to-Court Communication Guidelines*).⁴³ Navedeni akti izrađeni su oslanjanjem na ALI Globalne principe iz 2012. godine „na temelju sistemske procene mogućnosti njihovog prilagođavanja radi upotrebe u kontekstu Evropske unije“.⁴⁴ Takođe, iste godine je doneta i nova Uredba o stečajnim postupcima koja znatno više pažnje posvećuje pitanju saradnje u stečajnim postupcima. Eksplicitno se predviđa ostvarivanje saradnje između stečajnih upravnika (čl. 41), sudova (čl. 42) i sudova i stečajnih upravnika (čl. 43).⁴⁵ Predviđena je i saradnja u slučaju stečaja nad članicama grupe društava (čl. 56-58). Primjećeno je da deo koji se odnosi na grupe društava sadrži i primere kako se saradnja može sprovoditi u praksi, što izostaje u delu koji reguliše stečajni postupak u odnosu na jednog dužnika, ali se to može prevazići sistemskim tumačenjem teksta Uredbe.⁴⁶

3.4. UNCITRAL Model zakon⁴⁷

U istoriji međunarodnih stečajnih inicijativa posebno mesto zauzima rad UNCITRAL-a i izrada Model zakona, koji predstavlja set preporuka i usmeren je ka stvaranju efikasnih mehanizama za rešava-

⁴² Reč je o zajedničkom projektu Pravnog fakulteta u Lajdenu i Pravnog fakulteta Univerziteta Notingem pod vođstvom profesora Boba Veselsa (Bob Wessels) i Pola Omara (Paul J. Omar). U izradi projekta učestvovalo je preko četrdeset eksperata, od kojih su 25 bile sudije širom Evrope. Vid. B. Wessels (2015), 97.

⁴³ <http://www.tri-leiden.eu/uploads/files/eu-cross-border-insolvency-court-to-court-cooperation-principlespdf.pdf>, 15.09.2018.

⁴⁴ B. Wessels (2015), 98-99.

⁴⁵ Uočeno je da novi tekst Uredbe donosi ne samo kvalitativno unapređenje u ovom polju, već se i kvantitativno mnogo više bavi ovom tematikom. Tako je utvrđeno da se za razliku od stare Uredbe koja koncepte komunikacije, koordinacije i saradnje spominje samo u 12 puta, nova Uredba to čini 226 puta, što u tekstu, što u recitalima. Za detaljniju analizu v. B. Santen, 232.

⁴⁶ *Ibid.*, 234.

⁴⁷ United Nations, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, United Nations, New York 2014, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>, 20.08.2018.

nje slučajeve prekograničnog stečaja.⁴⁸ Prepoznajući značaj saradnje u međunarodnom stečaju, UNCITRAL donosi i poseban Praktični vodič. Cilj tog instrumenta je da ilustruje kako se rešavanje brojnih problema u prekograničnom stečaju može olakšati upotrebom sporazuma koji su skrojeni prema potrebama konkretnog slučaja i osobenostima zakona koji se primenjuje (tj. protokola).⁴⁹

* * *

Svi ovi akti pominju ili preporučuju kao mogući vid realizacije prekogranične saradnje protokole zaključene između organa stečajnog postupka i predstavljaju osnovu za njihovu izradu.⁵⁰

4. Protokoli kao mehanizmi saradnje u međunarodnom stečaju

4.1. Pojam i karakteristike

Protokol se definiše kao usmeni ili pisani sporazum zaključen sa namerom da se olakša koordinacija prekograničnih stečajnih postupaka i saradnja između sudova, sudova i stečajnih upravnika i stečajnih upravnika međusobno, uz mogućnost da budu uključena i druga zainteresovana lica.⁵¹

Takvi instrumenti su produkt međunarodne stečajne prakse i predstavljaju odgovor na neefikasnost regulative.⁵² Protokoli su *ad hoc* instrumenti.⁵³ Reč je o pojedinačnim pravnim izvorima koji se primenjuju samo u između tačno određenih stečajnih postupaka.⁵⁴ Svaki protokol je individualiziran, tj.

⁴⁸ V. Radović, 403-409.

⁴⁹ UNCITRAL, 1.

⁵⁰ Vid. npr. čl. 27 (d) UNCITRAL Model zakona; CoCo Guidelines, princip 12.4; nova Uredba o stečajnim postupcima, recital 49.

⁵¹ UNCITRAL, 4. UNCITRAL prepoznaje da se ovi instrumenti pojavljuju pod brojnim imenima ("protokol", "ugovori o upravljanju stečajnim postupkom", "sporazumi o saradnji i kompromisu", "memorandum o razumevanju"), a opredeljuje se da koristi termin „prekogranični stečajni sporazum“, jer se smatra da termin protokol ne odražava u punoj meri raznovrsnu prirodu ovo instrumenta. UNCITRAL, 3.

⁵² F. Van de Ven, 47.

⁵³ S. Landolt, The Cross-Border Insolvency Concordat And Its Application In The Us-Switzerland Case Re AIOC Resources, 2004, 6, https://www.iiglobal.org/sites/default/files/2-Landolt_0.pdf, 24.08.2018; F. Van de Ven, 21.

⁵⁴ V. Radović, 401.

kreiran imajući u vidu osobenosti i potrebe konkretnog slučaja.⁵⁵ Oni predstavljaju najadaptabilniji pravni izvor, jer nude maksimalnu mogućnost prilagođavanja.⁵⁶ Koriste se u svrhu olakšavanja prekogranične saradnje i koordinacije više stečajnih postupaka u različitim zemljama koji su pokrenuti u odnosu na istog dužnika, pretežno kroz harmonizaciju proceduralnih pitanja.⁵⁷

4.2. Pravna priroda protokola

Jedno od ključnih pitanja za bolje razumevanje instituta protokola je vezano za njihovu pravnu prirodu. U jednom od teorijskih razmatranja uočena su tri moguća pristupa: „obavezujući“ protokol (*das verbindliche Protokoll*), po karakteristikama najbližnji ugovoru, „neobavezujući“ (*das unverbindliche Protokoll*) koji je u suštini džentlmenski sporazum i „u principu neobavezujući protokol“ (*das grundsätzlich unverbindliche Protokoll*) koji je po pravnoj prirodi smernica.⁵⁸ Opredeljivanje za jedan od ova tri pristupa nosi sa sobom dileme na polju odnosa fleksibilnosti instrumenta i pravne sigurnosti, kao i pitanje mogućnosti prinudnog ostvarenja ugovorenog, odnosno postojanja sankcija.

Neretko se ističe i kontradiktorna priroda protokola koja se ne priklanja isključivo ni principu univerzalnosti niti principu teritorijalnosti.⁵⁹ Protokoli nastoje da promovišu efikasnu, međunarodnu koordinaciju i sprovođenje više stečajnih postupaka, a istovremeno služe zaštiti lokalnih prava.⁶⁰ Protokoli se u ovom „procepu“ nalaze usled nastojanja da promovišu princip *comity*,⁶¹ a da istovremeno ispoštuju nezavisnost sudova.⁶² Iako polaze od načela teritorijalnosti, oni uvažavaju i načelo univerzalnosti tako da su primer principa modifikovane univerzalnosti.⁶³

Određivanje pravne prirode protokola značajno je zbog određivanja suda pred kojim će se postupak sprovoditi i merodavnog prava koje će se na njih primenjivati. Upotreba protokola u pravu EU postavlja pita-

⁵⁵ S. Taylor, 682; V. Radović, 401.

⁵⁶ V. Radović, 401.

⁵⁷ UNCITRAL, 27.

⁵⁸ To je podela koju pravi nemački autor Mario Hortig, M. Hortig, *Kooperation von Insolvenzverwaltern*, Nomos, Baden-Baden 2008, 216-231, navedeno prema: L. Daum, 17.

⁵⁹ *Ibid.*, 42.

⁶⁰ E. D. Flaschen, R.J. Silverman, 589.

⁶¹ Za detaljnu analizu ovog instituta v. V. Čolović, „Institut *comity* u međunarodnom stečaju - sa posebnim osvrtom na pravo SAD“, *Strani pravni život* 2/2011, 61-82.

⁶² L. Daum, 43.

⁶³ V. Radović, 402.

nje odnosa Uredbe o stečajnim postupcima i Brisel I Regulative,⁶⁴ što je razmatrano je u slučaju *Nortel*.⁶⁵ Sud je našao da prava i obaveze u datom slučaju, uključujući i one koje nastaju iz ugovora o koordinaciji (protokola) „direktno proizlaze iz stečajnog postupka, sa njim su usko povezana i svoju osnovu pronalaze u posebnim pravilima stečajnog postupka“ i da kao takva potpadaju pod primenu Uredbe.⁶⁶ Međutim, neka prava i obaveze u protokolima neće nužno nalaziti svoje izvorište u pravilima koja su specifična za stečajno pravo, što znači da se neće primenjivati Uredba, već Brisel I, čime sud prihvata dvojnu prirodu protokola – ugovorna priroda protokola i protokol kao konkretizacija javne, stečajne dužnosti.⁶⁷ Mogućnost i način izvršenja protokola će takođe u velikoj meri zavisiti od njihove pravne prirode. Ako ih odobre sudovi, oni stiču status sudske odluke i kao takvi se izvršavaju; u suprotnom, oni predstavljaju ugovore između stranaka i shodno tome se izvršavaju.⁶⁸

4.3. Sadržaj

Protokoli nemaju unapred određenu formu i sadržaj već su usmereni ka rešavanju pitanja koja su jedinstvena za svaki slučaj.⁶⁹ Prilikom kreiranja protokola moraju se uzeti u obzir potrebe konkretnog slučaja i lica koja su u njega uključena, kao i lokalne prilike, uključujući i relevantno pravo.⁷⁰ Upravo fleksibilnost i mogućnost da se prilagode okolnostima konkretnog slučaja i osobenostima stečajnog režima čini protokole efikasnim.⁷¹

Sadržina protokola može zavisiti i od toga u kojim zemljama se sprovode stečajni postupci – oni će biti detaljniji u zemljama koje imaju zajedničku pravnu tradiciju, dok će drugim slučajevima (npr. u slučaju

⁶⁴ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters – Brisel I, *Official Journal L 012, 16/01/2001*, p. 0001 – 0023. Brisel I se bavi pitanjem određivanja nadležnosti u građanskim i trgovačkim stvarima i čl. 1 (2) (b) iz svog domena primene isključuje pitanja koja se odnose na stečajno pravo.

⁶⁵ Judgment of the Court (First Chamber) of 11 June 2015, *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA and Others v Cosme Rogeau liquidator of Nortel Networks SA and Cosme Rogeau liquidator of Nortel Networks SA v Alan Robert Bloom and Others*, Case C-649/13.

⁶⁶ *Ibid.*, par. 29.

⁶⁷ F. Van de Ven, 32.

⁶⁸ UNCITRAL, 36.

⁶⁹ E.T. Canuel, 14.

⁷⁰ F. Van de Ven, 46; UNCITRAL, 7.

⁷¹ P.H. Zumbro, 168.

zemlje anglosaksonskog i kontinentalnog prava) oni biti više usmereni ka proceduralnim pitanjima.⁷²

Na sadržinu može uticati i trenutak njihovog nastanka. Ako je usvojen tokom trajanja postupka, protokol je usmeren na rešavanje pitanja i problema koji su već iskršli, dok ako je usvojen pre početka postupka, nastojaće da pruži smernice u pogledu pitanja za koje se veruje da se mogu pojaviti.⁷³

Iako je svaki protokol osoben, postoji određeni krug pitanja koja su po pravilu u sadržana u tekstu ovog akta: cilj i svrha protokola, pravo poverilaca i stečajnog upravnika da se pojave pred stranim sudom, komunikacija i saradnja, očuvanje imovine i priznavanje moratorijuma, interkompanijska potraživanja.⁷⁴

4.4. Nedostaci protokola

Uprkos prepoznavanju protokola kao značajnog instrumenta saradnje u međunarodnom stečaju, uočeni su i neki njihovi nedostaci i problemi koje sa sobom nosi njihova upotreba.⁷⁵ Kao osnovni nedostatak ističe se činjenica da oni nisu pogodni za sve vrste prekograničnih stečajeva, jer se mahom koriste u zemljama *common law* sistema, nisu pogodni kada je

⁷² E. D. Flaschen, R. J. Silverman, 599.

⁷³ M. Maltese, Court-to-court protocols in cross-border bankruptcy proceedings: differing approaches between civil law and common law legal systems, 24, https://www.iiuglobal.org/sites/default/files/media/maltese_michele%20submission.pdf, 27.08.2018.

⁷⁴ P. H. Zumbro, 168-169. Smatra se da bi bilo dobro da protokol pokrije sledeće teme: raspodelu odgovornosti za unovčavanje imovine, raspodelu troškova između postupaka, način komunikacije sa poveriocima, prijavu i utvrđivanje potraživanja poverilaca, vremenski okvir okončanja postupka, način komunikacije (pitanja koja nisu predviđena unapred). S. Taylor, 682-683.

⁷⁵ Najopsežniju kompilaciju negativnih aspekata primene protokola dao je profesor Bob Wessels, koji je istakao deset prigovora koji se mogu izneti na račun ovog instrumenta: 1) svaki protokol je izgubljena prilika da se donese revolucionarna presuda kojom se rešavaju materijalna pitanja međunarodnog privatnog prava; 2) većina protokola je usmerena na proceduralna, administrativna i praktična pitanja, bez regulisanja pitanja materijalnog prava; 3) čini se da je praktična primena ograničena u slučajevima kada postoje više od tri jurisdikcije, jer komunikacija u takvim slučajevima nije izvodljiva; 4) pitanje je da li se isplati dugotrajan proces pregovaranja u vezi sa protokolom koji će verovatno dovesti do velikih troškova; 5) postoje situacije u kojima zaključivanje protokola neće biti dozvoljeno; 6) ako je protokol zaključen na početku postupka, verovatno neće biti dovoljno fleksibilan da reši neočekivane događaje tokom postupka; 7) poverioci neće unapred znati sadržinu protokola; 8) pravni status protokola je neizvestan; 9) za pojedine zemlje se može javiti pitanje da li će sud imati ovlašćenja da pruži pomoć u sprovođenju protokola; 10) ad hoc protokoli će stvoriti nedoslednosti. Vid. B. Wessels, Cross-border insolvency agreements: what are they and are they here to stay?, 2011, 10-11, <http://www.bobwessels.nl/site/assets/files/1405/cross-border-agreements-nijmegen-final.pdf>, 03.09.2018.

uključeno više od dve ili tri zemlje i nisu adekvatni instrumenti kada se sprovodi prekogranični stečaj koji uključuje grupu društava.⁷⁶ Većina ovih argumenata se danas može pobiti, jer ih je praksa demantovala.⁷⁷ Jedino stoji da što je veći broj pravnih sistema uključen, to će biti teže postići sporazum i moraće da se prave ustupci da bi sadržaj bio prihvatljiv za sve učenike.⁷⁸ Takođe, kod grupa društava kao ozbiljan problem ističe se činjenica da veći broj učesnika znači i veće transakcione troškove i mogućnost da pojedini učesnici ne žele da se dogovor postigne (tzv. *hold out principals*).⁷⁹ Protokolima se zamera što su prevashodno ekonomski, a ne pravni mehanizam, jer se ne bave osobenostima nacionalnog stečajnog zakonodavstva, niti pitanjima međunarodnog privatnog prava.⁸⁰

4.5. Neki najznačajniji protokoli

Uprkos *ad hoc* karakteru i individualnoj prirodi protokola, mogli bismo da ih klasifikujemo u tri grupe prema tome iz kojih su zemalja učesnici koji ih zaključuju – zemalja *common law* sistema, dva različita pravna sistema, ili država članica EU. Ova podela treba da ukaže na činjenicu da upotrebu ovog mehanizma i njegovu sadržinu u velikoj meri određuje i poreklo stečajnih organa koji treba da uspostave saradnju. Uočeno je da zajednička pravna tradicija, geografska bliskost, ekonomska razmena u značajnoj meri utiču na primenu ovog mehanizma saradnje u praksi.

4.5.1 Protokoli između stečajnih organa iz *common law* zemalja

Protokoli se prvi put kao izvor prava pojavljuju krajem XX veka. Prvi stečajni protokol zaključen je u slučaju *Maxwell*.⁸¹ Nakon smrti Ro-

⁷⁶ E. Flaschen, A. Smits, L. Plank, 13-14.

⁷⁷ L. Daum, 44 i dalje.

⁷⁸ *Ibid.*, 47.

⁷⁹ A. V. Sexton, "Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law, and the EU Insolvency Regulation", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, 2/2011, 823.

⁸⁰ R. Mason, 36.

⁸¹ *Re Maxwell Communication plc*, Between the United States and the United Kingdom. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Tina L. Brozman), Case No. 91 B 15741, (January 15, 1992) and the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991, (December 31, 1991).

berta Maksvela, postavilo se pitanje sudbine njegovog medijskog carstva sastavljenog od više stotina kompanija rasutih širom sveta. Problem je nastao kada su stečajni postupci otvoreni i u SAD i UK, dva pravna sistema u kojima se nalazila glavnina imovine i obaveza kompanije. Od ključne važnosti je bilo uspostavljanje balansa između dva modela korporativnog upravljanja u stečaju – modela lične uprave stečajnog dužnika (*debtor in possession*) američkog prava i modela administracije u pravu UK. Uspostavljanje saradnje je bio jedini način da se spreči propadanje kompanije usled brojnih prekograničnih sporova.⁸² Kako su ciljevi zacrtani protokolom postignuti, otvorena su vrata za buduće protokole i saradnju među učesnicima u postupku u međunarodnom stečaju.⁸³ Slučaj *Maxwell* je pokazao da instrument poput protokola može biti mnogo lakše razvijen i primenjen nego niz drugih, zahtevnijih instrumenata kao što su konvencije, ugovori, model zakoni.⁸⁴

Najveći broj protokola zaključen je između SAD i Kanade. To i ne čudi imajući u vidu geografsku blizinu dve zemlje, slične pravne sisteme i vrednosti na kojima počivaju, kao i snažne ekonomske veze i značajnu trgovinsku razmenu između ovih zemalja. Za odnose ove dve zemlje od posebnog značaja je bio protokol u slučaju *Loewen Group*,⁸⁵ jer je predstavljao osnovu na kojoj će biti uspostavljena saradnja između SAD i Kanade u brojnim slučajevima prekograničnog stečaja u godinama koje su usledile.⁸⁶

4.5.2 Protokoli između stečajnih organa iz anglosaksonskih zemalja i zemalja kontinentalnog prava

Iako su protokoli karakteristični za zemlje *common law* sistema, njihova primena nije ograničena na te zemlje, tako da su postojali slučajevi u kojima su oni svoju primenu našli u situacijama kada je dužnik povezan sa zemljama anglosaksonskog i kontinentalnog prava. Prvi takav

⁸² Treba naglasiti da je u ovom slučaju značajnu ulogu odigrao i poseban učesnik u postupku tzv. *examiner*. On postupka kao stranka bez ličnog interesa i njegov glavni cilj je da olakša sprovođenje dva ili više postupaka, a istovremeno igra i ulogu medijatora. E. Flaschen, A. Smits, L. Plank, 8-9.

⁸³ J. Altman, 491.

⁸⁴ T. Halliday, B. Carruthers, 48-49.

⁸⁵ Re *Loewen Group*, Between United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Chief Judge Peter J. Walsh) Case No. 991244 (June 30, 1999) and Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley) Case No. 99CL3384 (June 1, 1999).

⁸⁶ B. Wessels, B. A. Markell, J. J. Kilborn, "Convergence through Legislation and Professional Cooperation", in: *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford University Press, 2009, 188.

protokol zaključen je u slučaju *Nakash* između SAD i Izraela.⁸⁷ Specifičnost odnosa ove dve grupe zemalja ogleda se u činjenici da u zemljama anglosaksonskog prava stečajne sudije uživaju visok nivo slobode u pogledu moguće saradnje i generalno primene pravila stečajnog postupka, dok u zemljama kontinentalnog prava to nije slučaj, budući da su sudije ograničene zakonskim odredbama.⁸⁸ Ukazuje se i da je za potpuno razumevanje odnosa ova dva sistema nužno sagledati i protokole koji se nisu realizovali.⁸⁹ Kao primer se uzima slučaj *Lernout&Hasupie Speech Product* u kome se pregovaralo između stečajnih organa Belgije i Delavera. Razlog neusvajanja protokola je bilo pitanje subordinacije potraživanja, koje je dozvoljeno u američkom, ali ne i belgijskom pravu. Ovo je pokazatelj da države uprkos tome što se zna koliko je značajna saradnja u međunarodnom stečaju, imaju granicu koju ne žele da pređu i principe od kojih ne žele da odstupe, a što se pre svega svodi na zaštitu interesa lokalnih poverilaca.

4.5.3 Protokoli između stečajnih organa iz zemalja članica EU

Uočeno je da upotreba protokola u zemljama kontinentalnog prava i kvalitativno i kvantitativno manje značajna nego u anglosaksonskom pravu.⁹⁰ Njihova slabija upotreba odražava ne samo tradiciju kontinentalnog prava, već i nedostatak iskustva i specijalizacije među sudijama evropskih sudova.⁹¹ Iako protokoli u pravu EU nisu česti, ipak su korišćeni u pojedinim slučajevima. Prvi protokol ove vrste zaključen je u slučaju *Sendo* (Francuska – Velika Britanija).⁹² Specifičan je u odnosu na ranije pomenute protokole, jer ne uspostavlja nikakav inovativni pravni okvir, već samo tumači i dopunjuje odredbe Uredbe o saradnji.⁹³

Slabiju upotrebu protokola u evropskom pravu možemo pripisati i činjenici da, do donošenja nove Uredbe EU, protokoli nisu bili eksplici-

⁸⁷ Re *Nakash*, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 94 B 44840, (May 23, 1996) and District Court of Jerusalem, Case No. 1595/87, (May 23, 1996).

⁸⁸ E. Flaschen, A. Smits, L. Plank, 11.

⁸⁹ M. Maltese, 22.

⁹⁰ *Ibid.*, 38.

⁹¹ S. Taylor, 682.

⁹² Re *Sendo International Limited*, Between the commercial Court of Nanterre, France (Mr. Justice Jerome Mandrillon) and the Chancery Division of the High Court of Justice, London (June 1, 2006.).

⁹³ M. Maltese, 21.

tno predviđeni kao mehanizam saradnje, već su mogli eventualno da se podvedu pod dosta neodređenu i prilično usko postavljenu odredbu čl. 31 Uredbe o stečajnim postupcima 1346/2000. Sa eksplicitnim priznanjem protokola i uspostavljanjem šireg i jasnijeg okvira saradnje između stečajnih organa, verujemo da će i njihova upotreba postati rasprostranjenija.

4.5.4 Protokoli XXI veka

Nakon finansijske krize početkom XXI veka dolazi do porasta broja stečajeva i pojave nove vrste protokola koja se odnosi na stečaj multinaционаlnih kompanija u finansijskom sektoru. Oni predstavljaju odstupanje od standardnog modela protokola koji se do tada koristio, jer se zbog osobenih karakteristika poslovanja finansijskih institucija zahteva da stečajni upravnik konsoliduje značajan broj finansijskih sporazuma.⁹⁴ Tipični primeri novih tendencija su protokoli u slučajevima *Lehman*⁹⁵ i *Madoff Securities*.⁹⁶ Slučaj *Lehman* karakteriše zaključivanje dva protokola – jednog koji se bavi pitanjem tretmana potraživanja poverilaca i drugog kojim se uspostavlja posebna procedura za rešavanje pitanja u vezi sa interkompanijskim potraživanjima. Neki autori protokol u ovom slučaju i ne posmatraju kao sporazum, već kao izjavu o namerama i smernicu, ili neku vrstu „kišobran ugovora“.⁹⁷

5. Zaključna razmatranja

Tehnološki napredak i razvoj međunarodne trgovine doprineli su razgranatosti poslovnih aktivnosti brojnih kompanija. Nastupanje finansijskih teškoća za kompaniju pokreće pitanje koordinacije stečajnih postupaka koji se mogu u odnosu na tu kompaniju otvoriti i pomirenja različitih rešenja u materijalnim pravima svih zemalja sa kojima je ona

⁹⁴ M. Maltese, 16.

⁹⁵ Re Lehman Brothers Holding Inc. Between United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. James Peck), Case No. 08-13555 (JMP), (June 17, 2009) and court in many other jurisdiction including the Netherlands.

⁹⁶ Re Bernard L. Madoff Investment Securities LLC Between United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. B.R. Lifland), Case No. 08-1789 (BRL), (June 9, 2009) and several other jurisdictions.

⁹⁷ F. Satiro, P. F. Campana Filho, *Transnational Insolvency: Beyond State Regulation and Towards Cooperation Agreements*, 2011, 13, <https://ssrn.com/abstract=1858968>, 20.08.2018.

povezana. Ovo postaje posebno značajno u današnje vreme kada se sve više insistira na reorganizaciji stečajnog dužnika, a posebno u slučajevima grupa kompanija gde je u cilju očuvanja vrednosti imovine grupe potrebna saradnja između stečajnih upravnika i/ili sudova. Kako je praksa pokazala da pronalaženje rešenja za prekograničnu saradnju diplomatskim putem predstavlja dug i neizvestan proces, rodila se potreba da se pribegne metodama mekog prava u situacijama kada drugi izvori prava ne nude adekvatno rešenje.

Posebnu vrednost u takvim situacijama dobijaju protokoli – spoznamo o saradnji zaključeni između organa stečajnih postupaka koji se sprovode nad dužnikom u cilju bržeg i efikasnijeg sprovođenja postupka. U primeni ovog mehanizma uočene su dve struje – anglosaksonsko pravo koje se na njih snažno oslanja i kontinentalna (posebno evropska) prava koja protokole primenjuju izuzetno retko.

Analizom primene ovog instituta u praksi, a u svetlu novih tendencija u evropskom pravu, zaključili smo:

- upotrebu ovog mehanizma i njegovu sadržinu u velikoj meri određuje i poreklo stečajnih organa koji treba da uspostave saradnju. Zajednička pravna tradicija, geografska bliskost, ekonomska razmena u značajnoj meri utiču na primenu ovog mehanizma u praksi;
- da države uprkos svesti o značaju saradnje u međunarodnom stečaju, imaju granicu koju ne žele da pređu i principe od kojih ne žele da odstupe, a što se pre svega svodi na zaštitu interesa lokalnih poverilaca;
- slabija upotreba protokola u EU može se pripisati činjenici da u ranijem tekstu Uredbe, protokoli nisu bili eksplicitno predviđeni kao mehanizam saradnje, već su mogli eventualno da se podvedu pod dosta neodređenu i prilično usko postavljenu odredbu čl. 31 Uredbe o stečajnim postupcima 1346/2000. Sa njihovim eksplicitnim priznanjem i uspostavljanjem šireg i jasnijeg okvira saradnje između stečajnih organa, verujemo da će i njihova upotreba postati rasprostranjenija.

Literatura

Altman, J., “A Test Case in International Bankruptcy Protocols: The Lehman Brothers Insolvency”, *San Diego International Law Journal*, Vol. 12, 2/2011, 463-495.

Barteld, L., “Cross-Border Bankruptcy and the Cooperative Solution”, *Brigham*

- Young University International Law & Management Review*, Vol. 9, 1/ 2012, 27-51
- Canuel, E. T., "United States-Canadian Insolvencies: Reviewing Conflicting Legal Mechanisms, Challenges and Opportunities for Cross-Border Cooperation", *Journal of International Business and Law*, Vol. 4, 1/2005, 8-33.
- Čolović, V., „Institut comity u međunarodnom stečaju - sa posebnim osvrtom na pravo SAD“, *Strani pravni život* 2/2011, 61-82.
- Čolović, V., „Lex fori concursus as the basic rule in the international bankruptcy“, *Strani pravni život* 4/2016, 85-98.
- Culmer, D. H., „The Cross-Border Insolvency Concordat and Customary International Law: Is It Ripe Yet“, *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 14, 1999, 563-591.
- Flaschen, E. D., Silverman, R. J., "Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols", *Texas International Law Journal*, Vol. 33, 1998, 587- 612.
- Flaschen, E., Smits, A., Plank, L., "Foreign Representatives in US Chapter 11 Cases: Filling the Void in the Law of Multinational Insolvencies", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 17, 2001, 3-39.
- Halliday, T., Carruthers, B., *Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis*, Stanford University Press, 2009.
- Hortig, M., *Kooperation von Insolvenzverwaltern*, Nomos, Baden-Baden 2008, 216-231, navedeno prema: L. Daum, The Future of Cross-Border Insolvency Protocols From a Civil Law Perspective, master teza, 2009, http://www.bobwessels.nl/site/assets/files/1292/masterthesislucasdaum2_7.pdf, 20.08.2018.
- Leonard, B., "Managing Default by a Multinational Venture: Cooperation in Cross-Border Insolvencies", *Texas International Law Journal*, Vol. 33, 1998, 543-556.
- Mason, R., "Cross-Border Insolvency Law: Where Private International Law and Insolvency Law Meet", in: *International Insolvency Law Themes and Perspectives* (ed. Paul J. Omar), Ashgate, Aldershot-Burlington 2008, 27-60.
- Mohan, S. C., "Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?", *International Insolvency Review*, Vol. 21, 3/2012, 199-223.
- Nielson, A., Sigal, M., Wagner, K., „The Cross-Border Insolvency Concordat: Principles to Facilitate the Resolution of International Insolvencies“, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 70, 1996, 533-562.
- Omar, P.J., "European Insolvency Regulation 2000: A Paradigm of International Insolvency Cooperation", *Bond Law Review*, Vol. 15, 1/2003, 215-243.
- Radović, V., *Stečajno pravo – knjiga druga*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2017.

- Reumers, M., „Cooperation between Liquidators and Courts in Insolvency Proceedings of Related Companies under the Proposed Revised EIR“, *European Company and Financial Law Review* 4/2013, 554-592.
- Santen, B., “Communication and cooperation in international insolvency: on best practices for insolvency office holders and cross-border communication between courts”, *ERA Forum*, Vol. 16, 2/2015, 229-240.
- Sexton, A. V., “Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law, and the EU Insolvency Regulation”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, 2/2011, 811-840.
- Taylor, S., „The Use of Protocols in Cross Border Insolvency Cases“, in: *European Insolvency Regulation* (ed. Klaus Pannen), DeGruyter Recht, Berlin 2007, 678-686.
- Weisz, S. J., Park, K. S., “A Tale of Two Duties: Balancing Comity and Cooperation with Sovereignty in Cross-Border Insolvency Proceedings—A Distinctly Canadian Approach”, *The Journal of Private Equity*, Vol. 9, 2/2006, 105-114.
- Wessels, B., “A Global Approach to Cross-Border Insolvency Cases in a Globalizing World”, *The Dovenschmidt Quarterly* 1/2013, 16-25.
- Wessels, B., „A Glimpse into the Future: Cross-border Judicial Cooperation in Insolvency Cases in the European Union“, *International Insolvency Review*, Vol. 24, 2/2015, 96-121.
- Wessels, B., Markell, B. A., Kilborn, J. J., “Convergence through Legislation and Professional Cooperation”, in: *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford University Press, 2009, 167-195.
- Wouters, N., Raykin, A., “Corporate Group Cross-Border Insolvencies between the United States & European Union: Legal & Economic Developments”, *Emory Bankruptcy Development Journal*, Vol. 29, 2012, 387-423.
- Zumbro, P. H., “Cross-Border Insolvencies and International Protocols-An Imperfect but Effective Tool”, *Business Law International*, Vol. 11, 2/2010, 157-169.

Pravni izvori

- American Law Institute, International Insolvency Institute, Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases, 2012, https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/alireportmarch_0.pdf, 21.09.2018.
- ALI, Principles of Co-operation among the NAFTA Countries, 2000, <https://>

- www.iiiglobal.org/sites/default/files/6-ALI%20Principles%20of%20Co-operation%20in%20NAFTA%20Cross-Border%20Cases_0.pdf, 21.08.2018.
- ALI, Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases, 2000, https://www.courts.gov.bc.ca/supreme_court/practice_and_procedure/practice_directions_and_notices/General/Guidelines%20Cross-Border%20Cases.pdf, 21.08.2018.
- Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, *Official Journal* L 160 , 30/06/2000, pp. 1 – 18.
- Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *Official Journal* L 012, 16/01/2001, p. 0001 – 0023.
- Cross-border Insolvency Concordat, 1995, <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/International%20Bar%20Association%20%20Cross-Border%20Insolvency%20Concor.pdf>, 21.08.2018.
- European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency, <https://www.insol-europe.org/technical-content/eir-2015-part-3>, 21.08.2018.
- EU cross-border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles, <http://www.tri-leiden.eu/uploads/files/eu-cross-border-insolvency-court-to-court-cooperation-principlespdf.pdf>, 15.09.2018.
- EU cross-border Insolvency Court-to-Court Communication Guidelines, <http://www.tri-leiden.eu/uploads/files/eu-cross-border-insolvency-court-to-court-cooperation-principlespdf.pdf>, 15.09.2018.
- Judgment of the Court (First Chamber) of 11 June 2015, *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA and Others v Cosme Rogeau liquidator of Nortel Networks SA and Cosme Rogeau liquidator of Nortel Networks SA v Alan Robert Bloom and Others*, Case C-649/13.
- Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, *OJL* 141, 5.6.2015, p. 19–72.
- Re Bernard L. Madoff Investment Securities LLC Between United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. B.R. Lifland), Case No. 08-1789 (BRL), (June 9, 2009) and several other jurisdictions.
- Re Lehman Brothers Holding Inc. Between United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. James Peck), Case No. 08-13555 (JMP), (June 17, 2009) and court in many other jurisdiction including the Netherlands.
- Re Loewen Group, Between United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Chief Judge Peter J. Walsh) Case No. 991244 (June 30, 1999) and

- Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley) Case No. 99CL3384 (June 1, 1999).
- Re Maxwell Communication plc, Between the United States and the United Kingdom. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Tina L. Brozman), Case No. 91 B 15741, (January 15, 1992) and the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991, (December 31, 1991).
- Re Nakash, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 94 B 44840, (May 23, 1996) and District Court of Jerusalem, Case No. 1595/87, (May 23, 1996).
- Re Sendo International Limited, Between the commercial Court of Nanterre, France (Mr. Justice Jerome Mandrillon) and the Chancery Division of the High Court of Justice, London (June 1, 2006.).
- United Nations, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, United Nations, New York 2014, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>, 20.08.2018

Internet izvori

- Daum, L., The Future of Cross-Border Insolvency Protocols From a Civil Law Perspective, master teza, 2009, http://www.bobwessels.nl/site/assets/files/1292/masterthesishucasdaum2_7.pdf, 20.08.2018.
- Landolt, S., The Cross-Border Insolvency Concordat And Its Application In The Us-Switzerland Case Re AIOC Resources, 2004, https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/2-Landolt_0.pdf, 24.08.2018.
- Lord, D., Cross-border insolvency protocols – do they work?, http://clients.squareeye.net/uploads/3sb/events/300904_lord.pdf, 26.08.2018.
- Maltese, M., Court-to-court protocols in cross-border bankruptcy proceedings: differing approaches between civil law and common law legal systems, https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/maltese_michele%20submission.pdf, 27.08.2018.
- Paulus, C., Judicial Cooperation in Cross-Border Insolvencies: An outline of some relevant issues and literature, 2011, http://siteresources.worldbank.org/GILD/Resources/GJF2006JudicialCooperationinInsolvency_PaulusEN.pdf, 21.08.2018.
- Satiro, F., Campana Filho, P. F., Transnational Insolvency: Beyond State Regulation and Towards Cooperation Agreements, 2011, <https://ssrn.com/>

abstract=1858968, 20.08.2018.

Spigelman, J., *Cross-Border Insolvency: Cooperation or Conflict?*, 2008, <http://ssrn.com/abstract=1800444>, 20.08.2018.

UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, United Nations, New York 2010, 28, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_eng.pdf, 28.08.2018.

Van de Ven, F., *The Cross-Border Insolvency Protocol; what is it and what is in it? From a European Union Perspective*, master teza, 2015, https://www.academia.edu/15056737/The_Cross-Border_Insolvency_Protocol_what_is_it_and_what_is_in_it_From_a_European_Union_Perspective, 20.08.2018.

Wessels, B. *Cross-border insolvency agreements: what are they and are they here to stay?*, 2011, <http://www.bobwessels.nl/site/assets/files/1405/cross-border-agreements-nijmegen-final.pdf>, 03.09.2018.

Aleksandra Višekruna, M.A.

Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

COOPERATION IN CROSS-BORDER INSOLVENCY: THE CASE OF PROTOCOLS

Summary

The paper deals with cross-border insolvency protocols as special source of insolvency law. Protocols are agreements between parties in insolvency procedure that deal with many significant questions in order to establish cooperation and coordination between participants. Protocols are used in cross-border insolvency proceedings in order to overcome differences between state legislation that can pose major obstacle for maximization of the value or efficient reorganization procedure. This instrument has special significance in cases of cross-border-group-insolvencies. Namely, in this case every subsidiary is a separate entity, but the preservation of economic value of the group as a whole calls for cooperation between insolvency practitioners and/or judges. The topic is especially interesting having in mind that European Insolvency regulation Recast explicitly mentions the use of protocols as means of coopera-

tion (Recital 49). This will most definitely have broader implications on insolvency laws of civil law countries and it will contribute to wider use of protocols in these countries.

Keywords: cross-border insolvency, cooperation, protocols.

Dr Vladimir Đurić *
Dr Milutin Trnavac **

Pregledni naučni rad
UDK: 346.2:267
doi:10.5937/spz1803089D

PRIVREDNA DELATNOST CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA

Apstrakt

Crkve i verske zajednice nisu privredni subjekti, ali mogu da obavljaju privredne delatnosti. U ovom radu analiziraju se pravni aspekti privredne delatnosti crkava i verskih zajednica. Nakon razmatranja rešenja sadržanih u pravu EU, uporednom pravu i pravu Republike Srbije, autori zaključuju da privredna delatnost crkava i verskih zajednica, kao neprofitnih građanskih društava u smislu kompanijskog prava, da bi bila dozvoljena, kao i da bi se u određenim slučajevima i u određenom obimu izuzela iz opšteg režima privredne delatnosti, mora ispuniti određene uslove koji se odnose na karakter pravnog subjektiviteta koji crkve i verske zajednice uživaju, cilja u pogledu koga se takva delatnost obavlja, kao i obima u kojem se vrši.

Ključne reči: *privredna delatnost, privredni subjekti, crkve i verske zajednice*

1. Uvod

Crkve i verske zajednice ni u jednoj državi na svetu, pa tako ni u Republici Srbiji (u daljem tekstu: RS), nisu privredni subjekti. Ipak, crkve i verske zajednice mogu da osnivaju takve subjekte i da, bilo posredstvom njih, bilo neposredno, vrše određenu privrednu delatnost. U tom smislu, postavlja se pitanje na koji način je uređena njihova privredna delatnost. Upravo je pitanje pravnog regulisanja mogućnosti i načina obavljanja privredne delatnosti crkava i verskih zajednica u RS primarni predmet istraživanja u ovom radu. Analizu pravnog regulisanja privredne delatnosti crkava i verskih zajednica treba, međutim, započeti sagledavanjem evropskih i uporednopravnih rešenja u vezi s tim pitanjem.

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, e-mail: v.djuric@iup.rs.

** Viši savetnik u Ministarstvu za evropske integracije, e-mail: gulag4@yahoo.com.

2. Pravo EU i privredna delatnost crkava i verskih zajednica

Evropska unija (u daljem tekstu: EU) nema nadležnosti da reguliše pitanja odnosa između države i crkava i verskih zajednica. Prema Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije iz Lisabona, Unija poštuje i ne prejudicira status crkava i verskih udruženja i zajednica po pravu država članica. To što EU nema nadležnosti da reguliše pitanja odnosa države i crkava i verskih zajednica ne znači međutim da u njenom pravu nema odredaba kojima se regulišu određeni aspekti njihovog položaja i delatnosti, naročito one delatnosti koje imaju privredni karakter. Naime, polazeći od prirode Ekonomske zajednice (u daljem tekstu: EZ), osnivački ugovor sadržavao je izvesne odredbe koje su u primarnom pravu EU i danas važeće, a koje bi se mogle označiti kao odredbe primarnog prava koje imaju uticaj na privrednu delatnost crkava i verskih zajednica. Reč je o odredbama koje se odnose na pitanja tržišta i konkurencije. Budući da crkve i verske zajednice mogu da vrše ekonomske aktivnosti, postavilo se pitanje da li se odredbe primarnog prava odnose i na crkve i verske zajednice kao vršioce ekonomske aktivnosti? Imajući u vidu da u primarnom pravu EU nema odredaba koje bi izuzimale verske organizacije od primene evropskog prava koje se odnosi na tržište i konkurenciju, jasno je da se ekonomska aktivnost verskih organizacija u državama članicama može podvesti pod evropsko pravo, što je i Evropski sud pravde u nekoliko slučajeva potvrdio.¹ U vezi sa takvim zaključkom može se pokrenuti nekoliko veoma važnih pitanja.

Prvo od mogućih pitanja u vezi sa posrednim uticajem koji odredbe primarnog prava kojima se reguliše tržište i konkurencija imaju na ekonomsku aktivnost crkava i verskih zajednica, odnosi se na kršenje principa sadržanih u bivšim čl. 81. i 82. Rimskog ugovora, odnosno sadašnjim čl. 101. i 102. konsolidovane verzije Ugovora o funkcionisanju EU i sa tim u vezi, eventualnu nadležnost Komisije da istraži takve slučajeve. Reč je prvenstveno o kršenju principa zabrane dominantnog položaja na tržištu koji crkve ili verske zajednice, imajući u vidu slabu konkurenciju, mogu relativno lako da ostvare u zdravstvenom i socijalnom sektoru, naročito u pogledu brige o starima i brige o deci, a što po nekim autorima, za pravnu posledicu može da ima potpadanje takvih aktivnosti pod striktnu kontrolu nadležnih evropskih institucija.²

¹ Case C-130/75, *Vivien Prais v. Council*, Case C-196/87, *Udo Steyermann v. Staatssecretaris van Justitie (Baghwan)*, Case C-145/88, *Torfaen Borough Council v. B & Q plc*, Case C-300/84, *Van Roosmalen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid*, itd.

² L. Bloß, „European Law of Religion – organizational and institutional analysis of national systems and their implications for the future European Integration Process“, *Jean Monnet Working Paper* 13/03, 63.

Posebno je pitanje da li se zabrana državne pomoći koja narušava ili pretili da naruši konkurenciju, a koja je sadržana u bivšem čl. 87. odnosno sadašnjem čl. 107. prečišćenog teksta Ugovora o funkcionisanju EU, kao i izuzetak od te zabrane oličen u pomoći koju države članice mogu dati za unapređenje kulture i zaštitu nasleđa, dok takva pomoć ne utiče na uslove trgovanja i konkurenciju u okviru Unije do stepena koji je suprotan zajedničkom interesu, mogu odnositi na crkve i verske zajednice, odnosno državnu pomoć koju u navedenom cilju dobijaju? Budući da je reč o izuzetku koji se može smatrati dopuštenim, pojedini autori zaključuju da izložene odredbe treba usko tumačiti što vodi zaključku da u pogledu crkava i verskih zajednica takve odredbe imaju za cilj da omogućie nacionalnim vladama da finansijski podrže zaštitu verskih spomenika, ali da se odredba o izuzimanju pomoći koju države članice mogu da daju za unapređenje kulture i zaštitu nasleđa ne može tumačiti tako da se odnosi na ekonomske aktivnosti koje sprovode crkve i verske zajednice.³

Kako se to jasno primećuje u pojedinim radovima u kojima se razmatra evropsko pravo i njegov uticaj na pravni položaj crkava i verskih zajednica, crkva je na kraju krajeva od ovog sveta i deluje u ovom svetu.⁴ Crkve i verske zajednice su poslodavci i obavljaju i privredne delatnosti, tako da dokle EU sekundarnim pravom pravno reguliše oblasti društvenog života u kojima se ostvaruju ekonomske aktivnosti, to utiče i na crkve i verske zajednice. U evropskim uredbama i direktivama postoji veliki broj odredaba u kojima se spominju religija i crkve i verske zajednice, što jasno svedoči da evropsko pravo, i pored izostanka izričite nadležnosti EU, ima i veliki *direktni* uticaj na pravni položaj crkava i verskih zajednica. Tim odredbama propisuju se izuzeci od pojedinih odredaba evropskog prava u korist crkava i verskih zajednica, ili se državama članicama dozvoljava da se u određenim slučajevima prilagode posebnosti svog državnog crkvenog prava.

Prema jednoj korisnoj zbirci dokumenata,⁵ odredbe o religiji i crkva-
ma i verskim zajednicama mogu se pronaći u evropskim uredbama i direktivama kojima se, između ostalog, regulišu i oblasti ekonomije i položaja potrošača. U sferi ekonomije, evropsko sekundarno pravo sadrži norme u

³ *Ibid.*

⁴ H. M. Heinig, "Law on Churches and Religion in the European Legal Area – Through German Glasses", *German Law Journal*, Vol. 8, 6/2007, 566.

⁵ G. Robbers (ed.), *Religion-Related Norms in European Union Law*, https://ubt.opus.hbz-nrw.de/opus45-ubtr/frontdoor/deliver/index/docId/570/file/RobbersEd._Religion_Related_Norms_in_European_Union_Law.pdf, 08.09.2018.

kojima se crkve, verske zajednice i religija spominju u različitim kontekstima. Primera radi, u oblasti indeksa potrošačkih cena predviđeni su izuzeci za nabavku određenih dobara i usluga koji se odnose na kontribucije i članarine u crkvama⁶, dok je u pogledu trgovačkih znakova predviđeno da svaka država članica može da predvidi da trgovački znakovi neće biti registrovani, ili ako su registrovani, da mogu da budu proglašeni nevažećim, između ostalog, ako, i u obimu u kojem, sadrže znakove visoke simboličke vrednosti, naročito verske simbole.⁷ Evropsko sekundarno pravo, u oblasti prava potrošača, obuhvata akte kojima se religija i crkve i verske zajednice pominju u različitim kontekstima - od neophodnosti da genetski modifikovana hrana za iznošenje na tržište dobije propisanu autorizaciju za šta je jedan od uslova da se dá opravdana izjava da hrana ne daje povoda za etičku ili versku zabrinutost, odnosno da se na vidljiv, čitljiv i neizbrisiv način na odgovarajućoj dokumentaciji, odnosno pakovanju, naznače karakteristike koje mogu da daju povod za takvu zabrinutost,⁸ do toga da se određeni kvalitet vina može označiti samo ukoliko je proizvedeno u skladu sa određenim autonomnim propisima crkava i verskih zajednica.⁹

Izloženi primeri evropskog prava jasno ukazuju da se određena pitanja koja mogu biti i predmet delatnosti crkava i verskih zajednica i/ili koja zavise od njihovih pravila *izuzimaju iz opšteg pravnog režima*, kako zbog neprofitne prirode crkava i verskih zajednica, tako i zbog simboličkog značaja ili verskih razloga koje takva pitanja mogu da imaju, odnosno impliciraju.

3. Privredna delatnost crkava i verskih zajednica u uporednom pravu

U uporednom pravu, privredna delatnost crkava i verskih zajednica nije izričito regulisana zakonodavstvom čiji su predmet privrednopravni odnosi, već se zakonodavstvom kojim je uređen pravni položaj crkava i

⁶ Regulation (EC) No 1749/1999 of the Commission of 23 July 1999 amending Regulation (EC) No 2214/96, concerning the sub-indices of the harmonised indices of consumer prices.

⁷ Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

⁸ Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed.

⁹ Regulation (EC) No 607/2009 of the Commission of 14 July 2009 laying down certain detailed rules for the implementation of Council Regulation (EC) No 479/2008 as regards protected designations of origin and geographical indications, traditional terms, labelling and presentation of certain wine sector products.

verskih zajednica najčešće izričito predviđa mogućnost obavljanja takve delatnosti i upućuje na (shodnu) primenu privrednopravnih normi. Ipak, u zakonodavstvu koje uređuje položaj crkava i verskih zajednica propisuju se kako izvesna ograničenja, tako i određene pogodnosti, najčešće poreske, u obavljanju takve delatnosti koja mogu da zavise od karaktera pravnog subjektiviteta i pravne prirode koje crkve i verske zajednice uživaju, odnosno imaju u okviru nacionalnog pravnog poretka, smisla i obima njihovih privrednih aktivnosti, kao i od statusa pravnih lica koja u cilju obavljanja privrednih delatnosti one formiraju. Jedna od specifičnosti pravnog uređivanja takve delatnosti crkava i verskih zajednica, kao i pravnih lica koje one formiraju, ogleda se i u mogućnosti da se ona vrši i na osnovu autonomnih akata crkava i verskih zajednica.

U Austriji je poslovanje crkava i verskih zajednica regulisano opštim privrednim propisima, a oslobađanje od poreza ili njegovo umanjeње zavisi od toga da li crkva ima status pravno priznatog lica javnog prava (što nije pravni status svih crkava i verskih zajednica, već neke od njih imaju status udruženja), da li je poslovanje vršeno u crkvenom cilju, kao i da li su ispunjeni uslovi koje moraju da ispune korporacije koje deluju u cilju javne koristi ili dobročinstva.¹⁰

U Bugarskoj je Zakonom o konfesijama¹¹ predviđeno da crkve i verske zajednice mogu učestvovati u delatnostima koje su regulisane privrednim pravom. Imovina verskih zajednica može obuhvatiti pravo vlasništva i ograničena stvarna prava u naplati, dobiti ili dividende od učešća u nepokretnostima komercijalnih kompanija, dobiti iz upravljanja imovinom, u tom obimu takođe i od zakupnine, dobiti ili dividende od učešća u komercijalnim kompanijama ili partnerstvu privrednih društava, prava vlasništva u hartijama od vrednosti, itd. Ovakve aktivnosti crkava i verskih zajednica moraju biti predviđene njihovim unutrašnjim aktima.

Hrvatska nema eksplicitne odredbe koje se odnose na privrednu delatnost crkava i verskih zajednica u Zakonu o pravnom položaju verskih zajednica.¹² Odredbe o poslovanju su na indirektan način navedene u delu koji se odnosi na sredstva za delovanje verskih zajednica. U čl. 17. Zakona navedeno je da verske zajednice mogu sticati sredstva od dobiti privrednih društava čijih su deonice ili udela vlasnici, pa se može zaključiti da se verske zajednice na posredan način mogu baviti privrednom

¹⁰ Bundesabgabenordnung, BGBl 1961/194 idF BGBl I 2005/2, Odeljak 34.

¹¹ Zakon o veroispovestima Bugarske, *Državni vesnik* br. 120/2002, 33/2006, 59/2007, 74/2009, 68/2013, 61/2015, 79/2015.

¹² *Narodne novine*, br. 83/02, 16.7.2002.

delatnošću, posredstvom za to osnovanih privrednih društava.

Na Kipru sve poznate veroispovesti imaju svoju crkvu ili versku zajednicu sa priznatim statusom pravnog lica privatnog prava, bez obaveze registracija, osim ako žele da budu uključene u finansijske transakcije i poslovanje.¹³

U Zakonu o slobodi verskog izražavanja i položaju crkava i verskih društava¹⁴ Češke, predviđeno je da su posebni prihodi crkve oni koje crkve stiču od poslovnih aktivnosti ili drugih lukrativnih delatnosti. Obim crkvenih poslovnih aktivnosti i drugih lukrativnih delatnosti moraju biti navedeni u formalnoj prijavi crkve, prilikom registracije. Poslovne aktivnosti i drugi lukrativni poslovi crkava mogu biti samo dodatne aktivnosti, a svaka takva aktivnost i stečeni profit mogu se koristiti isključivo za ispunjavanje ciljeva crkve ili verskog društva.

Cilj ili glavna aktivnost crkava, kongregacija, udruženja kongregacija i manastira nije sticanje prihoda od privredne aktivnosti u Estoniji, shodno odredbama čl. 3. st. 2. Zakona o crkvama i kongregacijama.¹⁵ Štaviše, ukoliko privredna aktivnost crkve ili verske zajednice postane njihova glavna aktivnost, nadležni ministar za verske organizacije ima obavezu da od suda zahteva njeno raspuštanje.¹⁶ Ipak, to ne znači da one uopšte ne mogu obavljati privrednu delatnost, jer je istim zakonom predviđeno da sve verske organizacije imaju obavezu da organizuju vođenje računovodstva u skladu sa Zakonom o računovodstvu i svojim statutima. One koje su upisane u registar neprofitnih udruženja i fondacija imaju obavezu da podnose godišnji izveštaj u skladu sa Zakonom o neprofitnim udruženjima, bez podataka o osnovnoj delatnosti.

U Finskoj se na crkve i verske zajednice u pogledu obavljanja privredne delatnosti primenjuje Zakon o udruženjima, na koji, u tom delu, eksplicitno upućuje Zakon o slobodi veroispovesti. Svrha verske zajednice, prema Zakonu o slobodi veroispovesti, ne može biti sticanje ekonomske dobiti ili na drugi način organizovanje uglavnom privredne aktivnosti.¹⁷ Čl. 5. Zakona o udruženjima Finske koji se shodno primenjuje na crkve i verske zajednice, predviđa da one mogu obavljati trgovačke

¹³ A. Emiliadines, *State and Church in Cyprus, State and Church in the European Union*, Baden-Baden 2005, 241.

¹⁴ Act No 3/2002 Sb. 7.1.2002.

¹⁵ Zakon o crkvama i kongregacijama Estonije stupio na snagu 1.7.2002. godine, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013065/consolide>, 1.3.2018.

¹⁶ Zakon o crkvama i kongregacijama Estonije, čl. 16. st. 3.

¹⁷ Zakon o slobodi veroispovesti Finske, broj 453 od 6.6.2003. godine, čl. 7. https://www.prh.fi/en/yhdystyrekisteri/uskonnohjelmat_yhdyskunnat/lyhennysote_uskonnonvapauslaista.html, 1.3.2018.

ili druge privredne delatnosti koje su predviđene njihovim unutrašnjim aktima, a koje se inače odnose na ostvarivanje njihove svrhe ili koje se ne mogu smatrati ekonomski značajnim.¹⁸

U Mađarskoj je Zakonom o pravu na slobodu savesti i veroispovesti, i pravnom položaju crkava, verskih denominacija i verskih zajednica,¹⁹ jasno definisano šta spada u verske aktivnosti, a izdvojene su druge delatnosti među kojima su i poslovno-preduzetničke aktivnosti.²⁰ Organizacije osnovane od strane crkava koje imaju svojstvo pravnog lica na osnovu posebnog pravnog režima (nevladine organizacije, fondacije i poslovna udruženja osnovana na osnovu prava udruživanja), i nisu crkvena pravna lica prema autonomnim propisima crkve, ne smatraju se crkvenim pravnim licima u smislu ovog zakona. U čl. 19. Zakona predviđeno je da crkve mogu u svrhu realizacije svojih ciljeva obavljati delatnosti koje nisu kvalifikovane kao poslovno-preduzetničke, ali i njih samo ukoliko one predstavljaju dodatak osnovnim, odnosno verskim aktivnostima. Istim članom navedeno je da su crkve, štaviše, ovlašćene da osnivaju preduzeća i nevladine organizacije, kao i da učestvuju u njima. U čl. 20. Zakona pobrojane su aktivnosti koje ne spadaju u poslovno-preduzetničke aktivnosti crkava i to one koje se odnose na: funkcionisanje verskih, pedagoških, obrazovnih, visokoškolskih, zdravstvenih, dobrotvornih, socijalnih, porodičnih, dečjih i omladinskih i kulturnih ili sportskih institucija ili institucija za zaštitu životne sredine; korišćenje kuća za odmor uz pružanje usluga crkvenim zvaničnicima; proizvodnju ili prodaju publikacija ili relikvija koje su neophodne za verski život; delimičnu upotrebu nepokretne imovine koja se koristi za potrebe crkve; održavanje grobalja; prodaju stvari, predmeta ili zaliha koje služe isključivo za verske, pedagoške, obrazovne, visokoškolske, zdravstvene, dobrotvorne, socijalne, porodične, dečje ili omladinske delatnosti ili aktivnosti u oblasti kulture, sporta ili zaštite životne sredine (uključujući nadoknadu za radna odela); komplementarno pružanje usluga vezanih za verske, pedagoške, obrazovne, zdravstvene, dobrotvorne, socijalne, porodične, dečje ili omladinske zaštitne ili kulturne, sportske aktivnosti ili aktivnosti vezane za zaštitnu sredinu, ili neprofitno orijentisano korišćenje sredstava koje služe ovim

¹⁸ Zakon o udruženjima broj 503 iz 1989. godine, poslednja izmena 12.8.2016. godine, <https://www.prh.fi/en/yhdistysrekisteri/act.html>, 1.3.2018.

¹⁹ Ovaj zakon je usvojen u Mađarskoj 11.7.2011. godine, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2012\)009-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2012)009-e), 1.3.2018.

²⁰ Zakon o pravu na slobodu savesti i veroispovesti, i pravnom položaju crkava, verskih denominacija i verskih zajednica Mađarske, čl. 6.

aktivnostima; proizvodnju ili prodaju proizvoda, udžbenika, publikacija ili studija u cilju obavljanja javnih zadataka preuzetih od države ili lokalne vlasti; slobodna sredstva nakon što su stavljena na depozite i hartije od vrednosti banaka, kao i njihov deo kamata, dividendi ili prinosa od kreditnih institucija ili izdavaoca hartija od vrednosti kao prihode aktivnosti koje nisu kvalifikovane kao poslovno-preduzetničke aktivnosti predstavljene u bruto prihodima; rad penzijskih institucija ili penzijskih fondova uspostavljenih u svrhu sopstvene podrške crkvenim zvaničnicima.

Neprofitne institucije u koje spadaju crkve i verske zajednice u Nemačkoj, u principu su oslobođene poreza na prihod, imovinu i nasleđe.²¹ Poreske povlastice se ne dodeljuju za poslovne/komercijalne aktivnosti kojima neprofitne korporacije učestvuju u opštem ekonomskom životu, zbog čega one ulaze u konkurenciju sa preduzećima koja su podložna plaćanju poreza. Međutim, takve aktivnosti nisu predmet oporezivanja, pod uslovom da ne budu prekoračeni određeni iznosi koji su oslobođeni poreza i iznosi koji se mogu odbiti.²² Korporacije javnog prava (a time i one verske zajednice koje imaju ovu pravnu formu, a nemaju je sve) podležu neograničenoj obavezi plaćanja poreza na prihod i promet, samo u odnosu na njihova poslovna/komercijalna preduzeća.²³ Prihodi od prometa mogu biti oslobođeni poreza samo ukoliko su blisko povezani sa radom bolnica, klinika za dijagnostiku i drugih ustanova koje pružaju stručno lečenje, dijagnostiku ili medicinske nalaze, ustanova za akušerstvo i stambenih ili staračkih domova za starije građane, domova za starijstvo, institucija za privremeni smeštaj lica kojima je potrebna nega i ustanova za vanbolničku negu pruženu bolesnim licima ili licima kojima je potrebna briga, pod uslovom da ovim institucijama upravljaju pravna lica javnog prava.

U čl. 15. letonskog Zakona o verskim organizacijama²⁴, navedene su privredne i preduzetničke aktivnosti verskih organizacija. Ako prihod verskih organizacija iz privrednih aktivnosti prelazi minimalnu mesečnu platu za 500 puta u roku od jedne kalendarske godine, koju je Vlada utvrdila u relevantnom vremenskom periodu, ova organizacija će ustanoviti

²¹ Poreski zakon Nemačke, Abgabenordnung (*Bundesgesetzblatt* I S. 3866; 2003 I S. 61, I S. 2745), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html#p0347.

²² B. Küster, „*Administrative and Financial matters in the area of religious freedom and religious communities*”, u: *Legal aspects of religious freedom* (ed. Drago Čepar, Blaž Ivanc), Ljubljana 2008, 341.

²³ *Ibid.*

²⁴ Zakon je donet 17.6.1996. godine, a poslednje izmene i dopune su bile 18.12.2008. godine, http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Lex-doc/Let_L_1995.pdf, 1.3.2018.

svoje preduzeće koje će biti registrovano u skladu sa pozitivnim pravnim aktima. Verske organizacije mogu obavljati preduzetničke aktivnosti u skladu sa Zakonom o preduzetničkim aktivnostima Letonije. Pravni odnosi verskih organizacija i institucija koje obavljaju ove aktivnosti, regulišu se postojećim pozitivnim propisima, kao i aktima verske organizacije (ustavom, statutom) ili posebnim sporazumom. Prihodi od privrednih aktivnosti i profit stečen kao rezultat preduzetničke aktivnosti koriste se za ciljeve propisane osnivačkim aktom (ustavom, drugim aktom) verske organizacije u skladu sa pozitivnim propisima. Verske organizacije organizuju knjigovodstvo, sastavljaju izveštaje i plaćaju poreze u skladu sa pozitivnim propisima.

U Litvaniji je čl. 15. Zakona o verskim zajednicama i udruženjima²⁵, predviđeno da verske zajednice, udruženja i njihovi centri imaju pravo da se bave izdavanjem, proizvodnjom i privrednim delatnostima, osnivaju mas-medije, humanitarne fondacije i druge organizacije u skladu sa postupkom utvrđenim zakonom.

Prema čl. 29. rumunskog Zakona o slobodi veroispovesti i opštem položaju denominacija,²⁶ denominacije imaju ekskluzivno pravo da proizvode i prodaju predmete i robu koji su potrebni za njihovu versku delatnost, po zakonu. Prema poreskim propisima,²⁷ verske denominacije oslobođene su poreza na dobit za: prihod koji proizilazi iz obnove neophodne imovine i proizvodnje proizvoda u bogoslužbenim aktivnostima, prema zakonu; prihod od rentiranja i drugi prihod od privrednih aktivnosti; prihod od novčane naknade, dobijen kao posledica pravnih lekova propisanih zakonom o povraćaju imovinskih prava, pod uslovom da se ti iznosi koriste u tekućoj godini i/ili u narednim godinama za održavanje i rad bogoslužbenih jedinica; sredstva za izgradnju i popravku crkava i crkvenih zgrada; sredstva od nastave; sredstva od korišćenja njihovog imena i/ili od partnerstva, za socijalne usluge, odobrena po zakonu za određene radnje i druge neprofitne aktivnosti verskih denominacija, u skladu sa Zakonom o slobodi veroispovesti i opštem položaju denominacija.

Slovenija je svojim Zakonom o slobodi veroispovesti²⁸, u čl. 12. propisala da se aktivnosti crkve ili druge verske zajednice mogu zabraniti

²⁵ Zakon broj I-1057 od 4.10.1995. godine, poslednja izmena i dopuna 22.12.2009. godine, <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.27643?jfwid=5sjolg47i>, 1.3.2018.

²⁶ Legea nr. 489 din 28 decembrie 2006 privind libertatea religioasăși regimul general al cultelor cu modificărileulterioare (OUG nr. 44/2012), *Monitorul Oficial*, Partea I, nr. 11/2007.

²⁷ Poreski zakonik 22.12.2003. godine, poslednje izmene i dopune od 1.1.2009. godine.

²⁸ Zakon br. 14/07 od 2.2.2007. godine, <http://www.legirel.cnrs.fr>, 1.3.2018.

sudskom odlukom, i da one mogu biti izbrisane iz Registra ukoliko se utvrdi da je njihova glavna delatnost usmerena na ostvarivanje lukrativnih ciljeva ili na obavljanje takvih aktivnosti. Međutim, to ne implicira da je privredna delatnost crkava i verskih zajednica apsolutno zabranjena, jer one prilikom registracije podnose podatke o načinu svog finansiranja, kao i o finansijskim i materijalnim transakcijama. To samo znači da se kroz tražene podatke procenjuje da li osnovna delatnost crkve ili verske zajednice dominantno spada u lukrativnu delatnost.

4. Privredna delatnost crkava i verskih zajednica u pravu RS

Prema Ustavu RS, crkve i verske zajednice su ravnopravne i odvojene od države. One su ravnopravne i samostalne da uređuju svoju unutrašnju organizaciju, verske poslove, da javno vrše verske obrede, osnivaju verske škole, socijalne i dobrotvorne ustanove i da njima upravljaju. Polazeći od izloženih ustavnih odredaba, Zakon o crkvama i verskim zajednicama²⁹ (u daljem tekstu: ZCVZ), bliže je uredio pravni položaj i delatnosti crkava i verskih zajednica. Odnos između države i crkava i verskih zajednica zasnovan je na sistemu kooperativne odvojenosti, što je potvrđeno i u Odluci³⁰ Ustavnog suda Srbije o ustavnosti ZCVZ.

Prema Ustavu RS, njeno ekonomsko uređenje zasniva se na tržišnoj privredi, otvorenom i slobodnom tržištu, slobodi preduzetništva, samostalnosti privrednih subjekata i ravnopravnosti privatne i drugih oblika svojine. Ustav ne opredeljuje šta je sadržina preduzetništva, niti ko sve spada u privredne subjekte, prepuštajući zakonodavcu da bliže uredi to pitanje.

Problematika privredne delatnosti crkava i verskih zajednica u RS i njenog pravnog regulisanja može da bude sagledana sa subjektivno-statusnog i funkcionalno-sadržinskog stanovišta.

Privredni subjekti i obavljanje privredne delatnosti u RS definisani su odredbama Zakona o privrednim društvima³¹, kojima je uređen pravni položaj privrednih društava, njihovo osnivanje, upravljanje, statusne promene, promene pravne forme, prestanak i druga pitanja od značaja za njihov položaj, kao i pravni položaj preduzetnika. Privredno društvo podrazumeva pravno lice koje obavlja delatnost u cilju sticanja dobiti.

²⁹ *Službeni glasnik RS*, br. 36/06.

³⁰ Odluka Ustavnog suda br. Iuz-455/2011 od 16. januara 2013. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 23 od 13. marta 2013. godine.

³¹ *Službeni glasnik RS*, br. 36/11, 99/11, 83/14 – dr. zakon i 5/15.

Crkve i verske zajednice su u RS, prema odredbama ZCVZ³², nezavisne od države i jednake pred zakonom, slobodne i autonomne u određivanju svog verskog identiteta. Ni Ustav, a ni ZCVZ nisu odredili pravni pojam crkava i verskih zajednica, niti su izričito ustanovili karakter pravnog subjektiviteta koji one uživaju. ZCVZ samo propisuje da crkve i verske zajednice koje su registrovane u skladu sa Zakonom imaju svojstvo pravnog lica. Postupak sticanja svojstva pravnog lica crkava i verskih zajednica, osim onih koje su u kategoriji tradicionalnih i kojima je pravni subjektivitet priznat samim ZCVZ, po svojoj pravnoj prirodi je posebni upravni postupak koji se odvija kroz upis u odgovarajući registar. Pojedini autori, imajući u vidu zakonska rešenja, stoje na stanovištu da su crkve i verske zajednice pravna lica *sui generis* koja na osnovu svoje autonomije, osim prava na samoodređenje, samostalno uređivanje i sprovođenje svog poretka i organizacije, imaju i pravo da budu nosioci i generatori pravnog subjektiviteta, odnosno da svojim organizacionim jedinicama i ustanovama daju i ukidaju svojstvo pravnog lica.³³ Čl. 9. st. 2. ZCVZ predviđeno je da organizacione jedinice i ustanove crkava i verskih zajednica mogu da steknu svojstvo pravnog lica u skladu sa autonomnim propisima crkve, odnosno verske zajednice, a na osnovu odluke nadležnog organa crkve i verske zajednice, dok je st. 3. istog člana Zakona propisano da crkve i verske zajednice mogu svojim aktima menjati i ukidati svoje organizacione jedinice, organe i ustanove koje imaju svojstvo pravnog lica i zahtevati njihovo brisanje iz Registra. Štaviše, ukoliko se ima u vidu da je čl. 44. st. 2. Ustava, između ostalog, propisano da crkve i verske zajednice imaju pravo da osnivaju i upravljaju verskim školama, ali i socijalnim i dobrotvornim ustanovama koje imaju svojstvo javne službe, moglo bi se stati na stanovište da one, budući da *ex constitutione* mogu da stvaraju javne službe, imaju i javna ovlašćenja, ili izvesne elemente javnopravnog statusa, iako pravni poredak RS ne poznaje takvu kategorizaciju pravnih subjekata. U tom smislu, a u kontekstu statusnoprivrednih pitanja, u domaćoj pravnoj nauci istaknut je i stav da crkve i verske zajednice, uz još neke vidove pravnih lica,³⁴ čine pravna lica javnog prava.³⁵ Bez obzira da li se određivale kao pravna lica *sui generis*, ili kao pravna lica javnog prava, iako pravni poredak RS, kao što je istaknuto, ne poznaje tu kategoriju pravnih lica, jasno je da ciljna funkcija crkava i verskih

³² *Službeni glasnik RS*, broj 36/06.

³³ M. Radulović, *Obnova srpskog državno-crkvenog prava*, Beograd 2009, 118.

³⁴ Sindikate, udruženja poslodavaca, političke stranke i fondacije.

³⁵ M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Beograd 2007, 26.

zajednica ni u kom slučaju nije lukrativnog karaktera, te se, u tom smislu, a u kontekstu teorije kompanijskog prava, one mogu smatrati građanskim društvima čija je ciljna funkcija oličena u javnom ili širem interesu, ili pak u ostvarivanju prava i zadovoljavanju potreba njihovih vernika, a što, u vezi s poslovanjem, podrazumeva da se višak njihovih prihoda nad rashodima raspoređuje za unapređivanje obavljanja delatnosti.³⁶

Iako se osnovna svrha, ciljevi i delatnosti crkava i verskih zajednica ne zasnivaju i ne vrše u cilju sticanja profita, ipak je činjenica da one moraju da stiču određena sredstva u cilju nesmetanog funkcionisanja. Između ostalog, u tom smislu im je, osim prava na osnivanja ustanova i organizacija, ZCVZ garantovano i pravo na obavljanje privredne i druge delatnosti. Pre nego što se sagleda pravni okvir sadržine takvih delatnosti, treba razmotriti još jedno pitanje koje spada u sferu subjektivno-statusnog aspekta privredne delatnosti crkava i verskih zajednica. Naime, budući da crkve i verske zajednice u pravnom poretku RS mogu biti generatori pravnog subjektiviteta drugih pravnih lica, u kontekstu obavljanja privredne delatnosti, postavlja se pitanje na koji način one mogu osnivati privredne subjekte?

Načelno posmatrano, crkve i verske zajednice mogu osnivati posebne privredne subjekte. Ono što je međutim posebno zanimljivo i što iziskuje posebno pravno razmatranje je pitanje da li se osnivanje takvih subjekata vrši prema pravilima privrednog ili državnog crkvenog prava? Naime, kao što je istaknuto, prema čl. 9. st. 2. ZCVZ, organizacione jedinice i ustanove crkava i verskih zajednica mogu da steknu svojstvo pravnog lica u skladu sa autonomnim propisima crkve, odnosno verske zajednice, a na osnovu odluke nadležnog organa crkve i verske zajednice, dok se, prema čl. 21. st. 2. ZCVZ, u Registar crkava i verskih zajednica unose ne samo podaci o verskim školama, kulturnim ustanovama i udruženjima, humanitarnim, dobrotvornim i zdravstvenim organizacijama čiji je osnivač crkva ili verska zajednica ili verska organizacija, već i podaci o privrednoj ili drugoj delatnosti koju obavlja crkva, verska zajednica ili verska organizacija. Dok je na osnovu izloženih odredbi, s jedne strane, jasno da čak i određene organizacione jedinice crkava i verskih zajednica mogu obavljati određene delatnosti, uključujući i privredne, o čemu se *podaci* (podv. autori) upisuju u registar, dotle se, s druge strane postavlja pitanje da li svojstvo pravnog lica u skladu s autonomnim aktima crkava i verskih zajednica mogu da steknu samo njihove organizacione jedini-

³⁶ M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Beograd 2012, 42.

ce i ustanove, a što bi onemogućavalo osnivanje privrednih subjekata u skladu s aktima autonomnog prava, ili se pak u Registar crkava i verskih zajednica upisuju ne samo podaci o privrednoj delatnosti, već i privredni subjekti čiji su osnivači crkve i verske zajednice koji, za razliku od drugih privrednih subjekata, na taj način, stiču, ali mogu i da izgube, svoj pravni subjektivitet. Izloženu dilemu koja proističe iz odredbi ZCVZ nije međutim rešio ni Pravilnik o sadržini i načinu vođenja Registra crkava i verskih zajednica³⁷ koji, s jedne strane, u čl. 7. st. 5. propisuje da verske organizacije koje su osnivači socijalnih i humanitarnih organizacija, obrazovnih, kulturnih i izdavačkih ustanova, informativnih i misionarskih glasila, privrednih subjekata, kao i kulturnih i socijalnih udruženja ili nevladinih organizacija, pre podnošenja zahteva za upis u Registar, odnosno pre dobijanja rešenja o upisu u Registar, treba da nazive ustanova, organizacija i *delatnosti* (podv. autori) usklade sa Zakonom, dok, s druge strane, u čl. 10. predviđa da registarski list sadrži rubrike u koje se upisuju podaci predviđeni čl. 21. Zakona, a u koje, između ostalog, spadaju i oni o verskim školama, kulturnim ustanovama, udruženjima, humanitarnim, dobrotvornim i zdravstvenim organizacijama čiji je osnivač crkva, verska zajednica ili verska organizacija, uz uočljiv izostanak navođenja privrednih subjekata. Čini se ipak da je tumačenje prema kome bi crkve i verske zajednice mogle svojim aktima da generišu i ukidaju pravni subjektivitet privrednih subjekata koji bi se isključivo upisivali u Registar crkava i verskih zajednica suviše široko i da bi moglo da predstavlja izvor zloupotrebe i onemogućavanja sistemskih privrednopravnih rešenja o stečaju i likvidaciji.

Čl. 26. st. 3. ZCVZ normirano je da crkve i verske zajednice privrednu ili drugu delatnost mogu da obavljaju na način i u skladu sa propisima kojima je uređeno obavljanje tih delatnosti. Imajući u vidu navedeno, načelno posmatrano, crkve i verske zajednice su u vršenju ovih delatnosti dužne da poštuju propise koji se na te delatnosti odnose, tačnije imaju ista prava i obaveze kao i ostali privredni subjekti. Međutim, ZCVZ nije precizirano u kojim slučajevima, pod kojim uslovima i radi ostvarivanja kojih ciljeva, one mogu obavljati privrednu delatnost. Na tu dilemu odgovore bi mogle dati odredbe Zakona o udruženjima³⁸ koji se primenjuje na crkve i verske zajednice u pitanjima koja nisu uređena ZCVZ. U čl. 37. Zakona o udruženjima je navedeno da udruženje može neposredno obavljati privrednu ili drugu delatnost kojom se stiče dobit *pod uslovom*

³⁷ *Službeni glasnik RS*, broj 36/06.

³⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 51/09 i 99/11 – dr. zakoni.

da je delatnost u skladu sa njenim statutarnim ciljevima, da je predviđena statutom i da je manjeg obima, odnosno da se delatnost obavlja u obimu potrebnom za ostvarivanje ciljeva udruženja (podv. autori). Samim tim, obavljanje privredne delatnosti od strane crkava i verskih zajednica mora biti izuzetak, a ne pravilo. Vršenje takve delatnosti mora biti u skladu sa njihovim autonomnim propisima u kojima bi takva delatnost trebalo da bude jasno definisana. Pored toga, važno je da je privredna delatnost crkava i verskih zajednica povezana sa određenim ciljevima, zapravo da ta veza bude jasno određena. Takođe, neophodno je da poslovi koji spadaju u njihovu privrednu delatnost budu manjeg obima, odnosno da ne spadaju u osnovnu delatnost u skladu sa kojom crkva deluje, to jest zbog kojih je verska zajednica osnovana. U vezi s tim, važno je pronaći i odgovarajuću meru između ciljeva i obavljanja određene privredne delatnosti, tako da delatnost ne sme da ima prevagu nad ciljevima. Nadalje, potrebno je da crkve i verske zajednice obavljanje privredne delatnosti, odnosno subjekte te delatnosti upišu u odgovarajući Registar privrednih subjekata koji ima značaj i neophodan je u svakodnevnom pravnom i poslovnom prometu. Najvažnije je istaći da ostvarenu dobit crkve i verske zajednice ne mogu raspoređivati svojim crkvenim velikodostojnicima, verskim službenicima, vernicima, odnosno u bilo koje svrhe koje nisu namenjene za ostvarivanje ciljeva definisanih autonomnim propisima crkava i verskih zajednica. S obzirom na sve navedeno, crkve i verske zajednice mogu obavljati privrednu delatnost, ali samo pod jasno definisanim, restriktivnim uslovima.

U praksi ponekad može doći do izvesnih nedoumica da li određena delatnost koju vrše crkve ili verske zajednice spada u privrednu delatnost. U tom smislu, primera radi, može se istaći da osnivanje pokloničkih agencija i poslovi koji se odnose na organizovanje pokloničkih putovanja izazivaju određene nedoumice u pogledu pravnog režima kome treba da budu podvrgnuti.

Delatnost pokloničkih agencija ne može se smatrati privrednom delatnošću *stricto sensu*, ukoliko crkva ili verska zajednica nije tražila da se takva agencija upiše u odgovarajući registar kao vid obavljanja privredne delatnosti, naročito uzimajući u obzir da nije reč o turističkoj delatnosti, već o organizovanju pokloničkih putovanja. To su putovanja koja se obavljaju u cilju posete svetim i drugim mestima od značaja za vernike, kao i u cilju posete i učešća u verskim ceremonijama i obredima. Treba istaći da primarni cilj takvih putovanja nije puko sticanje dobiti što sledi iz činjenice da određene kategorije putnika ne plaćaju usluge agencije, kao

što ni agencija ne plaća, niti od putnika posebno naplaćuje, usluge smeštaja, boravka i ishrane u pojedinim objektima, naročito verskim objektima crkve ili verske zajednice. U tom smislu, poklonička putovanja koja organizuje i sprovodi poklonička agencija najpribližnija su institutu turističkih putovanja za sopstvene potrebe koja su regulisana čl. 46. Zakona o turizmu³⁹. Prema st. 1. tog člana Zakona, sindikalne organizacije, udruženja penzionera, ferijalne, studentske, izviđačke i planinarske organizacije i ustanove socijalne i dečje zaštite, kao i druga udruženja i organizacije, u koja svakako treba svrstati crkve i verske zajednice, mogu samo za svoje članove, odnosno korisnike, u skladu sa svojim statutom, organizovati turističko putovanje ili izlet, bez svrhe sticanja dobiti. Stavom 2. istog člana Zakona predviđeno je da se takvo turističko putovanje ne može javno oglašavati i reklamirati, osim davanja obaveštenja članovima odnosno korisnicima, ali je u slučaju crkava i verskih zajednica otvoreno pitanje na koji način obavestiti njihove „članove, odnosno korisnike”. Naime, „članovima, odnosno korisnicima” turističkih putovanja crkava i verskih zajednica mogu se smatrati njihovi vernici koji ne moraju uvek i svuda da idu u crkvu, kao i vernici koji su, u svakom pojedinačnom slučaju, poklonici pojedinih svetinja koje se obilaze, a što može da uključi i pripadnike različitih konfesija, te se otuda, osim obaveštenjima na verskim objektima i u glasilima crkava i verskih zajednica, pribegava i javnom oglašavanju putovanja. Posebno je važno imati u vidu da uvoz i distribucija turističke literatura kojom se podstiče posećivanje verskih objekata i događaja, javno oglašavanje i informisanje o verskim objektima i događajima, kao i kretanje ljudi u cilju posete verskim objektima i događajima u pravu EU uvek u posebnom režimu, izuzetom od opšteg režima koji važi za opštu turističku privrednu delatnost. U tom smislu, organizovanje i sprovođenje pokloničkih putovanja ne može se smatrati obavljanjem privredne delatnosti, dok se javno oglašavanje takvih putovanja sprovodi u cilju obaveštavanja velikog broja poklonika, tako da u takvom slučaju nije reč o pukom reklamiranju radi sticanja dobiti. Izloženi primer ukazuje da se i pored naznačenih kriterijuma za utvrđivanje dopuštenosti i obima privredne delatnosti crkava i verskih zajednica u svakom konkretnom slučaju moraju svestrano razmotriti svi aspekti određene delatnosti, kao i subjekata koji je vrše, da bi se utvrdila njena priroda.

³⁹ *Službeni glasnik RS*, br. 36/09, 88/10, 99/11 – dr. zakon, 93/12 i 84/15.

5. Zaključak

Analiza rešenja koja se odnose na privrednu delatnost crkava i verskih zajednica u pravu EU, uporednom pravu i pravu Srbije ukazuje da crkve i verske zajednice, iako nisu privredni subjekti, već su u smislu kompanijskog prava neprofitna građanska društva, mogu osnivati privredne subjekte i obavljati privrednu delatnost u skladu s opštim režimom kojim je ona regulisana. Međutim, da bi takva delatnost uopšte bila dozvoljena, kao i da bi se u određenim slučajevima i u određenom obimu izuzela iz opšteg režima privredne delatnosti, moraju biti ispunjeni određeni uslovi. Najčešće se ovi uslovi odnose na karakter pravnog subjektiviteta koji crkve i verske zajednice uživaju, obavljanje delatnosti koja mora biti usmerena u pravcu ostvarivanja, njihovim autonomnim propisima, tačno određenog cilja, kao i na obim takve aktivnosti. Državni organi, u okviru propisanih uslova, od slučaja do slučaja vrše procenu da li se određena privredna delatnost obavlja i/ili (zlo)upotrebljava za ostvarivanje ciljeva koji (ne)spadaju u verske.

Literatura

- Bloß, L., „European Law of Religion – organizational and institutional analysis of national systems and their implications for the future European Integration Process”, *Jean Monnet Working Paper* 13/03.
- Emiliadines, A., *State and Church in Cyprus, State and Church in the European Union*, Nomos, Baden-Baden 2005.
- Heinig, H. M., “Law on Churches and Religion in the European Legal Area – Through German Glasses”, *German Law Journal*, Vol. 8, 6/2007.
- Küster, B., „Administrative and Financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, u: *Legal aspects of religious freedom* (ed. Drago Čepar, Blaž Ivanc), Ljubljana 2008.
- Radulović M., *Obnova srpskog državno-crkvenog prava*, Beograd, 2009.
- Vasiljević M., *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2007.
- Vasiljević M., *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2012.

Pravni izvori

Act No 3/2002 Sb. 7.1.2002.

Bundesabgabenordnung, BGBl 1961/194 idF BGBl I 2005/2, Odeljak 34.

Case C-130/75, *Vivien Prais v. Council*.

Case C-145/88, *Torfaen Borough Council v. B & Q plc*.

Case C-196/87, *Udo Steymann v. Staatssecretaris van Justitie (Baghwan)*.

Case C-300/84, *Van Roosmalen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid*.

Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

Zakona o slobodi veroispovesti i opštem položaju denominacija Rumunije, Legea br. 489 din 28 decembrie 2006 privind libertatea religioasăși regimul general al cultelor cu modificărileulterioare (OUG nr. 44/2012), *Monitorul Oficial*, Partea I, nr. 11/2007.

Odluka Ustavnog suda br. Iuz-455/2011 od 16. januara 2013. godine, „*Službeni glasnik RS*”, br. 23 od 13. marta 2013. godine.

Poreski zakonik Rumunije od 22.12.2003. godine, poslednje izmene i dopune od 1.1.2009. godine.

Regulation (EC) No 607/2009 of the Commission of 14 July 2009 laying down certain detailed rules for the implementation of Council Regulation (EC) No 479/2008 as regards protected designations of origin and geographical indications, traditional terms, labelling and presentation of certain wine sector products.

Regulation (EC) No 1749/1999 of the Commission of 23 July 1999 amending Regulation (EC) No 2214/96, concerning the sub-indices of the harmonised indices of consumer prices.

Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed.

Ustav Srbije, „*Službeni glasnik RS*”, br. 98/06.

Zakon br. 14/07 od 2.2.2007. godine, <http://www.legirel.cnrs.fr>, 1.3.2018.

Zakon o crkvama i kongregacijama Estonije stupio na snagu 1.7.2002. godine, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013065/consolide>, 1.3.2018.

Zakon o crkvama i verskim zajednicama „*Službeni glasnik RS*”, br. 36/06.

Zakon o pravnom položaju verskih zajednica Hrvatske, *Narodne novine* br. 83/02, 16.7.2002.

Zakon o pravu na slobodu savesti i veroispovesti, i pravnom položaju crkava, verskih denominacija i verskih zajednica Mađarske, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2012\)009-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2012)009-e), 1.3.2018.

Zakon o privrednim društvima, „*Službeni glasnik RS*”, br. 36/11, 99/11, 83/14 – dr. zakon i 5/15.

- Zakon o slobodi veroispovesti Finske, broj 453 od 6.6.2003. godine, https://www.prh.fi/en/yhdistysrekisteri/uskonolliset_yhdyskunnat/lyhennysote_uskonnonvapauslaista.html, 1.3.2018.
- Zakon o slobodi veroispovesti Slovenije, <http://www.legirel.cnrs.fr>, 1.3.2018.
- Zakon o turizmu, „Službeni glasnik RS”, br. 36/09, 88/10, 99/11 – dr. zakon, 93/12 i 84/15.
- Zakon o udruženjima Finske broj 503 iz 1989. godine, poslednja izmena 12.8.2016. godine, <https://www.prh.fi/en/yhdistysrekisteri/act.html>, 1.3.2018.
- Zakon o udruženjima, „Službeni glasnik RS”, br. 51/09 i 99/11 – dr. zakoni.
- Zakon o veroispovestima Bugarske, *Državni vesnik* br. 120/2002, 33/2006, 59/2007, 74/2009, 68/2013, 61/2015, 79/2015.
- Zakon o verskim organizacijama Letonije, http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Lex-doc/Let_L_1995.pdf, 1.3.2018.
- Zakon o verskim zajednicama i udruženjima Litvanije, <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.27643?jfwid=5sjolg47i>, 1.3.2018.

Internet izvori

Robbers, G. (ed.), *Religion-Related Norms in European Union Law*, https://ubt.opus.hbz-nrw.de/opus45-ubtr/frontdoor/deliver/index/docId/570/file/RobbersEd_Religion_Related_Norms_in_European_Union_Law.pdf, 08.09.2018.

Vladimir Đurić PhD

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

Milutin Trnavac PhD

Senior Advisor in the Ministry of European Integration

**THE ECONOMIC ACTIVITY OF CHURCHES AND RELIGIOUS
COMMUNITIES**

Summary

Churches and religious communities are not economic entities, but they can perform economic activities. This paper analyses the legal aspects of the economic activity of churches and religious communities. Having analysed the solutions contained in the EU law, comparative law and in the law of the Republic of Serbia, the authors conclude that the economic activity of churches and religious communities as non-profit unincorporated associations in terms of company law, in order to be permitted as well to be excluded from the general regime of economic activity to certain extent and in certain cases, it must fulfil certain conditions relating to the legal subjectivity enjoyed by churches and religious communities, the aims regarding which they are being carried out, and the extent to which they are carried out.

Keywords: economic activity, economic entities, churches and religious communities.

KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TERORIZAM U ZAKONODAVSTVU ŠPANIJE I ITALIJE**

Apstrakt

*U radu se daje prikaz i analiza korpusa krivičnopравnih odredaba o terorizmu u zakonodavstvu Španije i Italije, kao državama koje su imale neposrednih negativnih iskustava sa terorističkim napadima. Cilj rada je da ukazivanjem na sličnosti i razlike u odabranom načinu i modelu krivičnopравne zaštite od terorizma bude ukazano na značaj harmonizovane reakcije na terorizam na nivou Evropske unije, koja je uspostavila zajednički krivičnopравni pojam terorizma i sličnih, sa njim povezanih, pojmova, sa krajnjim ciljem efikasnijeg suprotstavljanja ovom teškom obliku kriminaliteta. Kao zaključak autor iznosi konstataciju da su krivičnopравne odredbe o terorizmu odabranih zakonodavstva usklađene sa *aquis communautaire*, kao i da ih karakteriše ekspanzionizam i punitivizam, koji u demokratskoj, slobodnoj državi moraju biti ograničeni i stalno preispitivani.*

Ključne reči: *krivična dela terorizma, Španija, Italija.*

1.Uvod

U radu autor prikazuje i analizira način, sadržinu i modele krivičnopравne reakcije na terorizam u dve zemlje članice Evropske unije, Španiji i Italiji, koje su imale neposrednih negativnih iskustava sa terorističkim napadima i razvijale antiterorističke zakone.

* Docent na Kriminalističko - policijskoj akademiji u Beogradu, e-mail: ivana.bodrozic@kpa.edu.rs.

** Rad je rezultat rada na projektu „Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije“, koji finansira i realizuje Kriminalističko - policijska akademija u Beogradu. Rukovodilac projekta je prof. dr Biljana Simeunović - Patić.

Poznavanje terorizma kao kategorije krivičnog prava, dakle kao jedne od postojećih inkriminacija u nacionalnim pravnim sistemima, uz uporednopravni prikaz i analizu, može da predstavlja osnov za kasniju komparaciju sa rešenjima prihvaćenim u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu, kroz koju bi se mogli dati određeni predlozi u vezi sa nekim rešenjima *de lege ferenda* posmatrano.

2. Terorizam u krivičnom zakonodavstvu Španije

Terorizam je u Španiji označen kao jedan od prioriteta u strategiji nacionalne bezbednosti. Kroz istoriju Španija je bila suočena kako sa etno - separatističkim¹, tako i sa islamističkim terorizmom, što je dovelo do usvajanja seta pravnih i organizaciono-tehničkih propisa namenjenih sprečavanju i suzbijanju terorizma.²

U Španiji je, pravnikoncept terorizma, uskopovezansaćlanom 55.st.22. Ustava iz 1978, koji dozvoljava ograničenje određenih procesnih prava u vezi sa aktima naoružanih grupa, organizacija ili terorističkih grupa, koje su usmerene ka rušenju ustavnog uređenja ili ozbiljnom ugrožavanju javnog mira.³

Kada je pravni okvir u pitanju, od 2006. godine u Španiji je donet niz zakona koji se direktno odnosi na borbu protiv terorizma, među kojima se kao najvažniji javlja Krivični zakonik Španije⁴, koji je usvojen 23. novembra 1995. godine, a stupio na snagu 24. maja 1996. godine. Ovaj zakonski tekst više puta je menjan, a u oblasti inkriminacija terorizma značajne su izmene usvojene Zakonom iz 2000. i Zakonom iz 2003. godine, a potom Zakonom

¹ Najpoznatija teroristička organizacija u Španiji, ETA, u saopštenju izdatom 20. oktobra 2011, proglasila je „definitivni prestanak svojih oružanih aktivnosti“. Njeni operativni kapaciteti postali su ograničeni i smanjeni, što treba povezati sa kontinuiranim radom na izgradnji pravnih mehanizama zaštite od terorizma, koji su bazirani na postulatima vladavine prava, usklađeni sa španskim ustavom i ostalim španskim i evropskim zakonodavstvom i intenziviranom međunarodnom saradnjom španskih službi bezbednosti. Ova teroristička organizacija, čijim je aktivnostima 850 ljudi izgubilo život u pedesetogodišnjem periodu njenog postojanja, nije izvršila nijedan teroristički napad od jula 2009. godine. Pomenutom su ipak sledeli napadi iz 2017. u Barceloni i letovalištu Kambrils kao deo islamističkog terorizma, što je pokazatelj potrebe za kontinuiranim razvojem pravnih mehanizama reakcije na terorizam.

² Codexter Profiles on Counter/Terrorist Capacity – Spain, <http://www.coe.int/terrorism>, 13.01.2018. Neusklađenost pravnog, institucionalnog i operativnog nivoa odbrane od terorizma predstavlja razlog koji određenu državu čine podložnijom terorističkim napadima. Prema: M. Mijalkovski, „Specifičnosti protivterorističke prevencije“, *Vojno delo* 2/2007, 51–52.

³ J.L. de la Cuesta, Anti-Terrorist Penal Legislation and the Rule of Law – Spanish Experience, <http://www.penal.org/sites/default/files/files/JLDLCTerrorism.pdf>, 03.02.2018.

⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, núm. 281, de 24/11/1995.

od 22. juna 2010, a koje su stupile na snagu 23. decembra 2010. godine, i kasnijim iz 2015.

Izмене i dopune španskog krivičnog zakonika iz 2010. godine odnosile su se na krivična dela terorizma, prevashodno zbog potrebe inkorporisanja u špansko krivično zakonodavstvo obaveza koje proizilaze iz međunarodno priznatih obaveza, prioritarno u vezi sa Okvirnom odlukom Saveta EU o borbi protiv terorizma od 28. novembra 2008. godine (*Council Framework Decision 2008/919/JHA of 28 November 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism*).

Uvedene reforme mahom su tehničke prirode i imaju za cilj specijalizaciju krivičnopravnih odredaba o terorizmu, u kontekstu uvođenja odgovornosti pravnih lica za krivična dela, novih odredaba o terorističkim grupama ili organizacijama i ostalih obaveza koje proizilaze iz relevantnih međunarodnih dokumenata u vezi sa terorizmom.

Krivična dela terorizma nalaze se sistematizovana u drugom odeljku španskog Krivičnog zakonika, u okviru glave XXI, koja nosi naslov „Krivična dela protiv javnog reda“. Pojam javnog reda nije eksplicitno definisan odredbama krivičnog zakonika, ali se pod njim podrazumeva normalan rad javnih i privatnih institucija, koji obezbeđuje preduslove za slobodan razvoj i ostvarivanje osnovnih prava i sloboda građana. On u najkraćem podrazumeva ostvarivanje uslova za zajednički život svih građana u mirnom okruženju, koji se uklapa u okvire demokratske države uspostavljene španskim ustavom.⁵

Krivično delo terorizma predviđeno je u čl. 571. Krivičnog zakonika Španije i definisano je kao izazivanje požara, poplava, vršenje otmica, ubistava, prouzrokovanje eksplozija i preduzimanje drugih radnji od strane lica koja pripadaju i deluju u ime naoružanih grupa, organizacija ili terorističkih grupa ili sa njima saraduju, a sve sa ciljem rušenja ustavnog poretka ili ozbiljnog ugrožavanja javnog mira. Krivično delo ima dva značajna elementa.⁶ Prvi je element organizacije koji podrazumeva da se kao učinilac krivičnog dela javlja lice koje pripada, dejstvuje ili saraduje

⁵ A. Gómez-Céspedes, *Counterterrorism strategies in Spain*, Málaga 2006, 8.

⁶ Krivični zakonik ne sadrži prezisno određenje pojma terorističke grupe, već se o njemu, prateći savremene trendove u Evropi, izjašnjavaju doktrina i sudska praksa (npr. Odluka Vrhovnog suda od 25. januara 1988. godine govori o pojmu naoružane grupe). Insistira se na izdvajanju određenih elemenata koji bi jasno izdvojili terorizam od ostalih oblika organizovanog kriminaliteta, te se u tu svrhu kombinuju dva elementa: objektivni, koji pod njim podrazumeva dovoljno veliku grupu sa strukturom, koju karakterišu hijerarhijski odnosi koji ukazuju na stepen stalnosti i subjektivni koji predstavlja ključni element bića krivičnog dela i sastoji se u izazivanju straha i rušenju ustavnog poretka, prema: C. Lamarca Perez, “Sobre el concepto de terrorismo”, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1993, 559.

sa naoružanim grupama, organizacijama ili terorističkim grupama, koje je dakle integrisano u neku od pomenutih vrsta organizacije.⁷ Drugi element može se označiti kao teleološki element, koji podrazumeva rušenje ustavnog poretka i ozbiljno ugrožavanje javnog mira, izvršenjem ubistava, otmica, izazivanjem požara i poplava.

Dakle, krivično delo terorizma iz čl. 571. Krivičnog zakonika Španije podrazumeva izvršenje nekog od nabrojanih teških krivičnih dela, koje, uz postojanje odgovarajućeg organizacionog i teleološkog elementa, biva kvalifikovano kao krivično delo terorizma.

Nakon pomenute reforme krivičnog zakonodavstva iz 2010. godine, krivična dela terorizma klasifikovana su u čl. 571-580, pod naslovom „Terorističke organizacije i grupe i krivična dela terorizma“. Sam naziv grupe u kojoj se inkriminacije terorizma nalaze sistematizovane nameće sporno tumačenje pojma naoružane grupe, terorističke grupe i organizacije. Prema stavu španskog Vrhovnog suda naoružanom grupom ima se smatrati udruženje koje je usredsređeno na oružane akcije, koje karakteriše disciplina i izražena hijerarhija. Teroristička grupa ili organizacija takođe ima izražen hijerarhijski odnos među članovima, ali ono što predstavlja demarkacionu liniju između ove vrste kriminalnih udruženja jeste teleološki elemenat, koji podrazumeva usmerenost radnje ka rušenju ustavnog uređenja, koji kod naoružanih grupa čini namera ugrožavanja javnog reda.⁸

S obzirom na to da elemenat organizacije kod krivičnog dela iz čl. 571. podrazumava sva tri navedena oblika organizacije, potrebno je napraviti distinkciju između dve vrste ciljeva koji proizilaze iz aktivnosti pomenutih struktura. Jedan je označen kao rušenje ustavnog poretka, koji ima nesporan politički karakter, inače svojstven inkriminacijama ovog tipa, dok drugi podrazumeva ozbiljno remećenje javnog reda, koje prema stavu zauzetom u španskoj teoriji, predstavlja faktičko pitanje, koje mora biti utvrđivano u svakom pojedinom slučaju, a koje, shvaćeno u kontekstu građanske sigurnosti, može biti sporno sa aspekta usmerenosti namere kod ovog krivičnog dela, koje pretpostavlja politički motiv. U tom slučaju zauzet je stav u teoriji da naoružane grupe, koje remete javni red, u smislu uznemirenja javnosti, treba označiti naoružanim grupama iz opisa bića

⁷ Pripadništvo grupi određeno je mestom u okviru organizacione strukture i hijerarhijskom pozicijom, a podrazumeva dostupnost članova grupe za obavljanje zadataka koji im u okviru organizacije budu dodeljeni, prema: D. Kolarić, „Terorizam – međunarodni dokumenti, savremena zakonska rešenja i Krivični zakonik Republike Srbije“, u: *Terorizam i ljudske slobode* (ur. Sreto Nogo), 2010, 417.

⁸ D. Kolarić, „Krivično delo terorizma – uporednopravni aspekti“, *NBP* 2/2011, 64.

ovog krivičnog dela, samo onda kada se pomenuto uznemirenje javnosti može protumačiti kao delatnost sa izraženom političkom pozadinom, kod koje se kao cilj javlja ostvarenje određenog daljeg političkog cilja.⁹

Član 572. španskog Krivičnog zakonika inkriminiše radnje usmerene protiv života, zdravlja ili slobode bilo koje osobe, posebno kada je učinilac povezan na bilo koji način sa naoružanom grupom ili terorističkom grupom ili organizacijom. Kada krivično delo za posledicu ima smrt lica, kao maksimalna kazna predviđen je zatvor od 30 godina. Kada se delo sastoji u izazivanju požara ili eksplozija raspon zaprećene kazne se kreće od 15 do 20 godina, a ukoliko se kao pasivni subjekat javi maloletno lice ili učinilac koji pripada jednoj od navedenih grupa preti, prinuđava ili otme više lica kazna zatvora se kreće od 10 do 15 godina. Mogućnost pooštavanja kazne predviđena je u slučaju da se kao pasivni subjekat ovog krivičnog dela javlja neko od funkcionera vlade, uključujući sledeća lica: vladine službenike na lokalnom, regionalnom i nacionalnom nivou, članove regionalnih i nacionalnog parlamenta, članove Generalnog saveta sudske vlasti, članove Vrhovnog suda, zvaničnike vojske, kao i druge pripadnike državnih organa zaduženih za sprovođenje zakona.¹⁰

Inkriminacija iz čl. 573. podrazumeva skladištenje oružja i municije, posedovanje ili odlaganje eksplozivnih ili zapaljivih supstanci ili uređaja ili njihovih komponenata, njihovu proizvodnju, trgovinu, transport ili nabavku ukoliko su učinjena od strane lica koja pripadaju, dejstvuju u korist ili saraduju sa naoružanim grupama, organizacijama ili terorističkim grupama.¹¹ Propisana je kazna zatvora od 6 do 10 godina.

U čl. 574. kao kažnjivo se predviđa izvršenje i bilo kojeg drugog krivičnog dela, kojim se podriva ustavno uređenje i ozbiljno ugrožava javni mir od strane lica koja pripadaju, dejstvuju u korist naoružanih grupa, organizacija ili terorističkih grupa.

Krivična dela protiv imovine izvršena u nameri obezbeđivanja sredstava za finansiranje naoružanih grupa, organizacija ili terorističkih grupa predviđena su kao posebna inkriminacija u čl. 575.

U čl. 576. Krivični zakon kao kažnjivu predviđa saradnju sa naoružanim grupama, organizacijama ili terorističkim grupama koja se sastoji u raznovrsnim radnjama, poput nabavljanja sredstava za izvršenje krivičnog dela, olakšavanja izvršenja krivičnog dela ili brojnim drugim radnjama koje doprinose aktiv-

⁹ C. Lamarca Perez, A. Alonso de Escamilla, I. Gordillo Alvarez-Valdes, E. Maestre Delgado, A. Rodriguez Nunez, *Derecho Penal-Parte especial*, Madrid 2005, 708.

¹⁰ A. Gómez-Céspedes, 9.

¹¹ Codexter Profiles on Counter/Terrorist Capacity – Spain, <http://www.coe.int/terrorism>, 13.01.2018.

nostima pomenutih grupa. Kao saradnju sa navednim grupama zakon eksplicitno navodi: pružanje informacija i nadgledanje ljudi, dobara ili instalacija; izgradnju, adaptaciju, ustupanje ili korišćenje smeštaja ili skladišta; prikrivanje ili prevoz lica povezanih sa naoružanim grupama, organizacijama ili terorističkim grupama; obučavanje lica, kao i bilo koji drugi sličan oblik saradnje, pomoći ili posredovanja u aktivnostima pomenutih grupa.

Kao kažnjivo se smatra regrutovanje, javno podsticanje i obuka radi pridruživanja terorističkoj organizaciji ili radi izvršenja krivičnog dela terorizma.

Finansiranje terorizma predviđeno je u čl. 576. st.1, u kojem je kao kažnjivo predviđeno obezbeđivanje i prikupljanje sredstava direktno ili indirektno namenjenih da se koriste, u potpunosti ili delimično, za izvršenje krivičnog dela terorizma ili radi dostavljanja terorističkoj organizaciji. Takođe će se, prema čl. 576. st. 2, kazniti lica, koja uprkos zakonskoj obavezi saradnje sa vlastima u sprečavanju aktivnosti finansiranja terorizma, usled ozbiljnog zanemarivanja ispunjavanja pomenutih obaveza, doprinesu da pomenute aktivnosti ne budu otkrivene ili izbegnute. Čl. 576. st. 3. predviđa odgovornost pravnih lica za finansiranje pomenutih krivičnih dela.

Inkriminacija iz čl. 579, st. 1. kao kažnjivu predviđa provokaciju, udruživanje ili podsticanje na izvršenje krivičnih dela terorizma, javnu distribuciju poruka ili slogana, koje za cilj imaju izazivanje, favorizovanje ili podsticanje na izvršenje krivičnih dela terorizma.¹²

Uprkos kratkom vremenskom periodu proteklom od novina u krivičnom zakonodavstvu Španije, kada su inkriminacije terorizma u pitanju, već 2012. godine počelo se sa razmišljanjima o izmenama i dopunama, koje su zbog političkih nesuglasica u parlamentu, tek krajem decembra 2014. godine bile predviđene Nacrtom zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, kojima je potpuno trebalo revidirati krivična dela terorizma.¹³

Ono što čini suštinsku karkteristiku reforme iz 2015. godine jeste kažnjavanje i za održavanje veze sa terorističkim grupama u inostranstvu, kao i dalje proširivanje kruga klasičnih krivičnih dela čijim se izvršenjem,

¹² Legitimnost kažnjavanja za javno podsticanje na terorizam, koje podrazumeva opravdavanje učinjenog krivičnog dela, pružanje podrške ili ohrabrenja izvršenja krivičnog dela putem štampe ili drugih sredstava javnog informisanja bila je predmet rasprave u španskoj kriminalnoj politici, jer prema raširenom mišljenju u literaturi sloboda izražavanja misli i uverenja nije u skladu sa kažnjavanjem za javno podsticanje na terorizam. Prema: T. S. Vives Anton, "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", u: *Terrorismo y proceso penal acusatori*, Valencia 2006, 39–42.

¹³ M. C. Melia, „11/3 and 7/7 ten years on – Terrorismusstrafaten im spanischen Strafrecht“, *ZIS* 11/2015, 541.

uz postojanje odgovarajućeg subjektivnog elementa krivična dela terorizma ostvaruju. M. C. Melia kritički posmatra proširivanje pojma terorizma i na brojna krivična dela protiv života, tela, slobode, integriteta, seksualnog opredeljenja, imovine, životne sredine, javnog zdravlja, koja ukoliko su učinjena radi ugrožavanja ustavnog poretka, institucija, međunarodnih organizacija, a podrazumevaju širenje straha, čine krivična dela terorizma. On smatra da se podizanjem pripremnih radnji na rang radnje izvršenja, ne poštuje načelo zakonitosti, kao i da se pooštavanjem sankcija ne poštuje načelo srazmernosti i pravednosti. Proširivanje pojma terorizma i na brojna druga krivična dela, koja nemaju veze sa političkim nasiljem svakom prosečnom građaninu govore o nedemokratičnosti reforme. U tom smislu navodi nekoliko primera od kojih kao najinteresantnije izdvajamo sledeće. Ako neko neoprezno razgovara o detaljima koji su mu poznati iz života neke politički važne ličnosti, pa onda neko drugi te informacije iskoristi za izvršenje krivičnog dela protiv pomenutog lica, onda će prema novim odredbama takvo lice („neoprezni lajavac“) biti označen kao izvršilac krivičnog dela podsticanje na izvršenja terorističkih dela učinjenog iz nehata. Ako neko lice, pak, učestvuje na nekom protestu i tom prilikom pretrpi oštećenje neke stvari, on prema novom španskom krivičnom zakoniku može biti smatran izvršiocom krivičnog dela teškog ometanja javnog reda, koje prema novim odredbama, spada u onu kategoriju delikata, koji ukazuju na postojanje terorističke namere, pa pošto se skupovi uvek održavaju na javnim mestima, onda se u takvom ponašanju stiču elementi nekog od krivičnih dela terorizma.¹⁴

U kontekstu iznetih kritika može se zaključiti da i u španskom krivičnom zakonodavstvu do izražaja dolaze ekspanzionizam i punitivizam, koji u demokratskoj, slobodnoj državi moraju biti ograničeni i stalno preispitivani.

3. Terorizam u krivičnom zakonodavstvu Italije

Zahvaljujući iskustvu stečenom u borbi protiv terorizma, u drugoj polovini sedamdesetih godina prošlog veka, Italija je u skladu sa međunarodnim tendencijama unifikacije inkriminacija nacionalnih zakonodavstva uspešno kroz nekoliko faza prilagođavala rešenja u krivičnom zakonodavstvu savremenim oblicima terorizma. Pravni okvir za suprotstavljanje terorizmu u Italiji sastoji se iz odredaba: ***materijal-nopravnog karaktera***, koje imaju svoje dve glavne karakteristike- prva se odnosi na uvođenje novih inkriminacija koje se mogu označiti kao

¹⁴ *Ibid.*, 544.

inkriminacije terorizma, a druga podrazumeva jačanje primene instituta stvarnog kajanja, koji uz aktivnu saradnju otvara mogućnost ublažavanja, pa čak i oslobođenja od kazne; **procesnoppravno** **karaktera**, koje za cilj imaju povećanje efikasnosti krivičnog gonjenja učinilaca krivičnih dela terorizma kroz modifikaciju propisa vezanih za pravo na slobodu ličnosti okrivljenog, poput odredaba o maksimalnom trajanju policijskog pritvora, uslovnom otpustu, uslovima za izdavanje naloga za privođenje i sl. i **zakona dopunskog karaktera**, kakve su odredbe zakona o javnom redu i sigurnosti, zakona o sudovima, zakona o izvršenju krivičnih sankcija, zakona o ovlašćenjima policijskih službenika, zakona o kontroli sumnjivih finansijskih transakcija¹⁵.

Krivični zakonik Italije¹⁶ inoviran je 2005. godine Zakonom br. 155, pod nazivom „Hitne mere za borbu protiv međunarodnog terorizma“. Ovim zakonom izmenjene su postojeće inkriminacije terorizma i uvedene nove, kao rezultat usklađivanja italijanskog krivičnog zakonodavstva sa *aquis communautaire*.¹⁷

Materijalno krivično pravo u Italiji definiše radnje preduzete u terorističke svrhe i predviđa kažnjavanje učinilaca takvih dela i kao pojedinačne aktivnosti i kao krivična dela koje podrazumevaju organizaciju. Krivična dela terorizma su inkriminisana kao posebni delikti, ali i kao neki opšti kod kojih se kao otežavajuća okolnost predviđa njihovo izvršenje u terorističke svrhe.¹⁸

Kao posebna krivična dela terorizma krivični zakonik Italije predviđa:¹⁹

Član 270, pod nazivom „Subverzivne organizacije“ (*Associazioni sovversive*), predviđa kažnjavanje onog ko u državi promoviše, osniva, organizuje i vodi udruženja usmerena ka tome da upotrebom nasilja uspostave diktaturu jedne društvene klase nad drugom ili da podrivaju ekonomski ili društveni red primenom nasilja ili da nasilno suzbijaju politički i pravni sistem države, kaznom zatvora od pet do deset godina. Učestvovanje u pomenutoj grupi kažnjava se kaznom zatvora od jedne do tri godine.²⁰ Prema mišljenju Vrhovnog suda Italije (*Italian Supreme*

¹⁵ Codexter Profiles on Counter/Terrorist Capacity – Italy, <http://www.coe.int/terrorism>, 10.06.2017.

¹⁶ Codice Penale (Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398), <http://www.gazzettaufficiale.it/>, 10.08.2017.

¹⁷ Krivični zakon je prethodno menjan i Zakonom broj 438 od 15. decembra 2001, pod nazivom „Hitne mere protiv međunarodnog terorizma“.

¹⁸ Codexter Profiles on Counter/Terrorist Capacity – Italy, <http://www.coe.int/terrorism>, 10.06.2017.

¹⁹ Krivična dela terorizma nalaze se sistematizovana u drugoj knjizi italijanskog krivičnog zakonika u grupi koja nosi naziv „Krivična dela protiv međunarodnog subjektiviteta države“, prema: S. Beltrani, *Corso di Diritto Penale – Parte generale e parte special*, Padova 2008, 537.

²⁰ D. Kolarić (2011), 62.

me Court (Corte di Cassazione), section I, 28 April 1983 (c.c 3 February 1983, n. 302). subverzijom se ima smatrati nasilno uspostavljanje diktature jedne društvene klase nad drugom, podrivanje ekonomskog i društvenog sistema, podrivanje političkog i pravnog sistema, što se sve preduzima sa ciljem rasturanja društvenih struktura vlasti i onemogućavanja ostvarivanja suštinskih i osnovnih principa pravne države.²¹

U čl. 270. *bis* inkriminiše se promovisanje, uspostavljanje, organizovanje, upravljanje i finansiranje grupa koje vrše akte nasilja u terorističke svrhe ili radi rušenja ustavnog uređenja.²² Kažnjivo je i članstvo u pomenutom udruženju, kao i terorističke aktivnosti usmerene prema stranoj državi ili međunarodnoj organizaciji.

Član 270. *ter* kao kažnjivo predviđa pružanje pomoći u izvršenju krivičnih dela iz prethodna dva člana, dajući radnjama pomaganja, kao što su davanje hrane, skloništa, prevoznih sredstava ili komunikacionih uređaja, karakter radnje izvršenja, sa krajnjim ciljem kažnjavanja onih oblika solidarnosti koji u kontekstu krivičnih dela terorizma zapravo predstavljaju logističku podršku. Ovo krivično delo postoji nezvano od ispunjenja uslova za postojanje pomaganja kao oblika saučesništva i opšteg krivičnogopravnog instituta, jer se radi o slučajevima, kada zakonodavac želi da strožije kazni pomagača, nego što bi to bio slučaj kada bi on bio tretiran samo kao saučesnik u krivičnom delu iz čl. 270. i 270. *bis*.

Član 270. *quater* i 270. *quinquies* uvedeni su pomenutim Zakonom 155, iz 2005. Inkriminišu regrutovanje i obuku za terorizam, predviđajući kažnjavanje svakog, izuzev u slučajevima definisanim čl. 270. *bis*, ko obučava ili na drugi način daje uputstva o izradi i korišćenju eksplozivnih materijala, vatrenog ili drugog oružja, štetnih ili opasnih hemijskih ili bakterioloških supstanci, ili čini dostupnim metode ili druge tehnike namenjene izvršenju nasilnih aktivnosti ili rušenja javnih službi za potrebe terorizma i kada su one usmerene protiv druge države ili međunarodne organizacije.²³

Član 270. *sexies* definiše terorističke aktivnosti kao nasilne aktivnosti podobne da nanesu štetu državi ili međunarodnoj organizaciji, a

²¹ M. Montauti, B. Vettori, *Italian contribution to the NCTB counterterrorism project*, Trento 2006, 3.

²² *Ibid.*, 4.

²³ Obe odredbe sadrže iskućujuću klauzulu, koja podrazumeva primarnu primenu čl. 270*bis*, dok sva ostala ponašanja koja upućuju na mogućnost stvaranja ili obučavanja terorističkog udruženja, bez posebnih dokaza o njegovom postojanju, potpadaju pod inkriminacije iz čl. 270*quater* i 270*quinquies*. Prema: V. Patane, "Recent Italian Efforts to Respond to Terrorism at the Legislative Level", *Journal of International Criminal Justice* 4-5/2006, 1173.

koje se preduzimaju sa ciljem zastrašivanja građana ili sprečavanja vlasti ili međunarodnih organizacija ili sa ciljem rušenja ustavnih, političkih, ekonomskih ili socijalnih struktura zemlje ili međunarodne organizacije.

U čl. 414. Krivičnog zakonika Italije eksplicitno se inkriminiše podsticanje na izvršenje terorističkih dela.

U čl. 280. Krivičnog zakonika kao samostalno krivično delo predviđaju se napadi na život ili telo lica, koji se preduzimaju u terorističke svrhe, a kažnjavanje zavisi od stepena povrede života ili telesnog integriteta, dakle u zavisnosti od težine posledice, koja može biti smrt, teška ili laka telesna povreda, a kao specifično svojstvo pasivnog subjekta kod ove inkriminacije navode se lica zaposlena u pravosuđu i organi za sprovođenje zakona (policija i tužilaštvo).

Član 289. inkriminiše krivično delo otmice izvršene u terorističke svrhe ili svrhe rušenja ustavnog uređenja. Ovo krivično delo javlja se kao *lex specialis* u odnosu na krivično delo otmice, kod koje se otkup, dakle imovinska korist, javlja kao motiv izvršenja. Uneto je u krivično zakonodavstvo Zakonom br. 191 od 18. marta 1978. godine, a neposredan osnov za njegovo unošenje u nacionalni katalog inriminacija bila je otmica i ubistvo poznatog italijanskog političara, koju se organizovale subverzivne grupe.²⁴ Značaj ove inkriminacije ogleda se u tome što se u njoj prvi put upotrebljava termin terorizam u krivičnom zakonodavstvu, a i u tome što u skladu sa zahtevima kriminalne politike, prvi put otvara mogućnost ublažavanja kazne učiniocu krivičnog dela, koji se distancirao od učinjenog krivinog dela i pomogao u oslobađanju otetog lica.

Kada je odgovornost pravnih lica u pitanju ona je regulisana čl. 25. *quater* Zakona 231, iz 2001. godine i odnosi se na sva krivična dela učinjena u terorističke svrhe.

Polaznu tačku za definisanje terorizma kao krivičnopravne kategorije u italijanskom krivičnom zakonodavstvu predstavlja čl. 270. *bis*, pod nazivom terorističko udruživanje (*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico*), koje je uvedeno Zakonom br. 15 iz 1980. godine, sa namerom suprotstavljanja pokretima namenjenim podrivanju ustavnog uređenja. Ustavno uređenje se, prema stavu Vrhovnog suda Italije, smatra kao sistem osnovnih principa utvrđenih italijanskim ustavom, koji definišu

²⁴ Reč je o otmici i ubistvu italijanskog političara Alda Mora, predsednika Demohrišćanske partije koje se odigralo 16. marta 1978. godine. Otmicu, teroritički napad organizovalo je oružano jezgro Crvenih brigada, koja se dogodila nakon jedne od najdužih političkih kriza u posleratnoj istoriji Italije. Prema: M. Klarin, *Terorizam*, Beograd 1978, 7–8.

strukturu i funkcije države (*Italian Supreme Court (Corte di Cassazione), section VI, 17 April 1996, n. 973*).²⁵ Pomenuti član izmenjen je Zakonom 438 iz 2001, čija je sadržina prethodno navedena. Na osnovu najnovije verzije ovog člana nije moguće neposredno definisati terorizam, te je potrebno primeniti tumačenje, koje je zauzeo Vrhovni sud Italije i po kojem svrha termina terorizam jeste označavanje širenja straha među građanima preduzimanjem inkriminiranih radnji. Pomenute delatnosti za cilj imaju podiranje poverenja građana u ustavom ustanovljen poredak i nisu neposredno usmerene prema ljudima, već prema onome što ti ljudi predstavljaju (*Italian Supreme Court (Corte di Cassazione), section I, 5 November 1987, n. 11382*).²⁶

Međutim, prvo eksplicitno određenje terorizma u normi krivičnog materijalnog prava označava čl. 270. *sexies (Condotte con finalità di terrorismo)* koji daje određenje terorističke radnje kao bilo kog nasilnog ponašanja koje prouzrokuje ozbiljnu štetu zemlji ili međunarodnoj organizaciji, sa ciljem zastrašivanja stanovništva ili prisiljavanja državnih vlasti ili međunarodne organizacije da nešto učine ili ne učine ili sa ciljem destabilizacije osnovnih ustavnih, ekonomskih i društvenih struktura države ili međunarodne organizacije (*Italian Supreme Court (Corte di Cassazione), section I of 5 November 2005*).²⁷

Poredeći navedene norme iz korpusa materijalno - krivičnopravnih sa relevantnim dokumentima Evropske unije može se zaključiti da italijanski krivični zakonik ne definiše javnu provokaciju da se izvrši krivično delo terorizma kao zasebnu inkriminaciju, već uspostavlja opšte krivično delo podsticanja na izvršenje krivičnog dela iz čl. 302, koje se odnosi samo na podsticanje, a ne obuhvata i nameru da se podstakne, što je uže postavljeno u odnosu na odredbu čl. 3. Okvirne odluke Saveta EU, i podrazumeva samo direktnu, a ne i indirektnu provokaciju.

Član 270. *quater* inkriminiše regrutovanje jednog ili više lica za preduzimanje nasilnih akata ili sabotaže javnih službi, u terorističke svrhe (osim u slučajevima predviđenim čl. 270. *bis*) čak i onda kada su usmereni protiv strane države. Za razliku od udruživanja, regrutovanje potencijalnih terorista smatra se krivičnim delom bez obzira na postojanje ili nepostojanje dokaza o postojanju sporazuma o nastanku udruženja. Činjenica da se ova odredba odnosi samo na preduzimanje nasilnih akata ili sabotaže javnih službi, utiče na postavljanje pitanja da li se ona može

²⁵ M. Montauti, B. Vettori, 4.

²⁶ *Ibid.*, 5.

²⁷ *Ibid.*

primeniti i na situacije kada se regrutovanje vrši u vezi sa izvršenjem svih krivičnih dela navedenih u Okvirnoj odluci.

Kada je obuka za terorizam u pitanju čl. 270. *quinquies* predviđa obuku za terorizam kao posebno krivično delo. On predviđa kažnjavanje svakog, ko, osim u slučajevima iz čl. 270. *bis*, obučava ili na drugi način daje uputstva o izradi i korišćenju eksplozivnih materijala, vatrenog ili drugog oružja, štetnih ili opasnih hemijskih ili bakterioloških supstanci, ili čini dostupnim metode ili druge tehnike namenjene izvršenju nasilnih aktivnosti ili rušenju javnih službi za potrebe terorizma i kada su one usmerene protiv druge države ili međunarodne organizacije.²⁸ Pomenuta odredba odnosi se i na obučavano lice. I kod ovog krivičnog dela, za razliku od krivičnog dela zločinačkog udruživanja, nije potrebna potvrda o sporazumu za izvršenje krivičnog dela. Ova inkriminacija namenjena je da popuni pravnu prazninu, koja bi postojala, jer zločinačko udruživanje podrazumeva postojanje organizacione strukture i minimum tri lica koja je sačinjavaju.

Obuka za terorizam ne podrazumeva prosto pružanje i primanje informacija, već se odnosi na stalni i sistemski program obuke koji podrazumeva određene forme vrbovanja. Obuka za terorizam podrazumeva više od običnog olakšavanja izvršenja krivičnog dela. I ova inkriminacija upravljena je ka izvršenju nasilnih aktivnosti ili rušenju javnih službi za potrebe terorizma, pa se i ona može označiti kao nedovoljno opšta u odnosu na listu krivičnih dela predviđenih čl. 1. st. 1 a-h, koja definiše krivična dela na koja se obuka odnosi.²⁹

4. Zaključak

Prikaz i analiza krivičnopravnih odredaba zakonodavstava Španije i Italije, ukazuju na tačnost, na početku rada iznetog, zapažanja da je krivično pravo kao *ultima ratio* instrument državne reakcije na terorizam, usklađivano sa relevantnim dokumentima usvojenim na nivou EU, te

²⁸ Posebna karakteristika italijanskog antiterorističkog zakonodavstva je uvođenje niza mera, orijentisanih ka sprečavanju napada na javnu bezbednost, kojima se detaljno regulišu apstraktno opasne aktivnosti, poput prenosa i prodaje određenih tipova oružja i eksploziva, davanje uputstava drugima o upotrebi eksploziva i drugih opasnih supstanci, putem interneta i sl. Prema: V. Patane, 1177.

²⁹ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Council Framework Decision 2008/919/JHA amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism, <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/crisis-and-terrorism/general/docs/>, 26.06.2017.

da ga karakteriše preventivno orijentisan legislativno - tehnički pristup izradi inkriminacija, koji odiše ekspanzionističkim tendencijama i punitivizmom, koji su inače karakteristike evropskog koncepta krivičnog pravnog reagovanja na terorizam. Najvećma su usvojeni svi zahtevi, uz zadržavanje dela specifičnosti nacionalnog odgovora na terorizam kao krivičnopravnu kategoriju, što može biti korišćeno kao uporednopravni orijentir i nacionalnom zakonodavcu, prilikom potencijalnih izmena postojećeg korpusa normi o terorizmu kao krivičnom delu.

Krivičnopravna represija ne bi trebalo da bude dodatno proširivana nedozvoljenim tumačenjima ionako dosta široko postavljenih inkriminacija, kako bi se sprečila derogacija nekih proverenih pravno-dogmatskih principa i univerzalnih zabrana.³⁰

Literatura

- Beltrani S., *Corso di Diritto Penale – Parte generale e parte special*, Padova 2008.
- Bodrožić I., „Praksa Evropskog suda za ljudska prava i krivična dela terorizma“, *Strani pravni život* 3/2016, 145- 160.
- Gómez-Céspedes A., *Counterterrorism strategies in Spain*, Málaga 2006.
- Klarin M., *Terorizam*, Beograd 1978.
- Kolarić D., „Terorizam – međunarodni dokumenti, savremena zakonska rešenja i Krivični zakonik Republike Srbije“, u: *Terorizam i ljudske slobode*, Tara 2010., 406 – 423.
- Kolarić D., „Krivično delo terorizma – uporednopravni aspekti“, *NBP* 2/2011, 57-76.
- Lamarca Perez C., „Sobre el concepto de terrorismo“, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1993, 535-560.
- Lamarca Perez C., Alonso de Escamilla A., Gordillo Alvarez-Valdes I., Maestre Delgado E., Rodriguez Nunez A., *Derecho Penal-Parte especial*, Madrid 2005.
- Melia M.C., „11/3 and 7/7 ten yars on – Terrorismusstrafaten im spanischen Strafrecht“, *ZIS* 11/2015, 538-544.
- Mijalkovski M., „Specifičnosti protivterorističke prevencije“, *Vojno delo* 2/2007, 50-63.
- Montauti M., Vettori B., *Italian contribution to the NCTB counterterrorism project*, Trento 2006.
- Patane V., „Recent Italian Efforts to Respond to Terrorism at the Legislative Level“, *Journal of International Criminal Justice* 4–5/2006, 1166-1180.

³⁰ I. Bodrožić, „Praksa Evropskog suda za ljudska prava i krivična dela terorizma“, *Strani pravni život* 3/2016, 159.

Vives Anton T. S., “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo” in: *Terrorismo y proceso penal acusatori*, Valencia 2006, 17-47.

Pravni izvori

Codice Penale (Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398), <http://www.gazzettaufficiale.it/>, 10.08.2017.
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, núm. 281, de 24/11/1995.

Internet izvori

Codexter Profiles on Counter/Terrorist Capacity – Italy, <http://www.coe.int/terrorism>, 10.06.2017.
Codexter Profiles on Counter/Terrorist Capacity – Spain, <http://www.coe.int/terrorism>, 13.01.2018.
De la Cuesta J. L., Anti-Terrorist Penal Legislation and the Rule of Law – Spanish Experience, <http://www.penal.org/sites/default/files/files/JLDLCTerrorism.pdf>, 03.02.2018.
Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Council Framework Decision 2008/919/JHA amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism, <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/crisis-and-terrorism/general/docs/>, 26.06.2017.

Ivana P. Bodrožić, PhD

Assistant Professor, Academy of Criminalistic and police Studies
Belgrade

**CRIMINAL LAW RESPONSE TO TERRORISM IN THE
LEGISLATION OF SPAIN AND ITALY**

Summary

Author presents and analyzes the manner, content and models of the criminal law reaction to terrorism, in two member states of the European Union, Spain and Italy, which had direct negative experiences with terrorist attacks and developed anti-terrorism laws. Knowledge of terrorism as a category of criminal law, as one of the existing incriminations in national legal systems, with a comparative analysis and analysis of solutions from the national criminal justice systems of the elected countries, can be the basis for a later comparison with the solutions accepted in the national criminal legislation, through which could be given some suggestions regarding some of the *de lege ferenda* solutions. At the end of the paper, the author concludes that the criminal law provisions on terrorism of the selected legislation are aligned with the *aquis communautaire*, as well as characterized by expansionism and punitiveism, which in a free, democratic state must be limited and constantly reconsidered.

Keywords: criminal offences of terrorism, Spain, Italy.

AKTIVNOSTI SAVETA EVROPE USMERENE KA ŠTETNOM DELOVANJU NOVIH RELIGIJSKIH POKRETA

Apstrakt

U radu su analizirana obeležja aktivizma Saveta Evrope u pravcu regulisanja štetnog delovanja novih religijskih pokreta. Unutar prve tematske celine, proučene su preporuke Saveta Evrope posvećene naznačenom problemu. U okviru druge celine, izvršena je analiza faktora koji su prozročili navedeni aktivizam Saveta. Treći deo posvećen je utvrđivanju međusobnog odnosa između aktivnosti Saveta Evrope i nacionalnih anti-kulturnih strategija. U završnom odeljku su istaknute primećene tendencije i pravilnosti, paralelno sa generalnim sumiranjem postignutih uvida. Između ostalog, uočeno je da je Savet zauzeo veoma obazriv, liberalan i tolerantan stav u odnosu na materiju novih religijskih pokreta. Preporučujući državama članicama isključivo proučavanje navedene problematike i edukaciju stanovništva, Savet je jasno sugerisao izbegavanje legislativnih i drugih invazivnih antikulturnih mera. Otuda se potencijalni uticaj preporuka Saveta može tražiti isključivo u okviru onih država koje zastupaju istovrstan, liberalan i neinvazivan pristup. Nasuprot tome, takav uticaj Saveta nije opravdano povezivati sa politikom onih zemalja koje su se, protivno preporukama 1178 i 1412, opredelile za radikalnije (zakonodavne i druge) korake. Sa druge strane, čini se osnovanim pretpostaviti da su, upravo suprotno, države sa antikulturnim zakonodavstvom i drugim invazivnim antikulturnim merama lako mogle uticati na svojevrsnu radikalizaciju stanovništva Saveta Evrope, koja se može primetiti u okviru najnovijih, no zvanično ne-usvojenih dokumenata Saveta: Dokumenta 12595 i Izveštaja 13441.

Ključne reči: *novi religijski pokreti, verske sekte, kultovi, antikulturni pokret, antikulturna legislativa, verske slobode, Savet Evrope.*

*Docent Fakulteta za evropske pravno-političke studije u Novom Sadu, e-mail: al.matkovic@gmail.com.

1. Uvod

Generalna zabrinutost povodom pretpostavljenog štetnog delovanja novih religijskih pokreta (eng. *new religious movements*)¹ jeste fenomen koji se u savremenom društvu afirmisao tokom druge polovine XX veka i ostao je aktuelan sve do sadašnjih dana. Pitanje preduzimanja legislativnih i drugih mera državnog i međunarodnog karaktera usmerenih ka sprečavanju negativnog uticaja tzv. destruktivnih verskih sekta i kultova, takođe, beleži višedecenijsko prisustvo.² Govoreći o međunarodnopravnim aspektima, uočava se da je Savet Evrope (dalje Savet) najznačajnija institucija koja je preduzela određene aktivnosti povodom istaknute problematike³, usled čega se nameće potreba za analizom kako odgovarajućih dokumenata Saveta, tako i okolnosti koje su dovele do njihovog nastanka, odnosno koje su doprinele formiranju stavova koje je usvojio Savet. Shodno rečenom, prvo će biti analizirani opisani dokumenti Savete Evrope.

¹ Uopšteno o novim religijskim pokretima u: J. Lewis, J. Petersen, *Controversial New Religions*, Oxford University Press, Oxford 2005; J. Richardson, „Legal Dimensions of New Religions“, in: *The Oxford Handbook of New Religious Movements* (ed. James Lewis), Oxford University Press, New York 2004, 163-184; D. Đorđević, *Proroci "nove istine": sekta i kultovi (šta treba da znamo o novim religioznim pokretima?)*, JUNIR: Društvo za zaštitu i unapređenje mentalnog zdravlja dece i omladine, Niš 1998; R. Božović, „Sekta, kultovi i tolerancija prema njima“, *Teme*, 27(1)/2003, 119-131; M. York, *The Emerging Network: A Sociology of the New Age and Neopagan Movements*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, Lanham 1995; M. Goldman, „Review Essay: Cults, New Religions, and the Spiritual Landscape: A Review of Four Collections“, *Journal of the Scientific Study of Religion*, 45(1)/2006, 87-96; S. Sutcliffe, „New Age, world religions and elementary forms“, in: *New Age Spirituality: Rethinking Religion*, second edition (eds. Steven Sutcliffe, Ingvild Saelid Gilhus), Routledge, London 2014, 17-34; J. Ogloff, J. Pfeifer, „Cults and the law: A discussion of the legality of alleged cult activities“, *Behavioral Sciences & the Law*, 1/1992, 117-140.

² O antikultnoj legislativi v: J. Richardson, (2004), 163-184; B. Robinson, „Ritual Abuse Legislation passed by U.S. state legislatures“, *Religious Tolerance*, 2001, http://www.religioustolerance.org/ra_law.htm, 27.11.2012; B. Robinson, „France: Attack on New Religious Movements“, *Religious Tolerance*, 2004, http://www.religioustolerance.org/rt_franc1.htm 28.12.2012; A. Matković, *Krivično-pravni aspekti okultnih ritualnih aktivnosti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd 2016; A. Matković, „Antikultna legislativa u Sjedinjenim Američkim Državama“, *Pravni zapisi*, 1/2016, 134-152; A. Matković, „Francuski zakon br. 2001-504 od 12. juna 2001. kao izvor verske diskriminacije i društvene destabilizacije“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 5/2016, 199-215.

³ A. Matković, (2016a), 63.

2. Dokumenti Saveta Evrope posvećeni novim religijskim pokretima

2.1. Preporuka 1178 (1992)

Pun naziv preporuke glasi Preporuka 1178 (1992) o sektama i novim religijskim pokretima⁴. Navedena preporuka sadrži ukupno sedam tačaka. Unutar prve tačke, ukazano je na zabrinutost povodom problema u vezi sa novim religijskim pokretima. Druga tačka sadrži obaveštenje da je Parlamentarna skupština primila upozorenja od strane različitih organizacija i pojedinaca koji smatraju da su njihove porodice ugrožene usled uticaja sektu. U okviru treće tačke istaknuto je da je Parlamentarna skupština uvažila poziv upućen Savetu Evrope u kome se tražilo razmatranje navedenog problema. Naredna stavka pruža informaciju da je Skupština, usled pomenutih razloga, zatražila da se države članice izjasne o praksi koju primenjuju u odnosu na nove religijske pokrete, odnosno o pravnim problemima sa kojima se susreću. U petoj tački konstatovano je da je, shodno verskim slobodama i pravima zajemčenim članom 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima, nepoželjno usvajanje zakona uperenih ka suzbijanju delovanja novih religijskih pokreta, zato što takve legislativne mere mogu ugroziti delovanje tradicionalnih religijskih zajednica. Ipak, u narednoj stavci je ukazano da bi, nezavisno od pomenutog, trebalo sprovesti obrazovne, legislativne i druge mere u cilju adekvatnog rešavanja navedenih problema povezanih sa pojedinim aktivnostima sektu ili novih religijskih pokreta.⁵ Shodno pomenutom, unutar završne tačke sugerise se da Komitet ministara pozove države članice Saveta Evrope da, u tom cilju, usvoje većih broj mera, koje su potom i taksativno navedene.⁶

Može se konstatovati da usvajanje prikazane preporuke predstavlja pionirski potez toga tipa na nivou Saveta Evrope. Osim toga, njome je skrenuta pažnja državama članicama Saveta Evrope na pitanja koja se tiču novih religijskih pokreta, sa posebnim akcentom na njihovom potencijalnom štetnom delovanju. Istovremeno, definisane su granice pravnog zadiranja u verske slobode i verska prava.

⁴ CoE, Recommendation 1178 (1992), Sects and new religious movements, adopted on 05.02.1992. by the Parliamentary Assembly/ 23th Sitting, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15212&lang=en>, 2. 3.2018.

⁵ Primitno je da se unutar Preporuke izrazi „verska sekta“ i „novi religijski pokret“ ne koriste dosledno kao sinonimi, iako se pri tome ne pruža niti definicija ovih pojmova, niti objašnjenje u čemu se tačno sastoji njihova razlika.

⁶ A. Matković, 2016a, 67-68.

2.2. Preporuka 1412 (1999)

Preporuka 1412 (1999) o ilegalnim aktivnostima sekti⁷ sastavljena je od 11 tačaka. U okviru tačke 1 upućuje se na već postojeću Preporuku 1178 i na, unutar nje, istaknute argumente protiv uvođenja specijalizovanog antikultnog zakonodavstva. U drugoj tački pomenutog dokumenta Skupština reafirmiše sopstvenu posvećenost načelu slobode savesti i veroispovesti, priznajući religijski pluralizam kao prirodnu posledicu poštovanja navedenog načela. Državna neutralnost i jednaka zakonska zaštita ističu se kao ključni faktori prevencije kog oblika verske diskriminacije, usled čega je prema vlastima država članica adresiran poziv da se uzdrže od aktivnosti i mera zasnovanih na vrednosnoj proceni konkretnih verskih uverenja. Tačka br. 3 sadrži još jedno ukazivanje na Preporuku 1178, preciznije na deo kojim se, kao poželjno, ministrima preporučuje sprovođenje mera zarad obaveštavanja i edukacije mladih ljudi i opšte populacije, te kojim je zatraženo da svi zvanično registrovani novi religijski pokreti dobiju korporativni status. U četvrtoj tački pominje se da je Parlamentarna Skupština odlučila da iznova prouči materiju štetnog delovanja novih religijskih pokreta budući da su se, nakon usvajanja prethodne Preporuke (1178), dogodili ozbiljni incidenti povezani sa aktivnostima pojedinih organizacija koji se mogu svrstati pod kategoriju verskih sekti. U sledećoj tački Skupština zaključuje da nije potrebno definisati pojam sekte, kao ni precizirati da li je ona religija ili ne. No, i pored toga se izražava zabrinutost u vezi onih grupa koje se smatraju sektama, nezavisno od njihovog verskog, ezoterijskog ili duhovnog usmerenja, uz istovremeno naglašavanje važnosti navedenog problema.

U šestoj tački Preporuke ističe se da je od suštinske važnosti preduzeti mere kojima bi se osiguralo da aktivnosti ovih grupacija budu zakonite, usaglašene sa demokratskim načelima i naročito, u skladu sa sadržinom člana 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Tačka 7 sadrži zaključak prema kome je od prvorazredne važnosti postojanje pouzdanih informacija o novim religijskim pokretima, pri čemu je bitno da te informacije ne potiču isključivo od samih verskih zajednica o kojima je reč, niti pak od antikultnih organizacija. Kako se navodi, nakon što zainteresovanim subjektima prethodno bude omogućeno izjašnjenje

⁷ CoE, Recommendation 1412 (1999), Illegal activities of sects, adopted on 22.06.1999. by the Parliamentary Assembly, 18th Sitting, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16713&lang=en>, 2.3.2018.

nje i komentar povodom njih, navedene informacije bi potom trebale biti masovno distribuirane u javnosti. Tačkom 8 dodatno se naglašava potreba za uključivanjem unutar obrazovnog programa (naročito onog predviđenog za tinejdžere) specifičnih informacija vezano za istorijat i za filozofiju značajnih škola misli i religije. U narednoj stavci navodi se velika važnost koju Skupština pridaje zaštiti najugroženijih kategorija stanovništva, osobito dece pripadnika verskih, ezoterijskih i duhovnih zajednica, u slučaju zlostavljanja, silovanja, zanemarivanja, indoktrinacije putem “ispiranja mozga” i neupisivanja u školu, čime se socijalnim službama onemogućava vršenje nadzora. U vezi sa svim gore iznetim zaključcima, u okviru 10. tačke Skupština poziva vlade država članica da preduzmu niz mera, koje su potom i taksativno navedene. U završnoj tački, Skupština iznosi preporuku da Komitet ministara, po potrebi, obezbedi formiranje informativnih centara posvećenih verskim, ezoterijskim ili duhovnim grupama u centralnoevropskim i istočnoevropskim zemljama, kao i da uspostavi mehanizme za nadzor opisanih grupa na prostoru Evrope, u cilju olakšavanja razmene informacija između nacionalnih centara.⁸

Kako se primećuje, dokument 1412 (1999) Saveta ne pokazuje značajnije promene kursa politike Saveta u odnosu na stanovište koje je Savet zauzeo u svojoj prethodnoj preporuci iz 1992. godine. Kao i u prethodnoj preporuci, Savet je ponovo naglasak stavio na nužnost očuvanja verskih sloboda i prava, sugerišući državama članicama da svoje intervencije ograniče na prikupljanje i analizu informacija o novim religijskim pokretima, kao i na primerenu edukaciju stanovništva o realnim osobinama pomenutih pokreta.

2.3. Ocena aktivnosti Saveta Evrope posvećenih novim religijskim pokretima

Uočava se da se Savet Evrope unutar obe prikazane preporuke opredelio za umeren i obazriv pristup materiji novih religijskih pokreta. Primarni fokus stavljen je na očuvanje i unapređenje verskih sloboda i prava, što je u potpunosti u skladu sa članom 9. Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁹ U pogledu državne intervencije u označenoj ob-

⁸ A. Matković, 2016a, 68-70.

⁹ Up: Dž. Murdok, *Sloboda misli, savesti i veroispovesti: vodič za primenu člana 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savet Evrope, Beograd, 2008, 16 i dalje.

lasti, Savet je državama članicama preporučio izbegavanje legislativnih i drugih radikalnijih mera za suzbijanje pretpostavljenog negativnog uticaja pomenutih verskih pokreta. Umesto toga, unutar preporuka 1178 i 1412 sugerisano je sprovođenje primarno onih mera koje se odnose na prikupljanje i analizu informacija posvećenih doktrini i praksi novih religijskih pokreta, zarad boljeg razumevanja njihove realne prirode, kao i na edukaciju stanovništva o obeležima takvih pokreta. Ipak, poslednjih godina primećuje se pojava određenih drugačijih tendencija unutar Saveta. U najnovijim dokumentima koji se odnose na rečenu problematiku (Dokument 12595¹⁰ i Izveštaj 13441¹¹), uočljivo je veće naglašavanje društvene opasnosti koja se potencijalno može očekivati usled delovanja pojedinih manjinskih verskih zajednica. Takođe, čini se da je Savet, za razliku od ranijeg jasnog stava o nepoželjnosti uvođenja specijalizovanih antikulturnih zakona i ostalih antikulturnih mera na državnom nivou, u okviru pomenutih najnovijih dokumenata ublažio i relativizovao takvo opredeljenje, budući da se značajno više naglašava potreba državnog intervenisanja u domenu delovanja novih religijskih pokreta. No, treba imati u vidu da Dokument 12595 i Izveštaj 13441 nisu usvojeni od strane Saveta Evrope, te samim tim ne predstavljaju zvanični stav te organizacije.

3. Uzroci aktuelizovanja razmatranja novih religijskih pokreta na nivou Saveta Evrope

Kao ključne razloge aktuelizovanja pravnog regulisanja materije novih religijskih pokreta na generalnom nivou, možemo izdvojiti sledeće faktore: 1) ekspanzija novih religijskih pokreta i drugih netradicionalnih, "alternativnih" vidova duhovnosti, 2) porast broja pripadnika novih religijskih pokreta, 3) intenzivno društveno eksponiranje primera realnog ili navodnog destruktivnog delovanja pripadnika takvih pokreta, 4) nastanak i ekspanzija savremene antikultne moralne panike.¹² Osim pomenutih, opštih razloga, mišljenja smo da su na aktivnosti Saveta

¹⁰ CoE, Doc. 12595 (2011), The protection of minors against sectarian influence- motion for a resolution, 18. 04. 2011, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=12674&lang=en>, 02.03.2018.

¹¹ CoE, Doc. 13441 (2014), The protection of minors against excesses of sects-report, 17. 03. 2014, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20544&lang=en>, 02.03.2018.

¹² Upor: A. Matković, 2016a, 44 i d.

Evrope naročito uticali i sledeći specifični faktori: 1) ugledanje na prvu antikultnu legislativu koja je bila stvorena na prostoru SAD-a¹³ i 2) usvajanje u evropskim državama zakona i preduzimanje drugih državnih mera posvećenih štetnom delovanju verskih sekti.¹⁴ Govoreći o prva dva generalna faktora (ekspanzija novih religijskih pokreta i opšti porast broja pristalica alternativnih vidova duhovnosti), može se konstatovati da se, okvirno posmatrano, već od 1960-ih godina, na dalje, primećuje veliki porast popularnosti naznačenih oblasti duhovnosti na prostoru Evrope i u drugim zemljama evropskog kulturnog uticaja. Taj proces je u velikoj meri išao paralelno sa nastankom i ekspanzijom savremene popularne kulture koja je umnogome izmenila celokupan društveni ambijent, te samim tim doprinela i transformacijama na polju religioznosti i duhovnosti.¹⁵ U pogledu intenzivnog (naročito medijskog) eksponiranja primera štetnog delovanja novih religijskih pokreta, tokom poslednjih nekoliko decenija određen broj pojedinačnih incidenata je privukao veoma veliku društvenu pažnju.¹⁶ Takvi ekscesi su ujedno pružili i najsnažniju afirmaciju debatama o opasnosti od tzv. destruktivnih verskih sekti i kultova. Pri tome je važno napomenuti da je, kod većine pomenutih incidentnih događaja, diskutabilno da li se zaista radilo o organizacijama sa istinskom, tj. primarnom religijskom konotacijom ili pak o ekstremističkim grupacijama korenito drugačije prirode.¹⁷ Istovremeno, čak i u slučaju dokazane religijske prirode konkretne organizacije, ostaje veoma upitno da li su navedeni zločini zaista bili izvršeni u konekciji sa njenom religijskom doktrinom i sa verskim uverenjima učinilaca, ili se, zapravo, radilo o drugim, „pragmatičnijim“ motivima za izvršenje krivičnih dela.¹⁸ Konačno, u bliskoj vezi sa navedenim stoji i poslednji, četvrti faktor: feno-

¹³ O antikultnoj legislativi u SAD detaljnije u: B. Robinson, 2001; A. Matković, 2016a, 78-93; A. Matković, 2016b, 134-152.

¹⁴ O evropskoj antikultnoj legislativi upor: B. Robinson, 2004; A. Matkovic, 2016a, 95-106; A. Matković, 2016c, 199-215.

¹⁵ Upor: P. Jenkins, „Satanism and Ritual Abuse“, in: *The Oxford Handbook of New Religious Movements* (ed. James Lewis), Oxford University Press, New York 2004, 236-237.

¹⁶ Npr. incidenti povezani sa delovanjem Om Šinrikjoa, Hrama naroda, Vrata raja, Loze Davidijanaca, Reda solarnog hrama i dr. Više u: J. Lewis, J. Petersen, *passim*; F. Bellanger, J. Richardson, *Legal Cases, New Religious Movements and Minority Faiths*, Ashgate Publishing, Farnham 2014.

¹⁷ Primera radi: slučajevi kriminalnog udruživanja ili kriminalnog organizovanja, postojanje terorističkih grupacija i sl. Upor: A. Matković, 2016a, *passim*.

¹⁸ O tome više u: A. Matković, „Krivična dela povezana sa okultizmom - pojam, pasivni subjekti i objekti radnje izvršenja“, *Crimen*, 2/2016, 207-222.

men antikultne moralne panike.¹⁹ Polazeći od generalnog obrasca ispoljavanja sociološkog fenomena moralne panike²⁰, može se lako uočiti koliko je masovna društvena uznemirenost povodom pretpostavljene opasnosti od tzv. destruktivnih verskih sekti i kultova uticala na pojavu prvih antikulturnih propisa u SAD.²¹ Otuda je moguće zaključiti da je savremena antikultna moralna panika, kao specijalna podvrsta naznačenog sociološkog fenomena, imala izuzetno važan uticaj na nastanak i oblikovanje antikultne legistative uopšte.²²

Prelazeći na dva posebna faktora koje smo istakli kao naročito značajne za nastanak aktivnosti Saveta Evrope posvećenih novim religijskim pokretima, samorazumljiv je i nesporan zaključak da je pojava prvih antikulturnih zakonskih odredbi u SAD-u morala uticati i na organe Saveta Evrope prilikom razmatranja štetnog delovanja verskih kultova i sekti. To dodatno potvrđuje činjenica da je prva Preporuka Saveta Evrope toga tipa (br. 1178) doneta 1992. godine, dakle, upravo u periodu kada je nastanak američke antikultne legistative bio u zenitu. Ipak, trebalo bi detaljnije ob-

¹⁹ O satanističkoj moralnoj panici detaljnije u: J. Victor, *Satanic Panic: The Creation of a Contemporary Legend*, Open Court Press, Chicago 1993; D. Bromley, „Satanism: The new cult scare“, in: *The Satanism Scare* (eds. James Richardson, Joel Best, David Bromley), Aldine De Gruyter, Hawthorne 1991, 49-72; S. Oliver, „Claims of Satanic Ritual Abuse are Unsubstantiated“, in: *Satanism* (ed. Tamara Roleff), Greenhaven Press, San Diego 2002, 49-67; D. Nathan, M. Snedeker, *Satan's Silence: Ritual Abuse and the Making of a Modern American Witch Hunt* (second edition), Authors Choice Press, Lincoln 2001; D. Nathan, „Satanism and Child Molestation: Constructing the Ritual Abuse Scare“, in: J. Richardson *et al.*, (1991), 75-94; D. Frankfurter, *Evil Incarnate: Rumors of Demonic Conspiracy and Ritual Abuse in History*, Princeton University Press, Princeton 2006; P. Jenkins, D. Maier-Katkin, „Satanism: Myth and Reality in a Contemporary Moral Panic“, *Crime, Law and Social Change*, 1/1992, 53-75; P. Jenkins, 2004, 221-242; E. Karlsberg, „Satanism Threatens Youth“, in: T. Roleff, 2002, 9-13; J. Reichert, J. Richardson, „Decline of Moral Panic: A Social Psychological and Socio-Legal Examination of the Current Status of Satanism“, *Nova Religio: The Journal of Alternative and Emergent Religions*, 2/2012, 47-63; S. Robbins, „Social and Cultural Forces Were Partially Responsible for Satanic Panic“, in: T. Roleff, 2002, 91-103; J. Victor, „The Extent of Satanic Crime is Exaggerated“, in: T. Roleff, 2002, 32-49; B. Robinson, „Ritual Abuse (RA)“, *Religious Tolerance*, 2007, <http://www.religioustolerance.org/ra.htm>, 19.12.2012; B. Robinson, „Satanic Ritual Abuse (SRA)“, *Religious Tolerance*, 2010, <http://www.religioustolerance.org/sra.htm>, 19.12.2012.

O antikultnom aktivizmu v: J. Noblitt, P. Perskin, *Cult and Ritual Abuse – It's History, Anthropology and Recent Discovery in Contemporary America* (second edition), Greenwood Publishing Group, Santa Barbara 2000; D. Đorđević, „Antikultni pokret- mogući izraz religiozne netolerancije“, *Facta universitatis- series: Philosophy and Sociology*, 6(2)/1999, 257-270; M. Mazza, „Anti-Satanism is Bigotry“, in: T. Roleff, 2002, 29-32; J. Richardson, J. Best, D. Bromley, „Satanism as a Social Problem“, in: J. Richardson, 1991, 3-17; M. de Young, „One Face of the Devil: The Satanic Ritual Abuse Moral Crusade and the Law“, *Behavioral Sciences and the Law*, 4/1994, 389-407.

²⁰ O definiciji i obeležjima moralne panike v: K. Tompson, *Moralna panika*, Clio, Beograd 2003, 16.

²¹ A. Matković, 2016a, 50-53; A. Matković, 2016b, 134-137.

²² *Ibid.*

jasniti prilike u kojima je američko zakonodavstvo uticalo na aktivnosti Saveta Evrope kao i na legislativne aktivnosti na nacionalnom nivou. Analiza pomenute problematike pokazuje da su u Evropi u ubedljivoj manjini one zemlje koje su preduzele specijalizovane legislativne mere posvećene suzbijanju štetnog delovanja novih religijskih pokreta. U tome smislu, najpoznatija i najznačajnija jeste antikultna legislativa koja postoji u Francuskoj. Štaviše, primećuje se da su, među ostalim evropskim državama koje su usvojile određene antikultne propise ili, češće, preduzele druge mere državnog karaktera na suzbijanju delovanja tzv. verskih sekti, u većini upravo one države koje su istorijsko-kulturološki bliske Francuskoj (Luksenburg²³, Belgija²⁴, Švajcarska²⁵).²⁶ Razmatranju pomenutih francuskih antikultnih mera posvećena je značajna pažnja u evropskim naučnim i stručnim krugovima – između ostalog, upravo i na nivou Saveta Evrope²⁷, što ukazuje kako na važnost koja se pridaje tim merama, tako i na njihov nadnacionalni uticaj. Upoređujući dinamiku preduzimanja antikultnih mera na državnom nivou u Francuskoj, sa hronologijom istovrsnih aktivnosti Saveta Evrope, takođe se uočavaju značajne podudarnosti. Najznačajniji nacionalni zahvati u označenoj oblasti jesu: formiranje Parlamentarne komisije za sekte u Francuskoj (fr. *Commission parlementaire sur les sectes en France*) 1995. godine²⁸, formiranje istovrsnih komisija 1999.²⁹ i 2006.³⁰

²³ Loi du 21. février 2013. portant incrimination de l'abus de faiblesse, <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2013/0035/a035.pdf>, 25.01.2018; Loi du 21. février 2013. relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants et portant modification de plusieurs dispositions du Code penal, <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2013/0035/a035.pdf>, 25.01.2018.

²⁴ Loi du 2 juin 1998/ Belgique, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1998060257, 27.01.2016.

²⁵ J. Kaplan, H. Löw, *The Cultic Milieu: Oppositional Subcultures in an Age of Globalization*, AltaMira Press, Walnut Creek 2002, 282.

²⁶ Up: A. Matković, 2016a, 111-112.

²⁷ CoE, Doc. 9612 (2002), Freedom of religion and religious minorities in France- report, 31.10.2002, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=9915&lang=EN>, 26.01.2018.

²⁸ Rapport n° 2468 au nom de la commission d'enquête sur les sectes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 1995, <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-eng/r2468.asp>, 04.03.2018.

²⁹ Rapport n° 1687 au nom de la commission d'enquête sur la situation financière, patrimoniale et fiscale des sectes, ainsi que sur leurs activités économiques et leurs relations avec les milieu économiques et financiers, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juin 1999, <http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/sectes/sommaire.asp>, 04.03.2018.

³⁰ Rapport n° 3507 au nom de la commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 décembre 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-eng/r3507.asp>, 04.03.2018.

godine, te naročito: donošenje Zakona br. 2001-504 od 12. juna 2001. godine.³¹ Imajući u vidu periode u kojima je Savet Evrope intenzivno posvećivao pažnju problematici novih religijskih pokreta, osnovano je primetiti određenu povezanost između citiranih nacionalnih mera u Francuskoj i koraka preduzetih na nivou Saveta. Treba primetiti da je francuski primer, u to vreme, usamljen u Evropi, ali, da je očigledno pod uticajima iz Francuske došlo do upadljive transformacije i radikalizacije stavova na nivou Saveta Evrope (počevši od Dokumenta 12595 i Izveštaja 13441), budući da sadržina tih dokumenata pokazuje velike sličnosti sa stavovima francuskog zakonodavca i francuskih eksperata koji su se bavili pitanjem štetnog delovanja novih religijskih pokreta. Imajući sve rečeno u vidu, čini se osnovanim uočiti značajan uticaj koji su antikultne aktivnosti u Francuskoj, po svojoj prilici, morale ostvariti na postupanje Saveta Evrope u pomenutoj oblasti.

4. Međusobni odnos aktivnosti Saveta Evrope i mera nacionalnog karaktera posvećenih suzbijanju negativnog uticaja novih religijskih pokreta

Kako se uočava, Savet Evrope je zvanični stav povodom aktivnosti novih religijskih pokreta prvi put zauzeo još 1992. godine, usvajanjem Preporuke 1178. U skladu sa time trebalo bi očekivati da su potom preporuke Saveta inicirale i oblikovale nastanak najpoznatijih nacionalnih anti-kulturnih strategija. Međutim, treba imati u vidu da se unutar obe preporuke Saveta (1178 i 1412), zapravo, državama članicama ni na koji način ne sugerise preduzimanje invazivnih mera koje bi zadirale u osetljivo pitanje verskih sloboda i prava. Štaviše, Savet je izričito zauzeo stav o nepoželjnosti uvođenja specijalizovane antikultne legislative, dok je povodom preduzimanja drugih mera preporučio ograničavanje isključivo na istraživanje fenomena novih religijskih pokreta i unapređenje edukacije stanovništva u tom pogledu. Nasuprot tome, pojedine države (Francuska, Luksemburg) usvojile su specijalizovane antikultne propise kojima se sakcionišu određeni vidovi delovanja tzv. „verskih sekti“ (tj. novih religijskih pokreta)³², dok je niz drugih (Austrija, Belgija, Nemačka, Švajcarska) preduzelo mere koje, kako se čini, delimično prevazilaze okvire

³¹ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=-JORFTEXT00000589924&dateTexte=&categorieLien=id>, 26.01.2018.

³² O obeležjima pomenutih propisa detaljno u: A. Matković, 2016a, 95-108; A. Matković, 2016c, 199-215.

istaknute u preporukama Saveta. U Austriji je 1998. godine osnovan Federalni zavod za pitanja sekta (nem. *Bundesstelle für Sektenfragen*), u formi samostalnog javnopravnog tela, a u okviru pojedinih austrijskih federalnih jedinica postoje i različite institucije finansirane od strane države (poput, primera radi, Društva za borbu protiv sektanih i kulturnih opasnosti [nem. *Gesellschaft gegen Sekten und Kultgefahren*, skr. GSK]). Iste godine, u Belgiji su, na osnovu već pomenutog Zakona³³, uvedene dve specijalizovane institucije: Centar za informisanje i savetovanje povodom štetnih sektanih organizacija (fr. *Le Centre d'information et d'avis sur les organisations sectaires nuisibles*, skr. CIAOSN) i Međuresorna koordinaciona grupa koja saraduje sa bezbednosnim institucijama u cilju koordiniranja politike vlade, a u okviru čije nadležnosti se nalazi i nadgledanje delovanja novih religijskih pokreta.³⁴ U Nemačkoj, vlada je formirala sistem informisanja usmeren ka novim religijskim pokretima. Pri tome su pojedine savezne države (Donja Saksonija, Brandenburg, Berlin) preduzele i određene dodatne mere, poput praćenja, prikupljanja, obrade i distribucije informacija o delovanju takvih pokreta.³⁵ Počevši od 1997. godine, na prostoru Švajcarske se takođe aktivno preduzimaju različite intervencije uperene protiv verskih sekta i kultova. Nakon neuspelog pokušaja implementacije antikulturnih zakonskih odredbi, pojedini kantoni (npr. Ženeva) otpočeli su da finansiraju rad lokalnih antikulturnih organizacija. Što se tiče ostalih strategija, one uglavnom pokazuju srodnost sa istovrsnim merama preduzetim u Austriji, Belgiji i Nemačkoj.³⁶

Uvažavajući sve navedeno, opravdano je uočiti uticaj koji su Preporuke Saveta Evrope mogle ostvariti isključivo na one nacionalne strategije koje se iscrpljuju u domenu proučavanja i informisanja povodom fenomena novih religijskih pokreta. Nasuprot tome, ne može se zaključiti da su aktivnosti Saveta uticale na legislativne i druge invazivne antikultne korake država članica. Umesto toga, pre bi se moglo reći da su citirane Preporuke uticale na ostale evropske države koje, shodno stano vištu Saveta, nisu pribegle takvim radikalnim potezima. Sa druge strane, primećuje se da su, upravo suprotno, pojedine države članice putem svojih nacionalnih antikulturnih intervencija, odnosno propagiranjem svog radikalnog antikulturnog polazišta, zapravo veoma lako mogle uticati na pristup Saveta Evrope povodom novih religijskih pokreta. To naročito

³³ Up. fusnotu 25.

³⁴ A. Matković, 2016a, 109-110.

³⁵ *Ibid.*, 111.

³⁶ CoE, Doc. 13441 (2014); A. Matković, (2016a), 111-112.

dolazi do izražaja kada se ima u vidu upadljiv ideološki zaokret koji je istaknut u najnovijim dokumentima Saveta (br. 12595 i br. 13441), no koji, kako je već rečeno, još uvek ne predstavlja zvanični stav Saveta Evrope, budući da nije usvojen u formi nove preporuke.

5. Uočene pravilnosti i finalni zaključci

Može se konstatovati da je pristup koji je Savet Evrope usvojio u odnosu na materiju novih religijskih pokreta u velikoj meri liberalan i oprezan. U okviru analiziranih preporuka Saveta primarni značaj poklonjen je zaštiti i očuvanju garantovanih verskih sloboda i prava, uz jasno izbegavanje invazivnih legislativnih i drugih mera državnog karaktera koje bi mogle ugroziti pomenuta prava. Potencijalni uticaj navedenih preporuka Saveta Evrope na postupanje država članica moguće je uočiti u onim zemljama koje su se opredelile za tolerantan i nediskriminatorski odnos ka novim religijskim pokretima, kao i u okviru onih nacionalnih strategija koje se iscrpljuju isključivo u domenu proučavanja obeležja pomenutih pokreta i edukacije stanovništva o postignutim uvidima. Međutim, takav uticaj, shodno prikazanoj uzdržanoj i odmerenoj politici Saveta, nije opravdano tražiti kod onih državnih strategija koje obuhvataju legislativne i druge invazivne antikultne mere. Sa druge strane, postoje dobri argumenti u prilog tezi da su upravo države članice koje su se opredelile za radikalnije korake posvećene suzbijanju novih religijskih pokreta, zapravo, doprinele svojevrsnom zaoštavanju polazišta Saveta u označenoj oblasti. To se može primetiti u okviru najnovijih dokumenata Saveta Evrope (Dokument 12595 i Izveštaj 13441) u kojima se upadljivo više naglašava potreba državnog intervenisanja u domenu delovanja novih religijskih pokreta. No, budući da pomenuti dokumenti nisu usvojeni od strane Saveta i ne predstavljaju njegov zvanični stav, opisani uticaj država članica na antikultne aktivnosti Saveta Evrope za sada je samo neformalnog karaktera, pri čemu ostaje da se vidi kako će se rečena problematika dalje razvijati u budućnosti.

Literatura

- Bellanger, F, Richardson, J, *Legal Cases, New Religious Movements and Minority Faiths*, Ashgate Publishing, Farnham 2014.
- Božović, R, „*Sekte, kultovi i tolerancija prema njima*”, *Teme*, 27(1)/2003, 119-131.

- Bromley, D, „Satanism: The new cult scare“, in: *The Satanism Scare* (eds. James Richardson, Joel Best, David Bromley), Aldine De Gruyter, Hawthorne 1991, 49-72.
- Dorđević, D, Proroci “nove istine”: sekte i kultovi (šta treba da znamo o novim religioznim pokretima?), JUNIR: Društvo za zaštitu i unapređenje mentalnog zdravlja dece i omladine, Niš 1998.
- Dorđević, D, „Antikultni pokret- mogući izraz religiozne netolerancije“, *Facta universitatis- series: Philosophy and Sociology*, 6(2)/1999, 257-270.
- Frankfurter, D, *Evil Incarnate: Rumors of Demonic Conspiracy and Ritual Abuse in History*, Princeton University Press, Princeton 2006.
- Goldman, M, „Review Essay: Cults, New Religions, and the Spiritual Landscape: A Review of Four Collections“, *Journal of the Scientific Study of Religion*, 45(1)/2006, 87-96.
- Jenkins, P, Maier-Katkin, D, „Satanism: Myth and Reality in a Contemporary Moral Panic“, *Crime, Law and Social Change*, 1/1992, 53-75.
- Jenkins, P, „Satanism and Ritual Abuse“, in: *The Oxford Handbook of New Religious Movements* (ed. James Lewis), Oxford University Press, New York 2004, 221-242.
- Kaplan, J, Löw, H, *The Cultic Milieu: Oppositional Subcultures in an Age of Globalization*, AltaMira Press, Walnut Creek 2002.
- Karlsberg, E, „Satanism Threatens Youth“, in: *Satanism* (ed. Tamara Roleff), Greenhaven Press, San Diego 2002, 9-13.
- Lewis, J, Petersen, J, *Controversial New Religions*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Matković, A, *Krivično-pravni aspekti okultnih ritualnih aktivnosti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd 2016a.
- Matković, A, „Antikultna legislativa u Sjedinjenim Američkim Državama“, *Pravni zapisi*, 1/2016b, 134-152.
- Matković, A, „Francuski zakon br. 2001-504 od 12. juna 2001. kao izvor verske diskriminacije i društvene destabilizacije“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 5/2016, 199-215.
- Matković, A, „Krivična dela povezana sa okultizmom - pojam, pasivni subjekti i objekti radnje izvršenja“, *Crimen*, 2/2016, 207-222.
- Mazza, M, „Anti-Satanism is Bigotry“, in: *Satanism* (ed. Tamara Roleff), Greenhaven Press, San Diego 2002, 29-32.
- Murdok, Dž, *Sloboda misli, savesti i veroispovesti: vodič za primenu člana 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savet Evrope, Beograd, 2008.
- Nathan, D, „Satanism and Child Molestation: Constructing the Ritual Abuse Scare“, in: *The Satanism Scare* (eds. James Richardson, Joel Best, David

- Bromley), Aldine De Gruyte, Hawthorne 1991, 75-94.
- Nathan, D, Snedeker, M, *Satan's Silence: Ritual Abuse and the Making of a Modern American Witch Hunt* (second edition), Authors Choice Press, Linkoln 2001.
- Noblitt, J, Perskin, P, *Cult and Ritual Abuse – It's History, Anthropology and Recent Discovery in Contemporary America* (second edition), Greenwood Publishing Group, Santa Barbara 2000.
- Ogloff, J, Pfeifer, J, „Cults and the law: A discussion of the legality of alleged cult activities“, *Behavioral Sciences & the Law*, 1/1992, 117–140.
- Oliver, S, „Claims of Satanic Ritual Abuse are Unsubstantiated“, in: *Satanism* (ed. Tamara Roleff), Greenhaven Press, San Diego 2002, 49-67.
- Reichert, J, Richardson, J, „Decline of Moral Panic: A Social Psychological and Socio-Legal Examination of the Current Status of Satanism“, *Nova Religio: The Journal of Alternative and Emergent Religions*, 2/2012, 47-63.
- Richardson, J, Best, J, Bromley, D, „Satanism as a Social Problem“, in: *The Satanism Scare* (eds. James Richardson, Joel Best, David Bromley), Aldine De Gruyte, Hawthorne 1991, 3-17.
- Richardson, J, „Legal Dimensions of New Religions“, in: *The Oxford Handbook of New Religious Movements* (ed. James Lewis), Oxford University Press, New York 2004, 163-184.
- Robbins, S, „Social and Cultural Forces Were Partially Responsible for Satanic Panic“, in: *Satanism* (ed. Tamara Roleff), Greenhaven Press, San Diego 2002, 91-103.
- Robinson, B, „Ritual Abuse Legislation passed by U.S. state legislatures“, *Religious Tolerance*, 2001, http://www.religioustolerance.org/ra_law.htm, 27.11.2012.
- Robinson, B, „France: Attack on New Religious Movements“, *Religious Tolerance*, 2004, http://www.religioustolerance.org/rt_franc1.htm 28.12.2012.
- Robinson, B, „Ritual Abuse (RA)“, *Religious Tolerance*, 2007, <http://www.religioustolerance.org/ra.htm>, 19.12.2012.
- Robinson, B, „Satanic Ritual Abuse (SRA)“, *Religious Tolerance*, 2010, <http://www.religioustolerance.org/sra.htm>, 19.12.2012.
- Sutcliffe, S, „New Age, world religions and elementary forms“, in: *New Age Spirituality: Rethinking Religion*, second edition (eds. Steven Sutcliffe, Ingvild Saelid Gilhus), Routledge, London 2014, 17-34.
- Tompson, K, *Moralna panika*, Clio, Beograd 2003.
- Victor, J, *Satanic Panic: The Creation Of A Contemporary Legend*, Open Court Press, Chicago 1993.
- Victor, J, „The Extent of Satanic Crime is Exaggerated“ in: *Satanism* (ed. Tamara

- Roleff), Greenhaven Press, San Diego 2002, 32-49.
- York, M, *The Emerging Network: A Sociology of the New Age and Neo-pagan Movements*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, Lanham 1995.
- Young, M. de, „One Face of the Devil: The Satanic Ritual Abuse Moral Crusade and the Law“, *Behavioral Sciences and the Law*, 4/1994, 389-407.

Propisi

- Loi du 2 juin 1998/ Belgique, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1998060257, 27.01.2016.
- Loi n°2001-504 du 12 juin 2001, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000589924&dateTexte=&categorieLien=id>, 26.01.2018.
- Loi du 21. février 2013. portant incrimination de l'abus de faiblesse, <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2013/0035/a035.pdf>, 25.01.2018.
- Loi du 21. février 2013. relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants et portant modification de plusieurs dispositions du Code penal, <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2013/0035/a035.pdf>, 25.01.2018.

Dokumenti

- CoE, Recommendation 1178 (1992), Sects and new religious movements, adopted on 05.02.1992. by the Parliamentary Assembly/ 23th Sitting, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15212&lang=en>, 02.03.2018.
- CoE, Recommendation 1412 (1999), Illegal activities of sects, adopted on 22.06.1999. by the Parliamentary Assembly/ 18th Sitting, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16713&lang=en>, 02.03.2018.
- CoE, Doc. 9612 (2002), Freedom of religion and religious minorities in France-report, 31.10.2002, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=9915&lang=EN>, 26.01.2018.
- CoE, Doc. 12595 (2011), The protection of minors against sectarian influence-motion for a resolution, 18. 04. 2011, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=12674&lang=en>, 02.03.2018.
- CoE, Doc. 13441 (2014), The protection of minors against excesses of sects-

report, 17. 03. 2014. <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20544&lang=en>, 02.03.2018.

Rapport n° 2468 au nom de la commission d'enquête sur les sectes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 1995, <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-enq/r2468.asp>, 04.03.2018.

Rapport n° 1687 au nom de la commission d'enquête sur la situation financière, patrimoniale et fiscale des sectes, ainsi que sur leurs activités économiques et leurs relations avec les milieu économiques et financiers, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juin 1999, <http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/sectes/sommaire.asp>, 04.03.2018.

Rapport n° 3507 au nom de la commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 décembre 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3507.asp>, 04.03.2018.

Aleksandar Matković, Ph.D.

Assistant professor, Faculty of European Legal and Political Studies, Novi Sad

ACTIVITIES OF THE COUNCIL OF EUROPE TOWARDS HARMFUL ACTIONS OF NEW RELIGIOUS MOVEMENTS

Summary

This paper is dedicated to the analysis of the Council of Europe's activities concerning harmful actions of new religious movements. Within the first part of the paper, the author analysed Council of Europe's recommendations directed towards new religious movements. Within the second part, the causes for such Council's activism were examined. The third part is focused on establishing the relationship between the activities of the Council of Europe and national anti-cult strategies. Inside the final part, noticed tendencies and regularities were highlighted, together with the general summarization of the achieved insights. Among other things, it was concluded that the Council took a very cautious, liberal and tolerant attitude in relation to the matter of new religious movements.

By recommending Member States exclusively to study these issues and educate the population, the Council clearly suggested the avoidance of legislative and other invasive anti-cult measures. Hence, the potential impact of the Council's recommendations can be sought exclusively within those countries that hold similar, liberal and non-invasive approach. By contrast, it is not justifiable to link such Council's influence with the policies of those countries that, contrary to recommendations 1178 and 1412, have opted for more radical (legislative and other) steps. On the other hand, it seems reasonable to assume that, on the contrary, countries with anti-cult legislation and other invasive anti-cult measures could easily influence the radicalization of the position of the Council of Europe, which can be noticed within the latest, yet not officially adopted, documents of the Council: Document 12595 and Report 13441.

Keywords: new religious movements, religious sects, cults, anti-cult movement, anti-cult legislation, religious freedom, Council of Europe.

UPOREDNOPRAVNA ANALIZA I IZAZOVI REGULISANJA I FINANSIRANJA ZDRAVSTVENOG OSIGURANJA**

Apstrakt

Ne postoji nijedna država na svetu koja može da omogući svim svojim građanima sve blagodeti koje pruža savremena medicina. Upravo, nedostatak finansijskih sredstava uz kontinuirani porast zdravstvene potrošnje predstavlja teško rešiv izazov sa kojim se suočavaju sve zemlje sveta, između ostalog i Srbija. Autor se bavi analizom problema nejednakog pristupa zdravstvenim uslugama, nedovoljnom zdravstvenom pokrivenošću, kao i nemogućnošću ostvarivanja prava pojedinaca po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja. Shodno tome, autor ukazuje na to kako su uređeni zdravstveni sistemi razvijenih zemalja, čiji zdravstveni fondovi doprinose značajnom poboljšanju zdravstvenog stanja njihovih građana. Na kraju, uporednopravnom analizom uočava se da ne postoji savršen sistem zdravstvenog osiguranja, ali da se teži istom, te su predložena pojedina rešenja koja mogu doprineti poboljšanju trenutnog stanja u zdravstvu.

Ključne reči: *obavezno zdravstveno osiguranje, dobrovoljno zdravstveno osiguranje, Republički fond za zdravstveno osiguranje, zdravstvena zaštita, reforma zdravstva.*

1. Uvodna razmatranja

Zdravstvu kao najosetljivijem segmentu socijalne politike posvećuje se posebna pažnja, naročito kada se radi o socijalnoj državi, kako je Republika Srbija deklarirana i uređena Ustavom. Međutim, zdravlje

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

** Rad je rezultat na projektu „Ljudska prava i vrednosti u biomedicini – Demokratizacija odlučivanja u zdravstvu i implementacija“, br. 179023 Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

ne možemo posmatrati samo kao socijalni, već i kao ekonomski potencijal zemlje. Posmatranje zdravstvenog sistema sa ekonomskog aspekta u kontekstu održivog ekonomskog razvoja, posebno je aktuelizovano u vreme ekonomske krize. Usled teške ekonomske situacije, zdravstveni sistem Srbije nalazi se pred velikim izazovom.¹ Kako bi se na njega adekvatno odgovorilo, i savladao jaz između finansijskih mogućnosti sa jedne strane i očekivanja građana sa druge strane, potrebno je sprovesti pravne i ekonomske reforme zdravstvenog sektora.² Stoga je primarni cilj zdravstvene politike svake zemlje postizanje finansijske održivosti zdravstvenog sistema, uz obezbeđenje veće dostupnosti zdravstvenih usluga celokupnom stanovništvu.

Jedno od gorućih problema ekonomski održivog zdravstvenog sistema je učestala nemogućnost poslodavaca, da zbog finansijskih poteškoća, uplaćuju obavezne doprinose u fondove zdravstvenog osiguranja, dok i vlada ne daje uvek odgovarajuće uplate za svoje doprinose, za one koji sami ne vrše uplatu. Time se formira začarani krug dugovanja, u kojem fondovi ne isplaćuju sredstva bolnicama, lekarima i drugim davaocima usluga, koji sa svoje strane odlažu uplate troškova dobavljačima, tj. farmaceutskim kompanijama koje isporučuju lekove i medicinska sredstva.³

Dodatne poteškoće ekonomski održivom razvoju zdravstvenog sistema predstavlja permanentni razvoj medicinske nauke. Usled razvoja novih tehnologija, zdravstvena zaštita postaje sve delotvornija za pacijente, a samim tim, skuplja čak i za najbogatije zemlje sveta. Finansiranje zdravstvene zaštite zauzima centralno mesto u funkcionisanju zdravstvenog sistema, s obzirom da nijedan zdravstveni sistem u svetu ne može da obezbedi toliko finansijskih sredstava, da bi se moglo reći da taj sistem posluje rentabilno, odnosno bez finansijskih poteškoća.⁴

Opšti nedostatak finansijskih sredstava uz kontinuirani porast zdravstvene potrošnje predstavlja ozbiljan problem. Brojni su razlozi u prilog

¹ A. Gavrilović, S. Trmčić, „Zdravstveno osiguranje u Srbiji – finansijski održiv sistem“, *Menadžment*, Mladenovac 2012, 1.

² Valjalo bi spomenuti da je prethodni period obeležila aktivna reforma zdravstvenog zakonodavstva. U skupštinskoj proceduri je nekoliko zakona iz oblasti zdravstva, između ostalog i novi Zakon o zdravstvenom osiguranju, Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Zakon o apotekarskoj delatnosti, koji bi trebalo da budu usvojeni u narednom periodu, dok su neki od njih već usvojeni: Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, Zakon o transfuzijskoj medicini, Zakon o medicinskim sredstvima, Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017, Zakon o transfuzijskoj medicini, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017, Zakon o medicinskim sredstvima, *Službeni glasnik RS*, br. 105/2017.

³ A. Gavrilović, S. Trmčić, 4.

⁴ N. Kovač, „Financiranje zdravstva – situacija u Hrvatskoj“, *Ekonomski vjesnik*, XXVI, 2/2013, 551.

tome. Kao prvo, sveprisutan je rast ponude zdravstvenih usluga, koje prati kontinuirani tehnološki napredak u medicini, čime se stanovništvu nude nove metode u dijagnostikovanju i lečenju bolesti. Drugi razlog porasta zdravstvene potrošnje odnosi se na rastući dohodak stanovništva koji je omogućio veću zdravstvenu potrošnju (npr. bolnička zdravstvena zaštita). Treći razlog odnosi se na opšti trend demografskog starenja stanovništva.⁵ Prema Wilenskom, upravo učešće starih ljudi u celokupnoj populaciji stanovništva predstavlja najveći izvor socijalnih rashoda. Godinama unazad, u naučnoj i stručnoj javnosti ukazuje se da će porast u zdravstvenoj zaštiti postati neodrživ, naročito ukoliko se uzme u obzir trenutno stanje proračuna, kao i buduće projekcije.⁶

2. Trenutno stanje obaveznog zdravstvenog osiguranja

2.1 Pravna regulisanost zdravstvenog osiguranja u svetu

Bez obzira da li određena zemlja pripada ili ne Evropskoj uniji, ili nekoj drugoj organizaciji, neophodno je da postoji minimalna zakonska regulativa u pogledu finansiranja zdravstvene zaštite. To podrazumeva da u svakoj zemlji, nezavisno od njenog društvenog uređenja, ekonomske razvijenosti, političkog ambijenta i sl., politika finansiranja zdravstvene zaštite mora biti regulisana zakonima, podzakonskim aktima, i eventualno usvojenim međunarodnim dokumentima. Na taj način, ne želi se podvući crta ispod ograničenih finansijskih sredstava potrebnih zdravstvenoj zaštiti, već naprotiv, nastoji se regulisati načini plaćanja i distribucije finansijskih sredstava između raznih socio-ekonomskih grupa, odnosno korisnika zdravstvene zaštite.⁷

Polazna pretpostavka jeste da javno zdravstvo na može adekvatno da zadovolji potrebe svih građana zbog nedovoljnih ulaganja u ovaj sektor, kao i neefikasne alokacije sredstava. Stoga se u radu analizira na koji način uređeni zdravstveni sistemi doprinose poboljšanju zdravstvenog stanja svojih građana. Valja napomenuti da ne postoji određen zdravstveni sistem koji se smatra opšte prihvaćenim u svetu. Savremeni sistemi

⁵ *Ibid.*, 552.

⁶ I. Jurković, "Health Care Financing and Insurance: Options for Design", *Anali Hrvatskog politološkog društva*, 2011, 323,

⁷ I. Totić, "Neka pitanja u vezi sa finansiranjem zdravstvene zaštite u zemljama-članicama Evropske unije", *Medicinski glasnik Specijalne bolnice za bolesti štitaste žlezde i bolesti metabolizma "Zlatibor"*, Vol. 17, 43/2012, 43.

zdravstvene zaštite najviše se razlikuju prema načinima prikupljanja sredstava za zdravstvenu zaštitu, kao i u načinima plaćanja davaoca usluga u zdravstvu, obuhvatom stanovništva zdravstvenom zaštitom i pravima iz zdravstvene zaštite, kao i svojinom nad zgradama i opremom u zdravstvu.⁸ Troškovi za zdravstvenu zaštitu razlikuju se od zemlje do zemlje, u zavisnosti od njene razvijenosti, i određuju se prema izdvajanju materijalnih sredstava za zdravstvo po glavi stanovnika ili prema procentu od ukupnog nacionalnog dohotka.⁹ Pojedine zemlje EU, poput Francuske, Nemačke, Austrije, Belgije i Holandije ulažu veći deo svog bruto domaćeg proizvoda na zdravstvenu zaštitu. S druge strane, Grčka, Italija, Španija, Portugalija, Irska, usled *Subprime* krize i zapadanja u dužničku krizu izdvajaju značajno manja sredstva za zdravstvenu zaštitu, čime se njihovi građani suočavaju sa brojnim poteškoćama prilikom ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu.¹⁰

⁸ U svetu razlikujemo nekoliko modela zdravstvenih sistema: Bizmarkov model, Beveridžov model, Semaškov model i sistem privatnog zdravstvenog osiguranja. Bizmarkov model, odnosno sistem socijalnog osiguranja je najstariji sistem zdravstvenog osiguranja u svetu, i utemeljen je u Nemačkoj 1883. godine. Model je nazvan po tadašnjem nemačkom kancelaru Otu Bizmarku. Ovaj zdravstveni sistem karakteriše: finansiranje iz fonda osiguranja, doprinosi zaposlenih i doprinosi poslodavaca od bruto prihoda, obuhvat 60-80% stanovništva obaveznim osiguranjem sa paketom osnovnih prava iz osiguranja, javna i interna kontrola. Obavezno zdravstveno osiguranje počiva na principu solidarnosti i uzajamnosti, dok država ima izraženu regulatornu i nadzornu ulogu. Osim u Nemačkoj, ovaj model zastupljen je u Austriji, Francuskoj, Holandiji, Belgiji, Luksemburgu, Sloveniji. Beveridžov model, odnosno sistem nacionalne zdravstvene službe utemeljen je u Engleskoj 1942. godine. Osnovna obeležja ovog sistema su: potpun obuhvat stanovništva zdravstvenom zaštitom, finansiranje iz državnog budžeta na osnovu prethodno prikupljenih poreskih dažbina, slobodan pristup zdravstvenim uslugama. U centru zdravstvenog sistema je lekar opšte prakse, koji je plaćen prema broju pacijenata. Osim Velike Britanije, ovaj model prisutan je u Irskoj, Kanadi, Danskoj, Švedskoj, Finskoj, Portugaliji, Španiji, Italiji i Grčkoj. Sistem privatnog zdravstvenog osiguranja rasprostranjen je u SAD-u i karakterišu ga tržišni uslovi finansiranja, veliki broj neosiguranog stanovništva. U ovom sistemu osiguranja svako plaća za sebe, a visina premije se određuje prema zdravstvenom riziku koji određena osoba nosi. Visoki troškovi američkog zdravstvenog osiguranja određeni su skupim medicinskim uslugama, lekovima, kao i brojnim preventivnim dijagnostičkim uslugama koje propisuju lekari, kako bi se zaštitili od potencijalnih tužbi pacijenata zbog pogrešnog lečenja. Osim SAD-a, ovaj model se primenjuje u Švajcarskoj i Turskoj. Osim navedenih modela, postojao je i Sistem socijalističkog zdravstvenog osiguranja (Semaškov model) u nekadašnjim socijalističkim zemljama. Ovaj sistem karakterisalo je finansiranje zdravstvene zaštite iz budžeta i potpun obuhvat stanovništva zdravstvenom zaštitom. Sistem je počivao na državnoj-društvenoj svojini, dok je privatna praksa bila u potpunosti zabranjena. Kao glavni nedostatak ovog sistema ističe se neprilagođenost zdravstvene službe i zdravstvenih usluga potrebama pacijenata, kao i izražena uloga lekara specijalista i bolničkog lečenja, umesto primarne zdravstvene zaštite i vanbolničkih usluga. S. Jovanović *et al.*, „Sistemi zdravstvene zaštite“, *Engrami*, Vol. 37, 1/2015, 78-80.

⁹ S. Jovanović *et al.*, 77.

¹⁰ I. Totić, 42.

Ubrzanim razvojem savremenih medicinskih tehnologija i produženjem životnog veka rastu troškovi zdravstvene zaštite. U razvijenim zemljama prisutno je značajnije izdvajanje bruto domaćeg proizvoda (BDP) za zdravstvo. Prema podacima Svetske banke, u periodu od 2010. do 2014. godine, Sjedinjene Američke Države su izdvajale čak 17,1% svog BDP-a za zdravstvo. Zemlje Evropske unije u istom periodu izdvajale su između 9 i 11% svog BDP-a za zdravstvo, dok je najveće izdvajanje bilo u Holandiji (12,7%), za koju se smatra da ima najbolji zdravstveni sistem u Evropi. U datom periodu, u Srbiji se za zdravstvo izdvajalo približno 10,6% BDP-a, što je na nivou Danske, Belgije, Grčke. Međutim, posmatrano u apsolutnom iznosu, u 2013. godini, to je iznosilo 6270\$ u Danskoj, a samo 475\$ u Srbiji.¹¹ Konstatuje se da je posledica izdvajanja malih sredstava za zdravstvenu zaštitu u apsolutnom iznosu relativno nizak nivo bruto domaćeg proizvoda. Uzimajući u obzir činjenicu da su javni troškovi za zdravstvenu zaštitu, posmatrani u odnosu na BDP, veći nego u zemljama u okruženju, a da su rezultati zdravstvene zaštite na nivou proseka, može se zaključiti da postoji primetna neefikasnost u zdravstvenom sistemu Srbije.¹² Stoga je neophodno sprovesti pravnu i ekonomsku reformu zdravstvenog sistema, u cilju unapređenja zdravstvene zaštite.

2.2. Pravna regulisanost zdravstvenog osiguranja u Srbiji

Pravo na zdravstvenu zaštitu je univerzalno ljudsko pravo i smatra se tekovinom savremenog društva. Iz tog razloga, pravo na zdravstvenu zaštitu širom sveta smatra se obaveznim, i ostvaruje se putem obaveznih vidova zdravstvenog osiguranja. Na njih se obavezuje država svojim propisima, kao dug koji se građanima vraća zbog njihovog državljanstva, plaćanja poreza i doprinosa, kao i ostalih obaveza koje građani imaju prema državi.¹³ U Republici Srbiji, sistem zdravstvenog osiguranja je u osnovi obavezan, uz mogućnost uvođenja dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. Prema aktuelnom Zakonu o zdravstvenom osiguranju, obavezno zdravstveno osiguranje je zdravstveno osiguranje kojim se zaposlenima i drugim građani-

¹¹ S. Stošić, M. Rabrenović, „Makroekonomski principi u zdravstvenom sektoru – tražnja za zdravstvenim uslugama u Republici Srbiji“, *Megatrend revija*, Vol. 12, 3/2015, 34.

¹² P. Veselinović, „Reforma javnog sektora kao ključna determinanta uspešnosti tranzicije privrede Republike Srbije“, *Ekonomski horizonti*, Vol. 16, 2/2014, 154.

¹³ M. Zekić, S. Šegrt, „Uticaj privatnog zdravstvenog osiguranja na makroekonomski ambijent Republike Srbije“, 4, dostupno na: <http://www.cefi.edu.rs/wp-content/uploads/2017/11/uticaj-privatnog-zdravstvenog-osiguranja-na-makroekonomski.pdf>, 4.9.2018.

ma obuhvaćenim obavenim zdravstvenim osiguranjem obezbeđuje pravo na zdravstvenu zaštitu i pravo na novčane naknade za slučajeve utvrđene ovim zakonom. Republički fond za zdravstveno osiguranje (RFZO) je nosilac sprovođenja obaveznog zdravstvenog osiguranja.¹⁴

Korisnici obaveznog zdravstvenog osiguranja mogu realizovati sledeća prava po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja: pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na novčanu naknadu za vreme privremene sprečenosti za rad i pravo na naknadu troškova prevoza u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite. Navedena prava ostvaruju se sredstvima dorinosa osiguranika i poslodavaca, sredstvima doprinosa Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje za korisnike penzija, sredstvima doprinosa Nacionalne službe za zapošljavanje za lica koja primaju naknadu, kao i budžetskim sredstvima Republike Srbije za lica koja se smatraju osiguranicima prema Zakonu o osiguranju.¹⁵

Na osnovu izloženog, konstatujemo da se u Republici Srbiji u osnovi primenjuje Bizmarkov model zdravstvenog osiguranja, s obzirom da se preko 90% sredstava za ostvarivanje prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja obezbeđuje iz sredstava doprinosa za obavezno zdravstveno osiguranje. Međutim, zakonom je predviđeno finansiranje zdravstvene zaštite iz budžeta Republike Srbije za određene vulnerabilne grupe lica (izbeglice i interno raseljena lica, neosigurana lica, nezaposlena lica, korisnici socijalne pomoći, monasi i monahinje) koja nisu obuhvaćena obaveznim zdravstvenim osiguranjem, i koja su izložena povećanom riziku oboljevanja.¹⁶ Time je sistem zdravstvenog osiguranja inkorporisao određena obeležja Beveridžovog modela, što ukazuje da je u Srbiji prisutan mešoviti sistem finansiranja, koga karakteriše isključivo javan izvor fi-

¹⁴ Zakon o zdravstvenom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2005, 109/2005 – ispr., 57/2011, 110/2012 – odluka US, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014 – odluka US, 106/2015, 10/2016 – dr. zakon, čl. 3, 6.

¹⁵ J. Kočović, T. Rakonjac-Antić, V. Rajić, „Dobrovoljno zdravstveno osiguranje kao dopuna obaveznom zdravstvenom osiguranju u Srbiji“, *Ekonomске teme*, Vol. 51, 3/2013, 542. Prema podacima Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje, na dan 31.12.2016. godine, bilo je obavezno zdravstveno osigurano 6.860.667 građana. Po osnovu zaposlenosti bilo je osigurano 2.831.379 lica, što čini 41% od ukupnog broja obavezno osiguranih lica. Na drugom mestu po broju osiguranika u odnosu na osnov osuguranja su penzioneri, kojih je bilo 1.911.121, odnosno 20%, dok su na trećem mestu lica čije se osiguranje finansira iz budžeta Republike Srbije, a kojih je bilo 1.379.128, odnosno 20%. Dostupno na: <http://www.rfzo.rs/index.php/broj-osiguranika-stat>, 19.3.2018.

¹⁶ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2005, 72/2009 – drugi zakon, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – drugi zakon, 93/2014, 96/2015 i 106/2015, čl. 11.

nansiranja, budući da se finansiranje realizuje iz doprinosa i iz budžeta.¹⁷

Republički fond za zdravstveno osiguranje bio je dominantni finansijer u javnom sektoru finansijera u zdravstvu, čak sa 93% učešća u 2006. godini. Najveći deo sredstava usmeravan je u bolnice i za usluge lečenje. Izdvajanje po glavi stanovnika iznosilo je 356 dolara u 2006. godini u Srbiji.¹⁸ Ni godinama kasnije, situacija se nije značajnije promenila. Trenutna situacija zdravstvenog sistema u Srbiji pravno je regulisana i formulisana u uslovima opšte ekonomske krize, tako da postojeće finansijske mogućnosti ne pokrivaju ni delimično potrebe stanovništva. Ukupna izdvajanja za zdravstvo činila su 9,91% BDP, dok je izdvajanje po glavi stanovnika iznosilo 605 dolara u 2014. godini. Godinama unazad, primećan je trend, da uprkos većem izdvajanju za zdravstvo, Republički fond za zdravstveno osiguranje redukuje paket zdravstvenih usluga. Nekada je paket obaveznog osiguranja RFZO-a uključivao specijalne usluge poput lečenja u inostranstvu i u vojnim bolnicama, naknade za lekove i medicinska sredstva kupljena na privatnom tržištu. Zakonom o zdravstvenom osiguranju iz 2006. godine značajno je smanjen obim prava po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja. Tako je pravo na neograničene stomatološke usluge svedeno na usluge za decu, žene u drugom stanju, osobe starije od 65 godina, kao i u hitnim slučajevima. Takođe, ukinuto je pravo na nadoknadu za putne troškove u zdravstvenu ustanovu.¹⁹

Danas, pravo na zdravstvenu zaštitu koje se obezbeđuje obaveznim zdravstvenim osiguranjem obuhvata: mere prevencije i ranog otkrivanja bolesti; preglede i lečenje žena u vezi sa planiranjem porodice, kao i u toku trudnoće, porođaja i materinstva do 12 meseci nakon porođaja; preglede i lečenja u slučaju bolesti i povreda; preglede i lečenje bolesti usta i zuba; medicinsku rehabilitaciju u slučaju bolesti i povrede; lekove i medicinska sredstva; proteze, ortoze i druga pomagala za kretanje, stajanje i sedenje, pomagala za vid, sluh i govor, stomatološke nadoknade, kao i druga pomagala.²⁰ Pravilnikom je određen sadržaj i obim prava na zdravstvenu zaštitu iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, procenat plaćanja iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja do punog iznosa cene zdravstvene usluge, kao i fiksni iznos parti-

¹⁷ S. Jovanović *et al.*, 79.

¹⁸ M. Gajić-Stevanović *et al.*, „Ispitivanje finansijskih tokova u zdravstvenom sistemu Republike Srbije u periodu od 2003. do 2006. godine“, *Vojnosanitetski pregled*, Vol. 67, 5/2010, 397.

¹⁹ M. Gajić-Stevanović *et al.*, „Zdravstveni sistem i potrošnja u Srbiji od 2004 do 2008“, <http://www.batut.org.rs/download/nzr/7%20Zdravstveni%20sisten%20i%20potrosnja.pdf>, 15.03.2018, 15.

²⁰ Pravilnik o sadržaju i obimu prava na zdravstvenu zaštitu iz obaveznog zdravstvenog osiguranja i o participaciji za 2018. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2018, čl. 8.

cipacije koji se usklađuje sa Planom zdravstvene zaštite iz obaveznog zdravstvenog osiguranja i Finansijskim planom Republičkog fonda svake godine. Planom zdravstvene zaštite utvrđuje se procena potencijalnih i očekivanih zdravstvenih potreba osiguranih lica i populacionih grupa, u odnosu na ukupan broj osiguranih lica prema starosti, polu i vulnerabilnosti, a na osnovu procene zdravstvenog stanja, korišćenja zdravstvene zaštite i zdravstvenih usluga, kao i očekivanih uticaja na zdravlje u okviru demografskih, vitalnih i socijalnih promena i epidemiološke situacije.²¹

Primetno je da je Republički fond za zdravstveno osiguranje i dalje dominantan finansijer u okviru javnog sektora finansijera u zdravstvu. Premda se finansijska izdvajanja od strane Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje konstantno povećavaju iz godine u godinu, i dalje su nedovoljna.²² Razlog tome su povećani troškovi nastali kao posledica rastućih potreba stanovništva (starija populacija, hronični bolesnici), ali i potrebe stanovništva za novim, ujedno i skupim metodama lečenja.²³ Kako medicinska nauka svakodnevno pronalazi nova sredstva i tehnologije za unapređenje zdravstvenih usluga, kao i otkrivanje novih lekova, samim tim se povećavaju troškovi lečenja. Pronalaženjem inovativnih metoda dijagnostikovanja i lečenja produžava se i kvalitet i dužina života građana. S druge strane, raste i broj korisnika zdravstvenih usluga (pre svega hroničnih bolesnika), koji posmatrano sa ekonomskog aspekta značajnije opterećuju zdravstveni sistem potrošnjom neophodnih medikamenata, kao i korišćenjem usluga bolničkog smeštaja i lečenja.²⁴

Poslednjih decenija sve prisutniji su problemi koji negativno utiču na kvalitet pružanja zdravstvenih usluga. Svakako, među najizraženijim problemima su liste čekanja, ali i neefikasnost u snabdevanju lekovima i medicinskim sredstvima usled dugih, nepotrebnih i komplikovanih postupaka sprovođenja javnih nabavki, kao i poštovanja inertnih zakonskih odredbi. Osim navedenog, sve je izraženiji slabiji finansijski položaj korisnika zdravstvenih usluga. Upravo to omogućava stvaranje i održavanje tzv. dvostrukog sistema (*Double Health System*) gde se određene zdravstvene usluge pružaju u zdravstvenoj ustanovi, dok se profitabilniji deo

²¹ Plan zdravstvene zaštite iz obaveznog zdravstvenog osiguranja u Republici Srbiji za 2018. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 119/2017, čl. 3.

²² J. Arsenijević, M. Pavlova, W. Groot, „Measuring the catastrophic and impoverishing effect of household health care spending in Serbia“, *Social Science & Medicine*, Vol. 78, 2013, 19.

²³ M. Gajić-Stevanović, *Analiza zdravstvenog sistema i potrošnje za zdravstvenu zaštitu na nacionalnom nivou u periodu od 2003. do 2014. godine*, Institut za javno zdravlje Srbije „Milan Jovanović Batut“, Beograd 2014, 2-17.

²⁴ M. Mitrović, A. Gavrilović, „Organizacija i menadžment u zdravstvenom sistemu Srbije“, *FBIM Transactions*, Vol. 1, 2/2013, 150-151.

nastavlja od strane istog lekara u privatnoj praksi.²⁵ Time su korisnici zdravstvenih usluga primorani da izdvajaju dvostruka sredstva za pružanje zdravstvenih usluga. S jedne strane, izdavanje za doprinose koji se plaćuje u Republički fond za zdravstveno osiguranje, dok sa druge strane, za iste usluge moraju da plaćaju iz svog džepa. Ovo je problem koji ne može ni jedan način plaćanja da eliminiše, pa ni kapitulacija pod uslovom da bude primenjena kao vodeći način plaćanja.²⁶

Prema preporukama Svetske banke, neophodno je sprovesti reformu sistema finansiranja obaveznog zdravstvenog osiguranja. Međutim, trenutna situacija je takva da se sprovede procene i evaluacije reformskih projekata, koje su još uvek u početnoj fazi.²⁷ Prema trenutno važećim propisima, zdravstveni sistem se finansira po troškovnom principu. To znači da zdravstvene ustanove dobijaju potrebna sredstva od Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje prema broju i strukturi zaposlenih, troškovima lekova i broju postelja. Ukoliko bi se sprovela planirana reforma, primenio bi se potpuno drugačiji način finansiranja, prema kojem bi se zdravstvena zaštita finansirala po korisniku zdravstvene usluge. To podrazumeva da bi ustanove primarne zdravstvene zaštite (domovi zdravlja) dobijali sredstva prema broju pacijenata.²⁸ Time bi se ostvarile uštede u zdravstvenom sistemu koje bi mogle da se iskoriste za nabavku savremene medicinske opreme, primenu novih metoda lečenja i dijagnostikovanja bolesti, stavljanje novih lekova na pozitivnu listu, stručno usavršavanje medicinskog osoblja, rekonstrukciju zdravstvenih ustanova.

Imajući u vidu poteškoće vezane za celokupan zdravstveni sistem u našoj zemlji, neophodno je da se država aktivnije uključi u rešavanje ovog problema. To podrazumeva donošenje novih sistemskih zakona iz oblasti zdravstva, kojima bi se na jasan i nedvosmislen način odredio

²⁵ I. Totić, S. Marić-Krejić, „Finansiranje zdravstvenih potreba i obračun i plaćanje zdravstvenih usluga“, *Finansiranje zdravstvenih potreba i obračun i plaćanje zdravstvenih usluga*, Vol. 15, 33/2010, 51.

²⁶ Upravo je model kapitacije (ital. *capita* - glavarina, plaćanje po glavi), počeo da se primenjuje u velikom broju zemalja, kako bi se uveo u red način plaćanja zdravstvenih usluga u primarnoj zdravstvenoj zaštiti. Ovaj model podrazumeva mogućnost koju lekari, zdravstveni saradnici i zdravstvene ustanove koriste da naplaćuju svoje prihode prema broju opredeljenih lica, odnosno osiguranika koji su svesno odabrali svog izabranog lekara i vrstu zdravstvenog osiguranja. Lekar, odnosno zdravstvena ustanova za svako lice koje je registrovano dobija kapitaciju, tj. određena finansijska sredstva za koja treba u potpunosti da obezbedi, a samim tim i pruži, sve zdravstvene usluge iz domena svoje delatnosti. I. Totić, S. Marić-Krejić, 52.

²⁷ S. Simić *et al.*, „Do we have primary health care reform? The story of the Republic of Serbia“, *Health Policy*, Vol. 96, 2/2010, 168.

²⁸ P. Veselinović, 155-156.

obim prava korisnika zdravstvene usluge po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja. Na taj način bi se sprečila dosadašnja situacija, vrlo rasprostranjena u praksi, da pacijenti usled nemogućnosti realizovanja svojih prava po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja, za pružanje istih zdravstvenih usluga izdvajaju dodatna sredstva iz svog džepa u privatnoj praksi, uz nemogućnost refundiranja tih sredstava od strane Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje.

Na osnovu svega navedenog, može se zaključiti da su izraženi brojni problemi u normalnom odvijanju obaveznog zdravstvenog osiguranja, poput neodgovarajućeg sistema finansiranja sa primetnim stepenom evazije plaćanja sredstava doprinosa, problemi u pogledu organizacije rada zdravstvenih službi, što za posledicu ima formiranje liste čekanja i nezadovoljstvo korisnika osiguranja. Među najvećim problemima jeste situacija u kojoj pacijenti pribagavaju plaćanju zdravstvenih usluga u privatnom sektoru, s obzirom da je vreme čekanja toliko, da im je onemogućeno efikasno lečenje. Premda se iz godine u godinu ulažu napor da se smanje liste čekanja, utisak je da se one ne smanjuju značajno.²⁹ S druge strane, ne treba prenebregnuti činjenicu da postoji i nezadovoljstvo zaposlenih u zdravstvenim službama zaradama i uslovima rada, te da su neretko prisutni i elementi korupcije kod određenih službi.³⁰ Kao posledica pređašnje navedenih karakteristika obaveznog zdravstvenog osiguranja, dolazi do porasta ličnog učešća osiguranika u pokrivanju troškova zdravstvene zaštite, čime se otvara prostor za sveobuhvatnije regulisanje dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja.

3. Dobrovoljno zdravstveno osiguranje – alternativa obaveznom zdravstvenom osiguranju

U mnogim zemljama osim obaveznog zdravstvenog osiguranja, postoji dobrovoljno zdravstveno osiguranje za ona lica koja nisu obuhvaće-

²⁹ U prilog tome navodimo sledeće podatke. Prema dostupnim podacima, u 2014. godini najduže se čekalo na operacije ekstrakcije katarakte i ugradnje veštačkog sočiva za koje se u proseku čekalo 348,3 dana, kao i za ortopedske operacije, odnosno artroplastike kuka i kolena, na koje se u proseku čekalo 311 dana. Najkraće vreme čekanja iznosilo je 39,8 dana i odnosilo se na procedure kompjuterizovane tomografije. Primetan je trend da u posmatranom petogodišnjem periodu (2010-2014) nije došlo do smanjenja dužine čekanja, naprotiv, povećano je prosečno vreme čekanja za ekstrakciju katarakte i ugradnju veštačkog sočiva (sa 313,6 dana u 2013. godini na 348,3 dana u 2014. godini), i upravo je ova vrednost najveća u posmatranom periodu. *Izveštaj o unapređenju kvaliteta rada u zdravstvenim ustanovama Republike Srbije u 2014. godini*, Institut za javno zdravlje Srbije „Dr Milan Jovanović Batut“, Beograd 2015, 128-130.

³⁰ J. Kočović, T. Rakonjac-Antić, V. Rajić, 546.

na obaveznim osiguranjem, ili koja žele viši standard zdravstvenih usluga. Sredstva dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja vode se na posebnom računu, a prikupljaju se na osnovu premija koje mogu biti fiksne ili u vidu povećane stope doprinosa. Često je dobrovoljno zdravstveno osiguranje organizovano kao privatno osiguranje.³¹

Dobrovoljno zdravstveno osiguranje je ono zdravstveno osiguranje koje dobrovoljno ugovara i plaća pojedinac, ili poslodavac za njegov račun. Ovo osiguranje obavljaju javne i privatne organizacije koje mogu biti profitne (akcionarska društva) ili neprofitne (društva za uzajamno osiguranje). U Srbiji, dobrovoljno zdravstveno osiguranje može organizovati i sprovoditi Republički fond za zdravstveno osiguranje i pravna lica koja obavljaju delatnost osiguranja u skladu sa zakonom kojim se uređuje osiguranje. Na predlog resornog ministra, Vlada uređuje vrste dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, uslove, način i postupak organizovanja i sprovođenja dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja.³²

U Srbiji postoje tri vrste dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja: paralelno, dodatno i privatno zdravstveno osiguranje. Paralelno zdravstveno osiguranje je osiguranje kojim se pokrivaju troškovi zdravstvene zaštite koji nastaju kada osiguranik ostvaruje zdravstvenu zaštitu koja je obuhvaćena obaveznim zdravstvenim osiguranjem na način i po postupku koji su drugačiji od načina i postupka ostvarivanja prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja. Dodatno zdravstveno osiguranje jeste osiguranje kojim se pokrivaju troškovi zdravstvenih usluga, lekova, medicinsko-tehničkih pomagala i implantata, odnosno novčanih naknada koji nisu obuhvaćeni pravima iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, odnosno osiguranje na veći sadržaj, obim i standard prava, kao i iznos novčanih naknada obuhvaćenih obaveznim zdravstvenim osiguranjem. Privatno zdravstveno osiguranje je osiguranje lica koja nisu obuhvaćena obaveznim zdravstvenim osiguranjem, ili koja nisu uključena u obavezno zdravstveno osiguranje, za pokrivanje troškova za vrstu, sadržaj, obim i standard prava koja se ugovaraju sa davaocem osiguranja.³³ Osnovni preduslov za korisnike paralelnog i dodatnog zdravstvenog osiguranja jeste participiranje u okviru obaveznog zdravstvenog osiguranja.

³¹ *Strategija razvoja zdravstvenog osiguranja u Srbiji do 2020. godine*, Republički fond za zdravstveno osiguranje, Beograd 2013, 4.

³² Zakon o zdravstvenom osiguranju, čl. 236-238.

³³ Uredba o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 108/08, 49/09, čl. 30.

Najzastupljeniji vid dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u Evropskoj uniji³⁴ i zemljama u okruženju jeste osiguranje participacije. Primera radi, u Sloveniji se ovaj oblik osiguranja razvio u okviru Zavoda za obavezno zdravstveno osiguranje i pokriva skoro 90% stanovništva Slovenije. Danas se u Sloveniji četiri osiguravajuća društva bave dopunskim osiguranjem: Adriatic-Slovenica, Triglav, Merkur i Vzajemina. Funkcija dobrovoljnog osiguranja svedena je na pokrivanje troškova koje snosi osiguranik u okviru paketa obaveznog zdravstvenog osiguranja, što predstavlja komplementarno zdravstveno osiguranje. S druge strane, moguće je ugovoriti i suplementarno dobrovoljno zdravstveno osiguranje, koje pokriva troškove koji nisu predviđeni obaveznim osiguranjem.³⁵ U Hrvatskoj se osiguranjem participacije bavi jedan od sektora Zavoda za zdravstveno osiguranje, i njime je pokriveno oko 2,5 miliona građana.³⁶

U mnogim razvijenim zemljama, obavezno zdravstveno osiguranje saraduje sa privatnim zdravstvenim osiguranjem, u smislu da država (putem socijalnih kasa) pruža osnovnu uslugu i za privatne ordinacije. U brojnim zemljama EU ustanove zdravstvenog osiguranja pružaju usluge i privatnim pacijentima. Višak troškova privatni pacijenti plaćaju iz svog džepa ili preko svog dodatnog privatnog osiguranja.³⁷

Za razliku od zemalja Evropske unije u kojima je dominantno obavezno zdravstveno osiguranje uz izraženo prisustvo dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, u SAD-u je dominantno privatno zdravstveno osiguranje. Tržišni model zdravstvenog osiguranja u SAD-u zasnovan je na kupovini polise zdravstvenog osiguranja, koja podrazumeva određeni paket usluga. Za ovo tržište posebno su važni činioci koji utiču na cenu osiguranja, u koje osim asimetričnih informacija spadaju nepovoljan izbor i moralni hazard.³⁸ Američki sistem zdravstvenog osiguranja zasniva se na izuzetno visokom

³⁴ Iako u zemljama Evropske unije dominira sistem obaveznog zdravstvenog osiguranja, razvijeni su različiti oblici dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. U Austriji, Belgiji i Francuskoj najzastupljenije je dopunsko zdravstveno osiguranje, u Češkoj i Finskoj prisutno je dodatno zdravstveno osiguranje, dok je u Irskoj, Italiji i Španiji dominantno paralelno zdravstveno osiguranje. J. Kočović, T. Rakonjac-Antić, V. Rajić, 556.

³⁵ M. Glintić, "Republika Slovenija", u: *Sistemi zdravstvene zaštite i zdravstvenog osiguranja – Uporednopravna analiza u evropskim zemljama* (ur. K. Jovičić), Institut za uporedno pravo, Sindikat lekara i farmaceuta Srbije – Gradska organizacija Beograda, Beograd 2014, 123.

³⁶ *Strategija razvoja zdravstvenog osiguranja u Srbiji do 2020. godine*, Republički fond za zdravstveno osiguranje, Beograd 2013, 13.

³⁷ W. Rohrbach, „Socijalno osiguranje i privatno zdravstveno osiguranje“, *Revija za pravo osiguranja*, 1-2/2007, 12-13.

³⁸ D. Mihajlek, *Health care policy and reform in Croatia: how to see the forest for the trees*, Bank for International Settlements, Basel 2008, 283-285.

stepenu razvijenosti finansijskog tržišta, baziran je na rizicima i nije primenjiv za većinu evropskih zemalja.³⁹ Glavna karakteristika ovog zdravstvenog sistema je da je socijalno nepravedan, s obzirom da osobe sa niskim primanjima često ostaju bez zdravstvenog osiguranja. Ovaj nedostatak donekle je prevaziđen nacionalnim zdravstvenim osiguranjem, koje obuhvata lica starija od 65 godina – *Medicare* i socijalno ugrožena lica – *Medicaid*.⁴⁰

Osim SAD-a, obavezno privatno zdravstveno osiguranje postoji u Holandiji, gde je uvedeno 2006. godine, usvajanjem Opšteg zakona o izuzetnim zdravstvenim troškovima (*General Law on Exceptional Healthcare Costs – GLEHC*). Ovim zakonom omogućeno je da svi redovni medicinski tretmani budu pokriveni sistemom obaveznog zdravstvenog osiguranja, preko privatnih društava za zdravstveno osiguranje. Na taj način, osiguravajuća društva su dužna da obezbede paket definisanih prava za osiguranike.⁴¹ Osnovna obeležja ove reforme bila su: uvođenje novog standardnog osiguranja za sve; mogućnost da osiguranici mogu menjati osiguravajuća društva svake godine, ukoliko su nezadovoljni pruženim uslugama; jačanje konkurencije među osiguravajućim društvima, čime se stimuliše poboljšanje u pružanju zdravstvenih usluga; mogućnost nadoknada osiguranicima sa malim prihodima.⁴²

Uzimajući u obzir pozitivna iskustva zemalja EU, kao i zemalja u okruženju, pre svega Slovenije i Hrvatske, u sprovođenju dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, valjalo bi ponuditi domaćem tržištu ovu vrstu osiguranja. Do ovog trenutka u Srbiji je zaključeno nešto više od 25.000 ugovora o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju. Svakako da postoji potencijal ukoliko se uzme u obzir veliki broj mogućih učesnika. S druge strane, na slabo razvijeno tržište dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja utiče niska kupovna moć stanovništva. Kako prosečna zarada jedva pokriva troškove minimalne potrošačke korpe, ostaje malo prostora za zadovoljenje drugih potreba, a među njima i za zaključenje nekog od oblika dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja.⁴³

Imajući u vidu trenutno stanje sistema zdravstvenog osiguranja u Srbiji, dobrovoljno zdravstveno osiguranje trebalo bi da bude dopuna obaveznom zdravstvenom osiguranju. S obzirom na to, da usled nemo-

³⁹ B. Marković, S. Vukić, „Modeli organizacije i financiranja zdravstva u odabranim zemljama svijeta“, *Ekonomski vjesnik*, Vol. XXII, 1/2009, 192.

⁴⁰ N. Kovač, 553.

⁴¹ I. Totić, 47.

⁴² N. Kovač, 553-554.

⁴³ J. Kočović, T. Rakonjac-Antić, V. Rajić, 554.

gućnosti ostvarivanja prava po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja, građani pronalaze rešenje odlaskom u privatnu lekarsku praksu, plaćajući zdravstvene usluge direktno „iz džepa“, neophodno je da dobrovoljno zdravstveno osiguranje omogući one usluge koje ne postoje u sistemu obaveznog zdravstvenog osiguranja, ili pružanje višeg nivoa i kvaliteta usluga, kako bi se smanjili troškovi pojedinaca na usluge zdravstvenog osiguranja „iz džepa“.⁴⁴ S obzirom da sistem privatnog i dopunskog dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja nije zaživeo u Srbiji, gotovo da sva plaćanja za zdravstvene usluge idu „iz džepa“. Zaključuje se da je način finansiranja „iz džepa“ izuzetno destimulativan, posebno prema onima koji su lošijeg zdravstvenog stanja i sa niskim prihodima.⁴⁵

U stručnoj i naučnoj javnosti ne postoje jedinstveni stavovi u pogledu svrsishodnosti i opravdanosti sistema dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. Ensor i Moreno smatraju da privatno finansiranje zdravstvene zaštite naspram javnog finansiranja, urušava vrednosti zdravstvenog sistema izgrađenog na temeljima jednakosti, solidarnosti i univerzalnosti, i predstavlja udar na već osiromašeno stanovništvo. S tim u vezi, ističe se da centralizovan sistem prikupljanja sredstava ima više mogućnosti da sprovede prinudnu naplatu i bolje generiše prihode, nego sistemi u kojima se doprinosi za potrebe zdravstvenih fondova prikupljaju pojedinačno.⁴⁶

Mišljenja smo da dobrovoljno zdravstveno osiguranje pruža mogućnost izbora svojim korisnicima. S tim u vezi, očekuje se da sistem dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja omogući efikasniju, kvalitetniju i dostupniju zdravstvenu zaštitu svojim korisnicima, čime bi se poboljšao kvalitet života, kao i produženje trajanja života, povećalo investiranje u zdravstvo, smanjile zloupotrebe i korupcija.⁴⁷ U tom kontekstu vodio se i zakonodavac, predlažući Nacrt novog Zakona o zdravstvenom osiguranju. Nacrt zakona detaljnije reguliše dobrovoljno zdravstveno osiguranje, te time stvara pravni osnov za kasnije uvođenje paketa zdravstvenog osiguranja, što je usklađivanje sa rešenjima u zemljama Evropske unije,

⁴⁴ *Ibid.*, 555.

⁴⁵ U prilog tome navodimo sledeće podatke dobijene na osnovu istraživanja sprovedenog tokom 2013. godine, kojim je konstatovano da je usluge privatne prakse koristilo 15,1% stanovnika Republike Srbije. Više od ostalih, privatnu praksu su koristili stanovnici najvišeg obrazovnog statusa (27,9%), bogati (24,8%), stanovnici Beograda i gradskih naselja. S. Stošić, M. Rabrenović, 41.

⁴⁶ T. Ensor, A. Duran-Moreno, „Corruption as a Challenge to Effective Regulation in the Health Sector“, in: *Regulating Entrepreneurial Behaviour in European Health Care Systems* (eds. R. B. Saltman, R. Busse, E. Mossialos), Buckingham – Philadelphia 2002, 106-124.

⁴⁷ J. Kočović, T. Rakonjac-Antić, V. Rajić, 548.

gde i dalje ostaje primarno obavezno zdravstveno osiguranje, ali uz mogućnost ugovaranja većeg obima prava u kontekstu specijalizacije potreba i usluga.⁴⁸

4. Zaključak

Na osnovu gore navedenog, uočavamo da su sistemi zdravstvenog osiguranja u svetu veoma različito regulisani. Razlike u sistemima ispoljavaju se na koji način je obezbeđena dostupnost zdravstvene usluge stanovništvu, pokriće troškova zdravstvene usluge, kao i prema načinu upravljanja, organizovanja i finansiranja fondova zdravstvenog osiguranja (tj, državnih kasa). Uporednopravnom analizom uočava se da ne postoji savršen zdravstveni sistem, ali da postoji težnja ka istom, koji će biti u mogućnosti da zadovolji potrebe što većeg broja pacijenata, ali i potrebe zdravstvenih radnika i saradnika, ekonomista i donosilaca javnih politika.

Imajući u vidu raspoložive informacije, može se zaključiti da je širom sveta u značajnoj meri prisutnije obavezno zdravstveno osiguranje, u odnosu na druge vidove osiguranja. Međutim, opravdano se postavlja pitanje do kada će trajati prevlast obaveznog zdravstvenog osiguranja nad dobrovoljnim zdravstvenim osiguranjem, uzimajući u obzir savremene trendove, sve ispražnjenije zdravstvene fondove, skuplje i inovativne metode lečenja, kao i pad bruto domaćeg proizvoda. Na osnovu iskustva iz prethodnih decenija, može se uočiti da se reformi zdravstvenog osiguranja pristupa tek kada se nagomilaju dugovi, da prete urušavanju zdravstvenog sistema, te se posledično pribegava nekom *ad hoc* rešenju. Stoga je potrebno doneti jasna i održiva pravila koja će omogućiti stabilno funkcionisanje zdravstvenog sistema. Valjano regulisanje obaveznog zdravstvenog osiguranja treba da omogući efikasniju i kvalitetniju zdravstvenu zaštitu stanovništvu, a samim tim da zdravstveni sistem uključi u evropski i svetski proces zdravstvenog razvoja. Primarni cilj zdravstvene politike pojedine zemlje jeste postizanje finansijske održivosti zdravstvenog sistema sa jedne strane, uz obezbeđivanje većeg obima prava i šire dostupnosti zdravstvene usluge celokupnom stanovništvu. Međutim, problemi u normiranju i održivom funkcionisanju zdravstvenog osiguranja gotovo da se ne mogu rešiti zauvek. Permanentni razvoj medicinske nauke, a uporedo sa njom i troškovi prevencije i lečenja bolesti, rastu pro-

⁴⁸ Nacrt zakona o zdravstvenom osiguranju, http://www.zdravlje.gov.rs/downloads/2016/Decembar/Nacrt_zakona_o_zdravstvenom_osiguranju.pdf, 20.03.2018.

gresivnije u odnosu na ekonomski rast društva. Shodno tome, potrebno je praviti projekcije na duži rok, uzimajući u obzir očekivanja javnosti, socijalno-demografske promene, promene u metodama dijagnostikovanja i lečenja bolesti, razvoj medicinske nauke.

S obzirom na dosadašnji ekonomski rast u zemlji, nije opravdano očekivati da će Republički fond za zdravstveno osiguranje biti u mogućnosti da u potpunosti omogući stanovništvu sve zdravstvene usluge o svom trošku. Dodatan problem predstavlja struktura zdravstvenog sistema, kojom dominira državno vlasništvo, dok privatni sektor nije u dovoljnoj meri integrisan u sistem obaveznog zdravstvenog osiguranja. Stoga je potrebno uspostaviti saradnju u okviru obaveznog i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja i povezivanje državnih i privatnih zdravstvenih institucija. Prema dosadašnjim uslovima, dobrovoljno zdravstveno osiguranje trebalo bi da bude dopuna obaveznom zdravstvenom osiguranju. U okviru dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja valjalo bi insistirati na pružanju zdravstvenih usluga koje ne postoje u sistemu obaveznog zdravstvenog osiguranja, kao i pružanje usluga većeg obima i kvaliteta, kako bi se uticalo na smanjenje troškova pojedinaca na usluge zdravstvenog osiguranja „iz džepa“. Upravo izdvajanje „iz džepa“ predstavlja tipičan primer neuspeha domaćeg zdravstvenog sistema i izvor korupcije u zdravstvu.

Literatura

- Arsenijević J., Pavlova M., Groot W., „Measuring the catastrophic and impoverishing effect of household health care spending in Serbia“, *Social Science & Medicine*, Vol. 78, 2013, 17-25.
- Ensor T., Duran-Moreno A., „Corruption as a Challenge to Effective Regulation in the Health Sector“, in: *Regulating Entrepreneurial Behaviour in European Health Care Systems* (ed. R. B. Saltman, R. Busse, E. Mossialos), Buckingham – Philadelphia, 2002, 106-124.
- Gajić-Stevanović M., *Analiza zdravstvenog sistema i potrošnje za zdravstvenu zaštitu na nacionalnom nivou u periodu od 2003. do 2014. godine*, Institut za javno zdravlje Srbije „Milan Jovanović Batut“, 2014, 2-17.
- Gajić-Stevanović M., Teodorović N., Dimitrijević S., Jovanović D., „Ispitivanje finansijskih tokova u zdravstvenom sistemu Republike Srbije u periodu od 2003. do 2006. godine“, *Vojnosanitetski pregled*, Vol. 67, br. 5/2010, 397-402.
- Gavrilović A., Trmčić S., „Zdravstveno osiguranje u Srbiji – finansijski održiv

- sistem“, u *Menadžment*, Mladenovac 2012.
- Glantić M., “Republika Slovenija” u *Sistemi zdravstvene zaštite i zdravstvenog osiguranja – Usporednopravna analiza u evropskim zemljama* (ur. K. Jovičić), Institut za uporedno pravo, Beograd, Sindikat lekara i farmaceuta Srbije – Gradska organizacija Beograda, Beograd 2014, 122-137.
- Izveštaj o unapređenju kvaliteta rada u zdravstvenim ustanovama Republike Srbije u 2014. godini*, Institut za javno zdravlje Srbije „Dr Milan Jovanović Batut“, Beograd, 2015.
- Jovanović S., Milovanović S., Mandić J., Jovović S., „Sistemi zdravstvene zaštite“, *Engrami*, Vol. 37, br. 1/2015, 75-82.
- Jurković I., “Health Care Financing and Insurance: Options for Design”, *Anali Hrvatskog politološkog društva*, 8/2011, 323-325.
- Kočović J., Rakonjac-Antić T., Rajić V., „Dobrovoljno zdravstveno osiguranje kao dopuna obaveznom zdravstvenom osiguranju u Srbiji“, *Ekonomске teme*, Vol. 51, 3/2013, 541-560.
- Kovač N., „Financiranje zdravstva – situacija u Hrvatskoj“, *Ekonomski vjesnik*, XXVI, 2/2013, 551-563.
- Marković B., Vukić S., „Modeli organizacije i financiranja zdravstva u odabranim zemljama svijeta“, *Ekonomski vjesnik*, Vol. XXII, br. 1/2009, 183-196.
- Mihaljek D., *Health care policy and reform in Croatia: how to see the forest for the trees*, Bank for International Settlements, Basel 2008.
- Mitrović M., Gavrilović A., „Organizacija i menadžment u zdravstvenom sistemu Srbije“, *FBIM Transactions*, Vol. 1, 2/2013, 145-158.
- Rohrbach W., „Socijalno osiguranje i privatno zdravstveno osiguranje“, *Revija za pravo osiguranja*, br. 1-2/2007, 11-14.
- Simić S., Šantrić Miličević M., Matejić B., Marinković J., Adams O., „Do we have primary health care reform? The story of the Republic of Serbia“, *Health Policy*, Vol. 96, 2/2010, 160-169.
- Stošić S., Rabrenović M., „Makroekonomski principi u zdravstvenom sektoru – tražnja za zdravstvenim uslugama u Republici Srbiji“, *Megatrend revija*, Vol. 12, 3/2015, 29-48.
- Strategija razvoja zdravstvenog osiguranja u Srbiji do 2020. godine*, Republički fond za zdravstveno osiguranje, Beograd, maj 2013, 4
- Totić I., “Neka pitanja u vezi sa finansiranjem zdravstvene zaštite u zemljama članicama Evropske unije”, *Medicinski glasnik Specijalne bolnice za bolesti štitaste žlezde i bolesti metabolizma “Zlatibor”*, Vol. 17, 43/2012, 42-56.
- Totić I., Marić-Krejović S., „Finansiranje zdravstvenih potreba i obračun i plaćanje zdravstvenih usluga“, *Medicinski glasnik Specijalne bolnice za bolesti štitaste žlezde i bolesti metabolizma “Zlatibor”*, Vol. 15, 33/2010, 45-62.

Veselinović P., „Reforma javnog sektora kao ključna determinanta uspešnosti tranzicije privrede Republike Srbije“, *Ekonomski horizonti*, Vol. 16, 2/2014, 141-159.

Pravni izvori

Plan zdravstvene zaštite iz obaveznog zdravstvenog osiguranja u Republici Srbiji za 2018. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 119/2017.

Pravilnik o sadržaju i obimu prava na zdravstvenu zaštitu iz obaveznog zdravstvenog osiguranja i o participaciji za 2018. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2018.

Uredba o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 108/08, 49/09.

Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017.

Zakon o medicinskim sredstvima, *Službeni glasnik RS*, br.105/2017.

Zakon o transfuzijskoj medicini, *Službeni glasnik RS*, br.40/2017.

Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2005, 72/2009 – drugi zakon, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – drugi zakon, 93/2014, 96/2015 i 106/2015

Zakon o zdravstvenom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2005, 109/2005 – ispr., 57/2011, 110/2012 – odluka US, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014 – odluka US, 106/2015, 10/2016 – dr. zakon

Internet izvori

Gajić-Stevanović M., Dimitrijević S., Vukša A., Jovanović D., „Zdravstveni sistem i potrošnja u Srbiji od 2004 do 2008“, <http://www.batut.org.rs/download/nzr/7%20Zdravstveni%20sisten%20i%20potrosnja.pdf>.

Nacrt zakona o zdravstvenom osiguranju, http://www.zdravlje.gov.rs/downloads/2016/Decembar/Nacrt_zakona_o_zdravstvenom_osiguranju.pdf.

Zekić M., Šegrt S., “Uticaj privatnog zdravstvenog osiguranja na makroekonomski ambijent Republike Srbije“, <http://www.cefi.edu.rs/wp-content/uploads/2017/11/uticaj-privatnog-zdravstvenog-osiguranja-na-makroekonomski.pdf>.

<http://www.rfzo.rs/index.php/broj-osiguranika-stat>.

Ranko Sovilj, Ph.D

Research Assistant, Institute of Social Science, Belgrade

**COMPARATIVE ANALYSIS AND CHALLENGES OF
REGULATION AND FINANCING OF HEALTH INSURANCE**

Summary

There is no country in the world that can provide to all citizens all the benefits offered by modern medicine. In fact, the lack of financial resources with a continuous increase in health spending is a difficult challenge facing all countries of the world, including Serbia. The author deals with the analysis of the problems of unequal access to health services, insufficient health coverage, and the inability to exercise the rights of individuals on compulsory health insurance. Accordingly, the author points out how regulated health systems of developed countries, whose health funds contribute to a significant improvement in the health status of their citizens. Finally, a comparative analysis shows that there is no perfect health insurance system, but to strive for it, and some of the solutions that can contribute to improving the current state of health are proposed.

Keywords: compulsory health insurance, voluntary health insurance, National Health Insurance Fund, health care, health care reform.

POMILOVANJE – UPOREDNOPRAVNI OSVRT

Apstrakt

Pomilovanje je institut koji u modernoj pravnoj državi zadržava izvesne arhaične odlike i poseduje niz specifičnosti kao proizvod svoje duge evolucije. Te osobenosti se u pravima država širom sveta javljaju kako u pogledu pravne prirode pomilovanja, tako i mehanizama njegove realizacije. U ovom radu je analizirano nekoliko pravnih sistema zapadne pravne tradicije, koji predstavljaju svojevrsne modele regulative instituta pomilovanja. Iako gotovo svaka država danas poznaje određene specifičnosti u domenu ovog instituta, modeli Srbije, Nemačke, SAD, Krunskih zemalja Komonvelta (Ujedinjenog Kraljevstva, Kanade, Australije i Novog Zelanda), Švajcarske i Rusije su svi po nekoliko kriterijuma izraženo različiti. Njihovim korišćenjem kao osnove za upoređivanje se mogu objašnjavati i regulative drugih zemalja u domenu instituta pomilovanja u zemljama zapadne pravne tradicije, ali i šire. Takođe, sagledavanjem niza specifičnosti navedenih modela stiže se jasnija slika o institutu pomilovanja uopšte. Akcenat analize u radu je prevashodno stavljen na ključne tačke pomilovanja posmatrano iz ustavnopravnog, a u određenoj meri i iz krivičnog pravnog ugla.

Ključne reči: pomilovanje, abolicija, uporednopravna analiza, ustavno pravo, krivično pravo

1. Uvod

Pomilovanje predstavlja složen i specifičan ustavnopravni i krivičnopravni institut. Te svoje posebnosti on prevashodno duguje dugoj istoriji svog postojanja (čiji početak u nekoj formi datira još od vremena na-

* Istraživač – saradnik Instituta za uporedno pravo, e-mail: m.djordjevic@iup.rs.

stanka prvih civilizacija¹), te njegovim različitim adaptacijama novonastalim društveno-političkim okolnostima u različitim zemljama. Činjenica da suštinski pomilovanje danas predstavlja „trn u oku” konceptu pravne države pravda se uglavnom „tradicionalnim karakterom“ ovog instituta i njegovom „efikasnošću“, jer se njime po pravilu premošćava jaz između prava i pravde, do koga u pojedinim slučajevima iz raznih razloga može da dođe. Kako stoji između prava i pravde, pomilovanje je takođe i veoma osetljivo ovlašćenje – ono je po svojoj prirodi podložno različitim zloupotrebama u svakom pravnom sistemu, te se u literaturi danas po pravilu insistira na njegovoj restriktivnoj i isključivo izuzetnoj primeni. Većevolucija instituta, koja će dovesti do pomenuti shvatanja, prolazila je kroz različite faze, koje su ostavile tragove vidljive u savremenim pojavnim oblicima pomilovanja u različitim pravnim sistemima (pravnoj suštini, logici i mehanizmima primene). Tako je danas pomilovanje, čak i ukoliko se njegova analiza ograniči samo na zemlje zapadne pravne tradicije, jedan od instituta koji je veoma teško obuhvatiti jedinstvenom definicijom, usled mnoštva suštinskih razlika i specifičnosti kakve se od države do države javljaju.

Posebности se ogledaju kako su obimu i sadržini ovog ovlašćenja, tako i u nadležnosti i procedurama za njegovo vršenje. U većini zemalja (ne i svim) pomilovanje je u rukama šefa države, ali u nekim od njih to ovlašćenje ostaje samo „mrtvo slovo na papiru“ jer ga *de facto* vrše drugi organi. Ono danas negde predstavlja jedno strogo kontrolisano, ograničeno sredstvo, u nekim zemljama se pak pretvara u kakav vanredni pravni lek (udaljivši se sasvim na taj način od svoje istorijske preteče u vidu poluge vršenja izvršne vlasti), dok u nekim drugim zemljama ono ostaje izuzetno moćno sredstvo vlasti kojime se mogu davati čak i „blanko oprosti“ određenom licu za neprecizirana, odnosno sva krivična dela koja je možda izvršilo u određenom vremenskom periodu ili se čak aktom jednog čoveka daje amnestija neodređenom krugu lica. Komparativno-pravni prikaz i analiza u ovom radu se zato fokusira na nekoliko država zapadne pravne tradicije, čija su rešenja u domenu instituta pomilovanja međusobno značajno različita, te se mogu posmatrati kao svojevrsni referentni modeli.

¹ Ovaj institut je bez sumnje postojao u vreme prvih hidrauličnih civilizacija, ali ima autora koji odlaze još dalje i (čini se opravdano) zastupaju stanovište da se neka forma pomilovanja sa ciljem ublažavanja strogih običajnih kazni primenjivala još u plemenskim, predcivilizacijskim društvima. – J. Goodrich, „The Use and Abuse of the Power to Pardon“, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, V.19/1920-1921, 335.

2. Srbija²

Prema članu 112 st. 1 tačka 7 Ustava Republike Srbije,³ pomilovanje jeste ovlašćenje predsednika Republike kao šefa države za koje se u literaturi ističe⁴ da predstavlja jedno od ovlašćenja u čvrstoj vezi sa ulogom predsednika kao organa kojim se „izražava državno jedinstvo Republike Srbije“, u smislu člana 111. Ustava RS). Ovo ustavno određenje dalje precizira Krivični zakonik Republike Srbije⁵ (dalje KZ RS), u kome je propisano, u članu 110 st. 1, da se pomilovanjem poimenično određenom licu daje oslobođenje od krivičnog gonjenja (abolicija) ili potpuno ili delimično oslobođenje od izvršenja kazne, zamenjuje izrečena kazna blažom kaznom ili uslovnom osudom, daje rehabilitacija, određuje kraće trajanje određene pravne posledice osude ili se ukidaju pojedine ili sve pravne posledice osude. Pomilovanjem se takođe može ukinuti ili odrediti kraće trajanje mere bezbednosti zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom i proterivanje stranca iz zemlje (član 110 st. 2 KZ RS). Postupak abolicije može pokrenuti samo ministar pravde, dok postupak za pomilovanje (u užem smislu) može pored ministra pokrenuti i osuđeno lice (odnosno u njegovo ime bračni drug i zakonom precizirani krug srodnika), shodno članu 5 st. 2 Zakona o pomilovanju.⁶ Molba osuđenog lica dostavlja se preko suda ministarstvu pravde, koje ga predsedniku države prosleđuje zajedno sa svim spisima, svojim mišljenjem i mišljenjem suda (član 8 u 10 Zakona o pomilovanju). Predsedniku Republike u donošenju odluke pomaže i Komisija za pomilovanja, čija ga mišljenja, kao i preporuke ministra pravde i suda, ne obavezuju. Predviđena procedura olakšava put zainteresovanim licima do predsednika, kao organa odlučivanja, ali ga ne ograničava, jer on može i sam, budući da ovlašćenje crpi direktno iz ustava, pokrenuti i doneti odluku o pomilovanju.

Predsedničko pravo pomilovanja je tako u Srbiji apsolutno i ne može biti napadano ni na koji način, pa ni sudski, ali ono pak ne dira u integritet sudske presude (ukoliko je reč o pomilovanju u užem smislu, jer kod aboli-

² Iako za nas razumljivo Republika Srbija kao zemlja domaćeg prava ima poseban značaj, ona je u istraživanje uključena prevashodno jer je njeno pozitivnopravno rešenje bitno drugačije od svih drugih navedenih, te u kontekstu ove teme može predstavljati model za sebe.

³ *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

⁴ Na primer: R. Marković, „Moć i nemoć predsednika Republike Srbije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3-4/2004, 327; D. Simović, V. Petrov, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 228.

⁵ Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 49/95, 50/95.

cije do presude ni ne dolazi). Predsednik tako, kao šef države, organ izuzetno visokog legitimiteta i simbol državnog jedinstva, svojom odlukom o pomilovanju isključuje primenu pravnog poretka u odnosu na konkretno lice iz određenih razloga. U srpskoj krivičnopravnoj literaturi koja se ovom temom bavi (ustavnopravne gotovo i da nema), kao razlog za davanje pomilovanja uglavnom se navodi pružanje milosti (akt političke milosti)⁷, ali i korektivna funkcija, pa tako ima mišljenja da pomilovanje treba da bude „sigurnosni ventil za rešavanje problema u retkim atipičnim slučajevima, u kojima primena krivičnog prava i krivičnih sankcija nije opravdana i pravedna i donosi više štete nego koristi“.⁸ U Srbiji su u poslednjoj deceniji pomilovanja davana, između ostalih, i izuzetno istaknutim javnim ličnostima.⁹

3. Nemačka

U Nemačkoj je pravo pomilovanja (*Begnadigungsrecht*) podeljeno između saveznog (*Bundesebene*) i nacionalnog, tj. zemaljskog (*Landesebene*) nivoa vlasti. Nemački ustav u članu 60 stav 2 ovlašćuje predsednika da on „u pojedinačnom slučaju u ime savezne države daje pomilovanje“. Ovo njegovo pravo se odnosi samo na pravosnažne presude u krivičnim stvarima, odnosno na sankcije kaznenog karaktera¹⁰, zahteva premapotpis¹¹, a abolucija nije uključena u pravo pomilovanja. U carskoj Nemačkoj je ona bila dozvoljena, pa potom ukinuta u Vajmarskoj republici, da bi ponovo bila vraćena za vreme Trećeg rajha.¹² U posleratnoj (Zapadnoj) Nemačkoj je novim ustavom („Osnovni zakon“ - *Grundgesetz*) značajno oslabljena funkcija predsednika, koja se praktično svela na reprezentativnu funkciju, te je pravo abolucije ponovo izbačeno iz obima ovlašćenja predsedničkog pomilovanja.

Ustavom je predviđeno (čl. 60 st. 3) da predsednik svoje pravo da daje pomilovanje može delegirati. Tako je 1965. godine on jednim nalogom

⁷ E. Ćorović, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar 2015, 295. isto i N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2014, 352.

⁸ Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2013, 380-381.

⁹ Npr. poznatog glumca Žarka Lauševića, osuđenog za ubistvo dva lica i ranjavanje trećeg u prekoračenju nužne odbrane, pomilovao je tako predsednik Boris Tadić, a predsednik Tomislav Nikolić je abolicirao proslavljenog fudbalskog asa Dragana Džajića, https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2011&mm=12&dd=29&nav_category=16&nav_id=569694, 13.8.2018; https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2012&mm=08&dd=29&nav_category=16&nav_id=638712, 13.8.2018.

¹⁰ D. Hesselberger, *Das Grundgesetz – Kommentar für die politische Bildung*, Bonn 1996, 253.

¹¹ I. v. Münch, P. Kunig, *Grundgesetz Kommentar*, München 2012, 2728.

¹² H. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, München 2005, 1529.

(*Anordnung*) delegirao ovo ovlašćenje najvećim delom Ministarstvu pravde, uz ostavljenu mogućnost da nadležni ministar dalje, po svojoj oceni, ovo ovlašćenje delegira.¹³ Ova odluka pak ne znači da se nemački predsednik svog ovlašćenja trajno i odrekao. Javnosti je tako privukao pažnju slučaj kada je 2007. godine predsednik Horst Keler (Horst Köhler) odbio molbu za pomilovanje Kristijana Klara (Christian Klar), inače člana ozloglašene terorističke organizacije RAF, ali tek pošto je lično razgovarao sa njim.¹⁴

Razgraničenje nadležnosti na davanje pomilovanja između saveznih vlasti (predsednika) i vlasti države članica izvršeno je tako da predsednik daje pomilovanje samo onim učiniocima prema kojima je krivični postupak (od prve do poslednje instance) vođen na saveznom nivou.¹⁵ U praksi to znači da će, osim za učinioce nekoliko krivičnih dela poput izdaje ili terorizma (kao u navedenom slučaju Kristijana Klara), nadležne za odlučivanje o pomilovanju najčešće biti zemaljske vlasti, uglavnom ministri ili senat, koji po pravilu to ovlašćenje dalje prenose na javno (državno) tužilaštvo (*Staatsanwaltschaft*).¹⁶ U Nemačkoj se postavilo i pitanje da li se odluka o pomilovanju, kao akt izvršne vlasti, može sudski napadati. Savezni ustavni sud je 1969. godine presudio tesnom većinom odrečno, potvrdivši da se odluke o pomilovanju sudski ne mogu napadati, pravdajući takvu odluku činjenicom da pomilovanje predstavlja tradicionalan, svesno preduzet napad na načelo podele vlasti u Ustavu.¹⁷ Zato se u nemačkoj literaturi ističe da je pravo pomilovanja „strano telo u pravnoj državi“, koje je „u svojoj suštini nezasluzeno, nemerljivo i proizvoljno“¹⁸.

Pored redovnih načina pomilovanja, u Nemačkoj su posle rata i savezničke okupacione vojne snage u više talasa vršile pomilovanja nemačkih ratnih zločinaca. U promenjenim posleratnim okolnostima i sa sve većim zaoštavanjem odnosa sa Savezom Sovjetskih Socijalističkih Republika, ispravnost mnogih od tada datih pomilovanja je ostala upitna. Posebno su upečatljiva bila i u literaturi osporavana pomilovanja koja je tokom svog mandata 1951. godine dao američki visoki komesar za Nemačku Džon Mekloj (John McCloy), kada je, između ostalih, pomilovao

¹³ Anordnung des Bundespräsidenten über die Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes, <https://www.gesetze-im-internet.de/gno/BJNR015730965.html>, 13.8.2018.

¹⁴ *Tagesspiegel* od 7.5. 2007. <https://www.tagesspiegel.de/politik/raf-keine-gnade-fuer-christian-klar/844042.html>, 13.8.2018.

¹⁵ D. Belling, „Konstitutionalisierung des Begnadigungsrechts“, *Deutsch – Ungarisches Symposium* (Hrsg. Attila Badó), Potsdam 2018, 107-108.

¹⁶ *Ibid*, 106.

¹⁷ H. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, 1530.

¹⁸ I. v. Münch, P. Kunig, 2724.

i nekoliko velikih industrijalaca: Fridriha Flika (Friedrich Flick), Alfrida Krupa (Alfried Krupp) i Martina Zandbergera (Martin Sandberger), koji su bili osuđeni za najteža dela, računajući i masovna ubistva.¹⁹ Martin Zandberger je, tako, na primer, prvobitno bio osuđen na smrtnu kaznu, jer je kao komandant ozloglašene *SS Einsatzgruppe* i komandant tajne policije bio odgovoran za masovna ubistva Jevreja u Baltičkim zemljama i za njihovu deportaciju u Aušvic. 1951. godine mu je smrtna kazna bila preinačena u kaznu doživotnog zatvora, da bi već 1958. godine bio pušten na slobodu – umro je u 98. godini života 2010. godine. Zato se u nemačkoj literaturi ističe da pomilovanje ima i svoju „tamnu stranu“.²⁰

4. Sjedinjene Američke Države

Čini se da u poređenju sa evropskim državama, u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) pomilovanje zauzima značajnije mesto kako u stručnim krugovima i literaturi, tako i u društvu uopšte. U jednom periodu istorije ono je bivalo (pre)često (zlo)upotrebljavano, njegov obim i sadržina su različito tumačeni, pa je ono stoga bilo i ostalo jedna od aktuelnih tema u američkoj naučnoj javnosti. Učestalost davanja pomilovanja se tokom istorije menjala, a ono je neretko, osim kao akt milosti, služilo kao sredstvo za ostvarivanje društveno – političkih ciljeva. Krajem XIX i početkom XX veka pomilovanja su tako u velikom broju davana raznim pobunjenicima, kao i dezerterima iz građanskog rata, kako bi ti ljudi bili ponovo integrisani u društvo²¹, dok se krajem XX i početkom XXI veka nekoliko puta dogodilo da predsednici daju pomilovanja, za koja postoji sumnja da su lično i koruptivno motivisana.²²

¹⁹ Više o ovome vidi: T. Schwartz, „Die Begnadigung deutscher Kriegsverbrecher“, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 3/1990, 375-414.

²⁰ D. Belling, 38.

²¹ M. Colgate Love, „Reinventing the President’s Pardon Power“, *Federal Sentencing Reporter* 1/2007, 6. ; takođe vidi u: P. Rozenzweig, „Reflections on the Atrophying Pardon Power“, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1/2012, 579-599. Kod nas su 2010. godine, sa istim ciljem, amnestirani učinioci pojedinih krivičnih dela protiv Vojske Srbije (odnosno Jugoslavije i SCG) u periodu od 2000 – 2010. godine. – N. Mrvić Petrović, 352.

²² Tako se u literaturi, između ostalih, kao sumnjiva navode brojna pomilovanja koja su dali predsednici Džordž Buš (George Bush) stariji i Bil Klinton (Bill Clinton), koji je, primera radi, 2001. godine pomilovao izvesnog Marka Riča (Marc Rich), čija je pak supruga dala pozamašne donacije Klinton biblioteci i finansirala predizbornu kampanju za Senat Hilari Klinton (Hillary Clinton). – J. Menitove, „The Problematic Presidential Pardon – A Proposal for Reforming Federal Clemency“, *Harvard Law and Policy Review* 3/2009, 454.

Ustav SAD u članu 2 odeljak 2 ovlašćuje predsednika da daje pomilovanja i predviđa izuzetak u slučaju impičmenta (*impeachment*). Iako su SAD zemlja sa predsedničkim sistemom vlasti, predsednik ima pravo da pomiluje lice samo za krivično delo iz federalne nadležnosti, dok su za ona druga, u nadležnosti država članica, na davanje pomilovanja ovlašćeni njihovi guverneri. Pomilovanja guvernera svaka od država reguliše svojim pravom. Sva ova rešenja su, međutim, danas uglavnom veoma slična i međusobno se razlikuju samo po određenim mehanizmima koji treba da služe smanjenju zloupotrebe i korupcije (sistemi raznih odbora za pomilovanje, čije su preporuke najčešće neobavezujuće za guvernera).²³ Određeni broj država pak zahteva odobrenje zakonodavnog tela ili je davanje pomilovanja u potpunosti prepušteno posebnom odboru.²⁴ Opisane mere uvedene su zato što istorija "pamti", sa jedne strane, mnogobrojne zloupotrebe ovlašćenja za davanje pomilovanja, a sa druge, jednostavno prekomerno raširenu primenu instituta, iako ne uvek koruptivno motivisanu, koja je počela da dovodi u pitanje pravičnost samog pravnog sistema. Početkom XX veka je tako suviše ekstenzivno praktikovanje navedenog ovlašćenja rezultiralo na kraju obavezom da razlozi pomilovanja moraju biti obrazloženi (mada su u praksi ta obrazloženja po pravilu izostajala).²⁵ Guverneri su tako u znatnoj meri dezavuisali sudove, koji su onda otpočeli sa praksom da pravosnažne presude donose posle velikih državnih i hrišćanskih praznika, poput Božića, jer su guverneri pre tih praznika davali (suviše) veliki broj pomilovanja.²⁶

Pomilovanje predsednika SAD je izuzetno široko i snažno sredstvo, i pored toga što je omeđeno federalnom nadležnošću i ustavnim ograničenjem primene ukoliko je reč o impičmentu. Ono se javlja u dva svoja osnovna vida kao *pardon*, tj. oslobođenje od izdržavanja kazne i abolicija, i *clemency*, tj. umanjenje kazne, a njihovi modaliteti su veoma raznovrsni, te uključuju i uslovno pomilovanje, kao i pomilovanje kojim se potpuno briše postojanje presude (u našem pravu su oba modaliteta nemoguća).²⁷ Posebnu specifičnost čini mogućnost predsednika SAD da u formi pomilovanja praktično izvrši amnestiju, tj. da se pomilovanje ne odnosi na konkretno lice, već na neodređeni broj lica. Tako je predsednik

²³ *Ibid*, 455-456.

²⁴ *Ibid*.

²⁵ J. Barnett, „The Grounds of Pardon“, *American Law Review*, vol. 61, 1927, 695.

²⁶ *Ibid*, 696-701.

²⁷ Više o uslovnom pomilovanju predsednika SAD vidi u: H. Krent, „Conditioning the President’s Conditional Pardon Power“, *California Law Review* 6/2001, 1665-1720.

Džimi Karter (Jimmy Carter) 1977. godine pomilovao sve one koji su u periodu od 1964–1973. godine izbegli mobilizaciju za rat u Vijetnamu.²⁸ Još jedna specifičnost predsedničkog pomilovanja u SAD, potpuno strana evropskim zemljama, jeste mogućnost da se jednom licu oproste sva dela u nekom periodu putem opšte formulacije: „da mu se oproste sva dela koja je možda učinio od ... do“. Upravo takvu formulaciju je imalo pomilovanje koje je predsednik Džerald Ford (Gerald Ford) dao svom prethodniku Ričardu Niksonu (Richard Nixon) 1974. godine (neposredno posle afere Votergejt, pretnje impičmentom i na kraju davanja ostavke) zaštitivši ga na taj način od bilo čega što bi mu se moglo staviti na teret u navedenom periodu.²⁹ Nameće se pitanje na koje odgovor ostaje nejasan: šta bi se hipotetički dogodilo ukoliko bi se naknadno ispostavilo da je Nikson izvršio niz najtežih krivičnih dela, nevezanih za politiku i aferu Votergejt?

Obim i sadržina pomilovanja u SAD nisu jasno omeđeni, kako je to slučaj u evropskim državama, rešenja su elastična i stoga često predstavljaju predmet tumačenja. Tako se postavilo pitanje da li predsednik može i sebe da pomiluje. Mišljenje Ministarstva pravde SAD (*United States Department of Justice*) potvrdilo je da predsednik ipak ne može sebe pomilovati, jer ne može biti sudija u sopstvenom slučaju.³⁰ Isto pitanje je sada, za vreme administracije Donalda Trampa (Trump) ponovo aktuelizovano³¹. Teorijski, međutim, ne postoje pravne prepreke da se predsednik proglasi privremeno sprečenim za vršenje funkcije, te da ga zamenik predsednika (*vice president*) pomiluje kao vršilac dužnosti, posle čega bi se ovaj vratio na dužnost, ali se takva situacija do sada nije dogodila. Konačno, praksa u SAD je jedno vreme podrazumevala da se pomilovanje odnosi samo na lica koja su pravosnažno osuđena, ali je na

²⁸ Originalan tekst pomilovanja – *New York Times* (22.1.1977.g.), <https://www.nytimes.com/1977/01/22/archives/texts-of-documents-on-the-pardon.html>; 13.8.2018.

²⁹ Vidi više: W. Duker, „The President’s Power to Pardon – A Constitutional History“, *William and Mary Law Review*, 3/1977, 530-533; L. Kalman, „Gerald Ford, The Nixon Pardon and the Rise of the Right“, *Cleveland State Law Review*, 1/2010, 349-366. Originalan tekst pomilovanja datog Ričardu Niksonu (skenirano) dostupan na: <https://www.fordlibrarymuseum.gov/library/document/0204/1511854.pdf>; 13.8.2018.

³⁰ Mišljenje nadležnog ministarstva nije obavezujuće, ali svojim autoritetom vrši određeni uticaj. Objavljeno je 5. avgusta 1974. godine, svega četiri dana pre podnošenja ostavke predsednika Ričarda Niksona (inače ta ostavka, koja je bila način da se izbegne gotovo siguran impičment kao posledica Votergejt afere, do danas jeste jedina ostavka jednog šefa SAD). Tekst mišljenja: <https://www.justice.gov/file/20856/download>, 13.8.2018.

³¹ <https://www.cnn.com/2018/06/04/trump-i-have-the-absolute-right-to-pardon-myself.html>, 13.8.2018.

kraju (takođe posle pomilovanja Niksona) ipak preovladalo mišljenje da pomilovanje predsednika SAD uključuje i aboliciju.³²

U američkoj literaturi se, uprkos raznim kontroverzama i zloupotrebama pomilovanja, do nedavno često isticalo kako ovaj institut „atrofira“ jer se njegova primena sve više smanjuje, te da bi iz kriminalno – političkih razloga trebalo povećati broj pomilovanih lica.³³ Najnoviji razvoj događaja je upravo i otišao u tom smeru, jer je svega nekoliko godina posle objavljivanja tekstova ovih autora predsednik Barak Obama (Barack Obama) postigao rekord u broju pomilovanih lica. Čak 1715 američkih zatvorenika je pomilovano umanjenjem kazne (*clemency*) tokom njegovog mandata, od čega čak 330 lica poslednjeg dana vršenja predsedničke funkcije, čemu treba pridodati i 212 lica koja su potpuno oslobođena kazne.³⁴ Ovo jeste jasan pokazatelj da je institut pomilovanja daleko od atrofiranja u Americi, te da je sledstveno tome i sa naučne strane ovo pitanje u SAD još uvek vrlo aktuelno.

5. Krunske zemlje Komonvelta

Krunske zemlje Komonvelta (*Commonwealth realms*) jesu države u kojima je engleska kraljica Elizabeta II zvanično monarh, tj. šef države. Ima ih trenutno 16, sve pripadaju Komonveltu nacija (*Commonwealth of Nations*), a najveće i najznačajnije od njih su Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske (UK), Kanada, Australija i Novi Zeland, na čijim zakonodavstvima ćemo se, za potrebe ovog rada, zadržati. Kako, za razliku od drugih članica Komonvelta nacija, krunske zemlje nemaju „svog“, posebnog šefa države (ne računajući ovde UK naravno), to se manifestuje i na određenju i vršenju prava pomilovanja u njima.

U UK, kao ustavnoj parlamentarnoj monarhiji, kraljica danas vrši samo ceremonijalnu funkciju, dok su sva izvršna ovlašćenja preneti na druge državne organe. Tako je i pravo pomilovanja (*the royal prerogative of mercy*)³⁵ danas samo deklarativno u rukama engleske kraljice,

³² J. Menitove, 452-453.

³³ Npr: P. Rozenzweig, 602; J. Menitove, 460; P. Ruckman, „Preparing the Pardon Power for the 21st Century“, *University of St. Thomas Law Journal* 3/2016, 446-448.

³⁴ <https://www.justice.gov/pardon/clemency-statistics>, 13.8.2018.

³⁵ *Royal prerogatives* jesu ovlašćenja engleskog monarha preostala iz vremena kada je on direktno vršio vlast. Danas ih vrše nadležna ministarstva ili monarh, uz brojna ograničenja i neophodne saglasnosti/preporuke ministara. – T. Pool, „United Kingdom – The Royal Prerogative“, *International Journal of Constitutional Law* 1/2010, 146.

jer ga ona može vršiti samo po savetu nadležnog organa (koji *de facto* sam donosi odluku).³⁶ Za pomilovanja u Engleskoj i Velsu je nadležan Državni sekretar ministarstva pravde, u Škotskoj su to (u skladu sa *Scotland Act* iz 1998. godine) ministri škotske vlade, a u Severnoj Irskoj – državni sekretar Severne Irske.³⁷ Razlikuju se dve vrste pomilovanja - *free pardon*, koji podrazumeva oslobođenje od kazne i *conditional pardon*³⁸ kod koga se jedna kazna zamenjuje drugom (najviše je korišćeno pre ukidanja smrtne kazne, za njenu zamenu doživotnim zatvorom).³⁹ Podnosilac je po pravilu sam osuđenik (kao i krug lica koja ga mogu podneti u njegovo ime, poput rođaka, supružnika i slično), ali postoji mogućnost i da nadležni organ (po savetu ministra) sam pokrene postupak.⁴⁰ Pomilovanje se u UK daje uglavnom kada postoje određeni razlozi zbog kojih kazna ne treba (više) da se izvrši, a postoji i mogućnost da se pomilovanje da i pre okončanja postupka (abolicija).⁴¹ Sporno je i u teoriji i praksi i različito je tumačeno da li pomilovanja podležu sudskoj kontroli u UK. U literaturi se sreće ocena da ona postoji, ali da je uslovljena i ograničena u obimu.⁴²

Za razliku od SAD, u UK pomilovanje igra daleko manju ulogu, a broj zahteva i odobrenih pomilovanja je posebno opao od kada je 1997. godine počela sa radom Komisija za reviziju krivičnih slučajeva (*Criminal Cases Review Commission*), koja, kao nezavisno telo, ima nadležnost da još jednom prouči slučaj zainteresovanog podnosioca zahteva, te da ga vrati sudovima na ponovno odlučivanje ukoliko konstatuje povredu prava.⁴³ Međutim, javnost je 2014. godine uznemirilo saznanje o sasvim izvesnim zloupotrebama pomilovanja, jer se ispostavilo da su za vreme vlade Tonija Blera (Tony Blair) upravo pomilovanja (posle neuspešnog pokušaja amnestije) bila sastavni deo političkog namirivanja IRA terorista, među kojima je bilo osumnjičenih, optuženih i osuđenih (u bekstvu) za učinjena najteža krivična dela. Postavilo se ne samo pitanje moralne i političke ispravnosti takvog čina, već i zabrinjavajuće

³⁶ O evoluciji pomilovanja u Engleskoj vidi više: S. Grupp, „Some Historical Aspects of Pardon in England“, *The Americal Journal of Legal History* 1/1963, 51-62.

³⁷ Ministry of Justice, *Review of the Executive Royal Prerogative Powers*, 2009, 15, www.peerage.org/genealogy/royal-prerogative.pdf, 13.8.2018.

³⁸ Ne treba ga mešati sa istoimenim institutom koji postoji u SAD. Vidi fusnotu 28.

³⁹ Ministry of Justice, 15.

⁴⁰ K. Yugdeep, *Pardoning Powers of President and Governor in India: A Critical Study*, Chandigahr 2014, 215, doktorska disertacija, <http://hdl.handle.net/10603/88142>, 13.8.2018.

⁴¹ *Ibid*, 214.

⁴² *Ibid*, 221-224.

⁴³ Criminal Cases Review Commission, <https://ccrc.gov.uk/about-us/>, 13.8.2018.

činjenice da javnost godinama nije sa ovime bila upoznata, jer ne postoji obaveza objavljivanja „kraljičinih“ pomilovanja.⁴⁴

Po izvršenim kolonizacijama Britanija je prenosila u novim teritorijama vršenje nadležnosti šefa države na (kraljevske) guvernere, koji u odsustvu engleskog monarha vrše njegova ovlašćenja.⁴⁵ U Kanadi tako funkciju šefa države vrši guverner (*Governor General of Canada*), mada je on, kao i engleski monarh, danas lišen političke moći i ima čisto ceremonijalnu funkciju. U pravu davanja pomilovanja on je po pravilu vezan preporukom ministra za javnu bezbednost, ili nekog drugog ministra, koji su takođe ovlašćeni za pokretanje postupka.⁴⁶ Odbor za uslovni otpust (*Parole Board of Canada*) u ovim slučajevima ima zadatak da ispita podneti zahtev i da ga vrati ministru zajedno sa svojom preporukom. Pomilovanje se može, kao i u Engleskoj, sastojati iz potpunog oslobađanja izdržavanja kazne ili preinačenja kazne, a sve odluke o pomilovanju su danas podložne sudskoj kontroli.⁴⁷ Zanimljivo je, a i važno istaći (jer dolazi do terminološke zabune) da se pomilovanje, u smislu o kome je u ovom radu reč, u Kanadi označava sa *Royal prerogative of mercy*, dok uobičajen engleski termin za pomilovanje *pardon* u Kanadi označava brisanje osude iz krivične evidencije, po posebnim uslovima i postupku, za šta je takođe zadužen (kao i za obradu predmeta i predlog ministru kod „pravog“ pomilovanja) odbor za uslovni otpust.⁴⁸

U Australiji i na Novom Zelandu je situacija slična kao u Kanadi. Po članu 61. ustava Australije, Generalni guverner (*Governor General*) je nosilac izvršne vlasti u ime engleske kraljice. On je ovlašćen da, pošto je Australija složena država, odlučuje o pomilovanjima na federalnom nivou (pri čemu se mora savetovati sa državnim tužiocem - na Novom Zelandu guverner to čini sa ministrom pravde), dok je državnim guvernerima ostavljena nadležnost za davanje pomilovanja na državnom nivou.⁴⁹ Sadržina pomilovanja i mogućnosti pomilovanja su veoma slični kao u

⁴⁴ <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/terrorism-in-the-uk/10666040/Escaped-IRA-terrorists-handed-Royal-pardons-as-part-of-peace-deal.html>, 13.8.2018.

<https://commonslibrary.parliament.uk/home-affairs/justice/royal-prerogative-of-mercy-a-question-of-transparency/>, 13.8.2018.

⁴⁵ J. Menitove, 449.

⁴⁶ K. Yugdeep, 241.

⁴⁷ L. Sossin, „The Rule of Law and the Justiciability of Prerogative Powers: A Comment on *Black v. Chrétien*“, *McGill Law Journal/ Revue de droit de McGill* 2/2002, 442.

⁴⁸ K. Yugdeep, 238.

⁴⁹ https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/FlagPost/2012/September/Justice_beyond_law_clemency_and_the_Royal_Prerogative_of_Mercy, 13.8.2018.

Kanadi, sa tom razlikom što u Australiji nije dozvoljeno sudsko pobijanje odluke o pomilovanju.⁵⁰ Na Novom Zelandu i u Australiji guverneri mogu na sličan način da, pored klasičnih načina pomilovanja, na zahtev podnosioca odgovore vraćanjem sudu predmeta na ponovno odlučivanje. Time se ovo ovlašćenje odaljuje od klasičnog shvatanja pomilovanja kao davanja milosti, apostrofira se njegova korektivna funkcija i praktično se ono u ovom slučaju pretvara u svojevrsni vanredni pravni lek.⁵¹

6. Švajcarska

Švajcarska je država sa specifičnim oblikom vlasti koji se u literaturi obično označava kao direktorijalni, sa federalnim poretom.⁵² Predsednik države nije zaseban organ, kako je to slučaj u drugim evropskim državama, već ovu funkciju vrši predsedavajući Saveznog saveta (*Bundesrat*), sedmočlanog izvršnog organa nalik vladi (vlada i predsednik države su u Švajcarskoj jedan organ). Predsednik saveznog saveta je samo *primus inter pares*, menja se na svakih godinu dana, vrši donekle reprezentativnu funkciju⁵³, ali dakle ne predstavlja šefa države (već je to kolektivno – Savezni savet)⁵⁴. U nadležnosti predsednika Saveznog saveta, kao i nadležnosti Saveznog saveta uopšte ne ulaze ovlašćenja vezana za pomilovanje, što predstavlja jedan od eklatantnih primera gde pomilovanje nije vezano za funkciju šefa države.

Ustav Švajcarske iz 1999. godine pominje pomilovanje u članovima 157 i 173 kao ovlašćenje parlamenta o kome oba doma, Nacionalno veće (*Nationalrat*) i Veće naroda (*Ständerat*) odlučuju na zajedničkom zaseda-

⁵⁰ F. Wheeler, „Judicial Review of Prerogative Power in Australia: Issues and Prospects“, *Sydney Law Review* 4/1992, 453.

⁵¹ J. Finn, „John James Meikle and the Problem of the Wrongly Convicted: An Enquiry into the History of Criminal Appeals in New Zealand“, *VUW Law Review*, 3/2010, 522. vidi i: S. Milne, „The Second or Subsequent Criminal Appeal, the Prerogative of Mercy and the Judicial Inquiry: the Containing Advance of Post-Conviction Review“, *Adelaide Law Review* 1/2015, 211-240.

⁵² Đ. de Vergotini, *Uporedno ustavno pravo*, Beograd 2015, 701.

⁵³ Predsednik Švajcarske predstavlja državu u zemlji i inostranstvu, ali na nešto drugačiji način nego što je to slučaj u drugim zemljama. Naime, kada je reč o zvaničnim posetama, može ih činiti on, ali i bilo koji drugi član Saveznog saveta, dok se prilikom dolaska stranih zvaničnika ceo Savezni savet ponaša kao domaćin. Treba istaći i da je uopšte novijeg datuma praksa da predsednik predstavlja državu prilikom poseta stranim zemljama. Ona datira od devedesetih godina XX veka, dok se ranije ovakve posete uglavnom nisu praktikovale. – D. Bruhl-Moser, *Die schweizerische Staatsleitung im Spannungsfeld von nationaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationalisierung*, Bern 2007, 692-693.

⁵⁴ Đ. de Vergotini, 704.

nju, tj. plenarnoj sednici (*Vereinigte Bundesversammlung*). Parlament nije pak jedini nadležan za odlučivanje o pomilovanju, već je zadužen za pomilovanja učinilaca krivičnih dela koja su propisana saveznim Krivičnim zakonom, tj. ona za koja je presudu doneo savezni sud dok je, prema članu 381 Krivičnog zakona Švajcarske, za ostala dela nadležnost poverena kantonalnim vlastima, tačnije kantonalnim savetima (*Kantonsrat*). Ovakvo rešenje da o pomilovanju odlučuju sa podeljenom nadležnošću isključivo kolegijalni organi je jedinstveno u uporednom pravu i interesantno sa stanovišta legitimiteta i pravne prirode ovih odluka. U svojoj ustavnopravnoj suštini, on je nesličan pomilovanju u drugim zemljama i predstavlja svojevrsno *sui generis* rešenje.

Interesantno je i da opisani sistem ima dugu tradiciju – isto rešenje je bilo prisutno i u prethodnom ustavu iz 1874. godine, tako da se pravo pomilovanja u Švajcarskoj zapravo za 150 godina nije značajno promenilo.⁵⁵ U javnosti se pak ističe da se ovo pravo malo koristi, tj. da je upadljivo mali broj zahteva, od kojih još manji broj biva usvojen, te da je politika davanja pomilovanja neujednačena između kantona.⁵⁶

7. Rusija

U Ruskoj Federaciji je predsednik šef države, a ruski ustav mu u članu 89, stav 3 daje pravo da vrši pomilovanja (*помилование*). Krivični zakonik pak u članu 85 određuje bliže da se pomilovanje može sastojati iz oslobođenja od izdržavanja kazne, njenog skraćivanja ili zamene blažom kaznom, odnosno brisanja osude licu koje je kaznu izdržalo. U literaturi se ističe da je institut pomilovanja u Rusiji prilično ograničene sadržine i pravnog dejstva, jer se ograničava samo na kazne, a ne i na druge vrste krivičnih sankcija (uslovnu osudu, mere bezbednosti itd.).⁵⁷ Navedena formulacija Krivičnog zakonika takođe isključuje primenu abolicije, ali kako Ustav to pitanje ostavlja otvorenim, ima mišljenja da je u pitanju neusklađenost, tj. da ustav to podrazumeva, te da bi izmenama Krivičnog zakonika u Rusiji trebalo dozvoliti i aboliciju kao vid predsedničkog pomilovanja.⁵⁸

⁵⁵ Vidi npr: C. Stooß, *Der Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, Basel 1892, 450-462 i E. Hafer, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, Berlin 1926, 400-406.

⁵⁶ <https://www.plaedoyer.ch/artikel/d/kaum-chancen-auf-eine-begnadigung/>, 13.8.2018.

⁵⁷ D. Jovašević, Z. Stevanović, *Amnestija i pomilovanje u krivičnom pravu*, Beograd 2008, 156.

⁵⁸ P. V. Korobov, „K voprosu ob amnestii i pomilovanii“, *Vestnik Nižegorodskogo universiteta im. N.I. Lobačeskogo (Serija Pravo)* 1/2002, 236.

Inače, 1992. godine bila je osnovana posebna komisija za pomilovanja na nivou cele Rusije. Predsednička komisija za pomilovanja (*Президентская комиссия по помилованию*) imala je zadatak da prouči podnete zahteve, te da predsedniku o njima dostavi svoje mišljenje i preporuke. Ono što je zanimljivo jeste da su ovo petnaestočlano telo činili ne (samo) stručnjaci, već i ugledni građani različitih profila, umetnici, pisci i dr.⁵⁹ Na taj način se pomilovanju, kao aktu milosti šefa države, na izvestan način davao jedan širi društveni legitimitet. Ukazom predsednika iz 2001. godine⁶⁰ pomenuta komisija je raspuštena, a njenu funkciju su preuzele regionalne komisije za pomilovanja.

Poslednjih decenija je došlo do drastičnog smanjenja primene instituta pomilovanja u Rusiji. Devedesetih godina je godišnje bivalo pomilovano više hiljada lica, da bi posle 2000. godine došlo do značajne promene državne politike po ovom pitanju, te predsedničko pomilovanje danas predstavlja zaista izuzetnu meru – dobija ga u proseku svega oko desetak lica godišnje.⁶¹ Ovakva novouspostavljena, restriktivna praksa je više u duhu vladajućih stavova javnog mnjenja, jer se na institut pomilovanja u Rusiji tradicionalno uglavnom ne gleda sa odobravanjem. U literaturi se tako slikovito ističe da stara, skeptična ruska izreka „pomilovati zlog čoveka znači kazniti dobrog čoveka“ (*„Злодея помиловать – доброго человека покарать“*) u narodu važi i danas, ali da je pomilovanje ipak korisno sredstvo.⁶²

8. Zaključak

Pregled i analiza navedenih modela pomilovanja pokazuje svu šarenolikost pojava oblika ovog instituta. Iako u svim ispitivanim zakonodavstvima pomilovanje vuče koren iz iste pravne tradicije, evolucija instituta je bila različita i dovela do toga da danas pomilovanje ima sasvim drugačiju pravnu prirodu u Nemačkoj, na primer, u odnosu na Srbiju, ili u Australiji u odnosu na SAD. Interesantno je da značajne razlike postoje i u okviru same pravne porodice, evropsko-kontinentalne ili

⁵⁹ A. Novak, *Comparative Executive Clemency - The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, New York 2016, 10. Ovaj autor previđa činjenicu da pomenuta komisija više nije u funkciji.

⁶⁰ Tekst ukaza dostupan na: <http://base.garant.ru/12125251/>, 13.8.2018.

⁶¹ S. V. Semendjaeva, Stanovljenje i razvitie instituta pomilovanja v Rosii, <http://credonew.ru/content/view/1028/65/>, 13.8.2018.

⁶² P. V. Korobov, 235.

anglosaksonske pravne tradicije. Po pitanju nosioca ovlašćenja, pomilovanje je tako u SAD, Srbiji i Rusiji i dalje akt vlasti i to šefa države, koji ovo ovlašćenje sam i vrši (obim ovlašćenja se u ovim državama pak značajno razlikuje), ali je zato u Švajcarskoj vršenje pomilovanja u rukama zakonodavne vlasti (a ne Saveznog saveta, kako bi se moglo očekivati). Pravna priroda instituta se takođe veoma različito shvata, pa je tako pomilovanje snažno političko sredstvo u rukama predsednika SAD i *de facto* premijera Engleske, koji tim ovlašćenjem postižu očigledne i važne političke ciljeve, dok se u Australiji i na Novom Zelandu institut pomilovanja pretvara u kakav kvazi vanredni pravni lek uspostavljajući neku vrstu dodatne sudske instance. Mogućnost sudske kontrole odluka o pomilovanju, kakva postoji u UK i Kanadi, kao i mogućnost da se daju amnestije pomilovanjem (SAD), značajno menja pravnu prirodu ovog instituta, te ima za posledicu promenu klasične ravnoteže u sistemu podele vlasti. Poseban politički, ali i krivičnopravni značaj ima mogućnost davanja abolicije, kakvo rešenje postoji i u Srbiji. Od još većeg političkog značaja jeste mogućnost davanja „blanko“ abolicije u SAD, što, kao rešenje, predstavlja svojevrsni presedan u novijoj uporednoj pravnoj istoriji.

S obzirom na ograničeni obim rada, istraživanje je moralo da se ograniči na opis najvažnijih karakteristika i ključnih razlika u regulativi instituta pomilovanja u izabranim zakonodavstvima kontinentalne i anglosaksonske pravne tradicije, ali, i tako sumarno, pokazuje da je teško pronaći univerzalno prihvatljivu definiciju pomilovanja i generalizacijom izvući zaključke o pravnoj prirodi navedenog instituta, kao retko kog ustavnopravnog instituta. Pomilovanje je tako najbolje posmatrati u kontekstu konkretnog pravnog sistema. Analizom regulative instituta pomilovanja u nekoj zemlji se zato dobija dobar uvid u karakteristike sistema vlasti te države, kao i u njihov međusobni odnos, iz jednog ugla koji je u našoj pre svega ustavnopravnoj nauci nepravedno zapostavljen.

Literatura

- Barnett J., The Grounds of Pardon, *American Law Review*, vol. 61, 1927.
Belling D., „Konstitutionalisierung des Begnadigungsrechts“, *Deutsch – Ungarisches Symposium* (Hrsg. Attila Badó), Potsdam 2018.
Bruhl-Moser D., *Die schweizerische Staatsleitung im Spannungsfeld von nationaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationalisierung*, Bern 2007.

- Colgate Love M., „Reinventing the President’s Pardon Power“, *Federal Sentencing Reporter*, 1/2007.
- Ćorović E., *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar 2015.
- Duker W., „The President’s Power to Pardon – A Constitutional History“, *William and Mary Law Review*, 3/1977.
- Finn J., „John James Meikle and the Problem of the Wrongly Convicted: An Enquiry Into the History of Criminal Appeals in New Zealand“, *VUW Law Review*, 3/2010.
- Goodrich J., „The Use and Abuse of the Power to Pardon“, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, v.19/1920-1921.
- Grupp S., „Some Historical Aspects of Pardon in England“, *The American Journal of Legal History*, 1/1963.
- Ernst H., *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, Berlin 1926.
- Hesselberger D., *Das Grundgesetz – Kommentar für die politische Bildung*, Bonn 1996.
- Jovašević D., Stevanović Z., *Amnestija i pomilovanje u krivičnom pravu*, Beograd 2008.
- Kalman L., „Gerald Ford, The Nixon Pardon and the Rise of the Right“, *Cleveland State Law Review*, 1/2010.
- Korobov P. V. , „К вопросу об амнистии и помиловании“, *Vestnik Nižegorodskogo universiteta im. N.I. Lobačeskogo (Serija Pravo)* 1/2002 (Коробов П. В., „К вопросу об амнистии и помиловании“, *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского (Серия Право)*, 1/2002).
- Krent H., „Conditioning the President’s Conditional Pardon Power“, *California Law Review*, 6/2001.
- Mangoldt H., Friedrich Klein, Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, München 2005.
- Marković R., „Moć i nemoć predsednika Republike Srbije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4/2004.
- Menitove J., „The Problematic Presidential Pardon – A Proposal for Reforming Federal Clemency“, *Harvard Law and Policy Review*, 3/2009.
- Milne S., „The Second or Subsequent Criminal Appeal, the Prerogative of Mercy and the Judicial Inquiry: the Containing Advance of Post-Conviction Review“, *Adelaide Law Review*, 1/2015.
- Mrvić Petrović N., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2014.
- Münch I., Kunig P., *Grundgesetz Kommentar*, München 2012.
- Novak A., *Comparative Executive Clemency - The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, New York 2016.
- Pool T., „United Kingdom – The Royal Prerogative“, *International Journal of Constitutional Law*, 1/2010.

- Rozenzweig P., „Reflections on the Atrophying Pardon Power“, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1/2012.
- Ruckman P., „Preparing the Pardon Power for the 21st Century“, *University of St. Thomas Law Journal*, 3/2016.
- Schwartz T., „Die Begnadigung deutscher Kriegsverbrecher“, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 3/1990.
- Simović D., Petrov V., *Ustavno pravo*, Beograd 2014.
- Sossin L., „The Rule of Law and the Justiciability of Prerogative Powers: A Comment on Black v. Chrétien“, *McGill Law Journal/ Revue de droit de McGill*, 2/2002.
- Stojanović Z., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2013.
- Stoob C., *Der Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, Basel 1892.
- de Vergotini Đ., *Uporedno ustavno pravo*, Beograd 2015.
- Wheeler F., „Judicial Review of Prerogative Power in Australia: Issues and Prospects“, *Sydney Law Review*, 4/1992.

Internet izvori

- Ministry of Justice (Governance of Britain), *Review of the Executive Royal Prerogative Powers*, 2009. ; www.peerage.org/genealogy/royal-prerogative.pdf
- Semendjaeva S. V., Stanovlenie i razvitie instututa pomilovanija v Rosii (Семендяева С. В., Становление и развитие института помилования в России), <http://credonew.ru/content/view/1028/65/>.
- Yugdeep K., *Pardoning Powers of President and Governor in India: A Critical Study*, Chandigahr, 2014, doktorska disertacija ; <http://hdl.handle.net/10603/88142>

Miroslav Đorđević, LL.M.

Research associate

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE PARDON POWER IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

Summary

Pardon is an institute that maintains certain archaic characteristics in its modern form and possesses, as a consequence of its long evolution, a number of specifics that are found in legal systems around the world, both in the terms of its legal nature as well as in mechanisms of its realization. In this paper, several legal systems of the Western legal tradition, which could be considered as pardon models, are analyzed. Although almost every country today has some particular characteristics on its own in the domain of this institute, the models of Serbia, Germany, USA, Commonwealth realms (United Kingdom, Canada, Australia and New Zealand), Switzerland and Russia all express the number of more distinctive differences by various criteria. Their use as a basis for further comparison could also help explaining the regulations of the domain of the pardon institute in other countries of Western legal traditions and broader. Also, by looking at the set of specifics of the aforementioned models, a clearer picture of the institute of pardon in general is obtained. The focus of the analysis in this work was primarily placed on the legal key points of pardon, viewed mostly from the constitutional law perspective, and to a certain extent from the criminal law point of view.

Keywords: Pardon, Clemency, Royal Prerogative of Mercy, Comparative Law, Constitutional Law, Criminal Law.

**ODREĐENE FORME RADNOG VREMENA U SRBIJI U
SVETLU EVROPSKE DIREKTIVE 2003/88 I UPOREDNOG
PRAVA****

Apstrakt

Kako je načelo dostojanstvenog rada jedan od postulata radnog prava, od velikog je značaja bila borba radničke klase za osam sati radnog vremena, osam sati dokolice i osam sati odmora. Maksimalna proračunata odnosno koliko rada toliko zarade uticala je na to da se zakonom precizno utvrde pravni okviri radnog vremena. Radno vreme kao jedan od faktora koji pored zarade utiče na radno angažovanje zaposlenog i njegovu motivisanost nije tema kojoj je u nauci posvećeno dovoljno pažnje te će autor u radu nastojati da ukaže na pravne praznine u regulisanju pitanja koja se odnose na pojedine aspekte radnog vremena, kao i na probleme koji se mogu pojaviti u praksi, uzimajući standarde koji su postavljeni u direktivi Evropske unije. Prekovremeni i noćni rad, kao i skraćeno radno vreme iz tog razloga dobijaju na značaju. I pored zakonskih odredbi, postoje nedoumice i zloupotrebe u praksi kada je prekovremeni rad u pitanju. Zakonsko uređenje ovog instituta predstavlja često mrtvo slovo na papiru, od radnika se očekuje rad i nakon radnog vremena, koji se ne priznaje i ne plaća kao prekovremeni rad. Ne postoji zakonski okvir koji bi zaštitio radnika jer ne postoje jasna pravila u srpskom pravu kako poslodavac treba da utvrdi prekovremeni rad. Uz to, prekovremeni rad se ne kontroliše, jer postoji nedostatak inspektora rada za rad na terenu. Zato autor smatra da prekovremeni rad, kao forma radnog vremena, zavređuje posebno proučavanje, uz ukazivanje na uporednopravna rešenja i predlaganje rešenja za pitanje koje je poslednjih godina postalo goruće. Noćni rad, kao rad u posebnim uslovima,

* Istraživač pripravnik u Institutu za uporedno pravo, e-mail: j.rajic@iup.rs.

** Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje“ (ev. br. 179031) koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

zavređuje naučni prikaz i detaljniju regulativu. Uzimajući u obzir standarde zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, od velikog je značaja institut skraćenog radnog vremena i njegovo razgraničenje sa nepunim radnim vremenom.

Ključne reči: *radno vreme, prekovremeni rad, noćni rad, direktiva, skraćeno radno vreme.*

1. Uvod

Radno vreme predstavlja jedan od bitnih instituta radnog prava, koji se kroz istoriju menjao u želji radnika, kao ekonomski slabije strane u radnom odnosu, da se vreme provedeno na poslu svede na određeno trajanje. Zajedno sa zaradom, radno vreme utiče na privatnu sferu svakog zaposlenog, zbog čega se normiranju ovog instituta mora pristupiti uzimajući u obzir nekoliko faktora. Naime, radno vreme usko je povezano sa korišćenjem slobodnog vremena zaposlenog. Takozvana dokolica omogućava svakom zaposlenom da se odvoji od radnog ciklusa i sa njim povezanih obaveza i posveti porodici i hobijima. Kvalitetno korišćenje vremena van onog što nazivamo radno vreme, direktno utiče na efikasnost zaposlenog kada se vrati svojim obavezama. Zbog toga prekovremeni rad, raspodela radnog vremena ili rad vikendom negativno pogađaju zaposlenog. Neretko, ovakvi modaliteti radnog vremena predstavljaju problem u praksi i tiču se naviknutosti poslodavca da zaposleni ostaje na poslu i posle zvanično određenog radnog vremena, kao i često nemogućnosti zaposlenog da bude dodatno plaćen za prekovremeni rad, kako to zakon predviđa. Zbog toga je proučavanje navedene teme od velikog značaja. Zato i ne čudi što je Međunarodna organizacija rada prvu konvenciju posvetila ograničavanju vremena koje zaposleni provede na radu i što je radno vreme bilo predmet regulisanja drugih međunarodnih izvora.¹

2. Istorijsko standardizovanje radnog vremena

Pravo na ograničeno radno vreme rezultat je borbe radnika za humanije uslove rada. Razlog tome treba tražiti u tome što radno vreme

¹ Spisak svih konvencija koje se bave tematikom radnog vremena dostupan je na: <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/working-time/lang-en/index.htm>, 15.7.2018.

nije bilo regulisano i zavisilo je od volje i potreba poslodavca. Bilo je preduzeća u 18. veku u kojima se radilo i do 17 sati dnevno ili svakog drugog dana i do 24 časova neprekidno.² Praktično, od fizičke izdržljivosti zaposlenog zavisilo je i radno vreme. Vrlo često su u proizvodne procese bila uključivana i deca, koja takođe nisu imala ograničeno radno vreme, što će biti motiv za formiranje posebne zaštite zaposlenih u radnom pravu. Prvo su maloletnici, a potom i žene prepoznate kao kategorija zaposlenih koja zavređuje posebne uslove rada. Da skoro neograničeno radno vreme utiče pogubno na zdravlje zaposlenih i da je potrebno institucionalno uređenje ovog instituta prvi put prepoznato je u Engleskoj, početkom 19. veka. Pod uticajem donetog zakona kojim se ograničavalo radno vreme na 12 sati dnevno najpre za decu, žene i omladinu, donose se propisi slične sadržine u Francuskoj, Nemačkoj, Rusiji. Standard osmočasovnog radnog vremena prvi put je proklamovan u drugoj polovini 19. veka u SAD.³ U evropske zakone osmočasovno radno vreme uvedeno je početkom 20. veka u Sovjetskom savezu, dok su ostale zemlje Evrope za svoje državljane ograničile radno vreme na osam časova posle Drugog svetskog rata.

Zahtevi radničke klase za ograničenje radnog vremena izuzetno su značajna istorijska tekovina, koja je uticala na promenu svesti poslodavaca o pojmu radnog vremena do koje se došlo tek u 18. veku. Na takvim temeljima gradi se standard radnog vremena današnjice. Borba za humaniji rad imala je dvostruki efekat. Sa jedne strane, uticala je na skraćivanje radnog vremena. Sa druge strane, formirala je ideju da u radnom odnosu postoje određene kategorije zaposlenih kojima se mora pružiti dodatni nivo zaštite, te slobodno možemo zaključiti da se koreni današnje posebne zaštite zaposlenih upravo nalaze u ograničavanju radnog vremena, koje je najpre skraćivano za decu i žene.

Koliki značaj radno vreme ima u radnom pravu i u koliko je uskoj povezanosti sa efikasnošću zaposlenih, pokazuju i savremene tendencije. Skandinavske zemlje svojim zakonima, koji često sadrže više standarde nego oni u Evropskoj uniji, teže da budu prve koje će uspostaviti novi standard šestočasovnog radnog vremena, ne bi li na taj način motivisale zaposlene da povećaju svoju efikasnost za istu zaradu. Švedski model namenjen medicinskim sestrama u domovima za stare bio je preskup i nije zaživeo, dok je Finska šestočasovnim radnim vremenom prva država koja je uspela da zadovolji zahteve zaposlenih da kraće rade i da kroz

² P. Jovanović, *Radno vreme*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2015, 224.

³ *Ibid.*

veću motivaciju isto zarađuju, a da poslodavci budu zadovoljni obavljenim poslom.⁴

3. Uticaj evropskog standarda radnog vremena iz Direktiva 2003/88 na srpsko rešenje

Kako direktive predstavljaju važan izvor sekundarnog prava Evropske unije, još 1993. godine prepoznata je potreba da se pitanje radnog vremena, odmora i odsustva uredi ovim dokumentom, kada je doneta prva direktiva EU.⁵ Deset godina kasnije doneta je Direktiva 2003/88, koja je i danas na snazi i služi kao putokaz zemljama članicama, ali i državama koje su u postupku pridruživanja, prilikom regulisanja svih formi radnog vremena, različitih vrsti odmora, kao i za uređenje pitanja zaštite zdravlja noćnih i smenskih radnika.⁶ Direktiva se odnosi kako na privatni, tako i na javni sektor, uz izuzimanje položaja pomoraca, koji se zbog prirode svog posla svrstavaju u posebnu kategoriju i na koje se primenjuje posebna direktiva.

Definicija radnog vremena data u direktivi koja pod ovim pojmom podrazumeva period tokom kojeg radnik radi, na raspolaganju je poslodavcu i obavlja svoje aktivnosti i dužnosti u skladu sa nacionalnim pravom (čl. 2). Primitićemo da je to definicija koju je preuzeo i naš zakonodavac.⁷ Noćni rad je specifičan i direktiva predlaže zemljama članicama da ne bi trebalo da traje duže od osam sati u okviru 24 sata, uz obezbeđivanje zdravstvenih pregleda zaposlenih pre otpočinjanja noćnog rada i u određenim vremenskim razmacima, kako bi se zaposlenima sa zdravstvenim problemima obezbedio prelazak na dnevni režim rada. Naš zakon ne sadrži odredbu o zdravstvenim pregledima, već samo obavezu poslodavca da zatraži mišljenje sindikata o merama za bezbednost i zaštitu života i zdravlja na radu. Mišljenja smo da je bilo svrsishodnije da se zakonodavac opredelio za lekarske preglede, shodno rešenju iz direktive, kao efikasnijem načinu za utvrđivanje zdravstvenog stanja i sposobnosti zaposlenog da obavlja noćni rad.

⁴ Tekst dostupan na sajtu <https://dnevnik.hr/vijesti/svijet/nista-od-sestosatnog-radnog-vremena-ne-isplati-se---462630.html>, 13.07.2018.

⁵ Council Directive 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organization of working time, OJ L 307, 13.12.1993, p. 18–24.

⁶ Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, OJ L 299, 18.11.2003, p. 9–19.

⁷ Zakon o radu – ZOR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US i 113/2017, čl. 50.

definiše kao rad koji se obavlja od 22 časova do 6 ujutru, što predstavlja čak i naprednije rešenje u odnosu na ono predviđeno u direktivi, po kome je noćni rad svaki rad koji se obavlja u periodu od ponoći do 5 sati ujutru u trajanju od sedam sati.

Pod uticajem direktive, zakonodavac je bio precizniji prilikom određivanja punog i nepunog radnog vremena, kao i prekovremenog rada. Takođe, preuzete su odredbe direktive o obavezi poslodavca da zaposlene obavesti o rasporedu i promeni rasporeda radnog vremena najmanje pet dana unapred, odnosno 48 sati ranije u slučaju nepredviđenih okolnosti.

Odredbama o preraspodeli radnog vremena izvršeno je delimično usklađivanje sa Direktivom 2003/88. Međutim, naš zakonodavac pravi iskorak suprotan rešenju iz direktive i daje mogućnost da preraspodela radnog vremena izađe iz okvira kalendarske godine i perioda od šest meseci i da kolektivnim ugovorom taj period bude produžen na devet meseci. Time se preraspodela radnog vremena ne vezuje za jednu kalendarsku godinu, kako predviđa direktiva, uz obavezu da broj radnih sati ne sme biti duži od ugovorenog. Još je specifičnija odredba člana 57. stav 4. kojom se pruža mogućnost zaposlenom da radi i duže od vremena koje je ugovoreno preraspodelom, uz njegov pristanak, tzv. *opt out*. Takvo rešenje je van okvira direktive i otvara pitanja njegove opravdanosti. Iako je time pružena mogućnost slobodnog pristanka zaposlenog u okviru njegove autonomije volje, data odredba više ide u korist poslodavcu i može otvoriti prostor za zloupotrebe, jer nisu predviđeni bliži zakonski kriterijumi za obavljanje takve vrste rada.

4. Radno vreme u srpskom pravu

4.1. Kratak istorijski osvrt

Radno vreme jeste period u kome je zaposleni dužan da obavlja poslove prema nalogima poslodavca, na mestu gde se poslovi obavljaju.⁸ Poslednjim izmenama Zakona o radu u julu 2014. godine, date su koordinate za određivanje definicije radnog vremena. U Zakonu o osnovama radnih odnosa iz 1996. godine, zakonodavac nije našao za shodno da pruži definiciju ovog instituta.⁹ Zanimljivo je ukazati da je standard

⁸ ZOR, čl. 50.

⁹ A. Nikolić, *Komentar Zakona o osnovama radnih odnosa*, Poslovno-ekonomski biro, Beograd 1996, 103.

osmočasovnog radnog vremena relativnog novijeg datuma kada je naše zakonodavstvo u pitanju. Zakon o radnim odnosima iz 1984. godine sadržao je normu punog radnog vremena na nedeljnom nivou u trajanju od 42 sata.¹⁰ Ukoliko uporedimo rešenje o fondu radnog vremena predviđeno Konvencijom br. 1 Međunarodne organizacije rada, koja predviđa četrdesetosmočasovno radno vreme na nedeljnom nivou, primećujemo tendenciju skraćivanja opšte norme radnog vremena.¹¹

4.2. Odnos radnog vremena i pripravnosti

Dakle, radno vreme jeste ono vreme kada je zaposleni dužan da izvršava radne zadatke delegirane od strane poslodavca. Bitna odrednica za određivanja pojma radnog vremena jeste fiksiranje mesta rada tokom radnog vremena, u prostorijama poslodavca ili drugom mestu gde se poslovi obavljaju. Ovo je bitno, s toga što je mesto na kome se poslovi obavljaju odrednica za razgraničenje radnog vremena od pojma pripravnosti, koje naše pravo ranije nije poznavalo. Kako se radno vreme i vreme pripravnosti prepliću u praksi, važno je ukazati i na sadržinu ovog instituta. Za razliku od radnog vremena kada je zaposleni dužan da obavlja radne naloge poslodavca, vreme pripravnosti zaposlenog stavlja na raspoloživost poslodavcu za obavljanje poslova. U toku radnog vremena, zaposleni mora biti na radnom mestu, tamo gde se obavljaju poslovi. To je ključna razlika između radnog vremena i pripravnosti. U toku pripravnosti, zaposleni se ne nalazi na radnom mestu, već je slobodan da bude na bilo kom mestu. Vreme koje zaposleni provede u stanju pripravnosti ne uračunava se u radno vreme, dok se radnim vremenom smatra vreme koje zaposleni u toku pripravnosti provede u obavljanju poslova po pozivu. To će direktno uticati i na zaradu odnosno naknadu zarade koju zaposleni prima. Naravno, neodređenost mesta za vreme pripravnosti ne znači mogućnost zaposlenog da bude u drugoj državi, s obzirom na to da postoji mogućnost da je potrebno da se zaposleni odazove na poziv poslodavca radi obavljanja radnih zadataka i da dođe na mesto gde se poslovi obavljaju. To je osnovna intencija zakonodavca prilikom uvođenja ovog instituta - staviti zaposlenog na raspolaganje poslodavcu kada je to zbog prirode poslova neophodno, ali napraviti distinkciju od radnog vremena i prekovremenog rada. Granica nije jasno

¹⁰ A. Nikolić, *Komentar Zakona o radnim odnosima Srbije*, NIO Poslovna politika, Beograd 1984, 122.

¹¹ V. Brajić, *Radno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1987, 189.

povučena, bar kada je prekovremeni rad u pitanju, a dodatnu zabunu unosi odredba zakona koja dopušta da se detalji instituta pripravnosti regulišu opštim aktom poslodavca ili ugovorom o radu. To svakako može otvoriti prostor za zloupotrebu ovog važnog instituta, koji po našem mišljenju treba da nađe mesto u posebnim zakonima u kojima je važnost pripravnosti velika. Jedan od tih zakona bi mogao biti i zakon o javnim tužilaštvima.

Sa donošenjem novog Zakonika o krivičnom postupku¹², javni tužilac je stupio na mesto istražnog sudije i vodi istragu povodom učinjenog krivičnog dela. Za krivična dela za koje je zaprećena kazna zatvora do 10 godina, javni tužilac dužan je da izvrši uviđaj uz asistenciju policije. Za ostala krivična dela, javni tužilac može poveriti vršenje uviđaja pripadnicima MUP-a. Kako su krivična dela za koje je predviđena kazna zatvora do 10 godina manje složena krivična dela, tužilačka praksa je iznedrila suprotno pravilo, po kome javni tužioci ne vrše uviđaj za ovu vrstu krivičnih dela, već ih poveravaju pripadnicima policije, uz telefonsku konsultaciju. Praktično, to znači da će javni tužilac biti pripravan do poziva policajca, nakon čega će mu dati uputstvo šta od radnji treba da preduzme na mestu uviđaja. U tom smislu se javila dilema da li se može smatrati radnim vremenom odnosno angažovanjem javnog tužioca vreme odgovora na poziv policajca i davanje instrukcija. Kako je od zauzetog stava zavisila zarada javnih tužilaca, oni su bili pristalice sistema koji je ranije važio, te je odgovor na poziv policajca u stvari tumačen kao odazivanje na pripravnost. Republički javni tužilac je zauzeo suprotan stav, koji je po našem mišljenju ispravan i skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku, te će se smatrati odazivanjem na pripravnost samo situacija kada javni tužilac izađe na lice mesta i izvrši uviđaj. Stavovi Republičkog javnog tužioca predstavljaju bitan putokaz za javnotužilačku funkciju, ali nisu izvor prava, te bi ovakva odredba morala da nađe mesto u zakonu o javnom tužilaštvu, kao posebnom zakonu.¹³

4.3. Razlika između instituta skraćenog i nepunog radnog vremena

Skraćeno radno vreme predstavlja specifičan oblik radnog vremena, čije se postojanje opravdava zaštitom zdravlja zaposlenih. Zaposleni-

¹² Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

¹³ Obavezna uputstva Republičkog javnog tužioca predstavljaju interne akte, koji nisu dostupni javnosti. Autorka je pripravnički staž obavila u javnom tužilaštvu, te je sa sadržinom ovog uputstva upoznata.

ma koji rade na naročito teškim, napornim i štetnim poslovima na kojima i pored primene opštih mera bezbednosti i zaštite na radu nije moguće smanjiti štetna dejstva posla na zdravlje zaposlenih, skraćuje se radno vreme za najviše 10 sati. Specifičnost skraćenog radnog vremena je u tome što zaposleni ima sva prava iz radnog odnosa, kao da radi sa punim radnim vremenom. Skraćeno radno vreme uvodi se na osnovu analize stručnjaka iz oblasti medicine rada, tehnologije i organizacije rada.¹⁴

Za razliku od skraćenog radnog vremena, nepuno radno vreme predstavlja mogućnost zaposlenog da kod poslodavca zasnije radni odnos sa radnim vremenom kraćim od punog radnog vremena. U praksi se vrlo često zamenjuju pojmovi nepunog i skraćenog radnog vremena, iako nemaju puno sličnosti. Kod rada sa nepunim radnim vremenom važi pravilo *pro rata temporis* što znači da zaposleni ostvaruje svoja prava iz radnog odnosa shodno vremenu koje provede na radu kod poslodavca. U tome je osnovna razlika između skraćenog i nepunog radnog vremena. U slučaju nepunog radnog vremena, zaposleni može zasnovati radni odnos sa drugim poslodavcem kako bi na taj način ispunio celokupan fond punog radnog vremena od 40 časova nedeljno. Takvu mogućnost nema zaposlenim sa skraćenim radnim vremenom, jer se smatra da takav zaposleni radi sa punim radnim vremenom. Ostaje otvoreno pitanje može li zaposleni sa skraćenim radnim vremenom zaključiti ugovor o dopunskom radu, koji podrazumeva rad sa najviše 1/3 punog radnog vremena. Bez obzira na cilj uvođenja skraćenog radnog vremena, mišljenja smo da zakon o radu ne zabranjuje zaključenje ugovora o dopunskom radu, te da ga treba dozvoliti.¹⁵

Iako zaposleni sa nepunim radnim vremenom ima prava iz radnog odnosa shodno radnom vremenu koje provodi kod poslodavca obavljajući radne zadatke, on ima i neka druga prava. Pored toga što poslodavac mora da obezbedi jednake uslove rada zaposlenom koji obavlja poslove sa punim i sa nepunim radnim vremenom, on takođe ima obavezu da blagovremeno obavesti zaposlene sa nepunim radnim vremenom o dostupnosti poslova sa punim radnim vremenom, kao i da razmotri zahtev zaposlenog koji radi sa nepunim radnim vremenom o prelasku na radno angažovanje sa punim radnim vremenom. Na ovaj način se poboljšava položaj zaposlenih, pruža sigurnost i pospešuje fleksibilnost rada kod istog poslodavca.¹⁶

¹⁴ P. Jovanović, 227.

¹⁵ ZOR, čl. 202 i čl. 52.

¹⁶ M. Reljanović, „Radno vreme, odmori i odsustva – novine u zakonu o radu“, u: *Novine u zakonu o radu* (ur. Zoran Ivošević), Beograd 2015, 66.

4.4. Prekovremeni rad

Prekovremni rad predstavlja jedan od najvećih problema današnjice, jer poslodavci često odbijaju da dodatno plate zaposlenog, podrazumevajući da je on dužan da ostane na poslu određeno vreme da bi isti završio. Zakon predviđa obavezu zaposlenog da radi duže od punog radnog vremena samo u izuzetnim okolnostima, ali ne duže od 12 sati dnevno. Ova odredba znači da prekovremeni rad ne može trajati duže od 4 sata u toku 24 sata, odnosno osam časova nedeljno. Izuzetne okolnosti povodom kojih zakon predviđa mogućnost prekovremenog rada jesu viša sila, iznenadno povećanje obima posla, kao i drugi slučajevi kada je neophodno završiti posao koji je planiran. Nedorečenost zakona i nepostojanje obaveze poslodavca da svojim aktima uredi situacije kada se obavlja prekovremeni rad, dovele su do toga da zaposleni u najvećem broju slučajeva u praksi rade prekovremeno, a za to ne budu plaćeni u skladu sa zakonom.¹⁷ Poslodavac nema obavezu da donese bilo kakvu odluku o prekovremenom radu, pa je jako teško utvrditi u praksi da li je rada nakon punog radnog vremena i bilo. Iako Zakon o radu u članu 55. propisuje obavezu poslodavca da vodi evidenciju o broju prekovremnih sati na dnevnom nivou, smatramo da takvo rešenje nije praktično a ni efikasno jer nije potkrepljeno bilo kakvom sankcijom niti obavezanim uviđom od strane nekog organa ili inspekcije rada. Čini se da bi rešenje ovog problema moglo da se nađe u obavezi elektronskog evidentiranja dolazaka i odlazaka sa posla ili izmenama zakonskih odredbi koje bi u tom smislu bile jasnije za praktično utvrđivanje časova prekovremenog rada.

4.5. Noćni rad

Prilikom definisanja noćnog rada, zakonodavac se rukovodio pomenutom direktivom, ali je postavio šire granice kada je noćni rad u pitanju, te se noćnim radom smatra onaj rad koji se obavlja u periodu od 22 sata do 6 sati ujutru. Ovakvo rešenje je dobro jer je precizno, za razliku od onog datog u direktivi. Nema razlike u zavisnosti od delatnosti u kojoj se rad obavlja, a poslodavac je u obavezi da konsultuje sindikat prilikom uvođenja noćnog rada. Postoji još jedna obaveza za poslodavca - da obezbedi obavljanje poslova u dnevnom režimu onom zaposlenom koji

¹⁷ Shodno Zakonu o radu, naknada za prekovremeni rad iznosi 26% od osnovice, v. ZOR, čl 108, st. 1, tač. 3.

obavlja noćni rad trećinu punog radnog vremena odnosno tri sata svakog radnog dana, ukoliko bi takav rad po mišljenju nadležnog organa mogao da šteti zdravlju zaposlenog. S obzirom na to da je ova zaštita relativnog karaktera, jer zavisi od nalaza zdravstvenog organa, mišljenja smo da je nedovoljna i da treba biti apsolutna, što će naterati poslodavca izvrši rotaciju zaposlenih koji bi radili noću određeno vreme. Takođe, mišljenja smo da zaštita od noćnog rada koja se pruža kategorijama koje su posebno zaštićene u radnom odnosu nije osnovana, jer noćni rad negativno utiče na sve zaposlene na isti način kao na žene, osobe sa invaliditetom i mlade, te bi takva zaštita trebalo da važi za sve zaposlene.¹⁸

5. Uporednopravna perspektiva instituta radnog vremena

Zakon o radu Crne Gore sadrži dobra zakonodavna rešenja kada je radno vreme u pitanju.¹⁹ Radno vreme se definiše na sličan način kao i u srpskom pravu, ukupan fond radnog vremena je 40 časova nedeljno, uz specifičnost da se kolektivnim ugovorom može odrediti i kraće trajanje radnog vremena bez određivanje zakonskog minimuma. Institut skraćeno radnog vremena ima istu svrhu kao i u našem pravu, s tim što se puni fond radnog vremena može skratiti za samo 4 sata, pa se može postaviti pitanje može li se na taj način dodatno zaštititi zdravlje zaposlenih u Crnoj Gori. Ono po čemu je crnogorski zakon o radu napredniji od srpskog jesu odredbe koje se tiču prekovremenog rada. Prekovremeni rad se uvodi pisanom odlukom poslodavca pre početka rada. Smatramo da je to rešenje na koje bi se srpski zakonodavac mogao ugledati, jer se na taj način može postići transparentnost u smislu razloga uvođenja prekovremenog rada i njegovog trajanja. Crnogorski zakon specifičan je i u tome što predviđa *numerus clausus* za slučajevne obaveznog uvođenja prekovremenog rada, koje srpsko pravo ne poznaje.²⁰ Noćni rad definisan je na isti način kao i u srpskom radu, uz bitnu razliku. Zaposleni koji jednu trećinu svog radnog vremena obavlja noću ili 3 sata svakog dana, ima pravo na posebnu zaštitu. Dakle, ne postavlja se uslov u vidu nalaza zdravstvenog organa, što predstavlja veoma dobro rešenje iz već izloženih razloga.

¹⁸ V. ZOR, čl. 88. i čl. 90.

¹⁹ Zakon o radu Crne Gore – ZOR CG, *Službeni listi CG*, br. 49/2008, 26/2009, 59/2011 i 66/2012, <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/80457/86884/F886683627/MGO80457.pdf>, 13.07.2018.

²⁰ ZOR CG, čl. 50.

Republika Hrvatska članica je Evropske unije, te će za ovaj rad biti značajan prikaz njihovih radnopravnih odredbi. Slično rešenju u srpskom pravu, hrvatski zakonodavac definiše radno vreme, pripravnost i određuje fond punog radnog vremena.²¹ Kao i u crnogorskom pravu, hrvatsko pravo sadrži odredbu kojom poslodavac može uvesti prekovremeni rad, samo uz pisanu odluku poslodavca ili usmenu, u slučaju hitnosti koja mora biti praćena pisanom formom u roku od sedam dana. Prekovremeni rad ne sme trajati duže od 50 sati nedeljno. Noćni rad je definisan na isti način kao i u srpskom pravu, s tim što postoje posebna pravila u poljoprivredi, gde noćni rad traje nešto kraće, do 5 sati ujutru. Za maloletnike i trudnice važe posebna pravila koja se tiču posebne zaštite, dok je zaštita za noćnog radnika relativna i uslovljena prethodnom procenom, što je rešenje koje zaslužuju kritiku.

Kao primer uporednog prava, autor se odlučio i za propise koji se primenjuju u jednom od kantona Bosne i Hercegovine, koji daje definiciju radnog vremena, a poznaje i institut pripravnosti.²² Posebna zaštita predviđena je za maloletnike, ali je zakonodavac kod instituta skraćenog radnog vremena propustio da utvrdi koliki je broj časova za koji se može izvršiti skraćivanje radnog vremena, što ne predstavlja dobro rešenje, jer se to pitanje prepušta federalnom organu da ga uredi posebnim pravilnikom. Noćni rad definisan je na isti način kao i u srpskom pravu, uz izuzetak poslova koji je obavljaju u poljoprivredi, gde se noćnim radom smatra rad od 22 časova do 5 sati ujutru. Poslodavac ima obavezu da obezbedi mere zaštite zdravlja, dok je posebna zaštita rezervisana za trudnice i maloletnike. U slučaju prekovremenog rada, zakonodavac je propustio, baš kao i u srpskom pravu, da uredi način uvođenja ovakve vrste rada. Nije predviđena pisana odluka poslodavca, a prekovremeni rad ograničen je na 8 sati nedeljno. Ukoliko prekovremeni rad traje tri sedmice neprekidno odnosno deset sedmica godišnje, poslodavac je dužan da o tome obavesti inspekciju rada. Ovakvo rešenje je jako loše po zaposlene iz više razloga. S obzirom na to da nije predviđena pismena odluka poslodavca o uvođenju prekovremenog rada, nije jasno kako bi trebalo da se utvrdi koliko prekovremeni rad traje. Samo nagađanje zakonodavca da prekovremeni rad može trajati i tri nedelje neprekidno, upućuje na zloupotrebe u praksi. Kako nije zaprećena sankcija za poslodavca koji trajanje prekovremenog

²¹ Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17, <https://www.zakon.hr/z/307/Zakon-o-radu>, 13.07.2018.

²² Zakon o radu Federacije BiH, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 26/16, <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/Zakon-o-radu-Federacije-BiH-2016.pdf>, 13.07.2018.

rada ne prijavi inspekciji, ostaje nejasno šta će uticati na poslodavca da se obrati inspekciji rada kada prekovremeni rad ide njemu u prilog i zašto to nije bilo predviđeno kao obaveza inspekcije rada kao kontrolnog organa.

Zakon o radu Slovenije predviđa puno radno vreme u trajanju od 40 časova, s tim što kolektivnim ugovorom radno vreme ne može trajati kraće od 36 sati.²³ Zakon predviđa i prekovremeni rad, ali u članu 144 navodi *numerus clausus* kada je prekovremeni rad dozvoljen. Zakon propisuje i vreme trajanja prekovremenog rada, kao i obavezu poslodavca da pisanim putem obavesti zaposlenog o potrebi za prekovremenim radom. Slovenačko pravo ide korak napred i dodatno štiti zaposlenog time što propisuje zabranu prekovremenog rada ukoliko se on može izvršiti u radno vreme ili u smenama, uz zaštitu od ove forme rada za pojedine kategorije zaposlenih koji čine maloletnici, trudnice, stariji radnici, radnici kojima bi zdravlje bilo narušeno noćnim radom, radnici koja rade sa skraćenim radnim vremenom, iako slovenački zakon ne predviđa član koji je posvećen skraćenom radnom vremenom, napominjući da se radnicima koji rade na visokorizičnim poslovima može skratiti radno vreme. Noćni rad se definiše na sličan način kao u srpskom pravu, kao period vremena koji zaposleni provede na radu u smeni od 22 sata noći do 7 sati ujutru. Slovenačko pravo predviđa posebnu obavezu za poslodavca da inspekciji rada prijavi radnike koji rade noću, broj noćnih sati za svakog od radnika, posebno navodeći broj radnika koji rade noću na radnom mestu sa povišenim rizikom i radnike koji rade noću duže od jedne trećine radnog vremena. Za radnika koji bar tri sata svog radnog vremena provede radeći noću poslodavac je dužan da mu obezbedi posebnu zaštitu i uslove za rad koji se tiču dužeg odsustva, hrane tokom rada i profesionalno vođenje radnog procesa.

Radno pravo Danske prilično je specifično. Zakon propisuje da prosečno radno vreme ne sme prelaziti 48 sati, ali da se konkretno radno vreme određuje kolektivnim ugovorom. Kako je kolektivno pregovaranje na visokom stupnju razvoja u ovoj zemlji, čije odredbe poštuju poslodavci, ne postoje zakonska pravila koja se tiču radnog vremena. Zato se kolektivnim ugovorom određuje radno vreme i standard radnog vremena uglavnom postavljen je na 37 radnih sati nedeljno.²⁴ Ukoliko kolektivnim ugovorom nije određen standard radnog vremena na nedeljnom nivou, strane ugovornice koje bi potpisale kolektivni ugovor imaju pravo da same odrede broj radnih sati. Ovim se dokazuje da nije potrebno da postoje stroge zakonske

²³ <http://www.mddsz.gov.si/en/legislation/>, 19.08.2018.

²⁴ <https://www.pwc.dk/da/human-ressource/assets/pwc-brochure-labour-law-web.pdf>, 20.08.2018.

norme da bi bile poštovane u praksi. U državama u kojima postoji kultura socijalnog dijaloga, radnici imaju mogućnost da urede uslove rada u skladu sa svojim potrebama i na taj način budu motivisaniji za rad.

Zakon o radu Norveške predviđa osmočasovno radno vreme i standard od 40 časova nedeljno.²⁵ Prekovremeni rad je samo izuzetno dozvoljen i podrazumeva obavezu poslodavca da o obavezi uvođenja radnog vremena preko utvrđenog konsultuje predstavnika zaposlenih i prekovremeni rad ne može biti duži od 10 sati nedeljno. Moguće je produžiti vreme prekovremenog rada ako se tako saglase i utvrde učesnici socijalnog dijaloga. Zakon predviđa procenat zarade od 40%, koji je poslodavac dužan da isplati zaposlenom koji radi prekovremeno. Taj procenat je daleko veći od onog koji predviđa naš zakon, što je opravdano svrhom prekovremenog rada ali i zarad satisfakcije zaposlenog koji je u obavezi da radi preko granica utvrđenog radnog vremena. Noćni rad u norveškom pravu ekstenzivno je postavljen i podrazumeva rad od devet sati uveče do šest sati ujutru, na koji način se proširuje vremenska dimenzija zaštite zaposlenog. Generalno, noćni rad je jedino dozvoljen kada je to opravdano prirodom posla. Zabrana noćnog rada postoji i da bi uveo noćni rad, poslodavac mora da konsultuje predstavnika zaposlenih i opravda uvođenje noćnog rada. Zaposleni ima posebnu zaštitu prilikom noćnog rada. Slično Danskoj, u Norveškoj postoji visok nivo razvijenosti socijalnog dijaloga, te se prepušta da vremenske odrednice noćnog rada budu i drugačije određene kolektivnim ugovorom.

6. Zaključak

Institut radnog vremena od velike je važnosti za radni odnos jer direktno utiče na efikasnost zaposlenih. Kako je Srbija država u postupku pridruživanja Evropskoj uniji, moraju se imati na umu evropski standardi postavljeni u formi posebne direktive. Mišljenja smo da su rešenja srpskog prava umnogome usklađena sa standardima koji se predviđa u državama članicama. Prilikom regulisanja instituta noćnog rada, pravila srpskog prava su čak i šire postavljena. Smatramo da se najveći problem za zaposlene može javiti u vezi sa obavljanjem prekovremenog rada. Naime, nema jasnih zakonskih merila za uvođenje i određivanje ovakve vrste rada, dok je dodatna naplata prekovremenog rada iz istih razloga

²⁵ <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/70972/74730/F1974823593/NOR70972.pdf>, 21.08.2018.

otežana. S obzirom na smisao postojanja instituta skraćenog radnog vremena i nepunog radnog vremena, od velikog je značaja njihovo teorijsko razgraničenje. Noćni rad, kao specifična vrsta rada u posebnim, otežanim uslovima zaslužuje detaljniju regulativu i pojačanu pažnju kada su mere zaštite zdravlja i bezbednosti u pitanju.

Literatura

- Brajić V., *Radno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1987.
- Dedić S., Gradašćević-Sijerčić J., *Radno pravo*, Magistrat, Sarajevo, 2003.
- Živković D., *Osnovi radnog prava*, Viša ekonomska škola, Beograd, 1981.
- Jovanović P., *Radno vreme*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 2015.
- Nikolić A., *Radno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1983.
- Nikolić A., *Komentar Zakona o osnovama radnih odnosa*, Poslovno-ekonomski biro, Beograd, 1996.
- Nikolić A., *Komentar Zakona o radnim odnosima Srbije*, NIO Poslovna politika, Beograd, 1984.
- Reljanović M., „Radno vreme, odmori i odsustva – novine u zakonu o radu“, u: *Novine u zakonu o radu* (ur. Zoran Ivošević), Beograd, 2015.
- Simonović D., *Putevi i stranputice našeg radnog zakonodavstva*, Glosarijum, Beograd, 1997.

Pravni izvori

- Council Directive 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organization of working time, OJ L 307, 13.12.1993.
- Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, OJ L 299, 18.11.2003.
- Zakon o radu – ZOR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US i 113/2017.
- Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS* br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.
- Zakon o radu Crne Gore – ZOR CG, *Službeni listi CG*, br. 49/2008, 26/2009, 59/2011 i 66/2012, <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRON-IC/80457/86884/F886683627/MGO80457.pdf>.
- Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17, <https://www.zakon.hr/z/307/>

Zakon-o-radu.

Zakon o radu Federacije BiH, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 26/16, <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/Zakon-o-radu-Federacije-BiH-2016.pdf>.

Internet izvori

<http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/working-time/lang--en/index.htm>.

<https://dnevnik.hr/vijesti/svijet/nista-od-sestosatnog-radnog-vremena-ne-isplati-se---462630.html>.

<http://www.mdds.gov.si/en/legislation/>

<https://www.pwc.dk/da/human-ressource/assets/pwc-brochure-labour-law-web.pdf>

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/70972/74730/F1974823593/NOR70972.pdf>

Jovana Rajić Čalić, M.A.

Research Associate

Institute of Comparative Law, Belgrade

CERTAIN FORMS OF WORKING TIME IN SERBIA IN THE LIGHT OF EUROPEAN DIRECTIVE 2003/88 AND COMAPRATIVE LAW**Summary**

The matter of working time is an essential in labour law, considering dignified work as a labour work principle. It took a long time to achieve the standard of eight hours of work, eight hours of free time and eight hours of sleeping. Since the salary depends on worked hours, it was necessary to regulate working time by law. Even though, there are some misunderstandings in labour practise referring to overtime work. It is crucial to pay special attention to night work, as a work in difficult conditions. Considering health protection measures, it's important to di-

stinguish part time job and those jobs where working time is cut because of the harmful effects of the work place.

Keywords: working time, night work, overtime work, directive, part-time work.

Jovana Misailović*

Pregledni naučni rad
UDK: 331.106.44(410+497.11)
doi:10.5937/spz1803197M

NAKNADA ŠTETE KAO POSLEDICA NEZAKONITOG OTKAZA UGOVORA O RADU U PRAVU VELIKE BRITANIJE I REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt

U teoriji i sudskoj praksi Republike Srbije postavilo se pitanje pravne prirode naknade štete kao posledice nezakonitog otkaza ugovora o radu u slučaju kada se zaposleni ne vraća na rad. Novelirani Zakon o radu iz 2014. godine ostavlja prostora zabuni, da li zaposleni koji se ne vraća na rad ima pravo i na naknadu štete u vidu izgubljene zarade i doprinosa za socijalno osiguranje koji pripadaju zaposlenom koji se vraća na rad, pored propisane naknade štete koja mu sleduje u slučaju kada se ne vraća na rad. Nasuprot tome, zakonodavstvo Velike Britanije reguliše upravo institut kompenzacije u slučaju kada se zaposleni ne vraća na rad a koji obuhvata naknadu izguljene zarade i pored toga kompenzacionu naknadu. Poređenjem našeg sa britanskim zakonodavstvom dolazimo do zaključka da bi naknada štete u našem pravu u slučaju kada se zaposleni ne vraća na rad mogla biti definisana kao kompenzaciona jer, na taj način omogućava se efikasnija zaštita zaposlenih što je jedan od glavnih ciljeva radnog prava.

Ključne reči: otkaz ugovora o radu, posledice nezakonitog otkaza ugovora o radu, kompenzaciona naknada štete, restitucionna naknada štete.

1. Uvodna razmatranja

Posledice nezakonitog otkaza ugovora o radu često su predmet polemika među stručnjacima radnog prava. Imajući u vidu da je rad neizostavan i značajan segment života ljudskog bića jer, kako latinska izreka kaže *labor omnia vincit* (rad sve pobeđuje - u radu je spas), naknada štete nastala

* Student master akademskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: jovana.misailovic@yahoo.com.

usled nezakonitog otkaza ugovora o radu, iziskuje posebnu pažnju. Razlog zaključivanja ugovora o radu na strani zaposlenog jeste ostvarivanje sredstava za izdržavanje, što za rezultat ima njegov podređeni položaj u odnosu na poslodavca kao posebnu karakteristiku radnog odnosa, dok na strani poslodavca razlog za zaključivanje ugovora o radu jeste korišćenje radnih sposobnosti zaposlenog. Norme radnog zakonodavstva teže svakako zaštititi obe strane¹ ali, prvenstveno zaštititi zaposlenog kao ekonomski slabije i podređene strane radnog odnosa, u smislu načela *in favorem laboratoris*. Pitanje pravne prirode naknade štete kao posledice nezakonitog otkaza ugovora o radu² značajno je, imajući u vidu da Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije³ propisuje naknadu štete do određenog maksimalnog novčanog iznosa kao posledicu nezakonitog otkaza ugovora o radu i zaposlenom koji ne zahteva vraćanje na rad, pored naknade štete koja je propisana uz vraćanje zaposlenog na rad, u vidu izgubljenih zarada za period u kome zaposleni nije radio. Dilema koji se pri tome javlja i koju je potrebno otkloniti jeste: da li zaposlenom koji ima pravo na naknadu štete u slučaju kada ne zahteva vraćanje na rad, isključena mogućnost ostvarivanja prava na naknadu štete u vidu izgubljene zarade koja pripada zaposlenom koji zahteva vraćanje na rad.

¹ Sa stanovišta zaposlenog, zaštita od nezakonitog otkaza na radu je suština sigurnosti zaposlenja. Nasuprot tome poslodavci, smatraju da zaštita od nezakonitog otkaza nameće ograničenja brzoj reakciji na tržišne promene i tehnološke izazove umanjujući im na taj način, produktivnost i konkurentnost. A. Bronstein, *International Labour Organization - International And Comparative Labour Law Current Challenges*, Palgrave MacMillan, Geneva 2009, 69.

² Definisajući samog otkaza teorija je težila dug vremenski period. Usled burnih društvenih promena krajem XIX veka, došlo je do reakcije protiv liberalnog individualizma i apsolutističkih pravnih koncepcija kroz teoriju o zloupotrebi prava, koja nalazi polje primene i u materiji raskidanja ugovora o radu zaključenog na neodređeno vreme. Do tada jedinstveni pojam otkaza, sada razlikuje nezakonit i neopravdan otkaz. D. R. Paravina, „Zloupotreba prava u oblasti radnih odnosa“, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu* (ur. V. Đurđić), Niš 1996, 176. Definisati nezakonit otkaz bilo je znatno lakše, i njime je smatran, samo onaj otkaz suprotan izričitim zakonskim propisima. Nasuprot tome, neopravdan otkaz svoje opšteprihvaćeno značenje dobija donošenjem Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca. Prema tekstu pomenute Konvencije opravdani otkaz uslovljen je sposobnošću ili ponašanjem radnika, odnosno operativnim potrebama preduzeća, ustanove ili službe. Zakon o ratifikaciji Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/84 i 7/91, čl. 10.

³ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 75/14.

2. Normativni okvir regulisanja naknade štete u međunarodnom pravu

Naknada, ili drugo davanje koje se može smatrati odgovarajućim, kao posledica nezakonitog otkaza ugovora o radu predviđena je Konvencijom Međunarodne organizacije rada br. 158.⁴ Prema Konvenciji, naknada štete predviđena je u slučaju kada sud ili drugo nezavisno telo nađe da je prestanak radnog odnosa neopravdan i pomenuta tela nisu ovlašćena ili smatraju da nije sprovodljivo u skladu sa domaćim zakonodavstvom proglasiti prestanak radnog odnosa nevažećim, kao i povratak radnika na posao.

Takođe, Revidirana evropska socijalna povelja, doneta od strane Saveta Evrope, u okviru regulisanja posledica otkaza bez odgovarajućeg razloga, predviđa da je u cilju zaštite zaposlenih usled nedozvoljenog otkaza predviđena adekvatna naknada ili odgovarajuća pomoć.⁵

Kada je reč o evropskom komunitarnom pravu, usaglašavanje standarda po pitanju zaštite zaposlenog usled nedozvoljenog otkaza, između svih članova Evropske unije, još uvek nije postalo moguće zbog delikatnosti ovog pitanja i izraženih nacionalnih razlika u njegovom regulisanju, iako je zaštita zaposlenog u ovoj oblasti jedna od najvažnijih vrednosti Evropske unije.⁶

3. Novčana kompenzacija u slučaju nezakonitog otkaza ugovora o radu u pravu Velike Britanije

Prema Zakonu o pravima iz radnog odnosa Velike Britanije⁷ u slučaju nezakonitog otkaza ugovora o radu sud može u skladu sa podnetim zahtevom zaposlenog, da naredi da se zaposleni vrati na posao (*reinstatement*) ili da se ponovo zaposli (*re-engagement*),⁸ u suprotnom, zaposleni ima pravo na novčanu kompenzaciju (*compensation*).⁹ Poređenja radi, isto važi i u italijanskom radnom pravu gde, ukoliko sud utvrdi da je ot-

⁴ V. Zakon o ratifikaciji Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca.

⁵ Zakon o potvrđivanju Revidirane evropske socijalne povelje, *Službeni glasnik RS-Međunarodni ugovori*, br. 42/2009. čl. 24, st. b.

⁶ G. Heerma van Voss, B. Haar, „Common ground in European dismissal law“, *European Labour Law Journal* Volume 3, 2012, 221.

⁷ Employment Regulations Act 1996 - ERA, na snazi je u Engleskoj, Velsu i Škotskoj. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>, 4.4.2018.

⁸ Ova dva termina se u teoriji zajednički nazivaju ponovno zaposlenje (*re-employment*). S. Deakin, G. Morris, *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford 2009, 469.

⁹ R. Painter, K. Puttick, A. Holmes, *Employment Rights*, Pluto Press, London 2004, 310.

kaz nezakonit, moguće je ili uspostavljanje pređašnjeg stanja ili u slučaju nemogućnosti istog, plaćanje posebne naknade.¹⁰

Bitno je naglasiti da u britanskom pravu od slobodne ocene suda zavisi da li će zaposleni biti vraćen na rad ili će biti ponovo zaposlen. Pri tome, uzima se u obzir ne samo želja zaposlenog da bude vraćen na rad, već i da li je to sa stanovišta poslodavca praktično, odnosno opravdano (*just*) u slučaju da je zaposleni doprineo otkazu. Iako bi se dalo zaključiti da je vraćanje na rad ista stvar kao i ponovno zapošljavanje, posledice izvršenja ove dve sudske odluke su po zaposlenog drugačije. U tom smislu, kada sud naredi da se zaposleni vrati na rad poslodavac mora postupati na način, kao da zaposlenom ugovor o radu nikada nije ni otkazan. Zaposleni ima pravo na novčanu naknadu koja uključuje izgubljene zarade, druga novčana potraživanja koja je redovno imao dok je bio u radnom odnosu kod poslodavca, kao i doprinose za osiguranje, za period u kojem nije radio.¹¹ Ovakvom odlukom suda, zaposlenom je u potpunosti omogućeno da se vrati u položaj koji je prethodio otkazu ugovora o radu, odnosno omogućen mu je povratak u pređašnje stanje.

Kada je reč o ponovnom zapošljavanju, zaposlenom se može obezbediti ponovno stupanje u radni odnos kod istog poslodavca, ili kod drugog poslodavca ukoliko je radno mesto slično onome na kojem je dobio otkaz, to jeste, ukoliko je po oceni suda radno mesto „odgovarajuće.“¹² I u ovom slučaju zaposlenom moraju biti obezbeđene novčane naknade po osnovu prava iz radnog odnosa za period u kojem nije radio.¹³

Novčana naknada kao posledica nezakonitog otkaza ugovora o radu u Velikoj Britaniji zavređuje posebnu pažnju u slučaju kada poslodavac ne ispuni naredbu za vraćanjem zaposlenog na rad, odnosno za ponovno zapošljavanje. Tada, zaposleni ima pravo na novčanu kompenzaciju (*award of compensation*) koju je poslodavac dužan da mu isplati usled nezakonitog otkaza koja obuhvata osnovni (*basic award*) i dodatni iznos (*compensatory award*), a pored toga i dodatnu kompenzacionu naknadu (*additional award of compensation*) u minimalnom iznosu od 26 nedeljnih zarada i maksimalnom iznosu od 52 nedeljne zarade. Dodatna kompenzaciona naknada ne isplaćuje se kada je poslodavac učinio uverljivim da nije izvodljivo niti opravdano, da se zaposleni vrati na rad, odnosno da se ponovo zaposli.¹⁴

¹⁰ T. Treu, *Labour Law and Industrial Relations in Italy*, Kluwer Law International 2007, 109.

¹¹ ERA, čl. 114, st. 1, 2.

¹² ERA, čl. 115. st. 1.

¹³ ERA, čl. 115. st 2, tač. d.

¹⁴ ERA, čl. 117.

Osnovna naknada (*basic award*) obračunava se u zavisnosti od godina radnog staža, pri čemu se posebno uzimaju u obzir godine starosti zaposlenog. Zaposleni ima pravo na osnovnu naknadu u iznosu od nedeljne i po zarade, za svaku godinu radnog staža pre nego sto je napunio 41. godinu života, nedeljne zarade za svaku godinu radnog staža tokom kojeg nije bio mlađi od 22. godina života i polunedeljne zarade u ostalim slučajevima.¹⁵ Ista može biti umanjena za iznos koji sud smatra pravednim ukoliko je zaposleni odbio ponudu poslodavca koja bi za posledicu imala nastavak radnog odnosa kao i ukoliko je ponašanje zaposlenog neposredno pre otkaza ugovora o radu bilo takve prirode da je opravdano da se osnovna naknada smanji.¹⁶

Kompenzacionu naknadu (*compensatory award*), poslodavac je dužan da isplati zaposlenom u iznosu koji sud smatra da je opravdan, kako bi se kompenzovao gubitak zaposlenom usled odbijanja poslodavca da zaposlenog vraćanjem na rad, vrati u stanje koje je prethodilo otkazu, odnosno, da ga ponovo zaposli. Gubitak zaposlenog tumači se u smislu troškova kojima je zaposleni pogođen od trenutka kada mu je otkazan ugovor o radu (stvarna šteta), ali i izgubljene dobiti po osnovu prava iz radnog odnosa koje je opravdano mogao očekivati da isti nije nezakonito prestao.¹⁷

Osim u slučaju kada naredba suda nije uopšte izvršena, zaposleni ima pravo na kompenzaciju i u slučaju kada je poslodavac ispunio naredbu suda da zaposlenog vrati na rad, odnosno da ga ponovo zaposli, ali to nije učinio u potpunosti u skladu sa naredbom (na primer uz promenjene uslove rada). U tom smislu, sud će narediti poslodavcu da zaposlenom isplati novčani iznos za koji smatra da je opravdan kada se uzmu u obzir gubici koje je zaposleni pretrpeo kao posledicu nepotpunog izvršenja naredbe suda od strane poslodavca.¹⁸

Imajući u vidu prethodno, u slučaju nezakonitog otkaza ugovora o radu, vraćanje zaposlenog na rad nije obavezno ni kada zaposleni to zahteva, jer je odluka o vraćanju zaposlenog na rad pre svega rezultat diskrecione ocene suda. Međutim i kada je sud doneo odluku da se zaposleni vrati na rad, odnosno da se ponovo zaposli, poslodavac se može odlučiti da postupi suprotno tome. Ovo zbog toga što poslodavac ima mogućnost da od strane suda određenom, adekvatnom novčanom naknadom kompenzuje štetu nastalu zaposlenom usled nezakonitog otkaza ugovora o radu, kao dodatak

¹⁵ ERA, čl. 119.

¹⁶ ERA, čl. 122a.

¹⁷ ERA, čl. 123.

¹⁸ ERA, čl. 117, st. 3.

osnovnoj naknadi koja se obračunava u skladu sa zakonskim standardima, u slučaju kada naredba o vraćanju zaposlenog na rad nije izvršena.¹⁹

4. Naknada štete kao posledica otkaza ugovora o radu prema Zakonu o radu Republike Srbije

Prema Zakonu o radu Republike Srbije²⁰ tri su moguće posledice nezakonitog otkaza ugovora o radu: vraćanje otpuštenog radnika na rad (ili isplata naknade), naknada štete i uplata pripadajućih doprinosa za obavezno socijalno osiguranje za period u kome zaposleni nije radio.²¹

U slučaju da sud u toku postupka utvrdi da je zaposlenom prestao nezakonito radni odnos, na zahtev zaposlenog, odlučiće da se zaposleni vrati na rad i da mu se isplati naknada štete čija je visina jednaka visini izgubljene zarade uključujući pripadajući porez i doprinose u skladu sa zakonom, kao i da mu se uplate pripadajući doprinosi za obavezno socijalno osiguranje za period u kome zaposleni nije radio. U tom smislu, zaposleni se dovodi u ono materijalno stanje u kome bi se nalazio da do nezakonitog otkaza nikada nije ni došlo i time do ostvarivanja prava na integralnu naknadu štete,²² što odgovara institutu vraćanja na rad i u britanskom pravu (*reinstatement*). Ovakvo tumačenje zakonske odredbe ide u prilog definisanju naknade štete kao restitucione, jer restituciona naknada štete u vidu isplata izgubljenih zarada kao atribut vraćanju zaposlenog na rad omogućava potpunu restituciju zaposlenog.²³

Alternativa obaveznom vraćanju na rad zaposlenog kome je ugovor o radu nezakonito prestao, u zakonodavstvo Republike Srbije uneta je

¹⁹ Pored nezakonitog otkaza, britansko pravo poznaje i otkaz prema *common law* sistemu. Reč je otkazu usled kršenja ugovornih odredbi tzv. *wrongful dismissal*. U slučaju otkaza zbog kršenja odredbi ugovora zaposleni može zahtevati naknadu štete ukoliko ne ispunjava uslov da ima godinu dana radnog staža kod poslodavca, neophodnog za podizanje tužbe zbog nezakonitog otkaza ili je gubitak koji je pretrpeo otkazom veći od zakonom utvrđenog maksimalnog iznosa naknade štete. D. Barnett, H. Scrope, *Employment Law Handbook*, The Law Society, London 2006³, 12-15.

²⁰ Zakon o radu - ZR, *Službeni Glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 i 13/2017, čl. 191, st. 1, 2.

²¹ G. Obradović, S. Kovačević-Perić, „Novčana naknada nematerijalne štete zbog nezakonitog otkaza”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 67/2014, 202.

²² Načelo integralne naknade štete garantuje oštećeniku pravo na naknadu kako stvarne štete, tako i izmakle dobiti. V. M. Karanikić-Mirić, „Odmeravanje naknade štete prema vrednosti koju je ona imala za oštećenika”, *Crimen* 1/2011, 67-87.

²³ A. Lazarević, „Naknada štete kao pravna posledica nezakonitog otkaza”, *Pravo i privreda* 10-12/2015, 101.

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o radu 2005. godine.²⁴ Tom prilikom omogućeno je da zaposleni kojem je odlukom suda utvrđeno da je nezakonito otkazan ugovor o radu a koji ne zahteva da se vrati na rad, može zahtevati od suda da obaveže poslodavca da zaposlenom isplati naknadu štete do maksimalnog iznosa od 18 zarada zaposlenog.²⁵ Visina iznosa utvrđuje se u zavisnosti od vremena koje je zaposleni proveo u radnom odnosu kod poslodavca, godina života zaposlenog i broja izdržanih članova porodice. Tumačenje ovako propisane naknade štete kao kompenzacione, zasnovano je na tvrdnji da kao takva, ima za cilj da zaposlenom kompenzuje vraćanje na rad koji on ne zahteva i dovede ga, na taj način, u poziciju u kojoj se nalazi zaposleni koji je takav zahtev podneo i kome je to omogućeno.²⁶ Ovakvo tumačenje bilo bi i u skladu sa rešenjem koje poznaje britanski zakon, gde je zakonodavac novčanu naknadu koja se isplaćuje zaposlenom u slučaju kada se isti ne vraća na rad upravo definisao kao kompenzaciju. (*award of compensation*).²⁷ Slično rešenje propisano je i u francuskom pravu, u kome je naknada štete koja se zaposlenom isplaćuje u slučaju kada reintegracije nema, nezavisno od toga da li ju je sud predložio, definisana kao kompenzaciona i kao takva ima penalni karakter,²⁸ a isto je prihvaćeno i u britanskoj teoriji radnog prava.²⁹

Na osnovu prethodnog, zaključuje se da novelirana odredba Zakona o radu Republike Srbije, jasno propisuje mogućnost ostvarivanja restitucione naknade štete u vidu izgubljenih zarada i doprinosa za socijalno osiguranje zaposlenom koji zahteva vraćanje na rad, a da pri tome, nije jasno da li zaposlenom koji ne zahteva vraćanje na rad i kome stoga pripada pravo na kompenzacionu naknadu štete ujedno pripada i pravo na restitucionu naknadu štete ili se pak ostvarivanjem prava na kompenzacionu naknadu štete, pravo na restitucionu naknadu štete isključuje.

Ukoliko uporedimo sa zakonodavstvom Velike Britanije, ovakva dilema ne bi se javila da je naš zakonodavac jasno propisao od čega se naknada štete u slučaju kada se zaposleni ne vraća na rad sastoji. Prema odredbi našeg zakona, novčana naknada štete u slučaju nezakonitog otkaza kada zaposleni ne zahteva da se vrati na rad paralelna je osnov-

²⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 61/05, čl. 10.

²⁵ ZR, čl. 191, st. 5.

²⁶ A. Lazarević, 101.

²⁷ ERA, čl. 123, st. 1.

²⁸ M. Despax, J. Rajot, J.P. Laborde, *Labour Law in France*, Wolters Kluwer, 2011, 165.

²⁹ H. Collins, *Justice in Dismissal (The Law of Termination of Employment)*, Clarendon Press, Oxford 1992, 218.

noj naknadi (*basic award*) u slučaju kompenzacije u Velikoj Britaniji, koja se jednako kao i kod nas, obračunava u zavisnosti od radnog staža i godina života zaposlenog, pri čemu se dodatno, uzima u obzir broj članova porodice u našem pravu. Međutim, ukoliko je naš zakonodavac imao za cilj da zaposlenom omogući adekvatnu zakonsku alternativu u slučaju nemogućnosti povratka na rad, trebalo je poput britanskog zakonodavca da omogući pored naknade štete izražene maksimalnim brojem zarada, i naknadu koja bi zaposlenog zaista stavila u povoljan položaj nakon otkaza ugovora o radu, imajući u vidu sve gubitke koje su za njega tom prilikom nastali. (*compensatory award*). Ovo tim pre, što povraćaj zaposlenog na rad ne zavisi samo od njegove želje. Imajući to u vidu, opravdano bi bilo da se zaposleni koji nije vraćen na rad ne dovodi u znatno nepovoljniji položaj u odnosu na zaposlenog kojem je povraćaj na rad omogućen.

4.1 Argumenti koji idu u prilog kumulaciji kompenzacije i restitucione naknade štete

Novelirana odredba Zakona o radu Republike Srbije omogućava zaposlenom kome je dat nezakonit otkaz da izabere između jedne od dve mogućnosti: povratka na rad ili zahteva za naknadu štete. Ovakva mogućnost zaposlenog može biti osujećena kada poslodavac dokaže da je povratak zaposlenog na rad nemoguć,³⁰ ili, kada sud utvrdi da su postojale povrede otkaznog postupka od strane poslodavca. Prema tome, zahtevu zaposlenog za povratak na rad ne mora biti udovoljeno. U tom slučaju, bez prava na kumuliranje restitucione i kompenzacije naknade štete, naknada štete koja bi bila dosuđena zaposlenom kome povratak na rad nije moguć, je znatno manja od one koju je zaposleni stvarno pretrpeo, pre svega imajući na umu izgubljenju zaradu i obavezne uplate doprinosa za socijalno osiguranje.³¹

³⁰ U teoriji se kao razlozi za nemogućnost nastavka radnog odnosa navode: znatno poremećeni odnosi između radnika i poslodavca, nastali pre nezakonitog otkaza ili čak za vreme suđenja, novo zaposlenje zaposlenog kome je prethodni radni odnos nezakonito prestao itd. V. G. Obradović, „O potpunoj naknadi štete kod nezakonitog otkaza,“ u: *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije* (ur. Nevena Petrušić), Niš 2009, 98.

³¹ I. Suljović, „Naknada štete u slučaju nezakonitog otkaza,“ *Bilten Vrhovnog kasacionog suda* 3/2011, 309.

Dalje, prema jezičkom tumačenju Zakona o radu, naknada štete definisana kao kompenzaciona, predstavlja supstitut vraćanju na rad.³² Imajući u vidu da je restituciona naknada štete propisana kao atribut pravu zaposlenog da zahteva povraćaj na rad nema razloga da se ona ne omogući i zaposlenom koji je isključivo pravo na povratak na rad supstituisao pravom na zakonom propisanu kompenzacionu naknadu.³³ U tom smislu je zasnovan stav domaće sudske prakse³⁴ i teorije,³⁵ koji stoji na stanovištu da su ova dva prava nezavisna jedna od drugog.³⁶ Ovo tim pre, ako se uzme u obzir da kompenzacija u britanskom pravu, pored osnovnog iznosa u granicama propisanim zakonom obuhvata i dodatni iznos koji sud smatra opravdanim.

Kumulativno ostvarivanje prava na kompenzacionu i restitucionu naknadu štete u našem pravu potrebno je i radi potpune naknade štete u slučaju nezakonitog otkaza ugovora o radu,³⁷ u skladu sa odredbama Zakona o obligacionim odnosima.³⁸ Naime, naknada štete³⁹ ima za cilj da se uspostavi stanje koje je bilo pre nego što je šteta i nastupila. Ukoliko uspostavljanje ranijeg stanja ne ukloni štetu u potpunosti, odgovorno lice je dužno da ostatak štete naknadi u novcu. Na osnovu toga, kompenzacionom naknadom štete, zaposlenom se prema slovu zakona nadoknađuje nemogućnost povratka na rad, u kom slučaju on ostaje uskraćen za naknadu izgubljene zarade u periodu koji je sledio nezakoniti otkaz, a koju zaposleni koji je zahtevao povraćaj na

³² *Ibid.*

³³ Pravo na integralnu štetu, predstavlja posledicu restitucije, dok pravo na paušalnu štetu, saglasno odredbi čl. 191, st. 5 Zakona o radu, predstavlja supstituciju reintegracije zaposlenog iz čega proizilazi da jedno pravo ne isključuje drugo. Obrazloženje presude Apelacionog suda u Novom Sadu, Gžl 746/11 od 12.12.2011. god., <http://www.ssssns.com/index.php/2013-05-10-05-52-52/sudska-praksa/559-pravo-na-naknadu-izgubljene-zarade-i-naknada-umesto-vracanja-na-rad-clan-191-stav-1-4-zakona-o-rad>, 18. 11.2017.

³⁴ Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už-841/2012 od 26.11.2015. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/12222/?NOLAYOUT=1>, 15.11.2017; Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už-7398/2014 od 17.11.2016, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/13642/?NOLAYOUT=1>, 15.11.2017.

³⁵ Lj. Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu 2016, 181.

³⁶ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gžl 1476/10 od 12.01.2011, <http://www.kg.ap.sud.rs/gz-1-1476.10.html>, 26.11.2017; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gžl 2978/12 od 26.11.2012. <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/271-gz1-2978-12>, 12.11.2017.

³⁷ I. Suljović, 307.

³⁸ Sud će uzimajući u obzir i okolnosti koje su nastupile posle prouzrokovanja štete, dosuditi naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja. Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89; *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, čl. 190.

³⁹ ZOO, čl. 155.

rad ostvaruje.⁴⁰ Dodatak svemu prethodno iznetom je stav u teoriji da zaposleni kome je ugovor o radu nezakonito otkazan iz razloga što je poslodavac postupio suprotno odredbama zakona kojima je propisan postupak prestanka radnog odnosa i koji stoga nema pravo na vraćanje na rad već umesto toga uživa pravo na naknadu štete u iznosu do šest zarada, takođe ima pravo na naknadu štete za period tokom kojeg nije radio.⁴¹

Zakon o radu pravo na naknadu štete za period kada zaposleni nije radio vezuje samo za činjenicu da je sud u toku postupka utvrdio da je zaposlenom prestao radni odnos bez pravnog osnova a da pri tome ne pravi razliku u pogledu vrste razloga merodavnih za otkaz. Suprotno važi u francuskom pravu, gde se pravi razlika između neregularnog otkaza koji je posledica nepridržavanja propisanog postupka i otkaza bez opravdanog razloga, što se ogleda i u različitim posledicama. U slučaju otkaza bez opravdanog razloga kao posledica javlja se mogućnost reintegracije zaposlenog pod pretpostavkom da su određeni uslovi kumulativno ispunjeni.⁴² Naknada štete dosuđuje se prema godinama radnog staža zaposlenog, pri čemu minimalni i maksimalan raspon zavisi od toga da li broj zaposlenih kod poslodavca prelazi 11. U drugom slučaju, kao posledica povrede propisanog otkaznog postupka, reintegracija zaposlenog nije moguća, već u slučaju da je otkazni razlog validan, sud nalaže poslodavcu da ispuni predviđenu otkaznu proceduru i dodeljuje zaposlenom naknadu štete koja ne može biti veća od iznosa jednome-sečne zarade zaposlenog.⁴³

Poništaj rešenja o otkazu ugovora o radu znači da nije postojao osnov za prestanak radnog odnosa što je potvrda da bi zaposleni koji se našao u ovoj situaciji radio da mu nije prestao radni odnos.⁴⁴ Ovo tim pre što sudska praksa⁴⁵ ističe da je intencija zakonodavca bila ta da se

⁴⁰ U prilog ovome idu i mišljenja da pored materijalne naknade štete, zaposlenom pripada i pravo na naknadu nematerijalne štete u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima. I. Suljović, 310.

⁴¹ B. Živković, „Neke novele Zakona o radu,“ *Bilten Vrhovnog kasacionog suda u Beogradu* 4/2014, 160.

⁴² Zaposleni mora imati najmanje dve godine radnog staža, poslodavac najmanje 11 zaposlenih i da se ni poslodavac ni zaposleni ne protive reintegraciji.

⁴³ M. Despax, J. Rajot, J.P. Laborde, 163-165.

⁴⁴ To je zapravo period od prestanka radnog odnosa do donošenja sudske odluke, stanje materijalno pravnog odnosa u vreme kada je sudska odluka doneta. Ovakav argumenat proizlazi iz Zakon o parničnom postupku - ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, čl. 343.

⁴⁵ Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, UŽ-776/2012, od 11.3.2013. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/8795/?NOLAYOUT=1>; Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, UŽ-3450/2012 od 26.2.2015. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/11332/?NOLAYOUT=1>, 18.12.2017.

pravosnažnom sudskom odlukom, kojom je utvrđeno da je zaposlenom nezakonito pretao radni odnos, automatski daje pravo na naknadu štete u visini izgubljene zarade i drugih primanja.⁴⁶

4.2. Argumenti koji idu u prilog zabrani kumulacije kompenzacione i restitucione naknade štete

Prvi argument kojim se daje potpora tvrdnji da kumulativno ostvarivanje prava na kompenzacionu i restitucionu naknadu štete ne bi trebalo da bude moguće, jeste onaj koji se čini i najlogičnijim - zakonodavac je takvu intenciju, da je trebalo, mogao jasno da iskaže, dodajući odredbu kojom bi se pravo zaposlenog na kompenzacionu naknadu štete obogatilo i pravom na zahtev naknade štete u vidu izgubljene zarade. Ovakvo pitanje ne bi se postavljalo da je, jednako kao i u britanskom zakonu kompenzacija u slučaju kada zaposleni ne zahteva povraćaj na rad regulisana detaljno posebnim članom zakona.

Kako se obračun isplate restitucione i kompenzacione naknade štete, umanjuje za isti osnov - iznos prihoda koji je zaposleni ostvario po osnovu rada u periodu koji je sledio nakon prestanka radnog odnosa u slučaju kumuliranja prava na obe naknade štete njihov osnov bio bi pojedinačno umanjen za isti iznos. Ovakav zaključak bio bi u direktnoj suprotnosti sa principima obligacionog prava i pravilima o naknadi štete i doveo bi zaposlenog, čiji bi interes kumulacijom naknada štete trebalo da bude zaštićen, u stanje materijalnog oštećenja.⁴⁷

Treće, kompenzaciona naknada štete posmatrana kao zamena obaveze poslodavca da zaposlenog vrati na rad, poistovećuje se sa zamenom ispunjenja propisanom Zakonom o obligacionim odnosima.⁴⁸ Kod zamenе ispunjenja, obaveza koju dužnik ima prestaje ukoliko poverilac primi

⁴⁶ U skladu sa svim prethodno navedenim je i stav sudske prakse, da zaposleni, kome je neosnovano pretao radni odnos, i koji umesto povraćaja na rad zahteva kompenzacionu naknadu štete, nema pravo i na naknadu izgubljene zarade, ukoliko takav zahtev nije podneo, a sve to prema članu odredbi Zakona o parničnom postupku da sud odlučuje samo u granicama podnetih tužbenih zahteva. To znači, da ostvarivanjem kompenzacione naknade štete zaposlenom nije isključeno pravo na zahtev za naknadom restitucione naknade štete, čime se afirmiše zaključak da su ova dva prava nezavisna i podobna za kumulativno ostvarivanje. V. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, br. Gž 1 1011/12, od 03.4.2012. <https://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/205-gz1-1011-12>, 18.12.2017.

⁴⁷ A. Lazarević, 102.

⁴⁸ "Obaveza prestaje ako poverilac u sporazumu sa dužnikom primi nešto drugo umesto onoga što mu se duguje." ZOO, čl. 308, st. 1.

nešto drugo umesto onoga što mu se duguje. U slučaju da zaposleni u skladu sa načelom autonomije volje, izabere umesto povraćaja na rad, kompenzacionu naknadu štete, obaveza poslodavca bi bila ispunjena, uključujući i obavezu isplate restitucione naknade štete.⁴⁹

5. Zaključna razmatranja

Restituciona naknada štete i kompenzaciona naknada štete u slučaju nezakonitog otkaza ugovora o radu, razlikuju se u svojoj pravnoj prirodi, a time i cilju kome teže. Prva za cilj ima da se naknadom izgubljene zarade zaposlenom omogući integralna naknada štete, dok druga predstavlja kompenzaciju vraćanja na rad. Šteta koja je zaposlenom prouzrokovana prilikom otkaza je merljiva i kao takva otklanja se integralnom naknadom,⁵⁰ kako bi se zaposleni doveo u materijalno stanje u kome bi se nalazio da štetne radnje nikada nije ni bilo. Nemogućnost njihove kumulacije dovela bi do toga da zaposlenom, kome je nezakonito prestao radni odnos, jedno od prava propisanih Zakona o radu ne bude ostvareno. Ovakav zaključak proizlazi iz toga što, u situacijama kada bi ove dve naknade bile identične pravne prirode, mogućnost njihove kumulacije ne bi bila upitna jer, u tom slučaju njihov osnov bio bi istovetan. Većinski stav domaće sudske prakse i teorije stoji pri mišljenju da je kumulacija propisanih naknada moguća. Iako sudska praksa u našem pravu ne predstavlja formalan izvor prava, stav suda se mora uzeti u obzir, posebno u situacijama kada su rezultati primena i tumačenja zakonske norme identični.

U tom smislu, zakonsko regulisanje kompenzacije u britanskom zakonodavstvu moglo bi da posluži kao uzor, prilikom sledećih izmena i dopuna važećeg Zakona o radu Republike Srbije. Tako na primer, korisno bi bilo da naknada štete koja se isplaćuje zaposlenom u slučaju kada isti nije zahtevao povraćaj na rad, bude propisana tako, da obuhvata naknadu zarade izgubljene za period od dana otkaza do dana pravnosnažne odluke suda o nezakonitom otkazu i dodatnu kompenzaciju po osnovu prava zaposlenog da ne zahteva vraćanje na rad. Na taj način, zaposlenom bi se adekvatno nadomestili gubici kojima je pogođen usled nezakonitog otkaza ugovora o radu i dodatno, naše zakonodavstvo otišlo bi korak dalje u implementiranju inovativnih rešenja.

⁴⁹ A. Lazarević, 103.

⁵⁰ Z. Ivošević, M. Ivošević, *Komentar Zakona o radu - treće dopunjeno i izmenjeno izdanje prema stanju zakonodavstva od 1. Aprila 2016. god.*, Službeni glasnik, Beograd 2016, 438.

U cilju pravne sigurnosti neophodno je da se delikatna pitanja, poput posledica nezakonitog otkaza ugovora o radu uredi na način koji neće ostavljati prostora sumnji prilikom tumačenja istih, a sve to u cilju zaštite radnika kao ekonomski slabije i podređene strane u radnom odnosu.

Literatura

- Barnett, D., Scrope, H., *Employment Law Handbook*, 3rd ed., The Law Society, London 2006.
- Bronstein, A., *International Labour Organization - International And Comparative Labour Law Current Challenges*, Palgrave MacMillan, Geneva 2009.
- Collins, H., *Justice in Dismissal (The Law of Termination of Employment)*, Clarendon Press, Oxford 1992.
- Deakin, S., Morris, G., *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford 2009.
- Despax, M., Rajot, J., Laborde, J. P., *Labour Law in France*, Wolters Kluwer, 2011.
- Heerma van Voss, G., Haar, B., "Common ground in European dismissal law", *European Labour Law Journal*, Volume 3, 2012.
- Ivošević, Z., Ivošević, M., *Komentar Zakona o radu - treće dopunjeno i izmenjeno izdanje prema stanju zakonodavstva od 1. Aprila 2016. god.*, Službeni glasnik, Beograd 2016.
- Karanikić-Mirić, M., „Odmeravanje naknade štete prema vrednosti koju je ona imala za oštećenika“, *Crimen* 1/2011, 67-87.
- Kovačević, Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016.
- Lazarević, A., „Naknada štete kao pravna posledica nezakonitog otkaza“, *Pravo i privreda* 10–12/2015, 96-112.
- Obradović, G., „O potpunoj naknadi štete kod nezakonitog otkaza“, *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije*, Centar za publikacije Niš, Niš 2009, 95-103.
- Obradović, G., Kovačević-Perić, S., „Novčana naknada nematerijalne štete zbog nezakonitog otkaza“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 67/2014, 199-219.
- Painter, R., Puttick, K., Holmes, A., *Employment Rights*, Pluto Press, London 2004.
- Paravina, R. D., „Zloupotreba prava u oblasti radnih odnosa“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, Niš 1996, 176-184.
- Suljović, I., „Naknada štete u slučaju nezakonitog otkaza“, *Bilten Vrhovnog kacionog suda* 3/2011, 305-315.
- Treu, T., *Labour Law and Industrial Relations in Italy*, Kluwer Law International, 2007.

Živković, B., „Neke novele Zakona o radu,“ *Bilten Vrhovnog kasacionog suda u Beogradu* 4/2014, 135-165.

Pravni izvori

- Employment Regulations Act 1996, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>, 4. 4. 2018.
- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije UŽ-7398/2014 od 17. 11. 2016., <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/13642/?NOLAYOUT=1>, 15.11.2017.
- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije UŽ-841/2012 od 26.11.2015. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/12222/?NOLAYOUT=1>, 15.11.2017.;
- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, UŽ-3450/2012 od 26.2.2015. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/11332/?NOLAYOUT=1>, 18.12.2017
- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, UŽ-776/2012, od 11.3.2013. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/8795/?NOLAYOUT=1>, 22.12.2017.
- Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu GŽ1 1476/10 od 12.01.2011. <http://www.kg.ap.sud.rs/gz-1.-1476.10.html>, 26.11.2017.
- Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu GŽ1 2978/12 od 26.11.2012. <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/271-gz1-2978-12>, 12.11.2017.
- Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, br. GŽ 1 1011/12, od 03.4.2012. <https://www.ns.ap.sud.rs/index.php/sr1/sudska-praksa/205-gz1-1011-12>, 19.12.2017.
- Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, GŽ1 746/11 od 12.12.2011. god., <http://www.ssssns.com/index.php/2013-05-10-05-52-52/sudska-praksa/559-pravo-na-naknadu-izgubljene-zarade-i-naknada-umesto-vracanja-na-rad-clan-191-stav-1-4-zakona-o-rad>, 18.11.2017.
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 75/14.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89; *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.
- Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014.

Zakon o radu, *Službeni Glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 i 13/2017.

Zakon o ratifikaciji Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/84 i 7/91.

Jovana Misailović

Master Student at Faculty of Law, University of Belgrade

AWARD OF COMPENSATION AS A CONSEQUENCE OF AN UNLAWFULL DISMISSAL IN LABOUR LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE UNITED KINGDOM

Summary

The subject of this paper is damages as a result of the unlawful termination of the employment. Labour Law of the Republic of Serbia does not define damages in case of unlawful termination of the employment in the event the employee does not return to work, as the compensation. This is why the question of the legal nature of damages in the theory and case law of the Republic of Serbia is raised. Amended Labour Law of 2014 is ambiguous when it comes to whether the employee who does not return to work is entitled to damages for lost earnings and social security contributions belonging to the employee who does return to work, also as a consequence of the unlawful termination of the employment. To be more specific, the law itself does not prescribe cumulatively damages for the event when employee does not return to work, as it is defined by the legislation of the United Kingdom as the compensation institute. By comparing Labour law of Republic of Serbia with legislation of the United Kingdom, we come to the conclusion that damages in our law in the event the employee does not return to work should be defined as compensation, thus allowing more efficient protection of employees which is one of the main goals of labour law.

Keywords: termination of an employment, unfair dismissal, compensatory damages, restitutionary damages.

UTVRĐIVANJE ODGOVORNOSTI MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA U PRAVU I PRAKSI

Apstrakt

Pojava međunarodnih organizacija u međunarodnom pravu i priznavanje njihovog međunarodnog subjektiviteta svakako sa sobom nosi određene posledice, koje se tiču njihovih sposobnosti da budu nosioci prava i obaveza, ali i da budu odgovorne za protivpravne akte u međunarodnom pravu. Rad obrađuje primenjivost osnova za utvrđivanje odgovornosti međunarodnih organizacija.

Utvrđujući da je subjektivitet država drugačiji od subjektiviteta međunarodnih organizacija, što sa sobom povlači i drugačiji osnov za utvrđivanje odgovornosti, u radu se ističe i neuniformnost unutrašnje pravne prirode međunarodnih organizacija. U drugom delu rada će pojam odgovornosti i njene primenjivosti na organizacije biti ispitan kroz analizu pojmova responsibility, liability i accountability. Imajući u vidu da su države i osnivači međunarodnih (međuvladinih) organizacija u trećem delu rada će biti ispitano preplitanje odgovornosti ova dva subjekta prava kroz primere iz prakse.

Ključne reči: *međunarodna organizacija, međunarodna odgovornost, država, protivpravni akt, kršenje međunarodne obaveze.*

1. Uvodne napomene

Savetodavnim mišljenjem Međunarodnog suda pravde o naknadi štete pretrpljene u službi Ujedinjenih nacija,¹ utrt je put priznanju subjek-

* Student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, e- mail: *antonia.jutronic@gmail.com*.

¹ Savetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde o naknadi štete pretrpljene u službi Ujedinjenih nacija - Reparation of Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory opinion of April 11th 1949, Reports of judgements, advisory opinions and orders, I.C.J. Reports 1949, 174, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-FR.pdf>, 04.07.2018.

tiviteta međunarodnih organizacija u međunarodnom pravu. Time je svakako učinjen vrlo važan iskorak u tradicionalnom vestfalskom sistemu zasnovanom na odnosima između država, što je imalo za prirodnu posledicu i uticaj na međunarodno pravo, koje je do tada regulisalo isključivo odnose između država. Relativno kasna pojava međunarodnih organizacija u drugoj polovini XX veka, kao izvedenih subjekata međunarodnog prava, ali i vrlo širok spektar njihovih funkcija i aktivnosti u međunarodnim odnosima, zakomplikovali su shvatanje da subjekti prava, nose određene obaveze, ali i odgovornosti. Dakle, subjekt međunarodnog prava podleže i odgovornosti za kršenje neke međunarodnopravne obaveze.² Što se tiče samih država, kao izvornih subjekata međunarodnog prava, čijom voljom i nastaju međunarodne odnosno međuvladine organizacije, za vršenje protivpravnih akata, što bi značilo kršenje međunarodnih obaveza,³ postoje utvrđeni elementi pomoću kojih se utvrđuje odgovornost države u međunarodnom pravu.⁴ Da bi se utvrdilo postojanje odgovornosti države, naime, neophodno je da postoji osnov za pripisivost odgovornosti državi i postojanje pretrpljene štete od strane druge države ili njenih državljana zbog kršenja međunarodne obaveze države.⁵ Do tih zaključaka je, oslanjajući se na postojeću jurisprudenciju međunarodnih sudova, došla i Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo (Komisija UN) u svom Nacrtu Konvencije o odgovornosti države za protivpravne akte u međunarodnom pravu (2001).⁶

Već sledeće godine, Komisija UN počinje sa pripremnim radovima za izradu Nacrta članova o odgovornosti međunarodnih organizacija, koji će 2011. godine biti objavljen u vidu izveštaja. Generalna skupština Ujedinjenih nacija je iste godine bila upoznata sa Nacrtom i odlučila je da razmotri usvajanje konvencije zasnovane na Nacrtu članova Komisije

² M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 116-118.

³ Slučaj pred Međunarodnim sudom pravde o oružanim aktivnostima na teritoriji Konga - *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgement of 19 December 2005, Reports of judgements, advisory opinions and orders, I.C.J. Reports 2005*, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-FR.pdf>, 04.07.2018.

⁴ Autor se u ovom radu ne bavi pravnom prirodom odgovornosti države kroz pojmove *responsibility* i *liability*.

⁵ V. B. Milisavljević, „Pripisivost kao uslov odgovornosti države u međunarodnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* 2/2012, 185-207.

⁶ Čl. 2 Nacrta konvencije o odgovornosti država za protivpravne akte u međunarodnom pravu, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>, 04.07.2018.

UN,⁷ što do današnjeg dana nije učinjeno. Nacrt članova o odgovornosti međunarodnih organizacija je bio predmet ozbiljnih kritika, od toga da se sve međunarodne organizacije ne mogu svrstati u istu kategoriju zbog različite pravne prirode međunarodnih organizacija, do toga da se prilikom izrade Nacrta previše oslanjalo na prethodni Nacrt o odgovornosti država, ističući da je zbog različitosti ova dva subjekta međunarodnog prava nemoguće koristiti isti pristup i metodologiju. Takođe, Nacrt o odgovornosti međunarodnih organizacija pokriva i deo koji se odnosi na odgovornost država u odnosu na akte počinjene u okviru rada međunarodnih organizacija. Istaknuta činjenica da postoji odgovornost država u okviru delovanja međunarodnih organizacija se upravo vezuje za derivatnu prirodu subjektiviteta međunarodnih organizacija. To je najjasnije u primeru mirovnih operacija Ujedinjenih nacija (UN), kada države šalju svoje vojne kontingente u misije u službi UN. Radi utvrđivanja eventualne odgovornosti države ili međunarodne organizacije za protivpravne radnje pripadnika „plavih šlemova” potrebno je izvoditi vrlo komplikovanu intelektualnu operaciju ne bi li se pronašli dokazi koji bi činili elemente pripisivosti.⁸

Ne postoje opšte priznati principi prema kojima bi međunarodne organizacije mogle da snose odgovornost zbog radnji ili propuštanja njihovih organa, ne samo kada su u pitanju najveći međunarodni zločini, učinjeni kako u doba rata tako i u doba mira, već i za druga potencijalna kršenja ljudskih prava. Ne treba smetnuti s uma da su međunarodni mehanizmi zaštite ljudskih prava nastali upravo iz rada međunarodnih organizacija. Međutim, legitimno je postaviti i pitanje u kojoj meri organi nadležni za ljudska prava sami poštuju ljudska prava, pogotovo uzevši u obzir da međunarodne organizacije nisu potpisnice najznačajnijih konvencija koje se bave zaštitom ljudskih prava. Tako, na primer, Evropska unija (dalje EU), iako su sve njene članice potpisnice Evropske konvencije o ljudskim pravima, usled mišljenja 2/13 Suda pravde Evropske unije iz decembra 2014. godine, nije ratifikovala Konvenciju,⁹ niti je sama potpisnica Povelje o osnovnim pravima EU. Iz toga sledi da, u slučaju

⁷ Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, *A/RES/66/100* od 9. decembra 2011. godine, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=%20A/RES/66/100, 04.07.2018.

⁸ B. E. Brockman-Hawe, „Questioning the UN’s Immunity in the Dutch Courts: Unresolved Issues in the Mothers of Srebrenica Litigation”, *Washington University Global Studies Law Review*, Volume 10, 4/2011, 729.

⁹ V. I. Krstić, B. Čučković, „Pristupanje Evropske unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima kao vid unapređenja zaštite ljudskih prava u Evropi”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, Vol. 64, 2/2016, 49-78.

kada bi Evropska komisija ili drugi organ EU potencijalno prekršili ljudska prava, ne bi moglo da dođe do utvrđivanja odgovornosti, jer formalno EU nije vezana nijednom odredbom pomenutih instrumenata.

Ne postoji nadležnost međunarodnih sudova za utvrđivanje odgovornosti međunarodnih organizacija. Što se tiče samog Međunarodnog suda pravde (MSP), međunarodne organizacije nemaju *locus standi* kao što to imaju države. Kada je reč o drugim univerzalnim, regionalnim i *ad hoc* sudskim organima, međunarodne organizacije nisu potpisnice instrumenata kojima su oni osnovani, niti je ostavljena mogućnost da međunarodna organizacija ima *locus standi* pred ovim organima. U slučaju povrede ljudskih prava, pred na primer Evropskim sudom za ljudska prava, nije moguće tužiti međunarodnu organizaciju, već države članice organizacije u pitanju, kao što je to bilo u slučaju *Banković i drugi protiv Belgije i drugih*, u kojem je pokrenut postupak protiv devet članica Organizacije severnoatlantskog sporazuma (NATO), umesto protiv same organizacije.¹⁰

S druge strane i zaposleni u međunarodnim organizacijama, u najvećem broju slučajeva, uživaju imunitete pred nacionalnim sudovima države sa kojom sklapaju sporazum o sedištu organizacije, te se ispostavlja da je nemoguće da tužba protiv njih bude dopuštena pred nacionalnim sudovima.¹¹

Upravo iz navedenih razloga, ali i zbog toga što nema bogate jurisprudencije sudova na temu odgovornosti međunarodnih organizacija, treba ispitati osnove za utvrđivanje međunarodnopravne odgovornosti međunarodnih organizacija, oslanjajući se u značajnoj meri na analizu Nacrta članova o odgovornosti međunarodnih organizacija, kao jedinog međunarodnog dokumenta koji se u celosti bavi ovim pitanjem. U prvom delu rada će biti predstavljeno zašto je nemoguće utvrditi odgovornost međunarodnih organizacija povlačeći paralelu sa odgovornošću država, analizirajući prirodu njihovih subjektiviteta. Zatim će u drugom delu rada biti analiziran koncept odgovornosti organizacija preko pojmova *responsibility*, *liability* i *accountability*. U trećem delu rada će kroz primere iz prakse biti predstavljena interakcija odnosno poteškoće u utvrđivanju granice između odgovornosti država i međunarodnih organizacija.

¹⁰ *Banković v. Belgium*, 2001–XII Eur. Ct. H.R. 333 (GC), http://www.rulac.org/assets/downloads/ECtHR_Bankovic_Admissibility.pdf, 04.07.2018.

¹¹ Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Advisory Report on Responsibility of International Organizations*, Advisory Report No. 27, CAVV, The Hague, December 2015, 7-8.

2. Suštinska nejednakost subjektiviteta država sa subjektivitetom međunarodnih organizacija

Polazeći od toga da su sve države jednake među sobom odnosno od principa jednakosti država u međunarodnom pravu, subjektivitet država je jednak za sve države i na isti način one su nosioci prava, obaveza i odgovornosti. Stoga je i Nacrt Konvencije o odgovornosti države za protivpravne akte u međunarodnom pravu, imajući u vidu suverenu jednakost država, baziran na pretpostavci da sve države imaju iste pravne sposobnosti i obaveze jedna prema drugoj. Ta pravila su u velikoj meri zasnovana i na odredbama Bečke konvencije o ugovornom pravu, prema kojoj pravilo unutrašnjeg prava ne može biti opravdanje za neizvršenje međunarodne obaveze.¹²

Uprkos pomenutom savetodavnom mišljenju MSP o naknadi štete pretrpljene u službi UN, kojim je u konkretnom slučaju priznat objektivni međunarodnopravni subjektivitet UN i kojim je potvrđeno da UN kao međunarodna organizacija ima sposobnost potraživanja prema državama za pretrpljenu štetu njenih službenika, u teoriji pitanje subjektiviteta međunarodnih organizacija i dalje predstavlja predmet polemike. Sud je za UN konstatovao da pedeset država predstavlja veliku većinu međunarodne zajednice, koje su po međunarodnom pravu imale ovlašćenje da osnuju entitet koji poseduje objektivni međunarodni subjektivitet, a ne samo subjektivitet priznat od njih samih.¹³ „Priznat od njih samih” znači da države članice direktno ili indirektno osnivačkim ugovorom utvrđuju subjektivitet međunarodne organizacije (delegirani subjektivitet),¹⁴ što predstavlja drugačiju pravnu situaciju od objektivnog subjektiviteta.¹⁵ Navodeći da je subjektivitet organizacija različit od subjektiviteta država članica, Sud je svojim mišljenjem ostavio put za utvrđivanje objektivnog subjektiviteta za svaku međunarodnu organizaciju ponaosob. Tako su izvedeni uslovi za ispunjavanje objektivnog subjektiviteta međunarodnih

¹² Čl. 27 Bečke konvencije o pravu ugovora, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, 04.07.2018.

¹³ M. Diez de Velasco Vallejo, *Les organisations internationales*, Economica, Paris 2002, 36-37.

¹⁴ O slobodnoj volji i nameri država da stvore međunarodnu organizaciju sa međunarodnopravnim subjektivitetom v. J. Klabbers, „The Concept of Legal Personality”, in: *International Legal Personality* (ed. Fleur Johns), Ashgate Publishing Limited, Surrey 2010, 47.

¹⁵ T. Papić, „Pojam međunarodne organizacije iz Nacrta članova o odgovornosti međunarodnih organizacija Komisije UN za međunarodno pravo”, *Pravni zapisi* 1/2011, 95; R. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press 2005², 81-82.

organizacija: prvo, da je reč o udruženju država ili međunarodnih organizacija koje imaju jedan ili više organa koji ne podležu vlasti neke druge organizovane zajednice osim učesnika u tim organima koji zajednički odlučuju i, drugo, da postoji razlika između organizacije i njenih članova u pogledu prava, obaveza, ovlašćenja i odgovornosti na međunarodnom planu.¹⁶ Za druge autore poput Braunlija (*Brownlie*), reč je o indikatorima subjektiviteta međunarodnih organizacija što uključuje na primer pravo poslanstva¹⁷ i pravo na zaključivanje ugovora.¹⁸ U savetodavnom mišljenju MSP se pominje sposobnost međunarodnih potraživanja¹⁹ što bi moglo značiti i *locus standi* pred sudovima i arbitražama.²⁰

Određenje subjektiviteta međunarodnih organizacija je, naime, neophodno radi utvrđivanja odgovornosti međunarodnih organizacija. U čl. 2 (a) Nacrta članova o odgovornosti međunarodnih organizacija je iz tog razloga definisano na koje međunarodne organizacije se odnosi tematski nacrt. Prema tome, „međunarodna organizacija” podrazumeva organizaciju osnovanu ugovorom ili drugim instrumentom regulisanim međunarodnim pravom i koja ima vlastiti međunarodnopravni subjektivitet. Međunarodna organizacija za članove može, osim država, imati i druge entitete.²¹ Prema ovom striktnom tumačenju čl. 2 (a), Organizacija za bezbednost i saradnju (OEBS) ili Organizacija zemalja izvoznica nafte (*OPEC*) nisu obuhvaćene ovim Nacrtom, jer nisu formalno osnovane ugovorom.²² U čl. 2 (a) se pominje i posedovanje vlastitog subjektiviteta odnosno subjektiviteta različitog od subjektiviteta njenih članica. Takav pristup subjektivitetu međunarodnih organizacija bi značio da bi se utvrđenje subjektiviteta vršilo za svaku međunarodnu organizaciju ponosob. U tom kontekstu postoji određen nivo nedorečenosti o uniformnim kriterijumima za utvrđivanje subjektiviteta međunarodnih organizacija kako bi se moglo govoriti o postojanju primarnih pravila za utvrđivanje odgovornosti međunarodnih organizacija.

¹⁶ T. Papić, 82-83.

¹⁷ Pravo poslanstva (lat. *jus legationis*) u svom aktivnom i pasivnom vidu podrazumeva pravo odašiljanja sopstvenih i prijema stranih predstavnika.

¹⁸ I. Brownlie, *Principles of International Law*, Oxford University Press, 2003⁶, 57.

¹⁹ Sposobnost međunarodnih podraživanja podrazumeva sposobnost subjekta da učestvuje u postupku ispred međunarodnih sudova ili arbitraža.

²⁰ A. Pellet, „International Organizations Are Definitely Not States. Cursory Remarks On The ILC Articles On The Responsibility of International Organizations”, in: *Responsibility of International Organizations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2013, 42.

²¹ Čl. 2 Nacrta članova o odgovornosti međunarodnih organizacija, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf, 04.07.2018.

²² T. Papić, 97.

Izvedeći generalna pravila o odgovornosti čitavog dijapazona međunarodnih organizacija prema čl. 2 (a) pomenutog akta, Komisija UN, uprkos komentarima brojnih međunarodnih organizacija na njene konsekutivne izveštaje, nije previše uzela u obzir princip specijalnosti koji je naglašen u savetodavnom mišljenju MSP (1949). Princip specijalnosti predviđa da ne postoje generalne sposobnosti međunarodnih organizacija, kakve imaju države, već im države delegiraju mogućnosti delovanja i njihova ograničenja u funkciji zajedničkih interesa.²³ Dalje, unutrašnja pravila organizacije po svojoj pravnoj prirodi i domašaju ne mogu biti korelat unutrašnjem pravu država, jer su međunarodne organizacije pravno drugačiji subjekti. Komisija UN je, tako, u nekim odredbama gotovo u celosti preuzela članove iz Nacrta (2001), te su neki članovi gotovo istovetni, kao na primer u odredbama oba Nacrta u delu koji se odnosi na primenu posebnog propisa međunarodnog prava.²⁴

Što se tiče same različitosti međunarodnih organizacija i u skladu sa time logične potrebe da se za svaku od njih utvrđuje međunarodno-pravni subjektivitet i međunarodnopravna odgovornost, neki od članova Nacrta mogu vrlo restriktivno da se primenjuju na međunarodne organizacije. Takav primer je pravo na samoodbranu sadržan u čl. 21 Nacrta, a samo neke organizacije poseduju vojne kapacitete.²⁵ Drugo, Evropska komisija je, sa svoje strane, redovno upućivala komentare na izveštaje Komisije UN,²⁶ da EU ne predstavlja klasičnu međunarodnu organizaciju, već organizaciju *sui generis* i da treba uzeti u obzir njene specifičnosti zbog toga što u određenim segmentima funkcionisanja EU države članice jesu organi organizacije kada imaju isključivu nadležnost.²⁷ Jedini ustupak Komisije prema ovim zahtevima EU je oslikan u odredbi koja se tiče primene *lex specialis*²⁸ koja ujedno omogućava međunarodnim organizacijama da stvore sopstvena pravila o odgovornosti za protivpravne akte po međunarodnom pravu za činjenje ili propuštanje radnji njihovih organa ili agenata. Kada je reč o EU, posebne komplikacije nastaju u tumačenju kršenja međunarodne obaveze te organizacije, jer postoje i tzv.

²³ A. Pellet, 46.

²⁴ *Ibid.*, 47.

²⁵ P. Klein, „Les articles sur la responsabilité des organisations internationales : quel bilan tirer des travaux de la CDI?“, *Annuaire français de droit international*, Volume 58, 2012, 7.

²⁶ „Responsibility of international organizations: Comments and observations received from international organizations (25 June 2004)“, *Doc.A/CN.4/545*, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_545.pdf, 04.07.2018.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Čl. 64 Nacrta članova o odgovornosti država.

mešoviti multilateralni ugovori čije su strane ugovornice kako EU tako i njene države članice, a obaveze iz ugovora izvršavaju, prema unutrašnjem ustrojstvu EU, države.²⁹ Što se tiče same pripisivosti protivpravnih akata, u okviru EU Sud pravde EU ima vrlo značajnu ulogu u razgraničenju nadležnosti između EU i njenih država članica. Međutim, čl. 64 Nacrta o primeni posebnog propisa ne pominje izričito jurisprudenciju, već unutrašnja pravila organizacije, koja prema čl. 2 (b) podrazumevaju i ustaljenu praksu organizacije. Drugo, i privatne organizacije u okviru država članica mogu vršiti određene nadležnosti EU, što može zakomplikovati primenu kriterijuma pripisivosti.

3. Primenjivost odgovornosti u smislu nejednakosti pojmova *responsibility v. liability v. accountability*

Uzimajući u obzir analiziranu različitost međunarodnih organizacija među sobom, treba razmotriti i koji vid odgovornosti može biti pripisan međunarodnim organizacijama. Uglavnom je opšteprihvaćeno stanovište da odgovornost država za protivpravne akte po međunarodnom pravu postoji ukoliko su ispunjena dva uslova: da se akt može pripisati državi i da postoji kršenje neke međunarodnopravne obaveze, što je i prikazano u čl. 3 Nacrta konvencije o odgovornosti države. Isti elementi se nalaze i u čl. 4 Nacrta članova o odgovornosti međunarodnih organizacija: da postoji osnov pripisivosti međunarodnoj organizaciji i da postoji kršenje neke međunarodnopravne obaveze. Izuzimajući uslov pripisivosti odgovornosti međunarodnih organizacija, potrebno je razmotriti kakav režim odgovornosti je uopšte moguće izvesti za međunarodne organizacije.

U srpskom jeziku izraz „odgovornost” ima široko značenje, dok u engleskom jeziku postoje tri različita pojma: *responsibility*, *liability* i *accountability*. Odgovornost međunarodnih organizacija u smislu *responsibility*, po ugledu na odgovornost država za protivpravne akte po međunarodnom pravu, predstavlja sve one posledice koje su rezultat kršenja normi pripisivih međunarodnim organizacijama. Dakle, reč je o jednom užem pojmu koji podrazumeva da je međunarodna organizacija odgovorna za kršenje preuzetih međunarodnih obaveza. Odgovornost u smislu *liability*, prema Komisiji za međunarodno pravo, odnosi se na sve

²⁹ S. Talmon, „Responsibility of International Organizations: Does the European Community Require Special Treatment?”, in: *International Responsibility Today* (ed. Maurizio Ragazzi), Koninklijke Brill 2005, 407-409.

posledice koje proizilaze iz aktivnosti međunarodnih organizacija koje nisu zabranjene po međunarodnom pravu. U praksi međunarodnih organizacija, naročito UN, *liability* se najčešće odnosi na mehanizme i norme odgovornosti koje proističu iz ugovora i izvan njih, a za koje organizacija može biti dužna da nadoknadi ukoliko je šteta pričinjena trećem licu.³⁰ Reč je o širem pojmu, koji podrazumeva mogućnost nadoknade u slučaju pretrpljene štete do kojih nije došlo kršenjem međunarodne obaveze. Odgovornost u smislu *accountability* je prilično pravno neodređen termin, naročito kada je reč o međunarodnim organizacijama i njihovoj odgovornosti za protivpravne akte. Navedeni termin se najčešće koristi u politici i sociologiji da se opiše odgovornost onih koji su na vlasti ispred naroda koji ih je izabrao, najčešće kada su u pitanju prekoračenja nadležnosti i ekcesivno korišćenje vlasti.³¹ Međutim, u praksi postoji tendencija da se koristi termin *accountability* u određenim okolnostima kada je reč o međunarodnim organizacijama. Takvi slučajevi se odnose na primer na odgovornost Svetske banke da ograniči negativne posledice njenih projekata po stanovništvo, žalbe koje ugroženo stanovništvo određene zemlje prema kojoj su, na osnovu glave VII Povelje UN usvojene sankcije, šalje medijatoru pri Komitetu za sankcije Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija zbog negativnih posledica po stanovništvo, paneli *United Nations Mission in Kosovo (UNMIK)* i *European Union Rule of Law Mission in Kosovo (EULEX)* za žalbe o kršenju prava stanovnika pod administrativnom upravom UN i EU i dr.³² Kroz ove primere potvrđuje se upravo ta tendencija za se prema određenim organima vlasti ili isključivih autoriteta u određenom domenu, koji nisu organi države, potražuju popravljajne ili nadoknade štete usled kršenja ljudskih prava. Smisao korišćenja pojma *accountability* jeste utvrđivanje odgovornosti prema pojedincima, koji zbog sve šireg spektra aktivnosti međunarodnih organizacija na indirektan način trpe posledice.

Prema tekstovima nacрта o odgovornosti država i međunarodnih organizacija, uslov postojanja štete nije naveden u članovima u kojima se

³⁰ V. Rezolucija Generalne skupštine, *UN A/RES/53/102* od 8. decembra 1998. godine, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/102, 04.07.2018. i Izveštaj Komisije za međunarodno pravo „Međunarodna odgovornost za štetne posledice koje proizilaze iz akata koji nisu zabranjeni međunarodnim pravom”, <http://legal.un.org/ilc/guide/9.shtml>, 04.07.2018.

³¹ V. R. Mulgan, „Accountability: An Ever-Expanding Concept?”, *Public Administration*, Vol. 78, 3/2000, 555–573.

³² R. Wilde, „Enhancing Accountability at the International Level: The Tensions between International Organizations and Member States and the Underlying Issues at Stake”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2006, 411.

definiše odgovornost i postavljaju njeni uslovi. Međutim, dalje kroz tekst se nalaze modaliteti nadoknade štete, što negde podrazumeva i postojanje učinjene štete. Pčinjena šteta nije navedena kao kumulativni uslov postojanja odgovornosti kako država, tako i međunarodnih organizacija.

Oba navedena nacrti koriste termin *responsibility*. Praksa pokazuje da države mogu biti odgovorne u smislu sva tri termina na engleskom jeziku. Međutim, što se tiče međunarodnih organizacija, možda je preterano posmatrati njihovu odgovornost kroz značenje termina *responsibility*, osim ako se termin ne posmatra u generičkom smislu. Tome ide u prilog i potreba da se odgovornost međunarodnih organizacija ograniči i unutrašnjim pravilima organizacije, a ne samo imperativnim normama međunarodnog prava,³³ na čemu su posebno insistirale neke međunarodne organizacije poput Svetskog monetarnog fonda u svojim komentarima na izveštaje Komisije UN. U tom smislu, možda je bolje govoriti o odgovornosti međunarodnih organizacija u smislu *accountability*, kao jednog šireg i fleksibilnijeg pojma, koji nije pravno utemeljen. Upravo zbog svoje fleksibilnosti, mogao bi da se prilagodi i različitim strukturama međunarodnih organizacija.

Priroda takvih mehanizama, kao što je dato u primeru panela i medijatora, neformalnija je, ali su oni ipak ustanovljeni kako bi se bavili odgovornošću međunarodnih organizacija. Međutim, ne treba smetnuti sa uma da su takvi mehanizmi uspostavljeni upravo voljom tih organizacija, a ne u skladu sa nekim generalnim principima o odgovornosti međunarodnih organizacija. Najzad, i uspostavljanje ovih mehanizama za utvrđivanje odgovornosti, ipak čini deo međunarodne prakse koja Komisija UN nije uzela u obzir prilikom ustanovljavanja primarnih pravila o odgovornosti organizacija. S druge strane, ukoliko postoji pravno rigidniji princip odgovornost država u odnosu na odgovornost međunarodnih organizacija, javlja se opasnost od fragmentacije međunarodnog prava, te ne treba smetnuti sa uma progresivnu ulogu Komisije UN u razvijanju i kodifikaciji pravila međunarodnog prava.³⁴

³³ P. Klein, 10.

³⁴ M. Möldner, „Responsibility of International Organizations – Introducing the ILC’s DARIO”, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 16, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, 323.

4. Preplitanje odgovornosti država sa odgovornošću međunarodnih organizacija

Opšte je stanovište da države nisu primarno odgovorne za protivpravne akte međunarodnih organizacija.³⁵ Takva mogućnost je namerano odbačena prilikom izrade Nacrta o odgovornosti država.³⁶ Međutim, u praksi se pokazalo da postoje slučajevi kada je pitanje odgovornosti odnosne države kao države članice organizacije u nekim situacijama dovedeno u pitanje. Stoga Nacrt članova o odgovornosti međunarodnih organizacija uključuje takvu mogućnost (čl. 58-63), ali i mogućnost da međunarodne organizacije snose odgovornost za činjenje ili propuštanje da se spreče protivpravni akti država ili međunarodnih organizacija u kojima su pomagale ili učestvovala sa znanjem da čine protivpravni akt po međunarodnom pravu (čl. 14-16).

Značajno je, s obzirom na predmet rada, da se razmotre neki praktični primeri uslova pod kojima države mogu biti odgovorne za protivpravne akte koje izvrše međunarodne organizacije. Iako je pokazano da se subjektivitet država i subjektivitet međunarodnih organizacija ne poklapaju, države članice organizacija, na sekundaran ili konkurentan način, mogu biti odgovorne za akte organizacija.³⁷ U praksi se prvi put ovo pitanje pojavilo pred arbitražom 1984. godine u slučaju kompanije *Westland* protiv država članica Arapske organizacije za industrijalizaciju, jer je organizacija 1979. godine prestala da postoji, a predmet spora su bila zaostala potraživanja kompanije prema organizaciji. Kompanija je zahtevala da države isplate zaostala potraživanja, s obzirom na to da osnivački ugovor nije predviđao isključivanje odgovornost država članica. Arbitražni sud je presudio u korist kompanije, dok je presudu poništio Sud pravde kantona Ženeve nalazeći da Arbitražni sud nije imao jurisdikciju nad državama članicama organizacije, već samo nad Arapskom organizacijom za industrijalizaciju.³⁸ Sud je ukazao, na taj način, da odgovornost međunarodne organizacije nije skup odgovornosti njenih

³⁵ R. Amerasinghe, „Comments on the ILC’s Draft Articles on the Responsibility of International Organizations”, *International Organizations Law Review* 9, 2012, 62; A. Stumer, „Liability of Member States for Acts of International Organizations: Reconsidering the Policy Objections”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, 2/2007, 555; P. Klein, 19.

³⁶ Čl. 57 Nacrta o odgovornosti država. V. A. Stumer, 555.

³⁷ H. Buchanan, C. Ryngaert, „Member State responsibility for the acts of international organizations”, *Utrecht Law Review*, Volume 7, Issue 1 (January), 2011, 136.

³⁸ Lj. Runjić, „Međunarodnopravna odgovornost država članica za čine međunarodnih organizacija”, *Zbornik PFZ*, Vol. 64, 4/2014, 667-685, 669.

država članica, iako samo Ustav organizacija nije predviđao isključenje odgovornosti država članica. Drugi relevantan slučaj koji se tiče razgraničenja odgovornosti međunarodne organizacije od odgovornosti države članice jeste tužba SR Jugoslavije protiv deset članica NATO pred MSP (1999) zbog kršenja zabrane upotrebe sile protiv drugih država. Imajući u vidu nemogućnost da se podnese tužba protiv međunarodne organizacije, SR Jugoslavija je podnela tužbu protiv njenih država članica sa argumentacijom da su tužene države pojedinačno i zajednički bile odgovorne za kršenje zabrane upotrebe sile. Nažalost, sud nije ulazio u meritum spora, te nije izneo viđenje odgovornosti država članica organizacije. S druge strane, predsednici vlada Holandije i Ujedinjenog Kraljevstva, a ne sama organizacija NATO, pojedinačno su se izvinili Kini zbog bombardovanja njene ambasade u Beogradu, što je za SR Jugoslaviju bio argument da iako postoji integrisana komanda NATO, oružane snage država članica su i dalje pod političkom kontrolom svojih vlada.³⁹

U članu 6 st. 1 Nacrta članova o odgovornosti međunarodnih organizacija stoji da će se ponašanje organa ili agenata u izvršavanju funkcija međunarodnih organizacija smatrati aktima međunarodnih organizacija u međunarodnom pravu, koju god poziciju imali taj organ ili agent u okviru međunarodne organizacije. Na linijama navedene odredbe se našao i Evropski sud za ljudska prava. U svojoj presudi u slučaju *Behrami*⁴⁰ koja se ticala smrti jednog deteta i povrede drugog zbog naknadne eksplozije od UNMIK-a neukonjene neeksplozirane bombe na Kosovu i Metohiji (KiM), Sud je našao da su činjenja UNMIK, kao pomoćnog organa UN, isključivo pripisiva UN.⁴¹ Za Evropski sud za ljudska prava, kada je odlučivao o pripisivosti odgovornosti, bilo je dovoljno da se pozove na status UNMIK, u kojem stoji da je misija „subsidiarni organ UN ustanovljen na osnovu Glave VII Povelje UN“ i da odbaci odgovornost tužene Francuske (čiji je vojni kontingent bio zadužen za delovanje na tom delu teritorije) i odgovornost pripíše isključivo UNMIK-u.⁴² U prilog argumentaciji Suda ide i komentar UN na Nacrt članova o odgovornosti međunarodnih organizacija u kojem stoji da „UN smatra odavno da su oružane snage stavljene njoj na raspolaganje transformisane u subsidi-

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, Décision *Behrami c. France*, requête n. 71412/01, 2 mai 2007, para. 143.

⁴¹ P. Palchetti, „La répartition de la responsabilité pour faits internationalement illicites commis au cours d'opérations multinationales“, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Volume 95 Sélection française, 3 et 4/2013, 202.

⁴² *Ibid.*

jarni organ UN i da njihovo postupanje može povlačiti odgovornost UN, kao i svakog drugog njenog organa – bilo da postoji ili ne postoji efektivna kontrola svih aspekata njihovih aktivnosti“.⁴³

Međutim, razumevanje ovih situacija se komplikuje kada su u pitanju mirovne operacije UN, samom činjenicom da vojni kontingenti država članica čine mirovne misije UN i pojavom „testa efektiviteta“ odnosno efektivne kontrole teritorije. Kada je reč o eventualnoj pripisivosti protivpravnih akata državi ili međunarodnoj organizaciji, međunarodni sudovi u praksi pribegavaju pravilima običajnog prava koji se odnose na pripisivost.⁴⁴ U pitanju su kriterijumi efektivne kontrole i upravljanja, kako je to MSP zaključio u slučaju *Nicaragua v. United States*.⁴⁵ Dakle, da li je neki akt pripisiv državi ili međunarodnoj organizaciji, zavisi od toga ko ima efektivnu kontrolu nad ponašanjem pripadnika plavih šlemova („test efektiviteta“). U presudi Apelacionog suda u Hagu u slučaju *Nuhanović* u određivanju odgovornosti pribeglo se izvesnoj kombinaciji faktičkih i pravnih elemenata.⁴⁶ Sud je našao da je kriterijum za određivanje odgovornosti za ponašanja holandskih vojnih trupa *United Nations Protection Forces (UNPROFOR)* u Srebrenici vezan za efektivnu kontrolu, odnosno za posedovanje nadležnosti da se daju specifične instrukcije za činjenje ili sprečavanje činjenja odnosnih akata. Bez obzira na to što države stavljaju na raspolaganje svoje vojne trupe UN za mirovne operacije, one zvanično zadržavaju ovlašćenje za kontrolisanje ponašanja njihovih trupa, te su akti holandskih „plavih šlemova“ pripisani Holandiji.⁴⁷

Još kompleksniji slučaj jeste kada UN odnosno Savet bezbednosti UN odobri slanje misije neke druge regionalne ili partikularne organizacije poput misije NATO – *Kosovo Force (KFOR)* na KiM u skladu sa rezolucijom 1244 (1999). Prema mišljenju Evropskog suda za ljudska

⁴³ Komentar Ujedinjenih nacija na Nacrt članova o odgovornosti međunarodnih organizacija, *UN DOC.A/CN.4/637/Add.1* od 17. februara 2011, 13, <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/english/chp5.pdf>, 04.07.2018.

⁴⁴ Slučaj pred Međunarodnim sudom pravde o vojnim i paravojnim aktivnostima u i protiv Nikaragve - *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, *Judgement of 27 June 1986, Reports of judgements, advisory opinions and orders, I.C.J. Reports 1986*, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, 04.07.2018.

⁴⁵ F. Finck, *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale. Essai sur la commission d'un fait illicite par un Etat ou une organisation internationale*, Université de Strasbourg 2011, 155.

⁴⁶ V. A. Nollkaemper, „Dual Attribution: Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica“, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, 1143–1157.

⁴⁷ P. Palchetti, 206-207.

prava iznetog u slučaju *Saramati*,⁴⁸ u kojem mu se podnosilac obratio ističući da su Norveška, Nemačka i Francuska odgovorne za njegovo navodno nelegalno lišavanje slobode, Ujedinjene nacije zadržavaju autoritet i zadnju kontrolu nad aktivnostima pripadnika KFOR odnosno, UN su pripisivi njihovi akti, zbog toga što je Savet bezbednosti UN definisao njegov mandat u svojoj rezoluciji.⁴⁹

Navedeni su samo neki od primera koji pokazuju moguće interakcije odgovornosti država i međunarodnih organizacija. S jedne strane, oni dovode u pitanje postojanje osnovnih principa o odgovornosti međunarodnih organizacija, a s druge, čini se da odgovornost država za protivpravne akte međunarodnih organizacija, zbog nedorečenosti tih principa, čine *de lege ferenda* pre nego *de lege lata*.⁵⁰ Naročito treba imati u vidu ne baš bogati jurisprudenciju međunarodnih sudova i raskoraka u definisanju pripisivosti u odnosu na „test efektiviteta“, što je oslikano u nekoliko prethodno opisanih slučajeva. Najzad, sama primena „testa efektiviteta“ zaslužuje posebnu analizu.

5. Zaključak

Utvrđivanje odgovornosti međunarodnih organizacija u pravu i praksi podleže različitim vrstama kritika. Samo neke od tih kritika izložene su u ovom radu. Definisanje pojma i elemenata odgovornosti međunarodnih organizacija samo po sebi predstavlja vrlo zahtevan intelektualni poduhvat, a Komisija UN je u svom Nacrtu članova o odgovornosti međunarodnih organizacija izložila tek prvi predlog o primarnim pravilima koji se odnose na tu temu. Međutim, u nedostatku osnovnih formalnih izvora međunarodnog prava, prema čl. 38 (1) Statuta MSP, Nacrt pravila može poslužiti kao pomoćni izvor prava, te iz tog razloga ne treba smetnuti s uma njegov značaj. Na takav način međunarodni sudovi su počeli da primenjuju Nacrt konvencije o odgovornosti država, što je uočljivo u njihovim presudama.

Konstatovano je da su države, u pravnom smislu reči, različiti su-

⁴⁸ Cour européenne des droits de l'homme, Décision *Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, requête n. 78166/01, 2 mai 2007, para. 143.

⁴⁹ P. Palchetti, 208-209.

⁵⁰ M. C. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations*, E.M. Meijers Institute, Leiden 2004, 78-79.

bjekti u odnosu na međunarodne organizacije, te da je gotovo nemoguće povlačiti paralelu sa odgovornošću koja se može pripisati državama i odgovornošću koja se može ili bi se mogla pripisati međunarodnim organizacijama. Drugo, ako države mogu biti odgovorne u smislu sva tri pojma *responsible*, *liable* i *accountable*, međunarodne organizacije su u dosadašnjoj praksi mestimično razvile mehanizme za njihovu odgovornost, koji najviše pripadaju pravno nedefinisanim terminu *accountable*. Neophodno je, međutim, utvrditi jasna pravila prema kojima bi one bile odgovorne u pogledu *responsibility* i *liability*. Najzad, što se tiče same prakse utvrđivanja odgovornosti u kompleksnim slučajevima između međunarodnih organizacija i njenih država članica, kao što su mirovne operacije i protivpravno delovanje pripadnika mirovnih operacija UN, treba konstatovati da ne postoje uniformni principi prema kojima bi se uspostavila granica gde prestaje odgovornost država i gde počinje odgovornost međunarodnih organizacija.

Kao vrlo aktivni činioци međunarodnih odnosa, međunarodne organizacije kao subjekti međunarodnog prava moraju biti odgovorne za protivpravne akte po međunarodnom pravu, jer njihovo uživanje prava mora povlačiti i obaveze, ali i odgovornosti. Stoga, imajući u vidu da postoji vrlo mali broj slučajeva u praksi kada se postavljalo pitanje odgovornosti međunarodnih organizacija, neophodno je razraditi postojeće principe sadržane u Nacrtu članova, ali i razmotriti mogućnost eventualne primene običajnih pravila o opštoj odgovornosti, koja su nesporno primenjiva na međunarodne organizacije.

Literatura

- Amerasinghe, R. „Comments on the ILC’s Draft Articles on the Responsibility of International Organizations”, *International Organizations Law Review*, Vol. 9, 2012, 29-31.
- Amerasinghe, R. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 2005².
- Brockman-Hawe, B. E. „Questioning the UN’s Immunity in the Dutch Courts: Unresolved Issues in the Mothers of Srebrenica Litigation”, *Washington University Global Studies Law Review* Volume 10, Issue 4, 2011, 727-748.
- Brownlie, I. *Principles of International Law*, Oxford University Press, 2003⁶.
- Buchanan, H., Ryngaert, C. „Member State responsibility for the acts of international organizations”, *Utrecht Law Review*, Volume 7, Issue 1 (January)

- 2011.
- Diez de Velasco Vallejo, M. *Les organisations internationales*, Economica, Paris 2002.
- Finck, F. „L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale. Essai sur la commission d'un fait illicite par un Etat ou une organisation internationale”, Université de Strasbourg, 2011.
- Klabbers, J. „The Concept of Legal Personality”, in: *International Legal Personality* (ed. Fleur Johns), Ashgate Publishing Limited, Surrey 2010.
- Klein, P. „Les articles sur la responsabilité des organisations internationales : quel bilan tirer des travaux de la CDI?”, *Annuaire français de droit international*, Volume 58, 2012, 1-27.
- Kreća, M. *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Krstić, I., Čučković, B. „Pristupanje Evropske unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima kao vid unapređenja zaštite ljudskih prava u Evropi”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, Vol. 64, br. 2/2016, 49-78.
- Milislavljević, B. „Pripisivost kao uslov odgovornosti države u međunarodnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br. 2/2012, 185–207.
- Möldner, M. „Responsibility of International Organizations – Introducing the ILC's DARIO”, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 16, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2012, 281-328.
- Mulgan, R. „Accountability: An Ever-Expanding Concept?”, *Public Administration* Vol. 78 No. 3/2000, 555–573.
- Nollkaemper, A. „Dual Attribution: Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, 1143–1157.
- Palchetti, P. „La répartition de la responsabilité pour faits internationalement illicites commis au cours d'opérations multinationales”, *Revue internationale de la Croix-Rouge Sélection française*, Volume 95, 3 et 4/2013.
- Papić, T. „Pojam međunarodne organizacije iz Nacrta članova o odgovornosti međunarodnih organizacija Komisije UN za međunarodno pravo”, *Pravni zapisi*, 1/2011.
- Pellet, A. „International Organizations Are Definitely Not States. Cursory Remarks On The ILC Articles On The Responsibility of International Organizations”, in: *Responsibility of International Organizations* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2013.
- Runjić, Lj. „Međunarodnopravna odgovornost država članica za čine međunarodnih organizacija”, *Zbornik PFZ*, Vol. 64, 4/2014, 667-685.
- Stumer, A., „Liability of Member States for Acts of International Organizations:

- Reconsidering the Policy Objections“, *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, 2/2007, 553-580.
- Talmon, S. „Responsibility of International Organizations: Does the European Community Require Special Treatment“, in: *International Responsibility Today* (ed. Maurizio Ragazzi), Koninklijke Brill 2005, 405-421.
- Wilde, R. „Enhancing Accountability at the International Level : The Tensions between International Organizations and Member States and the Underlying Issues at Stake“, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2006, 411.
- Zwanenburg, M.C. *Accountability under International Humanitarian Law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations*, E.M. Meijers Institute, Leiden 2004.

Pravni izvori

- Advisory Committee on Issues of Public International Law, „Advisory Report on Responsibility of International Organizations“, Advisory Report No. 27, CAVV, The Hague December 2015;
- Izveštaj Komisije za međunarodno pravo „Međunarodna odgovornost za štetne posledice koje proizilaze iz akata koji nisu zabranjeni međunarodnim pravom“, <http://legal.un.org/ilc/guide/9.shtml>.
- Bečka konvencija o pravu ugovora, UN Publication, Volume 1155, No. 18231, 1980, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>;
- Nacrta članova o odgovornosti međunarodnih organizacija, *Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two*, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf.
- Nacrt članova o odgovornosti država za protivpravne akte u međunarodnom pravu, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>.
- Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, *A/RES/66/100* od 9. decembra 2011. godine, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=%20A/RES/66/100.
- Rezolucija Generalne skupštine, *UNA/RES/53/102* od 8. decembra 1998. godine, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/102.

Jurisprudencija

Savetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde o naknadi štete pretrpljene u službi Ujedinjenih nacija - *Reparation of Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory opinion of April 11th 1949, Reports of judgements, advisory opinions and orders, I.C.J. Reports 1949, 174, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-FR.pdf>.*

Slučaj pred Međunarodnim sudom pravde o oružanim aktivnostima na teritoriji Konga - *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgement of 19 December 2005, Reports of judgements, advisory opinions and orders, I.C.J. Reports 2005, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-FR.pdf>.

Slučaj pred Međunarodnim sudom pravde o vojnim i paravojnim aktivnostima u i protiv Nikaragve - *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgement of 27 June 1986, Reports of judgements, advisory opinions and orders, I.C.J. Reports 1986, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>

Slučaj pred Evropskim sudom za ljudska prava - *Banković v. Belgium*, 2001–XII Eur. Ct. H.R. 333 (GC), http://www.rulac.org/assets/downloads/ECtHR_Bankovic_Admissibility.pdf.

Slučaj pred Evropskim sudom za ljudska prava - *Décision Behrami c. France*, requête n. 71412/01, 2 mai 2007.

Slučaj pred Evropskim sudom za ljudska prava - *Décision Saramati c. France, Allemange et Norvège*, requête n. 78166/01, 2 mai 2007.

Internet izvori

<http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-FR.pdf>;

<http://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-FR.pdf>;

http://www.rulac.org/assets/downloads/ECtHR_Bankovic_Admissibility.pdf;

<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>;

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf;

http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_545.pdf;

<http://legal.un.org/ilc/guide/9.shtml> ;

<http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>.

Antonia Jutronić

PhD Student, Faculty of Law, University of Belgrade

**ESTABLISHMENT OF RESPONSIBILITY OF
INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN LAW
AND PRACTICE**

Summary

The formal recognition of international personality of international organizations has led to questioning of responsibility of international organizations for internationally wrongful acts. This article examines applicability of elements for establishment of responsibility of international organizations, by taking into account to a large extent the provisions of ILC's Draft Articles on Responsibility of International Organizations and the practical examples issued from international jurisprudence.

By determining differing nature of legal personalities of states and international organizations, what includes differing basis for establishment of responsibility for internationally wrongful acts, the author underlines also a non-uniformity of legal structure of existing international organizations. Secondly, the term of responsibility and its applicability to international organizations are examined in relation to three concepts: responsibility, liability и accountability. Bearing in mind that States, as original subjects of international law and creators of international organizations, participate actively in work of international organizations, the third part of the article put the question about the interaction between responsibility of member states and responsibility of international organizations.

Keywords: international organization, international responsibility, state, unlawful act, violation of international obligations.

Bogdana Stjepanović
 master prava *

Pregledni naučni rad
UDK: 347.611
doi:10.5937/spz1803233S

**PRAVO DETETA ZAČETOG UZ POMOĆ ASISTIRANE
 REPRODUKCIJE DA DOBIJE INFORMACIJU O SVOM
 DONORU - UPOREDNOPRAVNA REŠENJA ****

Apstrakt

Pravo deteta da dobije informacije o svom donoru a samim tim i o svom genetskom poreklu izvodi se iz prava deteta da zna ko su mu roditelji, što je predviđeno članom 7. Konvencije o pravima deteta. Da bi se član 7 shvatio na odgovarajući način potrebno ga je tumačiti uz osvrt na član 8 iste konvencije - pravo deteta da očuva svoj identitet, kao i na član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima - pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.

U pogledu prava deteta začetog postupkom asistiranе reprodukcije da dobije informacije o svom donoru u uporednom pravu susrećemo dva suprotstavljena stanovišta. Jedna grupa zakonodavstava (švedsko, austrijsko, nemačko, britansko) predviđa neograničenu dostupnost identifikacionih informacija o donoru, dok druga grupa (francusko, dansko, norveško, rusko) predviđa apsolutnu zakonsku zabranu pristupu informacijama o davaocu genetskog materijala, osim informacija koje imaju medicinski značaj. Naročit osvrt je učinjen u pravcu zakonskog rešenja predviđenog u pravu Švedske kao države koja je prva predvidela pravo deteta začetog postupkom asistiranе reprodukcije da dobije informacije o svom donoru.

Cilj ovog rada je da damo prikaz uporednopravnih rešenja, predložimo prednosti i nedostatke jednog i drugog pristupa i damo predlog jedinstvenog rešenja.

Ključne reči: *asistirana reprodukcija, porodično pravo, pravo deteta, biološko poreklo.*

* Istraživač pripravnik na Institutu za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: bogdanastjepanovic@gmail.com.

** Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje“ (ev. br. 179031) koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

1. Uvod

Poslednjih godina na međunarodnom planu dosta pažnje privlači pitanje zakonskog uređenja prava deteta začetog uz biomedicinsku pomoć (slučajevi začeća artificijelnom heterolognom inseminacijom ili darivanom jajnom ćelijom) na saznavanje svog biološkog porekla. U vezi sa ovim pitanjem uočena su dva problema. Prvi problem tiče se moralne obaveze roditelja da detetu saopšti istinu o njegovom začeću, odnosno o genetskom poreklu. Drugi problem odnosi se na pravnu mogućnost deteta da sazna informacije vezane za ličnost donora. U pogledu rešenja ovih pitanja u stranim zakonodavstvima nailazimo na dva suprotna rešenja. Jedna grupa zemalja (Švedska, Austrija, Nemačka i Velika Britanija) predviđa neograničenu dostupnost identifikacionih informacija o donoru, dok druga grupa zemalja (Francuska, Danska, Norveška, Rusija) predviđa apsolutnu zakonsku zabranu saznavanja svih podataka o davaocu genetskog materijala (izuzimajući samo saznavanje podataka koji imaju medicinski značaj).

Do 2005. godine moglo se govoriti i o trećem pristupu rešavanju ovog pitanja, koji je najpotpunije bio demonstriran u pravu Velike Britanije, a sastojao se od toga da su se detetu mogli otkriti samo podaci o donoru kao što su podaci o fizičkim karakteristikama, porodičnom poreklu, obrazovanju, sposobnostima, interesovanjima, socijalnom statusu i zdravstvenoj istoriji.¹ Izmenama zakona od 1.4.2005. godine predviđeno je da donori moraju dozvoliti otkrivanje svog identiteta detetu kada ono navrší 18 godina. Prema mišljenjima iznetim u pravnoj literaturi, rešenje koje garantuje otkrivanje samo neidentifikovanih podataka o donoru na prvi pogled čini se kao prihvatljivo i kompromisno - na pola puta između interesa donora da ostanu anonimni i potrebe deteta da sazna ko je njegov genetski predak, ali opasnost leži u tenziji koju takvo rešenje stvara kada je dete svesno da identifikacioni podaci o donoru postoje, ali su mu oni nedostupni.²

Izvor prava deteta na informacije o njegovom genetskom poreklu proizlazi iz prava deteta da zna ko su mu roditelji, što je zagantovano članom 7 Konvencije o pravima deteta.³ Član 7 Konvencije treba tumačiti zajedno sa članom 8 koji se odnosi na pravo deteta da sačuva svoj identitet. U vreme sačinjavanja Konvencije član 7 se odnosio na usvojenju decu.. Danas, međutim,

¹ Paragraf 31, Human fertilisation and embryology act 1990, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>, 03.08.2018.

² M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet, Beograd 2015, 216.

³ Zakon o ratifikaciji konvencije o pravima deteta, *Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori*, br. 15/90 i *Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97.

široko je prihvaćeno da se primena člana 7 odnosi i na decu začetu doniranjem genetskog materijala. Na ovakav zaključak nas navode Izveštaji država članica Komiteta za prava deteta u kojima se postavlja pitanje i razmatra problematika uređenja prava deteta začetog doniranjem genetskog materijala na saznavanje identiteta donora, a samim tim i sopstvenog biološkog porekla.⁴

U radu ćemo dati prikaz nekih zakonskih rešenja zemalja koje pripadaju dvema grupama zakonodavstava zavisno od prihvaćenog koncepta anonimnosti ili potpune transparentnosti informacija o identiteta davaoca genetskog materijala. Kroz analizu dve specifične presude Evropskog suda za ljudska prikazaćemo razvoj shvatanja o postojanju i obimu prava deteta začetog asistiranom oplodnjom na saznanje informacija o biološkom poreklu. Na samom kraju rada daćemo predlog rešenja ovog pitanja koji bi na najveći mogući način ujednačio praksu zemalja članica.

2. Zakonodavstva koja predviđaju neograničenu dostupnost identifikacionih informacija o donoru

Sve veći broj zemalja poslednjih godina u svoja zakonodavstva unosi odredbe o dostupnosti identifikacionih informacija o donoru. Zemlje koje zastupaju stanovište o neograničenoj dostupnosti identifikacionih informacija o donoru kao argumente za opravdanje svog stava navode: afirmaciju prava deteta da zna istinu o svom biološkom poreklu, zaštitu ljudskog dostojanstva deteta i prava na razvoj njegove ličnosti, izbegavanje mogućnosti da dete slučajno sazna za način začeća, što bi kod njega moglo izazvati uznemirenost i zbunjenost.⁵

2.1. Švedska

Švedska je prva zemlja koja je 1985. godine Zakonom o inseminaciji⁶ zakonski regulisala donorsku inseminaciju. Ovim zakonom bilo je pred-

⁴ R. Hodgkin, P. Newell, Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child (UNICEF), Fully revised third edition (2007), 105, https://www.globaldisabilityrightsnow.org/sites/default/files/related-files/346/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child.pdf, 03.08.2018.

⁵ L. Frith, „Gamete donation and anonymity - the ethical and legal debate“, *Human Reproduction*, Vol.16, 5/2001, 818-824, <https://doi.org/10.1093/humrep/16.5.818>, 04.08.2018.

⁶ Lag (1984:1140) om insemination, https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19841140-om-insemination_sfs-1984-1140, 05.08.2018.

viđeno da se informacije o donoru čuvaju i da se učine dostupnim deci kada oni steknu zrelost da dobiju te informacije. Takvo zakonsko rešenje privuklo je mnogo pažnje na međunarodnom nivou. Sa pažnjom su došle i mnogobrojne debate i osporavanja ovakvog koncepta. Glavni argument protivnika ovakvog rešenja bio je da će transparentnost informacija o donorima dovesti do smanjenog broja donora u Švedskoj. Međutim, u praksi se desilo upravo suprotno - nakon donošenja pomenutog zakona došlo je da povećanja broja donora.⁷ Opisani rezultat može poslužiti kao jedan od dokaza korisnosti i opravdanosti uvođenja potpune transparentnosti informacija o identitetu donora, transparentnosti koja će biti korisna kako za decu tako i za lica koja su darivala biološki materijal.

Zakonsko regulisanje instituta veštačke oplodnje u pravu Švedske prošlo je kroz nekoliko faza. U početku se odredbe o dostupnosti informacija o donoru odnosile samo na donore sperme, a tek od 2003. godine⁸ ove odredbe se odnose i na donore jajne ćelije. Do 2003. godine donacija jajne ćelije bila je nezakonita. Na osnovu takvih zakona sva deca začeta uz biomedicinsku pomoć nakon 1. marta 1985. godine imaju pravo da pribave informacije o donoru, kako spermatozoida tako i jajne ćelije. Prvog jula 2006. godine oba akta su bila ukinuta, a zatim su, suštinski neizmenjena, ponovo stupila na snagu kao jedinstveni akt.⁹ Pomenuti zakon reguliše sve aktivnosti vezane za asistiranu reprodukciju, uključujući pristup informacijama vezanim za donore. U šestom poglavlju koji nosi naziv „Inseminacija“, u petom delu, uređuje se pravo na informaciju o donoru. Predviđeno je da osoba začeta inseminacijom sperme od čoveka za koga majka nije udata ili sa kojim majka ne živi ima pravo pristupa podacima o donoru koji su upisani u posebnom dnevniku bolnice, ako je ta osoba koja traži informaciju o donoru dostigla dovoljnu zrelost.

Ako osoba ima razlog da misli da je on ili ona začeta ovom vrstom inseminacije, komitet za društveno blagostanje je obavezan da, na zahtev, pomogne toj osobi da sazna da li postoje neki podaci o donoru u specijalnim dnevnicima.¹⁰

⁷ K. Daniels, O. Lalos, „The Swedish insemination act and the availability of donors“, *Human Reproduction*, Vol. 10, 7/1995, 1871—1874.

⁸ Lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen, http://riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfatningssamling/lag-1988711-om-befruktning-utanfor-kroppen_sfs-1988-711, 05.08.2018.

⁹ Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m., https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfatningssamling/lag-2006351-om-genetisk-integritet-mm_sfs-2006-351, 08.08.2018.

¹⁰ *Ibid.*

Švedskom modelu se može prigovoriti jer ne predviđa tačne mehanizme kojima se dolazi do identifikacionih podataka o donoru. Sporan može biti i deo odredbe koji kaže da donorov potomak ima pravo na podate o donoru nakon što stekne „dovoljnu zrelost“. Mišljenja smo da bi bilo svrshodnije da je u samoj odredbi navedena tačna dob deteta od koje se može služiti ovim pravom. Ono što je u švedskom modelu neosporno jeste da se zakon odnosi na lica začeta posle 1. marta 1985. godine.

2.2. Nemačka

Nemački Parlament je 18. maja 2017. godine usvojio Zakon o uređenju prava na saznavanje sopstvenog porekla u slučaju heterologne upotrebe sperme.¹¹ Zakon će omogućiti deci rođenoj od 2018. godine da dobiju informacije o svom donoru. Zakonom se predviđa osnivanje registra donora sperme sa identifikacionim podacima koji uključuju njihovo ime, adresu, nacionalnost i mesto rođenja. Deca začeta doniranom spermom će imati pravo da zahtevaju ove informacije nakon što napune 16 godina. Roditelji mogu zahtevati ove informacije u ime svoje dece koja još nisu navršila 16 godina. Baza podataka o domorima će se čuvati na Nemačkom institutu za medicinsku dokumentaciju i informaciju (*Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information - DIMDI*) u roku od 110 godina, posle kojih će biti izbrisani. Od donora će biti zatraženo da potpiše obrasce saglasnosti u kojima se pojašnjavaju nova prava i pravila.

Radi izbegavanja nekih nedoumica koje bi mogle da se pojave u praksi, usvojen je amandman na Nemački Građanski zakonik koji razjašnjava da se donori ne smatraju za zakonske očeve, te su oni time zaštićeni od zahteva za izdržavanje dece ili zahteva za nasleđe donora.¹²

¹¹ Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl117s2513.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s2513.pdf%27%5D_1535517172441, 10.08.2018.

¹² https://www.bionews.org.uk/page_96027, 13.08.2018. Isto i u engleskom pravu prema Section 28.6 of the Human Fertilisation and Embriology Act (1990) donor semena licenciranoj klinici ne smatra se ocem deteta. Više vid. S. Panov, *Porodično pravo*, Pravni fakultet, Beograd 2012, 169.

3. Zakonodavstva koja predviđaju apsolutnu zakonsku zabranu pristupu informacijama o davaocu genetskog materijala (osim informacija koja imaju medicinski značaj)

U značajnom broju jurisdikcija detetu začetom uz biomedicinsku pomoć se apsolutno uskraćuje mogućnost saznavanja bilo kakvih informacija o donoru. Francuska, Rusija, Danska i Norveška samo su neke od zemalja u kojim se zastupa stanovište o anonimnosti donora.

Različiti argumenti govore u prilog anonimnosti donora i uskraćivanja prava deteta da sazna istinu o svom biološkom poreklu: saznanje o poreklu bi kod deteta uzrokovalo ogorčenje i stanje ozbiljnog psihološkog i emocionalnog šoka; anonimnost donora nije u suprotnosti sa ljudskim dostojanstvom deteta, vrednost saznanja o genetskom poreklu nije naročito velika, jer se ne zna koja će svojstva genetskog roditelja preći na dete itd.¹³

3.1. Francuska

Prvi zakon kojim se reguliše materija asistirane reprodukcije u Francuskoj usvojen je 1994. godine. Nakon donošenja dva puta je menjan - 2004. i 2011. godine. Danas je na snazi Zakon o bioetici iz 2011. godine.¹⁴ Navedeni zakon dopunjuje prethodni zakon iz 2004. godine usklađujući ga sa najnovijim naučnim otkrićima na polju biologije i medicine. Anonimnost donora (sperme i jajne ćelije) predviđena je članom 27 ovog akta.

3.2. Rusija

Prema ruskom zakonodavstvu, donor bira da li će biti anonimn ili ne. Prema Porodičnom zakonu Ruske Federacije,¹⁵ dete koje rodi neudata ruska građanka, začeto veštačkom oplodnjom spermom davaoca, sa pravne tačke gledišta, nema oca. Donor sperme nema roditeljska prava i zakonske obaveze u vezi sa detetom koje je rođeno kao rezultat veštačke

¹³ <https://debatewise.org/debates/2986-sperm-and-egg-donors-anonymity/>, 13.08.2018.

¹⁴ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, <https://www.legifrance.gouv.fr/af-fichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323102>, 13.08.2018.

¹⁵ Semejniy kodeks Rossijskoj Federacii ot 29.12.1995. N 223-FZ (red. ot 29.07.2018) (Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 29.07.2018)), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8982/, 13.08.2018.

oplodnje njegovom doniranom spermom.¹⁶

Do 30. avgusta 2012. godine u Ruskoj Federaciji ovo pitanje je bilo uređeno tačkom 6 Instrukcijom Ministarstva Zdravlja Rusije od 26. februara 2003. broj 67 „O primeni pomoćnih reproduktivnih tehnologija u terapiji muške neplodnosti“.¹⁷ Taj akt je izgubio pravnu snagu. Danas je u Ruskoj Federaciji donacija sperme regulisana Saveznim zakonom od 21. novembra 2011. godine, № 323-FZ „O osnovama zdravstvene zaštite građana Ruske Federacije“¹⁸ i Instrukcijom Ministarstva zdravlja Ruske Federacije od 30. avgusta 2012., № 107N „O pravilnoj upotrebi pomoćnih reproduktivnih tehnologija, kontraindikacijama i ograničenju u njihovoj primeni“.¹⁹

U Saveznom zakonu iz 2011. godine u članu 55, tački 8 se navodi da građani imaju pravo na medicinske informacije o donoru, o njegovoj rasi, nacionalnosti, a takođe i o spoljašnjim fizičkim karakteristikama.²⁰

4. Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta

Pravo deteta da dobije informaciju o biološkom poreklu izvedeno je iz prava deteta da zna ko su mu roditelji.

Pravo deteta da zna ko su mu roditelji predviđeno je članom 7(1) Konvencije o pravima deteta u kome se detetu garantuje pravo da će biti

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ P. 6 prikaza Minzdrava Rossii ot 26 fevralja 2003 g. № 67 „, O primenjenii vspomogateljnih reproduktivnih tehnologij (VRT) v terapii ženskogo i mužskogo besplodija“ (п. 6 приказа Минздрава России от 26 февраля 2003 г. № 67 „, O применении вспомогательных репродуктивных технологий (BPT) в терапии женского и мужского бесплодия“), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_42017/, 16.08.2018.

¹⁸ Federalnij zakon ot 21.11.2011. N 323-FZ (red. ot 03.08.2018) „Ob osnovah ohrani zdorovija graždan v Rossijskoj Federacii („Федеральный закон от 21.11.2011 N 323-ФЗ (ред. от 03.08.2018) „Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации“), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_121895/3b0e0cbbd6f1b1a07c0b0b3d4df406a2ecf108a1/, 16.08.2018.

¹⁹ Prikaz Minzdrava Rossii ot 30 avgusta 2012 g. № 107n „O porjadke ispolzovanija vspomogateljnih reproduktivnih tehnologij, protivopokazanijah i ograničenijah k ih premeneniju“ (Приказ Минздрава России от 30 августа 2012 г. № 107н „O порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаний и ограничений к их применению“), <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70218364/>, 18.08.2018.

²⁰ Statija 55. Primenenije vspomogateljnih reproduktivnih tehnologij, Federalnij zakon ot 21.11.2011 N 323-FZ (red. ot 03.08.2018) „Ob osnovah ohrani zdorovja graždan v Rossijskoj Federacii“ (Статья 55. Применение вспомогательных репродуктивных технологий, Федеральный закон от 21.11.2011 N 323-ФЗ (ред. от 03.08.2018) „Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации“), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_121895/3b0e0cbbd6f1b1a07c0b0b3d4df406a2ecf108a1/

registrovano odmah nakon rođenja i da će imati od rođenja pravo na ime, pravo na sticanje državljanstva i uvek kada je to moguće, pravo da zna ko su mu roditelji i pravo na njihovo staranje. U stavu 2 istog člana obavezuju se države ugovornice da obezbede primenu navedenih prava u skladu sa svojim nacionalnim zakonom i svojim obavezama u skladu s odgovarajućim međunarodnim instrumentima iz ove oblasti, posebno u slučajevima u kojima bi dete u suprotnom bilo apatrid.

Da bi se pravilno razumeo, član 7 je potrebno tumačiti zajedno sa članom 8 Konvencije koji se odnosi na očuvanje identiteta deteta.

Član 8. Konvencije o pravima deteta u stavu 1 predviđa obavezu za države članice da poštuju pravo deteta na očuvanje svog identiteta, uključujući državljanstvo, ime i porodične veze, kako je to priznato zakonom, bez nezakonitog mešanja. Stavom 2 ovog člana utvrđuje se obaveza za države članice da pruže odgovarajuću pomoć i zaštitu detetu lišenom nekih ili svih elemenata svog identiteta kao i da pruže potrebnu zaštitu kako bi detetu što pre bio vraćen identitet. Mišljenja smo da se ova odredba Konvencije može tumačiti u smislu obaveze država članica da svoj deci (pa tako i onoj začetoj postupkom asistiranе reprodukcije) pruže potpune informacije o elementima njihovog identiteta. Jedan od tih elemenata svakako je i poznavanje bioloških roditelja.

U vreme donošenja Konvencije o pravima deteta, pravo deteta da zna svoje biološko poreklo odnosilo se na usvojenu decu. Tumačenje ova dva člana u pogledu prava deteta da zna svoje poreklo varira od države do države, a dogodilo se i da se stavovi razilaze u okviru federacija (npr. Australija).²¹

Iz izveštaja koje države potpisnice ove konvencije podnose Komitetu za prava deteta može se zaključiti da se pravo na saznanje porekla priznato članom 7 odnosi i na decu začetu biomedicinski asistiranim putem. Na isti zaključak nas navode i izjave Komiteta Ujedinjenih Nacija.²²

Smatramo da postoje određeni termini iz člana 7 Konvencije koje treba posebno analizirati.

4.1. Termin roditelj u Konvenciji o pravima deteta²³

Ranije je termin roditelj bio poprilično jednoznačan. Postojali su biološki roditelji i psihološki roditelji - usvojioци ili hranioци. Danas, s

²¹ https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/2010-13/donorconception/report/c02, 22.08.2018.

²² R Hodgkin, P. Newell, 105.

²³ *Ibid.*

obzirom na razvoj nauke i medicine, termin biološki roditelj mora dobiti šire značenje. Pravo je dužno da prati razvoj nauke i zakonski zaštititi da tu novu stvarnost i nove interese nastale u njoj.

Neke zemlje potpisnice Konvencije su stavile rezerve u pogledu obima tumačenja termina „roditelj“ u članu 7. Tako Velika Britanija navodi da se pojam „roditelj“ upotrebljen u članu 7 Konvencije odnosi samo na one osobe koje se po nacionalnom pravu smatraju za roditelje.²⁴

Nakon predstavljenih uvodnih razmatranja vezanih za termin „roditelj“ u članu 7, u Priručniku za implementaciju Konvencije o pravima deteta (Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child), navedena je razumna pretpostavka da se definicija „roditelj“ odnosi na genetske (samo iz medicinskih razloga ovo znanje je od sve većeg značaja za dete) i rođene roditelje - majka koja je rodila i otac koji je u partnerstvu sa majkom u vreme rođenja priznao dete za svoje. Osim toga, takođe bi trebalo uključiti i treću kategoriju - psihološke roditelje deteta, tj. one koji su se brinuli za dete tokom značajnih perioda detinjstva, jer su i te osobe intimno povezane sa identitetom dece, a time i sa njihovim pravima iz člana 8 Konvencije o pravima deteta.

4.2. Fraza „uvek kada je to moguće“²⁵

U stavu 1 člana 7 detetu se garantuje da će biti registrovano odmah nakon rođenja i da će imati od rođenja pravo na ime, pravo na sticanje državljanstva i, uvek kada je to moguće, pravo da zna ko su mu roditelji i pravo na njihovo staranje. Fraza „uvek kada je to moguće“ jeste dosta uopštena i može se shvatiti na različite načine. Tu, najpre, spadaju deca čiji roditelji ne mogu biti identifikovani - npr. napuštena deca, pri čemu države mogu veoma malo da učine da bi se poboljšao položaj takve dece. Drugi slučaj jeste kada majka odbije da saopšti informacije o ocu deteta (npr. u slučajevima incesta ili silovanja). Iako bi majke mogle biti zakonski obavezne da imenuju oca, bilo bi teško izvršiti ovu obavezu i moglo bi

²⁴ Committee on the Rights of Child, Reservations, declarations and objections relating to the convention on the rights of the child, CRC/C/2/Rev.8, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F2%2FRev.8&Lang=en, 24.08.2018.

²⁵ U originalnom tekstu Konvencije o pravim deteta stoji „as far as possible“, u Zakonu o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih Nacija ova fraza je prevedena kao „ako je to moguće“, a pojedini autori smatraju da bi prevod trebalo da glasi „uvek kada je to moguće“. Vidi. M. Draškić, 255. Mi smo se u ovom radu opredelili za prevod „uvek kada je to moguće“ jer smatramo da on na potpuniji način oslikava ono čemu Konvencija teži.

se govoriti o sukobu prava između prava majke i prava deteta. Međutim, u mnogim zemljama očevi dece rođene van braka često odbijaju da budu identifikovani. Priznajući da je ovo socijalni problem, Komitet smatra da država treba da ima aktivniju ulogu i ističe da je „ (...) zabrinut zbog toga što mnoga deca rođena van braka ne poznaju identitet svog oca, između ostalog, zbog društvenih pritisaka što dovodi do toga da majke nisu spremne da podnesu tužbu za utvrđenje očinstva.“²⁶ Treće, postoje situacije kada država odluči da detetu ne treba biti otkriven identitet roditelja. Tu spada, na primer, situacija kada zakon o usvajanju ograničava pravo dece na pristup informacijama da su usvojeni i ko su njihovi roditelji. Komitet je, tim povodom, izrazio zabrinutost zbog velikog broja zemalja koje vode politiku „tajnih“ usvajanja i uvek preporučuje da se deci kaže ko su im roditelji.²⁷ Drugi primer bio bi u slučaju začeca doniranjem sperme ili jajne ćelije u velikom broju zemalja identitet donora se čuva u tajnosti.

U tumačenju člana 7 povelu se rasprava i o tome da li se on odnosi na „najbolji interes deteta“. Preovladalo je mišljenje da se ne odnosi, iako su to predložili neki delegati tokom izrade konvencije.²⁸

„Uvek kada je to moguće“ pruža mnogo strože i manje subjektivne kvalifikacije od „najboljih interesa“. Ta fraza podrazumeva da deca imaju pravo da znaju svoje roditelje uvek kada je to moguće. Jedino opravdanje za uskraćivanje detetu prava da zna ko su mu roditelji bi bilo ako se radi o napuštenom deteta. Mogu se čuti stavovi da je potrebno detetu saopštiti podatke o poreklu čak iako to nije u njegovom najboljem interesu. Mišljenja smo da to ne sme biti tako čvrsto određeno. Pri svakom odlučivanju potrebno je rukovoditi se najboljim interesom deteta. Može se eventualno prigovarati nedovoljnoj određenosti ovog pravnog standarda, ali dok se ne pronade neko drugo, određenije rešenje, nije poželjno zaobilaziti ovaj polazni pravni standard vezan za prava deteta. Tvrdnja da detetu treba

²⁶ Committee on the rights of the child, Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Italy, CRC/C/15/Add.198, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.198&Lang=en, 26.08.2018.

²⁷ „Komitet ponavlja svoju zabrinutost zbog prakse zadržavanja identiteta bioloških roditelja usvojenika u tajnosti ...“. „Zakon o usvajanju bi trebalo da garantuje pravo deteta da zna svoje poreklo i da ima pristup informacijama o onom iz čega dolazi i vitalnoj medicinskoj istoriji deteta i bioloških roditelja ...“, Committee on the rights of the child, Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Armenia, CRC/C/15/Add.225, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.225&Lang=en, par. 38.

²⁸ Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/1989/48, <http://hr-travaux.law.virginia.edu/document/crc/ecn4198948/nid-139>, 26.08.2018.

saopštiti ko su mu roditelji, nadalje, proizlazi iz parcijalnog posmatranja odredbi same Konvencije. Potrebno je primeniti holistički pristup i istaknuti problem ispitati na osnovu svih relevantnih odredbi Konvencije o pravima deteta. Posmatrajući na ovaj način pomenute odredbe čini se jasnim da bi dobrobit deteta, u nekim najekstremnijim i nedvosmislenim okolnostima, mogla biti ugrožena otkrivanjem identiteta njegovog ili njenog roditelja. S obzirom na razne studije koje ukazuju na potrebu dece da saznaju svoje biološko poreklo i na probleme u razvoju ličnosti koje može izazvati nedostatak takvih informacija,²⁹ potrebno je deci dati mogućnost da, kada steknu dovoljnu duševnu zrelost, zatraže i dobiju potpune informacije o identitetu donora. Drugo, „najbolji interesi“ nigde nisu definisani i nema lakih odgovora na pitanje da li je štetnije za najbolje interese dece da im se pruže teške informacije o njihovom poreklu ili da im se ove informacije uskrate.

Iz člana 5 Konvencije (razvijajući kapaciteti deteta) i člana 12 (mišljenje deteta) proizlazi da se ne može jednoznačno u svakom momentu razvoja deteta odlučivati o onom što jeste ili nije u njegovom najboljem interesu, a tiče se znanja o vlastitom poreklu. Svakako da najbolji interes trogodišnjaka nije jednak najboljem interesu petnaestogodišnjaka. I pored toga što mnoga deca ne žele da upoznaju svoje genetske roditelje, pod uslovima člana 7, preporuka data u Priručniku za implementaciju uz Konvenciju o pravima deteta je da država treba da obezbedi da informacije o genetskim roditeljima budu očuvane i da budu dostupne deci, ako je moguće.³⁰

Kada se govori o najboljem interesu deteta, vezano za saznanje informacija o donoru sprema ili jajne ćelije, najčešće se susreću dve konstatacije - da nije u najboljem interesu deteta da zna da je začeto veštačkim putem i da će se smanjiti broj donora ako bude propisana transparentnost informacija o njima.³¹ Mišljenja smo da ova dva argumenta ne stoje. Prvi

²⁹ Učesnici su svi imali zajedničko osećanje da su na nekom nivou znali da u njihovim porodicama postoji nešto što nije u redu. Prema rečima jednog učesnika: uvek sam osećao kao da nisam pripadao ovim ljudima - tražio sam dokaze o svom „usvajanju“ godinama kao dete ... To (zadržavanje informacija – prim. aut.) je stvorilo „pokrivač tajnosti“ i „osećaj sramote“ o nečemu što sam mogao da osetim, ali od onoga što nisam imao pravog znanja - uvek sam sumnjao da nešto nije kako treba- ali nisam znao šta je to - ne postoji način da moj osećaj samopoštovanja nije mogao biti oštećen tim iskustvom... A.J. Turner, A. Coyle, „What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy“, *Human Reproduction*, Vol. 15, 9/2000, 2041-2051, <https://pdfs.semanticscholar.org/46e4/85013e7fac9f5fb44648d32de36264735cbc.pdf>, 29.08.2018.

³⁰ R. Hodgkin, P. Newell, 105.

³¹ L. Frith, 818-824; K. Daniels, O. Lalos, 1871-1874.

zato što iz studija koje su se bavile psihološkim aspektom neizvesnosti biološkog porekla proizlazi da neznanje tih važnih činjenica može biti štetno po razvoj ličnosti, a zatim i zato što je poznavanje genetskog porekla važno iz čisto medicinskih razloga. Drugi razlog jeste što u zemljama koje su uvele potpunu transparentnost informacija o donoru nije došlo do smanjenja broja donora, već je došlo do promene u njihovoj strukturi (npr. u Švedskoj su sada donori zreliji muškarci, najčešće oženjeni i čija porodica zna i podržava tu njegovu odluku).

Mišljenje Komiteta je da u svakom slučaju pravo na veštačku oplodnju treba biti tako koncipirano da štiti pravo i dobrobit deteta, a ne da zadovoljava potrebe parova bez dece.³²

5. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³³

Konvencija o pravima deteta jeste najefikasniji međunarodni dokument za zaštitu prava dece začete asistiranom reprodukcijom da znaju svoje biološko poreklo, ali njen glavni nedostatak jeste nepostojanje mehanizma kojim bi se prava sadržana u njoj sprovela u delo. Još jedan nedostatak Konvencije jeste što se odnosi samo na decu, a ne i na odrasle koji su začeti asistiranom reprodukcijom. Konvencija koja nadopunjuje ovaj nedostatak Konvencije o pravima deteta jeste Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, tačnije član 8 ove konvencije (Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života). Posmatrajući u korelaciji i tumačeći odredbe jedne konvencije kroz odredbe druge konvencije ostvarujemo najpotpuniju zaštitu prava deteta.

U slučaju *Gaskin v The United Kingdom*³⁴ Evropski sud za ljudska prava je potvrdio da se „pravo na poštovanje privatnog života“ predviđeno u članu 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama odnosi na mogućnost svakog lica da sazna informacije o svom

³² Committee on the rights of the child, Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the rights of the child: Norway, CRC/C/15/Add.23, par. 28 i 29, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.23&Lang=en, 30.08.2018.

³³ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005-ispavka i *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

³⁴ <http://www.juridischeuitspraken.nl/19890707EHRMGaskin.pdf>, 30.08.2018.

identitetu.³⁵ Iz nekoliko sukcesivnih odluka Suda jasno se vidi da pravo da se zna biološko poreklo potpada pod koncept privatnog života predviđenog članom 8 Konvencije (*Odièvre v France*, *Jäggi v Switzerland*, *Mikulić v Croatia*).³⁶

Tačkom 1 člana 8 pruža se garancija svakom licu na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Mišljenja smo da pravo na poštovanje porodičnog života obuhvata i pravo dece na informaciju o donoru koji predstavlja njegovog biološkog roditelja i ulazi u njegov privatni život.

Postoje snažni argumenti koji podržavaju stav da se pravo na poznavanje genetskog porekla prema Konvenciji o pravima deteta i Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima proširuje i na potomstvo donora. Osnovni izvori tog prava jesu član 7 Konvencije o pravima deteta koji predviđa pravo na poznavanje svojih roditelja i član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima koji sadrži pravo na poštovanje privatnog života. Međutim pravo na identifikacione podatke nije apsolutno.³⁷ Konvencija o pravima deteta ograničava ovo pravo tako što predviđa da dete ima pravo da zna svoje roditelje „uvek kada je to moguće“. U Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima pravo na privatnost može biti ograničeno tamo gde je u sukobu sa zaštitom prava drugih lica. Shodno tome, apsolutno pravo na identifikacione podatke o donoru nije kao takvo zagarantovano nijednom konvencijom. Mišljenja smo da bi ovo trebalo izmeniti i jednim novim međunarodnim dokumentom ili dopunom nekog od postojećih posebno zagarantovati pravo deteta začetog asistiranom reprodukcijom da dobije informacije o identitetu svog donora. To je dalje razrađeno u praksi Evropskog suda o ljudskim pravima u pojedinim sudskim slučajevima.

5.1 Slučaj *Odièvre v France*

U ovom predmetu, Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava, potvrdilo je da pravo na privatni život garantovano članom 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, uključuje pravo odrasle osobe rođene u pos-

³⁵ Više o tome: A. Čović, *Prava deteta evolucija, realizacija i zaštita*, Beograd 2017, 127.

³⁶ Case of *Odièvre v France*, Application no. 42326/98, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60935>, Case of *Jäggi v Switzerland*, Application no. 58757/00, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76412>, Case of *Mikulić v Croatia*, Application no. 53176/99, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60035>, 30.08.2018.

³⁷ Pod identifikacionim podacima podrazumevaju se podaci koji se odnose na identitet osobe, kao što su ime i prezime, fizičke karakteristike, medicinske istorija i sl.

tupku anonimnog porođaja da zna svoje poreklo. Međutim, u konkretnom slučaju, Sud je sa 10 glasova za i 7 protiv odbio da utvrdi da francuska praksa anonimnog porođaja predstavlja kršenje prava na privatni život prema članu 8. Konvencije. Mišljenje Suda je da je, prema francuskom zakonu, pravo majke na anonimnost jače u odnosu na pravo deteta da zna svoj identitet. Kao rezultat takvog rasuđivanja Suda, podnositeljka predstavke nije imala pravo da dobije informacije koje bi identifikovale njenu biološku majku. Sud je smatrao da je francusko zakonodavstvo nastojalo da „ustpostavi ravnotežu i da obezbedi dovoljno proporcije između konkurentskih interesa“. Na taj način je zaključeno da Francuska nije prekršila obaveze koje kao država ima, s obzirom na složenu i osetljivu prirodu konkretne materije. Deo sudija koji su bili mišljenja da je Francuska povredila pravo podnositeljke predstavke da zna svoje biološko poreklo zaključili su da nije ni bilo moguće balansirati interese u konkretnom slučaju jer je „francuski zakon prihvatio da je odluka majke stvorila apsolutnu prepreku svakom zahtevu podnosioca zahteva za informacije, bez obzira na razloge ili legitimitet te odluke“. Dakle, veliki problem odluke u slučaju *Odièvre*, kako se vidi po mišljenju manjeg dela sudija, jeste to što Sud u potpunosti nije razmatrao sukob interesa. Neuzimanje u obzir postojanja potencijalno suprotstavljenih interesa čini navedenu presudu lako podložnu kritikama. Imajući to u vidu, moglo bi se dogoditi da opisana presuda bude neadekvatan osnov prilikom rešavanja drugih zahteva o pravu na poznavanja biološkog porekla. Jedan od takvih slučajeva mogao bi biti i onaj u kome bi potomci donora tražili informacije o donoru.

5.2. Slučaj *Jäggi v Switzerland*

Tri godine nakon odluke *Odièvre* doneta je presuda u slučaju *Jäggi* protiv Švajcarske, u kojoj se očituje kapacitet Evropskog suda za ljudska prava kao razvijajućeg organa. Odlučujući u ovom slučaju Sud je razjasnio zahtev postavljen u prethodnom slučaju da se uzmu u obzir i balansiraju konkurentni interesi u određivanju da li je bilo kršenje člana 8 Konvencije.

Utvrđujući da se radi o povredi člana 8 Konvencije, Sud je prvo potvrdio da pravo na poznavanje bioloških predaka ulazi u okvir pojma „privatnog života“ koji obuhvata važne aspekte ličnog identiteta, kao što je identitet roditelja. Štaviše, Sud nije mogao pronaći razloge zbog kojih bi iz pojma „privatnog života“ trebalo isključiti, između ostalog, određivanje biološkog odnosa između deteta i njegovog prirodnog oca gde je dete rođeno van braka.

Podnosilac predstavke bio je odrasli muškarac koji je pokušavao da utvrdi identitet svog biološkog oca, za kojeg se pretpostavlja da je čovek koji je umro skoro tri decenije ranije. Da bi se to ustanovilo, bilo je neophodno ekshumirati telo tako da bi se mogli pribaviti uzorci DNK. Švajcarske vlasti su odbile zahtev. U datom slučaju interesu podnosioca predstavke bio je suprotstavljen interes porodice pokojnika koja se suprotstavila uzimanju uzorka DNK. Evropski sud za ljudska prava je sa 5 glasova „za“ i 2 glasa „protiv“ glasao da je prekršen član 8 Konvencije.

Slučaj *Jäggi* protiv Švajcarske posebno je značajan za lica začeta uz pomoć veštačke oplodnje, jer je Sud nedvosmisleno ukazao na to da se mora postići pravi balans između konkurentnih interesa. Izjava Suda o potrebi da se osigura balans između konkurentnih interesa direktno upućuje na komentare izložene u presudi *Odièvre*.

Sud je u slučaju *Jäggi* utvrdio da švajcarske vlasti nisu osigurale poštovanje privatnog života, na šta je podnosilac predstavke imao pravo po Konvenciji. Po mišljenju Suda, pravo da se zna ko su roditelji je sastavni deo pojma privatnog života i osobe koje žele da saznaju ko su im roditelji imaju vitalni interes zaštićen Konvencijom. Stavovi izneti u predmetu *Jäggi* ukazuju na promenu pristupa Suda prema pojedincima koji žele saznati svoje biološko poreklo. S obzirom na to, smatramo da nema razloga da se ovo pravo uskrati licima začetim uz pomoć doniranog genetskog materijala.

Značaj presuda u slučajevima *Odièvre* i *Jäggi* ogleda se u tome što ove dve presude utvrđuju obim prava na informacije o genetskom poreklu, ali takođe i ukazuju na mogući prošireni obim prava na informacije o genetskom poreklu. Dve analizirane presude su takođe i pokazatelj u kojoj meri se deca začeta uz pomoć veštačke oplodnje mogu pouzdati u član 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kao sredstvo za dobijanje informacija o davaocu genetskog materijala.

6. Zaključna razmatranja

Pravo deteta da zna svoje poreklo predviđeno je Konvencijom UN o pravima deteta i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ono što je sporno u analiziranim dokumentima jeste da li ovi akti pružaju zaštitu i deci začetoj uz pomoć asistirane reprodukcije. Mišljenja su podeljena.

Pravo deteta da dobije informaciju o biološkom poreklu izvedeno je iz prava deteta da zna ko su mu roditelji što je predviđeno članom 7 Konvencije o pravima deteta. Da bi se član 7 shvatio na odgovarajući način potrebno ga je tumačiti uz osvrt na član 8 iste konvencije - pravo deteta da očuva svoj identitet, kao i na član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima - pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.

Zavisno od toga da li priznaju pravo na identifikacione informacije o donoru deci začetom postupkom arteficialne inseminacije države se dele u dve grupe. Prvu grupu čine one zemlje koje priznaju pravo deci na pristup podacima o donoru, dok drugu grupu čine zemlje koje zabranjuju pristup identifikacionim podacima.

Zemlja koja je bila pionir u priznavanju prava dece na pristup identifikacionim informacijama jeste Švedska. Švedska je utrla put drugim zemljama u vezi sa pristupom identifikacionim informacijama donora i preduzela aktivne korake kako bi osigurala da se ovo pravo može ostvariti uvođenjem obaveznog vođenja evidencije i zabrane određenih praksi, kao što je mešanje gameta od dva donatora i uvoz gameta bez dozvole.

Primer Švedske sledile su i druge zemlje. U grupu zemalja koje deci začetom postupkom veštačke oplodnje pružaju potpune informacije o donoru spadaju i Nemačka, Austrija, Engleska. U poslednje vreme sve je veći broj zemalja koja menjaju svoja zakonska rešenja i omogućavaju deci začetom postupkom arteficialne inseminacije da pristupe identifikacionim informacijama o donoru. Problem koji se javlja u zemljama koje spadaju u tu grupu je što ne postoje precizni mehanizmi kojima bi se osiguralo da deca koja imaju pravo na pristup informacijama do tih podataka i dođu. Mišljenja smo da bi trebalo angažovati posebno stručna lica koja bi bila dostupna budućim roditeljima i koja bi im predočila razloge za otkrivanje biološkog porekla svog budućeg deteta i kasnije ih savetovala u momentu kada se odluče da to saopšte detetu.

Suprotnu grupu zemalja koje uskraćuju osobama začetim veštačkom oplodnjom podatke o donoru čine Francuska, Rusija, Danska, Norveška. Ove zemlje svoje zakonsko opredeljenje pravdaju nekim od sledećih argumenata: saznanje o poreklu bi kod deteta uzrokovalo ogorčenje i stanje ozbiljnog psihološkog i emocionalnog šoka, anonimnost donora nije u suprotnosti sa ljudskim dostojanstvom deteta, vrednost saznanja o genetskom poreklu nije naročito velika. Izvršenom analizom nastojali smo da opovrgnemo ove argumente i obrazložimo naš stav o potrebi potpune dostupnosti identifikacionim informacijama o donoru.

Analizom dva slučaja koja su izneta pred Evropski sud za ljudska prava prikazali smo razvoj pogleda u ovoj oblasti na međunarodnom nivou i ukazali na to da postoji prostor da se neposredno prizna pravo na pristup identifikacionim informacijama o donoru deci začetom postupkom veštačke oplodnje.

Prvi slučaj iz koga izvlačimo paralelu jeste slučaj Odièvre protiv Francuske. U ovom slučaju Sud je potvrdio da član 8 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda štiti pravo na razvoj ličnosti i da su za lični razvoj neophodni i identifikacioni podaci o osobi što obuhvata i informacije o identitetu roditelja. Problem kod te presude predstavlja nerazmatranje suprotstavljenih interesa – interesa majke da ostane anonimna i deteta da dobije informaciju ko mu je biološka majka. Učinjeni propust Sud je ispravio u sledećoj razmatranoj presudi - Jaggi protiv Švajcarske, koja je od posebnog značaja za lica začeta uz pomoć veštačke oplodnje, jer je Sud nedvosmisleno ukazao na to da se mora postići pravi balans između konkurentskih interesa.

Konvencija o pravima deteta jeste najefikasniji međunarodni dokument za zaštitu prava dece začete asistiranom reprodukcijom da znaju svoje biološko poreklo, ali njen glavni nedostatak jeste nepostojanje mehanizma kojim bi se prava sadržana u njoj sprovela u delo. Potrebno je na međunarodnom nivou doneti poseban akt koji bi bio posvećen regulaciji prava dece začete postupkom asistirane reprodukcije. Nepojmljivo je da prava ove dece, pored svih istraživanja koja ukazuju na štetnost neizvesnosti o nečijem genetskom poreklu, budu zanemarivana na međunarodnom nivou i prepuštena arbitrarnom prosuđivanju pojedinih zakonodavaca. Potrebno je, osim toga, uspostaviti poseban mehanizam kako bi se ova prava i ostvarivala. Kako je reč o delikatnim pitanjima koja zadiru u u privatni život pojedinca, može se očekivati da bi praćenje izvršenja pomenute obaveze bilo otežano, ali činjenica da je nešto teže za sprovođenje ne sme biti opravdanje za pasivnost vlasti i, u pogledu prava na znanje tačnog biološkog porekla, prepuštanje sudbine dece začete postupkom asistirane reprodukcije slobodnom nahođenju pojedinaca.

Literatura

Daniels K., Lalos O., „The Swedish insemination act and the availability of donors“, *Human Reproduction*, vol. 10, 7/1995, 1871—1874, <http://citerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.903.8229&rep=rep1&>

type=pdf.

- Draškić M., *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet, Beograd 2015.
- Frith L., „Gamete donation and anonymity- the ethical and legal debate“, *Human Reproduction*, Vol. 16, 5/2001, 818-824, <https://doi.org/10.1093/hum-rep/16.5.818>.
- Hodgkin R., Newell P., *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child (UNICEF), Fully revised edn (2007)*, https://www.unicef.org/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child.pdf.
- Panov, S., *Porodično pravo*, Pravni fakultet, Beograd 2012.
- Turner A. J., Coyle A., „What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy“, *Human Reproduction*, Vol. 15, 9/2000, 2041-2051. <https://pdfs.semanticscholar.org/46e4/85013e7fac9f5fb44648d-32de36264735cbc.pdf>
- Čović A., *Prava deteta evolucija, realizacija i zaštita*, Beograd 2017.

Pravni izvori

- Case of *Jäggi v Switzerland*, Application no. 58757/00, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76412>.
- Case of *Mikulić v Croatia*, Application no. 53176/99, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60035>.
- Case of *Odièvre v France*, Application no. 42326/98, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60935>.
- Committee on the Rights of Child, Reservations, declarations and objections relating to the convention on the rights of the child, CRC/C/2/Rev.8, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F2%2FRev.8&Lang=en.
- Committee on the rights of the child, Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Italy, CRC/C/15/Add.198, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fc%2f15%2fAdd.198&Lang=en.
- Committee on the rights of the child, Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Armenia, CRC/C/15/Add.225, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fc%2f15%2fAdd.225&Lang=en.

- Committee on the rights of the child, Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the rights of the child: Norway, CRC/C/15/Add.23, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.23&Lang=en.
- Committee on the rights of the child, Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the rights of the child: Switzerland, CRC/C/15/Add.182, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.182&Lang=en.
- Federalnij zakon ot 21.11.2011 N 323-FZ (red. ot 03.08.2018) (Федеральный закон от 21.11.2011 N 323-ФЗ (ред. от 03.08.2018), „Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации“), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_121895/3b0e0cbbd6f1b1a07c0b0b-3d4df406a2ecf108a1/.
- Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBL&jumpTo=bgbl117s2513.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s2513.pdf%27%5D__1535517172441.
- Human fertilisation and embryology act 1990, <https://www.legislation.gov.uk/uk-pga/1990/37/contents>.
- Lag (1984:1140) om insemination, https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19841140-om-insemination_sfs-1984-1140.
- Lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen, http://riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1988711-om-befruktning-utanfor-kroppen_sfs-1988-711.
- Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m., https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2006351-om-genetisk-integritet-mm_sfs-2006-351.
- Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323102>.
- Prikaz Minzdrava Rossii ot 26 fevralja 2003 g. № 67 „ О примененjii vspomogatel'nyh reproduktivnyh tehnologij (VRT) v terapii ženskogo i mužskogo besplodija“ (п. 6 приказ Минздрава России от 26 февраля 2003 г. № 67 „О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия“), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_42017/.

- Prikaz Minzdrava Rossii ot 30 avgusta 2012 g. № 107n „O porjadke ispoljzovanija vspomogateljnih reprodukivnih tehnologij, protivopokazanijah i ograničenijah k ih premeneniju“ (Приказ Минздрава России от 30 августа 2012 г. № 107н „О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению“), <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70218364/>.
- Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/1989/48, <http://hr-travaux.law.virginia.edu/document/crc/ecn4198948/nid-139>.
- Semejnij kodeks Rossijskoj Federacii ot 29.12.1995. N 223-FZ (red. ot 29.07.2018) (Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 29.07.2018)), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8982/.
- Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. List SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005-ispravka i *Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.
- Zakon o ratifikaciji konvencije o pravima deteta, *Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori*, br. 15/90 i *Službeni list SRJ- Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97.

Internet izvori

- https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/2010-13/donorconception/report/c02.
- <http://www.juridischeuitspraken.nl/19890707EHRMGaskin.pdf>
- https://www.bionews.org.uk/page_96027
- <https://debatewise.org/debates/2986-sperm-and-egg-donors-anonymity/>

Bogdana Stjepanović, M.A.

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

THE RIGHT OF A CHILD STARTED WITH ASSISTED REPRODUCTION AID TO GET INFORMATION OF ITS DONORS – COMPARATIVE LAW SOLUTIONS

Summary

The right of the child to receive information about his donor and therefore his genetic origin is derived from the child's right to know who his parents are, as provided for by Article 7 of the Convention on the Rights of the Child. In order to understand Article 7 in an appropriate manner it needs to be interpreted with reference to Article 8 of the same Convention - the right of the child to preserve his identity, as well as Article 8 of the European Convention on Human Rights - the right to respect for private and family life.

Regarding the rights of a child initiated by the assisted reproductive procedure to obtain information about his donor in comparative law, we encounter two opposing points. One group of legislation (Swedish, Austrian, German, British) provides unlimited availability of donor identification information, while another group (French, Danish, Norwegian, Russian) provides for an absolute prohibition of access to information on the provider of genetic material, with the exception of medical information. A special review was made regarding the legal solution envisaged in the law of Sweden as the state that first envisaged the right of the child to start assisted reproduction by obtaining information about his donor.

The right of the child to obtain information on biological origin is derived from the child's right to know who his parents under Article 7 of the Convention on the Rights of the Child. In order to understand Article 7 in an appropriate manner it needs to be interpreted with reference to Article 8 of the same Convention - the right of the child to preserve his identity, as well as Article 8 of the European Convention on Human Rights - the right to respect for private and family life.

Two judgements from European Court on Human Rights are an indicator of the development of thought in this matter. The significance of Odièvre's judgments in France and Jäggi in Switzerland is that the two judgments determine the scope of the right to information on genetic ori-

gin, but also indicate a possible extended scope of the right to information on genetic origin. These two judgments are also an indication of the extent to which children started with artificial insemination can rely on Article 8 as a means of obtaining information on the provider of genetic material

An international act should be enacted that would allow children conceived with assistance of donor to get information about its biological origin.

Keywords: assisted reproduction, family law, child's right, biological origin.

Mr Andrej Diligenski i Dr Dragan Prlja

FEJSBUK, ZAŠTITA PODATAKA I SUDSKA PRAKSA

Institut za uporedno pravo, Beograd, 145 strana

U izdanju Instituta za uporedno pravo u toku 2018. godine objavljena je monografija “Fejsbuk, zaštita podataka i sudska praksa”, autora mr Andreja Diligenskog i dr Dragana Prlje. Sam naziv dela privukao je mnogobrojnu čitalačku publiku, kako onu koja ima otvoren Fejsbuk nalog, tako i onu koja “zazire” od društvenih mreža. Monografija je nastala kao rezultat rada na projektu Srpsko i evropsko pravo - upoređivanje i usaglašavanje (evidencioni broj 179031), koji Institut realizuje na osnovu finansijske podrške Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Autori su aktuelnu temu Fejsbuka i zaštite podataka izabrali kako bi upoznali stručnu i širu javnost sa ozbiljnim problemima zaštite ličnih podataka kada se koristi Fejsbuk, kao jedna od najrasprostranjenijih društvenih mreža na svetu. Autori navode da Fejsbuk trenutno ima oko milijardu i osamdeset šest miliona aktivnih korisnika širom sveta, koji svakodnevno svoje lične podatke u vidu slika, pisanih i video zapisa postavljaju na ovu mrežu, bez jasne percepcije o njihovoj obradi i zloupotrebama koje iz nje mogu da proizađu. Tek nakon čitanja ove knjige, čitalac postaje svesan načina korišćenja podataka koji se “u dobroj veri” postavljaju na Fejsbuk, a obrađuju na način na koji korisnik ove mreže nije dao svoj prethodni pristanak.

Monografija je strukturirana u nekoliko poglavlja, na jasan, i čitaocu pristupačan način. Pored uvoda i zaključka, monografija ima pet poglavlja. Svako od poglavlja čini celinu za sebe i može se čitati odvojeno od drugih delova, što knjigu čini veoma pristupačnom svakom čitaocu.

U prvom poglavlju autori obrađuju temu usaglašenosti načina rada Fejsbuka sa evropskim pravom. Posebna pažnja u ovom delu publikacije posvećuje se analizi podnetih tužbenih zahteva protiv Fejsbuka u Evropi. Tužbeni zahtevi odnose se na zloupotrebe velikog broja elemenata koje Fejsbuk koristi, kao što su: sakupljanje podataka uz pomoć kolačića i korišćenja “lajk” dugmeta; prepoznavanje lica; tagovanje; čuvanje prevelike količine podataka; korišćenje tzv. “friend finder” opcije; politiku privatnosti i aplikacije. Ovaj odeljak čitaocu, posebno onome koji je korisnik Fejsbuka ili druge društvene mreže, postepeno otkriva čitav splet mogućnosti korišćenja podataka kojima on i njegovi prijatelji i poznanici svakodnevno «hrane» ovu društvenu mrežu. Na ovaj način, autori, na samom početku, znalački privlače čitaocu pažnju i bude njegovu želju da se bliže upozna sa ostatkom sadržaja knjige.

Problematika zaštite podataka, kao jednog od osnovnih elemenata ljudskog prava na privatnost, detaljno se analizira u drugom poglavlju monografije. Autori čitaocu postepeno uvode u oblast zaštite privatnosti i zaštite podataka, sa posebnim osvrtom na pravo Evropske unije. Detaljno se analizira nova Opšta uredba o zaštiti podataka o ličnosti, koja na prvi put na sveobuhvatan način uređuje ovu oblast. Ova Uredba počela je da se primenjuje tek nedavno, 25.05.2018., i po prvi put čini materiju zaštite podataka internet korisnika obaveznom za sve članice EU, čime se otvara novo pravno poglavlje u zaštiti podataka u kako u članicama EU, tako i u zemljama koje žele da postanu njene članice, uključuju i Srbiju. Stupanjem na snagu ove Uredbe prestala je da važi Direktiva o zaštiti podataka iz 1995. godine, koja je dugi niz godina regulisala zaštitu ličnih informacija u EU, ali nije obuhvatila promene nastale razvojem industrije informacionih tehnologija.

U trećem poglavlju razmatraju se pitanja sudske nadležnosti kada je Fejsbuk u pitanju. Autori analiziraju kompleksnu problematiku sudske nadležnosti kroz tri elementa: međunarodno-privatnopravni odnos između Fejsbuka i korisnika, javnopravni odnos sa Fejsbukom i međunarodni ugovorni odnos sa Fejsbukom. Međunarodno-privatnopravni odnos obuhvata pitanja teritorijalne, tj. mesne nadležnosti sudova u slučaju spora između Fejsbuka i njegovih korisnika. Autori objašnjavaju da će za korisnike Fejsbuk mreže u Americi to biti država Kalifornija, dok će za korisnike koji žive van Sjedinjenih Američkih Država u slučaju eventualnog spora nadležan biti sud Republike Irske. Javnopravni odnos sa Fejsbukom daje odgovore na pitanja da li je moguće primeniti teritorijalno pravo države iz čije po jedinac potiče u slučaju spora sa Fejsbukom i ob-

jašnjava mehanizme koji trenutno postoje u ovoj oblasti. Najzad, autori analiziraju međunarodne ugovorne odnose, koji obuhvataju međudržavne sporazuma između SAD i EU, kojima se reguliše međusobna razmena i zaštita podataka, koja uključuje i podatke koje koristi Fejsbuk.

Kako bi doprli do «srži» problematike zaštite podataka o ličnosti kada je Fejsbuk u pitanju, autori u četvrtom poglavlju monografije predstavljaju najzanimljivije slučajeve iz postojeće sudske prakse u ovoj oblasti. Svaki slučaj opisan je na početku nazivom koji jasno ukazuje na problematiku slučaja i nalaze iz presude. To su, na primer, sledeći nazivi slučajeva: “Preuzimanje slika sa Fejsbuk profila koji nisu javni predstavlja povredu ličnih prava”, “Privatne Fejsbuk poruke se ne smeju javno objavljivati”, “Fejsbuk ne sme koristiti podatke od Votsapa (WhatsApp)”, “Lajk dugme koštalo posla tri žene”, “Na rođendansku žurku je došlo 48.000 gostiju” i mnogi drugi.

Poslednje poglavlje posvećeno je analizi Fejsbuka i neutralnosti internet mreže. Autori objašnjavaju koncept neutralnosti internet mreže i izazove koji se pred njom postavljaju. Posebna pažnja posvećena je analizi afere PRIZMA, koja je, po mišljenju autora, ozbiljno ugrozila princip neutralnosti internet mreže i prava na privatnost. Autori podsećaju da je tokom ove afere ustanovljeno da je američka Nacionalna agencija za bezbednost (NSA) šest godina sprovodila program kojim su praćeni svi podaci i komunikacije miliona ljudki na društvenim internet mrežama, uključujući i Fejsbuk. Nakon ove afere, koju je javno obelodanio Edvard Snouden, Fejsbuk je izgubio 11 miliona korisnika, pre svega zbog nepoverenja u ovu društvenu mrežu zbog prosleđivanja podataka američkim tajnim službama.

U zaključnom razmatranju autori zaključuju da je pravo u velikom zaostatku za tehnologijom u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Osnovni principi na kojima su zasnovane nacionalne države nisu više u mogućnosti da «isprate» razvoj interneta i protok informacija. Autori takođe iznose tvrdnju da nas neznanje o načinu funkcionisanju društvenih mreža, koje svakodnevno koristimo, čini «robotima modernog doba», koji nas «spaja sa ljudima koji su daleko od nas, a u isto vreme razdvaja od onih koji su pored nas».

Iz ovog kratkog pregleda, jasno je da monografija “Fejsbuk, zaštita podataka i pravo” predstavlja veoma interesantan i značajan istraživački poduhvat. Osnovna teza autora da društvene mreže, kao što je fejsbuk, pored naizgled velikih prednosti koje pružaju, predstavljaju nedovoljno prepoznato sredstvo za kontrolu društva i pojedinaca, odlično je argu-

mentovana. Argumentacija je zasnovana na izučavanju brojne literature i konsultovanja velikog broja pravnih izvora i izvora sudske prakse. Ovakvo sveobuhvatno istraživanje dalo je autorima odličnu osnovu da ukažu na rizike neovlašćenog korišćenja podataka sa društvenih mreža, kojima se krši privatnost svakog pojedinca, bilo da je reč o predsedniku neke države ili običnom građaninu. Sa druge strane, autori su pokušali da svoje stavove izbalansiraju, iznoseći i oprečne tvrdnje i stavove, koji su sadržani u odgovorima Fejsbuka na brojne tužbene zahteve o zaštiti podataka o ličnosti njihovih korisnika. Na čitaocu je da donese konačan sud o ovoj naizgled bezazlenoj problematici, koja ima važne društvene posledice.

Lakoća korišćenja istraživačkih metoda i značajno istraživačko iskustvo oba autora u oblasti zaštite podataka o ličnosti i pravne infomatike doprineli su nesumnjivo kvalitetu ovog dela. Autori se već nekoliko godina ozbiljno bave ovom problematikom, čiji su istraživački temelji postavljeni u njihovoj prethodnoj zajedničkoj monografiji "Fejsbuk i pravo", koja je izašla iz štampe 2014. godine, takođe u izdanju Instituta za uporedno pravo. Autori se znalački služe kako normativno-pravnim metodom, tako i sociološkim metodom, kojim analiziraju društvene pojave koje prate korišćenje društvenih mreža i na taj način postavljaju problematiku u širi društveni ambijent.

Poseban značaj monografije je u tome što autori, kroz svoje istraživanje, šire svest, kako stručne, tako i šire javnosti o pravnim i društvenim posledicama korišćenja društvenih mreža i interneta uopšte, što daje ovoj monografiji ne samo naučni već i širi društveni značaj. Činjenica je da većina korisnika Fejsbuka pre prihvatanja uslova korišćenja nije ni pročitala ugovor sa Fejsbukom, koji Fejsbuk, doduše, jasno i ne predstavlja svojim potencijalnim korisnicima. Uslovi podrazumevaju, između ostalog, da su svi materijali, statusi i fotografije koje korisnici postave na mrežu, zapravo vlasništvo Fejsbuka, koji njihovom prodajom može da ostvari profit, iskoristi ga za reklame ili da ih preda tajnim službama. Fejsbuk je izuzetno popularan u našoj zemlji, a samo mali broj ljudi je svestan zamki koje ih očekuju na ovoj i drugim društvenim mrežama i internetu uopšte. Korisnici interneta su naviknuti da prihvataju šta god se na ekranu pojavi i da po automatizmu prihvate sve uslove, kako bi pročitali određeni sajt, bez obzira šta je u uslovima napisano, što je jedan od glavnih uzroka problema kršenja prava na privatnost. Odgovor na to je odgovarajuće obrazovanje i širenje svesti o mogućnosti zloupotreba u sferi interneta generalno, što je upravo i cilj ove monografije.

Nakon čitanja ovog interesantnog dela, čitalac ne može a da se ne zapita o svojoj ulozi i odgovornosti kada je korišćenje društvenih mreža i interneta u pitanju. Ma koliko nam društvene mreže naizgled olakšavale i ulepšavale život, autori nas podstiču da razmišljamo i o njihovoj «tamnoj strani» i preuzmemo odgovornost za svoje ponašanje u sferi interneta, kao dela odgovornosti prema društvu u kome živimo. To ovoj monografiji daje još jednu posebnu vrednost, koja prevazilazi naučne okvire.

UPUTSTVO ZA PRIPREMU RUKOPISA

Rukopisi koji nisu sačinjeni prema navedenim uputstvima biće odbijeni bez recenzije.

1. Za obradu teksta koristiti *Word* program; radove slati u formatu *doc* ili *docx*, u difolt (*default*) pripremi, bez posebnog formatiranja), u A4 formatu, pisano slovima veličine 12 pt, latiničnim pismom (*Times New Roman*), u proredu 1.5.

2. Rukopis treba da sadrži: naslov, ime autora, naziv institucije u kojoj radi, elektronsku adresu, apstrakt, ključne reči, spisak korišćene literature.

3. 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.

4. Naslov rada se navodi velikim slovima na sredini, **font 14 pt**. Naslov ne bi trebalo da ima više od 10 do 12 reči. Mora da odgovara sadržini rada.

5. Apstrakt se navodi ispod naslova članka, dva proreda ispod. Apstrakt ne sme da bude duži od 1000 znakova bez razmaka. U apstraktu treba naznačiti: šta je istraživano (predmet rada), zašto je pisano (cilj rada), šta je ustanovljeno (rezultat rada), zašto su ti nalazi važni (doprinos istraživanja), tako da se može koristiti prilikom indeksiranja u referentnim periodičnim publikacijama i u bazama podataka. U apstraktu ne navoditi reference. Treba ga dostaviti na srpskom i engleskom jeziku. Veličina fonta **11 pt**. Apstrakt se piše u **italiku**. Uredništvo može zahtevati od autora da preuredi ili upotpuni apstrakt, da bi bio pogodan za indeksiranje.

6. Ključne reči se navode u posebnom redu, odmah ispod apstrakta (veličina fonta **11 pt**). Ključne reči omogućavaju pravilno indeksiranje rada i treba da pomognu da rukopis bude vidljiv pri pretraživanju u referentnim periodičnim publikacijama i bazama podataka. Zato moraju da predstavljaju sadržaj rukopisa i da budu specifični za područje prava koje je u rukopisu obrađivano. Ključne reči se navode na srpskom i engleskom jeziku, najviše pet. Uredništvo može, uz saglasnost autora, izmeniti ključne reči.

7. Naučni i stručni članci moraju biti sačinjeni u Microsoft Word-u, **latiničnim pismom**, fontom **Times New Roman**, **veličine 12 pt., prored 1,5**. Članci 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, uključujući i napomene, ne računajući spisak literature. Članci duži od predviđenog obima neće biti objavljeni u časopisu. Izuzetno, mogu se objaviti i članci većeg obima o čemu uređništvo donosi odluku.

8. Izvori (reference) se navode u fusnotama, fontom veličine **10 pt**. Na kraju svake fusnote stavlja se tačka.

10. 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.

11. **Spisak literature** se navodi na kraju rada, sređen abecedno, tako što se u inverziji navodi najpre prezime, a zatim početno slovo imena autora. Popis literature mora biti kompletan, sa tačnim nazivima rada, izdavača, godine izdanja i stranama (ako je reč o radu objavljenom u časopisu ili zborniku radova). Odvojeno se navodi popis korišćenih pravnih izvora (pod naslovom „Pravni izvori“) i popis izvora korišćenih sa interneta („Izvori sa interneta“).

12. Prevedeni apstrakt na engleskom jeziku (**rezime**) piše se običnim fontom 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 na engleskom se navode ispod rezimea. Kod članaka na engleskom jeziku, rezime se piše na srpskom jeziku. Ostala pravila su ista.

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 skraćenica „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 skraćenica 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 zapestom.

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 skraćenice 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 skraćenica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali sa različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 69.

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.“.