

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

STRANI PRAVNI ŽIVOT

FOREIGN LEGAL LIFE

ISSN 0039 2138

UDK 34

Beograd, 2025/ Broj 2/ Godina LXIX



1956. BEOGRAD

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

UDK 34

ISSN 0039 2138

ISSN (online) 2620 1127

STRANI PRAVNI ŽIVOT

Beograd, 2025/ Broj 2/ Godina LXIX

Izdavač/ Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO/ INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

Terazije 41, 11000 Beograd, Srbija, tel. + 381 11 32 33 213

Za izdavača/ For the Publisher

Prof. dr JELENA ČERANIĆ PERIŠIĆ

Izdavački savet/ Advisory Board

Acc. prof. dr MIODRAG ORLIĆ, foreign member of ANURS, president of the Comparative Law Association, Serbia. Prof. em. Dr. Dr h.c. SPYRIDON VRELLIS, Faculty of Law, University of Athens, Greece. Prof. dr VLADIMIR ČOLOVIĆ, Faculty of Law, University UNION, Serbia. Prof. dr DEJAN ĐURĐEVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Prof. dr IOANA VASIU, Faculty of Law, Babeş-Bolyai University, Cluj Napoca, Romania. Prof. dr ALEKSANDRA ČAVOŠKI, Birmingham Law School, University of Birmingham, UK. Prof. dr VLADIMIR ĐURIĆ, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Prof. dr MINA ZIROJEVIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia.

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

Doc. dr KATARINA JOVIČIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/ Deputy of editor in chief

Dr JELENA KOSTIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia

Tehnički urednik/ Technical editor

MILENA MOMČILOV, Institute of Comparative Law, Serbia

Uređivački odbor/ Editorial board

Članovi iz reda nacionalne naučne javnosti/ National members

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

Članovi iz reda inostrane naučne javnosti/ Foreign members

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

Sekretar redakcije/ Secretary of Editorial board

ALEKSANDAR MIHAJLOVIĆ, Institute of Comparative Law, Serbia

Lektura/ Proof reading

SVETLANA STOJKOVIĆ

MAJA MEDIĆ

Štampa/ Print

Birograf Comp doo Beograd

Tiraž/ Circulation

70 primeraka/ 70 copies

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

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

Adresa uredništva/ Address of the Editorial Board

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

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

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
STRANI PRAVNI ŽIVOT

Broj 2

Godina LXIX

april–jun 2025.

SADRŽAJ/ TABLE OF CONTENTS

ČLANCI/ ARTICLES

*Boris Đ. Krivokapić***THE CRIME OF GENOCIDE****AND POTENTIAL NEW INTERNATIONAL CRIMES183**

ZLOČIN GENOCIDA

I MOGUĆA NOVA MEĐUNARODNA KRIVIČNA DELA

*Brankica B. Janković**Nenad R. Putnik***OSVETNIČKA PORNOGRAFIJA U PRAVU I STVARNOSTI****– POJMOVNA RAZGRANIČENJA I REGULATIVA205**

REVENGE PORNOGRAPHY AT LAW AND REALITY

– TERMS DEFINITIONS AND LEGISLATION

*Marko D. Paštar**Marko S. Novaković***MOGUĆNOST UTICAJA PRIMENE****OECD-OVE MULTILATERALNE KONVENCIJE****NA RAZVOJ MEĐUNARODNOG PRAVA217**

THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW

EMBODIED IN THE MECHANISM OF IMPLEMENTATION

OF THE OECD MULTILATERAL CONVENTION

*Ana S. Knežević Bojović***POTENTIAL CONTRIBUTION****OF TWO RECENT EU SOFT LAW DOCUMENTS****TO IMPROVED JUDICIAL GOVERNANCE STANDARDS235**

POTENCIJAL DVA NEDAVNO USVOJENA

EVROPSKA DOKUMENTA MEKOG PRAVA

DA DOPRINESU UNAPREĐENJU STANDARDA

KOJI SE ODOSE NA SUDSKU UPRAVU

*Marko S. Stanković***JUGOSLOVENSKI FEDERALIZAM****PREMA USTAVU IZ 1974. GODINE****– KONSOCIJACIJA ILI KONFEDERACIJA?255**

YUGOSLAV FEDERALISM ACCORDING

TO THE CONSTITUTION OF 1974

– CONSOCIATION OR CONFEDERATION?

Sergej V. Uljanov

KRIVIČNOPRAVNI OKVIRI

I OBLICI ISPOLJAVANJA ŠPIJUNAŽE.271

CRIMINAL LAW FRAMEWORKS

AND APPEARANCE FORMS OF ESPIONAGE

Jelena M. Simić

Josip I. Mađarić

INSTITUT IZGUBLJENE ŠANSE – GUBITAK ŠANSE

ZA OZDRAVLJENJE ILI ZA PREŽIVLJAVANJE.293

ON THE THEORY OF LOSS OF CHANCE – LOSS OF CHANCE

FOR RECOVERY OR SURVIVAL

Katarina A. Jovičić

Đorđe B. Marjanović

SPECIFIČNOSTI GRAĐANSKIH POSTUPAKA

SA STRANIM ELEMENTOM I PROCESNI POLOŽAJ

STRANIH DRŽAVLJANA PRED DOMAĆIM SUDOVIMA.311

SPECIFICS OF CIVIL PROCEEDINGS INVOLVING

A FOREIGN ELEMENT AND THE PROCEDURAL STATUS

OF FOREIGN NATIONALS TO THE DOMESTIC COURTS

UPUTSTVO AUTORIMA333

THE CRIME OF GENOCIDE AND POTENTIAL NEW INTERNATIONAL CRIMES

Summary

The crime of genocide was first defined by the Genocide Convention (1948), and this definition was subsequently repeated in the statutes of international criminal courts. However, in the legislation of individual states and in the practice of international criminal tribunals, there is a tendency to expand this crime so that acts such as torture, mass rape, and others are also considered genocide. This is unacceptable, as it may lead to various abuses and undermines the distinct gravity of genocide. It would be much better and more useful to distinct such crimes – crimes against humanity, which in some ways resemble genocide – as separate international criminal offenses, and even introduce completely new criminal offenses. This paper examines the place of genocide among other criminal offenses, points to the tendency to expand the concept of genocide, and considers potential new international criminal offenses. Some of these have already been criminalized in some way (such as sexual crimes and ethnic cleansing), but it would be useful to give them a new identity and independence by regulating them under a dedicated universal convention. Others are known mainly only in academic literature (such as ethnocide, democide, massacre, ecocide, biocide). The author also offers his proposal for a new crime of humanicide, by which he means the extermination of the entire human race or a significant part of it (i.e., the vast majority of people).

Keywords: Genocide, Democide, Humanicide, Sexual Crimes, Ethnic Cleansing, New International Crimes.

* PhD, Full Professor, Faculty of Business and Law, “MB” University, Belgrade, Serbia & Samara Law School, Samara National University, Samara, Russia.

E-mail: krivokapicboris@yahoo.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6534-9965>

ZLOČIN GENOCIDA I MOGUĆA NOVA MEĐUNARODNA KRIVIČNA DELA

Sažetak

Zločin genocida definisan je Konvencijom o genocidu (1948), a definicija je zatim ponovljena i u statutima međunarodnih krivičnih sudova. Ipak, u zakonodavstvima pojedinih država i u praksi međunarodnih krivičnih tribunala zapaža se tendencija proširenja tog zločina, tako da se genocidom smatraju i mučenje, masovna silovanja i dr. To nije prihvatljivo jer vodi raznim zloupotrebama, ruši prestiž genocida, itd. Mnogo bolje i korisnije je izdvojiti one zločine protiv čovečnosti koji po nečemu liče na genocid kao posebna međunarodna krivična dela, pa čak uvesti i neka potpuno nova krivična dela. U ovom radu obrađuje se mesto genocida u odnosu na druga krivična dela, ukazuje se na tendenciju proširenja pojma genocida i razmatraju se moguća nova krivična dela. Neka od njih su već na određeni način inkriminisana (seksualni zločini, etničko čišćenje), ali bilo bi korisno da dobiju novi identitet i samostalnost tako što će biti uređena posebnom univerzalnom konvencijom, dok su druga poznata uglavnom samo u naučnoj literaturi (etnocid, democid, masakr, ekocid, biocid). Autor daje i svoj lični predlog novog zločina humanicida, pod kojim ima u vidu ubistvo čitavog ljudskog roda ili značajnog dela istog (ogromne većine ljudi).

Ključne reči: genocid, democid, humanicid, seksualni zločini, etničko čišćenje, nova međunarodna krivična dela.

1. The Place of Genocide among Other Crimes

Genocide can be understood in various ways – primarily as a negative social phenomenon (genocide in the broader sense) and as a legal institution, a legally sufficiently precisely defined crime (genocide in the narrower sense).

In its broader understanding, genocide is often discussed, and various situations are qualified as genocide by individuals or groups who are interested in these issues for various reasons. Within these frameworks, no precise definition of genocide exists, nor can one exist, since such assessments are subjective and often made under the influence of emotions, bias, insufficient information, insufficient competence, and similar factors. Such assessments cannot be influenced. They

will always exist, and different actors will label the same situation in different ways - some as genocide, others a different form of criminal act, while still others may even deny that any crime has occurred.

However, genocide is primarily a legal institution, and one that originated within the domain of international law. This means that, like any legal institution, it must be understood and defined as precisely as possible. This requirement is even more pronounced in this case, as genocide is one of the most important institutions of international criminal law – and criminal law, by its nature, requires particular precision.

Indeed, the crime of genocide was first introduced by the non-legally binding UN General Assembly Resolution No. 96 (I) (1946), and was subsequently defined with legal precision in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter: the Genocide Convention, or simply the Convention), which was adopted in 1948, and entered into force in 1951.

According to the definition contained in Article II of the Convention, genocide is: “any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: a) Killing members of the group; b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; d) Imposing measures intended to prevent births within the group; e) Forcibly transferring children of the group to another.” This definition forms the foundation of all discourse on genocide, understood as an international crime.

This definition was reaffirmed in the following years through its full adoption and incorporation into the statutes of various international *ad hoc* criminal tribunals. We can find it in Art. 4 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1993), and in Art. 2 of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (1994), as well as in the founding documents of the so-called mixed or hybrid criminal courts – for example, in Art. 4 of Regulation No. 2000/15 of the UN Transitional Administration for East Timor (2000), and in Art. 4/1 of the Cambodian Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in Courts for the Prosecution of Crimes Committed during the Time of Democratic Kampuchea (2001, as amended in 2004).

Of particular importance is the fact that the international community, through the Rome Statute (1998), which established the permanent International Criminal Court, once again affirmed that it considers genocide to be precisely what is defined in the Genocide Convention. Although adopted half a century after the Convention, the Rome Statute, in Art. 6, contains the same definition of genocide. This reaffirmation occurred despite various proposals in the intervening years to

expand the definition to include additional acts – such as ethnic cleansing, cultural genocide, torture, mass rape, and others – or to recognize new protected groups, such as political, social, or gender-based groups.

For the time being, there is no internationally recognized definition of genocide that differs from that set out in the Genocide Convention. Until that definition is amended through changes to the Convention itself or until it is replaced by a new universal treaty ratified by a large number of states, it will remain the standard for determining whether a given case constitutes genocide or another criminal act.

In this regard, we must acknowledge that “the definition of genocide was not an unfortunate drafting compromise, but rather a logical and coherent attempt to address a particular phenomenon of human rights violation, the threat to the existence of what we would now call ‘ethnic’ groups,” and that it has stood the test of time and is unlikely to be changed in the foreseeable future (Schabas 2008, pp. 190).

In many ways, genocide is the closest in nature to war crimes and, in particular, crimes against humanity. Indeed, prior to the UN General Assembly Resolution 96(I) (1946) on Genocide and the Genocide Convention (1948), there was no specific criminal act bearing the name or possessing the distinct legal characteristics of genocide in either international or domestic law.¹

Since the Genocide Convention entered into force in 1951, only those acts that meet all the requirements set out in the Convention regarding the specific acts committed, the existence of a specific genocidal intent, and the targeted group, can be considered the crime of genocide. These factors serve as a framework for assessing whether the crime of genocide has occurred in a specific case.

More specifically, for the crime of genocide to be established, it is necessary to prove: 1) that it was committed exclusively by way of one of the five genocidal acts listed enumerated in the Convention; 2) that there was genocidal intent; and 3) that the targeted group qualifies as an ethnic, national, racial or religious group. If even one of these elements is absent, the act in question may constitute another crime – most likely a crime against humanity or a war crime – but it does not amount to genocide.

Contrary to the view expressed in some judgments of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Kambanda, 1998, para. 16; Serushago, 1999, para. 15), and in parts of legal literature (Schabas, 2009, pp. 49-55; Murray, 2011, pp. 589-615; Rafter, 2016) that genocide is the crime of crimes (i.e., the most serious of all crimes), genocide is not, in general, the most serious crime under international law. That designation, in principle, belongs to aggression, which aside from being one of the

¹ What we mean by genocide today was included in the Nuremberg Charter (1945) as a crime against humanity; however, it was neither recognized as a separate crime or even a distinct form of crime, nor was it given a specific name, nor were its elements precisely defined.

most serious crimes in itself, creates the conditions for the widespread commission of other international crimes, including war crimes, crimes against humanity, and even genocide.²

On the other hand, while genocide is not necessarily the most serious crime in principle, it is considered the most hateful and abhorrent crime, one that provokes particular condemnation and contempt. This is because genocide involves a deliberate, systematic and planned destruction, in whole or in part, of entire social groups solely on the basis of their national (ethnic) origin or religious affiliation. The victims include both men and the most vulnerable segments of society – women, children, and the elderly.

These factors underscore the necessity of clearly distinguishing genocide from other similar international crimes.

2. The Tendency to Expand the Concept of Genocide

With slight stylistic variations in their legislation, the vast majority of states have adopted the definition of genocide as set forth in the Genocide Convention. However, both within the national (domestic) legal systems of several countries and at the international level, there is a noticeable tendency to expand the scope of genocide – meaning that certain acts falling outside the framework established by the Convention are nevertheless considered to constitute this crime. This primarily concerns the introduction of new genocidal acts or the recognition of new protected groups.

Some acts not included in the Genocide Convention but considered acts of genocide under the law of certain states include: deportation for the purpose of genocide, which extends beyond children (as stipulated in the Convention's provision on forcible transfer of children) to encompass all "persons pertaining to national, ethnic, racial or religious group" (Italian Law on Prevention and Repression of the Crime of Genocide, 1967, Art. 2); "subjection of a protected group to cruel, degrading or inhumane living conditions and practices" (Portugal Penal Code, 1982, Art. 239/1/c); sexual assault on members of the group, forcible transportation of the group or its members, any measure "aiming at the preventing the lifestyle" of the group; forcible transfer of individuals (not limited to children) from one group to another (Spanish Criminal Code, 1995, as amended, Art. 607/1); rape, sexual enslavement, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization or

² Although crimes against humanity and genocide can be committed in times of peace, in practice, they are often associated with armed conflicts. In contrast, war crimes are characterized by the fact that they can only be committed during periods of armed conflict (More: Krivokapić, 2023, pp. 69-70, 1187-1277).

any other form of sexual violence of comparable gravity; acts that forcibly prevent a group from settling or remaining in a geographical area it traditionally or historically recognizes as its own; widespread confiscation or seizure of property owned by members of the group; prohibition of members of the group from engaging in certain commercial, industrial or professional activities; spreading an epidemic that may cause the death of members of the group or violate their physical integrity; and prohibition, denial or obstruction in any way in providing members of the group who need humanitarian assistance to combat epidemic situations or severe food shortages (Timor-Leste Penal Code, 2009, Art. 123/1/c-e, g-j); among others.

In addition, the national legislation of certain states has expanded the scope of protected groups beyond the four protected groups provided for in the Genocide Convention (national, ethnic, racial or religious groups). For example, they have added “another comparable group” (Finnish Penal Code, 1889, as amended, 2012, Art. 6), which goes beyond the scope of the Convention and opens up room for various interpretations, errors and abuses; “specific groups determined by the disability of its members” (Spanish Criminal Code, 1995, as amended, Art. 607/1); “a group established by reference to another arbitrary criterion” (French Penal Code, 1994, Art. 211/1): “*identifiable group*” specifying that such a group denotes “any section of the public distinguished by colour, race, religion, national or ethnic origin, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, or mental or physical disability” (Canadian Criminal Code, 1985, Art. 318/4); among others.

On the other hand, the international Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, using overly broad interpretations and certain legal constructions, concluded that genocide can be committed through acts such as mass rape or deportation, under the concept of so-called local genocide, and even through the killing of only a few or even a single person. Interestingly, both the UN General Assembly (Resolution “Rape and Abuse of Women in the Areas of Armed Conflict in the Former Yugoslavia,” A/RES(51/115, 1996) and the Security Council (Resolution 1820, 2008) concluded that, under certain conditions, rape and other forms of sexual violence may constitute acts of genocide.

These are separate issues and will not be explored in detail here. They are characterized by the uncritical transformation of other criminal acts – primarily certain crimes against humanity – into the crime of genocide. This is unacceptable, as these are distinct categories of international criminal acts. In confirmation of this distinction, it is sufficient to note that genocide and crimes against humanity are defined separately in different articles (Art. 6 and Art. 7) of the Rome Statute.

On the other hand, the obvious tendency to single out certain crimes against humanity – such as torture, mass rape, and others – as more serious than other crimes within the same category suggests that it may be time to consider introducing

new categories of international crimes. Indeed, there appear to be certain crimes that, while similar in nature to genocide, do not constitute that crime (and should not be forcibly classified as such) and objectively, for several reasons, including their gravity, mass nature, frequency, etc., deserve to be singled out from the collective category of “crimes against humanity” as a distinct form of international crime.

3. New International Crimes

There is an increasingly evident need to identify and precisely define new international crimes. This is at times dictated by life itself, and there is nothing controversial about that.

Historically, when the need arose, new categories of international crimes emerged – crimes against peace, i.e., the crime of aggression, crimes against humanity, criminal acts against internationally protected persons, the crime of apartheid, international terrorism, hijackings and other acts against the safety of civil aviation, unlawful acts against the safety of platforms above the epicontinental belt, and others. Incidentally, in much the same manner, when the conditions were deemed appropriate, the crime of genocide was itself formally recognized and defined.

Another argument in favor of clearly identifying these crimes is the objective need to recognize and distinguish them from the crime of genocide. Upon closer examination, this serves several important purposes:

- As a matter of principle, it promotes a better understanding and further development of international law by introducing new and more precisely defined categories and refining existing institutions, helping to resolve overlapping legal solutions and fill legal gaps;
- It advances the goal of achieving true justice in specific cases before international and national criminal courts;
- It acts in favor of these new crimes themselves, which thereby acquire own identity and recognizability) and, finally,
- It contributes to a better understanding and development of the institution of the crime of genocide by eliminating the reasons for mislabeling situations that objectively do not constitute genocide.

In this regard, the following section will seek to highlight certain concepts and specific criminal offenses that, in our view, should either be further developed as institutions of international criminal law, or introduced as entirely new legal solutions.

Although every murder can be reduced to the deprivation of a person's life, it is not always the same phenomenon. In this sense, for example, we speak of homicide

(murder, i.e., the unlawful taking of another's life), fratricide or sororicide (the murder of a brother or sister), regicide (the murder of a ruler); and so on. On the other hand, taking into account other criteria, the law distinguishes between ordinary murder (premeditated murder), aggravated or qualified murder, manslaughter (committed in the heat of passion), involuntary manslaughter, infanticide, and others.

These and similar special terms were not created to artificially enrich legal language, but to distinguish between acts that, while similar in certain respects (it is always murder), each possess distinct features – such as who commits the crime, against whom the crime is committed, and how it is punished.

From another perspective, as international criminal law continues to evolve, there is a growing recognition of the need to distinguish particularly serious crimes from those that are less serious. This has at times resulted in all particularly serious crimes classified as genocide for various reasons. Such an approach is unacceptable.

First and foremost, there is no justification for artificially expanding the concept of genocide to encompass crimes that, while unquestionably grave, do not objectively constitute genocide. Moreover, such tendencies threaten to erase the distinctive features and clearly defined legal elements of genocide, relativizing genocide and diminishing its distinctive gravity, thus creating opportunities for various abuses.

On the contrary, there are compelling reasons to clearly identify and label as distinct those situations that, although they may resemble genocide in certain respects, differ from it in some way. In what follows, we will briefly address this issue, and will also be free to propose the introduction of certain new international crimes.

4. Proposal for New International Crimes

Some of the international crimes discussed here are, in fact, not entirely new, as they are already criminalized in one form or another – for example, rape and other sexual crimes, as well as ethnic cleansing. However, there is a strong impression that it would be useful for these crimes to gain a degree of legal independence, so that, like the crime of genocide, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, they would be regulated under a dedicated universal convention, which would comprehensively regulate all the relevant aspects. Others crimes listed as potential new international crimes are more or less known, but mostly only in legal literature, and they are not yet widely recognized in international law and practice. Finally, we will conclude by offering a completely original proposal for a new international crime.

4.1. Rape and Other Sexual Crimes

It has already been noted that there is a tendency in the work of *ad hoc* international criminal courts, which has been materialized in the judgments of the International Criminal Tribunal for Rwanda, to classify systematic rape as an act of genocide. This concept has received support from some legal scholars and political circles.

However, we believe that this approach is incorrect, as it leads to an artificial expansion of the concept of genocide. Regardless of its gravity, rape, even when widespread and systematic, cannot be equated with genocide, which amounts to the extermination of a protected group. In addition, systematic rape and other sexual crimes are included under crimes against humanity and war crimes. In practice, perpetrators of these crimes should receive the most severe sentences – just as those convicted of genocide – but this does not justify equating these distinct, albeit equally serious, crimes.

In this regard, considering that global public opinion is highly sensitive to reports of mass rape and rightly so, it may be time for sexual crimes, including rape, to be defined under a separate convention, or at the very least, to be recognized as a distinct category of international crimes within the Rome Statute. This would give these crimes the necessary definition and recognition, while also ensuring that they are clearly distinguished from the crime of genocide.³

4.2. Ethnic Cleansing

The term “ethnic cleansing” (from the Greek *ethnos* – meaning tribe, people) refers to systematic and large-scale violence carried out with the aim of removing an ethnic population from a particular territory. Although the phenomenon itself has existed throughout history, the term “ethnic cleansing” emerged in the 1990s, during the wars in the former Yugoslavia, where such actions were carried out by all parties to the conflict (for various views on this issue, see: Conversi, 2006, pp. 320-333; Pappe, 2006; Bulutgil, 2016; Bulutgil, 2017, pp. 169-201; Ther, 2021; Garrity, 2023, pp. 469-489).

³ We refer here to legal regulation at the universal (global) level. While it is true that the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (2011), commonly known as the Istanbul Convention, exists, its scope and character are slightly different. Among other things, it does not refer to mass and systematic rape, and it does not refer to sexual violence against men. Furthermore, the Convention was adopted and is valid only within the framework of the Council of Europe, and remains applicable only within that regional context. Even today, fourteen years after its adoption, it has not been ratified by all member states of the Council of Europe. Notably, Turkey, the first state to ratify the Convention in 2011, withdrew from it just three years later, in 2014.

Although ethnic cleansing may involve forced relocation or deportation of a population, in practice it most commonly consists of various forms of systematic pressure – including murder, rape, intimidation, wanton destruction of property, dismissal from employment, and forced assimilation – that render continued life of a particular ethnic group in a given territory either impossible or unbearable, thereby compelling the population to leave the area. In a broader sense, ethnic cleansing implies any form of persecution targeting an ethnic group, including forced deportation. In a narrower sense, it is limited to those forms of pressure that compel members of the targeted group to abandon the relevant territory voluntarily.

Ethnic cleansing shares some similarities with genocide, which has led to its occasional designation as a “small genocide” (for further discussion on the relationship between genocide and ethnic cleansing, see: Hindman, 2005, pp. 202-211; Manashaw, 2005, 303-331; Aitchison, 2010, pp. 762-784; Sirkin, 2010, pp. 489-526; Schabas, 2014, pp. 39-60; Jacobs, 2016, pp. 444-448; Canetti, 2021, pp. 320-333; Heiskanen, 2021, pp. 1-10; Varnava, 2024).

The similarities between ethnic cleansing and genocide lie primarily in their scale – both involve a large number of victims – and, in particular, in that the violence is directed not merely at individuals, but at an entire (ethnic) group. The immediate victims are targeted as representatives of the group, making the attack a broader assault on the group as a whole. Additionally, both crimes can be committed in times of war as well as in peacetime, etc.

However, ethnic cleansing is not equivalent to genocide. It differs from it in that it can be carried out through acts that are not included among those listed in the Genocide Convention; that even when mass killings are carried out as part of ethnic cleansing, the aim is not to exterminate the group as such, but rather to intimidate and forcibly displace its members; that the primary target of ethnic cleansing is typically an ethnic group, and not another group protected by the Genocide Convention, i.e., a national, racial or religious group.

It should also be noted that the International Court of Justice has taken the position that ethnic cleansing is not genocide. The Court emphasized that ethnic cleansing is not mentioned in the Genocide Convention; that the deportation and displacement of members of a group, even when carried out by force, cannot be equated with the destruction of that group; and that, in the context of the Genocide Convention, the term “ethnic cleansing” actually has no independent legal meaning (Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 2007, para. 190).

There is no generally accepted definition of ethnic cleansing, nor is it recognized as a separate international crime under international law. However, acts that essentially constitute ethnic cleansing, such as deportation or forcible transfer of

a population, persecution of any group, *inter alia*, on religious, ethnic, or cultural grounds, are classified under Article 7 of the Rome Statute (1998) as crimes against humanity, falling within the jurisdiction of the International Criminal Court.

There is, however, substantial evidence to support the view that the time has come to formally define ethnic cleansing as a distinct crime under international law. Among other benefits, this would help put an end to attempts to conflate it with genocide.

4.3. *Ethnocide*

Ethnocide is a relatively new term, derived from the Greek *ethnos* – meaning tribe, people, and the Latin *cedere* – meaning to cut, to kill. Although it may appear as merely another name for genocide, it is both a broader and a narrower concept than genocide (for various views on ethnocide, see: Tennant & Turpel, 1990, pp. 287-319; Clarke, 2001, pp. 413-436; Clavero, 2008; Prium, 2014, pp. 269-308; Heiskanen, 2021, 1-10).

It is broader in that it refers not only to acts aimed at the physical destruction of a group (i.e., genocide), but also to forms of violence that do not aim at the biological extermination of a group and its members, and whose goal is to eliminate the group's ethnic identity from a given territory. In other words, ethnocide includes not only genocide, but also acts such as the expulsion of members of a group from a particular area (i.e., ethnic cleansing) or forcing members of a group to renounce their identity and characteristics in favor of adopting those of another ethnic group (i.e., forced assimilation).⁴

On the other hand, this concept is narrower than genocide in that the crime of genocide also refers to the extermination of religious groups, whereas ethnocide, in principle, does not.

4.4. *Democide*

The classic concept of genocide does not include the extermination of political opposition in a country – referred also as politicide – nor the mass killing of members of one's own people or own population for any other reason – often termed autogenocide.

⁴ The definition of genocide in Article II of the Genocide Convention includes both national and racial groups as protected categories. However, these distinctions are not of central relevance here. Every national group is, in fact, also ethnic, and modern science asserts that human races do not exist as biologically distinct categories. As a result, the distinction historically based on the division of people into races ultimately reduces to a distinction between ethnic groups.

A typical example is the horrific crime committed by the Khmer Rouge against their own people. During their reign of terror from 1975 to 1979, approximately 1.7 million people, or around 21% of Cambodia's population, were killed. This event is frequently referred to as the Cambodian genocide (see: Hannum, 1989, pp. 82-138; Kiernan, 1993; Laban Hinton, 2005; Kiernan, 2008, pp. 468-486; Heuveline, 2015, pp. 201-218). Despite this, this does not qualify as genocide under the Genocide Convention. The systematic destruction was not directed against one of the four groups provided for by the Convention – national, ethnic, racial or religious – but rather against the regime's own population, and it was not carried out with the intent to exterminate the group as such, but rather to intimidate, subjugate and eliminate any opposition.

By some estimates, in the 20th century alone, at least 170 million, and possibly as many as 360 million people, were killed by their own governments – a figure that is more than four times greater than the number of deaths resulting from both civil and international wars (Scully, 1997).

To identify and distinguish such and similar phenomena from classical genocide, Rudolf Rummel proposed in 1994 the term “democide”, derived from the Greek *demos*, meaning the total population of a territory or state. According to Rummel, unlike genocide, which is defined as “among other things, the killing of people by a government because of their indelible membership in a group (about race, ethnicity, religion, language)”, democide is “the killing of any person or people by a government, including genocide, political murders and mass murders” (Rummel, 1994).

In other words, when a state kills a portion of their entire population, it is referred to as democide; when it kills minorities, the term used is genocide. Thus, genocide can be understood as a subset of democide (Scully, 1997).

Democide, as understood in this context, is narrower than classical genocide in one particular respect: it includes only murders, and not the other forms of genocidal act listed in the Genocide Convention, and applies exclusively to the population of the state itself (Rummel, 1998). At the same time, it is also broader in that it includes the groups not protected under the Genocide Convention, such as political opposition.

Although the initiative to introduce the crime of democide is conceptually interesting, it remains insufficiently developed, and the concept itself is marked by gaps and contradictions. Its proponents are not lawyers but primarily political scientists, which is evident from the definition they propose – starting with the conflation of “the murder of any person or people” as equivalent acts. In this sense, we do not believe that the killing of a single person, even if that person is a political, religious, or other prominent leader, can reasonably be termed democide or placed on the same level as mass murder committed against a specific population group.

Nevertheless, the idea itself merits further consideration, as does the proposed term. After all, the term “democide” appears to have gained some traction in both academic and journalistic discourse, being used both for theoretical issues and to designate specific situations.

At times, the term “autogenocide” is used interchangeably. While both these terms can be found in political and legal literature, neither has achieved universal acceptance.

4.5. *Massacre*

Massacre (French: *massacre*, meaning slaughter, butchery; derived from the Old French *mecacre*, meaning slaughterhouse) refers to the mass killing of members of a particular group. In a narrower sense, the term denotes the unlawful mass killing of opponents during wartime – such as the mass shooting of prisoners of war or civilian hostages.

Massacres may occur not only during armed conflict but also in times of peace, for instance, during violent crackdowns against political opposition or targeted violence against members of certain social strata, such as the oppressed classes or particular ethnic, religious, or other groups.

Owing to the gravity of such acts – including the large number of victims, often civilians, and the fact that they are usually planned and organized, a massacre may resemble genocide. Consequently, the same events are at times characterized as either a massacre or a genocide, depending on the perspectives.

However, although both these acts are among the most serious international crimes and share numerous similarities, they can be provisionally distinguished – at least at first glance – by the number of victims. While there is no universally accepted quantitative measure, in practice, a massacre is typically associated with the killing of dozens, hundreds, or even thousands of people, whereas genocide is generally linked to the extermination of hundreds of thousands or even millions.

A more significant and precise distinction concerns the intent underlying the crime. In the case of genocide, the defining element is the intent to destroy a particular social group as such. In contrast, a massacre does not necessarily involve such intent; rather, it is often motivated by retaliation against prisoners or civilians.

Finally, one of the conditions for the existence of genocide is that the targeted group must be one of the four groups protected by the Genocide Convention. In contrast, a massacre may also be committed against a broader range of groups – including prisoners of war, political opponents, strikers, and others.

Among the most well-known accounts of massacres is one described in the Old Testament, in which all male newborns were killed by order of King Herod of Judea.

The killing of all, or a large portion, of the population of a conquered city – regardless of their ethnicity or religion – was a relatively common practice in both the ancient world and the Middle Ages. Thus, in 335 BC, following his conquest of Thebes, Alexander the Great ordered the execution of 6,000 men, the enslavement of the remaining inhabitants, and the total destruction of the city. One of the most horrific massacres occurred during the First Crusade in 1099, when Crusaders entered Jerusalem and killed everyone in turn, including women and children, annihilating the city's population – the death toll totaling between 40,000 and 70,000 people.

Examples from more recent history include the Katyn Forest massacre of 1940, in which approximately 22,000 captured Poles were executed, with the victims being primarily officers, but also civilians, such as doctors, lawyers, and other intellectuals who held reserve officer status;⁵ the mass shootings carried out in Serbia in 1941 by the German occupying forces, who implemented a brutal reprisal policy: for every German soldier killed by the resistance, 100 Serbian civilians were executed; for every wounded soldier, 50 hostages, i.e., Serbian civilians, were killed; the massacre at My Lai village in Vietnam on 16 March 1968, during which a platoon of American soldiers under the command of Lieutenant William L. Calley killed 504 of approximately 700 inhabitants in the village – unarmed civilians, mostly elderly and children⁶ – within the span of some 15 minutes, for which no one was ultimately held accountable;⁷ and others.

⁵ At the Nuremberg Trials, the massacre was initially attributed to the German forces, and several defendants were convicted in relation to it. Although it is occasionally claimed that the Nuremberg Tribunal did not prosecute anyone for this crime, such assertions are incorrect; the massacre was explicitly included as a separate count in the indictment, and the verdict affirmed convictions on all counts. Subsequently, particularly after the collapse of the Soviet Union, the responsibility for the crime came to be widely attributed to the Soviet NKVD. However, in more recent years, a number of Russian historians have sought to prove that the massacre was, nevertheless, carried out by the German forces (Krivokapić, 2023, pp. 1012-1013). The version according to which the Poles had suffered at the hands of the German forces received new confirmation in 2024, when the Russian Federal Security Service (FSB) declassified archival documents relating to this event (TASS, 2024). Leaving all disputes to historians, it must be concluded that, whoever was ultimately responsible, the event constituted a grave crime, a massacre, though not a genocide.

⁶ Of the 504 civilians killed by the US forces in the village of My Lai, 210 were children, 50 were under the age of three, 69 were between four and seven years old, and 91 were between eight and twelve.

⁷ The My Lai massacre provoked a widespread outrage within the US and internationally, prompting legal proceedings against 26 US soldiers and officers. However, only Lieutenant Calley was ultimately convicted. Although he was initially sentenced to life imprisonment, his sentence was later commuted, and he served only three and a half years under a form of house arrest.

Despite all the inhumanity and cruelty in the above and similar cases, even when children were killed *en masse*, these were massacres, and not acts of genocide. This is because the crimes were motivated by retaliation and repression, rather than an intent to destroy the population concerned as such. Indeed, the killings were indiscriminate, without specifically targeting members of any ethnic, national, or religious group, which is a characteristic of genocide.

The distinction between massacre and genocide becomes much clearer when the victims are exclusively prisoners of war – that is, adult males. In contrast, in the case of genocide, all categories within a protected group are killed – men, but also women, children, and the elderly. An example is the crime committed in Srebrenica in 1995, which, despite the rulings of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, various decisions by UN bodies, and widespread recognition in global media, was not an act of genocide for many reasons, one of which being that only prisoners were executed, while civilians, especially women and children, were not targeted (Krivokapić, 2019, 245-186).

The above discussion pertains solely to the legal qualification of the act. In terms of punishment, there can be no doubt that the planners and perpetrators of massacres must held accountable and must be sentenced with the utmost severity, just as the planners and perpetrators of genocide.

In this regard, the question remains whether it is necessary to formally recognize massacres as a new and distinct category of international criminal offense, separate from genocide, yet, objectively, more grave than most other crimes against humanity.

4.6. Ecocide and Biocide

The terms “ecocide” and “biocide” are occasionally referenced in the media, public discussions, and even in legal science.

While ecocide (derived from the Greek *oikos* – meaning house, or place of residence) can carry a range of meanings, in the present context it refers to the deliberate, large-scale and irreversible destruction of the natural environment, often entailing harm to human populations. Such actions typically result in the disruption of the ecological balance, the extinction of plant and animal life, soil and water contamination and degradation, and other forms of severe environmental harm – all of which inevitably has profound negative impacts on the local population.

A notable example is the Vietnam War, during which the United States employed herbicides and other chemical agents over vast areas of forests and agricultural land, causing irreversible environmental destruction, while also poisoning the local population. The consequences included death, cancer, severe hereditary

diseases, an abnormally high rate of miscarriages, and numerous congenital anomalies in children (Krivokapić, 2023, pp. 542-543).

In some cases, the environmental practice of individual states has also been scrutinized under the concept of ecocide, which is defined as severe environmental degradation leading to health and ecological disasters. For example, it has been reported that in the former Soviet Union, air quality in at least 103 cities with a total population of approximately 70 millions, was deemed unfit for breathing, and an estimated 75% of the water sources were polluted (Feshbach & Friendly, 1993).

Ecocide, as understood in this context, cannot be equated with the crime of genocide for several reasons. Most notably, ecocide is not an attack aimed at destroying a specific group protected under the Genocide Convention. Rather, human casualties – typically all the population of the affected area – is just one of the consequences of severe damage to nature.

In a broader sense, the term *biocide* (derived from the Greek *bios* – meaning life) is sometimes used to describe the use of specific weapons, such as atomic and hydrogen bombs, that cause mass destruction, including mass loss of human life. In these cases, humans are the primary target of the attack, while the destruction of the environment is incidental.

In a narrower sense, biocide refers to the mass destruction of people through the use of neutron bombs, biological, chemical, and other weapons specifically designed to kill humans while leaving other elements of the environment intact (Кудрявцев, 1999, pp. 131-133). This means that someone who has destroyed the population of a given area can repopulate it with their own population, occupy abandoned homes and exploit abandoned factories, businesses and transport infrastructure.

Biocide, as defined above, can be related to genocide, though not as a synonym, but rather as a method or means by which genocide, i.e., the extermination of a particular group, may be carried out.

However, while such a possibility cannot be entirely excluded, it is important to note that biocide acts are typically directed against enemy populations, or against foreign civilian populations, rather than specifically targeting a national, ethnic, racial, or religious group. Furthermore, it is difficult to conceive a sufficiently large geographical area – assumed in most definitions of biocide – inhabited in a uniformly compact and monolithic way by one of the groups protected under the Genocide Convention.

4.7. Humanicide

We are free to propose the introduction of a new international crime, as well as appropriate terminology to describe it. Although the crime in question has not

yet occurred, and has not yet been defined by international criminal law, its conceptual contours appear to be emerging. Even if this is not the case, the possibility that this crime could be planned and attempted, or even partially executed in the future cannot be dismissed in principle.

There have been persistent claims that those who rule the world from the shadows intend to reduce the world's population to no more than one billion in the next few years. This figure would include themselves and the people who they need to serve them.

Given that, as of the beginning of 2025, the global population stands at approximately 8.21 billion and continues to grow at a rate of around 0.85%, which is equivalent to approximately 70 million people annually (Current World Population, 2025). This means that the plan is to eliminate more than 7 billion human beings. This hypothetical reduction could be pursued through the orchestration of wars, engineered pandemics, mass poisoning through air, water, food and medication, and manipulation of climate and other disasters.

When this narrative began to emerge in public discourse a few years ago, it was widely dismissed by the media as yet another so-called conspiracy theory. However, there is substantial evidence to suggest that such plans may indeed exist in the minds of some very powerful and disturbed people. Notably, Russian President Vladimir Putin, who is undeniably a serious and well-informed statesman, has alleged on several occasions that there are those whose goal is the survival of the "golden billion" (TACC, 2022).

In principle, it may be irrelevant whether someone is actually working to exterminate all humans, leaving only a select few. The mere possibility of such an intent is cause for concern.

What is indisputable is that there are extremely powerful and wealthy individuals, many of whom are closely connected in various ways, through shared financial interests, membership in the same secret societies and similar, and that for most of them, ordinary people are just an unnecessary burden, unproductive masses constantly looking for something, while simultaneously destroying natural environment.

On the other hand, it is well known that science and technology are advancing at an incredible pace. What once seemed fiction is the present-day reality. Moreover, not everything that scientific and technological progress brings is always for the benefit of humanity. On the contrary, a good part of it may be misused for various criminal purposes. In this light, even setting aside the "golden billion" narrative, one cannot dismiss the possibility that, at some point in the future, someone will indeed decide to exterminate the majority of the human population.

This brings us to the core rationale for raising this question.

If, hypothetically, someone were to exterminate all of humanity in a certain way, there would be no criminal accountability for the simple reason that there would be no surviving parties to fulfill the roles of prosecutor, judge, or even defendant. However, if someone who intended to destroy the world but was prevented in time or simply failed to exterminate all the people were to be brought to trial, what would such a person be tried for?

At first glance, it may seem appropriate to prosecute such a person under the charge of genocide. However, this would not constitute a conventional case of genocide for several reasons:

- the scale of the planned extermination far exceeds any precedent in history and cannot be compared to any genocide, not even the number of victims of all genocides combined;
- the acts intended to implement this monstrous plan would likely include a vast array of actions extending well beyond the scope of genocidal acts established in the Genocide Convention;
- the targeted population cannot be identified with any of the protected groups identified in the Genocide Convention, because it includes, if not all, then certainly the vast majority of people and human groups, regardless of their specific national, ethnic or religious characteristics.

In summary, if today we are mostly faced with the concept of genocide often artificially extended to situations that lack something to constitute the true crime of genocide, in our case, the situation is exactly the opposite: the existing institution of the crime of genocide would not be sufficient to encompass the crime in question as it would surpass all previously known crimes.

Accordingly, in such an extraordinary scenario, fortunately only imaginary, it would be necessary to formulate a new international crime. This crime would be the most serious crime of all, surpassing even the crimes of aggression and genocide. As such, it would have to be regulated through a dedicated universally binding international legal instrument, which would precisely define all its elements.

Finally, if we are to consider the emergence of a new global crime, it is clear that it must be designated by a distinct term, one that clearly differentiates it from genocide. In this regard, we would propose that it be *humanicide* (derived from the Latin *humanitas* – meaning humanity, civilization).

It goes without saying that the author sincerely hopes that everything discussed herein will remain at the level of (science) fiction, i.e., that nothing similar would ever occur, nor even be attempted. Nevertheless, even as a hypothetical, the legal issue exists.

5. Conclusion

Based on the preceding discussion, it is evident that we advocate the timely separation and precise legal regulation of new international criminal offenses. This is necessary for a number of reasons.

In particular, in light of the problematic tendency to expand the definition of genocide, we must once again emphasize that instead of such tendencies, it would be much better and more useful to introduce new distinct international criminal offenses, such as sexual violence, ethnic cleansing, democide, forced assimilation, and others. However, this must be grounded in rigorous analysis, given the far-reaching consequences such developments would entail. In particular, these new legal solutions must not be imposed; rather, they must arise through broad international consensus.

References

- Aitchison, A. 2010. Genocide and Ethnic Cleansing. In: Brookman, F, Maguire, M, Pierpoint, H, & Bennett, T. (eds.), *Handbook on Crime*, Cullompton, Willan, pp. 762-784.
- Bulutgil, H. Z. 2016. *The Roots of Ethnic Cleansing in Europe*, Cambridge University Press.
- Bulutgil, H. Z. 2017. Ethnic Cleansing and Its Alternatives in Wartimes: A Comparison of the Austro-Hungarian, Ottoman, and Russian Empires. *International Security*, 41(4), pp. 169-201.
- Canetti, C. 2021. *Ethnic Cleansing or Genocide? Either Way the World Must Act to Prevent Further Atrocities in Tigray*. U.S. Committee for Refugees and Immigrants, https://refugees.org/wp-content/uploads/2021/08/Ethnic-Cleansing-v-Genocide_-1.pdf, 15. 6. 2025.
- Clarke, G. 2001. From ethnocide to ethnodevelopment? Ethnic minorities and indigenous peoples Southeast Asia. *Third World Quarterly*, 22(3), pp. 413-436.
- Clavero, B. B. 2008. *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*. Milano: Giuffrè Editore.
- Conversi, D. 2006. Genocide, Ethnic Cleansing and Nationalism. In: Delanty, G. & Krishan, K. (eds.), *The Sage Handbook of Nations and Nationalism*, London: SAGE Publications, pp. 320-333.
- Current World Populatio. 2025. Worldometer, Current World Population, 4 March 2025, www.worldometers.info/world-population/, 15. 6. 2025.
- Feshbach, M. & Friendly A. J. 1993. *Ecocide in the USSR: Health and Nature Under Siege*. New York: Basic Books.
- Garrity, M. 2023 'Ethnic Cleansing' An Analysis of Conceptual and Empirical Ambiguity. *Political Science Quarterly*, 138(4), pp. 469-489.

- Hannum, H. 1989. International Law and Cambodian Genocide: The Sounds of Silence. *Human Rights Quarterly*, 11(1), pp. 82-138.
- Heiskanen, J. 2021. In the Shadow of Genocide: Ethnocide, Ethnic Cleansing, and International Order. *Global Studies Quarterly*, 1(4), pp. 1-10.
- Heuveline, P. 2015. The Boundaries of Genocide: Quantifying the Uncertainty of the Death Toll During the Pol Pot Regime (1975-1979). *Population Studies*, 69(2), pp. 201-218.
- Hindman, J. 2005. Genocide and Ethnic Cleansing. In: Essed, P, Goldberg, D. & Kobayashi A. (eds.), *A Companion to Gender Studies*, Wiley-Blackwell Publishers, pp. 202-211.
- Jacobs, M. D. 2016. Genocide or Ethnic Cleansing? Are These Our Only Choices?. *Western Historical Quarterly*, 47(4), pp. 444-448.
- Kiernan, B. 1993. *Genocide and democracy in Cambodia: the Khmer Rouge, the United Nations, and the international community*. New Haven.
- Kiernan, B. 2008. Documentation Delayed, Justice Denied: The Historiography of the Cambodian Genocide. In: Stone, D. (ed.), *The Historiography of Genocide*. London: Palgrave Macmillan, pp. 468-486.
- Krivokapić, B. 2019. The Crime in Srebrenica in the Light of New Findings. In: Milutinović, M. (ed.), *Srebrenica – Reality and Manipulation*, Banja Luka, pp. 245-286.
- Krivokapić, B. 2023. *Rat i pravo: Teorija i praksa oružanih sukoba i međunarodno pravo*. Banja Luka.
- Кудрявцев, В. Н. 1999. Международные преступления. In: Кудрявцев, В. Н. (ed.), *Международное уголовное право*, Moscow.
- Laban, H. A. 2005. *Why Did They Kill? Cambodia in the Shadow of Genocide*. University of California Press.
- Manashaw, L. D. 2005. Genocide and Ethnic Cleansing: Why the Distinction? A Discussion in the Context of Atrocities Occurring in Sudan. *California Western International Law Journal*, 35, pp. 303-331.
- Murray, A. R. J. 2011. Does International Criminal Law Still Require a 'Crime of Crimes'? A Comparative Review of Genocide and Crimes against Humanity. *Goettingen Journal of International Law*, 2, pp. 589-615.
- Pappe, I. 2006. The 1948 Ethnic Cleansing of Palestine. *Journal of Palestine Studies*, https://ciaotest.cc.columbia.edu/olj/jps/vol36-141/vol36-141_b.pdf, 15. 6. 2025.
- Prium, S. 2014. Ethnocide and Indigenous Peoples: Article 8 of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Adelaide Law Review*, 35, pp. 269-308.
- Rafter, N. 2016. *The Crime of All Crimes: Toward a Criminology of Genocide*. New York University Press.
- Rummel, R. J. 1994, Death by Government: Chapter 2: Definition of Democide. From the pre-publisher edited manuscript of Chapter 2 in R. J. Rummel, *Death By Government*, 1994.www.hawaii.edu/powerkills/DBG.CHAP2.HTM, 15. 6. 2025.
- Rummel, R. J. 1998. Democide Versus Genocide: Which is What?, www.hawaii.edu/powerkills/GENOCIDE.HTM, 15. 6. 2025.
- Schabas, W. A. 2008. Genocide Law in a Time of Transition: Recent Developments in the Law of Genocide. *Ruthers Law Review*, 1, pp. 161-192.

- Schabas, W. 2009. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. Cambridge University Press.
- Schabas, W. 2014. Ethnic Cleansing' and Genocide: Similarities and Distinctions. In: Malloy, T. H. & Marko J. (eds.), *Minority governance in and beyond Europe*, Brill/Nijhoff, pp. 39.-60
- Scully, G. W. 1997. *Murder by the State*, NCPA Policy Report No. 211, September 1997, www.ncpathinktank.org/pdfs/st211.pdf, 15. 6. 2025.
- Sirkin, M. 2010. Explaining the Crime of Genocide to Include Ethnic Cleansing: A Return to Established Principles in Light of Contemporary Interpretations. *Seattle University Law Review*, 33(2), pp. 489-526.
- TACC. 2022. Путин назвал идею “золотого миллиарда” неоколониальной и расистской. TACC, 20 July 2022, <https://tass.ru/politika/15264159>, 15. 6. 2025.
- TACC. 2024. ФСБ рассекретила архив о казнях нацистами поляков и фальсификации "Катынского дела. TACC, 11 апреля 2024, <https://tass.ru/obschestvo/20515213>, 15. 6. 2025.
- Tennant, C. C. & Turpel, M. E. 1990. A case study of indigenous peoples: genocide, ethnocide and self-determination. *Nordic Journal of International Law*, 59(4), pp. 287-319.
- Ther, P. 2021. A Brief History of Ethnic Cleansing in Modern Europa. *SO-CLOSE Enhancing Social Cohesion through Sharing the Cultural Heritage of Forced Migrations*, https://ddd.uab.cat/pub/caplli/2021/240012/SO-CLOSE_PS_VOL1p8.pdf, 15. 6. 2025.
- Varnava, A. 2024. Distinguishing between genocide and ethnic cleansing in the Ottoman Empire (1914–23) and why this matters. *Griffith Law Review*, https://research-now-admin.flinders.edu.au/ws/portalfiles/portal/140468268/Varnava_Distinguishing_P2024.pdf, 15. 6. 2025.

Legal Sources

- Canadian Criminal Code. 1985. Justice Laws Website, Government of Canada, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-45.html#h-121176>, 15. 6. 2025.
- Finnish Penal Code (1889, with amend. 2012) *Finnish Penal Code*, Translation, Prevent Genocide International, www.preventgenocide.org/fi/rikoslaki.htm, 15. 6. 2025.
- French Penal Code. 1994. *Code Pénal*; Livre II, Des crimes et delits contre les personnes Titre Ier - Des crimes contre l'humanite, Chapitre Ier - Du génocide, Article 211-1, Translation in English, Prevent Genocide International, www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/france.htm#trans, 15. 6. 2025.
- Italian Law on Prevention and Repression of the Crime of Genocide. 1967. *Prevenzione e repressione del delitto di genocidio*, Translation into English: Italian law 9 October 1967, n. 962, Prevent Genocide International, <http://preventgenocide.org/it/legge.htm>, 15. 6. 2025.
- Portugal Penal Code. 1982. *Código penal*, Translation (draft text), Prevent Genocide International, www.preventgenocide.org/pt/direito/codigos/portugal.htm, 15. 6. 2025.

Spanish Criminal Code. 1995. With amend. *Criminal Code*, Organic Act 10/1995, 23 November, on the Criminal Code, Ministerio de Justicia, Madrid, 2016, www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Criminal_Code_2016.pdf, 15. 6. 2025.

Timor-Leste Penal Code. 2009. *Penal Code of the Democratic Republic of Timor Leste*, ICC Legal Tools Database, www.legal-tools.org/doc/ad0f8a/, 15. 6. 2025.

Case Law

Case Concerning Application of the Convention. 2007. *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ, Judgment of 26 February 2007, www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf, 15. 6. 2025.

Kambanda. 1998. *Prosecutor v. Jean Kambanda*, ICTR, Judgment, ICTR-27-23-S, 4 September 1998, www.refworld.org/cases, ICTR, 3deba9124.html, 15. 6. 2025.

Serushago. 1999. *Prosecutor v. Omar Serushago*, ICTR, Judgment, ICTR-98-39-S, 5 February 1999, www.refworld.org/cases, ICTR, 48abd57927.html, 15. 6. 2025.

OSVETNIČKA PORNOGRAFIJA U PRAVU I STVARNOSTI – POJMOVNA RAZGRANIČENJA I REGULATIVA

Sažetak

Suštinski, osvetnička pornografija je delo zloupotrebe i distribucije intimnih slika ili snimaka bez pristanka osobe koja se na tim materijalima nalazi. Zahvaljujući savremenoj informaciono-komunikacionoj tehnologiji, ovakva zloupotreba može dostići velike razmere i sadržaji dospeti do šire javnosti. Osvetnička pornografija je vrsta onlajn pornografije koja, mada kreirana uz pristanak druge osobe, biva distribuirana dalje bez njenog pristanka (Salter & Crofts, 2015). Nedvosmisleno osvetnička pornografija, kao savremena pojava, predstavlja ozbiljan izazov i viktimizaciju jer zahvaljujući zloupotrebi tehnike i tehnologije biva dostupna još široj javnosti. Kod žrtava osvetničke pornografije javlja se posttraumatski stres, poput onog koji doživljavaju žrtve seksualnog uznemiravanja i maltretiranja (Gruber & Fineran, 2007). Ovo delo prepoznato je od strane zakonodavstava brojnih zemalja, pre svega SAD i država Zapadne Evrope. U ovom radu, osim pojmovnih definisanja i razgraničenja termina, prikazaćemo kako je osvetnička pornografija predstavljena i sankcionisana u različitim zakonodavstvima i pokušati da damo predlog kako se ovo delo može uvrstiti u naš Krivični zakonik.

Ključne reči: osvetnička pornografija, internet, informaciono-komunikaciona tehnologija, zakon, viktimizacija.

* Magistar, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti Republike Srbije, Beograd, Srbija.
E-mail: brankicajankovic09@gmail.com

** Redovni profesor, Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu, Beograd, Srbija.
E-mail: nputnik@fb.bg.ac.rs
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6374-7270>

REVENGE PORNOGRAPHY AT LAW AND REALITY – TERMS DEFINITIONS AND LEGISLATION

Summary

Essentially, revenge pornography is the act of abusing and distributing intimate images or recordings, without the consent of the person on those materials. By use of technology, this kind of abuse can reach large proportions and the contents gets to the general public. Revenge pornography is a type of online pornography that, although created with the consent of another person, is distributed further without their consent (Salter & Crofts, 2015). Unequivocally, revenge pornography, as a modern phenomenon, represents a serious challenge and victimization, because thanks to the abuse of technique and technology, it becomes available to an even wider public. Victims of revenge pornography experience post-traumatic stress, similar to that experienced by victims of sexual harassment and bullying (Gruber & Fineran, 2007). In this paper, apart from conceptual definitions and delimitation of terms, we will show how revenge pornography is depicted and sanctioned in different legislations and try to make a proposal on how this act can be included in our Criminal Code.

Keywords: revenge pornography, Internet, information and communication technology, law, victimization.

1. Uvod

„Osvetnička pornografija” je i pojam i fenomen koji se pojavio poslednjih godina i usko je vezan za pornografske sadržaje na internetu. Zloupotreba informaciono-komunikacionih tehnologija dovela je do stvaranja novog rizika, pa i krivičnog dela. Pojam osvetnička pornografija ukazuje na zloupotrebu prava, sa aspekta deljenja intimnih slika bez pristanka (Mania, 2024, p. 117). Kako bi razumeli ozbiljnost i suštinu ove pojave, potrebno je razmotriti i šta se podvodi pod termin pornografija. Osim laičkog posmatranja pornografije kao prikazivanja intimnih delova tela, ovaj termin je potrebno precizno i smisleno definisati, upravo zbog činjenice da se on, uz pojam opscenost koristi i eksploatiše u umetnosti, marketingu, ali da ima i svoju stranu zloupotrebe u svakodnevnom životu. Država ima potrebu za definicijom ukoliko želi da redukuje pornografiju ili opscenost ili da spreči da žene budu povređene ili viktimizovane zbog takvih objava (Lichter, 2013, p. 1155). Jedna od najuticajnijih definicija pornografije je ona koju su kreirale Dvorkinova

(Andrea Dworkin) i Makinonova (Catherine MacKinnon), sada već davne 1983. godine (Downs, 1989, pp. 34-35). Pema ovim autorkama, postoje tri elementa pornografije, a to su: seksualna eksplicitnost, podređenost žene i prikazi različitih seksualnih činova. Na osnovu rada Dworkinove i Makinonove, uz određene izmene, vrhovni sudovi u Kanadi i na Novom Zelandu usvojili su svoje definicije pornografije (Lichter, 2013, p. 1157). Sanstajn (Cass Sunstein) u svom radu objavljenom u časopisu *Duke Law Journal* iznosi da je suština pornografije u zlostavljanju žena i uz to dodaje da je element takvih sadržaja i to da žena zasluži maltretiranje, a sve sa ciljem da se kod konzumenata postigne uzbuđenje (Sunstein, 1986, pp. 589-627). Imajući u vidu navedene stavove i objašnjenja, nedvosmisleno osvetnička pornografija, kao savremena pojava, predstavlja ozbiljan izazov i viktimizaciju jer zahvaljujući zloupotrebi tehnike i tehnologije biva dostupna još široj javnosti. Ovo delo prepoznato je od strane zakonodavstava brojnih zemalja, pre svega SAD i država Zapadne Evrope. U ovom radu, osim pojmovnih definisanja i razgraničenja termina, prikazaćemo kako je osvetnička pornografija predstavljena i sankcionisana u različitim zakonodavstvima i pokušati da damo predlog kako se ovo delo može uvrstiti u naš Krivični zakonik, kao i u oblast visokotehnološkog kriminala.

2. Osvetnička pornografija – pojmovna razgraničenja, učestalost i posledice

Suštinski, osvetnička pornografija je delo zloupotrebe i distribucije intimnih slika ili snimaka bez pristanka osobe koja se na tim materijalima nalazi. Zahvaljujući savremenim tehnologijama, ovakva zloupotreba može dostići velike razmere i sadržaji dospeti do šire javnosti. Termin je relativno nov i upućuje na kršenje zakona, a proizilazi iz klasičnih motiva osvete (Mania, 2024, p. 117). Pored već ustaljenih i prisutnih oblika nasilja nad ženama, treba istaći da je upotreba savremenih tehnologija iznedrila nove forme nasilja nad ženama – *revenge porn* i *deepfake* (Dimovski, 2023, p. 156). Osvetnička pornografija je vrsta onlajn pornografije koja, mada kreirana uz pristanak druge osobe, biva distribuirana dalje bez njenog pristanka (Salter & Crofts, 2015, pp. 233-253). Opisivanje ovog termina uključuje i upotrebu tehnike za kreiranje, čuvanje i širenje poruka, slika ili snimaka seksualno eksplicitnog sadržaja (Flescher Peskin *et al.*, 2013, pp. 454-459). Pojedini autori u svojim objašnjenjima čak koriste i sintagmu „seksualno zlostavljanje upotrebom fotografija“ (McGlynn & Rackley, 2017, 534-561), a što najčešće upućuje na stav da ovakva dela potiču od bivših partnera ili supružnika, mada zloupotrebu ovakvih sadržaja mogu vršiti i treća lica radi sticanja materijalne koristi, kada najčešće govorimo o administratorima različitih veb-stranica, kreiranih upravo u ove svrhe. „Uzimajući u obzir sve gore navedene razloge, mi tvrdimo da je *pornografiju iz osvete* prikladnije označiti kao ‘nekonsenzualno širenje

eksplicitnih slika, koje opisuje čin deljenja seksualnih slika ili video-zapisa bez saglasnosti osobe na slici. Ovo takođe uključuje slučajeve koji se dešavaju ili onlajn ili van mreže, kada žrtva nije bila svesna ili nije pristala da bude fotografisana ili snimljena, ili kada su imali slike koje su u njihovom posedu bilo digitalno ili putem analognih zapisa, a što znači ukradene putem kompjuterskog hakovanja ili uobičajene krađe“ (Beyens & Lievens, 2016, p. 33).

S obzirom na (zlo)upotrebu tehnike za izvršenje aktivnosti osvetničke pornografije, potrebno je razgraničiti ovo delo od takozvane „dipfejk (*deepfake*) pornografije“. Analiza pravničkog sagledavanja osvetničke pornografije i dipfejk pornografije zahteva razumevanje kompleksnosti ova dva termina (McGlynn & Rackley, 2017). Dok osvetnička pornografija predstavlja vid seksualnog zlostavljanja, ali i svojevrsnog kršenja prava privatnosti, „termin dipfejk pornografija vodi poreklo sa Reddit foruma“ (Wang & Kim, 2022). Dipfejk pornografija podrazumeva korišćenje veštačke inteligencije (AI) i alatki i algoritama razvijenih na bazi AI za kreiranje lažnih pornografskih video-sadržaja. Suštinski, dipfejk video je materijal nastao upotrebom AI kako bi se nečije lice iskoristilo i foto-montiralo na tuđe telo (Mania, 2024, p. 117). U ovom slučaju, aktivnosti na društvenim mrežama i objavljivanje fotografija omogućavaju počiniocima da prikupe potreban materijal kako bi kreirali dipfejk pornografiju (Karasavva & Noorbhai, 2021, pp. 203-209). Američki pravosudni sistem jasno razgraničava i u krivično-pravnom smislu da osvetnička pornografija, odnosno deljenje intimnog materijala bez pristanka osobe koja se na njima nalazi, nije isto što i kreiranje lažnog sadržaja nazvanog dipfejk pornografija. U drugom slučaju, žrtve su u izvesnoj meri same „krive“, mada ne pravno ili moralno, više u društvenom pogledu, što su svoje slike učinile dostupnim putem društvenih mreža, ali što svakako ne daje za pravo da i one budu zloupotrebljene, u ovom slučaju najčešće radi ucene ili sticanja materijalne koristi. U oba slučaja, pornografski sadržaj je svakako prisutan i štetan po žrtvu, njena prava i privatnost (Westerlund, 2019, pp. 40-53). Takođe, treba imati u vidu da osvetnička pornografija potpada pod kišobran nekonsenzualne pornografije, ali i da svaki pornografski sadržaj načinjen bez pristanka nije istovremeno i osvetnički (Bates, 2017, p. 23), a osim želje za osvetom, počinioci nekada podele ili prodaju intimni sadržaj veb-sajtovima kreiranim u svrhe osvetničke pornografije, čime i počinilac i veb administrator stiču profit. Nekoliko takvih veb-sajtova kreirano je tokom 2010. godine (Stroud, 2014, pp. 168-183), a tokom tri meseca u 2011. godini primili su 10.000 fotografija (Bates, 2017, p. 23). Osvetnička pornografija, s obzirom na autentičnost materijala i osobe koja se na njima nalazi i svesne namere počinioca da nanese štetu žrtvi deljenjem tog sadržaja, predstavlja ne samo danas rasprostranjeno krivično delo već i čin koji nanosi različite traume viktimizovanoj osobi. Servis britanske vlade – Revenge Porn Helpline –registrovao je porast broja dela osvetničke pornografije za 87% u 2020. godini u odnosu na

prethodnu godinu. Istraživanje takođe pokazuje da su kod ovih dela najčešće žrtve žene – u čak 75% slučajeva (Citron & Franks, 2014, pp. 345-392). Žrtve osvetničke pornografije doživljavaju javnu sramotu, pa čak i osudu, depresiju, anksioznost, neke i otkaz; u tom slučaju teže nalaze novi posao, a postaju i žrtve uznemiravanja i praćenja od strane trećih lica (Citron & Franks, 2014, pp. 345-392). Prema istraživanju koje je sprovedla Popkinova (Helen A.S. Popkin), u SAD, svaka deseta osoba doživela je da njen bivši partner podeli intimne slike bez njenog znanja i pristanka (Popkin, 2012). Otežavajuća činjenica u celokupnom ovom delu je kada ovakav materijal biva postavljen na internet, pa ga je nakon toga teško ili nemoguće ukloniti, u zavisnosti od toga koliko se daljih deljenja desilo i da li su uključeni i veb-sajtovi i kriminalci na internetu. Žrtve osvetničke pornografije prijavljuju brojne neprijatnosti i probleme, poput onih da su dobijale otkaz, morale da menjaju školu, čak i identitet (Franklin, 2014, p. 1309). Nažalost, „kako nas je snažna dinamika u ovoj oblasti zahvatila, tehnikalizacija ljudske komunikacije je usvojila nove metode, i to tako da je preostalo samo jedno – potpuna zamena stvarnosti ‘stvarnošću’ mreža“ (Petrović, 2022, p. 471). Prema Blumovoj (Sandra Bloom), trebalo bi da osvetnička pornografija bude okarakterisana kao seksualni prestup, zbog sličnosti sa drugim oblicima seksualnog zlostavljanja, poput napada ili uznemiravanja (Bloom, 2014, p. 278). Kod žrtava osvetničke pornografije javlja se posttraumatski stres, poput onog koji doživljavaju žrtve seksualnog uznemiravanja i maltretiranja (Gruber & Fineran, 2007). Osvetnička ili kako je neki autori karakterišu i kao „nekonsenzualna prnografija“ nije bila toliko raspostranjena do pre samo pet godina (Bates, 2017, p. 23) – upotreba pametnih telefona, veb-kamera i laptopova učinila je da nastaje sve više digitalnih intimnih sadržaja, ali i da oni, u svrhu osвете, bivaju nakon čuvanja i distribuirani.

3. Tretman dela osvetničke pornografije u pravosuđu pojedinih zemalja

Teoretičari ispituju vezu interneta i ljudskih prava, kao i značaj koji internet ima u realizaciji priznatih ljudskih prava. Velika pažnja se posvećuje i sajber bezbednosti, kao i pitanjima sajber kriminala (Jelisavac Trošić & Gordanić, 2023, pp. 375-394). Sjedinjene Američke Države su, među prvim, nastojale da definišu ne samo pornografiju već i dela osvetničke pornografije u okviru svoje legislative. Pošto je širenje pornografskih slika bez pristanka privuklo značajnu pažnju proteklih godina u Sjedinjenim Državama (Beyens & Lievens, 2016, p. 34), zakonodavstvo SAD je trenutno najnaprednije po ovoj temi. Američki Kongres je 1996. godine donošenjem Zakona o pristojnosti u komunikacijama (Communications Decency Act) nastojao da reguliše oblast pornografije na internetu. Međutim, značajna ograničenja u pogledu odgovornosti postavljena su u Sekciji 230, za čije izglasavanje je izvršeno jako lobiranje od

strane internet provajdera i vlasnika veb-sajtova. Sekcijom 230 Kongres je promovisao, s jedne strane, slobodu razmene na internetu, ali je istovremeno i ohrabrivao host-provajdere da dobrovoljno vrše monitoring sadržaja koji se postavlja i deli, u odnosu na njihov opsceni sadržaj. Ako provajder odbije da nadgleda i reguliše sadržaj na svom veb-sajtu, mogao bi da izbegne odgovornost za prikazano, mada te materijale Kongres može smatrati uznemirujućim. S druge strane, ako provajder nadgleda svoje veb-sajtove, korisnik treba da ga obavesti o sadržaju svoje objave i ako one nepoželjne ne budu uklonjene, administrator će biti odgovoran (Franklin, 2014, p. 1312). U slučaju osvetničke pornografije, pojedinci koji postavljaju i dele takav sadržaj nemaju imunitet prema Sekciji 230, ali ga internet servis provajderi imaju (Popkin, 2012) jer se smatra da oni nisu podstrekivali na stvaranje i deljenje takvog materijala (Franklin, 2014, pp. 1303-1335). Provajderi nemaju imunitet jedino u slučajevima kada se postavljeni sadržaj smatra kažnjivim po osnovu Federalnog krivičnog zakona, kao i Zakona o intelektualnoj svojini. Treba imati u vidu da „američki sistem ima visok nivo senzitivnosti na društvene inicijative“, te da nije neuobičajeno da se zakoni menjaju kao rezultat pritiska društva, prvo kroz amandmane na nivou država, a zatim i na federalnom nivou (Mania, 2020, pp. 2079-2097; Helmholtz, 1990, pp. 1207-1228). Trenutno ne postoji nikakav savezni američki zakon koji bi to konkretno delo mogao da unificirano kriminalizuje (Lipton, 2011). Međutim, s obzirom na izuzetno brz porast visokorizičnih profila, često sa dramatičnim slučajevima koji su se desili tokom poslednjih nekoliko godina i medijskom pažnjom koja je pratila ove događaje, nekoliko državnih zakonodavaca usvojilo je sopstvene statute na državnom nivou (Whitehurst, 2015). U kalifornijskom Kaznenom zakoniku (Penal Code), kao definicija osvetničke pornografije navodi se sledeće: „Svaka osoba koja namerno distribuira sliku intimnog dela tela ili delova neke druge identifikovane osobe ili slike osobe koja je uključena u čin seksualnog odnosa, sodomije, oralne kopulacije, seksualnog odnosa penetracije, ili slika masturbacije od strane prikazane osobe ili u kojoj ova osoba učestvuje, pod okolnostima u kojima se osobe slažu ili razumeju da će slika ostati privatna, osoba koja distribuira sliku zna ili treba da zna da će distribucija slike izazvati ozbiljan emocionalni stres prikazanoj osobi“ (CA Penal Code 647(j)(4)). U Kaliforniji širenje seksualnih slika bez saglasnosti smatra se prekršajem, za koji je zaprećena kazna do šest meseci zatvora i novčana kazna od 1.000 dolara (Beyens & Lievens, 2016, p. 36). Prema zakonu države Illinois, osvetnička pornografija definiše se na sledeći način:

„Osoba širi privatne seksualne slike bez pristanka kada:

- (1) namerno distribuira sliku druge osobe:
 - (A) koja ima najmanje 18 godina; i
 - (B) koja se može identifikovati na osnovu same slike ili informacija prikazanih u vezi sa slikom; i

- (C) koja se bavi seksualnim činom ili čiji su intimni delovi otkriveni, u celini ili delimično; i
- (2) dobija sliku pod okolnostima u kojima bi razumna osoba znala ili razumela da je slika bila i da je trebalo da ostane privatna; i
- (3) zna ili je trebalo da zna da osoba na slici nije pristala na njenu distribuciju“ (720 iCS 5/11e23.5).

Kazna za ovo krivično delo je od jedne do tri godine zatvora, uz moguću i novčanu kaznu do 250.000 dolara.

Evropska unija, s druge strane, počiva na autonomiji nacionalnih zakonodavstava, te su razlike u regulativama o pojedinim pitanjima i delima moguće (Mania, 2024, p. 119). Ipak, problematika poput osvetničke pornografije pokazala je tendenciju da kroz Opštu uredbu o zaštiti podataka (General data Protection Regulation) bude unificirana na nivou zemalja članica i same Unije (Goddard, 2017, pp. 703-705). Međutim, ovo nije donelo veliku satisfakciju žrtvama, otkada je 2022. godine krivičnopravni pogled na osvetničku pornografiju unitarno uobličen – na njima je da podnose privatne tužbe protiv počinioca, drugih korisnika i administratora. Određena zaštita i krivica za administratora postoji i u okviru Direktive o uslugama audio-vizuelnih medija (Audiovisual media Service Directive) koja obavezuje platforme za deljenje video-materijala da sprovedu mere kojima bi publiku zaštitile od sadržaja i njihovih vlasnika koji time čine krivično delo po zakonima EU.

Belgija je 2020. godine uvela inovacije u zakonodavstvo baveći se okolnostima osvetničke pornografije (Mania, 2024, p. 120). Pravnim propisima je predviđena novčana kazna od 200 do 15.000 evra, kao i moguća zatvorska kazna između šest meseci i pet godina. Amandmanom su uvedene i odredbe koje omogućavaju sprovođenje procesa uklanjanja slika sa veb-sajta u slučajevima kada je prekršilac pod belgijskom jurisdikcijom (Beyens & Lievens, 2016, pp. 31-43).

Francuska je 2016. godine usvojila Zakon o digitalnoj republici (La loi pour une République numérique est promulguée), čime je stvorila osnovu i za proceuiranje osvetničke pornografije. U Krivičnom zakonu, u čl. 226-2-1 navodi se da je kažnjiva činjenica da je sadržaj promovisan bez saglasnosti osobe, da je dokument seksualne prirode omogućen da bude viđen od strane trećeg lica ili javnosti (McGlynn & Rackley, 2017, pp. 534-561). Za ovo krivično delo zaprećena je kazna do dve godine zatvora i do 60.000 evra.

U Nemačkoj ne postoji zakon koji direktno navodi i bavi se osvetničkom i dipfejk pornografijom (Benedick, 2018). Ipak, postojeća legislativa se može primeniti i na ove slučajeve (Franks, 2017). Kao relevantno se uzima tumačenje nemačkog Saveznog suda iz 2015. godine, a koje je izneto u presudi povodom obelodanjivanja fotografija bivšeg partnera, na njegov zahtev. Time je usvojena kriminalizacija dela

kojima se „povređuje intimna privatnost uzimanjem slike“, omogućavanje da se prava žrtava potvrde u situacijama nezakonitog širenja fotografija trećim licima, čak i u situacijama pristanka u vreme snimanja (Mania, 2024, p. 121).

Definicija španskog pravosuđa je interesantna sa aspekta pogleda na to ko su žrtve, a ko počinio delo osvetničke pornografije. Naime, u izmeni čl. 197, st. 7 Krivičnog zakona Španije, koja je izvršena 2015. godine, navodi se da ukoliko pojedinac, bez saglasnosti osobe na koju se to odnosi, podeli ili pošalje trećim licima audio-vizuelne snimke osobe koji su tada uz znanje kreirani u njenoj kući ili na bilo kom drugom mestu, on će biti kažnjen zatvorom od tri meseca do godinu dana (Spanish Penal Code, 2015). Ovakva definicija ukazuje da je počinilac osvetničke pornografije muškog pola, što, iz prethodno navedenih istraživanja u većini slučajeva jeste činjenica. Međutim, trebalo bi da zakoni budu u ovom smislu neutralni i primenjivi na svakog počinioa, u ovom slučaju bez obzira na pol.

3.1. Mogućnosti u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije

Krivični zakonik, a ni druga pravna akta ovog ranga ne prepoznaju delo ni osvetničke, ni dipfejk pornografije, iako svedočimo da je ova pojava u porastu i kod nas, a da je u drugom slučaju koriste čak i maloletna lica, uz pomoć besplatnih aplikacija do kojih mogu doći putem pametnih telefona.

Ono što naš Krivični zakonik Republike Srbije (dalje u tekstu: Zakonik) poseduje i propisuje, a što može biti polazna osnova za uvrštavanje dela osvetničke pornografije u kaznenu politiku jeste sledeće – čl. 112 Zakonika navodi definiciju: „(17) Računarski podatak je svako predstavljanje činjenica, informacija ili koncepta u obliku koji je podesan za njihovu obradu u računarskom sistemu, uključujući i odgovarajući program na osnovu koga računarski sistem obavlja svoju funkciju“. Postojanjem ove definicije, moguće je fotografije i audio-video snimke pornografskog sadržaja, nastale uz prvobitnu saglasnost svih osoba koje se na njima nalaze, okarakterisati kao računarski podatak kojim se može manipulirati (menjati, umnožavati, deliti). U vezi s tim, čl. 145 Zakonika, u kojem se, između ostalog, navodi „(1) Ko objavi ili prikaže spis, portret, fotografiju, film ili fonogram ličnog karaktera bez pristanka lica koje je spis sastavilo ili na koga se spis odnosi, odnosno bez pristanka lica koje je prikazano na portretu, fotografiji ili filmu ili čiji je glas snimljen na fonogramu ili bez pristanka drugog lica čiji se pristanak po zakonu traži i time osetno zadre u lični život tog lica, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine“, neosporno se može dopuniti dodatnim stavom koji bi ovo delo proširio i na oblast osvetničke pornografije. Ovaj stav sadrži sve bitne elemente za definisanje novog dela: objavu bez pristanka, spis, fotografiju ili film ličnog karaktera i zadiranje u lični život tog lica. Shodno navedenom, ovaj član moguće je dopuniti novim krivičnim delom koje

bi sadržalo upravo navedene bitne elemente i karakteristike dela, a koje bi se odnosilo na spise, fotografije ili snimke pornografskog sadržaja, za koje osoba koja se na njima nalazi nije dala pristanak za deljenje i pokazivanje trećim licima i javnosti. Pri tome, potrebno je i jasno definisati pornografski sadržaj, koji ni na koji način neće opisom i lingvističkim konstrukcijama imati mizogini karakter ili ton uvredljivosti za one koji su takav materijal, saglasno samo za svoje potrebe načinili. Pornografski sadržaj, njegov nastanak i deljenje detaljno su opisani u okviru vrlo ozbiljnog krivičnog dela – „iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu“. Pojediniosti i definicije u okviru ovog krivičnog dela mogu se iskoristiti i za definisanje i kaznenu politiku u slučaju osvetničke pornografije.

4. Zaključak

Ne bismo bili prvi koji bi izjavili da su tehnika i tehnologija, pored brojnih mogućnosti za čovečanstvo, olakšali i izvršenje nekih krivičnih dela ili čak postali osnovna alatka za stvaranje novih. Takav je slučaj i sa osvetničkom i dipfejk pornografijom i mnogim nezakonitim radnjama koje se odvijaju pod okriljem *dark* i *deep web*-a. Nažalost, čini se da su izvršioци krivičnih dela koji koriste tehnička i softverska dostignuća u prednosti u odnosu na organe istrage i sudstva. Sama suština i kompleksnost interneta i virtuelne stvarnosti, s jedne strane, i imperativa slobode govora i ljudskih prava, s druge, čine da se dešavanja, pa i krivična dela u sajber prostoru teško definišu, otkrivaju i procesuiraju. Svakako da otežavajuću okolnost predstavlja i činjenica da internet provajderi i administratori veb-sajtova nisu uvek voljni da učestvuju u donošenju adekvatne krivičnopravne regulativne, a nekada čak, zbog interesa profita, lobiraju i protiv nje.

Pregled postojećih zakonskih rešenja u zemljama koje su tehnološki najviše napredovale, ali su istovremeno i prepoznale raširenost fenomena osvetničke pornografije i štetu koju ona nanosi po pojedincima (traume) i društvu (slobodan pristup eksplicitnim sadržajima čak i maloletnim licima), pokazao je da je ovo delo moguće jasno definisati, otkriti i sankcionisati.

Druga krivična dela i definicije koje smo prikazali u našem Krivičnom zakonu pokazuju da postoje legislativne osnove da se osvetnička pornografija može uvrstiti i u naše pozitivno pravo. Primeri iz prakse kojima svedočimo i o kojima svedoče žrtve, kao i traume koje su pretrpele, ukazuju da je krivičnopravno definisanje osvetničke pornografije preko potrebno, posebno kada imamo u vidu i pomenutu činjenicu da je, naročito kod mladih, već prisutna i aktivnost kreiranja dipfejk pornografije.

Literatura

- Bates, S. 2017. Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors. *Feminist Criminology*, 12(1), pp. 22-42. <http://dx.doi.org/10.1177/1557085116654565>
- Beyens, J. & Lievens, E. 2016. A Legal Perspective on the Non-Consensual Dissemination of Sexual Images: Identifying Strengths and Weaknesses of Legislation in the US, UK and Belgium. *International Journal of Law, Crime and Justice*, 47, pp. 31-43.
- Bloom, S. 2014. No Vengeance for Revenge Porn Victims: Unraveling why this Latest Female-Centric, Intimate-Partner Offense is Still Legal, and Why We Should Criminalize It. *Fordham Urban Law Journal*, 42, p. 234-289.
- Citron, D. K. & Franks, M. A. 2014. Criminalizing Revenge Porn. *Wake Forest Law Review*, 49, p. 345-392, University of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2014-1, Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2368946>, 2. 10. 2024.
- Fleschler Peskin, M., Markham, C. M., Addy, R. C., Shegog, R., Thiel, M. & Tortolero, S. R. 2013. Prevalence and Patterns of Sexting among Ethnic Minority Urban High School Students. *Cyberpsychology, Behavior and Social Network*, June, 16(6), pp. 454-459. 10.1089/cyber.2012.0452.
- Dimovski, D. 2023. Osvetnička pornografija: kriminološki i krivičnopravni aspekt. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 98(LXII), pp. 155-174.
- Franklin, Z. 2014. Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites. *California Law Review*, 102(5), pp. 1303-1335.
- Goddard, M. 2017. The EU General Data Protection Regulation (GDPR): European Regulation that Has a Global Impact. *International Journal of Market Research*, 59(6), pp. 703-705.
- Helmholz, R. H. 1990. Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions? *Duke Law Journal*, 6, pp. 1207-1228. Illinois Law 720 ILCS 5/11e23.5
- Jelisavac Trošić, S. & Gordanić, J. B. 2023. Priznanje prava na pristup internetu kao samostalnog ljudskog prava – potencijali i prepreke. *Strani pravni život*, god. LXVII, 3, pp. 375-394.
- Karasavva, V. & Noorbhai, A. 2021. The Real Threat of Deepfake Pornography: A Review of Canadian Policy. *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 24(3), pp. 203-209. Dostupno na: <https://doi.org/10.1089/cyber.2020.0272>, 2. 10. 2024.
- Lichter, S. 2013. Unwanted Exposure: Civil and Criminal Liability for Revenge Porn Hosts and Posters. *Harvard Journal of Law & Technology*. Dostupno na: <http://jolt.law.harvard.edu/digest/privacy/unwanted-exposure-civil-and-criminal-liability-for-revenge-porn-hosts-and-posters>, 20. 9. 2024.
- Lipton, J. D. 2011. Combating Cyber-Victimization. *Berkeley Technology Law Journal*, 26(2), 1119-1122. Dostupno na: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol26/iss2/5>, 20. 9. 2024.

- Mania, K. 2020. The Legal Implications and Remedies Concerning Revenge Porn and Fake Porn: A Common Law Perspective. *Sexuality & Culture*, 24(6), pp. 2079-2097.
- Mania, K. 2024. Legal Protection of Revenge and Deepfake Porn Victims in the European Union: Findings from a Comparative Legal Study. *Trauma, Violence, & Abuse*, Vol. 25(1), pp. 117-129.
- McGlynn, C. & Rackley, E. 2017. Image-Based Sexual Abuse. *Oxford Journal of Legal Studies*, 37(3), pp. 534-561.
- Petrović, D. 2022. Privacy and Protection of Personal Data – Criminal Law Aspect. *Strani pravni život*, LXVI(4), pp. 469-489.
- Popkin, H. A. S. 'Revenge Porn' Site Shut Down by 'Anti-Bullying' Site, *NBC* (Apr. 20, 2012, 12:37 PM). Dostupno na: <http://www.nbcnews.com/tech/internet/revenge-porn-site-shut-down-bullying-site-f726532>, 24. 9. 2024.
- Salter, M. & Crofts, T. 2015. Responding to Revenge Porn: Challenges to Online Legal Impunity. In: Comella, L. & Tarrant, S. (eds.), *New Views on Pornography: Sexuality, Politics, and the Law*. Praeger, pp. 233-253.
- Stroud, S. R. 2014. The Dark Side of the Online Self: A Pragmatist Critique of the Growing Plague of Revenge Porn. *Journal of Mass Media Ethics*, 29, pp. 168-183. Dostupno na: <http://dx.doi.org/10.1080/08900523.2014.917976>, 24. 9. 2024.
- Sunstein, C. R. 1986. Pornography and the First Amendment. *Duke Law Journal*, 4, pp. 589-627. Dostupno na: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol35/iss4/1>, 24. 9. 2024.
- Wang, Z., & Kim, J. K. 2022. Comments on "Statistical inference with non-probability survey samples"..*Survey Methodology*, Statistics Canada, Catalogue No.12-001-X, 48(2). Dostupno na: <http://www.statcan.gc.ca/pub/12-001-x/2022002/article/00007-eng.htm>, 24. 9. 2024.
- Westerlund, M. 2019. The Emergence of Deepfake Technology: A Review. *Technology Innovation Management Review*, 9, pp. 40-53. <https://doi.org/10.22215/timreview/1282>, 24. 9. 2024.
- Whitehurst, L., 2015. Layton Man Gets Jail Time in Utah 'Revenge Porn' Case. *Desert News*, 17 March. Dostupno na: <http://www.deseretnews.com/article/865624437/>, 24. 9. 2024.

Pravni izvori

- Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005...35/2019
- California Penal Code Section 647(j)(4)(A) & (B) (CA Penal Code x 647(j)(4)(A)-(B)(2013)), Dostupno na: <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section¼pen&group¼00001-01000&file¼639-653.2>, 24. 9. 2024.
- Spanish Penal Code. 2015. Dostupno na: <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/18760>, 24. 9. 2024.

MOGUĆNOST UTICAJA PRIMENE OECD-OVE MULTILATERALNE KONVENCIJE NA RAZVOJ MEĐUNARODNOG PRAVA

Sažetak

Pored predstavljanja okolnosti koje su dovele do usvajanja Multilateralne konvencije u okviru OECD-a i njenog značaja u materiji međunarodnog poreskog prava, autori za cilj imaju predstavljanje osobenog mehanizma primene ove konvencije.

U vreme potrebe za brzim usvajanjem uniformnih rešenja, Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) ponudila je sasvim novi način primene multilateralnog međunarodnog ugovora, koji bi odgovorio na savremene izazove u materiji međunarodnog poreskog prava. Autori, metodom konceptualne analize, analiziraju postojanje mogućnosti da se ovakav mehanizam primene implementira u međunarodne ugovore koji regulišu druge oblasti međunarodnog javnog prava.

Osnovna hipoteza u radu jeste da bi mehanizam primene Multilateralne konvencije doprineo razvoju opšteg međunarodnog javnog prava u uslovima globalizacije.

Ključne reči: međunarodno poresko pravo, primena multilateralnog međunarodnog ugovora, međunarodno javno pravo, Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj, poreski ugovor.

* Advokat, Advokatska kancelarija Marko D. Paštar, Beograd; student doktorskih akademskih studija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, Srbija.

E-mail: advokatmarkopastar@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-0838-307X>

** Doktor pravnih nauka, viši naučni saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, Srbija.

E-mail: marko@diplomacy.bg.ac.rs

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7753-7506>

THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW EMBODIED IN THE MECHANISM OF IMPLEMENTATION OF THE OECD MULTILATERAL CONVENTION

Summary

In addition to presenting the circumstances that led to the adoption of the Multilateral Convention within the OECD and its importance in the matter of international tax law, the authors aim to present a special mechanism of application of this convention.

At the time of the need for rapid adoption of uniform solutions, the OECD offered a completely new way of applying a multilateral international agreement, which would respond to contemporary challenges in the matter of international tax law. The authors, using the method of conceptual analysis, analyze the existence of the possibility of implementing this mechanism of application in international treaties that regulate other areas of public international law.

The basic hypothesis of the work is that the mechanism of application of the Multilateral Convention would contribute to the development of general public international law in the conditions of globalization.

Keywords: international tax law, application of multilateral international agreement, public international law, Organization for Economic Co-operation and Development, tax treaty.

1. Razlozi usvajanja Multilateralne konvencije

Međunarodno poresko pravo je skoro isključivo uređeno bilateralnim međunarodnim ugovorima koji se generički nazivaju ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Cilj ovih ugovora jeste da države koje ih zaključuju na sporazumnoj osnovi, putem kolizionih normi, otklone dvostruko oporezivanje istog lica od strane država ugovornica do kojeg može doći zbog toga što obe države pretenduju da oporezuju isto lice za isti prihod, odnosno istu dobit. Do situacija u kojima dve države pretenduju da oporezuju jedan te isti prihod (dobit) istog lica dolazi zbog toga što „na nivou međunarodnog javnog prava nisu uspostavljeni univerzalni međunarodni principi kojima bi se ograničila poreska suverenost država” (Popović, 2018, p. 60). Danas je u svetu na snazi više od tri hiljade bilateralnih poreskih ugovora.¹

¹ Danas ukupno ima 194 poreski suverena entiteta (države i entiteti koji nemaju međunarodnopravni subjektivitet) koji su sa drugim poreski suverenim entitetima zaključili bilateralni ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja.

Zahvaljujući bilateralnim poreskim ugovorima i skoro uniformnim pravilima međunarodnog poreskog prava, države su u značajnoj meri uspele da eliminišu ili da ograniče negativne efekte dvostrukog oporezivanja. Međutim, države nisu predvidele da ovakvim rešavanjem problema dvostrukog oporezivanja otvaraju put za novi, a za države čak i veći problem dvostrukog neoporezivanja (Paštar, 2024, p. 72). Zahvaljujući relativno širokoj mreži ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, koji su skoro uniformni na svetskoj osnovi, multinacionalne kompanije su našle način da zloupotrebe ove ugovore i postignu izuzetno velike poreske uštede (Kostić & Vasović, 2024, p. 397). Naime, tehnike poreskog planiranja kojima se zloupotrebljavaju bilateralni poreski ugovori u cilju izbegavanja plaćanje poreza nazivaju se „erozija poreske osnovice i premeštanje dobiti“ (*Base Erosion and Profit Shifting* – dalje u tekstu: BEPS).² Ukratko, multinacionalne kompanije uz pomoć BEPS-a prebacuju dobit iz države u kojoj posluju i u kojoj ostvaruju prihode, a u kojoj su poreske stope umerene ili visoke, u države u kojima veštački prikazuju poslovne aktivnosti, a u kojima su poreske stope izuzetno niske ili se dobit čak i ne oporezuje. Globalizacija i evolucija međunarodnog poreskog prava su stvorile uslove da multinacionalne kompanije maksimiraju svoje prednosti u poreskom planiranju. Multinacionalne kompanije su iskoristile ove uslove u toj meri da su možda prešle granicu preko koje su ove prednosti postale očigledno vidljive i time javno neprihvatljive (Brauner, 2023, p. 57). Prema procenama Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (dalje u tekstu: OECD) (OECD, 2019) multinacionalne kompanije ovom tehnikom poreskog planiranja, uspevaju da na globalnom nivou izbegnu da plate između 100 i 240 milijardi američkih dolara poreza na dobit, i to samo za 365 dana (Živković, 2022, p. 370). Ovoliki iznos poreskih ušteda multinacionalne kompanije su uspele da ostvare korišćenjem poreskih ugovora isključivo u svrhu poreske uštede, bez realne poslovne aktivnosti koja bi opravdala njihovo korišćenje (Lekman, 2019, p. 11). Rupe i neusklađenost u postojećim poreskim ugovorima predstavljaju jedan od osnovnih uzroka široko rasprostranjenog BEPS oportunitizma multinacionalnih kompanija (Avi-Yonah & Xu, 2018, p. 160). Ovakve aktivnosti multinacionalnih kompanija su, u drugoj deceniji XXI veka, došle u fokus javne rasprave, iz čega je proizašla politička volja da se preduzmu aktivnosti i mere u cilju ograničavanja mogućnosti za ovaj vid poreskog planiranja multinacionalnih kompanija (Kleist, 2018, p. 31). U ovakvim okolnostima, države članice međunarodne organizacije G-20 su poverile zadatak OECD-u, „nevoljnom čuvaru međunarodnog poreskog režima“, da pronade rešenje protiv BEPS-a (Brauner, 2023, p. 58), a OECD je razvio Akcioni plan od 15 akcija koje treba da obezbede državama efikasna sredstva za suprotstavljanje BEPS poreskom planiranju (Kleist, 2018, p. 32).

Glavni cilj autora ovog rada je da se izvrši analiza specifičnog mehanizma primene Multilateralne konvencije za primenu mera koje se u cilju sprečavanja

² O konceptualnoj analizi ovog pojma vid. Paštar (2024, pp. 73-74).

erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti odnose na poreske ugovore (dalje u tekstu: Multilateralna konvencija). Pored toga, autori za cilj imaju da utvrde postojanje mogućnosti usvajanja mehanizma primene Multilateralne konvencije i u drugim granama međunarodnog javnog prava. Cilj nije analiza Multilateralne konvencije kao takve, niti analiza njenih materijalnopравnih normi i značaja u materiji međunarodnog poreskog prava.

Polazna hipoteza autora u ovom radu jeste da mehanizam primene Multilateralne konvencije, načelno, može da odgovori na potrebe međunarodnog javnog prava za brzim i efikasnim usvajanjem rešenja u globalnoj međunarodnoj zajednici.

2. OECD kao pokretač razvoja međunarodnog poreskog prava

Da bi se moglo razumeti zbog čega je međunarodna organizacija G-20 poverila posao pronalaženja efikasnih mera protiv BEPS-a međunarodnoj organizaciji OECD, a ne nekoj drugoj međunarodnoj organizaciji, kao što je na primer Organizacija ujedinjenih nacija (dalje u tekstu: OUN), mora se šire sagledati odnos međunarodnog poreskog prava i OECD-a.

Temelji međunarodnog poreskog prava postavljeni su u XX veku. U to vreme je proces globalizacije i međunarodne trgovine već uhvatio zamah. Pored toga, u to vreme su države uveliko bile međuzavisne. U takvim okolnostima se uvidelo da je u interesu svih država da se sistem međunarodnog oporezivanja uredi na uniforman način, te da je neophodno da bilateralni poreski ugovori budu uniformni i da ne postoje značajnije razlike između pojedinih tekstova ovih ugovora. Cilj je bio da se postigne poreskopравna sigurnost na globalnom nivou, kako bi se obezbedila izvesnost i predvidljivost za investitore, kao i da bi se omogućilo da međunarodna trgovina funkcioniše sa što manje poreskih ograničenja (Paštar, 2024, p. 70).

U unifikaciji pravila međunarodnog poreskog prava najviše je doprineo OECD (Paštar, 2024, p. 71). Ovaj doprinos OECD-a prvenstveno se ogleda u OECD-ovoj Model-konvenciji o porezima na dohodak i imovinu. Model-konvencija ne predstavlja međunarodni ugovor, bilateralni ili multilateralni, već predstavlja „pelcer” koji je OECD pripremio i preporučio državama da ga koriste prilikom zaključivanja bilateralnih poreskih ugovora. U tom smislu, Model-konvencija predstavlja izvor takozvanog „mekog prava”, a bilateralni poreski ugovori predstavljaju izvor „tvrđog prava” (Christians, 2016, p. 1616). Model-konvencija je državama izuzetno olakšala proces zaključivanja ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Međutim, njen najveći doprinos jeste što je istovremeno omogućila i postizanje skoro potpune globalne uniformnosti bilateralnih poreskih ugovora, a samim tim i uniformnosti međunarodnog poreskog prava (Paštar, 2024, p. 71).

Naime, ogromna većina bilateralnih poreskih ugovora je zaključivana u skladu sa Model-konvencijom OECD-a, te se procenjuje da je oko 75% teksta svih poreskih ugovora identično tekstu OECD-ove Model-konvencije (Brauner, 2023, pp. 61-62).

Pored OECD-ove Model-konvencije i OUN je, skoro dvadeset godina kasnije, doneo svoju Model-konvenciju o porezima na dohodak i imovinu. Model-konvencija OUN je, iako veoma slična Model-konvenciji OECD-a, pisana u interesu država u razvoju, odnosno država uvoznica kapitala i investicija, dok je Model-konvencija OECD-a pisana u interesu razvijenih država, odnosno država izvoznica kapitala i investicija. Imajući u vidu činjenicu da se odredbama međunarodnog poreskog prava, putem bilateralnih poreskih ugovora, uređuje raspodela poreskih prihoda između država i prvenstveno onih prihoda iz prekograničnih investicija, može se razumeti zbog čega je prednost ipak pripala Model-konvenciji OECD-a. Naime, kod međunarodnog poreskog režima se radi (i oduvek se radilo) pre svega o poreskoj konkurenciji između država. Drugim rečima, države sebe vide kao konkurente za privlačenje investicija, a time i poreskih prihoda (Brauner, 2023, p. 64).³ Stoga i ne čudi da su ekonomski i diplomatski moćnije države guranjem u prvi plan Model-konvencije OECD-a, progurale OECD kao forum u kojem se kreira međunarodno poresko pravo, a na štetu OUN.

Kada smo razumeli zbog čega je danas OECD vodeća međunarodna organizacija u materiji međunarodnog poreskog prava i forum u kojem se ono stvara i menja, možemo razumeti zbog čega je OECD-u poveren zadatak pronalaženja rešenja protiv BEPS-a. Rad OECD-a na borbi protiv BEPS-a predstavlja kontinuiran napredak ka globalnom poreskom režimu koji vode i kontrolišu ključne države članice OECD-a (Christians, 2016, p. 1607). Zajednička kampanja G-20 i OECD-a za efikasno suprotstavljanje BEPS-u predstavlja evoluciju međunarodnog poreskog prava i položaja koji OECD ima u ovoj materiji (Christian & Shay, 2017, p. 19).

OECD je u drugoj polovini 2013. godine doneo Akcioni plan o sprečavanju BEPS-a, koji je dobio punu podršku od strane organizacije G-20. Ubrzo nakon toga, oktobra 2015. godine, OECD je usvojio trinaest završnih izveštaja koji obuhvataju petnaest mera, odnosno akcija koje bi trebalo da budu sprovedene u okviru OECD-ove borbe protiv BEPS-a (Paštar, 2024, p. 75). Uticaj primene OECD-ove Multilateralne konvencije na razvoj međunarodnog prava ogleda se upravo u implementaciji Akcije broj 15 OECD-ovog Akcionog plana, koja predstavlja razvijanje

³ Kada se govori o poreskoj konkurenciji država, govori se zapravo o sukobu oporezivanja po principu rezidentnosti i oporezivanja po principu izvora. Na ovim principima oporezivanja se danas zasniva međunarodno poresko pravo. Drugim rečima, međunarodno poresko pravo trenutno funkcioniše na paradigmi poreske konkurencije. Ulaskom Multilateralne konvencije u život međunarodnog poreskog prava, ovaj multilateralni instrument pokušava da međunarodno poresko pravo pomeri sa paradigme konkurencije na paradigmu saradnje.

multilateralnog instrumenta za modifikovanje bilateralnih ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja – Multilateralne konvencije. Osnovna ideja jeste da svi ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja koje su zaključile države koje učestvuju u OECD-ovoj borbi protiv BEPS-a treba da budu izmenjeni shodno OECD-ovim predloženim rešenjima kao deo BEPS Akcionog plana, da bi ova rešenja, odnosno mere postale zaista efikasne (Kleist, 2018, p. 32).

Ekonomski i industrijski najrazvijenije države sveta, okupljene u organizaciji G-20, uvidele su da su im fiskalni interesi ozbiljno ugroženi zbog značajnog gubitka poreskih prihoda do kojeg je došlo zbog agresivnog poreskog planiranja multinacionalnih kompanija. Legitimitet OECD-a za izradu Akcionog plana protiv BEPS-a i iz njega proizašle Multilateralne konvencije proistekao je upravo iz ozbiljne ugroženosti fiskalnih interesa ekonomski najrazvijenijih država sveta. Na bazi toga je OECD-u dat mandat da pripremi mere protiv BEPS-a. Međutim, rezultati rada OECD-a su prevazišli okvire samog OECD-a i doveli ga po stepenu univerzalnosti u rang sa OUN. Naime, OECD, kao međunarodna organizacija, danas broji svega 38 država članica, dok je u OECD/G-20 Inkluzivni okvir o BEPS-u uključeno preko 140 država i jurisdikcija, što čini oko 75% ukupnog broja fiskalno suverenih entiteta širom sveta.⁴ Pored toga, do danas su oko 103 države i fiskalno suverene jurisdikcije ratifikovale Multilateralnu konvenciju.

3. Mehanizam primene Multilateralne konvencije kao značajna inovacija u sferi opšteg međunarodnog javnog prava

Glavna osobina Multilateralne konvencije jeste upravo mehanizam njene primene. Naime, Multilateralna konvencija uvodi mogućnost da se mere protiv BEPS-a, koje se odnose na zloupotrebu ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, neposredno ugrade u mrežu ovih ugovora koji su na snazi između država (Popović, 2018, p. 64).

Pred OECD je stavljen izuzetno težak zadatak da nađe rešenje za problem erozije poreske osnovice i premeštanje dobiti, a da pri tome ne naruši uniformnost međunarodnog poreskog poretka, s tim da sve to uradi u što je moguće kraćem roku kako bi države, čiji su fiskalni interesi bili ugroženi, što je pre moguće zaustavile odliv svojih poreskih prihoda. Bilo je potrebno eliminisati problem dvostrukog neoporezivanja, a da se pri tome ne naruše uniformna rešenja koja su prethodno omogućila eliminaciju dvostrukog oporezivanja.

⁴ U okviru OECD/G-20 Inkluzivnog okvira o BEPS-u preko 140 država i jurisdikcija rade zajedno na implementaciji petnaest mera za borbu protiv BEPS-a, poboljšanju koherentnosti međunarodnog poreskog prava i obezbeđenju transparentnijeg poreskog okruženja.

Iz imperativa koji su stavljani pred OECD moglo se zaključiti da za ispunjenje ovog zadatka nije bilo moguće koristiti pravne institute koji su do tog trenutka bili razvijeni u okviru međunarodnog ugovornog prava. Ukoliko bi se koristili tradicionalni mehanizmi za izmenu mreže bilateralnih poreskih ugovora, zadatak koji je stavljen pred OECD bi trajao neprimereno dugo zbog procedure izmene bilateralnih ugovora. Odredbom čl. 39 Bečke konvencije o ugovornom pravu OUN od 23. marta 1969. godine propisano je opšte pravilo u vezi sa izmenom ugovora: „Ugovor može biti izmenjen i dopunjen sporazumno između članica”. Kako u svetu danas postoji preko tri hiljade bilateralnih poreskih ugovora, to znači da bi bilo neophodno da države pokrenu preko tri hiljade bilateralnih postupaka za izmenu ugovora koji su na snazi. Prvi problem je što bi ovaj postupak trajao neprimereno dugo. Drugi problem je što bi se sigurno narušila uniformnost međunarodnog poreskog sistema. Naime, malo je verovatno da bi sve države koje pregovaraju o izmenama bilateralnih poreskih ugovora na isti način i u istom obimu sprovele neophodne izmene. Zbog toga je OECD morao da izmisli novi mehanizam za izmenu bilateralnih poreskih ugovora.

Cilj je postignut tako što je usvojen jedan multilateralni međunarodni ugovor čija je svrha da odjedanput izmeni sve bilateralne poreske ugovore, a da ih pri tome ne ukine. Naime, Multilateralna konvencija ne menja direktno i neposredno bilateralne poreske ugovore, niti ih pak ukida, već Multilateralna konvencija u tačno određenim aspektima vrši izmenu bilateralnih poreskih ugovora (Kleist, 2018, p. 34). Dakle, Multilateralna konvencija se primenjuje zajedno sa postojećim bilateralnim poreskim ugovorima koji, posmatrano sa aspekta međunarodnog ugovornog prava, nisu prošli postupak izmene u skladu sa čl. 39 Bečke konvencije o ugovornom pravu OUN, ali koji su suštinski prošli postupak revizije. Unošenjem Multilateralne konvencije u svoj pravni poredak, države su izvršile reviziju svog bilateralnog poreskog ugovora sa svim drugim državama koje su ratifikovale Multilateralnu konvenciju. Na taj način, između dve države koje su usvojile Multilateralnu konvenciju ostaje na snazi njihov bilateralni poreski ugovor, ali koji sada važi uporedo sa Multilateralnom konvencijom, te oba instrumenta zajedno regulišu odnos između tih država.⁵ U situaciji kada bilateralni poreski ugovor i Multilateralna konvencija na različite načine uređuju isto pitanje, ovaj problem se rešava tako što se putem

⁵ U slučaju kada jedna od država potpisnica bilateralnog poreskog ugovora nije potpisnica Multilateralne konvencije, dok druga jeste, bilateralni poreski ugovor predstavlja jedini instrument koji reguliše odnos između država potpisnica bilateralnog poreskog ugovora. Tako, na primer, Republika Srbija ima na snazi bilateralni poreski ugovor sa Iranom, Belorusijom i DNR Korejom, zemljama koje nisu potpisnice Multilateralne konvencije. U ovim slučajevima bilateralni poreski ugovor predstavlja jedini instrument koji reguliše izbegavanje dvostrukog oporezivanja između Srbije, s jedne strane, i Irana, Belorusije ili DNR Koreje, s druge strane. Na ove odnose Multilateralna konvencija nema nikakav efekat.

takozvane „klauzule o kompatibilnosti“ prednost daje rešenju iz Multilateralne konvencije, te rešenje iz bilateralnog poreskog ugovora ostaje bez pravne snage. Međutim, pošto poreski ugovor nije prošao postupak izmene, ovo rešenje ostaje u samom tekstu poreskog ugovora bez praktične primene (Kleist, 2018, p. 34). Kada je reč o novim pravilima koje unosi Multilateralna konvencija, ona neće biti implementirana u sam tekst bilateralnog poreskog ugovora, ali će se primenjivati u odnosima između država ugovornica na taj način što se Multilateralna konvencija primenjuje uporedo sa bilateralnim poreskim ugovorom. Dakle, odredba Multilateralne konvencije će se primenjivati u svim slučajevima, bez obzira na to da li postoji odgovarajuća odredba u bilateralnom poreskom ugovoru i bez obzira na obaveštenje država ugovornica iz bilateralnog poreskog ugovora (Kleist, 2018, p. 34).

Dakle, da bi ispunio ciljeve koji su stavljeni pred njega, OECD je morao da izmisli novi mehanizam primene jednog multilateralnog instrumenta kako bi zaobišao sve nedostatke i sporost postupka izmene ugovora propisanog Bečkom konvencijom o ugovornom pravu OUN. Ovde je bitno primetiti da na ovaj način nisu povređena pravila o izmeni međunarodnih ugovora koja su propisana Bečkom konvencijom o ugovornom pravu OUN, jer se formalno gledano ovde i ne radi o izmeni međunarodnog ugovora. Uopšte se i ne pokreću postupci izmene ugovora, iako se na ovaj način suštinski postiže efekat izmene međunarodnog ugovora. U tom smislu, Multilateralna konvencija nije prost skup protokola koji se dodaju bilateralnim poreskim ugovorima, uz koje uporedo važe, već je samostalan i nezavisan multilateralni ugovor na koji se primenjuju pravila međunarodnog javnog prava, odnosno njegovog dela koji se odnosi na međunarodno ugovorno pravo (Popović & Ilić Popov, 2017, p. 17). Na ovaj način je OECD izvršio izuzetno brzu, efektanu i uniformnu implementaciju mera koje je usvojio protiv erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti. Multilateralna konvencija predstavlja multilateralnu platformu u formi multilateralnog sporazuma koja je omogućila istovremeno ponovno pregovaranje, izmene i dopune više od tri hiljade postojećih bilateralnih poreskih ugovora (Valente, 2017, p. 219). Zahvaljujući Multilateralnoj konvenciji, ne samo da su uštedeni enormni troškovi ponovnog pregovaranja o hiljadama bilateralnih poreskih ugovora već je Multilateralna konvencija omogućila da se izbegnu rizici neusklađenosti koje sa sobom nose pojedinačni pregovori u vezi sa izmenama poreskih ugovora (Valente, 2017, p. 227).

Ovakav način revizije jedne cele grane međunarodnog prava, opšte međunarodno javno pravo do usvajanja Multilateralne konvencije nije poznavalo. Sa aspekta međunarodnog javnog prava, mehanizam koji je uvela Multilateralna konvencija može dvojako da se tretira – kao mehanizam brze revizije ili zamene postojećih međunarodnih ugovora, ali i kao mehanizam za brzo usvajanje novih rešenja koja imaju za cilj široku globalnu primenu. Neki autori ističu da je jedna od

revolucionarnih stvari ta što je putem Multilateralne konvencije izvršena izmena većine međunarodnog poreskog sistema na jedinstven, inovativan i modularan način (Halilović, 2022, p. 174). Iako se ne može osporiti da je mehanizam primene Multilateralne konvencije revolucionaran, može se primetiti da je ovaj mehanizam stvar evolucije i razvoja međunarodnog javnog prava. Naime, danas u vreme multilateralizma međunarodnog javnog prava i sâmo međunarodno ugovorno pravo je moralo da evoluira i pronađe nove mehanizme i nove pravne institute, inače ne bi bilo u stanju da prati sve brža globalna dešavanja i da ih postepeno reguliše. Neophodno je bilo da se stvori jedan multilateralni pravni instrument pomoću kojeg će na jedinstven i brz način moći da se upravlja velikim brojem bilateralnih odnosa. Imajući u vidu da je, za razliku od drugih grana međunarodnog javnog prava, međunarodno poresko pravo prvenstveno sazdano od bilateralnih poreskih ugovora, prirodno je bilo da se u ovoj materiji pojavi jedan ovakav pravni institut.

Pored prednosti koje smo istakli u vezi sa mehanizmom primene Multilateralne konvencije, potrebno je navesti da je ona i izuzetno fleksibilna. Ova fleksibilnost se ogleda u pravu svake države koja je ratifikovala Multilateralnu konvenciju da sama i slobodno odredi na koje bilateralne poreske ugovore koje ima na snazi sa drugim državama, a koje su je takođe ratifikovale, želi da se Multilateralna konvencija primenjuje. Na taj način je moguće da se Multilateralna konvencija ne primenjuje u odnosima između dve države koje imaju na snazi bilateralni poreski ugovor iako su je obe ratifikovale. Da bi ovo bio slučaj, dovoljno je da jedna država svoj poreski ugovor sa drugom državom ne označi kao takozvani „obuhvaćeni poreski ugovor“. U tom slučaju pravila iz njihovog bilateralnog poreskog ugovora nastavljaju da važe i da se primenjuju na njihove odnose bez ikakve formalne ili suštinske revizije pravila iako su obe države ratifikovale Multilateralnu konvenciju. Dodatna fleksibilnost Multilateralne konvencije se ogleda i u činjenici da ona u određenim slučajevima nudi alternativna rešenja za određeni problem, a državama koje je prihvate ostavlja mogućnost da izaberu rešenje koje će više odgovarati njihovim potrebama.

Iako ovakva fleksibilnost dovodi do narušavanja uniformnosti Multilateralne konvencije i stvaranja više pravnih režima u okviru nje, ovakva fleksibilnost je bila nužna da bi Multilateralna konvencija postala univerzalno prihvaćena. Naime, nenametanjem samo jednog rešenja i ostavljanjem mogućnosti državama da same izaberu za njih najprihvatljivije rešenje, kao i da same izaberu na koje će se bilateralne poreske ugovore koje imaju na snazi ona primenjivati, Multilateralna konvencija je obezbedila neophodan uslov za postizanje univerzalnosti. Ostavljena je mogućnost da države primenjuju Multilateralnu konvenciju na odnos sa jednom grupom država, ali ne i na odnos sa grupom država sa kojom to ne žele. Naime, država jednostrano označava „obuhvaćene poreske ugovore“ na koje će se

Multilateralna konvencija primenjivati, dok ugovore na koje ne želi da se Multilateralna konvencija primenjuje neće tako označiti.

Multilateralna konvencija je doneta u interesu ekonomski najmoćnijih država i napisana je prema njihovim potrebama. Međutim, da bi ove države zaista zaštitile svoje ugrožene fiskalne interese, bilo je neophodno da se u OECD/G-20 Inkluzivni okvir o BEPS-u uključi što je moguće veći broj država sveta, kao i da usvoje Multilateralnu konvenciju. Da bi uspele da ostvare ovaj cilj, ekonomski najmoćnije države sveta su morale da učine ovaj „ustupak” u korist ekonomski slabijih država. Zahvaljujući tome, do danas su oko 103 države i jurisdikcije ratifikovale Multilateralnu konvenciju, a ovaj broj svake godine raste. Ako se ima u vidu da OECD broji 38 država članica, cifra od 103 poreske jurisdikcije predstavlja značajan broj. U svetu, prema podacima OECD-a, danas ima 194 poreske jurisdikcije koje imaju na snazi bilateralne poreske ugovore (kojih ima preko tri hiljade), a prema istraživanjima iz 2022. godine Multilateralna konvencija se primenjivala na svega 1001 bilateralni poreski ugovor (Hohmann, Merlo, & Riedel, 2022, p. 10). Iako se materijalnoppravna rešenja Multilateralne konvencije, sa aspekta međunarodnog poreskog prava, ne mogu smatrati idealnim, što je svakako i uticalo na broj ugovora na koji se Multilateralna konvencija primenjuje (nešto manje od 1/3 ukupnog broja bilateralnih poreskih ugovora koji su na snazi), analiza materijalnopravnih normi Multilateralne konvencije nije predmet ovog rada.

Interesantna specifičnost Multilateralne konvencije jeste i činjenica da i entiteti koji nemaju subjektivitet u smislu međunarodnog javnog prava, odnosno teritorijalni entiteti koji nemaju suverenost u smislu međunarodnog javnog prava mogu da budu strane potpisnice ovog multilateralnog međunarodnog ugovora.⁶ Iako je status potpisnice ovih entiteta „izveden” u smislu odredaba čl. 27 Multilateralne konvencije, to ne menja činjenicu da su entiteti koji nemaju međunarodnopravni subjektivitet, pa time ni međunarodnu ugovornu sposobnost, ipak potpisnici Multilateralne konvencije koja predstavlja tipični međunarodni multilateralni ugovor, a što je svakako specifično za međunarodno javno pravo.⁷

⁶ Tako je, na primer, Hongkong potpisnik ovog međunarodnog ugovora, iako nema suverenost u smislu međunarodnog javnog prava, već predstavlja specijalnu administrativnu oblast NR Kine. Pored njega i Ostrvo Men je takođe potpisnik, iako ima status samoupravnog krunskog poseda u okviru Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske, te nema suverenost u smislu međunarodnog javnog prava. Ista je situacija i sa ostrvom Džerzi.

⁷ Status potpisnice Multilateralne konvencije dat je nedržavnim entitetima na osnovu čl. 27 Multilateralne konvencije. Naime, u skladu sa čl. 27, st. 1, tač. b) Ostrvo Men, Džerzi i Gernzi su dobili status potpisnice na osnovu saglasnosti Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske, dok je u skladu sa čl. 27, st. 1, tač. c), konsenzusom svih ugovornih strana, Holandija dala saglasnost da potpisnik bude Kurasao, a Kina dala saglasnost da potpisnik bude Hongkong.

4. Mogućnost implementacije inovativnog mehanizma primene Multilateralne konvencije na druge grane međunarodnog javnog prava

Multilateralna konvencija je u međunarodno javno pravo uvela značajnu inovaciju. OECD je osmislio međunarodni instrument pomoću kojeg velike globalne promene mogu da se sprovedu na brz i konsistentan način. U svetu koji je danas globalizovan i koji se menja velikom brzinom, instituti međunarodnog ugovornog prava često ne odgovaraju savremenim potrebama. Globalna dešavanja su postala mnogo brža i dinamičnija, dok, s druge strane, međunarodno ugovorno pravo funkcioniše na principima postavljenim u XX veku. Pored toga, međunarodno javno pravo postaje sve više multilateralno. Iz neminovnosti da i međunarodno javno pravo evoluira, te postane brže i dinamičnije kako bi se odgovorilo savremenim izazovima, nastala je Multilateralna konvencija sa inovativnim mehanizmom primene koji je u stanju da odgovori savremenim izazovima.

Postavlja se pitanje da li mehanizam primene Multilateralne konvencije ima kapacitete da izađe iz isključive sfere međunarodnog poreskog prava i preraste u institut opšteg međunarodnog javnog prava.

Kao primer za analizu moglo bi se uzeti međunarodno pravo zaštite i očuvanja životne sredine. Naime, za razliku od drugih grana međunarodnog javnog prava, koje su u velikoj meri definisane i koje predstavljaju „poznati teren”, međunarodno pravo zaštite i očuvanja životne sredine predstavlja granu međunarodnog javnog prava koja je još uvek u fazi razvijanja, uobličavanja i konačnog definisanja. Kako Kreća (2018, p. 671) navodi, specifičnost međunarodnih ugovora u ovoj materiji jeste „da su to, po pravilu, okvirni ili kišobran sporazumi koji sadrže pre opšte standarde i principe nego pravila sa preciznim normativnim sadržajem”. Uzmimo za primer Deklaraciju iz Rija o životnoj sredini i razvoju OUN iz 1992. godine kojom je kao vrhovni princip postavljen princip održivog razvoja. U skladu sa principom održivog razvoja, trebalo bi da sve države potpisnice putem svog unutrašnjeg zakonodavstva obezbede sprovođenje ovog principa. Kako Zeković (2003, p. 135) ističe: „Implementacija principa održivog razvoja podrazumeva definisanje politike održivog razvoja i uključivanje adekvatnih ekonomskih i drugih instrumenata za primenu i kontrolu strateških ciljeva.“ Međutim, vreme je pokazalo da dok su neke države voljne, sposobne ili zainteresovane za implementaciju principa održivog razvoja, druge nisu. U materiji međunarodnog prava zaštite i očuvanja životne sredine postoje brojni problemi, naročito na terenu primene pravila i principa koje su države prethodno prihvatile. Drugim rečima, čak i da postoje perfektna pravna pravila u ovoj materiji, pokazalo se da veliki problem predstavlja realizacija tih pravila.

Međutim, ako bi se po uzoru na OECD i Multilateralnu konvenciju i u materiji zaštite i očuvanja životne sredine uspostavila jedna specijalizovana međunarodna

organizacija koja bi bila forum u kojem se kanališe i kreira međunarodno pravo zaštite i očuvanja životne sredine, a koja bi donela jedan multilateralni instrument kojim bi kanalisala i globalno upravljala ovom materijom, možda bi i realizacija usvojenih pravila bila uspešnija. Naime, usvojen je veliki broj principa zaštite i očuvanja životne sredine koji je ostavljen državama da ih implementiraju. Međutim, ako bi umesto velikog broja država jedna međunarodna organizacija jednim multilateralnim instrumentom uspostavila i definisala politike, instrumente i mehanizme kontrole i nadzora, možda bi svi usvojeni principi imali efikasniju primenu. Takav multilateralni instrument ne bi propisivao nove principe, već bi mu zadatak bio procesne, tehničke prirode da obezbedi da se principi iz drugih međunarodnih instrumenata zaista primenjuju. Kao što Multilateralna konvencija važi uporedo sa bilateralnim poreskim ugovorima, tako bi ovaj multilateralni instrument važio uporedo sa drugim (multilateralnim) međunarodnim instrumentima iz ove oblasti. Na taj način bi se postigao i visok stepen uniformnosti u primeni pravila iz ove materije. Umesto da postoji onoliko mehanizama implementacije principa održivog razvoja koliko postoji država koje su ga prihvatile, postojao bi jedan mehanizam kojem bi države koje su ga prihvatile morale da se prilagode, a i sam instrument bi predviđao određenu fleksibilnost kako bi ga države uopšte i prihvatile. Postigla bi se trenutna uniformnost na globalnom nivou bez potrebe da države, svaka za sebe i na svoj način, definišu politike i mehanizme implementacije načela održivog razvoja. Uštedelo bi se mnogo vremena, a države bi trenutno imale instrumentarijum na raspolaganju, bez potrebe ulaganja dodatnog napora u donošenju svojih politika. Pored toga, verovatno je da bi se s vremenom stvorio specijalizovan forum koji bi doprineo daljem razvoju ove materije.

Međunarodnom poreskom pravu je, prvenstveno po izvorima prava, najpribližnije međunarodno pravo zaštite stranih investicija. Kao što pojašnjavaju Etinski, Đajić & Tubić (2021, p. 527): „međunarodna zaštita stranih investicija predstavlja grupu međunarodnih pravnih pravila kojima se štite posebne kategorije stranaca (investitori ili strani ulagači) i njihove investicije u državi domaćinu”. I međunarodno investiciono pravo je svojim najvećim delom uređeno bilateralnim međunarodnim ugovorima. Procenjuje se da ih danas ima skoro tri hiljade.⁸ Kao što bilateralni poreski ugovori predstavljaju osnov međunarodnog poreskog prava, tako bilateralni investicioni ugovori predstavljaju osnov međunarodnog investicionog prava. Kao što za međunarodno poresko pravo, osim Multilateralne konvencije, nisu specifični multilateralni ugovori, tako ni za međunarodno investiciono pravo nije specifično multilateralno uređenje. I u međunarodnom investicionom pravu postoji potreba za uniformnošću kako bi investitori mogli da računaju na pravnu sigurnost i izvesnost. U međunarodnom

⁸ Kao što se vidi, broj ugovora o zaštiti stranih investicija je skoro jednak broju ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. I jednim i drugim ugovorima se regulišu bilateralni ekonomski odnosi između država.

investicionom pravu, više nego u bilo kojoj drugoj grani međunarodnog javnog prava, u potpunosti može da se preuzme i implementira inovativni mehanizam primene Multilateralne konvencije. Na taj način, jedan multilateralni instrument može da utvrdi standarde i pravila koja će važiti u celokupnom međunarodnom investicionom pravu, te da ratifikacijom tog instrumenta države direktno ugrade standarde u svoju mrežu bilateralnih investicionih ugovora, bez potrebe da prolaze kroz dugačak postupak revizije svakog pojedinačnog ugovora. Autori smatraju da će kada se stvore uslovi za globalnu reviziju bilateralnih investicionih ugovora biti korišćen upravo mehanizam primene Multilateralne konvencije, zbog brzine sprovođenja izmena i nenarušavanja uniformnosti međunarodnog investicionog prava.

Iako se međunarodno poresko pravo i međunarodno investiciono pravo značajno razlikuju u pogledu pravne prirode normi i ciljeva koje one treba da postignu, načelno bi bilo moguće i u međunarodnom investicionom pravu iskoristiti mehanizam primene Multilateralne konvencije. Naime, norme bilateralnih poreskih ugovora imaju za cilj da izvrše podjelu prava oporezivanja između država koje su ga zaključile (tzv. kolizione norme), dok norme bilateralnih investicionih ugovora imaju za cilj da smanje ograničenja stranih investicija i da definišu postupak rešavanja sporova koji mogu da proisteknu zbog povrede prava i sloboda stranog investitora od strane države domaćina. Iako su, dakle, pravna priroda ovih normi i ciljevi koje treba da postignu potpuno drugačiji, to ne isključuje mogućnost da se i u međunarodnom investicionom pravu iskoristi ideja mehanizma primene Multilateralne konvencije. Kako je u radu već istaknuto, međunarodno javno pravo postaje sve više multilateralno. U tom smislu, teži se uspostavljanju jedinstvenih rešenja na globalnom nivou, i to u svim granama međunarodnog javnog prava. Imajući u vidu da i međunarodno investiciono pravo teži uniformnosti radi postizanja pravne sigurnosti i izvesnosti za multinacionalne kompanije – investitore, u čijem interesu se i zaključuju bilateralni investicioni sporazumi, biće neophodno postaviti jedinstvene uslove ulaganja, uniformno definisati ograničenja ulagačima, kao i mehanizme zaštite njihovih prava u slučaju povreda.⁹ U tom smislu kao dobar primer može se iskoristiti mehanizam primene Multilateralne konvencije. Naime, kada se identifikuju odredbe (materijalne ili procesne) u bilateralnim investicionim ugovorima koje bi trebalo uniformno urediti na globalnom nivou, te odredbe se

⁹ Multinacionalne kompanije su danas najveći strani ulagači na globalnom nivou i polako sa tržišta izbacuju manje kompanije i fizička lica kao investitore. Ovim kompanijama je potrebna jedinstvena regulativa, jedinstveni tržišni uslovi, nepostojanje ograničenja u isplatama dividendi širom sveta itd. Naime, one posluju širom sveta i susreću se sa problemima lokalnih propisa, što otežava njihov rad i zahteva angažovanje dodatnih sredstava, kapaciteta i ljudstva. Kako su ove kompanije danas jače čak i od velikog broja država, naročito onih u kojima se pojavljuju kao investitori, može se očekivati da će one pokušavati da nametnu uniformno regulisanje ove materije na globalnom nivou.

mogu izmeniti, ponovo urediti ili propisati sasvim nova pravila na jedinstven način u jednom multilateralnom međunarodnom ugovoru. Nakon što države ratifikuju takav multilateralni instrument, po uzoru na mehanizam primene Multilateralne konvencije, on bi se primenjivao uporedo sa „obuhvaćenim bilateralnim investicionim ugovorima” čiju bi reviziju vršio. Na taj način bi mogla da se sprovede brza, efektivna i uniformna revizija celokupnog međunarodnog investitivnog prava bez potrebe da se prolazi kroz ijedan postupak izmene bilateralnog investicionog ugovora. Na taj način bi mehanizam primene Multilateralne konvencije mogao uspešno da se implementira i u međunarodno investiciono pravo.

5. Uticaj primene Multilateralne konvencije

Efekti usvajanja Multilateralne konvencije su mnogobrojne. Oni se u prvom redu odnose na međunarodno poresko pravo. Međutim, oni utiču i na opšte međunarodno javno pravo. Pored toga, razlozi koji su doveli do usvajanja Multilateralne konvencije su pokazali da su države, kada su u pitanju poreski prihodi, i te kako spremne na saradnju. Naime, gubici poreskih prihoda najmoćnijih država do kojih je došlo zbog agresivnog poreskog planiranja multinacionalnih kompanija naterali su države koje su ideološki, politički i ekonomski suprotstavljene, a to su u prvom redu Sjedinjene Američke Države, države članice Evropske unije, Rusija i Kina, da efikasno i uspešno sarađuju na BEPS projektu (Popović, 2018, p. 73). Kada je reč o međunarodnom pravu zaštite i očuvanja životne sredine i međunarodnom investicionom pravu, kao granama međunarodnog javnog prava, u čijem bi daljem razvoju, prema mišljenju autora, mehanizam primene Multilateralne konvencije mogao, uz određena prilagođavanja, da se implementira, najpre je važno naći kohezivni element koji će uticati da najmoćnije, međusobno suprotstavljene, države sarađuju na tom polju. Kod međunarodnog prava zaštite i očuvanja životne sredine, taj kohezivni element, kao nužan politički preduslov za uspešnost implementacije ideje mehanizma primene Multilateralne konvencije i u ovoj grani međunarodnog javnog prava, mogao bi biti strah država od mogućnosti katastrofalnih posledica klimatskih promena. Naime, ni na polju međunarodnog poreskog prava države nisu uspostavile ovakav oblik saradnje sve dok nisu osetile efekte gubitka fiskalnih prihoda, koji su dodatno bili pojačani svetskom ekonomskom krizom. Isto tako, kada države širom sveta budu počele da osećaju negativne, pa čak i katastrofalne, posledice klimatskih promena, počće međusobno da sarađuju na iznalaženju rešenja za ovaj sve aktuelniji problem. Strah od posledica koje osećaju, bio to gubitak fiskalnih prihoda ili su katastrofalni efekti klimatskih promena, motiviše države da na globalnom nivou postignu širok konsenzus oko

neophodnosti rešavanja tih problema. Upravo će mehanizam primene Multilateralne konvencije omogućiti državama da efikasno i brzo na globalnom nivou implementiraju rešenja koja usvoje u borbi protiv klimatskih promena.

Kada je reč o međunarodnom investicionom pravu, konsenzus oko unifikacije ove grane međunarodnog javnog prava bi se postigao drugačijim putem. Naime, budući da su multinacionalne kompanije najzainteresovanije za unifikaciju ove grane prava i usvajanje načelno istih rešenja na globalnom nivou, one će postepeno vršiti politički pritisak na države širom sveta, a naročito na one slabije, kojih i ima najviše, da prihvate određene međunarodne akte i da ih ratifikuju. Na ovaj način će se postići „prisilan konsenzus” oko osnovnih rešenja koja budu odgovala multinacionalnim kompanijama. Upravo mehanizam primene Multilateralne konvencije može koristiti multinacionalnim kompanijama da se međunarodno investiciono pravo brzo i efikasno unifikuje i da se velikom brzinom, na globalnom nivou, usvoje rešenja koja su od interesa ovim entitetima.

U vezi sa efektima usvajanja Multilateralne konvencije na međunarodno poresko pravo, nema sumnje da usvajanje Multilateralne konvencije označava prekretnicu u evoluciji međunarodnog poreskog prava. Sve do usvajanja Multilateralne konvencije, međunarodno poresko pravo je bilo postavljeno na paradigmi konkurencije. Međutim, ukoliko uspe u ciljevima koje je postavila, Multilateralna konvencija će promeniti ovu paradigmu, te će međunarodno poresko pravo funkcionisati prvenstveno na paradigmi saradnje. Multilateralna konvencija predstavlja važan korak ka najznačajnijem ponovnom pisanju međunarodnih poreskopравnih pravila u jednom veku (Valente, 2017, p. 219). O uspešnosti Multilateralne konvencije govore i izveštaji ogranaka Međunarodne fiskalne asocijacije koji se nalaze u državama članicama Evropske unije, a koji ukazuju da akcije Evropske unije snažno podržavaju implementaciju OECD-ovih mera protiv BEPS-a (Christians & Shay, 2017, p. 50). Naime, Multilateralna konvencija ni na koji način ne ugrožava bilateralnost, te međunarodno poresko pravo, preko ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, ostaje bilateralno čak iako Multilateralna konvencija ima uticaj na njegovu suštinu (Gutmann, 2023, p. 4). Doprinos Multilateralne konvencije međunarodnom poreskom pravu Brauner (2023, p. 110) opisuje tako što navodi da uspeh implementacije Akcije 15 BEPS Akcionog plana treba tumačiti uspehom celokupnog BEPS projekta, bez obzira na ishod ostalih rezultata BEPS projekta.

Implementacija Multilateralne konvencije je dosta otežala poresko planiranje multinacionalnim kompanijama i dodatno povećala njihove troškove realizacije ovih akcija. Za potpunu uspešnost u ostvarivanju postavljenih ciljeva neophodan je veći stepen implementacije Multilateralne konvencije u bilateralne poreske ugovore, kao i povećavanje kapaciteta poreskih administracija slabijih i siromašnijih država da zaista i primenjuju mere koje su usvojile.

Što se tiče uticaja Multilateralne konvencije na opšte međunarodno pravo, može se primetiti da Multilateralna konvencija, još uvek, nije primećena kao značajan međunarodni instrument. Iako je reč o potpuno inovativnom načinu primene jednog multilateralnog instrumenta, to je prošlo prilično neopaženo od strane naučnika koji izučavaju međunarodno javno pravo. Naime, oni nisu videli značaj Multilateralne konvencije, te je njeno usvajanje prošlo „ispod radara” njihove pažnje.

Literatura

- Avi-Yonah, R. S. & Xu, H. 2018. A Global Treaty Override? The New OECD Multilateral Tax Instrument and Its Limits. *Michigan Journal of International Law*, 39(2), pp. 157-216.
- Brauner, Y. 2023. What is BEPS?. *Florida Tax Review*, 16(2), pp. 57-110.
- Christians, A. & Shay, S. E. 2017. Assessing BEPS: Origins, Standards and Responses. *Cahiers de Droit Fiscal International*, 102(A), pp. 19-50.
- Christians, A. 2016. BEPS and the New International Tax Order. *BYU Law Review*, (6.4), pp. 1607-1644.
- Etinski, R., Đajić, S. & Tubić, B. 2021. *Međunarodno javno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- Gutmann, D. 2023. The Future of International Tax Dispute Resolution Post-BEPS and MLI. In: Haslehner, W., Lyons, T., Pantazatou, K, Kofler, G. & Rust, A. (eds.), *Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 1-16.
- Halilović, H. 2022. Međunarodnopravni aspekti multilateralnog poreznog instrumenta. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, 8(2), pp.174-200.
- Hohmann, A., Merlo, V. & Riedel, N. 2022. Multilateral Tax Treaty Revision to Combat Tax Avoidance: On the Merits and Limits of BEPS's Multilateral Instrument. Universität Tübingen, School of Business and Economics, *Working Paper 10/2022*, pp. 1-46.
- Kleist, D. 2018. The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS – Some Thoughts on Complexity and Uncertainty. *Nordic Tax Journal*, 1, pp. 31-34.
- Kostić, J. & Vasović, M. 2024. Pravilo o transfernim cenama kao antiabuzivna mera u zakonodavstvu EU i praksi Suda pravde EU. *Strani pravni život*, 68(3), pp. 387-401.
- Kreća, M. 2018. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Lekman, D. A. 2019. *Principal Purpose Test of Tax Treaty Law in Comparison with General Anti-Avoidance Rule of the EU Anti-Avoidance Directive*. Doctoral dissertation. Uppsala: Department of Law, University of Uppsala.
- Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj. 2019. OECD presents outputs of OECD/ G20 BEPS Project for discussion at G20 Finance Ministers meeting. Dostupno na:

- <https://web-archive.oecd.org/2019-06-04/373714-oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>, 24. 1. 2025.
- Paštar, M. 2024. Uticaj progresivnog razvoja međunarodnog poreskog prava u okvirima OECD-a na poresko pravo Evropske unije. *Evropsko zakonodavstvo*, 86(4), pp. 67-90.
- Popović, D. & Ilić-Popov, G. 2017. Značaj i efekti BEPS Multilateralne konvencije u međunarodnom poreskom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 56(75), pp. 13-31.
- Popović, D. 2018. Da li je moguće na globalnom nivou regulisati izbegavanje dvostrukog oporezivanja među državama?. *Ekonomija*, 25(1), pp. 60-73.
- Valente, P. 2017. BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument. *Intertax*, 45(3), pp. 219-227.
- Zeković, S. 2003. Ekonomski i tržišni instrumenti u politici održivog razvoja EU. *Economic Annals*, 44(157), pp. 135-149.
- Živković, O. 2022. O rešenjima koja donosi predlog Unshell direktive, *Strani pravni život*, 4, pp. 367-386.

POTENTIAL CONTRIBUTION OF TWO RECENT EU SOFT LAW DOCUMENTS TO IMPROVED JUDICIAL GOVERNANCE STANDARDS**

Summary

Judicial governance is a vital component of judicial independence, and yet its manifestations vary considerably across European countries. Judicial self-governance standards are articulated in a range of soft law instruments, and have prompted extensive academic debates. Starting from the premise that soft law is a relevant source of judicial independence and judicial governance standards, the author posits that two soft law instruments developed by the OSCE and the European Law Institute over the past two years enhance both the understanding and implementation of judicial independence standards by bringing added value. The hypothesis regarding the added value of the two instruments is examined through an analysis of the judicial governance and judicial self-governance concepts. Employing primarily comparative and dogmatic methods, the author demonstrates how these two instruments formulate judicial governance standards by systematising existing soft law norms and incorporating new academic developments.

Keywords: judicial independence, judicial governance, soft law, judicial independence standards, Europe.

* Ph.D, Senior Research Associate, Institute of Comparative Law, Terazije 41, Belgrade, Serbia.
E-mail: a.bojovic@iup.rs
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3746-5747>

** This paper is a result of research under the project "Adapting the Legal Framework to Social and Technological Changes with a Special Focus on Artificial Intelligence," carried out in 2025 by the Institute of Comparative Law with financial support from the Ministry of Science, Technological Development and Innovation (Contract Number 451-03-136/2025-03/200049).

POTENCIJAL DVA NEDAVNO USVOJENA EVROPSKA DOKUMENTA MEKOG PRAVA DA DOPRINESU UNAPREĐENJU STANDARDA KOJI SE ODNOSU NA SUDSKU UPRAVU

Sažetak

Sudska uprava predstavlja važan aspekt nezavisnog sudstva, ali su u praksi sudske uprave u evropskim državama veoma raznolike. Standardi koji se odnose na sudsku upravu oblikuju se u brojnim instrumentima mekog prava i daju povoda za plodne akademske rasprave. Polazeći od stanovišta da je meko pravo relevantan izvor standarda nezavisnog sudstva i sudske uprave, autorka ispituje hipotezu da dva instrumenta mekog prava razvijena od strane OEBS-a i Instituta za evropsko pravo u protekle dve godine mogu da doprinesu boljem razumevanju i primeni standarda sudske nezavisnosti. Hipoteza o dodatnoj vrednosti ova dva instrumenta se testira na način na koji su u njima određeni pojmovi sudske uprave i sudske samouprave. U radu autorka uglavnom koristi uporednopravni i dogmatski metod, utvrđujući da se u dva navedena dokumenta sistematizuje postojeće meko pravo i da se u standarde inkorporišu teorijskopravna dostignuća.

Ključne reči: nezavisno sudstvo, sudska uprava, meko pravo, standardi sudske nezavisnosti, Evropa.

1. Introduction

The relevance of soft law in international law and European Union (EU) *acquis* has become a salient topic in academia in recent years. As O'Hagan (2004, p. 380) aptly notes, soft law has multiple functions, including its roles in supplementing hard law and addressing policy areas of particular relevance that are lacking viable legislative prospects. Soft law is commonly understood as comprising "rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and which are aimed at and may produce practical effects." (Senden, 2004, p. 112). Soft law gains particular prominence in areas such as the rule of law. In this paper, the term "soft law" will be used to refer to non-binding documents, declarations, opinions and reports.

The rule of law is a complex concept that encompasses a range of definitions.¹ A common thread among these definitions is that they recognise that judicial independence is an important principle underpinning the rule of law. As Shetreet (2012, p. 477) points out, the culture of judicial independence has been shaped by the concepts and ideas developed at both national and international levels. In the context of international law, treaties safeguarding the right to a fair trial, reinforced by jurisprudence of relevant international and supranational courts, have had a particularly significant role in Europe, and these include the European Convention on Human Rights (ECHR), and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR), particularly with regard to Article 6 of the ECHR and its interpretation of the “independent and impartial tribunal” standard.

The above instruments and caselaw have been further enriched and influenced by the standard-setting efforts of various professional and non-governmental organisations, as well as by the development of additional soft-law instruments by other authoritative bodies. In Europe, these initiatives have been led primarily by the Council of Europe (CoE), most notably through its advisory body – the Consultative Council of European Judges (CCJE) and its opinions, and the work of the European Commission for Democracy through Law (the Venice Commission), supported by the efforts of the Organisation for Security and Cooperation in Europe (OSCE) and the European Network of Judicial Councils (ENJC).

Last but not least, the developments in the European Union (EU) have paved the way to an even richer body of law on judicial independence. In terms of the hard EU *acquis*, the so-called Conditionality Regulation² explicitly identifies threats to judicial independence as a breach of the rule of law, as set out in Article 3.³ Recital 16 of the Regulation further enumerates the sources for establishing the breaches of the principles of the rule of law, which include, *inter alia*, judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU), and conclusions and recommendations of relevant international organisations and networks, including CoE bodies such as the Venice Commission, and the ENJC. Even prior to these developments, the jurisprudence of the CJEU firmly established that the principle of judicial independence

¹ The full body of literature addressing the various definitions of the rule of law is too extensive to be exhaustively cited here. Therefore, the author will refer the reader to a selected number of relevant authoritative academic contributions to the definition of the rule, as presented here: Tamanaha, 2012, pp. 232-247; Tamanaha, 2004; Bingham, 2001; Møller & Skaaning, 2014.

² Regulation 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget (European Parliament and European Council Regulation, 2020).

³ The definition of the rule of law provided in Article 2 of this Regulation, however, is not a universal one (Knežević Bojović & Ćorić, 2023, pp. 41-62) and is not the only one utilised by EU institutions (Pech, 2020).

is an essential component of the rule of law, as a fundamental value of the EU enshrined in Article 2 of the Treaty on the European Union (TEU). In addition, the CJEU caselaw has drawn upon on interpretations of Article 19 TEU and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (EU, 2016). The CJEU ruling in the so-called Portuguese judges case (Judgment of the Court (Grand Chamber) of 27 February 2018 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas* (Case C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117)), as Turenne (2024, p. 257) points out, placed the “CJEU at the forefront of the battle for judicial independence within the European Union.” Subsequent CJEU caselaw has further solidified both its competence and its willingness to examine domestic conditions of judicial independence and issue binding rulings on such matters (Jelić & Kapetanakis, 2021, pp. 45-77; Kochenov & Bárd, 2022, pp. 150-165). The relevance of the CJEU jurisprudence *vis-à-vis* judicial independence extends beyond the current borders of the EU, particularly to the EU accession candidates. Recent developments in the EU’s accession methodology, and particularly the adoption of the “fundamentals first” approach, have given additional prominence to the rule of law and judicial independence in accession countries. The prominence of the rule of law in the accession process has been reinforced by the new accession methodology, where the CJEU’s jurisprudence is especially relevant in the discussions with candidate countries, considering the absence of hard-law standards in EU *acquis* concerning the organisation of the judiciary (Matić Bošković, 2020, p. 332).

This paper begins with the premise that soft law is an important and relevant source for the development of standards concerning judicial independence in Europe. It further acknowledges Shetreet’s (2012, p. 479) argument that international standards provide an incentive for societies to both strive for higher levels of judicial independence and present a clear statement of judicial independence to ensure protection against the influence of unofficial laws that may conflict with the broader interests of society.

With this in mind, the author posits that despite the criticism occasionally found in the literature concerning the proliferation of both hard and soft law instruments and standards on judicial independence (Kochenov & Bárd, 2022, pp. 150-165), the two soft-law instruments developed by the OSCE and the European Law Institute (ELI) over the past two years could contribute to a better understanding and implementation of judicial independence standards. This is particularly relevant in the context of accession countries, where these instruments offer added value by systematising existing standards and incorporating developments in jurisprudence and academic discourse. The hypothesis regarding the added value of these two instruments will be examined based on the concepts of judicial governance and judicial self-governance. The decision to focus on the concepts of judicial

governance and judicial self-governance is driven by their growing relevance. Judicial governance varies considerably across European countries and remains fragmented (ENCJ Report 2022- 2023, pp.23). Whilst judicial governance has emerged as a prominent topic in recent academic discourse, the definitions proposed in those discussions have not been fully reflected in the soft law instruments. Judicial self-governance, particularly as implemented through judicial council models, has been a central concern for judiciaries in EU accession countries since the adoption of the Copenhagen criteria in 1993. More recently, it has also become a pressing issue in EU Member States, resulting, *inter alia*, in cases before the CJEU or the ECtHR. Judicial self-governance standards are increasingly being articulated across a range of soft law instruments, which often exhibit a considerable degree of cross-referencing and cross-fertilisation. Nevertheless, these instruments collectively constitute a complex network of sources that at times propose slightly divergent standards.⁴ Consequently, a clear articulation of the concepts of judicial governance and judicial self-governance within soft law instruments is of particular importance, as it is hypothesised that such clarification could also contribute to creating a more coherent and “accepted system of conceptual principles” on judicial governance (Shetreet, 2012, pp. 478).

The paper is structured as follows. First, it provides an overview of the purpose and scope of the two new standard-setting instruments, the ELI Mt. Scopus Standards of Judicial Independence (hereinafter, ELI Standards) and OSCE Recommendations on Judicial Independence and Accountability (hereinafter, Warsaw Recommendations). It proceeds to examine how the judicial governance and self-governance concepts are defined and/or determined in these two documents, and compares these formulations with those found in recent academic discourse and other soft law instruments. This analysis aims to establish whether the two instruments provide added value to the development of a fine-tuned common understanding of judicial governance and judicial self-governance. Finally, the conclusion summarises and reflects upon the key findings. The paper employs normative, comparative, and dogmatic methods.

⁴ For example, with regard to the composition of judicial councils, there is a notable divergence between the standards proposed by the Venice Commission and those of the CCJE. The Venice Commission states that a substantial proportion, if not the majority, of judicial council members should be judges (Venice Commission, 2010, p. 8). In contrast, the CCJE firmly stands on the position that the majority of members of judicial councils should be judges elected by their peers (Opinion No. 24, 2021).

2. Two New European Standard-Setting Instruments on Judicial Independence

In the last couple of years, significant efforts have been put into systematising the plethora of judicial independence standards found in soft law and the jurisprudence of the two European courts. These efforts aim to formulate an operational set of rules and guidelines. The existing complex network of mutually reinforcing and complementary documents, which, at times, also specify slightly divergent standards, is not always easy to navigate, particularly when it comes to identifying and distilling the core elements of the judicial independence standard.

This task is further complicated by the necessity for any standard-setting exercise to take into consideration not only the existing international and supranational hard and soft law but also the multitude of variations in national laws, which are, influenced, to some extent, by international standards whilst simultaneously being deeply rooted in national traditions. Consequently, the challenge lies in identifying and articulating their common core.

The two most recent instruments designed to address this issue are the ELI Standards (ELI, 2024) and the Warsaw Recommendations (OSCE, 2023). These two instruments are complementary; however, the former appears to be more comprehensive and detailed. It is interesting to note that both these instruments build on earlier documents. Specifically, the ELI Standards build on the Mount Scopus Standards of Judicial Independence, which were approved in 2008 by the International Association of Judicial Independence and World Peace,⁵ but are now adapted to focus exclusively on the European context. In contrast, the Warsaw Recommendations aim to supplement, rather than replace, the Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia (hereinafter, Kyiv Recommendations), by elaborating on previously unaddressed issues, taking also into account the developments in the field of judicial independence in Europe following the adoption of the Kyiv Recommendations. However, whilst the Kyiv Recommendations were initially intended primarily for countries within a specific geographic location, the Warsaw Recommendations are intended for the entire OSCE region, reflecting the fact that even the Kyiv Recommendations were used more widely than initially intended (OSCE, 2023, p. 1). Both documents focus on the independence of the judiciary within national legal systems, and do not address the independence of international judges. Their scope overlaps significantly, and their contents show important similarities and convergence.

⁵ Mount Scopus ELI Standards of Judicial Independence were, in fact, also a revision of the New Delhi Code of Minimum ELI Standards of Independence (see: Shetreet, 2024, pp. 251).

As noted above, the two new soft law instruments aim to consolidate the standard-setting efforts of multiple organisations, including the standards established through the jurisprudence of the ECtHR and the CJEU. Both documents clearly indicate that the standards they contain are not exhaustive. As previously indicated, the ELI Standards and the Warsaw Recommendations respond to the evolving legal landscape and recent developments concerning judicial independence in Europe over the past decade.

2.1. ELI – Mount Scopus European Standards of Judicial Independence

The ELI Standards were developed under the auspices of the ELI, a non-governmental organisation gathering both institutions and individuals with high professional reputation in the field of law. The process of revising the Mt. Scopus ELI Standards of Judicial Independence and adapting them to the European context and its challenges was led by four highly competent project reporters. Their draft texts were shared, reviewed and discussed extensively by the Advisory Committee members and ELI members at annual conferences (see: ELI, 2024). The endorsement of the ELI Standards by this organisation and its broad membership establishes them as a legitimate and authoritative source of soft law, particularly considering the broad consultative process underpinning their development and finalisation.

The approach adopted in the ELI Standards, with respect to balancing the universality of the standards against the need for more specific or concrete rules, favours finding a universal, common core (Turenne, 2024, p. 255). A fundamental premise of the ELI Standards is that they are designed to be adaptable to diverse legal and constitutional traditions “within and beyond Europe” (ELI Standards, 2024, p. 10). Having this in mind, the ELI Standards appear to function primarily as a benchmarking tool, rather than a monitoring tool, as they establish the standards but do not provide mechanisms for monitoring progress in their implementation. The intended role of the ELI Standards as a reference point for assessing the achievements of the existing national frameworks for judicial independence, both *de lege lata* and in practice, is emphasised in Standard 38: Assessing Consistency with the ELI-Mount Scopus Standards. This standard highlights that ELI Standards are designed as a “tool for actors who assess the need and consistency of judicial reform and practices with judicial independence.”

The ELI Standards are structured into five sections: foundations of judicial independence, judicial governance, judicial appointments and promotion, ethical standards, and judicial discipline. Each standard consists of one to six paragraphs/points, accompanied by explanatory comments. The points constitute the core of the standard, whilst the comments provide detailed clarification and elaboration.

Finally, the ELI Standards include a comprehensive list of sources, which is an added value of the document. The sources are listed for each individual standard or a thematic cluster of standards, thereby referencing all relevant soft law documents and jurisprudence relied upon in their formulation. This facilitates easy tracing of the sources for each standard, thereby illustrating the complexity of the undertaking and providing an additional frame of reference.

2.2. Warsaw Recommendations

The Warsaw Recommendations were developed in a “comprehensive consultative and expert-driven process,” with the aim to “deliver a practical tool for stakeholders across the OSCE region who engage with justice systems.” As noted above, the Warsaw Recommendations are not a revision of the Kyiv Recommendations, but rather a supplementing document. Given that they are not intended to address the full range of issues related to judicial independence standards, the Warsaw Recommendations have a relatively limited scope. They address the following six broad topics: judicial councils and self-governing bodies; accountability of judicial councils and self-governing bodies; disciplinary bodies and proceedings; freedom of expression and freedom of association of judges; judicial tenure and the transfer of judges within or between courts; and equity, diversity and non-discrimination. Each of these sections is further subdivided into specific topics, with the recommendations elaborated in one or more paragraphs. The Warsaw Recommendations also include direct references to the Kyiv Recommendations, often using them as starting or departure points.

It can be concluded, based on the authority of the organisations that have developed both documents, that they have a potential to be recognised as relevant sources of soft law and as benchmarking instruments for the normative framework and practice related to judicial independence in European states.

3. The Determination of Judicial Governance and Judicial Self-Governance: A Step Closer to a More Coherent Understanding of the Concepts?

Whilst judicial governance and judicial self-governance have been widely discussed in academic circles over the past decade,⁶ key standard-setting documents

⁶ The body of law dedicated to addressing this issue is extensive; therefore, only a segment of the relevant literature can be cited here: Bunjevac (2020); Castillo-Ortiz (2023); Bobek & Kosař, D (2014); Spác, Šipulová & Urbániková (2018); Garoupa & Ginsburg (2009); Pérez (2018); Dallara & Piana, (2015); Kosař (2016); Kosař & Vincze (2022); Kosař & Šipulová (2023), Šipulová *et al.* (2023); Knežević Bojović & Ćorić (2024).

have yet to provide a clear definition or a comprehensive description of the judicial governance concept. Instead, soft law documents have tended to focus on particular judicial governance functions, or on the mandate and composition of bodies vested with certain aspects of judicial governance (CCJE Opinion No. 3; CCJE Opinion No. 4; CCJE Opinion No. 17; ENCJ Judicial Ethics Report 2009-2010). Moreover, a specific model of judicial governance – the judicial council model – has been strongly promoted in the EU accession process (Preshova, Damjanovski & Nechev, 2017; Castillo-Ortiz, 2019, pp. 503-520; Simović 2023, pp. 623-642).

Judicial governance has been addressed extensively by the ECtHR and the CJEU, primarily in the context of assessing whether specific judicial self-governance bodies meet the requirements of an independent and impartial court or tribunal (ECtHR Press Unit 2023; Manko, 2023). Some authors (Kosař & Vincze, 2022, pp. 491-501) posit that these two courts have increasingly treated soft law instruments related to judicial independence as hard law within their jurisprudence. This underscores the importance of ensuring a coherent and fine-tuned understanding of the concept of judicial governance in the soft law framework. Due to objective limitations, this paper will focus primarily on the definitions of judicial governance and judicial self-governance in the ELI Standards and the Warsaw Recommendations, without delving into the complex issue of how these instruments address the composition of judicial self-governance bodies.

3.1. Judicial Governance and Judicial Self-Governance – Definitions, Determinations, Fine-Tuning

The ELI Standards assert that judicial governance encompasses several key areas of responsibility that are essential for ensuring the independence of individual judges within an independent judiciary. According to these standards, these areas include: judicial appointment, training, evaluation and promotion; court administration, including case allocation and court composition; deployment and transfer of judges; financing of the judiciary and the court system; providing transparent and useful information to the public regarding the court system and its decisions; development and adoption of ethical standards of judicial conduct; judicial discipline; employing technology to ensure access to the courts and a more efficient administration of justice; and the examination of proposals for judicial reform. In contrast, the Warsaw Recommendations do not provide the definition of judicial governance.

The definition of judicial governance found in the ELI Standards closely aligns with those provided by legal scholars. Castillo-Ortiz (2023, p. 2), for example, describes judicial governance as encompassing various aspects of court operations, including the recruitment of judges, their disciplinary accountability, the

administration, management and financing of the judicial branch, as well as issues related to judicial independence and efficiency. Similarly, Piana (2010, p. 75), in her analysis of European rule of law promotion efforts, notes that in this context, the term “governance” commonly refers to “an institutional relationship that exists between the judiciary and the other organs of the political system – the legislature and the executive.” Šipulova *et al.* (2023, p. 26) provide a broad definition of judicial governance, describing it as “a structured model of social coordination that produces and implements a set of institutions, rules, and practices which are collectively binding and which regulate how the judicial branch exercises its functions.”

The ELI Standards also provide a definition of judicial self-governance in the commentary to Standard 16. According to this commentary, judicial self-governance refers primarily to judicial self-governing bodies that wield decisive influence over decisions related to judicial governance, either by sharing competences with others or by having a veto power over decisions taken by others. This definition is somewhat indirect, as it focuses more on the institutional actors exercising self-governance rather than the substantive elements of the self-governance itself. Nevertheless, it also reflects the positions found in academic literature where judicial self-governance is frequently determined from an institutional standpoint. For example, Kosař (2018, p. 1571) defines judicial self-governance bodies as “any institution in which a judge or judges sit, that has some powers regarding court administration and/or judicial careers.” Other authors refrain from providing definitions and rather develop categorisations of various types of judicial governance or self-governance into different models. Voermans (2003, pp. 2133-2144) thus offers a categorisation of judicial councils, whilst Bobek & Kosař (2014, pp. 1257-1292) identify various types of judicial administrations and categorise them according to the body or institution that holds the primary responsibility for court administration and management. Lastly, but not of least importance, some authors have sought to systematise the various powers and competences of judicial administration or judicial self-governance bodies in five aspects⁷ (Akutsu & de Aquino Guimarães, 2015, pp. 937-958), or in eight dimensions⁸ (Šipulova *et al.*, 2023, pp. 22-42). Notably, the eight-dimension approach presented by Šipulova *et al.* recognises that judges do not “wield decisive influence” in all aspects of judicial governance. Instead, it emphasises the substantial and sometimes dominant roles of the executive and legislative powers, which in certain cases, have decisive influence or veto power.

The ELI Standards provide an important contribution to the body of soft law by explicitly articulating the standard definitions of judicial governance and judicial self-governance. Their definitions both reflect the key points of the academic

⁷ Efficiency, independence, accessibility, accountability, effectiveness.

⁸ Regulatory, administrative, personal, financial, educational, informational, digital, and ethical dimension.

discourse on this subject and systematise the existing soft law instruments. The definitions of judicial governance and judicial self-governance provided in the ELI Standards can bring particular added value when read in conjunction.

The Warsaw Recommendations do not attempt to define judicial self-governance but do address the competences of judicial self-governance bodies. However, this is done within the context of judicial administration rather than governance more broadly. Specifically, in discussing the division of competences within judicial administrations, the Warsaw Recommendations acknowledge that, in order to prevent excessive concentration of power in a single judicial body and to avoid perceptions of corporatism, competences are distributed among judicial self-governing bodies. These competences include matters such as selection, promotion and training of judges, their discipline, performance evaluation, and budget. It is evident, both from the broader text of the Warsaw Recommendations and their reference to Point 2 of the Kyiv Recommendations, that judicial councils are recognised as the primary judicial self-governance bodies.

The positions articulated in these two instruments partially converge with each other and with the recent academic discourse, insofar as they recognise the multitude of competences involved in judicial governance and the notion that these competences may be vested, individually or jointly, in multiple bodies. Nevertheless, they diverge to some extent from the scholarly approaches that explicitly acknowledge the roles of other actors, such as the executive, in the domain of judicial governance (Bobek & Kosař, 2014, pp. 1257-1292).

Both the ELI Standards and the Warsaw Recommendations firmly assert that judicial governance bodies, regardless of whether they take the form of a judicial council, must be autonomous and independent. Specifically, both instruments explicitly state that the body responsible for judicial governance or self-governance must be autonomous and operate independently, particularly from the executive and the legislative branches (ELI Standards, 2024, Standard 14; Warsaw Recommendations, Point 4a). The Warsaw Recommendations require also that such bodies must be protected from any undue external pressures and that they must not be used to undermine the independence of other judicial self-governing bodies. This is an important development, as it firmly establishes judicial self-governing bodies as distinct from the executive branch, e.g., the line ministry in charge of the judiciary.

This raises the question whether only judicial councils are capable of meeting this standard. The answer, however, is neither straightforward, nor can it be simplified. The ELI Standards are notably cautious in avoiding a one-size-fits-all solution; similarly, unlike the Venice Commission (2010), they do not advocate for the introduction of judicial councils, and unlike the CCJE or even the Warsaw Recommendations, they do not refer primarily to judicial councils. Instead, the ELI Standards

recognise the plethora of bodies that may be vested with various judicial governance competences, such as appointing bodies, disciplinary bodies, or bodies in charge of monitoring ethical or professional conduct, judicial training institutions and others. This sets the bar even higher than the standard established by the ECtHR decision in the case of *Grzęda v. Poland*, Application No. 43572/18, Judgment (GC) of 15 March 2022, para. 307, where the Court put forward the requirement that, where a judicial council is established, “the State’s authorities should be under an obligation to ensure its independence from the executive and legislative powers.” This approach by the ECtHR has been criticised by Kosař & Leloup (2022) as having the potential to deter some states from adopting the judicial council model altogether.

The ELI Standards also underline (Standard 14, comment a) that, whilst there are differing solutions in various European states when it comes the responsibility for the functioning of the justice system – whether entrusted to the executive, an independent court administration agency, and/or self-governing judicial bodies – the body or official in charge must be autonomous and independent from both the executive and the legislature.

As pointed out in the ELI Standards (Standard 14, comment c), the executive may perform certain administrative functions related to the daily operation of the judiciary; however, such functions must be subject to judicial involvement and oversight. This requirement can be interpreted to mean, for instance, that the adoption of the Court Rules of Procedure, a legal act of critical importance for the day-to-day functioning of the courts, must involve judicial oversight, i.e., that judges would have to be consulted on the text or even granted veto power over its adoption. Such an interpretation would go hand in hand with the preliminary reference ruling adopted by the CJEU in *Hann-Invest* (Judgment of the Court [Grand Chamber] of 11 of 11 July 2024, Joined Cases C-554/21, C-622/21, and C-727/21, *Hann-Invest d.o.o. and Others*, ECLI:EU:C:2024:594), which further expanded the scope of scrutiny over judicial governance matters.

The *Hann-Invest* case concerns a mechanism for ensuring uniformity in jurisprudence, an issue commonly addressed in the Court Rules of Procedure, and one that falls within the scope of judicial self-governance.⁹ In Croatia, this mechanism was introduced through both the Law on Courts (Art. 40, para. 2) and the Croatian

⁹ The idea that the mechanism in question serves as a means of strengthening the judiciary, and a version of judicial self-governance intended as a reaction to systematic politicisation of the judiciary under communist rule, is advanced by Schmitd (2024), drawing on Bobek (2008, pp. 99-123). Schmitd, however, criticises the approach as *de facto* reverting authority back to legislator. In a similar, though not identical vein, Bačić Selanec & Petrić (2024, pp. 11-16) challenge the role of evidentiary judges within the Croatian legal system, not only from the standpoint of their procedural role in judicial decision-making, but also by considering broader implications of the *Hann-Invest* judgment on the day-to-day functioning of courts.

Court Rules of Procedure (Art. 177, para. 3), the latter adopted by the Minister of Justice without any formal consultative inputs from the judiciary (Croatian Law on Courts, Art. 76). In cases such as this, the emergence of a standard requiring judicial consultation on such matters becomes an important leverage for judges, granting them greater influence over how the day-to-day operation of the courts is regulated. At the same time, this increases the need for judges, as actors in judicial governance, to be more acutely aware of regulatory changes, the jurisprudence of international and supranational courts, and evolving standards.

The above requirement also casts a new light on the division of competences between the executive and the judiciary, an issue that is relevant both in EU Member States and in accession countries, where the ministries of justice or related bureaucratic agencies or services formally oversee court management and the adoption of rules of procedure. This is the case, for example, in Israel, as elaborated by Lurie, Reichmann & Sagy (2019, pp. 718-740), and in the Netherlands, as noted by Bovend'Eert (2016, pp. 342). Similar arrangements can be observed in other areas of judicial governance, such as judicial training (Slovenian Law on Courts, Art. 74a), court infrastructure, and judicial IT systems. For instance, in Italy, despite the existence of a strong judicial council, the Ministry of Justice remains responsible for funding and managing court services (Reiling & Contini, 2022, pp. 1-19). In Greece, it was the Ministry of Justice that introduced the first systemic IT solutions in the judiciary, as noted by Deligiannis & Anagnostopoulos (2017, pp. 82-91). The requirement for judicial involvement in such matters is further reinforced by the ELI Standards, which underline that the central responsibility for court administration, when not directly related to the exercise of judicial functions, must be vested jointly in the judiciary and the executive, or preferably, in the judiciary alone. This includes a range of non-judicial matters such as administrative planning, budgeting, human resources, the implementation and use of technology in courts, court infrastructure, court security, and other judicial support functions.

Therefore, it could be argued that this emerging standard reflects a shift towards requiring judicial involvement in decision-making on matters that have traditionally fallen within scope of the executive. At a minimum, this implies a procedural right for judges to be consulted on the key decisions. Consequently, a national framework in which judges have no input in the decisions concerning various aspects of court administration would constitute a departure from this standard.

Whilst this might be viewed by some as setting the bar too high in terms of judicial governance, it is important to note that this approach is not inconsistent with the positions taken by the CCJE in its opinions or with the jurisprudence of the two European courts – the CJEU and the ECtHR. Thus, for instance, the CCJE has already affirmed that the responsibility for the selection of judicial assistants,

whose work is essential to the day-to-day functioning of the courts, should lie with the judiciary, rather than the executive (CCJE Opinion No. 22 (2019) Conclusion/Recommendation 8). In a similar vein, in the CCJE Opinion No. 14 (2011) states in its Conclusions-Recommendations, in Point v., that judges should be involved in all decisions concerning the establishment and development of IT systems within the judiciary. This position is further reinforced the CCJE Opinion No. 26 (2023), Conclusion iv., which states that judges must be involved in the procurement, design, and oversight of assistive technologies in the judiciary, either through judicial councils or by way of other appropriate means. The CCJE, however, sees the role of court presidents as contributing to the work of self-government bodies, but not as a judicial self-governance body (CCJE Opinion No. 19), Conclusions and Recommendations, Point 2. However, the CCJE's position is not as far-reaching as that formulated in the ELI Standards, which explicitly recognise court presidents as judicial self-governance bodies. This interpretation is also in line with the emerging academic understanding of judicial self-governance and the role of court presidents.

The ELI Standards, therefore, articulate a model that clearly states that a comprehensive set of competences relating to the functioning of the judiciary, both in strategic and in day-to-day operations terms, needs to be vested in independent and autonomous bodies, which may or may not take the form of judicial councils.

When compared with the eight-dimension judicial independence concept proposed by Šipulova *et al.*, it becomes evident that the ELI Standards and the Warsaw Recommendations call for judges to have either a decisive role, i.e., veto power, or at least a consultative role in relation to seven of the eight dimensions. This can serve as an important lever in judicial reform efforts, particularly in EU accession countries, where judges seek to assert or reassert their institutional role, as was the case in Serbia, for example, with the recent constitutional and legislative reforms addressing the judiciary, leading to a substantial expansion of the competences of the Serbian Judicial Council, a judicial self-governance body (Knežević Bojović & Ćorić, 2023, pp. 41-62). Nonetheless, some competences remain shared with or fall within the exclusive purview of the line ministry responsible for justice.

4. Findings and Conclusion

The analysis of how judicial governance and judicial self-governance are defined in the two new European soft law instruments supports the initial hypothesis that these two instruments could enhance understanding of the applicable standards in this domain. Notably, both these documents explicitly address the notions of judicial governance and judicial self-governance on a systemic level, rather than limiting their focus

to individual aspects of judicial self-governance, as has been the case with the most law instruments to date. In doing so, they establish a meaningful dialogue between the standard-setting efforts and the academic discourse on judicial governance. Both documents remain relatively neutral when it comes to the optimal structure of judicial governance; in other words, they do not explicitly endorse judicial councils. However, the ELI Standards, in particular, raise the bar by establishing a clear requirement for the independence and autonomy of judicial self-governance bodies. Finally, both these instruments systematise the wide array of judicial governance and self-governance standards found in existing soft law and legal doctrine, transforming them into an operational set of rules and guidelines. Consequently, the efforts invested in their development appear far from futile. On the contrary, a closer examination suggests that the ambition put forward by Turenne (2024, pp. 254-273), a member of the working group for the development of the ELI Standards, that they should “act as soft law (i) to provide specific guidance to measure judicial independence in a national legal system, and (ii) to promote common standards of judicial independence across the European Union in particular” has indeed been fulfilled. Given the broad legitimacy underpinning the adoption process of the two analysed instruments and their contents, their efforts to reconcile diverse national legal traditions (Piana, 2016, p. 761) whilst formulating universal values are particularly commendable. A particular aspect of the added value of the two instruments lies in their potential utility for EU accession countries striving to align and maintain their judiciaries with the foundational values of the rule of law. While Piana’s (2016, p. 771) assertion that standards do not function as mechanisms, inasmuch as they do not dictate specific action, but rather open windows of opportunity for action, is valid, it is equally true that soft law has the capacity to catalyse change (Ştefan, 2024, p. 673). There is thus reason to believe that both the ELI Standards and the Warsaw Recommendations will provide impetus for meaningful change.

References

- Akutsu, L. & de Aquino Guimarães, T. 2015. Governança Judicial: Proposta De Modelo Teórico-Metodológico. *Revista de Administração Pública*, 49(4), pp. 937-958. <https://doi.org/10.1590/0034-7612116774>
- Bačić Selanec, N., Petrić, D. 2024. Putokaz izmjene nacionalnog zakonodavstva i pravosudne prakse ujednačavanja sudskih odluka – tumačenje presude Hann-Invest. *Informator*, 6852, pp. 11-16.
- Bingham, T. 2011. *The rule of law*. Harlow: Penguin Books.
- Bobek, M. 2008. The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries. *European Public Law*, 14(1), pp. 99-123. <https://doi.org/10.54648/euro2008007>

- Bobek, M. & Kosař, D. 2014. Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe. *German Law Journal*, 15(7), pp. 1257-1292.
- Bovend'Eert, P. P. T. 2016. Judicial independence and separation of powers: case study in modern court management. *European Public Law*, 22(2), pp. 333-354.
- Bunjevac, T. 2020. The Rise of Judicial Self-Governance in the New Millennium. *Melbourne University Law Review*, 44(3), pp. 812-862.
- Castillo-Ortiz, P. 2019. The politics of implementation of the judicial council model in Europe. *European Political Science Review*, 11(4), pp. 503-520.
- Castillo-Ortiz, P. 2023. *Judicial Governance and Democracy in Europe*. Cham: Springer.
- Dallara, C. & Piana, D. 2015. *Networking the Rule of Law: How Change Agents Reshape Judicial Governance in the EU*. London-New York Routledge.
- Deligiannis, A. P. & Anagnostopoulos, D. 2017. Towards Open Justice: ICT Acceptance in the Greek Justice System the Case of the Integrated Court Management System for Penal and Civil Procedures (OSDDY/PP). *Conference for E-Democracy and Open Government (CeDEM)*, Krems, Austria, pp. 82-91. doi: 10.1109/CeDEM.2017.26
- Garoupa, N. & Ginsburg, T. 2009. Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence. *American Journal of Comparative Law*, 57(1), pp. 103-134.
- Jelić, I., Kapetanakis, D. 2021. European judicial supervision of the rule of law: The protection of the independence of national judges by the CJEU and the ECtHR. *Hague journal on the rule of law*, 13(1), pp. 45-77.
- Knežević Bojović, A., Ćorić, V. 2023. Challenges of rule of law conditionality in EU accession. *Bratislava Law Review*, 7(1), pp. 41-62. <https://doi.org/10.46282/blr.2023.7.1.327>
- Knežević Bojović, A. & Ćorić, V. 2024. Judicial Self-governance in Serbia: Challenges to and Results of a Quantitative Approach. *Pravni zapisi*, 25(2), pp. 352-393. <https://doi.org/10.5937/pravzap15-54236>
- Kochenov, D. V. & Bárd, P. 2022. Kirchberg salami lost in Bosphorus: The multiplication of judicial independence standards and the future of the rule of law in Europe, *Journal of common market studies*, 60(S1), pp. 150-165. <https://doi.org/10.1111/jcms.13418>
- Kosař, D. 2016. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kosař, D. 2018. Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe. *German Law Journal*, 19(7), pp. 1567-1612. <https://doi.org/10.1017/S2071832200023178>
- Kosař, D. & Vincze, A. 2022. European Standards of Judicial Governance: From Soft Law Standards to Hard Law. *Journal für Rechtspolitik*, 30(4), pp. 491-501.
- Kosař, D. & Šipulová, K. 2023. Politics of judicial governance. In: Tushnet, M. & Kochenov, D. (eds.) *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 262-285. <https://doi.org/10.4337/9781839101649.00024>
- Lurie, G., Reichmann, A. & Sagy, Y. 2019. Agencification and the Administration of Courts in Israel. *Regulation and Governance*, 14, pp. 718-740.
- Matić Bošković, M. 2020. Role of Court of Justice of the European Union in establishment of EU standards on independence of judiciary. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 4, pp. 329-351. <https://doi.org/10.25234/eclic/11907>

- Møller, J. & Skaaning, S.-E. 2014. Systematizing Thin and Thick Rule of Law Definitions. In: Møller, J. & Skaaning, S.-E. (eds.), *The Rule of Law*, Palgrave Macmillan, pp. 13-27.
- O'Hagan, E. 2004. Too soft to handle? A reflection on soft law in Europe and accession states. *Journal of European Integration*, 26(4), pp. 379-403. <https://doi.org/10.1080/0703633042000306535>
- Pérez, A. T. 2018. Judicial Self-Government and Judicial Independence: The Political Capture of the General Council of the Judiciary in Spain. *German Law Journal*, 19(7), pp. 1769-1800.
- Piana, D. 2010. *Judicial Accountabilities in New Europe from Rule of Law to Quality of Justice*, London, New York: Routledge.
- Piana, D. 2016. Reforming the judiciary through standards: agency empowerment and centre (re)building in Italy, 2001-2015. *International Review of Administrative Sciences*, 83(4), pp. 757-772. <https://doi.org/10.1177/0020852315592022>
- Preshova, D., Damjanovski, I. & Nechev, Z. 2017. The Effectiveness of the 'European Model' of Judicial Independence in the Western Balkans: Judicial Councils as a Solution or a New Cause of Concern for Judicial Reforms. *CLEER Paper series*, 1, https://www.asser.nl/media/3475/cleer17-1_web.pdf, 2. 10. 2024.
- Reiling, D. & Contini, F. 2022. E-justice platforms: challenges for judicial governance. *International Journal for Court Administration*, 13(1), pp. 1-19. <https://doi.org/10.36745/ijca.445>
- Senden, L. 2004. *Soft law in European Community law*. Portland: Hart.
- Shetreet, S. 2012. International Standards in the Making, The Mt. Scopus International Standards of Judicial Independence: The Innovative Concepts and the Formulation of a Consensus in a Legal Culture of Diversity. In: Shetreet, S. & Forsyth, C. (eds.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden: Brill | Nijhof, pp. 473-498.
- Shetreet, S. 2024. The significance of developing international and European standards of judicial independence: The ELI Mt scopus project. In: Shetreet, S. & Chodosh, H. (eds.), *Judicial Independence: Cornerstone of Democracy*. Lieden, Brill. pp. 251-253. https://doi.org/10.1163/9789004535091_018
- Simović, D. Z. 2023. Constitutionalization of the judicial council in North Macedonia and Serbia: Can we learn from each other?. *Strani pravni život*, 67(4), pp. 623-642.
- Spác, S., Šipulová, K. & Urbániková, M. 2018. Capturing the Judiciary from Inside: The story of Judicial Self-Governance in Slovakia. *German Law Journal*, 19 (7), pp. 1741-1768.
- Ștefan, O. 2024. Preserving the Rule of Law through Transnational Soft Law: The Cooperation and Verification Mechanism. *Hague Journal on the Rule of Law*, 16, pp. 671-692. <https://doi.org/10.1007/s40803-024-00222-7>
- Šipulová, K., Spáč, S., Kosař, D., Papoušková, T. & Derka, V. 2023. Judicial Self-Governance Index: Towards better understanding of the role of judges in governing the judiciary. *Regulation & Governance*, 17(1), pp. 22-42. <https://doi.org/10.1111/regg.12453>
- Tamanaha, B. Z. 2004. *On the Rule of Law - History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Tamanaha, B. Z. 2012. The History and Elements of the Rule of Law. *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 232-247.
- Turenne, S. 2024. European Standards of Judicial Independence – Lessons from the Court of Justice of the European Union. In: Shetreet, S. & Chodosh, H. (eds), *Judicial Independence: Cornerstone of Democracy*, Leiden, Brill, pp. 254-273. https://doi.org/10.1163/9789004535091_019
- Voermans, W. 2003. Councils for the judiciary in Europe: trends and models. In: Segado, F. F. (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context* (ed.), Madrid, Dykinson, pp. 2133-2144.

Legal Sources

- CCJE Opinion No. 3. CCJE Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality.
- CCJE Opinion No. 4. CCJE Opinion no. 4 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on appropriate initial and in-service training for judges at national and European levels.
- CCJE Opinion No. 14. 2011. CCJE Opinion No. (2011)14 of the CCJE "Justice and information technologies (IT)."
- CCJE Opinion No. 17. CCJE Opinion No. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence.
- CCJE Opinion No. 22. 2019. CCJE Opinion No. 22 The role of judicial assistants.
- CCJE Opinion No. 26. 2023. CCJE Opinion No. 26 (2023) Moving forward: the use of assistive technology in the judiciary.
- CCJE Opinion No. 24, 2021. CCJE Opinion No. 24 (2021): Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems.
- Croatian Court Rules of Procedure, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 37/14, 49/14, 8/15, 35/15, 123/15, 45/16, 29/17, 33/17, 34/17, 57/17, 101/18, 119/18, 81/19, 128/19, 39/20, 47/20, 138/20, 147/20, 70/21, 99/21, 145/21, 23/22, 12/23, 122/23, and 55/24.
- Croatian Law on Courts. *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, 16/23, 155/23, 36/24.
- ELI Standards. 2024. *ELI-Mount Scopus European Standards of Judicial Independence*. Available at: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-mount-scopus-european-standards-of-judicial-independence/>, 9 May 2025.
- ENCJ, *Judicial Ethics Report*, 2009-2010
- EU. 2016. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, OJ C 202, p. 389-405.
- EU. 2020. *Conditionality Regulation 2020*. Regulation 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, OJ L 433I, 22.12.2020, pp. 1-10.
- EU, TEU. 2016. *Consolidated version of the Treaty on European Union*, OJ C 202, pp. 13-43,

- OSCE. 2010. *Kyiv Recommendations*, 2010. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Max Planck Minerva Research Group, Kyiv Recommendations on judicial independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia.
- OSCE. 2023. *Warsaw Recommendations*, 2023. OSCE Recommendations on Judicial Independence and Accountability.
- Slovenian Law on Courts, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, No. 94/07 – official consolidated text, 45/08, 96/09, 86/10 – ZJNepS, 33/11, 75/12 – ZSPDSL-S-A, 63/13, 17/15, 23/17 – ZSSve, 22/18 – ZSICT, 16/19 – ZNP-1, 104/20, 203/20 – ZIUPOPĐVE, 18/23 – ZDU-IO and 42/24 – sec. U.S.

Caselaw

- Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*, 2016. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 27 February 2018 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas* (Case C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117).
- Grzęda v. Poland*, 2022. Case of *Grzęda v. Poland*, application No. 43572/18, judgment (GC) of 15 March 2022
- Hann-Invest 2024. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 of 11 July 2024, Joined Cases C-554/21, C-622/21 and C-727/21, *Hann-Invest d.o.o. and Others*, ECLI:EU:C:2024:594.

Internet Sources

- CCJE Opinion No. 24, 2021. CCJE Opinion No. 24 (2021): Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems.
- ECtHR Press Unit. 2023. Press Unit European Court of Human Rights, Factsheet – Independence of the justice system. Available at: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Independence_justice_ENG, 28 January 2025.
- ELI. 2024. Available at: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-mount-scopus-european-standards-of-judicial-independence/>, 3. 5. 2025.
- ENCJ report 2022-2023. *Indicators Independence, Accountability and Quality of the Judiciary*, Available at: <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/pwk-web-encj2017-p/GA%20Ljubljana/ENCJ%20Report%20Indicators%20IAQ%202022-2023%2025%20May%202023%20with%20links.pdf>, 30. 4. 2025.
- Pech, L. 2020. *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox. Reconnect*. Available at: <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/03/RECONNECT-WP7-2.pdf>, 5. 5. 2025.
- Schmidt, A. 2024. *When the threat comes from home: the Grand Chamber's review of the Croatian judicial uniformity mechanism under Article 19 (1) TEU in Hann-Invest*. Available at: <https://www.aisdue.eu/en/alessandro-schmidt-when-the-threat-comes-from-home-the-grand-chambers-review-of-the-croatian-judicial-uniformity-mechanism-under-article-19-1-teu-in-hann-invest/>, 15. 3. 2025.

- Kosar, D. & Leloup, M. 2022. *Op-Ed: Saying Less is Sometimes More* (even in Rule-of-Law Cases): *Grzeḡda v Poland*. Available at: <https://eulawlive.com/grzeda-v-polandby-da-vid-kosar-and-mathieu-leloup>, 23 4. 2025.
- Manko, R. 2023. *European Parliament Briefing ECJ case law on judicial independence: A chronological overview*. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/753955/EPRS_BRI\(2023\)753955_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/753955/EPRS_BRI(2023)753955_EN.pdf), 2. 4. 2025.
- Venice Commission. 2010. *European Commission for Democracy through Law, Report on the independence of the judicial system Part I: the independence of judges*. Available at: <https://rm.coe.int/1680700a63>, 25. 4. 2025.

JUGOSLOVENSKI FEDERALIZAM PREMA USTAVU IZ 1974. GODINE – KONSOCIJACIJA ILI KONFEDERACIJA?*

Sažetak

Poslednjim ustavom socijalističke Jugoslavije, Ustavom iz 1974. godine, nastavljen je trend koji je obeležio evoluciju jugoslovenskog federalizma – oslabljen je položaj federalnih institucija, a ojačan položaj republika i pokrajina. Svi savezni organi, počev od Skupštine pa do Ustavnog suda, formirani su prema načelu pariteta republika (i pokrajina). Naša pravna nauka je takav model federalizma okarakterisala kao ugradnju konfederalnih elemenata u federalno uređenje, dok se danas može pročitati da je Jugoslavija prema tom ustavu bila država konsocijativne demokratije, prema teoriji koju je razvio Arend Lijphart. Cilj ovog rada je da izloži osnovne teorijske postavke o jugoslovenskom modelu federalnog uređenja i ispita da li se takvo uređenje može uklopiti u teorijske osnove konsocijativne demokratije.

Ključne reči: SFR Jugoslavija, Ustav iz 1974, federacija, konfederacija, konsocijativna demokratija.

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, Srbija.

E-mail: prof.marko.stankovic@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3952-5855>

** Rad je rezultat strateškog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Problemi stvaranja, tumačenja i primene prava“ za 2025. godinu.

YUGOSLAV FEDERALISM ACCORDING TO THE CONSTITUTION OF 1974 – CONSOCIATION OR CONFEDERATION?

Summary

The last constitution of socialist Yugoslavia, the Constitution of 1974, continued the trend that marked the evolution of Yugoslav federalism – the position of federal institutions was weakened, and the position of the republics and provinces was strengthened. All federal bodies, from the Assembly to the Constitutional Court, were formed according to the principle of parity of republics (and provinces). Our constitutional and political science has characterized such a model of federalism as the incorporation of confederal elements into the federal arrangement, while today it can be read that according to that constitution, Yugoslavia was a state of consociative democracy, according to the theory developed by Arend Lijphart. The aim of this paper is to present the basic theoretical propositions about the Yugoslav model of federal organization and examine whether such an organization can fit into the theoretical foundations of consociational democracy.

Keywords: SFR Yugoslavia, the Constitution of 1974, federation, confederation, consociative democracy.

1. Uvod

Zajednička država Južnih Slovena, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca (kasnije Kraljevina Jugoslavija), posle Prvog svetskog rata bila je uređena kao centralizovana unitarna država, iako su u vreme njenog nastanka postojali značajni razlozi (nacionalni, istorijski i privredni) da ta država uspostavi federalno uređenje. Uprkos tome što je neposredno pred početak Drugog svetskog rata predratna jugoslovenska monarhija napravila određene korake ka uvođenju složenog državnog uređenja (formalna asimetričnost u državnom uređenju je uvedena nakon donošenja Uredbe o Banovini Hrvatskoj), vihor totalnog rata koji je protutnjao njenom teritorijom onemogućio je da se proces federalizacije nastavi u mirnodopskim uslovima. Stoga je jugoslovenski federalizam nastao u ratnim prilikama, tokom Drugog svetskog rata, a posle drugog zasedanja AVNOJ-a 1943. godine bilo je sasvim jasno da će posleratna Jugoslavija biti federacija.

Uvođenje novog oblika državnog uređenja u drugoj Jugoslaviji odvijalo se zajedno sa promenom oblika vladavine (iz monarhijskog u republikansko), nosioca vlasti (Komunistička partija) i ekonomskog sistema (državna, odnosno društvena svojina), a federalizacija je bila posledica formalnog „priznavanja” postojanja višenacionalnosti u Jugoslaviji (predratna monarhija je nastala na fikciji o „troplemenom narodu”, koja se tokom vremena pokazala neodrživom). Budući da je nastao devolutivnim putem, ne iznenađuje što je jugoslovenski federalizam za nešto manje od pola veka svoje geneze bio pod stalnim uticajem centrifugalnih sila, zbog čega je jugoslovenska federacija konstantno slabila, a njene federalne jedinice su jačale, pa se većina njih (sve osim Srbije i Bosne i Hercegovine) na samom kraju pretvorila u zaokružene nacionalne republike.

Stalno opadanje moći federacije, koje je bilo jedina konstanta u evoluciji jugoslovenskog federalizma, imalo je za jednu od posledica to što je na samom kraju svaka republika (pa čak i pokrajina) imala pravo veta na donošenje svih ključnih odluka u saveznim organima, zbog čega se povremeno može čuti i pročitati stav da je Jugoslavija bila socijalistička konsocijacija (npr. Vladislavljević, 2018, p. 88). Zbog toga će predmet analize u ovom radu biti upravo karakter jugoslovenskih političkih institucija prema Ustavu SFRJ iz 1974. godine i razotkrivanje prirode ustavnih mehanizama, odnosno izvođenje zaključaka o tome da li su jugoslovenski ustavni mehanizmi po svom karakteru bili konfederalni ili konsocijativni. U cilju sveobuhvatnog razmatranja navedenog pitanja, prvo će ukratko biti izložene osnovne karakteristike jugoslovenskog federalizma prema Ustavu iz 1974. godine i njegova kvalifikacija u tadašnjoj ustavnoj i političkoj nauci, nakon čega će biti izložene osnovne karakteristike koncepta konsocijativne demokratije Arenda Lijpharta, da bi na kraju analize jugoslovenske političke institucije bile „provučene” kroz taj koncept, kako bi se proverilo da li su se uklapale u Lijphartova četiri elementa konsocijativne demokratije. Zaključna razmatranja poslužiće za iskazivanje konačnog stava o tome da li je jugoslovenski Ustav iz 1974. godine pre pola veka uspostavio konfederaciju ili konsocijaciju.

2. Evolucija jugoslovenskog federalizma i njegove osnovne karakteristike prema Ustavu iz 1974. godine

Federalno državno uređenje koje je usvojeno na drugom zasedanju AVNOJ-a 1943. godine, kada je država dobila naziv Demokratska Federativna Jugoslavija, svoje ustavnopravno uobličenje dobilo je donošenjem prvog ustava druge Jugoslavije – Ustava Federativne Narodne Republike Jugoslavije (FNJR) iz 1946. godine. Taj ustav-bilans, koji je u pravne norme pretočio tekovine socijalističke revolucije

sprovedene tokom Drugog svetskog rata, pisan je po uzoru na Ustav Sovjetskog Saveza iz 1936. godine. Horizontalno je uredio vlast u skladu sa načelima skupštinskog sistema vlasti, a vertikalno u skladu sa načelima federalnog državnog uređenja. Federalno uređenje je bilo centralizovano, jer je bilo zasnovano na načelu demokratskog centralizma, a narodne republike su imale veoma ograničeno pravo na samoorganizovanje, budući da je federalni ustav sadržao čitave dve glave u kojima je propisao njihovo unutrašnje uređenje (glave X i XI), ostavljajući im sasvim malu autonomiju u uređivanju sopstvenih organa i nadležnosti. Federalni organi su imali široka ovlašćenja, a federalna skupština je imala dva doma, pri čemu je jedan bio opštepredstavnički, a u drugom su bile predstavljene narodne republike.

Decentralizacija jugoslovenskog federalizma započeta je već 1953. godine, nakon donošenja Ustavnog zakona o osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ i saveznim organima vlasti, kojim je federalni model bikameralizma zamenjen socijalno-ekonomskim, a princip demokratskog centralizma u odnosima državnih organa je zamenjen samoupravnim načelom. Trend slabljenja federacije i jačanja federalnih jedinica nastavljen je i nakon donošenja Ustava Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1963. godine. U domenu horizontalne organizacije vlasti načelno je zadržan skupštinski sistem, ali uz uvođenje ustavnog sudstva, koje je moglo da stavi van snage odluke „najvišeg organa vlasti”, pri čemu je skupština bila sačinjena od čak pet domova (veća), iako je zadržala dvodomnost u odlučivanju. U sferi vertikalne organizacije vlasti, slabljenje federacije je izvršeno ukidanjem načela suprematije federalne države uvođenjem koncepta društveno-političkih zajednica (DPZ). Prema tom konceptu, sve jugoslovenske teritorijalne jedinice (federacija, republike, pokrajine, srezovi, opštine) proglašene su društveno-političkim zajednicama između kojih nije bilo hijerarhije, već je svaka od njih imala najvišu vlast u okviru svojih nadležnosti, zbog čega federalne jedinice nisu više bile subordinirane federaciji, već su postale najviša vlast na svojoj teritoriji. Na taj način je jedino komunistička partija (koja je od 1952. godine nosila naziv Savez komunista Jugoslavije) ostala integrativni faktor u jugoslovenskoj federaciji. Slabljenje federacije i jačanje federalnih jedinica nastavljeno je donošenjem čak 42 amandmana na Ustav SFRJ iz 1963. godine, koji su usvojeni u tri „runde” – 1967, 1968. i 1971. godine.

U momentu donošenja Ustava SFRJ iz 1974. godine, jugoslovenski federalni sistem je već uveliko obilovao konfederalnim elementima, čiji je najveći broj bio uveden amandmanima iz 1971. godine. Stoga je, nažalost, bilo neminovno da treći celoviti jugoslovenski ustav nastavi trend konfederalizacije Jugoslavije. Definišući socijalističke republike kao države (čl. 3), Ustav iz 1974. je jasno istakao konfederalni karakter Jugoslavije. Pokrajine su, kao konstitutivni elementi Jugoslavije, bile izjednačene sa Socijalističkom Republikom Srbijom, čiji su deo prema Ustavu deklarativno bile.

U domenu horizontalne organizacije vlasti, deklarativno je zadržan skupštinski sistem. Predstavници su birani u skladu sa pravilima takozvanog delegatskog sistema, koji je zamišljen i predstavljen kao način da se uspostavi neposredan odnos između građana i predstavnika, a u praksi se taj sistem pokazao kao negacija narodnog predstavnništva, potpuno nerazumljiva običnom čoveku, odnosno sistem u kojem građani nisu znali ko ih predstavlja. Razume se, stvarni nosilac prava da bira i opoziva delegate bio je Savez komunista Jugoslavije, koji je Ustavom bio definisan kao „vodeća idejna i politička snaga radničke klase i svih radnih ljudi” i „pokretač i nosilac političke aktivnosti radi zaštite i daljeg razvoja socijalističke revolucije i socijalističkih samoupravnih društvenih odnosa” (načelo VIII Ustava SFRJ iz 1974).

U domenu vertikalne organizacije vlasti, nastavilo se sa uvođenjem konfederalnih elemenata u funkcionisanje saveznih političkih institucija. Savezni organi vlasti su bez izuzetka formirani u skladu sa načelom pariteta, odnosno jednake zastupljenosti republika i „odgovarajuće” zastupljenosti pokrajina, a nekada i jednake zastupljenosti pokrajina (npr. u Predsedništvu SFRJ). Takva predstavljenost sastavnih jedinica u zajedničkim organima je jedno od glavnih obeležja konfederacije. Osim toga, odluke u savezним organima su po pravilu mogle da se donose samo konsenzusom svih šest republika i obe pokrajine, što je još jedno jasno obeležje konfederacije, dok u federacijama po pravilu postoji većinsko odlučivanje. Skupština SFRJ je tako imala oblik konfederalne diete: oba njena doma bila su formirana kao predstavnništva republika i pokrajina, a odluke su se donosile konsenzusom. Na istovetan način je funkcionisalo i Predsedništvo SFRJ, u kojem su bile predstavljene republike i pokrajine, a radilo je na „osnovu usaglašavanja stavova svojih članova” (čl. 330. Ustava iz 1974).

Konačno, i sam savezni ustav se menjao u skladu sa konfederalnim načelima, jer se za njegovu promenu zahtevao konsenzus svih republika i obe pokrajine (čl. 402 Ustava SFRJ iz 1974). Na taj način je Ustav SFR Jugoslavije iz 1974. godine dobio obeležja konfederalnog ugovora.

3. Kvalifikacija jugoslovenskog federalizma u našoj ustavnopravnoj i političkoj teoriji

Naša ustavnopravna i politička nauka je za vreme važenja Ustava SFR Jugoslavije iz 1974. godine bila gotovo jednoglasna u oceni da je jugoslovenski federalizam evoluirao i da se po svom karakteru nalazi na samoj granici između federacije i konfederacije. Pokušavajući da sumarno iskaže njegove osobine, Budimir Košutić (1985, p. 210) je jugoslovenski federalizam odredio kao „ugovorni međurepublički, samoupravni, kooperativni, višedimenzionalni federalizam”.

Jugoslovenski ustavnopravni pisci tog vremena su uglavnom isticali slab položaj federacije i snažan položaj republika, kojima je Ustav iz 1974. godine dao brojne elemente državnosti. Tako je Đorđi Caca (1985, p. 112) smatrao da je ustavni koncept socijalističke republike u Jugoslaviji potvrđivao „poseban vid federalizma čija je osnovna karakteristika znatno sužavanje funkcija federacije koje ona ostvaruje neposredno i samostalno preko svojih organa” i visok stepen samostalnosti republika u vršenju njihovih „veoma obimnih prava i dužnosti”. A Smiljko Sokol (1985, p. 104) je pisao da jugoslovenski ustavni model federalizma funkcioniše u uslovima realnih ekonomskih i političkih odnosa u kojima republika nije u značajnijoj meri postala samoupravna zajednica, već je ostala prvenstveno državna zajednica u kojoj se odlučuje kroz odnose političke vlasti, pa je jasno da je u praksi Ustav iz 1974. godine „reprodukovao umesto saveznog etatizma republičke etatizme”. U tom smislu, Gašo Mijanović (1985, p. 84) je konstatovao da su ustavne promene od 1967. do 1974. godine „dovele do opšteg jačanja položaja republika i pokrajina i njihove samostalnosti, primarnog ostvarivanja suverenih prava u njima odnosno opšte ustavnopravne prezumpcije kompetencija u njihovu korist, njihovog prava na samoorganizovanje i izvorno uređivanje društvenih odnosa”. Nepostojanje načela suprematije federacije i hipertrofirano načelo autonomije federalnih jedinica (republika) bilo je jasan pokazatelj prodora konfederalnih načela u jugoslovensko federalno uređenje.

Konfederalne elemente u jugoslovenskom federalnom uređenju jasno su isticali najveći autoriteti naše ustavnopravne misli svoga vremena akademici Jovan Đorđević, Radomir Lukić i Miodrag Jovićić.

Jovan Đorđević (1985, p. 18) je uvođenje konfederalnih elemenata u ustavni sistem Jugoslavije pripisivao evoluciji federalizma u njoj, odnosno postojanju anti-centralističkih i antiunitarnih tendencija u Ustavu iz 1974. godine, što je imalo za posledicu da „se federalizam menja i približava konfederalizmu i da se, naročito u ekonomskoj oblasti, smanjuje mogućnost uticaja i akcija federalne strukture, odnosno organa federacije na procese integracije i nužnog jedinstva položaja, akcija funkcionisanja i prava Jugoslavije kao celine”. Prema njegovom mišljenju, Jugoslavija je prema Ustavu iz 1974. godine imala izraženu konfederalnu prirodu, koja se najviše ogledala u sastavu i načinu odlučivanja saveznih organa, u kojima su bile predstavljene republike i pokrajine i za čije se odluke po pravilu zahtevala jednoglasnost svih šest republika i obe pokrajine. On je smatrao i da je to „uticalo da se u jugoslovenskom federalizmu pomešaju elementi federalizma i konfederacije i da socijalističke republike sve više preuzmu ulogu državnih aparata” (Đorđević, 1985, p. 19).

Radomir Lukić je u ustavnom sistemu SFR Jugoslavije takođe prepoznavao isključivo konfederalna obeležja. Prema njegovoj oceni, ključni konfederalni element u jugoslovenskom uređenju bio je „što se najvažnije odluke, ustavne i druge,

moгу donositi samo jednoglasno (glasovima svih republika i pokrajina)” (Lukić, 1985, p. 25). Zahtevajući jednoglasnost u odlučivanju, Ustav SFRJ iz 1974. godine je u suštini pretvorio Skupštinu SFRJ u konfederalnu dietu. Lukić (1985, p. 25) je zbog toga jasno izneo zaključnu ocenu „da se i pored značajne nadležnosti federacije može s mnogo razloga smatrati da konfederativan karakter preteže nad federativnim”.

Slične stavove o karakteru jugoslovenskog federalizma imao je i Miodrag Jovičić. On je smatrao da se Jugoslavija „među svim savremenim federacijama nalazi najbliže konfederaciji” (Jovičić, 1985, p. 41). Pritom, posebno je isticao njena dva konfederalna obeležja. Prvo, to je bio „zahtev za jednoglasnošću svih šest republika (a najčešće i obe pokrajine) za svaku promenu saveznog ustava, što je, nesumnjivo, konfederalni element u našem federalizmu (kakav se ne javlja ni u jednoj federaciji)” (Jovičić, 1985, p. 41). Drugo, jugoslovenske republike i pokrajine su raspolagale „širokim ovlašćenjima kako u normativnoj sferi, tako i uopšte u određivanju i sprovođenju politike zajednice u pitanju i usmeravanju društvenog razvoja u njoj” (Jovičić, 1985, p. 41).

Iz navedenih stavova naših najuglednijih teoretičara nedvosmisleno proizlazi zaključak da su svi oni jugoslovenski federalizam smatrali hibridom federacije i konfederacije, pri čemu su u većoj ili manjoj meri isticali da konfederalni elementi pretežu nad federalnim, uopšte ne uzimajući u svojim analizama u obzir teorijski koncept konsocijativne demokratije.

4. Lijphartov teorijski koncept konsocijativne demokratije i njegova primena u savremenim federacijama

Teoriju o konsocijativnoj demokratiji je razvio Arend Lijphart, koji je smatrao da je konsocijacija ključan mehanizam za saniranje problema u heterogenim, a posebno višenacionalnim društvima. On taj koncept nije idealizovao, ali je smatrao da je u pitanju najbolji oblik demokratije koji se može ostvariti u realnosti (Lijphart, 1977, p. 48). Suština spajanja federalizma i konsocijacije je u tome što se federalizam fokusira na teritorijalnu raspodelu vlasti u višenacionalnoj državi, dok konsocijativni elementi obezbeđuju učešće manjinskih naroda u donošenju odluka na centralnom nivou (Keil, 2013, p 36).

Prema Lijphartovoj teoriji konsocijativne demokratije (Lijphart, 2002, pp. 38-39), ona ima četiri obeležja (elementa): podelu izvršne vlasti obrazovanjem takozvanih velikih koalicija, uzajamni veto, proporcionalnost i grupnu autonomiju. Prvo obeležje konsocijativne demokratije, podela centralne izvršne vlasti putem formiranja velikih koalicija, znači da organi kolegijalne egzekutive treba

da budu sačinjeni od predstavnika svih relevantnih nacionalnih zajednica i njihovih političkih stranaka, jer je to način da se međusobno kontrolišu, uz zabranu da veće i jače grupe povređuju interese manjih i slabijih, što se postiže konsenzusom u donošenju odluka. Drugo obeležje konsocijativne demokratije je pravo uzajamnog veta, takozvano negativno pravilo manjine, koje služi da zaštiti manjinske grupe i njihove interese i daje im potpuno jemstvo političke zaštite. Uprkos tome što upotreba veta može da dovede do blokade institucija, Lijphart smatra da je ta opasnost samo potencijalna jer je veto uzajaman i nijedna grupa ga ne koristi nepromišljeno iz „straha od osвете” (Lijphart, 1977, pp. 36-37). Treći element konsocijativne demokratije je proporcionalnost, koja podrazumeva da javne funkcije i materijalna dobra budu raspodeljena prema brojnosti i snazi svake nacionalne, odnosno etničke grupe, to jest da sve grupe budu predstavljene u javnim službama prema brojnosti u ukupnom stanovništvu. Konačno, četvrti element konsocijativne demokratije je grupna autonomija, odnosno uspostavljanje najvećeg mogućeg stepena autonomije različitih etničkih zajednica „vršenjem vlasti manjine nad sobom samom u oblastima od isključivog manjinskog interesa” (Lijphart, 1977, pp. 36-37).

Savremene federacije u kojima su uspostavljeni mehanizmi konsocijativne demokratije su Švajcarska, Kanada, Belgija i Bosna i Hercegovina, pri čemu su u Švajcarskoj i Kanadi konsocijativni mehanizmi usvojeni u manjoj, a u Belgiji i Bosni i Hercegovini u značajno većoj meri.

Švajcarska i Kanada u svojim federalnim sistemima imaju samo pojedine elemente konsocijacije, koji se uglavnom odnose na njihove federalne organe egzekutive. U Švajcarskoj se primenjuje „magična formula”, prema kojoj u sastav sedmočlanog Saveznog saveta ulaze predstavnici najvećih političkih stranaka (tzv. velika koalicija), a najmanje dva pripadnika francuske jezičke zajednice i jedan pripadnik italijanske jezičke zajednice. Švajcarska „magična formula” obezbeđuje dobru jezičku i versku predstavljenost, a Savet odlučuje konsenzusom, pa nema mogućnosti da se povrede interesi bilo koje zajednice. Kada je reč o Kanadi, bipolarnoj federaciji u kojoj je uvek na jednoj strani frankofonski Kvebek a na drugoj ostalih devet anglofonskih provincija, u njoj su konsocijativni mehanizmi primenjeni u nešto manjoj meri. Ipak, 1959. godine nastala je ustavna konvencija prema kojoj se na funkciju šefa države (generalnog guvernera) naizmenično postavljaju pripadnici engleske i francuske jezičke zajednice, čime se uvažava etničko-jezička heterogenost u toj federaciji. Na taj način se u određenoj meri zadovoljava i načelo participacije federalnih jedinica u toj bipolarnoj federaciji jer im se omogućava da naizmenično imaju svog predstavnika na funkciji federalnog šefa države (Stanković, 2020, p. 187).

Kada je reč o Belgiji i Bosni i Hercegovini, smatra se da u tim federacijama konsocijativni mehanizmi u potpunosti prožimaju ustavne i političke sisteme, pa se u teoriji mogu pročitati i stavovi o tome da su njihovi sistemi vlasti konsocijativni.

U Belgiji postoje pravila o tome da sve javne službe, diplomatski kor i vojska budu sačinjeni tako da verno odražavaju jezičku, odnosno nacionalnu strukturu belgijskog stanovništva (dominantne grupe u Belgiji su Flamanci i Valonci, odnosno pripadnici holandskog i francuskog jezika, uz postojanje nemačke jezičke manjine). Belgijske nacionalne i jezičke grupe su obično u sukobu, pa se i federalizam zasniva na konfrontaciji (Delpérée, 2000, p. 390). Mehanizmi zaštite frankofonske manjine na federalnom nivou su paritetni sastav federalne vlade (Swenden, 2006, p. 258) i dve procedure u kojima se jezičke grupe javljaju kao subjekti u zakonodavnom odlučivanju u federalnom parlamentu – postupak sa „zvonom na uzbunu” (grupni veto) i donošenje takozvanih specijalnih zakona. Imajući u vidu da se belgijsko „zvono na uzbunu” (*sonnette d’alarme*) za nekoliko decenija postojanja oglasilo svega dva puta (1985. i 2010. godine), mogu se izvesti dva zaključka: prvi, u obema grupama postoji visok nivo odgovornosti za najznačajnija državna pitanja i drugi, belgijska vlada je postala stvarni centar političke vlasti, pa ne dozvoljava da se eventualni sukobi „prelivaju” na parlament.

Kada je reč o Bosni i Hercegovini, u njoj je usvojeno hibridno federalno-konfederalno uređenje, koje je preuzelo izvesne odlike Ustava SFRJ iz 1974. godine, kojima su pridodati i značajni elementi konsocijacije. Konfederativni elementi federalizma u Bosni i Hercegovini su: 1) zasnovanost na međunarodnom ugovoru, jer je važeći ustav te državne zajednice deo Dejtonskog mirovnog sporazuma iz 1995. godine; 2) jednoglasno odlučivanje u političkim organima Bosne i Hercegovine, budući da se u federacijama po pravilu primenjuje većinsko načelo, a obavezni konsenzus je jedno od osnovnih obeležja konfederacije; 3) načelo participacije dovedeno do krajnjih granica, uključujući i organizaciju šefa države, koji je kolegijalni organ (slično organizovan kao u Ustavu SFRJ iz 1974); 4) autonomija entiteta (Republike Srpske i Federacije BiH) koja prevazilazi standarde postavljene u klasičnim federacijama; 5) nepostojanje sudske vlasti na nivou Bosne i Hercegovine, budući da je karakteristika federacija da imaju sve tri vlasti (zakonodavnu, izvršnu i sudsku); 6) specijalne i paralelne veze entiteta sa susednim državama (Srbijom i Hrvatskom) i dr. Kako navodi Zarije Seizović (2012, p. 30), „Bosna i Hercegovina, pravno-politički i et(n)ički pocijepana, podvrgnuta je artifičijelnoj državno-pravnoj i političkoj reanimaciji pod patronatom međunarodne zajednice, čime je, samo prividno, ponovo integrirana, ali ovoga puta u oblik bizarne državne tvorevine – jedna država, dva entiteta, tri naroda, koju čine jedna ‘republika’ i jedna ‘federacija’“.

Pored konfederalnih elemenata, u Bosni i Hercegovini postoje značajni elementi konsocijacije (Golić, 2020, p. 27), budući da Ustav Bosne i Hercegovine već u preambuli navodi da su Srbi, Hrvati i Bošnjaci (Muslimani) konstitutivni narodi, što je glavni mehanizam zaštite nacionalnih interesa tri naroda između kojih je

prethodno vođen građanski rat. U političkom sistemu Bosne i Hercegovine je uspostavljena razlika između kolektivnog identiteta konstitutivnih naroda i individualnih identiteta građana Bosne i Hercegovine. Drugim rečima, Ustav Bosne i Hercegovine razlikuje konstitutivne narode i „ostale”, koji podrazumevaju sve one koji se ne deklarišu kao pripadnici jednog od tri konstitutivna naroda, a zatim potanko uređuje institucije koje čine konstitutivni narodi, gde se čak ni formalno ne pominju „ostali” – Parlamentarnu skupštinu i Predsedništvo Bosne i Hercegovine. U tim organima je predviđen postupak zaštite vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda, što je ključno obeležje konsocijativne demokratije. Zanimljivo je da se povodom određenih pitanja (npr. članstva u NATO paktu) predlaže sprovođenje referenduma (Vranješ, 2023, p. 265), ali takvo odlučivanje ne bi bilo u skladu sa principima konsocijacije.

U sve četiri navedene federalne države u kojima funkcionišu konsocijativni mehanizmi, a naročito u Belgiji i Bosni i Hercegovini, politički i ustavni sistemi su uspostavljeni na taj način da su odgovarajuće društvene grupe (nacionalne, jezičke) nosioci značajnih prava i da u okviru centralnih federalnih organa mogu staviti veto na odluke koje bi štetile njihovim interesima. Nosioc takvih prava u konsocijativnim sistemima moraju biti nacionalne, odnosno jezičke grupe, a ne federalne jedinice, budući da federalne jedinice po pravilu nemaju potpuno etnički i jezički homogeno stanovništvo.

5. Jugoslovenski federalizam i konsocijativna demokratija

Nakon što su izložena osnovna obeležja jugoslovenskog federalizma prema Ustavu iz 1974. godine i osnovne postavke Lijphartove teorije o konsocijativnoj demokratiji, neophodno je ta dva fenomena dovesti u vezu, odnosno ispitati da li se i u kojoj meri jugoslovenski federalni model može uklopiti u Lijphartove teorijske kalupe. Stoga će u nastavku ovog odeljka norme Ustava iz 1974. godine biti „provučene” kroz četiri Lijphartova merila konsocijativne demokratije.

Prvo obeležje konsocijativne demokratije je podela izvršne vlasti putem formiranja takozvane velike koalicije, što podrazumeva da u centralnim organima savezne egzekutive treba da budu zastupljene sve relevantne političke stranke koje zastupaju interese svih relevantnih nacionalnih zajednica, a u cilju međusobne kontrole. U socijalističkoj Jugoslaviji tako nešto je bilo nemoguće, i to iz dva glavna razloga. Prvo, u Jugoslaviji je postojao jednopartijski sistem, pa je bilo nemoguće da u sastavu savezne egzekutive budu predstavljene različite političke stranke. Na ovom mestu treba primetiti i da kada je zabranjeno postojanje više stranaka, ne može biti govora o bilo kakvoj demokratiji, a posebno o konsocijativnoj. Drugo,

predstavници koji su bili u sastavu saveznih organa nisu predstavljali relevantne nacionalne grupe, već federalne jedinice (republike i pokrajine) iz kojih su dolazili. Dakle, osnov predstavljanja u okviru kolegijalnih saveznih organa egzekutive nije bila pripadnost nacionalnim (etničkim) zajednicama, već pripadnost republikama i pokrajinama, koje su većinom bile multietničke (SR Bosna i Hercegovina, SR Hrvatska, SR Srbija, SR Makedonija, SAP Vojvodina, SAP Kosovo...). Drugim rečima, budući da većina federalnih jedinica nije imala etnički homogeno stanovništvo, nije moglo biti govora o predstavljanju nacionalnih grupa, već država članica federacije kao takvih. A to je karakteristika konfederacije, a ne konsocijacije. Stoga je jasno da jugoslovenski federalni sistem nije ispunjavao prvi kriterijum konsocijativne demokratije jer nije uspostavio ni konsocijaciju ni demokratiju.

Drugo obeležje konsocijativne demokratije je uzajamni veto u donošenju odluka. To „negativno pravilo manjine” treba da služi zaštiti vitalnih nacionalnih interesa svake od relevantnih nacionalnih grupa. Ustav SFR Jugoslavije iz 1974. je kao osnovni način za donošenje odluka u saveznom organima predvideo jednoglasnost svih republika i obe pokrajine, odnosno „usaglašavanje stavova” između njih. Stoga je svaka republika i pokrajina imala pravo veta u odlučivanju na saveznom nivou. Ali, opet, titulari prava veta u odlučivanju nisu bile nacionalne grupe, već federalne jedinice, što nije obeležje konsocijacije već konfederacije. Osim toga, na samom kraju postojanja SFR Jugoslavije, ispostavilo se da pravo uzajamnog veta u donošenju najvažnijih odluka suštinski nije postojalo, pa su se četiri republike otepile od Jugoslavije jednostranim odlukama, uprkos tome što je čl. 5 Ustava SFRJ iz 1974. godine predviđao da se granice SFRJ ne mogu menjati bez saglasnosti svih republika i pokrajina. Jednostrano otepljenje od SFR Jugoslavije je posebno bilo sporno u SR Bosni i Hercegovini, u kojoj su postojala tri konstitutivna naroda – Srbi, Hrvati i Muslimani, od kojih nijedan nije imao apsolutnu većinu, pri čemu se srpski narod izričito protivio otepljenju, iz čega je jasno da u toj republici nije postojao nikakav uzajamni veto, a samim tim ni konsocijacija. Sporna je bila i odluka SR Hrvatske da se otepi, jer su u toj republici Srbi činili preko 12 odsto stanovništva, što takođe ukazuje da tamo nije postojala konsocijacija, jer nisu sve relevantne etničke grupe kao takve učestvovala u odlučivanju. Dakle, ni u SR Hrvatskoj nije postojalo pravo uzajamnog veta, uprkos tome što je SR Hrvatska u svojim posleratnim ustavima bila definisana kao država hrvatskog i srpskog naroda. Na primer, Ustavom SR Hrvatske iz 1974. godine, ona je bila definisana na sledeći način: „Socijalistička Republika Hrvatska je nacionalna država hrvatskog naroda, država srpskog naroda u Hrvatskoj i država drugih naroda i narodnosti koje u njoj žive” (čl. 1, st. 2). Takva definicija države nije bila praćena odgovarajućim institucionalnim mehanizmima zaštite manjinskog srpskog naroda. Stoga je sasvim jasno da u SFR Jugoslaviji nije postojalo pravo uzajamnog veta onako kako to zahtevaju mehanizmi konsocijativne demokratije.

Treći element konsocijativne demokratije je proporcionalnost, koja podrazumeva da sve javne funkcije i materijalna dobra budu raspodeljeni prema brojnosti i snazi svake nacionalne zajednice, odnosno da sve grupe budu predstavljene u javnim službama prema brojnosti u ukupnom stanovništvu. Prema Ustavu SFR Jugoslavije iz 1974. godine, nije postojala proporcionalnost nacionalnih grupa, već strogi paritet republika i pokrajina u savezним organima. Dakle, prvo, u javnim službama nisu bile predstavljene nacionalne grupe, već federalne jedinice (republike i pokrajine) i drugo, njihovo predstavljanje nije bilo srazmerno brojnosti u ukupnom stanovništvu, već su bile predstavljene potpuno jednako, na paritetnoj osnovi, bez obzira na brojnost u ukupnom stanovništvu. Sve su to obeležja konfederacije, a ne konsocijacije.

Konačno, četvrto obeležje konsocijativne demokratije je grupna autonomija, odnosno uspostavljanje najvećeg mogućeg stepena autonomije relevantnih nacionalnih zajednica tako što će manjina sama vršiti vlast u sferama od isključivog manjinskog interesa. Iako na prvi pogled može delovati da je pet jugoslovenskih konstitutivnih naroda imalo autonomiju tako što je dobilo „svoje” federalne jedinice, realnost je bila drugačija. Većina jugoslovenskih republika imala je višenacionalni sastav, pa je većinska nacija u svakoj od njih zapravo bila u poziciji da majorizuje manjinske nacionalne grupe. Osim toga, autonomne pokrajine, koje su postojale samo u SR Srbiji, nisu bile formirane prema kriterijumu zaštite manjinskih nacionalnih grupa. Dok je na SAP Kosovu većinsko stanovništvo bilo albansko, pa se može reći da je autonomija tamo bila uspostavljena iz etničkih razloga, u SAP Vojvodini je dominantna većina stanovništva pripadala srpskom nacionalnom korpusu, kao i u SR Srbiji (čiji deo je prema Ustavu bila SAP Vojvodina), pa je jasno da razlog uspostavljanja autonomije u SAP Vojvodini nije bio etnički, već istorijski, privredni, politički ili neki drugi. Takođe, slični oblici autonomije za manjinske nacionalne grupe u SFR Jugoslaviji nisu postojali van SR Srbije (npr. za Srbe u SR Hrvatskoj ili Albance u SR Makedoniji), iako su za to postojali makar jednako značajni razlozi kao za formiranje dvaju pokrajina na teritoriji SR Srbije. Stoga se može konstatovati da grupna autonomija prema Ustavu SFR Jugoslavije nije postojala, već je postojala državnost federalnih jedinica (republika i pokrajina), u kojima je većinska nacija po pravilu imala mogućnost majorizacije manjinske nacionalne grupe. U tom smislu, jugoslovenski federalni sistem je u suštini bio negacija konsocijacije.

Na osnovu svega rečenog, može se zaključiti da Ustav SFR Jugoslavije iz 1974. godine nije poznavao konsocijativnu demokratiju, jer nije sadržao nijedan od četiri elementa koja sačinjavaju taj koncept.

Činjenica je, međutim, da se federalni model Bosne i Hercegovine, koji je očigledno u velikoj meri preuzeo rešenja jugoslovenskog Ustava iz 1974. godine, danas smatra konsocijativnim federalnim sistemom. Zbog toga je važno naglasiti

da između bosanskohercegovačkog i jugoslovenskog političkog sistema postoje dve ključne razlike. Prvo, glavni osnov federalne participacije u saveznim organima u SFR Jugoslaviji bile su republike i pokrajine, dok se participacija u Bosni i Hercegovini primarno zasniva na pripadnosti konstitutivnim narodima (Srbi, Hrvati i Bošnjaci – Muslimani). U tom smislu, u Bosni i Hercegovini, za razliku od Jugoslavije, danas postoji konsocijacija, jer su u zajedničkim organima Bosne i Hercegovine predstavljene društvene grupe, to jest konstitutivni narodi. Drugo, u SFR Jugoslaviji je postojao jednostranački sistem, dok u Bosni i Hercegovini postoji višestranački sistem, zasnovan na izborima. U tom smislu, može se reći da u Bosni i Hercegovini postoji demokratija, ako se taj oblik političkog režima pojednostavi u tolikoj meri da se demokratskom može smatrati država u kojoj postoje slobodni višestranački izbori.

6. Zaključak

Jugoslovenski federalizam, koji je uspostavljen tokom i nakon Drugog svetskog rata, na početku je imao centralizovan oblik, ali je tokom decenija sve više decentralizovan, da bi poslednji ustav socijalističke Jugoslavije, Ustav SFRJ iz 1974. godine uspostavio državno uređenje na samoj granici između federacije i konfederacije. Tim ustavom je bilo gotovo sasvim ukinuto načelo suprematije federacije, dok je načelo participacije izvedeno do krajnjih granica u svim saveznim organima (uključujući čak i Ustavni sud SFRJ), a načelo autonomije federalnih jedinica je bilo toliko široko postavljeno da su se jugoslovenske republike (i pokrajine) s vremenom zaokružile kao autarkične nacionalne „države”. Savezni organi su odluke mogli donositi samo konsenzusom, pa je svaka republika i pokrajina imala pravo veta u saveznom odlučivanju, zbog čega je Savezna skupština imala karakter konfederalne diete, a savezni ustav obeležja konfederalnog ugovora.

Jugoslovenska ustavnopravna i politička književnost tog vremena se nedvosmisleno izjasnila o pravnoj prirodi federalnog uređenja uspostavljenog Ustavom SFRJ iz 1974. godine, ispravno smatrajući da je reč o hibridnom modelu federalizma, koji je na samoj granici između federacije i konfederacije.

U novijoj literaturi se, međutim, katkad može pročitati i mišljenje da je socijalistička Jugoslavija prema Ustavu iz 1974. godine imala oblik „socijalističke konsocijacije”. Ipak, nakon dovođenja ustavnopravnih normi iz Ustava SFRJ iz 1974. godine u vezu sa Lijphartova četiri elementa konsocijativne demokratije, jasno se može utvrditi da socijalistička Jugoslavija nije zadovoljavala nijedan od njih, pre svega iz razloga što su nosioci prava na odlučivanje u jugoslovenskim saveznim organima bile republike i pokrajine. S druge strane, glavni subjekti koji odlučuju u

konsocijativnoj demokratiji su različite društvene (etničke ili jezičke) grupe, koje su nosioci odgovarajućih prava, a ne federalne jedinice kao države članice federacije. Kada federalnim jedinicama, koje pri tome imaju heterogen etnički sastav, u federaciji pripadaju prava veta, nulifikacije ili secesije, kakav je slučaj bio u SFR Jugoslaviji, onda su to čisti konfederalni elementi u federalnom uređenju. Štaviše, tako uspostavljen (kon)federalni sistem je zapravo suprotnost konsocijativnoj demokratiji i njena negacija, jer omogućava da većinska etnička grupa u svakoj od federalnih jedinica u potpunosti nadjača i nadglasa relevantne manjinske grupe.

Literatura

- Caca, Đ. 1985. Socijalistička republika – ustavna koncepcija i praksa. U: Marković, R. (ur.), *Društveno-političke zajednice u društveno-političkom sistemu SFRJ – ustavna koncepcija i praksa*. Kragujevac: Centar za marksističko obrazovanje Univerziteta „Svetožar Marković” u Kragujevcu, pp. 108-116.
- Delpérée, F. 2000. *Le droit constitutionnel de la Belgique*. Bruxelles – Paris: Bruylant.
- Đorđević, J. 1985. Ustavni koncept društveno-političkih zajednica i njihova praksa. U: Marković, R. (ur.), *Društveno-političke zajednice u društveno-političkom sistemu SFRJ – ustavna koncepcija i praksa*. Kragujevac: Centar za marksističko obrazovanje Univerziteta „Svetožar Marković” u Kragujevcu, pp. 17-20.
- Golić, D. 2020. Kolektivni šef države i sistem vlasti – bosanskohercegovačka rešenja u svetlu uporednog prava. *Strani pravni život*, 64(2), pp. 27-42.
- Jovičić, M. 1985. Oblici teritorijalne decentralizacije državne vlasti – teorijski i uporednopravni aspekti. U: Marković, R. (ur.), *Društveno-političke zajednice u društveno-političkom sistemu SFRJ – ustavna koncepcija i praksa*. Kragujevac: Centar za marksističko obrazovanje Univerziteta „Svetožar Marković” u Kragujevcu, pp. 29-45.
- Keil, S. 2013. *Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina*. Surrey – Burlington: Routledge.
- Košutić, B. 1985. Odnosi između federacije, republika i pokrajina u oblasti zakonodavstva. U: Marković, R. (ur.), *Društveno-političke zajednice u društveno-političkom sistemu SFRJ – ustavna koncepcija i praksa*. Kragujevac: Centar za marksističko obrazovanje Univerziteta „Svetožar Marković” u Kragujevcu, pp. 205-220.
- Lijphart, A. 1977. *Democracy in Plural Societies (A Comparative Exploration)*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Lijphart, A. 2002. The Wave of Power-Sharing Democracy. In: Reynolds, A. (ed.), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 37-54.
- Lukić, R. 1985. Vrste društveno-političkih zajednica (oblici državnog uređenja). U: Marković, R. (ur.), *Društveno-političke zajednice u društveno-političkom sistemu SFRJ*

- *ustavna koncepcija i praksa*. Kragujevac: Centar za marksističko obrazovanje Univerziteta „Svetozar Marković” u Kragujevcu, pp. 21-28.
- Mijanović, G. 1985. Odnosi između društveno-političkih zajednica. U: Marković, R. (ur.), *Društveno-političke zajednice u društveno-političkom sistemu SFRJ – ustavna koncepcija i praksa*. Kragujevac: Centar za marksističko obrazovanje Univerziteta „Svetozar Marković” u Kragujevcu, pp. 82-99.
- Seizović, Z. 2012. Pravno-politički uzroci etno-mobilizacije. U: Aganović, A. & Gavrić, S. (ur.), *Politička participacija u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, pp. 11-37.
- Sokol, S. 1985. Federalizam – ustavni model i društvena zbilja. U: Marković, R. (ur.), *Društveno-političke zajednice u društveno-političkom sistemu SFRJ – ustavna koncepcija i praksa*. Kragujevac: Centar za marksističko obrazovanje Univerziteta „Svetozar Marković” u Kragujevcu, pp. 100-107.
- Stanković, M. 2020. *Preobražaji federalne države – deset rasprava o promjenjenoj prirodi i suštini federalizma*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Swenden, W. 2006. *Federalism and Regionalism in Western Europe – A Comparative and Thematic Analysis*. Basingstoke – New York: Palgrave Macmillan.
- Vladislavljević, N. 2018. Demokratija i konsocijacija u pluralnim društvima posle rata. U: Ćurak, N. & Brand, J. (ur.), *Politike izgradnje mira u regionu: opterećenja prošlosti i vizije budućnosti*. Sarajevo: Fakultet političkih nauka i Forum ZFD, pp. 82-97.
- Vranješ, N. 2023. Politički i pravni izazovi Republike Srpske u pristupanju Bosne i Hercegovine NATO savezu. *Strani pravni život*, 67(2), pp. 251-270.

Pravni izvori

- Ustav FNR Jugoslavije. *Službeni list FNR Jugoslavije*, br. 10/1946.
- Ustav SFR Jugoslavije. *Službeni list SFR Jugoslavije*, br. 9/1974.
- Ustav SR Hrvatske. *Narodne novine SR Hrvatske*, br. 8/1974.
- Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i *Službeni glasnik BiH*, br. 25/2009 - Amandman I. Dostupno na <http://www.oscebih.org/overview/gfap/bos/annex4.asp>, 22. 10. 2024.

KRIVIČNOPRAVNI OKVIRI I OBLICI ISPOLJAVANJA ŠPIJUNAŽE

Sažetak

Autor u radu istražuje krivičnopravne aspekte i pojavne oblike fenomena špijunaže. Nakon teorijskog određivanja sledi analiziranje špijunaže kroz zakonske odredbe Nemačke, Francuske, Italije, Velike Britanije, Švedske, Švajcarske, Ruske Federacije, Japana, Indije, Egipta, Sjedinjenih Američkih Država i Brazila, kao i kroz norme domaćih zakona. Autor finalne istraživačke korake usmerava ka upoznavanju međunarodnih pojava oblika špijunaže u skladu sa zadatim normativnim odrednicama, dakle u sferi političkih, vojnih i ekonomskih interesa Republike Srbije, odnosno u pogledu posledica po njenu bezbednost i odbranu. U zaključku rada autor predlaže proširivanje bića krivičnog dela špijunaže, u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, u odnosu na njene pojmovne granice i modalitete pojava oblika.

Ključne reči: špijunaža, krivično delo, krivično pravo, informacija, tajna.

* Doktor pravnih nauka, vanredni profesor, Fakultet za poslovne studije i pravo, Univerzitet „Union – Nikola Tesla“ u Beogradu, Srbija.

E-mail: sergej.uljanov@fpp.edu.rs

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1739-0335>

CRIMINAL LAW FRAMEWORKS AND APPEARANCE FORMS OF ESPIONAGE

Summary

The author researches criminal law aspects and appearance forms of espionage. After the theoretical determination of the phenomenological limits of espionage, the author's attention is methodologically directed to the legal solutions of the criminal legislation of Germany, France, Italy, Great Britain, Sweden, Switzerland, the Russian Federation, Japan, India, Egypt, the United States of America and Brazil. Then the author's research focus shifts to the national criminal legislation that includes the phenomenon of espionage as an illicit, illegal and incriminated activity. The analysis of the criminal offense of espionage, in this work, implies its normative positioning and determination in relation to other illegal activities from the group of criminal offenses against the constitutional order and security of the Republic of Serbia. The author directs the final research steps towards getting to know the international forms of the espionage phenomenon in accordance with the given normative guidelines. Therefore, the international forms of espionage will be shown in the sphere of political, military and economic interests of the Republic of Serbia being connected to the matter of its security and defense. In the very concluding thoughts, the author reflects on the need to amend the criminal law provisions which, in the normative system of national legislation, determine the existence of the criminal act of espionage in relation to its conceptual boundaries and modalities.

Keywords: espionage, criminal offence, criminal law, information, secret.

1. Uvod

Kroz istorijske epohe svaka društvena zajednica počivala je na bazičnim vrednostima koje su je civilizacijski determinisale. Ove vrednosti su bile značajne za sam opstanak društvene zajednice, ali i za njen razvoj i ekspanziju. Kao konstanta koja prati evolutivni tok čovečanstva, vektori političkog uticaja, vojne snage, ekonomske moći i tehnološkog kapaciteta jedne države rezultiraju stepenom dominantnosti njene geopolitičke pozicije u regionalnim i globalnim međunarodnim odnosima.

Ipak, progresivan put razvoja ugrožen je rivalskim uticajima od nivoa delovanja privrednih subjekata na tržištu roba i usluga do relacija između država ili čitavih vojnih, političkih i ekonomskih blokova i saveza, kako u proteklim vekovima tako i u današnje vreme kada „elektronski postmodernizam stavlja na kocku dušu pojedinca i društva u celini, podrivajući samu suštinu ličnog i kolektivnog identiteta i trajanja“ (Kovačević, 2023, p. 301).

Od praskozorja institucionalizovanja ljudske zajednice, prioritetnost značaja dostupnosti nasušnih resursa i njihove odbrane i dalje je *conditio sine qua non* najvećeg broja država u savremenom svetu. Načini otkrivanja neophodnih resursa, tehnologija njihove eksploatacije, postizanje konzistentnosti ekonomskog sistema i ostvarivanje optimalnog koncepta njihove zaštite, odnosno odbrane celokupne društvene zajednice, stvaranjem i održavanjem efektivnosti vojne sile, oduvek su predstavljali polje širokog radijusa najraznovrsnijeg delovanja interesno suprotstavljenih činilaca.

Zajednički imenitelj ovakvih aktivnosti jeste informacija o činjenicama od značaja, koje se prevashodno odnose na resurse, političku orijentaciju, ekonomsku i vojnu snagu, odnosno dostignuti nivo tehnološkog razvoja. Upravo zbog svoje važnosti za opstanak, održivost i napredak konkretne državne zajednice takve činjenice, odnosno podaci o njima, nužno ne smeju biti dostupni nosiocima protivničkih interesa. Drugim rečima, moraju biti tajni. Dakle, tajnost je neophodni pratilac političkih, ekonomskih, vojnih i tehnoloških podataka, bez obzira na to da li je reč o odnosima sa savezničkim ili suparničkim subjektima jer i jedne i druge kroz istoriju ljudske vrste prate česte promene, diskontinuitet i nedoslednost u odbrani sopstvenih interesa.

Ipak, tajnost čini prepreku za ostvarivanje opozitnih ciljeva koja je manje ili više savladiva. Opseg i efikasnost obaveštajnih aktivnosti nalaze se u obrnuto proporcionalnom odnosu sa kvalitetom tajnosti. Ukupnost obaveštajnog delovanja radi neutralisanja tajnosti informacije od značaja, u određenoj sferi društvenog života, suštinski predstavlja srž ljudske delatnosti, koja je neumoljivi pratilac istorijskih zbivanja čija je terminološka odrednica špijunaža.

Špijunaža je u svojim brojnim *modi operandi* činila neizostavni deo razvoja ljudskog društva, počev od najranijih oblika institucionalnog organizovanja prvih država. O tome, *inter alia*, svedoči pisani izvor iz drevne Kine u kome se navodi čak pet vrsta obaveštajnog rada čiji izvršioci su prepoznati kao: domaći, unutrašnji, preobraćeni, odnosno dvostruki, žrtvovani i preživeli špijuni (Sun, 2002, pp. 96-99). Prethodno saznanje o brojnosti protivničkih vojnika, izvorima vode, nalazištima ruda, razvoju oružja, zalihama hrane i drugim faktorima neophodnim za opstanak i razvoj nekog plemena, naroda ili države, bilo je oduvek od izuzetnog značaja kako u starom Egiptu, antičkoj Grčkoj, Rimskom carstvu, srednjovekovnim državama,

novovekovnim kolonijalnim silama, tako i u savremeno doba obeleženo konfliktom interesa i nadmetanjem vrednosti unipolarnog i multipolarnog koncepta organizovanja globalne svetske zajednice (Petrović, Aleksić, 2018, pp. 126-127; Richmond, 1998, pp. 1-18; Naco del Hoyo, 2014, pp. 401-421; Andrew, 2018, pp. 100-118, 141-158, 312-339, 449-472, 573-603, 637-669, 701-731; Allen, 2021, pp. 10-20, 30-41; Suvorov, 1987, pp. 31, 53, 71, 88, 100-101, 104-105, 122, 131, 145).

Ipak, bogata istorijska praksa raznovrsnih špijunskih aktivnosti ostala bi fenomenološki svedena na konkludentne radnje bez teorijskog ruha satkanog naučnim promišljanjem i determinisanjem ovako složenog pojma.

2. Teorijski osvrt

Pojam špijunaže nedvosmisleno je svrhovito povezan sa pojmovima informacije, kao značenjski smisleno povezanog niza podataka i tajne, kao terminološke odrednice za sve ono što, iz naročito određenog pravnog, bezbednosnog, ekonomskog, tehnološkog ili nekog drugog razloga, ne može biti dostupno uvidu javnosti. Dakle, fenomen špijunaže teorijski se može pozicionirati u odnosu na pojmove zbog kojih je sama špijunska aktivnost svrsishodna. Upravo zato u sagledavanju konceptata utkanih u teorijsku građu pojmovne strukture špijunaže svoju važnost imaju i oni koji okvire ovog fenomena mogu odrediti na posredan način.

Pre svega sa etičkog aspekta, prema nekim mišljenjima, otvara se pitanje paradoksalnosti fenomena špijunaže jer je ova aktivnost istovremeno dvosmerno postavljena u svrhu zaštite osnovnih vrednosti jedne društvene zajednice kroz ugrožavanje i uništavanje ključnih dobara rivalske društvene zajednice (Fabre, 2022, pp. 110-112). S tim u vezi okosnica špijunaže jeste u obmani, koja može biti pokretač moralne dileme opravdanosti vršenja špijunske aktivnosti. Načini na koje se špijunažom može uticati na umanjivanje ili neutralisanje zla većeg od etičke neopravdanosti obmane, odnosno ucene, iznude ili podmićivanja, mogu se okvalifikovati kao *pro tanto* moralno opravdani postupci (Fabre, 2022, pp. 227-229).

Nesumnjivo, fenomen špijunaže u svom delatnom ispoljavanju počiva na neophodnosti informacije, kako za život pojedinca tako i za opstanak i razvoj društva, zbog čega čovek teži da sazna i otkrije ono što mu je nepoznato i potencijalno korisno za ostvarivanje svojih zamisli i postizanje zamišljenih ciljeva (Rescher, 2017, pp. 5-20). Život predstavlja niz suparničkih odnosa na pojedinačnom i društvenom planu, a nedostatak odgovarajuće informacije onemogućuje egzistencijalnu potrebu za racionalnim upravljanjem konfliktima putem obaveštenosti o mogućnostima i namerama protivnika (Rescher, 2017, p. 1). U datom smislu, špijunaža bi predstavlja aktivnost izveštavanja o potencijalu i nastojanjima rivalske strane.

Pored značaja informacije, odnosno nužnosti izveštavanja, pojam tajne predstavlja takođe jedan od ključnih terminoloških segmenata za determinisanje fenomena špijunaže. Pođimo od činjenice da ono što je javno izloženo i dostupno ne ulazi u radijus potrebe za saznavanjem radi izbegavanja ili prevazilaženja mogućih sukoba sa političkog, vojnog, ekonomskog ili nekog drugog aspekta. Dakle, skriveno ima vrednost *per se*. Ova vrednost je tajna jer nije poznata svima. Informacija o tajnoj vrednosti je pretpostavka interesovanja protivničke strane, koja teži da joj skrivena vrednost bude dostupna i da utvrdi da li je skrivena vrednost relevantna za ostvarivanje njenih ciljeva. Tajna neminovno dovodi do sukoba interesa i stvara kauzalnu vezu sa fenomenom špijunaže, čija svrha je u neposrednom logičkom odnosu sa prethodnim postojanjem tajne kao kompleksne socijalne pojave (Dimitrijević, 1972, p. 296). Tajni podaci predstavljaju naročite društvene vrednosti zbog čega neprijatelj želi da ih sazna, a prednost nad protivnikom zavisi od posedovanja njegovih tajni (Đorđević, 1986, pp. 241, 378). Upravo takva posebna protivnička interesovanja, uzrokovana postojanjem tajne, čine osnov za preduzimanje špijun-skih aktivnosti (Allen, 2005, pp. 221, 382, 413-414).

Prema nekim shvatanjima, špijunaža podrazumeva tajno prikupljanje podataka obaveštajne prirode putem ljudske aktivnosti i upotrebe tehničkih uređaja (Platzgraff, Ra'anan, Milberg, 1981, p. 253). Za razliku od navedenog, u teorijskom opredeljivanju granica pojma špijunaže zastupljeno je i davanje primata pre svega čoveku kao izvoru informacija, pa se špijunaža definiše u smislu prikupljanja podataka od obaveštajnog značaja putem personalnih izvora informacije (Mijalkovski, 2009, pp. 37, 51).

Svrha špijunaže je mogućnost ostvarivanja uvida u protivničke tajne radi raspolaganja ovom vrstom informacija u svrhu postizanja sopstvenih ciljeva i zaštite primarnih interesa, ali da bi se to postiglo, neophodno je šire posmatrati načine izvođenja špijunaže u odnosu na izvore informacija. Sledstveno tome, pored ljudskih izvora koje predstavljaju plasirani nosioci obaveštajne delatnosti, u fenomenološko polje špijunaže svakako ulazi prikupljanje informacija iz medija, stručnih radova i objavljenih naučnih istraživanja kao otvorenih izvora, ali i od lica iz miljea putnika, migranata, političkih prebega ili vojnih dezertera (Ostojić, 2011, pp. 107-108).

U osnovi, špijunaža se vrši praćenjem i uhodjenjem, ali njen teorijski koncept može sadržati kako političku tako i pravnu ravan. U političkom smislu, pojam špijunaže podrazumeva obaveštajno postupanje koje je uslovljeno političkim interesima. Politička dimenzija sagledavanja špijunaže ostavlja široke pojmovne granice koje tajno prikupljanje podataka usmeravaju u raznim pravcima radi saznavanja zaštićenih vojnih, ekonomskih, tehničkih i drugih vrsta podataka i uglavnom uključuje uticaj nemoralnosti, izdaje i neprijateljskih odnosa (Đorđević, 1978, p. 17;

Politička enciklopedija, 1975, p. 1060). Sa pravnog aspekta pak, pojam špijunaže je određen bićem krivičnog dela, odnosno na drugi normativni način, sa čime ćemo se upoznati u narednim koracima našeg istraživanja ovog značenjski višeslojnog fenomena.

3. Uporednopravna rešenja

Potreba za saznavanjem podataka o snazi protivnika i njegovim kapacitetima da brani ciljane resurse globalno je zastupljena od pamtiveka. Političko konstituisanje rodovskog društva u prvobitne države nametnulo je imperativ sankcionisanja špijunaže kao nedopustive aktivnosti kojom se zadire u ključne vrednosti zajednice zaštićene tajnošću. Istorijski kontinuitet postavljanja špijunaže u normativne okvire održao se do danas. Značaj ovog fenomena za savremene društvene odnose u oblasti politike, ekonomije, tehničko-tehnološkog napretka i efektivnosti oružanih snaga ogleda se upravo u formalnopravnom aspektu bez koga bi njegov pojmovni kvalitet bio znatno umanjen. U prilog tome svedoče normativna rešenja zakonodavstava na svim kontinentima, od kojih smo kao reprezentativne odabrali političko-ekonomske i tehničko-tehnološke države lidere kao što su u Evropi – Francuska, Nemačka, Italija, Velika Britanija, Švedska i Švajcarska, u Aziji – Indija i Japan, u Africi i manjim delom u Aziji – Egipat, u Južnoj Americi – Brazil, u Severnoj Americi – Sjedinjene Američke Države i kao izrazit primer dominantne evroazijske države – Ruska Federacija.

3.1. Francuska

Francuski zakonodavac je u grupu krivičnih dela protiv nacije, države i javnog mira uvrstio posebne delikte koji se izvršavaju činom izdaje ili putem špijunaže, uz napomenu da krivična dela u slučaju izdaje mogu biti učinjena isključivo od strane francuskog državljanina ili francuskog vojnika, dok špijunažu prema čl. 411, st. 1 Krivičnog zakonika Francuske (*Code pénal* – CP iz 1992. godine, poslednja verzija od 1. januara 2020. godine) može činjenjem istih delikata izvršiti samo strani državljanin. Radi se o krivičnim delima, prema čl. 411, st. 2–11 CP: 1) predaja svih ili bilo kog dela nacionalne teritorije, oružanih snaga ili opreme stranoj sili; 2) obaveštajni rad za stranu silu; 3) dostavljanje informacija stranoj sili; 4) sabotaža; 5) dostavljanje lažnih informacija i 6) podsticanje na činjenje teških krivičnih dela. Dakle, u slučaju francuske krivičnopravne legislative, špijunaža nije predviđena kao posebno krivično delo, već kao *modus operandi* nekoliko delikata usmerenih protiv osnovnih činilaca suvereniteta Francuske i zaprečenih višegodišnjim kaznama zatvora.

3.2. Nemačka

Nemački Krivični zakonik poznaje tri vrste špijunaže, od kojih se prva dovodi u vezu sa činom izdaje, a druge dve sa narušavanjem bezbednosti podataka. Sam naziv krivičnog dela – izdajnička špijunaža – špijuniranje državnih tajni – ukazuje da je biće krivičnog dela ispunjeno radnjom pribavljanja državnih tajni radi izdaje i otkrivanja za šta je predviđena kazna u rasponu od jedne godine do deset godina izdržavanja zatvora, prema čl. 96 Krivičnog zakonika Nemačke (*Strafgesetzbuch* – StGB iz 1998. godine, poslednja verzija od 22. novembra 2021. godine). Ovo krivično delo spada u grupu delikata koji se odnose na izdaju i ugrožavanje spoljne bezbednosti Nemačke za razliku od krivičnih dela iz grupe onih kojima se povređuje privatnost, lični i privatni podaci. To su krivična dela pod nazivom špijunaža podataka i pripremne radnje za špijunažu podataka i fišing, prema čl. 202a i 202c StGB. U oba slučaja zaštitni objekat nalazi se u sferi privatnosti i odnosi se na nedopušten pristup privatnim sadržajima, ličnim podacima i korisničkim šiframa kojima se takvi podaci štite. Uz mogućnost novčane kazne, koja je alternativno određena, predviđene su i zatvorske kazne vremenski znatno kraće u poređenju sa inkriminisanim radnjama špijunaže državnih tajni. Nemački zakonodavac je fenomen špijunaže determinisao u normativnom okviru javnog i privatnog interesa, odnosno zaštite javnih i privatnih vrednosti. Smatramo ovakvo zakonodavno rešenje i te kako opravdanim jer „pravo na privatnost ima apsolutni značaj i deluje *erga omnes* – prema svima” (Jelisavac Trošić, Gordanić, 2023, p. 380).

3.3. Italija

U italijanskom Krivičnom zakoniku špijunaža je predviđena u nekoliko krivičnih dela i to kao: 1) politička i vojna špijunaža; 2) špijunaža podataka čije je objavljivanje zabranjeno; 3) tajno unošenje na vojne lokacije i neopravdano posedovanje špijunske opreme; 4) otkrivanje državnih tajni i 5) otkrivanje informacija čije je otkrivanje zabranjeno. Italijanski Krivični zakonik predviđa stroge zatvorske kazne u trajanju od pet i od deset godina, s tim što je u prethodnim periodima bila predviđena čak i smrtna kazna, koja je kasnije zabranjena italijanskim ustavom, prema čl. 257–258 i čl. 260–262 Krivičnog zakonika Italije (*Codice penale* iz 1930. godine, poslednja verzija od 10. avgusta 2024. godine). Krivičnopravne norme u italijanskoj legislativi prave podelu špijunaže na političku i vojnu, a kao zaštitne objekte navode bezbednost države, informacije koje nisu javnog karaktera, državne tajne, podatke koji se ne smeju objavljivati i bezbednost lokacija na kojima su raspoređene italijanske oružane snage. Dakle, italijanski zakonodavac špijunažu normativno postavlja isključivo u sferu javnih interesa, kako bi zaštitio politički i vojni aspekt funkcionisanja italijanske države.

3.4. Velika Britanija

Engleska i Vels, kao konstitutivni činioci Velike Britanije, pored Severne Irske i Škotske, nemaju krivične zakonike za pravne izvore krivičnopravnih normi. Upravo zato je britanski zakonodavac kreirao Zakon o nacionalnoj bezbednosti (*National Security Act* – NSA iz 2023. godine) čije odredbe su posvećene zaštiti Velike Britanije u odnosu na pretnje od špijunaže, sabotaže i osoba koje deluju za strane sile protiv britanskih interesa. Već na samom početku ovog zakona, prvi deo posvećen je špijunaži koja se manifestuje kroz pribavljanje i otkrivanje zaštićenih informacija i poslovnih tajni, pomaganje stranoj obaveštajnoj službi i ulazak i pregledanje lokacija koje se koriste u odbrambene svrhe radi nanošenja štete Velikoj Britaniji. Prema čl. 1–5 NSA predviđena je kazna zatvora u trajanju od 14 godina, uz koju može biti izrečena i novčana kazna. Kao radnje izvršenja navedene su: pribavljanje, kopiranje, evidentiranje ili zadržavanje zaštićene informacije, odnosno poslovne tajne, kao i otkrivanje ili pružanje pristupa zaštićenoj informaciji, odnosno poslovnoj tajni. Nedvosmisleno, britanski zakonodavac pojam špijunaže dovodi u vezu i sa ekonomskim vrednostima, koje je pored državnih i vojnih takođe potrebno zaštititi.

3.5. Švedska

Prema čl. 5 Krivičnog zakonika Švedske (*Brottsbalken* – BrB, iz 1962. godine, poslednja verzija od 1. maja 2020. godine) određeno je da: „Lice koje, u cilju koristi stranoj sili ili ekvivalentu, neovlašćeno pribavlja, prenosi, daje ili otkriva informacije o odbrambenom oružju, izvozu, skladištenju, strukturama, uvozu, načinima proizvodnje, razgovorima, odlukama ili bilo kojoj drugoj okolnosti čije otkrivanje nekoj stranoj sili ili ekvivalentu može dovesti do štete po bezbednost Švedske, krivo je za špijunažu i kažnjava se kaznom zatvora u trajanju od najviše šest godina. Isto važi i za lice koje sa istom svrhom neovlašćeno proizvodi ili rukuje pisanim dokumentom, crtežom ili nekim drugim predmetom koji sadrži takve podatke.“ U švedskom Krivičnom zakoniku u odnosu na navedeni osnovni oblik špijunaže posebno je određen oblik teške špijunaže za koji je predviđena zatvorska kazna u trajanju od 4 godine do 18 godina ili doživotna. Prema čl. 6 BrB, teška špijunaža postoji kada je „radnja izvršenja bila izuzetno opasne prirode s obzirom na rat koji je u toku, na okolnosti od velike važnosti ili kada je učinilac odao informacije koje su mu poverene zbog zaposlenja u javnom ili privatnom sektoru“. Uz navedena dva oblika špijunaže koje prema okolnostima u kojima su izvršena opredeljuje švedski zakonodavac, postoje i sledeći oblici špijunaže koje inkriminiše švedski Krivični zakonik u odnosu na vrstu zaštitnog objekta i težinu posledica, i to: kada se, prema

čl. 6b BrB, običnom ili teškom špijunažom utiče na međunarodne odnose, kada se vrši neovlašćeno rukovanje tajnim informacijama sa teškim posledicama i kada se, prema čl. 14–15 BrB, vrše nezakonite obaveštajne aktivnosti protiv strane sile ili protiv pojedinca. Dakle, švedsko krivično zakonodavstvo prepoznaje *inter alia* i oblik špijunaže na štetu druge države i normativno ga određuje svojim krivičnim pravim odredbama.

3.6. Švajcarska

Krivičnopravna dimenzija fenomena špijunaže u švajcarskom zakonodavstvu prepoznaje njegova osnovna tri oblika kao političku, industrijsku i vojnu špijunažu, pa shodno tome i tri posebna krivična dela. Politička špijunaža usmerena je protiv Švajcarske, njenih građana, stanovnika ili organizacija, a za interese strane države, strane političke partije ili strane organizacije. Biće krivičnog dela ispunjava radnja izvršenja koja je dualno određena kao pribavljanje političkih podataka od obaveštajnog značaja, odnosno vrbovanje drugih osoba za pribavljanje takve vrste podataka i njihovo organizovanje u tu svrhu. Predviđena je kazna od tri godine zatvora, uz mogućnost alternativno propisane novčane kazne, prema čl. 272 Krivičnog zakonika Švajcarske (*Strafgesetzbuch* – StGB iz 1937. godine, poslednja verzija od 1. septembra 2023. godine). Industrijska špijunaža, takođe, zaprećena je zatvorskom kaznom u trajanju od tri godine ili novčanom kaznom. Zaštićeni objekat je drugačije determinisan jer ga dihotomno čine način proizvodnje i poslovna tajna, čije je otkrivanje stranoj agenciji, organizaciji ili privatnom preduzeću, odnosno poslovnom agentu koji ih predstavlja, inkriminisano prema čl. 273 StGB. Krivično delo vojne špijunaže prati ista težina sankcije, ali je u ovom slučaju obaveštajno važan vojni podatak vrednost koja se štiti, a zabranjeni su kako vrbovanje drugih osoba za pribavljanje ovih podataka tako i njihovo organizovanje u tom smislu, prema čl. 274 StGB.

3.7. Indija

Po ugledu na britansku krunu, problem špijunaže u Indiji ne nalazi se u normativnom polju krivičnog zakonika, već je regulisan posebnim zakonom koji ima za cilj suzbijanje špijunaže. Shodno tome, indijski zakonodavac izričito osuđuje sve aktivnosti koje pomažu neprijateljskoj državi protiv Indije. Zabranjuje se približavanje, pregledanje ili ulaženje na lokacije ili područja koja su pod režimom zaštite indijske vlade. Pomoć neprijateljskoj državi može imati različite oblike, kao što su davanje neprijatelju skica, planova, modela zaštićenih službenom tajnom ili službenih kodova, odnosno lozinki. Indijski Zakon o državnim tajnama, koji

se nije menjao suštinski od 1923. godine, uz amandmane iz 1967. godine (*Official Secrets Act* – OSA iz 1923. godine, poslednja verzija od 15. avgusta 1967. godine) inkriminiše špijuniranje, deljenje poverljivih informacija i zadržavanje osetljivih podataka u cilju obezbeđivanja tajnosti i poverljivosti u upravljanju Indijom, a prevashodno u vezi sa pitanjima nacionalne bezbednosti. Navedene radnje izvršenja špijunaže kažnjive su do 15 godina zatvora, prema odeljku 3 OSA. Može se zaključiti da je u poređenju sa normativnim rešenjima drugih država, indijski zakonodavac najviše prostora dao sankcionisanju političke i vojne špijunaže. Sledstveno tome, nije neopravdano indijski Zakon o državnim tajnama posmatrati kao normativni akt protiv špijunaže kojim se, zapravo, zabranjuje neovlašćeno otkrivanje informacija koje indijska vlada određuje kao tajne. Upravo zato u slučajevima odliva poverljivih podataka iz vladinih dokumenata, špijuniranja za strane države i neovlašćenog pristupanja vladinom informatičkom sektoru, ovaj zakon predviđa kaznu doživotnog zatvora, dok je neovlašćeno zadržavanje tajnog podatka zaprećeno kaznom od deset godina zatvora, prema odeljku 3–4 OSA.

3.8. Japan

Normativna percepcija japanskog zakonodavca posvetila je fenomenu špijunaže odredbe Zakona o zaštiti posebno određenih tajni, kojima se štite interesi Japana u oblasti odbrane, spoljnih poslova, javne bezbednosti i borbe protiv terorizma (*Act on the Protection of Specially Designated Secrets* – SDS iz 2013. godine, poslednja verzija od 10. decembra 2014. godine). Ovaj japanski zakon poznat je i pod kraćim nazivom Zakon o državnoj tajni (*State Secrecy Law*). Polje zaštićenog objekta je višeslojno određeno prema navedenim oblastima u kojima se može naneti šteta interesima Japana, njegovih građana, institucija i odbrambenih kapaciteta. Taksativno su opredeljene moguće radnje izvršenja nezakonitih aktivnosti koje su u suprotnosti sa odredbama ovog japanskog pravnog akta. Ipak, termin špijunaža nije naveden kao takav iako se ogleda u načinu velikog broja zakonom predviđenih *modi operandi*. Ovo, donekle, izdvaja japansko normativno determinisanje špijunaže u odnosu na regulativne pristupe drugih država. U tom smislu, kao potencijalne načine izvršenja špijunaže japanski zakonodavac prepoznaje neovlašćeno prikupljanje, organizovanje i otkrivanje zaštićenih podataka koji se odnose na: 1) u oblasti odbrane – procene, planove, istraživanje, signale, slike, vrste oružja (posebno ratnih vazduhoplova) i municije, lozinke i šifarnike, prema odeljku 1 SDS; 2) u oblasti spoljnih poslova – pregovore, saradnju, spoljnu politiku, zaštitu života i zdravlja građana, teritorijalni integritet, mere embarga na uvoz i izvoz od značaja za nacionalnu bezbednost, lozinke i šifarnike u zaštićenoj diplomatskoj komunikaciji, prema odeljku 2 SDS; 3) u oblasti javne bezbednosti – planove i istraživanje

mera zaštite od narušavanja javne bezbednosti u velikom obimu, zaštitu života i zdravlja građana, lozinke i šifrnike u zaštićenoj komunikaciji subjekata nosilaca javne bezbednosti, prema odeljku 3 SDS i 4) u oblasti borbe protiv terorizma – planove i istraživanje mera zaštite od terorizma, zaštitu života i zdravlja građana od terorizma i lozinke i šifrnike u zaštićenoj komunikaciji subjekata nosilaca protivterorističkih mera i aktivnosti, prema odeljku 4 SDS. Posebnost japanskog normativnog sistema, usmerenog prema određenoj nedozvoljenoj aktivnosti, ogleda se u baziranju krivičnopравnih odredaba u odnosu na sektore društvenog života i vrstu interesa države koji su izloženi štetnim posledicama mogućih načina izvršenja delikta *in concreto*.

3.9. Egipat

U Krivičnom zakoniku Egipta (*Penal Code* – PC iz 1937. godine, poslednja verzija od 3. novembra 2020. godine) pojam špijunaže nije naveden doslovno, već se na njegovu inkriminisanost ukazuje opisno. Shodno tome, u grupi nedozvoljenih aktivnosti protiv bezbednosti države čiji izvori su spoljni, u čl. 80 PC propisano je da „ko preda stranoj državi ili nekom od onih koji rade za njen interes, ili otkrije u bilo kom obliku i na bilo koji način odbrambenu tajnu zemlje, ili je mogao da je dobije u cilju predaje ili odavanja stranoj državi ili nekome od onih koji rade u njenom interesu, kao i ko u interesu strane države ošteti nešto što se smatra jednom od odbrambenih tajni zemlje, ili je učini nepodobnom za odbranu zemlje, biće osuđen na smrt“. Pored drastičnosti sankcije koja prati špijunsko delovanje protiv interesa egipatske države, očigledno je da je primarni zaštićeni objekat upravo odbrana zemlje. S tim u vezi, egipatski zakonodavac posebnom odredbom definiše da tajnu u vezi sa odbranom države čine vojni, politički, diplomatski, ekonomski i industrijski podaci koji se mogu odnositi na objekte, korespondenciju, pisane dokumente, instrumente, nacрте, mape, dizajn, slike i vesti, prema čl. 85 PC. Dakle, može se zaključiti da je istorijski tradicionalan uticaj vojnih struktura egipatskog društva i te kako ostavio traga na krivičnopравnu legislativu ove države.

3.10. Brazil

Brazilsko krivično zakonodavstvo odredilo je pojam špijunaže kao delikt *per se* i normativno ga prepoznalo kao posebno krivično delo u grupi nezakonitih radnji protiv nacionalnog suvereniteta. Biće krivičnog dela špijunaže u čl. 359-K Krivičnog zakonika Brazila (*Criminal Code of Brazil* – CC iz 1940. godine, poslednja verzija od 24. maja 2022. godine) determinisano je kao „dostavljanje stranoj vladi, njenim agentima ili stranoj kriminalnoj organizaciji, u suprotnosti sa zakonskom

ili regulatornom odlukom, dokumenta ili informacije klasifikovane kao tajna ili državna tajna u skladu sa odredbama zakona, čije otkrivanje može ugroziti očuvanje ustavnog poretka ili nacionalni suverenitet“. Ističemo da, prema navedenim odredbama, *inter alia* i strana kriminalna organizacija predstavlja obaveštajnu pretnju za nacionalne interese Brazila imajući u vidu okolnosti sukoba brojnih kartela za prevlast na tržištu distribucije opojnih droga u Južnoj Americi. Prema čl. 359-K CC, krivično delo špijunaže može biti izvršeno u slučaju: 1) ako neko pruži pomoć špijunu, znajući za ovu okolnost, da izbegne otkrivanje i progon nadležnih organa, što je zaprećeno kaznom zatvora u trajanju od tri godine do dvanaest godina; 2) ako se dokument, podaci ili informacije prenose ili otkrivaju uz kršenje obaveze poverljivosti, što je kažnjivo zatvorom u trajanju od šest do petnaest godina i 3) ako se omogući vršenje bilo kog od krivičnih dela predviđenih ovim članom dodeljivanjem, davanjem ili pozajmljivanjem lozinke ili bilo kog drugog oblika pristupa neovlašćenih lica informacionim sistemima, što je sankcionisano izdržavanjem kazne zatvora od jedne do četiri godine. Prema brazilskom Krivičnom zakoniku, „saopštavanje, dostavljanje ili objavljivanje informacija ili dokumenata radi razotkrivanja izvršenja krivičnog dela ili povrede ljudskih prava ne predstavlja krivično delo“. Da li se tako može fingirati špijunaža, ostaje pitanje na koje odgovor jedino može dati sudska praksa u Brazilu. Mišljenja smo da postoji ova mogućnost žrtvovanjem interesa manjeg značaja za onaj važniji, koji čini predmet interesovanja špijunske mreže ili agenta pojedinca. Nedvosmisleno, zaključujemo da je i brazilski krivični zakonik ogledalo bezbednosnih uslova i geopolitičkih okolnosti u kojima postoji i razvija se brazilsko društvo.

3.11. Sjedinjene Američke Države

Razvoj potrebe za normiranjem špijunaže u Sjedinjenim Američkim Državama dobija pun zamah u ratnoj 1917. godini, kada ova zemlja ulazi u Prvi svetski rat, što čini istorijsku prekretnicu u dotadašnjem konceptu američkog političkog izolacionizma u odnosu na globalna svetska zbivanja. Aktivno učestvovanje Sjedinjenih Američkih Država u ratnim svetskim okolnostima intenzivnije izlaže ovu državu protivničkim špijunskim aktivnostima zbog kojih dolazi do donošenja posebnog zakona kojim se špijunaža, na štetu ove zemlje i u ratnim uslovima, kažnjava visokim zatvorskim kaznama od dvadeset i trideset godina trajanja, ali i smrtnom kaznom. Zaštićeni objekat podrazumeva raznovrsne podatke koji su od prevashodnog značaja sa stanovišta vojne bezbednosti, prema odeljku 1–3 američkog Zakona o špijunaži (*Espionage Act* – EA iz 1917. godine). Po završetku rata sledi amandman u formi zakona, kojim se u normativni opseg pojma špijunaže uvodi antidržavno delovanje, čime se dopunjuje ratni profil špijunskih aktivnosti

i proširuje mogućnost inkriminisanja špijunaže u mirnodopskim uslovima, prema odeljku 3 američkog Zakona o pobuni (*Sedition Act* iz 1918. godine). Naposljetku, u skladu sa poslednjim noveliranim pravnim aktom kojim se sankcioniše špijunaža u Sjedinjenim Američkim Državama, ona je određena kao „krivično delo odavanja poverljivih podataka neovlašćenom licu od strane lica koje je ovlašćeno za prijem tajnih podataka i koje je potpisalo ugovor o neotkrivanju tih tajnih podataka“, za razliku od rešenja prema kome svaki pojedinac može biti optužen za izvršenje ovog delikta prema Zakonu o izmenama Zakona o špijunaži (*Espionage Act Reform Act* iz 2022. godine). Predviđen je i izuzetak da u biće krivičnog dela ne ulazi otkrivanje informacija članu američkog Kongresa, Saveznom sudu, rukovodiocu u obaveštajnoj zajednici Sjedinjenih Američkih Država ili određenim telima državne uprave kao što je Federalna trgovinska komisija. Lice koje nije strani agent ne može biti krivično gonjeno za prikupljanje, prenošenje ili gubitak informacija od značaja za odbranu, osim ako je izvršeno krivično delo propisano saveznim zakonom. Dakle, izvršenje krivičnog dela špijunaže na štetu Sjedinjenih Američkih Država podrazumeva profesionalni i državljanski status učinioa.

3.12. Ruska Federacija

Krivično zakonodavstvo Ruske Federacije normativno je pozicioniralo špijunažu u grupu krivičnih dela protiv državne vlasti, i to u odeljak u kome su odredbe o deliktima protiv osnova ustavnog uređenja i državne bezbednosti. Špijunaža je sastavni deo bića dva krivična dela ruskog Krivičnog zakonika (*Criminal Code of the Russian Federation* – CC iz 1996. godine, poslednja verzija od 1. marta 2012. godine). Prema čl. 275 CC, u prvom slučaju ruski zakonodavac odredio je da se „veleizdaja, odnosno špijunaža, odavanje državne tajne ili bilo koja druga pomoć učinjena stranoj državi, stranoj organizaciji ili njihovim predstavnicima u neprijateljskim aktivnostima na štetu spoljne bezbednosti Ruske Federacije, koje je izvršio državljanin Ruske Federacije, kažnjavaju zatvorom u trajanju od dvanaest do dvadeset godina sa ili bez novčane kazne“. Prema čl. 276 CC, biće drugog krivičnog dela normativno je determinisano kao „prenos špijunaže, odnosno prikupljanje, krađa ili čuvanje u cilju prenošenja stranoj državi, stranoj organizaciji ili njihovim predstavnicima podataka koji predstavljaju državnu tajnu, kao i prenos ili prikupljanje drugih podataka po nalogu strane obaveštajne službe, na štetu spoljne bezbednosti Ruske Federacije, ako je ta dela izvršio strani državljani ili lice bez državljanstva“ i zaprećeno kaznom zatvora u trajanju od deset do dvadeset godina. Očigledna je intencija ruskog zakonodavca da svaki mogući izvršilac navedenih vrsta špijunskih aktivnosti na štetu Ruske Federacije bude sankcionisan bez obzira na to da li je apatrid, strani ili ruski državljani.

Prikazane razlike u zakonskom determinisanju pojma špijunaže uslovljene istorijskim uslovima razvoja državnosti, geopolitičkim okolnostima, liderskom pozicijom u političkim, ekonomskim, vojnim, odnosno tehnološkim globalnim izazovima, ukazuju na jedinstven stav zakonodavaca u današnjem svetu da špijunaža predstavlja teško krivično delo koje zadire direktno u temelje bezbednosti države, ustavnog uređenja i nacionalnog suvereniteta.

4. Nacionalno normativno određenje

Normativni okviri zakonodavstva Republike Srbije prepoznaju društvenu opasnost špijunaže uređujući ovo pitanje kroz prizmu nekoliko pravnih akata. Pođimo najpre od značaja zaštićenog objekta, a to je tajni podatak. Dakle, ne svaki podatak, već onaj koji je zakonom predviđen kao podatak od interesa za Republiku Srbiju i zbog toga označen određenim stepenom tajnosti. Kao podatak od interesa za Republiku Srbiju, tajni podatak može se odnositi na teritorijalni integritet, suverenost, zaštitu ustavnog poretka, osnovna ljudska prava i slobode, nacionalnu i javnu bezbednost, odbranu zemlje, unutrašnje i spoljne poslove.

Interesi naše države mogu biti neposredno i nepopravljivo narušeni ukoliko se neovlašćeno pristupi, otkrije, uništi ili zloupotrebi tajni podatak, prema čl. 2 Zakona o tajnosti podataka – ZoTP, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009. Značaj tajnog podatka ogleda se i u tome da je strogi režim njegovom pristupu dokaz pretežnosti zaštite interesa Republike Srbije u odnosu na opravdanost pristupa informacijama od javnog značaja. Ova vrsta podataka najčešće postoji u sferi nacionalne bezbednosti koja počiva na javnoj bezbednosti i odbrambenim, spoljnopolitičkim, bezbednosnim i obaveštajnim poslovima; međunarodnim odnosima naše države; pratećim sistemima, planovima, uređajima, projektima i strukturama; kao i poslovima naučnog, istraživačkog, tehnološkog, ekonomskog i finansijskog profila, prema čl. 3 ZoTP. Ukoliko se „neovlašćeno nepozvanom licu saopšte, predaju ili učine dostupnim ili pribavljaju podaci ili dokumenta koja su poverena ili do kojih se došlo na drugi način, a koja predstavljaju tajne podatke sa oznakom tajnosti“ ostvaruje se biće krivičnog dela zaprećenog različitim kaznama zatvora u odnosu na narušeni stepen tajnosti podatka ili dokumenta, prema čl. 98 ZoTP. U tom smislu, za narušavanje tajnosti podatka označenog sa: 1) stepenom tajnosti „Interno“ ili „Poverljivo“ predviđena je kazna zatvora u trajanju od tri meseca do tri godine; 2) stepenom tajnosti „Strogo poverljivo“ – kazna zatvora u trajanju od šest meseci do pet godina i 3) stepenom tajnosti „Državna tajna“ – kazna zatvora u trajanju od jedne godine do deset godina. Kvalifikovani oblik ovog delikta postoji u slučaju da je izvršen iz koristoljublja, objavljivanjem ili korišćenjem tajnih podataka u inostranstvu ili za

vreme vanrednog ili ratnog stanja što je zaprećeno posebnim minimumom kazne zatvora od šest meseci, odnosno posebnim maksimumom kazne zatvora od petnaest godina. Predviđena je i mogućnost nehatnog izvršenja ovog krivičnog dela, u kom slučaju je granica posebnog minimuma zatvorske kazne tri meseca i njenog posebnog maksimuma do pet godina, prema čl. 98 ZoTP.

Status nepovredivosti pristupa tajnim podacima i informacijama regulisan je i u odnosu na njihov izvor i način pribavljanja, kako od stranih organizacija i bezbednosnih službi tako i od drugih domaćih državnih organa, prema čl. 19 Zakona o osnovama uređenja službi bezbednosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2007 i 72/2012.

Ipak, ključno normativno determinisanje pojma špijunaže u nacionalnom zakonodavstvu, kako smatramo, zastupljeno je u odredbama Krivičnog zakonika Republike Srbije – KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019, i to u glavi 28. ovog pravnog akta koja je posvećena krivičnim delima protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije. Reč je o sledećim nedozvoljenim aktivnostima: 1) ugrožavanje nezavisnosti; 2) priznavanje kapitulacije ili okupacije; 3) ugrožavanje teritorijalne celine; 4) napad na ustavno uređenje; 5) pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja; 6) ubistvo predstavnika najviših državnih organa; 7) oružana pobuna; 8) diverzija; 9) sabotaža; 10) špijunaža; 11) odavanje državne tajne; 12) izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti; 13) povreda teritorijalnog suvereniteta; 14) udruživanje radi protivustavne delatnosti; 15) pripremanje dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije i 16) teška dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije, prema čl. 305–321 KZ.

U odnosu na srodna krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti države, špijunaža se neodvojivo vezuje za tajni podatak kao zaštićeni objekat bez obzira na stepen njegove tajnosti, dok se u odnosu na kažnjivost pripremanja, kao *delicta preparata*, može delimično dovesti u vezu sa krivičnim delima ugrožavanja nezavisnosti, priznavanja kapitulacije ili okupacije, ugrožavanja teritorijalne celine, napada na ustavno uređenje, pozivanja na nasilnu promenu ustavnog uređenja, ubistva predstavnika najviših državnih organa, oružane pobune diverzije i sabotaže.

Tajni podaci, kao težišna pravna kategorija koja opredeljuje biće krivičnog dela špijunaže, definisani su u čl. 315, st. 6 KZ kao „oni vojni, ekonomski ili službeni podaci ili dokumenti koji su zakonom, drugim propisom ili odlukom nadležnog organa donesenim na osnovu zakona proglašeni tajnim, a čije bi odavanje prouzrokovalo ili bi moglo da prouzrokuje štetne posledice za bezbednost, odbranu ili za političke, vojne ili ekonomske interese zemlje.“

Biće krivičnog dela sabotaže, prema čl. 315, st. 1 KZ, ispunjeno je u slučaju saopštavanja, predavanja ili činjenja dostupnim „stranoj državi, stranoj organizaciji

ili licu koje im služi“ tajnih vojnih, ekonomskih ili službenih podataka ili dokumenata. Ovaj osnovni oblik radnje izvršenja zaprećen je kaznom zatvora u trajanju od tri godine do petnaest godina. Složeniji vid špijunaže određen je kao stvaranje ili rukovođenje stranom obaveštajnom službom u Srbiji za stranu državu ili organizaciju uz predviđenu kaznu zatvora u trajanju od pet do petnaest godina, prema čl. 315, st. 2 KZ. Stupanje u stranu obaveštajnu službu, prikupljanje podataka za nju ili pomaganje njenog rada na drugi način kažnjivo je zatvorom u trajanju od jedne godine do deset godina, prema čl. 315, st. 3 KZ. Pribavljanje tajnih podataka ili dokumenata u nameri da budu saopšteni ili predati stranoj državi, stranoj organizaciji ili licu koje im služi sankcionisano je kaznom zatvora u trajanju od jedne godine do osam godina, prema čl. 315, st. 4 KZ. Teške posledice za „bezbednost, ekonomsku ili vojnu moć zemlje“ koje su nastupile zbog osnovnog oblika radnje izvršenja špijunaže i njenog kvalifikovanog vida oličenog u stvaranju i rukovođenju stranom obaveštajnom službom u Srbiji zaprećene su zatvorskom kaznom u trajanju od najmanje deset godina, prema čl. 315, st. 5 KZ.

Naposletku, prema čl. 321, st. 1 KZ, kvalifikovani oblik krivičnog dela špijunaže, ali i drugih srodnih delikata iz grupe protiv ustavnog uređenja i bezbednosti države, predviđen je bićem krivičnog dela teška dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije ukoliko za posledicu ima „smrt jednog ili više lica ili je izazvalo opasnost za život ljudi ili je praćeno teškim nasiljima ili velikim razaranjima ili je dovelo do ugrožavanja bezbednosti ekonomske ili vojne snage zemlje“, u kom slučaju je, prema čl. 321, st. 2 KZ, predviđena kazna zatvora od najmanje deset godina, odnosno ako je učinilac pri izvršenju „sa umišljajem lišio života jedno ili više lica“ ili je to učinio za vreme ratnog stanja, oružanog sukoba ili vanrednog stanja, što je zaprećeno sa najmanje deset godina zatvora ili doživotnim zatvorom, shodno čl. 321, st. 3 KZ.

Dakle, nacionalno normativno određenje špijunaže veoma obuhvatno reguliše ovaj pojam odredbama Zakona o tajnosti podataka, Zakona o osnovama uređenja službi bezbednosti Republike Srbije, a pre svega Krivičnog zakonika Republike Srbije, prikazujući kompleksnu prirodu i moguće posledice ove nezakonite aktivnosti po ključne vrednosti društvene zajednice, čime se sa krivičnopravnog aspekta *in sano sensu* utvrđuje i određuje fenomenološko polje špijunaže. Međutim, da bismo upotpunili predstavu o prirodi istraživanog pojma, neophodno je da upoznamo i njegovu širu sliku kroz analizu međunarodnih pojava oblika u kojima se manifestuje.

5. Pojavni oblici

Bez sumnje fenomen špijunaže, od davnina prisutan u razvoju ljudske zajednice i političko-ekonomskom konstituisanju ranih oblika državnog organizovanja društva, ni sada ne gubi na značaju imajući u vidu štetnost posledica kojima utiče na političku stabilnost, ekonomsku snagu, vojnu moć i tehnološki razvoj država u današnjem svetu. Posmatrano *de iure*, špijunaža je neizostavni nezakoniti izazov kojem savremeni krivični zakonici i zakoni u oblasti bezbednosti posvećuju svoje odredbe. Ipak, pored svog krivičnogpravnog ruha i nacionalno određenog deliktnog fenomenološkog profila, špijunaža je *de facto* pojam čije ispoljavanje u materijalnom svetu podrazumeva uzajamnu povezanost bar dve ili više država, što prefiks međunarodnosti čini njegovim neodvojivim pojavnim obeležjem. *In nuce*, fenomen špijunaže postoji kroz svoje manifestne oblike čija pojava je globalno zastupljena. Smatramo metodološki opravdanim da prikazemo dominantne i najfrekventnije pojavne oblike špijunaže, koji se ispoljavaju u međunarodnim razmerama, kako bismo u potpunosti sagledali volumen pojmovnog polja špijunaže kao krivičnogpravnog fenomena sa izrazitim bezbednosnim rizikom i međunarodnim predznakom.

Najpre, špijunaža kao aktivnost ili grupa povezanih aktivnosti podrazumeva tajno i neovlašćeno prikupljanje i/ili neovlašćeno dostavljanje podataka drugoj strani koja nije ovlašćena da im pristupi. Ova druga strana u stvari su pojedinac, grupa ili organizacija koji su u službi druge države. Prema načinu na koji se vrši neovlašćeni pristup podacima, špijunaža može biti virtuelna i realna, odnosno podacima se može pristupiti u sajber okruženju ili u realnim uslovima. Podaci koji su predmet interesovanja špijunske aktivnosti su tajni jer su od posebnog interesa, zbog čega je potrebno ovlašćenje da bi im se pristupilo. Upravo ovaj posebni interes svedoči o značaju tih podataka – političkom, vojnom, ekonomskom i tehnološkom – koji imaju za državu, pri čemu mogu biti važni kako u javnom resoru tako i u privatnom sektoru.

Imajući u vidu navedeno, možemo zaključiti da su očigledni međunarodni pojavni oblici špijunaže: 1) politička špijunaža, 2) vojna špijunaža, 3) ekonomska špijunaža i 4) tehnološka špijunaža.

Politička špijunaža široko je usmerena na podatke od političkog, vojnog i ekonomskog značaja, ali i na širok spektar pojedinaca koji mogu biti meta jer se mogu povezivati sa bilo kojom organizacijom sa informacijama od interesa za stranu državu, kako bi se postigao uticaj na kreiranje politike. Organizacije javne uprave i preduzeća koja održavaju i grade kritičnu infrastrukturu, kao što su snabdevanje energijom, telekomunikacione mreže i vodovodna preduzeća, potencijalne su mete za špijunažu koju sponzorise strana država. Detalji o strukturi i

bezbednosnim aranžmanima infrastrukture su od interesa za države koje žele da utiču na njen rad, ili čak da parališu celokupnu infrastrukturu tokom krize, kojom prilikom su od značaja i posredno korisni podaci. Osim poverljivih dokumenata, špijunske operacije strane države usmerene su i na pribavljanje indirektnih obaveštajnih podataka koji se mogu koristiti za pristup poverljivim informacijama od primarnog značaja. U tom smislu, politička špijunaža se preduzima i radi pristupa kontakt podacima pojedinaca čije profesionalne pozicije i uloge u ostvarivanju međunarodne saradnje i poslovnih ugovora mogu da se zloupotrebe za pristup politički značajnim podacima i bezbednosnom okruženju informatičkih sistema (Nicholas, 2019, pp. 32-33).

Vojna špijunaža je od pamtiveka, u svim zemljama i među svim narodima, smatrana teškim vojnim deliktom, koji je bio kažnjavan vešanjem. Neki narodi su naredbama, uredbama ili zakonima definisali šta predstavlja ovo krivično delo i predvideli suđenje i kažnjavanje izvršioca. No, u svakom slučaju, ovo je jedan od najstarijih oblika špijunaže jer je oduvek bilo od egzistencijalnog značaja za neko pleme, narod ili državu da dozna snagu protivnika pre izbijanja samog sukoba (Halleck, Davis, 1911, p. 1). U današnje vreme, uloga sajber aktivnosti na otkrivanju tuđih vojnih tajni i neovlašćenom pristupu tajnim podacima od vojnog značaja sve je više izražena. U tu svrhu koriste se i satelitski snimci o pokretima vojnih jedinica drugih država, odnosno probama balističkih raketa i taktičkog nuklearnog oružja, ukoliko nisu najavljeni putem sredstava javnog informisanja kao vojna vežba.

Ekonomska špijunaža se vrlo često upotrebljava kao sinonim za industrijsku, odnosno korporativnu špijunažu. Ipak, postoji razlika jer je ekonomska špijunaža pojavni oblik nedozvoljene aktivnosti druge države, dok industrijsku špijunažu preduzimaju privatne kompanije zbog čega se često naziva i korporativnom. Sa ekonomskom špijunažom često se u vezu dovodi sajber špijunaža, ali ovde je reč samo o načinu izvršenja neovlašćenog pristupa tajnim podacima od posebnog ekonomskog značaja. Drugim rečima, sajber špijunažom se kao načinom izvršenja može preduzimati i industrijska špijunaža u zavisnosti od činjenice da li angažovanje izvršioca potiče iz javnog ili iz privatnog sektora (Button, 2020, p. 2).

Tehnološka špijunaža je najsavremeniji vid špijunaže, koja je nezamisliva bez nedozvoljenih sajber aktivnosti. Smatramo da tehnološka špijunaža zbog posebnosti načina izvršenja, odnosno podataka kojima se neovlašćeno pristupa, brzine i obuhvatnosti špijunske aktivnosti prevazilazi pojamovne okvire industrijske špijunaže zbog čega ima fenomenološku samostalnost.

6. Zaključak

Fenomen špijunaže prati razvoj civilizacije koji počiva na političkoj, ekonomskoj i vojnoj komponenti. Sajber aktivnosti na vidljivom delu svetskog veba kao informatičko-komunikacionog prostora, pogotovo u njegovom diskretnom delu dubokom vebu (deep web), odnosno visokokriminalizovanom tamnom vebu (darknet), predstavljaju veoma frekventne načine izvršenja špijunskih aktivnosti putem kojih se ostvaruje neovlašćeni pristup podacima od političkog, ekonomskog i vojnog značaja.

Smatramo da je pojam špijunaže višeslojan jer ima trojaku prirodu. Istovremeno, špijunaža je krivičnopравни fenomen jer predstavlja krivično delo, bezbednosni fenomen jer njeno izvršenje podrazumeva bezbednosni rizik i međunarodni fenomen jer se njeni pojavni oblici ispoljavaju globalno i ostvaruju u odnosima između dve ili više država.

Umesto zaključka, predlažemo u svrhu noveliranja Krivičnog zakonika Republike Srbije da se biće krivičnog dela špijunaže dopuni terminom *tehnološke* i da čl. 315 ovog zakonika u prvom stavu glasi: „Ko tajne vojne, ekonomske, *tehnološke* ili službene podatke ili dokumente saopšti, preda ili učini dostupnim stranoj državi, stranoj organizaciji ili licu koje im služi...“. Pod tajnim tehnološkim podacima podrazumevamo sve one podatke koji u svojoj logičnoj i značenjskoj ukupnosti čine informaciju koja se odnosi na vrstu tehnologije, tehnološki proces ili njegov suštinski deo. Takva tehnologija, odnosno tehnološki proces, zbog svog značaja za unapređivanje, pre svega geopolitičke pozicije države u međunarodnim političkim, ekonomskim i bezbednosnim relacijama, nesumnjivo mora biti tajnog karaktera. Evidentiranje tajnih tehnoloških podataka bilo bi u nadležnosti informatičkih organizacionih jedinica, kako civilnih tako i vojnih bezbednosnih službi, koje bi se pored unosa ovih podataka u posebno predviđene baze podataka starale i o vođenju i fizičko, tehničko i informatičkom obezbeđenju tih baza podataka.

Uvereni smo da su značaj savremenih tehnologija i važnost otkrivanja tuđih tehnoloških tajni jezičak na vagi normativnog određivanja tehnološkog podatka kao podatka od posebnog interesa, koji ima svoj samostalni krivičnopравни, bezbednosni i međunarodni fenomenološki značaj.

Literatura

- Ahić, J. 2003. Mehanizmi i institucije prevencije i suzbijanja organizovanog kriminaliteta u jugoistočnoj Evropi. *Kriminalističke teme*, 3-4, pp. 239-246.
- Allen, M. J. 2005. *Textbook on Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Allen, T. 2006. *Intelligence in the Civil War*. Washington DC: Central Intelligence Agency.
- Andrew, C. 2018. *The Secret World: A History of Intelligence*. London: Penguin Books.
- Button, M. 2020. Editorial: economic and industrial espionage. *Security Journal*, 33, pp. 1-5.
- Dimitrijević, D. 1972. Pojam tajne i njena pravna određenost. *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2, pp. 296-302.
- Đorđević, O. 1978. *Šta je to špijunaža?*. Beograd: Politika.
- Đorđević, O. 1986. *Leksikon bezbednosti*, Beograd: Partizanska knjiga.
- Fabre, C. 2022. *Spying through a Glass Darkly: The Ethics of Espionage and Counter-intelligence*. Oxford: Oxford University Press.
- Halleck, H. W. & Davis G. B. 1911. Military Espionage. *American Journal of International Law*, 5(3), pp. 590-603.
- Jelisavac Trošić, S. I. & Gordanić, J. B. 2023. Priznanje prava na pristup internetu kao samostalnog ljudskog prava – potencijali i prepreke. *Strani pravni život*, 67(3), pp. 375-394.
- Kovačević, T. R. 2023. Izazovi digitalizacije rada i zaštite ličnih podataka. *Strani pravni život*, 67(2), pp. 299-320.
- Mijalkovski, M. 2009. *Obaveštajne i bezbednosne službe*. Beograd: Službeni glasnik.
- Ñaco del Hoyo, T. 2014. Roman and Pontic Intelligence Strategies: Politics and War in the Time of Mithradates VI. *War in History*, 21(4), (Nov.), pp. 401-421.
- Nicholas, M. 2019. Espionage. *The Histories*, 5(2), Art. 6, pp. 29-36.
- Ostojić, M. 2011. *Priručnik za predmet Uvod u bezbednost*. Beograd: Akademija za ekonomiju i bezbednost.
- Politička enciklopedija*. 1975. Beograd: Savremena administracija.
- Pfaltzgraff, R. L., Ra'anan, U. & Milberg, W. 1981. *Intelligence Policy and National Security*, Hamden: Archon Books.
- Petrović, I. & Aleksić, V. 2018. Istorijski aspekt razvoja obaveštajnog rada. *Kultura polisa*, 36, pp. 125-136.
- Rescher, N. 2017. *Espionage, Statecraft, and the Theory of Reporting*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Richmond, J. A. 1998. Spies in Ancient Greece. *Greece & Rome*, 45(1), (Apr.), pp. 1-18.
- Sun, T. 2002. *The Art of War*. New York: Dover Publications.
- Suvorov, V. 1986. *Inside the Aquarium: The Making of a Top Soviet Spy*. New York: Macmillan Publishing company.

Case Law

- Act on the Protection of Specially Designated Secrets, Act No. 108 of 2013.
- Code pénal de France, *Journal Officiel de la République Française* n° 0169 du 23 juillet 1992, en vigueur le 1^{er} Mars 1994, dernière modification le 1^{er} janvier 2020.
- Codice penale italiano, *Gazzetta Ufficiale* n. 251 del 26-10-1930, n. 73 del 28-03-2022, n. 187 del 10-08-2024.
- Criminal Code of Brazil, Law No. 2, 848 of 1940; Law No. 7, 209 of 1984; Law No. 14, 197 of 2021; Law No. 14, 344 of 2022.
- Criminal Code of the Russian Federation, No. 63-Fz of 1996 with Amendments and Additions of 1998, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012.
- Deutsches Strafgesetzbuch, *Bundesgesetzblatts* vom 13. November 1998, die Änderung(en) des Gesetzes durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2021.
- Espionage Act of 1917, Sedition Act of 1918, Espionage Act Reform Act of 2022, *Bill* S. 4630.
- Indian Official Secrets Act 1923, Act No. 19 of 1923, Amendment Act No. 24 of 1967.
- 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, 94/2016 i 35/2019.
- National Security Act 2023, *Government Bill* 2023 c. 32.
- Penal Code of Egypt, Law No. 58/1937, Law No. 126/2008, Law No. 50/2014, Law No. 189/2020.
- Schweizerisches Strafgesetzbuch, *Amtliche Sammlung des Bundesrechts* 1951/1/16, 2023/259; *Bundesblatt* 1937/3/625, 1949/1/1249, 2018/2827.
- Swedish Criminal Code, *Svensk författningssamling* 1962:700, *Departementsserien* 1999:36, *Svensk författningssamling* 2020:349.
- Zakon o osnovama uređenja službi bezbednosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2007 i 72/2012.
- Zakon o tajnosti podataka, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009.

INSTITUT IZGUBLJENE ŠANSE – GUBITAK ŠANSE ZA OZDRAVLJENJE ILI ZA PREŽIVLJAVANJE

Sažetak

Da bi se olakšao procesnopravni položaj oštećenog pacijenta u sporovima zbog lekarske greške, sudovi različitih zemalja dopuštaju određena odstupanja od opštih pravila o dokazivanju i priznaju pacijentima određene dokazne olakšice. Jedan od načina jačanja položaja pacijenta u parnicama protiv lekara jeste primena instituta izgubljene šanse. Autori će u ovom radu analizirati primenu instituta izgubljene šanse u američkoj i evropskoj sudskoj praksi. Pokazaće da od trenutka kada se prvi put pojavio, institut izgubljene šanse sve više nailazi na razumevanje, ali da i dalje veliki broj država odbija njegovu primenu. Autori zaključuju da je jedan od ciljeva naknade izgubljene šanse njeno preventivno delovanje na pripadnike zdravstvene struke zato što ih dodatno podstiče na maksimalnu pažnju i oprez u njihovom postupanju sa pacijentima, vraćajući tako poverenje u odnos lekar–pacijent.

Gljučne reči: izgubljena šansa, naknada štete, uzročna veza, lekarska greška, SAD, Hrvatska.

* Vanredna profesorka, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, Srbija.

E-mail: jelena.simic@pravnofakultet.edu.rs

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2702-4320>

** Advokat, stariji partner u Advokatskom društvu d.o.o. „Mađarić i Lui“, Zagreb, Hrvatska.

E-mail: madaric.lui@odml.hr

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-5205-4006>

ON THE THEORY OF LOSS OF CHANCE – LOSS OF CHANCE FOR RECOVERY OR SURVIVAL

Summary

In order to facilitate the procedural-legal position of an injured patient in medical malpractice lawsuits, courts in various countries allow certain deviations from general rules for burden of proof and grant patients specific evidentiary reliefs. One way to strengthen the patient's position in lawsuits against doctors is the application of the theory of *loss of chance*. In this paper, the authors will analyse the application of loss of chance theory in the US and European case law. They will demonstrate that the theory has been increasingly accepted since it first appeared, though many countries still refuse to apply it. The authors conclude that one of the goals of the theory of *loss of chance* is its preventative effect on healthcare professionals, as it further encourages them to exercise maximum care and caution in their treatment of patients, thereby restoring trust in the doctor-patient relationship.

Keywords: *loss of chance*, compensation, causation, medical malpractice, USA, Croatia.

1. Uvod

Izraz „izgubljena šansa“ ili „uništena šansa“ u pravu se najčešće koristi kada se govori o šteti u vidu izmakle dobiti, odnosno koristi, koja se dogodila usled radnje ili propuštanja nekog trećeg (Radišić, 2010, p. 49). U ovakvim situacijama, na oštećenom je da dokaže da je imao mogućnost da postigne određenu dobit u konkretnom slučaju. Ukoliko u tome ne uspe, njegov će zahtev za obeštećenje biti odbijen.¹ Blekov pravni rečnik izgubljenu šansu vezuje za parnice zbog grešaka u lečenju i daje sledeću definiciju: pravilo koje predviđa tužbu protiv lekara koji je skrivio medicinsku grešku koja, iako ne dovodi do određene povrede, smanjuje ili eliminiše šansu za preživljavanje ili ozdravljenje, odnosno oporavak od prethodnog stanja zbog kojeg je lekar i bio konsultovan (Garner, 2009, p. 1031). Iako institut izgubljene šanse svoju najveću primenu ima u parnicama zbog grešaka u lečenju,

¹ Važno je ukazati da instituti izgubljene dobiti i izgubljene šanse nisu identični, ne radi se o istoj stvari. U francuskom pravu na primer, a o čemu će biti reči kasnije u ovom radu, izgubljena šansa priznaje se kao nezavisna šteta, različita od konačne štete. Gubitak šanse ili gubitak mogućnosti ne isključuje *a priori* priznanje prava žrtve na punu naknadu. Vid. *infra* deo 4. ovog rada.

on se može primeniti i na mnoge druge situacije, uključujući i izgubljenu priliku za unapređenje u slučaju diskriminacije pri zapošljavanju², ili izgubljenu priliku za sticanje zarade u slučaju kršenja ugovora (Férot, 2013, p. 591).³ U SAD se institut izgubljene šanse uglavnom primenjuje u parnicama zbog grešaka u lečenju.⁴ Na evropskom kontinentu, njegova primena nije ujednačena, ali je svakako najprisutnija u sporovima zbog lekarske greške. Sudovi zemalja poput Francuske, Holandije, Hrvatske i Italije smatraju da i sam gubitak šanse za ozdravljenje do kog je došlo krivicom lekara predstavlja vrednost koju treba nadoknaditi (Graziano, 2008, p. 1023; Prosser, Wade & Schwartz, 2024, p. 878).

Autori će u ovom radu, tragajući za argumentima u prilog primeni instituta izgubljene šanse, istražiti primere američke i evropske sudske prakse u parnicama zbog grešaka u lečenju i pokušati da utvrde šta je to što ometa širu primenu ovog instituta i zbog čega on često biva pogrešno tumačen. Nakon toga, posebnu pažnju posvetiće nedavno donetoj presudi u Republici Hrvatskoj, kojom je sud, primenom instituta izgubljene šanse, oštećenima dosudio naknadu štete. Ova presuda može biti dobar putokaz zemljama našeg regiona koje još uvek ne prihvataju institut izgubljene šanse u svojoj sudskoj praksi. Može im pokazati na koji se način, primenom instituta izgubljene šanse, popravljaja položaj oštećenog u parnicama zbog grešaka u lečenju.⁵

2. O naknadi izgubljene šanse uopšte

Gubitak šanse za ozdravljenje ili preživljavanje najveći praktični značaj dobija u parnicama protiv lekara i zdravstvenih ustanova. Jedan u nizu slučajeva koji jasno ilustruje pravna pitanja na koja institut o izgubljenoj šansi treba da pruži odgovor je

² Vid. slučaj *Doll v. Brown* iz 1996. godine u kom je sud utvrdio da je teorija izgubljene šanse „posebno primenljiva u slučajevima zapošljavanja koji uključuju konkurentsko unapređenje“, ali je u konkretnom slučaju nije primenio zato što se stranke nisu pozvale na nju. Zanimljivi su i primeri diskriminacije na radu žena tokom menstrualnog odsustva. O tome kod Reljanović & Rajić Čalić, 2024, pp. 4-7.

³ Vid. slučaj *Miller v. Allstate Ins. Co.* iz 1990. godine u kom je Sud utvrdio da „opšteprihvaćeno načelo ugovornog prava (...) da će oporavak biti dozvoljen kada je tužilac lišen prilike ili šanse da osvoji nagradu ili dobit čak i kada je visina štete neizvesna“. U ovom slučaju osiguravač je prekršio obećanje da će vratiti oštećeni automobil koji je osiguraniku bio potreban kao dokaz u tužbi za odgovornost za planirane proizvode protiv proizvođača. Sud je smatrao da osiguranik može dobiti naknadu od osiguravača zbog izgubljene šanse da dobije slučaj odgovornosti za proizvod.

⁴ Na primer, u obrazloženju odluke *Hardy v. Sv. Bell Tel. Co.* iz 1996. godine, navodi se ograničavanje primene teorije izgubljene šanse na parnice zbog grešaka u lečenju.

⁵ Autori će se u radu baviti isključivo građanskopravnom odgovornošću zdravstvenih ustanova i zdravstvenih radnika, ne i krivičnom.

i slučaj dvadesetpetogodišnje radnice BBC-ja (Chaundi, 2008, p. 1). Ona je primetila tup bol u kolenu praćen peckanjem i neobičnim bolom. Nakon tri meseca učestalih poseta lekarima, zamolila je svog izabranog lekara da je uputi kod specijaliste, ali joj je umesto toga ponuđeno lečenje oštećenja ligamenata. Prošla su još tri meseca pre nego što je, na insistiranje fizioterapeuta, urađen rendgenski snimak koji je pokazao da boluje od *osteosarkoma* – raka kostiju koji se najčešće javlja kod mladih i viših osoba (žena je visoka 178 cm) i koji se dovodi u vezu s ubrzanim rastom. Intenzivna hemoterapija nije uspjela da smanji veličinu tumora, te joj je jedina šansa za preživljavanje bila amputacija desne noge. Nakon operacije, žena je odlučila da pokrene sudski postupak protiv lekara koji ju je lečio, tvrdeći da je zbog greške u lečenju izgubila ud. Prema rečima onkologa koji je veštačio u tom slučaju, ne može se prihvatiti da kašnjenje u dijagnozi od šest meseci povećava verovatnoću da rak dovede do amputacije. Ipak, prema istoj izjavi, može biti teško (verovatno čak i nemoguće) utvrditi da li bi pacijentkinja ipak izgubila nogu čak i da je ranije dobila tačnu dijagnozu (Graziano, 2008, p. 1101).

U parnicama zbog lekarske greške, oštećeni se često suočavaju s poteškoćama u dokazivanju uzročne veze između štetne radnje zdravstvenog radnika i štete koja je nastupila za oštećenog pacijenta. Posledica toga je gubitak spora, jer ako pitanje uzročne veze između lekarske greške i štete ne bude dovoljno razjašnjeno, pacijent gubi spor zato što on snosi rizik nedokazanosti. U mnogim ovakvim slučajevima veoma je teško, nekad i gotovo nemoguće, dati odgovor na pitanje da li bi pacijentovo zdravlje bilo poboljšano, odnosno da li bi pacijent preživeo da je od lekara pravovremeno dobio odgovarajuće lečenje. Sudovi velikog broja zemalja zato postupaju na sledeći način: ako sud na osnovu medicinskog veštačenja stekne uverenje da bi propisno i blagovremeno postupanje lekara verovatno dovelo do poboljšanja zdravlja pacijenta, tada bi oštećenom pacijentu priznao pravo na naknadu ukupne štete. Međutim, ako sud na osnovu medicinskog veštačenja stekne uverenje da ni propisno, ni blagovremeno postupanje lekara verovatno ne bi dovelo do poboljšanja zdravlja pacijenta, tada sud u celosti odbija zahtev za naknadu štete oštećenog pacijenta. Sud u ovim situacijama postupa po principu „sve ili ništa“, ili priznaje pravo na naknadu ukupne štete, štete u celosti, ili u celosti odbija zahtev za naknadu štete oštećenog pacijenta, pa oštećeni ne dobija ništa (Simić, 2018, pp. 160-165). Iako se ovakvo postupanje suda zasniva na opštevažećim pravilima o dokazivanju, ostaje utisak da u parnici protiv lekara i zdravstvenih ustanova pacijent ima pretežak procesnopravni položaj, koji mu često ne dopušta da ostvari svoje pravo na naknadu štete. Zbog toga sudovi pojedinih zemalja u svojim odlukama zauzimaju stav da u slučaju kad uzročna veza između lekarske greške i štete po pacijentovo zdravlje nije sa sigurnošću dokazana (pretežnom verovatnoćom), tada ne treba dopustiti potpuno već samo delimično obeštećenje pacijenta (Graziano, 2007, p. 220). Ovo zato

što je u ovakvim slučajevima oštećeni *izgubio šansu* da izbegne štetu – šansu koju bi imao da je dijagnoza od strane lekara postavljena blagovremeno i da je pravovremeno i odgovarajuće lečen. Iznos tog obeštećenja zavisi od stepena verovatnoće da li bi u slučaju ispravnog lekarevog postupanja, ishod lečenja bio povoljniji (Radišić, 2008, p. 210). Zagovornici instituta izgubljene šanse smatraju da takav gubitak ima izvesnu imovinsku vrednost, te da zato i uživa pravnu zaštitu, i da ga treba nadoknaditi. Šteta koja se sastoji od gubitka šanse predstavlja „tipičnu nepravdu“, o kojoj pravo mora voditi računa (Radišić, 2010, p. 50). Međutim, mišljenja pravnika nisu ujednačena. Zato ćemo u delu koji sledi kroz primere američke sudske prakse prikazati primenu instituta izgubljene šanse i nedoumice koje takva primena sobom nosi.

3. Primena instituta izgubljene šanse u sudskoj praksi SAD

Najveći broj odluka zbog izgubljene šanse u američkoj sudskoj praksi vezuje se za parnice zbog grešaka u lečenju. Jedna od prvih bila je slučaj *Hicks protiv Sjedinjenih Država*, davne 1966. godine (*Hicks v. United States*, 1966). U tom predmetu Sud je smatrao da propust lekara da dijagnostikuje smrtonosnu opstrukciju creva kod pacijenta predstavlja lekarsku grešku. Sud je smatrao da „ukoliko postoji suštinska mogućnost za preživljavanje i tuženi ju je uništio, tada treba i da odgovara za to“ (Férot, 2013, p. 592). Potom, 1974. godine, usledio je slučaj sa bolnicom *Beth Izrael* (*Kallenberg v. Beth Israel Hosp.*) kada je Vrhovni sud u Njujorku presudio „da bi se pacijent koji je preminuo od aneurizme oporavio da tuženi nije propustio da dâ lek pacijentu koji je zbog toga izgubio šansu za preživljavanje od 20% do 40%“.⁶ Potom su usledile i druge sudske odluke. Iako nije svaka od saveznih država SAD razmatrala primenu instituta izgubljene šanse u sudskoj praksi, one koje su to učinile primenjivale su je, a i danas je primenjuju, na različite načine (Shi Wei, 2014, pp. 104-106). Tri trenda mogu se uočiti širom Sjedinjenih Američkih Država (Férot, 2013, pp. 612-615; Wagner, Meyer, 2021, pp. 4-5). Neke države odbacuju mogućnost naknade štete za izgublenu šansu, što je takozvani „tradicionalni pristup“. Pojedine države odbijaju da priznaju mogućnost naknade štete za izgublenu šansu i umesto toga naknađuju gubitak povoljnog ishoda korišćenjem ublaženog zahteva za dokazivanje uzročnosti, što je „pristup ublažene uzročnosti“. Neke države podržavaju ovu mogućnost, što predstavlja „proporcionalni pristup“.⁷

⁶ Napominjemo da je Sud u tom slučaju ipak dodelio naknadu štete za krajnji ishod – smrt – a ne za izgublenu šansu. U to vreme je ta odluka privukla malo pažnje i Apelacioni sud ju je potvrdio bez davanja dodatnog mišljenja.

⁷ Kako Ferot navodi, neke države tek treba da razmotre primenu teorije izgubljene šanse, na primer: Severna Dakota, Oregon, Juta i Roud Ajlend.

Pojedini autori smatraju da je veliki uticaj na primenu instituta izgubljene šanse u sudskoj praksi SAD izvršio naučni članak profesora Džozefa H. Kinga Mlađeg (Joseph H. King Jr.) pod nazivom *Tumačenje (treće) delikta: Odgovornost za fizičku povredu* (Wurdeman, 2014, p. 609). Profesor King je izneo teoriju da izgubljena šansa za postizanje povoljnog ishoda ili izbegavanje nepovoljne posledice treba biti nadoknativa. Zalagao se za „ponovno razmatranje tradicionalnih načina razmišljanja o interesu za koji se traži naknada štete i ulozi šanse u vrednovanju tog interesa“ (King, 1981, p. 1353). Profesor King je formulisao teoriju izgubljene šanse vezujući je za pitanje uzročnosti i tereta dokazivanja, a ne za pitanje same povrede/štete, što je i danas ostalo kao nedoumica u primeni među američkim pravnicima. Do danas, Američki pravni institut (ALI), nezavisna organizacija koja sačinjava „tumačenja“ prava kako bi pojasnila, modernizovala i na drugi način unapredila pravo, nije zauzela stav po ovom pitanju.⁸

3.1. Izgubljena šansa kao šteta sama po sebi

Neki američki sudovi tumače izgubljenju šansu kao institut koji omogućava delimičnu nadoknadu za povredu kada pitanje uzročne veze između lekarske greške i štete ne može biti dovoljno razjašnjeno, kada je uzročnost slaba ili neizvesna. Međutim, da nije bilo greške u postupanju lekara, izgubljena šansa se ne bi dogodila, tako da institut izgubljene šanse nije alternativa slaboj uzročnosti sa krajnjim ishodom.⁹ Izgubljena šansa je *sui generis* šteta, a ne deo krajnjeg ishoda, krajnje štete (Férot, 2013, pp. 594-597). Osnovni koncept naknade izgubljene šanse je priznavanje činjenice da je izgubljena šansa sama po sebi povreda, šteta. Ona nije identična sa krajnjom štetom, već je jednaka veličini šanse za ozdravljenje ili preživljavanje koju bi pacijent verovatno imao da je lečenje bilo ispravno (Radišić, 2010, p. 50). Budući da šansa ima inherentnu vrednost, protivpravno oduzimanje šanse bi trebalo da povlači sa sobom odgovornost počinioca. Izgubljena šansa jeste apstraktna i sadrži određenu nesigurnost. S druge strane, krajnja šteta, suprotno izgubljenoj šansi, jeste konkretna i sigurna: to je stanje pacijenta. Iako su te dve štete, izgubljena šansa i nastanak stvarnog štetnog ishoda (krajnja šteta), različite, one su i komplementarne: obe su neophodne za utvrđivanje odgovornosti (Férot, 2013, p. 599).

Da bi se ostvarilo pravo na naknadu štete zbog izgubljene šanse, tužilac mora dokazati da je inicijalno imao makar neku šansu za povoljan ishod. Shodno tome, tužba neće biti osnovana ako pacijent nije imao nikakvu šansu za povoljan ishod

⁸ Više o Institutu (American Law Institute) i njegovoj ulozi na: <https://www.ali.org/> (15. 2. 2025).

⁹ Vid. na primer presudu *Mandros v. Prescod* iz 2008. godine u kojoj se navodi da je izgubljena šansa alternativa konvencionalnim poimanjima uzročnosti i da zahteva šire tumačenje uzročnosti.

pre nego što je došlo do štetne radnje. Tako na primer u slučaju *Broussard protiv SAD* (*Broussard v. United States*, 1993), roditelji trogodišnjeg dečaka tužili su zaposlenog lekara u bolnici zbog greške u lečenju zato što lekar nije započeo sa lečenjem deteta odmah po njegovom dolasku u bolnicu. Nakon suđenja, Sud je zaključio da roditelji ne mogu ostvariti pravo na naknadu štete za izgubljenu šansu za svog sina jer su detetove povrede bile toliko ozbiljne i obimne da ništa što je moglo biti učinjeno ne bi spaslo njegov život. Drugim rečima, čak i uz promptno i pravilno lečenje, dete ne bi moglo preživeti. Dakle, greška u postupanju lekara nije mogla uzrokovati gubitak šanse koju dete nikada nije imalo.¹⁰ Ako je pacijent imao 100% šanse da bude izlečen ili spasen a lekarska greška je uzrokovalo gubitak te šanse, tada je lekar odgovoran za krajnju štetu, a ne za izgubljenu šansu.

Izgubljena šansa je šteta koju takođe treba razlikovati od drugih šteta koje proizlaze iz grešaka u lečenju i može uključivati fizički bol i patnju, mentalnu patnju koja proizlazi iz pacijentove svesti da su šanse za preživljavanje izgubljene, pogoršanje stanja pacijenta, duže ili invazivnije medicinske tretmane, ožiljke, medicinske troškove, gubitak zajedništva, društva i društvenih veza i skraćivanje života (Férot, 2013, p. 597).

3.2. Oспорavanje primene instituta izgubljene šanse

Kritičari primene instituta izgubljene šanse kao najčešće razloge protiv njegove primene ističu argument da se šteta može nadoknaditi samo ako je izvesna, a ne hipotetička i da postoji veliki rizik u proceni iznosa takve štete. Pojedini autori ističu da izgubljena šteta kao šteta sama po sebi ne predstavlja ništa više od spekulativne, hipotetičke štete, a tužilac može tražiti naknadu štete samo za povrede koje su izvesne, a ne spekulativne (Liang, Low, 2014, pp. 100-103). Međutim, Vrhovni sud Masačusetsa je u slučaju *Masujama protiv Birnbauma* (*Matsuyama v. Birnbaum*, 2008), odbacio argumente tužene strane da se institut izgubljene šanse ne može primeniti zato što je statistička verovatnoća preživljavanja 'samo mogućnost' i stoga spekulativna, hipotetička. Sud se nije složio sa ovim stavom, podsećajući strane u sporu da je veličina verovatnoće različita od stepena sigurnosti sa kojim se ona može proceniti. Sud je ocenio da statistička stopa preživljavanja ne može konačno odrediti da li će određeni pacijent preživeti neko medicinsko stanje. Međutim, Sud je naglasio da stope preživljavanja nisu nasumična nagađanja. Zapravo, one

¹⁰ Ovaj princip, prema kojem pružalac zdravstvene nege ne može biti odgovoran za ishod koji bi se dogodio čak i u odsustvu nemara, nije ograničen samo na slučajeve izgubljene šanse. U presudi *Rewis protiv SAD*, iz 1974. godine presuđeno je da je uzrok smrti deteta bila smrtonosna doza aspirina koju je dete slučajno apsorbovalo, a ne kasniji propust lekara da dijagnostikuje trovanje, kao ni lekarev recept za aspirin, jer je stanje deteta već bilo beznadežno pre greške u postupanju lekara.

su procene zasnovane na podacima dobijenim i analiziranim na naučnoj osnovi i prihvaćene od relevantne medicinske zajednice kao deo repertoara dijagnoze i lečenja, primenjenih na specifične činjenice tužiočevog slučaja (*Matsuyama v. Birnbaum*, 2008).

Još jedan od argumenata protiv naknade izgubljene šanse je i argument u vezi sa poteškoćama u proceni iznosa štete u parnicama zbog lekarske greške, tačnije sumnja da izgubljena šansa ne može biti adekvatno kvantifikovana (*LeBlanc v. Barry*, 2001). Iako statistički podaci mogu biti pouzdani, oni ipak ne mogu sa apsolutnom sigurnošću definisati šta bi bio ishod pacijentovog stanja u slučaju da je lekar postupio kako valja. Stoga utvrđivanje naknade štete na osnovu statističke pretpostavke može dovesti samo do toga da će utvrđena nadoknada biti ili prevelika ili premala. U tom pogledu, slučajevi izgubljene šanse ne potpadaju pod stepen sigurnosti koji bi bio poželjan i na kojem zakon obično insistira pre nego što se lice može smatrati odgovornim. Odgovor na ove kritike svodi se na to da je mogućnost da se izgubljena šansa nadoknadi ipak najpravedniji pristup jer da nije bilo protivpravnog postupanja tuženog, ne bi bilo potrebno boriti se sa neizvesnošću šanse. Tuženi, koji je stvorio ovu nesigurnost, treba da snosi teret pružanja eventualno prevelike naknade štete pacijentu. Lice koje protivpravno postupi ne oslobađa se obaveze plaćanja naknade štete samo zato što se ona ne može utvrditi sa sigurnošću (Férot, 2013, p. 597; Wurdeman, 2014, p. 615; Jovičić & Vukadinović, 2023, pp. 142-143).

U mnogim oblastima prava sud je taj koji opredeljuje naknadu štete za povrede koje se ne mogu lako izračunati. Procena vrednosti izgubljene šanse stoga nije nemoguć zadatak. Generalno, šteta se, kako Ferot navodi, meri sledećom metodom (Férot, 2013, pp. 597-599). Prvo se procenjuju procenti šanse za povoljan ishod pre protivpravnog postupanja, potom i nakon protivpravnog postupanja. Drugo, procenat povoljnog ishoda nakon protivpravnog postupanja oduzima se od procenta povoljnog ishoda pre protivpravnog postupanja. Dobijeni iznos predstavlja procenat izgubljene šanse. Treće, ovaj neto procenat šanse se množi sa ukupnim iznosom odštete koja se obično daje za nepovoljan ishod. Ovo je iznos koji će tužilac dobiti. Ovo je metoda „proporcionalne dodele“. Dodela odštete je proporcionalna vrednosti konačnog ishoda. U situaciji gde je pacijent imao 40% šanse za preživljavanje i izgubio 20% šanse usled greške u postupanju lekara, proračun bi bio urađen korišćenjem sledeće metode. Procenat povoljnog ishoda nakon lekarske greške, tj. 20%, oduzima se od procenta povoljnog ishoda pre lekarske greške, tj. 40%. Procenat izgubljene šanse je 20%. Sud će zatim odrediti iznos naknade štete. Pretpostavljajući da je sud procenio ovaj iznos na milion evra, iznos će biti pomnožen sa procentom izgubljene šanse. Dobijeni iznos je 200.000 evra. Ovo je iznos koji će tužilac ili njegovi naslednici dobiti. Ova metoda procene je često kritikovana,

uglavnom zbog rutinskog prekomernog ili nedovoljnog obeštećenja pacijenata. Međutim, većina sudova je utvrdila da je takozvana „metoda proporcionalne dodele najprikladnija metoda za procenu vrednosti izgubljene šanse za povoljniji ishod, jer je to lako primenljiv proračun koji pošteno osigurava da se tuženom ne sudi za štetu koju nije prouzrokovao (Férot, 2013, p. 597).

Postoje i drugi načini. Vrhovni sud Mičigena, na primer, usvojio je „pristup značajne mogućnosti“, koji je varijacija metode proporcionalne dodele. Prema ovom pristupu, tužilac će dobiti isti iznos kao prema metodi proporcionalne dodele, ali samo ako tužilac može da dokaže da je izgubljena šansa bila značajna. Ako izgubljena šansa nije bila značajna, tužilac ne ostvaruje nikakvu odštetu prema teoriji izgubljene šanse (*Falcon v. Mem'l Hosp.*, 1990). Alternativno, procena štete može biti prepuštena odluci porote. U predmetu *Lblank protiv Barija (LeBlanc v. Barry*, 2001), sud Luizijane priznao je da je izgubljena šansa „poseban prepoznatljiv gubitak“ koji se ne može matematički precizno izračunati. Sud je zaključio da bi onaj ko utvrđuje činjenice trebalo da donese „subjektivnu procenu vrednosti tog gubitka“ (Wurdeman, 2014, p. 617).

Dalje, mnogi američki sudovi, bez obzira na to da li priznaju institut izgubljene šanse ili ga odbacuju, smatraju da tužilac ima osnov za tužbu samo ako su šanse koje je izgubio bile veće od polovine. Ovakav stav je proizvoljan. Kao što je Vrhovni sud Masačusetsa primetio u slučaju *Masujama protiv Birnbauma (Matsuyama v. Birnbaum*, 2008): „Kada verodostojni dokazi potvrde da je verovatnoća preživljavanja tužioca ili preminulog 49%, taj zaključak nije ništa spekulativniji od zaključka, zasnovanog na jednako verodostojnim dokazima, da je verovatnoća preživljavanja 51%.“ Vrhovni sud Kanzasa takođe je priznao da postoje opravdani razlozi javne politike da se ne pravi razlika između šansi za oporavak koje su veće i onih koje su manje od polovine. Sud je objasnio da takva razlika, u suštini, „proglašava otvoren lov na teško bolesne ili povređene osobe, jer bi pružaoci zdravstvene nege bili oslobođeni odgovornosti čak i za najgrublji oblik greške u lečenju ako bi pacijent imao samo 50% šanse (ili manje) da preživi bolest ili povredu čak i uz pravilno lečenje” (Liang, Law, 2014, p. 105; Wurdeman, 2014, p. 622). Shodno tome, segment društva koji često ima najmanje mogućnosti da donosi nezavisne odluke postaje prepušten na milost i nemilost zdravstvenih radnika koji im pružaju negu koja im spasava život. Pacijenti sa lošim izgledima za oporavak ili preživljavanje su oni kojima je najpotrebnija zaštita u parnicama zbog lekarske greške.

Do ove razlike u stavovima najčešće dolazi zato što sudovi redovno mešaju uzročnost i teret dokazivanja potreban za dokazivanje uzročnosti (Férot, 2013, pp. 599-603). Tužilac mora dokazati uzročnost na osnovu pretežnosti dokaza: činjenje okrivljenog koje je verovatnije da jeste nego da nije izazvalo povredu. Međutim, u mnogim slučajevima koji uključuju izgubljenu šansu, činjenica da je tuženi izazvao

izgubljenju šansu čak nije ni sporna, kao ni količina izgubljene šanse. U tim slučajevima, tužilac je dokazao izgubljenju šansu sa sigurnošću. Shodno tome, da li je procenat izgubljenih šansi iznad ili ispod 50% ne bi trebalo da bude od značaja. Zapravo, kada tužilac sa sigurnošću dokaže da je tuženi izazvao gubitak šanse za preživljavanje od 51%, tužilac je zapravo dokazao sa sigurnošću da se uzročna veza između lekarske greške i nepovoljnog ishoda ne može dokazati.

4. Naknada izgubljene šanse i aktuelni trendovi u evropskom privatnom pravu

Kada je reč o naknadi štete za izgubljenju šansu na evropskom kontinetu, u najmanje dvanaest evropskih pravnih sistema pojam izgubljene šanse je još uvek ili nepoznat ili odbačen (Graziano, 2008, p. 1023). Nemačka, Austrija, Švajcarska i Grčka spadaju u ovu kategoriju (Koch, 2010, pp. 110-112; Vedovatti, Isler, 2021, pp. 31-33). Druge zemlje koje nisu (bar još uvek) usvojile koncept izgubljene šanse su Mađarska, Češka, Slovenija, Estonija. U zemljama kao što su Francuska, Italija, Holandija, Hrvatska i Španija, koncept izgubljene šanse je dobro poznat i primenjuje se u mnogim različitim činjeničnim situacijama (Graziano, 2008, p. 1023).

Francuska je verovatno prva zemlja koja je primenila koncept izgubljene šanse još krajem XIX veka (G'Sell-Macrez, 2011, p. 1095). Dugi niz sudskih odluka potvrdio je da je izgubljena šansa (*perte d'une chance*) naknadiiva šteta u Francuskoj (Graziano, 2008, pp. 1009–1042; G'Sell-Macrez, 2011, pp. 1095-1099). Gubitak šanse se smatra direktnom i sigurnom štetom. Prema konceptu „izgubljene šanse“, u slučajevima neizvesne uzročnosti, činjenica koja pokreće građansku odgovornost je gubitak prilike sam po sebi i on predstavlja događaj koji uzrokuje građansku odgovornost. U Holandiji, na primer, delimična naknada štete dodeljuje se u slučajevima sa neizvesnom uzročnošću u predmetima utvrđivanja odgovornosti advokata kao i u parnicama zbog lekarskih grešaka (Winiger *et al.*, 2024, p. 30). U Španiji, sudovi takođe primenjuju institut izgubljene šanse. Međutim, španski sudovi štetu procenjuju veoma fleksibilno i ne povezuju nužno dodeljenu naknadu štete sa preciznim proračunom procenta izgubljene šanse. Na taj način izbegavaju utvrđivanje preciznih brojki verovatnoće i umesto toga dodeljuju žrtvama odštetu za nematerijalnu štetu (Martin-Casals, 2015, pp. 45-50; Winiger *et al.*, 2024, p. 35). I italijanski sudovi su usvojili mogućnost naknade izgubljene šanse. U jednom slučaju, kandidat je isključen sa prijemnog ispita bez opravdanja. Šezdeset sedam od devedeset sedam kandidata je položilo taj ispit. Sudovi su dodelili naknadu štete za izgubljenju šansu na osnovu toga što je šansa za uspeh bila veća od 50%. U parnicama zbog lekarskih grešaka, italijanski sudovi primenjuju institut izgubljene

šanse i na slučajeve sa stepenima verovatnoće manjim od 50% (Winiger *et al.*, 2024, pp. 36-37; Petrović, 2022, pp. 47-48). Engleski sudovi primenjuju institut izgubljene šanse na nekoliko kategorija slučajeva, ali odbijaju da ga primene u parnicama zbog grešaka u lečenju. Tako, na primer, prvi slučaj u engleskoj sudskoj praksi datira još iz davne 1911. godine – *Čaplin protiv Hiksa* (*Chaplin v. Hicks*, 1911). U ovom slučaju Sud je dodelio odštetu kandidatkinji koja nije bila adekvatno obavestena o intervjuu i na kraju je bila isključena iz takmičenja za mis, iako se kvalifikovala za njega. Bilo je nemoguće da dokaže da bi uspela na takmičenju. Sve što je mogla da dokaže bila je izgubljena šansa za uspeh, pa ovaj slučaj predstavlja jedan od ranih primera primene teorije izgubljene šanse. Škotsko pravo, kao i englesko pravo, pravi razliku između različitih kategorija slučajeva. U parnicama zbog grešaka u lečenju, sudovi odbijaju da dodele odštetu za izgubljenju šansu. Nasuprot tome, u slučajevima nemara advokata, princip odštete za izgubljenju šansu je dobro utvrđen te tužba može biti uspešna i bez potrebe da klijent dokaže da bi dobio spor da advokat nije bio nemaran (Graziano, 2008, p. 1024). U Portugaliji je jedan advokat osuđen da nadoknadi četvrtinu štete svom klijentu jer mu je uskratio 25% šanse za pobedu u sporu (Graziano, 2008, p. 1025; Winiger *et al.*, 2024, pp. 37-38). U Belgiji, slično kao u francuskom pravu, koncept izgubljene šanse se često primenjuje od strane sudova u slučajevima nemara advokata, parnicama zbog grešaka u lečenju, ali i drugim situacijama (Graziano, 2008, pp. 1026-1028). Jedna zanimljiva odluka belgijskog Kasacionog suda je 2004. godine dovela u pitanje koncept izgubljene šanse u Belgiji. U tom slučaju, mlada žena je primila ozbiljne pretnje od svog bivšeg partnera. Lokalna policija je bila obavestena o pretnjama i opasnosti koju je taj čovek predstavljao, ali nije preduzela nikakve mere zaštite. Na kraju je on ženu napao kiselinom, nanoseći joj teške povrede. Žrtva i njeni roditelji su tužili grad Lijež i belgijsku državu za naknadu štete zbog nemarnih propusta u preduzimanju mera zaštite. Apelacioni sud u Briselu dosudio je odštetu ženi. Sud je naveo da bi bilo nemoguće pružiti joj 100% zaštitu od takvog napada. Međutim, propust lokalne policije da reaguje lišio je ženu 80% šanse da izbegne napad. Izgubljena šansa bi, prema sudu, opravdala dodelu odštete u visini od 80% pretrpljene štete. Kasacioni sud je ukinuo presudu Apelacionog suda u Briselu navodeći da uzročna veza između nemarnog ponašanja i povrede žene mora biti dokazana sa sigurnošću kako bi potkrepila zahtev za odštetu. Bilo kakva preostala neizvesnost u pogledu uzročnosti mora dovesti do odbijanja tužbenog zahteva. Slučaj je zatim prosleđen Apelacionom sudu u Monsu na konačnu odluku. Apelacioni sud je zaključio da je uzročna veza između nemarnog propusta policije i javnog tužioca i napada na žrtvu dokazana sa sigurnošću i na kraju je dodelio punu odštetu žrtvi. Odluka Kasacionog suda iz 2004. godine naišla je na kritike u belgijskoj doktrini, a sudovi u Belgiji nastavili su da primenjuju koncept izgubljene šanse (Graziano, 2008, pp. 1026-1028).

Ovaj pregled primene instituta izgubljene šanse u evropskim državama pokazuje veliku sličnost sa njenom primenom u Americi. Primena je i u Evropi neujednačena. U mnogim zemljama ideja doktrine izgubljene šanse ili nije prihvaćena, ili je široko prihvaćena ili se primenjuje na određene kategorije slučajeva. Ono što jeste značajno to je činjenica da sudovi u Evropi primenjuju institut izgubljene šanse u sličnim situacijama.

5. Naknada izgubljene šanse u sudskoj praksi Republike Hrvatske

Naknada štete zbog izgubljene šanse dugo je prisutna i u sudskoj praksi Republike Hrvatske.¹¹ Odluka kojom ćemo se posebno baviti, je presuda Županijskog suda u Splitu, gde je nakon 16 godina dugog sudskog postupka, nakon revizije Vrhovnog suda, u ponovljenom postupku, Opštinski sud usvojio tužbeni zahtev tužioca i dosudio naknadu štete zbog izgubljene šanse u vrednosti od 530.000 evra (Županijski sud u Splitu, Gž-2879/2024-3 od 6. 11. 2024).¹² U ovom predmetu, dana 14. 1. 2005. godine sada pokojni S. J. primljen je na odeljenje KBCS zbog jake glavobolje. Dežurni lekari procenili su kako nema mesta smeštanju pacijenta na odeljenje psihijatrije, već su pokojnog S. J. radi opservacije smestili na odeljenje neurologije, zbog toga što se pokojni S. J. ranije, tokom 2000. godine, na tom odeljenju lečio pod dijagnozom *subarahnoidalne hemoragije* (krvarenje moždane ovojnice, dalje: SAH). Tokom noći, usred zime, u neodgovarajućoj odeći i obući, s braunilom u ruci, pokojni S. J. je samovoljno napustio bolnicu i došao svojoj kući, navodeći kako ne želi biti u bolnici. Pokojnog S. J. su iste noći u bolnicu vratili njegova supruga i njen otac. Primile su ga dežurne medicinske sestre i ponovo ga smestile na odeljenje neurologije a o čemu nisu obavestile dežurnu doktorku, što proizlazi iz njihovih iskaza, kao i iz iskaza dežurne doktorke. Prilikom jutarnje vizite, sestre su utvrdile da pokojni S. J. nije u svojoj sobi, a nakon potrage za njim, njegovo beživotno telo pronađeno je na južnoj strani zgrade KBCS. U zvaničnoj dokumentaciji kao razlog njegove smrti navedeno je da je S. J. izvršio samoubistvo. Županijski sud u Splitu je u svojoj presudi naveo da „je irelevantno da li bi život pokojnog S. J. bio spašen da je pozvan lekar ili bi sve završilo isto. Bitno u ovoj pravnoj stvari je činjenica da je medicinska sestra (za čije postupke tuženi odgovara) pokojnom S. J. uskratila

¹¹ Vid. Vrhovni sud Republike Hrvatske u obrazloženju koristi izgubljenju šansu u presudi posl. br. Rev x - 109/2013 na str. 3 i 4; u presudi posl.br. Rev-3009/2016 na stranici 5. odlomak 3. Obrazloženja. Takođe i Županijski sud u Zagrebu u presudi posl. br. Gž- 4638/16 obrazlaže izgubljenju šansu na stranicama 6. i 7. Obrazloženja; Općinski sud u Sisku u presudi posl. br. P-1238/2009 na stranici 14. odlomak 3. Obrazloženja.

¹² Presudu je autorima učinilo dostupnom Odvjetničko društvo „Mađarić i Lui”.

medicinsku pomoć, a time i moguću šansu za bolji ishod lečenja (preživljavanje) za slučaj da bi lekar: a) odredila sprovođenje određenih neuroloških pregleda koji bi pokazali svu ozbiljnost stanja pokojnog S. J. ili b) ga pak smestila na odeljenje psihijatrije gde je kretanje pacijenata pod kontrolom“ (Županijski sud u Splitu, Gž-2879/2024-3 od 6. 11. 2024). Sud dalje navodi da postoje dve mogućnosti, tj. načina kako se dogodio štetni događaj: ili se radilo o samoubistvu ili je pokojni S. J. bio smeten i dezorijentisan zbog krvarenja u mozgu (SAH) pa je iz bolesničke sobe izašao kroz prozor umesto kroz vrata. S obzirom na to da su svi saslušani veštaci samoubistvo isključili kao opciju, ostaje krvarenje u mozgu (SAH) kao onaj uzrok koji je najbliže i jedino (medicinski) logično objašnjenje pacijentovog ponašanja. Pri tome su tužioci posebno naglasili da i u samoj medicinskoj dokumentaciji (zapisnik o obdukciji od 16. 1. 2005) sam tuženi, KBCS, odbacuje samoubistvo kao uzrok nastanka štetnog događaja i realno pretpostavlja da je to krvarenje meke moždane ovojnice. Dakle, sam tuženi u svojoj dokumentaciji uspostavlja potrebnu uzročnu vezu između pretpostavljenog SAH-a i štetnog događaja. Spomenuto krvarenje meke moždane ovojnice moglo se dijagnostikovati da je pokojnog S. J. pri ponovnom povratku u bolnicu pregledao lekar, odnosno da mu je pri prvom prijemu, odnosno najkasnije pri ponovnom povratku u bolnicu, urađen CT. Nažalost, navedeno nije učinjeno. Sud dalje navodi da se konkretna situacija u pravnoj teoriji zemalja koje se duži niz godina intenzivno bave pitanjima medicinske greške to zove „teorija izgubljene šanse“ (*loss of chance*). Po toj teoriji, za štetu pacijentu odgovara se ako nije u potpunosti poštovan takozvani „standard postupanja“, to jest ako u celosti nije poštovana procedura postupanja s pacijentom u skladu s pravilima struke. Dakle, pacijent je „izgubio šansu“, te zbog greške u proceduri lečenja nije mu bila pružena prilika za bolji ishod lečenja. Drugim rečima, primenom pravilne procedure lečenja pacijentu bi bila pružena šansa da ishod njegovog lečenja bude bolji. Dalje se navodi da je odlučujući o tužbenom zahtevu, Sud imao u vidu i druge odluke hrvatskih sudova u kojima se, između ostalog, zaključuje da se radi utvrđivanja naknade štete usled greške u lečenju, kao i za utvrđivanje uzročne veze, ne traži da je propust sigurno i bez sumnje prouzrokovao smrt bolesnika, već je dovoljno da je pravilno postupanje (pregled i dijagnostika) moglo spasiti život bolesnika.¹³ Ova presuda, kao i druge presude na koje se Sud u ovom slučaju pozivao, jasno pokazuje da hrvatska sudska praksa prihvata teoriju „izgubljene šanse“ u parnicama zbog grešaka u lečenju te na taj način pacijentima u izvesnom smislu i garantuje veću zaštitu od lekarskih grešaka.

¹³ Vid. na primer presudu Vrhovnog suda Hrvatske, broj Rev-664/06: „Okolnost što je prilikom prijema i liječenja pravnog prednika tužitelja izostala potrebna dijagnostika, a što je dovelo do pogrešnog tretiranja i izostanka liječenja koje bi moglo spasiti život istog, u uzročnoj su vezi s njegovom smrću.“

6. Zaključci

Institut izgubljene šanse (*loss of chance doctrine*) omogućava oštećenom da podnese tužbu protiv lica koje je, u konkretnom slučaju, svojim ponašanjem umanjilo ili eliminisalo šansu za povoljan ishod oštećenog. Ovaj institut dobija sve više na razumevanju od trenutka kada se prvi put pojavio u angloameričkom i kontinentalnom sistemu prava. Ipak, veliki broj država i dalje odbija njegovu primenu, ponekad na temelju pogrešnih argumenata. S druge strane, neke države su odlučile da zanemare nesavršenost koja je inherentna institutu izgubljene šanse i usvoje stanovište da priznavanje izgubljene šanse kao prepoznatljive povrede dovodi do boljeg ostvarivanja dva osnovna cilja građanske odgovornosti: odvratanje od protivpravnog postupanja i namirenje.

Ovo istraživanje pokazalo je da se institut izgubljene šanse u velikoj meri primenjuje u parnicama zbog grešaka u lečenju kako na američkom tako i na evropskom kontinentu. To nije slučajno. Odnos lekar–pacijent na prvom je mestu odnos poverenja. Nepriznavanjem instituta izgubljene šanse u slučajevima lekarske greške primorava se strana koja je najmanje sposobna da spreči štetu da snosi posledice nemara strane koja je za to sposobnija. U tom smislu, institut izgubljene šanse oslanja se na princip pravičnosti i pruža veću zaštitu slabijoj strani u tom odnosu. Međutim, primena doktrine izgubljene šanse ima i širu primenu, našla je svoje mesto i u slučajevima poput izgubljene prilike za unapređenje u slučaju diskriminacije pri zapošljavanju ili izgubljene prilike za sticanje zarade u slučaju kršenja ugovora.

Imajući u vidu sve koristi koje primena ovog instituta sa sobom nosi, ali i dalje prisutnu neujednačenost u primeni, kako na evropskom tako i na tlu SAD, čini se da bi najprikladniji način za priznavanje ili odbacivanje *loss of chance doctrine* mogao biti put kroz zakonsko uređivanje. Javna rasprava koja bi uključila stručnu javnost bila bi korisna kako za utvrđivanje finansijskih implikacija implementacije ove teorije, nedoumica oko odmeravanja visine naknade, oblasti njene primene, ali i za procenu stavova stručne javnosti o njenoj primeni uopšte.

Literatura

- Férot, A. 2013. The Theory of Loss of Chance: Between Reticence and Acceptance, *Florida International University College of Law Review*, 8(591). Dostupno na: doi:<https://dx.doi.org/10.25148/lawrev.8.2.19>, 15. 2. 2025.
- Garner. B.A. (ed.). 2009. Black's Law Dictionary. 9th edition. Thomson Reuters.
- Graziano, K. T. 2007. La 'perte d'une chance' en droit privé européen: 'tout ou rien' ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine. In: Christine Chappuis/ Bénédict Winiger (Ed.). *Les causes du dommage*. Genève. Bâle. Helbing & Lichtenhahn, 2007. pp. 217-248. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité. Dostupno na: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44693>, 15. 2. 2025).
- Graziano, K.T. 2008. Loss of a Chance in European Private Law - 'All or nothing' or partial liability in cases of uncertain causation. In: *European Review of Private Law*, 16(6), pp. 1009-1042. Dostupno na: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44598> (15. 2. 2025).
- G'Sell-Macrez, F. 2011. Medical Malpractice and Compensation in France: Part I: The French Rules of Medical Liability since the Patients' Rights Law, 2002. *Chicago-Kent Law Review*, 86(3). pp. 1093-1124.
- Jovičić, K. & Vukadinović, S. 2023. *Neizvršenje ugovora, odgovornost i naknada štete*. Beograd: Institut za uporedno pravo. **Dostupno na:** https://iup.rs/wp-content/uploads/2024/02/2023-Monografija_197-WEB.pdf, 15. 2. 2025.
- Koch, B. 2010. The development of medical liability in Austria. In: Hondius Ewoud (ed.), *The Development of Medical Liability*. Cambridge University Press. pp. 108-131.
- King, J.H. Jr. 1981. Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. *Yale Law Journal*, 90, pp. 1353-1397. Dostupno na: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/16081/66_90YaleLJ1353_May1981_.pdf?sequence=2&isAllowed=y, 15. 2. 2025.
- Liang, J. S.W. & Low, K.Y. 2014. Recognising lost chances in tort law. *Singapore Journal of Legal Studies*. 2014, pp. 98-122. **Dostupno na:** https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1409 (15. 2. 2025).
- Martin-Casals, M. 2015. Proportional liability in Spain: A bridge too far? In: Martin-Casals, M. & Papayannis D.M. (ed.). *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge University Press. pp. 43-66.
- Petrović, M. 2022. Oboljenje Kovid 19 – povreda na radu ili profesionalna bolest? *Strani pravni život*, 66(1), pp. 43-58. Dostupno na: <https://www.stranipravnizivot.rs/index.php/SPZ/article/view/872/837> (15. 2. 2025).
- Reljanović, M. & Rajić Čalić, J. 2024. Menstrual leave and gender equality. *Strani pravni život*, 68(1), pp.1-14. Dostupno na: <https://www.stranipravnizivot.rs/index.php/SPZ/article/view/970/936> (15.2. 2025).
- Radišić, J. 2010. Odgovornost lekara u slučaju kad nije dovoljno sigurno da je njegova greška nanela štetu pacijentovom zdravlju. *Revija za pravo osiguranja*, 3, pp. 48-54. Dostupno na: <https://erevija.org/wp-content/uploads/2022/10/3-2010-3.pdf> (15. 2. 2025).

- Radišić, J. 2008. *Medicinsko pravo*, II prerađeno i izmenjeno izdanje. Beograd: Nomos.
- Simić, J. 2018. *Lekarska greška – građanska odgovornost zbog lekarske greške*. Beograd: Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union,.
- Schwartz, V.E. et al. 2024.** Prosser, Wade, and Schwartz's Torts, Cases and Materials. 15th Edition. University Casebook Series. Foundation Press.
- Vedovatti, M. & Isler, T., 2021. Article 17(1) RSTP and recoverability of the loss of a chance under Swiss Law. *ECA Legal Journal*, 1, pp. 29-40. Dostupno na: https://www.len-zstaehelin.com/fileadmin/user_upload/eca-legal-journal-issue-01.pdf, 15. 2. 2025.
- Wurdeman, M. 2014. Loss-of-Chance Doctrine in Washington: From Herskovits to Mohr and the Need for Clarification, *Washington Law Review*, 89(603). Dostupno na: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol89/iss2/11>, 15. 2. 2025.
- Wagner, J.K. & Meyer, M.N. 2021. Genomic medicine and the "loss of chance" medical malpractice doctrine. *HGG Adv.* 2(3):100032. pp. 1-9. Dostupno na: <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC8270012/>, 15. 2. 2025.
- Winiger, B. et al., (eds.). 2024. *Digest of European Tort Law. Vol. 4: Essential Cases on the Limits of Liability*. Berlin: De Gruyter.

Sudska praksa

- Broussard v. United States*, 989 F.2d 171, 172 (5th Cir. 1993). Dostupno na: <https://casetext.com/case/broussard-v-us-2> (15. 2. 2025).
- Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA) Dostupno na: https://www.trans-lex.org/382400/_/chaplin-v-hicks-%5B1911%5D-2-kb-786/ (15. 2. 2025).
- Doll v. Brown*, 75 F.3d 1200, 1206 (7. Cir. 1996) Dostupno na: <https://casetext.com/case/doll-v-brown> (15. 2. 2025).
- Gregg v. Scott* [2005] 2 A.C. 176 at para. 193 (H.L.) (Baroness Hale) Dostupno na: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050127/greg.pdf> (15. 2. 2025).
- Falcon v. Mem'l Hosp.*, 462 N.W.2d 44, 56 (Mich. 1990). Dostupno na: <https://case-law.vlex.com/vid/falcon-v-memorial-hosp-890408001> (15. 2. 2025).
- Hastings v. Baton Rouge General Hospital*, 498 So.2d 713 (La. 1986). Dostupno na: <https://casetext.com/case/hastings-v-baton-rouge-gen-hosp> (15. 2. 2025).
- Hardy v. Sv. Bell Tel. Co.*, 1996910 P.2d 1024, 1027 (Okla. 1996). Dostupno na: <https://casetext.com/case/hardy-v-southwestern-bell-telephone-co> (15. 2. 2025).
- Hicks v. United States*, 368 F.2d 626, 628-30 (4th Cir. 1966). Dostupno na: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/368/626/61535/> (15. 2. 2025).
- Kallenberg v. Beth Israel Hosp.*, 357 N.Y.S.2d 508 (N.Y. App. Div. 1974), aff'd, 337 N.E.2d 128, 128 (1975). Dostupno na: <https://casetext.com/case/kallenberg-v-beth-israel-hosp> (15. 2. 2025).
- LeBlanc v. Barry*, 790 So. 2d 75, 81 (La. Ct. App. 2001). Dostupno na: <https://casetext.com/case/leblanc-v-barry-1> (15. 2. 2025).
- Mandros v. Prescod*, 948 A.2d 304, 310 (R.I. 2008). Dostupno na: <https://casetext.com/case/mandros-v-prescod> (15. 2. 2025).

- Matsuyama v. Birnbaum*, 890 N.E.2d 819, 819 (Mass. 2008). Dostupno na: <https://casetext.com/case/matsuyama-v-birnbaum> (15. 2. 2025).
- Miller v. Allstate Ins. Co.*, 573 So. 2d 24, 29 (Fla. Dist. Ct. App. 1990). Dostupno na: <https://casetext.com/case/miller-v-allstate-ins-co-1> (15. 2. 2025).
- Rewis v. SAD*, 503 F.2d 1202, 1218 (1974). Dostupno na: <https://casetext.com/case/parents-involved-in-community-v-seattle-sch-2> (15. 2. 2025).
- Sidaway v. Bethlem Royal Hospital* [1985] A.C. 871 at 883H (H.L.); <https://www.globalhealth-rights.org/wp-content/uploads/2013/01/HL-1985-Sidaway-v.-Bethlem-Royal-Hospital-Governors-and-Ors..pdf> (15. 2. 2025).
- Vrhovni sud Republike Hrvatske, posl.br. Rev-3009/2016.
- Vrhovni sud Republike Hrvatske, posl. br. Rev x - 109/2013.
- Županijski sud u Splitu, Gž-2879/2024-3.
- Županijski sud u Zagrebu, posl. br. Gž- 4638/16.
- Općinski sud u Sisku, posl. br. P-1238/2009.

Internet izvori

- American Law Institute (ALI). Dostupno na: <https://www.ali.org/>, 15. 2. 2025.
- Chaudi, B. 2008. Something Was Obviously Wrong. *The Guardian*, 24 June 2008, Supplement, 18-19. Dostupno na: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2008/jun/24/healthandwellbeing.familyandrelationships>, 10. 1. 2025.

SPECIFIČNOSTI GRAĐANSKIH POSTUPAKA SA STRANIM ELEMENTOM I PROCESNI POLOŽAJ STRANIH DRŽAVLJANA PRED DOMAĆIM SUDOVIMA***

Sažetak

Predmet ovog rada je poseban pravni režim koji se primenjuje u građanskim postupcima u kojima je prisutan strani element i samo na fizička lica stranog državljanstva kada u njima učestvuju. Cilj rada je da skrene pažnju na potrebu aktuelizacije pitanja harmonizacije nacionalnih procesnih prava u ovim predmetima da bi se smanjila pravna nesigurnost, poboljšala efikasnost postupaka i redukovali njihovi troškovi. Istraživanje koje je sprovedeno primenom uporednopravnog, dogmatskopravnog i istorijskog metoda ukazalo je na moguće razloge takvog stanja. Polazna hipoteza koja se u zaključku potvrđuje je da su pomaci u ovoj oblasti mogući, ali da za to nije dovoljno da države imaju iste pravne ciljeve, već je pored toga potrebno da dele i zajednička politička, ekonomska pa i društvena očekivanja.

Ključne reči: procesne pravne norme, međunarodna nadležnost suda, međunarodna pravna pomoć, procesna pravda, harmonizacija građanskog procesnog prava.

* Doktorka pravnih nauka, viša naučna saradnica, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija.

E-mail: k.jovicic@iup.rs

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9803-5292>

Dr Katarina Jovićić je Odlukom Naučnog veća Instituta za uporedno pravo broj 670 od 31.07.2024. godine imenovana za mentora Đorđu Marjanoviću, M.A., istraživaču pripravniku Instituta za uporedno pravo i doktorandu Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Ovaj rad je jedan od rezultata mentorstva sa navedenim kandidatom.

** Master prava, istraživač pripravnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija.

E-mail: djordje2611@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5238-7292>

*** Ovaj rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta „Prilagođavanje pravnog okvira društvenim i tehnološkim promenama sa posebnim osvrtom na regulisanje veštačke inteligencije” koji u 2025. godini sprovodi Institut za uporedno pravo uz finansijsku podršku Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija (evidencioni broj: 451-03-136/2025-03/200049 od 4. 2. 2025).

SPECIFICS OF CIVIL PROCEEDINGS INVOLVING A FOREIGN ELEMENT AND THE PROCEDURAL STATUS OF FOREIGN NATIONALS TO THE DOMESTIC COURTS

Summary

The subject of this paper is the special legal regime applicable in civil proceedings involving a foreign element, limited exclusively to natural persons holding foreign nationality when participating in such proceedings. The aim of the paper is to highlight the need to actualize the issue of unification of national procedural laws in these cases, in order to reduce legal uncertainty, improve procedural efficiency, and reduce their costs. The research conducted through the application of comparative legal, doctrinal, and historical methods has pointed to potential reasons underlying the current state of affairs. The starting hypothesis, which is confirmed in the conclusion, is that progress in this area is possible, however, it is not sufficient for states to merely share the same legal objectives — it is also necessary for them to share common political, economic, and also social expectations.

Keywords: Procedural legal norms, International jurisdiction of the court, International legal aid, Procedural justice, Unification of civil procedure rules.

1. Uvod

Razlike između nacionalnih pravnih sistema mogu da otežaju odvijanje privatnopravnih odnosa u kojima je prisutan strani element. Ako se u takvom odnosu postavi sporno pitanje, a strani element je dovoljno značajan da aktivira primenu pravila međunarodnog privatnog prava, sud će odlučiti o sporu na osnovu pravila merodavnog materijalnog prava koje određuje polazeći od kolizionih normi sopstvenog prava.¹ Za razliku od toga, sudski postupak u ovim predmetima se odvija,

¹ Izuzetno, sud neće primeniti tako određeno merodavno pravo ako utvrdi da u datom slučaju postoji osnov zbog koga mu *lex fori* nalaže da odbije njegovu primenu. U uporednom pravu se u prvoj polovini XX veka izdvojio i drugi, takozvani američki model odabira merodavnog prava, čiji je najuporniji zastupnik bio profesor Fridrih Junger (Friedrich Juenger), koji se zalagao za to da sud primeni materijalne pravne norme koje najbolje odgovaraju datoj situaciji, te da bi se na taj način prevazišli nepoželjni ishodi do kojih dolazi primenom kolizionih pravnih normi, koji ne daju zadovoljavajuće rešenje za specifične probleme prekograničnih sporova. Međutim, većina država i dalje dolazi do merodavnog prava primenom kolizionih normi sopstvenog prava,

po pravilu, u skladu sa procesnim pravilima države suda. U pravnim sistemima koji počivaju na tradiciji rimskog prava dužnost suda da sledi domaća pravila postupka proizlazi iz činjenice da procesne pravne norme regulišu rad pravosuđa i predstavljaju deo javnog prava. Ni u anglosaksonskim pravima se ne dovodi u pitanje pravilo da sud primenjuje sopstvena pravila postupka, ali se to objašnjava pozivanjem na činjenicu da su ta pravila kreirana u skladu sa lokalnim običajima i tradicijom tako da odgovaraju domaćim sudovima, te da bi domaći sudovi imali teškoće da pravilno primene procesna pravila stranog prava. Ovo shvatanje dodatno se argumentuje navodima da stranke očekuju od suda da primenjuje domaća procesna pravila, da su domaća procesna pravila odraz teritorijalnog suvereniteta, kao i da bi primena stranog procesnog prava u određenim predmetima učinila neravnopravnim položaj stranaka u tim predmetima u odnosu na one u kojima se primenjuje *lex fori* (Fawcett & Garrett, 2012, pp. 10-15). Prisustvo stranog elementa u građanskim postupcima uzrokuje određene situacije koje su odraz upravo te činjenice, kao, na primer, potreba da se izvrši dostavljanje licu u inostranstvu, da se saslušaju svedoci ili izvedu drugi dokazi u inostranstvu, da se utvrdi sadržina stranog prava itd. U rešavanju ovih pitanja domaći sud sarađuje sa stranim sudovima, i to po pravilima koja su formulisana u domaćim procesnim propisima ili u prihvaćenim međunarodnim ugovorima. U predmetima u kojima je strani element izražen tako što je stranka u postupku strani državljanin, nameće se i pitanje procesnopravnog položaja stranca, koje se takođe reguliše domaćim procesnim pravilima i/ili prihvaćenim međunarodnim ugovorima.

U ovom radu se razmatraju specifična pravila koja su deo nacionalnih procesnih zakona i čiji je cilj da omoguće odvijanje i okončanje građanskih postupaka sa stranim elementom pred domaćim sudovima, a pored toga se razmatra i poseban pravni režim koji se primenjuje samo na fizička lica stranog državljanstva kada učestvuju u postupcima pred domaćim sudovima, čiji je cilj da tim licima omoguće dostizanje procesne pravde pred domaćim sudovima. Cilj rada je da skrene pažnju na potrebu za aktuelizacijom pitanja harmonizacije nacionalnih procesnih prava u delu koji se odnosi na privatnopravne postupke u kojima je prisutan strani element, što je potrebno da bi se smanjila pravna nesigurnost, poboljšala efikasnost sudskih postupaka i redukovali njihovi troškovi. Harmonizacija građanskog procesnog prava, uprkos koristima koje bi se time postigle, ne odvija se željenim tokom i u radu se izlažu mogući razlozi koji taj proces otežavaju. Istovremeno, ukazuje se da primeri uspešne harmonizacije građanskog procesnog prava između država postoje, ali da su retki u praksi.

možda zbog uverenja da je to manje zlo nego prihvatanje američkog sistema. Vid. Reimann, 2006, pp. 1374-1375.

2. O razgraničenju supstancijalnih i procesnih pravnih normi

Na razlikovanje materijalnih (supstancijalnih) i procesnih pravnih normi je već u XIV veku ukazao Baldus,² koji je pravne norme razdvojio u dve grupe: prvu je označio kao *ad ordinarem litem*, što se odnosi na pravila koja sudija primenjuje kada vodi postupak, a drugu kao *ad decidendam litem* koja obuhvata pravila na osnovu kojih se rešava predmet spora (Fawcett & Garrett, 2012, p. 6).³ Ovo gledište su podržali autori koji su delovali na prostorima kontinentalnih prava i ono se ne dovodi u pitanje do današnjih dana. Međutim, linija razgraničenja između procesnih i materijalnih pravnih normi nije uvek bila jasna i u početku je odluka o tome bila prepuštena sudovima, ali se s vremenom ta neizvesnost gotovo izgubila (Fawcett & Garrett, 2012, pp. 6-7).

U engleskom pravu, kao i drugim pravima koja su se formirala pod njegovim uticajem, takođe se pravi podela pravnih normi na materijalne i procesne, ali ne po istom kriterijumu kao u kontinentalnim pravima. Ova prava, naime, polaze od toga da supstancijalne pravne norme određuju da li postoji neko subjektivno pravo, kao i da li je to pravo povređeno, dok procesne norme regulišu način na koji se povređena subjektivna prava štite u sudskom postupku (Garnett, 2022, pp. 119-120).⁴ Zbog ovako određene podele pravnih normi veći broj pitanja se u tim pravima smatra delom procesnog prava nego što je to slučaj u kontinentalnim pravima, a to, dalje, znači da se veći broj pitanja rešava po zakonima suda pred kojim je pokrenut postupak. U kojoj meri to utiče na ishod spora i izaziva pravnu neizvesnost adekvatno ilustruje primer primene instituta zastarelosti potraživanja, koji je u engleskom pravu institut procesnog prava, a u kontinentalnim pravima je institut materijalnog prava. Pretpostavimo da je nastao spor zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe i da je tužba podneta pred engleskim sudom. Nakon što utvrdi da je međunarodno nadležan, engleski sud će po službenoj dužnosti ispitati da li su ispunjene procesne pretpostavke za vođenje spora, uključujući i da li je tužba zastarela. O ovom pitanju sud će odlučiti na osnovu pravila domaćeg procesnog prava. Kada utvrdi da je tužba zastarela po *lex fori*, sud neće raspravljati o tužbenom zahtevu jer u engleskom pravu nastupanje zastarelosti predstavlja procesnu prepreku za pokretanje sudskog postupka. Pretpostavimo, dalje, da su

² Profesor Baldus (Baldus de Ubaldi) pripadao je školi postglosatora. Vid. *Hrvatska enciklopedija*, mrežno izdanje. Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2013-2025.

³ Vid. i Sajko, 2005, pp. 16-19; Varadi, Bordaš, Knežević & Pavić, 2007, pp. 224-232; Mitrović & Kumpan, 2014, pp. 25-27; Šaula, 2019, p. 20.

⁴ Sud pred kojim se postavlja pitanje kvalifikuje pravni institut, po pravilu, takođe na osnovu *lex fori*. Više o specifičnostima kvalifikacije u međunarodnom privatnom pravu vid. Kitić, 2016, pp. 124-131; Varadi, 1990, pp. 60-68; Čolović, 2018, pp. 7-9.

strane ugovornice ugovorile primenu francuskog prava, kao merodavnog prava, na njihov ugovor (ili bilo koje drugo pravo u kome je zastarelost institut materijalnog prava). Engleski sud, koji inače prihvata autonomiju volje ugovornih strana u pogledu određivanja merodavnog materijalnog prava, neće uzeti u obzir pravila francuskog prava o zastarelosti potraživanja zato što je to pitanje procesnog prava po *lex fori*, što takvo ugovorno raspolaganje stranaka čini zabranjenim pred engleskim sudom. U tim okolnostima mogući su različiti ishodi spora u zavisnosti od toga da li se rokovi zastarelosti po engleskom i francuskom pravu poklapaju ili ne. U prvom slučaju, kad su isti rokovi zastarelosti, razlika u pravnoj prirodi zastarelosti ne bi imala praktični značaj. Međutim, ako bi rok zastarelosti u francuskom pravu bio duži nego što predviđa englesko pravo, tužilac ne bi mogao da realizuje pravo na potraživanje u sudskom postupku nakon što nastupi zastarelost prema engleskom pravu uprkos činjenici da je ugovorena primena francuskog prava i da potraživanje po francuskom pravu nije zastarelo.⁵ U slučaju da se o istom sporu raspravlja pred francuskim sudom i pod pretpostavkom da je sud utvrdio da je za ugovor merodavno englesko pravo, francuski sud ne bi ni mogao da odlučuje o zastarelosti potraživanja zato što ne primenjuje strano procesno pravo, a pitanje zastarelosti potraživanja je po engleskom pravu (ugovorenom merodavnom materijalnom pravu) institut procesnog prava.⁶

U pravu Evropske unije (dalje: EU), problem različite linije razgraničenja procesnih od supstancijalnih pravnih normi u bitnoj meri je prevaziđen nakon stupanja na snagu dva ključna instrumenta koja regulišu pitanje merodavnog prava: Uredba Rim I⁷ i Uredba Rim II.⁸ U oba izvora su procesna pravila određena na način koji je bliži shvatanju karakterističnom za kontinentalna prava,⁹ ali linija razgraničenja između supstancijalnih i procesnih pravnih normi nije postavljena

⁵ Primer je inspirisan primerom u Sono, 1975, p. 1128.

⁶ Detaljnije o ovome vid. Jovičić, 2024, pp. 26-29.

⁷ Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2008. godine o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze (Rim I).

⁸ Uredba (EZ) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 11. jula 2007. godine o pravu koje se primenjuje na vanugovorne obaveze (Rim II).

⁹ Velika Britanija je nakon Bregzita donela poseban zakon koji reguliše sukob zakona u ugovornim i vanugovornim odnosima (Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations /Amendment etc./ /EU Exit/ Regulations 2019), koji je počeo da se primenjuje na dan izlaska Velike Britanije iz EU. Ovim propisom su preuzeti pravni režimi Uredbe Rim I i Uredbe Rim II, uz izuzetak njihovih odredaba koje su prestale da budu relevantne za Veliku Britaniju nakon što je ona istupila iz EU. Vid. Obrazloženje uz navedeni zakon: https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2019/834/pdfs/ukxiem_20190834_en.pdf (28. 2. 2025). Detaljnije o razgraničenju materijalnih i procesnih pravila u pojedinim *common law* pravima vid. Garnett, 2022, pp. 120-121.

nekim opštim pravilom, već se razlika između njih određuje na osnovu pojedinačnih pravila o određenju merodavnog prava za konkretna pitanja. Na primer, propisano je da je za formalnu punovažnost pravnog akta merodavno pravo mesta gde je taj akt preduzet (*lex loci actus*) (čl. 21 Rim II; čl. 9(1) Rim I), da je za postojanje, prirodu i odmeravanje naknade štete merodavno pravo koje je merodavno za vanugovorne, odnosno ugovorne odnose (u zavisnosti od toga da li je šteta ugovorna ili vanugovorna) (čl. 15(1)(c) Rim II; čl. 10(1)(c) Rim I), da je za zastarelost potraživanja merodavno pravo koje je merodavno za ugovor ili vanugovorni odnos na osnovu koga je to potraživanje nastalo (čl. 15(1)(h) Rim II; čl. 10(1)(d) Rim I)¹⁰ itd. Oba akta sadrže i opšte pravilo po kome su pitanja koja se odnose na dokaze i postupak izričito isključena od njihove primene (čl. 1(3) Rim II; čl. 1(3) Rim I) što znači da će se ona rešavati po *lex fori*.¹¹ Foset i Garnet navode da je jedan od ciljeva regulisanja pravila međunarodnog privatnog prava na ovaj način bio da se smanji obim primene prava foruma na prostoru EU, bar kada je reč o primeni engleskih pravila međunarodnog privatnog prava (Fawcett & Garnett, 2012, p. 38).¹²

Određivanje merodavnog prava transnacionalnim instrumentom reguliše i Interamerička konvencija o pravu merodavnom za međunarodne ugovore iz 1994. godine,¹³ koju su ratifikovale Bolivija, Brazil, Urugvaj, Meksiko i Venecuela. Pravila ove konvencije su uzeta u obzir prilikom formulisanja Načela izbora prava u međunarodnim trgovinskim ugovorima,¹⁴ ali taj izvor nije pravno obavezujući, već predstavlja instrument takozvanog mekog prava (*soft law*) koji daje smernice za rešavanje sukoba zakona u trgovinskim ugovorima i tako promoviše ujednačenost u ovoj oblasti.

¹⁰ Na osnovu toga se zaključuje da su oba izvora prava uredila pitanje zastarelosti potraživanja u skladu sa gledištem koje je vladajuće u kontinentalnim pravima.

¹¹ Obe uredbe predviđaju posebno pravilo po kome se teret dokazivanja odlučuje na osnovu prava suda (*lex fori*), odnosno po pravu mesta gde je jednostrano preduzeta radnja (vanugovorna ili ugovorna) za pitanje formalne punovažnosti te radnje. Vid. čl. 22(1) Rim I i čl. 18(1) Rim I.

¹² Vid. i Cov, Merrett & Smith, 2020, p. 5. Položaj engleskih sudova je bio veoma komplikovan zbog rešavanja pitanja zastarelosti potraživanja po pravilima *lex fori*. Da bi sačuvali svoj međunarodni ugled kao kompetentni i pouzdani sudovi za rešavanje međunarodnih trgovinskih sporova, 1984. godine usvojen je poseban propis kojim se dopušta da se pitanje zastarelosti potraživanja raspravi po pravilima stranog prava. Vid. više Jovičić, 2024, pp. 27-28.

¹³ *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas*. Konvencija je potpisana 17. marta 1994. godine, a stupila je na snagu 15. decembra 1996. godine. Tekst Konvencije je dostupan na: <https://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html>.

¹⁴ *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* usvojeni su 19. marta 2015. godine, pod okriljem Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Dostupno na: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text-t/?cid=135>.

3. Značaj određivanja međunarodne nadležnosti domaćeg suda

U građanskim sporovima u stvarima sa međunarodnim elementom postavlja se pitanje pred sudom koje države treba pokrenuti postupak sudske zaštite. Pravila o međunarodnoj nadležnosti domaćih sudova su slična pravilima za određivanje opšte i posebne mesne nadležnosti sudova jedne države.¹⁵ Prema opštem pravilu, međunarodna nadležnost suda se određuje prema mestu prebivališta tuženog, pa i mestu njegovog boravišta. Pravila o opštoj međunarodnoj nadležnosti se redovno dopunjuju posebnim pravilima, kojima se nadležnost domaćeg pravosuđa proširuje i na predmete u kojima se raspravljaju određene kategorije odnosa, na primer u bračnim sporovima, sporovima povodom odnosa između roditelja i dece, sporovima koji se odnose na zakonsko izdržavanje, naslednopravne odnose, stvarnopravne odnose, u sporovima o vanugovornoj odgovornosti za štetu itd. Pored opšte i posebne međunarodne nadležnosti, države redovno predviđaju i isključivu međunarodnu nadležnost domaćih sudova. Reč je o izuzetnoj međunarodnoj nadležnosti u predmetima za čije rešavanje je domaće pravosuđe posebno zainteresovano, po pravilu radi zaštite vitalnih državnih i društvenih interesa.¹⁶ Isključiva nadležnost domaćeg suda se određuje po principu *numerus clausus* i to ograničenje je potrebno da bi se onemogućilo neopravdano proširenje nadležnosti domaćeg pravosuđa, što je u interesu odnosa međunarodne saradnje između država. Konačno, većina pravnih sistema prihvata da stranke mogu u propisanim granicama da ugovore i nadležnost stranog suda i to je, po pravilu, dopušteno u predmetima međunarodnih ugovornih odnosa.

Pravila o međunarodnoj nadležnosti domaćih sudova regulišu se nacionalnim propisima, a mogu se urediti i međunarodnim ugovorima, u kom slučaju se postiže smanjenje eventualnog problema sukoba jurisdikcija, obezbeđuje pravna sigurnost i efikasno odvijanje pravnog prometa. Međutim, međunarodne konvencije koje rešavaju ovaj problem na međudržavnom nivou nisu brojne, sa izuzetkom država koje funkcionišu na zajedničkom tržištu. Tako je u EU osnovni izvor prava za određenje međunarodne nadležnosti država članica Uredba o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (dalje: Konvencija Brisel I).¹⁷ Konvencija određuje opštu nadležnost sudova prema preb-

¹⁵ Tako se u mnogim zakonodavstvima pravila o mesnoj nadležnosti primenjuju putem analogije i u funkciji pravila o međunarodnoj nadležnosti (Varadi, 1990, pp. 324-326).

¹⁶ Ako bi strani sud rešio predmet suprotno ovom ograničenju, njegova odluka ne bi bila priznata u državi suda čija je isključiva nadležnost povređena. Sud koji je isključivo međunarodno nadležan će odbiti i prigovor međunarodne litispendencije ako utvrdi da se postupak između istih lica i po istom predmetu vodi pred sudom strane države, bez razmatranja da li je pred stranim sudom spor pokrenut pre nego pred domaćim sudom.

¹⁷ Prvi dokument u kome se ujednačavaju procesna pravila na prostoru Evropske zajednice je

ivalištu tuženog na teritoriji neke od država članica, bez obzira na to da li on ima i državljanstvo u državi članici (čl. 2-3 Konvencije Brisel I). Pored toga, predviđena je i posebna međunarodna nadležnost nacionalnih sudova u određenim predmetima, što je regulisano u okviru čl. 7-9 Konvencije.¹⁸ Konvencija Brisel I sadrži i pravila o specijalnoj nadležnosti u predmetima u kojima se rešavaju sporovi iz oblasti osiguranja, potrošačkih ugovora i pojedinačnih ugovora o radu (čl. 13-15 Konvencije Brisel I). Konačno, propisana je i isključiva nadležnost suda države članice EU,¹⁹ a dopušteni su i ugovori kojim stranke ugovaraju međunarodnu nadležnost suda države članice EU u određenim predmetima (čl. 25-26 Konvencije Brisel I). Pravila Konvencije Brisel I su značajno uticala na rešenja Konvencije Lugano o nadležnosti i priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka iz 2007. godine koja se primenjuje između EU i drugih država sa kojima EU ima razvijenu saradnju u građanskim i trgovačkim stvarima.²⁰

Konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima od 27. septembra 1968. godine (Briselska konvencija). U međuvremenu je ovaj tekst pretrpeo sadržinske i formalne promene, a aktuelna verzija ovog dokumenta, koji se primenjuje od 1. januara 2015. godine, jeste Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Saveta od 12. decembra 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, koja je objavljena u *Službenom listu EU*, br. L 351/1. Prečišćen tekst dostupan je na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02012R1215-20150226> (8. 5. 2025). Pitanje nadležnosti kao i priznanje i izvršenje presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu regulisano je posebnim dokumentom (Uredba EZ br. 1347/2000, stavljena van snage Uredbom Saveta /EZ/ br. 2201/2003 koja je zamenjena Uredbom Saveta /EU/ 2019/1111 od 26. juna 2019. godine o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću te o međunarodnoj otmici dece /Konvencija Brisel II/, *Službeni list EU*, br. L 178/1 od 2. jula 2019. godine).

¹⁸ Posebna međunarodna nadležnost se ustanovljava za pojedini privatnopravni odnos, odnosno više sličnih ili za celu kategoriju privatnopravnih odnosa sa stranim elementom. Vid. čl. 7-9 Konvencije Brisel I.

¹⁹ Prema čl. 24 Konvencije, isključivo su nadležni sudovi države članice EU u: 1) postupcima čiji su predmet stvarna prava ili stanarsko pravo na nepokretnostima – nadležan je sud države na čijoj se teritoriji te nepokretnosti nalaze; 2) u postupcima čiji je predmet punovažnost osnivanja, ništavost ili prestanak trgovačkih društava ili drugih pravnih lica ili udruženja fizičkih ili pravnih lica, odnosno odluka njihovih tela, nadležni su sudovi države ugovornice u kojoj to društvo, pravno lice ili udruženje ima sedište; 3) postupcima koji se odnose na punovažnost unosa u javne registre nadležan je sud države u kojoj se vodi registar; 4) postupcima čiji je predmet registracija ili punovažnost patenata, žigova, dizajna ili drugih sličnih prava koja je potrebno položiti ili registrovati, nadležni su sudovi države u kojoj je podnet odgovarajući zahtev, odnosno u kojoj su oni sprovedeni ili se smatraju sprovedenim na osnovu odredaba određene međunarodne konvencije; 5) u postupcima koji se odnose na izvršenje sudskih odluka nadležni su sudovi države u kojoj je sudska odluka izvršena ili je tek treba izvršiti.

²⁰ Konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršavanju stranih sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, *Službeni list EU*, br. L 147/5 od 10. juna 2009. godine, dostupno na: <https://eur-lex>.

Pojedina pravila o međunarodnoj nadležnosti sadrže i Haška konvencija o sporazumima o izboru suda iz 2005. godine,²¹ neke konvencije usvojene pod okriljem Haške konferencije o međunarodnom privatnom pravu,²² kao i druge bilateralne i međunarodne konvencije koje regulišu pitanje međusobnog priznanja i izvršenja stranih sudskih i arbitražnih odluka. Pravila o međunarodnoj nadležnosti suda se često sagledavaju kao tehnički deo propisa koji reguliše građanski postupak, od kojih zavisi samo da li će se postupak voditi efikasno i pravično. Međutim, praktični značaj činjenice da se sud određene države ogласio međunarodno nadležnim u jednom predmetu nije ograničen samo na način odvijanja građanskih postupaka već ona bitno utiče i na meritorno rešenje sudskog spora. Pre svega, pravo suda značajno utiče na određenje materijalnog prava koje će biti merodavno za sporno pitanje zato što sud o tome odlučuje polazeći od sopstvenih kolizionih normi.²³ Da bi odredio koju kolizionu normu treba da primeni, sud kvalifikuje faktičku situaciju takođe po pravilima sopstvenog prava da bi je podveo pod pravnu kategoriju, odnosno tačku vezivanja, te i na taj način pravo suda utiče na odabir merodavnog prava i rešenje spornog pitanja.²⁴ Dalje, *lex fori* opredeljuje način na koji sud utvrđuje sadržinu merodavnog stranog prava,²⁵ a ako iz nekog razloga strano pravo nije moguće utvrditi,

europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:22009A0610(01)#tit_1. Amandmani na tekst Konvencije su uneti 2016. godine, neformalan prečišćen tekst je dostupan na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02009A0610%2801%29-20160411>

²¹ *The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, dostupno na: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98> (21. 3. 2025).

²² Na primer, *Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, dostupno na <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=78>

²³ Od prava suda zavisi i da li će se primeniti ustanova uzvraćanja i upućivanja (*renvoi*), što takođe bitno utiče na određenje merodavnog materijalnog prava. Ovo zato što ako *lex fori* prihvata ustanovu uzvraćanja i upućivanja, onda će konačno merodavno pravo odrediti koliziona norma države na koju je uputila koliziona norma suda. U suprotnom slučaju, primenom kolizione norme države suda merodavno pravo je definitivno određeno.

²⁴ Sud se, naime, može naći u dilemi kako da postupi kada treba da podvede činjenično stanje konkretnog predmeta pod pravnu kategoriju i tačku vezivanja zato što različiti pravni poreci daju istim činjenicama različita značenja, na primer da li se neka stvar smatra pokretnom ili nepokretnom, da li je mesto zaključenja ugovora između odsutnih lica u mestu (zemlji) iz koje je odaslat prihvrat ponude ili u mestu (zemlji) u kojoj je primljen prihvrat ponude itd. Za razlikovanje pokretnih od nepokretnih stvari u uporednom pravu vid. Jovičić & Vukadinović, 2021, pp. 134-136.

²⁵ U odnosu na ovo pitanje značajna je razlika između prava *common law* i kontinentalnih prava u tom smislu što se u prvoj grupi sudovi oslanjaju na dokaze o sadržini stranog prava koje podnose zainteresovane stranke i ako one to propuste da učine sud će primeniti sopstveno pravo, dok je u pravima druge grupe sud, po pravilu, dužan da zna pravo, a to, dalje, znači da je njegova dužnost da po službenoj dužnosti utvrdi sadržinu stranog prava. Za englesko pravo vid. Briggs, 2002, pp. 3-7; za domaće pravo vid. Kitić, 2016, pp. 162-163.

onda će se spor rešiti u skladu sa pravilima države suda. Pored toga, u postupcima u kojima je prisutan strani element, sud primenjuje domaće pravne norme neposredne primene, koje isključuju primenu kolizionih pravnih normi i samim tim mogućnost da se pitanje koje uređuju norme neposredne primene rešava po pravilima stranog prava.²⁶ Konačno, na osnovu *lex fori* sud određuje i da li su ispunjeni uslovi zbog kojih se odbija primena stranog prava do koga je dovela koliziona norma, što se, po pravilu, predviđa da bi se zaštitio javni poredak i/ili sprečilo izigravanje zakona.

U novijoj pravnoj literaturi ukazuje se na još jedan aspekt uticaja međunarodne nadležnosti sudova i to kao značajnog globalnog pitanja koje može da uzrokuje negativni uticaj na životnu sredinu. Objašnjenje za ovu tvrdnju polazi od činjenice da međunarodno trgovanje na globalnom tržištu uslovljava povećanje broja sporova u kojima je prisutan strani element te da su učesnici u tim sporovima prinuđeni da, zbog fizičke udaljenosti od postupajućeg suda, koriste međunarodna sredstva prevoza da bi mogli da učestvuju u postupku. Međunarodno nadležnom sudu treba dostaviti i dokumentaciju koja se prezentuje u postupku, što se, takođe, odvija putem sredstava međunarodnog transporta. Tako uvećani međunarodni transport utiče na povećanje potrošnje goriva i s tim u vezi na porast globalne emisije ugljen-dioksida. Ovaj problem je specifičan i značajan zato što izmiče kontroli država s obzirom na to da su izvori ovih štetnih emisija prekogranični i/ili uključuju međunarodni vazdušni prostor pa ih države ne uzimaju u obzir kada formulišu programe zaštite životne sredine, zbog čega se ne preduzimaju ni potrebne mere za njegovo rešavanje.²⁷

4. Potreba za međunarodnom pravnom pomoći

Državni sudovi deluju u granicama zemlje za koju su osnovani, ali se određene procesne radnje u postupku koji se vodi pred međunarodnim nadležnim sudom mogu sprovesti i na teritoriji strane države. Na primer, može da se izvede dokaz saslušanjem svedoka, sprovede veštačenje, dostavi pismeno licu u inostranstvu, da se sazna sadržina stranog prava itd. Procesne radnje na teritoriji strane države ne

²⁶ Norme neposredne primene se primenjuju u odnosima sa elementom inostranosti mimo kolizionih normi. One su formulisane sa ciljem da regulišu pitanja koja zahtevaju poseban tretman zato što su toliko važna za državu koja ih donosi da se ne može prepustiti da se ta pitanja rešavaju primenom stranog prava. Na prvi pogled očigledna je sličnost između normi neposredne primene i javnog poretka, ali je između njih bitna razlika u tome što se norme neposredne primene foruma primenjuju bez prethodne konsultacije kolizionih normi, dok intervencija javnog poretka dolazi nakon što je utvrđeno da je za odnos u pitanju merodavno strano pravo. Detaljnije vid. Varadi, 1990, pp. 127-129. Vid. i Colović, 2022, pp. 357-362.

²⁷ Vid. Mills, 2024, pp. 1-25.

izvodi sud koji vodi postupak u kome se pojavila takva potreba, već, po pravilu, nadležni organi strane države na čijoj teritoriji treba preduzeti te radnje, u skladu sa propisanom ili dogovorenom procedurom odvijanja međunarodne pravne pomoći. Bez pružanja pravne pomoći sudski sporovi bi bili manje efikasni, a bez pružanja međunarodne pravne pomoći sudski sporovi u kojima je prisutan strani element bi teško mogli da se okončaju.

Sudovi, odnosno nadležni organi koji učestvuju u postupku pružanja međunarodne pravne pomoći po pravilu ne sarađuju neposredno, već komuniciraju diplomatskim putem, odnosno na način koji je predviđen međunarodnim ugovorom čije su obe države potpisnice. Postupak se inicira zamolnicom suda koji traži pravnu pomoć, kojom se moli nadležni organ druge države da u okviru svojih ovlašćenja sprovede određene procesne radnje za potrebe sudskog postupka koji je u toku pred sudom koji šalje zamolnicu.²⁸ U pitanju je formalan pravni postupak koji se odvija po propisanoj proceduri i svaka država u tom postupku primenjuje sopstvena procesna pravila, koja mogu biti formulisana u domaćim procesnim zakonima ili u potpisanim međunarodnim ugovorima.

Pružanje međunarodne pravne pomoći je uobičajeni postupak u savremenom uporednom pravu i uspešno se odvija zahvaljujući međunarodnim ugovorima koji ga regulišu i koje su prihvatile brojne države širom sveta. Najznačajniji doprinos u razvoju ove oblasti bez sumnje pripada Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo, pod čijim okriljem je polovinom prošlog veka (1954. godine) zaključena Konvencija o građanskom sudskom postupku.²⁹ Tri decenije nakon toga, zaključena je i druga konvencija, koja takođe reguliše odvijanje međunarodne pomoći, koja je unapredila taj postupak na osnovu iskustva u primeni Haške konvencije iz 1954. godine. Reč je o Konvenciji o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima iz 1980. godine (Zakon o ratifikaciji Konvencije o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima, 1988).³⁰ Pored toga, važno je istaći i Hašku konvenciju o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1970. godine (Zakon o potvrđivanju Konvencije o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovačkim stvarima, 2010).³¹ Osim pomenutih multilateralnih

²⁸ Postupak pravne pomoći se uobičajeno odvija i između sudova iste države, kada treba svesti procesne radnje na teritoriji za koju je mesno nadležan drugi sud, a ne sud koji vodi postupak.

²⁹ Uredba o ratifikaciji Konvencije o građanskom postupku, 1962. Ova konvencija ima 49 država ugovornica. Status je dostupan na: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=33> (28. 4. 2025).

³⁰ Ova konvencija ima 103 države ugovornice. Status je dostupan na: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (28. 4. 2025).

³¹ Ova konvencija ima 20 država ugovornica. Status je dostupan na: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>, (8. 5. 2025).

međunarodnih konvencija, u uporednom pravu su zaključeni i brojni bilateralni međunarodni ugovori o pružanju međunarodne pravne pomoći, kojima se taj postupak prilagođava specifičnim odnosima i potrebama država potpisnica. Republika Srbija je, na primer, zaključila ukupno 33 bilateralna međunarodna ugovora o pravnoj pomoći u građanskim stvarima,³² uključujući i ugovore sa svim državama nastalim na prostoru bivše Jugoslavije. Sa potonjom grupom država dogovoreni su pravni režimi koji značajno pojednostavljaju postupak pružanja međunarodne pravne pomoći. Naime, u prva dva takva ugovora, zaključena sa Hrvatskom (1997. godine) i Bosnom i Hercegovinom (2005. godine), dogovoreno je da se taj postupak odvija neposredno preko ministarstava nadležnih za poslove pravosuđa.³³ U bilateralnim ugovorima koji su zaključeni nešto kasnije sa Crnom Gorom (2009. godine), Severnom Makedonijom i Slovenijom (2011. godine),³⁴ dogovoreno je da sudovi međusobno neposredno komuniciraju, što je najjednostavniji vid pružanja međunarodne pravne pomoći.

Sudovi u Republici Srbiji pružaju međunarodnu pravnu pomoć pod uslovom uzajamnosti (Zakon o parničnom postupku – ZPP, 2011, čl. 176)³⁵ u skladu sa pravilima međunarodnih ugovora ako je sa odnosnom državom takav ugovor zaključen, u suprotnom se međunarodna pravna pomoć odvija u skladu sa nacionalnim pravilima. Izuzetno, na izričitu molbu stranog suda, domaći sud može da sprovede postupak u skladu sa procedurom stranog suda, ali samo pod uslovom da to nije suprotno javnom poretku (ZPP, 2011, čl. 177). Troškove postupka pružanja pravne pomoći snosi, po pravilu, država koja pruža pravnu pomoć.³⁶

³² Spisak bilateralnih međunarodnih ugovora o međunarodnoj pravnoj pomoći u građanskim stvarima dostupan je na sajtu Ministarstva pravde Republike Srbije, <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/25261/bilateralni-sporazumi-u-gradjanskim-stvarima-.php> (8. 5. 2025).

³³ Sudovi dostavljaju zamolnice domaćem ministarstvu, koje ih prosleđuje resornom ministarstvu u državi ugovornici, da bi ih to ministarstvo uputilo nadležnom domaćem sudu na dalji postupak. Izveštaj o rezultatu postupka po zamolnici se na isti način vraća sudu koji je poslao zamolnicu.

³⁴ Vid. više na sajtu Ministarstva pravde Republike Srbije, <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/826/zamolnice.php>.

³⁵ Prema čl. 178 ZPP, naši sudovi postupaju po zamolnicama stranih sudova samo ako su dostavljene diplomatskim putem i ako su zamolnica i prilozi sastavljeni na srpskom jeziku ili ako je priložen overeni prevod.

³⁶ Izuzetno, ako se zamolnicom traži preduzimanje neke procesne radnje koja iziskuje značajnije troškove, na primer neka specijalna veštačenja, onda te troškove snosi država suda koji to traži.

5. Ostvarivanje procesne pravde za strane državljane u građanskim postupcima

Shvatanje o sadržini ljudskih prava u savremenim društvima isključuje mogućnost diskriminacije stranaca u odnosu na domaće državljane.³⁷ Međunarodni standard je da se položaj stranaca i domaćih državljana izjednači i da stranci koji učestvuju u građanskim postupcima steknu pravo na slobodan pristup sudovima i pravo na efikasno i pravično vođenje sudskog postupka kao domaći državljani.³⁸ Ključni uslovi koji su potrebni da bi se to ostvarilo jesu da su sudije neutralne i nepristrasne u odnosu na stranke u postupku i predmet spora, da se sudski postupak odvija transparentno, da se strankama omogući da aktivno učestvuju u postupku i da se sudske odluke zasnivaju na objektivnim činjenicama.³⁹

Činjenica da je strani državljanin stranka u postupku ipak čini njegov položaj u izvesnoj meri specifičnim i postoji potreba da se taj položaj posebno sagleda i uredi da bi i stranci pred domaćim sudom mogli da ostvaruju procesnu pravdu.⁴⁰ Zbog toga se predviđaju izuzeci od pravila da sud u postupku primenjuje samo domaće pravo. Prvi se odnosi na situaciju kada sud treba da utvrdi da li stranac poseduje stranačku, odnosno parničnu sposobnost. S tim u vezi opšti standard u uporednom pravu je da se stranačka i parnična sposobnost fizičkog lica utvrđuje na osnovu njegovog nacionalnog prava i to je, po pravilu, pravo države njegovog državljanstva (Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih država – ZRSZ, 2006, čl. 79).⁴¹ Ovaj izuzetak od primene pravila *lex fori* u građanskim postupcima opravdava potreba da

³⁷ U ovom radu se razmatra samo položaj stranca kao fizičkog lica, a ne i procesni položaj stranih pravnih lica.

³⁸ Ustav Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021) u čl. 17 garantuje strancima sva prava zajemčena Ustavom i zakonom, izuzev prava koja po Ustavu i zakonu imaju samo državljani Republike Srbije.

³⁹ Vid. Borrelli & Wyss, 2022, pp. 944-945. O pravnom konceptu procesne pravde više Lawrence & Solum, 2004, pp. 242 i dalje.

⁴⁰ Termin procesna pravda u načelu označava subjektivni stav stranke u postupku o tome da li je postupak pravično sproveden i da li je sudska odluka, kao krajnji ishod tog postupka, takva da je stranka spremna da je prihvati čak i ako nije uspeła u sporu (Cody & Koenig, 2018, pp. 8-11).

⁴¹ Pojedini pravni sistemi kao primarnu odlučujuću činjenicu za određivanje merodavnog prava za statusne odnose prihvataju domicil a ne državljanstvo, na primer englesko pravo, kao i druga prava pod njegovim uticajem. Detaljnije vid. Kitić, 2016, pp. 167-169. Pravilo po kome se pravna i poslovna sposobnost utvrđuju po pravu državljanstva, odnosno domicila određenog lica formulisano je kolizionom pravnom normom. Međutim, u ovom slučaju se koliziona norma primenjuje u funkciji vođenja građanskog postupka, zbog čega se primena stranog prava vezuje za postupak, iako je reč o kolizionoj pravnoj normi (a ne procesnoj). Neki autori zbog ovakvih slučajeva smatraju da je razgraničenje pravnih normi na procesne i materijalne neodrživo u praksi. Vid. Solum, 2004, pp. 213-214.

se obezbedi pravna sigurnost u međunarodnim privatnim odnosima, a državljanstvo to obezbeđuje zato što garantuje određenu stabilnost ličnog statusa fizičkih lica i kada se kreću iz jedne države u drugu, na taj način što ih zakoni države čiji su državljani prate i u inostranstvu. Ako stranac nije parnično sposoban prema zakonu države čiji je državljanin, a parnično je sposoban prema zakonu Republike Srbije, on može da preduzima radnje u postupku ako želi da koristi privilegiju da se pred domaćim sudom ponaša kao parnično sposobna stranka. Ako to ne želi, stranac može da se drži svog nacionalnog zakona i da dopusti da ga u parnici zastupa njegov zakonski zastupnik.⁴²

Potreba za utvrđivanjem sadržine prava države stranca postoji i u situacijama kada se priznanje određenih prava stranim državljanima uslovljava postojanjem uzajamnosti. U takvim slučajevima je postupajući sud dužan da ustanovi da li sud države stranca postupna na isti način prema domaćim državljanima kada se nađu u istoj ulozi pred sudovima te države. U građanskom procesnom pravu to je potrebno na primer kada sud odlučuje o zahtevu za priznanje i/ili izvršenje strane sudske ili arbitražne odluke, kao i kada odlučuje o zahtevu tužioca koji je strani državljanin da ga sud oslobodi od obaveze da položi obezbeđenje za naknadu parničnih troškova. Uzajamnost se traži i kod ostvarivanja privatnih prava stranaca koja su predmet građanskih postupaka, na primer da li stranac ima pravo da stekne svojinu na nepokretnim stvarima na teritoriji suda (Triva & Dika, 2004, p. 308).⁴³

6. Posebne pravne norme za strance u građanskom postupku sa osvrtnom na pravila u Republici Srbiji

Više okolnosti čine specifičnim pravni položaj stranaca u građanskim postupcima u odnosu na domaće državljane u istoj ulozi, ali se tri mogu izdvojiti kao najčešće, to jest tipične, i to su: nepoznavanje jezika suda, mesto prebivališta u stranoj državi i neposedovanje imovine na teritoriji države suda. Prve dve okolnosti

⁴² Lice koje ima više državljanstava svaka država čiji je on državljanin smatra ga, po pravilu, svojim državljaninom, a kada ono ima više stranih državljanstava, merodavno je pravo one države u kojoj to lice ima prebivalište. Ako ni u jednoj državi čiji je državljanin nema prebivalište, onda je merodavno pravo one države čiji je državljanin sa kojom je u najbližoj vezi (ZRSZ, 2006, čl. 11). Za lice bez državljanstva merodavno je pravo njegovog prebivališta, odnosno pravo njegovog boravišta, a ako se ne može utvrditi ni prvo ni drugo, onda je merodavno srpsko pravo kao *lex fori* (ZRSZ, 2006, čl. 12).

⁴³ U većini slučajeva je dovoljno utvrditi da postoji faktički reciprocitet, odnosno da se u stranoj državi *de facto* priznaju određena prava našim državljanima (nije neophodno da je to propisano u međunarodnom ugovoru čije su obe države potpisnice ili u nacionalnom propisu strane države). Postojanje faktičkog reciprociteta se pretpostavlja, a u slučaju sumnje objašnjenje daje nadležni organ uprave.

najviše utiču na stranku koja je strani državljanin, dok treća može da oteža položaj druge stranke u postupku.

Naime, usled nepoznavanja jezika suda, stranac je prinuđen da koristi usluge sudskog tumača, odnosno prevodioca, a ako želi da komunicira sa advokatom bez prevodioca, mogućnosti izbora punomoćnika su mu ograničene. Pored toga, strancima koji ne govore jezikom suda teže je da se obaveste o sadržini prava suda i zbog toga snose veći rizik nego domaći državljani da, na svoju štetu, ne koriste adekvatno prava koja im procesni zakoni garantuju. Činjenica da stranac ne živi na teritoriji države suda takođe komplikuje odvijanje građanskog postupka zbog potrebe da mu se pismena dostavljaju preko adrese u inostranstvu što, dalje, uvećava rizik da se dovede u pitanje zakonitost procedure dostavljanja, a po tom osnovu i zakonitost sprovedenog postupka. Obe pomenute situacije produžavaju trajanje postupka i utiču na povećanja njegovih troškova, što ne pogađa samo strane državljane već može da optereti i ostale učesnike u postupku. Konačno, ako stranac nema imovinu na teritoriji države suda, postavlja se pitanje da li je moguće da se prinudnim putem izvrši sudska odluka koja je doneta u korist druge stranke. Problem je još i veći za stranku koja je u ulozi tuženog zato što stranac može, računajući na nemogućnost da bude prinuđen da postupi po odluci suda, tužiti neko lice i kada zna da nema velikih izgleda da uspe u sporu, pa čak i iz obesti.

Da bi se prevazišle, odnosno umanjile pomenute osobenosti građanskih postupaka u kojima su strani državljani stranke u postupku, procesna pravila sadrže i norme koje se primenjuju isključivo na strance. Tipično je reč o pravilima koja uređuju dostavljanje pismena u inostranstvu, obezbeđenje naplate parničnih troškova (aktorska kaucija) i pravo na oslobađanje od plaćanja parničnih troškova (siromaško pravo).

1) *Dostavljanje pismena stranim državljanima.* Dostavljanje je procesna radnja koja bitno utiče na efikasnost i zakonitost sprovedenog građanskog postupka.⁴⁴ Dostavljanje fizičkim licima se vrši preko adrese navedene u tužbi, odnosno adrese iz lične karte (ZPP, 2011, čl. 131, st. 1). Moguće je i dostavljanje preko elektronske pošte ako su za to ispunjeni zakonom propisani uslovi (ZPP, 2011, čl. 129). Zakon sadrži specijalno pravilo za dostavljanje pismena licima u inostranstvu po kome se dostavljanje vrši diplomatskim putem.⁴⁵ Ovo pravilo se prevashodno odnosi na strane državljane, što

⁴⁴ ZPP propisuje posebna pravila za dostavljanje fizičkim licima i pravnim licima, a pored toga se razlikuje postupak obavezne lične dostave od postupka dostave ostalih pismena. Posebna pravila su propisana za dostavljanje stranim državljanima.

⁴⁵ Prema pravilu čl. 133, st. 1 ZPP, diplomatskim putem se dostavljaju pismena i stranim državljanima koji uživaju imunitet, osim ako između države dostavljača i države u koju se dostavlja postoji zaključen međunarodni ugovor koji to pitanje reguliše na drugi način, kao i ako je u skladu sa čl. 146 ZPP stranom državljaninu postavljen punomoćnik za primanje pismena na teritoriji domaćeg suda.

se zaključuje na osnovu toga što ZPP sadrži posebno pravilo za dostavljanje pismena domaćim državljanima u inostranstvu, i to po pojednostavljenoj proceduri.⁴⁶

Pomenuta pravila se ne primenjuju u slučaju kada su država dostavljač i država u kojoj treba izvršiti dostavljanje potpisnice bilateralnog ili multilateralnog ugovora kojim se reguliše procedura dostavljanja.⁴⁷ U praksi se to pitanje, po pravilu, reguliše u okviru međunarodnog ugovora o pružanju međunarodne pravne pomoći.

2) *Aktorska kaucija (cautio iudicatum solvi)*. Problem u vezi sa naplatom naknade parničnih troškova od stranih državljana u ulozi tužioca postoji zato što oni retko poseduju imovinu na teritoriji suda iz koje bi tuženi mogao da naplati troškove postupka ako ih stranac, koji nije uspeo u sporu, ne plati dobrovoljno. Ovaj problem se u uporednom pravu prevazilazi tako što se tuženom priznaje pravo na obezbeđenje parničnih troškova od tužioca koji je strani državljanin i uslovljavanjem vođenja parničnog postupka ispunjenjem te obaveze. Nesporno je da ovo pravilo u izvesnoj meri stavlja strance u nejednak položaj u odnosu na domaće državljane, ali to opravdava potreba da se tuženi domaći državljanin zaštiti od zloupotrebe prava na podnošenje tužbe. Pravo na obezbeđenje tuženi ima samo prema stranom državljaninu koji je u ulozi tužioca zato što je taj rizik značajno manji u sporovima u kojima su tužioci domaći državljani.

Pravo da dobije obezbeđenje za parnične troškove tuženi stiče samo pod zakonom propisanim uslovima: da je tužilac strani državljanin koji nema prebivalište na teritoriji suda i da je tuženi blagovremeno postavio zahtev za polaganje aktorske kaucije (na pripremnom ročištu, odnosno prvom ročištu za glavnu raspravu pre nego što se upusti u raspravljanje o glavnoj stvari) (ZRSZ, 2006, čl. 82). Sud koji utvrdi da je zahtev tuženog osnovan donosi rešenje kojim nalaže tužiocu da u sudski depozit položi novac ili druge vrednosti kao obezbeđenje za naknadu parničnih troškova. Od obaveze da položi aktorsku kauciju tužilac – strani državljanin može se osloboditi samo pod uslovom uzajamnosti.

⁴⁶ Prema čl. 133, st. 2 ZPP, dostavljanje domaćim državljanima na adresu u inostranstvu se može izvršiti i preko nadležnog konzularnog ili diplomatskog predstavnika Republike Srbije u stranoj državi, ili preko pravnog lica koje je međunarodno registrovano za obavljanje poslova dostavljanja.

⁴⁷ Najpoznatiji multilateralni međunarodni ugovor koji reguliše posebno pitanje dostavljanja u inostranstvu je Haška konvencija o dostavljanju u inostranstvu sudskih i vanskudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1965. godine, koju je ratifikovala i Republika Srbija (Zakon o potvrđivanju ove konvencije objavljen je u *Službenom glasniku RS - Međunarodni ugovori*, br. 1/2010). Prema čl. 2 Konvencije, svaka država ugovornica određuje centralni organ koji će primati zahteve za uručenje dokumenata, a čin dostavljanja (nakon što centralni organ utvrdi da je zahtev u skladu sa odredbama Konvencije) izvršiće sam centralni organ ili će dostavljanje poveriti odgovarajućoj agenciji. O izvršenom dostavljanju sačinjava se potvrda na obrascu koji je u prilogu Konvencije, koja se direktno dostavlja podnosiocu zahteva za dostavljanje (čl. 3-6 Konvencije).

Uzajamnost (reciprocitet) u međunarodnom privatnom pravu može se odrediti kao odnos između dve države u kome svaka od njih garantuje i daje određeni pravni tretman državljanima druge države, ili priznaje prava koja su nastala pod dejstvom zakona te države ukoliko i ova tako postupa sa njenim državljanima i sa pravima nastalim pod dejstvom njenih zakona (Jezdić, 1963, p. 193). Ispunjenost uslova reciprociteta zavisi od vrste traženog reciprociteta, kao i od postupanja zemlje stranog državljanina.

Kada postoji međunarodni ugovor koji predviđa oslobađanje od obaveze plaćanja aktorske kaucije, a obe zemlje su potpisnice tog ugovora, nema sumnje da uzajamnost između njih postoji.⁴⁸ Ako takvog ugovora nema, a ustavom ili drugim propisom strane države je predviđeno da stranci imaju jednak položaj kao domaći državljani, onda to znači da postoji formalna uzajamnost u pravima i obavezama domaćih državljana i stranaca. Formalna uzajamnost ne podrazumeva da je položaj našeg državljanina u inostranstvu i stranca pred srpskim sudom identičan po sadržini i po obimu prava⁴⁹ i ova vrsta reciprociteta se, po pravilu, traži za priznavanje strancima prava da stupaju u određene privatnopravne odnose i da budu nosioci određenih privatnih prava.

Zakonsko pravilo koje postavlja uslov reciprociteta za aktorsku kauciju je formulisano u čl. 83, st. 1, tač. 1 ZRSZ i predviđa da tuženi nema pravo na obezbeđenje parničnih troškova ako u državi tužiočevog državljanstva srpski državljani nisu dužni da daju obezbeđenje. Drugim rečima, tužilac strani državljanin ne može biti oslobođen od obaveze da pred domaćim sudom položi obezbeđenje za parnične troškove samo na osnovu činjenice da njegova zemlja formalno izjednačava srpske državljane sa sopstvenim državljanima. Pored toga, neophodno je ispitati da li po pravu države tužioca njihovi državljani mogu biti obavezani da polože obezbeđenje za parnične troškove tuženom. Ako je odgovor na ovo pitanje potvrđan, onda bi ta obaveza mogla da optereti i naše državljane pred sudom države tužioca (iako postoji formalni reciprocitet između dve zemlje).⁵⁰ Polazeći od citiranog pravila čl. 83,

⁴⁸ Pitanje oslobađanja od aktorske kaucije se reguliše kako bilateralnim tako i multilateralnim međunarodnim ugovorima. Tome je najznačajnije doprinela Haška konferencija za međunarodno privatno pravo pod čijim okriljem su zaključeni najvažniji multilateralni međunarodni ugovori koji predviđaju oslobađanje od aktorske kaucije, i to su: Haška konvencija o građanskom sudskom postupku iz 1954. godine i Haška konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima iz 1980. godine. Republika Srbija je potpisnica obe konvencije, a zaključila je i više bilateralnih međunarodnih ugovora koji predviđaju oslobađanje od aktorske kaucije.

⁴⁹ Formalni reciprocitet garantuje ravnopravnost u tretmanu, ali ne i ravnopravnost u specifičnim davanjima (ne garantuje punu međunarodnu ravnotežu). Vid. Rešenje Višeg trgovinskog suda PŽ br. 7628/04 od 6. decembra 2007. godine, dostupno u *Intermeks* elektronskoj pravnoj bazi.

⁵⁰ Za postojanje materijalnog reciprociteta kriterijum koji određuje količinu prava dostupnih strancu nije domaći državljanin u domaćoj državi, već domaći državljanin u inostranstvu

st. 1, tač. 1 ZRSZ, u kome se izričito navodi da tuženi nema pravo na obezbeđenje parničnih troškova „ako u državi tužiočevog državljanstva srpski državljani nisu dužni da daju obezbeđenje“, zaključuje se da je za oslobođanje od aktorske kaucije zakonski uslov uzajamnosti opredeljen kao materijalni reciprocitet. To znači da uzajamnost postoji samo ako se srpskim državljanima u ulozi tužioca pred sudom zemlje stranog državljanina priznaju po sadržini ista prava kao pravo koje stranac traži za sebe pred srpskim sudom.

Zakon propisuje i izuzetke od prava tuženog na obezbeđenje za parnične troškove u sledećim slučajevima: ako tužilac uživa pravo azila u RS; ako se tužbom traži potraživanje iz radnog odnosa stranca u RS; u bračnim sporovima, sporovima za utvrđivanje ili osporavanje očinstva ili materinstva, sporovima po zahtevu za zakonsko izdržavanje; ako je u pitanju menična ili čekovna tužba, protivtužba ili izdavanje platnog naloga (ZRSZ, 2006, čl. 82, st. 2-5).

3) *Siromaško pravo*. Načelo jednakog položaja domaćih i stranih državljana se ogleda i u pravu stranih državljana da budu oslobođeni od obaveze plaćanja parničnih troškova. Ovim pravilom se omogućava slobodan pristup domaćim sudovima i stranim državljanima kojima bi to pravo moglo biti uskraćeno zbog nepovoljnog imovinskog stanja. Time se konkretizuje načelna pravna norma Ustava RS po kojoj se strancima garantuje jednak položaj sa domaćim državljanima (čl. 17 Ustava RS). Odluku o oslobođanju stranca od parničnih troškova donosi sud isključivo po zahtevu stranke koja to traži, nezavisno od njegove procesne uloge u sporu. Uslovi za odobrenje zahteva su isti kao za domaće državljanine, i to su: da je reč o fizičkom licu i da je njegovo imovinsko stanje takvo da bi plaćanje parničnih troškova dovelo u pitanje njegovu egzistenciju ili nužno izdržavanje članova njegove porodice. Za strance važi i dodatni, specijalni uslov, a to je da se siromaško pravo odobrava pod uslovom reciprociteta.⁵¹ Izuzetno, uslov uzajamnosti se ne traži za ostvarivanje siromaškog prava ako to zatraži strani državljanin koji ima prebivalište na domaćoj teritoriji.⁵²

Dokazivanje slabog imovinskog stanja stranca u postupku pred domaćim sudom vrši se svim dopuštenim dokaznim sredstvima i u tom pogledu nema razlike u položaju stranaca i domaćih državljana. Jedan od tih uslova za dobijanje siromaškog prava je da stranac podnese uverenje nadležnog organa o imovnom stanju i izvorima prihoda. To uverenje po pravilu izdaje nadležni organ države u kojoj strani državljanin ima prebivalište.

(domaći državljanin u državi čije državljanstvo ima pretendent na neko pravo). *Ibidem*.

⁵¹ Uzajamnost se pretpostavlja, ali u slučaju sumnje objašnjenje o (ne)postojanju uzajamnosti daje organ zadužen za poslove pravde (ZRSZ, 2006, čl. 85, st. 1 i 2).

⁵² Isto pravilo važi i za lice bez državljanstva koje ima prebivalište na teritoriji Republike Srbije (ZRSZ, 2006, čl. 85, st. 3 i 4 ZRSZ).

7. Zaključak

U građanskim postupcima u kojima se rešavaju predmeti sa prisutnim stranim elementom često postoji potreba da međunarodno nadležni sud sarađuje sa stranim sudovima da bi se taj postupak uspešno sproveo i okončao odlukom koju je moguće priznati i izvršiti u stranoj državi. Polazeći od činjenice da sudovi, po pravilu, primenjuju procesno pravo države koja ih je osnovala, sud koji pruža pravnu pomoć sprovodi potrebne radnje po pravilima svog prava, a sud koji je zatražio pravnu pomoć vrednuje te radnje uzimajući u obzir pravila svog procesnog prava. U postupku priznanja strane sudske odluke sud ispituje njenu podobnost da usvoji zahtev za njeno priznanje takođe na osnovu pravila *lex fori*.

Da je građansko procesno pravo samo pitanje tehnike vođenja postupka, nacionalni pravni sistemi bi se lakše usklađivali i to bi doprinelo da se postupci u kojima se rešavaju predmeti u kojima je prisutan element inostranosti brže završavaju, da se smanje njihovi troškovi i pojednostavi postupak priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka. Međutim, harmonizacija procesnih prava na globalnom planu se ne odvija lako i postignuti uspesi su, po pravilu, ograničeni na usaglašavanje o pojedinim pitanjima građanskog postupka, a ne na postupak kao celinu. Izuzetan doprinos za usaglašavanje o pitanjima međunarodne nadležnosti, priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka, međunarodnoj pravnoj pomoći, izvođenju dokaza u inostranstvu, legalnoj snazi stranih javnih isprava i drugih pitanja građanskih postupaka sa prisutnim stranim elementom dala je Haška konferencija za međunarodno privatno pravo, pod čijim okriljem je pripremljeno i usvojeno više međunarodnih konvencija iz ove oblasti. Međutim, brojna pitanja koja se moraju rešiti i dalje su u domenu nacionalnih procesnih zakona, zbog čega su nacionalni propisi još uvek nezaobilazni izvori prava u ovim predmetima. Značajan uspeh u usklađivanju nacionalnih prava postigla je i Evropska unija (dalje: EU), koja nekoliko decenija posvećeno radi na usaglašavanju prava država članica, uključujući i građansko procesno pravo. Iako je harmonizacija građanskog procesnog prava jedan od ključnih uslova za bolje funkcionisanje zajedničkog evropskog tržišta, EU se takođe susreće sa velikim izazovima u ovom procesu i umesto formiranja evropskog procesnog prava usklađivanje se, kao i na globalnom planu, odvija postepeno i uglavnom po pojedinim pitanjima i uz uvažavanje nacionalnih specifičnosti država članica.

Teškoće u harmonizaciji procesnih prava navode na zaključak da to nije samo pitanje pravne tehnike već da postoje dublji razlozi zbog kojih države ne odstupaju od nacionalnih specifičnosti pod čijim uticajem se formira građansko procesno pravo i na koje građansko procesno pravo može povratno da utiče. U tom kontekstu se izdvajaju političko opredeljenje u državi, njeni ekonomski, pa i društveni ciljevi,⁵³

⁵³ Tulibacka, M. 2009. Europeanization of Civil Procedures: In Search of a Coherent Approach, *Common Market Law Review*, 46(5), pp. 1532-1533.

čemu treba dodati i pravnu tradiciju kao i sudsku praksu domaćih sudova na kojima počiva svaki nacionalni pravni sistem. Na osnovu toga se može zaključiti da se razlike nacionalnih procesnih prava pre mogu otkloniti između država koje imaju zajedničko političko opredeljenje, ekonomska i društvena očekivanja, pa i pravnu tradiciju, kao i da su, za sada, bolji izgledi za uspeh tog procesa ako se on odvija harmonizacijom a ne unifikacijom, zato što se na taj način omogućava državama da međusobno usklade pravna rešenja, ali i da zadrže određene nacionalne specifičnosti za koje smatraju da štite vitalne interese njihovog društva, zbog čega nisu spremne da ih se odreknu.

Literatura

- Borrelli, M.L. & Wyss, A. 2022. Informing for the sake of it: Legal intricacies, acceleration and suspicion in the German and Swiss migration regimes. *Citizenship Studies*, 26(7), pp. 944-960. Dostupno na: <https://doi.org/10.1080/13621025.2022.2137941> (28. 3. 2025).
- Briggs, A. 2002. *The Conflict of Laws*. Oxford: Oxford University Press.
- Cody, S. & Koenig, A. 2018. Procedural justice in transnational contexts. *Virginia Journal of International Law*, 58(1), pp. 1-31.
- Cox, R., Merret, L. & Smith, M. 2020. *Private International Law of Reinsurance and Insurance*. London: Informa Law from Routledge.
- Čolović, V. 2022. Norme neposredne primene i javni poredak. *Strani pravni život*, 3, pp. 349-366.
- Čolović, V. 2018. Kvalifikacija kolizione norme. *Strani pravni život*, 3, pp. 5-24.
- Fawcett, J. & Garrett, R. 2012. *Substance and Procedure in Private International Law*. Oxford: Oxford University Press. Dostupno na: <https://www.perlego.com/book/2011759> (18. 3. 2025).
- Garnett, R. 2022. Substance and procedure. In: Beaumont, P. & Holliday, J. (eds.). *A Guide to Global Private International Law* 1st edn. Oxford: Hart Publishing, pp. 119-131. Dostupno na: <https://www.perlego.com/book/3524260> (23. 8. 2024).
- Jezdić, M. 1961. *Međunarodno privatno pravo I, Uvod u međunarodno privatno pravo i opšti elementi formiranja i primene normi međunarodnog privatnog prava*. Beograd: Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije.
- Jovičić, K. & Vukadinović, S. 2021. Differences of property transfer systems in Europe – The challenge of substantive unification of contract law in the 21st century. In: Simić, J. & Radonjić, A. (eds.). *Property Law – Challenges of the 21st Century*. Belgrade: Union University School of Law, pp. 125-140.
- Jovičić, K. 2024. The practical significance of the legal nature of the limitation period with reference to the claim for damage compensation. In: Glintić, M. & Obradović, D. (eds.). *Causation of Damage, Damage Compensation and Insurance: Proceedings from XXVII International Scientific Conference*. Beograd/Valjevo: Institute of Comparative Law, pp. 13-31.

- Kitić, D. 2016. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union/ Službeni glasnik.
- Mills, A. 2024. Sustainability and jurisdiction in the international civil litigation market. *Journal of Private International Law*, 20(1), pp. 1-25. Dostupno na: <https://doi.org/10.1080/17441048.2024.2347717> (28. 3. 2025).
- Mitrović, D. & Kumpan, A. 2014. *Osnovi međunarodnog privatnog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union/Službeni glasnik.
- Reimann, M. 2006. Comparative Law and Private International Law. In: Reimann, M. & Zimmermann, R. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1374-1375.
- Solum, L. 2004. Procedural Justice. *Southern California Law Review*, 78(1), pp. 181-322.
- Sono, K. 1975. Unification of limitation period in the international sale of goods. *Louisiana Law Review*, Special Issue, pp. 1127-1149.
- Stajko, K. 2005. *Međunarodno privatno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Šaula, V. 2019. *Osnovi međunarodnog privatnog prava Republike Srpske*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.
- Triva, S. & Dika, M. 2004. *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Tulibacka, M. 2009. Europeanization of Civil Procedures: In Search of a Coherent Approach, *Common Market Law Review*, 46(5), pp. 1532-1533.
- Varadi, T. 1990. *Međunarodno privatno pravo*. Novi Sad: Forum.
- Varadi, T., Bordaš, B., Knežević G., & Pavić, V. 2007. *Međunarodno privatno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu/Centar za publikacije.

Pravni izvori

- Ustav Republike Srbije – Ustav RS. *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021
- Zakon o ratifikaciji Konvencije o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima. *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, br. 4/1988.
- Zakon o potvrđivanju Konvencije o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovačkim stvarima. *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 1/2020.
- Zakon o potvrđivanju Konvencije o dostavljanju u inostranstvu sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima. *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 1/2010.
- Zakon o parničnom postupku. *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US, 55/2014, 87/2018, 18/2020 i 10/2023 - dr. zakon.
- Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja. *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 - ispr., *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006 - dr. zakon.
- Uredba (EU) Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (Rim I) br. 593 od 17. juna 2008. *Službeni list evropskih zajednica L 177*, 4. 7. 2008. Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). *Official Journal of the European Communities L 177*, 4. 7.2008, pp.6–16.

- Uredba (EU) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 11. jula 2007. o pravu koje se primenjuje na vanugovorne obaveze (Rim II). *Službeni list Evropske unije* L 199, Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), pp.73–82.
- Brussels Convention 72/454/EEZ. Konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (potpisana 27. 9. 1968). *OJ L* 299, 31.12.1972, pp. 32–42. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A41968A0927%2801%29>
- Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Saveta od 12. 9. 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima. *OJ L* 351, 20. 12. 2012, p. 1–32. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32012R1215>.
- Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses. *OJEC L* 160/19.
- Uredba Saveta broj 2201/2003 od 27. 11. 2003. godine u oblasti nadležnosti i priznanja i izvršenja sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim sa roditeljskom odgovornošću, kojom se menja Uredba broj 1347/2000, Brisel IIa. *Službeni list EU* broj L 338/1 od 23. 12. 2003.
- Uredba Saveta broj 2019/1111 od 25. 6. 2019. godine o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim sa roditeljskom odgovornošću te o međunarodnoj otmici dece (preinaka). *Službeni list EU*, broj L 178 od 2. 7. 2019.
- Konvencija o nadležnosti i priznavanju te izvršavanju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima [Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters]. *OJ L* 147 od 10. 6. 2009, pp. 5–43.
- The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas*. Konvencija je potpisana 17. marta 1994. godine a stupila je na snagu 15. decembra 1996. godine. Tekst Konvencije je dostupan na: <https://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html>.
- Uredba o ratifikaciji Konvencije o građanskom postupku. *Službeni glasnik FNRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 6/1962.

Sudska praksa

Rešenje Višeg trgovinskog suda PŽ br. 7628/04 od 6. decembra 2007. godine, dostupno u Intermeks elektronskoj pravnoj bazi.

UPUTSTVO AUTORIMA

PRIJAVLJIVANJE RUKOPISA ZA OBJAVLJIVANJE

Autori mogu da dostave radove napisane latiničkim pismom na srpskom ili na engleskom jeziku u elektronskom formatu, kao *Word* dokument. Rokovi za predaju radova su: za prvi broj – 15. februar, za drugi broj – 15. maj, za treći broj – 15. avgust i za četvrti broj – 15. novembar. Rukopisi se dostavljaju putem linka: <http://aseestant.ceon.rs/index.php/spz/>, izuzetno elektronskom poštom na adresu uredništva: **redakcijaspz@gmail.com**, koje će ih uputiti kako da se prijave na sistem *Assestant* (CEON). Autori tom prilikom daju i autorsku izjavu. U slučaju dostavljanja koautorskih radova, korespondencija se u ime svih autora odvija sa autorom koji je rad poslao i koji će biti odgovoran za komunikaciju sa ostalim autorima (tzv. autor za korespondenciju). Autorskom izjavom autori garantuju da su prihvatili uređivačku politiku časopisa i da su prilikom izrade rada i njegovog prijavljivanja za objavljivanje poštovali etičke standarde publicistike i naučnog rada.

Očekuje se da autori u radu, kako bi ostvarili naučni doprinos, poštu od rezultata već sprovedenih istraživanja na datu temu, konsultujući relevantnu domaću naučnu i stručnu literaturu na sistematičan način, moguće korišćenjem digitalnih repozitorijuma domaćih naučnoistraživačkih organizacija i drugih zbirki naučnih i stručnih publikacija u otvorenom pristupu.

Sve aktivnosti vezane za uređivanje časopisa (od prijema rukopisa do objavljivanja elektronskog izdanja časopisa) obavljaju se posredstvom elektronskog sistema *Assestant* (CEON) koji omogućava pripremu i objavljivanje časopisa u elektronskom obliku (*Open Journal Systems* – OJS). U slučaju da autor nema nalog, potrebno je da se registruje preko linka: <http://aseestant.ceon.rs/index.php/spz/user/register>. Detaljno uputstvo za registraciju autora i prijavu rukopisa može se preuzeti sa sajta časopisa *Strani pravni život* (www.stranipravnizivot.rs). Navedene aktivnosti se obavljaju unutar samog sistema, pod nadzorom glavnog i odgovornog urednika i tehničkog urednika, a ključna obaveštenja koja su namenjena autorima, recenzentima ili drugim korisnicima automatski se prosleđuju elektronskom poštom. Zahvaljujući sistemu *Assestant* (CEON) obezbeđeno je čuvanje svih verzija objavljenih radova i odbijenih radova u elektronskoj bazi podataka. Autori, takođe, mogu da se upoznaju u svakom trenutku sa tokom i ishodom postupka recenziranja.

NAPOMENE VAŽNE ZA PRIPREMU RUKOPISA

Način oblikovanja naučnih članaka i ostalih priloga koji se dostavljaju redakciji *Stranog pravnog života* uređen je ovim uputstvom. Molimo autore da svoje priloge prilagode tematici časopisa i predviđenom načinu oblikovanja rukopisa, kako prilozima ne bi bili eliminisani nakon početne provere, budući da uredništvo primenjuje kriterijume iz važećeg podzakonskog akta o uređivanju naučnih časopisa.

Naučni i stručni članci mogu biti napisani na srpskom ili engleskom jeziku. Oni moraju sadržati podatke o autoru, naslov, sažetak, ključne reči i spisak referenci (literaturu i pravne izvore, po potrebi i spisak citiranih sudskih i drugih odluka). Uz priloge koji se objavljuju na srpskom jeziku, dostavlja se prevod naslova rada, rezimea i ključnih reči na engleskom jeziku. Prilozi koji se dostavljaju na engleskom jeziku sadrže prevod naslova, sažetka i ključnih reči na srpski jezik.

Autorski članci po pravilu ne prelaze obim od jednog autorskog tabaka (28.800 znakova sa razmacima), font Times New Roman, veličina 12pt, prored 1,5, leva margina 3,5 cm, a desna 3 cm. Izuzetno, prihvatiće se duži rukopis i to obima do 1,5 tabaka, ako to zahteva tema rada, po prethodnom dogovoru autora sa glavnim i odgovornim urednikom. U ostalim situacijama, rad većeg obima biće vraćen autoru radi skraćivanja. U obim se ne računaju tekstovi navedeni u beleškama na dnu strane (dodatni podaci o autoru, organizaciji u kojoj je zaposlen, druge napomene), naslov članka, sažetak (do 800 karaktera sa razmacima), ključne reči (do 5 pojmova ili sintagmi), spisak literature, pravnih izvora i sudskih odluka. Naučni članci se klasifikuju u: originalne (u kojima se iznose prethodno neobjavljeni rezultati sopstvenih istraživanja zasnovanih na primeni naučnih metoda) i pregledne (koji sadrže originalan, detaljan i kritički prikaz istraživačkog problema ili područja u kojem je autor ostvario određeni doprinos, prikazan u vidu autocitata). Za razliku od naučnih radova, u stručnom radu autor na osnovu izvršenog istraživanja zasnovanog na prikupljanju postojećih teorijskih saznanja i raspoloživih činjenica ukazuje na iskustva značajna za unapređenje prakse u određenoj oblasti, preporučuje promene u načinu primene propisa i slično.

U časopisu je moguće objaviti i **naučnu kritiku ili polemiku**, koja predstavlja raspravu, zasnovanu na naučnoj argumentaciji, na određenu naučnu temu. Obim naučnog rada ove vrste može da iznosi do 10.000 znakova sa razmacima. Osim podataka o autoru i naslova članka, naučna kritika mora da sadrži apstrakt (do 400 znakova sa razmacima), ključne reči (do 5 pojmova ili sintagmi) i spisak bibliografskih izvora. Svi navedeni podaci ne uračunavaju se u obim rada.

Ostali prilozima. Komentari sudskih odluka mogu da imaju najviše do 15.000 znakova. Izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i slično po pravilu ne smeju biti obima većeg od 7.000 znakova. Ne sadrže apstrakt i rezime.

Osnovno oblikovanje teksta

Svi prilozi moraju biti sačinjeni u Microsoft Word-u, latiničkim pismom, fontom Times New Roman, veličine 12 pt, sa proredom 1,5, na strani formata A4, sa uvlačenjem pasusa za 1 tabulator, bez deljenja reči na slogove (hifenacije). Posle svakog znaka interpunkcije staviti samo jedan razmak. Za posebna slova iz srpskog i stranog latiničkog pisma koriste se raspoloživi simboli – dijakritički znaci. Ćirilički znaci iz stranog pisma i iz drugih pisama (kineskog, japanskog, arapskog itd.) transliterišu se i transkribuju prema tablici dostupnoj na: <https://www.loc.gov/catdir/cpsd/roman.html>. Imena i prezimena stranih autora navode se u originalu, osim kada se moraju transkribovati na latinicu (na primer imena iz ruskog jezika). Kada se autor poziva na radove objavljene u *Stranom pravnom životu*, koristi isključivo naziv časopisa na srpskom jeziku. Reference na srpskom jeziku koje se citiraju u radu pisanom na engleskom jeziku se ne prevode.

Prevod stručnih pojmova iz strane literature, kada je to moguće, treba da bude zamenjen odgovarajućim nazivom u srpskom jeziku. Prevod latinskih pravnih izraza ili izreka nije potreban. Strani pojmovi pišu se kurzivom. Druge strane reči ili sintagme koje označavaju specifične izraze ili institute u stranom pravu, koje se ne mogu sa preciznošću prevesti na srpski jezik ili ne postoje u srpskom pravu, zadržavaju se u originalnom nazivu (složene kurzivom), s tim što se objašnjava njihovo značenje na srpskom jeziku. U tekstu ne treba koristiti podebljana (boldirana) niti podvučena slova.

Strani pravni život prihvata citiranje i oblikovanje referenci prema stilu citiranja i referenciranja – Harvard britanski standard, prema modelu autor/rad. Navedeni stil je modifikovan jedino u pogledu načina citiranja pravnih izvora. Način primene navedenog stila pri citiranju i sastavljanju spiska literature i popisa pravnih izvora objašnjen je detaljno u ovom uputstvu.

S obzirom na prihvaćeni stil referenciranja, beleške u dnu teksta (fusnote) sadrže dopunska objašnjenja, a ne treba da upućuju na korišćenu literaturu, što se čini u tekstu. Članovi i stavovi pravnih odredbi na koje se poziva autor navode se u tekstu, a ne u fusnotama.

Ime, srednje slovo i prezime autora (jednog ili više njih) navode se na prvoj strani rukopisa u gornjem levom uglu. Pišu se uz upotrebu posebnih znakova (č, đ, š itd.), bez naučnih titula. Imena stranih autora takođe se pišu dijakritičkim znacima, bez obzira na jezik rada.

Ostali podaci koji se odnose na autore: naučna i stručna zvanja, akademske titule, ORCID broj autora, naziv ustanove autora i podaci za kontakt (mejl autora) navode se u posebnoj belešci (fusnoti) na istoj strani ispod teksta, označeni zvezdicom.

Naziv ustanove autora (afilijacija): navodi se potpun, zvanični naziv i sedište ustanove (grad i država) u kojoj je autor zaposlen ili u kojoj je obavio istraživanje. Studenti poslediplomskih studija navode naziv ustanove u kojoj studiraju.

Istraživački podatak / istraživački projekat. Autor može nakon naslova uneti posebnu fusnotu u kojoj će navesti tačne, potpune i aktuelne podatke o okolnostima pod kojima je rad nastao (u okviru međunarodne saradnje, međunarodnog programa, kao deo naučnog ili istraživačkog projekta, u okviru postdiplomskih studija ili postdoktorskih studija, kao saopštenje sa održanog naučnog skupa, gostujuće predavanje i slično) i/ili naznaku o instituciji, državnom organu ili međunarodnoj organizaciji koja je finansijer ili korisnik projekta.

U zahvalnici (posebnoj napomeni na prvoj strani rada ispod teksta označeno zvezdicom posle naslova rada) navode se imena drugih lica koja nisu autori, ali su imala učešća u istraživanju ili su pomagala u priređivanju rada, sa objašnjenjem njihove uloge. U fusnoti se može navesti i obaveštenje da je rad urađen u okviru određenog naučnoistraživačkog projekta, da je ranije usmeno izlagan na naučnom skupu i slično.

Naslov rada piše se malim slovima na sredini, font 14 pt. Naslov ne bi trebalo da ima više od 10 do 12 reči.

Sažetak se navodi ispod naslova članka. Sažetak ne sme da bude duži od 800 znakova sa razmacima. Veličina fonta je 11 pt (složeno kurzivom). U sažetku autor ukazuje na značaj teme, osnovno istraživačko pitanje/hipotezu, cilj istraživanja, metodologiju i rezultate istraživanja. U apstraktu treba koristiti termine koji se često koriste za indeksiranje i pretraživanje članaka.

Ključne reči su termini ili fraze koji najbolje opisuju sadržaj članka za potrebe indeksiranja i pretraživanja. Potrebno je dati pet ključnih reči ili sintagmi na srpskom. U članku se navode ispod apstrakta (veličina fonta 11 pt, kurzivom).

Naslov rada, Sažetak i ključne reči na engleskom jeziku (ako je članak na srpskom jeziku), **odnosno, na srpskom jeziku** (ako je članak na engleskom jeziku) navode se dva reda ispod.

Podnaslovi u tekstu se pišu na sredini, malim slovima i podebljanim (boldiranim) slovima, veličine 12 pt i numerišu se arapskim brojevima. Uvod i zaključak se, takođe, označavaju rednim brojevima. Podnaslovi drugog reda se pišu podebljanim (boldiranim) slovima, složeno kurzivom. Podnaslovi trećeg reda se pišu kurzivom.

Tabele, grafikoni i slični prilozi dostavljaju se posebno u formatu i rezoluciji pogodnoj za štampu.

Popis korišćene literature, pravnih izvora i spisak sudskih i drugih odluka navode se na kraju rada, fontom 11 pt. Popis bibliografskih jedinica sastavlja se po abecednom redosledu imena autora, bez numerisanja.

NAČIN CITIRANJA I SASTAVLJANJA SPISKA REFERENCI

NAVOĐENJE IZVORA UNUTAR TEKSTA

Od autora se očekuje da navedu korišćene izvore, i to potpuno i tačno, i da precizno prenesu tuđe navode, te se prilikom citiranja knjiga ili članaka preporučuje da, gde je moguće, budu navedene strane sa kojih se preuzima tuđi tekst. Brojevi stranica moraju biti sadržani kod doslovnog citiranja tuđeg teksta, prilikom parafraziranja ili upućivanja na određeni deo knjige ili članka. Jedna stranica se označava sa „p.”, a više strana sa „pp.” (skraćeno lat. *paper – pluta paper*). Moguće je koristiti i rad prihvaćen za objavljivanje, pod uslovom da je za rad određen digitalni identifikator (DOI broj), koji će biti naveden u spisku literature uz druge podatke o citiranom radu.

Način navođenja izvora zavisi od toga da li je potrebno istaći ime autora ili sadržaj njegovog teksta. U prvom slučaju se ime autora čiji se rad koristi navodi u samoj rečenici; u drugom slučaju se navodi na kraju rečenice u zagradi, uz godinu objavljivanja rada (po potrebi i strana). Na primer:

Kako je istakao profesor Konstantinović (2006, p. 36) obimnost Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima bila je posledica težnje da zakon bude razumljiv svima, a ne da učesnike u prometu nauči pravu.

Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima bila je obimna, zato što se težilo da zakon bude razumljiv svima, a ne da učesnike u prometu nauči pravu (Konstantinović, 2006, p. 36).

Isticanje imena autora. Kada se u rečenici pominje ime nekog autora, bez dodatnih informacija o sadržaju rada koji se citira (sumarni pregled ili ukazivanje na izvor), dovoljno je navesti prezime autora i u zagradi godinu u kojoj je objavljen rad. Navodimo primer:

U svom radu Ćirić (2008) konstatuje da je...

Kada se upućuje na posebne delove u radu, mora biti naveden i broj stranice ili stranica na kojima se nalazi citat. Primeri:

U svom radu Ćorić (2017, pp. 26-30) opisuje procesna sredstva za naknadu štete u sudskom poretku Evropske unije.

Stoga, prema Đorđeviću (2016, pp. 28-29), trebalo bi da se uzmu u obzir i drugačija rešenja iz uporednog prava.

Preuzeti sadržaj drugog autora se može saopštiti i parafraziranjem:

Stoga Perović u predgovoru ponovljenom izdanju Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima (Konstantinović, 2006, p. 16) zaključuje da svaki pravni sistem dopušta slobodu ugovaranja, ali do izvesne granice.

Ako se citira neodređen broj strana, navodi se samo početna stranica sa koje se preuzima citat, dok iza nje stoji „i dalje”. Na primer:

Sve ove teorije se mogu podeliti u nekoliko grupa (Čolović, 2009, pp. 83 i dalje)...

Kada se upućuje na izvor iz fusnote nekog rada, posle broja strane piše se skraćunica „fn.”:

Navedeno rešenje je nesumnjivo podložno kritici (Jovanović, p. 8, fn. 14)...

Doslovno citiranje koristi se retko, uglavnom da bi se izbeglo pogrešno tumačenje originalnog teksta, da se istakne bitan argument ili ideja koja će potom biti posebno analizirana ili pobijana ili kada je na lep i efektan način autor izrazio svoju misao, a taj efekat bi parafraziranje poništilo. U svakom slučaju doslovnog citiranja teksta drugog autora neophodno je navesti tačnu stranicu (ili strane) na kojima se citat nalazi, kako bi zainteresovani čitalac mogao proveriti iznete podatke.

Kraći citati, dužine do 30 reči, sastavni su deo rečenice, istaknuti navodnicima. Mogu biti direktno ili indirektno citirani, na primer:

Kako ističe Stanković (1972, p. 177) „neimovinska šteta predstavlja posebnu pojavu i pojam za sebe”.

Ili:

Sve su to razlozi što treba prihvatiti da „neimovinska šteta predstavlja posebnu pojavu i pojam za sebe” (Stanković, 1972, p. 177).

U citate duže od 30 reči autor nas uvodi svojim rečima, a zatim počinje citat, koji ističe navodnicima, obavezno uz naznaku prezimena autora i tačne strane ili strana na kojima se nalazi citat. Tekst se može preuzeti direktno:

Nemogućnost korišćenja uništene stvari može da izazove neimovinsku štetu, nezavisno od *pretium affectionis*. Prema Stankoviću (1972, p. 307) reč je o slučajevima: „u kojima nemogućnost upotrebe uništene odnosno oštećene stvari unosi veliki poremećaj u oštećenikov svakodnevni praktični život, lančanu reakciju raznovrsnih maltretiranja i ograničavanja, koja mogu predstavljati potpunu dezorganizaciju oštećenikovog načina života i njegovih svakodневnih navika”.

Indirektno se isti tekst može preuzeti na sledeći način:

Nemogućnost korišćenja uništene stvari može da izazove neimovinsku štetu, nezavisno od *pretium affectionis*, u slučajevima „u kojima nemogućnost upotrebe uništene odnosno oštećene stvari unosi veliki poremećaj u

oštećenikov svakodnevni praktični život, lančanu reakciju raznovrsnih maltretiranja i ograničavanja, koja mogu predstavljati potpunu dezorganizaciju oštećenikovog načina života i njegovih svakodnevnih navika” (Stanković, 1972, p. 307).

Dugačke citate bi najpravičnije bilo preuzeti tako što se iza dve tačke navedu u posebnom redu uvučeno, složeno manjim fontom (11pt), uz naznaku izvora i stranice. Izostavljeni deo reči iz citata označava se trima tačkama u ugaonim zagradama, na primer:

Prilikom organizacije izvršenja rada u javnom interesu „pragmatični razlozi [...] ukazivali bi na potrebu većeg učešća lokalne zajednice (u sektoru službi socijalne zaštite)” (*Alternative zatvorskim kaznama*, 2005, p. 44).

Citiranje različitih radova dva autora. Kada se u istoj rečenici upućuje na radove dva autora (bilo da imaju saglasne ili oprečne stavove) u tekstu se navodi prezime svakog od autora, uz godine kada su radovi objavljeni, prema sledećim primerima:

I Đorđević (2012, p. 34) i Mrvić Petrović (2011, p. 86-87) smatraju da uvođenje sistema dani-novčane kazne nije ostvarilo željene efekte u pravnom sistemu Republike Srbije.

Kauzalitet kod propuštanja se različito objašnjava po teoriji aliud agere u odnosu na teoriju prethodno preduzete radnje (vid. za prvu Welp, 1968, p. 30, a za drugu Rudholphi, 1972).

Citiranje imena dva ili tri autora istog rada. U tekstu se upućuje na zajednički rad autora uz navođenje prezimena oba autora povezana simbolom &, dok se u zagradi navodi godina u kojoj je rad objavljen.

Na ovakav odnos države i crkve trebalo bi da obratimo posebnu pažnju (Đorđević & Stanić, 2015, p. 63).

U svom radu Nikolić & Čović (2018) ukazali su na...

Uporednopravno istraživanje (Mrvić Petrović & Petrović, 2018) potvrdilo je...

Mrkšić, Popović & Novaković (2018, pp. 477) analiziraju...

Citiranje rada koji ima više od tri autora. U tekstu se navodi samo prezime prvog autora i iza njega opšteprihvaćena skraćenica „et al.” (*et alia*). Na primer:

Ćeranić et al. (2018) istražili su..

Citiranje više radova istog autora, objavljenih iste godine. U tekstu se uz prezime autora i godinu dodaju latinična slova a, b, c, d, kako bi se označili različiti radovi istog autora objavljeni iste godine. Primer:

Svakako, navedeni vid krivice trebalo bi da je više u našem fokusu (Ćirić, 2004a, p. 70)... Pored „tvrde”, ne bismo smeli da zaboravimo „meku moć”... (Ćirić, 2004b, p. 334).

Citiranje rada objavljenog pod okriljem organizacije. U slučaju da je navedeni tekst objavila neka organizacija (pravno lice, udruženje, ustanova, međunarodna, nevladina organizacija i slično), tako da pojedini autor nije posebno naveden, u tekstu treba uputiti na naziv organizacije i godinu objavljivanja rada. Dozvoljena je upotreba uobičajenih službenih skraćenica međunarodnih organizacija ili njihovih tela, na primer:

Od presudne je važnosti istraživati izborne procese u domaćem i stranom pravu (Institut za uporedno pravo, 2013, pp. 32-35).

Media and information technologies can offer such spaces to allow different groups to interact with each other, so in Tallin Guidelines on National Minorities and the Digital Age (OSCE, 2019)...

Citiranje rada nepoznatog autora. Umesto podataka o autoru koristi se naslov rada:

U *Teoriji države i prava* (1995, p. 204) jasno se kaže...

Rad nepoznate godine izdanja. U navedenom slučaju koristi se skraćenica n.d. (od *no date*):

Zirojević (n.d.) ukazuje na obeležja terorizma...

Ili indirektno:

Obeležja savremenog terorizma su... (Zirojević, n.d.).

Sekundarne reference. Ako primarni izvor nije bilo moguće pronaći, nego ga autor preuzima iz rada drugog autora, mora se pozvati na primarni izvor i sekundarnu referencu na sledeći način:

Zlatarić (1967), kako navodi Kambovski (2005, p. 701) uključuje u saizvršilaštvo i radnje preduzete pre ili posle dovršenja krivičnog dela.

Ili:

U ranijoj teoriji se smatralo da saizvršilaštvo uključuje i radnje preduzete pre ili posle dovršenja krivičnog dela (Zlatarić, 1967, navedeno u Kambovski, 2005, p. 701).

Navođenje propisa. Naziv zakona i drugog propisa navodi se u tekstu punim nazivom (složeno običnim slovima), uz broj godine kada je usvojen, sem kada se analizira određena izmena ili dopuna propisa, kada se navodi kao izvor službeno

glasilo u kome je objavljena takva izmena. Prilikom prvog pominjanja propisa može se dodati crta posle naziva i navesti skraćenica pod kojom će se isti propis dalje u tekstu navoditi. U daljem tekstu dovoljno je koristiti samo skraćenicu. Isto pravilo važi i za inostrane pravne akte, s tim što se podaci koji se na njih odnose navode na način kako je to uobičajeno za to strano pravo. Skraćenice se sačinjavaju prema izvornom nazivu propisa, a ne prema njihovom prevodu na srpski ili engleski jezik.

U krivičnom zakonodavstvu Srbije (Krivični zakonik RS, 2005 – KZ).

Temeljna reforma krivičnih dela protiv privrede u pravu Republike Srbije izvršena je 2016. godine (Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, 2016).

Pravo na obeštećenje se žrtvama nasilja u Nemačkoj priznaje od 1976. godine na osnovu posebnog saveznog zakona, s tim što je 1985. godine donet novi (*Gesetz über die Entschädigung für von Gewalttaten* – OEG) s tim što je 1985. godine donet novi zakon koji je i sada na sanzi (OEG, 1985).

U francuskom Građanskom zakoniku (*Code civil* – CC), prema poslednjoj verziji od 1. oktobra 2018. Godine predviđeno je... (CC, 1804).

Akti međunarodnih organizacija citiraju se tako što se u tekstu navodi donosilac akta i pun naziv akta, koji se, po potrebi skraćeno, navodi u zagradi uz naznaku godine u kojoj je donet.

U Istanbulskoj konvenciji Saveta Evrope (CETS No. 210) od 11. 5. 2011. godine (CoE CETS, 2011) predlaže se...

Prava deteta, regulisana Konvencijom Organizacije ujedinjenih nacija o pravima deteta (Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, 1990)...

U pravu Evropske unije doneta je Uredba o stečajnim postupcima br. 1346/2000 (Concil Regulation (EC), 2000)...

Na isti način kako je citiran propis naveden u tekstu, mora biti označen u popisu literature.

Autor može da koristi tekst propisa preuzet sa interneta sa službene stranice nadležnog organa ili javnog servisa zaduženog za objavljivanje pravnih propisa i praćenje izmena. U tom slučaju u popisu literature moraju biti označeni osnovni podaci o propisu i godini u kojoj je objavljena poslednja verzija dostupna na službenoj stranici nadležnog organa ili preuzeta sa javnog servisa zaduženog za objavljivanje pravnih propisa i praćenje izmena. Autor može da koristi tekst propisa i prema objavljenom službenom prevodu na engleski (ili neki drugi) jezik (što mora biti naznačeno).

Član, stav i tačka propisa skraćeno se pišu čl., st. i tač., a iza napisanih brojeva se ne stavlja tačka. Na primer:

čl. 5, st. 2, tač. 3 ili čl. 5, 6, 9 i 10 ili čl. 4–12.

Navođenje sudske prakse i odluka drugih organa. Autor u tekstu treba da navede što potpunije podatke: vrstu odluke sudskog, upravnog tela ili Ustavnog suda, naziv donosioca i druge podatke na osnovu kojih je odluka klasifikovana (slovo koje označava vrstu postupka, broj postupka, godinu pokretanja postupka) i datum kada je doneta i, ako postoji, izvor iz kog je preuzeta. Za presude Evropskog suda za ljudska prava merodavan je i broj predstavlke. Iza teksta autor navodi u zagradi skraćeno oznaku odluke, koja će biti korišćena i u popisu literature. Na primer:

Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 utvrđena je nesaglasnost... (Odluka US, 2017).

Cass. crim., 19 December 1991, RCA 1992.170 (*Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018).

... kako se navodi u obrazloženju Presude Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012 (*Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012).

Odluke međunarodnih sudova i tribunala treba da sadrže što potpunije podatke (vrsta odluke, podaci o sudskom veću koje je odluku donelo, datum donošenja odluke, uobičajeni naziv predmeta, registarski broj, kod (ako ga ima), strana, stav ili tačka na koju se upućuje ili sa koje je citiran deo odluke). Odluke međunarodnih sudova ili tribunala navode se uz korišćenje skraćenica za nazive sudova npr: PCIJ, ECHR, ICJ, ICTY i slično. Prilikom citiranja sudskih slučajeva koristi se veznik skraćenica „v” za veznik *versus*, npr. *Fremkin v Russia*, *Goobald v Mahmood*.

Prilikom citiranja prakse Evropskog suda za ljudska prava navodi se i broj podnete predstavlke. Na primer:

Borodin v Russia, predstavlka br. 41867/04, presuda ECHR, 6. 2. 2013, par. 166.

Sudska praksa Suda Evropske unije obavezno se navodi uz korišćenje evropske identifikacione oznake sudske prakse (*European Case Law Identifier* – ECLI). Na primer:

Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015.

Intrasoft International SA v European Commission (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774)

Citiranje referenci preuzetih sa interneta. Ukoliko se u radu koriste sadržaji sa interneta, navode se na isti način kao i ostali sadržaji, ako su poznati autori ili organizacije ili državne ustanove koje su ih objavile, s tim što će u spisku literature na odgovarajući način biti naglašeno da je reč o URL izvoru ili o članku sa DOI brojem. Elektronski dostupni sadržaji retko imaju označene stranice, pa se preciznost kod navođenja citata postiže pozivanjem na odeljke ili pasuse, ako su numerisani u tekstu.

Citiranje rada nepoznate godine izdanja ili rada nepoznatog autora. U radu se navedena vrsta rada citira tako što se na mestu gde bi trebalo da stoji godina navodi „n.d.” (*non dated* – nepoznat datum), na primer:

Njihov značaj za parlamentarne procese je nemerljiv (Ostrogorski, n.d).

Ako se u rukopisu koristi rad nepoznatog autora, navešće se naslov rada koji se citira, uz godinu, ako je poznata:

Sve nam to potvrđuje i mešovita, objektivno-subjektivna teorija (Elementi krivičnog dela, 1986, p. 13).

SASTAVLJANJE SPISKA LITERATURE I POPISA PRAVNIH IZVORA

Spisak literature je obavezan na kraju rada. U spisak literature se unose sve bibliografske jedinice korišćene u radu, osim pravnih izvora i spiska sudskih odluka, koji se posebno navode, iza spiska literature.

U spisku literature se bibliografske odrednice (reference) navode po abecednom redu, prema početnom slovu prezimena autora, početnom slovu organizacije u slučaju da je autor nepoznat ili, ako su nepoznati i autor i organizacija, prema početnom slovu naslova bibliografske jedinice. Kod koautorstva, neophodno je navesti prezime i početno slovo imena svakog koautora.

1. KNJIGE (ELEKTRONSKE), DRUGE MONOGRAFIJE I UDŽBENICI, POGLAVLJA U MONOGRAFIJAMA

Navode se obavezno sledeći elementi po modelu: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov: podnaslov.* Podatak o izdanju. Mesto izdanja: izdavač. Kada ima više od četiri autora, knjiga se sortira prema početnom slovu prezimena prvog autora, a umesto imena ostalih autora može se koristiti skraćenica „*et al.*”. Kada knjiga nema podatak o autoru, ali je istaknuto ime urednika ili organizacije, umesto autorovog imena navodi se ime urednika (uz naznaku tog svojstva) ili naziv organizacije koja je izdala publikaciju.

Za urednike koristiti skraćenicu „ur.” (ako je knjiga izdata na srpskom jeziku), a „ed.” (za knjige na engleskom jeziku sa jednim urednikom) ili „eds.” (kada ima dva ili više urednika). Na primer:

- Ćirić, J. 2008. *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Ćeranić, J. 2015. *Unitarni patent*. Beograd: Institut za uporedno pravo; Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta.
- Sime, S. 2018. *A Practical Approach to Civil Procedure*. 31st ed. Oxford: Oxford University Press.
- Carlen, P. & Worrall, A. 1987. *Gender, Crime and Justice*. Philadelphia: Open University.
- UNICRI. 1997. *Promoting Probation Internationally*. Publ. no 58. Rome/London: UNICRI.
- Tappan, P. W. (ed.). 1951. *Contemporary corrections*. New York: McGraw-Hill.
- Srzentić, N., Stajić, A. & Lazarević, Lj. 1995. *Krivično pravo Jugoslavije. Opšti deo*. 18. izd. Beograd: Savremena administracija.

Obavezni elementi koji se moraju navesti kada se citira sadržaj elektronske knjige su: Autor, Inicijal(i) godina. Naslov knjige, [e-book], Izdanje (samo u slučaju da se ne radi o prvom izdanju), Mesto izdavanja e – knjige: Izdavač, pristup preko Naziv baze podataka, URL za tu e – knjigu (datum pristupa). Na primer:

- Molan, M. T. 2012. *Series: Questions & Answers*, [eBook]. 8th ed, 2012-2103. Oxford: OUP Oxford. Database: eBook Academic Collection. Dostupno na: <http://eds.a.ebscohost.com/> (18. 1. 2019).

2. DOKTORSKE DISERTACIJE, MAGISTARSKI ILI ZAVRŠNI MASTER RADOVI

Obavezno se navode: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov*. Doktorska disertacija. Mesto publikovanja: fakultet/univerzitet na kome je odbranjen. Na primer:

- Stanić, M. 2017. *Pravna priroda poslaničkog mandata*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

3. POGLAVLJA U KNJIGAMA I NAUČNI/STRUČNI RADOVI OBJAVLJENI U ZBORNICIMA I ZBIRKAMA RADOVA SA NAUČNIH SKUPOVA

Podaci o navedenim bibliografskim jedinicama sadrže obavezno sledeće elemente koje treba navesti po modelu: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdava-

nja. Naslov rada: podnaslov. U: Prezime, inicijal(i) urednika (ur.). *Naslov zbornika: podnaslov*. Mesto izdavanja: izdavač, str. od-do.

Za urednike koristiti skraćenicu „ur.” (ako je zbornik na srpskom jeziku), a „ed.” (za zbornike na engleskom jeziku sa jednim urednikom) ili „eds.” (kada zbornik uređuju dva ili više urednika). Primer:

- Moss, G. 2015. New World and Old World: Symphony or Cacophony?. In: Parry, R. & Omar, P. (eds.), *International Insolvency Law: Future Perspectives*. Nottingham/Paris: INSOL Europe, pp. 17-42.
- Čolović, V. 2011. Status stranog stečajnog postupka u nemačkom zakonodavstvu. U: Vasiljević, M. & Čolović, V. (ur.), *Uvod u pravo Nemačke*. Beograd: Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 524-541.

4. ČLANCI

Obavezni elementi koji se navode su: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. Naslov članka: podnaslov. *Naslov časopisa*, oznaka sveske/godišta/volumena (broj), str. od-do. Ako je članak prihvaćen za objavljivanje ili je već objavljen sa DOI brojem, taj broj treba dodati u obliku linka: <https://doi.org/DOIbroj>.

Navodimo primere:

- Kostić, J. 2018. Investiranje društava za osiguranje na tržištu kapitala Republike Srbije. U: Petrović, Z. & Čolović, V. (ur.), *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje: zbornik radova sa XXI međunarodnog naučnog skupa*. Beograd/Valjevo: Institut za uporedno pravo, pp. 463-476.
- Gasmi, G., Prlja, D. & Jerotić, A. 2017. European leading legal principles of combating gender based violence: “Istanbul Convention”. U: Lilić, S. (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije: zbornik radova*. Knj. 7, (Biblioteka Zbornici). Beograd: Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, pp. 335-349.
- Đukić-Milosavljević, I. *et al.* 2017. Jedinice za podršku deci žrtvama i svedocima u krivičnom postupku – Domaće pravo i praksa. *Temida*, 20(1), pp. 45-64.
- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno na: <https://doi.org/10.5937/spz1803065V> (18. 1. 2019).

5. ČLANCI OBJAVLJENI U ELEKTRONSKOM ČASOPISU ILI ONLINE BAZI PODATAKA

Navode se sledeći podaci: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. Naslov rada: podnaslov. *Naslov časopisa* volumen/godište (broj). DOI broj, ako ga članak ima ili URL adresa elektronskog izdanja časopisa ili naziv *online* baze podataka (datum posete stranici). Odlučujući kriterijum za određeni način navođenja jeste kako korisnik najlakše može pronaći dokument koji ste citirali. Na primer, prethodno navedeni izvor u kome je naznačen link sa DOI brojem (Višekruna, A.) može biti citiran i na sledeće načine:

- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno na: <https://www.stranipravnizivot.rs/index.php/SPZ/article/view/686> (18. 1. 2019).

Ili:

- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno u: SCIndeks.ceon.rs (18. 1. 2019).

6. ČLANCI, IZVEŠTAJI, RADOVI IZ ZBORNIKA DOSTUPNOG NA INTERNETU, KOJI IMAJU AUTORA

Članci koji su dostupni na internetu, sa poznatim autorom, ali nisu iz elektronskog časopisa, i različiti izveštaji navode se prema sledećem modelu: Prezime, inicijal(i) autora. (godina izdavanja). *Naslov: podnaslov*. Mesto izdavanja: izdavač ili organizacija odgovorna za održavanje stranice na internetu. URL: (datum posete stranici). Na primer:

- Mutavdžić Obradović D. 2015. *Odgovornost vlasnika odnosno držaoca psa za štetu koju je prouzrokovao drugom licu*. Beograd: Paragraf. Dostupno na: <https://www.paragraf.rs/> (18. 1. 2019).
- Lietonen, A. & Ollus, N. 2017. *The costs of assisting victims of trafficking in human beings: a pilot study of services provided in Latvia, Estonia, Lithuania, Report Series 87*. Helsinki: HEUNI. Dostupno na: https://www.heuni.fi/material/attachments/heuni/reports/HY3EXasQ3/HEUNI_Report_no.87.pdf (18. 1. 2019).

Podaci o radu iz zbornika čiji je sadržaj objavljen na internetu navode se na sledeći način: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov rada* (sa

nazivom časopisa i drugim podacima koji se zahtevaju za članak). URL: (datum posete stranici).

- Rabrenović, A. 2008. Razvoj službeničkog sistema federalne uprave SAD: od potrage za političkim plenom ka ostvarenju javnog interesa. U: Ćirić, J. (ur.), *Uvod u pravo SAD*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 49-70. Dostupno na: <http://iup.rs/wp-content/uploads/2017/10/Uvod-u-pravo-SAD.pdf> (18. 1. 2019).

7. ČLANAK DOSTUPAN NA INTERNETU KOJI NEMA NAZNAČENOG AUTORA

Osnovni podaci koje treba navesti su: Naslov rada, godina izdanja, URL ili naziv *online* baze podataka, (datum pristupa stranici). Na primer:

- *National Action Plan to combating corruption – Mongolia*. 2016. Dostupno na: <https://www.opengovpartnership.org/.../06-national-action-plan-combating-corruption> (18. 1. 2019).

8. SPISAK KORIŠĆENIH PRAVNIH IZVORA I IZVORA SUDSKE PRAKSE

Popisuju se nazivi zakona i drugih propisa korišćenih u radu, sa brojevima službenih glasila u kojima su objavljeni ili podacima o elektronskim izvorima sa kojih su preuzeti. U slučaju potrebe, razdvajaju se domaći od stranih propisa (u podnaslovima se navodi na koju se državu propisi odnose). Propisi se navode prema hijerarhiji citiranih pravnih akata (od Ustava, preko zakona do uredbi i pojedinačnih akata). Ako se navodi više akata iste pravne snage, koristi se abecedni red. Kada se navode akti Evropske unije, obavezno se navodi broj službenog glasnika u kome je propis objavljen i strana na kojoj se nalazi:

- Krivični zakonik RS 2005. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.
- Izmene KZ RS 2016. *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.
- OEG, 1985. Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten, od 7. januara 1985 (*BGBI. I S. 1*), sa poslednjom izmenom od 17. jula 2017 (*BGBI. I S. 2541*). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/oeg/> (18. 1. 2019).
- CC, 1804. Code civil, poslednja verzija od 25. decembra 2018. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (18. 1. 2019).
- CETS, 2011. Council of Europe, Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No.210) od 11. 5. 2011. godine. Dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (18. 1. 2011).

- EU Decision 2010. EU Commission Decision of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under document C(2010) 593 (Text with EEA relevance). *OJ L* 39, 12. 2. 2010, pp. 5-18.
- Rec 2011. Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care. Adopted by the Committee of Ministers on 16 November 2011.
- UNSC Resolution 1286, UN dok. S/RES/1286 (19 January 2000).

Izvori sudske prakse ili prakse drugih državnih organa se posebno navode. Praksa međunarodnih sudova ili tribunala navodi se uz korišćenje službenih skraćenica sudova, na primer: ICJ, PCIJ, ICTY, ICTR, ECHR, zatim se piše naziv predmeta, vrsta odluke, datum donošenja, publikacija u kojoj je odluka objavljena i strane na kojoj je objavljena.

Kod presuda međunarodnih krivičnih tribunala se nakon naziva predmeta navodi i sudsko veće (po potrebi i podaci koji se tiču izdvojenih sudskih mišljenja, ako se na njih pozivao autor u radu), dok se kod odluka Evropskog suda za ljudska prava navodi i broj predstavke. Sudska praksa Suda Evropske unije obavezno se navodi uz korišćenje evropske identifikacione oznake sudske prakse (*European Case Law Identifier* – ECLI).

Domaće i strane sudske presude, pravna shvatanja i slično, kao i presude međunarodnih sudova mogu se navoditi uz pozivanje na elektronske pravne baze iz kojih su preuzete (Paragraf Lex, Intermex, EUR-Lex, CURIA, Lexiweb.co.uk, Légifrance, HUDOC itd.).

Različite načine navođenja ilustruju sledeći primeri:

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.
- Odluka US, 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravilnika opštine Bečej iz 2013. godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik RS*, br. 68/2018.
- Cass. crim., 19 December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v Mahmood*, 2005 All ER (D) 251 (Apr). Dostupno na: <https://Lexisweb.co.uk/cases/2005/april/godbald-v-mahmood> (18. 1. 2019).

- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015 (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Dostupno na : <https://eur-lex.europa.eu/l> (18. 1. 2019).

Uredništvo stoji na raspolaganju autorima i za sva druga neophodna razjašnjenja (pitanja uputiti elektronskom poštom na adresu uredništva).

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

STRANI pravni život = Foreign legal life / glavni i
odgovorni urednik Katarina Jović. - 1956, br. 1- . -
Beograd : Institut za uporedno pravo, 1956- (Beograd
: Birograf Comp). - 24 cm

Tromesečno. - Drugo izdanje na drugom medijumu:

Strani pravni život (Online) = ISSN 2620-1127

ISSN 0039-2138 = Strani pravni život

COBISS.SR-ID 86244103

