

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

ISSN 0039 2138

UDK 34

ISSN (online) 2620 1127

STRANI PRAVNI ŽIVOT

Beograd, 2020/ Broj 1/ Godina LXIV

Izdavač/Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO/ INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

Beograd, Terazije 41

e-mail:institut@iup.rs, www.iup.rs

tel. + 381 11 32 33 213

Redakcija/Editorial board

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

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

prof. dr Nataša Mrvić Petrović

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/Deputy of editor in chief

doc. dr Jelena Čeranić Perišić

Tehnički urednik/Technical editor

Aleksandra Višekruna

Sekretar redakcije/Secretary of Editorial board

Jovana Misailović

Lektor/Reader

Svetlana Stojković

Štampa/Print

JP Službeni glasnik

Tiraž/Circulation

100 primeraka/100 copies

SADRŽAJ:

<i>Slobodan G. Vukadinović</i> ADHEZION I UGOVORI U FRANCUSKOM PRAVU	5
<i>Katarina A. Jovičić</i> PRAVNA PRIRODA ODNOSA IZMEĐU ARBITARA I STRANAKA: <i>RECEPTUM ARBITRI</i>	17
<i>Marina M. Matić Bošković</i> UREĐENJE PROCESNIH PRAVA OSUMNJIČENIH I OKRIVLJENIH U PRAVNIM TEKOVINAMA EVROPSKE UNIJE	29
<i>Vasilije V. Marković, Marko Lj. Romić</i> O USTAVNOSTI REGISTROVANJA CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA – PRILOG PROUČAVANJU DRŽAVNO-CRKVENOG PRAVA	45
<i>Natalija M. Živković</i> OBELODANJIVANJE DOKAZA U PREDISTRAŽNOM POSTUPKU I ISTRAZI	63
<i>Marko D. Božić</i> O POLITIČKOJ POZADINI RANE SRPSKE RECEPCIJE FRANCUSKE SOCIOLOŠKE ŠKOLE I METODA U PRAVU	77
<i>Jovana M. Rajić Čalić</i> FLEKSIBILIZACIJA RADNIH ODNOSA SA OSVRTOM NA RAD SA NEPUNIM RADNIM VREMENOM	87
<i>Aleksa Lj. Radonjić</i> UPOREDNOPRAVNA ANALIZA ZAKONSKIH ODREĐABA O PLAĆENOM ODSUSTVU U ZEMLJAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE	99
<i>Dalibor M. Krstinić, Jovana Z. Vasiljković</i> INSTITUT USVOJENJA U UPOREDNOM PRAVU.....	113
<i>Milena D. Šikanić</i> PRIMENA TEORIJE PRAVNIH TRANSPLANTATA NA PRENOŠENJE PRAVA U JAPANU TOKOM MEĐI RESTAURACIJE	127
<i>Jelena Ž. Kostić, Zoran S. Pavlović</i> PORESKI DELIKTI U ZAKONODAVSTVU SAVEZNE REPUBLIKE NEMAČKE	141

TABLE OF CONTENTS:

<i>Slobodan G. Vukadinović</i> ADHESION CONTRACTS IN FRENCH LAW	15
<i>Katarina A. Jovičić</i> LEGAL NATURE OF RELATIONSHIP BETWEEN ARBITRATOR AND PARTIES: <i>RECEPTUM ARBITRI</i>	28
<i>Marina M. Matić Bošković</i> REGULATION OF PROCEDURAL RIGHTS OF SUSPECT AND ACCUSED PERSON IN THE EUROPEAN UNION ACQUIS	43
<i>Vasilije V. Marković, Marko Lj. Romić</i> ON THE CONSTITUTIONALITY OF REGISTRATION OF CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES – CONTRIBUTION TO THE STUDY OF STATE-CHURCH LAW	61
<i>Natalija M. Živković</i> DISCLOSURE OF EVIDENCE IN PRE-TRIAL PROCEEDINGS AND INVESTIGATION	76
<i>Marko D. Božić</i> ON POLITICAL BACKGROUND OF EARLY SERBIAN RECEPTION OF FRENCH SOCIOLOGICAL SCHOOL AND METHOD IN LAW	86
<i>Jovana M. Rajić Čalić</i> FLEXIBLE WORK RELATIONS WITH A FOCUS ON PART-TIME WORK	97
<i>Aleksa Lj. Radonjić</i> COMPARATIVE ANALYSIS OF STATUTORY REGULATION OF PAID PERSONAL LEAVE IN FORMER YUGOSLAV REPUBLICS	112
<i>Dalibor M. Krstinić, Jovana Z. Vasiljković</i> INSTITUTE OF ADOPTION IN COMPARATIVE LAW	125
<i>Milena D. Šikanić</i> APPLICATION OF THE THEORY OF LEGAL TRANSPLANTS TO THE TRANSFER OF LAW IN JAPAN DURING THE MEIJI RESTORATION	140
<i>Jelena Ž. Kostić, Zoran S. Pavlović</i> TAX OFFENSES IN LEGISLATION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY	153

ADHEZIONI UGOVORI U FRANCUSKOM PRAVU

Sažetak

U radu se polazi od pristupanja ugovoru koji se funkcionalno shvata kao saglasnost volja, iako ima određene specifičnosti, zbog čega mu se u svim pravnim sistemima određuje poseban pravni režim koji se suštinski primenjuje na sve oblike ugovora koje sastavlja jedna strana, bez obzira na postojeće terminološke i pojmovne razlike. Francusko ugovorno pravo, kao inače veoma uticajno u svetu i sa do sada najuticajnijom građanskom kodifikacijom, izvršilo je određeni uticaj na mnoga prava, među kojima i na srpsko. Uticaj se pre svega ogleda u terminu „adhezioni“ ugovori, koji se i danas kako u tom izvornom obliku, tako i u prevodima „ugovori po pristupu“, kao i „ugovori po pristanku“ i dalje vezuje za francusko pravo. Razmatraju se teorijske postavke ovog pojma, njegova recepcija u domaćoj građanskopravnoj nauci, a posebno pravni režim u reformisanom francuskom ugovornom pravu, tj. izmenama i dopunama Građanskog zakonika iz 2016. godine. U fokusu su potom proširena ovlašćenja suda da interveniše u privatne ugovorne odnose, kao i aktuelne tendencije unošenja pravila koja su primarno osmišljena za potrošačke ugovore i zaštitu potrošača u opšti režim ugovornog prava, tj. proces njihovog usvajanja kao opštih pravila ugovornog prava.

Ključne reči: adhezioni ugovori, ugovori po pristupu, francusko pravo, Građanski zakonik Francuske.

1. Uvod

Načelo autonomije volje¹, odnosno izraženo u ugovornom pravu – načelo slobode ugovaranja, omogućava i pravnoteorijski opravdava postojanje adhezioni ugovora, koji nisu izraz teorijske mogućnosti kao takve, već su potreba prakse u savremenom okruženju. Iako teorija privatnog prava danas ne samo da dobro poznaje različita ograničenja načela autonomije volje već i omogućava da se ona sistematizuju²,

* Doktor pravnih nauka, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu i spoljni saradnik Instituta za uporedno pravo, e-mail: slobodan.vukadinovic@pravnofakultet.rs, <https://orcid.org/0000-0002-4692-321X>

¹ Istražujući pravnoistorijski, akademik Toma Živanović (1959, p. 143) ističe kako je u starom pravu sve do XIX veka princip autonomije imao značajno širu primenu, posebno u srednjem veku, dok država usled slabosti nije mogla vršiti u punoj meri svoj suverenitet.

² O ograničenjima slobode ugovaranja (opštim i posebnim) videti: Nikolić, 2010, pp. 132-137.

čini se da je ovo načelo kod zaključenja adhezionih ugovora svedeno na najmanju meru. Idući korak dalje, moglo bi se reći da ovo načelo ima samo simboličku sadržinu koja se svodi na situaciju: uzmi ili ostavi. Autonomija i sloboda jedne ugovorne strane se kod adhezionih ugovora svodi na jedini izbor da pristupi tom ugovoru ili ne pristupi, dok neretko faktički i nema realnu mogućnost da ne pristupi, kada takav ponuđeni i unapred jednostrano pripremljeni ugovor jeste jedini put ka zadovoljenju određene opravdane potrebe. Sužavanje slobode ugovaranja ogleda se u odsustvu pregovora o uslovima i sadržini ugovora. Međutim, ako praktični životni razlozi primoravaju jednu ugovornu stranu da zaključi ugovor, ona faktički suštinskog izbora i nema (iako bi se pravno moglo reći da ima pravo da odluči da li će ući ili ne u taj ugovorni odnos). Pored toga, čak i pravo izbora saugovarača nekada je samo privid mogućnosti, zbog spontanog procesa ujednačavanja pravnih rešenja sadržanih u adhezionim ugovorima u okviru iste oblasti. To praktično znači da u pojedinim sektorima danas nije neobična situacija da faktički svi saugovarači nude pružanje svojih usluga ili prodaju robu tako što svi imaju unapred pripremljen adhezioni ugovor.

Uobičajeno je da se bitnom karakteristikom adhezionih ugovora smatra činjenica da su sve odredbe ugovora sadržane na jednom formularu, tj. obrascu koji predstavlja ugovorni dokument. To praktično znači da je reč o finalnoj formi ugovora koju je u celini sastavio ponudilac i kojom se ne daje mogućnost ponuđenom da je menja, već on može samo da je prihvati (pristupi) ili odbije. Tako posmatrajući, adhezioni ugovor je unapred sačinjen na način da nema mogućnosti (a realno nema ni potrebe) da se unosi nijedan sastojak ugovora, osim što je svakako potrebno dodati podatke o licu koje mu pristupa. Zbog ovakvog načina sastavljanja ugovora postoji rizik da je strana koja ga je sastavljala nastojala da svuda obezbedi sopstvene interese, zbog čega rešenja koja sadrži neretko mogu biti nepravična. Ovi ugovori se različito naslovljavaju, odnosno koriste se sledeći termini: ugovor po pristanku, ugovor po pristupu, adhezioni ugovor, ugovor koji se zaključuje pristupanjem. Od navedenih sinonima, u radovima pravnih pisaca najčešće se koristi adhezioni ugovor, što je posledica uticaja francuske pravne teorije, mada bi se moglo reći da bi na našem jeziku bio primeren termin „ugovori kojima se pristupa“, budući da je glavna odlika ovih ugovora upravo to da se njima samo pristupa, u protivnom ugovora nema.

Svakako da se i kod adhezionih ugovora, kao kod svakog ugovora uopšte, kao prvo postavlja pitanje da li ima saglasnosti volja da nastane pravno dejstvo, jer bez obzira što strane nisu pregovarale o svakoj odredbi ugovora pojedinačno, neophodno je da postoji saglasnost volja ugovornih strana da se primeni određeni unapred pripremljeni tekst na njihov ugovorni odnos. Iako sa aspekta opšteg dela obligacionog prava deluje nesporno da adhezija nije posebna vrsta ugovora nego je pristupanje ugovorna tehnika i način zaključenja ugovora³ kojim se može pristupiti različitim formularnim, tipskim i

³ U našoj nauci je poznato stanovište dr Jelene Vilus (1976, p. 14 i dalje) koja je, nakon uporednopravnog istraživanja, objasnila da je karakteristika adhezije poseban način zaključenja ugovora (prihvatanje *en bloc*). Sličan stav zastupa i prof. dr Silvija Petrić (2013, pp. 17-18), koja ističe da se pod pojmom adhezijskog zaključivanja ugovora ili zaključivanja ugovora po pristupu podrazumeva tehnika koja isključuje mogućnost pregovora o sadržaju ugovora, već pristupnik ima samo slobodu da odluči da li hoće da sklopi ugovor ili neće (po načelu

srodnim ugovorima čije bi međusobno razgraničenje zahtevalo posebno razmatranje, činjenica je da se termin adhezioni ugovor i u našoj i teoriji i praksi veoma koristi, što je posledica francuskog uticaja, te će u nastavku ovog rada koji se odnosi na francusko pravo biti korišćen upravo termin „adhezioni ugovor“.

2. Adhezioni ugovori u francuskoj pravnoj teoriji

Kada se govori o adhezionim ugovorima i istražuje uporednopravno, Francuska je sa razlogom zemlja koja zauzima istaknuto prvo mesto. Razloge treba videti najpre u tome što su upravo francuski pravni pisci bili ti koji su prvi razmatrali i otvarali određena pravna pitanja i specifičnosti zaključenja adhezionih ugovora. Pravna nauka jedinstvena je u isticanju Remona Saleja (*Raymond Saleilles*) kao zaslužnog što je 1901. godine razmatrao ove ugovore i njihovu koncepciju. Upravo je Salej poznat po tome što je upotrebio termin *contract d'adhésion* u svom često citiranom delu *De la déclaration de volonté*. Nakon ovog dela, termin adhezioni ugovori je često korišćen u radovima velikog broja pravnih pisaca u različitim državama. U domaćoj stručnoj literaturi najpre je dominirao naziv *ugovori po pristanku* (Blagojević, 1934), a kasnije termin *ugovori po pristupu* (Đurđević, 2001).

Razmatrajući karakteristike adhezionih ugovora, Salej ističe postojanje dokumenata koji po izgledu deluju kao da su ugovori, ali koji su to samo po nazivu jer je posredi to da je sadržina takvog dokumenta rezultat volje isključivo jedne ugovorne strane (Neumayer, 2008, p. 22). Citirani ugledni francuski pravni pisac bio je istovremeno i, istorijski posmatrano, prvi zagovornik normativnog (antiugovornog) odgovora na pitanje pravne prirode adhezionih ugovora, za koje navodi da „kod njih postoji isključiva nadmoćnost jedne volje, koja diktira zakon, ne za jednog pojedinca, nego neodređenom broju lica, i koja se obavezuje već unapred, jednostrano da prihvati pristanak onih koji hoće da prime zakon ugovora [...] a svi se ovi ugovori približuju mnogo više zakonu nego saglasnosti volja“ (Saleilles, pp. 229-230, navedeno u Blagojević, pp. 53-54).

Koncept ugovora po pristupu razvijen u francuskoj pravnoj teoriji posmatra fenomen ovih ugovora kao transakciju u koju strana ulazi ili kojoj pristupa tako što prihvata opštu i stalnu ponudu, tj. uslove koji ne dozvoljavaju niti pregovaranje niti bilo kakvu izmenu, pa se na taj način adhezioni ugovor pojavljuje u formi diktata (Neumayer, 2008, p. 22). Mazo (*Mazeaud*) (1991, p. 87) navodi kao primer da adhezioni ugovor postoji u situaciji kupovine po fiksnoj ceni iz magacina ili kod zaključenja ugovora o radu koji se poziva na kolektivni ugovor, dok Domerg (*Domergue*) (1937, pp. 88-89, navedeno u

à prendre ou à laisser). Ova autorka naglašava da tehnika zaključenja ugovora adhezijom ne zahteva nužno da ugovor istovremeno bude i tipski ugovor, već ukazuje kako je moguće da je ugovor adhezijski, iako je zaključen u samo jednom slučaju, pod uslovom da je jedna strana isključivo odredila sadržaj ugovora i uslova njegovo zaključenje po načelu *à prendre ou à laisser*. Profesor Slobodan Perović (1990, p. 217) ugovore deli na ugovore po pristupu i ugovore sa sporazumno određenom sadržinom, koje definiše kao tradicionalni tip ugovora u kome se saglasnost volja javlja kao rezultat prethodnog pogađanja. Perović pojmom ugovora po pristupu obuhvata ugovore kod kojih jedna strana unapred određuje elemente i uslove ugovora preko jedne opšte i stalne ponude, a druga strana samo pristupa tako učinjenoj ponudi.

Neumayer, 2008, p. 22) ukazuje da se pod pojam adhezionog ugovora može podvesti čak i prodaja kutije šibica.

Pravna nauka je nudila različite pristupe o pravnoj prirodi raznih formularnih ugovora, pri čemu je fokus bio upravo na adhezionim ugovorima. Na primeru ovakvih ugovora sa komunalnim preduzećima, ugledni francuski pisac Salej zastupao je normativnu teoriju, koja je tada privukla pažnju većine pravnika. Ova teorija izražava sumnju u to da li je uopšte konceptijski moguće pojmom ugovaranja obuhvatiti situacije u kojima samo jedna strana samostalno određuje sve ugovorne odredbe bez pregovora sa drugom ugovornom stranom, te normativna teorija poriče ugovorna svojstva u ovakvim situacijama (Hauriou, 1926, navedeno u Neumayer, 2008, pp. 22-23). Na potpuno suprotnom stanovištu je ugovorna teorija, za koju se danas, posmatrajući uporednopravno, u teoriji privatnog prava smatra da je nesporna (Neumayer, 2008, pp. 22-23). Godme (*Gaudemet*) (1965, pp. 54-45) ističe da je jedan od razloga koji je doveo do toga da se napusti normativna teorija i u tome što se njeni zagovornici prilikom tumačenja rukovode isključivo ponudom, tj. uslovima koje ona sadrži, pri čemu ne uzimaju u obzir pitanje volje druge ugovorne strane, što je potpuna suprotnost ugovornoj teoriji koja prilikom tumačenja polazi od pitanja saglasnosti volja, tj. da li je to zajednički sporazum ugovornih strana, mada na kraju ovaj autor i sam opaža činjenicu da je teško u stvarnosti utvrditi odredbe adhezionog ugovora o kojima zaista postoji saglasnost volja, tj. zajednička volja obe strane ugovornice. Gesten (*Ghestin*), jedan od zastupnika ugovorne teorije u francuskoj pravnoj misli, izričito navodi da su adhezioni ugovori – ugovori kao i svi drugi, dok drugi pravni pisci u Francuskoj, među kojima su Mazo, Domerg, Karbonije (*Carbonnier*), Kolen (*Colin*), Tun (*Tunc*), Žosran (*Josserand*), Tanago (*Tanagho*), Rije (*Rieg*) i Bodan (*Beudant*), smatraju da je jedina osobenost adhezionih ugovora u činjenici da su odredbe tih ugovora jednostrano određene, zbog čega se mogućnost druge strane svodi samo na prihvatanje tako formulisanih odredbi ili njihovo odbijanje (Neumayer, 2008, p. 23).

3. Pravni režim adhezionih ugovora u Građanskom zakoniku Francuske

Uprkos promenjenim društvenim prilikama, Građanski zakonik Francuske (Code Civil, u daljem tekstu: CC)⁴ od 1804. godine, uz doprinos sudske prakse i određene zakonodavne intervencije, i danas važi, više od dva veka od donošenja, tako što je od 2.281 člana, u originalnom obliku zadržan tekst oko 1.200 članova koji nisu menjani tokom više od dvesta godina važenja i primene.⁵ Zbog te činjenice svakodnevna praksa pravnog života stvarala se i razvijala i van okvira CC-a, što francuska pravna teorija ocenjuje kao rezultat kreativnosti francuskih sudija (Fauvaraque-Cosson, 2015, p. 33). Iako se smatra najuticajnijom kodifikacijom građanskog prava ikada sačinjenom (Vodinelić, 2014, p. 103), u pravničkoj javnosti Francuske se već duže vreme opravdano iznose mišljenja o

⁴ Zvanični naziv sadašnjeg CC-a je tokom dva perioda (1807–1811. god. i 1852–1870. god.) bio *Code Napoléon*. Opširnije: Blanc-Jouvan, 2004.

⁵ Navedeni podaci podrazumevaju situaciju pre reforme iz 2016. godine. Detaljnije: Delplanque, 2004, p. 1.

potrebi za značajnijim korekcijama u tekstu CC-a, pa se u želji da se ugovorno pravo Francuske modernizuje i postane ponovo atraktivno učesnicima ugovornih odnosa na evropskom i međunarodnom nivou i uticajno u svetu, kao i da se postigne ravnopravnost i ugovorna ravnoteža saugovarača u savremenim uslovima i time posledično poveća nivo pravne sigurnosti, pristupilo reformi CC-a.⁶ Reforma francuskog ugovornog prava nije podstaknuta jedino unutrašnjim razlozima, već je reč i o tendencijama koje su prisutne i u drugim evropskim državama, poput Holandije, Nemačke, Češke Republike, Mađarske, u kojima je takođe došlo ili do donošenja novih građanskih kodifikacija ili do delimične reforme privatnog prava. Francuski pravni teoretičari smatraju da su, pored neophodnosti modernizacije i trenutnih trendova u Evropi, na oblikovanje pravnih rešenja u novim odredbama CC-a uticala i rešenja nadnacionalnih izvora prava, naročito Načela evropskog ugovornog prava, Nacrta okvirnih pravila i UNIDROIT načela međunarodnih trgovinskih ugovora, kao i pravopolitičko opredeljenje da se, nasuprot idejama individualizma i liberalizma na kojima je izrađen izvorni tekst CC-a iz 1804. godine, izmenama, tj. rekodifikacijom CC-a i kodifikacijom sudskog prava, koje je stvoreno sudskom praksom i pravilima Kasacionog suda, uvede više solidarnosti i ugovorne pravičnosti kroz princip dobre vere, kao i da se istovremeno daju veća ovlašćenja sudu (Fauvarque-Cosson, 2015, pp. 34-35 i 37-38). Na taj način 1. oktobra 2016. godine stupio je na snagu novelirani CC (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) sa potpuno novim odredbama koje se odnose na ugovore kao izvor obligacija (čl. 1101-1231-7)⁷, što obuhvata i članove koji su relevantni i za adhezione ugovore.

Građanski zakonik Francuske nakon opisane reforme razlikuje dve grupe ugovora, u zavisnosti od toga da li se ugovorne odredbe oblikuju tokom slobodnih pregovora i time definišu zajedničkom voljom ugovornih strana ili je reč o opštim uslovima koje je bez pregovora unapred odredila jedna strana (čl. 1110, st. 1 i 2 CC). Ova druga opisana grupa ugovora u Građanskom zakoniku Francuske označava se terminom *contrat d'adhésion*. Ova terminologija upravo odražava poimanje da su kod adhezivnih ugovora uslovi unapred određeni i da druga ugovorna strana njima samo pristupa bez mogućnosti da utiče na njihovu sadržinu. Suprotno tome, uobičajeno shvaćeni klasični (privatni) ugovori označavaju se kao sporazumi⁸ za koje je specifično to da se sadržina ugovora određuje sporazumom ugovornih strana.

Novina u reformisanom tekstu CC-a ogleda se i u tome što su sada pravna pitanja koja su relevantna za zaključenje ugovora detaljno uređena. Ta pravila su sistematizovana u okviru novih 15 članova koji su grupisani prema sledećim celinama: pregovori: čl. 1112-1112-2; ponuda i prihvata: čl. 1113-1122; predugovor i jednostrano obećanje: čl. 1123-1124. U skladu sa razlozima reforme CC-a, pravna rešenja koja su odabrana u novim

⁶ O radu na reformisanju CC-a: Rowan, 2017, pp. 809-810.

⁷ Tekst reformisanog CC-a su na engleski jezik preveli John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson i Simon Whittaker i objavljen je pod nazivom: *The Law of contract, the general regime of obligations, and proof of obligations: The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n°2016-131 of 10 February 2016*.

⁸ U originalnom tekstu Zakonika u čl. 1110, st. 1, ovi ugovori su navedeni kao *contrat de gré à gré* (dok se u literaturi na engleskom jeziku najčešće označavaju kao *bespoke contract*).

članovima predstavljaju ozakonjenje stavova i pravila koji su se u prethodnom periodu formirali i ustalili u sudskoj praksi francuskih sudova, zbog čega Rouan (*Rowan*) (2017, pp. 805-807) ističe da na ovaj način francusko pravo pozitivno utiče na pravnu sigurnost, jer je postalo više predvidivo.

Kako su odredbe o zaključenju ugovora pravno relevantne i za adhezione ugovore, tako treba ukazati i da čl. 1112 CC-a zahteva da kada strane koje pregovaraju o zaključenju ugovora, to čine u dobroj veri. CC ističe da se navedeno odnosi na *devoir d'information* kao opštu obavezu informisanja, te da ona obuhvata najmanje one informacije koje su takve da mogu uticati na odluku druge strane da li da pristane, odnosno da li da ugovor zaključi ili ne.⁹ Ova obaveza je u reformisanom CC-u postavljena kao posebna obaveza u fazi pregovora, tj. pre zaključenja ugovora, što znači da je kao takva odvojena od opšte dužnosti postupanja u skladu sa načelom savesnosti i poštenja u ugovornim odnosima (koju nalaže čl. 1104 CC). O tome koliki je značaj francuski zakonodavac pridao opisanoj obavezi dodatno govori i činjenica da povreda navedene obaveze dovodi do posebne sankcije koja podrazumeva moguću odgovornost za naknadu štete drugoj strani, a situacija da je informacija namerno uskraćena sa ciljem da se druga strana prevari predstavlja osnov za poništaj ugovora.¹⁰ Obaveza adekvatnog predugovornog informisanja predstavlja jedan od suštinskih principa kojima se postiže ravnoteža u ugovornom odnosu, te je opisana zakonska odredba jedan od pokazatelja jasnog opredeljenja francuskog zakonodavca da štiti moralno postupanje u ugovornim odnosima.

Nezavisno od toga da li je reč o ugovoru čija je sadržina određena sporazumom ili je reč o adhezionom ugovoru, svaki ugovor podleže opštim pravilima, koja su sadržana u čl. 1101 do 1111-1 CC. U ovom delu odredbi CC-a, sadržana su kako novelirana tako i potpuno nova pravila koja nisu bila sadržana u tekstu pre izmena i dopuna iz 2016. godine kada je izvršena reforma ugovornog prava. Za adhezione ugovore je značajno pravilo čl. 1104, st. 1 CC-a koje nalaže da se pregovori, zaključenje i izvršenje ugovora moraju vršiti u dobroj veri, odnosno u skladu sa načelom savesnosti i poštenja. O ovom pitanju odlučuje sud uzimajući u obzir okolnosti i specifičnosti svakog pojedinačnog slučaja, što je bilo predviđeno i pre reforme, budući da ni reformisani CC ne sadrži pojmovno određenje, tj. definiciju „dobre vere“. To je razlog zbog koga se u pravnoj literaturi mogu videti i kritike opisanog rešenja, koje se svode na argumentaciju da navedenim rešenjem sudu ostavljaju prevelika diskreciona ovlašćenja, što posledično može dovesti do negativnog uticaja na ugovornu sigurnost i izvesnost. S ovim u vezi, treba reći da je u sudskoj praksi već oblikovan stav prema kom se pod pojmom dobre vere podrazumeva pre svega etičko postupanje, kao i to da strane ugovornice u fazama pregovora, zaključenja i izvršenja ugovora treba da budu lojalne (*devoir de loyauté*), da međusobno sarađuju (*devoir de coopération*) i da budu dosledne (*devoir de cohérence*) (Rowan, 2017, pp. 813-814). Zakonik u čl. 1104, st. 2 određuje da je postupanje u dobroj veri pitanje javnog poretka, što je od značaja upravo kod adhezionih ugovora zbog

⁹ Korisno je napomenuti da se obaveza informisanja druge strane tokom pregovora ne odnosi na procenu vrednosti izvršenja (čl. 1112-1112-1) noveliranog CC-a.

¹⁰ Sankcija relativne ništavosti (rušljivosti) za ugovor koji je zaključen uz mane propisana je čl. 1131 CC-a, dok čl. 1137 CC-a određuje kada se, u smislu obligacionog prava, smatra da postoji prevara.

činjenice da je kod ovih ugovora sadržina određena voljom jedne ugovorne strane, koja neretko pripremajući takav ugovor oblikuje razne pogodnosti u svoju korist, u odsustvu recipročnih prava za drugu ugovornu stranu.

O dužnosti sudova da kontrolišu sadržinu adhezionih ugovora svedoči i odredba čl. 1171, st. 1 CC-a, koja propisuje da odredbe ugovora koje unapred priprema jedna ugovorna strana, a koje uzrokuju značajnu neravnotežu (disbalans) u pravima i obavezama strana ugovornica, treba smatrati kao da nisu ni napisane, što praktično znači da takve odredbe ne proizvode pravno dejstvo. Navedeno pravilo je karakteristično za potrošačke ugovore, te okolnost da je ono sada uvršteno u reformisani CC pokazuje da je njegova primena proširena kako na ugovore između trgovaca tako i na ugovore između dva potrošača. Ovakvo stanje stvari nije iznenađujuće ako se uzme u obzir činjenica da je reč o procesu za koji poznavaoi francuske stvarne prakse ističu da je tokom godina francusko razlikovanje građanskih i trgovinskih ugovora izgubilo mnogo od svog značaja i da ne oslikava moderna shvatanja ugovornog prava (Fauvaraque-Cosson, 2015, p. 46). Zato je uvođenje opisanog opšteg pravila kojim se štiti načelo ugovorne pravde proširilo mogućnost i ovlašćenje sudova da intervenišu u slučajevima nepravičnih ugovornih odredbi, u poređenju sa periodom pre reforme. Ovo zbog toga što su sudovi u Francuskoj tokom prethodnog perioda prevashodno bili fokusirani na kontrolu postojanja pojedinačnih tipično sumnjivih ugovornih odredbi, koje su zakonom bile pojedinačno uređene, kao npr. one koje se odnose na ugovornu kaznu (čl. 1152 i 1231 CC-a pre reforme), isključenje ili umanjenje odgovornosti za nedostatke (čl. 1386-15 CC-a pre reforme) i sl. Sada, nakon rekodifikacije Građanskog zakonika Francuske, zahvaljujući novom, opštem pravilu čl. 1171 CC-a francuski sudovi imaju značajno šira ovlašćenja u pogledu kontrole sadržine nepravičnih ugovornih odredbi (Rowan, 2017, p. 817), koje su najviše prisutne u adhezionim ugovorima.

Čl. 1171 CC-a u st. 2 precizira da se procena postojanja značajne neravnoteže ne odnosi na osnovni predmet ugovora kao ni na adekvatnost cene. Može se reći da je navedeno pravilo bilo potrebno, razumljivo i opravdano kako bi se izbeglo da se u postupku kontrole ugovora menjaju njegovi bitni elementi i na taj način suštinski naruši autonomija volje, jer bi u tom slučaju to bio neki sasvim nov ugovor, a ne više onaj koji su ugovorne strane zaključile.

Od značaja su i nove odredbe koje se odnose na mane saglasnosti (volja), koje treba razumeti da obuhvataju i mane prihvata ako smo već prethodno istakli da je prihvata sa stanovišta funkcije saglasnost. U tom smislu, za adhezione ugovore je od posebnog značaja odredba čl. 1143 reformisanog CC-a, koja propisuje da prinuda postoji i kada jedna ugovorna strana iskorišćava stanje zavisnosti druge da ugovori ono na šta druga strana ne bi pristala (ne bi se saglasila) da nije u takvom stanju zavisnosti, zbog koje jedna ugovorna strana dobija očigledno preteranu prednost. Suštinski, reč je o članu koji ima za cilj da onemogući zloupotrebu zavisnog položaja jedne strane koja dovodi do nesrazmere uzajamnih prava i obaveza strana ugovornica, tj. da šire gledano obezbedi ravnopravnost ugovornih strana, ugovornu ravnotežu i pravičnost. Na taj način dodatno je zaštićena slabija strana. Navedeni član CC-a koji se odnosi na prinudu je od značaja

jer je u francuskom obligacionom pravu prinuda razlog ništavosti, bez obzira na to da li je primenjena od strane druge ugovorne strane ili trećeg lica.¹¹ Ovakva svojevrsna mogućnost suda da se bavi nesrazmernim ugovornim obavezama u trenutku nastanka ugovora naslanja se na koncept ekonomske prinude koji je francuska sudska praksa samostalno već razvila, pre izmena CC-a, ali čija je upotreba uglavnom bila vezana za odnos privrednika i potrošača i zasnivala se upravo na Zakonu o zaštiti potrošača (Fauvaraque-Cosson, 2015, p. 39)¹², a ne na opštim pravilima ugovornog prava, tj. Građanskom zakoniku, kao što je sada prvi put omogućeno opisanim izmenama kao opšte pravilo, nevezano od kategorije ugovarača.

Analizirajući celinu novih ovlašćenja suda (nakon reforme) da interveniše u ugovorne odnose, uključujući ocenu i tumačenje pravnih standarda o kojima će se tek graditi sudska praksa *stanje zavisnosti* i *očigledno preterana prednost*, u francuskoj pravnoj teoriji se već sreću stavovi određenih autora, kao npr. Barbijera, koji ističe da je dodavanjem navedenih ovlašćenja nakon reforme CC-a, sud u Francuskoj osim dosadašnje uloge *iurisdictio* dobio novu u obliku *pretiumdictio*, tj. ovlašćenje za određivanje cene (Đurić & Jovanović, 2017, p. 508). Uprkos ovakvom stavu, koji polazi od objektivno veće uloge suda i većih mogućnosti intervencije u ugovorne odnose nego pre reforme, ne treba zaboraviti primereno ograničenje koje je zakonodavac postavio sudu u pogledu cene u st. 2, čl. 1171 CC-a. Imajući u vidu činjenicu da je do reforme tek nedavno došlo, trebalo bi u budućnosti analizirati sudsku praksu koja se trenutno formira i koja će se tek formirati, pa sagledati da li je pravno-politički nađena dobra mera novih rešenja, jer se u teoriji privatnog prava s razlogom obazrivo gleda na granice sudskih intervencija u građanskopravne odnose, budući da i onda kada se ovakva mogućnost uvodi sa najboljom namerom da se onemoguće zloupotrebe i obezbedi ugovorna ravnoteža i ravnopravnost strana, s druge strane prevelika ovlašćenja suda mogu dovesti u pitanje pravnu predvidivost i pravnu sigurnost.

Kada je reč o tumačenju adhezionih ugovora, danas je rasprostranjeno¹³ i u većini nacionalnih zakonodavstava prisutno pravilo *in dubio contra stipulatorem*, odnosno *in dubio contra proferentem*. Tako čl. 1162 izvornog CC-a (od 1804. godine) sadrži odredbu koja propisuje da će se u slučaju sumnje, ugovor tumačiti na štetu strane koja ga je sastavila, a u korist one koja je preuzela obavezu. Nakon reforme obligacionog prava u Francuskoj, tumačenje ugovora i dalje suštinski zavisi od toga da li su faktički vođeni pregovori, te ukoliko nisu, kao što je to kod adhezionih ugovora, u slučaju nejasnih odredbi tumačenje se vrši na teret (štetu) strane koja predlaže takav ugovor, s tim da je ovo pravilo sada sadržano u čl. 1190 reformisanog CC-a.¹⁴ Opisano pravilo tumačenja

¹¹ Videti čl. 1142 CC-a.

¹² Sa daljim upućivanjem na čl. L. 122-8 i L. 132-1 francuskog Zakona o zaštiti potrošača, kao i na neke države, poput Portugalije i Holandije, koje su stvorile slične alate, a koje poznaju i glavni nadnacionalni evropski projekt ugovornog prava.

¹³ Iako se princip *in dubio contra proferentem* najčešće ne dovodi u pitanje, mogu se pronaći i njegove kritike, koje su rezultat sagledavanja posledica do kojih može dovesti njegova bezuslovna i neograničena primena u sudskoj praksi.

¹⁴ Isti član propisuje da se kod „klasičnih“ ugovora tumačenje vrši u korist dužnika. Videti čl. 1190 reformisanog CC-a.

postoji i u našem Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978 (ZOO), koji sadrži pravilo o nejasnim odredbama u posebnim slučajevima. Tako u slučaju kad je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane (čl. 100 ZOO).

4. Zaključak

Savremeno pravo pokazuje sve veću potrebu za primenom različitih formularnih ugovora, među kojima i adhezionih ugovora, koji se zaključuju pristupanjem, dok se istovremeno povećava broj oblasti u kojima se oni često koriste. Novine koje su unete u Građanski zakonik Francuske izmenama iz 2016. godine ne iznenađuju, već su pre očekivane kada se ima u vidu izgrađena sudska praksa u Francuskoj. Izmene su očigledno podstaknute nastojanjem da se obezbedi veća ugovorna pravičnost i ravnoteža, što su pretpostavke za suštinsku ravnopravnost ugovornih strana u savremenim uslovima i posledično veću pravnu sigurnost, s jedne strane, ali su i rezultat tendencija koje se uočavaju i u drugim zemljama Evrope, s druge. Reč je o postepenom uticaju pravila potrošačkog prava, mehanizama i logike koja su primarno važila sa ciljem da zaštite potrošača, a koja poslednjih godina kako u radovima pravnih teoretičara tako i u pozitivnim zakonodavstvima, o čemu svedoči primer Francuske, postaju opšti režim obligacionog prava. Ta specijalna pravila primarno osmišljena i namenjena užem, tj. posebnom režimu koji važi za potrošače i sadržana su u zakonima kojima se uređuje zaštita potrošača, danas postaju opšta pravila ugovornog prava i u drugim zemljama, pa opisani razvoj u Francuskoj nije neočekivan, već je u skladu sa aktuelnim tendencijama.

Iako je poznato gledanje na ugovor kao na ekonomsko i pravno jedinstvo, čini se da je francuski zakonodavac prilikom noveliranja CC-a pored pravne ravnoteže imao u vidu i ekonomski aspekt ugovaranja, te da je u novounetim odredbama sankcionisao i zloupotrebu odnosa zavisnosti koji se u praksi neretko javlja upravo kod adhezionih ugovora. Na taj način je zaštita slabije strane, koja se pre svega vezuje za zaštitu potrošača, našla mesto kao opšti princip u reformisanom obligacionom pravu Francuske. Sudska praksa koja se upravo stvara pokazaće da li je francuski zakonodavac našao pravu meru ovlašćenja koja omogućavaju intervencije suda u građanskopravne odnose, uključujući i ona koja nastaju pristupanjem adhezionim ugovorima.

Literatura

- Blagojević, B. 1934. *Ugovori po pristanku – formularni ugovori*. Doktorska rasprava. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Đurđević, M. 2001. *Ugovor po pristupu*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- Đurić, Đ. & Jovanović, V. 2017. Reforma obligacionog prava u Francuskoj. *Pravni život*, 66(10), pp. 499-512.
- Fauvaraque-Cosson, B. 2015. Recodification of Civil Law in Europe and the French contract law reform. *European Lawyer Journal*, 14(2), pp. 9-48.
- Neumayer, K. H. 2008. Contracting subject to Standard terms and conditions. In: Von Mehren, A. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII Contracts in General, Part 2, Chapter 12. Mohr Siebeck – Tübingen – Martinus Nijhoff Publishers – Leiden – Boston.
- Nikolić, D. 2010. *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- Perović, S. 1990. *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list SFRJ.
- Petrić, S. 2013. Koncept nepoštenih ugovornih odredbi s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore. U: Tomljenović, V., Petrić, S. & Mišćenić, E. (ur.), *Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
- Vilus, J. 1976. *Opšti uslovi formularnih ugovora*. Beograd: Institut za uporedno pravo i Savremena administracija.
- Vodinelić, V. 2014. *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik.
- Živanović, T. 1959. *Sistem sintetičke pravne filozofije*. Beograd: Srpska akademija nauka.

Internet izvori

- Blanc-Jouvan, X. 2004. *Worldwide Influence of the French Civil Code of 1804, on the Occasion of its Bicentennial Celebration*. Cornell Law School Berger International Speaker Papers. Dostupno na: http://scholarship.law.cornell.edu/biss_papers/3 (10.1.2020).
- Delplanque, C. 2004. *Origins and impact of the French Civil Code*. Association Française pour l'histoire de la justice. Dostupno na: <https://moj.gov.vn/en/Pages/Talking-Laws.aspx?ItemID=10> (12.1.2020).
- Rowan, S. 2017. The new French law of contract. *International & Comparative Law Quarterly*, 66(4), pp. 809-810. Dostupno i na: <http://eprints.lse.ac.uk/75815/> (10.1.2020).

Pravni izvori

- Građanski zakonik Francuske (Code Civil) (verzija od 20.2.2004. god.). Dostupno na: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf (10.1.2020).
- Građanski zakonik Francuske (verzija od 1.10.2016. god.), Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des

obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id> (10.1.2020). Engleska verzija ovog propisa: John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Simon Whittaker, The Law of contract, the general regime of obligations, and proof of obligations: The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n°2016-131 of 10 February 2016). Dostupno na: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf (11.1.2020).

Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 57/1989-Odluka USJ i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003-Ustavna povelja, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

Slobodan G. Vukadinović, PhD

Assistant Professor

Union University Law School, Belgrade

e-mail: slobodan.vukadinovic@pravnofakultet.rs

ADHESION CONTRACTS IN FRENCH LAW

Summary

The paper starts from adherence to a contract that is functionally understood as consent of the will, although it has certain specificities, which is why it is defined in all legal systems as a special legal regime that essentially applies to all forms of contract prepared by one party, regardless of the existing terminological and conceptual differences. French contract law, as otherwise very influential in the world and with the most influential civil codification ever, has influenced many legal systems, including Serbian. The impact is primarily reflected in the term adhesion contracts, which today, both in that original form and their translated versions – contracts upon accession and contracts by consent – are still connected with the French law. Theoretical postulates of this concept in France and its adoption, i.e. reception in domestic civil law science, as well as legal regime in amended French Civil Code are explored. The focus is on the extended authority of the court to intervene in private contractual relations, as well as the current tendencies of introducing rules primarily designed for consumer contracts and consumer protection into the general contract law regime, i.e. the process of adopting them as general rules of contract law.

Keywords: adhesion contracts, contracts upon accession, French law, French Civil Code.

Priljeno: 30.1.2020.

Prihvaćeno: 9.3.2020.

PRAVNA PRIRODA ODNOSA IZMEĐU ARBITARA I STRANAKA: *RECEPTUM ARBITRI*

Sažetak

Predmet rada je analiza pravnog odnosa između arbitra i stranaka arbitražnog postupka. U uporednom pravu su o ovom pitanju zabeležena dva gledišta: prvo, po kome su njihova prava i obaveze određene zakonom, kao što je i položaj arbitra statusnopravne prirode, dok drugo shvatanje ukazuje da se taj odnos uređuje posebnim ugovorom - receptum arbitri koji arbitar zaključuje sa obe strane u sporu. U savremenom pravu preovlađuje drugo shvatanje, koje se zastupa i u ovom radu. Analiza pitanja odnosa arbitražnog sporazuma i receptum arbitri, pravne prirode receptum arbitri, merodavnog prava za receptum arbitri, te prava i obaveza ugovornih strana i pravna sredstva zbog njihove povrede ukazuje na bitne karakteristike ovog ugovora kao i na njegove specifičnosti. U zaključku se ukazuje na to da su te specifičnosti nužne da bi arbitražna odluka, kao krajnji cilj arbitražnog postupka, pravno obavezivala kao presuda državnog suda.

***Ključne reči:** arbitražni postupak, arbitar kao privatni sudija, receptum arbitri, prava i obaveze arbitra i stranaka.*

1. Uvod

Arbitraža kao način rešavanja sporova počiva na arbitražnom sporazumu stranaka koje žele da spor iz ugovora o pravnom poslu koji su zaključile reše u arbitražnom postupku. Arbitražni sporazum pored ugovaranja nadležnosti arbitraže sadrži i druge odredbe kojima stranke, u granicama autonomije volje, kreiraju arbitražni postupak. Tako se one često, već u tom momentu, opredeljuju za arbitra pojedinca ili arbitražno veće, za *ad hoc* ili institucionalnu arbitražu. Ovim sporazumom mogu se odrediti i potrebne kvalifikacije potencijalnih arbitara, a nije neobično ni da se već tom prilikom oni imenuju. Stipulacije u pogledu ličnosti arbitara nisu zakonom određeni bitni elementi arbitražnog sporazuma pa će on biti punovažan i bez dogovora stranaka o tom pitanju, koje će se u tom slučaju rešiti primenom pravila odabrane institucionalne arbitraže ili dispozitivnih pravila merodavnog prava u slučaju *ad hoc* arbitraže (Knežević & Pavić, 2009, pp. 78-100; Trajković 2000, pp. 334-347).

* Doktor pravnih nauka, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, e-mail: k.jovicic@iup.rs, katarina.jovicic@pravnofakultet.rs

Osnovna dužnost arbitra je da reši spor i po tome je njegova uloga slična ulozi sudije državnog suda. Međutim, između njih je bitna razlika u tome što je arbitar privatni sudija koga imenuju stranke za rešavanje određenog spora primenjujući pravila koja su one odredile, dok se sudija državnog suda bira po posebnoj zakonskoj proceduri da obavlja sudijsku funkciju kao stalnu i to čini primenjujući zakone. Uprkos navedenom, i sudije i arbitri donose odluke koje su pravno obavezujuće pa se s tim u vezi postavlja pitanje šta je to što arbitrima daje moć da kao privatne sudije donose odluke koje se mogu prinudno izvršiti. Pravna teorija je ponudila nekoliko odgovora na to pitanje, među kojima su tri karakteristična. Po prvom, položaj arbitra je pitanje statusa koji je određen zakonom i ne zavisi od nekog posebnog, privatnog dogovora sa strankama. Vodeći zagovornici ovog gledišta su Mastil (*Mustill*) i Bojd (*Boyd*), koji u prvi plan ističu da se arbitar kada vodi arbitražni postupak ponaša kao sudija državnog suda te da je krajnji ishod tog postupka donošenje arbitražne odluke koja je po dejstvima izjednačena sa sudskom odlukom. Shodno tome, arbitar vrši svoju dužnost u javnom interesu i kada rešava sporove između privatnih lica, on vodi računa da svojim postupcima i odlukama ne ugrozi javni interes (*Mustill & Boyd*, 1989, pp. 220 i d.; *Gaillard & Savage*, 1999, pp. 600-601). Tako gledano, arbitražni postupak, iako počiva na arbitražnom sporazumu, nije isključivo privatna stvar onih kojih se taj postupak tiče. Da je to tako potvrđuje činjenica da se postupak mora sprovesti uz poštovanje minimuma zakonskih pravila, pre svih proceduralnih pravila mesta arbitraže (*Perović*, 2018, pp. 162-163).¹ Drugo gledište, suprotno tome, ukazuje na to da je odnos između arbitara i strana potpisnica arbitražnog sporazuma ugovorne prirode i da arbitri svoju moć zasnivaju na posebnom ugovoru koji arbitri i stranke međusobno zaključuju. To je *receptum arbitri* – ugovor poznat još u rimskom pravu i koji reguliše *Corpus Juris Civilis*: Ulp.D.4,8,13,2 (*Zimmermann*, 1996, p. 514), kao ugovor koji se zaključuje između trećeg lica (arbitra) i stranaka koje su zaključile arbitražni sporazum, kojim to lice prihvata da presudi njihov sporni odnos (*Zimmermann*, 1996, pp. 513-514). Element zakonskog statusa arbitra ne osporava se u okviru ovog shvatanja, ali se ističe da on ne negira ugovornu prirodu odnosa arbitara i stranaka. Ovo zato što se tim ugovorom ustanovljavaju prava i obaveze koje, po pravilu, prevazilaze prava i dužnosti arbitara i stranaka određene zakonom. Razlike između pomenute dve, međusobno suprotstavljene teorije, prevazilazi treće, kompromisno gledište po kome je *receptum arbitri* ugovor *sui generis* zbog činjenice da taj ugovor sadrži elemente kako privatnog tako i elemente

¹ Moć arbitra da odlučuje o spornom odnosu na način koji uživa pravnu zaštitu ne bi mogla postojati da on u tom postupku ne primenjuje osnovna načela parničnog postupka kao minimum rukovodnih standarda u toj oblasti u pravno uređenim državama. Kod arbitraža koje nisu međunarodne, ovo pitanje rešava se, po pravilu, prema *lex arbitri*-ju, odnosno sedištu arbitraže. Kod unutrašnje arbitraže, arbitražni sporazum je podređen pravilima određenog nacionalnog prava, po pravilu onog u kome arbitraža zaseda (*lex arbitri*). Pravila istog prava daju moć arbitru da reši spor u arbitražnom postupku. Primena predmetne koncepcije kod međunarodne arbitraže, međutim, nameće dodatna pitanja zbog činjenice da odluke međunarodnih arbitraža pretenduju da proizvode pravna dejstva i van teritorije države sedišta arbitraže. Ako se pođe od činjenice da je pitanje angažovanja arbitra i njegovog prava da arbitrira u konkretnom međunarodnom sporu, po prirodi stvari, više u domenu procesnih nego supstancijalnih pravila, te da u međunarodnom poretku za sada nema procesnih pravila koja bi to pitanje rešila (*lex mercatoria* više je skup supstancijalnih pravila), onda treba početi od činjenice da se i međunarodne arbitraže odvijaju u okviru određenog ili određenih nacionalnih pravnih okvira, te da se zbog toga i one kreću u okviru nacionalnih pravnih poredaka, pre svih države u kojoj se arbitraža odvija (*Dalhuisen*, 2015, p. 21).

procesnog (javnog) prava (Timár, 2013, p. 109; Fouchard, 1989, navedeno u Gaillard & Savage, 1999, p. 607; Lew, Mistelis & Kröll, 2003, p. 100).

Nedostatak saglasnosti pravnih pisaca, ali i sudova i arbitraža, o pravnoj prirodi odnosa između arbitra i stranaka, podstakao je Komisiju za arbitražu i alternativno rešavanje sporova (*The Commission on Arbitration and ADR*) pri Međunarodnoj trgovinskoj komori u Parizu da osnuje radnu grupu koja bi istražila i konačno rešila pitanje statusa arbitra. Ova radna grupa, u kojoj su bili angažovani predstavnici iz više od dvadeset zemalja, u svom izveštaju iz maja 1996. godine opredelila se za ugovornu teoriju (Fouchard, 1996a, pp. 55-58). To gledište danas je dominantno u uporednom pravu.²

Ako je odnos između arbitra i stranaka ugovorne prirode, onda se postavlja više pitanja u vezi s tim ugovorom, od kojih su najvažnija: odnos arbitražnog sporazuma i *receptum arbitri*, pravna priroda *receptum arbitri*-ja, merodavno pravo za *receptum arbitri*, prava i obaveze ugovornih strana i pravna sredstva zbog povrede ugovora.

2. Odnos između arbitražnog sporazuma i *receptum arbitri*-ja

Arbitražni postupak temelji se na arbitražnom sporazumu. Taj sporazum, bilo u formi arbitražne klauzule bilo arbitražnog kompromisa, nije dovoljan da objasni prirodu odnosa arbitra i stranaka, što se jasno ispoljava i kada se prati uobičajena procedura imenovanja arbitra. Tako, arbitražni sporazum, čak i kada sadrži odredbe koje se odnose na imenovanje arbitra/arbitara, sam po sebi ne povezuje stranke tog sporazuma i određene arbitre, već stranka na osnovu njega upućuje određenom licu poziv sa predlogom da prihvati imenovanje za arbitra. Pomenuti poziv je u suštini ponuda i tek ako i kada ponuđeni ovu ponudu prihvati, zaključuje se ugovor – *receptum arbitri*. Odbijanje arbitra da prihvati ponudu ni na koji način ne utiče na punovažnost arbitražnog sporazuma, što je, takođe, dokaz da se odnos između arbitra i stranaka uređuje posebnim ugovorom. Engleski sudovi su još pre više decenija jasno prepoznali postojanje pomenutog ugovora (*K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd*, [1992] 1 Q.B. 863; [1991] 3 All E.R. 211; [1991] 3W.L.R. 1025; [1991] 1 Lloyd's Rep. 524 (C.A. 1990), navedeno u Gaillard & Savage, 1999, p. 601) kao i njegova pravna dejstva koja se, pre svega, ogledaju u ugovornoj obavezi arbitra prema stranama u arbitražnom postupku da marljivo ispuni svoju dužnost u zamenu za odgovarajuću naknadu (*Compagnie Europeene de Cereals SA v. Tradax Export S.A.*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 301 (High Ct., Q.B.(Com. Ct.) 1986, navedeno u Gaillard & Savage, 1999, p. 601).

Odnos između arbitražnog sporazuma i *receptum arbitri*-ja može se sagledati i s obzirom na činjenicu da li je tim sporazumom ugovoreno da će za rešavanje spora biti merodavna institucionalna ili *ad hoc* arbitraža. Ovo zato što se ako je ugovorena

² U savremenom pravu je nešto više pažnje privuklo mišljenje mađarskog autora Lasla Ujlakija (*László Ujlaki*) koji ukazuje da odnos između arbitražnog tribunala (arbitra) i stranaka ne može biti ugovorni odnos koji uređuje privatno (građansko) pravo, već je to pravni odnos koji reguliše građansko procesno pravo (arbitri imaju istu ulogu kao i sudije državnih sudova), što znači da je taj odnos javnopravnog karaktera (Ujlaki, 1997, pp. 80-81, navedeno u Timár, 2013, p. 109).

institucionalna arbitraža, osim arbitražnog sporazuma i ugovora *receptum arbitri*, zaključuju još dva posebna ugovora u vezi sa istim arbitražnim postupkom: *prvi*, između stranaka arbitražnog sporazuma i institucionalne arbitraže, kojim se dogovara da će arbitražni postupak biti sproveden u skladu sa njenim pravilima, i *drugi*, između arbitra i institucionalne arbitraže, kojim se dogovara honorar arbitra, po pravilu prema tarifama te arbitraže (Poudret & Besson, 2007, p. 370). Za razliku od toga, kod *ad hoc* arbitraže se pored arbitražnog sporazuma zaključuje samo *receptum arbitri* kao poseban ugovor u kome su ugovorne strane stranke u sporu i imenovani arbitar (Reilly, 2011, pp. 504-505).

Arbitražni sporazum je značajan za *receptum arbitri* i ako se u njemu daju smernice za izbor arbitra (ili arbitara), pre svega u pogledu kvalifikacija i stručnosti, kao i kada se u tom sporazumu izričito imenuje arbitar koji će u postupku biti angažovan. U toj situaciji *receptum arbitri* mora biti u saglasnosti sa arbitražnim sporazumom pa će arbitar koji ne ispunjava predviđene uslove biti izuzet iz postupka. To, takođe, može biti osnov za uspešno osporavanje arbitražne odluke pred sudom u postupku njenog poništenja ili u postupku priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke.

I na kraju, arbitražni sporazum određuje objektivnu i subjektivnu nadležnost arbitara tako da je sadržina ugovora *receptum arbitri* u navedenom smislu ograničena arbitražnim sporazumom (Oneyma, 2010, p. 127).

3. Pravna priroda ugovora *receptum arbitri*

U pravnoj teoriji se ugovor između stranaka i arbitara kvalifikuje kao ugovor o nalogu ili kao ugovor o uslugama. Prvo gledište se brani stavom da arbitar/arbitri, kao telo koje rešava sporni odnos u arbitražnom postupku, deluju u tom postupku kao agenti (zastupnici) stranaka koji u njihovo ime i za njihov račun donose arbitražnu odluku. Ovo gledište je karakteristično za švajcarske autore s obzirom na to da se u švajcarskom Obligacionom zakoniku (OZ) ugovor o nalogu određuje veoma široko i podrazumeva da nalogoprimac pristaje da preduzima ne samo određene poslove za nalogodavca već i da mu pruža određene usluge (čl. 394, st. 1 OZ). U većini prava se, međutim, ugovor o nalogu razlikuje od ugovora o pružanju usluga. Za taj ugovor je karakteristično da nalogoprimac preduzima poslove u skladu sa instrukcijama nalogodavca i u njegovom najboljem interesu. Uloga arbitra, međutim, ne može da se identifikuje sa ulogom nalogoprimalca jer je njegova dužnost da reši spor u skladu sa zakonom i u skladu s voljom strana ugovornica (u meri u kojoj to ne prelazi granice njihove autonomije volje). Osnovna dužnost arbitra je da bude nezavisan i nepristrasan prema stranama u sporu (sa kojima je u ugovornom odnosu) dok nalogoprimac takvu obavezu nema, već je u izvesnom smislu u podređenom položaju u odnosu na njega (Gaillard & Savage, 1999, pp. 605-606; Oneyma, 2010, p. 103).

Drugo gledište o pravnoj prirodi ugovora *receptum arbitri* ukazuje na njegovu sličnost sa ugovorom o pružanju intelektualnih usluga jer arbitri, koristeći svoje znanje, iskustvo i stručnost rešavaju sporni odnos u arbitražnom postupku. Reč je ugovoru čiji je predmet delom obaveza rezultata (dužnost arbitra da donese konačnu arbitražnu

odluku), a delom je (dužnost postupanja sa pažnjom stručnjaka) obaveza sredstva (Lew, Mistelis & Kröll, 2003, para. 6–23, navedeno u Oneyma, 2010, p. 103; Gaillard & Savage, 1999, p. 621). Ipak, *receptum arbitri* ne može se identifikovati sa ugovorom o pružanju usluga, pre svega zbog činjenice da arbitri nisu dužni da poštuju instrukcije stranaka, osim kada se odnose na merodavno pravo. Gajar (*Gaillard*) i Sevidž (*Savage*) s tim u vezi ukazuju i na to da bi kvalifikovanje ugovora *receptum arbitri* kao ugovora o usluzi komplikovalo arbitražni postupak zbog činjenice da taj ugovor nije uređen na isti način u uporednom pravu pa bi njegova punovažnost i pravna dejstva u velikoj meri, ako ne i odlučujuće, kod međunarodnih arbitraža zavisila od merodavnog prava za taj ugovor (Gaillard & Savage, 1999, pp. 606-607). Za razliku od njih, Fušar (*Fouchard*) ne vidi smetnje da se *receptum arbitri* kvalifikuje kao ugovor o pružanju usluga jer arbitri, iako deluju slično kao sudije državnog suda, ipak na osnovu tog ugovora pružaju strankama čitav niz intelektualnih usluga (npr. administriranje postupkom, ispitivanje svedoka, saslušanje stranaka, donošenje odluke), za koje primaju odgovarajuću novčanu naknadu (Fouchard, 1996, p. 27; Fouchard, 1995, pp. 12, 14).

4. Merodavno pravo za ugovor *receptum arbitri*

Imajući u vidu da je *receptum arbitri* autonoman u odnosu na arbitražni sporazum, postavlja se pitanje koje je pravo merodavno za njegovu punovažnost. U načelu, to zavisi od činjenice da li je arbitražna unutrašnja ili međunarodna. U prvom slučaju nema neke posebne dileme s tim u vezi jer kao što je arbitražni sporazum podređen pravilima određenog nacionalnog prava (po pravilu *lex arbitri*), isto pravo daje i moć arbitrima da, na osnovu ugovora *receptum arbitri*, rešavaju sporove u arbitražnom postupku (Dalhuisen, n.d.).

Kod međunarodnih arbitraža, međutim, pojedini autori polaze od stava da one ne bi trebalo da se vezuju za određeni nacionalni pravni sistem, pa čak ni za *lex arbitri*, s obzirom na to da u međunarodnim sporovima stranke određuju pravila za njihovo rešavanje. Ako one to ne učine, arbitražna se odvija uz podršku transnacionalnog pravnog poretka koji čine međunarodne norme. Ovo shvatanje zastupa profesor Gajar koji ne negira da transnacionalni pravni poredak arbitraže počiva na nacionalnim pravnim sistemima, ali istovremeno ukazuje na to da on prevazilazi okvire bilo kog nacionalnog pravnog poretka (Gaillard, 2010, navedeno u Henderson, 2014, p. 893). Shvatanje o delokalizaciji međunarodne arbitraže se pojavilo u francuskoj pravnoj teoriji osamdesetih godina prošlog veka (Gaillard, 2001, p. 53; Speidel, 2006, p. 186), ali ono nije uspelo da se održi tokom vremena. Osnovna primedba na koju nije uspelo da dâ adekvatan odgovor odnosi se na činjenicu da se postupak pred međunarodnim arbitražama odvija u okviru jednog ili više nacionalnih pravnih režima, pre svih pravnog poretka države u kojoj se arbitražna odvija (Mustill & Boyd, 1989, pp. 66-68; Mustill, 1988, pp. 89-90). Prema Konvenciji Rim I (Roma I, Regulation (EC) No 593/2008) koja se primenjuje na teritoriji EU, za ugovore je merodavno pravo koje odrede strane ugovornice. Ako one nisu odredile to pravo,

merodavno pravo se određuje prema vrsti ugovora u pitanju (čl. 4, st. 1), a ako ugovor u pitanju nije određen, primenjuje se pravo države u kojoj se nalazi uobičajeno boravište nosioca karakteristične prestacije. Članom 4, st. 1(b) predviđeno je da je za ugovor o uslugama merodavno pravo države u kojoj pružalac usluge ima uobičajeno boravište, što je pravilo koje će se primeniti ako se *receptum arbitri* kvalifikuje kao ugovor o uslugama. To će redovno biti *lex arbitri*, a do istog rezultata se, po pravilu, dolazi i kada se ugovor ne kvalifikuje kao ugovor o uslugama, u kom slučaju je predviđeno da je merodavno pravo uobičajenog boravišta nosioca karakteristične prestacije, u ovom slučaju arbitara (Dalhuisen, 2015, pp. 21-22).

5. Prava i obaveze strana ugovornica ugovora *receptum arbitri* i pravna sredstva zbog povrede ugovornih obaveza

Receptum arbitri je dvostrano obavezujući ugovor koji međusobno zaključuju strane ugovornice arbitražnog sporazuma, s jedne strane, i imenovani arbitar, s druge. Reč je o ugovoru *intuitu personae* koji po redovnom toku stvari traje do okončanja arbitražnog postupka. Njegov prestanak pre isteka roka uslediće, po pravilu, zbog prestanka dužnosti arbitra, usled njegovog izuzeća, zbog nesposobnosti vršenja funkcije arbitra, zbog smrti arbitra i dr.

5.1. Strane u sporu

Stranke koje zaključuju ugovor sa arbitrom obično prihvataju obaveze da dobrovoljno izvršavaju odluke koje arbitri donose i da arbitrima plate honorar i nadoknade troškove. One takođe stiču i određena prava, pre svih pravo da traže izuzeće arbitra pod predviđenim uslovima.

Obaveza izvršavanja odluka arbitra/arbitara. U toku arbitražnog postupka arbitri donose odluku kojom meritorno rešavaju sporni odnos, ali pored toga donose i odluke kojima upravljaju postupkom. Imenovanjem arbitra (što uključuje i ugovor *receptum arbitri*) stranke dobrovoljno pristaju da blagovremeno izvršavaju naloge i odluke arbitraže. Ovo naročito zato što su one dužne da na osnovu tog sporazuma, a u skladu sa temeljnim načelima ugovornog prava, svoje ugovorne obaveze ispunjavaju savesno i pošteno. Nepoštovanje ovih obaveza može otežati položaj stranke u sporu, a ako se dobrovoljno ne izvrši konačna arbitražna odluka, moguće je sprovesti je prinudnim putem uz asistenciju državnog suda.

Obaveza plaćanja honorara arbitru/arbitrima. Pravo arbitra na honorar je osnovno pravo po *receptum arbitri*-ju. Način njegovog određivanja zavisi od toga da li spor rešava institucionalna ili *ad hoc* arbitraža. U prvom slučaju primenjuje se tarifa institucije, osim ako nije nešto drugo dogovoreno, dok se to pitanje u drugom slučaju

određuje ugovorom.³ Kod institucionalnih arbitraža, takođe, tehnička pitanja u vezi s načinom plaćanja honorara arbitara rešava njihov administrativni aparat i stranke, po pravilu, honorare uplaćuju neposredno instituciji u okviru koje deluje arbitraža, koja ih onda isplaćuje arbitrima. Takvom organizacijom izbegava se rizik da arbitri ne budu plaćeni za svoj rad, što je pogodnost koja nije karakteristična i za *ad hoc* arbitražu. Arbitar, nesporno, ima pravo da tužbom u redovnom sudskom postupku zahteva isplatu honorara, kao i pravo da raskine *receptum arbitri* zbog neizvršenja i da zahteva naknadu pretrpljene štete (Oneyma, 2010, p. 141).

Pravo stranaka da traže izuzeće arbitra. Ovo pravo je strankama izričito priznato zakonom, ali nije sporno da je to i njihovo pravo na osnovu ugovora *receptum arbitri*, čak i kada nije izričito ugovoreno. Ovo pitanje obično se uređuje zakonskim propisom koji reguliše arbitražni postupak, dok proceduru izuzeća detaljnije regulišu pravilnici institucionalnih arbitraža kao i Model pravila UNCITRAL-a.

5.2. Arbitri

Arbitri koji zaključuju ugovor sa strankama u arbitražnom postupku obično stiču sledeće obaveze i prava: dužnost da poštuju arbitražni sporazum u pogledu načina vođenja postupka i drugih posebnih uslova koji su tim sporazumom predviđeni; dužnost da čuvaju kao tajnu podatke do kojih su došli vodeći arbitražni postupak; dužnost da stranke tretiraju ravnopravno; dužnost da u postupku budu nepristrasni i nezavisni u odnosu na strane u sporu, kao i da reše sporni odnos. Oni imaju pravo na honorar i na naknadu troškova.

Dužnost da vode postupak na način kako je predviđeno arbitražnim sporazumom. Ova bitna ugovorna obaveza obično podrazumeva dužnost primene ugovorenih procesnih pravila (u granicama slobode ugovaranja), izbor mesta arbitraže, isključenje usmene rasprave i drugo. Oni su, takođe, dužni da primene ugovoreno materijalno pravo ili pravila kada su se strane o tome sporazumele. Ako se ovi dogovori ne poštuju, pravne posledice zavise od okolnosti konkretnog slučaja, naročito od uticaja propuštanja na konačni ishod spora. Tako neki propusti mogu biti razlog zbog kojih će se arbitražna odluka poništiti ili će biti odbijeno njeno priznanje i izvršenje u inostranstvu, dok neki propusti ne bi proizveli takvu posledicu, ali mogu strankama prouzrokovati štetu. U tom slučaju naknada štete može da se potražuje u sudskom postupku (mada ne bi bilo smetnje ni da se za rešenje tog pitanja ugovori arbitraža).

Dužnost čuvanja kao tajne podataka koje su saznali tokom i u vezi sa vođenjem arbitražnog postupka. Reč je o bitnoj ugovornoj obavezi s obzirom na to da je poverljivost jedna od prednosti arbitraže u odnosu na državni sud. Njen predmet je širok i odnosi se ne samo na informaciju o vođenju spora već obuhvata i informacije koje su arbitrima

³ Ako to pitanje ne bi bilo rešeno ugovorom, opet bi *receptum arbitri* bio punovažan jer bi se ono rešilo na osnovu uobičajene naknade za tu vrstu posla ili odlukom suda koji bi naknadu odredio uzimajući u obzir vrednost rada i normalno potrebno vreme za takav posao (tako npr. čl. 623 Zakona o obligacionim odnosima).

postale dostupne na osnovu dokumentacije predmeta, kao što su zapisnici o održanoj usmenoj raspravi, zapisnici o saslušanju stranaka, izjave svedoka, nalazi i mišljenja veštaka, podnesci stranaka i drugo. Povreda ove obaveze može dovesti do nastupanja štete za stranku ili obe stranke u arbitražnom postupku i ona bi mogla da se nadoknađuje u posebnom, sudskom postupku.

Dužnost ravnopravnog tretiranja stranaka. I kada nije izričito ugovorena, dužnost ravnopravnog tretiranja stranaka obavezuje arbitre na osnovu njihovog statusa, to jest kao deo javnog poretka (Gaillard & Savage, 1999, 646). Ovu dužnost arbitara treba shvatiti kao njihovu obavezu da strankama obezbede jednake mogućnosti da iznose svoje stavove o predmetu spora, a da bi je ispunili, dovoljno je da primenjuju iste standarde postupanja prema strankama. Ako tako ne čine, oni, po pravilu, čine povredu načela kontradiktornosti, što je razlog za poništenje arbitražne odluke, odnosno za odbijanje njenog priznanja i izvršenja. Takođe, to je i razlog na osnovu koga je moguće pokrenuti postupak izuzeća arbitra /arbitara.

Nezavisnost i nepristrasnost arbitara u arbitražnom postupku. Reč je, takođe, o pravilu koje je deo javnog poretka i bitni element ugovora *receptum arbitri*. Koliko je ovo stroga obaveza pokazuje i činjenica da je arbitar dužan da stranke, u toku postupka njegovog imenovanja, obavesti o eventualnim okolnostima koje mogu da utiču na njegovu nepristrasnost ili nezavisnost kako bi one odlučile da li da ga angažuju ili ne. Ako je u toku trajanja postupka arbitar ispoljio pristrasnost ili se ustanovilo da nije nezavisan, a nije se zbog toga povukao sa mesta arbitra, onda se prekid ugovora sa tim arbitrom može ostvariti u postupku njegovog izuzeća, ali i opozivom (jednostranim raskidom ugovora) na osnovu izjave koju zajedno daju obe strane u sporu.

Dužnost arbitra da reši sporni odnos. To je redovan način za okončanje arbitražnog spora, a time i ugovora *receptum arbitri*. Ova bitna ugovorna obaveza podrazumeva dužnost svakog arbitra pojedinačno (uključujući i situaciju kad spor vodi arbitražno veće) da odluči o meritumu. Nekada se pravilnikom institucionalne arbitraže predviđa i rok u kome treba da se okonča arbitražni postupak, npr. kod arbitraže Međunarodne trgovinske komore u Parizu – ICC arbitraže taj rok je 6 meseci (čl. 31 Pravilnika ICC arbitraže iz 2017. godine) dok Stalna trgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Srbije – STA ostavlja u tom smislu rok od godinu dana (čl. 38 Pravilnika STA iz 2016. godine). Ipak, ovi rokovi nisu prekluzivni, već više upućujući i treba da podsete arbitre na to da postupak vode marljivo, uz poštovanje načela savesnosti i poštenja i bez nepotrebnog odugovlačenja.

Pravo arbitra na honorar i troškove. Ovo je osnovno pravo arbitra i o tome se odlučuje konačnom arbitražnom odlukom. Imajući to u vidu, postavlja se pitanje može li arbitražna odluka da se osporava samo u delu kojim se odlučuje o honoraru i troškovima. Drugim rečima, može li nezadovoljna strana, koja inicira postupak sudske kontrole arbitražne odluke, to učiniti pozivanjem na činjenicu da honorar arbitara i/ili troškovi koji su tom odlukom određeni nisu pravilno odmereni. U Model zakonu o arbitraži, čija su rešenja preuzele brojne države kao svoje nacionalne propise, kao razlozi za poništenje, odnosno za odbijanje priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke nije predviđena ta mogućnost (čl. 34 i 36). S obzirom na činjenicu da su razlozi za osporavanje arbitražne odluke navedeni *numerus*

clausus, zaključuje se da to nije osnov zbog koga bi arbitražna odluka mogla da se dovede u pitanje. Ipak, nema sumnje ni da je potrebno obezbediti odgovarajuću zaštitu strankama ako je neko njihovo pravo povređeno, pa tako nepravilnosti u pogledu određenja iznosa honorara mogu da se preispitaju u sudskom postupku, ali ne na osnovu zahteva za poništaj arbitražne odluke ili kao razlog za odbijanje njenog priznanja i izvršenja u inostranstvu, već na osnovu posebne tužbe zbog povrede ugovora *receptum arbitri*. Ovo shvatanje je u praksi potvrdio Apelacioni sud u Parizu u predmetu u kome je stranka nezadovoljna arbitražnom odlukom podnela zahtev za njeno poništenje zbog obračuna honorara preko iznosa honorara predviđenih pravilnikom nadležne institucionalne arbitraže. U svojoj odluci, kojom je odbacio tužbu za poništenje arbitražne odluke kao nedopuštenu, sud je naveo da određivanje honorara arbitra nije predmet spora koji je poveren na rešavanje arbitraži arbitražnim sporazumom, već je predmet posebnog ugovora – *receptum arbitri* koji zaključuju stranke sa arbitrima. Zbog toga, pitanje honorara i troškova arbitara ne može da se raspravlja u postupku poništenja arbitražne odluke, već kao predmet posebnog spora pred nadležnim sudom (Paris, Rev. Arb. 1998, p. 121 i Paris, Rev. Arb. 2005, p. 790, navedeno u Poudret & Besson, 2007, p. 371).

6. Zaključak

Ovlašćenje arbitra da u okviru arbitražnog postupka meritorno reši određeni sporni odnos počiva na ugovoru koji zaključuje sa stranama u sporu, dok se njegova odluka može prinudno izvršiti na osnovu zakona. Bitni elementi ugovora između stranaka i arbitara su, po prirodi stvari, određenje spora i honorar arbitra. Specifičnost ugovora *receptum arbitri* ogleda se i u tome što značajan deo ugovornih prava i obaveza proizlaze neposredno iz zakona, a mogu biti predviđena i pravilnikom institucionalne arbitraže koja je ugovorena kao nadležna za rešavanje spora.

Ugovor *receptum arbitri* pokazuje još više specifičnosti kada je reč o pravnim sredstvima zbog povrede ugovornih obaveza. Za to pitanje je karakteristično da nije posebno uređeno zakonskim propisima o arbitražama i arbitražnom postupku. Međutim, pravilnici nekih institucionalnih arbitraža sadrže norme o ovom pitanju. Tako, pravila čl. 48(d) Američkog arbitražnog udruženja i čl. 20 ICSID Pravila arbitražnog postupka sadrže generalnu klauzulu o imunitetu arbitara, koja ih oslobađaju od odgovornosti ne samo za odluku već i za sve propuste koje učine u toku trajanja arbitražnog postupka. Ipak, većina pravilnika koji imaju takvu odredbu isključuju njenu primenu u slučaju propusta koje arbitar počinu namerno ili usled grube nepažnje, na primer, čl. 31(1) Pravilnika Londonskog suda međunarodne arbitraže (*London Court of International Arbitration*) i čl. 77 Pravilnika arbitraže pri Svetskoj organizaciji za intelektualnu svojinu (*WIPO Arbitration and Mediation Center*), čl. 48 Pravilnika Arbitražnog instituta Trgovinske komore Stokholma (*The Arbitration Institute of the Stockholm Chambre of Commerce*) itd.

U nacionalnim pravima zemalja kontinentalnog pravnog kruga arbitri, po pravilu, ne uživaju tako širok imunitet jer ga ne uživaju ni sudije državnih sudova. Izvesno je samo da arbitar ne može biti pozvan na odgovornost zbog odluke koju donese, čak i

ako je pogrešno primenio materijalno pravo. Za teže povrede ugovora *receptum arbitri* stranke mogu, u skladu sa zakonskim ovlašćenjem, inicirati postupak izuzeća arbitra kad su za to ispunjeni predviđeni uslovi, a imaju pravo i da zajednički opozovu arbitra. One, takođe, mogu od suda tražiti naknadu štete koju pretrpe zbog povrede ugovora od strane arbitara, ali ne u postupcima sudske kontrole arbitražnih odluka, koji su strogo uređeni zakonom i ne predviđaju takvu mogućnost.

Arbitri, takođe, u odnosu na stranke u arbitražnom postupku stiču pravna sredstva zbog povrede dužnosti plaćanja honorara i nadoknade troškova. To može biti razlog za jednostrani raskid ugovora, a ako je arbitar već izvršio svoje ugovorne obaveze, on može zaštitu svog prava ostvariti u posebnom sudskom postupku.

Sve navedeno jasno pokazuje da je *receptum arbitri* specifičan ugovor kod koga je autonomija volje ugovornih strana ograničena imperativnim propisima merodavnog prava. Ova ograničenja imaju za cilj da osiguraju da se rešavanje spornog odnosa u arbitražnom postupku odvija u skladu sa međunarodno priznatim standardima. To je uslov da bi odluke koje donose arbitri kao privatne sudije mogle prinudno da se izvrše kao i pravosnažne odluke državnih sudova.

Literatura

- Gaillard, E. & Savage, J. 1999. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International.
- Gaillard, E. 2001. Transnational law: A legal system or a method of decision making. In: Berger, K. P. (ed.), *The Practice of Transnational Law*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, pp. 53-65.
- Gaillard, E. 2010. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Henderson, A. 2014. Lex arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration. *Singapore Academy of Law Journal*, 26, pp. 886-910.
- Knežević, G. & Pavić, V. 2009. *Arbitraža i ADR*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Lew, J. M., Mistelis, L. A. & Kröll, S. M. 2003. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Mustill, M. 1988. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. *Arbitration International*, 4(2), pp. 86-119.
- Mustill, M. J. & Boyd, S. C. 1989. *Commercial Arbitration* (2nd ed.). London: Lexis Publishing.
- Oneyama, E. 2010. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. London/New York: Routledge.
- Perović, J. 2018. Sedište arbitraže u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži. *Pravo i privreda*, 4-6, pp. 157-172.
- Poudret, J. F. & Besson, S. 2007. *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet&Maxwell.
- Reilly, J. 2011. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*.

Arbitration Law Review, 3, pp. 491-519.

- Speidel, R. 2006. International Commercial Arbitration: Implementing the New York Convention. In: Brunet, E. et al. *Arbitration Law in America: A Critical Assessment*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 185-307.
- Timár, K. 2013. The Legal Relationship between the Parties and the Arbitral Institutions. *Elte Law Journal*, 1, pp. 103-122.
- Trajković, M. 2000. *Međunarodno arbitražno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnika Jugoslavije.
- Zimmermann, R. 1996. *The Law of Obligations: Roman Foundations to the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press.

Internet izvori

- Dalhuisen, J. H. 2015. *Legal Reasoning and Powers of International Arbitrators*. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393705, (30.12.2019).
- Fouchard, P. 1995. Relationships Between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution. In: ICC, *Status of the Arbitrator*, 12, Special Supplement of the ICC Bulletin 1995. Dostupno na: <https://library.iccwbo.org/dr-supplements.htm>, (30.12.2019).
- Fouchard, P. 1996. The Status of the Arbitrator as Defined by Codified Practice. In: *ICC Final Report on the Status of the Arbitrator*, Appendix IV in ICC Bulletin 7. Dostupno na: https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0009.htm, (30.12.2019).

Pravni izvori

- Pravilnik arbitraže pri Svetskoj organizaciji za intelektualnu svojinu (*WIPO Arbitration Rules*, Effective from January 1, 2020). Dostupno na: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html> (30.12.2019).
- Pravilnik Arbitražnog instituta Trgovinske komore Stokholma (*The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*). 2017. Dostupno na: <https://sccinstitute.com/our-services/rules/> (30.12.2019).
- Pravilnik ICC arbitraže iz 2017. (*Arbitration rules*). Dostupno na: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf> (30.12.2019).
- Pravilnik Londonskog suda međunarodne arbitraže 2014, (*London Court of International Arbitration Rules*). Dostupno na: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx (30.12.2019).
- Pravilnik o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2016.
- Roma I, 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) *OJ L177*, 4. 7. 2008, pp. 109-119. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593> (9. 2. 20120).

- Švajcarski Zakonik o obligacijama 1911, (*Swiss Code of Obligation*). Nezvanični prevod na engleski jezik, stanje na dan 1. novembar 2019. godine. Dostupno na: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html> (30.12.2019)
- UNCITRAL Model pravila 1976, poslednje izmene 2013 (UNCITRAL Arbitration Rules). Dostupno na: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/uncitral_arbitration-rules-2013-e.pdf (30.12.2019).
- UNCITRAL Model zakon o arbitraži 1985, poslednje izmene 2006 (*UNCITRAL Model Law of International Arbitration*). Dostupno na: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf (30.12.2019).
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

Katarina A. Jovičić, PhD

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia
Assistant Professor, Law Faculty Union University Belgrade, Serbia
e-mail: k.jovicic@iup.rs, katarina.jovicic@pravnofakultet.rs

LEGAL NATURE OF RELATIONSHIP BETWEEN ARBITRATOR AND PARTIES: *RECEPTUM ARBITRI*

Summary

In this paper author analyses legal nature of relationship between arbitrator and parties as well as the source of arbitrator's rights and duties. In comparative law there are two opinions about that subject: the first is that the role of the arbitrator is regulated by the law and that his rights and duties are the matter of the status of arbitrator. The second opinion, however, points out that that relation is regulated by a special contract – *receptum arbitri*, which arbitrator and parties conclude with one another. In contemporary law the second view prevails and that opinion is supported in this article. The analysis of the relationship between the arbitration agreement and *receptum arbitri*, the legal nature of the *receptum arbitri*, rights and duties of the contracting parties and legal remedies in case of breach of the contract clearly points to the specifics of *receptum arbitri*. In conclusion author claims that those specifics are necessary in order to fulfil the main goal of the arbitration proceedings which is to obtain arbitration decision legally binding as the final court decision.

Keywords: arbitration proceeding, arbitrator as the private judge, *receptum arbitri*, rights and duties of the arbitrators and parties, legal remedies for breach of contract.

Primljeno: 14.1.2020.
Prihvaćeno: 9.3.2020.

UREĐENJE PROCESNIH PRAVA OSUMNJIČENIH I OKRIVLJENIH U PRAVNIM TEKOVINAMA EVROPSKE UNIJE

Sažetak

Poslednje dve decenije u Evropskoj uniji se intenzivno uređuju pojedina pitanja iz oblasti krivičnog prava. Aktivnosti su bile pretežno usmerene na zaštitu interesa Evropske unije, unapređenje bezbednosti i policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima. Uporedo se kroz pravne instrumente i praksu Suda pravde Evropske unije razvija i načelo uzajamnog priznanja u krivičnim stvarima. Primena uzajamnog priznanja zahtevala je uspostavljanje minimalnih pravila u oblasti zaštite prava osumnjičenih i okrivljenih, kao jednog od elemenata prava na pravično suđenje. Na Savetu Evropske unije 2010. godine donet je Stokholmski program i Mapa puta, na osnovu koje je doneto šest uputstava kojima se uređuju pojedina prava osumnjičenih i okrivljenih u krivičnom postupku. Autor u radu analizira domašaj primene uputstava, kao i praksu Suda pravde Evropske unije. Donošenje uputstava je značajno za uspostavljanje pravnog okvira, ali ostaje da se vidi kakvi će biti efekti na prava okrivljenih.

Ključne reči: okrivljeni, pravo Evropske unije, pravo na odbranu, pravo na prevođenje, pravo na informisanje, uzajamno priznanje.

1. Uvod

Evropska unija je relativno nov akter u oblasti zaštite procesnih prava učesnika u krivičnom postupku (Bajović, 2005, p. 384). Do početka XXI veka Evropska unija (dalje: EU) nije imala izričitu nadležnost u oblasti zaštite ljudskih prava u krivičnom postupku. Sud pravde EU je u nekoliko predmeta ukazivao na potrebu da se razmotri i uredi oblast ljudskih prava u EU.¹ Iako nije bilo odgovarajućih komunitarnih instrumenata kako bi se preduzele odgovarajuće mere, Sud je zauzeo stav da je neophodno da se poštuju ljudska prava (*Al-Jubail Fertilizer Co. And Saudi Arabian Fertilizer Co. v. Council*).

Jedan od proklamovanih ciljeva EU jeste da pruži svojim građanima prostor slobode, bezbednosti i pravde (čl. 2, st. 2 Ugovora o EU). Međutim, dugi niz godina

* Naučni saradnik, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, Srbija, e-mail: m.m.boskovic@roldevelopmentlab.com

¹ U predmetu *Stauder v. City of Ulm*, Sud pravde EU je po prvi put naveo da štiti poštovanje osnovnih ljudskih prava koja proističu iz osnovnih načela komunitarnog prava.

u oblasti krivičnog pravosuđa fokus je bio na bezbednosti i unapređenju policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima. Tako su uvedeni u pravni sistem EU evropski nalog za hapšenje, osnovani su Europol, Eurojust i Kancelarija evropskog javnog tužioca. Međutim, evropski nalog za hapšenje, kao instrument uzajamnog priznanja, predstavljao je „sistem slobodnog kretanja sudskih odluka u krivičnim stvarima“ (Klip, 2012, p. 364). S druge strane, zaštita prava osumnjičenog i okrivljenog u EU na način kako je uređena Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (dalje: Evropska konvencija) i kako se obezbeđuje njena primena nije bila dovoljna za nadnacionalnu tvorevinu kakva je EU. Evropska konvencija sadrži samo opšta pravila, dok praksa Evropskog suda za ljudska prava (dalje: Evropski sud) daje tumačenje samo određenih pitanja koja su se javila u konkretnom predmetu i ograničenog je dometa (Fair Trials International, 2012, p. 7).

Donošenje akata uzajamnog priznanja i usaglašavanje pojedinih delova materijalnog i procesnog krivičnog prava naglasilo je potrebu za uređenjem zaštite ljudskih prava u krivičnom postupku (Sayers, 2014, p. 733), posebno jer se pokazalo da je postojanje opštih načela² nedovoljno za ostvarivanje potrebnog nivoa uzajamnog poverenja između država članica, koje je neophodno za nesmetano funkcionisanje oblasti slobode, bezbednosti i pravde (European Commission, 2011, p. 3). Tako su pravo na delotvoran pravni lek, pravo na pravično suđenje, pretpostavka nevinosti i pravo na odbranu garantovani u čl. 47 i 48 Povelje o osnovnim pravima EU iz 2000. godine. Navedena prava imaju isti smisao i domašaj primene kao i prava garantovana čl. 6, st. 3. Evropske konvencije.

I pored zajedničkih načela i dalje postoje različita pravila i prakse u državama članicama EU, što vodi ka nedoumicama u načinu na koji se ova prava primenjuju (Löof, 2006, p. 422). Kako bi se otklonili utvrđeni nedostaci, tokom poslednjih deset godina usvojeno je nekoliko pravnih akata kojima se uređuju minimalni standardi procesnih prava osumnjičenih i okrivljenih u EU. U radu autor analizira značaj Evropske konvencije za zaštitu prava osumnjičenih i okrivljenih u državama članicama EU, kao i ulogu pravnih instrumenata donetih u okviru EU. U analizi autor se detaljnije bavi pravom na pravnu pomoć, tumačenje i prevođenje i pravom na informisanje, kao neophodnim merama za delotvorno uživanje ljudskih prava, kao i elementima prava na pravično suđenje, dok su ostala prava osumnjičenog i okrivljenog obrađena u manjoj meri.

2. Evropska konvencija i prava okrivljenog

Kako bi se razumele pravne tekovine EU u oblasti procesnih prava osumnjičenih i okrivljenih, potrebno je razumeti i značaj Evropske konvencije i sudske prakse Evropskog

² Pravo na pristup advokatu i pravo na obaveštenje o pritvoru predstavljaju formalne garancije za prevenciju zlostavljanja i tako štite od mogućeg kršenja čl. 3 Evropske konvencije o ljudskim pravima (zabrana zlostavljanja). Pravo na obaveštenje o pritvoru promovise pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života iz čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Bečka konvencija o konzularnim odnosima iz 1963. predviđa u čl. 36 da prilikom hapšenja ili pritvora strani državljanin ima pravo da traži da konzulat njegove države bude obavešten o tome i da ga poseti zvaničnik konzulata.

suda u ovoj oblasti. Članom K.2 Ugovora iz Maastrichta iz 1992. godine predviđeno je da pitanja iz novoosnovane oblasti – pravosuđe i unutrašnji poslovi – treba rešavati u skladu sa Evropskom konvencijom od 4. novembra 1950. godine. Iako prema mišljenju Suda pravde EU iz 1996. godine, EU nije imala nadležnost da pristupi Evropskoj konvenciji (Opinion 2/94)³, njene odredbe o pravičnom suđenju su počele da se primenjuju u praksi Suda pravde. Minimalna prava i standardi pravičnog suđenja u svim državama Saveta Evrope, uključujući i države članice EU, utvrđeni su u Evropskoj konvenciji. U istraživanjima se navodi da Evropska konvencija i mehanizmi njenog sprovođenja ne omogućavaju u svim slučajevima dovoljnu zaštitu osumnjičenih i okrivljenih lica, kao ni dovoljne garancije o odgovarajućem informisanju o pravima i delu koje se stavlja na teret (Cape, 2007, p. 24).

Pravo na besplatnu podršku prevodioca za sva dokumenta i izjave tokom postupka, garantovano čl. 6, st. 3 Evropske konvencije, predstavlja sastavni element prava na pravično suđenje (*Luedicke, Belkacem and Koc v. Germany; Lagerblom v. Sweden*, para. 61). Pravo na prevođenje odnosi se kako na iskaze tokom glavnog pretresa, tako i na pisane materijale i pretkrivični postupak (*Sluiter et al.*, 2013, p. 248; *Kamasinski v. Austria*, para. 74). Evropski sud je tumačio da je pravo na prevođenje neophodno za ostvarivanje prava na pravično suđenje, koje obuhvata i pravo na učešće u pretresu, kao i da okrivljeni razume postupak (*Cuscani v. United Kingdom*, para. 38). Takođe, standardi Saveta Evrope odnose se i na pravo okrivljenog da ima pravo na prevođenje i kada sud odlučuje o pritvoru (Council of Europe, Recommendation Rec (2006)2).

Član 6. Evropske konvencije obuhvata i pravo okrivljenog da ima pristup dokumentima i dokazima koje javno tužilaštvo planira da upotrebi u postupku protiv okrivljenog. Ovako definisano pravo okrivljenog ne predviđa obavezu da se okrivljenom obezbedi pisani prevod svih dokumenata i dokaza, već da je dovoljan usmeni prevod ili pisani prevod ključnih elemenata iz dokumenata. Okrivljeni, kojem jezik suda nije maternji jezik, nema pravo na besplatno prevođenje ako razume zvaničan jezik u dovoljnoj meri da bi se delotvorno branio (*K v. France*). Prava iz čl. 6, tač. 3 ne obuhvataju odnos između okrivljenog i njegovog branioca i način na koji će se sporazumeti u pripremi odbrane, već se primenjuju samo na odnos između okrivljenog i sudije (*X v. Austria*, para. 68). Okrivljeni se može na nedvosmislen način odreći prava na prevođenje (*Pishchalnikov v. Russia; Salduz v. Turkey*, para. 59) i to samo ako okrivljeni razume optužbu kako bi mogao da proceni značaj svoje odluke o odricanju (*Baytar v. Turkey*).

Pravo na pristup advokatu iz čl. 6 Evropske konvencije utvrđuje minimalna procesna prava i standarde za obezbeđenje pravičnosti krivičnog postupka. U st. 3 ovog člana navodi se da svako ko je optužen za krivično delo ima pravo na „dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane“ i pravo „da se brani lično ili putem branioca koga sam izabere“. Obe odredbe je tumačio Evropski sud na progresivan način i proširio je prava pojedinaca koja proističu iz ovih odredaba.

³ EU još uvek nije pristupila Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. Nakon negativnog Mišljenja Suda pravde EU (Opinion 2/13 of the Court (Full Court)) o nacrtu ugovora o pristupanju, preduzimaju se mere kako bi se otklonile prepreke utvrđene u Mišljenju Suda.

Propust da se obezbedi odgovarajući pristup pravnom savetu može da učini krivični postupak nepravičnim i da ugrozi druga prava osumnjičenog, odnosno okrivljenog, kao što su druge preventivne mere protiv zloupotreba i prisilnog priznanja. Tako u situaciji kada osumnjičenom i okrivljenom u najkraćem roku nije obezbeđen pristup stručnoj odbrani, to može, prema odluci Evropskog suda u predmetu *Salduz v. Turkey* (para. 53-55), čitav postupak da učini nepravičnim.⁴ Ako osumnjičeni nema stručnu odbranu, može se dogoditi da ne bude upoznat s pravom da se brani ćutanjem tokom policijskog saslušanja ili može dati iskaz pod psihološkim pritiskom zbog pritvora, što može dovesti do toga da neopravdano iznese dokaze protiv sebe (Voorhout, 2017, p. 178).

U predmetu *Salduz protiv Turske*, Evropski sud je smatrao da je došlo do povrede čl. 6 Evropske konvencije, koja garantuje pravo na pravično suđenje, jer je Salduz odbio advokata po službenoj dužnosti dok je bio u policijskom pritvoru. Tokom pritvora, Salduz je priznao izvršenje dela, ali je kasnije tvrdio da su vršili pritisak na njega. Prema tumačenju Evropskog suda, iznetog u tač. 55 presude, čl. 6 Konvencije „zahteva, po pravilu, da pristup advokatu bude omogućen već tokom prvog saslušanja osumnjičenog u policiji“. Čak i kada prikupljeni dokazi mogu u izuzetnim prilikama opravdati odricanje od prava na pristup advokatu, ovakvo ograničenje ne sme neopravdano ograničiti prava okrivljenog (Sluiter *et al.*, 2013, pp. 244).

Interesantan je i predmet *Panovits v. Cyprus*,⁵ u kojem se vidi stepen uticaja koji onemogućavanje pristupa advokatu može imati na osnovna prava osumnjičenog, odnosno okrivljenog, kao i na pravičnost celokupnog postupka.⁶ U martu 2008, Evropski sud je u tač. 6 presude naveo da nedostatak pravnog saveta tokom ispitivanja predstavlja kršenje prava na pravično suđenje, koje je garantovano čl. 6 Evropske konvencije. Sud je takođe smatrao da je došlo do kršenja st. 1 ovog člana zbog korišćenja priznanja okrivljenog na glavnom pretresu.

Međutim, postoji jedan broj pitanja koja ostaju i dalje delimično uređena ili nejasna zbog slobodne procene država članica. Na primer, Evropski sud u praksi nije odlučivao o posledicama povrede prava na pristup advokatu. Sud je sistematski isticao da je na domaćim organima da ponište posledice povrede stavljanjem lica u isti položaj u kojem bi bila da se povreda nije dogodila. Ovo ostavlja mogućnost da se zajednički standardi različito primene u praksi.

Praktični problemi koje pojedinac može imati u obraćanju Evropskom sudu mogu biti značajni, npr. ispunjavanje zahteva da se iskoriste svi domaći pravni lekovi a podnošenje predstavke Evropskom sudu može biti veoma skupo za pojedince u nedostatku pravne pomoći. Pojedinac čija je prava povredila država potpisnica Konvencije može

⁴ Sličan stav Evropski sud za ljudska prava zauzeo je i u predmetima: *Ocalan v. Turkey*; *Adamkiewicz v. Poland*, para. 84; *Dayanan v. Turkey*, para. 32; *Panovits v. Cyprus*, para. 69-77.

⁵ Osumnjičeni je imao 17 godina kada je pozvan da s ocem dođe u policijsku stanicu zbog ubistva i razbojništva koji su se dogodili. Nakon pola sata ispitivanja u policijskoj stanici, osumnjičeni je priznao da je izvršio oba krivična dela. Policijski službenici nisu omogućili okrivljenom pristup advokatu ni nakon hapšenja, ni tokom ispitivanja. Priznanje osumnjičenog dato je pod pritiskom, nakon što mu je policijski službenik rekao da bi trebalo sve da prizna ukoliko želi da ide kući. Okrivljeni je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 14 godina u maju 2001. godine.

⁶ Sličan stav Evropski sud za ljudska prava zauzeo je i u predmetu *Pishchalnikov v. Russia*.

podneti predstavku Evropskom sudu tek kada iskoristi sve pravne lekove u državi, što znači da je sistem zaštite predviđen Konvencijom *ex post*. Takođe, Evropski sud godišnje dobije veliki broj predstavki, te postoji veliki broj zaostalih predmeta, i svaka zaštita zbog povrede može se dogoditi godinama nakon kršenja prava. Zbog toga verovatno veliki broj ljudi čija su prava povređena nikada ne podnose predstavku Evropskom sudu (Cape, Namoradze, Smith & Spronken, 2010, pp. 23-62).

Može se pretpostaviti da sudska praksa Evropskog suda kojom se tumače odredbe Evropske konvencije može voditi progresivnom prihvatanju zajedničkih standarda u svim državama članicama. Međutim, oslanjanje na odluke Evropskog suda promoviše parcijalno rešavanje problema i predstavlja *ad hoc* pritisak da se reformišu nacionalne prakse pre nego da se razvije sveobuhvatna i ujednačena procedura EU u skladu s pravom na pravično suđenje. U određenim slučajevima, praksa Evropskog suda može uticati na neke države da promene procedure za koje Sud smatra da predstavljaju kršenje čl. 6. Takva situacija postojala je nakon donošenja presude u predmetu *Salduz*, koja je pokrenula odluke vrhovnih ili ustavnih sudova država članica EU, kao što su Francuska, Velika Britanija, Holandija i Belgija.⁷

Ovaj primer ukazuje i na ograničenje Evropske konvencije. Doktrina *Salduz* tumačena je drugačije u različitim nacionalnim sudovima i, iako su sudovi i zakonodavci pokušavali da ujednače proceduru s Evropskom konvencijom, to je činjeno parcijalno (Kristen, 2011, pp. 1-7).

U svetlu navedenih ograničenja u ostvarivanju procesnih prava osumnjičenih i okrivljenih prema Evropskoj konvenciji, postalo je jasno da je neophodno doneti mere EU kojima bi se štitila navedena prava.

3. Uzajamno priznanje i uticaj na uređenje prava okrivljenog u EU

Od donošenja Ugovora iz Matrihta 1992. godine, a zatim i Ugovora iz Amsterdama 1997, pravno načelo uzajamnog priznanja sudskih odluka razvijalo se i konačno je uobličeno Ugovorom iz Lisabona 2007. godine u čl. 67 i 82 Ugovora o funkcionisanju EU. Uzajamno priznanje kao opšteprihvaćeno pravno načelo u oblasti krivičnih stvari zahteva postojanje uzajamnog poverenja.

Nedostatak poverenja pravosudnih vlasti u državama članicama utiče na njihovu međusobnu saradnju u krivičnim stvarima i predstavlja prepreku uzajamnom priznavanju presuda i sudskih odluka u ovoj oblasti (Tiggelen & Surano, 2008, p. 20). Nakon usvajanja Zaključaka iz Tamperea 1999, države članice su se složile da će uzajamno priznanje biti kamen temeljac pravosudne saradnje, odnosno da će pravosudna odluka doneta u jednoj državi članici imati jednaku pravnu snagu u svim državama članicama, kao da je u njima doneta, i da će biti izvršena bilo gde u EU.

⁷ Vrhovni sud Velike Britanije je u predmetu *Cadder* ustanovio da je sistem policijskog pritvora u Škotskoj u suprotnosti sa načelima *Salduz*. U Francuskoj je Ustavni savet u odluci od 30. jula 2010. ustanovio da je režim *garde à vue*, kada advokati ne mogu da prisustvuju saslušanju osumnjičenog, a izjava koju osumnjičeni da može da se upotrebi kasnije protiv njega, neustavan. U oba slučaja usledile su izmene propisa.

Stokholmski program za period 2010–2014. ponovo ukazuje na značaj pravosudne saradnje. Program posebno naglašava značaj prava osumnjičenih i okrivljenih lica u krivičnom postupku i ukazuje na neophodnost ispitivanja minimalnih procesnih prava osumnjičenih i okrivljenih lica, što je u skladu sa osnovnim vrednostima Unije (Jimeno-Bulnes, 2010, p. 17).

Ugovor iz Lisabona navodi da bi načelo uzajamnog priznavanja presuda i sudskih odluka trebalo da bude praćeno minimalnim pravilima i procesnim pravima. Kako bi unapredio međusobno poverenje i poboljšao funkcionisanje uzajamnog priznavanja, Savet EU je u novembru 2009. usvojio Mapu puta o procesnim pravima (Resolution of the Council of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings) i utvrdio mere koje je potrebno preduzeti kako bi se zaštitila prava osumnjičenih i okrivljenih lica. U Mapi puta, Savet je pozvao Komisiju da pripremi predlog mera za utvrđivanje minimalnih pravila za pravično suđenje u Evropskoj uniji, a svaka mera će se odnositi na drugo procesno pravo ili grupu prava osumnjičenih i okrivljenih lica. Takođe, Savet je predložio Komisiji da se mere sastoje od obavezujućih propisa koji bi se primenjivali na svakog osumnjičenog u krivičnom postupku u svim državama članicama, čime bi se štitili kako građani EU, tako i građani trećih zemalja u svim predmetima koji uključuju prekograničnu saradnju. Mapa puta je predviđala sledeće mere kojima će se štititi osumnjičeni i okrivljeni u EU: prevođenje i tumačenje; obaveštavanje o pravima i pravo da se bude obavešten o optužbi; Zelena knjiga o pritvoru; pristup advokatu i obaveštenje o pritvoru; pravna pomoć. Kako bi se navedene mere sprovele, donet je i Akcioni plan za sprovođenje Stokholmskog programa (European Commission, 2010).

I pored zajedničkih načela i minimalnih standarda koji proizlaze iz Evropske konvencije i Povelje o osnovnim pravima EU, odredbe kojima su uređena prava okrivljenih i osumnjičenih u krivičnom postupku razlikuju se od države do države Evropske unije. Ukoliko pravosudne vlasti imaju sumnju u poštovanje standarda prava na pravično suđenje i zaštitu od zlostavljanja u pritvoru u drugim državama, mogu oklevati da izvrše zahtev za pravosudnu saradnju koji je dostavila druga država (na primer da izvrše evropski nalog za hapšenje ili da dostave dokaze koji će se koristiti na pretresu).

4. Instrumenti na nivou Evropske unije

Do 2010. godine, na nivou EU nisu postojali propisi koji su na jednoobrazan način uređivali procesna prava osumnjičenog i okrivljenog (Jimeno-Bulnes, 2008, p. 171). Kao što je navedeno, Povelja o osnovnim pravima garantuje prava koja su uređena po ugledu na Evropsku konvenciju. Članom 47 Povelje štiti se pravo na pravično suđenje, posebno pravo na „konsultaciju, odbranu i zastupanje“. Članom 48 štiti se pretpostavka nevinosti i garantuje se „poštovanje prava na odbranu“. Članom 4 zabranjuje se tortura, mučenje, nehumano i degradirajuće ponašanje, a članom 7 garantuje se poštovanje privatnog i porodičnog života. Dok Povelja obavezuje organe i institucije EU na svim nivoima,

države članice upućuju na Povelju samo kada primenjuju pravo EU. To podrazumeva da u nedostatku relevantnog prava EU u ovoj oblasti, države članice nisu vezane čl. 4, 7, 47 i 48 u sprovođenju krivičnog postupka (European Commission, 2011). Međutim, nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona ne postoji saglasnost među teoretičarima o domašaju primene Povelje.

Očekuje se da Sud pravde svojim odlukama proširi domašaj primene Povelje kao što je to učinio u predmetu *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* u kojem je protumačio da ljudska prava garantovana Poveljom moraju da budu poštovana kada se odnose na nacionalno zakonodavstvo koje se nalazi u oblasti prava EU (Hancox, 2013, p. 1411). Sudija Safjan je ukazao da je u predmetu *Åkerberg Fransson* Sud pravde primenio „funkcionalni pristup“ u tumačenju obaveze nacionalnih sudova da primene Povelju ne samo u nacionalnim slučajevima i na nacionalne propise koji su doneti u procesu usaglašavanja nacionalnog zakonodavstva s pravom EU već i na nacionalne propise koji su neophodni za delotvornu primenu odredaba prava EU (EPRS - European Parliamentary Research Service, 2015).

S druge strane, ostaje otvoreno pitanje da li pojedinci mogu da se pozivaju na odredbe Povelje, posredno ili neposredno, kada žele da ospore povrede njihovih prava, koje su izvršile domaće institucije.

Nadležnost EU da donese uputstva kojima se utvrđuju minimalna prava u krivičnom postupku uređena je čl. 82, st. 2, tač. b Ugovora o funkcionisanju EU. Prema odredbi čl. 82, minimalna pravila o pravima pojedinaca u krivičnom postupku mogu se usvojiti u formi uputstva, u meri potrebnoj za lakše uzajamno priznavanje presuda i sudskih odluka, kao i za saradnju policijskih i pravosudnih organa u krivičnim stvarima s prekograničnim posledicama.

Uputstva doneta na nivou EU primenjuju se na sve krivične postupke bez obzira na to da li imaju prekogranični element ili ne, jer ciljevi mogu biti ostvareni samo ukoliko se minimalna pravila primenjuju na sve krivične postupke. Kako bi se unapredilo uzajamno poverenje, a time i pravosudna saradnja, pravosudne vlasti moraju da budu svesne da se primenjuju dovoljno visoki standardi pravičnog suđenja u svim državama članicama EU. Ukoliko bi se dozvolilo da države članice primenjuju niže standarde u domaćim postupcima, ne bi došlo do unapređenja uzajamnog poverenja između pravosudnih vlasti. Takođe, stvorila bi se razlika među građanima, viši standardi bi se primenjivali u slučajevima s prekograničnim elementom, a drugi na građane protiv kojih se vodi čisto nacionalni postupak.

Evropska komisija je 2003. godine preduzela inicijalne korake u pravcu donošenja jednoobraznih standarda donošenjem Zelene knjige o procesnim pravima osumnjičenih i okrivljenih u krivičnom postupku u EU od 19. februara 2003. godine (European Commission, 2003). U Zelenoj knjizi analizirano je nekoliko posebnih pitanja, kao što su pravo na pravnu pomoć i zastupanje, pravo na prevođenje i tumačenje, posebna zaštita ranjivih grupa, konzularna pomoć i pismo o pravima koje bi se davalo svakom osumnjičenom u EU (Peers, 2012, p. 739). Nakon Zelene knjige, Evropska komisija je 2004. podnela Predlog okvirne odluke o određenim procesnim pravima u krivičnom

postupku⁸ na teritoriji cele EU. Međutim, šest država članica nije podržalo ovaj predlog, tako da on nikada nije usvojen. Već 2009. godine diskusija je ponovo otvorena i postignut je sporazum o Mapi puta jačanja procesnih prava osumnjičenih i okrivljenih tokom krivičnog postupka i o Stokholmskom programu (European Council, 2010).

Postupajući u skladu s Mapom puta, Evropski parlament i Savet su u relativno kratkom periodu usvojili tri ključna pravna akta. Tako je 2010. usvojeno Uputstvo 2010/64/EU o prevođenju i tumačenju u krivičnom postupku kojim se uspostavljaju minimalni standardi u ovoj oblasti (Quattrococo, 2015, pp. 83). Već 2012. godine usvojeno je Uputstvo 2012/13/EU o pravu na informisanje u krivičnom postupku, a zatim i 2013. Uputstvo 2013/48/EU o pravu na pristup advokatu u krivičnom postupku i postupku po evropskom nalogu za hapšenje i pravu da treće lice bude obavješteno o lišavanju slobode i pravu komuniciranja s trećim licem i konzularnim vlastima u slučaju lišenja slobode.

Uputstvo o pravu na informisanje u krivičnom postupku sadrži minimalna pravila o pravu na informisanje osumnjičenih i okrivljenih u krivičnom postupku o pravima koja imaju tokom krivičnog postupka. Uputstvom se uvode dve novine: pisma o pravima za lica lišena slobode i pisma o pravima za lica lišena slobode po osnovu evropskog naloga za hapšenje.

Pravo osumnjičenog ili okrivljenog na pristup advokatu u krivičnom postupku u najkraćem roku od početka postupka predstavlja osnovnu garanciju prava na pravično suđenje i prava na odbranu u krivičnom postupku (Škulić, 2015, pp. 126, 128). Pravo lica koje se nalazi u pritvoru da u najkraćem roku nakon lišenja slobode obavesti treće lice o tome predstavlja osnovnu meru prevencije od zlostavljanja lica lišenih slobode i promovisanje prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Uputstvo o pravu na pristup advokatu obuhvata pravo da treće lice bude obavješteno o lišenju slobode, kao i pravo lišenog slobode da komunicira sa trećim lice (Klimek, 2017, pp. 632). U navedenim uputstvima nije izričito navedeno da li se ona odnose samo na fizička lica ili i na pravna, tako da je ostavljena mogućnost šire primene.

Sud pravde EU je već 2015. godine doneo prvu presudu u postupku po prethodnom mišljenju u predmetu *Criminal proceedings against Gavril Covaci*, koja se odnosi na Uputstvo o prevođenju i tumačenju i Uputstvo o pravu na informisanje u krivičnom postupku (Ruggeri, 2016, pp. 43-45). Prethodno pitanje odnosilo se na tumačenje odredaba o kaznenom nalogu u Nemačkoj i obavezu da se prigovor na kazneni nalog uloži na nemačkom jeziku, a ne na jeziku okrivljenog. Sud pravde EU je u para. 38 i 47 zauzeo stav da pravo na prevođenje i tumačenje ne sprečava države da u nacionalnim propisima predvide da se pisani prigovor mora podneti na jeziku države, čak i kada ga okrivljeni ne govori, jer se prigovor može uložiti i usmenim putem ili uz pomoć prevodioca (Rafaraci & Belfiore, 2019, p. 15). U pogledu pitanja o primeni Uputstva o pravu na informisanje, značajno je mišljenje koje je u istom predmetu zauzeo

⁸ Predlog okvirne odluke uređivao je pravo na pravni savet, obavezu davanja pravnog saveta, obavezu da se obezbedi delotvornost pravnog saveta, pravo na besplatan pravni savet, pravo na besplatno tumačenje, pravo na besplatan prevod relevantnih dokumenata, tačnost prevođenja, pravo osumnjičenog da se postupak koji se vodi preko tumača snima, prava osumnjičenog s posebnim potrebama, pravo osumnjičenog koji se nalazi u pritvoru da stupi u kontakt s porodicom i konzularnim organima i obavezu da se osumnjičeni obavesti o pravima u pisanoj formi.

opšti pravobranilac Bot, 7. maja 2015. Pravobranilac Bot je mišljenja da rok od 14 dana za podnošenje prigovora na kazneni nalog počinje da teče od trenutka kada je okrivljeni saznao za nalog, a ne kada je uručen licu koje je okrivljeni ovlastio, kako bi okrivljeni imao vremena da pripremi odbranu (para. 93-94 Mišljenja).⁹

U martu 2016. godine, usvojeno je Uputstvo 2016/343/EU o jačanju određenih aspekata pretpostavke nevinosti i prava učestvovanja na pretresu u krivičnom postupku. Za razliku od prva tri uputstva, prilikom pregovora o Uputstvu 2016/343 odmah je istaknut prigovor da se ono može odnositi samo na fizička lica. Iako je Evropski parlament zastupao stanovište da bi trebalo da primena Uputstva bude šira, kompromis je postignut da će pretpostavka nevinosti za pravna lica biti garantovana u skladu sa Evropskom konvencijom i sudskom praksom Evropskog suda (Cras & Erbežnik, 2016, p. 28). Odredbe Uputstva se primenjuju od trenutka izvršenja krivičnog dela, odnosno pre nego što su nadležni organi države članice obavestili lice o činjenici da je osumnjičeno, odnosno okrivljeno. Države članice su u obavezi da preduzmu određene mere kako bi obezbedile poštovanje pretpostavke nevinosti. Između ostalog, države članice moraju da obezbede da je teret dokazivanja krivice na tužilaštvu i da se postojanje sumnje tumači u korist osumnjičenog, odnosno okrivljenog. Takođe, države članice su u obavezi da obezbede osumnjičenom, odnosno okrivljenom pravo da se brani ćutanjem i da sam sebe ne optuži. Do 1. aprila 2018. godine, države članice su bile u obavezi da unesu Uputstvo u nacionalno zakonodavstvo.

U maju 2016. godine, Evropski parlament i Savet EU usvojili su Uputstvo br. 2016/800/EU o procesnim garancijama za decu osumnjičenu i okrivljenu u krivičnom postupku. Uputstvo predstavlja deo Akcionog plana za sprovođenje Stokholmskog programa i pravno je obavezujuće u državama članicama EU, koje su bile dužne da ga unesu u nacionalne propise do juna 2019. godine. Cilj Uputstva je da obezbedi delotvornu zaštitu prava dece osumnjičene i okrivljene u EU, kao i da unapredi uzajamno poverenje između država članica u ovoj oblasti. Uputstvom o procesnim garancijama za decu uređuje se pomoć advokata i definiše se kao pravna pomoć i zastupanje tokom krivičnog postupka. Pristup advokatu mora biti obezbeđen bez odlaganja, i to od najranije faze postupka, pre davanja iskaza u policiji ili pred drugim nadležnim organom, tokom sprovođenja istrage, prikupljanja dokaza ili u toku postupka pred sudom (Rap & Zlotnik, 2018, p. 129). Međutim, države članice imaju mogućnost da odstupe od određenih obaveza utvrđenih Uputstvom, na osnovu faktičkih okolnosti u predmetima, uzimajući u obzir težinu krivičnog dela koje se okrivljenom stavlja na teret i složenost predmeta.

Poslednje u nizu usvojenih propisa je Uputstvo 2016/1919/EU iz oktobra 2016. godine o pravnoj pomoći za osumnjičene i okrivljene u krivičnom postupku i za tražena lica u postupku po osnovu evropskog naloga za hapšenje. Sadržinu Uputstva kojim se ispunjavaju obaveze predviđene Mapom puta bilo je teško dogovoriti zbog finansijskih implikacija (Cras, 2017, p. 34). Svrha donošenja ovog uputstva je da se obezbedi delotvorno

⁹ Za tumačenje Uputstva o pravu na prevodioca i tumača značajna je i presuda Suda pravde EU C-25/15 *Proceedings brought by István Balogh* u kojoj je Sud protumačio da se Uputstvo o pravu na prevodioca i tumača ne primenjuje na posebne nacionalne procedure za priznanje konačne sudske odluke suda druge države članice kojom se lice osuđuje za izvršeno krivično delo.

ostvarivanje prava na pristup advokatu garantovana Uputstvom 2013/48/EU tako što se države članice obavezuju da finansiraju pomoć advokata za osumnjičene i okrivljene u krivičnom postupku, kao i za tražena lica u postupku po osnovu evropskog naloga za hapšenje. Pravo na pravnu pomoć pretrpelo je najviše promena u pogledu obima. Evropski parlament je predlagao da se pravna pomoć primenjuje na sve osumnjičene i okrivljene bez obzira na to da li su lišeni slobode ili ne, dok je Evropska komisija zastupala stav da je potrebno suziti oblast primene prava. Postignut je sporazum da pored situacije kada je osumnjičeni, odnosno okrivljeni lišen slobode, pravo na pravnu pomoć se primenjuje u još dve situacije: kada je zakonom predviđena obavezna odbrana, kao i kada su osumnjičeni i okrivljeni u obavezi ili im je dozvoljeno da prisustvuju istražnim radnjama ili prikupljanju dokaza.

U čl. 1 Uputstva o pravnoj pomoći ističe se da se ovo uputstvo ne može tumačiti tako da ograničava prava garantovana Uputstvom 2013/48/EU o pristupu advokatu i Uputstvom 2016/800/EU o procesnim garancijama za decu.

Uputstvom su ustanovljena minimalna pravila koja postaju obavezujuća u državama članicama, ali se državama ostavlja sloboda da izaberu odgovarajući način na koji će ostvariti minimalne standarde (čl. 288 Ugovora o funkcionisanju EU). Tekst Uputstva ostavlja dovoljno mogućnosti državama članicama da budu fleksibilne u unošenju odredaba u nacionalno zakonodavstvo, što su bile dužne da učine do 29. maja 2019. godine. Sud pravde EU će sigurno razmatrati Uputstvo i tumačiti odredbe kroz svoju sudsku praksu, a možda će i Evropski sud imati određenu ulogu, kao što je to bio slučaj i sa Uputstvom o pristupu advokatu.¹⁰

5. Zaključak

S obzirom na to da se zakonodavac EU odlučio da parcijalno uređuje procesna prava osumnjičenih i okrivljenih u krivičnom postupku, i to putem uputstava kao vrste pravnih akata kod kojih je neophodno unošenje u nacionalno pravo, navedena prava primenjivaće i domaći sudovi, a u slučaju sukoba s domaćim pravom, primenom načela supsidijarnosti, primenjivaće se pravo EU. Iako je u konačnim verzijama uputstava nivo zaštite prava snižen u odnosu na predloge koje je davao Evropski parlament, ipak je značajan korak izgradnja pravnog okvira u ovoj oblasti. Rizik od povrede standarda EU umanjuje se i primenom mehanizma prethodnog pitanja, koji omogućava Sudu pravde da dá odgovarajuće tumačenje odredaba EU domaćem sudu.

Uputstva o procesnim pravima osumnjičenih i okrivljenih odnose se na ceo krivični postupak. Međutim, procesna prava se ne primenjuju na prekršaje, odnosno lakše prestupe (FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, 2016, p. 24). U većini država članica za lakše prestupe nisu nadležni krivični sudovi. Uputstva ne sadrže definiciju lakših prestupa, odnosno prekršaja, već je ostavljeno da se ovaj pojam utvrdi u skladu sa nacionalnim propisima svake države (Roebroek, 2014).

¹⁰ *A.T. v. Luxembourg*, predstavka br. 30460/13, ECHR, 9.04.2015, para. 38 i 87.

Neophodno je da se nastavi sa aktivnostima jačanja zaštite prava osumnjičenih i okrivljenih u krivičnom postupku na nivou EU, što će u krajnjoj instanci voditi unapređenju načela uzajamnog priznanja i uzajamnog poverenja.

Donošenje pravnih akata na nivou EU predstavlja prvi, ali značajan korak. Međutim, unošenje uputstava u nacionalno zakonodavstvo i njihova primena predstavljaju pravi izazov. Pravne tekovine EU se nalaze tek na početku razvoja u oblasti krivičnog postupka, a posebno zaštite procesnih prava osumnjičenih i okrivljenih.

Literatura

- Bajović, V. 2005. Procesne garancije osumnjičenih i okrivljenih u krivičnim postupcima na nivou Evropske unije. Prilozi projektu *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski i sociološki aspekti)*. Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta, pp. 384-396.
- Voorhout, J. C. 2017. *Ineffective Legal Assistance: Redress for the Accused in Dutch Criminal Procedure and Compliance with ECHR Case Law*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff.
- Jimeno-Bulnes, M. 2010. *Towards Common Standards on Rights of Suspected and Accused Persons in Criminal Proceedings in the EU?*. CEPS.
- Jimeno-Bulnes, M. 2008. The Proposal for a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union. In: Guild, E. & Geyer, F. (eds.), *Security versus Justice? Police and judicial cooperation in the European Union*. Aldershot/Burlington: Ashgate, pp. 171-202.
- Klimek, L. 2017. *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*. Springer International Publishing.
- Klip, A. 2012. *European Criminal Law*. Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia.
- Kristen, F. 2011. Special Issue on Changing Approaches to Authority and Power in Criminal Justice. *Utrecht Law Review*, 11(3), pp. 1-7.
- Löof, R. 2006. Shooting from the hip: Proposed minimum rights in criminal proceedings throughout the EU. *European Law Journal*, 12(3), pp. 422-430.
- Peers, S. 2012. *EU Justice and Home Affairs Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Rap, S. E. & Zlotnik, D. 2018. The Right to Legal and Other Appropriate Assistance for Child Suspects and Accused: Reflections on the Directive on Procedural Safeguards for Children who are Suspects or Accused Persons in Criminal Proceedings. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26(2), pp. 110-130.
- Rafaraci, T. & Belfiore, R. 2019. *EU Criminal Justice: Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*. Springer International Publishing.
- Ruggeri, S. 2016. Inaudito reo Proceedings, Defence Rights, and Harmonisation Goals in the EU Responses of the European Courts and New Perspectives of EU Law. *Eucrim*, 1, pp. 42-52.
- Sayers, D. 2014. Protecting Fair Trial Rights in Criminal Cases in the European Union:

- Where does the Roadmap take us?. *Human Rights Law Review*, 14(4), pp. 733-760.
- Sluiter, G., Friman, H., Linton, S., Vasiliev, S. & Zappala, S. (eds.). 2013. *International Criminal Procedure: Principles and Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- Tiggelen, G. V. & Surano, L. 2008. *Study Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*. Brussels: Institute for European Studies, Université Libre de Bruxelles.
- Hancox, E. 2013. The meaning of "implementing" EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson. *Common Market Law Review*, 50(5), pp. 1411-1431.
- Cape, E. et al., 2007. Suspects in Europe. Procedural rights at investigative stage of the criminal process in the European Union. Antwerpen/Oxford: Intersentia.
- Cape, E., Namorandze, Z. Smith, R. & Spronken, T. 2010. *Effective Criminal Defence in Europe*. Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia.
- Cras, S. & Erbežnik, A. 2016. The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial Genesis and Description of the New EU-Measure. *Eucrim*, 1, pp. 25-36.
- Cras, S. 2017. The Directive on the Right to Legal Aid in Criminal and EAW Proceedings Genesis and Description of the Sixth Instrument of the 2009 Roadmap. *Eucrim*, 1, pp. 34-45.
- Škulić, M. 2014. *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.
- Quattrococo, S. 2015. The Right to Information in EU Legislation. In: Ruggeri, S. (ed.), *Human Rights in European Criminal Law – New Developments in European Legislation and Case law after Lisbon Treaty*. Springer International Publishing, pp. 81-93.

Internet izvori

- Roebroek, H. 2014. The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings. A view from the Defence, speech. Dostupno na: <https://eulita.eu/wp/qualettra-final-conference-presentations/>, (27.1.2020).

Sudska praksa

- Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.
- Al-Jubail Fertilizer Co. And Saudi Arabian Fertilizer Co. v. Council, C-49/88, ECLI:EU:C:1991:276.
- Baytar v. Turkey, predstavka br. 45440/04, ECHR, odluka od 14.10.2014.
- Criminal proceedings against Gavril Covaci, C-216/14, ECLI:EU:C:2015:686.
- Cuscani v. United Kingdom, predstavka br. 32771/96, ECHR, presuda od 24.9.2002.
- K v. France, predstavka br. 10210/82, ECHR, odluka od 7.12.1983.
- Kamasinski v. Austria, predstavka br. 9783/82, ECHR, presuda od 19.12.1989.
- Lagerblom v. Sweden, predstavka br. 26891/95, ECHR, presuda od 14.4.2003.
- Luedicke, Belkacem and Koc v. Germany, predstavka br. 6210/73, 6877/75, 7132/75,

ECHR, presuda od 10.3.1980.

Panovits v. Cyprus, predstavka br. 4268/04, presuda od 11.12.2008.

Pishchalnikov v. Russia, predstavka br. 7025/04, ECHR, presuda od 24.9.2009.

Proceedings brought by István Balogh, C-25/15, ECLI:EU:C:2016:423.

Salduz v. Turkey, predstavka br. 36391/02, ECHR, odluka od 27.11.2008.

Stauder v. City of Ulm, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

X v. Austria, predstavka br. 6185/73, ECHR, odluka od 29.5.1975.

Ocalan v. Turkey, predstavka br. 46221/99, presuda ECHR, 12.5.2005.

Adamkiewicz v. Poland, predstavka br. 54729/00, presuda ECHR, 2.3.2010.

Dayanan v. Turkey, predstavka br. 7377/03, presuda ECHR, 13.10.2009.

Opinion 2/94, 28 March 1996 (Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), ECLI:EU:C:1996:140.

Opinion 2/13 of the Court (Full Court), 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

Opinion of Advocate General Bot delivered on 7 May 2015 (1) Case C-216/14 Criminal proceedings against Gavril Covaci, ECLI:EU:C:2015:305.

Izveštaji

EPRS - European Parliamentary Research Service. 2015. *Fundamental Rights in the European Union – Role of the Charter after Lisbon Treaty*, PE 554.168.

European Commission. 2010. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions—Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens – Action Plan Implementing the Stockholm Programme, COM(2010) 171 final.

European Commission. 2011. Commission staff working document – Impact assessment accompanying Directive of the European Parliament and of the Council on the rights to access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceeding, SEC(2011) 686 final. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:0686:FIN:EN:PDF>.

Fair Trials International. 2012. *Defence Rights in the EU*.

FRA – European Union Agency for Fundamental Rights. 2016. *Rights of suspected and accused persons across the EU: translation, interpretation and information*.

Pravni izvori

Bečka konvencija o konzularnim odnosima, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 5/1966.

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava

- i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima: *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003-16.
- Council of Europe. Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules.
- The Council of European Union. Resolution of the Council of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings (Text with EEA relevance) (2009/C 295/01).
- European Commission. 2003. Green Paper from the Commission - Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union, COM (2003) 75.
- European Council. 2010. The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens, OJ C 115; 4.5.2010.
- Predlog okvirne odluke o određenim procesnim pravima u krivičnom postupku. Proposal for a council framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union {SEC(2004)491}/*COM/2004/0328 final-CNS 2004/0113*/. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004PC0328:EN:HTML>.
- Uputstvo 2010/64/EU o prevođenju i tumačenju u krivičnom postupku, *Official Journal*, L 280, pp. 1-7.
- Uputstvo 2012/13/EU o pravu na informisanje u krivičnom postupku, *Official Journal*, L 142, pp. 1-10.
- Uputstvo 2013/48/EU o pravu na pristup advokatu u krivičnom postupku i postupku po evropskom nalogu za hapšenje i pravu da treće lice bude obavješteno o lišavanju slobode i pravu komuniciranja s trećim licem i konzularnim vlastima u slučaju lišenja slobode, *Official Journal*, L 294, pp. 1-12.
- Uputstvo 2016/1919/EU o pravnoj pomoći za osumnjičene i okrivljene u krivičnom postupku i za tražena lica u postupku po osnovu evropskog naloga za hapšenje, *Official Journal*, L 297, pp. 1-8.
- Uputstvo 2016/343/EU o jačanju određenih aspekata pretpostavke nevinosti i prava učestvovanja na pretresu u krivičnom postupku, *Official Journal*, L 65, pp. 1-11.
- Uputstvo br. 2016/800/EU o procesnim garancijama za decu osumnjičenu i okrivljenu u krivičnom postupku, *Official Journal*, L 132, pp. 1-20.

Marina M. Matić Bošković, PhD

Reserch Fellow, Institute for Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia
e-mail: *m.m.boskovic@roledevelopmentlab.com*

REGULATION OF PROCEDURAL RIGHTS OF SUSPECT AND ACCUSED PERSON IN THE EUROPEAN UNION ACQUIS

Summary

Last two decades EU intensifies regulation of specific criminal law matters, both substantive and procedural. Although the EU was relay on Council of Europe and its instruments, adoption of Maastricht Treaty in 1992 and Amsterdam Treaty in 1997 reveal the fact that the EU will intensify legislative activities in this area. EU legislator was focused on protection of EU interests, improvement of security and strengthening of police and judicial cooperation in criminal matters. In parallel, the Court of Justice case law and legal instruments were shaping principle of mutual recognition in criminal matters. Preconditions for mutual recognition is mutual trust, to ensures smooth implementation of foreign decisions. In addition, it was necessary to develop minimal standards for protection of suspects and accused rights, as one of the elements of fair trial. After initial failure, in 2010 member states agreed on Stockholm program and Roadmap on strengthening of procedural rights in criminal proceedings. In line with Roadmap, during 2010-2016 six directives were adopted that regulate specific rights of suspect and accused persons. In the article, author analyses scope of directives, as well as case law of Court of Justice. Adoption of directives is important for establishment of legislative framework, but member states have obligation to transpose directives and implement them in practice. Effects of the directives on rights of accused and suspect should be assessed in the future.

Keywords: accused, EU law, right to legal aid, right to translation, right to information, mutual recognition.

Primljeno: 29.1.2020.

Prihvaćeno: 9.3.2020.

O USTAVNOSTI REGISTROVANJA CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA – PRILOG PROUČAVANJU DRŽAVNO-CRKVENOG PRAVA

Sažetak

Državno-crkveno pravo je pravna grana u koju spadaju norme koje regulišu odnose između države i crkve i verskih zajednica, kao i položaj crkava i verskih zajednica u pravnom poretku. U radu ćemo problematizovati pitanje registracije crkava i verskih zajednica na nivou teoretskog uopštavanja, sa kritičkim osvrtom na pozitivnopravnu regulativu u Bosni i Hercegovini, te komparativnopravnom metodom prikazati eklatantne primere navedene problematike u pojedinim evropskim zemljama. Naučni fokus rada je stavljen na dva aspekta: 1) ustavnost diferenciranja statusa crkava i verskih zajednica u postupku registracije i 2) pitanje kompetentnosti upravnih organa da cene postojanje i legitimnost verskog učenja, odnosno legislativno definisanje pojma religije kao prethodnog pitanja.

Ključne reči: *državno-crkveno pravo, uporedno pravo, registracija crkava i verskih zajednica, pravno definisanje religije, Bosna i Hercegovina.*

1. Uvod

Registracija crkava i verskih zajednica (dalje: CVZ) predstavlja jedno od najvažnijih pitanja u okviru državno-crkvenog prava (o predmetu državno-crkvenog prava detaljnije videti kod Avramović, 2007, pp 11-14). Ona je u organskoj sprezi sa kolektivnim aspektom slobode veroispovesti, jer se prema praksi Evropskog suda za ljudska prava „sloboda veroispovesti tradicionalno uživa u okviru organizovanih struktura“ (*Metropolitan Church of Besarabia v. Moldova*, par. 118). Sistem registracije CVZ po pravilu predstavlja refleksiju odnosa države i CVZ, ali izražava i druge različite segmente poput zabrane diskriminacije ili odnosa slobode veroispovesti sa slobodom udruživanja (Đurić, 2012, p. 64). Ovaj rad će pokušati da osvetli dva aspekta iz širokog opusa pitanja koja u vezi sa ustavnošću registracije CVZ mogu iskrsnuti, uz prvobitni osvrt na pozitivnopravna rešenja u Bosni i Hercegovini (dalje: BiH). Reč je o pitanju ustavnosti diferenciranja statusa CVZ tokom registracije, najčešće na osnovu argumenta

* Student Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: vasilije.markovic227@gmail.com

** Student Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, e-mail: markoromic2@gmail.com

istorijske prisutnosti i važnosti. Raspravićemo i pitanje kompetentnosti upravnih organa da cene postojanje i legitimnost verskog učenja, što je uslov za registraciju CVZ.

2. Socioistorijski kontekst i relevantne zakonske odredbe u Bosni i Hercegovini

U BiH se na popisu iz 2013. godine preko 90% stanovništva izjasnilo kao pripadnici neke veroispovesti, od kojih su najzastupljenije istorijski utemeljene religije: pravoslavlje, rimokatolicizam, islam i u značajno manjoj meri judaizam (Republika Srpska - Republički zavod za statistiku, 2017; Federalni zavod za statistiku, n. d.).

Nosioci vlasti u BiH prepoznavali su tokom istorije značaj verskih zajednica. Još u XIX veku austrougarska uprava potpisala je sporazume s predstavnicima triju najbrojnijih CVZ (Vukšić, 2009, p. 93). Subjektivitet ovih zajednica, a to su: Srpska pravoslavna crkva, Rimokatolička crkva i Islamska zajednica, i odnos sa državom uređen je i u Kraljevini Jugoslaviji donošenjem zasebnih zakona o svakoj zajednici ponaosob. Tokom socijalističkog perioda, na snazi je od 1953. godine bio Zakon o pravnom položaju verskih zajednica, da bi nakon ustavnih amandmana sedamdesetih godina ta materija prešla u republičku nadležnost te je 1976. godine donesen Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica u SR BiH. Bosna i Hercegovina je, prateći trend i ostalih republika bivše SFRJ, izuzev Crne Gore, tokom 2004. godine donela novi zakon, koji je već u samom nazivu naznačio promenu pristupa i uvažavanje autonomije i prava na samoodređenje CVZ, budući da je usvojen pod nazivom Zakon o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica. U skladu sa odredbama Zakona, a pogotovo njegovim čl. 14, zaključuje se da je formalnopravni režim položaja CVZ u BiH organizovan po sistemu odvojenosti Crkve i države, što se u Zakonu pravda: „Država ne može priznati status državne vere ni jednoj veri niti status državne CVZ ni jednoj CVZ“.

Prema čl. 8, st. 1 Zakona, CVZ na teritoriji BiH imaju status pravnog lica. Odredbom st. 2 potvrđuje se kontinuitet svojstva pravnog lica istorijski zasnovanim CVZ u BiH u skladu sa verskim propisima i unutrašnjom organizacijom u Islamskoj zajednici u BiH, Srpskoj pravoslavnoj crkvi, Katoličkoj crkvi i Jevrejskoj zajednici BiH, kao i svim ostalim CVZ, kojima je priznato svojstvo pravnog lica prije stupanja na snagu ovog zakona.

Osnivanje i registracija novoformiranih CVZ regulisani su u čl. 18 Zakona u kom se navodi da novu CVZ može osnovati trista punoletnih državljana BiH, bez obzira na entitetsko državljanstvo.¹ Za postupak po prijavi nadležno je Ministarstvo pravde BiH, a uz prijavu se traže i dodatna dokumenta: 1) Statut ili drugi akt CVZ iz kojeg je vidljiv sadržaj i način ispovedanja vere, obavljanja verskih obreda, područja i način delovanja; 2) dokument o njenom službenom verskom učenju; 3) potpisi trista građana-sledbenika (ime i prezime, dan i mesto rođenja, sadašnja adresa, jedinstveni matični broj i svojeručni potpis); 4) Odluka o osnivanju, usvojena od najmanje trideset osnivača CVZ, ime i prezime poglavara CVZ, njegovog zamenika ili drugih predstavnika ovlašćenih da zastupaju CVZ pred državnim organima.

¹ Takav stav je zauzeo Evropski sud za ljudska prava u slučaju Ohridska arhiepiskopija – Srpska pravoslavna crkva protiv BJR Makedonije (*Case of Orthodox Ohrid Archdiocese (Greek-Orthodox Ohrid Archdiocese of the Peć Patriarchy) v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, par. 111).

Rok za postupanje ograničen je na trideset dana od podnošenja prijave o osnivanju CVZ, s tim da je predviđeno da će ćutanje uprave u roku od šezdeset dana značiti registrovanje predmetne zajednice, što korespondira sa opštim rokom za izdavanje rešenja predviđenim Zakonom o upravnom postupku.

Registracija CVZ bliže je uređena Pravilnikom o uspostavi i vođenju Jedinственог регистра za upis crkava i vjerskih zajednica, njihovih saveza i organizacionih oblika u Bosni i Hercegovini (dalje: Pravilnik za upis CVZ). U Jedinствени registar unose se podaci za svaku CVZ, savez CVZ ili njihov organizacioni oblik. Ministarstvo proverava pravilnost i kompletnost podnete dokumentacije, i ako postoji nedostatak, obaveštava podnosioca da izvrši dopunu. O zahtevu se odlučuje rešenjem u roku od trideset dana od dana uredno podnete prijave za upis u registar.² Zakonom predviđeni slučaj kada se može odbiti zahtjev za upis naveden je u čl. 18, st. 5 Zakona o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica u Bosni i Hercegovini (dalje: ZCV) u kome je predviđeno da „Ministarstvo može odbiti zahtev za registraciju samo ako oceni da su sadržaj i način obavljanja verskih obreda i drugih očitovanja vere protivni pravnom poretku, javnom moralu ili štete životu i zdravlju ili drugim pravima i slobodama vernika i građana“. U slučaju da se iz razloga koji su navedeni u Zakonu ne izvrši upis subjekta, postoji mogućnost ulaganja žalbe Savetu ministara u roku od trideset dana od dana prijema rešenja o odbijanju. Žalba se može zasnivati i na razlozima da se legalizacijom dotične CVZ krše odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: EKLJP) i njenih protokola, kao i odredbe iz drugih međunarodnih ugovora koje se odnose na slobodu vere i druge slobode i prava, a što odgovara rešenju iz čl. 2 Ustava BiH o položaju EKLJP i njenoj direktnoj primeni.

U slučaju odbijanja države da registruje CVZ, svaki pojedinačni član organizacije može smatrati da mu je povređeno pravo iz čl. 34. EKLJP.³ Odluka Saveta ministara je konačna i protiv nje se može podignuti tužba pred upravnim odeljenjem Suda BiH u roku od tri meseca od dana prijema konačne odluke.

3. Ustavna opravdanost diferenciranja statusa različitih crkveno verskih zajednica u postupku registracije

3.1. Načelo jednakosti u teoriji, ustavima i praksi Evropske konvencije o ljudskim pravima

Kao što se može ustanoviti, Zakon u BiH usvaja jednu od varijacija tzv. *multi tier* sistema u postupku registracije. Da li je takvo uređenje u skladu sa ustavnom odredbom iz

² Pitanje rokova od suštinskog je značaja u ovim slučajevima. Oni bi trebalo da budu „razumno kratki“, iako nije neosnovana diferencijacija na kraće i duže rokove prilikom registrovanja novoosnovanih i nepoznatih CVZ, kao i onih verskih organizacija koje imaju utemeljenu međunarodnu istoriju djelovanja u više svetskih država. Takav stav o kratkim rokovima i razlikovanju novoosnovanih i nepoznatih i međunarodnih organizacija sa već postojećom istorijom u drugim državama istaknut je u slučaju Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas i drugi protiv Austrije (*Case of Jehovas Zeugen in Österreich v. Austria*, par. 79).

³ O tome je bilo reći u slučaju Metodiev i drugi protiv Bugarske (*L'affaire Metodiev et autres c. Bulgarie*, par. 24).

čl. 3 Ustava BiH, po kojoj svako ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti, i čl. 28 Ustava Republike Srpske, po kome su verske zajednice *inter alia* jednake pred zakonom? Takođe, postavlja se i pitanje da li je ovakvo rešenje u sistemskoj vezi sa čl. 14 istog zakona koji propisuje odvojenost CVZ od države te da li je ovakvo rešenje diskriminatorno? Odgovor na ovo pitanje pre svega zavisi od teorijske prizme kroz koju se sagledava sistem verske slobode. Tako zastupnici stava da je reč o diskriminaciji nastupaju s pozicija shvatanja koje je prisutno pre svega u SAD i koje možemo označiti kao (neo)liberalnu, egalitarnu koncepciju verskih sloboda⁴ po kojoj je svaka tipologizacija sama po sebi diskriminacija (Radulović, 2010, pp. 106-107). Evropska tradicija državno-crkvenog prava je drugačija. Brojna rešenja evropskih zakonodavstava u pogledu registracije CVZ polaze od uvažavanja činjenice da postoje zajednice koje zbog svog viševjekovnog postojanja, brojnosti, značaja za odnosnu državu ili na osnovu neke druge osobine zaslužuju drugačiji način postupanja u pogledu registracije, koji nije diskriminatoran niti narušava načelo jednakosti verskih zajednica pred zakonom.⁵

Centralno mesto sporenja ove dve koncepcije je pitanje kvaliteta načela jednakosti CVZ. Zagovornici prve koncepcije poistovećuju jednakost i jednoobraznost u postupanju, dok zagovornici druge koncepcije ističu da jednakost podrazumeva jednakost u pravima (u ovom slučaju u verskoj slobodi), ali da ne uključuje ignorisanje svih stvarnih različitosti. Evropsko državno-crkveno pravo usvaja nijansirano poimanje jednakosti u oblasti verske slobode, koje je na tragu osnovnog principa pravičnosti – „jednako postupanje s jednakima, nejednako s nejednakima, u skladu sa stepenom razlika“.⁶ Oko navedenog shvatanja načela jednakosti saglasne su i evropska pravna teorija i ustavna praksa. Tako u SR Nemačkoj Osnovni zakon (Grundgesetz, 1949) uvodi različiti pravni status CVZ, a dosledno tome, i Ustavni sud u više odluka ističe da apsolutni paritet nije moguć. Nemačka ustavna teorija dodaje da jednakost ne znači identitet, već adekvatnost, te da su razlike u skladu sa jednakošću dokle god imaju legitimitet, a jednakost u pravima podrazumeva da sistem pravnog statusa nije hermetički, već propustljiv uz ispunjenje određenih uslova (Robbers, 2001, p. 656). Robbers (1993-1994, p. 153) precizira da „jednak tretman u pravnoj praksi i doktrini nije identičan tretman, već mnogo sofisticiranije, tretman u skladu sa specifičnostima predmeta o kome se radi“. Takođe, Robbers (2001, p. 666) navodi da je glavni nedostatak koncepta identičnih prava spram jednakih prava u tome što bi identična prava onemogućila izraženu pozitivnu

⁴ Po njoj, isključivi adresat verske slobode je pojedinac, individua, te je u tom svetlu država obavezna da se uzdrži od bilo koje vrste kategorizacije u zakonskim rešenjima. Čak i termini koji su u Evropi opšteprihvaćeni, poput crkava i verskih zajednica, prema ovoj koncepciji predstavljaju nedozvoljeno prejudiciranje subjekata verskih sloboda. Na ovakvom ničim sputanom „tržištu“, verska sloboda podrazumeva apsolutnu istovetnost u tretiranju zajednica (i pojedinaca) bez obzira na njihovu brojnost, značaj u društvu, istorijski kontinuitet, prethodni pravni status, a često i samu činjenicu njihovog (ne)postojanja u momentu donošenja zakona.

⁵ Izrazi kojim se u zakonima oličava ovakvo shvatanje pri nazivima takvih verskih zajednica su različiti (tradicionalne, utemeljene, priznate, istorijske itd.), ali su posledice i privilegije koje takav status generiše uglavnom slične.

⁶ Ovde se uzima u obzir i činjenica da bi uniformno tretiranje u ime zabrane diskriminacije svih verskih zajednica, bez obzira na njihove stvarne razlike, u oblasti registracije značilo upravo diskriminaciju i nametanje neopravdano i nesrazmjerno velikog tereta za one zajednice iza kojih stoji dug istorijski kontinuitet i već stečeni pravni subjektivitet, a koji je ponegde u komunističkim državama i ukidan.

versku slobodu. Ustavni sud Španije je razmatrajući određene privilegije Rimokatoličke crkve utvrdio da to ne narušava pravo na jednakost, a pojedini španski autori, kao što su Combalia & Roca (2010, p. 631), potvrdili su da jednakost, uz sve teškoće koje prate njeno jasno razgraničavanje, ipak ne sprečava priznavanje određenih specifičnosti.

Opravdanost ovakvog rezonovanja priznaju relevantni međunarodni organi, a prihvaćena je i u međunarodnim dokumentima. Zakonsko rešenje treba da bude takvo da eventualne diferencijacije prema religijama budu zasnovane na objektivnim kriterijumima, a opasnost od predrasuda prilikom postupanja smanjena ili sasvim uklonjena. Razlozi poput istorijske uloge koju je odnosna religija imala u državi mogu figurirati kao jedan od takvih kriterijuma (OSCE/ODIHR, 2002, B.3). Slično je rezonovao i Evropski sud za ljudska prava u već navođenom sporu Jehovinih svedoka protiv Austrije. Postupak registracije trajao je neopravdano dugo – dvadeset godina, te je Sud utvrdio kršenje standarda blagovremene rasprave o građanskom pravu iz čl. 6 Konvencije, i takođe konstatovao da su austrijski organi prekršili obavezu zabrane diskriminacije iz čl. 14, a u vezi sa čl. 9. Značaj ove presude je i u tome što je Sud ponovio da pravilo o zabrani diskriminacije ne zabranjuje državi da različito tretira grupe kako bi ispravila „faktičke nejednakosti“ među njima. Štaviše, Sud navodi da, u određenim okolnostima, neuspeh u pokušaju ispravljanja nejednakosti drugačijim postupkom može sam po sebi dovesti do kršenja tog člana.

Razlika u postupanju je diskriminatorna ako nema objektivno i razumno opravdanje. Kriterijumi za utvrđivanje da li je neko opravdanje razumno su: legitiman cilj takvog tretmana i razuman odnos proporcionalnosti između korišćenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti. Nadalje, Sud priznaje da država ugovornica uživa slobodu u proceni da li, i u kojoj meri, razlike u inače sličnim situacijama opravdavaju drugačiji tretman (*Case of Jehovas Zeugen in Österreich v. Austria*, par. 96), što je Sud potvrdio odlučujući i u nekim drugim slučajevima različitog tretmana verskih zajednica koji nisu nužno bili vezani za pitanja registracije, na primer u slučaju *Alujer Fernandez and Caballero Garcia v. Spain*. Takođe, u slučaju kada CVZ želi da osnivanjem obavlja poslove koji nisu u opisu delatnosti utvrđenih Zakonom, država može da zahteva od CVZ da u svom autonomnom aktu utvrdi „uverenja i obrede“ kako bi javnost mogla da razlikuje različite denominacije i kako bi se izbegli sukobi među različitim verskim zajednicama (*L'affaire Metodiev et autres c. Bulgarie*, pars. 40, 45).

Međunarodni standardi u oblasti slobode veroispovesti, dakle, težište utvrđivanja postojanja diskriminacije pomeraju ka oceni opravdanosti i objektivnosti razloga na kojima se različit tretman zasniva. Razlozi koji se imaju smatrati objektivnim i opravdanim, prema Durham-u (2010, pp. 3-14) *inter alia* obuhvataju one koji proizilaze iz istorije, tradicije i zaostalih obaveza.⁷

3.2. Rešenja iz uporednog evropskog zakonodavstva

Pre razmatranja uporednih rešenja valja se osvrnuti na čestu primedbu koju protiv stratifikacijskog uređenja sistema registracije iznose zagovornici egalitarističkih postavki

⁷ Ovakav stav tim pre dobija na značaju i zbog toga što dolazi od autora koji pripada američkoj tradiciji u okviru koje se verske slobode, kao što smo naveli, poimaju izuzetno široko i egalitarizujuće.

verske slobode. Ta se primedba svodi na isticanje činjenice da uporedno pravo nije izvor ustavnog prava. Iako je to načelno tačno, ipak je nesporno da postoji rastuća međuzavisnost pravnih sistema širom Evrope, posebno u okviru harmonizacije sa pravilima i vrednostima EU. Takođe, ne može se sasvim ni poreći činjenica da uporedno pravo jeste značajan izvor inspiracija i potencijalnih rešenja za svakog zakonodavca. Ovo posebno dobija na značaju u svetlu Votsonove teorije pravnih transplantata, po kojoj jedan sistem nastaje presađivanjem uporednih rešenja, a ništa ne sprečava zakonodavca da jedan transplantat primeni i čak prosto samo zato što je dobra ideja (Mistelis, 2000, p. 1066).⁸

3.2.1. Republika Srbija

Iako bi bilo očekivano da zajednička državno-pravna tradicija, veoma sličan društveni kontekst i gotovo istovremeno regulisanje zakona doprinesu sličnosti zakonskih rešenja u oblasti registracije CVZ u Srbiji i BiH, izvesnih razlika ipak ima. U Srbiji je postupak registracije uređen čl. 9 i 17–25 Zakona o crkvama i verskim zajednicama. Ovaj zakon usvaja stratifikovan trostepeni (*three-tier*) sistem registracije CVZ i određuje tradicionalne CVZ (SPC, Rimokatolička crkva, Reformatorska hrišćanska crkva, Evangelistička crkva i Slovačka evangelička crkva, kao i Islamska i Jevrejska zajednica), koje takav status imaju na osnovu dva kumulativna kriterijuma – viševekovnog istorijskog kontinuiteta i stečenog subjektiviteta na osnovu posebnih zakona iz perioda Kraljevine Jugoslavije.⁹

Drugu kategoriju u srpskom zakonu čine tzv. konfesionalne zajednice, koje za upis u Registar podnose zahtev.¹⁰ Konfesionalnim se verskim zajednicama smatraju one čiji je status bio regulisan prijavama po postupcima predviđenim zakonima iz 1953. i 1977. godine. Identično rešenje propisano je i za novoformirane CVZ.¹¹ Osobnost koja se retko sreće u uporednom pravu čini činjenica da kriterijum po kom su pojedine CVZ označene kao tradicionalne nije, kao što se *prima facie* čini, njihovo tradicionalno prisustvo u srpskom društvu, već objektivniji kriterijum koji derivira iz pravnog principa

⁸ Iako Votsonova teorija prvenstveno obrađuje poreklo transplantata u oblastima građanskog prava, u okviru javnog, ustavnog prava uporednopravni argument može biti višestruko značajan parametar za procenjivanje da li je jedno rešenje u velikom broju demokratskih država prihvaćeno kao ustavno, legitimno i usklađeno s međunarodnim i evropskim standardima (Avramović, 2011, p. 286).

⁹ Upoređivanjem sa zakonskim rešenjem u BiH, dolazi se do zaključka da ova kategorija odgovara kategoriji istorijski zasnovanih CVZ iz čl. 8 Zakona u BiH, s tom razlikom da očigledni izostanak protestantskih zajednica iz taksativnog nabravanja u ovom članu ukazuje na to da je redaktor Zakona u BiH „tradicionalnost“ ili „istorijsku zasnovanost“ drugačije tumačio, očigledno davši prevagu prvom kriterijumu, tj. istorijskom kontinuitetu naspram stečenog subjektiviteta po posebnim zakonima koji su se bez sumnje imali primenjivati i na teritoriji BiH, koja je u tom trenutku bila deo Kraljevine. Na ovom mestu treba naglasiti da ovo ni na koji način ne umanjuje prava koja uživaju protestantske zajednice, budući da ih isti stav svrstava u grupu onih CZV kojima se takođe garantuje svojstvo pravnog lica.

¹⁰ Pomenuti zahtev mora sadržati odluku o osnivanju verske zajednice koju je potpisalo najmanje 0,001% punoljetnih državljana Srbije sa prebivalištem u Srbiji ili stranih državljana koji imaju stalni boravak u Srbiji, statut ili drugi akt verske organizacije, prikaz učenja i podatke o stalnim izvorima prihoda organizacije.

¹¹ Ova kategorija analogna je kategoriji nove CVZ iz čl. 18 Zakona u BiH, uz izvesne razlike u uslovima. Naime, u BiH, CVZ mogu osnovati samo državljeni, a u Srbiji i stranci sa stalnim boravkom u zemlji.

opštije prirode (Avramović, 2011, p. 289). Reč je o svojevrsnom *restitutio in integrum*, tj. registraciji *ex lege* predviđenoj za one CVZ koje su pravni subjektivitet imale do izbijanja Drugog svetskog rata, a koji im je po njegovom okončanju ukinut za vreme socijalističke Jugoslavije. Vraćanje izgubljenih prava i potvrda nastavka pravnog kontinuiteta vidljiva je i iz redaktorskog pristupa zakonodavca po kom se u svakom od članova koji imenuju tradicionalne CVZ zakonodavac osvrnuo na akt kojim je bio regulisan status te zajednice i njen odnos s državom u predratnom periodu (Šijaković, 2012, p. 367). Pored ovog nespornog *ratio legis*-a, treba ukazati i na još neke pojedinosti koje su od značaja za utvrđivanje da li srpski zakon u pogledu registracije stavlja u nejednak položaj tradicionalne, s jedne, i konfesionalne i novoformirane CVZ, s druge strane. Najpre treba poći od činjenice da Zakon ne propisuje više različitih postupaka registracije, već da je postupak registracije jedinstven. Jedina razlika u tom postupku između prijave koju podnose tradicionalne CVZ i zahteva koji podnose novoformirane zajednice jeste u dodatnim dokumentima koji se uz zahtev prilažu, a nikako u posebnim uslovima koji se novoformiranim zajednicama nameću. Opravdanost ovakvog postupanja proističe iz evidentne različitosti ove dve pravne situacije u kojoj se nalaze tradicionalne CVZ i one koje pretenduju na status verske zajednice po prvi put (Đurić, 2012, p. 160). Razlog zbog kojeg su konfesionalne zajednice u obavezi da podnose dodatna dokumenta uz zahtev jeste izraz praktične potrebe nastale zbog nepostojanja jedinstvenog registra verskih zajednica u SFRJ i činjenice da je većina konfesionalnih zajednica bila prijavljena kod opštinskih organa unutrašnjih poslova, u skladu sa odredbama zakona iz 1953. i republičkih zakona, što je moglo da dovede do situacije izrazite fakičke i pravne konfuzije u trenutku donošenja Zakona 2006. godine. Kako bi se ovakvo stanje preuredilo, u skladu sa uvođenjem centralnog Registra, intencija zakonodavca bila je da propisivanjem dodatnih akata (ne uslova) uz zahtev omogući jasniji uvid u to koje su konfesionalne zajednice nastavile da postoje i djeluju u okviru Republike Srbije. Neosnovano je dakle reći da je država imala nameru da ovakvom merom ukine pravni subjektivitet konfesionalnih verskih zajednica, već *a contrario*, da im kroz (pre) registraciju omogući da ga očuvaju, na način koji doprinosi pravnoj sigurnosti.

Iz navedenog je jasno da je uvođenje različitog tretmana verskih zajednica i legitimnost i srazmernost mera koje uvodi sistem registracije iz srpskog zakona u skladu sa ustavnim načelom jednakosti i međunarodnim standardima.¹²

¹² Rešenje Zakona u BiH u odnosu na srpski zakon poseduje znatno manji stepen diferencijacije u pogledu registracije između crkava i vjerskih zajednica. Tako, terminološko određenje vjerskih zajednica konfesionalnim potpuno izostaje (iako je jasno da su to između ostalih i one koje zakonodavac u BiH podrazumeva pod „svim ostalim crkvama i vjerskim zajednicama, kojima je priznato svojstvo pravnog lica prije stupanja na snagu ovog zakona“). Izostanak stavljanja van snage Zakona iz 1976, prije donošenja novog Zakona 2004. godine, omogućio je suštinsko postojanje samo dve kategorije u postupku registracije – novoformirane CVZ iz čl. 18, te CVZ koje su u momentu donošenja Zakona imale pravni subjektivitet iz čl. 8, st. 2, a među kojima su isključivo iz razloga uvažavanja tradicionalnog značaja i istorijskog kontinuiteta pojedine od njih posebno naznačene, iz čega sledi da zakonsko rešenje u BiH ne predviđa klasičan *three-tier* sistem, već pre njegovu dvostepenu varijaciju.

3.2.2. Belgija

Sloboda misli, savesti i veroispovesti u Belgiji podrazumeva pravo svakog da na slobodan način može organizovati religijsku ili filozofsku grupu ako poštuje zakon i slobode drugih. Religijske manjine su takođe slobodne dok god ne sprovedu opasne aktivnosti i ne krše krivično zakonodavstvo (Tysebaert, 2008, p. 286). Ipak, proklamovana jednakost veroispovesti ne sprečava da se nekim veroispovestima omogući drugačiji tretman. Tako je status pravnog lica omogućen jedino tzv. priznatim religijama kojima je takav status obezbeđen *ex lege*. Trenutno ovakav status uživa šest CVZ. Reč je o rimokatoličkoj, protestantskoj, anglikanskoj i pravoslavnoj (grčka i ruska) crkvi, kao i islamskoj i jevrejskoj zajednici, a od 1993, ustavnim promenama je na finansijsku odgovornost države dodata i grupa neverujućih humanista (Torfs, 2012, p. 37). Nadležnost za priznavanje statusa priznate religije ima federalni parlament, dok je pre upućivanja federalnom parlamentu, za ispitivanje zahteva za priznanje nadležan ministar pravde. Poveravanje pitanja registracije CVZ zakonodavnim i izvršnim instancama, što je i deo zakonskog rešenja u BiH, nedvosmisleno upućuje na važnost ovog pitanja u složenim državama.

Kriterijumi od značaja za dodelu ovog statusa, koji se u Belgiji doduše ne nalaze u zakonu, već su plod administrativne prakse, jesu: da zajednica ima značajan broj sledbenika, pri čemu je na religijskoj zajednici da definiše koga pod sledbenikom smatra, da je prisutna u državi određen vremenski period, da ima društveni značaj, pri čemu se ceni da li religijska zajednica odgovara potrebama stanovništva ili bar njegovog dovoljnog dela, da nije uključena u aktivnosti koje su suprotne društvenom poretku, sa posebnim akcentom na javni red i bezbednost, i najposle, da je sposobna da ustroji jedinstveno reprezentativno telo za odnose sa javnim vlastima, kao i da predloži verske službenike (Tysebaert, 2008, p. 289). Povlastice koje proizilaze iz statusa priznate religije su brojne te tako priznate religije mogu računati na državne subvencije za izgradnju crkvenih građevina, besplatno vreme za emitovanje na javnom radiju i televiziji, imenovanje zatvorskih kapelana čije se plate finansiraju iz budžeta i sl. (Torfs, 2012, p. 38). Nepriznate religije, pored toga što nemaju navedene privilegije, mogu se u sudskom postupku za priznavanje statusa pravnog lica suočiti sa još jednom poteškoćom. Naime, kroz sistem odobrenja, sud utvrđuje postojanje karaktera verske zajednice (Avramović, 2011, p. 284), sa svim nejasnoćama i problematikom koja može proisteći iz državnog utvrđivanja pojma religije, što ćemo objasniti u četvrtom delu rada.

Štaviše, i među priznatim religijama, koje su *de iure* jednake, u praksi postoje razlike. Naime, postoji prvenstvo Rimokatoličke crkve među ostalim priznatim religijama u okviru javnog ispoljavanja vere – prilikom državnih praznika i ceremonija.

Zbog toga se u teoriji ističe da u Belgiji prevladuje *three-tier* sistem, sastavljen od nepriznatih religija, zakonom priznatih religija u okviru kojih se u prvi red svrstava Rimokatolička crkva, koja ima položaj *primus inter pares* (Torfs, 2012, p. 38).

3.2.3. Kraljevina Španija

Ustav Španije u čl. 16, kao subjekte verske slobode, pored pojedinaca, proklamuje i zajednice i propisuje da nijedna religija neće imati državni karakter. Ipak u sledećoj rečenici naznačeno je da će javne vlasti imati u vidu verska uverenja španskog društva, što bi za posledicu trebalo da ima odgovarajuću saradnju sa Rimokatoličkom crkvom i drugim verskim zajednicama. Iako postoji mišljenje (Iban, 2012, p. 381) da navođenje Rimokatoličke crkve u Ustavu nema posebne pravne posledice, njeno pominjanje je izraz istorijske važnosti, ali i kompromisno ustavno rešenje između dva oprečna stava – onih koji su se zalagali za jače uspostavljanje denominacijskog karaktera španske države, i onih koji su se borili za strogi sekularizam, uz posledično brisanje svakog pomena Rimokatoličke crkve iz ustavnog teksta, verovatno inspirisani ustavnim rešenjem iz doba španske Republike početkom tridesetih godina prošlog veka (Fereiro, 2008, p. 460).

Rimokatolička crkva je do sada potpisala pet sporazuma sa Španijom, od kojih se prvi, između ostalog, bavio pitanjem pravnog subjektiviteta, da bi Zakon o verskim slobodama iz 1980. godine u čl. 7 predvideo novelu u španskom pravnom sistemu. Reč je o mogućnosti države da po potrebi, i uzimajući postojeća verska uverenja u španskom društvu, uspostavi konvencije ili sporazume o saradnji sa crkvama, verama ili verskim zajednicama upisanim u Registar, ukoliko je to opravdano sa stanovišta njihovog značajnog učešća u španskom društvu zbog njihovog domena ili broja sledbenika. Takvi se sporazumi zakonom potvrđuju u Parlamentu (Iban, 2012, p. 380). Ova odredba uvodi u španski pravni sistem i ističe posebnu ulogu i važnost koju zauzimaju sporazumi – u ovom slučaju oni sa ostalim verskim zajednicama, što će i biti osnov da protestantske, jevrejske i islamske zajednice s državom zaključe takve sporazume. Iako se čl. 7 pomenutog zakona ne odnosi na Rimokatoličku crkvu, ipak su konkordati potpisani sa njom uzeti kao šablon i za sporazume sa drugim, manjinskim verskim zajednicama, uz jednu značajnu razliku – prava koja su Rimokatoličkoj crkvi priznata konkordatima šireg su obima i delotvornijeg sadržaja u odnosu na ona sadržana u sporazumima sa manjinskim verskim zajednicama. Naime, iako je i rimokatolicima i drugim veroispovestima garantovana mogućnost organizovanja verske nastave, samo je u prvom slučaju ona obavezna i na teretu državnog budžeta, a isto je i sa troškovima rimokatoličke bolničke pomoći. Iz predstavljenog proizilaze dve osobenosti španskog pravnog sistema u ovom pitanju. Prva je posebna naglašenost i značaj koji imaju sporazumi sa manjinskim CVZ, a druga se javlja kao delimična posledica takve uloge sporazuma – u vidu specifične piramidalne strukture tretmana verskih zajednica. Na vrhu te piramide nalazi se Rimokatolička crkva sa maksimalnim pravima koja izviru iz sporazuma koji zajedno čine Konkordat i imaju snagu međunarodnih ugovora. Zatim slede tri manjinske verske zajednice sa potpisanim ugovorima koji imaju regulatorni karakter zakona, ojačan konvencijskom prirodom njihovog nastanka, zatim sledi treći nivo u koji spadaju one manjinske zajednice upisane u odgovarajući registar koji je regulisan Zakonom o verskim slobodama, i na samom kraju nalaze se zajednice bez posebnog pravnog statusa (Iban, 2012, pp. 380-381). Pažljivim razmatranjem može se doći do zaključka da piramidalna struktura u

potpunosti odgovara hijerarhijskom uređenju pravnih akata unutar španskog pravnog sistema, te je tako čitava piramidalna struktura krunisana Ustavom Španije kao krovnim aktom pomenute piramide.

3.2.4. SR Nemačka

SR Nemačka, po ustrojstvu državno-crkvenog pravnog sistema i obimnoj i sistematski razrađenoj teorijskoj potkrepljenosti koja stoji iza njega, na šta ukazuju radovi sledećih autora: Campenhausen & De Wall (2006); Heinig (2007); Hollerbach (1981); Campenhausen (1994); Robbers i drugi, u potpunosti prednjači u oblasti državno-crkvenog prava među evropskim zemljama. Normativnu osnovu uređenja ovog pitanja čini Osnovni zakon (*Grundgesetz*) čiji čl. 4 garantuje neprikosnovenost slobode vere, savesti i veroispovesti, dok se celokupni nemački sistem odnosa države i crkve zasniva na tri stuba – načelima neutralnosti, tolerancije i pariteta. Nemački Osnovni zakon je jedinstven u uporednom iskustvu jer se neposredno u samom tekstu navode uslovi za registraciju i priznavanje određenog statusa CVZ. Tačnije, reč je o odredbama Vajmarskog ustava koje čine integralni deo važećeg Osnovnog zakona i kojima je propisano da će CVZ steći subjektivitet po opštim odredbama građanskog prava, da će verske zajednice zadržati status korporativnih lica javnog prava ako su taj stav uživale u prošlosti, a da je drugim zajednicama takva mogućnost ostavljena uz zahtev i ispunjenje određenih uslova (Đurić, 2012, pp. 67-68). Iz predložene ustavnog rešenja može se uočiti nekoliko interesantnih aspekata. Naime, sama činjenica da ovde tekst Osnovnog zakona navodi bliže uslove za registraciju CVZ, dok je, istovremeno, značajan broj pitanja iz odnosa države s CVZ uređen aktima slabije pravne snage od Osnovnog zakona ili je prenet u nadležnost saveznih država (Robbers, 2012, p. 209), može se tumačiti kao još jedan modalitet, drugačiji od belgijskog, priznavanja važnosti pitanja registracije CVZ u složenim državama.

Drugo, evidentno je da nemačko rešenje uvodi svojevrsan dualni sistem – postoje verske zajednice sa statusom pravnih lica javnog, i one sa statusom pravnog lica privatnog prava. Kriterijum podele predviđen Vajmarskim ustavom nije ni brojnost ni društveni značaj, već postojanje takvog statusa u prošlosti, te se u tom svetlu i može razumeti činjenica da pored najbrojnijih crkava (rimokatoličke i evangelističke), privilegovan status ima i jedan broj manjih verskih zajednica poput jevrejske. Naposljetku, nije bez značaja ukazati i na vidljivu propustljivost ovakvog sistema, o čemu je već bilo reči u prethodnim odeljcima. Kriterijum posedovanja javnopravnog statusa u prošlosti nije isključujući i nema za cilj okamenjujuće održavanje *status-a quo*, što jasno potvrđuje odredba čl. 137 Vajmarskog ustava, odnosno čl. 140 Osnovnog zakona, po kojoj svaka verska zajednica na osnovu zahteva može dobiti javnopravni status ukoliko, kroz prikaz članstva i propisa, može da dokaže da je zaista stabilna zajednica (Robbers, 2012, pp. 211-216). Stabilnost zajednice koja podnosi zahtev u praksi je bliže određena uslovima koji nalažu da je minimalni zahtevani broj članova jedan promil stanovništva federalne jedinice, da verska zajednica postoji najmanje trideset godina na teritoriji SR Nemačke

te da aktivno učestvuje u životu lokalne zajednice, kao i dostupnost fondova dovoljnih za finansiranje (Kuster, 2008, p. 343).

Savezni ustavni sud je u svojoj praksi iznedrio dodatni uslov koji verska zajednica koja zahtevom pretenduje na javnopravni status treba da ispuni. Reč je o uslovu lojalnosti navedene zajednice prema pravnom poretku, a u presudi se dalje navodi da se zahtevana lojalnost ispoljava u postupanju u skladu sa Zakonom, naročito prilikom vršenja suverenih prava koja verska zajednica stiče priznavanjem javnopravnog statusa, zatim u osiguranju da postupanje verske zajednice neće ugroziti osnovne principe sadržane u čl. 79 Ustava, osnovna prava trećih lica, pravnu državu i demokratiju (BVerfGE 102, 370 (384-394), (Đurić 2012, p. 69). Iako CVZ sa statusom pravnog lica javnog prava nisu, za razliku od ostalih korporacija s takvim statusom, deo državne strukture, već samo izraz činjenice da su verske zajednice deo javnog života, takav status garantuje im određen opseg privilegija, kao što je ubiranje crkvenog poreza, te se na osnovu takvih privilegija može naći opravdanje za ovakav proaktivni istup nemačke ustavnosudske prakse (Robers, 2012, p. 211). Ustavno određenje po kom Rimokatolička i Evangelistička crkva i Jevrejska zajednica imaju status pravnog lica javnog prava dodatno je precizirano brojnim sporazumima između države i navedenih verskih zajednica, pri čemu kada je u pitanju Rimokatolička crkva, tzv. Reichskonkordat potpisan 1933. ima karakter međunarodnog ugovora i još je na snazi (Kuster, 2008, p. 336).

Izložene karakteristike dualnog nemačkog sistema uređenja pravnog položaja CVZ predstavljaju na dosledan način izvedenu razradu načela pariteta, o čijoj je krucijalnoj važnosti već bilo govora. Nemačka ustavna diferencijacija pravnog statusa, kroz stepenovani paritet uz element propustljivosti stvara adekvatni osnov za suočavanje sa raznim društvenim pojavama, budući da podrazumeva oblikovanje jednakosti kroz odgovornu okrenutost ka specifičnim grupama. Na taj način ponuđen je osavremenjeni pristup jednakosti veroispovesti, što je vrednost do koje je Nemačka, istorijski, došla kroz iskustvo krvavih verskih sukoba (Robers, 2012, p. 210).

4. Pojam religije i verskog učenja u postupku registracije

Definisanje pojma religije sa stanovišta pravne nauke nameće se kao nužnost koja prethodi pitanju registracije verskog organizovanja u bilo kojoj državi. Neuspeh brojnih međunarodnih, ali i nacionalnih akata da postignu konsenzus oko toga šta zapravo jeste religiozno uverenje, te insistiranje na njegovim različitim segmentima u pokušaju da se da sveobuhvatna definicija, možda mogu otvoriti pitanje da li se zakonodavcu prilikom određivanja postupka i uslova registracije, a potom i upravnim organima koji u pojedinačnim vanspornim životnim upravnim stvarima odlučuju o registraciji omogućava isuviše arbitrarno odlučivanje u postupanjima po prijavi za registraciju. Iz ovog mogu proizaći mnoge pravne posledice. Kako konstatuje Đurić (2012, p. 27), postoje određene situacije kada državni organi ne mogu da dozvole takvu vrstu indiferentnosti, nego zahtevaju od njih detaljnije određenje pojma religije. S jedne strane, u slučajevima kada se odlučuje o pravu na slobodu ispoljavanja vere, gde se nameće pitanje da li su

uverenja lica u postupku u konkretnom slučaju takva da zahtevaju ustavnosudsku zaštitu, ili, s druge strane, kada sudovi odlučuju o odlukama upravnih i drugih državnih organa u pogledu registracije. Venecijanska komisija (European Commission for Democracy through Law) je iznela u svom mišljenju da se termin „religija“ i ne definiše u pravnom smislu zbog višeznačnosti ovoga pojma (Venice Commission, 2004, par. 6).

Jedan od kriterijuma jeste individualno samorazumevanje, samosvest pripadnika tog verskog pokreta ili ubeđenja, ali Campenhausen (2006, p. 56) smatra da je reč o ograničenom parametru, koji svakako ne sme biti i jedini. Zato je praksa Saveznog ustavnog suda SR Nemačke i odredila veru kao „izvesnost povezanu sa ličnošću čoveka o određenim sudovima o celini sveta kao i o poreklu i cilju ljudskog života“ (prema Đurić, 2012, p. 29). Treba spomenuti i drugačiju praksu Ustavnog suda Španije, koji je u slučaju registracije Crkve ujedinjenja zauzeo nestandardan stav u pogledu poimanja prava veroispovedanja. U navedenom sporu sud je zauzeo stav da se Crkvi ujedinjenja mora priznati pravo na upis u registar verskih zajednica zato što organ za vođenje registra nije meritoran da određuje versku prirodu bilo koje grupe koja se prijavljuje za registraciju. Ustavni sud je konstatovao da je organ zadužen za upis u registar verskih entiteta *ex officio* obavezan da pazi na čl. 3, st. 2 Organskog zakona o slobodi veroispovesti koji nalaže da subjekti koji se odnose na istraživanja i eksperimentisanja sa psihičkim i parapsihološkim fenomenima ili se odnose na širenje humanističkih i duhovnih vrednosti, ili druge slične nereligiozne ciljeve, ne ispunjavaju uslove za zaštitu po tom zakonu (Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, Art. 3).

Ovakav stav Suda proizveo je „neoperativni koncept religije“ (Đurić, 2012, p. 31), te doveo do razvlašćenja organa nadležnog za vođenje registra, koji je do tada imao i kontrolne prerogative. Interesantan je primer u radu Belgije, u kojoj o registraciji CVZ odlučuje sud, i takva sudska odluka zavisi pre svega od nekih spoljašnjih elemenata kao što su verski objekti, tekstovi i obredi, ali i „kult božanstva“, kako je isticala belgijska jurisprudencija. Ovakvi kriterijumi su ponekad nedovoljni pa je potrebno izvršiti analizu onoga što čini samu suštinu pokreta, odnosno da li je reč o verskom pokretu ili ne (Torfs, 2012, p. 38). U praksi to znači da svaki sudija u konkretnom slučaju vrši pojmovno određenje religije, odnosno odlučuje da li se predmetno učenje može podvesti pod veroispovest ili ne, ali sudija nema prava da se osvrne na argument u vezi sa sadržajem učenja neke verske zajednice u postupku registracije (Torfs, 2012, p. 39). Iz svega navedenog naziru se moguće negativne implikacije koje proizvodi neodređenje pojma religije u vezi sa registracijom CVZ, diferenciranje pojmova vera, ubeđenje, sistem ideja itd. Ali, s druge strane, podjednako štetna za pravni sistem je konceptualizacija religija koja dopušta različite vrste zloupotreba i podvođenje raznih simuliranih religioznih delovanja pod pojam slobode veroispovesti. Na kraju, da bi postali pravni subjekti, grupe, kao takve, u mnogim državama moraju biti priznate od strane pravnog poretka, što u prvi plan stavlja problem „kako definisati granice kolektiviteta na nearbitraran i neprinudan način“, dok s druge strane način na koji će pojedini elementi pojma pojedinih društvenih grupa biti nomotehnički uobličeni značajno utiče na pravnu praksu, odnosno na potonje procese pravnog tumačenja i primene (Đurić, 2015, p. 179).

5. Zaključak

U kontekstu pitanja ustavnosti registracije CVZ postavlja se prethodno pitanje sekularne države.¹³ S tim u vezi treba reći da je regulativa BiH potpuno saglasna evropskom pravnom duhu, te da ide u pravcu kooperativnog odnosa odvojenosti države, s jedne, i CVZ, s druge strane.

Ovaj rad se fokusirao na dva aspekta od mnogo aspekata ustavnosti registrovanja CVZ, i analizom međunarodnih standarda, pozitivnopravnih rešenja u BiH i relevantnih uporednopravnih rešenja nastojao je da poentira određene zaključke povodom pomenutih aspekata registracije.

Registracija CVZ, predviđena u unutrašnjim pravima kao redovni pravni put ostvarivanja pravnog subjektiviteta, u skladu je sa međunarodnim standardima i nije u suprotnosti s Ustavom, već, naprotiv, legitimna je i srazmerna mera države kojom se propisuju uslovi i postupak sticanja svojstva pravnog lica. S druge strane, teorija je saglasna da, u skladu sa vrednostima EKLP u oblasti verskih sloboda, registracija nije i ne treba da bude mandatoran uslov za ostvarivanje verske slobode i aktivnosti, posebno ne za one verske zajednice koje ne vide kao svoj interes podnošenje prijave za registraciju i sve beneficije koje bi iz takvog statusa proistekle (Flere, 2010, p. 100). Ustanovljeno je nadalje da izvesno diferenciranje između različitih CVZ u postupku registracije, koje je prisutno i u zakonskom okviru BiH, nije diskriminatorno i protivustavno. Ovakav stav potkrepljen je brojnim teorijskim, uporednopravnim i argumentima međunarodnih standarda kojim je istaknuto da bi drugačiji, egalitarizujući tretman značio nametanje nesrazmernog tereta istorijski zasnovanim CVZ i uvođenje konfuzije u pogledu njihovog pravnog statusa i prpratnih pitanja.

Razrada uporednih i međunarodnopravnih standarda pokazala je da diferenciranje statusa u postupku registracije nije diskriminatorno dokle god se zasniva na razumnim i objektivnim razlozima, dokle god sprečava arbitrarno odlučivanje državnih organa i omogućuje i drugim zajednicama da dosegnu takav status ukoliko ispune uslove koji ne smeju biti isuviše restriktivni i diskriminatorni. Razlozi na kojima se zasniva diferenciranje unutar sistema BiH ne odudaraju u tom pogledu od međunarodnih standarda i standarda prisutnih u uporednom evropskom zakonodavstvu.

Na kraju, postupak registracije neminovno dovodi do jednog prethodnog pitanja, a to je da li uopšte neko učenje zaista može da bude okarakterisano kao versko, tj. da li verski neutralna država (kakva je BiH) može to da ceni, te da propiše uslove i definiciju vere i verskog učenja. Čini se da ako je registracija kao postupak sticanja pravnog subjektiviteta već propisana, onda je prihvatljiva jedna razumna mera ocene šta je versko učenje. Razumnost mere ogleda se u tome da se propisivanje šta je versko ne sme ni u kom slučaju svesti na ocenu legitimnosti i/ili ispravnosti nekog verskog uverenja te da je moguća i prihvatljiva mera da se pravnim propisima *per negationem* definiše šta se neće podrazumevati pod verom. Na taj način održala bi se neutralnost države uz očuvano

¹³ Takva država, a ne društvo, pre svega označava razlikovanje sakralnog i profanog, čime se pokazuje državna briga i poštovanje prema religiji kao izrazu ljudske slobode i tradicionalne kulture koja je deo našeg identiteta.

pravo CVZ na samoodređenje, a ka čemu je aktuelni zakon načinio pozitivan iskorak.

Sprovođenje navedenih standarda u postupku registracije, diferenciranja statusa i prethodnog određenja verskog učenja značajno bi doprinelo daljem poboljšanju i potpunom uživanju slobode veroispovesti u svakoj od njenih komponenata.

Literatura

- Avramović, S. 2011. Poimanje sekularnosti u Srbiji – refleksije sa javne rasprave u Ustavnom sudu. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, 2, pp. 279-302.
- Avramović, S. 2007. *Prilozi nastanku državno-crkvenog prava u Srbiji*. Beograd: Pravni fakultet.
- Campenhausen, A. V. 1994. Der heutige Verfassungsstaat und die Religion. *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, pp. 47-77.
- Campenhausen, A. V. & De Wall, H. 2006. *Staatskirchenrecht*. C. H. Beck.
- Combalia, Z. & Roca, M. 2010. Religion and the Secular State of Spain. *Religion and the Secular State. Washington: Interim National Reports issued for the occasion of The XVIIIth International Congress of Comparative Law*, pp. 629-644.
- Durham, C.W. 2010. Legal Status of Religious Organizations: A Comparative Overview. *The Review of Faith & International Affairs*, 2, pp. 3–14.
- Đurić, V. 2012. *Sloboda veroispovesti u jurisprudenciji evropskih ustavnih sudova*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Đurić, V. 2015. Pojam religije u pravu. U: Ćirić, J., Džomić, V. & Jevtić, M. (ur.), *Religija politika pravo*. Cetinje–Beograd: Institut za uporedno pravo i Mitropolija crnogorsko primorska, pp. 177-193.
- Fereiro, J. 2008. State-Religion Relations in Spain: Legal and Constitutional Framework. In: Čepar, D. & Ivanc, B. (eds.), *Legal aspects of religious freedom*. Ljubljana: Office of the Government of the Republic of Slovenia for Religious Communities, pp. 458-470.
- Flere, S. 2010. Registration of Religious Communities in European Countries. *Politikologija religije*, 1, pp. 99-115.
- Heinig, H. M. 2007. Law on Churches and Religion in the European Legal Area – Through German Glasses. *German Law Journal*, 8(6), pp. 563-575.
- Hollerbach, A. 1981. Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (II). *Archiv des öffentlichen Rechts*, 106, pp. 218-283.
- Iban, I. K. 2012. Država i crkva u Španiji. U: Robers, G. (ur.), *Država i crkva u EU*. Beograd: Pravoslavni bogoslovski fakultet, pp. 377-388.
- Kuster, B. 2008. Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities. In: Čepar, D. & Ivanc, B. (eds.), *Legal aspects of religious freedom*. Ljubljana: Office of the Government of the Republic of Slovenia for Religious Communities, pp. 335-358.
- Mistelis, L. A. 2000. Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants,

- and Law Reform - Some Fundamental Observations. *International Lawyer*, 34, pp. 1055-1069.
- Radulović, M. 2010. Istorijska, kulturna i društvena uloga crkava i verskih zajednica u modernom društvu i njihov pravni položaj u Srbiji. U: Zaštitnik građana Republike Srbije, *Pravni položaj crkava i verskih zajednica i sticanje svojstva pravnog lica*. Beograd: Zaštitnik građana Republike Srbije, pp. 105-119.
- Robers, G. 2012. Država i crkva u Nemačkoj. U: Robers, G. (ur.), *Država i crkva u EU*. Beograd: Pravoslavni bogoslovski fakultet, pp. 208-219.
- Robbers, G. 2005. The Premissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion and Belief in Germany. *Emory International Law Review*, 19, pp. 841-887.
- Robbers, G. 2001. Religious freedom in Germany. *Bringham Young University Law Review*, 25, pp. 643-668.
- Robbers, G. 1993-1994. Religious Minorities in Germany. In: *The Legal Status of Religious Minorities in the Countries of the European Union*. Thesaloniki/Milano: European Consortium for Church State Research, pp. 153-171.
- Šijaković, B. 2012. Država i crkva u Srbiji danas. U: Robers, G. (ur.), *Država i crkva u EU*. Beograd: Pravoslavni bogoslovski fakultet, pp. 388-405.
- Tysebaert, M. 2008. Administrative and financial matters - the situation in Belgium. In: Čepar, D. & Ivanc, B. (eds.), *Legal aspects of religious freedom*. Ljubljana: Office of the Government of the Republic of Slovenia for Religious Communities, pp. 286-305.
- Torfs, R. 2012. Država i crkva u Belgiji. U: Robers, G. (ur.), *Država i crkva u EU*. Beograd: Pravoslavni bogoslovski fakultet, pp. 34-51.
- Vukšić, T. 2009. Sloboda vjere i stabilnost multikonfesionalnoga društva. U: Šijaković, B. (ur.), *Pravni položaj crkava i vjerskih zajednica u Crnoj Gori danas*. Nikšić: Bona Fides, pp. 86-112.

Internet izvori

- Republika Srpska - Republički zavod za statistiku. 2017. Popis stanovništva, domaćinstava i stanova u Republici Srpskoj 2013. godine rezultati popisa- gradovi, opštine, naseljena mjesta. Banja Luka. Dostupno na: http://www2.rzs.rs.ba/static/uploads/bilteni/popis/gradovi_opstine_naseljena_mjesta/Rezultati_Popisa_2013_Gradovi_Opstine_Naseljena_Mjesta_WEB.pdf, (15.9.2019).
- Federalni zavod za statistiku. n.d. Konačni rezultati Popisa 2013. Dostupno na: http://fzs.ba/index.php/popis-stanovnistva/popis-stanovnistva-2013/konacni-rezultati-popisa-2013/?fbclid=IwAR2TrYtTDQdG_dLy1Rd0k7PmoeCIimG9GtWN6cKQqCs4HLF6WhSRHQ89B0, (17.9.2019).

Pravni izvori

- ECHR, *Case of Alujer Fernandez and Caballero Garcia v. Spain*, Judgment of 14.6.2001., Application no. 53072/99.
- ECHR, *Case of Jehovas Zeugen in Österreich v. Austria*, Judgment of 25.12.2012., Application no. 27540/05. Dostupno na: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-113411%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-113411%22]})
- ECHR, *Case of Metropolitan Church of Besarabia v. Moldova*, Judgment of 27.3.2002., application no. 45701/99. Dostupno na [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-59985%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59985%22]})
- ECHR, *Case of Orthodox Ohrid Archdiocese (Greek-Orthodox Ohrid Archdiocese of the Peć Patriarchy) v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Judgment of 9.4.2018., application no. 3532/07. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-178890>.
- ECHR, *L'affaire Metodiev et autres c. Bulgarie*, Judgment of 15.9.2017., Application no. 58088/08. Dostupno na: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-174412%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-174412%22]})
- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). 2004. *Guidelines for Legislative Reviews of Laws Affecting Religion or Belief*. Opinion no. 271/2004. CDL (2004) 061. Strasbourg: CoE.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1949. (Osnovni zakon Savezne Republike Nemačke), *Bundesgesetzblatt* Teil III, Gliederungsnummer 100-1, zuletzt geändert vom 15. November 2019 (BGBl. I S. 1546). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>.
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, «BOE» núm. 177, de 24 de julio de 1980. Dostupno na engleskom jeziku: <https://original.religlaw.org/content/religlaw/documents/religliblawsp1980.htm>, (15.9.2019).
- OSCE/ODIHR. 2002. *Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief*. Vienna – Edinburgh.
- Pravilnik o uspostavljanju i vođenju jedinstvenog registra za upis crkava i vjerskih zajednica, njihovih saveza i organizacionih oblika u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 46/2004.
- Ustav Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 21/1992 – prečišćeni tekst, 28/1994, 8/1996, 13/1996, 15/1996, 16/1996, 21/1996, 21/2002, 26/2002, 30/2002, 31/2002, 69/2002, 31/2003, 98/2003, 115/2005, 117/2005.
- Zakon o crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 36/2006.
- Zakon o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 5/2004.
- Zakon o upravnom postupku, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 29/2002, 12/2004, 88/2007, 93/2009, 41/2013 i 53/2016.

Vasilije V. Marković

Student, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

e-mail: *vasilije.markovic227@gmail.com*

Marko Lj. Romić

Student, Faculty of Law, University of Banja Luka, BiH

e-mail: *markoromic2@gmail.com*

**ON THE CONSTITUTIONALITY OF REGISTRATION OF
CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES – CONTRIBUTION
TO THE STUDY OF STATE-CHURCH LAW**

Summary

State-church law is a legal branch which consists of legal norms which regulate the relation between the state and religious communities, as well as the position of churches and religious communities in the legal system. This article will problematize the question of registration of churches and religious communities as a theoretical generalization with a critical review of the positive legal regulation in Bosnia and Herzegovina. Using comparative legal methods it will present striking examples of these issues in some European countries. The scientific focus of this paper is presented through two aspects: 1) Constitutionality of differentiation of the status of the church and religious communities in the area of registration, 2) The question of competence of the administrative authorities to value the existence and legitimacy of religious teaching, in effect the legislative definition of the term religion as the previous question.

Keywords: state-church law, comparative law, registration of churches and religious communities, legal definition of religion, Bosnia and Herzegovina.

Primljeno: 11.2.2020.

Prihvaćeno: 9.3.2020.

OBELODANJIVANJE DOKAZA U PREDISTRAŽNOM POSTUPKU I ISTRAZI**

Sažetak

U evropskokontinentalnim državama, gde istragu vodi državni organ, okrivljeni se upoznaje s prikupljenim dokazima tako što vrši uvid u spise predmeta. Za razliku od toga, u anglosaksonskom pravnom sistemu, gde nema formalne istrage, postoje pravila koja uređuju kada je strana u postupku dužna da drugoj strani otkrije određene dokaze. Prvi deo rada posvećen je obelodanjivanju dokaza u zemljama common law pravne tradicije, dok se drugi deo rada odnosi na regulativu navedenog pitanja u zakonodavstvu Republike Srbije. U tom delu rada obrađena su pitanja vremenskog momenta od koga okrivljeni stiže pravo na uvid u spise predmeta, opseg dokaza s kojima je javni tužilac dužan da upozna odbranu i obaveza okrivljenog da javnog tužioca upozna s dokazima i materijalima koje je prikupio vođenjem „paralelne istrage“. Autor ukazuje na manjkavost određenih zakonskih odredaba i s kakvim problemima se odbrana susreće u praksi.

Ključne reči: obelodanjivanje dokaza, uvid u spise, istraga, problemi odbrane.

1. Uvod

„Samo postojanje optužbe i potreba da se po njoj presudi, stvara nužnost odbrane“ (Vasiljević, 1964, p. 159). Okrivljeni i branilac imaju pravo da osmisle strategiju odbrane, odnosno da izaberu pravac i način svoje odbrane i da iznesu odbranu.¹ U tu svrhu, pravo odbrane da ima saznanja o istraživanjima koja su nadležna državna tela (policija, javno tužilaštvo ili sud) sprovela u prethodnom krivičnom postupku smatra se jednim od temelja odbrane (Pajčić, 2010, p. 25). Prema Ustavu Republike Srbije, svako ko je okrivljen za krivično delo ima pravo da u najkraćem roku, u skladu sa zakonom, detaljno i na jeziku koji razume, bude obavestjen o prirodi dela za koje se tereti i razlozima optužbe, kao i o dokazima prikupljenim protiv njega (čl. 33, st. 1).

* Student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, e-mail: nataly.zivkovic@gmail.com

** Ovaj rad predstavlja seminarski rad koji je autor odbranio na doktorskim studijama na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

¹ Pravo na odbranu se ne može transformisati u dužnost, što znači da je okrivljeni uvek slobodan u izboru da li će se aktivno braniti ili će se opredeliti za potpunu procesnu neaktivnost, što se žargonski označava „odbrana ćutanjem“ (Škulić, 2018, p. 131).

Dakle, minimum prava odbrane, zagarantovan Ustavom, obuhvata ne samo obavezu organa postupka da okrivljenog obavesti koje krivično delo mu se stavlja na teret i na kojim razlozima se temelji osnov sumnje da je okrivljeni izvršio to krivično delo već se organ postupka obavezuje i da okrivljenog obavesti o dokazima koji su prikupljeni protiv njega. Pravo okrivljenog da bude upoznat s dokazima koji ga terete, odnosno s rezultatima istrage, iako nije izričito navedeno, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava² proizlazi iz čl. 6, st. 3(b) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Trechsel, 2005, p. 222).

Na glavnom pretresu tradicionalno dominiraju načela kontradiktornosti, usmenosti, javnosti i neposrednosti, pa taj stadijum postupka nalikuje sporu jednakopravnih stranaka. Za razliku od toga, prethodni postupak je tajan, pa zakonodavci propisuju manja ili veća ograničenja prava stranaka na pristup informacijama i na učešće u postupku (Ivičević Karas, 2007, p. 1001). Analizirajući praksu Evropskog suda za ljudska prava Trechsel (2005, p. 234) ističe da načelo pravičnog postupka iziskuje da pravo na pristup informacijama bude omogućeno odbrani još od samog početka postupka, bilo da se radi o momentu kada je lice optuženo, uhapšeno ili na drugi način suštinski pogođeno vođenjem postupka. Kako bi mogao da odgovori optužbi, nije dovoljno da okrivljeni zna za optužbu, već je potrebno da ima saznanja na kojim dokazima se optužba temelji (Trechsel, 2005, p. 222). Dakle, za delotvornu pripremu odbrane neophodno je da je u prethodnom postupku odbrani omogućeno pravo na pristup informacijama, što podrazumeva da je okrivljeni upoznat s dokazima kojima tužilaštvo raspolaže.

Napomenimo i to da, zavisno od toga da li je reč o evropskokontinentalnom ili anglosaksonskom pravnom sistemu, postoje dva načina na koja se okrivljeni upoznaje s dokazima koji su protiv njega prikupljeni. U evropskokontinentalnim zemljama, gde formalno postoji jedna istraga čiji je glavni nosilac istražni sudija ili javni tužilac, zavisno od države do države, odbrana se s prikupljenim dokazima i sprovedenim istražnim radnjama upoznaje uvidom u spise predmeta, što je moguće tek od određenog procesnog trenutka. Za razliku od toga, u anglosaksonskom pravnom sistemu ne postoji pravni institut uvida u spise predmeta, već postoje određena pravila o razmeni prikupljenih informacija između tužioca i okrivljenog.

2. Pristup informacijama u zemljama *common law* pravnog sistema

U zemljama *common law* pravne tradicije ne postoji jedna formalna istraga. „Istragu u obliku onoga što je kod nas pretkrivični postupak sasvim neformalno vodi policija, a okrivljenom, ako uopšte i sazna da je pod istragom (jer istraga tamo nije javna) i kada sazna (a to će, po pravilu, biti slučaj tek kada ga saslušaju kao osumnjičenog), niko ne brani da, ako to može i ume, ili ima finansijskih sredstava za angažovanje privatnog detektiva, sam vodi neku sopstvenu 'istragu'“ (Škulić & Ilić, 2012, p. 57). U zemljama anglosaksonske pravne tradicije ne postoji institut uvida u spise predmeta, već

² Vidi presudu *Guy Jaspers v. Belgium*, par. 56.

postoje pravila koja propisuju kada je strana u postupku dužna da drugoj strani otkrije određene dokaze i druge informacije, u kom procesnom trenutku je dužna da to učini i koje su sankcije za kršenje navedenih obaveza. Dakle, informacije i dokazi se otkrivaju selektivno, a takav vid otkrivanja u pravnoj literaturi SAD naziva se *discovery*, dok druge zemlje *common law* sistema koriste izraz *disclosure*.

Istorijski posmatrano, navedeni instituti otkrivanja dokaza i drugih informacija prvobitno nisu ni postojali u anglosaksonskom pravnom sistemu (Daggett, 1967, p. 334). Iznenadjenje se smatralo ne neprijateljem istine već njenim najvećim saveznikom (Norton, 1970, p. 11). Smatra se da su prve precedente koji su ustanovili neke aspekte dužnosti (i prava) stranaka na otkrivanje informacija doneli engleski sudovi sredinom XIX veka (Pajčić, 2009, p. 70).³ Tokom XX veka vođene su rasprave oko uvođenja instituta otkrivanja, da bi u drugoj polovini veka preovladali argumenti za uvođenje navedenog instituta.⁴ Tako je sudija Fortas istaknuo u jednoj presudi da „krivični postupak nije igra u kojoj je funkcija države da nadmudri i uhvati u klopku svoj plen već da država treba da traga za pravdom, a ne za žrtvom“ (*Giles v. Maryland*, navedeno prema Pajčić, 2009, p. 71).

Ono što je bilo najviše sporno jeste pitanje da li na strani tužioca postoji obaveza da odbrani otkrije dokaze koji joj idu u prilog (*exculpatory evidence*) kao i u kojoj meri je odbrana dužna da tužiocu otkrije informacije. Što se prvog pitanja tiče, u poslednjih pola veka stvorio se snažan konsenzus da država mora da obelodani relevantne dokaze koje ima, a koji ne podržavaju optužbu i koje zbog toga tužilaštvo ne namerava da iznese na suđenju. Široko se prihvata da je nepravedno da tužilaštvo uskrati dokaze koji bi mogli biti od koristi odbrani (Brown, 2018, p. 4). Od značaja za rešavanje ovog pitanja jeste odluka Vrhovnog suda SAD iz 1963. u predmetu *Brady v. Maryland*. Ovom odlukom utvrđena je povreda prava okrivljenog na *due process* koja je učinjena na taj način što je tužilaštvo propustilo da odbrani otkrije informacije koje ukazuju na nepostojanje krivice ili na manji stepen krivice, odnosno na kažnjavanje, nezavisno od toga da li je tužilaštvo postupalo zlonamerno. Danas, primena Bredijeve doktrine znatno varira među saveznim državama, odnosno ne postoji jasna granica dokle dosežu zahtevi ove doktrine (Yaroshevsky, 2011, p. 1325). Najmanju obavezu otkrivanja nameće federalno

³ Sredinom XIX veka u Engleskoj je Parlament doneo brojne akte, usvojena su sudska pravila, a izmenila se i sudska praksa, što je sve uticalo na drastične promene u engleskom pravu. Tako je uvedena obaveza za tužioca da braniocu okrivljenog otkrije imena i adrese osoba koje mogu imati informacije korisne za odbranu, kao i da odbrani učini dostupnim medicinske i policijske laboratorijske izveštaje i kopije pisanih izjava svakog okrivljenog. Opširnije o tome u radu Nortona (1970, pp. 12-13).

⁴ Argumenti za uvođenje instituta otkrivanja informacija uglavnom se svode na to da je otkrivanje neizostavan deo prava na pravično suđenje, kao i da treba onemogućiti odbranu iznenadjenjem. S druge strane, navode se sledeći kontraargumenti: otkrivanje dokaza omogućava lažno kazivanje okrivljenog, povećava se mogućnost zastrašivanja i podmićivanja svedoka, privilegija protiv samooptuživanja onemogućuje ustanovljavanje obaveze okrivljenog da tužilaštvu otkriva informacije. Opširnije o argumentaciji za i protiv uvođenja instituta otkrivanja informacija vidi u radu Pajčića (2009, pp. 71-77). Posebno je zanimljivo gledište koje iznosi Damaška (1986, p. 131) u prilog međusobnoj razmeni informacija u konfliktno-rezolutivnom tipu postupka. Autor navodi da država treba što manje da se upliće u društveni život, te da je država arbitar koji treba da reši spor između pripadnika društva samo kada oni taj spor ne mogu da reše nagodbom. Uzajamna obaveza razmene informacija podstiče saradnju među strankama, omogućava im da ocene snagu svojih dokaza i dokaza suprotne strane, te se na taj način podstiče nagodba stranaka čime se okončava spor, što je krajnji cilj reaktivističke države.

pravo koje pravilom 16 Federalnih pravila o krivičnom postupku reguliše ovu oblast, dok s druge strane Američko advokatsko udruženje (American Bar Association – ABA) nameće široku obavezu otkrivanja informacija. Savezne države se priklanjaju ili jednom ili drugom rešenju, s tim što većina država sledi smernice Američkog advokatskog udruženja, ili se nalazi negde na sredini.

Što se drugog pitanja tiče, obaveza odbrane na otkrivanje informacija nastala je znatno kasnije i manjeg je obima. Međutim, danas je u zemljama *common law* pravnog sistema uobičajena pojava postojanja dužnosti prethodnog obelodanivanja informacija od strane odbrane. Sredinom XX veka, često se tvrdilo da pravo optuženog da uskrati svako iskazivanje državnim organima u cilju izbegavanja samooptuživanja (privilegija protiv samooptuživanja) zabranjuje svako odstupanje od tradicionalnog pravila da se od odbrane ne zahteva da obelodani informacije pre suđenja. Međutim, sudovi su postepeno sužavali navedenu privilegiju tako što ona više ne obuhvata inkriminišuće dokumente, već samo pravo okrivljenog da država ne može da ga primora da svedoči protiv sebe. Sada sve američke jurisdikcije zahtevaju da optuženi pre suđenja obavesti tužilaštvo o određenim odbranama – alibiju, neuračunljivosti i često samoodbrani. Pored toga, odbrana, kao i tužilaštvo, pre suđenja mora da saopšti informacije o veštacima ili naučnim analizama koje će koristiti na suđenju (Brown, 2018, pp. 13-14). Što se tiče Engleske, Zakonom o krivičnom postupku i istragama iz 1996. uvedena je obaveza odbrane da otkrije informacije optužbi, te je time otkrivanje postalo „dvosmerna ulica“ (Pajčić, 2009, p. 73). Obaveza odbrane ogleda se u tome što mora da preda sudu i tužilaštvu pisanu izjavu u kojoj će u kratkim crtama navesti prirodu odbrane, na primer odbrana alibijem, i na čemu se zasniva takva odbrana.⁵

Kada su u pitanju učinci razmene informacija, Damaška (2007, pp. 8-9) napominje da nije realno očekivati da će razmenom informacija stranke dobiti jasnu sliku o rezultatima istrage protivne strane. Ističe da je teško navesti osobe koje se spremaju za sukob oprečnih činjeničnih hipoteza da saraduju u toku rasprave, pa su stoga nesklone da „otkriju karte“ pre tog odlučujućeg procesnog stadijuma. Autor dalje navodi tri razloga za navedeni stav. Prvo, strane u postupku prikazuju informacije do kojih su došle što sažetije, izostavljajući važne detalje, posebno kada je reč o sadržaju iskaza potencijalnih svedoka. Drugo, ne postoji obaveza razmene svih prikupljenih informacija, što posebno važi za odbranu. Treće, strane u postupku su sklone odugovlačenju ispunjenja obaveze razmene informacija zbog bojazni da će ranijim otkrivanjem dokaza povećati izgled protivničke strane za uspeh u sporu.

Damaška (1973, p. 534) takođe ukazuje da nije teško zaključiti da ograničenja koja se postavljaju prilikom otkrivanja informacija otežavaju posao „američkom optuženom“ da opovrgne dokaze tužioca i da se na taj način indirektno smanjuje dokazno opterećenje tužilaštva. Dalje, on navodi da je tačno da se ovom zaključku može suprotstaviti tvrdnja da iznenađenje može takođe da uznemiri i tužilaštvo i da su obe strane podjednako pogođene ograničenjima obelodanivanja dokaza. Čini se, međutim, da je tužilac u takvom položaju favorizovan u odnosu na optuženog. Goldstein (1960, p. 1192) navodi

⁵ Više o otkrivanju informacija u engleskom pravu i posebno o obavezi odbrane na otkrivanje informacija vidi u radu Pajčića (2009, pp. 79-84).

da razlog leži u činjenici da je pretkrivično otkriće tužilaštva dalekosežno i da ne može u bilo kojem smislu da se upoređi sa onim što je na raspolaganju optuženom. On ističe da iako okrivljeni može da pozove na suđenje dotad neotkrivenog svedoka ili da se pozove na neku od teorija odbrane, prilika za iznenađenje je praktično iluzorna kada se imaju u vidu široka državna istražna ovlašćenja, kao i to da u mnogim državama postoji zahtev da se okrivljeni o odbrani alibijem i neuračunljivošću posebno izjasni. Na osnovu navedenog dolazi se do zaključka da okrivljeni nije efektivni učesnik pretkrivičnog postupka.

3. Upoznavanje sa spisima predmeta prema Zakoniku o krivičnom postupku Republike Srbije

Ostvarivanjem prava na uvid u spise predmeta, okrivljeni dobija aktivnu ulogu, iz „objekta istrage“ prelazi u subjekt krivičnog postupka (Tintor, 2015). Obelodanjivanje dokaza omogućava osumnjičenom i njegovom braniocu da odluče da li da predlože preduzimanje još nekih dokaznih radnji ili dopunu istrage (Ilić *et al.*, 2018, p. 800).

Prema čl. 251, st. 1 Zakonika o krivičnom postupku (dalje: ZKP) okrivljeni, odnosno osumnjičeni koji je saslušan po odredbama o saslušanju okrivljenog i njegov branilac imaju pravo da razmatraju spise i razgledaju prikupljene predmete koji služe kao dokaz. Zakonikom je takođe propisano da je javni tužilac dužan da osumnjičenom koji je saslušan i njegovom braniocu omogućiti da u roku dovoljnom za pripremanje odbrane razmotre spise i razgledaju predmete koji služe kao dokaz. U slučaju da je više lica osumnjičeno za krivično delo, razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz može se odložiti dok javni tužilac ne sasluša poslednjeg osumnjičenog koji je dostupan (čl. 303, st. 1 ZKP). Dakle, iz navedenih zakonskih odredaba proizlazi sledeće.

Prvo, okrivljeni i njegov branilac ne mogu u predistražnom postupku i istrazi da razmatraju spise i razgledaju predmete koji služe kao dokaz pre nego što je okrivljeni saslušan. U slučaju neposrednog podizanja optužnice ili vođenja skraćenog postupka, iz niza zakonskih odredaba proizlazi da tada, nakon podizanja optužnog akta, saslušanje okrivljenog nije uslov za uvid u spise predmeta (Ilić *et al.*, 2018, p. 277). Kada govorimo o predistražnom postupku i istrazi, okrivljeni ima pravo da uvek, u najkraćem roku, pre prvog saslušanja, detaljno i na jeziku koji razume bude obavešten o delu koje mu se stavlja na teret, o prirodi i razlozima optužbe, kao i da sve što izjavi može da bude korišćeno kao dokaz u postupku (čl. 68, st. 1, tač. 1 ZKP). Članom 33, st. 1 Ustava RS propisano je da svako ko je okrivljen za krivično delo ima pravo da u najkraćem roku, u skladu sa zakonom, detaljno i na jeziku koji razume, bude obavešten o prirodi dela za koje se tereti i razlozima optužbe, kao i o dokazima prikupljenim protiv njega. Dakle, Ustav nalaže da okrivljeni osim o prirodi dela i razlozima optužbe treba da bude obavešten i o dokazima koji su protiv njega prikupljeni.⁶ Iako u ustavnoj odredbi nije izričito navedeno da okrivljeni treba da bude obavešten o dokazima pre prvog saslušanja,

⁶ Pravo okrivljenog da pre prvog saslušanja bude obavešten i o dokazima koji su protiv njega prikupljeni garantovano je i čl. 4, st. 1, tač. 1 ZKP/2001.

to proizlazi iz dela odredbe koja nalaže da se obaveza ima izvršiti u najkraćem roku, a iz odredbe takođe proizlazi da se to treba izvršiti zajedno sa obaveštavanjem o prirodi dela za koje se okrivljeni tereti i razlozima optužbe. Po logici stvari sva ta obaveštenja daju se okrivljenom pre prvog saslušanja, što Zakonik ne omogućava kada su u pitanju prikupljeni dokazi.

Neposredno pre prvog saslušanja okrivljeni i njegov branilac mogu da pročitaju samo krivičnu prijavu, zapisnik o uviđaju i nalaz i mišljenje veštaka (čl. 68, st. 1, tač. 6 ZKP). U krivičnoj prijavi mogu, ali ne moraju, biti nabrojani određeni dokazi koji su prikupljeni, dok se njihova sadržina nalazi u prilogima krivične prijave. Međutim, u praksi se okrivljenom ne dozvoljava da izvrši uvid u priloge krivične prijave. Prema ranije važećem Zakoniku o krivičnom postupku (dalje: ZKP/2001), pored navedenog, branilac je mogao da pročita i zahtev za sprovođenje istrage (čl. 74, st. 2). Na taj način okrivljeni i branilac imali su uvid u podatke o dokazima na kojima javni tužilac zasniva osnovanu sumnju i o dokazima čije pribavljanje predlaže (Ilić *et al.*, 2018, p. 275).

Kakav je značaj činjenice da okrivljeni pre prvog saslušanja ne može da izvrši uvid u sadržinu dokaza koji su protiv njega prikupljeni? Važno je napomenuti da okrivljeni tokom prvog saslušanja može da se brani ćutanjem, a kasnije u toku postupka iznese svoju odbranu. Ukoliko se okrivljeni opredeli za „aktivnu“ odbranu tokom prvog saslušanja, svakako da mu činjenica da nema pravo na uvid u sadržinu dokaza, a nekad ni u broj dokaza kojima tužilac raspolaže, otežava da osmisli strategiju odbrane koju će izneti na saslušanju. U praksi se može desiti da pre saslušanja, mimo uviđaja i veštačenja kada okrivljeni ima pravo na uvid u zapisnik o uviđaju, odnosno nalaz i mišljenje veštaka, nisu preduzete druge dokazne radnje ili je preduzeta tek poneka.⁷ S druge strane, u konkretnom slučaju moguće je da je javni tužilac preduzeo i brojne druge dokazne radnje pre saslušanja okrivljenog. Pogotovo ako su u pitanju krivično delo iz delokruga javnog tužilaštva posebne nadležnosti ili krivična dela gde je moguće preduzeti posebne dokazne radnje, okrivljeni pre prvog saslušanja neće imati predstavu o dokazima kojima tužilaštvo raspolaže, te u praksi nije retka situacija da se okrivljeni pri prvom saslušanju brane ćutanjem. Na osnovu navedenog, može se pretpostaviti da je namera zakonodavca bila da optužbi pruži određenu prednost u informacijama u odnosu na okrivljenog (Pajčić, 2010, p. 45), kao i da spreči lažno kazivanje okrivljenog.

Drugo, razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz javni tužilac treba da omogućiti okrivljenom u roku koji je dovoljan za pripremanje odbrane. Dakle, razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz slede posle saslušanja okrivljenog, u roku koji diskreciono određuje javni tužilac, a koji formalno mora biti dovoljan za pripremanje odbrane. Pri tome treba imati u vidu da javni tužilac nema formalnu obavezu da okrivljenog sasluša u predistražnom postupku ili na samom početku istrage, već radnju saslušanja može sprovesti po sopstvenom nahođenju u momentu koji smatra najpogodnijim. Ranije

⁷ Primera radi, ako su pre saslušanja izvršene dokazne radnje pretresanja ili oduzimanja predmeta, okrivljeni je tu po pravilu bio prisutan ukoliko se radi o njegovim prostorijama, ukoliko je on pretresan ili se od njega oduzima predmet. Međutim, uglavnom je okrivljeni pravno neuka osoba koja ne može da proceni značaj preduzete dokazne radnje ili da li je radnja preduzeta u skladu sa zakonom, a možda u konkretnom slučaju nema branioca ili branilac nije prisustvovao preduzimanju navedenih dokaznih radnji. Isto tako, moguće je da je pretresanje izvršeno u odsustvu okrivljenog, da su pretresane prostorije drugog lica ili drugo lice, ili je predmet oduzet od nekog drugog lica, npr. saučesnika.

je okrivljeni saslušan od strane istražnog sudije nakon što javni tužilac podnese zahtev za sprovođenje istrage, a pre nego što sudija o tom zahtevu odluči (čl. 243, st. 2 ZKP/2001). Nakon toga, okrivljeni i njegov branilac mogli su da ostvare uvid u spise predmeta i razgledaju prikupljene predmete koji služe kao dokaz, do čega je dolazilo na samom početku istrage. Ipak, iako dokaznu radnju saslušanja okrivljenog prema važećem ZKP-u nije obavezno sprovesti na samom početku istrage, odnosno u predistražnom postupku, u praksi po pravilu to jeste jedna od prvih dokaznih radnji. Razlog za to je što pri saslušanju može doći do potpunog ili delimičnog priznanja, a što je od važnosti za odluku tužioca da eventualno sklopi sporazum sa okrivljenim, da zna koje činjenice okrivljeni osporava, odnosno šta sve mora da dokaže drugim dokaznim sredstvima.

Ukoliko javni tužilac osujećuje pravo okrivljenog na uvid u spise predmeta tako što izbegava da ga sasluša, okrivljeni ima na raspolaganju dve mogućnosti. Okrivljeni može podneti prigovor neposredno višem javnom tužiocu zbog nepravilnosti u toku istrage, a ukoliko prigovor bude odbijen, okrivljeni može podneti pritužbu sudiji za prethodni postupak. S obzirom na to da nije propisana sankcija za javnog tužioca ukoliko ne postupi po nalogu neposredno višeg javnog tužioca, odnosno sudije za prethodni postupak, niti sudija za prethodni postupak može sam ispraviti ove nepravilnosti, okrivljeni zapravo ne poseduje efektivno sredstvo kojim se može suprotstaviti javnom tužiocu.

Pored toga, okrivljeni može, u cilju da izdejstvuje pristup spisima predmeta, predložiti sopstveno saslušanje. Zanimljiva bi bila situacija kada bi se okrivljeni u toj situaciji branio ćutanjem, iako je sam predložio svoje saslušanje. Javni tužilac nije dužan da usvoji dokazni predlog okrivljenog, te u slučaju da odbije dokazni predlog ili o njemu ne odluči, okrivljenom ostaje da sudiji za prethodni postupak podnese predlog za preduzimanje dokazne radnje saslušanja okrivljenog. Ukoliko sudija za prethodni postupak usvoji predlog, naložiće javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju i odrediće mu rok za to. Kao i u prethodnom slučaju, ne postoji sankcija za javnog tužioca ukoliko se ogлуši o naređenje sudije za prethodni postupak.

U određenim situacijama javni tužilac neće biti u mogućnosti da prolongira saslušanje okrivljenog. Javni tužilac je dužan da sasluša lice koje je policija uhapsila zbog postojanja određenog razloga za određivanje pritvora, kao i lice uhapšeno pri izvršenju krivičnog dela (čl. 293, st. 2 ZKP). Takođe, u istrazi, sud je dužan da sasluša okrivljenog pre nego što donese rešenje o određivanju pritvora, odnosno izuzetno nakon donošenja rešenja o pritvoru u roku od 48 časova od časa hapšenja, u slučajevima predviđenim Zakonikom (čl. 212, st. 2, 4 i 5).⁸

Treće, pravo na uvid u spise predmeta može biti odloženo onda kada je osumnjičeno više lica da je izvršilo krivično delo, dok javni tužilac ne sasluša poslednjeg osumnjičenog koji je dostupan.⁹ Ovo pravo omogućava javnom tužiocu da po potrebi vrši manipulacije

⁸ Evropski sud za ljudska prava zauzeo je stav da ukoliko se radi o licu koje je lišeno slobode, ono mora imati pravo na uvid u spise predmeta. U suprotnom će postojati povreda čl. 5, st. 4 Evropske konvencije jer Sud mogućnost uvida u spise predmeta sagledava kao pravo na saznanje o informacijama koje su značajne za donošenje odluke o zakonitosti pritvaranja. Vidi presude *Garcia Alva v. Germany*; *Lietzow v. Germany*; *Schöps v. Germany*; *Lamy v. Belgium*.

⁹ Prema praksi ESLJP, nije suprotno Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava da tužilac u situaciji kada je više lica osumnjičeno za krivično delo odloži razmatranje spisa i razgledanje predmeta sve dok poslednji osumnjičeni koji je dostupan ne bude saslušan. Vidi presudu *Jasper v. United Kingdom*.

kako bi prolongirao ispunjenje obaveze da omogući okrivljenima da izvrše uvid u spise predmeta. Primera radi, ukoliko je okrivljeno pet lica da su izvršili određeno krivično delo, javni tužilac može saslušati četvoricu i preduzeti brojne druge dokazne radnje, da bi tek na kraju istrage saslušao poslednjeg okrivljenog čiji mu je iskaz od najmanjeg značaja. Za sve to vreme nijedan okrivljeni ne može da izvrši uvid u spise predmeta.¹⁰

Što se tiče opsega dokaza s kojima je tužilac dužan da upozna odbranu, postavlja se pitanje da li se obaveza obelodanjivanja dokaza odnosi i na one dokaze koji idu odbrani u prilog.¹¹ Ako pođemo od jezičkog tumačenja normi koje uređuju ovo pitanje, dolazimo do zaključka da je tužilac dužan da omogući odbrani uvid u sve dokaze koje je prikupio. Pored toga, tokom istrage, javni tužilac ima svojstvo stranke koja prikuplja dokaze i na štetu i u korist okrivljenog. Ako je propisana obaveza javnog tužioca da prikuplja i dokaze koji idu u prilog odbrani, onda je pretpostavka da je intencija zakonodavca bila i da upozna odbranu sa takvim dokazima. Najzad, razlozi pravičnosti tako nešto nalažu.¹²

3.1. Obelodanjivanje dokaza javnom tužiocu od strane odbrane

Zakonik o krivičnom postupku daje mogućnost okrivljenom i njegovom braniocu da sakupljaju određene dokaze i materijal u korist odbrane (čl. 301).¹³ Članom 303, st. 3 Zakonika propisano je da su osumnjičeni koji je saslušan i njegov branilac dužni da po prikupljanju dokaza i materijala u korist odbrane (čl. 301) obaveste javnog tužioca o tome i da mu pre završetka istrage omoguće razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz. Na ovaj način okrivljeni se praktično primorava da saraduje s javnim tužiocem.¹⁴

¹⁰ Tako, na primer, okrivljeni u istrazi mogu prisustvovati ispitivanju svedoka gde se očekuje da odbrana postavlja određena pitanja svedoku, a da prethodno nisu prisustvovali ispitivanju drugih svedoka niti izvršili uvid u spise predmeta.

¹¹ Primera radi, ukoliko javni tužilac ispita svedoka pod pretpostavkom da će njegov iskaz potkrepiti optužbu, pa se ispostavi da iskaz ide u prilog odbrani, javni tužilac bi trebalo da obelodani i takav dokaz okrivljenom ukoliko odbrana nije prisustvovala ispitivanju svedoka.

¹² Prema praksi ESLJP-a, tužilac je dužan da upozna odbranu i sa dokazima koji joj idu u prilog jer je to deo kontradiktornog postupka i obaveza je tužioca da sve dokaze učini dostupnim odbrani u roku koji će im omogućiti pripremu za suđenje. Vidi presudu *Edwards & Lewis v. United Kingdom*. Isti stav zauzet je i u predmetu *Rowe & Davis v. United Kingdom*, ali je istom odlukom zauzet stav da to pravo nije apsolutno te da može biti ograničeno ukoliko postoje suprotstavljeni interesi kao što su nacionalna bezbednost, potreba da se zaštite svedoci od osvete ili da se ne otkriju tajne policijske metode. Takođe je istaknuto da sve teškoće koje su prouzrokovane odbrani ograničenjem njenih prava moraju u dovoljnoj meri biti uravnotežene kasnijim postupcima sudskih tela.

¹³ Članom 301, st. 2 tač. 1 propisano je da okrivljeni i branilac mogu da razgovaraju s licem koje im može pružiti podatke korisne za odbranu i da mogu od tog lica da pribavljaju pisane izjave i obaveštenja, uz njegovu saglasnost. Stavom 3 navedenog člana propisano je da se navedeno pravo ne odnosi na oštećenog i na lica koja su već ispitana od strane policije ili javnog tužioca. Ukoliko je predmet postupka krivično delo iz delokruga nadležnosti posebnog javnog tužilaštva, a okrivljenom nije bio upućen poziv da prisustvuje ispitivanju određenog lica niti je ostvario uvid u spise predmeta, pitanje je kako će on znati da je određeno lice već ispitano od strane javnog tužioca ili policije.

¹⁴ Zanimljiv je primer Italije, kao evropske zemlje, gde Zakon o krivičnom postupku omogućava braniocu okrivljenog da sprovodi istragu u ograničenom vidu. Međutim, iako je usvojen sistem stranačkih istraga po uzoru na jurisdikcije *common law* sistema, Zakon je zadržao institut uvida u spise predmeta. Nakon što javni tužilac i branilac okončaju svoje istrage, dužni su da sačine zapisnike i beleške koji čine spise predmeta. Međutim, dok je javni tužilac dužan da u svoj spis predmeta unese sve istražne radnje koje je sproveo, branilac ima pravo da u svoj spis predmeta unese samo one radnje koje idu u prilog odbrani. Dakle, s obzirom na to da branilac sam odlučuje šta će uneti u svoj spis, jasno je da takav spis neće biti od velike koristi javnom tužiocu (Pajčić, 2009, p. 86).

Ovakva obaveza okrivljenog suprotna je pravu okrivljenog da se brani ćutanjem jer je srć tog prava da okrivljeni ne iznosi bilo kakve ćinjenice i dokaze u postupku. To Ńto je okrivljeni prikupio odrećene dokaze, odnosno Ńto ih poseduje, u skladu s pravom da se brani ćutanjem, ne implicira obavezu da takve dokaze ućini dostupnim javnom tućiocu. Takoće, s obzirom na to da je teret dokazivanja na javnom tućiocu i s obzirom na postojanje pretpostavke nevinosti, nije pravilno zahtevati od okrivljenog da podnosi bilo kakve dokaze. Pored toga, ukoliko bi se obaveza okrivljenog da obelodani dokaze iz ćl. 303 ZKP-a shvatila Ńiroko, tako da obuhvata i obelodanjivanje dokaza koji ne idu u prilog odbrani, takva obaveza okrivljenog bila bi u suprotnosti s privilegijom okrivljenog da sam sebe ne optućuje. Mećutim, s obzirom na to da se ceo ćl. 301, na koji upućuje ćl. 303, odnosi na prikupljanje dokaza i materijala u korist odbrane, onda se i obelodanjivanje dokaza moće odnositi samo na one koji idu odbrani u prilog (Ilić *et al.*, 2018, p. 803).

Jedina situacija kada bi nametanje ove obaveze išlo odbrani u prilog jeste kada bi na osnovu takvih dokaza koji idu u prilog odbrani, a koje je odbrana obelodanila javnom tućiocu, javni tućilac odlućio da ne podigne optućnicu. Isto tako, s obzirom na to da bi ti dokazi bili prikljućeni spisima predmeta, te izvedeni na glavnom pretresu, sud bi mogao na osnovu takvih dokaza da utvrdi odrećenu ćinjenicu koja ide u prilog odbrani ćak i ako se, primera radi, okrivljeni, koji je pravno neuko lice a nema branioca, ne pozove na odrećenu ćinjenicu. U tom smislu treba napomenuti da je u teoriji i praksi sporno da li sud moće samoinicijativno utvrdivati neku ćinjenicu koja ide u prilog odbrani. Zakonske odredbe izrićito dozvoljavaju da sud u odrećenim situacijama odredi pribavljanje dopunskih, tj. novih dokaza ili da takav nalog da stranci, ali ne govore o utvrdivanju ćinjenica mimo stranaćke inicijative. U odrećenim slućajevima razlozi pravićnosti bi nalagali da sud ćinjenićno interveniŃe, ali samo u korist okrivljenog.¹⁵ Razlog za to leći u ćinjenici da „o ’ravnopravnosti orućja’ ne moće biti govora kada s jedne strane imamo pravno obućenog javnog tućioca, a s druge strane okrivljenog bez branioca ili sa nezainteresovanim ili ’nesposobnim’ braniocem“ (Bajović, 2013, p. 260).

Napomenimo i to da zakonodavac nije propisao sankciju za okrivljenog ukoliko ne ispuni svoju dućnost iz ćl. 303. Nije reć o bezazlenoj odredbi jer moće doći do toga da javni tućilac odbijanje „saradnje“ faktićki sankcioniŃe sopstvenom nefleksibilnoću u pogledu odrećivanja odrećenih rokova (Ńkulić & Ilić, 2012, p. 64).

U vezi sa ovom obavezom okrivljenog, kao i pravilom da je odbrana dućna da predloći izvoćenje svih dokaza koji su joj poznati joŃ na pripremnom roćiŃtu, proizlazi da zakonodavac onemoćućava odbranu iznenaćenjem.¹⁶

¹⁵ ViŃe o dokaznoj aktivnosti suda mimo stranaćke inicijative vidi Bajović (2013, pp. 259-261).

¹⁶ Tako i Tintor (2015). Primera radi, u Hrvatskoj, prilikom iznoŃenja uvodnih izlaganja, branilac moće izjaviti da će odbrana svoj govor odrćzati nakon izvoćenja dokaza koje je predloćio tućilac, a optućeni se ispituje na kraju dokaznog postupka, osim ako on drukćije ne zahteva (ćl. 417, st. 1, ćl. 417a, st. 5 Zakona o kaznenom postupku Republike Hrvatske). Slićno tome, u Republici Srpskoj, na poćetku glavnog pretresa, nakon Ńto javni tućilac iznese dokaze na kojima zasniva optućnicu, okrivljeni i njegov branilac mogu, ali ne moraju da iznesu koncept odbrane (ćl. 275, st. 2 i 3 Zakona o krivićnom postupku Republike Srpske).

3.2. Uvid oštećenog u spise predmeta

Članom 251 ZKP-a propisano je da i oštećeni, oštećeni kao tužilac i privatni tužilac imaju pravo da nakon što su ispitani izvrše uvid u spise predmeta i razgledaju prikupljene predmete koji služe kao dokaz. Dakle, oštećenom može biti uskraćeno pravo na uvid u spise predmeta sve dok ga javni tužilac ne ispita kao svedoka, što može biti i na samom kraju istrage.

Bajović (2018, p. 549) ističe da dodatni problem nastaje u slučaju podizanja neposredne optužnice jer je tu oštećenom uvid u spise predmeta uskraćen do njegovog ispitivanja u svojstvu svedoka na glavnom pretresu, a od tog oštećenog se očekuje da predlaže dokaze, ukazuje na činjenice i aktivno učestvuje u postupku. Postavlja se pitanje da li se sistematskim tumačenjem zakonskih odredaba može doći do zaključka, kao što smo došli do takvog zaključka u pogledu okrivljenog, da uslovljavanje uvida u spise predmeta saslušanjem važi samo u istrazi. Primera radi, ako se od oštećenog na pripremnom ročištu očekuje da predloži da se određeni dokazi izvedu na glavnom pretresu, da li to implicira da zakonodavac podrazumeva da je oštećenom omogućen uvid u spise predmeta? S druge strane, treba imati u vidu da bi upoznavanjem sa spisima predmeta pre davanja iskaza na glavnom pretresu kredibilitet iskaza oštećenog bio doveden u pitanje jer je upoznat s drugim dokazima te može da „podešava“ svoj iskaz, a sve u cilju osude okrivljenog. Za razliku od sadašnjeg zakonskog rešenja, ZKP iz 2006. nije uskraćivao pravo oštećenom da izvrši uvid u spise predmeta dok ne bude ispitao kao svedok, pa se nisu javljale ovakve dileme.

4. Zaključak

Analizom anglosaksonskog modela otkrivanja dokaza i analizom odredaba ZKP-a Republike Srbije dolazi se do uvida da bez obzira na to što je reč o različitim modelima postupaka, s drugačijim mehanizmima obelodanjivanja dokaza, u suštini postoje slični problemi i dileme. Tako se postavljaju pitanja u vezi sa obavezom otkrivanja dokaza koji idu u prilog odbrani, obavezom na strani odbrane da upozna tužioca s prikupljenim dokazima, odugovlačenjem i neispunjavanjem obaveza od strane stranaka. Dakle, dolazimo do zaključka da se bez obzira na različitu koncepciju instituta obelodanjivanja dokaza javljaju slični problemi, što je posledica činjenice da su u oba modela postupka, anglosaksonskom i evropskokontinentalnom, javni tužilac i okrivljeni dve suprotstavljene strane koje teže ostvarivanju sopstvenih interesa. Stoga ne možemo apriorno govoriti o tome koja koncepcija obelodanjivanja dokaza je superiorna, jer je ona pre svega uslovljena modelom postupka, a od uticaja je i tradicionalni način regulisanja tog pitanja. Potrebno je u okviru svake koncepcije naći najbolja rešenja pomenutih problema.

U zemljama *common law* pravnog sistema u kojima nije zastupljeno načelo materijalne istine, već je akcenat na „dokaznom dvoboju“ stranaka, prvobitno nisu postojala pravila o obelodanjivanju dokaza. Međutim, s vremenom se iskristalisao stav

da je u svrhu traganja za istinom potrebno utvrditi određena pravila o obelodanjivanju dokaza, posebno imajući u vidu da su istražne mogućnosti države nadmoćne u odnosu na mogućnost okrivljenog da sprovodi istragu u svrhu svoje odbrane. Međutim, kako bi se tužiocu olakšao teret dokazivanja, obelodanjivanje dokaza je postalo „dvosmerna ulica“. Ipak, zbog nepostojanja obaveze razmene svih prikupljenih informacija, kao i zbog sklonosti stranaka da odugovlače sa ispunjenjem svoje obaveze i da informacije prikazuju što sažetije, stranke neće dobiti jasnu sliku o rezultatima istrage protivne strane. U takvoj situaciji tužilaštvo je u boljem položaju jer je po prirodi stvari nadmoćno nad okrivljenim u pogledu mogućnosti pribavljanja informacija pre suđenja.

Kada govorimo o kontinentalnoevropskim zemljama, gde istragu sprovodi državni organ, uvidom u spise predmeta okrivljenom se omogućava da sagleda „rezultate“ predistražnog postupka i istrage. Drugim rečima, okrivljeni dolazi do saznanja koje je dokaze javni tužilac pribavio. Na taj način okrivljenom se omogućava da ostvari jedno od svojih osnovnih prava, a to je da izabere pravac i način svoje odbrane i da iznese odbranu. S obzirom na to da je našim Zakonikom propisano da u predistražnom postupku i istrazi okrivljeni ne može izvršiti uvid u spise predmeta pre saslušanja, u praksi dolazi do toga da se okrivljeni pri prvom saslušanju najčešće brane ćutanjem.

Može se zaključiti da je intencija našeg zakonodavca bila da pri prvom saslušanju dâ prednost u pristupu informacijama javnom tužiocu u odnosu na odbranu i onemogućiti okrivljenog da svoj iskaz „podešava“ u skladu s dokazima kojima tužilac raspolaže. Takva zakonska odredba narušava načelo jednakosti oružja, a sporna je i sa aspekta ustavnosti. Ustav propisuje da javni tužilac mora okrivljenog u najkraćem roku da obavesti i o dokazima koji su protiv njega prikupljeni. Što kasnije dođe do ostvarivanja prava na uvid u spise predmeta, okrivljeni ima manje vremena da osmisli svoju odbranu. Formalno, javni tužilac ima obavezu da okrivljenog upozna sa spisima predmeta u roku dovoljnom za pripremanje odbrane, međutim, stvar je diskrecione ocene tužioca koliki taj rok treba da bude. Dakle, s obzirom na to da se zakonodavac odlučio da dâ prednost u pristupu informacijama javnom tužiocu pri prvom saslušanju, onda bi bar umesto „roka dovoljnog za pripremanje odbrane“ trebalo propisati tačno određen rok nakon saslušanja, u kome je javni tužilac obavezan da okrivljenom omogućiti uvid u spise predmeta. Pretpostavka je da šanse odbrane za uspeh u sporu rastu ako pravovremeno sazna za dokaze kojima javni tužilac raspolaže, pogotovo onda kada su dokazi koji potkrepljuju optužbu „klimavi“. Vešti branioci pažljivom analizom postojećih dokaza mogu uočiti protivrečnosti ili određena neslaganja među dokazima, ali ukoliko je dokazni materijal jako obiman, za tako nešto potrebno je određeno vreme. Pored toga što javni tužilac može da vrši manipulacije u pogledu vremena kada će okrivljenom omogućiti uvid u spise predmeta, pitanje je da li će se u spisima predmeta naći i prikupljeni dokazi koji idu u prilog odbrani. Stoga bi bilo pravično uspostaviti zakonsku obavezu za tužioca da i dokaze koji idu okrivljenom u prilog priloži u spise predmeta.

Kada je u pitanju obelodanjivanje dokaza u korist tužioca, odnosno upoznavanje tužioca sa materijalom i dokazima koje je okrivljeni prikupio tokom istrage, takvo nametanje „saradnje“ okrivljenog suprotno je pravu na odbranu ćutanjem, pravilu

o teretu dokazivanja i pretpostavci nevinosti. Zbog toga bi trebalo ukinuti zakonsku obavezu okrivljenog i branioca da upoznaju javnog tužioca s materijalom i dokazima koje su prikupili. Kada se ovoj obavezi doda pravilo da je okrivljeni dužan da na pripremnom ročištu predloži izvođenje svih dokaza koji su mu u tom trenutku poznati, jasno je da zakonodavac onemogućava odbranu iznenađenjem. Drugim rečima, intencija je da javnom tužiocu što ranije bude poznato na koji način okrivljeni namerava da se brani i kojim dokazima će potkrepiti svoju odbranu.

Zakonikom nisu propisane nikakve mere ukoliko okrivljeni ne izvrši svoju obavezu da upozna tužioca s prikupljenim dokazima i materijalima, a ukoliko javni tužilac ne postupa u skladu sa svojom obavezom da omogući okrivljenom uvid u spise predmeta u roku dovoljnom za pripremanje odbrane, propisane mere nisu efektivne. Dakle, pitanje je koliko će savesno i jedna i druga strana izvršiti svoje obaveze i „otkriti karte“ drugoj strani kada ih na glavnoj raspravi očekuje dokazno nadmetanje, a pravovremeno otkrivanje informacija svakako uvećava šanse za uspeh suprotne strane.

Literatura

- Bajović, V. 2013. Teret dokazivanja u krivičnom postupku. U: Ignjatović, Đ. (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji III deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 246-264.
- Bajović, V. 2018. O položaju oštećenog u krivičnom postupku. *Pravni život*, 9, pp. 543-562.
- Brown, D. 2018. Evidence Disclosure and Discovery in Common Law Jurisdictions. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 25, pp. 1-25.
- Daggett, D. 1967. Doctrine of Discovery in Criminal Law Procedure. *North Dakota Law Review*, 43(2), pp. 333-350.
- Damaška, M. 1973. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. *University of Pennsylvania Law Review*, 121(3), pp. 506-589.
- Damaška, M. 1986. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press.
- Damaška, M. 2007. O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog postupka. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, 14(1), pp. 3-14.
- Goldstein, A. 1960. The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure. *Yale Law Journal*, 69(7), pp. 1149-1199.
- Ilić, G. et al. 2018. *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: JP Službeni glasnik.
- Ivičević Karas, E. 2007. Okrivljenikovo pravo da ispituje svjedoke optužbe u stadiju istrage kao važan aspekt načela jednakosti oružja stranaka u kaznenom postupku (u povodu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Kovač protiv Hrvatske). *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, 14(2), pp. 673-694.
- Norton, J. 1970. Discovery in the Criminal Process. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 61(1), pp. 11-38.
- Pajčić, M. 2009. Otkrivanje informacija i dokaza između stranaka u kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, 16(1), pp. 61-98.

- Pajčić, M. 2010. Pravo okrivljenika na uvid u spis predmeta tijekom prethodnog kaznenog postupka u pravnim sustavima nekih europskih država i praksi Europskog suda za ljudska prava. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, 17(1), pp. 25-52.
- Škulić, M. 2018. *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Škulić, M. & Ilić, G. 2012. *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije: Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad“*. Beograd: Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije.
- Trechsel, S. 2005. *Human Rights in Criminal proceedings*. Oxford University Press.
- Vasiljević, T. 1964. *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Beograd: Naučna knjiga.
- Yaroshevsky, E. 2011. Prosecutorial Disclosure Obligations. *Hastings Law Journal*, 62(5), pp. 1321-1347.

Internet izvori

- Tintor, J. 2015. Novi ZKP - Osnovni problemi odbrane. Dostupno na: <https://blog.aks.org.rs/wp-content/uploads/2015/11/osnovni-problemi-odbrane.pdf>, (30.9.2019).

Pravni izvori

- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.
- Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 70/2001 i 68/2002 i *Službeni glasnik RS*, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - dr. zakon, 49/2007, 20/2009 - dr. zakon i 72/2009.
- Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 152/2008, 76/2009, 80/2011, 121/2011, 91/2012, 143/2012, 56/2013, 145/2013, 152/2014, 70/2017, 126/2019 i 126/2019.
- Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, br. 53/2012, 91/2017 i 66/2018.
- Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.
- Giles v. Maryland*, 386 U.S. 66 (1967).
- Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963).
- Jasper v. United Kingdom*, Application no. 27052/95, 2000, 16 February 2000.
- Edwards&Lewis v. United Kingdom*, Application no. 39647/98, 40461/98, 3 November 2004.
- Rowe&Davis v. United Kingdom*, Application no. 28901/95, 16 February 2000.
- Garcia Alva v. Germany*, Application no. 23541/94, 13 February 2001.
- Guy Jaspers v. Belgium*, Application no. 8404/78, 14 December 1981.
- Lamy v. Belgium*, Application no. 10444/83, 30 March 1989.
- Lietzow v. Germany*, Application no. 24479/94, 13 February 2001.
- Schöps v. Germany* Application no. 25116/94, 13 February 2001.

Natalija M. Živković, MA

PhD Student, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

e-mail: *nataly.zivkovic@gmail.com*

DISCLOSURE OF EVIDENCE IN PRE-TRIAL PROCEEDINGS AND INVESTIGATION

Summary

Disclosure of evidence to the defendant and defense counsel during pre-trial proceedings and investigations is important for the defendant to be able to devise a defense strategy and to suggest the taking of other evidentiary actions during the investigation. In European Continental States, where an investigation is conducted by a public authority, the defendant is introduced to the evidence collected by examining the case files. In the Anglo-Saxon legal system, where there is no formal investigation, there are rules governing when a party is required to disclose evidence and other information to another party.

Serbian Criminal Procedure Code stipulates that in pre-trial proceedings and investigations the defendant can not inspect the case files before the hearing. It can be concluded that the intention of the legislator was to give priority to the public prosecutor over the defense at the first hearing and to prevent the defendant from “adjusting” his testimony in accordance with the evidence that prosecutor has. Formally, the public prosecutor has an obligation to inform the defendant of the case files within a sufficient time to prepare the defense. However, it is a matter for the prosecutor’s discretion as to how long that time limit should be. When it comes to familiarizing the prosecutor with the material and evidence gathered by the defendant in the course of the investigation, such imposition of the defendant’s “cooperation” is contrary to the right to a defense by silence, the rule on the burden of proof and the presumption of innocence.

Keywords: disclosure of evidence, access to files, investigation, defense issues.

Primljeno: 31.1.2020.

Prihvaćeno: 9.3.2020.

O POLITIČKOJ POZADINI RANE SRPSKE RECEPCIJE FRANCUSKE SOCIOLOŠKE ŠKOLE I METODA U PRAVU

Sažetak

Cilj rada je da rasvetli političku pozadinu kritike kojoj je srpska teorija državnog prava početkom XX veka izložila francusku sociološku školu i metod. Polazna pretpostavka je da upravo ta kritika najbolje razotkriva konzervativno lice srpske teorije državnog prava Slobodana Jovanovića, Živojina Perića i njihovih učenika. Zasnovana na pojmovima društvene svesti kao izvora prava, te stvaralačke uloge sudova i slobodnog naučnog istraživanja prava, sociološka škola bila je nespojiva s etatističkim i elitističkim licem srpske teorije državnog prava – zagovornice snažne države kao jedine suverene vlasti pozvane da proizvodi pravo. Time rad ne doprinosi samo boljem razumevanju uslova i dometa recepcije sociološkog metoda u srpskoj pravnoj nauci već i kritičkoj analizi njenog ideološkog utemeljenja.

***Ključne reči:** sociološka škola, sociološki metod, srpska teorija prava, konzervativizam, etatizam.*

1. Uvod

Prema sociološkoj teoriji, daleko od svakog voluntarizma, zakonodavne tendencije bi trebalo da prate društveni život posmatran u svojoj neprekidnoj evoluciji, zbog čega se naučni metod, upravo onaj sociološki, nameće kao privilegovan pristup ne samo pravne teorije već i pravne prakse. U suštini, radi se o nekoj vrsti „sociologizovanog“ jusnaturalizma koji društveno pravo pretpostavlja pozitivnom, uz novinu da i prvo, a ne samo drugo, smatra evolutivnom kategorijom koja u različitim društvenim prilikama i epohama može sugerisati različita normativna rešenja. Osnovna politička konsekvencija sociološke teorije, naročito naglašena u Digijevom radu, jeste da društveno pravo, čija se sadržina može egzaktno utvrditi empirijskim praćenjem spoljnih manifestacija kolektivne svesti, ograniči voluntarizam zakonodavca. Volja društvene mase, a ne otuđene političke elite, mora biti glavni vektor zakonodavne vlasti. Promocijom te demokratske teorije, Digi se direktno suprotstavio klasičnom pojmu suverenosti države kao suverenosti zakonodavne vlasti.

* Doktor pravnih nauka, docent na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, Srbija, e-mail: bozicmr@gmail.com

2. Država versus društvo

A upravo ta Digijeva namera objašnjava svu oštrinu kritike i odlučno odbacivanje njegove misli kod vladajuće srpske pravne i političke teorije na prelazu vekova – teorije pravne države i državnog prava, branjene u delima Slobodana Jovanovića, Živojina Perića i njihovih učenika.¹ Jer, čak i ako je bio spreman da prizna objektivni uticaj društvene svesti na rad zakonodavca, Slobodan Jovanović (1990, p. 13 i dalje) nikada nije išao tako daleko da poslednjeg potpuno potčini prohtevima mase. Naravno, to odbijanje lako se može objasniti njegovim osnovnim metodološkim usmerenjem – etatizmom njegove pravne teorije: da bi ostao veran konceptu državnog prava, on nije mogao tolerisati uljeze u svom sistemu. Zato „društvena svest“ sociološke škole kod Slobodana Jovanovića nije mogla proći bolje od „narodne svesti“ nemačke istorijsko-pravne škole. Kako on objašnjava, proizvodi narodne svesti, kao rezultati intuitivne spoznaje običajnog prava, po sebi nemaju nikakvu pravnu vrednost. Čak i ako je narodna svest kadra da izrodi neke običaje, ona nije kadra da državnoj vlasti nametne obavezu njihove primene (Jovanović, 1990, p. 56). U stvari, ono što Jovanović nikako ne može prihvatiti jeste sama polazna tačka sociološkog teorijskog rezonovanja: ideju da društvo prethodi državi i štaviše uslovljava njen nastanak i rad. Za njega, poći od društva da bi se objasnila država duboko je pogrešna metodološka orijentacija. U svojoj kritici Digijeve teorije, Jovanović konstatuje da se tu radi samo o jednom novom izrazu stare teorije prirodnog prava i društvenog ugovora, ovog puta prilagođene zahtevima savremene sociologije:

„Po prirodno-pravnoj teoriji, državi su prethodili pojedinci čija je svest izmislila jedan pravni poredak, kome se državna organizacija morala prilagoditi, ako je htela da bude opravdana. Po teoriji koju je Dugi sklopio državi je prethodio društveni život sa jednom svešću o zajedničkim interesima, koja se kristalisala u pravnim pravilima, – i državna organizacija da bi dobila pravni karakter, mora se prilagoditi tom pravnom poretku koji je od nje nezavisan“ (Jovanović, 1990, p. 104).

Drugim rečima, nije sama društvena svest kao nosilac opšteg interesa ta koja muči Slobodana Jovanovića. To je pre svega ideja da se ona jednako javlja kod svih članova društva. Za jednog konzervativnog autora, uvek nepoverljivog prema uticaju masa na državnu politiku, slična konstatacija bila je neprihvatljiva. Hoćemo reći da je pre Jovanovićev elitizam negoli njegov etatizam taj koji ga je u stvari naveo na odbacivanje teorije društvenog prava. Ili, još bolje, to odbacivanje navodi nas da odemo korak dalje i konstatujemo da je etatizam njegove političke teorije u stvari logička posledica njegovog

¹ Što naravno nikako ne znači da ona nije imala i svoje pristalice, pre svega u liku i delu Đorđa Tasića (vidi npr. Tasić, 1934 i Tassitch, 1935) i drugih autora poput Fedora Nikića (vidi Nikić 1920) ili danas već sasvim zaboravljenog Milana Markovića i njegove pariske teze *La doctrine sociale de Duguit, ses idées sur le syndicalisme et la représentation professionnelle* iz 1933. godine (vidi Markovitch, 1933). Istovremeno, postojala je i paralelna, manje poznata i slabo istražena recepcija Ženijevih ideja čiji je najbolji predstavnik predratni docent subotičkog pravnog fakulteta Miodrag Tucaković i njegova pariska teza *Élaboration Scientifique du Droit positif dans la conception de François Géný – essai critique* iz 1938, kao i niz njegovih radova posvećenih ovoj temi (vidi: Tucaković 1936; 1940a i 1940b).

elitizma, tj. straha od naroda kao političkog činioca (Božić, 2014).

Veran istoj liniji mišljenja, dakle onoj zastupljenoj u teoriji državnog prava, Živojin Perić je preneo postulate ove doktrine u civilistički diskurs kako bi se suprotstavio idejama društvenog prava u materiji privatnog prava. Njegov je cilj bio isti kao i Jovanovićev – spasti koncept snažne države kojem je pretila konkurentna suverenost društva i njegovog prava. Kao i Jovanović, Perić je baštinik modernog racionalizma pravnih škola XIX veka. Njegova filozofija je jasna: nema prava mimo države kao jedinog mogućeg titulara suverene zakonodavne vlasti. Kao i kod Jovanovića, ta konzervativna pozicija uparena je s opreznim liberalizmom, po kojem se parlamentarizam zasnovan na vladavini zakona i podeli vlasti podrazumevao po prirodi stvari. Stoga je Digijeva teorija i prema Periću jedna čisto socijalistička ideja, štaviše revolucionaran politički program, i to pre svega zbog negiranja tradicionalnog pojma subjektivnih prava. Perić piše:

„[...]ovo što predlaže Škola [Digijeva - MB]: ‘svojina kao socijalna funkcija’ nije, kao što vidimo, ništa drugo nego socijalistička odnosno kolektivistička doktrina, ništa drugo, dakle, nego predlog da se sadašnje individualističko-buržoasko društveno uređenje zameni uređenjem kolektivističkim (to je već učinjeno u sovjetskoj Rusiji)[...]“ (Perić, 1934, p. 364)².

Ono po čemu su se dva patrijarha srpske teorije prava razlikovala bila su njihova bojna polja. U stvari, dok se Jovanović borio protiv Digija i njegovog revizionizma u ustavnom pravu, Perić je branio drugu liniju fronta nastupajući protiv sociološkog metoda i evolucionističkog tumačenja, kreativne uloge sudova, običaja i slobodnog naučnog istraživanja prava Fransoa Ženija i obrtanja tradicionalnog pojma zakona i načela podele vlasti. Tako se Perićeva apologija pravne države, za razliku od Jovanovića, ne tiče direktno zakona, već pre pitanja njegove primene, dakle sudskih odluka koje iz njega proizlaze. Drugim rečima, ako je i kod Perića suverena vlast zakonodavca ideja koja se brani, to se pre svega čini osporavanjem njene konkurencije, dakle kreativne uloge sudova.

Odmah na početku treba uzeti u obzir jednu tačku u kojoj se Jovanović i Perić razilaze. Naime, Jovanović je insistirao na razlikovanju efikasnosti i važenja norme, smatrajući da njeno važenje proizlazi iz činjenice da je ona sankcionisana od strane države bez obzira na njenu stvarnu primenu. U jasno normativističkom maniru, Jovanović nije priznavao efikasnost kao kriterijum važenja pravne norme. Kao, uostalom, ni Perić. Ipak,

² Mada treba priznati da u nastavku svoje kritike Digija on pre svega teži jednoj metodološkoj diskvalifikaciji. Prema Periću, svaka naučna rasprava mora se oslanjati na pozitivne pojmove i baviti se tim pojmovima, koji su po prirodi *de lege lata*, dok su Digijeve ideje pre ideološki koncepti koji se udaljavaju od pravne stvarnosti i stupaju u jedan neodređen i nesiguran prostor politike. Tako prema Periću, Digijeva pozicija jedva da je pravnička u strogom smislu reči, jer je pojam subjektivnog prava bazičan već zbog same činjenice što postoji kao element aktuelnog sistema individualističkog prava. Eto zašto se, polazeći s jednog savršeno pozitivističkog gledišta kakvo je Perićevo, pojam subjektivnog prava čini savršeno logičan i nesporan. Pitanje njegove korisnosti i njegove valjanosti ne tiče se doktrine, i Digijevi zaključci su diskvalifikovani kao vrednosni sudovi čiji značaj, kao i značaj svakog drugog suda, ostaje relativan. Subjektivno pravo je jedan realan pojam. „Pitanje je samo je li [taj pojam – M. B.] društveno dobar, pitanje koje se ne postavlja jedino tu nego kod svakog zakona [...] Teškoća je samo ta: da li se zna šta je ovde dobro i korisno? To zavisi od shvatanja (nem. *Weltanschauung*): naime, da li smo za individualističko ili kolektivističko društveno uređenje[...]?“ (Perić, 1934, p. 364).

za ovog stručnjaka građanskog prava, efikasnost, iako bez značaja za pretpostavljeno postojanje pravne norme, ostaje njen *raison d'être*: „Naime, pravo je jedan društveni pojam i kao takav potpuno je beskoristan ako ostane u teorijskoj ravni, dakle ako se ne izvršava. Pravo je jedno živuće biće, baš kao i društvo, dakle nije mrtvo slovo na papiru: a pravo koje bi bilo mrtvo slovo na papiru je isto što i pravo koje uopšte ne bi postojalo“ (Perić, 1935, p. 229 i dalje). Važenje i postojanje pravne norme kod Perića nisu sinonimi, jer norma koja bi ostala prazno slovo na papiru ne bi ni postojala. *A contrario*, da bi mogla postojati, norma bi morala biti primenjena, dakle efikasna. Ipak, to razilaženje dvaju teoretičara ostaje čisto teorijske prirode i ne predstavlja prepreku na putu komunikacije između njihovih dveju teorija, koje, na kraju krajeva, brane isti cilj. Uostalom, Perić se približava Jovanoviću ističući značaj sankcije kao obaveznog dela norme. Jer neko pravilo predstavlja pravnu normu upravo zato što ju je sankcionisala vlast koja je pozicionirana iznad adresata norme, vlast koja putem ove sankcije osigurava poštovanje norme i garantuje poslušnost u slučaju njenog kršenja. „Dakle, ono što omogućava ostvarivanje prava, to je sankcija, sankcija koju samo država može pripisati“ (Perić, 1935, p. 230 i dalje). U tom smislu, norma je pravna norma zato što je sankcionisana, a budući da je može sankcionisati samo država, pravo mora biti jedan čisto etatičan fenomen. Iako je uveo sankciju da bi osigurao primenu norme, a ne da bi objasnio njeno važenje ili njeno objektivno postojanje, Perić je ipak na kraju završio sa istim zaključkom kao i Jovanović: pravna norma postoji isključivo kao državna norma.

Ali ako se Perićev metodološki put razlikovao od Jovanovićevog, to je zato što se njegova motivacija nije kretala oko pitanja stvaranja opštih normi, dakle oko zakona, već oko njihove primene u praksi sudova. Za Perića, istinska pretnja po zakon kao garant ličnih sloboda potiče od ideje slobodnijeg tumačenja uloge sudova. Takođe, prema njegovom mišljenju, reč je o jednoj duboko pogrešnoj ideologiji.

Prema Periću, vernom klasičnom, tradicionalnom i ustaljenom konceptu liberalnog konstitucionalizma, sudija ne predstavlja ništa drugo do usta zakona, on je pre jedan ekspert u službi zakonodavca negoli istinski protagonist pravnog sistema. Ipak, zaštita ličnih sloboda tiče se ne samo zakonodavca već je i zadatak sudija koje su dužne da korektno slede volju prvog. I upravo se ta tradicionalna slika pravnog sistema našla pod pretnjom ideje prava koje se stihijski oslobađa iz društvenog života i koje, u slučaju nepostojanja odgovarajućeg zakona, dakle pravne praznine, sudija mora da otkrije kako bi nadomestio zakonodavčev propust.³

U tom smislu, Perićevo protivljenje novim tendencijama u pravnoj nauci – kao što je uvođenje običaja među formalne izvore prava, što čini Ženi, ili evolutivno

³ Ovde zaslužuje da se pomene i jedno unekoliko drugačije gledište, ono koje je zastupao Lazar Marković, načelno se slažući s Perićem, pri čemu je njegova kritika evolucionog tumačenja bila iznijansiranija i manje neprijateljska. U stvari, Lazar Marković ističe metodološku razliku između dvaju bitno različitih pitanja: s jedne strane, onog o zaostajanju pozitivnog prava u odnosu na društvenu evoluciju, a s druge strane, pitanja o tehničkom rešenju ovog problema. Prema Markoviću, „osnovna ideja evolucionizma nema veze sa pitanjem, ko će da opaža i ocenjuje taj evolucionizam, ko će da konsakrira pravo proučavanjem društva i društvenih prilika i da li taj posmatrač i stvaralac prava treba i može da bude i primenjivač prava. Iz izlaganja G. Perića izlazi, da su to dva, jedan drugim uslovljena momenta, dok mi mislimo da je veza između njih mnogo slabija, tako da ne dopušta ove zaključke koje je pisac izveo“ (Marković, 1909, p. 425).

tumačenje Građanskog zakonika, koje je zagovarao Salej – naizgled se previše ne razlikuje od sličnih protivljenja drugih pozitivista⁴ njegovog vremena. Ubeđen u racionalnu superiornost zakona, on po definiciji pribegava konceptualnoj jurisprudenciji kako bi razjasnio zakonske odredbe koje su manje jasne ili premostio pravne praznine. Međutim, istančanija analiza Perićevog diskursa lako razotkriva da njegov rigidni pozitivizam ne teži zaštititi zakona – čija mu je nesavršenost dobro poznata i on je nikada i ne poriče – već njegovog tvorca, dakle racionalnu državu i njen suverenitet. Naime, po Periću je nezamislivo prihvatiti postojanje društva-zakonodavca, tvorca običaja-zakona, jer je zakonodavstvo isključiva nadležnost suverene vlasti, dakle države i samo države:

„Suverenitet je jedan apsolutni pojam, on ne toleriše ograničenja i podele, i reći da postoje dva suvereniteta na istoj teritoriji, države i društva, bi značilo da nema ni jedne [...] Prema tome, budući da je država suverena, društvo to ne može biti, a ako država nije propisala, na osnovu svoje suverenosti, da i društvo takođe može donositi zakone u formi običaja – što bi bio propis koji ne bi onemogućio državu da ostane jedini suveren – običajno pravo bi se moglo formirati, pojedinci bi mu se morali pokoravati, ali bi mu nedostajala sankcija: što znači da ga pravosuđe nikada ne bi primenjivalo. Uostalom, na državi je da odluči u kojoj meri će društvo snabdeti vlašću stvaranja pravnih običaja“ (Perić, 1935, p. 233 i dalje).

Važno je primetiti da istinska meta ovog osporavanja običaja kao emanacije objektivnog prava društvenog porekla nije običaj sam po sebi. Tačnije, opasnost na koju se upozorava nije društveno pravilo koje bi predstavljalo konkurenciju zakonu, niti ideja da se njime zamene zakonske odredbe koje je vreme pregazilo. Perićeva meta je kvazizakonodavna vlast društva. Drugim rečima, Perić ne brani stara rešenja Srpskog građanskog zakonika protiv pokušaja njegove promene putem društvenih pravila, kao što je to bilo s njegovim francuskim kolegama. Naprotiv, on brani koncept snažne države shvaćene kao jedine vlasti nadležne za stvaranje zakona, tačnije kao jedinog nosioca suverenosti. Tako francuska dilema *društveno pravilo* versus *Građanski zakonik* u srpskom slučaju biva dekodirana kao *društvo* versus *država*.⁵

3. Suvereni zakonodavac versus sudija sociolog

Ta tačka gledišta postaje još očiglednija ako se uzme u obzir Perićev stav prema školi evolutivnog tumačenja. Kao pozitivista, Perić nije mogao nekritički da prihvati

⁴ Ovdje i u tekstu koji sledi pod pozitivizmom podrazumevamo teoriju koja pozitivno pravo identifikuje isključivo kao pravo koje stvara država. Drugim rečima, razumemo ga kao sinonim za neku vrstu pravnog etatizma prema kojem je država jedini izvor celokupnog prava.

⁵ Pored već pomenutog razloga, dakle odbrane pojma državnog zakona kao zaštitnika uspostavljenog i stabilnog pravnog poretka i kao najbolje garancije individualnih prava i sigurne barijere protiv pretnji od novog despotizma, treba primetiti još jednu stvar. Srpski građanski zakonik iz 1844. nije bio ništa drugo do jedna verzija austrijskog građanskog zakonika. Prema nekim autorima, poput Živana Spasojevića, tumačenje se u velikoj meri oslanja na novele austrijskog zakonodavca i rezultate austrijske jurisprudencije.

Salejeve ideje i ideje drugih autora tzv. naučne škole. Ipak, ostajući veran modernom racionalizmu kao svom osnovnom metodološkom usmerenju, on se pokazao fleksibilniji i manje neprijateljski nastrojen prema novoj sociološkoj tendenciji. To se može iskazati i ovako:

„G. Perić u celoj svojoj karijeri ostaje dosledan ovoj misli. Ali ona ne predstavlja celo njegovo naučno shvatanje. U pravu, sem teksta vezanog za zakonodavca, postoji i ona druga strana koja ima svoj direktni izvor u društvu i u faktičkim situacijama [...] Ta strana prava nije ostala nimalo nepoznata G. Periću i može se reći, ako je on u početku svoje delatnosti dobrim delom izraziti pozitivista, naročito iz pomenutih razloga, vezanih za našu zemlju, u njemu se vremenom sve većma razvija osećanje i misao o jednom širokom obuhvatu pravne materije, o prodiranju u pravo ne samo kroz tekst, kao izraz prošlosti, nego i težnja da se vodi računa o sadašnjosti i neposrednoj budućnosti“ (Spasojević, 1938, p. 12).

Na sličan način, Perićev odnos prema sociološkom metodu opisuje i ceni i Đorđe Tasić (1938, pp. 21–22).

Perić zapravo uopšte nije bio klasičan pozitivista, već jedan od onih autora otvorenih prema novom sociološkom metodu, sve dok ovaj poslednji ne dovodi u pitanje zakon kao odraz suverenosti države! Zato je za njega neprihvatljivo pribegavanje evolutivnom tumačenju u slučaju pravne praznine koja se odnosi na društveni odnos kakav nije bio regulisan zakonom, ali je postojao u vreme kada je vršena kodifikacija, dok je ovaj model tumačenja sasvim prihvatljiv kada su u pitanju društveni odnosi za koje zakonodavac nije znao u trenutku rada na zakonu.⁶ Ono što se čini odlučujućim jeste aktuelnost neregulisanog društvenog odnosa u trenutku kodifikacije: ako dakle tog odnosa u tom trenutku nema, mora se smatrati da ga je pretpostavljena suverena volja uzela u obzir te da je on zapravo prećutno regulisan u smislu da zakon sadrži njegovo implicitno rešenje; ali ako odnos nije postojao u tom trenutku, ni suveren nije mogao da se izjasni i praznina je, prema tome, stvarna. Drugim rečima, državna suverenost je apsolutna i sveprisutna, ona se odnosi na celokupnu stvarnost bilo na eksplicitan ili implicitan način: međutim, ona se ne može izraziti u obliku zakona u vezi s nečim što ne postoji. Eto zašto se, po našem mišljenju, Perić zalagao za jedan takav pristup: to je zato što bi u prvom slučaju evolutivno tumačenje predstavljalo konkurenciju rezultatima suverenog rada države-zakonodavca, dok u drugom te opasnosti nema. Naime, u prvom slučaju, zakonik već sadrži tekstove koji se odnose na prazninu, dakle tekstove koje možemo pronaći ili koristiti putem analogije ili drugih interpretativnih metoda kako bismo prevazišli praznine. Naprotiv, u drugom slučaju ne postoji nikakav zakonski tekst, dakle bilo kakva ikad izražena suverena volja.

Zato je upravo Perićeva teorija tumačenja ta koja bi trebalo da privuče najviše pažnje. Perić je zapravo pokušao sačiniti sopstvenu teoriju koja je težila konačnom

⁶ Naprotiv, Lazar Marković nije pravio ovu suptilnu razliku jer je, prema njegovom mišljenju, evolucionistička škola doprinela opštem napretku upravo „time što je dala sudiji vlast, da slučajevne koje zakonodavac nije raspravio, reši s obzirom na celokupno socijalno stanje odnosnog vremena“ (Marković, 1909, p. 425).

izmirenju racionalističkog tumačenja stare škole zakonskog pozitivizma s evolutivnim tumačenjem sociološke škole. Kao što je Živan Spasojević dobro primetio, njegov profesor Perić nije bio neprijateljski raspoložen prema uvođenju sociološkog metoda prilikom tumačenja prava, već je pre bio nepoverljiv prema njenoj prekomernoj upotrebi i opasnosti koju ona predstavlja za suverenost državnog zakonodavca, podelu vlasti koja tu suverenost garantuje i, na kraju krajeva, samu državu. Evolutivno tumačenje postaje sasvim prihvatljivo kada se ta pretnja ukloni.

Naime – i to je Perićeva osnovna zamisao – ako uvek i nema preciznog zakonskog teksta, uvek ima zakonodavne vlasti. Ta zakonodavna vlast neprekidno postoji, a zakon je samo jedna među njenim emanacijama, zaustavljena u prostoru i vremenu:

„Pošto je zakonodavac suverena vlast, to onda ne može biti ni jednoga trenutka a da ta vlast ne funkcioniše, ne dela, jer bi protivno značilo da bi bilo momenata kada države ne bi bilo, a specijalno u onim intervalima, često dugim, kada zakonodavac ne donosi zakone. Međutim, niko ne može tvrditi da, između dva momenta u kojima zakonodavna vlast radi, tj. pravi zakone, nema države“ (Perić, 1921, p. 334).

Zato Perić veruje da se može poći od fikcije prema kojoj zakonodavna vlast čije se delovanje preklapa sa suverenošću države aktivno deluje bez prestanka, pa dakle i u trenutku pojave novih društvenih odnosa koji do tada nisu bili poznati niti predviđeni aktuelnim zakonom. To znači da zakonodavac ima „sigurnu i nesumnjivu, iako prećutnu, virtuelnu“ (Perić, 1921, p. 334) volju u vezi s tim novim odnosima. Postoji jedino tehnički problem: ta volja nigde nije eksplicitno izražena. Zato Perić predlaže da se u iščekivanju njenog eksplicitnog izraza u formi konkretnog zakona ta virtuelna volja izrazi i primeni u delovanju sudija (1921, p. 334). Sudija bi, kao zakonodavčev delegat, te odnose regulisao na isti način kako bi to uradio i zakonodavac jer bi postupao na isti način. Zapravo, prema toj pretpostavci, sudija bi, baš kao i zakonodavac u slučaju neke buduće kodifikacije, pošao od identičnih elemenata – od društvenog života i prilika u kojima su ti odnosi inicijalno stvoreni (Perić, 1921, p. 334). Treba primetiti da kod Perića polazna tačka u rezonovanju sudija nije zakonik, kao što je tražila tradicionalna egzegeza, već društvena činjenica. Zato su ti zaključci samo naizgled bliski zaključcima Perićevih francuskih savremenika i rešenju švajcarskog građanskog zakona, te ih zato i treba tumačiti drugačije: *Dalje od Zakonika i bez Zakonika* nova je formula koju predlaže Perić (1921, p. 335).

S jedne strane, jasno je i nesumnjivo da je Perić prihvatio suštinu naučnog i sociološkog metoda. S druge strane, međutim, njeno političko opravdanje je pre konzervativno – uprkos nedostatku kakvog superzakonskog teksta koji bi pokrивao sve društvene odnose, neprekidno postoji zakonodavna vlast suverene države čiju bi volju sudija trebalo da sledi. U oba slučaja, jednako se radi o istraživanju čiji je cilj utvrđivanje suverenove volje. Razlika je samo u tome što u prvom slučaju to istraživanje sprovodi zakonodavac, a u drugom sudija. Ipak, budući da obojica postupaju na isti način – sledeći egzaktne i precizne metode baš kao u naučnim istraživanjima, do razilaženja u njihovim

rezultatima ne može doći. Tako kod Perića sociološki metod odnosi prevagu uz poštovanje osnovnih postulata pravne države, dakle ideje državnog prava i načela podele vlasti.⁷

Uostalom – i to je naročito indikativno – Perić objašnjava da razlika između tih dvaju pristupa, dakle između klasične škole i sociološkog metoda, nikako nije kvalitativna već čisto formalna. Ako uopšte i postoji, ona je pre svega na strani njihovih ideoloških upotreba negoli na nivou njihovih metodoloških procedura: „[...] dok po jednoj školi sudija vezuje svoje odluke za zakon, nalazeći im u ovome izvora i podloge, dotle u drugoj školi, sudija izvodi svoje odluke iz samoga života i životnih prilika, život i prilike determinisane opštim razvićem (evolucijom) društva“ (Perić, 1921, p. 340). Međutim, u oba slučaja, podvlači Perić, norma na kojoj se zasniva sudijina odluka isključivo je njegova sopstvena konstrukcija. Razlika se odnosi samo na način njenog opravdanja jer sudija u prvom slučaju smatra neophodnim da tu svoju konstrukciju predstavi ne kao svoje delo, već kao delo nekog višeg entiteta: u prvom slučaju ovaj tobožnji autoritet je zakon, a u drugom društvo (Perić, 1921, pp. 340 i dalje)⁸.

4. Zaključak

Konzervativno lice srpske teorije državnog prava Slobodana Jovanovića, Živojina Perića i njihovih učenika najbolje razotkriva njena kritika francuske sociološke škole. Zasnovana na pojmovima društvene svesti kao izvora prava, te stvaralačke uloge sudova i slobodnog naučnog istraživanja prava, ta škola bila je nespojiva s etatičkim profilom srpske teorije pravne države i državnog prava, tj. zagovaranjem snažne države zamišljene kao jedine suverene vlasti pozvane da proizvodi pravo. Zato se francuska nedoumica u pogledu izbora između društvenog prava i pozitivnog zakona u Srbiji tumačila pre kao pitanje izbora između suverenosti društva i suverenosti države.

Ali učenje sociološke škole nije odbačeno *en bloc*. Ako je Slobodan Jovanović nedvosmisleno odbacio ideju o kvazizakonodavnoj ulozi društva, Živojin Perić je oprezno prihvatio suštinu sociološkog metoda. Perić ga usvaja, ali uz konzervativno političko opravdanje – ako savršenog zakonskog teksta koji bi pokrivao sve društvene odnose nema, neprekidno postoji zakonodavna vlast suverene države i njenu bi volju sudija trebalo da sledi kada se suočava s pravnom prazninom. U oba slučaja – i kod eksplicitne zakonske norme i kod implicitne sudijske odluke – jednako se radi o istraživanju, tj. o

⁷ Ipak treba primetiti da je bilo i autora koji su njegovu metodologiju smatrali daleko otvorenijom za sociološke tendencije. Tako u svom gorenavedenom članku Đorđe Tasić smatra da je Perić jednako znao pribegavati sociološkom metodu kako bi objasnio poreklo zakonodavne norme kao i da bi rasvetlio neku drugu koja je nedovoljno jasna. U vezi s tim aspektom Perićevog rada i njegovog uvođenja socioloških elemenata pri tumačenju zakona Tasić kaže: „Ja to [ovu metodologiju – M. B.] ne mogu sebi drugače da objasnim nego da zakon ne sadrži jedno sigurno rešenje: on sadrži samo jedno verovatno rešenje, koje to ostaje, dokle god se ne nađu i razlozi izvan zakona da ga potvrde i podupru“ (Tasić, 1938, p. 22).

⁸ Važno je međutim istaći da Perić nije oduvek stajao na tom stajalištu i da je ono postepeno sazrevalo. Sociološki metod i evolutivno tumačenje Perić je u potpunosti odbacivao u svojim ranijim radovima posvećenim tom predmetu, kao na primer u članku „Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu“ iz 1907. (Perić, 2012 (1907), pp. 161–162).

utvrđivanju suverenove volje. Razlika je samo u tome što u prvom slučaju to istraživanje sprovodi zakonodavac, a u drugom sudija. A kako obojica postupaju na sličan način – istražujući potrebe društvene stvarnosti – otud ne može doći do razilaženja u njihovim rezultatima. Tako kod Perića sociološki metod stiže priznanje, ali samo uz poštovanje osnovnih postulata pravne države i državnog prava.

Literatura

- Božić, M. 2014. Slobodan Jovanović et la tradition du libéralisme doctrinaire serbe: Pour un changement du paradigme. *Cahiers balkaniques*, 42, pp. 365–396.
- Jovanović, S. 1990. *Država*. Beograd: BIGZ
- Marković, L. 1909. O evolucionizmu u pravu. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 6, pp. 416–426; 505–513.
- Markovitch, M. 1933. *La doctrine sociale de Duguít, ses idées sur le syndicalisme et la représentation professionnelle*. Paris: Éditions P. Bossuet.
- Nikić, F. 1920. Racijonalizam i socijologizam u pravu. *Društveni život*, 1/2, pp. 169–183.
- Perić, Ž. 1907. Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu. *Glas Srpske kraljevske akademije*, 74, pp. 122–267.
- Perić, Ž. 1921. *O školama u pravu*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
- Perić, Ž. 1934. Digijeva gledišta o subjektivnim pravima. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 29(5), pp. 361–368.
- Perić, Ž. 2012 (1907). Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu. U: Basta, D. (prir.), *Preobražaji ideje prava – jedan vek pravne filozofije na Pravnom fakultetu u Beogradu (1841–1941)*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 155–168.
- Perić, Ž. 1935. Quelques observations sur le problème des sources du Droit et la fonction de la loi. U: *Les sources du droit, in Recueil d'études en l'honneur de François Géný*. Knj. 2. Paris: Librairie Sirey Société Anonyme, pp. 227–252.
- Spasojević, Ž. 1938. Živojin Perić kao civilista. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 36(1-2), pp. 10–16.
- Tasić, Đ. 1935. Metode ili škole tumačenja. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 30(4), pp. 281–287.
- Tasić, Đ. 1938. Profesor Živojin Perić kao pravni filozof. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 36(1-2), pp. 16–23.
- Tassitch, G. 1934. L'idée du droit social. *Revue internationale de la théorie du droit*, 8, pp. 281–291.
- Tucaković, M. 1936. Škole o interpretaciji prava. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 33(6), pp. 543–559.
- Tucaković, M. 1940a. Pojam pozitivističkog pravnog pozitivizma i njegova kritika. *Pravosuđe*, 9/9-10, pp. 333–340; 9/11-12, pp. 401–414.
- Tucaković, M. 1940b. *Škola egzegeze i njena kritika*. Beograd: [s. n.].

Marko D. Božić, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law, Union University, Belgrade, Serbia

e-mail: *bozicmr@gmail.com*

ON POLITICAL BACKGROUND OF EARLY SERBIAN RECEPTION OF FRENCH SOCIOLOGICAL SCHOOL AND METHOD IN LAW

Summary

The aim of the paper is to shed light upon the political background of an early Serbian critic of French sociological school and method in law. Its working hypothesis is that this critic reveals a conservative character of Serbian *Staatrechts* theory advocated by Slobodan Jovanović, Živojin Perić and their followers. Based on the idea of social consciousness as a source of law, on judicial creativity and the free scientifically based legal research, the French sociological school stood clearly against statist and elitist mainstream of Serbian legal theory which idealized the State as the unique sovereign power in its capacity to create the law. This paper endeavors to contribute not only to a better understanding of the reception of sociological method in Serbia, but also to a critical analysis of the ideological foundation of the 20th century Serbian legal thought.

Keywords: sociological school, sociological method, Serbian theory of law, conservatism, statism.

Primljeno: 28.1.2020.

Pregledano: 9.3.2020.

FLEKSIBILIZACIJA RADNIH ODNOSA SA OSVRTOM NA RAD SA NEPUNIM RADNIM VREMENOM**

Sažetak

Funkcionisanje savremene ekonomije nametnulo je izmene u svim sferama društva, pa i u radnom pravu. Kao rešenje za nezaposlenost pojavio se institut fleksibilizacije, koji omogućava zaposlenom da se radnim vremenom i načinom obavljanja posla prilagodi potrebama poslodavca i uslovima na tržištu. U fleksibilnom obavljanju posla videla se ulaznica za tržište rada za teže zapošljive kategorije poput mladih i osoba sa invaliditetom, dok je majkama omogućeno da balansiraju između porodičnog života i karijere. Ovakav način rada nosi sa sobom brojne prednosti ali i mane, što je tema ovoga rada. Autorka je posebno proučavala ugovor o radu sa nepunim radnim vremenom, koji je sve učestaliji ugovor ove vrste, ukazujući na opasnost od diskriminacije ove kategorije radnika i potrebe za njihovom zaštitom.

Ključne reči: *fleksibilizacija, nepuno radno vreme, nezaposlenost, pomirenje porodičnih i profesionalnih obaveza.*

1. Uvod

Svetska ekonomska kriza praćena nezaposlenošću nametnula je novi režim radnih odnosa za većinu poslodavaca i zaposlenih koji su hteli da zadrže svoja radna mesta. U tom smislu, radno angažovanje u tradicionalnom smislu ustupa mesto fleksibilnim oblicima zapošljavanja. S druge strane, razvoj tehnologije smanjio je potrebu fizičkog prisustva zaposlenog na radnom mestu osam sati dnevno, te se poslovni zadaci završavaju kod kuće, u drugoj državi, čak na drugom kontinentu, bez formalnog nadzora poslodavca, u formi oblika rada koji izlazi iz kruga tradicionalnog. Fleksibilni oblici rada uzimaju sve više maha i zbog promenjenih društvenih okolnosti koje se tiču izmenjenih uloga na tržištu rada pa se ovakav način radnog angažovanja vidi kao dobar način da se određenim subjektima pruži mogućnost da se zaposle. Tokom godina promenila se uloga ženskog pola, koja više nije samo tradicionalna uloga majke i domaćice već i

* Diplomirani pravnik – master, istraživač pripravnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: j.rajic@iup.rs

** Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Srpsko i evropsko pravo - upoređivanje i usaglašavanje” (ev. br. 179031) koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

poslovne žene. Kako se sve više odustaje od patrijarhalnog modela porodice u kome je muž taj koji obezbeđuje egzistenciju porodice (engl. *breadwinner*), to je izlazak žene na tržište rada otvorio pitanje uklapanja poslovnih obaveza sa privatnim. Iskustvo velikog broja zemalja pokazalo je da fleksibilno radno vreme daje mogućnost ženi da bude majka, ali i žena sa karijerom. Za mlade koji prvi put zasnivaju radni odnos, fleksibilni oblici rada su često jedina ulaznica na tržište rada. Kako se do prvih radnih iskustava teško dolazi, fleksibilni oblici rada mogu često uticati na odluku poslodavca da u svoj radni kolektiv primi mlade ljude bez iskustva. Šansu za posao kroz fleksibilne oblike zapošljavanja pronalaze i osobe sa invaliditetom koje se neretko susreću sa brojnim predrasudama. Nestandardni oblici rada su prilika za ovu kategoriju zaposlenih da svoje znanje i sposobnosti pokažu na delu, da dokažu da nisu manje efikasni i da pribegavaju bolovanju zbog svog invaliditeta. Smatra se da bi se ovakvim načinom angažovanja doprinelo bržoj integraciji osoba sa invaliditetom u radni proces sa osobama koje nemaju invaliditet. I pored istaknutih prednosti fleksibilnog radnog odnosa, potrebno je istražiti i mane ovakvog načina radnog angažovanja, koje nesumnjivo postoje. Jedna od najčešće isticanih mana je ona da kvalitet i efikasnost zaposlenih na ovaj način opada, a samim tim i efikasnost posla kod poslodavca. Zbog društvenih okolnosti koje sve više zahtevaju fleksibilno radno angažovanje umesto standardnog, koje simbolizuje sigurnost, tema ovog rada ne prestaje da gubi na važnosti. Trendom fleksibilizacije bave se sve strukture društva – od državnih organa, preko ekonomista i pravnika do menadžera koji žele da unaprede svoju kompaniju, pokušavajući da pronađu onaj oblik fleksibilnog rada koji će i pored svih mana ovog fenomena rezultirati profitom. Aktuelnosti teme doprinosi sve veća zastupljenost fleksibilnog radnog odnosa i pravno normiranje. Stoga će u radu biti predstavljeni pojam fleksibilizacije, ključni faktori i uzroci nastanka fleksibilnog rada, prednosti i mane, uporedna rešenja, kao i regulisanje ovog instituta u srpskom pravu.

2. Trend zvani „fleksibilizacija“

Fleksibilizacija je postala svetski trend, i to duguje društvenim činiocima. Smatra se da je sve počelo od svetske ekonomske krize, koja je dovela do velike nezaposlenosti. U želji da se radna mesta sačuvaju, počelo se razmišljati o promenama koje bi se mogle napraviti u radnom odnosu. Tačnije, razmišljalo se o smanjenju troškova za poslodavca, koji je bio pogođen kriznim događajima. Drugi pak vide uzroke fleksibilizacije u globalizaciji, kao terminu koji označava podizanje poslovnih poduhvata na nadnacionalni nivo, uz izmeštanje robe, usluge, kapitala i informacija izvan države, uz pomoć transporta i komunikacije (Jašarević, 2012a, p. 175). Sve to dovodi do promene u shvatanju rada, ali i do drugačijeg pogleda na porodicu, obrazovanje. Neki od autora smatraju da je obavljanje određenih poslova usko povezano sa fleksibilizacijom i ličnim prilikama radnika pa će, na primer, oni koji se dodatno školuju biti u prilici jedino da obavljaju posao u okvirima fleksibilnog organizovanja (Golden, 2001, p. 52). Pominje se da je do fleksibilnih oblika rada dovela preterana zaštita zaposlenih, koja ih onemogućava da efikasno obavljaju

poslove za poslodavca. U teoriji pronalazimo pojam „eurosclerosis“, koji označava države Evropske unije koje su postale nekonkurentne zbog visokog nivoa zaštite zaposlenih, što onemogućava poslodavce da se prilagode novonastalim okolnostima na tržištu rada (Golden, 2001, p. 52). Zbog toga su usledile promene u radnopravnoj regulativi koje teže fleksibilizaciji, poput smanjenja troškova radne snage, preispitivanja pravne zaštite zaposlenih, fleksibilizacije radnih odnosa (Gotovac, 2003, p. 420). Takav pristup nije uvek bez posledica jer one direktno pogađaju prava zaposlenih. Prevazilaženje problema moguće je i zahvaljujući izmenama na strani poslodavca, tačnije promenama u organizaciji rada, što predlažu neki autori (Jašarević, 2012b, p. 27).

Uopšte uzev, fleksibilan rad možemo definisati kao rad koji se prilagođava procesima rada, zaposlenom i poslodavcu, prateći promene na tržištu rada. U teoriji su prisutne brojne definicije – fleksibilan rad definiše se kao „potreba da se optimiziraju brojni proizvodni odnosi, uključujući zaštitu radnika i kompanije od rizika, razvoj individualnih i kolektivnih potencijala i razvoj proizvodnih procesa“ (Supiot *et al.*, 1998-1999, p. 624). Drugi autor navodi da fleksibilnost mora da postoji „da bi se ispravile institucionalne i tržišne krutosti na tržištu rada, pri čemu preduzeća smanjuju troškove rada i vrše kvantitativno prilagođavanje“ (Standing, 1990, p. 49).

Ekonomisti govore o tri vrste fleksibilnosti: numeričkoj, funkcionalnoj i finansijskoj (Đorđević Boljanović & Dobrijević, 2014, p. 234), pri čemu funkcionalna fleksibilnost teži da poveća sposobnost radnika prilikom obavljanja poslova, numeričkom se postiže smanjenje troškova, dok se finansijska vezuje za sisteme plaćanja koji treba da omoguće fleksibilan pristup. Fleksibilnost na polju radnog prava ispoljava se kroz fleksibilnost radnog angažovanja, fleksibilnost radnog vremena i fleksibilnost organizacije rada (Jašarević, 2012a, p. 179).

Fleksibilnost radnog vremena i radnog angažovanja sastoje se u formiranju drugačijeg rasporeda rada i uopšte organizacije nauštrb koristi za zaposlenog ili za poslodavca. Upravljanje radnim vremenom i organizacijom za poslodavca može biti od koristi tako što će u dogovoru sa zaposlenim biti efikasnije završen posao i u dogovorenom roku. S druge strane, zaposleni od ovakvog oblika fleksibilnosti može imati koristi tako što će više vremena imati za porodicu ili dokolicu. U okviru fleksibilizacije radnog vremena i organizacije rada mogu se dogovoriti u vezi s početkom i završetkom radnog dana, obavljanjem dela posla kod kuće, skraćivanjem radne nedelje, kao i tzv. „banka sati“, pri čemu je zaposleni u obavezi da odradi dogovoren broj sati, ali sam bira dnevni, odnosno nedeljni broj sati kada će raditi (Jašarević, 2012a, p. 82). Fleksibilizacija radnog angažovanja najčešće je korišćeni oblik fleksibilizacije. Pod tim pojmom valja podrazumevati radno angažovanje zaposlenog koje predstavlja gotovo suprotnost u odnosu na tipičan radni odnos, koji podrazumeva stalnost i sigurnost, sa određenim radnim vremenom. Zato se ovakvi oblici zasnivanja radnog odnosa nazivaju i „atipičnim“. Njima je posvećen ostatak ovog teksta.

3. Fleksibilni radni odnos – prednosti i mane

Razloga za uvođenje fleksibilizacije je mnogo. Prednost koju pruža fleksibilan oblik rada može dovesti do smanjenja troškova poslovanja, što je najbitniji parametar kada je poslodavac u pitanju. Takođe, fleksibilan oblik rada može dovesti do smanjenja nezaposlenosti, što je jedan od ciljeva svakog društva. Ekonomisti najčešće ističu prednosti fleksibilizacije koja, u sprezi sa dostupnima tehnologije, može da utiče na cenu rada. Obavljanje poslova preko računara i elektronske pošte, posredstvom interneta, doprinosi uštedi vremena, smanjenju troškova i teži maksimalnoj iskorišćenosti radne snage, tvrde ekonomisti (Đorđević Bojanović & Dobrijević, 2014, p. 235).¹ Često se o fleksibilizaciji radnog vremena govori u sprezi sa zapošljavanjem, odnosno zasnivanjem radnog odnosa, ali se zaboravlja da bi ovakvo obavljanje poslova umnogome omogućilo i lakše penzionisanje (Delsen, 1990, pp. 139-157). Prestanak rada za zaposlenog iza koga su godine radnog iskustva mogu delovati depresivno i obeshrabrujuće. Postepeni prestanak rada daje prostora zaposlenima da se naviknu na činjenicu da se njihov radni vek završava, što posebno utiče na njihovu psihu. Ovakav način penzionisanja svakako doprinosi humanizaciji rada, koja je odlika radnog prava. Ne treba zaboraviti da fleksibilno zapošljavanje omogućava ulazak na tržište rada osobama sa invaliditetom, koje spadaju u kategorije koje se teže zapošljavaju. Ugovori koji sadrže fleksibilno radno angažovanje, poput ugovora o privremenim i povremenim poslovima, omogućavaju rad studentima, licima koja su bez iskustva i prvi put se nalaze u radnom okruženju. Ovakva vrsta radnog angažovanja dobija na važnosti ako znamo činjenicu da ogroman broj mladih ljudi odlazi iz države u potrazi za poslom. O tzv. „odlivu mozga“ sve više se govori kao o problemu balkanskih država i on obuhvata radno sposobno stanovništvo svih generacija i nivoa obrazovanja. Ugovor o radu sa nepunim radnim vremenom kao radni odnos mogao bi da omogući većem broju ljudi da obavlja određeni posao, čime oni stiču iskustvo ali i šansu da budu obavešteni o premeštaju na radno mesto sa ugovorom o radu na neodređeno ili određeno vreme. Autori ističu benefite ako se na jedno radno mesto umesto jednog zaposlenog zaposli njih dvoje sa nepunim radnim vremenom što bi im omogućilo upoznavanje sa poslom ali i ekonomsko osamostaljivanje (Bilbija, 2017, p. 750). Već pomenuti balans između privatnog i porodičnog života moguće je uspostaviti upravo fleksibilnim oblicima rada, jer će žena biti u prilici da radi, a da pri tome ne zanemari staranje o deci i domaćinstvu. Ovakav pristup poslu ohrabriće majke da od posla ne odustaju, a govori i o spremnosti društva da pomogne u sprečavanju diskriminacije žena na poslu i da podrži njihovu emancipaciju. Profesor Jašarević (2012a, p. 184) navodi da se ugovorom o radu sa nepunim radnim vremenom omogućava poslodavcu da se prilagodi promenama na tržištu rada koje mogu rezultirati

¹ Autorke u svom naučnom članku navode zanimljivu strategiju fleksibilnog rada jedne uspešne kompanije koja posluje na teritoriji Amerike, u tri grada koja su međusobno jako udaljena, a koja upošljava nekoliko stotina radnika. Zaposlenima je dozvoljeno da sami sebi odrede osmočasovno radno vreme, uz autonomiju da zbog bolesti izostaju s posla ili uzmu slobodan dan po potrebi. Poverenje menadžmenta i zaposlenih uspostavlja se stalnom dostupnošću zaposlenih posredstvom mobilnog telefona. Uspeh kompanije ogleda se u tome što se zaposlenima postavljaju kvartalni ciljevi, koje su u obavezi da ispune do postavljenog roka pod pretnjom otkaza, pri čemu zaposleni imaju potpunu autonomiju rada u smislu radnog vremena i mesta rada.

otkazima, i umesto da sa radnog mesta otpusti jednog radnika, dva lica mogu raditi sa nepunim radnim vremenom. S druge strane, treba imati u vidu da fleksibilizacija godi i poslodavcima. Zahvaljujući fleksibilnom radnom angažovanju, poslodavci su u prilici da se prilagode tržišnim uslovima, bilo da je u pitanju povećanje ili smanjenje potrebe za radnom snagom (Jašarević, 2012a, p. 184). Fleksibilan oblik rada može umanjiti broj osoba koje traže posao prema zvaničnim podacima nacionalnih službi za zapošljavanje, iako to ne pokazuje broj stalno zaposlenih lica, koja rade puno radno vreme. Tu je i produktivnost zaposlenih, za koju mnogi autori ističu da najviše dolazi do izražaja kod ovakvog oblika obavljanja posla jer su zaposleni odmorniji, efikasniji, ne izostaju s posla i radeći kraće od punog radnog vremena teže da sav svoj potencijal pokažu (Jašarević, 2012a, p. 184).

Kao i većina fenomena, ni fleksibilizacija nije ostala bez kritika u praksi. Fleksibilan način obavljanja posla dovodi do opadanja prava zaposlenih i stabilnosti zaposlenja. Iako omogućava ulaznicu na tržište rada, fleksibilizacija često nije put do sigurnog zaposlenja, već zaposleni koji rade fleksibilno ne dobijaju priliku da osiguraju svoje radno mesto. Povlačeći granicu između stalno zaposlenih i „fleksibilnih radnika“, potonji često ostaju bez mesta za napredovanje i usavršavanje. To vulnerabilne kategorije koje u praksi najčešće rade preko različitih oblika fleksibilnog rada čini još vulnerabilnijim (Jašarević, 2012a, p. 185). Samim tim, ova kategorija zaposlenih je posebno na meti radne eksploatacije. Uopšte uzev, budući da je fleksibilizacija suprotnost stabilnosti, fleksibilni radnici ne mogu da planiraju posao, razvoj karijere, a smanjena je i socijalna sigurnost, dok se u teoriji ističe stav da u ovakvim fleksibilnim ekonomijama slabi uticaj sindikata, što dodatno pojačava nesigurnost zaposlenja (Jašarević, 2012a, p. 184).

Druga grupa autora upozorava na porast neefikasnosti fleksibilnih radnika zbog nemogućnosti da razdvoje privatno i poslovno jer im savremena tehnologija omogućava obavljanje poslova od kuće, te proveravanje mejlova i dostupnost telefona mogu negativno uticati na posvećenost poslu (Đorđević Bojanović & Dobrijević, 2014, p. 233). Fleksibilizacija udružena sa savremenom tehnologijom gotovo sigurno dovodi do depersonalizacije odnosa zaposleni–poslodavac, što se vidi kao jedna od mana fleksibilizacije.

4. Fleksibilni radni odnosi u Srbiji

Fleksibilizacija radnih odnosa u srpskom pravu određena je kao cilj skoro deceniju nakon donošenja i stupanja na snagu Zakona o radu (dalje: ZOR). Potreba da radni odnosi funkcionišu i mimo granica tradicionalnog prepoznata je relativno kasno i prošla je kroz ogromne promene koje je pretrpeo zakon koji reguliše radne odnose u julu 2014. godine. Fleksibilizacija je prepoznata kao potreba da se „obezbedi zadovoljavanje potreba između poslodavaca i zaposlenih u uređivanju njihovih međusobnih odnosa“ (Bilbija, 2017, p. 746). Kako činjenice savremenog života i poslovanja zahtevaju promenu tradicionalnih stabilnih radnih odnosa, to u uporednom pravu nailazimo na široku listu fleksibilnih načina angažovanja zaposlenih: rad sa nepunim radnim vremenom,

rad na određeno vreme, privremeni povremeni poslovi, rad kod kuće, rad na daljinu, privremeno ustupanje radnika preko agencija, samozapošljavanje, rad kod poslodavca po osnovu građansko-pravnih ugovora (Cazes & Nesporova, 2003, p. 26). Domaći zakon predviđa sledeće oblike fleksibilnog rada: rad na određeno vreme, rad sa nepunim radnim vremenom, radni odnos za obavljanje poslova van prostorija poslodavca, rad sa kućnim pomoćnim osobljem, privremeni i povremeni poslovi (Jašarević, 2012a, p. 190), dok je rad po ugovoru o zastupanju i posredovanju i samozapošljavanje ukinuto kao radno angažovanje izmenama odredaba zakona 2014. godine.

5. Rad sa nepunim radnim vremenom

Rad sa nepunim radnim vremenom predstavlja rad sa fleksibilnim radnim vremenom. U čl. 51, st. 4 ZOR definiše nepuno radno vreme kao vreme koje je kraće od punog radnog vremena. Shvatajući značaj nepunog radnog vremena, njegovu sve veću učestalost, ali i zaštitu ove kategorije radnika, Međunarodna organizacija rada donela je Konvenciju o radu sa nepunim radnim vremenom (International Labour Organisation, C 175 Part-Time Work Convention, 1994). U navedenoj konvenciji definisan je i zaposleni sa nepunim radnim vremenom kao zaposleni čije je radno vreme kraće od radnog vremena zaposlenog koji obavlja isti posao, odnosno posao jednake vrednosti sa punim radnim vremenom (Blanpain, Javlier & Servais, 2002, p. 347). Konvencija je predvidela čitav niz prava za zaposlene sa nepunim radnim vremenom poput prava na organizovanje, kolektivno pregovaranje, zabrane diskriminacije prilikom zapošljavanja, plaćenog godišnjeg odmora, zaštite materinstva (Jašarević, 2012a, p. 190).

Razloga za obavljanje posla sa nepunim radnim vremenom je više. Bilo da je u pitanju nemogućnost pronalaženja posla sa punim radnim vremenom ili želja zaposlenog da radi manji broj sati, ovakav radni odnos je specifičan i treba ga razlikovati od drugih formi radnog odnosa, poput skraćenog radnog vremena. Skraćeno radno vreme predstavlja oblik rada gde zakonodavac, zbog teških uslova rada, skraćuje radno vreme i to čini radi zaštite fizičkog integriteta zaposlenih, s tim što za zaposlenog važe pravila kao da radi puno radno vreme. Ovu činjenicu je važno podvući, jer ovakav vid zaštite za zaposlenog znači veću zaradu, godišnji odmor i puna socijalna davanja. U tom smislu, ne važi princip *pro rata temporis* kao kod ugovora o radu sa nepunim radnim vremenom, što predstavlja i osnovnu distinkciju navedenih modaliteta rada. Koliko rada toliko i zarade važi kao osnovni princip prilikom potpisivanja ugovora o radu sa nepunim radnim vremenom te će sva prava zaposleni imati prema broju sati provedenih na poslu.

Zakonodavac reguliše rad sa nepunim radnim vremenom tako što propisuje mogućnost radnog angažovanja zaposlenog na određeno ili neodređeno vreme, pri čemu ostvaruje sva prava iz radnog odnosa shodno principu *pro rata temporis*. To znači da će zaposleni ostvariti zaradu, godišnji odmor i druga prava u zavisnosti od broja sati provedenih na radu. Primetno je da zakonodavac posvećuje više pažnje ovom obliku fleksibilnog radnog angažovanja, propisujući obaveze poslodavcu, a sve sa ciljem da se

zaposleni kao ekonomski slabija strana u radnom odnosu zaštiti, kao i da se zaposlenom sa nepunim radnim vremenom pruži mogućnost da radi u punom radnom kapacitetu. Stoga je poslodavac u obavezi da obezbedi iste uslove rada zaposlenom koji radi sa nepunim radnim vremenom kao i zaposlenom koji radi sa punim radnim vremenom. Takođe, zaposlenog koji radi sa nepunim radnim vremenom poslodavac mora obavestiti o mogućnosti da obavlja posao sa punim radnim vremenom, kao i da razmotri njegov zahtev koji se tiče prelaska na posao sa punim radnim vremenom (ZOR, čl. 39-41). Uticaj Direktive Evropske unije 97/81/EZ primetan je na pozitivno rešenje u našem pravu (Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC) budući da podstiče zabranu diskriminacije zaposlenih sa nepunim radnim vremenom, obaveštenost o dostupnosti mesta sa punim, odnosno nepunim radnim vremenom, mogućnost prelaska sa jednog posla na drugi, mere koje olakšavaju prelazak na radno mesto sa nepunim radnim vremenom. Naš zakonodavac svakako podstiče puno radno angažovanje zaposlenog – ostavlja mu mogućnost da, pored rada sa nepunim radnim vremenom, zasnuje radni odnos kod drugog poslodavca i time ostvari ukupan fond od četrdeset časova nedeljno, koliko dozvoljava domaći propis. Budući da je zakonodavac uočio vrednosti predviđene evropskim komunitarnim pravom, ne možemo a da ne primetimo da zakonski okvir radnog zakonodavstva pretenduje da ovakav oblik radnog angažovanja uvrsti u praksu, ustali, ali i da istovremeno pokuša da zaštiti zaposlene koji rade sa nepunim radnim vremenom. I pored toga, domaći autori s pravom ukazuju na opasnost od diskriminacije ove kategorije zaposlenih kroz garantovano pravo na usavršavanje i napredovanje, kao i pravo na bezbednost i zdravlje na radu (Kovačević, 2013, p. 442).

6. Uporedno pravo

Različito definisanje nepunog radnog vremena, tačnije broja sati koji svrstava zaposlene u ovu kategoriju, otežava sagledavanje ovog instituta na nadnacionalnom nivou. Tako se u španskom pravu zaposleni koji radi nepuno radno vreme definiše kao onaj koji radi 2/3 vremena koje je u kolektivnom ugovoru određeno kao maksimalni zakonski limit, dok je francusko pravo liberalnije jer ne postavlja definicije, već se smatra da zaposleni koji radi četiri do pet sati jeste zaposleni sa nepunim radnim vremenom (Bollé, 2017, p. 558). U Velikoj Britaniji je postavljen viši limit, te će se smatrati da je zaposleni sa nepunim radnim vremenom onaj koji radi manje od 30 sati nedeljno (Bastelaer, Lemaître & Marianna, 1997, p. 7). Slično je u Kanadi, Finskoj i na Novom Zelandu, dok je nešto veći broj sati rada određen u Australiji, Japanu, Švedskoj (Bollé, 2017, p. 558). Svako zakonodavstvo na različit način tretira rad sa nepunim radnim vremenom, te se od države do države razlikuje učestalost ovog ugovora na tržištu rada. Jedno istraživanje pokazalo je da su u državama čija zakonodavstva prepoznaju definisanje rada sa nepunim radnim vremenom poslovi koji se rade 30 sati nedeljno

klasifikovani kao poslovi sa nepunim radnim vremenom dok u zemljama gde ne postoji definisan pojam nepunog radnog vremena, rad od 35 sati nedeljno predstavlja posao sa punim radnim vremenom, a poslovi sa nepunim radnim vremenom neformalno se procenjuju (Bollé, 2017, p. 560).

S druge strane, uporednopravni prikaz moguće je sagledati upoređivanjem zemalja u regionu. Crnogorski zakon o radu sadrži samo jedan član koji je posvećen nepunom radnom vremenu (dalje: ZOR CG). Govoreći o punom radnom vremenu, zakonodavac daje mogućnost zaposlenom da zasnjuje odnos sa nepunim radnim vremenom i tako ukupan fond dozvoljenih časova rada ostvari kod više poslodavaca. Ono što predstavlja specifičnost crnogorskog prava jeste to što je čl. 62 predviđena donja granica nepunog radnog vremena. Ovaj član dopušta zasnivanje radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom pod uslovom da zaposleni radi jednu četvrtinu radnog vremena. Kako je zakonski dozvoljen rad od 40 časova nedeljno, to znači da će zaposleni u Crnoj Gori morati da rade najmanje 10 časova sa ugovorom o nepunom radnom vremenu. To jeste specifičnost koju naše pravo ne poznaje.

Zakon o radu Republike Srpske dosta koncizno propisuje institut nepunog radnog vremena. Zakon propisuje da ugovor o radu sa nepunim radnim vremenom može biti zaključen na određeno ili neodređeno vreme, a da ne može trajati manje od jedne četvrtine vremena koje je zakonom dozvoljeno na nedeljnom nivou. Normativ od 40 časova nedeljno uveden je i u Republici Srpskoj, stoga je 10 sati broj sati koji zaposleni mora provesti na radu na sedmičnom nivou. Još jedan član posvećen je nepunom radnom vremenu, odnosno zaštiti zaposlenih koji moraju imati iste uslove rada kao i ostali zaposleni, zaradu i ostala prava shodno vremenu u kojem rade, kao i da će poslodavac biti u obavezi da im omogući prelazak na radno mesto sa punim radnim vremenom kada se za to ukaže prilika. Zakonodavac takođe mudro obavezuje strane u kolektivnom pregovaranju da jedna od tema bude upravo saradnja i informisanje zaposlenih koji rade sa nepunim radnim vremenom.

Hrvatsko pravo posvećuje više pažnje institutu nepunog radnog vremena (vid. Zakon o radu Republike Hrvatske). Za razliku od našeg zakonodavca, hrvatski definiše nepuno radno vreme. Iako štura i naizgled jasna, definicija u čl. 62, st. 1 neophodna je da bi se ovaj oblik radnog vremena razlikovao od njemu sličnih. Pored toga što zakon sadrži princip *pro rata temporis* i obavezu poslodavca da razmotri zahtev zaposlenog radi prelaska na radno mesto sa punim radnim vremenom, specifičnost hrvatskog prava je u tome što je zaposleni koji zaključi dva ili više ugovora o radu sa nepunim radnim vremenom dužan da obavesti poslodavca kod kojeg već radi (Zakon o radu Hrvatske, čl. 62). Zakonodavac ne govori detaljnije o potrebi uvođenja ovakve napomene, te se zaključuje da ona treba da bude u interesu poslodavca, koji bi na taj način bio upućeniji u radno angažovanje svog zaposlenog. U hrvatskom zakonu o radu poseban član posvećen je zaštiti zaposlenih koji rade sa nepunim radnim vremenom. Član 63 obavezuje poslodavca u Hrvatskoj da zaposlenom sa nepunim radnim vremenom mora obezbediti iste uslove rada kao i zaposlenima koji rade posredstvom ugovora sa punim radnim vremenom a koji poseduju ista znanja i veštine, odnosno uslove za rad sa punim radnim vremenom

koji su propisani kolektivnim ugovorom ukoliko nema zaposlenih koji rade puno radno vreme, odnosno zaposlenima sa nepunim radnim vremenom mora biti pružena jednaka mogućnost za usavršavanje i obrazovanje. Ovakav oblik proklamacije od izuzetnog je značaja za radnopravni status zaposlenih sa nepunim radnim vremenom i iskazuje jasnu nameru zakonodavca da izdvoji i zaštiti ovu kategoriju zaposlenih, imajući u vidu sve veću učestalost ugovora o radu sa nepunim radnim vremenom.

Pravo Bugarske prilično je fleksibilno postavljeno kada je rad sa nepunim radnim vremenom u pitanju (Кодекс на труда). Član 138 predviđa da se poslodavac i zaposleni mogu sporazumeti o radnom vremenu kraćem od zakonom dozvoljenog, pri čemu sami određuju vreme i mesto rada. Ovakav način uređivanja radnih odnosa dozvoljava visok nivo autonomije u radnim odnosima. Uz to, zakon propisuje da zaposleni koji radi nepuno radno vreme ne sme biti u nepovoljnijem položaju u odnosu na zaposlenog koji radi puno radno vreme. Ovako propisane odredbe deluju previše površno i pokazuju nedovoljnu zainteresovanost zakonodavca za njihovo uređivanje. Nezainteresovanost za ovaj oblik radnog angažovanja primetan je i u mađarskom pravu, gde zakonodavac samo u jednom stavu čl. 92 spominje nepuno radno vreme (2012. évi I. törvény a munka törvénykönyvéről). Vrlo koncizno, zakonodavac predviđa da maksimalno trajanje radnog vremena koje je određeno na 40 sati nedeljno može biti smanjeno dogovorom ugovornih strana, ovde poslodavca i zaposlenog. Iako su i Mađarska i Bugarska članice Evropske unije, čini se da još uvek nisu prepoznati benefiti ugovora o radu sa nepunim radnim vremenom, te izostaje detaljnija regulativa.

7. Zaključak

Fleksibilizacija rada predstavlja nužnu pojavu današnjeg digitalnog društva. Brži tempo života, opterećenost poslovima, ekonomska kriza i nezaposlenost doveli su do toga da zaposleni pristaju da rade fleksibilno, samo da bi radili i obezbedili egzistenciju svoje porodice. Iako u mnogo segmenata korisna, fleksibilizacija ima i svoje negativne aspekte. Treba pronaći balans i ovaj vid rada iskoristiti da bi se povećala zaposlenost radno sposobnog stanovništva, uskladile porodične obaveze sa privatnim ili pružila šansa za sticanje iskustva mladih ili osoba sa invaliditetom, omogućio postepeni prestanak rada zaposlenima koji su pred penzijom. Dakle, benefita ima. Čini se da na tome treba raditi kada je zakonsko regulisanje fleksibilizacije rada u pitanju. Stoga zakonski okvir mora biti takav da zaštiti u dovoljnoj meri zaposlene koji na taj način rade i spreče njihovu diskriminaciju. Takođe, fleksibilno radno angažovanje ne sme postati sredstvo za lakše otpuštanje zaposlenih i zloupotrebu ugovora o radu na određeno vreme, koji se produžavaju i preko zakonom predviđenog roka, uz izmenu uslova rada. Iako je sinonim za nesigurnost, potrebno je uspostaviti takvo fleksibilno radno mesto koje će zaposlenog zaštititi i omogućiti mu da napreduje, usavršava se i s vremenom svoje fleksibilno radno angažovanje zameni stalnim radnim angažovanjem.

Literatura

- Bilbija, V. 2017. Fleksibilni oblici rada – nepuno radno vreme. *Pravo i privreda*, 4-6, pp. 745-756.
- Bilić, A. 2017. Fleksibilno radno vrijeme – modus rekonzilijacije privatnog i poslovnog života radnika te povećanje kompetitivnosti poslodavca. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 3, pp. 561-585.
- Blanpain, R., Javlier, J. C. & Servais, J. M. 2002. *International Labour and Social Security Law*. London: Kluwer Law International.
- Bollé, P. 1997. Part-Time Work: Solution or Trap?. *International Labour Review*, 136(4), pp. 557-579.
- Cazes, S. & Nesporova, A. 2003. *Labor Markets in Transition: Balancing Flexibility and Security in Central and Eastern Europe*. Geneva: ILO.
- Delsen, L. 1990. Part-time early retirement in Europe. *The Geneva papers on risk and insurance*, 15(55), pp. 139-157.
- Đorđević Boljanović, J. & Dobrijević, G. 2014. U traganju za fleksibilnošću: uticaj informacionih tehnologija na savremeno radno okruženje. *Sinteza*, pp. 233-236. Doi: <https://doi.org/10.15308/sinteza-2014-233-236>.
- Golden, L. 2001. Flexible work schedules: what are we trading off to get them?. *Monthly Labour Review*, 124(3), pp. 50-67.
- Gotovac, V. 2003. Radno pravo za 21. stoljeće: mitovi o fleksibilizaciji. *Financijska teorija i praksa*, 27(4), pp. 415-437.
- Jašarević, S. 2012a. Fleksibilizacija rada – rešenje ili zabluda. *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 46(4), pp. 173-192.
- Jašarević, S. 2012b. Perspektive fleksibilizacije rada u Srbiji. *Radno i socijalno pravo*, XVI(2), pp. 25-43.
- Kovačević, Lj. 2013. *Pravna subordinacija u radnom odnosu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Standing, G. 1999. *Global Labour Flexibility: Seeking Distributive Justice*. London: Macmillan Press LTD.
- Supiot, A. *et al.* 1998-1999. A European perspective on the transformation of work and the future of labour law. *Comparative Labour law & Policy Journal*, 20, pp. 621-634.
- Van Bastelaer A., Lemaître, G. & Marianna P. 1997. The definition of part-time work for the purpose of international comparisons. *Labour Market and Social Policy Occasional Papers*, 22, doi: <http://dx.doi.org/10.1787/132721856632>.

Pravni izvori

- Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, *Official Journal L* 014, 20/01/ 1998, pp. 9-14.
- International Labour Organisation, C 175 Part-Time Work Convention, 1994.

Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US, 113/2017 i 95/2018 - autentično tumačenje.

Zakon o radu Crne Gore – ZOR CG, *Službeni listi CG*, br. 74/2019.

Zakon o radu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 1/2016 i 66/2018.

Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/2014, 127/2017 i 98/2019. Dostupno na: <https://www.zakon.hr/z/307/Zakon-o-radu>.

Bugarski zakon o radu (Кодекс на труда), 1987. Sa kasnijim izmenama, poslednjim od 24. marta 2020. godine, dostupno na: <https://www.lex.bg/laws/ldoc/1594373121>.

Mađarski zakon o radu (2012. évi I. törvény a munka törvénykönyvéről). Tekst na engleskom jeziku dostupan na: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/89886/103370/F373393512/Act.I.of.2012.on.the.Labor.Code.2018.pdf>

Jovana M. Rajić Čalić, MA

Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

e-mail: j.rajic@iup.rs

FLEXIBLE WORK RELATIONS WITH A FOCUS ON PART-TIME WORK

Summary

The functioning of modern economy has imposed changes in all spheres of society, including labor law. The institute of flexibility was announced as a solution for unemployment, which enables the employee to adapt to the needs of the employer and the market conditions in respect to working hours and manner of work. Flexible work is seen as an entry ticket for the labor market for harder employable categories such as youth and persons with disabilities, while mothers were enabled to balance between family life and career. This type of work has certain advantages and disadvantages, which are the focus of this paper. The author has specifically studied part-time work as an increasingly frequent contract of this type, pointing to the risk of discrimination against this category of workers and the need for their protection.

Keywords: flexibility, part-time work, unemployment, reconciliation of family and professional obligations.

Primljeno: 28.1.2020.

Prihvaćeno: 9.3.2020.

UPOREDNOPRAVNA ANALIZA ZAKONSKIH ODREDBA O PLAĆENOM ODSUSTVU U ZEMLJAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE

Sažetak

U ovom radu se analizira zakonsko uređenje instituta plaćenog odsustva u zemljama bivše Jugoslavije. Polazi se od pretpostavke da su nekadašnje federalne jedinice, a danas nezavisne države, delile zakonodavni okvir i da su na isti ili bar sličan način uređivale pravo na plaćeno odsustvo. Cilj je da se utvrdi da li je evolucija prava na plaćeno odsustvo bila različita u državama koje su nastale na području nekadašnje Jugoslavije; ako ima razlika, koje su i da li su na štetu ili u korist radnika u odnosu na ono što je bilo predviđeno u bivšoj zajedničkoj državi. Konačno, ispitana je potreba usklađivanja nacionalnih rešenja o plaćenom odsustvu sa Direktivom EU 2019/1158 o roditeljskom odsustvu koja uspostavlja ravnotežu između rada i privatnog života a sadrži odredbe koje su od značaja za pravo na plaćeno odsustvo.

***Ključne reči:** plaćeno odsustvo, radno pravo.*

1. Uvod

U ovom radu se analizira zakonsko uređenje instituta plaćenog odsustva u zemljama bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ). Polazi se od pretpostavke da su nekadašnje federalne jedinice, a danas nezavisne države, delile zakonodavni okvir i da su na isti ili bar sličan način uređivale pravo na plaćeno odsustvo. U odnosu na to zajedničko polazište, analiziraju se važeći propisi o radu Srbije, Hrvatske, Slovenije, Crne Gore, Severne Makedonije i zakoni o radu Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta. Cilj je da se utvrdi da li je evolucija prava na plaćeno odsustvo bila različita u državama koje su nastale na području nekadašnje Jugoslavije; ako ima razlika, koje su i da li su na štetu ili u korist radnika u odnosu na ono što je bilo predviđeno u bivšoj zajedničkoj državi. Konačno, budući da su Slovenija i Hrvatska već članice EU, a da ostale pomenute države teže ka članstvu u Uniji, neophodno je osvrnuti se i na Direktivu EU 2019/1158 o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja

* Doktor pravnih nauka, docent na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, e-mail: aleksa.radonjic@pravnofakultet.rs

i pružaoca nege i stavljanju van snage Direktive Saveta 2010/18/EU (dalje: Direktiva EU 2019/1158), a koja sadrži odredbe koje su od značaja za pravo na plaćeno odsustvo.

Treba naglasiti da se pod plaćenim odsustvom u svrhe ovog rada misli na pravo na plaćeno odsustvo u užem smislu, u situacijama koje se odnose na okolnosti iz privatnog ili porodičnog života radnika u kojima je opravdano očekivati da radnik odsustvuje s posla i u kojima ne bi ni bilo humano tražiti od zaposlenog da učestvuje u procesu rada, a koje se ne odnose na odsustva koja su uređena pravilima o privremenoj sprečenosti za rad, godišnjim odmorima i odsustvu radi održavanja trudnoće, porodijskom odsustvu i odsustvu radi nege deteta. Iako se ovakvo poimanje plaćenog odsustva na prostoru bivše Jugoslavije u načelu podrazumeva, navedena ograda je neophodna budući da su u Zakonu o radu Republike Srpske (ZORRS) u 5. odeljku koji nosi naslov „Plaćeno odsustvo“ ovim institutom obuhvaćene i situacije u kojima je radnik sprečen za rad usled kvarova na mašinama, ili u kojima se upućuje na plaćeno odsustvo zbog neplaniranog smanjenja obima posla, dakle iz različitih organizacionih, tehničkih ili finansijskih razloga (neskrivljeni prekid procesa rada).

Pristup ovom poređenju se neće zaustaviti na deskripciji i evaluaciji posmatranog instituta. On je i normativan u tom smislu što će se ukazati na moguće izmene uređivanja ovog instituta tamo gde je utvrđeno da je pravo na plaćeno odsustvo suženo u odnosu na zajedničko polazište ili u odnosu na samu svrhu ovog prava.

2. Plaćeno odsustvo u SFR Jugoslaviji

Kao polazište za prikaz ovog instituta uzete su 1973. i 1974. godina kada su posle izmena Ustava SFRJ 1971. godine, kako Pešić (1974) navodi, doneti novi zakoni kojima je uređivana oblast rada. Pravo na plaćeno odsustvo je bilo uređeno zakonima tadašnjih republika i autonomnih pokrajina, kako je Pešić (1974) prikazao u svojoj knjizi. Prikaz koji sledi vodi se upravo tom knjigom.

U Socijalističkoj Republici Srbiji pravo na plaćeno odsustvo bilo je uređeno čl. 65 Zakona o pravima i obavezama radnika u udruženom radu koji je predviđao da: „Radnik ima pravo da odsustvuje s rada do 7 radnih dana u jednoj kalendarskoj godini uz naknadu ličnog dohotka (plaćeno odsustvo) u slučajevima utvrđenim samoupravnim sporazumom o međusobnim odnosima u udruženom radu, a naročito prilikom stupanja u brak, porođaja člana uže porodice, smrti člana uže porodice i dr.“

Na teritoriji Srbije je tada isto pravo bilo uređeno odvojeno i pokrajinskim zakonima. Tako je čl. 31 Zakona o pravima i obavezama radnika u udruženom radu u Vojvodini bilo predviđeno da: „Radnik ima pravo da odsustvuje sa rada do sedam radnih dana u jednoj kalendarskoj godini uz naknadu ličnog dohotka, u slučajevima: stupanja u brak, porođaja člana uže porodice, smrti člana uže porodice i u drugim slučajevima utvrđenim samoupravnim sporazumom o međusobnim odnosima u udruženom radu.“

Za teritoriju Kosova i Metohije je čl. 66 Zakona o međusobnim odnosima radnika u udruženom radu i radnim odnosima radnika i zaposlenih kod poslodavca

bilo predviđeno da: „Radnik ima pravo da odsustvuje sa rada do 7 radnih dana u jednoj kalendarskoj godini uz naknadu ličnog dohotka za lične potrebe u vezi sa stupanjem u brak, u slučajevima porođaja ili smrti člana uže porodice, za polaganje stručnog ispita i u drugim slučajevima koji su utvrđeni samoupravnim sporazumom o međusobnim odnosima u udruženom radu.“

U Crnoj Gori je važio Zakon o pravima i obavezama radnika u udruženom radu koji je u čl. 49 propisivao da: „Radnik ima pravo da odsustvuje s rada do sedam radnih dana u jednoj kalendarskoj godini uz naknadu ličnog dohotka (plaćeno odsustvo) u slučajevima utvrđenim samoupravnim sporazumom o međusobnim odnosima u udruženom radu, a naročito: prilikom stupanja u brak, porođaja člana uže porodice, smrti člana uže porodice, i sl.“

U Bosni i Hercegovini je pravo na plaćeno odsustvo bilo uređeno Zakonom o pravima radnika iz međusobnih odnosa u udruženom radu koji je u čl. 42, st. 1 propisivao da: „Radnik ima pravo da odsustvuje s rada u toku godine uz naknadu ličnog dohotka (plaćeno odsustvo) do sedam radnih dana prilikom stupanja u brak, porođaja bračnog druga, smrti člana uže porodice, polaganja stručnog ispita i u drugim slučajevima utvrđenim u osnovnoj organizaciji.“

U Severnoj Makedoniji, tada Socijalističkoj Republici Makedoniji, pravo na plaćeno odsustvo je bilo uređeno Zakonom o međusobnim odnosima radnika u udruženom radu (Закон за мегусебните односи на работниците во здружениот труд). U čl. 36, st. 1 tog zakona pravo na plaćeno odsustvo je bilo uređeno na gotovo identičan način kao i u BiH, pa je moglo trajati najduže sedam dana u jednoj kalendarskoj godini i moglo se uzeti u slučaju stupanja radnika u brak, porođaja člana uže porodice, smrti člana uže porodice i polaganja stručnog ili drugog ispita.

U Sloveniji je ovo pravo bilo drugačije uređeno. Zakonom o međusobnim odnosima radnika u udruženom radu i o radnim odnosima radnika i privatnih poslodavaca (Zakon o medsebojnih razmerjih delavcev v združenem delu in o delovnih razmerjih med delavci in zasebnim delodajalci) u čl. 40, st. 1 bilo je određeno da radnik ima pravo na plaćeno odsustvo do 7 radnih dana u toku jedne kalendarske godine, ali nisu bili precizirani razlozi za odsustvo, kako su to učinile druge republike, već je to trebalo urediti samoupravnim sporazumima. Jedino se izričito pominjala priprema stručnog ili završnog ispita kao slučaj u kojem se može predvideti plaćeno odsustvo i u trajanju dužem od 7 dana.

Na osnovu dostupnih izvora (Pešić, 1974 i *Veliki pravni priručnik*, 1972) može se zaključiti da je pravo na plaćeno odsustvo u SR Hrvatskoj bilo uređeno kao i u drugim bivšim jugoslovenskim republikama. Pešić (1974) u svojoj knjizi, u kojoj obrađuje radne odnose u SFRJ, sumira da su radnici imali pravo na plaćeno odsustvo do sedam radnih dana u jednoj kalendarskoj godini „prilikom stupanja u brak, porođaja člana uže porodice, polaganja stručnog ispita, smrti člana uže porodice i u drugim sličnim slučajevima utvrđenim statutom“ (Pešić, 1974, p. 48). Na osnovu navedenog može se zaključiti da je i u Sloveniji, ako ne zakonom, onda bar nižim aktima ili u praksi, plaćeno odsustvo odobravano u istim situacijama koje su izričito pominjane u zakonima drugih

jugoslovenskih republika. Na takav zaključak upućuje i činjenica da je u *Velikom pravnom priručniku* takođe navedeno da su radnici imali pravo na plaćeno odsustvo u svim ovim situacijama o kojima govori Pešić, pri čemu nije bilo napomene o mogućim razlikama u pojedinim jugoslovenskim republikama (*Veliki pravni priručnik*, 1972).

Dakle, sa velikom sigurnošću se može reći da je pretpostavka da su bivše jugoslovenske republike u zajedničkoj državi na isti način uređivale pravo na plaćeno odsustvo potvrđena. Način na koji je pravo na plaćeno odsustvo bilo uređeno u SFRJ poslužiće kao parametar prema kojem ću porediti kako danas zemlje bivše Jugoslavije uređuju ovo pravo i prema kojem će se meriti da li je kvalitet i obim uživanja ovog prava suštinski izmenjen.

3. Pravo na plaćeno odsustvo u bivšim jugoslovenskim republikama danas

U Srbiji je pravo na plaćeno odsustvo regulisano Zakonom o radu u kojem je čl. 77 predviđeno da zaposleni ima pravo na odsustvo sa rada uz naknadu zarade do pet radnih dana u toku jedne kalendarske godine u slučaju stupanja u brak, porođaja supruge i teže bolesti člana uže porodice.

Nezavisno od pomenutih situacija, prema Zakonu o radu zaposleni ima i pet radnih dana u slučaju smrti člana uže porodice i dva uzastopna dana u slučaju davanja krvi, računajući dan davanja krvi.

Opštim aktom ili ugovorom o radu mogu biti predviđeni i drugi slučajevi, duže trajanje odsustva, kao i širi krug lica od onog koji je zakonom obuhvaćen terminom „članovi uže porodice“. Pod članovima uže porodice zakon podrazumeva: bračnog druga, decu, braću, sestre, roditelje, usvojioca, usvojenika i staratelja.

U Hrvatskoj je pravo na odsustvo sa rada uz naknadu zarade označeno terminom „plaćeni dopust“. Ovo pravo je regulisano Zakonom o radu Republike Hrvatske (Zakon o radu RH), u čl. 86. Tim članom je predviđeno da trajanje odsustva može iznositi sedam radnih dana u jednoj kalendarskoj godini za „važne osobne potrebe, a osobito u vezi sa sklapanjem braka, rođenjem djeteta, težom bolesti ili smrću člana uže obitelji“.

Termin „član uže porodice“ označava mnogo širi krug lica nego što je to slučaj u Srbiji, pa obuhvata: supružnike, krvne srodnike u pravoj liniji i njihove supružnike, braću i sestre, pastorčad i posvojenike, decu poverenu na čuvanje i odgoj ili decu koja su poverena na staranje van svoje porodice, očuha i maćehu, usvojitelja, osobu koju je zaposleni po zakonu dužan izdržavati, kao i vanbračnog partnera zaposlenog.

Prema čl. 86 Zakona o radu RH, zaposleni ima pravo na plaćeno odsustvo i u slučaju davanja krvi na dan davanja krvi. Trajanje plaćenog odsustva u ovom slučaju kao i u prethodnim slučajevima može biti i duže ako je tako predviđeno opštim aktom ili ugovorom o radu.

Pravo na plaćeno odsustvo je predviđeno i u svrhe obrazovanja ili stručnog osposobljavanja i usavršavanja, kao i obrazovanja za potrebe radničkog saveta ili sindikalnog rada, ali se uređivanje trajanja takvog odsustva i uslova njegovog korišćenja prepuštaju opštem aktu.

U Sloveniji je pravo na plaćeno odsustvo uređeno Zakonom o radnim odnosima (Zakon o delovnih razmerjih), čl. 165. Tim članom je propisano da radnik ima pravo na plaćeno odsustvo u ukupnom trajanju do sedam radnih dana u jednoj kalendarskoj godini usled ličnih okolnosti. Zatim, se nabrajaju okolnosti za koje se kaže da radnik ima pravo na najmanje jedan dan plaćenog odsustva. Te okolnosti su: stupanje u brak, smrt supružnika ili vanbračnog partnera, smrt deteta, usvojenika ili deteta supružnika, odnosno deteta vanbračnog partnera, zatim smrt roditelja, smrt supružnika roditelja ili vanbračnog partnera roditelja, kao i smrt usvojitelja i konačno ozbiljna nesreća koja pogađa radnika. Nema odredaba koje predviđaju pravo na plaćeno odsustvo u slučaju davanja krvi.

U Crnoj Gori pravo na plaćeno odsustvo je uređeno Zakonom o radu u čl. 72 i naziva se plaćeno odsustvo zbog ličnih potreba. Tim članom je propisano da zaposleni ima pravo na plaćeno odsustvo sedam radnih dana u slučaju smrti člana uže porodice. Pravo na plaćeno odsustvo postoji i u slučaju sklapanja braka, rođenja deteta, teže bolesti člana uže porodice i polaganja stručnog ispita, ali se trajanje odsustva u ovim slučajevima određuje kolektivnim ugovorom i ugovorom o radu.

Pod članovima uže porodice „smatraju se bračni drug, deca (bračna, vanbračna, usvojena i pastorčad), braća, sestre, roditelji, usvojilac i staratelj“.

U Severnoj Makedoniji pravo na plaćeno odsustvo je uređeno Zakonom o radnim odnosima (Закон за работните односи), u čl. 146. Tim članom je predviđeno da zaposleni ima pravo na plaćeno odsustvo „usled ličnih ili porodičnih okolnosti (stupanje u brak, rođenje deteta (samo za oca), i/ili smrti bliskog srodnika) u trajanju do sedam radnih dana“. U drugom stavu ovog člana propisano je da će se dani odsustva u navedenim slučajevima odrediti kolektivnim ugovorom, ali tako da radnik ne može imati više od sedam radnih dana odsustva po bilo kojem od osnova koji su navedeni.

U Bosni i Hercegovini svaka od tri federalne jedinice – Federacija BiH, Brčko distrikt i Republika Srpska – imaju svoje zakone o radu. Federacija BiH dodatno ima i kantonalne zakone, ali se njima u ovom radu nisam bavio.

Pravo na plaćeno odsustvo u Federaciji BiH uređeno je čl. 53 Zakona o radu. Tim članom predviđeno je da radnik ima pravo na plaćeno odsustvo u trajanju do sedam radnih dana u jednoj kalendarskoj godini u slučaju: stupanja u brak, porođaja supruge, teže bolesti i smrti člana uže porodice ili domaćinstva. Pod članovima uže porodice podrazumevaju se: bračni ili vanbračni partner, dete bilo ono bračno ili vanbračno, kao i usvojeno dete, pastorče ili dete bez roditelja koje je uzeto na izdržavanje, roditelji, očuh, maćeha, babe i dede i braća i sestre. Pored navedenih slučajeva, radnik koji je davalac krvi po osnovu davanja krvi ima pravo na jedan radni dan odsustva za svako davanje krvi. Konačno, radnik ima pravo na plaćeno odsustvo i u svrhe obrazovanja, stručnog osposobljavanja ili obrazovanja za potrebe sindikalnog rada, ali se uslovi, trajanje odsustva i visina naknade po tom osnovu uređuju kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu.

U Brčko distriktu je pravo na plaćeno odsustvo uređeno čl. 68 Zakona o radu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Tim članom je predviđeno da zaposleni ima pravo na plaćeno odsustvo u trajanju do pet radnih dana u jednoj kalendarskoj godini u slučaju

„stupanja u brak, rođenja djeteta, teže bolesti ili smrti člana uže porodice, sklapanja braka djeteta, više sile i u drugim slučajevima određenim općim aktom i ugovorom o radu“. Terminom član uže porodice označeni su: bračni i vanbračni partner, dete bilo ono bračno ili vanbračno, kao i usvojeno dete, pastorče ili dete bez roditelja koje je uzeto na izdržavanje, roditelji, očuh, maćeha, usvojioci, braća i sestre, kao i deda i baba. Osim u ovim slučajevima, zaposleni ima pravo na dva dodatna radna dana plaćenog odsustva za svaki slučaj dobrovoljnog davanja krvi, kao i na odsustvo u trajanju od dva radna dana radi zadovoljavanja verskih potreba.

U Republici Srpskoj pravo na plaćeno odsustvo je uređeno čl. 89 ZORRS-a. Tim članom je predviđeno da radnik ima pravo na plaćeno odsustvo u slučaju „stupanja u brak, rođenja djeteta, dobrovoljnog davanja krvi, teže bolesti ili smrti člana porodice i u drugim slučajevima određenim opštim aktom i ugovorom o radu“. Odsustvo ne može biti duže od pet radnih dana u toku jedne kalendarske godine, osim u slučaju smrti člana porodice, kada se zakonom, opštim aktom ili ugovorom o radu može drugačije odrediti. Pod članovima porodice podrazumevaju se „bračni i vanbračni supružnici, njihova djeca (bračna, vanbračna i usvojena), pastorčad, djeca uzeta pod starateljstvo i druga djeca bez roditelja uzeta na izdržavanje, majka, otac, očuh, maćeha, usvojilac, a djed i baba po majci i po ocu, braća i sestre, ako žive u zajedničkom domaćinstvu“. Zakon predviđa i da poslodavac na zahtev radnika može u opravdanim slučajevima odobriti plaćeno odsustvo i u dužem trajanju od propisanog.

4. Uporednopravna analiza – evaluativna i normativna

U Srbiji je u odnosu na zajedničko polazište trajanje prava na plaćeno odsustvo skraćeno sa sedam na pet radnih dana u toku jedne kalendarske godine, što je svakako pogoršanje. To važi za sve osnove po kojima se može uzeti plaćeno odsustvo, osim za smrt člana uže porodice i dobrovoljno davanje krvi. U tim slučajevima zakon predviđa odsustvo od pet radnih dana, odnosno dva uzastopna radna¹ dana računajući i sam dan davanja krvi, koji se ostvaruju nezavisno od onih pet radnih dana koji se mogu koristiti u drugim propisanim situacijama (Šunderić & Kovačević, p. 240). Dakle, smrt člana uže porodice je izdvojena i za nju se može iskoristiti pet radnih dana. Dobrovoljno davanje krvi je kao osnov novina u odnosu na zajedničko polazište, što je takođe izvesno poboljšanje. Uprkos izdvajanju ova dva osnova od ostalih, u literaturi se nailazi na zamerku da je smanjenje sa sedam na pet radnih dana za ostale osnove za plaćeno odsustvo loše, jer se može dogoditi da se zaposlenom u jednoj kalendarskoj godini ostvari više osnova i da on za poslednji osnov prosto više nema dana plaćenog odsustva (Centar za dostojanstven rad, 2019, p. 62). Tada zaposlenom preostaje jedino neplaćeno odsustvo, koje poslodavac može, dakle ne mora odobriti (Centar za dostojanstven rad, 2019, p. 62). Ispravno se konstatuje da je ovakvo rešenje nepraktično jer je zaposleni u takvoj situaciji da ne može

¹ U Zakonu o radu piše “dva dana”. Profesor Ivošević ispravno komentariše da bi trebalo da piše dva radna dana jer jedino radni dani i mogu biti plaćeni (Ivošević, 2019, p. 153).

da se fokusira na rad, ali i nehumano jer iziskuje od zaposlenog da posao stavi iznad važnih događaja iz privatnog života (Centar za dostojanstven rad, 2019, p. 62).

Što se trajanja odsustva tiče, situacija je još lošija u Republici Srpskoj jer odsustvo može iznositi najviše pet radnih dana u toku kalendarske godine po svim osnovima. U Brčko distriktu je slična situacija kao i u Srbiji.² Tim pre primedbe glede ukupnog trajanja odsustva u Srbiji važe i za Brčko distrikt i Republiku Srpsku.

Izuzetno je problematična odredba Zakona o radu Republike Srbije da zaposleni ima pravo na odsustvo u slučaju porođaja supruge. Prvo, ona predstavlja suženje prava u odnosu na zajedničko polazište budući da je u SFRJ zaposleni imao pravo na plaćeno odsustvo u slučaju porođaja člana uže porodice. Tako je na primer mogao da uzme i plaćeno odsustvo u slučaju rođenja unučeta, što nije bez značaja za današnje prilike ako se ima u vidu tendencija da se broj godina potreban za starosnu penziju podigne i da je logično da će veći broj radnika dočekati rođenje unučića u toku svog radnog veka. Ako se želi da se održi standard koji je postojao u SFRJ, onda bi bilo dobro zadržati formulaciju „porođaj člana uže porodice“ jer bi se tako omogućilo radnicima da iskoriste plaćeno odsustvo i u slučaju rođenja unučeta. Još je veći problem što se formulacijom „porođaj supruge“ diskriminišu vanbračna deca i pravi razlika između bračne i vanbračne zajednice, što je u suprotnosti sa čl. 64, st. 4 i čl. 62, st. 5 Ustava Republike Srbije. Zato bi ispravnije bilo upotrebiti neutralnu formulaciju „rođenje deteta“, koja je upotrebljena u zakonima o radu u drugim bivšim jugoslovenskim republikama, izuzev Slovenije, u kojoj to nije osnov za plaćeno odsustvo, Brčko distrikta i Federacije BiH gde je upotrebljena ista diskriminišuća formulacija kao i u Srbiji. Međutim, u Sloveniji je pravo oca na odsustvo zbog rođenja deteta, očinsko odsustvo, uređeno posebnim propisom – Zakonom o starševskom varstvu in družinskih prejemkih – mnogo detaljnije i u mnogo dužem trajanju nego što bi to bilo u okviru režima plaćenog odsustva.

Dalje, krug lica koja se označavaju terminom „član uže porodice“ u Srbiji je jako restriktivno postavljen. On ne uključuje srodnike u pravoj liniji kao što su babe i dede ili unučići (Reljanović, 2019, p. 114). Osim toga, kosi se i s Ustavom jer diskriminiše vanbračne partnere (Reljanović 2019, p. 114). Ovaj termin je najšire postavljen u Hrvatskoj, na koju bi se u tom smislu valjalo ugledati. Krug lica koja se označavaju terminom „član uže porodice“ postavljen je šire nego u Srbiji i u sva tri zakona sa područja Bosne i Hercegovine, dok se u Severnoj Makedoniji taj termin ne određuje, a u Crnoj Gori i Sloveniji je usko postavljen. Doduše ne identično kao u Srbiji, ali obuhvata svakako uži krug lica nego što je to slučaj u Hrvatskoj ili Bosni i Hercegovini.

U Srbiji je situacija sa svim pravima iz radnog odnosa, pa tako i sa pravom na plaćeno odsustvo, dodatno pogoršana time što je krug lica koja mogu iskoristiti ovo pravo značajno sužen. Naime, na prava iz radnog odnosa, pa tako i na pravo na plaćeno odsustvo, mogu računati jedino zaposleni, a ne i lica koja su na drugi način radno angažovana

² S jedne strane, smrt člana uže porodice nije poseban osnov za plaćeno odsustvo, za razliku od Srbije, pa i taj slučaj ulazi u maksimalnih pet radnih dana u toku jedne kalendarske godine. S druge strane, kao poseban osnov za plaćeno odsustvo predviđeno je zadovoljavanje verskih potreba i običaja, što u Zakonu o radu Srbije nije slučaj.

(Reljanović, 2019, p. 18). Zakon o radu, dakle, prava vezuje za lica u radnom odnosu,³ a posebnim odeljkom reguliše rad van radnog odnosa. To je zabrinjavajuće budući da je procenat lica koja se radno angažuju van radnog odnosa u ukupnoj zaposlenosti izuzetno visok i u periodu 2014–2016. dostigao je 74,3% (Reljanović, 2019, p. 22). Jedan od čestih ugovora kojim se radnik upošljava, ali i ostavlja van radnog odnosa jeste ugovor o privremenim i povremenim poslovima, koji se upotrebljava suprotno svrsi zbog koje postoji (Reljanović, 2019, p. 22). Iako je sudska praksa pokušala tome da stane na put time što je onemogućeno da se ugovorom o privremenim i povremenim poslovima angažuju radnici na poslovima koji su sistematizovani pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji poslova, propisi su takvi da poslodavci nemaju obavezu da pojedine poslove sistematizuju (Reljanović, 2019, pp. 22–23) te na taj način mogu zaobići ovu intervenciju sudova. Tako svi radnici angažovani po ovom ugovoru nemaju mnoga prava iz radnog odnosa, a među njima ni pravo na plaćeno odsustvo (Reljanović, 2019, p. 23).

Ovakvu razliku između zaposlenih i radno angažovanih pravi i Zakon o radu Republike Srpske, čije relevantne odredbe podsećaju na odredbe Zakona o radu Republike Srbije.⁴ Druge dve federalne jedinice Bosne i Hercegovine, ali i druge bivše jugoslovenske republike ovakvo razlikovanje ne prave. Rad je moguć jedino kroz neki modalitet ugovora o radu, pri čemu različiti modaliteti ne uzrokuju razliku u pravima radnika po modalitetu ugovora o radu po kojem su angažovani. Jedino se razlika može videti kod volonterskih ugovora u svrhe stručnog osposobljavanja u Federaciji BiH i Brčko distriktu. U Brčko distriktu je razlika uočljiva i kod lica koja su angažovana po ugovoru o privremenim i povremenim poslovima, mada je manje jasna nego u ZOR-u Srbije.

U Srbiji neki pravni pisci smatraju da se plaćeno odsustvo mora koristiti samo na osnovu unapred priloženih dokaza da je nastupio slučaj u kojem zakon to pravo predviđa jer u suprotnom može doći do zloupotreba prava, ali i zbog toga što poslodavac mora da odobri odsustvo i o tome izda rešenje (Bilbija, 2018, p. 292). Prema suprotnom stavu, pravo na plaćeno odsustvo nastupa po sili zakona (Ivošević, 2019, p. 152), pa poslodavac donosi rešenje o plaćenom odsustvu, koje je deklaratorno jer samo konstatuje da su nastupile okolnosti u kojima je zakonom predviđeno da nastupa pravo na plaćeno odsustvo, zato je sasvim ispravno ostaviti primeren rok zaposlenom da dostavi dokaze posle nastupanja samog događaja (Reljanović, 2019, p. 120). Te okolnosti su takve da ih je teško fingirati i zloupotrebljavati (Reljanović, 2019, p. 121). Neke su i takve da je nemoguće unapred dostaviti dokaz. Ako je na primer zaposleni izostao sa posla zato što je vozio trudnu suprugu u bolnicu da se porodi, teško se od njega može očekivati da na putu do bolnice svrati na posao i dostavi dokaz (koji?) da mu se supruga porađa i da sačeka rešenje poslodavca o plaćenom odsustvu, pa da nastavi svoj put do bolnice. Istina, može se tumačiti i da je Bilbija, koja zastupa stav da se pravo na plaćeno odsustvo ima koristiti na osnovu prethodno donetog rešenja poslodavca (Bilbija, 2018, p. 292), taj stav iznela isključivo u kontekstu zloupotrebe prava na plaćeno odsustvo po osnovu

³ Čl. 5, st. 1 Zakona o radu glasi: „Zaposleni, u smislu ovog zakona, jeste fizičko lice koje je u radnom odnosu kod poslodavca.“ Zatim se u 1. odeljku glave XVIII posebno uređuje rad van radnog odnosa.

⁴ Zakon o radu Republike Srpske takođe ima glavu posvećenu radu van radnog odnosa, dok su prava radnika prava iz radnog odnosa. U tom smislu vid. čl. 1, st. 2 i čl. 5, st. 1 Zakona o radu Republike Srpske.

dobrovoljnog davanja krvi, jer je prethodno apostrofirala te slučajeve zloupotrebe (Bilbija, 2018, pp. 289-292). Ako je tako, onda se može kao izuzetak od opšteg pravila propisati da se po osnovu dobrovoljnog davanja krvi plaćeno odsustvo može ostvariti tek pošto poslodavac po obrazloženom zahtevu zaposlenog donese rešenje o korišćenju plaćenog odsustva. Opšte pravilo mora biti da se pravo na plaćeno odsustvo ostvaruje po sili zakona, a da poslodavac naknadno donosi deklaratorno rešenje na osnovu dokaza koje prilaže zaposleni. U suprotnom može doći do besmislenih situacija koje su ilustrovane navedenim primerom. Konačno, ako se i pokaže da u nekim okolnostima ima zloupotreba, onda ih treba kažnjavati, a ne sprečavati savesne radnike u pravovremenom ostvarivanju svojih prava. Sledi da bi u onim državama bivše Jugoslavije u kojima ima dileme u vezi sa prirodom rešenja i časom nastupanja prava na plaćeno odsustvo bilo korisno i u samom zakonu precizirati da pravo na plaćeno odsustvo nastupa onog časa kada se okolnosti za čije je nastupanje zakon vezao nastanak tog prava i ostvare, a da zaposleni ima primeren rok da dostavi dokaze o nastupanju tih okolnosti poslodavcu koji onda donosi deklaratorno rešenje o plaćenom odsustvu (Reljanović, 2019, p. 120). Nažalost, u Brčko distriktu dileme nema, ali na štetu radnika jer iz čl. 68, st. 8 Zakona o radu Brčko distrikta BiH sledi da zaposleni mora podneti zahtev za korišćenje plaćenog odsustva i uz njega priložiti dokaze. Tim pre se navedene primedbe odnose na Brčko distrikt, a ne samo na Srbiju.

Što se kažnjavanja zloupotreba tiče, odgovornost za ove zloupotrebe je disciplinska. Ako se pođe od stava da je disciplinska odgovornost kaznena, te da se i na nju primenjuje načelo legaliteta koje nalaže da zaposleni može biti disciplinski kažnjen jedino za disciplinski prestup koji je prethodno bio propisan (Ivošević, 2019, p. 215), onda se može reći da je od bivših jugoslovenskih republika jedino u Severnoj Makedoniji moguće već na osnovu zakona kazniti zloupotrebu prava na plaćeno odsustvo (vid. čl. 81, st. 1, tač. 5 i 6, kao i čl. 82, st. 1, tač. 1 Zakona o radnim odnosima Severne Makedonije). Međutim, ta kazna je otkaz ugovora o radu, što se čini kao previše stroga kazna. Slično je i u Hrvatskoj. Zakon o radu Hrvatske ne sadrži odredbe o disciplinskoj odgovornosti, već samo odredbe o razlozima za otkaz. Među njima nema onih koje bi, kao što je slučaj u Severnoj Makedoniji, poslužile kao osnov za otkaz zbog zloupotrebe prava na plaćeno odsustvo, već se u čl. 115. st. 1, tač. 3 Zakona o radu RH ostaje pri uopštenoj formulaciji „ako radnik krši obveze iz radnog odnosa“. U Republici Srpskoj je neopravdani izostanak sa posla u trajanju od tri dana u jednoj kalendarskoj godini propisan kao teža povreda radne obaveze koja daje osnov za otkaz ugovora o radu (čl. 179, st. 2, tač. 7 ZORRS). Ali se sa posla može izostati i samo jedan dan. Da li je to lakša povreda radne obaveze koja za sobom povlači neku disciplinsku meru, a ne otkaz, ZORRS ne kaže. No, kao i u propisima o radu druga dva entiteta u BiH, ali i u Crnoj Gori i Srbiji, tako se i u Republici Srpskoj govori o lakšim povredama radne obaveze koje ne moraju biti osnov za otkaz, već za druge mere kao što su umanjenje plate u određenom procentu ili druge, ali se ostavlja da se kolektivnim ugovorom, drugim opštim aktom ili ugovorom o radu tačno propišu ti lakši disciplinski prestupi. U Srbiji je, ipak, disciplinska odgovornost detaljno uređena posebnim zakonima kojima se uređuju radni odnosi u javnom sektoru. To su, na primer,

Zakon o državnim službenicima i Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave. Oba zakona na isti način uređuju disciplinsku odgovornost predviđajući da u lakše povrede spada neopravdani izostanak sa rada jedan radni dan, kao i neopravdano neobaveštavanje neposredno pretpostavljenog o razlozima sprečenosti za dolazak na rad u roku od 24 sata od nastanka razloga, što su osnovi odgovornosti za koje se čini da su usko povezani sa pravom na plaćeno odsustvo. U teže povrede se, između ostalog, ubrajaju: zloupotreba prava iz radnog odnosa, neopravdani izostanak s rada najmanje dva uzastopna radna dana i ponavljanje lakših povreda dužnosti utvrđenih konačnim rešenjem kojim je izrečena disciplinska kazna. Konačno, za lakše povrede može da se izrekne opomena ili novčana kazna do 20% plate za puno radno vreme, osnovne plate zaposlenog za mesec u kome je novčana kazna izrečena, dok se za teže povrede mogu izreći različite mere od kojih je otkaz tek jedna od opcija. Ako se želi da se zakonom uredi disciplinska odgovornost, način na koji se to čini pomenutim zakonima zaposlenima u organima javne vlasti čini se kao najprimereniji. Uređivanje disciplinske odgovornosti zakonom, a ne opštim aktima poslodavca, odgovara potrebi da se obezbedi ravnopravniji položaj zaposlenih u različitim sektorima, ali se na taj način dodatno i olakšava preduzetnicima i malim preduzećima koji možda i nemaju administrativnih kapaciteta za donošenje pravilnika o disciplinskoj odgovornosti.

Može se zaključiti da je trajanje prava na plaćeno odsustvo u odnosu na zajedničku normu skraćeno u Srbiji, Republici Srpskoj i u Brčko distriktu. U odnosu na normu koja je u SFRJ predviđala pravo na plaćeno odsustvo u slučaju porođaja člana uže porodice, to pravo je u svim bivšim jugoslovenskim republikama doživelo suženje budući da se svuda vezuje samo za rođenje deteta. Suženje je najdrastičnije u Srbiji i Federaciji BiH. U Srbiji, Republici Srpskoj i u nešto blažem obliku u Brčko distriktu zapaža se i erozija ovog prava zbog sužavanja kruga lica koja na njega mogu računati, a koja se ne beleži ni u jednoj drugoj bivšoj jugoslovenskoj republici. Što se tiče definisanja člana uže porodice, došlo je do detaljnijeg normiranja budući da je definicija nedostajala u zakonima SFRJ, a najširi krug lica je obuhvaćen u Hrvatskoj, na koju bi se trebalo ugledati po tom pitanju. Kada je reč o trajanju odsustva, sve države sem Srbije i dve federalne jedinice u BiH (Brčko distrikt i Republika Srpska) zadržale su isto pravilo kao i u bivšoj zajedničkoj državi. Kada se sve uzme u obzir, može se reći da je jedino Hrvatska, zahvaljujući svojoj širokoj definiciji člana uže porodice, poboljšala pravo na plaćeno odsustvo u odnosu na početni zajednički standard. Slovenija je, čini se, zadržala isti standard, Severna Makedonija je malo taj standard spustila, dok je ovo pravo značajno suženo u Republici Srpskoj, Brčko distriktu i Srbiji.

5. Mogući uticaj Direktive EU 2019/1158 na pravo na plaćeno odsustvo

Direktiva EU 2019/1158 reguliše roditeljsko odsustvo koje je rezervisano za oba roditelja, očinsko odsustvo i odsustvo radi nege bliskog lica. Ova direktiva je deo dugogodišnjeg nastojanja EU da obezbedi ravnotežu između rada i porodičnog života, ali

i ravnotežu između uloga žena i muškaraca u porodičnom životu.⁵ Slovenija i Hrvatska će svakako primeniti odredbe ove direktive budući da su članice EU. Sudeći po tome kako su primenile prethodnu Direktivu 2010/18, Direktiva 2019/1158 će biti transponovana u zakone kojima se reguliše trudničko i porodiljsko, odnosno materinsko odsustvo (vid. Zakon o rodiljnim i roditeljskim potporama).

Druge zemlje bivše Jugoslavije će morati na svom putu ka članstvu u EU takođe da transponuju ovu direktivu u domaći pravni sistem. Pravila ove direktive koja mogu biti od značaja za pravo na plaćeno odsustvo sadržana su u čl. 4 koji propisuje očinsko odsustvo – pravo oca na odsustvo sa rada u trajanju od deset radnih dana povodom rođenja deteta. Na državama je da odrede da li će se ovih deset radnih dana koristiti delom i pre rođenja deteta ili samo nakon rođenja deteta. Da je reč o plaćenom odsustvu vidi se iz čl. 8 Direktive koji nalaže državama članicama da predvide naknadu zarade radniku koji koristi pravo na očinsko odsustvo barem u visini naknade koju bi imao po osnovu privremene sprečenosti za rad. Pri tome valja naglasiti da je ovo direktiva minimalne harmonizacije,⁶ te da države mogu predvideti i veća prava od onih koja su njom zacrtana.

Dakle, države koje pretenduju da postanu članice EU moraće ova pravila da unesu u svoja zakonodavstva. Na njima je da izaberu da li će očinsko odsustvo uključiti u režim prava na plaćeno odsustvo ili će ga regulisati kao plaćeno odsustvo u širem smislu zajedno sa pravom na roditeljsko odsustvo, što je koncept koji se uvodi pored prava na porodiljsko odsustvo i prava na odsustvo radi nege deteta i koji u određenoj srazmeri mogu naizmenično koristiti oba roditelja.

6. Zaključak

U bivšoj Jugoslaviji je pravo na plaćeno odsustvo bilo uređeno na isti način. Zato je bilo zanimljivo pogledati kako se to pravo razvilo u državama koje su nastale na prostoru nekadašnje SFRJ. Da li je ono u odnosu na taj zajednički standard danas prošireno i da li je dobilo na kvalitetu ili je pak došlo do sužavanja tog prava smanjenjem njegovog trajanja sužavanjem kruga lica koja ga mogu koristiti, redukcijom broja slučajeva u kojima se ono može koristiti ili na bilo koji drugi način?

Analiza je pokazala da je pravo na plaćeno odsustvo u odnosu na bivšu zajedničku normu dobilo na kvalitetu jedino u Hrvatskoj, dok je u Sloveniji u suštini ostalo na istom nivou. U Severnoj Makedoniji se beleži blagi pad kvaliteta uređivanja ovog prava u odnosu na SFRJ. U Srbiji, Republici Srpskoj i Brčko distriktu, međutim, taj pad je dramatičan i došlo je do velikog pogoršanja u odnosu na zajednički standard iz SFRJ, ali i u poređenju sa sadašnjim uređenjem ovog prava u drugim državama na prostoru bivše zajedničke države.

⁵ Više o tom procesu i Direktivi vid. u Moss, 2019.

⁶ Što se vidi iz uvodne izjave broj 16 u preambuli Direktive.

Konačno, nova Direktiva EU 2019/1158 će doneti novine u zemlje bivše Jugoslavije. Naročito u one koje još uvek nisu članice EU, a teže to da postanu. Transponovanjem pravila iz ove direktive, do kojeg na putu ka članstvu u EU nužno mora doći, može se popraviti slika prava na plaćeno odsustvo u onim jurisdikcijama na prostoru bivše Jugoslavije u kojima je konstatovan najveći pad kvaliteta uređivanja prava na plaćeno odsustvo.

Literatura

- Bartoš, M. (ur). 1972. *Veliki pravni priručnik 1. Jugoslovenski pravni sistem*. Beograd: Privredni pregled.
- Bilbija, V. 2018. Odsustvo uz naknadu zarade (plaćeno odsustvo). U: Perović, S. (ur.), *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*. Beograd: Savez udruženja pravika Srbije i Republike Srpske, pp. 281–293.
- Centar za dostojanstven rad. 2019. *Analiza stanja ekonomskih i socijalnih prava u Republici Srbiji – Izveštaj o primeni Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima*. Beograd: Centar za dostojanstven rad.
- Ivošević, Z. 2019. *Radno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik.
- Moss, P. 2019. Leave policies in Europe: current policies, future directions. *International Journal on Sociology and Social Policy*. <https://doi.org/10.1108/IJSSP-04-2019-0063>.
- Pešić, R. 1974. *Propisi iz oblasti međusobnih odnosa radnika u udruženom radu, rada i radnih odnosa – Savezni, republički i pokrajinski propisi sa prikazom sistema međusobnih odnosa radnika u udruženom radu i sudskom praksom*. Beograd: NIP „Književne novine“.
- Reljanović, M. 2019. *Alternativno radno zakonodavstvo*. Beograd: Rosa Luxemburg Stiftung South East Europe i Centar za dostojanstven rad.
- Šunderić, B. & Kovačević, Lj. 2017. *Radno pravo*. Beograd: JP Službeni glasnik.

Pravni izvori

- Direktiva EU 2019/1158 o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružaoca nege i stavljanju van snage Direktive Saveta 2010/18/EU, *Službeni glasnik EU*, L 188/79. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1158/oj>, (20.12.2019).
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.
- Zakon o državnim službenicima *Službeni glasnik RS*, br. 79/2015, 81/2005 – ispr., 83/2005 – ispr., 64/2007, 67/2007 – ispr., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 i 95/2018.
- Zakon o pravima i obavezama radnika u udruženom radu u Vojvodini, *Službeni list SAPV*, br. 11/1974.
- Zakon o pravima i obavezama radnika u udruženom radu, *Službeni glasnik SRS*, br. 6/1974.
- Zakon o pravima i obavezama radnika u udruženom radu, *Službeni list SRCG*, br. 8/1974.

- Zakon o radnim odnosima (Zakon o delovnih razmerjih), *Uradni list RS*, br. 21/2013. Dostupno na: <https://zakonodaja.com/zakon/zdr-1>, (17.12.2019).
- Zakon o radu Brčko distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 34/2019. Dostupno na: <https://www.paragraf.ba/propisi/brcko/zakon-o-radu-brcko-distrikta-bosne-i-hercegovine.html>, (19.2.2020).
- Zakon o radu Republike Hrvatske, *Narodne novine RH*, br. 93/2014, 127/2017, 98/2019. Dostupno na <https://www.zakon.hr/z/307/Zakon-o-radu> (17.12.2019).
- Zakon o radu Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 1/2016 i 66/2018.
- Zakon o radu Severne Makedonije (Закон за работните односи), *Службен весник на РМ*, br. 62/2005, 106/2008, 161/2008, 114/2009, 130/2009, 50/2010, 52/2010, 124/2010, 47/2011, 11/2012, 39/2012, 13/2013, 25/2013, 170/2013, 187/2013, 113/2014, 20/2015, 33/2015, 72/2015, 129/2015 i 27/2016. Dostupno na: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/MONOGRAPH/71332/109716/F-1464727386/MKD71332%20Eng.pdf>, (17.12.2019).
- Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.
- Zakon o radu, *Službeni list CG*, br. 49/2008, 26/2009 – ispr., 88/2009 – dr. zakon, 26/2010 – dr. zakon, 59/2011, 66/2012, 31/2014, 53/2014 – dr. zakon i 4/2018 – odluka US. Dostupno na <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-radu.html> (18.12.2019).
- Zakon o radu, *Službene novine Federacije BiH*, br. 26/2016 i 89/2018. Dostupno na: <http://www.pufbih.ba/v1/public/upload/zakoni/f0787-zakon-o-radu-precisceni-tekst.pdf>, (18.12.2019).
- Zakon o roditeljskim i roditeljskim potporama, *Narodne novine RH*, br. 85/2008, 110/2008, 34/2011, 54/2013, 152/2014, 59/2017. Dostupno na: <https://www.zakon.hr/z/214/Zakon-o-roditeljskim-i-roditeljskim-potporama>, (20.12.2019).
- Zakon o starševskom varstvu in družinskih prejemkih, *Uradni list RS*, št. 26/2014, 90/2015, 75/2017 – ZUPJS-G, 14/2018 in 81/2019. Dostupno na: <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO6688>, (20.12.2019).
- Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave *Službeni glasnik RS*, br. 21/2016, 113/2017, 95/2018 i 113/2017– dr. zakon.
- Zakon o međusobnim odnosima radnika u udruženom radu i radnim odnosima radnika i zaposlenih kod poslodavca, *Službeni list SAPK*, br. 13/1974.
- Zakon o međusobnim odnosima radnika u udruženom radu (Закон за меѓусебните односи на работниците во здружениот труд), *Службен весник на СРМ*, br. 16/1974.
- Zakon o međusobnim odnosima radnika u udruženom radu i o radnim odnosima radnika i privatnih poslodavaca (Zakon o medsebojnih razmerjih delavcev v združenem delu in o delovnih razmerjih med delavci in zasebnim delodajalci), *Uradni list SRS*, br. 18/1974.
- Zakon o pravima radnika iz međusobnih odnosa u udruženom radu, *Službeni list SR BiH*, br. 37/1973.

Aleksa Lj. Radonjić, PhD

Assistant Professor, Union University in Belgrade School of Law, Belgrade, Serbia

e-mail: *aleksa.radonjic@pravnofakultet.rs*

COMPARATIVE ANALYSIS OF STATUTORY REGULATION OF PAID PERSONAL LEAVE IN FORMER YUGOSLAV REPUBLICS

Summary

The paper analyzes the current statutory provisions on paid personal leave in former Yugoslav republics. The regulation of the right to paid personal leave as it was regulated in former Yugoslavia is taken as the base line against which the current laws of Serbia, Croatia, Slovenia, Montenegro, North Macedonia, and three federal units within Bosnia and Herzegovina are compared. The goal is to check whether the statutory provisions in these respective countries have changed for better or for worse from the worker's perspective compared to what was prescribed in the former Yugoslavia. The author, also, briefly discusses the possible influence of the EU Directive 2019/1158 on the current provisions on paid personal leave.

The author concludes that the statutory provisions on the right to paid personal leave have improved only in Croatia, while Slovenia essentially retained the same quality of this right as it was in former Yugoslavia. The regulation of this right has significantly worsened in Serbia, Republika Srpska, and Brčko District. Hopefully some of the reductions of the scope of this right in these jurisdictions will be repaired by the transposition of the EU directive 2019/1158.

Keywords: paid personal leave, labour law.

Primljeno: 23.12.2019.

Prihvaćeno: 9.3.2020.

INSTITUT USVOJENJA U UPOREDNOM PRAVU

Sažetak

Predmet istraživanja u radu predstavlja analiza instituta usvojenja koje je najvažniji oblik porodične zaštite dece bez roditeljskog staranja, a bazira se na zasnivanju srodničkog odnosa između deteta i novih roditelja. Usvojenje je društveni, pravni i emotivni proces, koji omogućava deci koju ne mogu ili ne žele da podižu biološki roditelji i srodnici da legalno i trajno postanu članovi porodice usvojitelja. Na osnovu navedenog, evidentna je relevantnost instituta usvojenja, te će posebna pažnja biti usmerena na komparativnu analizu odredaba kojima se ono reguliše u različitim zakonodavstvima. Iz navedenog proističe i cilj rada koji podrazumeva uporednopravni prikaz instituta usvojenja prema rešenjima koja su sadržana u pozitivnom švajcarskom, nemačkom, francuskom i ruskom zakonodavstvu. U okviru zaključnih razmatranja sumirano ćemo prikazati pravnu regulativu kojom je regulisan institut usvojenja u odabranim zakonodavstvima.

Ključne reči: usvojenje, usvojenik, usvojitelj, roditelj, uporedno zakonodavstvo.

1. Uvod

U savremenim pravnim sistemima usvojenje ima dvostruki karakter jer je istovremeno najpotpuniji oblik porodičnopravne zaštite dece bez roditeljskog staranja i forma koja ostvaruje roditeljski odnos između usvojitelja i usvojenika (Jović, 2005, p. 1226). Cvejić Jančić (2004, p. 89) navodi da usvojenje predstavlja poseban pravni način zasnivanja roditeljskog odnosa između tuđeg maloletnog deteta (usvojenika) i odraslog, punoletnog lica, tj. punoletnih lica (usvojlaca), koja iz određenih razloga nemaju svoje biološke potomke. Ipak činjenica da je lice koje želi da usvoji tuđe dete već postalo roditelj prirodnim, odnosno biološkim putem ne predstavlja prepreku za usvojenje, ali su u praksi takva lica retko zainteresovana za zasnivanje usvojenja. Usvojenje je najbolji oblik zaštite dece bez roditeljskog staranja zato što dete dobija porodicu sa istim funkcijama koje ima prirodna porodica (Kovaček Stanić, 2007, p. 343). U tom smislu su i navodi Kitanovičke (2006a, p. 193) da se u modernim pravnim sistemima institucijom usvojenja prevashodno

* Doktor pravnih nauka, docent, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, e-mail: krstincdalibor@yahoo.com

** Doktorand, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, sekretar Farmaceutskog fakulteta, Novi Sad, e-mail: vasiljkovicjovana5@gmail.com

obezbeđuje zaštita dece bez roditeljskog staranja pronalaženjem nove adoptivne porodice koja će preuzeti funkciju biološke porodice. Usvojenje se razlikuje od prirodnog roditeljskog odnosa po načinu nastanka i iz tog razloga sva zakonodavstva predviđaju uslove za zasnivanje usvojenja, tj. utvrđuju uslove njegove dopuštenosti. Sumirajući, Počuča (2010, p. 207) naglašava da se usvojenje može posmatrati kao pravni akt koji nastaje u zakonom propisanoj formi čija je posledica nastanak roditeljskog prava između tuđeg deteta i lica koje to dete usvaja. Međutim, roditeljski odnos je odnos koji se postavlja na osnovu rođenja i postoji između tačno određenih lica, vezan je za ličnost, ne može se prenositi, ukidati, menjati ili uspostavljati (Čović & Čović, 2013, p. 640). Znači da prestanak roditeljskog prava ne može ukinuti roditeljski odnos, ali vršenje roditeljskih prava i dužnosti su podložni pravnom regulisanju kroz institut usvojenja (Čović, 2017, p. 81).

U pravnoj teoriji i praksi govori se o dva oblika usvojenja: o potpunom i nepotpunom usvojenju. Nepotpunim usvojenjem zasniva se srodnički odnos između usvojitelja, s jedne strane, i usvojenika i njegovih potomaka, s druge strane, kao i prava i dužnosti koje su zakonom predviđene između roditelja i dece. Međutim, nepotpunim usvojenjem biološki roditelji deteta i njihovi krvni srodnici zadržavaju neka prava i dužnosti prema detetu, a i dete ima i dalje prava koja se temelje na srodstvu sa njegovim krvnim srodnicima, kao što je pravo na svoje prezime, pravo na nasleđivanje itd. (Draškić, 1998, p. 233). Ovaj oblik usvojenja može imati pozitivne efekte kada se usvajaju starija deca koja su razvila bliske odnose sa svojim krvnim srodnicima, pa bi iznenadni prekid ovih veza predstavljao traumu za dete (Kitanović, 2008, p. 484). S druge strane, zasnivanjem potpunog usvojenja usvojenik u potpunosti prelazi u porodicu usvojitelja i istovremeno sasvim napušta porodicu svojih krvnih srodnika, sa kojima ga više ne vezuju nikakva prava i obaveze (Jakovac Lozić, 2000, p. 32). Zajednička karakteristika ova dva usvojenja jeste da se u oba zasniva roditeljski odnos između usvojitelja i usvojenika sa svim pravima i dužnostima koja iz tog odnosa proizilaze. Posebna pažnja posvećena je usvojenju kao obliku zaštite dece bez roditeljskog staranja donošenjem Konvencije o pravima deteta, kojom je utvrđeno da je neophodno da usvojenje bude u skladu sa najboljim interesima deteta i koja proklamuje zaštitu njegovih osnovnih prava. Osnovna prava deteta, koja se jemče ovom konvencijom, jesu pravo na državljanstvo, pravo na identitet, kao i pravo da zna ko su mu roditelji, ako je to moguće i na život sa njima, osim kada je odgovarajućim postupkom ocenjeno da je odvajanje deteta u njegovom najboljem interesu (Čović & Čović, 2013, p. 636).

Danas usvojenje kao pravni institut dobija institucionalni karakter zato što nastaje pred nadležnim državnim organom po proceduri koja je strogo određena. Tako se npr. u nekim zakonodavstvima ono zasniva pred upravnim organima, a u nekim pred odgovarajućim sudovima. Takođe, u uporednom zakonodavstvu razlikuje se i stepen integrisanosti usvojenika u novu porodicu, te se razlikuju po tome da li poznaju potpuno ili nepotpuno usvojenje ili samo potpuno. Na osnovu komparativne analize instituta usvojenja u zakonodavstvima odabranih zemalja – Švajcarske, Nemačke, Francuske i Rusije – doći ćemo do saznanja na koji način je ovaj institut u njima regulisan.

2. Švajcarska

U Švajcarskoj institut usvojenja je regulisan u trećem poglavlju sedmog dela Švajcarskog građanskog zakonika (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) tj. Saveznim zakonom o usvojenju iz 1972. godine, koji je inkorporiran u Švajcarski građanski zakonik. Švajcarski građanski zakonik (Zivilgesetzbuch) iz 1907. godine regulisao je i materiju usvojenja (nepotpuno usvojenje) u čl. 264–269. Odredbe ovog zakonika reformisane su 1972. godine donošenjem Saveznog zakona o usvojenju koji je stupio na snagu 1973. godine. Uz kasnije neznatne izmene ovaj zakon i danas predstavlja pozitivno zakonodavstvo Švajcarske u materiji usvojenja. Švajcarski zakonodavac predviđa da usvojitelji moraju ispuniti predviđene starosne uslove, kao i uslove koji se tiču trajanja braka. Ovaj zakon poznaje dve forme usvojenja, zajedničko i pojedinačno. Zajedničko usvojenje mogu ostvariti bračni parovi koji su navršili 35 godina života ili su u braku pet godina (čl. 264a). Nasuprot navedenom, pojedinačno usvojenje je namenjeno licima koja nisu u braku i koja moraju imati navršених 35 godina kako bi imala pravo da usvoje dete (čl. 264b). Osoba koja je u braku i koja je napunila 35 godina takođe može sama usvojiti dete ukoliko je zajedničko usvojenje nemoguće. Razlozi za nemogućnost zajedničkog usvojenja mogu biti to što je drugi supružnik nesposoban za rasuđivanje ili je više od dve godine odsutan i ne zna mu se adresa stanovanja. Isto važi i kada su supružnici rastavljeni više od tri godine. Odluku o usvojenju u švajcarskom pravu donosi nadležni administrativni organ, koji je može i poništiti ako prilikom njegovog zasnivanja nisu bile ispunjene pretpostavke za usvojenje. Pre usvojenja neophodan je probni smeštaj usvojenika kod usvojitelja koji traje godinu dana. U tom periodu budući usvojitelji se brinu o budućem usvojeniku, o njegovom zdravlju, vaspitanju, obrazovanju, odnosno o njegovom životu i na osnovu rezultata koje procenjuje socijalna služba donose se zaključci da li bi zasnivanje usvojenja bilo korisno za dete (Kitanović, 2008, p. 471).

Švajcarski zakonodavac je još u prvom Građanskom zakoniku iz 1907. godine dopuštao usvojenje i punoletnih i maloletnih lica, a tako je i danas, s tim što se mogu usvajati i lica koja su delimično ili potpuno lišena poslovne sposobnosti (Kitanović & Ignjatović, 2013, p. 172). Znači zakonodavac dopušta i usvajanje punoletnih lica, kao i lica kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost i koja su stavljena pod starateljstvo. Da bi se usvojila udata ili oženjena osoba, potreban je pristanak njenog supružnika, dok se punoletna osoba može usvojiti ako joj je zbog duševnih ili telesnih nedostataka potrebna stalna pomoć, a usvojitelji su joj bar pet godina pružali konstantnu negu ili je osoba živela u zajednici sa usvojiteljima (čl. 266).

Po švajcarskom pravu neophodno je da usvojenik bude 16 godina mlađi od usvojitelja i potrebno je da se saglasi sa usvojenjem ukoliko je sposoban za rasuđivanje (član 265). Da bi usvojenje bilo punovažno, potrebna je saglasnost oba roditelja deteta. Ipak roditelji ne mogu dati saglasnost pre nego što istekne rok od šest nedelja, s tim što imaju mogućnost i da je opozovu šest nedelja od njenog davanja (čl. 265a i 265b). Švajcarski zakonodavac propisuje da se roditeljima deteta ne mogu otkriti identifikacioni podaci o usvojiteljima (čl. 268b), što znači da su podaci o zasnovanom usvojenju nedostupni

biološkim roditeljima deteta i usvojenje za njih predstavlja tajnu. Ipak dete ima pravo da sazna istinu o svom prirodnom poreklu budući da je referendumom 1992. godine u Švajcarskoj izglasana odredba Ustava kojom se predviđa da se licu garantuje pravo pristupa podacima o njegovim precima (Kovaček Stanić, 1997, p. 5). Ovom odredbom je i usvojenom detetu priznato pravo da sazna istinu o svom poreklu i na osnovu te odredbe izvršena je reforma Građanskog zakonika Švajcarske. Na ovaj način dete može otkriti istinu o svom poreklu, odnosno lične podatke bioloških roditelja, ukoliko mu usvojitelji saopšte da je usvojen. Kada usvojeno dete napuni 18 godina, ono može tražiti informacije o svojim biološkim roditeljima, a nadležni organ pre davanja informacija ima obavezu da obavesti biološke roditelje o zahtevu deteta. Ukoliko oni odbiju lični kontakt sa usvojenikom, neophodno ga je informisati o tome (čl. 268c). Važno je naglasiti da je u nekim situacijama, kao što je hitna medicinska intervencija (npr. transplantacija koštane srži i sl.), neophodna pomoć bioloških roditelja, jer nju mogu obezbediti samo krvni srodnici (Čović & Čović, 2013, p. 636).

3. Nemačka

Institut usvojenja u Nemačkoj regulisan je Nemačkim građanskim zakonikom (Bürgerliches Gesetzbuch) koji predviđa potpuno usvojenje kao jedini oblik usvojenja. Potpuno usvojenje pojavljuje se od 1977. godine kada je zakonodavac predvideo ovaj oblik usvojenja kao jedini (Čović, 2014, p. 285).

Adoptivnu sposobnost poseduju lica koja su navršila 25 godina, a ako usvojitelj usvaja svog pastorka, potrebno je da napuni 21 godinu života. Ako bračni par usvaja dete, potrebno je da jedan supružnik napuni 25, a drugi 21 godinu života (par. 1743). Relevantno je naglasiti da nemački zakonodavac odredbama Zakona o registrovanom partnerstvu, koji je stupio na snagu 2001. godine a 2004. izmenjen, istopolnim parovima odobrava usvojenje, ali samo usvojenje biološkog deteta partnera. Međutim, po odluci Saveznog ustavnog suda Nemačke dozvoljeno je da istopolni partner može da usvoji i usvojeno dete svoga partnera, ali su potrebne i izmene Zakona u tom smislu (Čović, 2014, p. 286).

Odluku o usvojenju nadležni organ donosi kada je usvojenik određeni vremenski period boravio kod usvojitelja. Ovaj boravak ima veoma važnu svrhu, koja ima za cilj da proveriti da li su usvojenik i usvojitelj podobni za usvajanje, kao i to da li je u interesu deteta da bude usvojeno od strane određenih usvojitelja (par. 1744). Veoma je važno to da nemački zakonodavac ne dozvoljava usvojenje ako je ono u suprotnostima sa interesima biološke dece ili ako će interesi usvojenika biti ugroženi zbog postojanja biološkog potomstva (par. 1745).

Po nemačkom pravu, za punovažno zasnivanje usvojenja neophodna je saglasnost deteta, staratelja ili roditelja. Biološki roditelji mogu dati saglasnost za usvojenje tek kada dete napuni osam nedelja, a mogu dati i blanko saglasnost ili saglasnost da dete usvoje tačno određeni usvojitelji. Nemački građanski zakonik u par. 1747 veoma

precizno razrađuje situaciju kada vanbračni otac može dati saglasnost i pre nego što se rodi dete. Čović (2014, p. 287) navodi da je svrha ove odredbe brže zbrinjavanje dece bez roditeljskog staranja zasnivanjem usvojenja i stvaranjem blagovremenih uslova za to. Međutim, ukoliko su roditelji nedostupni ili je nepoznato prebivalište i boravište, saglasnost nije potrebna. S druge strane, ako je dete napunilo 14 godina, ono daje saglasnost za usvojenje, koju može i opozvati pre pravosnažnosti odluke o zasnivanju usvojenja, s tim da pristanak odobrava zakonski zastupnik. A kada je dete mlađe od 14 godina, pristanak u njegovo ime daje zakonski zastupnik, a njegov pristanak se može zameniti odlukom starateljskog suda u situacijama kada je on neopravdan. Starateljski sud daje odobrenje i u situaciji kada su usvojenik i usvojjilac različitog državljanstva, osim ako je merodavno nemačko pravo (par. 1746).

Odluka o usvojenju se zasniva odlukom starateljskog suda, a usvojenjem se dete integriše u porodicu usvojitelja i prekida sve odnose sa svojom biološkom porodicom. Ipak, ukoliko jedan supružnik usvaja dete drugog supružnika, srodnički odnos između deteta i srodnika prirodnog roditelja koji nije u braku sa usvojiteljem se ne gasi, i to pod uslovom da je brak prirodnog roditelja prestao smrću, a umrli roditelj se za života brinuo o detetu (par. 1756). Odluku o zasnivanju usvojenja starateljski sud može i poništiti, osim ako bi to u velikoj meri štetilo interesima usvojenika. Slučajevi u kojima je moguće poništenje usvojenja su: ako je ono zasnovano bez zahteva usvojitelja, bez saglasnosti roditelja ili deteta koje je navršilo 14 godina i po sili zakona se ukida ako usvojitelj zaključí brak sa usvojenikom ili njegovim potomkom.

Nemački zakonodavac predviđa i usvojenje punoletnih lica, na koje se analogno primenjuju propisi o usvojenju maloletnika. Paragrafom 1767 je naglašeno da usvojenje posebno treba dozvoliti ako se između punoletnog usvojenika i usvojitelja već razvio roditeljski odnos. Usvojenje punoletne osobe ima nepotpuno dejstvo zato što se ne prostire na srodnike usvojitelja, kao i na supružnike usvojitelja i usvojenika. Ipak usvojenje punoletnog lica može imati i potpuno dejstvo ako to nije u suprotnosti sa interesima roditelja punoletnog usvojenika. Naime, usvojenje punoletnog lica ima potpuno dejstvo ako se istovremeno usvajaju braća i sestre, od kojih su neki punoletni, a neki maloletni, ako se usvaja lice koje je kao maloletno prihvaćeno od porodice usvojitelja, ako usvojitelj usvaja punoletno lice svog supružnika i ako osoba koja se usvaja u trenutku podnošenja zahteva za usvojenje starateljskom sudu nije bila punoletna (par. 1772).

Što se tiče tajnosti usvojenja, nemačko pravo ga načelno prihvata, iako nemački ustav sadrži jasno određene odredbe o pravu deteta na porodicu i na njegovo saznanje o vlastitom poreklu, a porodičnopravno shvatanje majke povezano je sa činjenicom porođaja majke, a ne sa njenim upisom majčinstva u matičnu knjigu rođenih (Hrabar, 2008, p. 1135). Međutim, činjenice koje su u vezi sa usvojenjem mogu se otkriti na osnovu dozvole usvojitelja i usvojenika (par. 1758). Originalno uverenje o rođenju deteta, koje sadrži podatke o roditeljima i njihovoj adresi, dostupni su ukoliko to zahteva usvojitelj i usvojenik koji je stariji od 16 godina. Ako bude otkriveno boravište bioloških roditelja, agencija za usvojenje uspostavlja komunikaciju sa njima i od njihove odluke zavisi da li će doći do kontakta. Za dete je važno da sazna istinu o svom poreklu. Kao potvrdu za

ovo navode se i najnovija medicinska istraživanja koja pokazuju da je veoma važno da ljudi poznaju svoje genetsko nasleđe i to ne samo iz psiholoških nego i iz zdravstvenih razloga, s obzirom na to da postoje mnoge bolesti koje su genetski uslovljene, a samim tim i nasledne, te njihovo dijagnostikovanje i lečenje može biti znatno uspešnije ukoliko se na vreme trasira put njihovog prenošenja (Draškić, 2013, p. 229).

4. Francuska

Institut usvojenja u Francuskoj regulisan je Građanskim zakonikom (Code civil), i to u osmom delu prve knjige, odredbama čl. 343–372. Odredbe o usvojenju su u više navrata reformisane, a najrelevantnija reforma je izvršena 1966. godine kada su uvedena dva oblika usvojenja – potpuno usvojenje i obično usvojenje – koja su uz minimalne kasnije modifikacije i danas prisutna u francuskom pravu (Kitanović, 2006b, p. 286-287).

Francuski zakonodavac propisuje da supružnici mogu zajedno da usvoje dete ako su u braku dve godine ili ako su oboje napunili 28 godina. Međutim, ako dete želi da usvoji samo jedna osoba koja je u braku, ona to može učiniti, ali je potrebna saglasnost drugog supružnika. Ipak, ako on nije sposoban da izrazi svoju volju, npr. trajno je nesposoban za rasuđivanje ili nije više u bračnoj zajednici sa supružnikom, njegov pristanak nije potreban (čl. 343). Osoba koja živi sama takođe može usvojiti dete, ali mora biti starija od 28 godina. A kada je u pitanju usvojenje deteta drugog supružnika, uslov koji se odnosi na godine života ne mora biti ispunjen.

Građanskim zakonikom propisano je da razlika u godinama između usvojioca i usvojenika mora iznositi najmanje petnaest godina, a ako se usvaja dete supružnika, dozvoljena je razlika od deset godina. Ipak ovaj uslov nije precizan jer su moguća odstupanja. Preciznije, ako postoje opravdani razlozi, sud može da donese odluku o usvojenju, iako je razlika u godinama između usvojioca i usvojenika ispod zakonom propisane (čl. 344).

Kao što smo naveli, francuski zakonodavac razlikuje dva oblika usvojenja, te je neophodno ispuniti određene uslove u zavisnosti o kom usvojenju se radi. Tako je potpuno usvojenje moguće ako je dete mlađe od petnaest godina i ako je u domu usvojioca provelo najmanje šest meseci. Ipak, uz ispunjenje određenih uslova, moguće je usvojiti i decu koja su starija od petnaest godina i to ako je dete pre nego što je navršilo petnaest godina života bilo primljeno u cilju usvojenja od strane osobe koja nije ispunjavala zakonske uslove za potpuno usvojenje, pa zato ova forma usvojenja nije mogla biti ispunjena i ukoliko je dete pre nego što je napunilo petnaest godina bilo predmet običnog usvojenja. Kada usvojenik ima više od trinaest godina, potrebno je da se saglasi sa usvojenjem (član 345). Relevantno je naglasiti da francuski zakonodavac precizno navodi koja deca mogu biti usvojena. To su deca čije usvojenje odobravaju roditelji ili porodični savet. U francuskom pravu, ako je dete bez oba roditelja, formira se porodični savet koji donosi odluke koje se tiču deteta (Draškić, 1988, p. 294). Takođe, to su deca koja su pod starateljstvom države i deca koja su proglašena napuštenom. Kada je izvršena reforma odredaba o usvojenju 1966. godine,

francuski zakonodavac je uveo usvojenje određene kategorije dece – napuštene dece. To su deca koja se sudskom odlukom, na zahtev ovlašćenih subjekata i uz ispunjenje zakonom predviđenih uslova, proglašavaju napuštenom (Đuretić, 1982, p. 23). Danas su ovi uslovi predviđeni odredbom čl. 350 Građanskog zakonika.

Usvojenje se zasniva na osnovu odluke suda i na molbu usvojioca. Nakon molbe usvojioca, sud za građanske sporove donosi odluke, odnosno proverava da li su ispunjeni zakonski uslovi za usvojenje i da li je ono u interesu deteta, a sudska odluka o usvojenju deteta se ne obrazlaže. Rok za donošenje ove odluke je šest meseci od trenutka podnošenja zahteva (čl. 353).

Po francuskom zakonodavstvu potpunim usvojenjem dete dobija poreklo kojim se zamenjuje njegovo prvobitno poreklo, te usvojenik u porodici usvojioca ima ista prava i obaveze kao i deca rođena u braku (čl. 358). Znači da usvojenik prestaje da pripada svojoj biološkoj porodici, osim kada je reč o krvnom srodstvu kao smetnji za stupanje u brak. Izuzetak predstavlja i usvojenje biološkog deteta jednog supružnika od strane drugog supružnika, jer se detetu ostavlja njegovo prvobitno poreklo u odnosu na tog supružnika i njegovu porodicu (čl. 356).

Kada je u pitanju potpuno usvojenje, francuski zakonodavac usvaja princip apsolutne tajnosti. To znači da usvojenik ne može dobiti informacije o svojim biološkim roditeljima. Navedenom doprinosi i to što je propisano da je zakonom predviđena mogućnost upisa deteta u registre bez navođenja imena roditelja (Kovaček Stanić, 1997, p. 179). Na ovaj način je uskraćeno pravo deteta da sazna istinu o svom poreklu. Pored usvojenog principa apsolutne tajnosti, francuski zakonodavac je uveo i mogućnost anonimnog porođaja i pravo roditelja da ne otkrije svoj identitet. Anonimni porođaj Zakonom br. 93-22, 1993. godine uveden je u Građanski zakonik (čl. 341-1) i formulisan kao pravo žene. U Francuskoj su pravila anonimnog porođaja više puta dopunjavana i menjana, a bilo je pokušaja da se ovaj institut potpuno ukine. Jedan takav pokušaj rezultirao je donošenjem Zakona br. 2002-93, koji je usvojen 2002. godine. Ovaj zakon i dalje garantuje anonimni porođaj, ali i mogućnost da dete sazna sve ili samo neke podatke o svom medicinskom poreklu (Ponjavić & Palačković, 2017, p. 27). Naime, majka prilikom prijema u zdravstvenu ustanovu može da traži da činjenica o njenom prijemu i njenom identitetu ostane skrivena. Takođe, ona može da ostavi zapečaćen koverat o svom zdravlju, zdravlju oca deteta i svom identitetu, kako je i predviđeno Građanskim zakonikom (čl. 341) i Zakonikom o socijalnoj delatnosti i porodicama (čl. 222). U situaciji kada majka nakon porođaja ostavi dete i napusti ustanovu u kojoj se porodila, njena legitimna odluka ima direktnu posledicu po zaštitu prava deteta na identitet, što znači da je dete sprečeno da, u eventualnom sudskom postupku, utvrdi svoje poreklo u odnosu na majku, a time i u odnosu na oca (Petrović & Blašković, 2014, p. 83). Ipak, odredbom čl. 352 Građanskog zakonika olakšan je položaj oca, tako da otac deteta koje je rođeno anonimno može da traži pomoć prokuratora kako bi pronašao dete, ali ne može da uspostavi potpun pravni odnos sa detetom zato što nakon usvojenja deteta nije dozvoljeno njegovo priznanje (Čović & Čović, 2013, p. 637).

Jedna od relevantnih novina koja je predviđena Zakonom iz 2002. godine jeste konstituisanje Nacionalnog saveta za pristup poreklu. Nadležnost ove institucije jeste da prima zahteve lica koja traže da se utvrdi njihovo poreklo i da nakon toga uspostavi kontakt sa biološkom majkom deteta tražeći izjašnjenje da li ona želi da otkrije svoj identitet. Majka je bila ta koja donosi odluku da li će dete saznati svoje poreklo ili neće, što znači da je pristup istini o poreklu samo mogućnost, ne i pravo. Međutim izmenama Zakona iz 2009. godine, prihvaćena je mogućnost utvrđivanja materinstva u slučaju anonimnog porođaja, što znači da je bez izuzetka uvedeno pravo deteta na tužbu za utvrđivanje materinstva (čl. 325 Građanskog zakonika). Takođe, pravo na tužbu je stekao i otac koji je svoje očinstvo zasnovao prenatalnim priznanjem (Ponjavić & Palačković, 2017, p. 27).

Pored potpunog usvojenja, koje je neopozivo (čl. 359), francuski zakonodavac reguliše i obično usvojenje. Ono je dopušteno bez obzira na starost usvojenika, što znači da mogu biti usvojena i maloletna i punoletna lica. U roku od petnaest dana od pravosnažnosti, odluka kojom se odobrava obično usvojenje upisuje se u matičnu knjigu na zahtev državnog javnog tužioca. Pri tome se evidentira odluka o usvojenju, kao statusna promena, a usvojioci se ne upisuju kao roditelji. Prilikom ovog oblika usvojenja, usvojenik dobija prezime usvojioca koje dodaje svom prezimenu. Ipak, na zahtev usvojioca, sud može da donese odluku da usvojenik nosi samo prezime usvojioca (čl. 363). Običnim usvojenjem zasniva se roditeljski odnos između usvojitelja i usvojenika, što dovodi do nastanka srodničkog odnosa između usvojitelja i usvojenika i njegovih potomaka. Međutim, usvojenik iz običnog usvojenja zadržava sva prava u porodici iz koje potiče, a naročito nasledna.

Kao posledica običnog usvojenja nastaju obaveze izdržavanja između usvojitelja i usvojenika, s tim što su otac i majka usvojenika dužni da daju izdržavanje ako usvojitelji nisu u mogućnosti. Takođe, usvojenik nasleđuje usvojitelje kao zakonski i nužni naslednik prvog naslednog reda, s tim da usvojenik i njegovi potomci nemaju svojstvo nužnog naslednika u odnosu na usvojiočeve srodnike (čl. 367 i 368).

Poništaj običnog usvojenja je moguć i za njega je nadležan sud, s tim da presuda kojom se poništava usvojenje mora biti obrazložena. Takođe, poništenje običnog usvojenja nema retroaktivno dejstvo nego se odnosi samo na budućnost (čl. 370).

5. Rusija

Institut usvojenja u Rusiji regulisan je Porodičnim zakonikom Ruske Federacije (Семейный кодекс Российской Федерации) iz 1995. godine koji je više puta menjan i dopunjavan – poslednji put februara 2020. godine. Zakonodavac propisuje samo jedan oblik usvojenja – potpuno usvojenje.

Članom 127 propisano je da usvojitelji mogu biti oba supružnika zajedno, jedan supružnik uz pristanak drugog supružnika, kao i lice koje nije u braku. Istim članom je taksativno navedeno da to ne mogu biti lica koja su poslovno nesposobna ili imaju ograničenu sposobnost, lica koja su lišena roditeljskog prava ili im je sudskom odlukom

to pravo ograničeno, bivši usvojitelji ako je usvojenje prestalo usled njihove krivice, kao i lica koja su nepravilno obavljala dužnost staraoca i zbog toga su razrešena te dužnosti, osobe koje u momentu usvojenja nemaju odgovarajuće prihode i čiji stambeni uslovi ne zadovoljavaju propisane uslove u pogledu tehničkih i zdravstvenih uslova, lica koja imaju dosije u kriminalnoj evidenciji zbog osude za krivično delo protiv života i zdravlja građana, kao i osobe koje iz zdravstvenih razloga ne mogu biti roditelji, a spisak bolesti usled kojih lice ne može da usvoji dete propisuje Vlada Ruske Federacije.

Razlika u godinama između usvojitelja i usvojenika mora biti najmanje 16 godina. Navedena razlika mora postojati jedino kada je usvojitelj lice koje nije u braku. Ipak, sud može svojom odlukom da smanji ovu razliku iz opravdanih razloga. S druge strane, kada dete usvaja maćeha ili očuh, razlika u godinama kao uslov za zasnivanje usvojenja ne postoji (čl. 128).

Radi zasnivanja usvojenja potrebna je saglasnost roditelja, koja se mora dati u formi overene izjave, s tim što roditelji imaju pravo da povuku saglasnost pre donošenja sudske odluke. Ako je dete starije od deset godina, potrebna je i njegova saglasnost. Jedino ako je pre podnošenja zahteva za usvojenje dete živelo u porodici usvojitelja, može biti odobreno usvojenje bez dobijanja saglasnosti usvojenog deteta (čl. 132). Takođe, ruski zakonodavac odredbom čl. 129 propisuje da roditelji mogu dati saglasnost za usvojenje tek nakon rođenja deteta. Međutim, ako se usvaja dete čiji su roditelji maloletni, potrebna je saglasnost njihovih roditelja, tj. babe i dede deteta ili staraoca. S druge strane, propisano je da saglasnost nije potrebna kada su roditelji nepoznati, u slučaju kada su lišeni roditeljskih prava ili ako više od šest meseci nisu živeli zajedno sa detetom izbegavajući svoje obaveze u vezi sa izdržavanjem i obrazovanjem deteta (čl. 130). Ukoliko se usvojenik nalazi u hraniteljskoj porodici, neophodna je saglasnost hranitelja ili pak direktora ustanove socijalne ili zdravstvene zaštite ako se dete nalazi u nekoj od njih. Moguće je da sud donese odluku i kada nedostaju neophodne saglasnosti ukoliko za to postoje opravdani razlozi (čl. 132).

U zakonodavstvu Rusije usvojenje se zasniva na osnovu odluke suda kojom odlučuje o izjavi lica zainteresovanih da usvoje dete. Pri tome je neophodno učešće usvojlaca, agencije za starateljstvo, staratelja i tužioca. Pored toga obavezan je i zaključak organa starateljstva o njegovoj usaglašenosti sa interesima usvojenog deteta, kao i podaci o ličnom kontaktu usvojlaca. Od dana pravosnažnosti sudske odluke o usvojenju deteta nastaju i prava i dužnosti usvojitelja i usvojenika, a sud je dužan da u roku od tri dana pošalje izvod odluke telu koje je nadležno za registraciju usvojenja prema mestu donošenja odluke.

Kako bi se obezbedila tajnost usvojenja, na zahtev usvojitelja mogu biti promenjeni datum i mesto rođenja usvojenika. Promena datuma rođenja usvojenika je dozvoljena jedino kada se usvaja dete mlađe od godinu dana (čl. 135). Takođe, na zahtev usvojitelja, sud može doneti odluku da se oni upišu u matičnu knjigu rođenih kao roditelji, s tim da je potrebna i saglasnost deteta ako je ono navršilo deset godina života. Ipak i ako usvojitelji nisu upisani u matičnu knjigu rođenih kao roditelji usvojenika, zato što nisu to zahtevali, usvojenje proizvodi sva dejstva potpunog usvojenja.

Interesantno rešenje ruskog zakonodavstva jeste da rođenu braću i sestre ne mogu usvojiti različite osobe zato što se smatra da njihovo razdvajanje može loše uticati na dečju psihu koja je osetljiva, kao i na njihov mentalni razvoj. Mogućnost razdvajanja dece postoji samo ako bi ono bilo u interesu deteta (Čović & Čović, 2017, p. 333).

Ruski zakonodavac garantuje tajnost postupka usvojenja, a i samo usvojenje. Tako se tajnost postupka zasnivanja usvojenja odnosi na sudiju koji je doneo odluku o usvojenju, službenike koji sprovode njegovu registraciju, a i na osobe koje su na bilo koji način informisane o usvojenju. Oni u skladu sa odredbom čl. 139 Porodičnog zakona Rusije snose odgovornost i biće odgovorni u skladu sa Zakonom. Što se tiče prava deteta da zna svoje poreklo, rusko pravo prihvata princip apsolutne tajnosti usvojenja. Kao što smo videli, tajnost usvojenja podrazumeva i mogućnost promene mesta i datuma rođenja usvojenika, ukoliko to traže usvojitelji, što onemogućava usvojeniku da sazna identitet svojih bioloških roditelja. Kitanovička (2008, p. 483) navodi da je ova mogućnost specifičnost ruskog prava i da se retko sreće u uporednom pravu. Naime, prilikom zasnivanja usvojenja originalna uverenja su fizički uništavana i na taj način je u potpunosti onemogućavano dobijanje informacija o prirodnim roditeljima.

6. Zaključak

Po pitanju pravnog uređenja instituta usvojenja u analiziranim zakonodavstvima može se zaključiti da je ova materija detaljno, jasno i precizno regulisana. Zakonodavci predviđaju ispunjavanje određenih materijalnih i formalnih uslova kako bi proces usvajanja bio uspešan. Pri tome su u njima prisutne izvesne razlike prilikom regulisanja ovog instituta, ali bez obzira na to ono je koncipirano tako da, pre svega, bude u funkciji zaštite najboljeg interesa deteta i stvaranja adekvatnih uslova za njegovo zbrinjavanje u porodicu usvojlaca. Dete koje se usvaja je centralna ličnost u odnosu na usvojenje, te se podrazumeva da je usvojenje korisno za usvojenika i da je zasnovano u njegovom interesu. Dobrobit deteta je osnovni princip kojim se treba rukovoditi u realizaciji svakog konkretnog usvojenja, a porodica je primarna sredina u kojoj dete dobija ono što je neophodno za njegovu dobrobit, odnosno zadovoljavanje fizičke, emocionalne, socijalne, duhovne i kulturne potrebe, naročito u fazi razvoja, ali i tokom celog života.

Pošto usvojenje treba što vernije da podražava prirodni roditeljski odnos, savremena zakonodavstva, kao poseban uslov za zasnivanje usvojenja, propisuju određenu razliku u godinama između usvojlaca i usvojenika. Tako ruski i švajcarski zakonodavci propisuju da razlika u godinama između usvojitelja i usvojenika mora biti najmanje 16 godina, dok je francuskim građanskim zakonikom propisano da ona mora iznositi najmanje 15 godina. Ipak u svim zakonodavstvima u izuzetnim okolnostima dozvoljena su i određena odstupanja.

Mogu se adoptirati maloletna deca, ali je u zakonom predviđenim slučajevima dopušteno usvojenje i punoletnih osoba, koje po pravilu ima ograničeno dejstvo. Tako je npr. u švajcarskom pravu dopušteno usvajanje punoletnih osoba kojima je zbog telesnih

ili duševnih nedostataka potrebna stalna pomoć, a i nemački zakonodavac predviđa i usvojenje punoletnih lica, na koje se analogno primenjuju propisi o usvojenju maloletnika. S druge strane, rusko pravo ne predviđa usvojenje punoletnih lica, dok je u francuskom zakonodavstvu dopušteno usvajanje punoletnih lica kada je reč o običnom usvojenju.

Zakonom su predviđene dve vrste usvojenja: nepotpuno i potpuno. U pravnom smislu nepotpuno usvojenje predviđa paralelno postojanje građanskog i krvnog srodstva, dok potpunim usvojenjem usvojeno dete trajno i potpuno ulazi u porodicu usvojlilaca i stiče porodični status kao da je njegov prirodni potomak.

Na osnovu sprovedenog istraživanja možemo zaključiti da je u uporednom zakonodavstvu dominantan stav da institut usvojenja treba da obezbedi potpunu integraciju usvojenika u porodicu usvojlilaca i da prekine sve veze sa porodicom iz koje potiče, a to se može jedino potpunim usvojenjem koje i poznaju sva analizirana zakonodavstva. Stoga potpuno usvojenje predstavlja dominantan oblik usvojenja u savremenom pravu i, s obzirom na dalekosežne posledice, za punovažno zasnivanje usvojenja moderna prava propisuju brojne materijalne i formalne uslove koji moraju biti ispunjeni. Naime, većina savremenih pravnih sistema poznaje samo potpuno usvojenje kao jedini oblik usvojenja, npr. nemačko, rusko i švajcarsko pravo, dok izuzetak predstavlja francusko pravo koje poznaje i nepotpuni oblik usvojenja. Pored toga francuski zakonodavac uvodi mogućnost anonimnog porođaja i pravo roditelja da ne otkriju svoj identitet, što je u direktnoj suprotnosti s pravom deteta da sazna svoje poreklo. S druge strane, u Švajcarskoj je usvojenom detetu priznato pravo da dobije informacije o svom poreklu kada navršši 18 godina, a u Nemačkoj kada navršši 16 godina, dok su francuski i ruski zakonodavci usvojili princip apsolutne tajnosti potpunog usvojenja, što znači da usvojenik ne može dobiti podatke o biološkim roditeljima. Smatramo da rešenja francuskog i ruskog zakonodavca zaslužuje kritiku zato što nisu u skladu s pravom deteta da sazna istinu o svom poreklu, koje je kao neprikosnovenno pravo proklamovano Konvencijom o pravima deteta. Na osnovu navedenog možemo zaključiti da rešenja francuskog i ruskog zakonodavca nisu u skladu s pravom deteta da sazna svoje poreklo, koje je proklamovano i u međunarodnim dokumentima.

Analiziranjem instituta usvojenja u odabranim zakonodavstvima zaključujemo da ono nije jednostavna pravna transakcija, naprotiv, to je složeno društveno i emocionalno iskustvo, koje ima doživotne posledice po sve njegove učesnike. Ipak, smatramo da usvojenje može u potpunosti da ispunji svoju svrhu jedino kada usvojioci koji usvajaju dete čine to u interesu deteta.

Literatura

- Cvejić Jančić, O. 2004. *Porodično pravo: knjiga 2: roditeljsko i starateljsko pravo*. 2 izd. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu.
- Čović, A. & Čović, D. 2013. Izbor koncepta usvojenja sa aspekta zaštite prava deteta na saznanje svog porekla. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 63(4), pp. 635-652.

- Čović, A. 2014. Usvojenje u nemačkom i austrijskom pravu. *Strani pravni život*, 3, pp. 285-305.
- Čović, A. & Čović, D. 2017. Usvojenje u pravu Rusije. U: Mrvić Petrović, N., Kršljanin, N. & Zirojević, M. (ur.) *Uvod u pravo Rusije*. Beograd: Institut za uporedno pravo: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 329-340.
- Čović, A. 2017. *Prava deteta: evolucija, realizacija i zaštita*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Draškić, M. 1998. *Porodično pravo*. Beograd: Dosije.
- Draškić, M. 2013. Biomedicinski potpomognuto oplodjenje. U: Vasić, R. & Krstić, I. (prir.) *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU: prilozi Projektu 2012: kolektivna monografija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu: Centar za izdavaštvo i informisanje, pp. 219-235.
- Đuretić, N. 1982. *Usvojenje: teorija i zakonodavna praksa*. Zagreb: August Cesarec.
- Hrabar, D. 2008. Posvojenje na razmeđi interesa posvojitelja i posvojenika. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 58(5), pp. 1107-1139.
- Jakovac Lozić, D. 2000. *Posvojenje*. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu.
- Jović, O. 2005. Usvojenje kao način ostvarivanja roditeljstva. *Pravni život*, 54(9), pp. 1225-1235.
- Kovaček Stanić, G. 2007. *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*. 2. izd. Novi Sad: Pravni fakultet.
- Kovaček Stanić, G. 1997. *Pravo deteta da zna svoje poreklo*. Novi Sad: Pravni fakultet.
- Kitanović, T. 2006a. Međudržavno usvojenje i Konvencija o zaštiti dece. *Pravni život*, 55(10), pp. 193-202.
- Kitanović, T. 2006b. Usvojenje prema Francuskom građanskom zakoniku. U: Stanković, G. (ur.), *Dve stotine godina od donošenja Francuskog građanskog zakonika: uticaj Francuskog građanskog zakonika na srpsko pravo*. Niš: Pravni fakultet, pp. 285-301.
- Kitanović, T. 2008. Pravni režim usvojenja u uporednom pravu. *Pravni život*, 57(10), pp. 467-484.
- Kitanović, T. & Ignjatović, M. 2013. Evolucija ustanove usvojenja od rimskog do savremenog prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 47(4), pp. 163-184.
- Petrović, K. M. & Blašković, T. 2014. Pravo deteta na identitet. *Trendovi u poslovanju*, 1(3), pp. 79-87.
- Počuča, M. 2010. *Porodično pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe.
- Ponjavić, Z. & Palačković, D. 2017. Pravo na anonimni porođaj. *Stanovništvo*, 55(1), pp. 21-40.

Pravni izvori

- Francuski Građanski zakonik (Code civil). Dostupno na: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html> (18.8.2019).
- Nemački građanski zakonik (Bürgerliches Gesetzbuch). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (12.8.2019).

Porodični zakon Ruske Federacije (Семейный кодекс Российской Федерации).
Dostupno na: <https://legalacts.ru/kodeks/SK-RF/> (pristup: 24.8.2019).
Švajcarski građanski zakonik (Schweizerisches Zivilgesetzbuch). Dostupno na:
<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>
(10.8.2019).

Dalibor M. Krstinić, PhD

Assistant Professor, University of Business Academy in Novi Sad, Faculty of Law for
Commerce and Judiciary, Novi Sad, Serbia
e-mail: krstinicdalibor@yahoo.com

Jovana Z. Vasiljković, MA

Doctoral Candidate at the University of Business Academy in Novi Sad, Faculty of Law
for Commerce and Judiciary
Legal secretary of Faculty of Pharmacy, Novi Sad, Serbia
e-mail: vasiljkovicjovana5@gmail.com

INSTITUTE OF ADOPTION IN COMPARATIVE LAW

Summary

The subject of research in this paper is the analysis of institute of adoption, which is the most important form of family protection for children without parental care and is based on the establishment of a kinship relationship between the child and the new parents. Adoption is a social, legal and emotional process that enables children who cannot be raised by biological parents and relatives to become, legally and permanently, members of the adoptive family. On the basis of the above, the relevance of the adoption institute is evident, and particular attention will be paid to comparative analysis of the provisions governing it in various legislations. The aforementioned implies the aim of the paper, which is a comparative overview of the adoption institute according to the solutions contained in the positive Swiss, German, French and Russian legislation. As a concluding consideration, we summarize the legal regulation governing the institution of adoption in the selected legislation.

Keywords: adoption, adoptee, adoptive parent, parent, comparative legislation.

Primljeno: 14.1.2020.

Prihvaćeno: 9.3.2020.

PRIMENA TEORIJE PRAVNIH TRANSPLANTATA NA PRENOŠENJE PRAVA U JAPANU TOKOM MEIĐI RESTAURACIJE

Sažetak

Alan Votson je proučavajući uporedno pravo, sedamdesetih godina prošlog veka, formulisao teoriju da se velikim delom pravo stvara prenošenjem pravnih rešenja iz jednog pravnog sistema u drugi, putem pravnih pozajmica, tj. iz sistema države davaoca u sistem države primaoca. Votson je izneo i značajan broj zaključaka o načinima prenošenja prava. Cilj ovog rada je da ispita kako se ova, donekle kontroverzna, teorija pokazuje na primeru japanskog prava krajem XIX i početkom XX veka. Japan je, u drugoj polovini XX veka, pod pritiskom zapadnih sila bio prinuđen na ubrzanu modernizaciju države i društva, a najznačajnijim vidom modernizacije smatrao je osavremenjivanje svog pravnog sistema i njegovo usklađivanje sa pravnim sistemima zapadnih zemalja. Usklađivanje je uglavnom vršeno upravo prenošenjem prava iz drugih pravnih sistema, tj. putem pravnih transplantata. Kada se zaključci koje je prof. Votson izneo u vezi sa teorijom pravnih transplantanata primene na Japan u periodu Meiđi restauracije (1868–1912), većina njegovih teza se poklapa sa načinima prenošenja prava u Japanu u datom periodu. Međutim, jedan broj zaključaka o modernizaciji prava u Japanu nisu potvrđeni u potpunosti ili nisu uopšte. U ovom tekstu će se ukazati na one zaključke koji se ne mogu primeniti na Japan u Meiđi periodu, oni će biti analizirani i izneće se argumenti za nemogućnost njihove primene, a sve kako bi se teorija pravnih transplantata učinila preciznijom i potpunijom.

Ključne reči: pravni transplantati, Alan Votson, preuzimanje prava, Japan, Meiđi restauracija.

1. Uvod

Alan Votson (*Alan Watson*) je početkom sedamdesetih godina prošlog veka izneo inovativnu teoriju o načinu prenosa prava između različitih pravnih sistema – teoriju o pravnim transplantatima. On smatra da pravni transplantati predstavljaju čest način prenošenja pravnog sistema i pravnih rešenja iz jedne zemlje u drugu, ili iz jednog naroda u drugi (Votson, 2010, p. 53). Ova teorija predstavlja oblik generalnog antropološkog

* Doktorand na Filološkom fakultetu Univeziteta u Beogradu, Srbija, e-mail: milena_caca@yahoo.com

viđenja difuzionističke teorije, kao načina razvoja civilizacija i prenošenja iskustava (Votson, 2010, p. 19). Ipak, pomenuta teorija se pojavila kao suprotnost dotadašnjim različitim tumačenjima nastanka prava kao što je npr. viđenje da je pravo „ogledalo naroda“, odnosno plod „narodnog duha“, pa je, prema tome, nužno da bude različito za svaki narod.¹ Razlikovala se i od opšteprihvaćene teorije o evolutivnom razvitku prava, po kojoj se smatralo da se pravo jedne države samostalno razvija, bez značajnih spoljnih uticaja, u skladu sa razvojem društva i isključivo prateći njegove potrebe.²

U radu će najpre biti predstavljene osnovne karakteristike teorije pravnih transplantata, a nakon toga će se ispitati u kojoj meri se zaključci o načinima prenošenja prava metodom pravnih transplantata, koje iznosi Votson, mogu primeniti na Japan u periodu Meidi restauracije. Posebna pažnja će se posvetiti ispitivanju nekoliko postulata teorije pravnih transplantata, i daljom analizom će se ukazati na to da se oni ne mogu primeniti na prenošenje prava u Japanu u periodu Meidi restauracije, iako se u ovom radu ne osporava činjenica da je modernizacija prava u Japanu u tom periodu dobrim delom vršena putem pravnih pozajmljivanja kako to vidi teorija pravnih transplantata.

2. Osnovne karakteristike teorije pravnih transplantata

Votson je, tokom dugogodišnjeg proučavanja uporednog prava, došao do zaključka da se razvoj prava u okviru jedne države ne može objasniti evolucionističkom teorijom i razvojem prava koje je nezavisno od uticaja prava drugih država. Ideju pravnih transplantata je bazirao na stanovištu da države svesno pozajmljuju postojeća pravna rešenja drugih država. Po njegovom mišljenju, preuzimanje pravnih transplantata može da se javi u manjoj ili većoj meri – preuzimanjem jednog ili više pravnih rešenja, ili

¹ Ovo drugo shvatanje zastupali su predstavnici istorijskopravne škole koja se razvila u Nemačkoj u XIX veku, čiji je glavni predstavnik Savinji (*Friedrich Carl von Savigny*).

² Japanski pravnik Nobušige Hozumi (*Nobushige Hozumi*), u svom delu *Predavanje o pet porodica zakona* (*Horitsu Godai-zoku no Setsu*), objavljenom 1884. godine, izneo je teoriju o pet porodica zakona, da bi u kasnijem delu *Predavanja o novom japanskom građanskom zakoniku* (*Lectures on the New Japanese Civil Code as a Material for the Study of Comparative Jurisprudence*) izneo teoriju o tome da se svi zakoni na svetu mogu podeliti u sedam porodica – kinesku, rimsku, slovensku, hindu, muhamedansku, germansku i englesku (više kod Noda, 1984, p. 213). U vezi s tim, Hozumi iznosi tvrdnju da je s vremenom japansko pravo prešlo iz porodice kineskih zakona u porodicu rimskog prava, što on vidi kao rezultat evolucionističke teorije, gde u pravu vladaju zakoni prirodne selekcije, pa se i može očekivati da će neki sistemi – porodice izumreti. Međutim, s obzirom na to da je Hozumi ovu svoju ideju izneo u drugoj polovini XIX veka, kada teorija pravnih transplantata još nije postojala, upravo ova njegova teorija svojom argumentacijom je snažno potvrđuje. Prelaz japanskog pravnog sistema iz kineske u rimsku porodicu prava je dobar primer primene teorije pravnih transplantata na Japan u periodu Meidi restauracije, jer je Japan, usvajanjem pravnih rešenja zapadnih država, posredno usvojio i modele rimskog prava, na kojima se pravni sistemi tih država zasnivaju. Kao posledica preuzimanja stranog prava određeni pravni sistem (u ovom slučaju japanski) promenio se i samim tim je promenio i porodicu zakona kojoj pripada, kao rezultat svesnog preuzimanja pravnih rešenja, a ne proste i ničim izazvane evolucije prava. Osnovna razlika između ove dve teorije, evolucionističke i teorije pravnih transplantata, svodi se na različite oblike akcije – na pasivnost kod evolucionističke teorije, gde se smatra da se pravo menja samo od sebe, i na aktivnosti kao preduslova za postojanje pravnih transplantata. Na osnovu svega navedenog može se zaključiti da Hozumijeva teorija o porodicama prava posredno potvrđuje Votsonovu teoriju o pravnim transplantatima kao načinu razvoja prava. Hozumijevo viđenje promene japanskog prava direktno ukazuje na to da se pravo ne razvija pasivnošću i nečinjenjem, već naprotiv, direktnom i smislenom akcijom.

preuzimanjem čitave grane prava iz sistema davaoca i njihovim prenošenjem u pravni sistem primaoca. Votson (2010, p. 21) je, dalje, smatrao da je pravni razvitak država kroz istoriju posledica pravnih pozajmica, tzv. presađivanja pravila iz različitih pravnih sistema u matični pravni sistem koji pozajmljivanje vrši. Prenošnje pravnih pravila, međutim, ne bi bilo moguće bez preduslova koji je Votson (2010, p. 53) nazvao teorijom konvergencije, a koja ukazuje na to da se pravo razvija nezavisno od društva, pa je samim tim i moguće prenošenje sistema prava u različiti društveni okvir.

Treba istaći i to da su se, kao što je teorija pravnih transplantata imala svoje protivnike (npr. Pierre Legrand (2001), koji je smatrao da su pravni transplantati nemogući), pojavila i gledišta drugih autora, koji su smatrali da je transplantacija prava relativno uobičajeni, a za neke autore i najvažniji, način razvitka pravnog sistema jedne države. Tako je, na primer, Ugo Mattei tvrdio da su u najvećem broju slučajeva promene u jednom pravnom sistemu posledica pravnih transplantata (Feldman, 2004, p. 145).

Teorija pravnih transplantata ukazala je i na to da se pravni transplantati javljaju kako u različitim vremenskim epohama – u antičko doba, u srednjem veku, pa i danas, tako i u različitim geografskim oblastima – u Evropi, na Bliskom istoku, u Severnoj Americi i Africi, jednom rečju, u čitavom svetu.

Uređenije i ekonomski snažnije države, poput Francuske, Velike Britanije, Nemačke ili Švajcarske, razvijale su svoje pravo i bile su u prilici da ga nameću drugim državama. Neke države su dobrovoljno prihvatale pozajmljenice, jer nisu imale dovoljno razvijena svoja pravna pravila, među njima i Japan, dok su drugima ta pravna pravila nametana kroz kolonizaciju i osvajanja, te bi se verovatno moglo govoriti o prinudnim pravnim transplantatima.

Bez obzira na koji od ovih načina je došlo do prenosa prava, Votson (2010, p. 97) ističe da su za odabir prava koje će biti preuzeto od presudnog značaja dva kriterijuma:

- 1) Postojanje autoriteta, odnosno postojanje poštovanja prema sistemu davaocu. Autoritet igra značajnu ulogu u pozajmljivanju prava – sistem primalac (sistem domaćin) teži preuzimanju pravnog rešenja iz pravnog sistema i države koju ceni (Votson, 2010, p. 97).³ On ističe da je čak moguće i pozajmljivanje neodgovarajućeg pravnog rešenja samo zato što ono potiče iz onog sistema prema kojem se gaji poštovanje (Votson, 2010, p. 99).
- 2) Dostupnost prava države davaoca državi domaćinu. Votson (2010, p. 167) smatra da je bitan kriterijum za preuzimanje pravnog transplantata jednostavno pristupačnost inostranog pravnog sistema – a inostrani sistem prava pristupačan je prevashodno:
 1. kada pravo davaoca postoji u pisanom obliku;
 2. kada pravo davaoca postoji u formi u kojoj ga je relativno lako otkriti i razumeti (što uključuje i jezik na kome je zakon napisan);

³ Vatson povodom ovog mišljenje citira i Paula Košakera, koji smatra da je pozicija autoriteta u stvari pozicija sile: „Drugim rečima, strani zakon se ne preuzima zato što se smatra za najbolji. Mnogo više, prijemčivost stranog pravnog sistema je pitanje moći, rezultat bar duhovne i kulturne nadmoći preuzetog zakona, položaj moći koja je opet uslovljena činjenicom da taj zakon potiče iz snažne političke moći, bez obzira da li je ta moć i dalje stvarna ili postoji i najmanje živo sećanje na nju i na njenu kulturu“ (Votson, 2010, p. 99).

3. kada je (zakon koji je predmet pravnog transplantata (prim. aut.)) odmah dostupan, kako bi odmah bio i preuzet (Votson, 2010, p. 167).

2.1. Autoritet i dostupnost pravnog sistema primenjeni na prenošenje prava u periodu Meiđi restauracije

Votson (2010, p. 139) smatra da dva kriterijuma imaju najveći uticaj na to koji će pravni sistem biti preuzet od strane države domaćina. To su autoritet, odnosno poštovanje koje država primalac gaji prema državi i pravnom sistemu davaoca i dostupnost prava države davaoca državi primaocu.⁴

Primenom ova dva kriterijuma na Japan u drugoj polovini XIX veka, tokom Meiđi restauracije, može se najpre zaključiti da je autoritet koji određen pravni sistem uživa u državi primaocu uticao na izbor odgovarajućeg pravnog rešenja. U slučaju Japana to se ogleda u preuzimanju određenih pravnih rešenja iz zemalja prema kojima su gajili poštovanje i čiji su položaj na svetskoj sceni, kao i njihova dostignuća pre svega u vojnoj i ekonomskoj oblasti, izuzetno cenili (u prvom periodu, preovlađivalo je preuzimanje iz francuskog,⁵ a u kasnijem periodu, iz nemačkog prava⁶). Za preuzimanje francuskog prava početkom Meiđi restauracije presudno je bilo poštovanje koje su Japanci gajili prema Napoleonu i Francuskom građanskom zakoniku iz 1804. godine, koji je, kada je objavljen u prvoj polovini XIX veka, smatran najnaprednijim građanskim zakonikom u Evropi tog vremena. Kasnije je jačanje uticaja nemačkog prava u Japanu i, sledstveno tome, preuzimanje nemačkih rešenja, bilo posledica porasta poštovanja prema Nemačkoj, do kog je došlo usled političkih previranja u Evropi. Poraz Napoleona oslabio je francusku nadmoć, dok su ujedinjenje Nemačke i usvajanje Nemačkog građanskog zakonika 1896. godine, ali i angažovanje same Nemačke na jačanju svog uticaja u Japanu, vodili ka promeni autoriteta, odnosno pravnog sistema iz kog se preuzimaju pravna rešenja.

Pored autoriteta, za pravne transplantate od izuzetnog značaja je i dostupnost prava države davaoca državi primaocu. Votson smatra da je inostrani sistem prava pristupačan:

- 1) kada je pravo davaoca dostupno, pošto se javlja u pisanom obliku (Votson, 2010, p. 167). Taj preduslov olakšava preuzimanje prava i u slučaju Japana. To je osnovni razlog zbog kog Japan nije preuzeo precedentno pravo Sjedinjenih Američkih Država ili Velike Britanije, iako je prema ovim državama i njihovim pozicijama na svetskoj političkoj i ekonomskoj sceni gajio veliko poštovanje – ovo pravo nije bilo

⁴ Autoritet jednog pravnog sistema bitniji je od kvaliteta prava koje se preuzima, navodi Votson ali ukazuje i na to da je u nekim slučajevima, odnosno nekim zakonodavcima, važnija bila dostupnost prava, nego njegov kvalitet (Votson, 2010, p. 139).

⁵ Pod uticajem francuskog prava i uz pomoć francuskih pravnika, sastavljeni su, između ostalih: Krivično procesni zakonik iz 1880. godine, Krivični zakonik iz 1882. godine, predlog Građanskog zakonika iz 1888. godine.

⁶ Pod uticajem nemačkog prava i uz pomoć nemačkih pravnika, sastavljeni su, između ostalih: Meiđi ustav iz 1899. godine, usvojeni Građanski zakonik Japana iz 1896. godine, novi Krivični zakonik Japana iz 1907. godine.

- kodifikovano, i samim tim, u skladu sa Votsonovom teorijom, bilo je teže dostupno;
- 2) kada je pravo davaoca lako naći i razumeti, pod čime se podrazumeva da je pravo objavljeno i da postoji način da se ono nabavi, kao i da je jezik na kom je objavljeno razumljiv;
 - 3) kada je zakonski akt koji je predmet pravnog transplantata odmah dostupan, što podrazumeva da odmah može i da bude preuzet (Votson, 2010, p. 167).

U Japanu, u periodu Meiđi restauracije, upravo ovo su bili kriterijumi na osnovu kojih je birano pravo koje će se transplantirati. Na odabir francuskih zakonika, koji će biti korišćeni kao model za japanske kodifikacije u prvom periodu Meiđi restauracije, npr. Francuskog građanskog zakonika iz 1804. godine, nije uticalo samo poštovanja prema Francuskoj i njenim dostignućima.⁷ Veliki uticaj je imalo i to što je Zakonik bio pisan na francuskom jeziku, koji su pojedini Japanci u drugoj polovini XIX veka razumeli, kao i to što je zakonik bio objavljen u štampanom obliku i do primerka Zakonika se relativno lako moglo doći.⁸ Zbog svega navedenog Japanci su kao prvi pokušaj (doduše neuspešan) stvaranja Građanskog zakonika Japana preveli Francuski građanski zakonik na japanski.⁹ Na isti način je kao jedan od činilaca koji je uticao na preuzimanje Pruskog ustava iz 1850. godine bila njegova dostupnost, to što je sredinom XIX veka određeni broj Japanaca govorio nemački jezik, i to što je do odštampanog i objavljenog Ustava bilo lako doći.¹⁰

Kada je reč o trećem kriterijumu (trenutna dostupnost akta koji je predmet pravnog transplantata, što podrazumeva da akt odmah može i da bude preuzet), slučaj Japana pokazuje sledeće. Dostupnost se ogleda u gotovim, kodifikovanim, objavljenim i odštampanim zakonicima, koje je Japan koristio prilikom preuzimanja stranog prava. Japanci su proučavali zakonike koji su im bili dostupni. Već je pomenuto inicijalno oslanjanje na Francuski građanski zakonik, ali pored njega Japanci su proučavali i koristili i mnoge druge zakonike, pre svega evropskih zemalja, do kojih su mogli da dođu.¹¹ Među njima, za stručnu javnost sa naših prostora svakako je najinteresantniji primer ugledanja (ili makar pogledanja) na Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine, o čemu će ovde biti više reči.

⁷ Jedan od prvih projekata kodifikacija Meiđi vlade bilo je sastavljanje Krivičnog zakonika. Soeđima Taneomi (*Soejima Taneomi*) je naložio Rinšu Micukuriju (*Rinshō Mitsukuri*) da prevede deo Francuskog krivičnog zakonika na japanski jezik (Ikeda, 1996, p. 70).

⁸ Dobri odnosi sa Francuskom i početak francuskog uticaja vezuju se još za kraj Tokugava perioda, pa otud i prvobitno ugledanje na francuske modele, sa jedne strane, a sa druge, nekolicina Japanaca je znala francuski jezik, pa je samim tim i proučavanje francuskih zakonika bilo moguće.

⁹ Eto Šimpei (*Etō Shimpei*), iste godine, u svojstvu predsednika Komiteta za Građanski zakonik naložio je Rinšu Micukuriju da prevede Francuski građanski zakonik iz 1804. godine na japanski jezik. Više videti u Rohl, 2005, str. 172. Rinšuov prevod je svakako bio pionirski poduhvat, tokom kog se susreo sa različitim problemima, od kojih je nepoznavanje pravnih instituta evropskih država, kao i demokratskih principa na kojima su bili zasnovani bio verovatno najveći. Neusklađenost sa zapadnim uzorima je bila značajna, utoliko da je za francuski izraz *droit civil*, Micukuri stvorio novu reč „*minken*“, ali je njen koncept – da ljudi imaju prava, za članove Komiteta bio uglavnom neshvatljiv.

¹⁰ Nemački uticaj je u Japanu počeo da preovlađuje kao rezultat angažovanja same Prusije, kasnije Nemačke, ali i kao rezultat Ivakura misije i Ito Hirobumijevo studijskog boravka u Nemačkoj i Austriji.

¹¹ Smatra se da su japanski pravници pre početka rada na japanskom Građanskom zakoniku pregledali preko 30 različitih građanskih zakonika (1904, *The New Japanese Civil code*, p. 67).

3. Zaključci Votsona o uslovima i načinima za prenošenje prava putem teorije pravnih transplantata

Usmeren na uspostavljanje celovitog, efikasnog i usklađenog sistema pravnih transplantata, Votson (2010) izvodi i opšte zaključke o njihovim karakteristikama, pre svega o tome na koji način države prenose prava, koje vrste prava prenose, i kako se prema tim pravnim transplantatima iz drugih pravnih sistema odnose. Međutim, s obzirom na to da se ti zaključci u najvećem broju poklapaju sa rezultatima primene pravnih transplantata na slučaj prenošenja prava tokom Meidi restauracije u Japanu, kao i mnogih drugih zemalja u kojima je pravo stvarano ili razvijano uz pomoć pravnih transplantata, u tekstu će biti analizirani samo oni zaključci koji se, kada se primene na Japan u navedenom periodu, ne poklapaju delimično ili ne poklapaju u potpunosti sa zaključcima koje iznosi Votson.

3.1. Grane prava koje su podložne transplantaciji – javno i privatno pravo

Prvo zapažanje koje će se ispitati jeste ono koje se odnosi na grane prava koje su podložne uticaju stranog prava preuzetog metodom pravnih transplantata. Votson (2010, p. 37) iznosi mišljenje da je javno pravo, samim tim i ustavno pravo, oblast prava koju države promišljaju, a da je privatno pravo sfera u kojoj se primenjuju pravni transplantati, jer države nemaju vremena i nisu zainteresovane da se tim oblastima bave. On prethodno citira S.F.C. Milsa, koji kaže: „Društva naveliko smišljaju svoje ustave, svoje političke i upravne sisteme, a u današnje vreme čak i svoje privredne sisteme; ali svoje privatno pravo gotovo uvek uzimaju od drugih“ i slaže se sa njim (Votson, 2010, p. 36).

Međutim, na primeru Japana se može doći do sasvim suprotnog zaključka, kako u pogledu stvaranja javnog tako i preuzimanja privatnog prava. Japan se prilikom sastavljanja Meidi ustava ugledao na Pruski ustav iz 1850. godine, a u norme porodičnog prava je uneo postojeće običajno pravo i elemente japanske tradicije. Ovaj zaključak se može razložiti i dodatno razmotriti.

Primer Japana u periodu Meidi restauracije osporava Votsonovo stanovište da se pravni transplantati prevashodno primenjuju u oblasti privatnog prava. Prilikom pisanja Meidi ustava iz 1889. godine, korišćeni su pravni transplantati – pravna rešenja koja su pre svega i najvećim delom preuzeta iz Pruskog ustava iz 1850. godine, uz odgovarajuća prilagođavanja političkim idejama i državnom uređenju koje su vođe Meidi restauracije želele da ostvare ovim ustavom.¹² Ugledanje, odnosno preuzimanje pravnih rešenja nije se ograničilo samo na ona iz Pruskog ustava već su preuzimana rešenja i iz drugih pravnih sistema, kao što je slučaj sa modelom dvodomnog parlamenta koji je preuzet iz Velike Britanije (Tanaka, 2000, p. 626).

¹² O ugledanju sastavljača Meidi ustava na Pruski ustav govori čak i Vudro Vilson (*Woodrow Wilson*), tada profesor na Univerzitetu Veslijan, u svom pismu Gilmanu (*Daniel C. Gilman*) 1889. godine: „I mislim da je, imajući u vidu stepenicu u razvoju na kojoj se Japan sad nalazi, Pruski ustav bio odličan model za kopiranje. Ovaj izbor Japana je samo još jedan dokaz jedinstvene bistrine, jedinstvene moći da se sagleda i nauči, što je za Japan najbolji ustav i obećanje njegovog uspeha.“ Više Kazuhiro (2007, p. 181).

Nasuprot stanovištu Milsa da društva svoje privatno pravo gotovo uvek uzimaju od drugih, sa kojim se Votson (2010, p. 36) slaže, primer Japana u periodu Meidi restauracije pokazuje da se ova tvrdnja ne može u svim slučajevima smatrati tačnom, odnosno da sve zavisi od grane privatnog prava koja se ispituje u konkretnom slučaju, a na šta će kasnije biti ukazano. Kada je reč o radnom pravu, koje predstavlja svojevrsnu mešavinu javnog i privatnog prava, u Japanu takvo pravo nije postojalo u periodu pre Drugog svetskog rata (Ishikawa, 1963, p. 439), te je zato uputno ovu granu prava izuzeti iz analize prenošenja prava metodom pravnih transplantata.

U skladu sa prethodno iznetom tezom dalje Votson (2010, p. 68) kaže: „[...] ukazano je na to da porodično pravo ne mora nužno da bude grana prava koja je najmanje otvorena inostranom uticaju“, a zatim navodi i sledeće: „Nijedna oblast privatnog prava ne može da se označi kao oblast koja je izuzetno otporna na promene koje nastaju kao posledica inostranog uticaja. Porodično pravo u svakom slučaju sigurno nije jedna od takvih oblasti i pored suprotnog opšteg mišljenja – koje je svesno ili nesvesno zasnovano na ideju *Volksgeist*-a“ (Votson, 2010, p. 148).

Međutim, na primeru Japana ova tvrdnja se može unekoliko dovesti u pitanje. Kod porodičnog (i naslednog) prava u Japanu, kao što je već navedeno, nisu preuzete odredbe stranog zakonodavstva, već su primenjene odredbe postojećeg japanskog običajnog prava. Japan pravna rešenja koja se tiču te dve grane prava nije pozajmljivao, već je za stvaranje zakonskih odredaba koje regulišu navedenu materiju koristio svoje običajno pravo. Zato se može zaključiti da se izneta Votsonova pretpostavka, u vezi sa postojanjem pravnih transplantata kod porodičnog i naslednog prava, ne može primeniti na Japan.

Međutim, navedena tvrdnja je donekle i ispravna budući da se zna da je prilikom sastavljanja predloga Građanskog zakonika Japana, francuski savetnik Vlade Japana Gistav Boasonad (*Gustave Emile Boissonade de Fontarabie*), koji je radio na sastavljanju predloga Građanskog zakonika Japana, ipak izvršio određen uticaj na ove odredbe, iako su se delom kojim su se regulisale odredbe porodičnog i naslednog prava bavili japanski pravници. Do ovog zaključka se može doći na osnovu toga što se kao jedan od argumenata koji su protivnici usvajanja predloga Građanskog zakonika Japana iz 1890. godine izneli bio taj da se odredbama porodičnog i naslednog prava, koje su bile pisane pod uticajem francuskog zakonodavstva i u suprotnosti sa japanskim običajnim pravom, urušava tradicija i preti uništavanje japanske tradicionalne porodice i njenog osnovnog elementa *ie*.¹³

S druge strane, interesantno je napomenuti da je ideja Valtazara Bogišića o granicama zakonika, odnosno sadržini građanskog zakonika, iz kog je izdvojena materija porodičnog (i naslednog) prava,¹⁴ primenjena u prvobitnom predlogu japanskog

¹³ Japanski pravnik Hozumi Jacuka (*Hozumi Yatsuka*), 1891. godine objavio je tekst „Ako Građanski zakonik bude usvojen, lojalnost i poštovanje prema roditeljima biće uništeni“ (*Minpō idete, chūkō horobu*). U ovom tekstu je izneo mišljenje da je deo Zakonika koji regulišu porodične odnose zasnovan na zapadnom individualizmu, sa idejom da su muževi i žene, starija i mlađa braća odvojene jedinice. Ovo je vodilo opasnosti da poljulja temelje japanskog društva koje se zasnivalo na poštovanju predaka koji su i dalje bili središte kuće, odnosno porodice, jer kod *ie* porodica se nije zasnivala na srodstvu, već na zajedničkom životu (Jansen, 1989, p. 487).

¹⁴ U predgovoru izdanju Opšteg imovinskog zakonika Jelena Danilović navodi da je Valtazar Bogišić prvi na svetu sveo pojam građanskog prava, izuzimajući iz njega porodično i nasledno pravo, na (samo) imovinsko pravo, a da su to drugi na svetu učinili Japanci, sledeći ovu njegovu ideju (više u: Bogišić, 1998, p. 38).

Građanskog zakonika Gistava Boasonada. Tu tvrdnju Bogišić (1893, p. 33) iznosi u svom delu *O položaju porodice i nasljedstva u pravnoj sistemi*, gde kaže da se na osnovu numeracije knjiga zakonika i njihovog poređenja sa Francuskim građanskim zakonikom, može uočiti namera da ovi delovi budu izostavljeni.¹⁵ Takođe, Bogišić (1893, p. 33) ističe i da je sam naziv zakonika izmenjen u „Zakonik dobara ili prava koja sastavljaju imanja pojedinca“. Stoga se u ovom slučaju može govoriti o verovatnom metodološkom uticaju ideja Valtazara Bogišića na oblast porodičnog i naslednog prava kao pravnom transplantatu *per se*. Kasnije se od ovog predloga Građanskog zakonika odustalo. U konačno usvojenom Građanskom zakoniku Japana iz 1898. godine, koji je rađen pod uticajem nemačkog prava i uz pomoć nemačkog savetnika Vlade Japana Hermana Rozlera (*Hermann Roesler*), obuhvaćeni su delovi kojima je regulisano porodično i nasledno pravo. I na ovim normama su radili japanski pravници i u njih je uneto japansko običajno pravo.

Osim kod porodičnog i naslednog prava, zaključak Votsona (2010, p. 68) o tome da se za stvaranje grana privatnog prava koriste pravni transplantati može se dovesti u pitanje i u pogledu preuzimanja prava u oblasti trgovinskog prava. Međutim, s obzirom na to da trgovinsko pravo može da obuhvata elemente i javnog i privatnog prava, ispitivanje će se ograničiti samo na onaj deo trgovinskog prava koji spada pod privatno pravo.

Prvobitni japanski Trgovinski zakonik (*Kyū-shōhō*) iz 1890. godine je bio sastavljen pod uticajem francuskog i nemačkog trgovinskog prava, a na njemu je radio nemački pravni savetnik Vlade Japana Herman Rozler. Marković & Đurović u svojoj knjizi o japanskom pravu smatraju da je zakonik rađen po ugledu na nemački Trgovinski zakonik iz 1861. godine, i da su u njega unete i neke odredbe francuskog trgovinskog prava (Marković & Đurović, 2011, p. 531). Rozler je pokušao da uskladi norme francuskog Trgovinskog zakonika iz 1870. godine sa nemačkim pravom, odnosno normama sadržanim u nemačkom zakoniku, ali istovremeno nije koristio postojeće japansko običajno trgovinsko pravo, jer ga nije smatrao odgovarajućim (Rohl, 2005, p. 355). Kao rezultat, Trgovinski zakonik je po formi sledio francuski model, a po sadržini nemački. Međutim, već po objavljivanju bio je izložen brojnim kritikama, od kojih su najznačajnije bile one koje su se ticale neprimenjivanja odredaba postojećih trgovinskih običaja. Kao odgovor na kritike, sastavljen je novi Trgovinski zakonik (*Shōhō*) iz 1899. godine, koji je koristio običajno trgovinsko pravo Japana.

¹⁵ Osim u prvoj, Bogišić navodi da se i u drugim, kasnije objavljenim sveskama, vidi uticaj njegove ideje o unutrašnjim granicama zakonika, koje ne obuhvataju porodično i nasledno pravo i kao primer navodi poređenje treće knjige Francuskog građanskog zakonika i treće sveske predloga Japanskog građanskog zakonika, gde se u trećoj svesci Japanskog građanskog zakonika ne pominju ženidbeni ugovor i uzajamne imovinske veze supruga, koje se nalaze u trećoj knjizi Francuskog zakonika. Još jedno poređenje koje navodi, jeste ono koje se tiče mesta odredaba naslednog prava, a koje se nalaze u trećoj knjizi Francuskog zakonika, a ne nalaze u trećoj svesci Boasonadovog predloga. Bogišić je, u skladu sa Boasonadovim pismom, u kom je Boasonad najavio da će se porodično i nasledno pravo regulisati po okončanju rada na ostalim sveskama Japanskog građanskog zakonika, te odredbe tražio i u kasnijim izdanjima, u trećoj svesci Boasonadovog predloga, onaj iz 1889. godine, a zatim i u tekstu Zakonika bez komentara, objavljenom 1891. godine. Međutim, nigde ih nije našao, niti je to kasnije i mogao da uradi, s obzirom na to da se odustalo od Boasonadovog predloga Zakonika i zadatak da sastavi novi predlog Građanskog zakonika Japana dodeljen je nemačkom savetniku Vlade Japana Hermanu Rozleru (*Hermann Roesler*) 1893. godine (Bogišić, 1893. p. 33).

Stoga se na primeru trgovinskog prava u Japanu u periodu Meidi restauracije može zaključiti da privatno pravo po sadržini i jeste (u starom Trgovinskom zakoniku) preuzimalo strana pravna rešenja, što ukazuje na potvrdu Votsonovih stavova. S druge strane, ukoliko se u obzir uzme novi Trgovinski zakonik, pravni transplantati nisu korišćeni, s obzirom na to da se zakonodavac pri stvaranju odgovarajućeg prava inspirisao postojećim trgovinskim običajima. Zato se kod ispitivanja Votsonovog zaključka o preuzimanju privatnog prava, na primeru trgovinskog prava u Japanu, njegov stav potvrđuje samo uslovno, ako se odnosi na inicijalnu fazu izrade Zakonika, ali ne i na kasnije zakonodavne aktivnosti prilikom kojih je bez korišćenja pravnih transplantata stvoren zakonski tekst primeren japanskom pravu.

Ukoliko zaključak Votsona primenimo na krivično pravo u Japanu u periodu Meidi restauracije, mogli bismo konstatovati slično kao što smo već naveli analizirajući strane uticaje prilikom stvaranja trgovinskog ili građanskog prava. Tokom Meidi perioda doneto je više krivičnih zakonika, jer se smatralo da je regulisanje krivičnog prava od ključne važnosti za brži napredak japanske države i njenu modernizaciju. Menjali su se i uzori na koje su se zakonodavci ugledali (smenjivanje dominantnih uticaja francuskog i nemačkog prava).¹⁶

Iako je među autorima prisutan stav da je stari Krivični zakonik stvaran isključivo po uzoru na Francuski krivični zakonik, Ikeda (1996, p. 171) smatra da ga je Boasonad zapravo radio po uzoru na različite evropske zakonike, ali uz uklapanje japanskih običaja i tradicije. Naime, novi Krivični zakonik, iz 1907. godine, pisan je pod preovlađujućim uticajem nemačkog prava, po uzoru na nemačko pravo. U oba zakonika (iz 1880. i 1907. godine) krivično pravo je delom preuzeto putem pravnih transplantata, a delom su usvojeni i japanski običaji i tradicija.

Na osnovu svega dosad navedenog može se ustanoviti da je Votsonov zaključak da se javno pravo sastavlja, a da se privatno pravo gotovo uvek preuzima iz drugih pravnih sistema putem pravnih transplantata, u slučaju Japana u periodu Meidi restauracije samo delimično potvrđen. Tačnije, ne može se primeniti na javno pravo, a u pogledu privatnog prava, njegova primena je moguća samo delimično. Naime, primenjivost Votsonovog zaključka na tadašnji japanski pravni sistem zavisi od grane prava koja se posmatra i perioda u kom je određeni zakonik bio sastavljan.

3.2. Odnos države prema stvaranju prava

Iz teorije pravnih transplantata proizišao je i drugi Votsonov zaključak da vlade često pokazuju malo interesovanja za stvaranje prava (Votson, 2010, p. 174). Navedeni zaključak se ne potvrđuje na primeru Japana u periodu Meidi restauracije. Može se videti da je stvaranje kako privatnog tako i javnog prava u Japanu, u drugoj polovini XIX veka, bio državni projekat. Japan je bio prinuđen da deluje u skladu sa političkim previranjima na

¹⁶ Prvo je donet privremeni Krivični zakonik (*Karikeiritsu*) 1868. godine, zatim Nacrt novog Krivičnog zakonika (*Shinritsukōryō*) 1870. godine, stari Krivični zakonik (*Kyūkeihō*) donet je 1880. godine, a novi Krivični zakonik (*Keihō*) 1907. godine.

međunarodnoj sceni. Počev od 1860. godine, a po zaključivanju neravnopravnih ugovora,¹⁷ još krajem perioda Tokugava, a zatim i tokom Meidi restauracije, japanski zvaničnici su poslali više misija u Ameriku i Evropu.¹⁸ Misije ne samo što su bile organizovane od strane Vlade Japana već su u njima učestvovali i japanski zvaničnici i političari.¹⁹ Cilj poslatih misija bio je proučavanje različitih oblasti života, prava, nauke, privrede i kulture drugih država i preuzimanje njihovih najboljih rešenja, posebno iz oblasti prava, kako bi pomogla modernizaciju Japana i njegovog pravnog sistema i obezbedila mu hvatanje koraka sa zapadnim silama. Meidi vlada je, budući pod pritiskom zapadnih zemalja i u pokušaju da izvrši reviziju neravnopravnih ugovora, organizovala i finansirala pisanje novih pravnih kodifikacija. Pored toga, angažovala je strane stručnjake iz različitih oblasti, koji su imali za cilj modernizaciju i vesternizaciju Japana, i to ne samo u oblasti prava. Posle svega navedenog, imajući to u vidu, ne može se zaključiti da je ova tvrdnja Votsona primenjiva na primer Japana u periodu Meidi restauracije. Naprotiv, tadašnji Japan je eklatantan primer države koja je bila izrazito zainteresovana za stvaranje prava.

3.3. Društvena poruka zakonske kodifikacije

Votson (2010, p. 174) nalazi i da obimno zakonodavstvo, kao što je kodifikacija, često ne sadrži nikakvu specifičnu društvenu poruku koja odgovara društvu u kome se zakon donosi. U slučaju Japana, nije moguće složiti se ni sa ovim profesorovim zaključkom. Naprotiv, mora se istaći da je čitav poduhvat kodifikacije prava, donošenja novog ustava i stvaranja novih zakonika, tokom Meidi restauracije nosio jedinstvenu poruku. Ta poruka je bila objavljena u Carskoj zakletvi od pet članova (*Gokajō No Goseimon*) iz 1868. godine, u kojoj čl. 5 glasi: „Za znanjem će se tragati širom sveta kako bi se unapredilo blagostanje carstva“ (Rohl, 2005, p. 31).

Bez obzira na to što je podsticaj za započinjanje poduhvata stvaranja novih kodifikacija i osavremenjivanja zastarelog pravnog sistema bio pritisak spolja, Japan nije propustio da u taj poduhvat umetne i poruku o potrebi za hvatanjem koraka sa svetom, potrebi za modernizacijom i vesternizacijom, kako društva tako i države, a iznad svega potrebi da se uspešno odgovori na izazove sa kojima se Japan suočio stupajući na svetsku pozornicu sa ciljem da dostigne respektabilnu poziciju na međunarodnoj sceni. Način donošenja

¹⁷ Prvi od ugovora o prijateljstvu i trgovini, potpisanih sa zapadnim silama, a poznatih i kao Ansei ugovori, Ugovor o prijateljstvu i trgovini potpisan je 1858. godine sa Sjedinjenim Američkim Državama. On je poznat i kao Haris ugovor. Već iste godine, Rusija, Holandija, Velika Britanija i Francuska su potpisale iste ugovore, koji su na snagu stupili 1859. godine.

¹⁸ Od kojih je najpoznatija Ivakura misija, koja je posetila SAD i Evropu, i koja je trajala od 1871. do 1873. godine. Pored nje, značajan argument je i Ito Hirobumijevo putovanje u Nemačku i Austrougarsku (1882. i 1883. godine) na koje je poslat carskim ukazom, u cilju izučavanja ustavnog prava i pronalaženja idealnih rešenja za Meidi ustav.

¹⁹ U Ivakura misiji koju je predvodio ministar Ivakura Tomomi (*Iwakura Tomomi*) učestvovali su i tadašnji japanski političari. Za svoja četiri zamenika tokom misije izabrao je Okubu Tošimičija (*Ōkubo Toshimichi*), ministra finansija i Kida Takajošija (*Kido Takayoshi*), koji su predstavljali vođe Meidi restauracije, zatim Ita Hirobumija (*Ito Hirobumi*) predstavnika klana Čošu, koji je kasnije postao prvi premijer Japana i Jamagučija Masuku (*Yamaguchi Masuka*) predstavnika klana Hizen.

kodifikacija u Japanu u Meiđi periodu ukazuje na to da je kodifikovanje prava bilo u skladu sa trenutnom političkom situacijom, ali i stremljenjima Japana u datom trenutku u istoriji. Želja Japana da postane vodeća svetska sila nije bila samo zasnovana na njegovoj potrebi da se na taj način zaštiti, već je poticala i od uverenosti Japana da mu ta pozicija pripada. Poruka koju kodifikacija prava sa sobom nosila bila je i izuzetnost Japana i težnja ka dostizanju vodeće pozicije na političkom planu Azije i ravnopravnosti sa svetskim silama.

3.4. Subjekti stvaranja prava

I četvrti Votsonov zaključak da se stvaranje prava u znatnom delu prepušta subordiniranoj pravničkoj eliti, kao što su sudije i pravnici (Votson, 2010, p. 174), ne može se smatrati tačnim ukoliko se primeni na primeru Japana.

Japan je ozbiljno shvatio rad na Ustavu i različitim pravnim kodifikacijama. Japanskom političaru Itou Hirobumiju (*Itō Hirobumi*) 1881. godine je carskim ukazom naloženo da formira komisiju koja će se baviti proučavanjem državnih institucija drugih zemalja i da povodom toga otputuje u Evropu kako bi proučavao strane ustave i našao odgovarajući model za budući japanski ustav. Tokom 1882. i 1883. godine boravio je tim povodom u Nemačkoj i Austriji. Prisustvovao je predavanjima Gnajsta (*Rudolf Gneist*), Mosea (*Albert Mosse*) i Jeringa (*Rudolf von Jhering*) i proučavao je Pruski ustav iz 1850. godine kako bi pronašao odgovarajuća pravna rešenja za Meiđi ustav da bi po povratku u Japan, već 1885. godine bio izabran za prvog premijera Japana.

Pored toga, za rad na kodifikacijama Vlada Japana je angažovala strane pravne savetnike – profesore prava, advokate i pravnike praktičare, sa ciljem da pomognu japanskim pravnicima u stvaranju prava. Međutim, rad na zakonima nije bio prepušten samo stranim, a ni samo japanskim pravnicima, niti je taj rad bio bez ikakvog upliva kontrole od strane vlasti ili njenog interesovanja za najbolja moguća rešenja. Kao primer može se navesti sledeće: na sastavljanju predloga Građanskog zakonika Japana Gistav Boasonad je radio na celom tekstu Zakonika, osim na Knjizi 1, i na delu o nasleđivanju koji se nalazi u Knjizi 3, koje je prepustio japanskim stručnjacima.²⁰ Međutim, bio je obavezan da povodom svog rada održava redovne sastanke sa predstavnicima Vlade, kako bi izvršna vlast bila upoznata sa radom i potencijalnim rešenjima zakonika. Takođe, tokom skoro tri decenije dugog rada na stvaranju Građanskog zakonika, promenio se veliki broj komisija, komiteta i odbora zaduženih za njegovo sastavljanje, koji su osim pomoći pri radu na sastavljanju zakonika imali i kontrolnu političku ulogu.

Zato se može smatrati da je Votsonova formulacija „u znatnom delu prepušta“ tačna, jer se na primeru Japana može uočiti rad pravnika – „subordinirane pravničke elite“, ali i angažovanje izvršne i zakonodavne vlasti.

²⁰ Rezultate do kojih su oni došli tokom istraživanja lokalnih običaja, objavili su u „Kolekciji građanskih običaja u Japanu“ (*Zenkoku minji kanrei riushū*).

3.5. Namere stvaralaca prava

Između ostalih zaključaka, Votson iznosi i da subordinirani stvaraoci prava, kojima je prepušteno stvaranje prava, teže da stvaraju takvo pravo kakvo će odgovarati onoj pravničkoj kulturi koju oni stvaraju za sebe (Votson, 2010, p. 174).

U Japanu, u navedenom periodu, takav stav se ne potvrđuje, s obzirom na to da je malo toga bilo ostavljeno slobodnoj volji pravnika, kako stranih tako i domaćih. To je bila posledica činjenice da je postojalo veliko državno interesovanje za izradu pravnih kodifikacija u okvirima koji su za cilj imali modernizaciju Japana, a koje se ogledalo u velikom broju mešovitenih komisija i komiteta koji su pratili rad na sastavljanju zakonika.

Osim toga, Gistav Boasonad je 1893. godine, u oproštajnom govoru koji je održao na sahrani Jamade Akijošija (*Yamada Akiyoshi*), istakao „da veruje da je stvorio najbolje zakone koje Japan može da ima“ (Ikeda, 1997, p. 245).

Zato tvrdnja da subordinirani stvaraoci prava stvaraju pravo koje će odgovarati kulturi koju oni stvaraju za sebe, u slučaju Japana nije primenjiva, iz dva razloga: s jedne strane, zato što je njihov rad velikim delom kontrolisan od strane zakonodavnih i izvršnih organa, te samim tim, ukoliko ga i stvaraju, ne postoji garancija da će ono nekritički biti usvojeno.²¹ S druge strane, bar u Boasonadovom slučaju, a na osnovu njegove izjave, može se zaključiti da je on pravo stvarao u nameri da stvori najbolje pravo za Japan, a ne za sebe.

4. Zaključak

Teorija pravnih transplantata imala je i ima puno pristalica i sledbenika. Međutim, neki od zaključaka koje Votson izvodi u vezi sa teorijom pravnih transplantata ne mogu se u potpunosti primeniti na slučaj Japana u periodu Meidi restauracije. U nekim situacijama odlike prenošenja prava, primenjene na slučaj Japana, ukazale su na nešto drugačiju praksu od one zagovarane teorijom pravnih transplantata i iznetim mišljenjem Votsona. I pored toga, ova odstupanja ne dovode u pitanje činjenicu da je modernizacija prava u Japanu u periodu Meidi restauracije izvršena putem pravnih transplantata. Umesto toga, pomenuta odstupanja ukazuju na ograničenja teorije pravnih transplantata i na izuzetke koje ona trpi u slučaju Japana u periodu Meidi restauracije od onih do kojih je došao Alan Votson.

Čini se da se unapređivanje pravnog sistema Japana putem pravnih transplantata u periodu Meidi restauracije može smatrati idealnim primerom svesnog i promišljenog

²¹ Osim toga, ukoliko se razmotri rad francuskog savetnika Gistava Boasonada, lako se može utvrditi da on stvara pravo i pravne kodifikacije u skladu sa vrednostima demokratskog društva i ugledajući se na francusko pravo, kao i prema svom najboljem znanju. Međutim, u dva slučaja zakonici koje je Boasonad sastavio nisu naišli na prihvatanje od strane japanske javnosti. Prvi je bio predlog Građanskog zakonika Japana iz 1888. godine, koji je na kraju odbačen i rad na njemu ponovo započet, uz učešće nemačkog savetnika Vlade Japana Hermana Rozlera i pod uticajem nemačkog prava. Sličnu sudbinu je doživeo i Krivični zakonik Japana iz 1882. godine, na kom je takođe radio Boasonad i koji je usvojen, ali je zbog mišljenja japanskih pravnika da Zakonik nije usklađen sa japanskim društvenim prilikama i usled dugogodišnjih zahteva za njegovu promenu, zamenjen novim Krivičnim zakonikom, koji je stupio na snagu 1907. godine.

pozajmljivanja pravnih rešenja drugih država, sa ciljem modernizacije i unapređivanja sopstvenog pravnog sistema, čemu je prethodila svest države o neadekvatnosti postojećeg pravnog sistema, kao i o postojanju uspešnih i adekvatnih pravnih rešenja u drugim državama i potrebi za preuzimanjem i implementacijom takvih rešenja u postojeći sistem.

Međutim, obrise ove teorije trebalo bi proširiti na taj način što će se njeni postulati dodatno i detaljno ispitati i na primeru drugih pravnih sistema, koji do sada nisu ispitani iz ovog ugla. Time bi se doprinelo relativizovanju nekih njenih elemenata uz istovremeno očuvanje njenog nespornog jezgra koje je pretrpelo test vremena. Na taj način, teorija pravnih transplantata bila bi osavremenjena i osnažena dodatnim legitimitetom. Stoga je ovakav metodološki pristup i ova analiza pravnih transplantata u Japanu u vreme Meiji dinastije samo prvi korak u daljim mogućim istraživanjima drugih pravnih sistema u svetu.

Literatura

- ***. 1904. The New Japanese Civil Code. *Michigan Law Review*, 3(1), pp. 67-68.
- Bogišić, V. 1893. *O položaju porodice i nasljedstva u pravnoj sistemima*. Beograd: Državna štamparija Kraljevine Srbije.
- Bogišić, V., 1998. *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru i izabrana djela*. Priredila i predgovor napisala prof. dr Jelena Danilović, Podgorica/Beograd: Unireks i Službeni glasnik.
- Ikeda, M. K., 1997. *French Legal Advisor in Meiji Japan (1873-1895): Gustave Emile Boissonade de Fontarabie*. Doctoral dissertation. Honolulu: University of Hawaii.
- Ishikawa, K., 1963. The Regulation of the Employer Employee Relationship: Japanese Labor Relations Law. In: Mehren, A. (ed.), *Law in Japan*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Jansen, M. B. (ed.), 1989. *The Cambridge History of Japan, Vol. 5*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kazuhiro, T. 2007. *The Meiji Constitution*. Tokyo: International House of Japan.
- Legrand, P. 2001. What "Legal Transplants". In: Nelken, D. & Feest, J. (ed.), *Adapting Legal Cultures*. Oxford, Portland: Hart Publ, pp. 55-70.
- Marković, Lj. & Đurović, R. 2011. *Pravni sistem Japana*. Beograd: Liber.
- Röhl, W. (ed.). 2005, *History of Law in Japan since 1868*. Leiden: Wilhelm Brill Academic Publishers.
- Tanaka, H. (ed.). 1984. *The Japanese Legal System*. Tokyo: University of Tokyo Press.
- Votson, A. 2010. *Pravni transplantati: pristup uporednom pravu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje.
- Watson, A. 2005. *Society and Legal Change*. Philadelphia: Temple University Press.

Milena D. Šikanić

PhD candidate, Faculty of Philology, University of Belgrade, Serbia

e-mail: *milena_caca@yahoo.com*

APPLICATION OF THE THEORY OF LEGAL TRANSPLANTS TO THE TRANSFER OF LAW IN JAPAN DURING THE MEIJI RESTORATION

Summary

Studying comparative law in the 1970s, Alan Watson came up with the idea that law is created by transferring legal solutions from one legal system to another through legal lending. Accordingly, he developed a theory of legal transplants explaining the emergence of law by borrowing existing law from the donor country system to the recipient country system. The most important criteria based on which the certain legal system is selected for being transferred to the other system or state are authority of the donor system, as well as its availability. Watson has made a significant number of conclusions about the ways in which laws are transferred based on his theory. On the other hand, in the second half of the 19th century, Japan was forced by the Western powers to accelerate the modernization of the state and society in order to resist them, and saw the most significant form of modernization is modernizing its legal system and aligning it with the legal systems of Western countries. The method they were using for modernizing its law was a method of legal transplants. Accordingly, when the conclusions drawn by Watson regarding the theory of legal transplants apply to transfer of law in Japan during the Meiji Restoration period (1868-1912), most of the conclusions coincide with the method of legal transplants. However, a certain number of conclusions of Watson cannot be applied to the process of modernization of law in Japan. This paper will highlight the conclusions that cannot be applied to Japan in a given period, and it will analyze and provide arguments for the impossibility of applying them, with the aim of making the theory of legal transplants more accurate and complete.

Keywords: Legal transplants, Alan Watson, transfer of law, Japan, Meiji restoration.

Primljeno: 31.1.2020.

Prihvaćeno: 9.3.2020.

PORESKI DELIKTI U ZAKONODAVSTVU SAVEZNE REPUBLIKE NEMAČKE***

Sažetak

Uspostavljanjem adekvatnih mera zaštite fiskalnog sistema na nivou zemalja članica Evropske unije istovremeno se štite i njeni finansijski interesi. Ta zaštita podrazumeva i propisivanje poreskih delikata. Međutim, iako su navedeni delikti veoma dugo prisutni u nacionalnom zakonodavstvu, njihov zakonski opis je zbog prilagođavanja praktičnim potrebama često podložan izmenama. Poreski prekršaji su uglavnom propisani poreskim zakonima, dok su krivična dela u nekim zemljama propisana osnovnim, a u nekim sporednim krivičnim zakonodavstvom. Osnovnim krivičnim zakonodavstvom predviđena su u zemljama članicama bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (osim Republike Srbije), dok italijansko i nemačko zakonodavstvo sadrže specifična rešenja. U Italiji su poreska krivična dela propisana Zakonom o poreskim krivičnim delima, a u Saveznoj Republici Nemačkoj Fiskalnim zakonikom, koji je u stvari opšti podzakonski akt donet na federalnom nivou.

S obzirom na to da je nemačko zakonodavstvo imalo veliki uticaj na razvoj kaznenog prava Republike Srbije, u radu se bavimo uporednom analizom odredaba kojima su propisani poreski delikti u Saveznoj Republici Nemačkoj. Cilj takve analize je davanje preporuka za moguće unapređenje nacionalnog zakonodavstva Republike Srbije.

Ključne reči: poreski delikti, prekršaji, krivična dela, nemačko zakonodavstvo.

1. Uvod

Propisivanjem poreskih delikata štiti se fiskalni sistem jedne zemlje. Ako je to zemlja koja je država članica Evropske unije, time se istovremeno štite i njeni finansijski interesi. Poreski prekršaji propisani su odredbama pravnih propisa kojima je uređena poreska materija, dok postoje različiti pristupi kada je u pitanju propisivanje poreskih krivičnih dela. Ona su u nekim zemljama propisana osnovnim, a u nekim sporednim

* Doktor nauka, naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: j.kostic@iup.rs

** Doktor nauka, redovni profesor, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta „Privredna akademija“, Novi Sad, Srbija, e-mail: zoran.pav@hotmail.com

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

krivičnim zakonodavstvom. Osnovnim krivičnim zakonodavstvom su predviđena u bivšim državama članicama Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (osim Republike Srbije). Italijansko zakonodavstvo sadrži specifično rešenje. Poreska krivična dela propisana su posebnim propisom – Zakonom o poreskim krivičnim delima (Legge sui reati tributari) (Kostić, 2016, pp. 135-154). U Saveznoj Republici Nemačkoj ona su zajedno sa poreskim prekršajima propisana tzv. Fiskalnim zakonikom iz 1976 (u izmenjenoj verziji od 2002. godine) (Abgabenordnung - AO).¹ Za razliku od nemačkog primera, rešenje prihvaćeno u Republici Srbiji može da doprinese pravnoj nesigurnosti. Poreska krivična dela su propisana Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji i Krivičnim zakonikom.

Zakonski opis poreskih prekršaja i poreskih krivičnih dela je veoma sličan. Zbog toga se postavlja pitanje pronalaženja adekvatnog kriterijuma za razgraničenje poreskih prekršaja od poreskih krivičnih dela. U tom kontekstu se kao kriterijum najčešće koristi objektivni uslov inkriminacije, što je prisutno i u zakonodavstvu Republike Srbije. Adekvatno razgraničenje omogućava poštovanje principa *ne bis in idem* (Bovan, 2014, pp. 62-74; Mrvić Petrović, 2014, pp. 27-39). Kada su u pitanju poreska krivična dela, problem u praksi predstavlja i postojanje namere kao konstitutivnog obeležja dela, čije postojanje često nije jednostavno dokazati u praksi. Osim toga u praksi se postavlja i pitanje da li poreska utaja može da se odnosi na utaju bilo kog prihoda ili samo zakonito stečenog. U tom smislu ograničenje na isključivo zakonito stečene prihode takođe otežava dokazivanje postojanja krivičnog dela.²

Zakonodavstvom Republike Srbije propisan je veoma veliki broj kako poreskih krivičnih dela tako i prekršaja. Prilikom definisanja koja ponašanja je potrebno sankcionisati treba imati u vidu da to budu samo ona ponašanja koja je neophodno sprečiti ne samo da bi se obezbedili osnovni uslovi potrebni za život u zajednici već i uslovi neophodni za njen razvoj (Antolisei, 2008, pp. 7-8). Međutim, krivične sankcije bi trebalo da budu propisane samo za ona ponašanja koja predstavljaju veliku društvenu opasnost. Uprkos tome primetno je da se poslednjih godina sve više povećava broj ekonomskih krivičnih dela (Antolisei, 2008, p. 8).

Nemačka pravna tradicija je izvršila veliki uticaj na kazneno zakonodavstvo Republike Srbije. Primetan je sličan način propisivanja bića krivičnih dela, ali i podela delikata na krivična dela, prekršaje i privredne prestupe. Imajući u vidu navedeno, kao i činjenicu da je nemačko zakonodavstvo usklađeno sa pravnim standardima Evropske unije u oblasti zaštite kako svojih tako i njenih finansijskih interesa, predmet analize u ovom radu jesu odredbe nemačkog zakonodavstva kojima su propisani poreski delikti, a čijim se propisivanjem štiti kako nacionalni tako i budžet Evropske unije.

¹ Poreska krivična dela su u Nemačkoj u stvari propisana podzakonskim aktom (nem. *Abgabenordnung*) koji je donet 1977. godine na saveznom nivou. Razlog zbog kojeg je navedena materija uređena opštim podzakonskim aktom je tradicionalna sistematika koja je bila prihvaćena u trenutku njegovog donošenja. S obzirom na to da se njim uređuje i materijalnoppravna i procesnoppravna oblast, on ima značaj osnovnog poreskog zakona, te se u radu naziva Fiskalnim zakonikom, kako je to uobičajeno i u Nemačkoj.

² To je npr. predstavljalo problem u praksi pre donošenja Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srbije iz 2016. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 94/2016) kojim je izmenjen zakonski opis krivičnog dela poreska utaja, tako da zakonito stečeni prihod nije više konstitutivno obeležje bića krivičnog dela.

2. Poreska i carinska krivična dela u nemačkom zakonodavstvu

Sve države su oduvek nastojale da propišu krivična dela kojima se sankcioniše plaćanje poreza i drugih dažbina, kao i davanje lažnih podataka od značaja za utvrđivanje poreske obaveze (Vučković, 2013, p. 5). Zbog toga danas krivičnopravne sankcije za takva ponašanja postoje u svim savremenim zakonodavstvima.

Krivičnim pravom treba da budu propisane sankcije isključivo za najteže oblike kršenja poreskih odredaba bez obzira da li su one sadržane u osnovnom ili sporednom krivičnom zakonodavstvu. Poreski propisi imaju uticaj na krivično zakonodavstvo čak i onda kada su poreska krivična dela propisana u osnovnom zakonodavstvu, s obzirom na to da se radi o blanketnim delima, čija se dispozicija upotpunjuje prema poreskim propisima. Na primer da bi se utvrdilo da li je određeno krivično delo poreska utaja, neophodno je utvrditi da li takva obaveza ima karakter poreza, doprinosa ili drugih dažbina. Zbog toga je neophodno prilikom definisanja elemenata bića poreskih krivičnih dela tumačiti i norme poreskog prava kojima je definisana obaveza koja predstavlja porez, doprinos ili dažbine (takse i naknade) (Popović, 2012, p. 26). Jednostavnije pravno-tehničko rešenje jeste da su poreska krivična dela, zajedno sa drugim deliktima, propisani u sporednom (poreskom) zakonodavstvu, kao što je učinjeno u Saveznoj Republici Nemačkoj.

Fiskalnim zakonikom Nemačke propisana su poreska i carinska krivična dela. To su sledeća dela: izbegavanje plaćanja poreza, nezakonit uvoz, izvoz ili tranzit dobara, bavljenje krijumčarenjem, krijumčarenje robe uz primenu sile i organizovanje krijumčarenja, prijem, držanje, prodaja i korišćenje dobara koja su bila upotrebljena za izvršenje poreskih krivičnih dela. Navedenim zakonom propisan je i poseban rok zastarelosti krivičnog gonjenja za određena dela, s obzirom na osobenost i složenost obeležja tih krivičnih dela, ali i vreme koje je potrebno za otkrivanje i prikupljanje dokaza protiv njihovih izvršilaca.

Zakonski opis krivičnog dela izbegavanje plaćanja poreza ne propisuje novčani iznos kao objektivni uslov inkriminacije. Radnja izvršenja je postavljena alternativno, a kaznom do pet godina zatvora ili novčanom kaznom može biti kažnjen poreski obveznik koji dovede u zabludu poreske ili druge nadležne organe dostavljanjem nepotpunih ili netačnih podataka koji su od značaja za utvrđivanje poreza ili visine poreske obaveze. Istom kaznom kazniće se i lice koje propusti da informiše poreske vlasti o činjenicama koje su od značaja za utvrđivanje poreske obaveze ili koje ne koristi akcizne markice ili mašinu za obeležavanje proizvoda tim markicama, a bilo je u obavezi da to uradi. Isto krivično delo postoji i ukoliko neko lice nezakonito ostvari poresku olakšicu i na taj način stekne protivpravnu imovinsku korist za sebe ili za drugo lice. Kao što se može zaključiti, namera nije konstitutivno obeležje osnovnog oblika bića krivičnog dela izbegavanje plaćanja poreza. Ona je obeležje bića težeg (kvalifikovanog) oblika. Iz toga proizilazi zaključak da je olakšano dokazivanje postojanja krivičnog dela, jer se smatra da je ono dovršeno kada je izvršilac sa umišljajem preduzeo neku od alternativno propisanih radnji izvršenja i kada je nastupila posledica (kada je državni organ doveden

u zabludu ili kada je učinilac za sebe ili drugo lice stekao protivpravnu imovinsku korist). Dakle, dovoljno je da je izvršilac prilikom preuzimanja radnje postupao sa eventualnim umišljajem (da je mogao biti svestan mogućnosti nastanka dela i da je na to pristao). Ukoliko bi iz nehata propustio da dostavi potpune podatke od značaja za utvrđivanje poreske obaveze ili da obavesti nadležne organe o određenim činjenicama od značaja za njeno uvrđivanje, izvršilac bi bio odgovoran za prekršaj.

Pored osnovnog oblika postoji i teži oblik dela propisan u okviru člana 370 AO ukoliko su u pitanju posebno teški slučajevi. Tada je za izvršioca dela propisana kazna zatvora u rasponu od šest meseci do deset godina. Pod tim slučajevima podrazumevaju se sledeće situacije: kada neko lice namerno umanjuje iznos poreske obaveze u velikom iznosu ili neopravdano ostvari poreske olakšice, kada je neko lice zloupotrebilo svoj autoritet ili položaj javnog funkcionera (kako na nacionalnom nivou tako i na nivou Evropske unije) ili ukoliko neko lice krivično delo izvrši uz pomoć tih lica koja na taj način zloupotrebljavaju svoja ovlašćenja. Isto krivično delo postoji i ukoliko neko lice kontinuirano umanjuje iznos poreza ili neopravdano ostvaruje poreske olakšice pomoću netačnih ili falsifikovanih dokumenata, ukoliko je član grupe oformljene radi vršenja poreskih krivičnih dela i na taj način neopravdano umanja iznos poreza na dodatu vrednost ili akcize ili na taj način neopravdano ostvaruje poreske olakšice u vezi sa plaćanjem poreza na dodatu vrednost ili akcize, ukoliko za izvršenje dela koristi treće zemlje nad kojima direktno ili indirektno može da se ostvari kontrola (čl. 370). Kao što se može zaključiti, delo težim čine okolnosti pod kojima je ono izvršeno, ali i visina ostvarene protivpravne koristi i utajenog poreza. Osim toga posebna pažnja se posvećuje zaštiti finansijskih interesa Evropske unije imajući u vidu da deo poreza na dodatu vrednost koji se ubira na teritoriji država članica predstavlja prihod budžeta Unije (Kostić, 2018, pp. 28-29).

Na zaključak da se krivično delo izbegavanje plaćanja poreza može izvršiti isključivo sa umišljajem upućuje i odredba kojom je propisan institut dobrovoljnog odustanka od izvršenja krivičnog dela, a što se odražava i na kažnjavanje lica koje je preduzelo sve neophodne mere da ne dođe do njegovog izvršenja. Stoga ukoliko poreski obveznik bez obzira kojoj vrsti poreske obaveze da podleže, ispravi netačne podatke dostavljene poreskim vlastima, dopuni nepotpune podatke koji su dostavljeni nadležnim poreskim organima ili im naknadno dostavi podatke koje je prethodno propustio da da, neće biti kažnjen za poresko krivično delo. Međutim, primena instituta dobrovoljnog odustanka zahteva i ispunjenje dodatnih uslova. Stoga informacije i podaci koji se dostavljaju mogu da se odnose isključivo na poreska krivična dela čije je izvršenje započeto u poslednjih deset godina. Osim toga, potrebno je da izvršilac koji započne izvršenje ili lice koje u njegovo ime podnosi prijavu poreza pre dostavljanja naknadnih informacija i podataka nadležnim organima nije znalo da je započeta poreska kontrola ili da je pokrenut prekršajni ili krivični postupak prema njemu. Jedan od uslova je i da jedno od započetih krivičnih dela (ukoliko se radi o sticaju) nije u potpunosti ili delimično otkriveno u vreme ispravke, dopune ili naknadnog dostavljanja podataka, a izvršilac je to znao ili mogao da zna imajući u vidu sve okolnosti konkretnog

slučaja. Osim toga, neophodno je da iznos poreske obaveze koji nije utvrđen ili iznos poreske olakšice koju je nameravalo određeno lice da iskoristi za sebe ili drugo lice ne prelazi iznos od 25.000 evra, odnosno da se takvo postupanje ne odnosi na teži oblik krivičnog dela izbegavanje plaćanja poreza (čl. 371). Institut dobrovoljnog odustanka u konkretnom slučaju daje mogućnost izvršiocu osnovnog oblika krivičnog dela da se blagovremeno pokaje i odustane od daljeg izvršenja. Na taj način daje se prvenstvo interesima države i Evropske unije. To takođe predstavlja mehanizam koji je adekvatan za odvracanje potencijalnih izvršilaca od izvršenja krivičnog dela. Navedeni institut se primenjuje počev od 1919. godine i utiče na jačanje poreske discipline (Mrvić Petrović, 2018, p. 123). Teoretičari ističu pozitivnu stranu navedenog instituta naročito u vezi sa poreskim krivičnim delima, kao i prevarama u vezi sa zloupotrebama subvencija, kredita ili investicionih fondova (Mrvić Petrović, 2018, p. 123, Ceffinatto, 2017, p. 61). U našem zakonodavstvu bi primena instituta stvarnog kajanja bila od posebnog značaja kod krivičnog dela poreska utaja. Zbog toga smatramo da je kvalitetnije rešenje da se to delo propiše sporednim krivičnim zakonodavstvom, a u okviru odredbe kojom bi bila predviđena i mogućnost primene navedenog instituta pod sličnim uslovima koji su propisani nemačkim zakonodavstvom.

Kao posebno krivično delo u Fiskalnom zakoniku propisan je i nezakonit uvoz, izvoz ili tranzit dobara. Delo postoji ukoliko neko lice uvozi, izvozi ili transportuje dobra tako što krši zabranu nelegalnog uvoza, izvoza ili transporta dobara. Ukoliko izvršilac ne podleže novčanoj kazni predviđenoj drugim propisom, može se kazniti istom kaznom koja je propisana za izvršioca krivičnog dela izbegavanje plaćanja poreza (čl. 372 AO).

Bavljenje krijumčarenjem u vidu profesije, uz upotrebu sile ili organizovanje krijumčarenja je krivično delo kojim se štite carine kao deo javnih finansija. Ono postoji ukoliko neko lice izbegava obavezu uvoza i izvoza baveći se time u vidu profesionalne delatnosti ili ukoliko nezakonito uvozi, izvozi ili transportuje dobra na komercijalnoj osnovi u suprotnosti sa propisima koji uređuju poslovanje na tržištu. Za izvršioca dela propisana je kazna zatvora od šest do deset godina, a za lakši oblik kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna. Kazna zatvora u istom rasponu propisana je i za lice koje, izbegavajući plaćanje uvoznih ili izvoznih carina, nelegalno uvozi, izvozi ili transportuje robu, a delo izvrši uz upotrebu vatrenog oružja, kao i za lice koje izbegava plaćanje uvoznih ili izvoznih carina ili nelegalno uvozi, izvozi ili transportuje robu, a sa sobom nosi neki drugi alat ili sredstvo pogodno za sprečavanje ili savladavanje otpora drugog lica uz upotrebu sile ili uz pretnju da će primeniti silu. Ista kazna je propisana i za lice koje kao član organizovane grupe formirane u cilju izbegavanja plaćanja uvoznih ili izvoznih dažbina nezakonito uvozi, izvozi ili prevozi robu. Pokušaj krivičnog dela je takođe kažnjiv (čl. 372 i 373 AO).

Imajući u vidu da su carinske dažbine prihod Evropske unije koji pripada njenom budžetu, sasvim je opravdano što su pored poreskih krivičnih dela nemačkim Fiskalnim zakonikom propisana i carinska krivična dela. Prodaja dobara iskorišćenih za izvršenje poreskih krivičnih dela predstavlja carinsko krivično delo, koje čini onaj ko prodaje bilo koje dobro u vezi sa čijim pribavljanjem ili prometom nisu plaćeni porezi ili

druge dažbine propisane zakonom. Radnja izvršenja se sastoji ne samo u prodaji već i u pomaganju prilikom prodaje tih dobara u nameri da se na taj način pribavi protivpravna imovinska korist za sebe ili za neko drugo lice. Za osnovni oblik dela propisana je kazna do pet godina zatvora ili novčana kazna. Ukoliko je krivično delo određeno lice izvršilo kao pripadnik organizovane kriminalne grupe ili u cilju bavljenja prodajom takvih dobara, smatraće se da su ostvareni elementi bića težeg oblika dela. Za to delo je propisana kazna zatvora od šest meseci do deset godina. Prema odredbama Fiskalnog zakonika kazniče se i lice koje pokušava izvršenje navedenog krivičnog dela, a propisana je i mogućnost primene instituta dobrovoljnog odustanka pod istim uslovima koji su propisani u vezi sa krivičnim delom izbegavanje plaćanja poreza. Kazna od godinu dana zatvora propisana je i za lica koja podstrekavaju na izvršenje nekog od poreskih krivičnih dela ili ukoliko pomažu nekom licu u njihovom izvršenju. Pretpostavljamo da je značaj zaštitnog objekta uslovio da se radnje saučesništva propišu kao samostalne izvršilačke radnje. Osim toga, na takvo rešenje je verovatno uticala i teorija ekstremne odgovornosti saučesnika prema kojoj podstrekač ili pomagač ne mogu biti odgovorni ukoliko nema krivice neposrednog izvršioca krivičnog dela.

Fiskalnim zakonikom je predviđena i mogućnost izricanja izvršiocu krivičnog dela uz kaznu mere zabrana obavljanja službene dužnosti ili izbora na javnu funkciju u skladu sa odredbama Krivičnog zakonika. Kao obaveznu meru bezbednosti Zakonik propisuje obavezno oduzimanje predmeta (robe ili transportnih sredstava) koji su korišćeni ili su proistekli iz izvršenja krivičnog dela takođe u skladu sa odredbama Krivičnog zakonika (čl. 374). Poređenja radi, Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji Republike Srbije predviđena je takođe obavezna primena mera bezbednosti u okviru odredaba kojima su predviđena poreska krivična dela. Obavezna primena mere bezbednosti zabrane vršenja poziva delatnosti i dužnosti u trajanju od jedne do pet godina propisana je za sledeća krivična dela: nezakonito iskazivanje iznosa za povraćaj poreza i poreski kredit, nedozvoljen promet akciznih proizvoda, nedozvoljeno skladištenje robe (čl. 173a, 176 i 176a). Međutim, iako nije izričito propisana obaveza izricanja navedene mere kod krivičnih dela propisanih Krivičnim zakonikom, ona se takođe može primeniti u skladu sa njegovim odredbama. Obavezno oduzimanje predmeta propisano je za krivično delo nedozvoljen promet akciznih proizvoda (čl. 176). Međutim, kao i u prethodnom slučaju u zavisnosti od procene okolnosti slučaja od strane nadležnog suda moguće je primeniti meru bezbednosti oduzimanja predmeta i u vezi sa ostalim poreskim krivičnim delima propisanim zakonodavstvom Republike Srbije.

Kao što se može zaključiti, nemačko zakonodavstvo propisuje manji broj poreskih krivičnih dela u odnosu na zakonodavstvo Republike Srbije. Krivičnim zakonikom Srbije propisana su tri, a Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji čak četiri krivična dela. Fiskalnim zakonikom Nemačke propisana su četiri krivična dela, s tim što se na taj način naglašava i fiskalni karakter krivičnog dela krijumčarenja.

Specifičnost nemačkog zakonodavstva kojim su propisana poreska krivična dela ogleda se i u propisivanju posebnog roka zastarelosti, tako da rok zastarelosti za teže oblike poreskih krivičnih dela iznosi deset godina. Prekid tog roka nastupa kada se

podigne optužnica ili kada poreski organ započne istragu u cilju prikupljanja dokaza u vezi sa postojanjem poreskog krivičnog dela (čl. 376).

3. Poreski prekršaji u nemačkom zakonodavstvu

Poreski prekršaji su prema Fiskalnom zakoniku Savezne Republike Nemačke delikti za koje je propisana novčana kazna. Odredbe Zakona o prekršajima primenjuju se na poreske prekršaje ukoliko nešto drugo nije propisano Fiskalnim zakonikom kao posebnim propisom (čl. 377). Imajući u vidu da su prekršaji i krivična dela propisani istim zakonom, čini se da je u tom slučaju upoznavanje sa poreskim deliktima jednostavnije nego kada su oni propisani različitim zakonima. Zbog toga deluje kao kvalitetnije rešenje propisivanje poreskih krivičnih dela poreskim propisom, tj. sporednim krivičnim zakonodavstvom.

Ukoliko kod izvršioca nije postojao umišljaj usmeren na izvršenje krivičnog dela izbegavanje plaćanja poreza, već je delo izvršeno iz nehata, postojaće prekršaj za koji se izvršiocu može izreći novčana kazna u iznosu do 50.000 evra. I u tom slučaju je takođe propisana mogućnost primene instituta dobrovoljnog odustanka, a što uslovljava i mogućnost odustajanja od kazne. U skladu s tim, ukoliko izvršilac prekršaja u razumnom roku plati iznos poreske obaveze, može biti oslobođen kazne za prekršaj. Naravno, neophodno je da budu ostvareni isti uslovi koji se zahtevaju za primenu instituta dobrovoljnog odustanka u odnosu na lice koje je preduzelo radnju izvršenja poreskog krivičnog dela (čl. 378).

Lakši oblik krivičnog dela izbegavanja plaćanja poreza koji je predviđen kao poreski prekršaj predstavlja i ukoliko neko lice namerno ili nenamerno izdaje dokumente čiji je sadržaj netačan, ukoliko se dokumenta o nepostojećem prometu izdaju uz naknadu, ukoliko lice ne vodi evidenciju ili evidentira netačne činjenice, transakcije ili ih ne evidentira, kao i kada ne evidentira poslovne aktivnosti koje moraju da budu računovodstveno ili na drugi način evidentirane, ili ne koristi informacioni sistem radi izdavanja dokumenata ili vođenja evidencije ili ga koristi na pogrešan način. Isto delo postoji i ukoliko ne zaštiti taj sistem, ukoliko ga zaštiti na pogrešan način, kao i ukoliko reklamira ili u promet i komercijalne svrhe stavi softver koji onemogućava utvrđivanje poreza ili omogućava neosnovano ostvarivanje poreske olakšice. Prekršaj čini i onaj ko navedene radnje preduzima u odnosu na dažbine u vezi sa uvozom ili izvozom koje se plaćaju u drugoj državi članici Evropske unije, kao i kada se radi o naplati poreza na dodatnu vrednost na teritoriji druge članice Evropske unije (čl. 379). Kada se ima u vidu struktura prihoda budžeta Evropske unije, navedenim odredbama, kao i kada su u pitanju poreska krivična dela, štite se njeni finansijski interesi.

Osim navedenih radnji, prema Fiskalnom zakoniku Nemačke prekršaj predstavlja i ugrožavanje naplate poreza po odbitku, kao i kada neko lice sa umišljajem ili iz nehata propusti da u potpunosti ili na vreme prijavi svoju obavezu u vezi sa plaćanjem poreza po odbitku ili propusti da dostavi poreskim vlastima podatke od značaja za utvrđivanje

visine poreza, a koje je bilo u obavezi da dostavi (čl. 380). Ugrožavanje naplate akciza takođe predstavlja prekršaj u nemačkom zakonodavstvu. Pod njim se podrazumeva aktivnost kojom određeno lice sa umišljajem ili iz nehata prekrši odredbe zakona kojim je regulisana oblast utvrđivanja ili naplate akciza ili odredbe podzakonskih aktata koji su doneti na osnovu njih, a u vezi sa obavezama koje se odnose na pripremu, a kasnije i sam postupak poreske kontrole (čl. 381). Neovlašćen povraćaj poreza ili rabata predviđen je kao prekršaj koji čini lice koje, suprotno zakonskim odredbama, neosnovano zahteva povraćaj poreza ili rabata (čl. 383).

Osim što sadrži manji broj poreskih krivičnih dela nego propisi Republike Srbije, Fiskalni zakonik Savezne Republike Nemačke propisuje i manji broj prekršaja. Kao pozitivan primer takođe se može navesti i propisivanje mogućnosti primene instituta dobrovoljnog odustanka u okviru odredbe kojom je propisan poreski prekršaj, a u vezi sa lakšim oblicima krivičnog dela izbegavanje plaćanja poreza koji predstavljaju osnov za prekršajnu odgovornost. Na taj način daje se mogućnost izvršiocu da se pokaje i da dugovani iznos uplati na propisani račun budžeta kako se prema njemu ne bi primenila prekršajna sankcija. U tom slučaju bi mu osim naloga da određeni novčani iznos uplati u državni budžet bila izrečena i novčana kazna, što bi za njega predstavljalo dodatno finansijsko opterećenje.

4. Specifičnosti krivičnog postupka za poreska krivična dela

U okviru trećeg poglavlja Fiskalnog zakonika Savezne Republike Nemačke propisane su odredbe kojima se uređuje krivični postupak protiv izvršilaca poreskih krivičnih dela. Ukoliko nešto nije posebno definisano njegovim odredbama, na krivični postupak koji se vodi protiv izvršilaca poreskih krivičnih dela primenjuju se odredbe zakona kojima je uređen krivični postupak i organizacija sudova.

Ukoliko postoji osnovana sumnja da je izvršeno poresko krivično delo, poreski organ ima obavezu da istraži sve činjenice konkretnog slučaja. Pod pojmom poreski organ, podrazumevaju se glavna carinska uprava, poreska uprava, Federalna poreska uprava ili niže organizacione jedinice navedenih uprava. Poreske vlasti treba da sprovede istragu u granicama odredaba Fiskalnog zakonika ukoliko se radi isključivo o poreskom krivičnom delu ili ukoliko je određeno lice izvršilo poresko krivično delo u sticaju sa nekim drugim delom. U tom slučaju se njihova istraga ograničava isključivo na poresko krivično delo. Poreski organ može predati krivičnu prijavu javnom tužilaštvu u bilo kom trenutku ukoliko smatra da je to neophodno (čl. 386).

Fiskalnim zakonikom je uređena i nadležnost sudova u postupcima protiv izvršilaca poreskih krivičnih dela. Nadležni sud u skladu sa zakonom kojim se uređuju nadležnost i organizacija sudova nadležan je i u poreskom postupku u skladu sa zakonima koji postoje na nivou države. Međutim, Zakon predviđa mogućnost da Vlada prenese nadležnost drugim sudovima. Krivični postupak za poreska krivična dela prema Fiskalnom zakoniku može da se vodi samo pred posebnim odeljenjima nadležnih

sudova. Nadležnost je ista i kada je istom radnjom izvršeno i neko drugo krivično delo (čl. 391). Takva specijalizacija sudova nije predviđena propisima Republike Srbije. Jedina specijalizacija se odnosi na postupanje u postupcima za krivična dela korupcije i krivična dela organizovanog kriminala. Međutim, u postupcima protiv izvršilaca poreskih krivičnih dela ne primenjuju se odredbe Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije. Imajući u vidu složenost načina izvršenja poreskih krivičnih dela može se reći da nemačko zakonodavstvo sadrži kvalitetnije rešenje. Specijalizacija pravosudnih organa je neophodna u vezi sa svim krivičnim delima ekonomskog karaktera. Stoga bi u narednom periodu trebalo razmisliti o eventualnoj izmeni navedenog propisa. Takođe treba imati u vidu da se poreska dela mogu izvršiti u sticaju s nekim drugim ekonomskim krivičnim delima, ali i tipičnim krivičnim delima korupcije, kao što je npr. davanje mita.

Prema Fiskalnom zakoniku nalazi koje organ javnih prihoda pribavi u toku postupka istrage, kao što su privatna korespondencija, postovi ili snimci telekomunikacija, ukoliko su prikupljeni u skladu sa odredbama Zakonika o krivičnom postupku mogu se koristiti kao dokazi u krivičnom postupku. Nalazi do kojih je došlo javno tužilaštvo u toku redovne krivične istrage, a ne samo onda kada su pribavljeni istragom poreskih organa ili drugih organa javnih prihoda, takođe se mogu kasnije koristiti u postupku oporezivanja (čl. 393). Navedeno rešenje je kvalitetno jer je reč o specifičnoj materiji. Za otkrivanje i prikupljanje dokaza u vezi s postojanjem poreskih krivičnih dela neophodna su posebna znanja, a često i višegodišnje iskustvo. Zakonodavac osnovano polazi od pretpostavke da upravo zaposleni u poreskim organima imaju ta znanja i iskustvo, kada im dopušta da preduzimaju radnje finansijskih istraga.

Krivični postupak se smatra da je pokrenut čim nadležni organ javnih prihoda, policija, tužilaštvo ili sudija u krivičnom postupku preduzme određenu meru prema osumnjičenom licu. Preduzimanje mere i vreme njenog preduzimanja unose se u zapisnik bez odlaganja, a osumnjičeno lice mora da bude obavešteno o pokretanju krivičnog postupka (čl. 397).

Prema odredbama Fiskalnog zakonika, do krivičnog gonjenja izvršioca poreskog krivičnog dela neće doći ukoliko to lice plati poreze i kamatu na neplaćenu poresku obavezu u skladu sa odredbama Fiskalnog zakonika. Krivično gonjenje može da izbegne lice koje Upravi za trezor uplati iznos od 10% od iznosa izbegnute poreske obaveze, ukoliko ona ne prelazi 100.000 evra, 15% ukoliko ona prelazi 100.000 evra, ali ne prelazi 1.000.000 evra ili 20% ukoliko vrednost obaveze koja se izbegava prelazi 1.000.000 evra. Uprkos tome postupak se može nastaviti jedino ukoliko je određeno lice imalo informacije da je protiv njega pokrenut krivični postupak u trenutku uplate navedenih iznosa na propisani račun javnih prihoda (čl. 398a AO). Na taj način daje se primat izmirenju neplaćene poreske obaveze u odnosu na kažnjavanje izvršioca. To svakako može da deluje preventivno na potencijalne izvršioce, ali i daje mogućnost licima koja su već izvršila krivično delo da se pokaju zbog njegovog izvršenja i da izmirenjem obaveze uz plaćanje propisane kamate izbegnu krivičnu sankciju.

Kada istragu u krivičnom postupku sprovodi poreski organ, on vodi istragu nezavisno u skladu sa odredbama Fiskalnog zakonika i ima ista prava i obaveze kao i javni tužilac u postupku istrage. Ukoliko organ prihoda vodi istragu za više organa, on ima sva prava i obaveze koje imaju ti organi i pravo da istraži sve činjenice i naredi oduzimanje, hitnu prodaju predmeta, pretraživanje, inspekcije i druge mere u skladu s propisima koji važe u krivičnom postupku, a koje preduzima javno tužilaštvo (čl. 399 AO). Kada organ istrage pribavi dovoljno dokaza za pokretanje postupka, on se može obratiti sudu sa zahtevom za sprovođenje skraćenog postupka, kada nije neophodno održavanje glavnog pretresa, a ukoliko to nije slučaj, poreski organ može da dostavi prikupljene dokaze s predmetom nadležnoj kancelariji javnog tužioca (čl. 400). Cilj propisivanja takve odredbe bio je brže i efikasnije dokazivanje poreskih krivičnih dela. Zakonodavac je polazio od pretpostavke da poreski organi imaju neophodna znanja i iskustvo kako bi ne samo prepoznali osnove sumnje u pogledu postojanja krivičnih dela već i kako bi pribavili relevantne dokaze od značaja za donošenje odluke u krivičnom postupku. Pravosudnim organima je često potrebna podrška stručnih lica kako u pogledu pribavljanja tako i u pogledu tumačenja računovodstveno-finansijske dokumentacije. To je u Republici Srbiji prevaziđeno uspostavljanjem finansijskih forenzičara i uvođenjem službenika za vezu. Prema odredbama Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije, Poreska uprava – poreska policija ima obavezu da odredi bar jednog službenika za vezu u cilju ostvarivanja saradnje i efikasnijeg dostavljanja podataka Tužilaštvu za organizovani kriminal i posebnim odeljenjima viših javnih tužilaštava za suzbijanje korupcije u cilju krivičnog gonjenja za krivična dela propisana navedenim zakonom. Međutim, među njima nisu poreska krivična dela. Imajući u vidu složenost načina izvršenja poreskih krivičnih dela, kao i njihovu povezanost s nekim drugim krivičnim delima, smatramo da bi trebalo da i ona budu obuhvaćena navedenim zakonom. Na taj način obezbedila bi se adekvatna saradnja nadležnih javnih tužilaštava i pravosudnih organa sa Poreskom upravom, što bi bilo od značaja za prikupljanje dokaza i unapređenje efikasnosti krivičnog postupka.

U slučaju da je javno tužilaštvo sprovelo istragu u vezi sa poreskim krivičnim delima, poreski organ koji bi inače bio nadležan za njeno sprovođenje ima pravo da učestvuje u postupku istrage, a samim tim i da blagovremeno bude obavešten o vremenu i mestu preduzimanja istražnih radnji. Predstavniku organa javnih prihoda je dozvoljeno na osnovu Fiskalnog zakonika da postavlja pitanja okrivljenim svedocima i veštacima. Odredbe se primenjuju i na postupak glavnog pretresa pred sudom na kojem poreski službenik takođe ima pravo da prisustvuje. Ukoliko javno tužilaštvo smatra da treba da se obustavi postupak, ono će svakako obavestiti nadležni organ javnih prihoda, koji bi imao prava da inače vodi istražni postupak (čl. 403). Učešće poreskog organa u istražnom postupku omogućava blagovremeno prikupljanje dokaza i informacija relevantnih za krivični postupak, a samim tim i donošenje presude u razumnom roku. U takvim situacijama on istupa sa pozicije zaštitnika imovinskopravnih interesa Savezne Republike Nemačke.

5. Zaključak

Poreski delikti su u nemačkom zakonodavstvu propisani Fiskalnim zakonikom. Osim što sadrži manje poreskih delikata nego što su propisana srpskim zakonodavstvom, Fiskalni zakonik Savezne Republike Nemačke sadrži niz specifičnosti. Kao kvalitetno rešenje može se navesti propisivanje instituta dobrovoljnog odustanka od izvršenja krivičnog dela, što predstavlja osnov za oslobođenje od kazne u okviru odredaba kojima je predviđeno krivično delo izbegavanje plaćanja poreza i njegov lakši oblik koji predstavlja poreski prekršaj. Na taj način se jasno stavlja do znanja potencijalnim izvršiocima dela da se neće odustati od naplate poreza, ali da svaki dobrovoljni odustanak i uplata određenog iznosa predstavlja osnov za oslobođenje od kazne. Međutim, svaki poreski obveznik (i učinilac poreskog prekršaja ili krivičnog dela) zbog neizmirenja poreske obaveze u propisanim rokovima mora za taj period da plati tarifno uvećane iznose poreske obaveze (one se uvećavaju procentualno prema iznosu neizmirene poreske obaveze).

Kvalitetno rešenje predstavlja i posebne odredbe koje se odnose na krivični postupak, odnosno na posebnu ulogu poreskih organa u fazi istrage, ali i nadležnost posebnih specijalizovanih pravosudnih organa. Takvo rešenje ne postoji u zakonodavstvu Republike Srbije. Pre četiri godine je donet Zakon kojim se uređuje organizacija i nadležnost državnih organa u postupku protiv organizovanog kriminala, terorizma, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela. Njim je propisana obaveza Poreske uprave – Poreske policije da delegiranjem službenika za vezu iz reda svojih zaposlenih uspostavi bližu saradnju s javnim tužilaštvom u cilju unapređenja postupka dokazivanja krivičnih dela za koja su prema odredbama navedenog zakona nadležna posebna odeljenja viših javnih tužilaštava i viših sudova za borbu protiv korupcije. Međutim, u njihovoj nadležnosti nisu poreska krivična dela, pa se saradnja poreskih organa sa nadležnim javnim tužilaštvima ne odnosi na poreska krivična dela. S obzirom na to da se navedena dela mogu izvršiti na veoma složen način i da njihovo dokazivanje zahteva posebna znanja i veštine, smatramo da bi saradnja navedenih institucija bila od velikog značaja za prikupljanje relevantnih dokaza. Zbog toga smatramo da je u narednom periodu neophodno izmeniti Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije, tako što bi se njegove odredbe primenjivale i na poreska krivična dela. To bi bilo posebno opravdano u vezi s krivičnim delom poreska utaja, jer je objektivni uslov inkriminisanja nakon poslednjih izmena i dopuna Krivičnog zakonika iz 2019. godine izmenjen, tako da on sada iznosi 1.000.000 dinara. Na taj način bi se mogla izvršiti specijalizacija javnih tužilaštava i sudova za postupanje u predmetima protiv izvršilaca poreskih krivičnih dela. Međutim, imajući u vidu sve složenije načine izvršenja poreskih krivičnih dela, neophodna je ne samo specijalizacija nadležnih organa već i njihova kontinuirana edukacija i profesionalno usavršavanje.

Za razliku od rešenja u zakonodavstvu Savezne Republike Nemačke, u Republici Srbiji dva zakona propisuju poreska krivična dela, što doprinosi pravnoj nesigurnosti. Zbog toga smatramo da bi poreska krivična dela trebalo da budu predviđena isključivo jednim zakonom. Osim toga, imajući u vidu zaključke iznete u ovom radu, smatramo

da je kvalitetnije rešenje da poreska krivična dela budu propisana sporednim krivičnim zakonodavstvom, tj. Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Naravno, pri tome treba voditi računa o kaznenim rasponima i mogućnosti dokazivanja elemenata bića krivičnih dela.

Literatura

- Antolisei, F. 2008. *Manuale di diritto penale, parte speciale*. Milano: Giuffrè editore.
- Bovan, S. 2014. Metodski potencijali hermeneutičkog pragmatizma u razumevanju i primeni načela *ne bis in idem*. *Crimen*, 1, pp. 62-74.
- Ceffinato, T. 2017. *Vollendngsumkehr und Wiedergumachung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kostić, J. 2016. Tax crimes in Italian legislation. *Strani pravni život*, 4, pp. 135-154.
- Kostić, J. 2018. *Krivičnopravna zaštita finansijskih interesa Evropske unije*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Mrvić Petrović, N. 2014. Poštovanje načela *ne bis in idem* pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela. *Nauka, bezbednost, policija, Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 1, pp. 27-39.
- Mrvić Petrović, N. 2018. Značaj naknadnog izvršenja poreske obaveze na kažnjavanje za poreske delikte. U: Kostić, J. & Stevanović, A. (ur.) *Finansijski kriminalitet*. Beograd: Institut za uporedno pravo i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, pp. 119-128.
- Popović, D. 2012. *Poresko pravo*, osmo izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Vučković, B. 2013. Poreski kriminalitet. *Pravni život*, 57(10), pp. 5-16.

Pravni izvori

- Abgabenordnung [Fiskalni zakonik SR Nemačke], 2002. *Bundesgesetzblatt - BGBl. I* S. 3866; 2003 I S. 61), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2875). Tekst na engleskom jeziku dostupan na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/index.html (12. 2. 2020).
- Krivični zakonik, *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.
- Legge sui reati tributari, 2000. Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74 sui reati tributari, aggiornato al Decreto Legislativo 24 settembre 2015, n. 158, 24. Aprile 2017 e il 7. giugno 2019.
- Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije, *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016 i 87/2018 - dr. zakon.
- Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002 - ispr., 23/2003 - ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - dr.zakon, 62/2006 - dr. zakon, 63/2006 - ispr. dr.zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 - dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 - ispr., 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 - autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018 i 86/2019.

Jelena Ž. Kostić, PhD

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

e-mail: *j.kostic@iup.rs*

Zoran S. Pavlović, PhD

Full Professor

Faculty of Law for Commerce and Judiciary, Novi Sad, Serbia

e-mail: *zoran.pav@hotmail.com*

TAX OFFENSES IN LEGISLATION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY

Summary

Establishing appropriate measures to protect the fiscal system at the level of EU Member States also includes the protection of the EU financial interests. That protection also means the prescription of tax offenses. These offenses are prescribed by national legislation of all States. Sometimes it is necessary to adjust their legal description with EU legal standards and to the practical requests. Tax misdemeanours are prescribed in all countries by tax law, but tax crimes in some countries are prescribed by primary and in some others by secondary criminal legislation. In former Member States of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (excluding the Republic of Serbia) tax crimes are prescribed by primary criminal legislation, while Italian and German legislation contain specific solutions. In Italy tax crimes are prescribed by the Law on tax offenses, and in the Federal Republic of Germany by Fiscal Code.

Bearing in mind that the German legislation had a major impact on the development of the criminal law of the Republic of Serbia, in this paper we analyse the provisions that prescribe tax offences in the Federal Republic of Germany. The objective of such analysis is to provide recommendations for possible improvement of the national legislation of the Republic of Serbia.

Keywords: tax offenses, misdemeanour, criminal offenses, the German legislation.

Primljeno: 25.2.2020.

Prihvaćeno: 9.3.2020.

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 – 31. januar, za drugi broj – 30. april, za treći broj – 31. avgust i za četvrti broj – 31. oktobar. 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). Autorsku izjavu potpisuju svi autori. Potpisivanjem autorske izjave 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.

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*). 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.

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).

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 prilozi 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 (literatura i pravne izvore, po potrebi i spisak citiranih sudskih i drugih odluka). Uz priloge koji se

objavljaju 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 je Times New Roman, veličina 12 pt, prored 1,5, leva margina 3,5 cm, a desna 3 cm. Izuzetno, ako to zahteva tema rada, a po prethodnom dogovoru autora sa glavnim i odgovornim urednikom, biće prihvaćen i duži rukopis, i to obima do 1,5 tabaka. 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 sintagma), 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 sažetak (do 400 znakova sa razmacima), ključne reči (do 5 pojmova ili sintagma) i spisak bibliografskih izvora. Svi navedeni podaci ne uračunavaju se u obim rada.

Ostali prilozi. 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. Ovi prilozi 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. Ćirilčki znaci iz stranog pisma i iz drugih pisama (kineskog, japanskog, arapskog itd.) transliterišu se i transkribuju prema tablici dostupnoj na: <http://www.loc.gov/catdir/cpsp.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. 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 (u kurzivu), 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, stručna zvanja, ORCID broj autora (ako ga ima), 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): navode se potpun, zvanični naziv i sedište ustanove u kojoj je autor zaposlen ili u kojoj je obavio istraživanje. Studenti poslediplomskih studija navode naziv ustanove u kojoj studiraju.

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 ili obaveštenjem da je rad urađen u okviru određenog naučnoistraživačkog projekta, da je preveden, ranije usmeno izlagan na naučnom skupu i slično.

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

Sažetak se navodi ispod naslova članka, dva proreda ispod. Sažetak ne sme da bude duži od 800 znakova bez proreda. 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 sažetku 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 5 ključnih reči ili sintagmi na srpskom. U članku se navode ispod sažetka (veličina fonta je 11 pt).

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

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.

Na kraju rada, u levom uglu, složeno slovima veličine 12 pt, navode se na **engleskom jeziku ime, srednje slovo i prezime autora**. U drugom redu se navode naučno zvanje ili titula, ustanova autora i elektronska adresa. Na sredini strane navodi se na engleskom jeziku naslov rada, napisan velikim slovima. Rezime na engleskom jeziku (*Summary*) ima karakter proširenog sažetka koji ne sme da prelazi 1.500 znakova bez proreda

Ključne reči (*Keywords*) u prevodu na engleski jezik navode se ispod rezimea. Treba koristiti uobičajene pravne termine iz engleskog jezika, kako bi se olakšalo pretraživanje. Kod članaka na engleskom jeziku, rezime se piše na srpskom jeziku. Ostala pravila su ista.

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 strana moraju biti navedeni kod doslovnog citiranja tuđeg teksta, prilikom parafraziranja ili upućivanja na određeni deo knjige ili članka. Jedna strana 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 literaturu 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 strane). 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 strane ili strana 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 strana sa koje se preuzima citat, dok iza nje stoji „i dalje“. Na primer:

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

Kada se upućuje na izvor iz fusnote nekog rada, posle broja strane piše se skraćena „fn.“ Recimo:

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 stranu 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 i označeni su 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 svakodnevnih 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, pp. 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 (v. 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, p. 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 „tvrdé“, 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 skraćunica „*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 niste mogli pronaći, nego ga preuzimate iz rada drugog autora, morate 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 analizira određenu izmenu ili dopunu propisa, kada navodi kao izvor službeno glasilo u kome je objavljena takva izmena. Prilikom prvog pominjanja propisa može se dodati crta posle naziva i navesti skraćunica 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. Na primer:

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

Temeljna reforma krivičnih dela protiv privrede u pravu Republike Srbije izvršena je 2016. godine (Izmene KZ RS, 2016).

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

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

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, 1990)...

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. Na primer:

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

Na isti način kako je citirani 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 sa javnog servisa zaduženog za objavljivanje pravnih propisa i praćenje izmena. U tom slučaju u popisu literature moraju biti naznačeni 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 navoditi tekst propisa prema objavljenom službenom prevodu na engleski (ili neki drugi) jezik (što mora biti naznačeno u tekstu).

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 predstavke. Iza teksta autor navodi u zagradi skraćeno oznaku odluke, koja će biti korišćena i u popisu literature. Na primer:

Odlukom 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 predstavke. Na primer:

Borodin v Russia, predstavka 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, oni se navode na isti način kao i ostali sadržaji, ako su poznati autori ili organizacije ili državne ustanove koje su ih publikovale, 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 ova 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, posle 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 je neophodno 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 izdavanja: 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 nije reč 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. <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 odbranjena. 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 izdavanja. 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. and 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. i Čolović, V., *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. I Čolović, V., *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje: zbornik radova sa XXI međunarodnog naučnog skupa*. Beograd-Valjevo: Institut za uporedno pravo, pp. 463-176.
- Gasmi, G., Prlja, D. i 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 citirani dokument. 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 dostupni 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. <https://www.paragraf.rs/> (18. 1. 2019).
- Lietonen, A. and 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: Čirić, 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. Na isti način se navode i dokumenti međunarodnih organizacija. 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 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 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, p. 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.

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.

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. 1991. Cass. crim, 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/godbold-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).