

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

ISSN 0039 2138
ISSN (online) 2620 1127

UDK 34

STRANI PRAVNI ŽIVOT

Beograd, 2020/ Broj 2/ 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	prof. dr Dejan Đurđević
prof. dr Olga Cvejić-Jančić	prof. dr Dušan Vranjanac
prof. dr Spiridon Vrelis (Grčka)	prof. dr Branislava Knežić
prof. dr Mikele Papa (Italija)	doc. dr Branka Babović
prof. dr Wolfgang Rohrbach (Austrija)	doc. dr Slobodan Vukadinović
prof. dr Vid Jakulin (Slovenija)	prof. dr Nataša Mrvić Petrović
dr Stefanos Kareklas (Grčka)	prof. dr Vladimir Čolović
prof. dr Alesandro Simoni (Italija)	prof. dr Jelena Čeranić Perišić
dr Fabio Ratto Trabucco (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
Ratomir Slijepčević	dr Miloš Stanić
prof. dr Goran Dajović	Aleksandra Višekruna

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

prof. dr Nataša Mrvić Petrović

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/Deputy of editor in chief

prof. 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>Ljubinka M. Kovačević</i> ZAPOŠLJAVANJE RADNIKA MIGRANATA – PRETPOSTAVKE, USLOVI I OGRANIČENJA	5
<i>Darko P. Golić</i> KOLEKTIVNI ŠEF DRŽAVE I SISTEM VLASTI – BOSANSKOHERCEGOVAČKA REŠENJA U SVETLU UPOREDNOG PRAVA	27
<i>Mirjana S. Dokmanović</i> PREHRAMBENA SUVERENOST (FOOD SOVEREIGNTY) U UPOREDNOM PRAVU	43
<i>Aleksandra D. Višekruna</i> SUBORDINACIJA ZAJMOVA VLASNIKA U STEČAJNOM POSTUPKU – UPOREDNOPRAVNI OSVRT	61
<i>Andrej V. Diligenski</i> LICE ZA ZAŠTITU PODATAKA U JAVNOJ UPRAVI	81
<i>Fernanda F. Fernandez Jankov</i> POJAM MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG DELA I NJEGOVA EVOLUCIJA	95
<i>Milica D. Kovačević, Danica V. Vasiljević Prodanović</i> DIVERZIONI MEHANIZMI POSTUPANJA PREMA MALOLETNICIMA U ŠKOTSKOJ – MOGUĆNOSTI ZA PRIMENU ODREĐENIH ISKUSTAVA U SRBIJI	111
<i>Aleksandar M. Kvastek</i> KOMPARACIJA KAZNENE REAKCIJE U SRBIJI I JAPANU	125
<i>Tijana R. Kovačević</i> PRAVILO POSLOVNE PROCENE	141
<i>Dragomir Đ. Radenković</i> POLOŽAJ I PRAVA SRBA U RUMUNIJI – ZAKONSKA REŠENJA I NJIHOVA PRIMENA	161

TABLE OF CONTENTS:

<i>Ljubinka M. Kovačević</i> EMPLOYMENT OF MIGRANT WORKERS – ASSUMPTIONS, REQUIREMENTS AND LIMITATIONS	24
<i>Darko P. Golić</i> COLLECTIVE HEAD OF STATE AND GOVERNMENT SYSTEM – BOSNIA AND HERZEGOVINA SOLUTIONS IN THE COMPARATIVE LAW	41
<i>Mirjana S. Dokmanović</i> FOOD SOVEREIGNTY IN THE COMPARATIVE LAW	58
<i>Aleksandra D. Višekruna</i> SUBORDINATION OF SHAREHOLDERS' LOANS IN INSOLVENCY – COMAPRATIVE LAW OVERVIEW	79
<i>Andrej V. Diligenski</i> DATA PROTECTION OFFICER IN PUBLIC ADMINISTRATION	93
<i>Fernanda F. Fernandez Jankov</i> NOTION OF INTERNATIONAL CRIME AND ITS EVOLUTION	109
<i>Milica D. Kovačević, Danica V. Vasiljević Prodanović</i> DIVERSION PROGRAMS FOR JUVENILE OFFENDERS IN SCOTLAND – APPLICABILITY OF THE SCOTTISH SYSTEM EXPERIENCE IN SERBIA	124
<i>Aleksandar M. Kvastek</i> COMPARISON OF SERBIAN AND JAPANESE PUNITIVE REACTION	138
<i>Tijana R. Kovačević</i> BUSINESS JUDGMENT RULE	158
<i>Dragomir Đ. Radenković</i> STATUS AND RIGHTS OF SERBS IN ROMANIA – LEGISLATIVE SOLUTIONS AND THEIR APPLICATION	174

ZAPOŠLJAVANJE RADNIKA MIGRANATA – PRETPOSTAVKE, USLOVI I OGRANIČENJA**

Sažetak

Premda se u srcu radnopravnih pravila o zaštiti radnika migranata nalazi potreba za obezbeđivanjem dostojanstvenih uslova rada, poseban izazov za savremene države predstavlja stvaranje uslova za dostojanstveno zapošljavanje ovih lica. U radu su, otud, razmotrena pitanja pretpostavki (uredan ulazak u određenu državu) i uslova za zasnivanje radnog odnosa sa strancima (odobrenje za boravak i dozvola za rad), kao i pitanje ograničenja njihovog zapošljavanja u odabranim državama (kvote za zapošljavanje stranaca, ograničavanje kataloga poslova čije se obavljanje može poveriti strancima i dr.). Autor polazi od hipoteze da se utvrđivanjem odgovarajućih pretpostavki i specijalnih uslova za zasnivanje radnog odnosa sa strancima, za radnike migrante uspostavlja i niz različitih migrantskih položaja, od kojih su neki izrazito prekarni. Primena merodavnih pravnih propisa bi, otud, morala biti praćena (pravnim i vanpravnim) merama upravljenim ka delotvornoj zaštiti dostojanstva radnika migranata i sprečavanju njihove radne eksploatacije.

Ključne reči: *stranac, pravo na rad, odobrenje za boravak, radna dozvola, kvote za zapošljavanje stranaca.*

1. Uvod

Migracije stanovništva izraz su uživanja prava svakog da se kreće u širokom prostoru i po slobodnom izboru. Pored slobode kretanja i slobode izbora mesta boravka na teritoriji određene države, ovo pravo pretpostavlja i mogućnost prelaska državnih granica i putovanja u inostranstvo, što Haker (Hucker, 1978, pp. 329-330) označava kao *pravo na emigriranje*. Reč je, preciznije, o slobodi svakog da napusti teritoriju vlastite države i njegovom pravu da se u svoju državu slobodno vrati, kao što je predviđeno u čl. 13, st. 2 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (usvojene i proglašene Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 A /III/ od 10. decembra 1948. godine). Ne postoji, međutim, i *pravo na imigriranje*, u smislu prava na neograničen slobodan ulazak

* Doktor pravnih nauka, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ljubinka@ius.bg.ac.rs

** Rad je napisan u okviru naučnoistraživačkog projekta „Identitetski preobražaj Srbije“, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

i nastanjivanje u svakoj državi. Ovo stoga što savremene države, bezmalo kao poslednji bastion suverenosti, ljubomorno čuvaju svoja ovlašćenja za odlučivanje o ulasku i nastanjenju (kao i zapošljavanju) stranaca na svojoj teritoriji (Dauvergne, 2008, p. 2). Svaka država ima, naime, pravo da primi samo strance koji ispunjavaju uslove propisane domaćim zakonodavstvom i međunarodnim ugovorima koji je obavezuju.

Najbrojniju kategoriju subjekata međunarodnih migracija predstavljaju radnici migranti i članovi njihovih porodica: prema podacima Međunarodne organizacije rada za 2015. godinu, migranti su činili 3% ukupne svetske populacije (243,7 miliona migranata); njih 207 miliona bilo je starije od 15 godina, 150 miliona migranata obavljalo je neku profesionalnu aktivnost, dok su radnici migranti činili 4,4% ukupne radno aktivne populacije u svetu (International Labour Conference, 2016, pp. 10-13). Pokretljivost radnika migranata motivisana je njihovim mogućnostima za zaposlenje, visinom zarada i drugim uslovima rada, životnim uslovima i mogućnostima za obrazovanje i profesionalno usavršavanje. Međunarodne migracije radnika su, pritom, dugo posmatrane samo u svetlosti ekonomskih dobitaka i gubitaka zainteresovanih država, dok je danas jedno od centralnih pitanja koje se postavlja u vezi s ekonomskim migracijama – pitanje pravne zaštite radnika migranata i članova njihovih porodica. To vredi i za oblast zapošljavanja, jer su ova lica posebno osetljiva kategorija tražilaca zaposlenja, prevashodno stoga što se, u skladu s načelom teritorijalnosti, radno zakonodavstvo države porekla ne može protegnuti na njih kada se nalaze u inostranstvu, dok na teritoriji države prijema postoji rizik od njihove radne eksploatacije i drugih zloupotreba poslodavčevih ovlašćenja. Ovo stoga što stranci neretko nisu (uopšte ili pravilno i potpuno) upoznati s objektivnim pravom države prijema i svojim subjektivnim radnim pravima, što obično ne poznaju običaje i zvanični jezik države prijema i što su daleko od svojih porodica. To ih čini posebno osetljivim i, posledično, zavisnim od poslodavca, naročito zbog rizika iskorišćavanja njihovog osetljivog položaja za ostvarivanje profita, između ostalog i stoga što je pravo na boravak i rad u državi prijema vremenski ograničeno i što poslodavac može da utiče na period u kome će stranac moći da ostane na određenoj teritoriji (Herzfeld Olsson, 2017, pp. 259-260).

Pitanje pravnog položaja radnika migranata neizbežno je povezano i s pitanjem da li će se prema njima postupati jednako kao s domaćim radnicima ili ne. Odgovor na ovo pitanje zavisi od zakonodavstva svake države, koje, pritom, odražava (i uvažava) nacionalne prilike i potrebe, u smislu nedostatka ili viška radnikā na tržištu rada (uopšte i/ili u određenim zanimanjima), ciljeva migracione, demografske, ekonomske politike i politike zapošljavanja i dr. No, i pored tih razlika, može se konstatovati da ne postoje države koje svim državljanima svih stranih država i svim licima bez državljanstva obezbeđuju jednak tretman kao i domaćim radnicima. Umesto toga, države garantuju jednako postupanje prema stranim radnicima samo u korist državljana određenih država, i to u skladu s međunarodnim konvencijama koje počivaju na načelu reciprociteta ili u skladu s drugim izvorima prava međunarodnog porekla koji se primenjuju na sve migrante na teritoriji određene države. Odgovarajuće garantije su, pritom, motivisane različitim potrebama radnika migranata, njihovih porodica, država njihovog porekla i država njihovog prijema – od potrebe da se zaštiti dostojanstvo radnika migranata i spreči

njihova radna eksploatacija do potrebe da se spreči neloyalna konkurencija na tržištu (Herzfeld Olsson, 2017, p. 258). Navedene potrebe uvažene su i prilikom uređivanja položaja radnika migranata na međunarodnom nivou, te se u fokusu merodavnih izvora prava nalazi načelo jednakog postupanja prema domaćim i stranim radnicima u pogledu zapošljavanja i uslova rada. Ipak, primenu tog načela u velikoj meri ograničava personalno područje primene merodavnih akata Ujedinjenih nacija, Međunarodne organizacije rada i Saveta Evrope, koje je neretko utvrđeno tako da se predmetno načelo ne primenjuje u celosti na određene kategorije privremenih radnika migranata, kao ni na subjekte neregularnih migracija. Osim toga, merodavni univerzalni izvori prava imaju skroman broj ratifikacija, zbog čega su izvori prava Evropske unije (EU) solidniji instrument zaštite radnika migranata (istina samo ukoliko oni imaju državljanstvo EU), budući da obavezuju sve države članice EU i jer je njima predviđena široka (ne i dosledna i potpuna) primena načela jednakosti domaćih i stranih radnika.

Načelo jednakog postupanja prema domaćim i stranim radnicima ne podrazumeva, međutim, potpuno izjednačavanje položaja stranih i domaćih radnika, jer to i nije moguće dok postoji državljanstvo. Režim jednakog postupanja nije, naime, nespojiv s utvrđivanjem određenih specijalnih uslova koje stranci moraju ispuniti da bi zasnovali radni odnos. Utvrđivanje ovih uslova ne može se smatrati diskriminacijom, jer je to neophodno radi zaštite domaćeg tržišta rada (tj. domaćih radnika, u smislu sprečavanja ili ograničavanja konkurencije stranih radnika domaćim radnicima), odnosno za ostvarivanje legitimnih ciljeva nacionalne migracione i/ili demografske politike. Isto vredi i za utvrđivanje ograničenja za zapošljavanje stranaca, koja mogu zadobiti različite oblike, od garantije prioriteta u zapošljavanju utvrđenog u korist domaćih radnika, preko kvota za zapošljavanje stranaca, do ograničavanja kataloga poslova koje mogu obavljati radnici migranti.

2. Opšta pretpostavka za zapošljavanje stranaca

Zapošljavanje stranaca pretpostavlja njihov *uredan ulazak u određenu državu*, tj. ulazak s važećom putnom ispravom i s odobrenjem za ulazak, boravak ili tranzit koje se pribavlja pre ulaska na teritoriju određene države (viza), ako je to potrebno. Ovo stoga što države, u skladu s opštim načelima međunarodnog prava, imaju suvereno pravo da odlučuju o ulasku stranaca na njihovu teritoriju, uz određena izuzetna ograničenja. Službenici granične policije svake države su, naime, dužni da, prilikom vršenja granične kontrole, poštuju osnovna ljudska prava svih migranata, uz obavezu prihvata lica koja zavređuju međunarodnu zaštitu, u smislu obaveze da im se, bez odlaganja, omogućí pristup postupku azila (Davinić & Krstić, 2019, p. 41).

Uredan ulazak na teritoriju određene države predstavlja opštu pretpostavku, ne i specijalni uslov za zasnivanje radnog odnosa sa strancem, iako već i ta pretpostavka ograničava pristup tržištu rada. Njen značaj je veliki utoliko što jedno od najdelikatnijih pitanja savremenog radnog prava predstavlja pitanje radnopravne zaštite subjekata neregularnih migracija, što uključuje i pitanje radnopravnog položaja stranca koji je

nezakonito ušao u određenu državu. Stoga se i jedna od klasifikacija radnika migranata zasniva na zakonitosti njihovog prekograničnog kretanja, u smislu razlikovanja *regularnih i neregularnih migracija*. Premda se ova klasifikacija ne tiče samo urednosti ulaska na teritoriju određene države već i poštovanja njenih propisa o boravku, nastanjenju i obavljanju profesionalne aktivnosti na domaćoj teritoriji, pitanje ispunjenosti opšte pretpostavke za zasnivanje radnog odnosa sa strancem značajno je i nezavisno od drugih segmenata regularnosti migracija.

3. Specijalni uslovi za zasnivanje radnog odnosa sa strancem

3.1. Ciljevi utvrđivanja specijalnih uslova

U prošlosti nisu postojale mere državnih organa koje bi ograničavale emigraciju radnika iz evropskih država, već su, kako objašnjava Vogel-Polski (Vogel-Polsky, 1986, pp. 167-168), u duhu doktrine *laissez-faire*, migranti snosili sve rizike prekograničnog kretanja. U državama imigracije, posebno onim prekookeanskim, imigracije su podsticane, između ostalog i minimalnom kontrolom ulaska stranaca na njihovu teritoriju (Vogel-Polsky, 1986, p. 167). Stranci s urednim boravkom u određenoj državi imali su pravo na zasnivanje radnog odnosa bez dužnosti ispunjenja dodatnih, specijalnih uslova koji bi važili samo za lica koja nemaju državljanstvo države na čijoj teritoriji rade i/ili za njihove poslodavce. U nekim državama, taj pristup je napušten s porastom stope nezaposlenosti i pojavom konkurencije stranaca domaćim radnicima, dok je u pojedinim državama ova promena bila motivisana potrebom domaćeg tržišta rada za stranim radnicima. Navedeni činioци uticali su na osmišljavanje osobenih nacionalnih politika zapošljavanja i migracionih politika, koje su, između ostalog, uključile i postavljanje ograničenja u vezi sa zapošljavanjem stranaca.

Pored ispunjenosti opšte pretpostavke za zasnivanje radnog odnosa sa strancem, ograničenja za zapošljavanje stranaca mogu zadobiti i oblik specijalnog uslova za zasnivanje radnog odnosa sa strancem, ili pak oblik mera usmerenih na zaštitu domaćih radnika, odnosno na davanje prednosti domaćim radnicima u oblasti zapošljavanja, kroz pravilo da se stranci mogu zapošljavati samo ukoliko ne postoje domaći radnici s potrebnim sposobnostima, veštinama i umećima, pravilo da se stranci zapošljavaju samo u određenim zanimanjima, kod određenih poslodavaca ili na određenim teritorijama države u pitanju i pravilo da se strancima obezbeđuju ista zarada i drugi uslovi rada kao i domaćim radnicima (Böhning & Maillat, 1974, p. 17). Prilikom utvrđivanja specijalnih uslova za zasnivanje radnog odnosa sa strancem, države, pre svega, „slede meandre ekonomske konjunktуре“, tj. polaze od interesā domaćih poslodavaca da angažuju strance dok postoji visoka konjunktura na tržištu rada (Pélissier, Auzero & Dockès, 2013, p. 197). To, preciznije, znači da su države motivisane, pre svega, potrebom da spreče pojavu problemā koji prate zapošljavanje stranaca, od problema ekonomske prirode (npr. visoka stopa nezaposlenosti domaćih državljana), preko problema socijalne prirode (npr. finansijska neravnoteža domaćeg sistema socijalne sigurnosti, koji bi bio dodatno

opterećen lančanim migracijama članova porodica radnika migranata) do problema demografske prirode (npr. visoki ili niski natalitet). S tim u vezi valja imati u vidu da, u načelu, države primenjuju dva osnovna modela migracionih politika: useljeničke programe i privremene programe. *Useljениčki programi* podstiču prihvatanje stranih radnika, u cilju njihovog dugotrajnog nastanjenja u državi prijema, dok *privremeni programi* pretpostavljaju povratak migranata u državu porekla (Vukorepa, 2018, pp. 93-94). Druga grupa programa je tradicionalno osmišljavana za tzv. gostujuće ili pozvane, pre svega, niskokvalifikovane radnike (engl. *guest worker*; fr. *travailleurs invités*; nem. *Gastarbeiter*), dok se danas češće primenjuju programi za cirkularne migracije (engl. *circular/managed migration program*), koji se koriste kao instrument upravljanja imigracionim tokovima (Ruhs, 2006, p. 7).

Većina država štiti navedene i druge svoje interese *izdavanjem odobrenja i dozvola kojima se ograničava prisustvo migranata na domaćoj teritoriji*. Time se za radnike koji su primljeni na teritoriju druge države uspostavlja i *niz različitih migrantskih statusa*. Neki od njih su vrlo prekarni, budući da, kako s pravom ističu Fadž (Fudge, 2014, p. 36) i Špadina (Špadina, 2012, pp. 96-97, 103), pristup određenim pravima zavisi od države iz koje migrant dolazi (npr. državljani bogatijih država imaju povlastice bezviznog putovanja ili minimalno ograničene mobilnosti), dužine boravka migranata na teritoriji države prijema (dugotrajni rezidenti su u povoljnijem položaju od ostalih migranata), vrste odobrenja za boravak ili dozvole za rad koje im država izdaje (npr. vizni režim za niskokvalifikovane radnike neretko pretpostavlja obezbeđeno zaposlenje i smeštaj, posedovanje određene sume novca na bankovnom računu i sl.), a, u nekim slučajevima, i od zanimanja migranata (visokokvalifikovani radnici su u povoljnijem položaju od onih nekvalifikovanih ili niskokvalifikovanih) i njihovog radnopravnog statusa (radnici migranti sa standardnim radnim odnosom u boljem su položaju od sezonskih radnika i drugih radnika angažovanih na osnovu atipičnih ugovora o radu).

3.2. Režim dvostrukih dozvola

Kao specijalni uslov za zasnivanje radnog odnosa sa strancem najpre se može pojaviti odobrenje za boravak na teritoriji određene države, ali preovlađuje režim dvostrukih dozvola, u kom se, pored odobrenja za boravak, kao specijalan uslov pojavljuje i dozvola za rad. Time se obezbeđuje intenzivnija zaštita domaćih radnika, ali ima i država u kojima je taj uslov redukovan na jedinstveno odobrenje za boravak i rad na domaćoj teritoriji (Blanpain, 2014, st. 10.46 i dalje). Konačno, postoje i države u kojima specijalni uslov predstavlja i odobrenje dato poslodavcu da zaposli strance. Od navedenih pravila se manje ili više odstupa u državama članicama pojedinih regionalnih organizacija, koje garantuju slobodu kretanja državljana država članica, poput Evropske unije i *MERCOSUR*.

Odobrenje za boravak na teritoriji određene države može zadobiti oblik vize, odobrenja za privremeni boravak ili odobrenja za stalno nastanjenje. S tim u vezi valja imati u vidu da je stranac kome je odobreno stalno nastanjenje, po pravilu, izjednačen

u pravima i obavezama s državljanima određene države, osim u pogledu onih prava i obaveza koje se izričito odnose na domaće državljane. U tom smislu, posjedovanje odobrenja za stalni boravak u velikom broju država omogućava i lakše zasnivanje radnog odnosa, u smislu da su ostali specijalni uslovi blaži nego kada je migrantu odobren samo privremeni boravak na teritoriji određene države. Osim toga, migrantima kojima je odobreno stalno nastanjenje redovno se omogućava da, u slučaju da ostanu bez posla, nastave da žive na teritoriji određene države i da uživaju iste socijalne prestacije za slučaj nezaposlenosti kao i domaći državljani (International Labour Conference, 2016, st. 426). S druge strane, valja primetiti da države zaposlenja neretko daju prednost boravišnom u odnosu na radnopravni status migranta, što može imati za posledicu ograničavanje ili uskraćivanje radnih prava migranata zbog neregularnog boravišnog statusa. Ipak, utvrđivanje uslova vezanog za odobrenje za boravak ima, pre svega, isključujući učinak. U vezi s tim, Špadina (2012, p. 3) vispreno zaključuje da prevashodstvo boravišnog u odnosu na radnopravni status radnika migranata nije u skladu s međunarodnim pravom ljudskih prava, u kom su radna prava izričito zaštićena, dok boravišni status nije postavljen kao uslov za njihovo uživanje niti predstavlja uslov za uživanje drugih ljudskih prava radnika migranata. Na ovaj zaključak nadovezuje se potreba da se pravna zaštita radnika migranata unapredi tako što će merodavni propisi i njihova primena biti doslednije i potpunije utemeljeni na radnim pravima, umesto dosadašnje prakse obezbeđivanja pristupa pravima na osnovu boravišnog statusa (Špadina, 2012, p. 4).

S druge strane, dozvola za rad, kao uslov za zasnivanje radnog odnosa sa strancem, može zadobiti različite oblike, zavisno od svrhe izdavanja, odnosno zavisno od kategorije licâ kojima se izdaje. Određenim kategorijama stranaca se, tako, može izdati *dozvola za rad s neograničenim trajanjem*, kao što je to u nekim pravnim sistemima slučaj sa strancima koji na teritoriji određene države neprekidno borave duže od propisanog perioda, ili pak sa strancima koji su u braku s domaćim državljanima.

Drugu vrstu dozvola čine *dozvole za rad s ograničenim trajanjem*, koje se, dalje, mogu razlikovati prema svrsi izdavanja dozvole. Ovaj kriterijum, naime, u stranim pravima može voditi pravljenju razlike među dozvolama koje se izdaju za bavljenje određenim zanimanjem (npr. u Australiji i Austriji), ili za rad kod tačno određenog poslodavca (npr. u Sjedinjenim Američkim Državama za radnike sa *H2-B vizom*), ili, pak, za rad na tačno određenom radnom mestu ili poslu u datoj radnoj sredini, kao što je to, primera radi, slučaj u Bosni i Hercegovini i na Kipru.¹ Osim toga, dozvole za rad mogu se razlikovati i prema podnosiocu zahteva za izdavanje dozvola. U tom smislu, najpre, postoje *dozvole koje se izdaju na zahtev poslodavca* i koje se vezuju za tačno određeni posao, jer omogućavaju zapošljavanje samo na poslu za koji je dozvola izdata strancu.

¹ Migranti s odobrenjem za privremeni boravak kojima je dozvola za rad izdata za određeni posao, odnosno za rad kod određenog poslodavca, po pravilu, ne mogu da rade za drugog poslodavca, ili makar ne u prvih godinu dana važenja dozvole za rad, a isto vredi i ukoliko je dozvola izdata za bavljenje određenim zanimanjima. Izuzetno, ovim licima može biti dopušteno da rade na drugom poslu, odnosno u drugom zanimanju ili za drugog poslodavca, ali se takva odluka može doneti samo pošto je izvršeno istraživanje tržišta rada. U svakom slučaju, u pravima u kojima je dozvola za rad vezana za određenog poslodavca ili za određeni posao, postoji i rizik stvaranja zavisnosti od poslodavca, što, dalje, može voditi eksploataciji rada migranata (International Labour Conference, 2016, st. 357-358, 364).

Drugu podgrupu čine *dozvole koje se izdaju na zahtev stranca*, a koje omogućavaju zapošljavanje na teritoriji određene države, kod bilo kog poslodavca, odnosno na bilo kom poslu.²

Izdavanje dozvola za rad redovno spada u nadležnost *nosilaca poslova zapošljavanja (javnih službi za zapošljavanje) ili organa državne uprave nadležnih za poslove zapošljavanja*. Ovo stoga što navedeni subjekti vode evidencije o stanju na tržištu rada, ili vode politiku zapošljavanja u određenoj državi, te im utvrđivanje ispunjenosti uslova za izdavanje dozvola za rad omogućava da, u svakom konkretnom slučaju, procene oportunističnost zapošljavanja stranca (Tintić, 1972, p. 60). U tom smislu, specifično rešenje postoji u Švedskoj, gde dozvola za rad predstavlja uslov za zasnivanje radnog odnosa sa strancima, osim sa državljanima drugih nordijskih država (Danska, Island, Norveška i Finska), odnosno sa državljanima EU (Adlercreutz & Nyström, 2015, p. 59). Državljanima tzv. trećih država, pritom, nisu suočeni s teškoćama prilikom dobijanja dozvole za rad, jer u ovoj državi ne postoji test tržišta rada, niti postoje kvote za zapošljavanje stranaca. Jedino ograničenje vezuje se za obavezu poslodavca da, u skladu s načelom preferencijalnog postupanja EU, oglasi slobodan posao na internet stranicama švedske Nacionalne službe za zapošljavanje i Evropske službe za zapošljavanje najkraće deset dana. Po isteku tog roka, poslodavac je slobodan da ponudi posao bilo kom radniku, nezavisno od njegovog državljanstva, ali pod uslovom da konkretno lice zakonito boravi u Švedskoj i da ima dozvolu za rad (Herzfeld Olsson, 2017, pp. 265-266). S tim u vezi valja imati u vidu da su u prošlosti strancima posebnu pomoć pri dobijanju ove dozvole pružali sindikati, dok se od 2009. godine dozvola za rad, bez ikakvih ograničenja, izdaje državljanima trećih država koji imaju ugovor o radu čiji uslovi nisu nepovoljniji od uslova rada predviđenih merodavnim kolektivnim ugovorom ili običajem za domaće radnike, ne bi li se sprečila neloyalna konkurencija (Adlercreutz & Nyström, 2015, p. 59). Švedska agencija za migracije je, pritom, jedini subjekt koji odlučuje o izdavanju dozvole, jer su ukinuta pravila po kojima su, u postupku kontrole odlučivanja o zahtevu stranca, učestvovali javna služba za zapošljavanje i socijalni partneri, u smislu da, čak i onda kada su bili ispunjeni uslovi za izdavanje dozvole za rad, ona nije mogla biti izdata dok sindikati i udruženja poslodavaca ne podnesu svoju saglasnost Nacionalnom birou rada, zbog nastojanja da se na taj način spreči zapošljavanje stranaca u granama i delatnostima u kojima je postojao višak radne snage (Kitić, 1990, p. 485). S druge strane, u savremenom danskom pravu, postoji tzv. sistem brzog odlučivanja o zahtevima za izdavanje dozvola za rad. Reč je o pravilu da poslodavci koji imaju sertifikat Danske agencije za međunarodno zapošljavanje i integraciju (*SIRI*) mogu relativno lako i brzo da zapošljavaju visokokvalifikovane strane radnike, jer po ubrzanom postupku mogu da, u ime stranaca, podnesu zahtev i za njih izdejstvuje odobrenje za boravak i dozvolu za rad u Danskoj. Opisani standardi se, preciznije, tiču zahteva da poslodavac sa više od 20 zaposlenih primenjuje pravila o zaradama i drugim uslovima rada, poštuje odredbe

² Od ove, u stranim pravima široko prihvaćene tipologije dozvola za rad odstupa se u Irskoj, gde su posebnim zakonom (Employment Permits Act Number 16 of 2006) uvedene tri vrste dozvola, koje se izdaju prema kriterijumima koji su, takođe, autentični: visina zarade koja se ostvaruje na poslu za koji se stranac prijavljuje, vrsta zanimanja stranog radnika, obeležja poslodavca, način oglašavanja slobodnog posla (Costello, 2014, pp. 68-69).

Zakona o strancima (u smislu izostanka kažnjavanja poslodavca za povrede ovog zakona) i da u trenutku izdavanja sertifikata protiv njega nije pokrenut radni spor.³

S druge strane, kao državu u kojoj je zapošljavanje stranaca strogo ograničeno valja pomenuti Japan. Od Drugog svetskog rata, japanska vlada vodi restriktivnu politiku zapošljavanja stranaca, od koje nije odstupila čak ni tokom perioda manjka radne snage na domaćem tržištu rada uoči naftne krize (Hanami, 1979, pp. 92-93). Isti pristup preovlađuje i danas, te je broj stranih radnika u Japanu prilično nizak, posebno u poređenju s drugim industrijalizovanim državama, iako je u nekoliko navrata proširena mogućnost za zapošljavanje stranaca, ali, u načelu, samo onih s posebnim znanjima i veštinama. Za razliku od ranijih rešenja, koja su težila sprečavanju integracije nekvalifikovanih stranih radnika u japansko tržište rada, zakonskom novelom od 1989. godine učinjen je i jedan izuzetak od ovog pristupa: deci i unucima japanskih emigranata priznato je pravo na zasnivanje radnog odnosa na poslovima koji ne zahtevaju posebne veštine i znanja. Jedanaest godina kasnije, Planom za kontrolu imigracija predviđena je intenzivnija promena pristupa zapošljavanju stranaca, u cilju savladavanja izazova s kojima se japansko društvo suočava zbog starenja stanovništva. Na tom fonu bio je i istoimeni strateški dokument od 2005. godine, kojim je posebno proširena mogućnost za zapošljavanje zdravstvenih radnika, posebno na (niskoplaćenim) poslovima brige o starima, kao i za unapređenje programa pripravničkog rada i stručne obuke, uz zabranu rada poslodavaca koji krše merodavne propise (Andrees, Nasri & Swuniarski, 2015, p. 56).

Većini savremenih pravnih sistema svojstveno je i postojanje *izuzetaka u kojima za zapošljavanje stranaca nije potrebna dozvola za rad*. Oni se redovno uvode zbog osobenosti poslova, odnosno radnih zadataka čije se obavljanje poverava strancu, ili zbog osobenosti kategorije radnika kojoj stranac pripada, ili pak zbog specifičnih okolnosti u kojima se izvršava prestacija rada. To redovno vredi za zapošljavanje na osnovu ugovora o saradnji dveju država u oblasti nauke, kulture, umetnosti, informisanja i vera, što je, primera radi, slučaj u Španiji, kada je za zapošljavanje stranaca dovoljno da o tome budu obavestene tamošnje javne vlasti (Olea, Rodríguez-Sañudo & Guerrero, 2018, p. 58), dok je u Češkoj pravilo koje se tiče posedovanja dozvole za rad derogirano u korist stranaca s odobrenjem za stalno nastanjenje, stranaca kojima je odobren azil, kao i stranaca određenih zanimanja čije radno angažovanje ne traje duže od sedam uzastopnih kalendarskih dana ili ukupno 30 dana u kalendarskoj godini, poput naučnikā, izvođača i sportista (Pichrt & Štefko, 2015, pp. 119-120). Na istom fonu su i izuzeci koje dopušta kanadsko pravo, u korist diplomata, sportista, izvođača, trgovačkih predstavnika stranih država i radnikā upućenih na rad u Kanadu na period kraći od 90 dana.⁴ S druge strane,

³ Interesantno je uočiti da je u Danskoj, vrlo napredan zakon o zaštiti radnika migranata bio usvojen još 21. avgusta 1908. godine (sa izmenama od 1. aprila 1912. godine). Njime su bili uređeni regrutovanje, kao i uslovi rada i života radnika migranata, među kojima su bili najbrojniji sezonski poljoprivredni radnici iz istočne Evrope. Ta zaštita je, između ostalog, podrazumevala i obavezu poslodavca da prijavi stranog radnika kog angažuje, da mu pruži obavještenje o uslovima rada, da s njim zaključi ugovor o radu u pisanom obliku, i da ga obavezno osigura za slučaj povreda na radu i profesionalnih oboljenja (Vogel-Polsky, 1986, pp. 169-170).

⁴ Severnoamerički sporazum o slobodnoj trgovini (1992) otvara mogućnost za nove izuzetke i nabroja oko 60 zanimanja za čije obavljanje stranci mogu biti angažovani pod liberalnijim uslovima (Carter *et al.*, 2001, p. 100). S tim u vezi valja imati u vidu da su sporazumi o slobodnoj trgovini usmereni prevashodno na libe-

u grčkom pravu, dopušteni izuzetak vezuje se samo za rad u rudarskoj industriji, ako je zapošljavanje hitno potrebno zbog otklanjanja štete koja je nastala na mašinama, opremi i uređajima, pod uslovom da stranac u Grčkoj radi najduže tri meseca i da poseduje tehnička ili naučna znanja koja nezaposlena lica s grčkim državljanstvom nemaju, odnosno da je garancijom (za mašine, opremu i uređaje) predviđeno da su za njihovo održavanje i popravku zaduženi samo strani radnici (Douka & Koniaris, 2001, pp. 225-226). Mogućnost zapošljavanja stranaca iz tzv. trećih država bez dozvole za rad poznaje i britansko pravo, istina, samo u pogledu određenih oblika radnog angažovanja: sezonski rad do tri meseca, rad učitelja i lektora na razmeni (najduže dve godine), rad državljana država Komonvelta (najduže četiri godine), pod uslovom da su im baba i/ili deda rođeni u Ujedinjenom Kraljevstvu, rad pripravnika koji u Ujedinjenom Kraljevstvu treba da steknu osobenu obuku ili radno iskustvo, te rad novinara, trgovačkih predstavnika, kućnog osoblja u diplomatskim predstavništvima, verskih službenika i radnika koji obavljaju poslove od značaja za vazdušni saobraćaj (Butler, 2018, p. 113).

U državama članicama EU, zasnivanje radnog odnosa s državljanima tzv. trećih država pojednostavljeno je tako što se kao specijalni uslov za zasnivanje radnog odnosa pojavljuje *jedinstvena dozvola za boravak i rad na teritoriji određene države članice EU*. Postojala je, naime, potreba za ukidanjem dugotrajnih, složenih i vrlo skupih postupaka izdavanja odobrenja za boravak i dozvole za rad, zbog čega je Direktivom Evropskog parlamenta i Saveta 2011/98/EU uvedeno pravilo o sprovođenju objedinjenog postupka za izdavanje jedinstvene dozvole boravka i rada državljana trećih država na teritoriji države članice EU, dok je dozvola za rad za državljane trećih država izričito ukinuta.⁵ Direktivom, pritom, nije određeno okvirno trajanje jedinstvene dozvole, a što u praksi redovno podrazumeva to da rok važenja jedinstvene dozvole zavisi od trajanja ugovora o radu (Špadina, 2012, pp. 108-110). Pored radnika migranata, izdavanje jedinstvene dozvole je i u interesu njihovih poslodavaca i nadležnih državnih organa i javnih ustanova, posebno imajući u vidu da su se, za vreme režima dvostrukih dozvola, radnici nalazili u situaciji koja se kolokvijalno može označiti naslovom Helerovog (*Joseph Heller*)

ralizaciju kretanja roba, ali da važan segment ekonomske integracije predstavlja i kretanje radnika. Stoga je u interameričkim sporazumima o trgovini uređeno i kretanje radnika, od privremenog boravka poslovnih ljudi u Sporazumu o slobodnoj trgovini između Sjedinjenih Američkih Država (SAD) i Čilea (2003), i Kanadsko-čileanskom sporazumu o slobodnoj trgovini (1996), do slobodnog kretanja visokoobrazovanih radnika s određenim zanimanjima u Karipskoj zajednici. Od ovog niza odstupa Sporazum između SAD, centralnoameričkih država i Dominikanske Republike (2004), budući da su se SAD usprotivile da se imigraciona pitanja urede navedenim izvorom prava (Charnovitz, 2005, pp. 175-176).

⁵ Nadležna vlast države članice EU dužna je da odluči o molbi migranta u roku od četiri meseca od njenog podnošenja, s tim što u izuzetno složenim slučajevima taj rok može biti produžen. Posledice ćutanja uprave nisu uređene Direktivom, što može voditi dijametralno suprotnim rešenjima u državama članicama EU, od gubitka prava na boravak i rad na domaćoj teritoriji, u smislu prećutnog odbijanja, uz pravo pokretanja sudskog postupka (npr. u Estoniji, Italiji, Litvaniji, Luksemburgu, Mađarskoj, Poljskoj, Portugaliji, Rumuniji, Slovačkoj, Francuskoj, Hrvatskoj, Češkoj i Španiji), do prećutnog odobrenja, odnosno automatskog produženja jedinstvene dozvole. U Izveštaju Komisije o primeni Direktive 2011/98/EU uočeni su problemi u pogledu odlučivanja u Austriji, Italiji, Letoniji, Litvaniji, Luksemburgu, Nemačkoj, Rumuniji, Švedskoj i Španiji, jer u zakonodavstvima ovih država nema tačno određenih rokova za odlučivanje o molbama stranaca, dok u praksi, čitav postupak prolongiraju zahtevi za evidentiranjem molbi migranata u različitim institucijama, posebno kod nosilaca obaveznog socijalnog osiguranja (European Commission, 2019, p. 5).

popularnog romana „Kvaka 22“, zbog uslovljavanja izdavanja odobrenja za boravak posjedovanjem dozvole za rad, uz istovremeno uslovljavanje izdavanja dozvole za rad posjedovanjem odobrenja za boravak.

Konačno, valja imati u vidu i to da se u nekim državama primenjuje *bodovni sistem* (engl. *point system*), kod koga se odobrenje za boravak i dozvola za rad mogu izdati svim strancima koji ostvare dovoljan broj bodova za njihovo izdavanje, istina uz izuzetak kandidata u određenim ili svim visokospecijalizovanim poslovima u licencnim zanimanjima, čije obavljanje može biti povereno samo domaćim državljanima. Bodovi, pritom, izražavaju ispunjenost određenih objektivnih kriterijuma, poput stepena obrazovanja, poznavanja jezika države prijema, dužine radnog iskustva, uzrasta, postojanja ozbiljne ponude za zaposlenje, kao i sposobnosti za integraciju, koja se procenjuje na osnovu perioda studiranja i rada u državi prijema, boravka članova porodice u državi prijema i sličnih indikatora (Špadina, 2012, p. 141). Ovaj sistem primenjen je, primera radi, u Velikoj Britaniji, Kanadi i Australiji, i u literaturi se smatra prihvatljivijim od sistema u kom se zapošljavanje stranaca vezuje za određeni posao, odnosno za određenog poslodavca. Ovo prevashodno stoga što se pod okriljem bodovnog sistema vrednuju objektivni kriterijumi. Kako stranac može dobiti odobrenje za boravak i dozvolu za rad samo ako ostvari određeni broj bodova, bodovni sistem omogućava relativno lako prilagođavanje okvira za zapošljavanje stranaca promenama na tržištu rada i u ekonomiji, a što, dalje, obezbeđuje solidniju zaštitu domaćih radnika (Chen, 2003, p. 193).⁶

3.3. Ovlašćenje za zapošljavanje stranaca

Od dozvole za rad valja razlikovati ovlašćenje za zapošljavanje stranca, koje se, u nekim državama, pojavljuje kao specijalni uslov za zasnivanje radnog odnosa sa strancem koji treba da ispuni poslodavac. Ovaj uslov se u praksi može pojaviti kao posredno ograničenje profesionalne mobilnosti radnika migranata koji već borave na teritoriji određene države, jer ih ne može angažovati poslodavac kome je uskraćeno ovlašćenje za zapošljavanje stranaca. Ovo tim pre što se u nekim pravima, ovlašćenje za zapošljavanje može izdati poslodavcu samo ako to opravdava stanje na tržištu rada (npr. u Burkini Faso), ili ako nije iscrpljena kvota za zapošljavanje stranaca, kao što je to npr. slučaj u Bosni i Hercegovini, Ruskoj Federaciji i Švajcarskoj (International Labour Conference, 2016, par. 359). Slično ovom uslovu, u nekim državama, poslodavac može zapošljavati strance samo ukoliko je upisan u registar poslodavaca stranaca. To je, primera radi, slučaj u kanadskoj pokrajini Manitoba, gde poslodavac koji želi da zaposli stranca mora biti upisan u registar koji vodi Direktor za radne standarde i koristiti usluge licenciranih

⁶ Osim toga, primena bodovnog sistema dovodi do zapošljavanja kvalifikovanijih stranaca u poređenju s državama s kvotnim sistemom, posebno, ukoliko on uključuje i utvrđivanje maksimalnog broja stranaca iz određene države, kao što je, primera radi, slučaj u SAD (Borjas, 1991, p. 23). Ovaj zaključak, međutim, relativizuje činjenica da u praksi, bodovni sistem nije istančano selektivan, jer se, primera radi, migrantima u Australiji i Kanadi određeni broj bodova dodeljuje na osnovu „lične procene“ imigracionih službenika zasnovane na intervjuu s kandidatima, te dovoljan broj bodova mogu ostvariti i stranci sa skromnim nivoom veština (Antecol, Cobb-Clark & Trejo, 2001, pp. 2-3).

agencija za zapošljavanje (Andrees, Nasri & Swuniarski, 2015, p. 48). U registar mogu biti upisani samo poslodavci koji poštuju merodavne radnopravne propise i za koje u sudskom postupku nije utvrđeno kršenje odgovarajućih radnih standarda. Kada je pak reč o federalnom kanadskom pravu, zapošljavanje stranaca u okviru Programa za zapošljavanje privremenih migranata (*Temporary Foreign Workers Program*) uslovljeno je izdavanjem posebnog ovlašćenja – mišljenja o tržištu rada poslodavcu (engl. *Labour Market Opinion*). Ovlašćenje izdaje Kanadska služba za ljudske resurse i razvoj veština, ukoliko poslodavac pokaže da je propisno oglasio slobodan posao, da će za oglašeni posao isplaćivati odgovarajuću zaradu i da je, u slučaju da je u prošlosti zapošljavao strance, poštovao merodavne radnopravne propise. U tom smislu, ima mesta zaključku da se izdavanjem ovlašćenja za zapošljavanje obezbeđuje to da stranci ne preuzimaju poslove koje mogu obavljati kanadski državljani i da se, zbog zapošljavanja stranaca, ne pogoršavaju uslovi rada u Kanadi (Fudge, 2011, p. 16). Ovo tim pre što se poslodavcu za kog se utvrdi da ne ispunjava uslove za dobijanje ovlašćenja uskraćuje mogućnost da u naredne dve godine zapošljava strance pod okriljem Programa za zapošljavanje privremenih migranata. Iako se time poslodavci koji krše prava radnika migranata sprečavaju da zapošljavaju nove radnike, izostaju instrumenti za zaštitu osetljivih kategorija radnika od radne eksploatacije u periodu koji traje do podnošenja zahteva za obnavljanje postojećeg ili izdavanje novog ovlašćenja za zapošljavanje. Ovo tim pre što vezanost (dozvole za rad) za rad kod određenog poslodavca, ograničeni period boravka u Kanadi i neodgovarajuća institucionalna podrška odvraćaju migrante od pokretanja postupaka za zaštitu radnih prava (Fudge, 2011, p. 32).

4. Ograničavanje zapošljavanja stranaca

U cilju zaštite domaćeg tržišta rada, zakonodavci neretko utvrđuju određena ograničenja za zapošljavanje stranaca. To, najpre, vredi za *pravilo da stranac može zasnovati radni odnos samo ako za obavljanje određenog posla nije bilo moguće angažovanje domaćeg radnika* koji ispunjava sve uslove za zasnivanje radnog odnosa, kao što to, primera radi, predviđaju argentinski, mađarski, srpski i češki zakonodavac. Naš zakonodavac ide i korak dalje, te izdavanje radne dozvole za zapošljavanje uslovljava zahtevom da poslodavac, pre podnošenja molbe za izdavanje radne dozvole, nije otpuštao zaposlene usled tehnoloških, ekonomskih ili organizacionih promena na poslovima za koje se traži radna dozvola.

Zapošljavanje stranaca može biti ograničeno i garantijama *prioriteta u zapošljavanju utvrđenog u korist domaćih radnika*. Odgovarajuća garantija, pritom, može zadobiti oblik *pravila da domaći državljani imaju prednost pri zapošljavanju u odnosu na strance*, a može biti primenjena i posredstvom *pravila o odnosu između broja domaćih i stranih radnika koje je dopušteno zaposliti kod poslodavca*. Prioritet u zapošljavanju može biti obezbeđen i utvrđivanjem procenta stranaca koji mogu biti zaposleni na određenoj teritoriji države u pitanju, ili u određenom zanimanju (tzv. *kvota za zapošljavanje stranih radnika*). Obezbeđivanju prioriteta u zapošljavanju

domaćih u odnosu na strane radnike doprinosi i *pravo države da suspenduje mogućnost zapošljavanja stranih radnika*, pre svega u slučaju pojave viška radnika u određenoj profesiji ili u određenom regionu, naravno, uz prethodnu najavu (osim u izuzetnim složenim situacijama) i bez diranja u postojeća zaposlenja.

Sistem kvota za zapošljavanje podrazumeva utvrđivanje tačnog broja stranaca koji u određenoj godini imaju pravo na pristup domaćem tržištu rada ili pak pravo na pristup poslovima u određenim zanimanjima. Osim toga, kvota za zapošljavanje može obuhvatiti i utvrđivanje maksimalnog procentualnog udela stranaca u ukupnom broju zaposlenih u državi ili u određenoj privrednoj grani ili delatnosti. Odgovarajući broj ili procenat stranih radnika se, pritom, redovno utvrđuje na osnovu testiranja domaćeg tržišta rada, a u cilju procene dostupnosti domaćih radnika s odgovarajućim kvalifikacijama za slobodne poslove. Reč je, dakle, o meri posredstvom koje se, radi zaštite domaćih radnika, mogućnost za zapošljavanje stranaca otvara samo za slučaj da domaći radnici ne poseduju znanja, sposobnosti i veštine potrebne za rad na slobodnim poslovima, ili da nisu zainteresovani za njihovo obavljanje, najčešće zbog niskih zarada ili potcenjivanja (značaja i ugleda) određene vrste poslova u društvu (Špadina, 2012, p. 138). Isto vredi i u slučaju da na domaćem tržištu rada postoji deficit radnikā određenog zanimanja (u svetlu ekonomskih izgleda za budućnost tržišta rada i potreba poslodavaca u određenoj grani ili delatnosti ili na određenoj teritorijalnoj jedinici), a što, dalje, predstavlja osnov za utvrđivanje kvote za zapošljavanje stranaca čijim će angažovanjem biti ublažen ili čak rešen navedeni problem.

Utvrđivanje kvote za zapošljavanje stranaca obezbeđuje jasan okvir za pristup stranaca domaćem tržištu rada, a što, dalje, pozitivno utiče na prihvatanje stranaca u društvu (Špadina, 2012, p. 140). S druge strane, osnovni nedostatak kvota predstavlja njihova složenost, tj. činjenica da poslodavci ovu meru neretko doživljavaju kao prepreku za prilagođavanje promenama na tržištu, prevashodno zbog složenosti testa domaćeg tržišta rada (u smislu dugotrajnog i komplikovanog postupka kojim se prolongira odlučivanje o zahtevima radnika migranata i njihovih poslodavaca) i izostanka fleksibilni(ji)h zakonskih i podzakonskih rešenja (Špadina, 2012, p. 140). Poslodavcima, naime, redovno nije lako da planiraju potrebe za radnicima, a test tržišta rada počiva na analizi potreba poslodavaca, mada se u nekim državama, alternativno ili kumulativno s ovim kriterijumom, koriste i kriterijumi vezani za ekonomske prognoze tržišta rada (Špadina, 2012, p. 140).

U nekim državama, prikazani metod ograničavanja zapošljavanja stranaca podrazumeva i izričito potvrđivanje pravila *o prednosti domaćih državljana pri zapošljavanju*, kao što je to, primera radi, slučaj u Ruskoj Federaciji, gde poslodavac mora imati dozvolu za zapošljavanje stranaca, a postoji i obaveza plaćanja naknade za svakog novozaposlenog stranog radnika (Gorbacheva, 2018, p. 64). Osim toga, upravljanju migracijama doprinosi i kvota za zapošljavanje stranaca, koja je 2018. godine uključivala 178.752 radnika, s tim što za određene administrativne jedinice postoje i posebna ograničenja (npr. za grad Moskvu). Kvota za zapošljavanje u formi fiksnog broja stranih radnika postoji i u Italiji i Španiji. Slično, vlada Republike Hrvatske utvrđuje godišnje kvote za zapošljavanje stranaca, imajući u vidu stanje na tržištu rada: 2019. godine,

ta kvota je iznosila 65.100 stranaca (Odluka o utvrđivanju godišnje kvote dozvola za zapošljavanje stranaca za kalendarsku godinu 2019, 2018). U ovoj državi je, međutim, pripremljen predlog za noveliranje merodavnog zakonodavstva u smislu napuštanja sistema kvota zbog nedelotvornosti, odnosno zbog neadekvatnosti procena vezanih za tržište rada i promenljivosti potreba tržišta rada, što se odslikava kroz nesrazmeru između iskorišćenosti kvota i broja zahteva za zapošljavanje stranaca izvan sistema kvota.

S druge strane, u savremenom nemačkom pravu, sistem kvota postoji samo za gostujuće radnike i radnike koji žive u pograničnim područjima, i to na osnovu bilateralnih ugovora (Kirchner, Kremp & Magotsch, 2010, pp. 51-56). Lokalna služba za strance, pritom, zahteva odobrenje za zapošljavanje stranca od agencije za zapošljavanje, osim ukoliko je reč o određenim kategorijama lica, poput radnika s posebnim ovlašćenjima, izvršnih direktora i pripravnika na univerzitetima. Za dobijanje odobrenja potrebno je da je strancu ponuđen konkretan posao, da njegovo zapošljavanje neće štetno uticati na nemačko tržište rada, da određeno radno mesto ne može biti popunjeno licem koje ima nemačko državljanstvo ili državljanstvo EU (tzv. preispitivanje prioriteta /provera prvenstva) i da stranac neće biti zaposlen pod uslovima koji su nepovoljniji od uslova rada nemačkih državljana, s tim što će od marta 2020. godine, provera prvenstva biti ukinuta u pogledu svih kvalifikovanih radnika. Izuzetak od navedenog pravila vredi za zapošljavanje na poslovima za čije je obavljanje potrebno najmanje tri godine stručne obuke (tzv. kvalifikovano zapošljavanje), kada agencija za zapošljavanje ne pribegava preispitivanju prioriteta. S druge strane, za zapošljavanje na poslovima za koje je dovoljna stručna obuka u trajanju kraćem od tri godine, odobrenje za boravak se, u načelu, ne izdaje, osim u pogledu državljana određenih država (Andore, Australije, Izraela, Japana, Kanade, Monaka, Novog Zelanda, San Marina i SAD), odnosno u pogledu određenih oblasti rada ili na osnovu bilateralnih sporazuma (npr. fiksne kvote za radnike migrante).

Inače, valja imati u vidu da u pravu EU postoji i svojevrstan modifikovani vid garantije prioriteta u zapošljavanju u korist domaćih radnika, jer je prioritet utvrđen u korist državljana država članica EU. Reč je o *načelu preferencijalnog postupanja EU*, po kom se službama za zapošljavanje zabranjuje posredovanje u zapošljavanju državljana trećih država pre nego što dokažu da kao kandidate za zaposlenje na slobodnim poslovima nisu mogle da identifikuju državljanke EU, državljanke Evropskog ekonomskog prostora i državljanke novoprimiteljenih država članica EU, a zatim i državljanke trećih država koji imaju stalno nastanjenje na teritoriji određene države, državljanke država s kojima je EU potpisala posebne sporazume, kao i država s kojima su potpisani predpristupni sporazumi. S tim u vezi, valja imati u vidu i to da je, iako državljanke EU imaju slobodu kretanja i zapošljavanja na teritoriji svih država članica EU, u pogledu državljana novoprimiteljenih država članica moguće uvesti ograničenja, u smislu kontrole priliva radne snage u „starim“ državama članicama EU. „Stare“ članice, tako, mogu tokom prelaznog perioda derogirati odredbe o slobodnom kretanju radnikâ, ali je to njihovo pravo ograničeno, upravo načelom prvenstva radnikâ iz EU, tako da „stara“ članica koja ograničava priliv radne snage iz novoprimiteljenih država članica EU mora dati prednost radnicima iz novoprimiteljenih država članica u odnosu na državljanke trećih država (Vukorepa, 2018, pp. 111-112).

Može se, dakle, zaključiti da se odnos između broja domaćih i stranih radnika uvodi, pre svega, *zbog visoke stope nezaposlenosti na domaćem tržištu rada*. Taj vid ograničavanja zapošljavanja stranaca ne sme, međutim, biti uređen i primenjen tako da povređuje načelo zabrane diskriminacije. U tom smislu, interesantno je osvrnuti se na portugalsko pravo, gde su, počevši od 1977. godine, sva preduzeća s više od pet zaposlenih bila dužna da zapošljavaju najmanje 90% portugalskih državljana. Ovo pravilo moglo je biti derogirano samo u javnom interesu ili ako nije postojao dovoljan broj domaćih radnika s neophodnim kvalifikacijama. Ograničenje je ukinuto tek 12 godina kasnije, iako je Evropski komitet za socijalna prava u više navrata upozoravao na povredu garantije prava na rad u ovoj ugovornici Evropske socijalne povelje (Samuel, 2002, p. 31). Kada je pak reč o vanevropskim državama, u prošlom veku je ovaj vid ograničavanja zapošljavanja stranaca naročito bio prisutan u državama Latinske Amerike, kao i u nekim afričkim i azijskim državama. Reč je, preciznije, o državama koje su bile ekonomski zavisne od drugih država, tj. od stranih investitora koji su neretko zapošljavali samo svoje državljane, ili su zapošljavali i domaće radnike, ali pod nepovoljnijim uslovima rada, posebno sa zaradom koja je niža od zarade stranih radnika. U tim okolnostima, a naročito imajući u vidu veliki broj koncesija u ovim državama, utvrđivanje udela domaćih i stranih radnika u radnoaktivnoj populaciji trebalo je da omogući svojevrsnu *emancipaciju od stranaca* i unapredi položaj domaćih radnika. Tako je, primera radi, početkom XX veka u Meksiku radnopravni položaj državljana Velike Britanije, SAD i Francuske bio znatno povoljniji u poređenju s položajem domaćih državljana, jer su u oblasti rudarstva, železničkog saobraćaja i tekstilne industrije, kompanije u stranom vlasništvu mahom zapošljavale strance (Kurczyn Villalobos & Sánchez-Castañeda, 2016, p. 118). Isto vredi i za strance koji su imali posebne veštine i znanja neophodna za proizvodnju roba i pružanje usluga koje ranije nisu bile proizvođene, odnosno pružane u Meksiku. Povlašćivanje strancima je, pritom, bilo toliko ekstenzivno da su određene mere za zaštitu meksičkih radnika uvedene čak i Ustavom. To je uključilo, između ostalog, i davanje prednosti domaćim državljanima prilikom zapošljavanja na poslovima na kojima državljanstvo ne predstavlja neophodan uslov za uspešno izvršavanje radnih zadataka (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, poslednje izmene od 20. decembra 2019. godine, čl. 32, st. 5). U tom duhu, merodavnim propisima potvrđena je i obaveza poslodavaca da najmanje 90% ukupnog broja njihovih zaposlenih čine meksički državljani, i da se meksički državljani zapošljavaju za obavljanje tehničkih i stručnih poslova, kao i poslova doktorā medicine rada u kompanijama. U pogledu tehničkih poslova, navedeno pravilo je precizirano tako da se njihovo obavljanje može poveriti strancima samo privremeno, da stranci mogu obavljati samo 10% ovih poslova i da poslodavci moraju obezbediti obuku meksičkih državljana za obavljanje ovih poslova (Kurczyn Villalobos & Sánchez-Castañeda, 2016, p. 118). Kvote za zapošljavanje stranaca postoje i u Ekvadoru, istina, samo u oblasti saobraćaja, gde poslodavci mogu zapošljavati najviše 20% stranaca, budući da su snažni sindikati saobraćajnih radnika uspeli da „sačuvaju“ poslove za domaće državljane obučene za rad na svim radnim mestima u ovoj privrednoj grani (Valencia, 1986, p. 147). Ovaj niz nastavlja peruansko pravo, u kom je zapošljavanje stranaca ograničeno kako u pogledu broja stranih radnika, tako i u pogledu visine

njihovih zarada, s tim što odgovarajuće kvote zavise od toga da li je reć o novoosnovanim poslodavcima ili ne: tokom prve tri godine poslovanja, poslodavci su dužni da zaposle najmanje 80% peruanskih državljana, dok u narednom periodu njihovog delovanja taj broj ne sme biti niži od 90% (Cosmopolis, 1990, pp. 116-117). I u Kostariki je postojalo pravilo da broj stranih radnika ne sme biti veći od 10% od ukupnog broja zaposlenih kod poslodavca, s tim što ovaj cenzus nije obuhvatao direktore i menadžere preduzeća, kojih, međutim, nije moglo biti viši od dvoje u svakoj kategoriji (Godinez & Van der Laet, 2018, p. 59). Derogacija navedenog pravila je, pritom, bila dopuštena zbog tehničkih razloga, kao i u pogledu lica koja rade u dobrotovornim i obrazovnim ustanovama, te u pogledu državljana država Centralne Amerike i stranaca koji su rođeni i žive u Kostariki. Ipak, Ustavno odeljenje Vrhovnog suda Kostarike je 1999. godine ocenilo kao neustavno pravilo o kvoti za strane radnike, s obrazloženjem da je „država dužna da stvori uslove da svako, a ne samo domaći državljan, ima pošteno, korisno i propisno plaćeno zanimanje“ i da je, zbog toga, „postojanje pogodnosti i uslova zasnovanih na državljanstvu, a ne na objektivnom redu zahtevā koji se tiću obuke, sposobnosti ili podesnosti, Ustavom *a priori* zabranjeno kao vid diskriminacije, tj. kao okolnost koja povređuje ljudsko dostojanstvo“ (Odluka br. 616 od 29. januara 1999. godine, nav. u Godinez & Van der Laet, 2018, p. 59).

Zapošljavanje stranaca ogranićeno je i na Tajlandu, osim u pogledu kompanija koje investiraju strani kapital u ovu državu i ĉiji radnici mogu dobiti dozvolu za rad po pojednostavljenom postupku. U pogledu stranaca koji žele da se zaposle kod ostalih poslodavaca, ogranićenje uspostavlja pravilo o srazmeri 4:1 (Suttawet, 2017, p. 37). Reć je, preciznije, o pravilu da poslodavac može zaposliti jednog stranca na svaka četiri radnika koji imaju domaće državljanstvo. Slično ogranićenje postoji i u Brazilu, gde broj stranih radnika ne može biti viši od 1/3 ukupnog broja domaćih državljana zaposlenih u preduzeću, a postoji i zabrana isplate viših zarada strancima (Amorim e Souza, 2004, p. 46). Ogranićenja pri zapošljavanju stranaca važe i u Singapuru, gde je, uz kvotu za zapošljavanje, zaštita domaćih radnika obezbeđena i posredstvom obaveze poslodavaca koji zapošljavaju strance da Vladi plaćaju mesećnu naknadu za svakog novozaposlenog nekvalifikovanog stranog radnika i da imaju garancije za strance koji za njih rade (uz izuzetak državljana Malezije), a što bi trebalo da „pokrije“ troškove njihovog eventualnog proterivanja (Chandran, 2017, p. 29). Obaveze zapošljavanja određenog broja domaćih državljana i plaćanja mesećne naknade važe i za poslodavce koji zapošljavaju polukvalifikovane radnike, kojima se izdaje osobena vrsta dozvole za rad (*S pass*), dok se uslov koji se tiće obezbeđenja u ovom slućaju ne zahteva, jer se smatra da radnici iz ove kategorije imaju dovoljna finansijska sredstva za pokrivanje troškova eventualnog proterivanja. Konaćno, za zapošljavanje kvalifikovanih radnika u Singapuru potrebna je posebna, treća vrsta dozvole – dozvola za zapošljavanje, pri ćemu poslodavac ne duguje mesećne naknade niti je potrebna garancija, a što predstavlja i podsticaj za zapošljavanje visokokvalifikovanih radnika.

Na sasvim osobeni vid *obrnutе diskriminacije* nailazimo i u arapskim državama, u kojima se pravi razlika između državljana arapskih država i drugih stranaca. Tako se u Iraku, državljanima arapskih država priznaje niz privilegija u oblasti zapošljavanja, u skladu s koncepcijom panarabizma i ideologijom Arapske socijalistićke partije Baas, dok

je zapošljavanje državljana drugih država uređeno vrlo restriktivno (Ahmed, 2011, p. 32). Na to se, u mirnodopskim uslovima, nadovezuje i sloboda kretanja koja je priznata državljanima svih arapskih država, a, u nekim slučajevima, za njihovo zapošljavanje u Iraku nije potrebna dozvola za rad. Slično rešenje predviđalo je i kuvajtsko zakonodavstvo (Toroman, 1986, p. 145), a i u Libiji je, u duhu panarapske ideologije vladajuće partije, važno isto pravilo, s tim što je tokom zaoštavanja i narušavanja dobrih odnosa sa susednim državama bilo zabranjeno zapošljavanje njihovih državljana, baš kao što su tokom Zalivskog rata u Iraku bili stavljeni van snage propisi koji su garantovali jednako postupanje prema egipatskim i domaćim državljanima u oblasti zapošljavanja (Boudahrain, 1993, p. 16; Boudahrain, 1996, p. 69).

5. Zaključak

Ostvarivanje prava na rad radnika migranata vezano je za ispunjenje osnovne svrhe ekonomskih migracija, koja se vezuje za njihovo radno angažovanje u interesu radnika migranata, njihovih poslodavaca i države prijema. Države štite nacionalne interese donošenjem pravnih propisa u oblasti migracija i upravljanjem migracijama na svojoj teritoriji, premda se odgovarajuća ovlašćenja savremenih država u ovoj oblasti menjaju pod uticajem promena u globalnom ekonomskom sistemu, što u nekim slučajevima može voditi i izostanku potpune sposobnosti države za kontrolu imigracija na svojoj teritoriji. No, uz tu ogradu, može se zaključiti da države „ljubomorno“ čuvaju svoja ovlašćenja za odlučivanje o ulasku, nastanjenju i zapošljavanju stranaca na svojoj teritoriji, u smislu prava svake države da primi samo strance koji ispunjavaju uslove propisane domaćim zakonodavstvom i međunarodnim ugovorima koji je obavezuju.

Uređivanje pretpostavki i uslova za zasnivanje radnog odnosa sa strancima, kao i ograničenja za njihovo zapošljavanje, najtešnje je povezano s prilikama i potrebama na domaćem tržištu rada (uopšte i/ili u određenim zanimanjima), kao i s ciljevima migracione, demografske, ekonomske politike i politike zapošljavanja. Zapošljavanje stranaca, pritom, pretpostavlja njihov uredan ulazak u određenu državu, dok se kao specijalni uslovi za zasnivanje radnog odnosa pojavljuju odobrenje za boravak i dozvola za rad na teritoriji određene države, ili pak jedinstvena dozvola za boravak i rad na teritoriji određene države, čijim se uvođenjem pojednostavljuje, skraćuje i pojeftinjuje postupak zapošljavanja stranaca. Određene prednosti pokazuje i bodovni sistem, kod kog se odobrenje za boravak i dozvola za rad mogu izdati svim strancima koji ostvare dovoljan broj bodova koji izražavaju ispunjenost određenih objektivnih kriterijuma (stepen obrazovanja, poznavanje jezika države prijema, dužina radnog iskustva, sposobnost za integraciju i tsl.), jer se time prevazilazi više nedostataka klasičnog sistema u kom se zapošljavanje stranaca vezuje za određeni posao, odnosno za određenog poslodavca, što produbljuje i zavisnost radnika migranta od poslodavca i predstavlja pogodno tlo za pojavu radne eksploatacije. Osim toga, bodovni sistem omogućava bolje prilagođavanje okvira za zapošljavanje stranaca promenama na tržištu rada i u ekonomiji, što, dalje, obezbeđuje i solidniju zaštitu domaćih radnika.

S druge strane, ne sme se gubiti iz vida ni to da se utvrđivanjem odgovarajućih specijalnih uslova za zasnivanje radnog odnosa sa strancem uspostavlja i niz različitih migrantskih položaja, od kojih su neki izrazito prekarni, budući da pristup određenim pravima zavisi od države iz koje migrant dolazi, dužine odobrenog boravka na teritoriji države prijema, vrste dozvole za rad, te zanimanja migranta i vrste ugovora o njegovom radnom angažovanju. U tom smislu se kao posebno važne pojavljuju mere koje imaju za cilj zaštitu dostojanstva radnika migranata i sprečavanje njihove radne eksploatacije. Tome, između ostalog, može doprineti i utvrđivanje ovlašćenja za zapošljavanje stranca kao specijalnog uslova koji treba da ispuni poslodavac. Premda se ovaj uslov u praksi može pojaviti kao posredno ograničenje profesionalne mobilnosti radnika migranata koji već borave na teritoriji određene države (jer ih ne može angažovati poslodavac kome je uskraćeno ovlašćenje za zapošljavanje stranaca), značajno je to što se ovo ovlašćenje može izdati samo poslodavcima koji poštuju radnopravne i imigracione propise. Iako se time poslodavci koji krše prava radnika migranata sprečavaju da zapošljavaju nove radnike, izostaju instrumenti za zaštitu osetljivih kategorija lica od radne eksploatacije u periodu koji traje do podnošenja zahteva za obnavljanje postojećeg ili izdavanje novog ovlašćenja za zapošljavanje. Ovo tim pre što vezanost (dozvole za rad) za rad kod određenog poslodavca neretko odvrća migrante od pokretanja postupaka za zaštitu prava.

Literatura

- Adlercreutz, A. & Nyström, B. 2015. Sweden. In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Ahmed, S. A. 2011. Iraq. In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Amorim e Souza, R. 2004. Brasil. In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Andrees, B., Nasri, A. & Swuniarski, P. 2015. *Regulating Labour Recruitment to Prevent Human Trafficking and to Foster Fair Migration: Models, Challenges and Opportunities*. Geneva: International Labour Office.
- Antecol, H., Cobb-Clark, D. A. & Trejo, S. J. 2001. *Immigration Policy and the Skills of Immigrants to Australia, Canada, and the United States*. IZA Discussion Papers, No. 363. Bonn: Institute for the Study of Labor (IZA). Dostupno na: <http://ftp.iza.org/dp363.pdf> (pristup 7. 3. 2020).
- Butler, M. 2018. Great Britain. In: Hendrickx, F. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Blanpain, R. 2014. Equality of Treatment in Employment. In: Kahn-Freund, O. & Hepple, B. (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XV. Tübingen/Leiden/Boston: Mohr Siebeck – Martinus Nijhoff Publishers, paras. 10.2 – 10.122.
- Böhning, W. R. & Maillat, D. 1974. *The Effects of the Employment of Foreign Workers*. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development.

- Borjas, G. J. 1991. *Immigration Policy, National Origin, and Immigration Skills: A Comparison of Canada and the United States*. Working Paper No. 3691. Cambridge: National Bureau of Economic Research.
- Boudahrain, A. 1993. Libya, In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Boudahrain, A. 1996. Arab Labour Organization, In: Blanpain, R. (ed.), *IEL Labour Law*. The Hague: Kluwer Law International BV.
- Carter, D. D., England, G., Etherington, B. & Trudeau, G. 2001. Canada. In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Chandran, R. 2017. Singapore. In: Hendrickx, F. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Charnovitz, S. 2005. The Labor Dimension of the Emerging Free Trade Area of the Americas. In: Alston, P. (ed.), *Labour Rights as Human Rights*. New York: Oxford University Press, pp. 143-176.
- Chen, Y. 2003. An Examination on Regulating the Employment of Foreign Skilled Workers in the United States. *University of Pennsylvania Journal of Labour and Employment Law*, 6 (1), pp. 179-198. Dostupno na: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=jbl>, (7.3.2020).
- Cosmopolis, M. P. 1990. Peru. In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Costello, K. 2014. Ireland. In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Dauvergne, C. 2008. *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Davinić, M. & Krstić, I. 2019. *Vodič za primenu relevantnih propisa u oblasti azila i migracija*. Beograd: Grupa 484.
- Douka, V. & Koniaris, V. 2001. Greece. In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Fudge, J. 2014. Making Claims for Migrant Workers: Human Rights and Citizenship. *Citizenship Studies*, 18 (1), pp. 29-45. Dostupno na: <https://doi.org/10.1080/13621025.2014.865894> (pristup: 7. 3. 2020).
- Godinez, A. & Van der Laet, B. 2018. Costa Rica. In: Hendrickx, F. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Gorbacheva, Z. A. 2018. Russia. In: Hendrickx, F. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Hanami, T. A. 1979. *Labour Law and Industrial Relations in Japan*. Dordrecht: Springer Science+Business Media, B.V.
- Herzfeld Olsson, P. 2017. The Shortcomings of Equal Treatment for Temporary Labour Migrants. In: Ahlberg, K. & Brunn, N. (eds.), *The New Foundations of Labour Law*. Frankfurt am Main/New York: Peter Lang, pp. 255-274.
- Hucker, J. 1978. Migration and Resettlement under International Law. In: Macdonald,

- R. J., Johnston, D. M. & Morris, G. (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, pp. 327-345.
- International Labour Conference. 2016. *Promoting Fair Migration*. Geneva: International Labour Office.
- Kirchner, J., Kremp, P. R. & Magotsch, M. (eds.). 2010. *Key Aspects of German Employment and Labour Law*. Berlin/Heidelberg: Springer.
- Kitić, D. 1990. Pravni položaj stranih radnika prema zakonodavstvu zapadnoevropskih zemalja i SAD. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4, pp. 476-490.
- Kurczyn Villalobos, P. & Sánchez-Castañeda, A. 2016. Mexico. In: Hendrickx, F. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Olea, M. A., Rodríguez-Sañudo, F. & Guerrero, F. E. 2018. Spain. In: Hendrickx, F. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Pélissier, J., Auzero, G. & Dockès, E. 2013. *Droit du travail*. 27^e éd. Paris: Dalloz.
- Pichrt, J. & Štefko, M. 2015. Czech Republic. In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Ruhs, M. 2006. The Potential of Temporary Migration Programmes in Future International Migration Policy. *International Labour Review*, 145 (1-2), pp. 7-36. Dostupno na: <https://doi.org/10.1111/j.1564-913X.2006.tb00008.x>, (7.3.2020).
- Samuel, L. 202. *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*. 2^e éd. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe.
- Suttawet, C. 2017. Thailand. In: Hendrickx, F. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Špadina, H. 2012. *Radne migracije državljana trećih država u EU: pravni okvir, problemi i perspektive*. Doktorski rad. Osijek: Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku.
- Tintić, N. 1972. *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*. Zagreb: Narodne novine.
- Toroman, M. 1986. *Radnopravni odnosi radnika u inostranstvu (prema zakonodavstvu Austrije, Belgije, Francuske, SR Nemačke, Alžira, Iraka, Kuvajta i Libije)*. Beograd: Institut za uporedno pravo/Savremena administracija.
- Valencia, H. 1986. Ecuador. In: Blanpain, R. (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.
- Vogel-Polsky, E. 1986. The Problem of Unemployment. In: Hepple, B. (ed.), *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*. London/New York: Mansell Publishing Limited, pp. 154-192.
- Vukorepa, I. 2018. Migracije i pravo na rad u Europskoj uniji. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 68 (1), pp. 85-120. Dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/195559>, (7.3.2020).

Pravni izvori

- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (usvojena i proglašena Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 A (III) od 10. decembra 1948. godine).
- Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State (*Official Journal*, L 343, pp. 1-9). Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0098&from=HR>.
- European Commission, Report to the European Parliament and the Council on Directive 2011/98/EU on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State, COM/2019/160 final. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2019:0160:FIN>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, poslednje izmene od 20. decembra 2019. godine. Dostupno na: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf.
- Employment Permits Act Number 16 of 2006, Dostupno na: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2006/act/16/enacted/en/html>.
- Odluka o utvrđivanju godišnje kvote dozvola za zapošljavanje stranaca za kalendarsku godinu 2019, *Narodne novine*, broj 116/2018. Dostupno na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2018_12_116_2310.html.

Ljubinka M. Kovačević, PhD

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

e-mail: ljubinka@ius.bg.ac.rs

EMPLOYMENT OF MIGRANT WORKERS – ASSUMPTIONS, REQUIREMENTS AND LIMITATIONS

Summary

Although the need to provide decent working conditions is at the heart of the labour law rules on protection of migrant workers, a significant challenge for modern countries remains to create such conditions for their decent employment. The article discusses assumptions (legally entering a country), requirements for employment of

foreigners (stay visa and work permit), as well as the employment limitations (quotas for employment of foreigners, limiting the catalogue of jobs that can be entrusted to foreigners, etc.). Regulation of these issues is closely related to the needs and the state of the domestic labour market (general and/or in specific professions), as well as the goals of migration, demographic, economic and employment policies. The author concludes that by establishing certain assumptions and special requirements for establishing employment relationships with foreigners, a number of different migrant positions are established for migrant workers, some of which are extremely precarious. Implementation of the relevant legal regulations should therefore be accompanied by (legal and extralegal) measures aimed at effectively protecting the dignity of migrant workers and preventing their labour exploitation. Among much else, this can be facilitated by establishing authorizations for employment of foreigners, as a special condition to be fulfilled by the employer, which can only be issued to the employers who respect labour and immigration regulations. Although this prevents employers who violate the rights of migrant workers from hiring new workers, there are no instruments in place to protect vulnerable categories of persons from labour exploitation in the period until the application for renewal of the employment authorisation or the application for a new employment authorisation is submitted. This is especially true as the dependence of migrant workers on the employer often discourages migrants from initiating the proceedings for protection of rights.

Keywords: foreigner, right to work, stay visa, work permit, quotas for employment of foreigners.

Primljeno: 10.3.2020.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

KOLEKTIVNI ŠEF DRŽAVE I SISTEM VLASTI – BOSANSKOHERCEGOVAČKA REŠENJA U SVETLU UPOREDNOG PRAVA

Sažetak

Kolektivni šef države predstavlja jedno od obeležja jedinstva vlasti. Ipak, na primerima podele vlasti, dominantnost šefa države u okviru izvršne vlasti ukazuje na značajan upliv ili pretežnost elemenata predsedničkog sistema. Atipičnost prirode i složenost strukture Bosne i Hercegovine (BiH) odražava se i na položaj njenog predsedništva, kao kolektivnog šefa države. Iako se priroda ove države, s mešavinom federalnih, konfederalnih i elemenata konsocijalne demokratije, ne može podvesti pod klasične teorijske modele, analizom pojedinih odredaba Ustava BiH i njihovim sistematskim tumačenjem mogu se izvesti određeni zaključci u pogledu organizacije vlasti i o položaju šefa države u njoj. S tim u vezi, prema ustavnom konceptu kolektivnog šefa države, u sistemu podele vlasti, BiH predstavlja jedinstven primer. Ipak, pravni sistem u ovoj državi se dugo razvijao vanustavno i protivustavno, što se posebno odrazilo na funkcionisanje organa vlasti na nivou BiH, s tendencijama koje ne slede osnovni ustavni koncept kolektivnog šefa države. U ovom radu su analizirane ustavne odredbe o položaju Predsedništva BiH, njegov sastav, izbor i nadležnosti, te su prema tome izvedeni zaključci o konceptu organizacije vlasti na nivou ove države, njegovom ostvarivanju i deformitetima.

Ključne reči: šef države, Predsedništvo BiH, predsednički sistem, entiteti, konstitutivnost.

1. Uvod

Specifičnost nacionalnog sastava, istorije, političkog i institucionalnog razvoja Bosne i Hercegovine (BiH), kao države koju konstituišu tri naroda, svoj puni odraz ostvaruje na njenom ustavnom uređenju. Ustavna struktura BiH u osnovi počiva na političko-teritorijalnoj podeli – vertikalnoj podeli vlasti između države i entiteta, s jedne, i horizontalnoj podeli vlasti na nivou države, s druge strane. Za razliku od vertikalne podele koja se zasniva na modifikovanim principima koji se mogu istorijski ili komparativno pronaći i u drugim državama ili njihovim zajednicama, horizontalna

* Doktor pravnih nauka, profesor na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Srbija, e-mail: g.darko83@gmail.com

podela je složenija, dvostruko određena. Specifičnost ustavne strukture BiH se u znatno većoj meri sastoji u horizontalnoj organizaciji, odnosno podeli vlasti. Naime, federalni princip zastupljenosti konstitutivnih političko-teritorijalnih jedinica je primenjen na nivou svih ustavnih organa, s tim da je on „osnažen“ posebnim pravima izabranih predstavnika kolektiviteta (narodi i entiteti), čime se BiH značajno približava konfederalnom modelu.¹ Međutim, federalno-konfederalna „formula“² se značajno preklapa s modelom konsocijacije,³ podele vlasti među konstitutivnim narodima, tako da se na nivou horizontalne organizacije BiH mogu uočiti dve ravni – entitetska i nacionalna, koje se često preklapaju.

Pomenute specifičnosti u punoj meri dolaze do izražaja na primeru šefa ove složene i atipične države. Iako su primeri kolektivnog šefa države danas retki, skoro isključeni u modelima zasnovanim na načelu podele vlasti, u BiH je on, na kreativan način, primenjen u potpunosti. Naime, iako svoj uzor postojeća rešenja mogu tražiti u položaju šefa države u bivšoj jugoslovenskoj federaciji nakon Ustava iz 1974. godine, bosanskohercegovački model je znatno složeniji, atipičniji. Jugoslovenski model kolektivnog šefa države svoje uporište je mogao tražiti u uvođenju elemenata konfederalizma u konstituciju te složene zajednice, te skupštinskom modelu organizacije vlasti. Za razliku od njega, bosanskohercegovački model svoje uporište ne može tražiti u teorijskim modelima, niti komparativnim uzorima, već isključivo u složenim odnosima među njenim konstituentima, gde, uprkos utisku javnosti ili političkoj percepciji ostvarenosti ili perspektive „nacionalnih apetita“, on u osnovi relaksirajuće deluje na složene nacionalne i, shodno njima, političke odnose u BiH, institucionalizujući osnovni princip na kome bi trebalo i na kome bi ova država mogla da funkcioniše, a to je konsenzus u pogledu zajedničkih interesa.

2. Sastav i izbor članova Predsedništva

Pitanje položaja, uloge i izbora šefa države je presudno određeno konstitucionalizovanim oblikom organizacije vlasti. Iako su pravna teorija i ustavna praksa oblikovale osnovne modele, svaki od njih se javlja u više modifikovanih varijanti. U tom pogledu čisti teorijski modeli predstavljaju znatno ređe rešenje u

¹ S tim u vezi, Kuzmanović (2004, p. 204) navodi: „Iz potpunog uvida u nadležnosti entiteta i BiH jasno se vidi da je Bosna i Hercegovina slojevita država i da, s obzirom na sastav i kompetencije, može biti konfederacija ili realna unija ili, naprosto, državna zajednica, zajednica država, savez država, a nikako prosta, jedinstvena, unitarna država.“

² Ustavom nedefinisano prirodu države promenio je prenos brojnih nadležnosti sa entiteta na državu (sa ili bez njihove saglasnosti), ona je pomerenka ka federalnom modelu (Kunić, 1998, pp. 11-13).

³ U državama složene nacionalne (verske, jezičke) strukture, kao sredstvo za prevazilaženje konflikta, uvode se elementi konsocijacije, koja u osnovnom podrazumeva: 1) horizontalnu podelu vlasti između njih (proporcionalno, po utvrđenoj formuli ili paritetno); 2) autonomnost tih zajednica u užem ili širem krugu pitanja, pogotovo onih koja se tiču identiteta (personalna ili teritorijalna); 3) pravo veta ili kvalifikovana većina pri odlučivanju; 4) proporcionalni izborni sistem (i velike koalicije). (Lijphard, 1977; Savanović, 2012; Kiting, 2007). Konsocijacija, zavisno od prilika, može da predstavlja alternativu ili dopunu teritorijalnoj autonomiji i federalizmu, zasnovanu na etničkom kriterijumu.

odnosu na modifikovane forme. Danas se može govoriti o posebnom – mešovitom obliku organizacije vlasti, ravnopravno s predsedničkim i parlamentarnim, štaviše, on je brojčano zastupljeniji u komparativnoj ustavnosti u odnosu na druge.⁴ Razlike među konkretnim oblicima organizacije vlasti, pored onih određenih državnim uređenjem i oblikom vladavine, prevashodno se odnose na izvršnu granu vlasti, prvenstveno na položaj i ulogu šefa države i distribuciju moći između njega i vlade.

Prirodi šefa države više je svojstveno da je to inokosna funkcija. Ovi državni organi su tako i organizovani u većini država. Izuzimajući neuporedive primere prelaznih rešenja ili autoritarnih poredaka (namesništva, diktature, savladarstvo), u demokratskim porecima postoje ili su postojali određeni izuzeci, čak i kod monarhijskog oblika (npr. u Andori – dva princa od kojih je jedan aktuelni predsednik Francuske). U republikanskom obliku vladavine, kolektivni šef države se javio ranije u SSSR-u, Urugvaju, Nikaragvi i SFRJ (1971–1992), a danas postoji u Švajcarskoj, u obliku monocefalne kolektivne egzekutive i u San Marinu, gde se biraju dva kapetan-regenta. Ukoliko se Švajcarska (ali i SFRJ i SSSR) uzme kao dovoljno reprezentativan primer, uočava se da kolektivni šef države predstavlja jedno od rešenja svojstvenih skupštinskom sistemu (Kutlešić & Golić, 2017, p. 213).

Standardno pitanje za svakog šefa države republikanskog oblika vladavine jeste način njegovog izbora. S tim u vezi u komparativnom pravu se sreću neposredan i posredan izbor kao osnovni, te poluneposredan kao kombinovani i ređi način izbora. Ipak, oni svoja obeležja dobijaju zavisno od konkretnog sistema vlasti.

Iako se između nekoliko viđenih primera skupštinskog sistema uočavaju određene razlike, njegovo osnovno svojstvo predstavlja posredan izbor i politička odgovornost izvršnih organa parlamentu. To nužno ne implicira kolegijalni karakter šefa države (Kina), ali on se u reprezentativnim primerima ovog sistema često ispoljavao. Teritorijalna zastupljenost u njemu, iako ne bitno svojstvo, rezultat je državnog uređenja. Ograničen broj ili karakter odlučujućih ovlašćenja izvršnih organa predstavljaju suštinu ovog sistema. Savezno veće u Švajcarskoj, kao kolegijalni organ, bez svojstava vlade, te ulogom koja objedinjava izvršne poslove, uključujući i poslove šefa države, čiji predsednik se bira na godinu dana i istovremeno obavlja funkciju predsednika Konfederacije, predstavlja ogledni primer izvršne vlasti u skupštinskom sistemu. Za razliku od Predsedništva SFRJ, čiji sastav i izbor predstavljaju ujedno i odraz promene državnog uređenja, na nivou jugoslovenskih republika, kolektivni šef BiH je i po sastavu (izabrani i članovi po položaju), posrednom izboru i nadležnostima bio izraz skupštinskog sistema. Ustavne promene u BiH iz 1990. godine, uvođenjem neposrednog izbora članova (svih sedam), već predstavljaju udaljavanje od prvobitnog koncepta, a ujedno i otvaranje vrata konsocijalnom modelu podele vlasti (po dva iz reda konstitutivnih naroda).

Šefovi države u predsedničkom i parlamentarnom sistemu se (po pravilu), razlikuju po načinu izbora, ali ni u jednom od njih on nema političku odgovornost (iz

⁴ U ustavima Francuske, Italije, Austrije, Finske, Irske, Islanda, Portugalije, a pogotovo Rusije (preko šezdeset njih), institucionalizovan je sistem koji kombinuje rešenja predsedničkog i parlamentarnog sistema kada je u pitanju vlada (kolegijalni, samostalan organ, s političkom odgovornošću parlamentu). Stabilizacija vlade u uslovima nestabilizovanih političkih sistema pokušavala se obezbediti jačanjem uloge predsednika – neposredan izbor, mogućnost raspuštanja parlamenta, hijerarhijski odnos u pojedinim pitanjima prema vladi (Kutlešić & Golić, 2017, pp. 112-113).

različitih razloga). Inokosna funkcija predstavlja standard. Ipak, značajan broj država s parlamentarnim sistemom su uvele neposredan izbor. Ako se tome doda današnja pretežnost mešovitih oblika,⁵ onda je (polu)neposrednost znatno zastupljenije rešenje. U predsedničkom sistemu neposredan izbor je uslovljen monocefalnošću izvršne vlasti, strožom podelom vlasti i potrebom obezbeđenja ravnopravnosti i uzajamne nezavisnosti u odnosu s parlamentom (Marković, 2015, pp. 185-190). Za razliku od njega, u parlamentarnom sistemu je bicefalnost egzekutive pravilo, sa stabilnim (šef države) i nestabilnim (parlamentarna vlada) elementom. Vlada nakon izbora postaje samostalna u odnosu na šefa države, koji raspolaže ograničenim ovlašćenjima, čija osnovna uloga se sastoji u usklađivanju vlade i parlamenta,⁶ te mu je posredan izbor svojstveniji (primer Nemačke, Grčke, Mađarske).

U složenim državama republikanskog oblika s podelom vlasti, pitanje izbora dodatno se usložnjava potrebom odgovarajućeg učešća federalnih jedinica. Kad je reč o izboru šefa države, neki od načina da se obezbedi njihovo učešće jesu (ravnopravni ili neravnopravni) bikameralizam kod klasičnog posrednog izbora (SRJ), elektorski izbor (SAD i latinoameričke federacije), ili učešće u posebnom kolegijalnom organu (npr. proširenom parlamentu u kome federalne jedinice biraju ili delegiraju određeni broj članova) sa osnovnom funkcijom da bira šefa države (Nemačka, Indija, pa i Italija, kao regionalna).⁷ Postojanje samo dve federalne jedinice protežira ravnopravni bikameralizam (ali i parlamentarni sistem u osnovi)⁸ ili originalnost u rešenjima.

U nastojanju da u normativnom delu primeni princip koji je sadržan u preambuli, prema kome BiH konstituišu tri naroda, Ustav sadrži rešenje prema kome je šef države kolektivni organ, sastavljen od tri neposredno izabrana člana: po jednog Bošnjaka, Srbina i Hrvata. Pored toga, odredba koja se može smatrati jednim od osnovnih principa ustavnog uređenja ove države, iz koje sleduje ne samo distribucija nadležnosti, nego i struktura i način odlučivanja organa na nivou BiH,⁹ jeste odredba čl. 1, st. 3, prema kojoj se BiH sastoji od dva entiteta. Njena reperkusija na sastav i izbor Predsedništva je višestruka, ali nedosledno izvedena, nekad i kontradiktorna s principom konstitutivnosti. Iz toga proizlazi značajna dilema, koja svoju težinu dokazuje na izbornom zakonu, a potom i na celokupnom funkcionisanju ustavnog poretka – koga predstavljaju članovi

⁵ Diverže (Duverger, 1980, p. 166) polupredsednički sistem definiše putem tri osnovna elementa: 1) neposredan izbor predsednika (uz izvesne ograde u njega uključuje i poluneposredan); 2) njegova prilično velika ovlašćenja; 3) naspram sebe on ima premijera i ministre koji imaju izvršna i vladina ovlašćenja, a koji mogu ostati na funkciji sve dok se tome ne usprotivi parlament.

⁶ Pejić (2016, p. 69) navodi: „Od nastanka parlamentarnog sistema dualizam egzekutive značajno je evoluirao u pravcu vlade, jačajući njenu moć i dominaciju u sistemu podele vlasti.“

⁷ Osnovni oblik participacije federalnih jedinica u federalnim organima jeste jedan od domova parlamenta. Znatno je manji i drugačije institucionalizovan oblik učešća u izvršnim i sudskim organima federacije, a u Švajcarskoj je to pitanje više stvar prakse (Marković, 2015, pp. 393-395).

⁸ Slikovit primer predstavlja Ustav Savezne Republike Jugoslavije iz 1992. godine, čl. 97.

⁹ Predsedništvo BiH, Dom naroda, Savet ministara i Ustavni sud se sastoje od jednakog broja članova iz svakog konstitutivnog naroda, ali koji se biraju na entitetskoj osnovi. Uz pravo veta (predstavnici naroda i(li) entiteta), ovaj model predstavlja jedan od najkrućih modela konsocijacije, čvršći od onog koji postoji u Belgiji, a pogotovo u Švajcarskoj (koja više odgovara klasičnom federalnom) ili Severnoj Makedoniji (Kasapović, 2005; Stojanović, 2007, pp. 63-87 i Bieber, 2005, pp. 89-107).

Predsedništva: konstitutivne narode, građane ili entitete, odnosno da li postojeći ustavni koncept može da pomiri ova tri osnova legitimiteta.

U pogledu ove dileme nije lako dati jednoznačan odgovor, ali druge odredbe Ustava je donekle rasvetljavaju. Naime, odredba Ustava (naslovljena kao „Sastav“) prema kojoj se BiH *sastoji* od dva entiteta, u pogledu organizacije vlasti na nivou ove zajednice, ima značajnu, čak i odlučujuću prevagu. Član 5 predviđa da se član Predsedništva koji je Srbin bira neposredno na teritoriji Republike Srpske, a Bošnjak i Hrvat na teritoriji Federacije BiH. Uzevši u obzir druge odredbe Ustava, o pravu i karakteru veta, proceduri u vezi s njim (čl. 5, st. 2, tač. D), popunjavanju upražnjenog mesta člana Predsedništva (čl. 5, st. 1), o sastavu i izboru Doma naroda (čl. 4, st. 1), načinu odlučivanja oba doma (čl. 4, st. 3), sastavu Saveta ministara (čl. 5, st. 4, tač. B), ali i druge, može se doći do zaključka o dominantnosti entitetskog principa nad nacionalnim. Primarna odredba Ustava je, uprkos tumačenju Ustavnog suda,¹⁰ ona o entitetskoj organizaciji, ona je bazičnog karaktera, na njenoj osnovi se obezbeđuje legitimitet državnih organa i način njihovog odlučivanja, iako se to neretko poklapa s nacionalnim, pogotovo u pogledu Doma naroda i Predsedništva.

Dilemu političkog predstavljanja otežava ustavotvorčeva koncepcija prema kojoj se entitetski i nacionalni element konstitucije, bar kad su u pitanju organi na nivou BiH, poklapaju, ali nedosledno ili donekle deformisano. Pojedina rešenja predratnog Ustava SRBiH, kao i ideje sadržane u projektima međunarodnih mirovnih sporazuma koji su prethodili Dejtonskom prihvaćeni su u tekstu Ustava, a da pritom nije uvažena promena prvobitne koncepcije o tronacionalnom rešenju pitanja teritorijalne organizacije, u korist dvočlane zajednice. Za razliku od Republike Srpske koja je posmatrana i prihvaćena kao teritorijalna zajednica koja valorizuje zahteve srpskog naroda (bez obzira na nametnutu odredbu u Ustavu RS), Federacija BiH (dalje: FBiH) prvobitno je zamišljena kao dvonacionalna zajednica preostala dva naroda. Na taj način, bez posebnih, dominantno nacionalnih teritorijalno-političkih jedinica za dva naroda, gde oni ravnopravno konstituišu jednu (FBiH), nije bilo moguće teritorijalizovati izbor dva člana Predsedništva, bez njihovog nacionalnog određenja. Naime, simetrična teritorijalizacija nacionalne konstitutivnosti, s pravom izbora jednog člana Predsedništva na toj teritoriji, podrazumevala bi zadovoljenje principa konstitutivnosti i bez nacionalnog određenja.¹¹

¹⁰ Iako su odluke Ustavnog suda BiH opšteobavezujuće i konačne, njegova praksa ne može značajno pomoći u tumačenju odredaba Ustava, pogotovo ukoliko su one nedovoljno jasne, uopštene, ili kontradiktorne, što nije redak slučaj. One u najosetljivijim pitanjima teorijski značaj skoro da uopšte nemaju, niti svojim obrazloženjima rasvetljavaju sporna pitanja. Neretko se njima oblikovao politički sistem, „pokrivalo“ nametanje odluka Visokog predstavnika, menjala ustavna struktura ili usmeravali politički procesi! Opšteobavezujuće ne moraju biti nesporne, logične, pravno utemeljene niti pravične, u BiH! U pogledu prirode državnog uređenja, Blagojević (2014, p. 151) ističe: „Kao da se 'zaboravlja' da se ne može odlukom suda (pa makar to bio i ustavni sud) određivati da li određena cjelina unutar neke federalne države ima ili nema državno-pravni karakter. Umjesto toga, za davanje odgovora na ovo pitanje treba koristiti kriterijume koje je uspostavila ustavnopravna nauka.“

¹¹ U tom slučaju bi model podele vlasti među konstitutivnim narodima u BiH mogao da se uporedi sa švajcarskim modelom, za koga je karakterističan federalni princip, koji svoj osnov ima u trojezičnoj populaciji (Stojanović, 2007, pp. 63-87). Federalni model u Švajcarskoj u sebi sublimira konsocijalne principe, imaju isti osnov, ali drugačiju prirodu i strukturu. Rešenja u BiH, za razliku od švajcarskih, predstavljaju kooegzistenciju (kon)federalnih i konsocijacijskih elemenata, s tim što se oni neretko prepliću, iz čega proističu brojne nedoumice i problemi u funkcionisanju ustavnog poretka.

S obzirom na zajedničku teritorijalizaciju konstitutivnosti za dva naroda BiH, te činjenicu da se s teritorije FBiH biraju dva člana ovog organa, bez njihovog nacionalnog određenja moglo bi se doći u situaciju da oba budu pripadnici jednog naroda, odnosno da oba budu izabrana od strane pripadnika jednog naroda, što bi predstavljalo negaciju konstitutivnosti.¹²

Mandat članova traje četiri godine, s mogućnošću dva *uzastopna* izbora. U slučaju da neki od članova iz bilo kojih razloga prestane vršiti svoju funkciju (podnese ostavku, trajna ili privremena nesposobnost), Ustav predviđa da će upražnjeno mesto biti popunjeno *od strane odgovarajućeg entiteta*, a to pitanje će se urediti zakonom. Ustavna odredba, dakle, predviđa entitet kao subjekat odluke o zameni, a ne samo teritoriju koja služi kao izborna jedinica ili baza posrednog izbora. Zakon o popunjavanju upražnjenog mesta člana Predsedništva BiH iz 2000. godine pak predviđa da izbor novog člana vrše članovi Predstavničkog doma izabrani s teritorije datog entiteta, gde se kao kandidat može javiti bilo koji njegov član iz istog naroda kome je pripadao i član čije je mesto upražnjeno (u slučaju jednakog broja glasova, žrebom se određuje izabrani), a potvrdu vrše delegati odgovarajućeg nacionalnog kluba u Domu naroda, većinom glasova, s tim da je njihovo pravo veta (odlukom Visokog predstavnika) ograničeno. U slučaju da dva puta ne potvrdi izbor iz Predstavničkog doma, treći put njegovi članovi vrše izbor bez potvrde Doma naroda (čl. 4-6). Iako je entitet izborna jedinica ovog posrednog izbora, pitanje je da li je ovo rešenje u skladu sa Ustavom, ili se pod izgovorom nepotpunosti rešenja, nepreciznosti, višesmislenosti ili rastegljivosti prevoda sa engleskog jezika (izvorni tekst Ustava) ustavni tekst može upodobljavati odgovarajućoj projekciji „razvoja ustavnog sistema BiH“! I na ovom rešenju se ogleda pretežnost (kon)federalnog nad konsocijalnim principom, jer kod popunjavanja upražnjenog mesta iz Federacije BiH, treći izbor od strane svih članova Predstavničkog doma s njene teritorije ne garantuje odgovarajući nacionalni legitimitet, te stvara skoro neograničene mogućnosti majorizacije.

Imajući u vidu neposredan izbor, članovi Predsedništva nemaju političku odgovornost. Takođe, nije predviđena ni pravna odgovornost članova ovog organa. Taj nedostatak donekle opravdava nepostojanje samostalnih nadležnosti njegovih članova, ali više govori o nepotpunosti ustavnih rešenja i karakteru ovog organa, koji je zamišljen prevashodno kao oblik usaglašavanja zajedničkih interesa entiteta.

3. Nadležnosti

Iako oblik organizacije vlasti na nivou BiH nije izričito određen odgovarajućim načelom ili definicijom njenih organa, analizom položaja i uloge organa na nivou BiH, te njihovog međusobnog odnosa, *na osnovu pretežnosti*, moguće je izvesti određene zaključke. Okolnosti koje su dovele do institucionalizacije postojećih rešenja, nastanak samog ustava, složenost odnosa unutar ove države, te njena osobena konstitucija, svakako da nisu omogućili konstitucionalizaciju standardnih oblika ili pak klasičnih,

¹² Evropski sud za ljudska prava je utvrdio da postoji kršenje čl. 14 EK, te u vezi s njim čl. 1 Protokla br. 12 (Kulenović, Hadžialić-Bubalo & Korajlić, 2011).

komparativno široko zastupljenih instituta ili rešenja. Ustavna rešenja u BiH, pa tako i ona koja se odnose na kolektivnog šefa države, predstavljaju zbir različitih potreba, zaštitnih mehanizama, kočnica, improvizacija i kompilacija. Atipičnost šefa države odražava atipičnost njenog državnog uređenja.

Za razliku od predsedničkog sistema, gde je predsednik šef celokupne izvršne vlasti – on vodi državnu politiku, nadzire i usmerava državnu upravu, bicefalnost u parlamentarnom sistemu je uvek u korist vlade. Međutim, u ustavnoj praksi (Vajmarska Republika, Finska, Francuska i dr.), a potom i teoriji (počev od Diveržea), razvio se i mešoviti – polupredsednički sistem.¹³ I pored ojačanog predsednika, drugačije distribucije ovlašćenja između dva organa izvršne vlasti, njen nestabilni deo, kao samostalan, kolegijalni organ, sačuvao je sve elemente koji ga čine vladom, te sistem, uz izvesne specifičnosti, u osnovi egzistira na istim principima kao i parlamentarni (Marković, 2015, pp. 203-204; Simović, 2008).

Neposredan izbor, čak i u parlamentarnom sistemu, skoro po pravilu podrazumeva i značajniju ulogu šefa države i veće nadležnosti od protokolarnih ili onih koje se iscrpljuju u predstavljanju države. Iako su u komparativnoj ustavnosti prisutni veoma različiti modeli, varijeteti i kombinacije u pogledu odnosa s drugim organima vlasti (prvenstveno s vladom) i nadležnostima šefa države, priroda BiH i kompromis između različitih koncepcija (unitarna, federalna, konfederalna) ostavili su poseban pečat na Ustavom utvrđenu nadležnost Predsedništva BiH.

Mada to nije izričito zapisano, osnovna uloga Predsedništva BiH jeste da predstavlja BiH u međunarodnim odnosima, odnosno tzv. *državni nivo* unutar BiH. Ukoliko se analiziraju Ustavom utvrđene nadležnosti BiH i njenog šefa države, može se doći do zaključka o podeli vlasti, te da je izvršna vlast na nivou BiH koncentrisana dominantno u Predsedništvu. Štaviše, dominantni položaj u okviru izvršne vlasti je toliko izražen da se može postaviti pitanje da li je drugi organ izvršne vlasti – Savet ministara, uopšte samostalan organ, ili se radi o pomoćnom telu Parlamentarne skupštine ili Predsedništva. To je izraženo čak i na nomotehničkom nivou. Odredbe o Savetu ministara ne samo da su malobrojne, nego je on uređen u okviru istog člana Ustava koji uređuje Predsedništvo BiH. On ne može predstavljati vladu, jer po Ustavu ne poseduje ni minimum instrumenata koji bi ga njome činili – ne utvrđuje politiku, ne predlaže budžet (ne postoji čak ni ustavno pravo zakonodavne inicijative), nema mogućnost da utiče na raspuštanje parlamenta itd. (Lukić, Košutić & Mitrović, 2001, pp. 329-330; Vukadinović, 2006, pp. 94-96; Marković, 2015, pp. 193-198). On o svom radu podnosi izveštaj Parlamentarnoj skupštini, što predstavlja relikv skuptinskog sistema. Ipak, razvoj pravnog sistema u BiH, nakon potpisivanja Dejtonsko-pariskog mirovnog sporazuma, čiji je deo i Ustav BiH, donekle je izmenio zamišljenu koncepciju, usmeravajući organizaciju vlasti u drugom pravcu u odnosu na onu koju utvrđuje Ustav, kroz zakonsko jačanje Saveta ministara (posebno u oblasti fiskalne i carinske politike, bezbednosti, energetike, komunikacija), jačajući pojedine elemente parlamentarnog sistema.

¹³ I sam Diverže (1980, p. 167), kao i Sartori, navodi razliku između ustavnih normi i političke prakse, jer iako su ustavi Austrije, Irske i Islanda polupredsednički, politička praksa je parlamentarna.

Pored neposrednog izbora, na osnovu ustavnih nadležnosti Predsedništva da: *vodi spoljnu politiku* (kao najvažniju nadležnost nivoa BiH, sa čitavim nizom drugih koje pod nju u širem smislu mogu potpadati – imenovanje ambasadora, predstavljanje BiH u međunarodnim organizacijama, podnošenje zahteva za članstvo u njima, učešće u zaključivanju međunarodnih ugovora),¹⁴ *imenuje predsedavajućeg* Saveta ministara, *otkazuje* i uz odobrenje Parlamentarne skupštine *ratifikuje* međunarodne ugovore, *predlaže budžet, izvršava odluke* Parlamentarne skupštine, nadležnosti prema Centralnoj banci (imenovanje članova upravnog odbora), koja utvrđuje i vodi monetarnu politiku, te naknadno utvrđene nadležnosti *komandovanja* oružanim snagama, moglo bi se tvrditi da sistem organizacije vlasti na nivou BiH u osnovi počiva na *predsedničkom sistemu*, uz sve ograde koje se tiču složenosti celokupne ustavne strukture.¹⁵ Tome u prilog ide i (vrlo konfuzno i neprecizno formulisana) ustavna mogućnost proširenja nadležnosti Predsedništva, u šta spada „vršenje drugih delatnosti koje mogu biti potrebne za obavljanje dužnosti, a koje mu prenese Parlamentarna skupština“, ili „na koje pristanu entiteti“ (čl. 4, st. 3, tač. i).¹⁶

Takođe, brojne su modifikacije koje se tiču nadležnosti Predsedništva, kao jednog od organa izvršne vlasti, odnosno njenog nosioca. Tako se može uočiti da institut zakonodavnog veta u ovoj državi ne postoji, što bi inače bilo svojstvo predsedničkog sistema.¹⁷ Ta činjenica ne čudi ukoliko se ima u vidu složenost postupka usvajanja zakona. Ipak, Predsedništvo otkazuje, te uz saglasnost Parlamenta ratifikuje međunarodne sporazume, čime se obezbeđuje određena uloga u zakonodavnoj vlasti. Takođe, u jednom slučaju zakon podleže odobrenju Predsedništva. Simbole BiH (čl. 1, st. 6) određuje Parlamentarna skupština, a potvrđuje Predsedništvo. Iako to nije bio slučaj u nesrećnoj priči koja se odnosi na usvajanje postojećih državnih simbola, usled čega i danas postoji ustavni spor, ustavna odredba u ovom slučaju, *zbog same prirode pitanja*, predviđa odobrenje zakona, u suštini to je apsolutni veto Predsedništva. Iako Ustav ne sadrži generalno ovlašćenje za donošenje podzakonskih akata, imajući u vidu da Predsedništvo „izvršava odluke Parlamentarne skupštine“, a da je Savet ministara „odgovoran za sprovođenje odluka i politika BiH“ u njenim nadležnostima, što uključuje i zakone, ali i druge odluke odlučujućih organa, pre bi se moglo tvrditi da to može biti nadležnost Predsedništva, odnosno zajednička nadležnost Predsedništva i Saveta

¹⁴ U Srbiji spoljnu politiku utvrđuje i vodi Vlada, a u Hrvatskoj zajednički Vlada i predsednik Republike. U ovom pogledu bi postojala značajna sličnost rešenja u BiH sa onim u Rusiji i SAD.

¹⁵ Sistem stroge podele vlasti se uglavnom pokazao nesprovodivim bez odgovarajućih instrumenata njegovog ublažavanja. Za razliku od SAD, gde on efikasno funkcioniše, u drugim državama on se nije pokazao tako uspešnim. „To, razume se, ne znači da je on dobar ili rđav; možda bi u Americi i drugi sistemi dobro funkcionisali, a u drugim zemljama rđavo.“ (Lukić, Košutić & Mitrović, 2001, p. 328). Čini se da u funkcionisanju BiH elementi njenog predsedničkog sistema su najmanje sporni.

¹⁶ U odsustvu jedinstvenog odgovora na pitanje tipa državnog uređenja, može se samo konstatovati postojanje i federalnih i konfederalnih i obeležja realne unije u njihovom specifičnom poretku (o svojstvima konfederacije i realne unije u: Lukić, Košutić & Mitrović, 2001, pp. 292-298).

¹⁷ S tim u vezi, Petrov (2005, pp. 218-219) navodi da se ovaj institut ne vezuje za određeni tip organizacije vlasti, ima ga u sva tri oblika podele vlasti, ali u predsedničkom i mešovitom najviše. To ovlašćenje se, po prirodi, vezuje za neposredno izabranog šefa države, mada su prisutna i drugačija rešenja (primer Ustava Mađarske iz 1991, Češke iz 1993, Italije iz 1947. itd).

ministara (koji je politički odgovoran Parlamentu), u vidu premapotpisa, negoli samog Saveta ministara. Nadležnosti Saveta ministara u tom pogledu trebalo bi da obuhvataju nepolitičke, prvenstveno upravne i stručne poslove.¹⁸ I ova, kao i brojne druge dileme proizlaze iz nedorečenosti, odnosno protivurečnosti ustavnih odredaba.

Ustavna rešenja sadrže nešto fleksibilniji odnos Predsedništva i Parlamentarne skupštine nego što je to slučaj u klasičnom predsedničkom sistemu. Ustav i ovde sadrži krajnje neprecizne formulacije – da je ona ovlašćena za „donošenje zakona potrebnih za sprovođenje odluka Predsedništva“ (st. 4, tač. a).¹⁹ U ovdašnjoj klasičnoj pravnoj terminologiji takva bi se formulacija odnosila na podzakonske akte. Ipak, imajući u vidu njeno izvorno inostrano poreklo, te osnovne principe organizacije vlasti i hijerarhije akata, ona se tumači u smislu uređivanja pojedinih pitanja u kojima Predsedništvo ima nadležnosti (npr. spoljna politika, budžet).²⁰ Predsedništvo imenuje predsedavajućeg Saveta ministara, koga potvrđuje Predstavnički dom, što predstavlja standardno rešenje u pogledu drugog, kolegijalnog organa izvršne vlasti, tamo gde on postoji, bilo da je u pitanju vlada ili pomoćni izvršni organ (tipičan i za skupštinski sistem).²¹ Predsedništvo predlaže budžet (na preporuku Saveta ministara, kojom očigledno nije obavezano), podnosi izveštaj o svojim troškovima. Pravo šefa države da samostalno odluči o raspuštanju parlamenta nije svojstveno predsedničkom, ali ni parlamentarnom sistemu vlasti.²² Ipak, Predsedništvo ima pravo da raspusti Dom naroda. Razlozi za raspuštanje nisu utvrđeni. S obzirom na to da se raspuštanje ne odnosi na Predstavnički dom,²³ ovde se ne može govoriti o standardnom opravdanju ovog instituta.²⁴ Imajući u vidu posredan

¹⁸ Pilipović (2018, p. 51) zaključuje da se među različitim stavovima o uredbodavnoj vlasti, najprihvatljivijim čini onaj koji osnov vršenja vidi u imperijumu vladanja izvršne vlasti.

¹⁹ Navodeći formalne i materijalne specifičnosti ustavnog uređenja BiH, Karan (2014, p. 160) navodi: „Anglosaksonki esejski pristup sa elementima ‘političkog duha’ promišljanja, precedentne osnove, nomotehničke škole suprotne evropskoj, sa nepreciznim formulacijama, pravnim prazninama, kratkoćom ustava, izostankom regulacije najvažnijih pitanja (pravosudni sistem), i druge karakteristike, otvorile su brojna pitanja ustavnopravne prirode.“

²⁰ Zakonodavna vlast BiH je prema samom Ustavu prilično ograničena. Ekstenzivnim tumačenjem pojedinih odredaba „vođenje politike“ se u određenim oblastima pretvorilo u generalno ovlašćenje za uređivanje sistema i vođenje politike, izvršne, čak i sudske nadležnosti koje iz toga sleduju.

²¹ Za razliku od parlamentarnog sistema, ono imenuje predsedavajućeg Saveta ministara bez obaveze konsultovanja sa parlamentom, slično kao u Francuskoj, Italiji i drugim državama koje poseduju polupredsednički sistem ili njegove značajne elemente. U SFRJ, kao primeru bicefalne egzekutive u skupštinskom sistemu, predsednika izvršnog veća je predlagalo predsedništvo, na svim nivoima.

²² Šef države i(li) vlada u najvećem broju ustava u svetu imaju pravo da raspuste parlament. Raspuštanje može biti obavezno ili fakultativno. Neretko su ustavom utvrđeni razlozi zbog kojih može (ili mora) doći do toga (nefunkcionisanje, sukob domova, nemogućnost izbora vlade ili usvajanja budžeta), a nekad je to diskreciono pravo izvršne vlasti. U klasičnom parlamentarnom modelu tu odluku donosi vlada, šef države je eventualno samo potvrđuje. U predsedničkom sistemu institut raspuštanja ne postoji. U polupredsedničkim modalitetima odluku donosi šef države (primer Francuske) ili šef države na predlog vlade (Kuzmanović, 2004, pp. 124-130).

²³ Odluka o raspuštanju se češće odnosi na donji dom, koji je neposredno izabran (građansko predstavništvo), ređe na oba (Italija), a samo na gornji dom vrlo retko. Ovlašćenje šefa države da po sopstvenoj volji raspusti parlament je relikv dualnog parlamentarizma, preživelo u polupredsedničkim modelima (Marković, 2015, p. 317).

²⁴ U politikološkom smislu, smisao raspuštanja parlamenta u polupredsedničkom sistemu jeste u sporu između šefa države i parlamenta, koji se iznosi pred građane koji će na izborima arbitrirati o tome ko treba da dobije primat u okviru egzekutive (Simović, 2008). Orlović (2018, p. 223) navodi da njime izvršna vlast „disciplinuje parlament krajnjom merom, iznoseći njihov politički sukob pred birače.“

(po Ustavu delegatski) izbor Doma naroda (koji ne učestvuje u izboru Saveta ministara), pre se može raditi o sukobu dva nivoa vlasti, eventualno o želji za upodobljavanjem sastava Doma naroda promeni političkog sastava entitetskih parlamenata.

Mada položaj Saveta ministara asocira na polupredsednički sistem, pomeranje bosanskohercegovačkog modela ka predsedničkom se zasniva na distribuciji moći i ovlašćenja između njih.²⁵ Iz prethodnih konstatacija o spoljnoj politici, budžetu i izvršnim ovlašćenjima logično bi proisticala i nadležnost Predsedništva da usmerava rad Saveta ministara, kao mera odnosa karakteristična za predsednički sistem.

Imajući u vidu da BiH prema Ustavu nema sudsku granu vlasti, Predsedništvo nema ni ustavne nadležnosti koje bi predstavljale vezu s njom, kao što je učešće u izboru sudija i tužilaca, radu pravosudnih saveta, davanje pomilovanja i slično, što su neka od čestih ovlašćenja šefa države (SAD, Francuska, Italija, Austrija). Ipak, sudska vlast je uspostavljena zakonom, kojim je uspostavljeno i pravo Predsedništva da daje pomilovanje za krivične sankcije koje je izrekao Sud BiH ili sudovi na koje je Sud BiH preneo vođenje postupka. Polazeći od principa da u sistemu podele vlasti neposredno izabrani izvršni organi vlasti ne podležu političkoj odgovornosti, periodični izveštaji o radu nisu standardno rešenje. Ipak, imajući u vidu da ova nadležnost nije ustavnog karaktera, u skladu s pravom Parlamentarne skupštine da „prenese na Predsedništvo vršenje drugih delatnosti“, nije sporna njegova dužnost da jednom godišnje obaveštava Parlamentarnu skupštinu o odlukama o pomilovanju.

U pogledu odnosa sa Ustavnim sudom, Predsedništvo ima određena konsultativna i inicijalna ovlašćenja. Ono se konsultuje prilikom izbora troje sudija Ustavnog suda BiH koji vrši predsednik Evropskog suda za ljudska prava, a svaki član ima pravo da pokrene postupak za ocenu ustavnosti pred Ustavnim sudom BiH.

S obzirom na to da je Ustavom BiH predviđena nadležnost entiteta za sistem odbrane i oružanih snaga, Predsedništvo nema ustavne nadležnosti u tim pitanjima. Članovi ovog organa, po Ustavu, *pojedinačno*, imaju civilnu komandu nad oružanim snagama iz svog entiteta, što imajući u vidu složen sistem odnosa u ovoj oblasti, s mnoštvom poslova, ovlašćenja i obaveza, samo po sebi ima limitirano značenje. Ipak, relevantna je i danas odredba prema kojoj Predsedništvo, uz saglasnost vlade datog entiteta, daje odobrenje za ulazak oružanih snaga jednog, na teritoriju drugog entiteta. Ipak, saglasnošću entiteta, nadležnosti u oblasti odbrane su prenesene na nivo BiH, a umesto entitetskih osnovane su Oružane snage BiH. Zakonom o odbrani utvrđeno je da Predsedništvo ima vrhovnu komandu i kontrolu nad oružanim snagama BiH (čl. 11), te čitav niz posebnih nadležnosti koje iz toga proističu.

Uloga Predsedništva koja nije dovoljno afirmisana, a koja se može, *spram sistema distribucije nadležnosti u BiH*, označiti kao jedna od osnovnih zamišljenih

²⁵ Sartori (1994, pp. 131-132), pored neposrednog izbora i bicefalnosti, navodi ostala suštinska svojstva polupredsedničkog sistema: predsednik je nezavisan od parlamenta, ali nije ovlašćen da vlada sam ili direktno i zato njegova volja mora biti prenesena i procesuirana kroz njegovu vladu; premijer i njegov kabinet zavisni su od parlamenta, vlada mora imati poverenje parlamentarne većine; dualna struktura omogućava različita balansiranja moći unutar izvršne vlasti, ali pod strogim uslovom da postoji 'autonomni potencijal', tj. razgraničene nadležnosti obe komponente izvršne vlasti. *Na petom i delimično na trećem (direktnost) elementu uočava se pomeranje ka predsedničkom sistemu u BiH.*

uloga jeste koordinacija i saradnja između entiteta, ukoliko oni na nju pristanu. Entiteti kao stvarni nosioci državne vlasti bi trebali da ostvaruju saradnju koja bi omogućila harmonizaciju prava koje stvaraju i funkcionisanje jedinstvenog tržišta, koje je i ustavni princip, te efikasnije vršenje državnih poslova i usklađivanje politika. Ipak, svaki oblik institucionalne međuentitetske saradnje je obesmišljen nametanjem vanustavnog i protivustavnog centralizovanja nadležnosti, donošenjem brojnih propisa, *sa osnovnom funkcijom da postoje*, stvore privid državnih nadležnosti i umanje ulogu entiteta, te stvaranjem novih, nedelotvornih organa ili agencija.²⁶ S obzirom na to, navedena uloga šefa države je značajno atrofirala.

Kombinacija kolegijalnosti, kao svojstva skupštinskog, s principima predsedničkog sistema, kao izrazito kreativna, predstavlja logičnu posledicu primene principa složenog uređenja i konsocijalizma (Savanović, 2012). Upravo zbog predsedničkog karaktera izvršne vlasti, konsocijalnost je *manje* zastupljena na nivou Saveta ministara, gde je primaran teritorijalni princip.²⁷

4. Odlučivanje

Kolegijalni organi u složenim državama ili zajednicama, pored sastava, problematizuju i način odlučivanja. S tim u vezi, moguće je zamisliti postojanje različitih situacija, većinsko, kvalifikovano i odlučivanje putem konsenzusa, pravo veta, saglasnost drugih organa ili nivoa na određene odluke, imperativni ili slobodni mandat itd. Takođe, moguća je kombinacija navedenih elemenata, zavisno od prirode organa, odnosno nadležnosti koja rezultira odlukom. Ipak, federalnim zajednicama nije svojstveno pravo veta, odnosno konsenzusa prilikom donošenja odluka, sem izuzetno, u limitiranom broju pitanja. U pogledu predstavljanja, na čelu kolegijalnog organa se nalazi lice koje uglavnom poseduje i neka samostalna ovlašćenja, te pravo da predstavlja kolegijalni organ, ali postoje i situacije u kojima je njegova uloga isključivo proceduralnog karaktera – sazivanje i vođenja sednica tog organa.

Ukoliko je predsedništvo koje je postojalo u jugoslovenskom ustavnom sistemu od 1974. godine bilo uzor postojećem u BiH, mogla bi se odmah uočiti suštinska razlika: 1) u jugoslovenskom modelu pravo veta nije postojalo na nivou kolektivnog šefa države (tome je pogodovala činjenica većeg broja federalnih jedinica); 2) na njegovom čelu se nalazio predsednik, s pravom predstavljanja kolektivnog šefa države, prvenstveno u međunarodnim odnosima, te određenim izvršnim ovlašćenjima. Za razliku od jugoslovenskog modela, Predsedništvo BiH na svom čelu ima predsedavajućeg, koji se rotira svakih osam meseci, bez bilo kakvih samostalnih ovlašćenja, čak ni onih koja se tiču

²⁶ Do prenosa je dolazilo na osnovu Ustava (i saglasnošću entiteta), ali i odlukama Visokog predstavnika, kao i jednostranim aktima državnih organa. Dmičić (2011, pp. 157-161) smatra da se povećanjem nadležnosti BiH menja i karakter te države i narušava model njenog ustavnog uređenja. Ta tendencija može biti štetna, ne samo za entitete, nego i za celinu već uspostavljenih odnosa u BiH.

²⁷ U Belgiji, kao oglednom primeru konsocijalne demokratije, imajući u vidu njen parlamentarni sistem, konsocijalnost je (uz devoluciju) primenjena na nivou parlamenta i vlade.

predstavljanja organa. Takođe, u sistemu koji karakteriše ne samo podela vlasti između njenih nosilaca nego i unutar njih, akcenat je više na pitanju odlučivanja kolegijalnih organa nego na instrumentima međusobnog uticaja organa vlasti.

Imajući u vidu da je Ustav centralnu ulogu u organizaciji vlasti na nivou BiH ipak poverio Predsedništvu, način njegovog odlučivanja, te precizno uređen mehanizam zaštite vitalnih interesa postavljeni su na način koji obezbeđuje konsenzus (i kompromis) kao temeljni princip funkcionisanja ove složene države u njenim nadležnostima (Kuzmanović, 2004, p. 374). U pogledu odlučivanja, Ustav govori o „nastojanju“ da se obezbedi konsenzus, ali „ako svi napori za postizanje konsenzusa pretrpe neuspeh, odluke se mogu donositi većinom glasova“.

Ipak, jedna od osnovnih karakteristika Predsedništva jeste pravo veta njegovih članova. Član koji se ne slaže s nekom odlukom Predsedništva može da izjavi da je ona veoma štetna po vitalne interese *entiteta* iz kojeg je izabran, u roku od tri dana od njenog usvajanja. Takva odluka će se uputiti Narodnoj skupštini RS ako je takvu izjavu dao srpski član, bošnjačkim ili hrvatskim delegatima u Domu naroda FBiH ako je dao bošnjački ili hrvatski član. Ako je ta izjava potvrđena dvotrećinskom većinom u roku od deset dana po upućivanju, osporena odluka Predsedništva neće stupiti na snagu (čl. 5, st. 2, tač. d).²⁸ Veto se odnosi na sve odluke koje se tiču spoljne politike, članstva u međunarodnim organizacijama, izvršavanja odluka Parlamentarne skupštine, potvrđivanja međunarodnih ugovora, ali ne i na akte predlaganja odluka.²⁹ Kao posledica asimetrične teritorijalizacije konstitutivnosti i u pogledu veta postoji asimetrija. Konačan subjekat odluke o povredi vitalnog interesa, koja ima karakter nulifikacije jesu *entiteti*, iako se radi o pitanjima iz nadležnosti institucija BiH, što opet govori o prirodi ovog organa kao zajedničkog (ne centralnog), ali i države i izvoru njenih nadležnosti.³⁰ Uz opisani način izbora i ulogu Predsedništva (ali i odredbe o distribuciji nadležnosti i Parlamentarnoj skupštini), institut veta u ustavnom sistemu BiH ukazuje, pored značajnog upliva, čak i dominacije konfederalnih elemenata uređenja,³¹ i na pretežnost elemenata predsedničkog sistema u njemu, jer u parlamentarnom ili skupštinskom sistemu šef države ne poseduje ovlašćenja u pogledu kojih bi i postojala potreba za vetom.

²⁸ Principi konsocijalne demokratije u Belgiji su uži, ali dosledniji, sastoje se u zastupljenosti jezičkih grupa u parlamentu, postojanju tzv. „postupka sa zvonom za uzbunu“ – prava $\frac{3}{4}$ članova jezičke zajednice da ulože veto na određene akte, specijalnu većinu (2/3 većina, uključujući i većinu po jezičkim grupama za određena pitanja), paritetan sastav Vlade, *autonome zajednice i regioni kao jedinice federalizma* (Stanković, 2014). Ipak, institut veta nije ni izbliza široko garantovan kao u BiH.

²⁹ Za razliku od suspenzivnog veta, kao ovlašćenja šefa države (pogotovo u predsedničkom i mešovitom sistemu) da odluke usvojene u parlamentu vrati na ponovno odlučivanje (ili raspravljanje), ovaj institut ima sasvim drugačiju prirodu. Njegov predmet su odluke kolektivnog šefa države, o njemu odlučuje subjekt drugog nivoa vlasti, potvrđuje se sam veto, a ne odluka povodom koje je uložen, kvalifikovana većina stoga ima drugačiji smisao – ona ovde koriguje moć veta. Ipak, uz njen složeni karakter, predsednički sistem, sa širokim ovlašćenjima šefa države, determinisao je ovaj institut u BiH.

³⁰ U Ustavu BiH se ne govori o nadležnostima BiH, nego „nadležnostima institucija BiH“ – čl. 3.

³¹ Na osnovu celine elemenata i kriterijuma prema kojima se određuje državno uređenje, Savić (1999, p. 39) navodi da je: „BiH specifična, složena državna zajednica sa pretežnim elementima konfederalnog, ali i sa određenim elementima federalnog oblika državnog uređenja“.

U pogledu nadležnosti koje su sa entiteta prenesene na institucije BiH, način odlučivanja može biti i drugačiji. Primer predstavlja nadležnost za sistem odbrane i oružanih snaga, koja je sa entiteta prenesena na BiH. Sve odluke Predsedništva u vezi sa ovim nadležnostima se donose konsenzusom, bez mogućnosti preglasavanja.

5. Završna razmatranja

Položaj Predsedništva BiH kao kolektivnog šefa države odražava svu njenu specifičnost i složenost. Imajući u vidu sastav, izbor na entitetskoj osnovi i odlučivanje, jasno je da je opredeljenje kreativnih pisaca ustavnih rešenja o kolektivnom šefu države pretežno inspirisano *konfederalnim*, odnosno modelom realne unije kao rešenjem za bosanskohercegovački problem, koje bi, pored teritorijalnog, zadovoljilo i princip horizontalne podele vlasti među konstitutivnim narodima (*konsocijacija*). Međutim, konceptualna nedoslednost, tj. asimetrična teritorijalizacija konstitutivnosti, onemogućili su normiranje građanskog principa izbora unutar entiteta, po švajcarskom uzoru, zbog opasnosti da on ugrozi adekvatnu nacionalnu predstavljenost i balans unutar FBiH, po cenu da rešenja budu formalno diskriminatorna. Ipak, odredbe o šefu države predstavljaju samo deo složenog, izbalansiranog i dinamičnog mozaika koji predstavlja njeno državno uređenje.

Imajući u vidu Ustavom određenu ulogu organa izvršne vlasti i položaj Predsedništva, mogao bi se izvesti zaključak o postojanju modifikovanog *predsedničkog* modela organizacije vlasti na nivou BiH. Predsedništvo BiH, kao organ koji poseduje ključne izvršne nadležnosti, predstavlja stvarnog šefa izvršne vlasti. Ipak, kasniji procesi centralizacije, koji su rezultirali ustavnim, vanustavnim ili protivustavnim prenosom nadležnosti na institucije BiH, nisu pratili ustavnu koncepciju. Izuzev u slučaju oružanih snaga, drugi procesi centralizacije su vodili jačanju Saveta ministara. Postojeća (zakonska) uloga Saveta ministara, te njen odnos s Parlamentarnom skupštinom, donekle relativizuju prethodne tvrdnje, uvodeći pojedine elemente parlamentarnog, čime sistem pomera ka polupredsedničkom.

S obzirom na kolegijalni karakter šefa države, koji je primenjen na osnovama predsedničkog sistema, BiH predstavlja jedinstven primer u svetu. Opredeljenje za predsednički sistem, ali i njegova originalnost, više je posledica složenog uređenja i konsocijalne demokratije, nego procene o njegovoj prednosti u odnosu na druge sisteme vlasti. Ipak, imajući u vidu prirodu odnosa u ovoj državi, sistem distribucije nadležnosti, te potrebu da se obezbedi određena funkcionalnost, ali i onemogućći majorizacija, ovo rešenje ima punu logičku utemeljenost, od koje ne treba odstupati.

Atipičnost države i složenost odnosa koji je konstituišu uslovili su i specifičnosti njenih organa. Imajući u vidu politički ambijent i način nastanka postojećih rešenja, dosadašnju praksu i iskustva njihove primene, te različite aspekte međunacionalnih odnosa, koje karakterišu potpuno različiti, čak i međusobno isključivi pogledi na uređenje ove države, čini se da jedino atipične forme, bazirane na *ravnopravnosti*, *konsenzusu* i *decentralizaciji*, uz potrebu međusobnog uvažavanja i definisanja optimalnog kruga zajedničkih interesa koji se putem zajedničkih organa mogu vršiti, imaju budućnost.

Uprkos njihovoj nesavršenosti, nepreciznosti, čak i međusobnoj protivurečnosti, čini se da dejtonska rešenja nemaju adekvatnu alternativu.

Literatura

- Blagojević, M. 2014. Državno uređenje Bosne i Hercegovine i integracioni procesi. *Strani pravni život*, 1, pp. 143-160.
- Dmičić, M. 2011. *Ustavno pravo*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci.
- Duverger, M. 1980. A New Political System Model: Semi-presidential Government. *European Journal of Political Research*, 8 (2), pp. 165-187.
- Karan, S. 2014. Oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Apeiron*, 4 (4), pp. 156-167.
- Kasapović, M. 2005. *Bosna i Hercegovina: Podijeljeno društvo i nestabilna država*. Zagreb: Politička kultura.
- Kiting, M. 2007. *Federalizam i ravnoteža vršenja vlasti u evropskim državama*. Beograd: OECD i SIGMA.
- Kuzmanović, R. 2004. *Eseji o ustavnosti i državnosti*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci.
- Kunić, P. 1998. *Republika Srpska država sa ograničenim suverenitetom*. Banja Luka: Glas srpski.
- Kutlešić, V. & Golić, D. 2017. *Ustavno pravo*. Novi Sad: Privredna akademija.
- Lijphart, A. 1977. *Democracy in Plural Societies: A comparative exploration*. New Haven/London: Yale University Press.
- Lukić, R., Košutić, B. & Mitrović, D. 2001. *Uvod u pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.
- Marković, R. 2015. *Ustavno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Orlović, S. 2018. *Ustavno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost.
- Pejić, I. 2016. Parlamentarna vlada: mogućnosti ravnoteže u sistemu podele vlasti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 55 (73), pp. 67-86.
- Pilipović, M. 2018. Uredba kao oblik normativne delatnosti izvršne vlasti. *Srpska pravna misao*, 24 (51), pp. 209-232.
- Sartori, G. 1994. *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. New York: University Press.
- Savanović, A. 2012. Aneks 4 – konsocijacijski ili većinsko-demokratski ustav. *Srpska pravna misao*, 18 (45), pp. 19-36.
- Savić, S. 1999. *Konstitutivnost naroda u BiH*. Banja Luka: Pravni fakultet.
- Simović, D. 2008. *Polupredsednički sistem*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik.
- Stanković, M. 2014. Šesta državna reforma u Belgiji: novi, ali ne i poslednji stadijum devolucije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 6 (2), pp. 115-132.
- Stojanović, N. 2007. Konsocijacija, Švajcarska i BiH. *Pregled – časopis za društvena pitanja*, 48 (3-4), pp. 63-87.
- Vukadinović, G. 2006. *Teorija države i prava I*. Novi Sad: Futura publikacije.

Internet izvori

- Kulenović, N., Hadžialić-Bubalo, I. & Korajlić, M., 2011. *Presuda Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine, Konkretno posljedice – prvi pregled*. Dostupno na: <https://www.ceeol.com/search/gray-literature-detail?id=574207>, (10. 2. 2020).
- Petrov, V. 2005. Ustavna reforma – naše (ne)shvatanje Ustava. U: Taboroši, J. (prir.), *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – prilozi projektu 2005*. Beograd : Pravni fakultet, Centar za publikacije i dokumentaciju, pp. 194-242. Dostupno na: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M5wrxqOqKJ:www.ius.bg.ac.rs/Naucni/prilozi/09%2520Vladan%2520Petrov.pdf+%&cd=1&hl=sr&ct=clnk&gl=rs&client=firefox-b>, (10. 2. 2020).

Pravni izvori

- Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i *Službeni glasnik BiH*, br. 25/2009 – Amandman II.
- Izborni zakon, *Službeni glasnik BiH*, br. 23/2001, 7/2002, 9/2002 20/2002, 25/2002- ispr., 4/2004, 20/2004, 25/2005, 52/2005, 65/2005-ispravka, 77/2005, 11/2006, 24/2006, 32/2007, 33/2008, 37/2008, 32/2010, 48/2011- odluka US, 63/2011- odluka US, 18/2013, 7/2014, 31/2016 i 54/2017- odluka US.
- Poslovnik o radu Predsjedništva Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 10/2013, 32/2013 i 22/2014.

Darko P. Golić, PhD

Professor, Faculty of Law for Commerce and Judiciary, University Business Academy in Novi Sad, Serbia

e-mail: g.darko83@gmail.com

COLLECTIVE HEAD OF STATE AND GOVERNMENT SYSTEM – BOSNIA AND HERZEGOVINA SOLUTIONS IN THE COMPARATIVE LAW

Summary

The collective head of state is one of the hallmarks of the unity of government. Still, on examples of its division, the dominance of the head of state within the executive indicates significant influence or predominance of elements of the presidential system. The atypical nature and complexity of BiH's structure is reflected in the position of its presidency as the collective head of state. Although the nature of this country, with its mix of federal, confederate and consociational democracy elements, cannot be classified

under classical theoretical models, with the analysis of certain provisions of the BiH Constitution and their systematic interpretation, we can draw certain conclusions regarding the organization of power and the position of the head of state in it. However, the legal system in this country has been developing unconstitutionally outside of the Constitutional framework for a long time, which has particularly been reflected on the functioning of the authorities at the BiH level, with tendencies that do not follow the basic constitutional concept of the collective head of state. In this work the constitutional provisions on the position of the Presidency of BiH, its composition, election and competencies, and therefore conclusions were drawn about the concept of organization of government at the level of this state, its realization and deformities.

Keywords: head of state, Presidency of BiH, presidential system, entities, constitutivity.

Priljeno: 14.5.2020.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

PREHRAMBENA SUVERENOST (*FOOD SOVEREIGNTY*) U UPOREDNOM PRAVU**

Sažetak

Prehrambena suverenost (food sovereignty) je specifični koncept koji je istovremeno pravo, alternativni model razvoja i politički okvir čiji je cilj ostvarivanje prava lokalnih proizvođača hrane i ruralnog stanovništva da odlučuju o svom prehrambenom i agrarnom sistemu. Koncept je dobio na značaju nakon što su Ujedinjene nacije krajem 2018. godine usvojile Deklaraciju o pravima seljaka i drugih ljudi koji rade u ruralnim oblastima.

Predmet rada je predstavljanje prakse integrisanja prehrambene suverenosti u pravni sistem. Kvalitativna analiza uz primenu uporednopravnog metoda pokazala je da latinoameričke države, koje prednjače u ovoj oblasti, primenjuju različita pravna rešenja poštujući specifičnosti položaja ruralnog stanovništva i potreba lokalnih zajednica. Cilj rada je da ukaže na pozitivni trend razvoja prakse država u ovoj oblasti.

Ključne reči: *prehrambena suverenost, korporativni prehrambeni režim, pravo na hranu, prehrambena i poljoprivredna politika, Deklaracija o pravima seljaka i drugih ljudi koji rade u ruralnim oblastima.*

1. Uvod

Usvajanjem Deklaracije o pravima seljaka i drugih ljudi koji rade u ruralnim oblastima (A/RES/73/165) 17. decembra 2018. godine Generalna skupština Ujedinjenih nacija (UN) je priznala prehrambenu suverenost (*food sovereignty*) kao posebno kolektivno pravo ljudi i zajednica. Ovim činom Ujedinjene nacije su istovremeno potvrdile opravdanost dvadesetogodišnjeg zalaganja seljaka, ratara, stočara, ribara i drugih poljoprivrednih proizvođača širom sveta za zaštitu prava na odlučivanje o svom lokalnom prehrambenom i agrarnom sistemu. Navedena deklaracija Ujedinjenih nacija je prva koja se odnosi na zaštitu građanskih, političkih, socijalnih, ekonomskih i kulturnih prava seljaka¹, s naglaskom na

* Doktor pravnih nauka, profesor, naučna saradnica Instituta društvenih nauka, e-mail: mdokmanovic@idn.org.rs

** Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Instituta društvenih nauka za 2020. godinu koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

¹ Pod seljacima Deklaracija podrazumeva sitne poljoprivredne proizvođače, ribare, stočare, ratare i sve druge koji rade u poljoprivrednom sektoru i u ruralnim oblastima, uključujući migrante, sezonske radnike i pomažuće članove domaćinstva.

pravo na zemlju, seme i odgovarajući prihod od svog rada. Njima su ovim instrumentom Ujedinjene nacije priznale status ranjive populacije zbog posebnosti svog položaja i izloženosti riziku od višestruke i intersekcionalne diskriminacije. Naime, skoro osamdeset odsto ekstremno siromašnih u svetu živi u ruralnim oblastima i bavi se poljoprivredom. Istovremeno, ti ljudi predstavljaju ključni resurs za razvoj ruralnih područja i održive poljoprivrede. Činjenica da mnogi od njih koji neposredno ili posredno rade u proizvodnji hrane nemaju dovoljno da prehrane sebe i svoje porodice ukazuje na paradoks koji zahteva odgovor na globalnom nivou. Potreba za zaštitom osnovnih ljudskih prava ruralnog stanovništva i lokalnih proizvođača hrane priznata je i odlukom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija da period 2019–2028 proglaši za Dekadu porodične poljoprivrede (A/RES/72/239).

O značaju pomenute deklaracije UN govori i podatak da je Sekcija za poljoprivredu, ruralni razvoj i životnu okolinu Evropskog ekonomskog i socijalnog komiteta posebnom rezolucijom (EESC-2018-00869-00-01-PRES-TRA) pozvala evropske institucije i vlade država članica Evropske unije (EU) da aktivno učestvuju u njenoj realizaciji.

Usvajanje Deklaracije je rezultat višegodišnjeg zalaganja globalne alijanse seljaka, *La Via Campesina*, i njenih saveznika da se zaustavi urušavanje njihovog ekonomskog i socijalnog položaja. *La Via Campesina*, koja danas okuplja 182 udruženja širom sveta i zastupa interese preko dvesta miliona seljaka, nastala je kao rezultat njihovog otpora preovlađujućem korporativnom prehranbenom režimu koji sistematski krši njihova ljudska prava, „proizvodi“ nestašicu hrane, siromaštvo i bedu za polovinu svetske populacije i uništava biodiverzitet i životnu sredinu.² *La Via Campesina* upozorava da najrazvijenije države sveta i transnacionalne korporacije nastoje da nametnu svoja pravila proizvodnje hrane manje razvijenim državama i regionima, čime se neposredno ugrožavaju prava lokalnih proizvođača hrane.

Korporativni prehranbeni režim počiva na monopolu tržišta i megaprofitima agrarnih korporacija, industrijskoj proizvodnji, podsticanju masovne potrošnje industrijski proizvedene hrane, monokulturama i genetski modifikovanoj hrani, nepravičnoj distribuciji prihoda od proizvedene hrane i agrarnoj reformi u cilju koncentrisanja korporativne moći (Holt-Gimenez, 2010). „Zahvaljujući“ ovom režimu hrana je postala roba, a primarni cilj njene proizvodnje profit. Time je mnogima, a naročito siromašnima, ugrožen pristup zdravoj i kvalitetnoj hrani u odgovarajućim količinama. Nalazi studija (Pachón-Ariza, 2013) ukazuju da korporativni model poljoprivredne proizvodnje uzrokuje povećanje siromaštva, zagađivanje okoline i uništavanje plodnog zemljišta i drugih prirodnih resursa. Studije argumentuju da glad nije posledica nedostatka resursa i neefikasne poljoprivredne proizvodnje, nego nepravične raspodele i onemogućavanja lokalnim zajednicama da odlučuju o svom prehranbenom sistemu. Njihov odgovor na štetne efekte korporativnog prehranbenog režima je odbrana prehranbene suverenosti kao prava da samostalno definišu i uređuju svoj prehranbeni i poljoprivredni sistem. Drugim rečima, kako to Patel

² Opširnije o istorijatu ove alijanse i borbi za prehranbeni suverenitet videti na zvaničnim veb-prezentacijama: *La Via Campesina*, <https://viacampesina.org/en/>, <https://viacampesina.org/en/what-are-we-fighting-for/food-sovereignty-and-trade/key-documents-food-sovereignty/>, 20. 8. 2019.

(2009, p. 663) naglašava, cilj je da se ostvari „pravo na prava nad hranom“.

Pravo na prehrambenu suverenost Deklaracija definiše kao pravo seljaka i drugih ljudi koji rade u ruralnim oblastima „da odlučuju o svom prehrambenom i agrarnom sistemu” (čl. 15.4). Ono uključuje i pravo na učešće u procesima odlučivanja o prehrambenoj i agrarnoj politici, kao i „pravo na zdravu i odgovarajuću hranu proizvedenu na ekološki zdrav način korišćenjem održivih metoda koji poštuju njihove kulture“.

Pojedini autori čak smatraju da je reč o nastanku novog kolektivnog prava. Tako Golay (2013, str. 13) opisuje pravo na prehrambenu suverenost kao novo pravo u okviru međunarodnog prava na ljudska prava (pored prava na seme i tradicionalno agrarno znanje i praksu, slobodu utvrđivanja cena i tržišta za poljoprivrednu proizvodnju i pravo na biodiverzitet), uz napomenu da ono nije *'self-standing right'*, već komponenta postojećih prava. Ono nije individualno, već kolektivno pravo koje prema Claeys (2013, p. 4) „evocira kolektivna prava već priznata od strane UN, kao što su pravo na samoopredeljenje, pravo na razvoj i pravo na permanentnu suverenost nad prirodnim resursima“. Ženevska akademija za međunarodno humanitarno pravo i ljudska prava (2018, p. 1) ističe da je pravo na prehrambenu suverenost *'overarching right'* s obzirom na to da je u neposrednoj vezi s pravom na hranu, kao i sa ostvarivanjem drugih prava stanovnika ruralnih područja, uključujući pravo na zemlju i druge prirodne resurse, zdravu životnu sredinu, biološki diverzitet, održavanje tradicionalnog znanja, odlučivanje o prirodnim resursima i kontrolu nad lokalnim prehrambenim i agrarnim sistemima.

Specijalni izvestilac UN o pravu na hranu je u svom izveštaju od 2014. godine ocenio da je prehrambena suverenost uslov za punu realizaciju prava na hranu (A/HRC/25/57, para. 50). Povezana sa agroekologijom, prehrambena suverenost se smatra alternativnim modelom ekonomskog i ruralnog razvoja zasnovanom na očuvanju zdrave životne sredine i progresivnoj realizaciji prava na hranu i na zdravlje (Dokmanović, 2019).

Jedan broj država, pretežno latinoameričkih, počeo je da radi na novom zakonodavstvu radi promene prehrambenog i agrarnog sistema još desetak godina pre donošenja ove deklaracije. Do sada je šesnaest država usvojilo zakonsku regulativu o prehrambenoj suverenosti, a četiri su ugradile ovaj koncept u svoje ustave: Ekvador (2008), Bolivija (2009), Egipat (2014) i Nepal (2014). Većina država koje su zakonski regulisale prehrambenu suverenost su na prostoru kontinentalnog dela Srednje i Južne Amerike: Ekvador (2009), Bolivija (2011), Brazil (2006), Nikaragva (2009), Urugvaj (2011), Venecuela (2008), Meksiko (2003), Kolumbija (2014), Honduras (2011), Gvatemala (2005), Dominikanska Republika (2016), Peru (2008) i Argentina (2019); dve su u Africi, Mali (2006) i Senegal (2004), a jedna na azijskom kontinentu (Nepal, 2018). Zanimljivo je da je američka država Mejn takođe usvojila poseban Zakon o prehrambenoj suverenosti 2017. godine (Maine Food Sovereignty Act, *Maine Statutes*, Title 7, Chapter 8-F, PL 2017, c. 314, §1 (NEW)) i pored toga što su Sjedinjene Američke Države glasale protiv usvajanja Deklaracije o pravima seljaka i drugih ljudi koji žive u ruralnim oblastima.

Predmet rada je predstavljanje prakse integrisanja prehrambene suverenosti u pravni sistem. Kvalitativna analiza zakonskih rešenja uz primenu uporedno pravnog

metoda obuhvatila je države latinoameričkog podneblja, s obzirom na to da su njihovi zakoni u ovoj oblasti postali uzor drugim državama koje takve zakone nemaju. Pored toga, na osnovu njihovih zakonskih rešenja Latinoamerički i karipski parlament je izradio Okvirni zakon o pravu na hranu i prehrambenu suverenost (Framework Law on the Right to Food and Food Sovereignty, 2018; FAO, 2017, p. 18) kao model i pomoć drugim vladama da započnu izradu regulative u ovoj oblasti. Ovo je podstaklo Panafrički parlament da 2018. godine takođe pokrene inicijativu za formulisanje modela zakona koji bi bio prilagođen afričkim zemljama (FAO, 2019, p. 3). Štaviše, i Organizacija UN za hranu i poljoprivredu (Food and Agriculture Organization – FAO) preporučuje zakonska rešenja latinoameričkih država kao uzor drugim zemljama (FAO, 2017). FAO podržava uključivanje prehrambene suverenosti u nacionalna zakonodavstva u okviru ostvarivanja i zaštite prava na odgovarajuću hranu (FAO, 2019, p. 3; FAO, 2017, pp. 23, 34-37).

Cilj rada je da ukaže na pozitivni trend razvoja pravne prakse država u ovoj oblasti. U narednom delu rada predstavljaju se ustavna rešenja država koje su ugradile prehrambenu suverenost u svoj najviši pravni akt, a u trećem odeljku relevantni zakoni latinoameričkih država. U zaključku se daje procena efekata trenda zakonske regulative ovog koncepta na druge države.

2. Prehrambena suverenost u ustavima

Ekvador je prva država koja je ugradila suverenost ljudi i zajednica u pogledu hrane u svoj ustav (*Constitución del Ecuador* 2008, s kasnijim izmenama zaključno s 2018. godinom – dalje: CE). Ova država takođe prednjači u pogledu detaljnosti razrade ovog koncepta u najvišem pravnom aktu. Obezbeđenje prava na hranu, pored prava na obrazovanje, zdravlje, socijalnu sigurnost i vodu za sve stanovnike bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, stavljeno je na vrh liste primarnih obaveza države (CE, čl. 3, tač. 1). Prehrambena suverenost je uvrštena među osnovna prava koja čine „prava na dobar način života“ (CE, glava II). Član 13 Ustava garantuje pojedincima i zajednicama „pravo na bezbedni i permanentni pristup zdravoj, dovoljnoj i hranljivoj hrani, a poželjno je da je proizvedena lokalno u skladu s njihovim identitetima i kulturnom tradicijom“.

Prema čl. 281 Ustava Ekvadora, prehrambena suverenost je „strateški cilj i obaveza države da obezbedi da pojedinci, zajednice, ljudi i nacije postignu samodovoljnost u pogledu zdravlja i kulturno odgovarajuće hrane na stalnoj osnovi“. Ovaj član Ustava detaljno razrađuje obaveze države u cilju ostvarivanja prehrambene suverenosti. Lista tih obaveza je duga i uključuje:

1. podsticanje proizvodnje i transformaciju proizvodnje hrane i ribolova malih i srednjih proizvodnih jedinica i lokalnih zajednica;
2. usvajanje fiskalnih, poreskih i carinskih politika koje štite nacionalni poljoprivredni i ribolovni sektor da bi se sprečila zavisnost od uvoza hrane;
3. jačanje diversifikacije i uvođenje ekoloških i organskih tehnologija u farmersku i stočnu proizvodnju;

4. unapređivanje politike preraspodele koja će omogućiti malim poljoprivrednicima da imaju pristup zemljištu, vodenim i drugim proizvodnim resursima;
5. uspostavljanje preferencijalnih mehanizama za finansiranje malih i srednjih proizvođača, čime se olakšava sticanje sredstava za proizvodnju;
6. unapređivanje očuvanja i oporavka poljoprivrednog biodiverziteta uz upotrebu, konzervaciju i besplatnu razmenu semena;
7. obezbeđenje da su životinje za ljudsku ishranu zdrave i odgajane u zdravoj sredini;
8. osiguravanje razvoja odgovarajućih naučnih istraživanja i tehnoloških inovacija kako bi se garantovala prehrambena suverenost;
9. regulisanje upotrebe i razvoja biotehnologije, uključujući izvođenje eksperimenata;
10. jačanje razvoja organizacija i mreža proizvođača, distributera i potrošača i unapređivanje jednakosti između urbanih i ruralnih sredina;
11. kreiranje pravičnih i međusobno podržavajućih sistema za distribuciju i plasman prehrambenih proizvoda; sprečavanje monopolnih praksi i svih vrsta spekulacija s prehrambenim proizvodima;
12. obezbeđivanje hrane grupama stanovništva koje su žrtve prirodnih i drugih katastrofa koje ugrožavaju hranu; hrana dobijena putem međunarodne pomoći ne sme uticati na zdravlje ili na buduću proizvodnju lokalno proizvedenih namirnica;
13. sprečavanje i zaštita stanovništva od konzumiranja zagađene hrane i one koja ugrožava njihovo zdravlje ili čiji efekti na zdravlje još nisu naučno potvrđeni;
14. obezbeđivanje hrane i sirovina za društvene i prehrambene programe, dajući prednost asocijativnim mrežama malih proizvođača.

Prema čl. 282 Ustava Ekvadora, zakonska regulativa korišćenja i pristupa zemlji mora da ima u vidu njene socijalne i ekološke funkcije. Državni zemljišni fond, ustanovljen zakonom, mora da obezbedi seljacima pravičan pristup zemlji. Zabranjena je koncentracija zemlje i veleposedništvo, kao i privatizacija i monopolizacija voda i resursa. Voda je Ustavom garantovano dobro kojom upravlja jedino država. Ona je neposredno odgovorna za planiranje i upravljanje vodenim resursima i sistemima za navodnjavanje prvenstveno radi osiguranja prehrambene suverenosti i zdrave životne sredine, a tek potom radi proizvodnih aktivnosti (CE, čl. 318, st. 3). Država mora da reguliše korišćenje i upravljanje irigacionim sistemima za proizvodnju hrane na principima pravičnosti, efikasnosti i održivosti.

Prepoznajući da se prehrambena suverenost ne može postići i održavati bez ekonomske suverenosti, Ekvador je u svom ustavu celu glavu (IV) posvetio odredbama vezanim za ostvarivanje ekonomske suverenosti u oblastima ekonomske, fiskalne, budžetske, carinske, monetarne, kreditne i trgovinske politike, kao i finansijskog sistema (CE, članovi 283-312). U fokusu ekonomskog sistema je ljudsko biće koje je i subjekat i cilj ekonomske politike (CE, čl. 283, st. 1). Jedan od osnovnih ciljeva ekonomske politike je obezbeđenje hrane i energetske suverenosti. Stoga država treba da obeshrabruje uvoz koji negativno utiče na domaću proizvodnju, stanovništvo i prirodu (CE, čl. 306, st. 2). Trgovinska politika treba da doprinosi garantovanju hrane i energetske suvereniteta

i smanjivanju unutrašnjih nejednakosti (CE, čl. 304, tač. 4). Monopoli i oligopoli se moraju sprečavati, naročito u privatnom sektoru, kao i druge prakse koje mogu uticati na funkcionisanje tržišta (CE, član 304, tač. 6).

Član 334 Ustava Ekvadora jemči demokratizaciju ulaganja i razvijanje politika radi podsticanja domaće proizvodnje u svim sektorima, naročito radi garantovanja prehrambenog i energetskog suvereniteta. Država se obavezuje i da obezbedi seljacima i ruralnim oblastima podršku za očuvanje zemljišta i razvijanje poljoprivrednih praksi kojima se čuva i obezbeđuje prehrambena suverenost (čl. 410). Ona ne sme biti ugrožena ni izvorima energije koji stoga moraju biti obnovljivi, ekološki čisti i zdravi (čl. 15, st. 1 i čl. 413). Prehrambena suverenost se ne sme ugroziti ni proizvodnjom, vlasništvom, uvozom, transportom, skladištenjem i upotrebom hemijskog, biološkog i nuklearnog oružja, toksičnih hemikalija, eksperimentalnih bioloških tehnologija i genetski modifikovanih organizama (čl. 15). U skladu sa obavezama koje proizilaze iz Ustavnih prelaznih odredaba, Ekvador je naredne, 2009. godine, usvojio Zakon o prehrambenom suverenitetu (*Ley Organica del Regimen de la Soberania Alimentaria*).

Sledeći primer Ekvadora, Bolivija je takođe veoma detaljno razradila pravo na prehrambenu suverenost u svom ustavu (*Nueva Constitución Política del Estado 2009*). Član 255 (st. 2, tač. 8) Ustava obavezuje državu da u međunarodnom pregovaranju poštuje, između ostalih, principe prehrambene sigurnosti i suverenosti uz zabranu uvoza, proizvodnje i komercijalizacije genetski modifikovanih organizama i toksičnih elemenata koji mogu da ugroze zdravlje i životnu sredinu. Državna preduzeća su dužna da unapređuju ekonomsku demokratiju i ostvaruju prehrambeni suverenitet celokupnog stanovništva (čl. 309, tač. 4). U pogledu održivog i sveobuhvatnog ruralnog razvoja, Ustav Bolivije stavlja naglasak na prehrambenu sigurnost i suverenost (čl. 405) koja se postiže, između ostalih, jačanjem ekonomije malih poljoprivrednih i stočnih proizvođača, kao i porodičnih i komunitarnih ekonomija. Naime, jedan od glavnih ciljeva državne politike Bolivije u ovoj oblasti je garantovanje prehrambene sigurnosti i suvereniteta, uz davanje prvenstva proizvodnji i potrošnji poljoprivrednih proizvoda proizvedenih na svojoj teritoriji (čl. 407, tač. 1).

Egipat i Nepal su takođe integrisali prehrambenu suverenost u svoje ustave, mada ne na tako detaljan način kao Ekvador i Bolivija. Nepal je ovoj tematici posvetio dve odredbe u svom ustavu (*Constitution of Nepal, 2015*). Član 36 navedenog akta koji se odnosi na pravo na hranu sadrži i odredbu da svaki građanin ima pravo na prehrambenu suverenost. Radi ostvarivanja ovog prava, Ustav obavezuje državu Nepal da povećava ulaganje u poljoprivredni sektor (čl. 51, tač. h.12). Egipat svojim ustavom (*Constitution of the Arab Republic of Egypt of 2014*) jemči svakom građaninu pravo na zdravu i dovoljnu količinu hrane i vode, kao i pristup prehrambenim resursima. Polazeći od ovog osnovnog ljudskog prava, čl. 79 Ustava Egipta obavezuje državu da „obezbedi održivu prehrambenu suverenost i da održava biodiverzitet i lokalne vrste biljaka kako bi se sačuvala prava budućih generacija“.

3. Prehrambena suverenost u zakonima država Latinske Amerike

U pogledu zakonske regulative ovog koncepta prednjače latinoameričke države u kojima su najrazvijeniji društveni pokreti za prehrambenu suverenost. Bogata zakonodavna aktivnost država Srednje i Južne Amerike u ovoj oblasti prvenstveno je rezultat višegodišnjeg zalaganja i aktivnosti Parlamentarnog fronta protiv gladi u Latinskog Americi i Karibima (FAO, 2017, p. 14). Do sada je trinaest država iz ovog područja obezbedilo zakonsku primenu i zaštitu prehrambene suverenosti: Argentina (Creación del Programa de Soberanía Alimentaria Provincial, Ley VIII-75, 2019), Bolivija (Ley de la Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria, Ley 144, 2011), Brazil (Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, Lei n. 11.346, 2006), Dominikanska Republika (Crea e integra el Consejo para la Seguridad Alimentaria de la Republica Dominicana, Decreto No. 243-08. 2008; Crea el Sistema Nacional para la Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional en la República Dominicana, Ley No. 589-16, 20168), Ekvador (Ley orgánica del régimen de la soberanía alimentaria, Ley orgánica reformatoria a la Ley orgánica del régimen de la soberanía alimentaria, 2009), Gvatemala (Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, 2005), Honduras (Ley de seguridad alimentaria y nutricional, Decreto No. 25 2011), Kolumbija (Proyecto de Ley de 2014 Senado o la cual se crea el Sistema Nacional para la Seguridad Alimentaria y Nutricional), Meksiko (Proyecto Estratégico de Seguridad Alimentaria, 2003), Nikaragva (Ley No. 693, Ley de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional, 2009), Peru (Crean el Consejo Nacional de Seguridad de Abastecimiento Agroalimentario, Decreto Supremo No. 003-2008-AG; Declara de Interés y de Necesidad Publica la Seguridad Alimentaria y Nutricional de la Población y Crea la Comisión Multisectorial de Seguridad Alimentaria y Nutricional, Decreto Supremo No. 102-2012-PCM), Urugvaj (Ley No. 18.832 Créase la Unidad Alimentaria de Montevideo, 2011; Ley No. 19.720 Se modifica la Ley Orgánica de la Unidad Alimentaria de Montevideo, 2018) i Venecuela (Ley 5891 Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, Ley 5891, 2008).

Države koje prednjače u zakonskoj regulativi prehrambene suverenosti po opsegu prava i obaveza vezanih za koncept, kao i po inovativnim rešenjima, jesu one koje su bile prve u podizanju ovog koncepta na nivo ustava: Ekvador i Bolivija. Obe države su pristupile razradi zakonske regulative neposredno nakon usvajanja novih ustava.

Ekvadorski Osnovni zakon o prehrambenoj suverenosti (Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria) iz 2009. godine detaljno razrađuje prehrambeni i poljoprivredni sistem postavljanjem odgovarajućih standarda u oblasti proizvodnje, obrade, transporta, prodaje i konzumacije zdrave hrane. Obuhvat Zakona je širok i uključuje, između ostalog, sve faktore proizvodnje hrane; agrobiodiverzitet i seme; trgovinu i potrošnju; zdravlje, kvalitet, bezbednost i hranljivost hrane; društvenu participaciju; vodene resurse; ruralni i agrarni razvoj i zapošljavanje; razne oblike mikro, malih i srednjih proizvođača i vidove finansiranja proizvodnje. Posebna pažnja je usmerena na male poljoprivredne proizvođače i njihova udruženja.

U cilju primene prehrambene suverenosti, navedeni zakon obavezuje državu da unapređuje održivu agrarnu proizvodnju, ustanovi podsticaje za produktivno korišćenje zemljišta, obezbedi bolje uslove rada u ovom sektoru i podstiče potrošnju zdravih i hranljivih namirnica organskog i agroekološkog porekla. Principi korišćenja i pristupa zemljištu uključuju obezbeđenje pravične raspodele prihoda, produktivnost, održivost, očuvanje biodiverziteta i fragilnih ekosistema, uz poštovanje prirode i prava na dobro življenje (čl. 6). U skladu sa čl. 402 Ustava, Ekvador ovim zakonom zabranjuje prisvajanje semena, autohtonih biljaka i znanja predaka u vidu patenta ili drugih oblika intelektualne svojine (čl. 7 i 8). Država je dužna da usvoji takvu fiskalnu, carinsku i poresku politiku koja će štititi domaću proizvodnju hrane. Fokus carinske politike je na zaštiti domaćeg tržišta i zabrani uvoza one vrste hrane koja se proizvodi i u zemlji, kao i hrane koja ne zadovoljava standarde kvaliteta, obrade i proizvodnje ustanovljene nacionalnim zakonodavstvom (čl. 23). Zakon je ustanovio Sistem suverenosti hrane i ishrane (Sistema de Soberanía Alimentaria y Nutricional) kao mehanizam saradnje državnih, institucionalnih i društvenih aktera i zajednica u pogledu formulisanja predloga javnih politika o prehrambenom suverenitetu (čl. 31). Funkcionisanje ovog mehanizma je detaljnije razrađeno dopunama i izmenama Osnovnog zakona 2010. godine (Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria).

Bolivija je takođe usvojila inovativne zakonske odredbe radi zaštite prehrambene suverenosti svojih građana i ruralnih zajednica. Bolivijski Poljoprivredni komunitarni revolucionarni zakon br. 144 (Ley de la revolución productiva comunitaria agropecuaria, Ley No 144, 26.6.2011) iz 2011. godine predstavlja regulativu Poljoprivredne komunitarne revolucije za prehrambenu suverenost i definiše institucionalni, tehnički, tehnološki i finansijski okvir za poljoprivrednu proizvodnju, preradu i tržište. Osnovni cilj Zakona je postizanje prehrambene suverenosti u uslovima bezbednosti i kvaliteta dobrog življenja (čl. 3). Principi na kojima počiva Zakon jesu harmonija i uravnoteženost s „Majkom Zemljom” (*Pachamama*), komplementarnost, zajednička odgovornost, transparentnost, reciprocitet i solidarnost, odgovarajuća hranljivost hrane, dobro življenje i prehrambena suverenost (čl. 6). Prema Zakonu, bolivijski narod je suveren da putem Višenacionalne države³ definiše i primenjuje politike i strategije za proizvodnju, obradu, skladištenje, distribuciju, prevoz, plasiranje na tržište, potrošnju i trgovinu hrane. U tom cilju, lokalnim zajednicama, uključujući domorodačke seoske zajednice, garantuje se pravo participacije u formulisanju i primeni relevantnih javnih politika na svim nivoima državne vlasti.

Bolivijski zakon definiše širok set državnih politika u ovoj oblasti, od zaštite od genetski modifikovanog semena, zaštite potrošača, inovativne agrarne i šumarske politike, poljoprivredne mehanizacije i modernizacije, zdravstvenih usluga, bezbednosti hrane do politika podržavanja domorodačkih zajednica i primene njihovog tradicionalnog znanja u proizvodnji hrane (čl. 13–28). Zakon sadrži inovativna rešenja, kao što je formiranje poljoprivrednih tehničkih instituta za više tehničko obrazovanje u ruralnim oblastima s teoretskim i praktičnim kurikulumima zasnovanim na poštovanju „Majke Zemlje”, agroekološkoj proizvodnji, obnovi drevnih praksi i na komunitarnoj društvenoj

³ Istaknuto u zvaničnom nazivu Bolivije (Estado Plurinacional de Bolivia).

i političkoj organizaciji (čl. 29). Zakon predviđa i formiranje Univerzalne poljoprivredne osiguravajuće organizacije Pachamama (čl. 30), Saveta za ekonomsku produktivnost (čl. 37), Kompanije za stratešku podršku proizvodnji semena (čl. 39), Kompanije za proizvodnju đubriva koja daje prvenstvo organskim đubrivima (član 40) i Kreditnog fonda zajednice radi kreditiranja poljoprivredne proizvodnje s najnižim mogućim finansijskim troškovima (čl. 51). Predviđeno je i formiranje Agroekološke produktivne opservatorije kao tehničkog tela sa zadatkom da nadzire i upravlja informacijama u ovoj oblasti i obezbeđuje primenu prehrambenog suvereniteta (čl. 43).

Usvojivši Zakon o poljoprivrednoj i prehrambenoj sigurnosti i suverenitetu (Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, No 5.891) 2008. godine, Venecuela se opredelila da daje prednost domaćoj i održivoj poljoprivrednoj proizvodnji, demokratizuje odnose razmene i distribucije i preduzima mere radi zaštite i prosperiteta domaćih proizvođača. Zakon jemči prava proizvođača hrane, kao i prava svih građana da se hrane prvenstveno domaćim proizvodima i uživaju pravo na prehrambenu suverenost (čl. 9). Radi garantovanja prava budućih generacija, agrarne politike treba da unapređuju tradicionalne prakse i tehnologije koje će očuvati biodiverzitet, pristup vodama, zemlji i genetskim resursima (čl. 12). Poljoprivredne i prehrambene politike prema čl. 14 venecuelanskog zakona imaju prevashodno socijalni karakter. Zakon predviđa formiranje državnih strateških tržišnih rezervi radi obezbeđenja stabilnosti u pristupu hrani. Glavni cilj Zakona je da se obezbedi da kvalitet hrane zadovoljava potrebe stanovništva. Stoga je glavni cilj poljoprivredne proizvodnje da obezbedi pristupačnu, bezbednu i zdravu hranu svima u dovoljnim količinama. Zakon dozvoljava uvoz samo one hrane koju ne proizvode domaći proizvođači ili se ne proizvodi u dovoljnim količinama, a izvoz hrane se može dozvoliti ukoliko ima viška u domaćoj proizvodnji (čl. 60). Zakon usmerava državu da unapređuje istraživanja, razvoj i transfer tehnologije u svim fazama lanca proizvodnje hrane kako bi se poboljšala njena proizvodnja, skladištenje, obrada, transport, razmena, distribucija i analiza (čl. 91) uz zaštitu tradicionalnog znanja lokalnih proizvođača.

Nikaragva je Zakonom o suverenosti i sigurnosti hrane iz 2009. godine (Ley No. 693, Ley de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional) formirala Nacionalni sistem za prehrambenu suverenost i sigurnost. Koncept je detaljnije razradila izmenama i dopunama Zakona 2015. godine (Ley No. 693, Ley de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional). Prehrambena suverenost je definisana kao pravo naroda da odredi sopstvene održive politike i strategije proizvodnje, distribucije i potrošnje hrane na način da garantuju pravo na hranu celom stanovništvu, poštujući sopstvenu kulturu i raznolikost autohtonih načina proizvodnje. Definicija posebno ističe temeljnu ulogu žena u upravljanju ruralnim područjima. Među osnovnim ciljevima Zakona je unapređenje uslova koji utiču na poboljšanje domaće proizvodnje hrane kako bi bila dostupnija stanovništvu. Zakon obavezuje državu da primenjuje kratkoročne, srednjoročne i dugoročne programe u ovoj oblasti i usklađuje sektorske politike, vodeći brigu o malim i srednjim proizvođačima i suprotstavljajući se politikama slobodnog tržišta.

Dominikanska Republika je 2016. godine transformisala Savet za prehrambenu sigurnost ustanovljen zakonom 2008. godine (Decreto No. 243-08 - Crea e integra el Consejo para la Seguridad Alimentaria de la Republica Dominicana) u Nacionalni sistem

za suverenost i sigurnost hrane. Novi zakon (Ley No. 589-16 - Crea el Sistema Nacional para la Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional en la República Dominicana) detaljno reguliše način ostvarivanja prehrambene suverenosti kao osnovnog principa proizvodnje, distribucije i konzumacije hrane. Država garantuje stanovništvu trajan pristup zdravoj i kulturološki prihvatljivoj hrani stavljajući na raspolaganje domaćim proizvođačima tehnologiju i resurse neophodne za očuvanje vrsta, zaštitu lokalne i nacionalne proizvodnje i garantujući poštenu tržišnu utakmicu. Suverenost i sigurnost u hrani su definisane kao osnovno pravo, pa država mora učiniti da prehrambena suverenost prevlada i osigura opšte dobro stanovništva (čl. 4, tač. 17). Pored toga, to predstavlja strateški cilj i obavezu države da garantuje ljudima pristup, konzumiranje, proizvodnju, distribuciju, komercijalizaciju i skladištenje zdrave, adekvatne, hranljivim sastojcima bogate i količinom dovoljne hrane u skladu sa ciljevima održivog razvoja (čl. 5, tač. 9).

Ostale države iz ovog područja su koncept prehrambene sigurnosti ugradile u zakone kojima regulišu sistem prehrambene sigurnosti. Argentina i Venecuela su 2008. godine potpisale i posebni sporazum o saradnji u ovoj oblasti (República Argentina y República Bolivariana de Venezuela, Acuerdo de Cooperación en Materia de Soberanía y Seguridad Alimentaria entre la República Argentina y República Bolivariana de Venezuela).

Bez obzira na različitost formi, zakonska rešenja ovih latinoameričkih država su veoma slična, prilagođena specifičnostima okruženja i lokalnih zajednica. Većina država je osnovala i posebne nacionalne mehanizme sa zadatkom da koordinišu sektorske politike i programe radi obezbeđenja suverenosti i sigurnosti hrane. Zakoni Ekvadora i Bolivije su najuspešniji modeli, s obzirom na inovativnost, detaljnost razrade ove kompleksne oblasti i vezu sa ustavnim obavezama države. Ekvador čak nadograđuje klasičnu terminologiju ljudskih prava koristeći izraz „prava na dobar način života”. Zakoni ovih država postavljaju čvrste osnove za razvijanje i koordinisanje sektorskih politika na svim nivoima i detaljno razrađuju nadležnosti nacionalnog institucionalnog, tehničkog i finansijskog okvira za primenu i nadzor zakona i saradnju s naučnim institucijama, udruženjima građana i drugim relevantnim akterima. Dužnosti države u pogledu obezbeđenja prehrambene suverenosti su definisane precizno uz isticanje veze s međunarodnim obavezama koje proističu iz prava na hranu, prava na zdravlje i drugih ljudskih prava zajemčenih međunarodnim instrumentima ljudskih prava. Pored toga, ova legislativa je neposredno povezana sa ostvarivanjem i drugih međunarodnih obaveza država koje proističu iz Univerzalne deklaracije o iskorenjivanju gladi i pothranjenosti (A/RES/3348(XXIX)), Rimske deklaracije o svetskoj prehrambenoj sigurnosti (1996), Smernica za podržavanje progresivne realizacije prava na adekvatnu hranu u kontekstu nacionalne prehrambene sigurnosti (2004) i Ciljeva održivog razvoja formulisanih u Agendi 2030 (A/RES/70/1)

Zajednička karakteristika svih zakona o prehrambenoj suverenosti i sigurnosti latinoameričkih država je zaštita i podsticanje domaće agrarne proizvodnje radi obezbeđenja zdrave i nutricionistički kvalitetne hrane celom stanovništvu. Iz tog razloga

osnovna zakonska načela uključuju solidarnost i nediskriminaciju. Države su preuzele ključnu ulogu u regulaciji poljoprivredne proizvodnje i distribuciji hrane, uz obezbeđenje participacije lokalnih zajednica i poljoprivrednih proizvođača u odlučivanju. Time su napravile korenit zaokret od do tada preovlađujućeg modela zasnovanog na otvorenom tržištu i korporativnoj proizvodnji, distribuciji, trgovini i marketizaciji hrane, ka modelu koji bi počivao na solidarnosti, pravičnosti i participaciji.

S obzirom na to da su zakoni novijeg datuma, njihovi puni efekti se tek očekuju. Njima u prilog govori procena FAO da su, zahvaljujući upravo takvom preusmeravanju svojih agrarnih i prehrambenih politika, latinoameričke i karipske države spasile od gladi više od trideset miliona svojih stanovnika (FAO, 2017, p. 8).

4. Zaključak

Usvajanje Deklaracije UN o pravima seljaka i drugih ljudi koji rade u ruralnim oblastima i pozitivni trend rasta prakse država da prehrambenu suverenost ugrađuju u svoje ustave i zakone ukazuje da jača svest o potrebi promene preovlađujućeg prehrambenog i agrarnog režima. Korporativna proizvodnja hrane pretežno radi ostvarivanja profita, a manje radi zadovoljavanja osnovnih potreba ljudi, mnogima otežava pristup zdravoj, kvalitetnoj i bezbednoj hrani. Naročito su ugroženi i diskriminirani upravo mali poljoprivredni proizvođači i drugi koji žive i rade u ruralnim područjima. Glasanjem za ovu deklaraciju UN većina država je potvrdila da je preovlađujući korporativni prehrambeni i agrarni režim neodrživ, jer mnogima, a naročito siromašnima i seljacima, otežava ili onemogućava ostvarivanje prava na hranu, vodu, zemlju, seme, zdravu životnu sredinu, odlučivanje i druga ljudska prava.

Kvalitativna i uporednopravna analiza zakonskih rešenja latinoameričkih država u ovoj oblasti ukazuje na to da, i pored toga što se razlikuju u pogledu konkretnih mera i mehanizama formuliranih radi ostvarivanja prehrambene suverenosti, sve imaju isti cilj – zaštitu i realizaciju pune samostalnosti u odlučivanju o svom prehrambenom i poljoprivrednom sistemu kao preduslovu za ostvarivanje prava na hranu i drugih osnovnih ljudskih prava. U formulisanju pravnog i institucionalnog okvira ove države polaze pre svega od specifičnosti položaja ruralnog stanovništva i potreba lokalnih zajednica. Za razliku od seta ljudskih prava koja se 'nameću' *odozgo* silom međunarodnog prava ljudskih prava, značaj, snaga i održivost prava na prehrambenu suverenost je u tome što je 'nametnuto' *odozdo*, od ljudi koji nisu na pozicijama vlasti. Pored toga, ovaj koncept ukazuje na visok nivo osvešćenosti ljudi o potrebi povezivanja i odgovornog odnosa prema prirodi, ukorenjenog u tradicionalnim shvatanjima autohtonog indijanskog stanovništva o „Majci Zemlji“.

Formulisanje modela okvirnih zakona u ovoj oblasti od strane Latinoameričkog i karipskog parlamenta i Panafričkog parlamenta, kao i podrška FAO ovom procesu, potvrđuje da je sve više država koje su zainteresovane da krenu tim putem. Primećuje se da takvo interesovanje jača i u razvijenim zemljama u drugim regijama sveta,

uključivši SAD (US Food Sovereignty Alliance), Kanadu (People's Food Policy for Canada) i Švajcarsku (European Coordination Via Campesina, 2018: 27).

Analiza zakonskih rešenja u ovoj oblasti pokazuje da ona proizvode promene ne samo u ekonomskim odnosima već i u društvenoj, političkoj i socijalnoj sferi. Konkretno, realizacija prehrambene suverenosti je neraskidivo vezana za decentralizaciju, ekonomsku demokratiju, participaciju, nediskriminaciju, rodnu ravnopravnost, suzbijanje siromaštva i socijalnih razlika, zaštitu prirode, biodiverziteta i resursa i očuvanje kulture i tradicionalnog nasleđa lokalnog i domorodačkog stanovništva. Pozitivni trend rasta zakonodavne prakse i iskustava država u razradi, primeni i zaštiti ovog koncepta zaslužuju njegovo permanento praćenje, istraživanje i analizu.

Literatura

- Claeys, P. 2012. The Creation of New Rights by the Food Sovereignty Movement: The Challenge of Institutionalizing Subversion. *Sociology*, 46(5), pp. 844-860.
- Claeys, P. 2013. From Food Sovereignty to Peasants' Rights: An Overview of La Via Campesina's Rights-Based Claims over the Last 20 Years. *Food Sovereignty: A Critical Dialogue*, Yale University, 14-15 September 2013.
- Claeys, P. 2014. Via Campesina's Struggle for the Right to Food Sovereignty: From Above or from Below?. In: Lambek, N., Claeys, P., Wong, A. & Brilmayer, L. (eds.), *Rethinking Food Systems*. Dordrecht: Springer, pp. 29-52.
- Claeys, P. 2015. *Human Rights and the Food Sovereignty Movement: Reclaiming Control*. London/New York: Routledge.
- Dokmanović, M. 2019. Prehrambeni suverenitet i agroekologija iz perspektive ljudskih prava. U: Kulić, M. (ur.), *Privrednopravni okvir i ekonomski razvoj država Jugoistočne Evrope*, Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa, 14. 11. 2019. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu, pp. 269-285.
- European Coordination Via Campesina. 2018. *Food Sovereignty Now! A guide to food sovereignty*. Brussels: European Coordination Via Campesina.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO). 2019. Framework laws on the right to adequate food. *Legal Brief for Parliamentarians in Africa*, 2. Dostupno na: <http://www.fao.org/3/ca3519en/CA3519EN.pdf>, (19. 9. 2019).
- Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO). 2017. *Parliamentary fronts against hunger and legislative initiatives for the right to adequate food and nutrition: the experience of Latin America and the Caribbean 2009-2016*. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO). 2004. *Voluntary Guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national food security*, adopted by the 127th Session of the FAO Council, November 2004.

- Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. 2018. *Research Brief: The rights to food sovereignty and to free, prior and informed consent*. Lausanne. Dostupno na: https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGPleasants/Session5/GenevaAcademyResearch.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1, (15. 8. 2019).
- Golay, Ch. 2013. Legal reflections on the rights of peasants and other people working in rural areas. *Background paper prepared for the first session of the working group on the rights of peasants and other people working in rural areas, 15-19 July 2013*. Dostupno na: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGPleasants/ChristopheGolay.pdf>, (19. 8. 2019).
- Gordillo, G. & Obed Méndez, J. 2013. *Food Security and Sovereignty*. Food and Agriculture Organization of the United Nations.
- Groenmeyer, Sh. 2013. The Right to Food Sovereignty for Small Scale Farmers: Case Study of Farming Cooperatives in Limpopo Province, South Africa. *International Journal of Social Science Studies*, 1(2), pp. 168-180.
- Holt-Gimenez, E. 2010. Food Security, Food Justice, or Food Sovereignty?. *Food First Backgrounder*, 16(4), pp. 1-4.
- Pachón-Ariza, F.A. 2013. Food sovereignty and rural development: beyond food security. *Agronomia Colombiana*, 31(3), pp. 362-377. Dostupno na: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/agrocol/article/viewFile/38021/43578>, (15. 8. 2019).
- Patel, R. 2009. What does food sovereignty look like?. *The Journal of Peasant Studies*, 36(3), pp. 663/706. DOI:10.1080/03066150903143079.
- UN Human Rights Council. *Report submitted by the Special Rapporteur on the right to food Olivier De Schutter, Final report: The transformative potential of the right to food*, of 24 January 2014, A/HRC/25/57.
- UN Office of the High Commissioner. n.d. *Special Rapporteur on the right to food*. Dostupno na: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Food/Pages/FoodIndex.aspx>, (10. 9. 2019).
- World Food Programme. 2018. *Dominican Republic Interim Country Strategic Plan 2019 - 2023*. (WFP/EB.1/2019/8-A/5). Dostupno na: <https://docs.wfp.org/api/documents/da8693248cfc41b28143fc530e3df7e3/download/>, (20. 1. 2020).

Pravni izvori

- Arab Republic of Egypt. Constitution of the Arab Republic of Egypt of 2014. Dostupno na: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg060en.pdf>, (14. 8. 2019).
- Argentina. Ley VIII-75 - Creación del Programa de Soberanía Alimentaria Provincial, *Boletín Oficial*, 20 de Septiembre de 2019. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/arg193433.pdf>, (19. 3. 2020).
- Brazil. Lei n. 11.346 - Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, 15.09.2006. Dostupno na: <http://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC066189>, (2. 3. 2020).
- Colombia. Proyecto de Ley de 2014 Senado or la cual se crea el Sistema Nacional para la Seguridad Alimentaria Y Nutricional. Dostupno na: <http://leyes.senado.gov>.

- co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2014%20-%202015/PL%20054-14%20sistema%20seguridad%20alimentaria.pdf, (9. 3. 2020).
- Ecuador. Constitución del Ecuador 2008 (ref. 2011, 2015 y 2018). Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu127389.pdf>, (9. 3. 2020).
- Ecuador. Ley Organica del Regimen de la Soberania Alimentaria, *Registro Oficial Suplemento* 583, 05.05.2009. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu88076.pdf>, (9. 3. 2020).
- Ecuador. Ley orgánica reformatoria a la Ley orgánica del régimen de la soberanía alimentaria, *Registro Oficial* N° 349, 27 de diciembre de 2010. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu100001.pdf>, (9. 3. 2020).
- Estado Plurinacional de Bolivia. Ley 144 - Ley de la Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria de 26 de Junio de 2011. Dostupno na: https://www.insa.gob.bo/images/normativa/LEYES/LEY_144-Ley_de_Revolucion_Productiva_Comunitaria_Agropecuaria.pdf, (14. 8. 2019).
- Estado Plurinacional de Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado 7 Febrero 2009. Dostupno na: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf, (20. 8. 2019).
- European Economic and Social Committee, Resolution in support of a “Declaration on the rights of peasants and other persons working in rural areas”, EESC-2018-00869-00-01-PRES-TRA. Dostupno na: <https://www.eesc.europa.eu/en/documents/resolution/declaration-rights-peasants-and-other-persons-working-rural-areas>, (25. 8. 2019).
- Guatemala. Decreto No. 32-2005 - Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, *Diario de Centro América* N° 66, 2 de mayo de 2005. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/gua54616.pdf>, (9. 3. 2020).
- Honduras. Decreto No. 25-2011, Ley de seguridad alimentaria y nutricional, *La Gaceta* N° 32.561, 7 de julio de 2011. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/hon104990.pdf>, (9. 3. 2020).
- Latin American and Caribbean Parliament. 2018. Framework Law on the Right to Food and Food Sovereignty, Panama City. Dostupno na: <http://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/derecho-alimentacion-soberania-ing.pdf>, (20. 9. 2019).
- Mexico. Proyecto Estratégico de Seguridad Alimentaria. Dostupno na: https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/ECNCH/Documents/Diseño_de_evaluacion_PESA_280715.pdf, (9. 3. 2020.)
- Nepal. Constitution of Nepal of 2015 (rev. 2016). Dostupno na: https://www.constituteproject.org/constitution/Nepal_2016?lang=en, (14. 8. 2019).
- Nepal. Right to Food and Food Sovereignty Act, 2075 of 18 September 2018. Dostupno na: <http://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC186567>, (19. 3. 2020).
- Nicaragua. Ley No. 693, Ley de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional, *La Gaceta Diario Oficial* No. 133 del 16 de julio del 2009. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nic145376.pdf>, (9. 3. 2020).
- Nicaragua. Ley No. 693, Ley de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional. Texto refundido. *La Gaceta, Diario Oficial* No. 43, 4 de marzo de 2015. Dostupno na:

- <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nic145376.pdf>, (9. 3. 2020).
- Peru. Decreto Supremo No. 003-2008-AG – Crean el Consejo Nacional de Seguridad de Abastecimiento Agroalimentario, *Normas Legales, El Peruano*, 17 de enero de 2008. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/per77643.pdf>, (9. 3. 2020).
- Peru. Decreto Supremo No. 102-2012-PCM – Declara de interes y de necesidad publica la seguridad alimentaria y nutricional de la poblacion y crea la Comision Multisectorial de Seguridad Alimentaria y Nutricional, *Normas Legales, El Peruano*, 2 de diciembre de 2012. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/per130107.pdf>, (9. 3. 2020).
- República Argentina y República Bolivariana de Venezuela, Acuerdo de Cooperacion en materia de soberania y seguridad alimentaria entre la República Argentina y República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* N° 38.920, 29 de abril de 2008 (Venezuela). Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bi-89966.pdf>, (20. 1. 2020).
- República Bolivariana de Venezuela. Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, No 5.891 de fecha 31 de julio de 2008. Dostupno na: http://www.fao.org/pgrfa-gpa-archive/ven/ley_soberania.pdf, (9. 3. 2020).
- República Dominicana. Decreto No. 243-08 - Crea e integra el Consejo para la Seguridad Alimentaria de la Republica Dominicana. *Gaceta Oficial* N° 10.473, 30 de junio de 2008. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/dom140844.pdf>, (9. 3. 2020).
- República Dominicana. Ley No. 589-16 - Crea el Sistema Nacional para la Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional en la República Dominicana del 8 de julio de 2016. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/dom159064.pdf>, (9. 3. 2020).
- Rome Declaration on World Food Security of the World Food Summit, 13-17 November 1996, Rome, Italy.
- The Maine Food Sovereignty Act, *Maine Statutes*, Title 7, Chapter 8-F, PL 2017, c. 314, §1 (NEW). Dostupno na: <https://legislature.maine.gov/statutes/7/title7ch8-F.pdf>. (20. 2. 2020).
- UNGA Resolution 70/1 Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development of 25 September 2015, UN dok. A/RES/70/1.
- UNGA Resolution 72/239, United Nations Decade of Family Farming (2019-2028) of 20 December 2017, UN dok. A/RES/72/239.
- UNGA Resolution 73/165 Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas of 17 December 2018, UN Dok. A/RES/73/165.
- UNGA Resolution Universal Declaration on the Eradication of Hunger and Malnutrition of 17 December 1974, UN dok. A/RES/3348(XXIX).
- Uruguay. Ley No. 18.832 Créase la Unidad Alimentaria de Montevideo, *Diario Oficial* N° 28.348, 14 de noviembre de 2011. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/uru107893.pdf>, (9. 3. 2020).
- Uruguay. Ley No. 19.720 Se modifica la Ley Orgánica de la Unidad Alimentaria de Montevideo, 12 de diciembre de 2018. Dostupno na: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/uru182871.pdf>, (9. 3. 2020).

Internet izvori

- Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO). Hunger and food insecurity. Dostupno na: <http://www.fao.org/hunger/en/>, (10. 2. 2020).
- La Via Campesina. Dostupno na: <https://viacampesina.org/en/>, (20. 8. 2019).
- La Via Campesina. Dostupno na: <https://viacampesina.org/en/what-are-we-fighting-for/food-sovereignty-and-trade/key-documents-food-sovereignty/>, (20. 8. 2019).
- People's Food Policy for Canada. Dostupno na: <https://foodsecurecanada.org/people-food-policy>, (20.12.2019).
- US Food Sovereignty Alliance. Dostupno na: <http://usfoodsovereigntyalliance.org>, (20. 12. 2019).

Mirjana S. Dokmanović, PhD

Research Fellow, Institute of Social Sciences Belgrade, Serbia

e-mail: mdokmanovic@idn.org.rs

FOOD SOVEREIGNTY IN THE COMPARATIVE LAW

Summary

Food sovereignty is a specific concept that is, at the same time, an overarching right, an alternative model of development and a political framework, which objective is realization of the rights of local food producers and rural people to determine their own food and agriculture systems. It is about a specific “right to right to food”. The origin of the concept is in the global social movement lobbying for food sovereignty. As a result, at the end of 2018 the General Assembly of the United Nations adopted the Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas. It calls upon the states to urgently undertake measures for promoting sustainable food systems and ensuring the right to healthy and adequate food produced through ecologically sound and sustainable methods that respect their cultures.

Up-to-date, about twenty states have already integrated food sovereignty in their constitutions and legislation. There are also regional initiatives, such as those of the Latin American and Caribbean Parliament and of the Pan-African Parliament, to develop a model law that would assist states to include food sovereignty in their legislation. The subject of this paper is exploring the Latin American states' legal practice with this respect, as these states are pioneers in this field. The qualitative analysis has shown that they differ with respect to legal solutions regarding food sovereignty, due to their efforts to build upon the specificities of the rural population and the needs of local communities. The objective of the paper is to indicate the increasing practice of states in including food sovereignty in designing legislation

aiming at protecting the right to adequate food, health, healthy environment, and other basic human rights.

Keywords: food sovereignty, corporative food regime, right to food, food and agriculture policies, Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas.

Primljeno: 14.1.2020.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

SUBORDINACIJA ZAJMOVA VLASNIKA U STEČAJNOM POSTUPKU – UPOREDNOPRAVNI OSVRT**

Sažetak

Zaštita interesa poverilaca je osnovni cilj stečajnog postupka i radi ostvarenja tog cilja stvara se niz instituta kojima će se sprečiti da poverioci budu oštećeni tokom stečaja. Jedno od posebno značajnih pitanja je kako obezbediti da lica povezana sa stečajnim dužnikom ne iskoriste svoj specifičan status i pribave za sebe koristi na štetu drugih poverilaca. Poseban akcenat se stavlja na vlasnike stečajnog dužnika u situaciji kada društvu daju dodatna finansijska sredstva. Osnovno pitanje je kako će se to davanje tretirati u stečaju – kao zajam ili ulog u kapital, što sa sobom povlači određene posledice, pre svega u pogledu redosleda namirenja potraživanja.

Rad je tematski podeljen na dve celine. Prva celina obrađuje pitanja vezana za subordinaciju kao institut, dok druga ovo pitanje stavlja u kontekst pojedinih pravnih sistema. U radu se ukazuje na postojanje dve grupe prava – jedne koja subordinaciju ne poznaju kao zakonski institut i druge gde subordinacija ima zakonsko utemeljenje. U poređnom analizom obuhvaćeni su nemačko pravo koje ima višedecenijsku tradiciju primene ovog instituta koji je tokom istorije doživljavao značajne transformacije, austrijsko i špansko pravo koji su u uređenju svojih rešenja pošli od nemačkog uzora i pravo SAD kao primer sistema u kojem se subordinacija zasniva na subjektivnim kriterijumima.

Ključne reči: zajam, povezana lica, stečaj, subordinacija.

1. Uvodna razmatranja – o subordiniranim potraživanjima

Zaštita poverilaca je pitanje koje prožima sve aspekte uređenja odnosa privrednog društva i njegovih poverilaca, a posebno dobija na značaju kada za društvo nastupe finansijske teškoće. Otvaranjem stečajnog postupka fokus se u potpunosti pomera ka poveriocima koji dolaze u prvi plan. To se uočava i kroz opredeljenu svrhu stečajnog postupka koja se određuje kao „najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca“ (čl. 2 Zakona o stečaju).

* Diplomirani pravnik-master, istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: a.visekruna@iup.rs, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9944-8272>

** Ovaj rad je napisan u okviru Programa istraživanja Instituta za uporedno pravo za 2020. godinu koju podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

Opšte pravilo o ravnopravnosti poverilaca i njihovom jednakom tretmanu u stečajnom postupku (*par conditio creditorum*) po pravilu trpi određene izuzetke. Ti izuzeci mogu biti pozitivni (privilegovana potraživanja) ili negativni (subordinirana potraživanja) u odnosu na obične poverioce (Cáceres, 2013, p. 192).

Teorijska razmatranja usmerena su uglavnom na objašnjenje zašto bi pojedini poverioci trebalo da imaju privilegovan tretman, dok se manje pažnje posvećuje kategoriji poverilaca koja se namiruje nakon namirenja ostalih poverilaca (subordinirana ili sporedna potraživanja). Subordinirani stečajni poverioci su svi poverioci koji se, u skladu sa kriterijumima predviđenim zakonom ili saglasno ugovorenoj volji, isplaćuju nakon ostalih nepriviligovanih stečajnih poverilaca (Radović, 2020, p. 3).

Odgovor na pitanje zašto određena potraživanja treba da budu subordinirana nije jednoznačan. Zbog njihove različite prirode ne postoji jedinstven kriterijum koji bi odredio motive iza razlike u tretmanu potraživanja u stečajnom postupku (Villanueva García-Pomareda, 2011, p. 7). U nekim slučajevima niži rang potraživanja predstavlja sankciju (npr. kasne prijave potraživanja), nekada izvor subordinacije može biti i autonomija volje (ugovorna subordinacija), a negde je za rang ključna akcesornost potraživanja (Villanueva García-Pomareda, 2011, p. 8).

U ovu grupu najčešće se svrstavaju kamate nakon otvaranja stečajnog postupka, novčane kazne, potraživanja za besplatnu činidbu stečajnog dužnika, potraživanja prijavljena sa zakašnjenjem, potraživanja vlasnika po osnovu zajma datog društvu, potraživanja subordinirana zbog ponašanja dužnika (pravična subordinacija), potraživanja poverilaca koji su se saglasili da budu namireni poslednji (voljna subordinacija) itd. (Radović, 2005, pp. 187-190; Wood, 2007, pp. 267-271). Subordinirana potraživanja se posmatraju kao „antiteza privilegiji“, tj. kao negativni izuzetak od pravila *par conditio creditorum* i kao zakonska sankcija za određene poverioce (Cáceres, 2013, pp. 193-194).

Među navedenim, posebno interesantno je pitanje ranga potraživanja vlasnika društva. Iako je opšteprihvaćeno pravilo da se u stečaju potraživanja vlasnika nalaze na poslednjem mestu prilikom deobe stečajne mase, tokom postojanja privrednog društva, oni se, međutim, mogu naći u mnogim ulogama koje ne moraju nužno da budu povezane sa njihovim članskim statusom (Višekruna, 2017, p. 135). Tada se otvara pitanje da li odlučujuća činjenica treba da bude da je reč o članu društva, ili će se on posmatrati isključivo kroz novu ulogu koju je preuzeo, što će uticati i na njegovo mesto u stečajnim ispllatnim redovima. Najviše interesovanja izazivaju potraživanja koja članovi društva kao poverioci imaju za zajmove koje su dali društvu. Postavlja se pitanje kako tretirati te zajmove u stečaju društva – da li je vlasnicima dopušteno da traže isplatu zajma kao svi ostali poverioci i da se namiruju sa običnim (neprivilegovanim) poveriocima *pro rata* (De Weijs & Good, 2015, p. 642).¹

¹ Tretman zajmova vlasnika se fokusira na tri pitanja – da li zajmovi vlasnika treba da se rangiraju *pari passu* sa potraživanjima drugih poverilaca ili treba da budu subordinirani; da li vraćanje zajma vlasnicima treba da bude podvrgnuto određenim ograničenjima, posebno u periodu rizika od stečaja i da li posebna ograničenja treba da se primene na obezbeđena potraživanja vlasnika (Verse, 2008, p. 1109)? U radu ćemo se fokusirati samo na prvo pitanje.

2. Finansiranje društva – zajam ili unošenje uloga?

Prilikom osnivanja članovi društva unose određena sredstva u imovinu društva i po tom osnovu stižu odgovarajuće učešće u kapitalu, ali tokom postojanja kompanije oni mogu unositi i dodatna sredstva. Ovo je posebno izraženo kada se kompanija suočava sa finansijskim teškoćama, jer ona tada često ne može da obezbedi potrebna sredstva za nastavak poslovanja od drugih lica zbog loše finansijske situacije i nepostojanja imovine kojom bi mogla da garantuje vraćanje dugova (Cahn, 2006, p. 288; Lazauskaitė & Petroševičienė, 2013, p. 1801; Vutt, 2006, p. 86). U ovoj situaciji vlasnici imaju mogućnost da ne obezbede dodatno finansiranje i da pokrenu postupak prestanka društva (stečaj ili likvidacija), ili da sami obezbede potrebna sredstva. Ako se opredele da kompanija nastavi poslovanje, njihovo davanje može biti u formi dodatnih uloga (povećanje kapitala kompanije) ili zajma kompaniji (Cahn, 2006, p. 288). Otvara se pitanje u kojoj meri zakonodavac može da utiče na slobodu vlasnika da donose odluke o načinu na koji će (dodatno) finansirati svoje društvo i da li se ta sloboda može ograničiti (De Weijs, 2018, p. 418). Način finansiranja je značajan ako se ima u vidu da imovina ima zaštitnu ulogu (engl. *equity cushion*), tj. ona je prva koja apsorbuje sve gubitke tako da je njeno postojanje odraz finansijske otpornosti kompanije (De Weijs, 2018, p. 412).

Vlasnici imaju dvostruki interes da vrše pozajmice društvu koje je u finansijskim poteškoćama. S jedne strane, moguće je da društvo putem pozajmica uspešno prevaziđe nastale teškoće, što pogoduje vlasnicima društva – oni će uživati u plodovima uspeha privrednog društva, a društvo će im takođe uredno vratiti dati zajam. S druge strane, ako se društvo ne oporavi, datim zajmom se omogućava odugovlačenje otvaranja stečajnog postupka i pruža mogućnost vlasnicima da utiču na pravo namirenja drugih poverilaca društva (Radović, 2020, pp. 1-2). Prednost davanja zajma umesto unošenja kapitala ogleda se i u nižim transakcionim troškovima te transakcije, jer unošenje kapitala zahteva primenu brojnih kompanijskih pravila i procedura (Landuyt, 2019, p. 129).

Ponekad priroda ovih davanja nije jasno određena, pa se javlja dilema na koji način treba posmatrati finansijska sredstva koja vlasnici stavljaju na raspolaganje svojim kompanijama. Ona se mogu tretirati jednako kao zajmovi drugih lica, tj. davalac može zahtevati od kompanije da vrati sredstva u celosti (ili u odgovarajućoj srazmeri u stečaju). Međutim, ponekad se takvi poslovni odnosi s vlasnicima zabranjuju da bi se oni podstakli da obezbede dovoljno kapitala, tako da se predviđa poseban (nepovoljniji) režim za takve zajmove (Noack & Beurskens, 2008, p. 1).

Kako će se tretirati finansijska davanja vlasnika društvu zavisice umnogome od okolnosti konkretnog slučaja. U slučaju sumnje, verovatnije je da će sudovi okarakterisati kao zajam transakciju koja je učinjena pod tržišnim uslovima (engl. *transaction at arm's length*) (Nozemack, 1999, p. 708). To se utvrđuje korišćenjem brojnih faktora koje možemo svrstati u tri grupe (Nozemack, 1999, p. 709):

- formalnost zaključenog ugovora – nepostojanje ugovora, nejasne i neodređene odredbe navode na zaključak da je reč o ulogu u kapital, a ne zajmu (Skeel, & Krause-Vilmar, 2006, p. 269). Ovaj faktor treba da ukaže *prima facie* da li

transakcija poštuje formalnosti karakteristične za klasični zajam (terminologija korišćena u ugovoru, određivanje perioda dospelosti duga, raspored otplate, kamata, ugovaranje obezbeđenja i sl.) (Sbarbaro & Ginevri, 2014, p. 49);

- finansijska situacija društva u trenutku kada je izvršeno davanje i kako su strane tretirale dato potraživanje – sudovi posebno razmatraju adekvatnost kapitala društva i mogućnost da se obezbedi finansiranje iz spoljnih izvora (Nozemack, 1999, p. 710);
- odnos između poverioca i dužnika – potrebno je da se posmatra sveukupna veza koja postoji između dužnika i poverilaca (Sbarbaro & Ginevri, 2014, p. 50). Tako, na primer, postojanje odnosa kontrole između dužnika i poverioca opredeljuje pristup da je reč o ulogu u kapital (Nozemack, 1999, p. 711).

Svrha ovih faktora je da spreči da privid koji stvara ugovor (forma) prevlada nad suštinom finansijskog davanja kompaniji (Sbarbaro & Ginevri, 2014, p. 49). Međutim, oslanjanje na formalne faktore (prvi kriterijum) nije efikasan način da se odredi priroda davanja, već namera ugovornih strana treba da bude glavni, ako ne i jedini kriterijum na koji se treba oslanjati prilikom ovog razgraničenja, pogotovu zato što se svrha kojoj teži vlasnik-zajmodavac može otkriti samo kroz ispitivanje „suštinskih faktora“ tako da suština treba da prevlada nad formom (Sbarbaro & Ginevri, 2014, p. 49-50).

Da li će se potraživanje tretirati kao ulog ili zajam od izuzetnog je značaja za poverioca. Po pravilu, imovina stečajnog dužnika nije dovoljna da se poverioci u celosti namire, tako da će oni namiriti samo deo svog potraživanja (srazmerno namirenje), a namirenje funkcioniše po principu isključivosti između isplatnih redova, što znači da dok se ne namire poverioci višeg isplatnog reda, nije moguća raspodela stečajne mase poveriocima nižeg isplatnog reda. Stoga je poveriocima stalo da njihovo potraživanje ima što bolji rang kako bi mogli da se namire u što većem procentu.

Osnovna razlika između mogućih formi finansiranja društva od strane njegovih članova izvodi se upravo iz stečajnih pravila. Iako u oba slučaja ulaganje potiče od istog lica, njihov pravni status je dijametralno suprotan – da bi zajam bio isplaćen, podnosi se prijava potraživanja u stečajnom postupku, dok vraćanje kapitala može da se razmatra tek nakon što su sva potraživanja poverilaca namirena (Vutt, 2008, p. 86). Ova dvostruka uloga koju član-zajmodavac preuzima u društvu povezana je s različitim nivoima rizika koje donosi stečaj – ulaganje u formi kapitala izloženo je maksimalnom riziku, dok vlasnika manji rizik tereti kada se nađe u ulozi poverioca (Colina, 2016, p. 305). Kada je njihovo potraživanje subordinirano, poverioci se namiruju tek nakon namirenja svih poverilaca iz viših isplatnih redova. U nekim sistemima postoji čak i rangiranje u okviru klase subordiniranih poverilaca, tj. redosled kojim su oni u zakonu nabrojani nije slučajan, već predstavlja rezultat promišljenog akta zakonodavca (a zajmovi vlasnika se obično nalaze na dnu te lestvice) (npr. §39 Insolvenzordnung – InsO). Ako se potraživanje vlasnika umesto zajma tretira kao ulaganje u kapital, njihov položaj u stečaju postaje još nepovoljniji. Ta potraživanja su rezidualna kategorija kojoj pripada samo stečajni višak, tj. ono što ostane nakon namirenja svih poverilaca (uključujući i subordinirana potraživanja). Iz navedenog možemo izvesti zaključak da je položaj akcionara koji su dali zajam društvu loš ako se njihovo potraživanje subordinira, jer se smanjuju njihove šanse

za namirenje, ali je još gori ako se zajam tretira kao kapital, jer te šanse postaju ravne nuli.

Vlasnici su generalno svesni ovog rizika i različitog tretmana dugova i imovine u slučaju otvaranja stečajnog postupka. U slučaju nedostataka posebnih pravila, vlasnici će finansirati kompanije ne putem kapitala, već putem zajmova (De Weijs, 2018, p. 425). Stoga oni obično biraju da ne unose dodatne uloge, već radije daju zajmove u nadi da će povratiti makar deo dodatnog ulaganja ako kompanija bankrotira. Čini se da insajderi pokušavaju da tretiraju ova davanja kao zajmove kada kompanija posluje izuzetno dobro (i može da ih vrati) ili veoma loše (kada se nad njom otvara stečajni postupak), a kao uloge kada nije izvesno kakvo je poslovanje kompanije (Skeel & Krause-Vilmar, 2006, p. 268).

Ako se zakonodavac opredeli za specifičan status zajmova vlasnika u stečajnom postupku, postoje različiti načini na koje se mogu postići željeni rezultati. Možemo uočiti dva osnovna pristupa: subordinacija – zajam se stavlja u niži isplatni red nego što bi to bio slučaj da je reč o redovnim okolnostima – ili rekarakterizacija – zajam se tretira kao ulog u kapital.

3. Subordinacija potraživanja vlasnika

3.1. Vrste subordinacije

Subordinacija se odnosi na „preuređivanje“ razvrstavanja poverilaca u stečajnom postupku i nije povezana s pitanjem punovažnosti ili zakonitosti potraživanja. Subordinirano potraživanje može biti punovažno i izvršivo, ali će biti plaćeno kasnije nego što bi inače to bio slučaj prilikom raspodele stečajne mase (UNCITRAL, 2004, p. 268). Subordinirani zajam je uslovno potraživanje zajmodavca prema kompaniji, a uslov koji aktivira isplatu je da su prethodno namirena potraživanja svih ostalih poverilaca u kompaniji (Vutt, 2008, p. 87). Subordinacija se može postići na dva načina. Potraživanje može biti subordinirano na osnovu zakona, uz postojanje standarda koji propisuju uslove za primenu te norme (Vutt, 2008, p. 87). Druga mogućnost je da se ovo pitanje reguliše u ugovoru o kreditu ili da bude predmet posebnog ugovora koji definiše pravni odnos subordinacije (Lazauskaitė & Petroševičienė, 2013, p. 1800). Ugovorne strane mogu biti zajmodavac i zajmoprimac (kompanija), ali je moguće i da ugovor o subordinaciji bude zaključen između dva ili više poverilaca, a da kompanija ne bude ugovorna strana (Vutt, 2008, p. 87). Ugovorna subordinacija je usmerena isključivo na ostvarivanje interesa ugovornih strana (npr. dužnika i tog poverioca), dok je, za razliku od nje, zakonska subordinacija pravni instrument koji funkcioniše u interesu ostalih dužnikovih poverilaca (Veiga Copo, 2006, p. 11).

Drugi osnov razlikovanja pravila o subordinaciji je da li se ona zasniva na objektivnim ili subjektivnim kriterijumima (Radović, 2020, p. 3; Mba, 2019, p. 57). U pravnim sistemima koji poznaju subordinaciju zasnovanu na objektivnim kriterijumima reč je uglavnom o automatskoj subordinaciji, tj. ako su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi, potraživanje se svrstava u odgovarajući (po pravilu poslednji) isplatni red. Tipičan predstavnik sistema zasnovanog na subjektivnim kriterijumima je američko pravo gde sudovi donose odluku da subordiniraju potraživanja ako procene da postoje opravdani razlozi da se potraživanje poverioca subordinira – tzv. pravična subordinacija (engl.

equitable subordination) (Radović, 2020, p. 3). U ovom slučaju (ne)pravično ponašanje vlasnika je centralni element na osnovu koga se određuje da li će potraživanje vlasnika biti subordinirano (Mba, 2019, p. 48).

3.2. Izuzeci od primene subordinacije

U nastojanju da obezbedi zaštitu poverilaca od mogućih manipulacija od strane lica povezanih sa stečajnim dužnikom, stečajno zakonodavstvo korpusu mehanizama zaštite pridružuje i pravila o subordinaciji potraživanja lica povezanih sa stečajnim dužnikom. Potreba da se drugim poveriocima pruži zaštita od ovih lica proizlazi iz činjenice da se oni smatraju „insajderima“ koji su mnogo bolje upoznati s poslovanjem i finansijskim stanjem dužnika od ostalih poverilaca i da te informacije mogu da iskoriste da za sebe pribave neku korist koja će ići na štetu ostalih poverilaca (Cahn, 2006, p. 296; Müllbert, 2006, p. 397). Pored toga, potreba za pravičnošću u raspodeli rizika u slučaju finansijskih teškoća dužnika navodi na specifičan tretman ove kategorije poverilaca.

U definisanju norme kojom se opredeljuje tretman zajmova vlasnika neophodno je da se pronađe prava mera između potrebe zaštite poverilaca i potrebe da se društvu ne zatvore vrata za pribavljanje sredstava od vlasnika koji su često jedini voljni da obezbede sredstva u finansijskim teškoćama. Upravo s tim ciljem se i uvode određeni izuzeci od primene pravila o subordinaciji kako bi se ograničio opseg njene primene.

3.2.1. Personalni izuzeci

Položaj vlasnika društva se po pravilu proučava kroz širi kontekst lica povezanih sa stečajnim dužnikom. Ta lica mogu da se definišu kao lica koja imaju određenu vezu s dužnikom, bilo da je ona pravna, ekonomska ili lična (porodična) (Veiga Copo, 2006, p. 44; UNCITRAL, 2004, p. 146).

Način na koji su definisana povezana lica u velikoj meri određuje domen primene norme o subordinaciji, ali ima uticaja i na poslovne transakcije. Ako je preširoko postavljena, norma može dovesti do zloupotreba sa ciljem da se izbegne primena pravila o subordinaciji, što dovodi do apsurdne situacije – norma je uvedena da bi se sankcionisao privilegovan položaj povezanih lica i destimulisalo njihovo prevarno ponašanje, a njena preterana širina može da dovede upravo do suprotnih rezultata i novih zloupotreba.²

² Takav je slučaj, na primer, u Slovačkoj, gde je predviđeno da se povezanim licima smatraju sva lica koja su bila ili jesu povezana sa stečajnim dužnikom, nezavisno u kom trenutku je to bio slučaj. Ove odredbe su uvedene sa ciljem da se izbegnu zloupotrebe, ali one zapravo mogu podstaći privredne subjekte da putem različitih konstrukcija zamaskiraju postojanje veze. Posebno problematično je to što se odredba primenjuje i na lica koja su bila povezana u bilo kom trenutku u prošlosti. To može biti problematično posebno za društva koja su pre postupka privatizacije 1989. godine bila u državnom vlasništvu (posebno banke i velike kompanije), što bi moglo dovesti do situacija da potraživanja banaka budu subordinirana u stečajnom postupku, jer su u jednom trenutku (pre nekoliko decenija) imale istog vlasnika kao i kompanija kojoj su dale zajam (Stangl Lutz & Steinecker, 2012, p. 2). Kako bi se izbegle ovakve situacije, potrebno je da se norma tumači i primenjuje restriktivno – u najužem mogućem smislu (Stangl Lutz & Steinecker, 2012, p. 2).

Upravo iz tog razloga određene kategorije lica izuzimaju iz primene pravila o subordinaciji (personalni izuzeci). Najčešći razlog je ograničeno učešće u kompaniji u pogledu imovine i upravljanja. Kod određivanja kruga povezanih lica moguće je opredeliti se za rešenje gde se nabrajaju izuzeci od opšteg pravila, tj. na koga se neće primenjivati pravila o subordinaciji ili za rešenje gde se nabrajaju sva lica koja se mogu smatrati povezanim sa stečajnim dužnikom i na koja će se pravilo primenjivati. Ako se zakonodavac opredeli za drugu opciju, štede se vreme i sredstva u stečajnom postupku jer ne mora da se preispituje da li su ta lica imala neke dodatne informacije ili su doprinela nastupanju stečaja (Villanueva García-Pomareda, 2011, p. 13). Ako se uzme da je nabrojani krug lica *numerus clausus*, time se omogućava da druga lica koja su mogla aktivno da doprinesu nastupanju stečaja ili koja su imala kontrolu nad društvom ostaju izvan ovog kruga (Villanueva García-Pomareda, 2011, p. 15). Upravo iz tog razloga se kritikuje španska norma jer se smatra da je krug nabrojanih lica zatvoren i da je zakonska pretpostavka neoboriva, tako da se ne može preispitivati da li je pobrojano lice znalo za situaciju u kojoj se dužnik nalazi (Villanueva García-Pomareda, 2011, p. 14; Colina, 2016, pp. 195-196). To se može negativno odraziti na želju tog lica da unese dodatna sredstva.

Po pravilu se krug lica koja su isključena iz domena primene pravila o subordinaciji vezuje za određen procenat učešća u kapitalu. Subordinacija se tako ograničava na subjekte koji, po pravilu, imaju značajan uticaj na upravljanje kompanijom (Verse, 2008, p. 1113). Zakonodavac se oslanja na stepen kontrole koji vlasnik (može da) ima nad društvom i smatra da lica koja poseduju manje od donje granice neće biti u mogućnosti da donose odluke o finansiranju u ime dužnika i kao takvi ne treba da budu sankcionisani (Mba, 2019, p. 56). U nemačkom pravu je to slučaj s licima koja imaju ispod 10% učešća u kapitalu, a nemaju upravljačku poziciju u društvu (nem. *geschäftsführende Gesellschafter*)(§39(5) InsO).

Španija je definisala krug povezanih lica s dužnikom pozitivnom enumeracijom tako da se lica koja ne spadaju u taj krug neće smatrati povezanim. U krug posebno povezanih lica čija se potraživanja subordiniraju spadaju i vlasnici društva koji imaju učešće u kapitalu od najmanje 5% u slučaju kotiranih društava, odnosno 10% u slučaju da društva nisu kotirana. Kako zakonodavac ništa ne precizira, smatra se da je reč o svim hartijama od vrednosti koje izdaje dužnik, uključujući i akcije bez prava glasa i druge atipične vrednosnice (npr. opcije i varanti) (Colina, 2016, p. 287). Polazi se od neoborive pretpostavke da ta lica imaju više informacija od drugih poverilaca (asimetrija informacija) i da mogu da utiču na formiranje volje društva (Colina, 2016, pp. 273, 288). Pozadina te odluke se preispituje, jer se smatra da oni nisu ništa bolje informisani ili da imaju nešto šira prava od drugih članova društva, posebno ako se ima u vidu da je pravo na informisanje individualno pravo svakog člana (Villanueva García-Pomareda, 2011, p. 16). Takođe se dovodi u pitanje u kojoj meri će lica s tim procentom učešća u kapitalu moći da utiču na formiranje volje u društvu (Colina, 2016, p. 290). Postavilo se i pitanje u kom trenutku je potrebno da postoji to učešće u kapitalu da bi se primenjivale norme o subordinaciji. Španski zakonodavac jasno kaže da je reč o trenutku kada je *kredit odobren*. Dakle, ova pravila će se primenjivati na lica koja imaju relevantni ulog *ab initio* (od nastanka dužničko-poverilačkog odnosa), ne i kada su kasnije stekla relevantno učešće u kapitalu.

U Austriji se subordiniraju zajmovi vlasnika ako on ima direktno ili indirektno kontrolno učešće u kapitalu dužnika, ili ima udeo od najmanje 25% ili ima dominantan uticaj nad dužnikom (§5 Eigenkapitalersatzgesetz – EKEG). Smatra se da kontrolno učešće postoji kada vlasnik ima većinu glasačkih prava ili kada ima pravo da bira ili razrešava većinu članova organa upravljanja ili nadzora, kada ima posebno pravo da bude član organa upravljanja, kada ima pravo da donosi odluke na osnovu ugovora s jednim ili više članova društva, kada omogućava članu da vrši kontrolni uticaj, što se pretpostavlja kada on ima makar 25% glasačkih prava, a niko drugi nema makar ekvivalentna glasačka prava (§5(2) EKEG).

U Nemačkoj je pored učešća u kapitalu personalni izuzetak vezan i za potraživanja vlasnika koji su ušli u kompaniju tokom krize pokušavajući da sačuvaju kompaniju odobravanjem zajmova (nem. *Sanierungsprivileg*).³ Reč je o licima koja su stekla udeo u društvu u svrhu oporavka kompanije i na koja se, dok se kompanija ne oporavi, neće primenjivati pravila o subordinaciji za postojeće ili nove zajmove ili ekonomski ekvivalentne transakcije (§39(5) InsO). Za primenu ove norme potrebno je da to lice nije ranije bilo član društva (ili da je imalo manje od 10% učešća u kapitalu) (Simon & Brünkmans, 2018, p. 362), da je svrha sticanja udela u društvu isključivo njegova sanacija i da je sticanje izvršeno u toku (preteće) nesposobnosti za plaćanje ili prezaduženosti. U ovom slučaju je procenat učešća u kapitalu koji se stiče nebitan (Hoegen & Prüfer, 2018, p. 558). Ovaj izuzetak nije vremenski neograničen, već važi dok god je potrebna održiva sanacija, ali nije sasvim jasno kako se određuje ova činjenica. S jedne strane, ima mišljenja da se ovaj cilj postiže kada se usvoji plan reorganizacije, dok se, s druge strane, zastupa stav da se krajnji cilj postiže tek kada je kompanija u mogućnosti da vrati te zajmove ili da ih refinansira pod tržišnim uslovima (Tschauner, 2018, p. 764). Simon & Brünkmans (2018, p. 363) pominju kao dva antipoda vremenski okvir određen planom ili ponovo uspostavljenu kreditnu sposobnost u periodu dužem od dvanaest meseci. Tipični primeri transakcija kod kojih se ovaj izuzetak primenjuje su *loan-to-own* i *debt-to-equity swap* strategije (Simon & Brünkmans, 2018, p. 362).

3.2.2. Predmetna ograničenja

Pored personalnih izuzetaka, zakonodavci po pravilu domen primene pravila o subordinaciji ograničavaju i predmetno. Naime, zakonodavac prepoznaje da se članovi društva mogu po različitim osnovima pojaviti kao poverioci društva, ali da svako od tih potraživanja ne zavređuje nužno da bude subordinirano.⁴

Predmetni domen pravila o subordinaciji se najčešće određuje tako da se ona primenjuju na zajmove koje su vlasnici dali društvu, a često se u ovu grupu potraživanja svrstavaju i davanja analogne prirode. Zakonodavac najčešće ne precizira šta se tačno

³ Gelter & Roth (2007, p. 43) ovaj izuzetak označavaju kao faktički izuzetak zasnovan na izgledima za uspeh pokušaja spasavanja radi koga je odobren zajam.

⁴ Tako se, na primer, postavilo pitanje da li to važi za potraživanja vlasnika kao oštećenih od strane kompanije (posebno u kontekstu prevara u vezi sa hartijama od vrednosti) (vid. Višekruna, 2017).

pod tim podrazumeva, tako da nije uvek jednostavno utvrditi koji poslovi se smatraju zajmovima ili analognim prestacijama (Villanueva García-Pomareda, 2011, p. 22). U te „ekvivalentne tehnike finansiranja“ mogu da se ubroje i situacije kada se vlasnik uzdrži od podnošenja zahteva za naplatu dospelog potraživanja prema kompaniji (nem. *Stehenlassen*) ili ako vlasnik da obezbeđenje za kredit koji kompanija uzme od trećeg lica (Müllbert, 2006, p. 395). U španskom pravu je, usled kritika, prilikom izmena zakona uveden izuzetak od pravila o subordinaciji za potraživanja članova društva koja ne predstavljaju zajam ili radnje slične svrhe (šp. *préstamos o actos con análoga finalidad*), pod uslovom da ispunjavaju i zahteve u pogledu učešća u kapitalu (čl. 281, st. 1, tač. 3 LC). Posebno nejasno ostaje šta su „radnje slične svrhe“. Ovaj pojam se razume kao pokušaj zakonodavca da uključi one operacije koje omogućavaju finansiranje poslovanja društva ili unos gotovine iz ugovora koji nisu ugovor o kreditu i koji se podjednako upotrebljavaju u poslovnim transakcijama (Colina, 2016, p. 202).

Austrijsko pravo predmetni domen primene određuje i definisanjem šta se neće podrazumevati kreditom za potrebe primene zakona kojim se reguliše subordinacija. U § 3 EKEG, ističe se da se pod kreditom neće smatrati novčano davanje s rokom dospelosti do šezdeset dana, kredit u robi koji je stavljen na raspolaganje društvu na period do šest meseci, ili kredit koji je dat pre krize, a u toku njenog trajanja se produžava rok njegovog važenja ili je njegova otplata odložena.

3.3. Pravne posledice subordinacije

Najznačajnija posledica subordinacije je promena redosleda namirenja tako da se vlasnici-poverioci namiruju u poslednjem isplatnom redu tek nakon svih ostalih poverilaca. Posledično, to potraživanje se najčešće neće namiriti zbog nedovoljne stečajne mase, ili će se namiriti u jako malom procentu. U pojedinim sistemima uspostavlja se i hijerarhija u okviru klase subordiniranih potraživanja, tako da potraživanje nižeg ranga ne može da se namiri pre namirenja potraživanja višeg ranga (vid. Veiga Copo, 2006, p. 12). Redosled subordiniranih potraživanja u tom slučaju odražava sličnu logiku kao i stečajni isplatni redovi – vlasnici se namiruju poslednji.

Takođe, subordinacija potraživanja može da ima i druge posledice. Licu čija su potraživanja subordinirana oduzima se svaka mogućnost uticaja i odlučivanja na osnovu koje bi mogao da manipuliše u stečajnom postupku (Veiga Copo, 2006, p. 11). Na primer, moguće je da se ograniči pravo subordiniranih poverilaca da prijavljuju svoja potraživanja, da glasaju, da se namire u stečajnom postupku (Schihalejev, 2018, p. 53) ili da se biraju u neki od poverilačkih organa. Pravo vlasnika-zajmodavaca da učestvuju u stečajnom postupku može prouzrokovati brojne probleme za ostale poverioce zbog uticaja koji ova lica mogu imati na tok postupka ako im se dopusti da ravnopravno s drugim poveriocima učestvuju u radu poverilačkih organa (Schihalejev, 2018, pp. 61, 63).

Brojni su primeri ograničenja u uporednom pravu. Na primer, u Španiji subordinirani poverioci gube pravo glasa u skupštini poverilaca, ali ne i pravo učešća u njenom radu (art. 352 LC). U nemačkom pravu posledica subordinacije potraživanja je da

ti poverioci (*nachrangige Gläubiger*) ne mogu da traže sazivanje skupštine poverilaca (§75 InsO), niti da glasaju na njoj (§77 InsO). Međutim, oni mogu da prisustvuju sednicama i da se informišu o toku postupka. Takođe je predviđeno (§174(3) InsO) da ovi poverioci podnose prijavu potraživanja samo ukoliko im to izričito zatraži stečajni sud.

Subordinacija potraživanja vlasnika pozitivno utiče na položaj ostalih poverilaca *ex post* jer se stepen njihovog namirenja povećava u onoj meri u kojoj su potraživanja vlasnika subordinirana (Landuyt, 2019, p. 122),⁵ ali i *ex ante* jer pretnja subordinacijom utiče na vlasnike da ne odobre zajam kompaniji koja verovatno neće opstati (Gelter & Roth, 2007, p. 40).

Subordinacija može imati još jednu (nenameravanu) praktičnu posledicu. Naime, ako je režim previše strogo postavljen, on može ograničiti izvore finansiranja društva u finansijskim teškoćama u periodu kada su mu dodatna sredstva preko potrebna.

3.4. Odnos subordinacije i rekarakterizacije

Drugi mogući pristup u tretiranju finansijskih sredstava koja su vlasnici dali društvu je da se data sredstva smatraju ulogom, a ne zajmom, u kom slučaju govorimo o primeni instituta rekarakterizacije. Doktrina rekarakterizacije se obično spominje u kontekstu američkog prava, gde je izgrađena kroz sudsku praksu. Sudovi prilikom primene ovog instituta koriste test od jedanaest faktora na osnovu koga procenjuju da li je reč o zajmu ili ulogu. Nijedan od faktora nema presudan uticaj na donošenje konačne odluke, a sam pristup zavisi od specifičnih okolnosti stečajnog postupka (Radulović, 2014, pp. 36-38; Mba, 2019, p. 50).

Između rekarakterizacije i subordinacije nema razlike u rezultatu, ali ona postoji kada je reč o načinima na koje se postiže taj rezultat (Mba, 2019, p. 49). Rekarakterizacija se razlikuje od subordinacije po tome što se ne zahteva dokazivanje da je vlasnik postupao nepravično i što se potraživanje vlasnika tretira kao imovina, umesto da se prosto podređuje drugim potraživanjima poverilaca (Skeel & Krause-Vilmar, 2006, p. 265). Time se postiže efekat sličan subordinaciji, a da se ne zahteva dokazivanje nepravičnog ponašanja (Skeel, & Krause-Vilmar, 2006, p. 266). I u ovom slučaju dolazi do specifičnog vida subordinacije, jer se potraživanje vlasnika po osnovu „uloga“ namiruje tek kada su namirena potraživanja ostalih poverilaca (Nozemack, p. 706). Za razliku od subordinacije gde se vlasnik i dalje smatra poveriocem, ali ima niži rang prioriteta u namirenju, kod rekarakterizacije poverilac učestvuje u raspodeli stečajne mase kao vlasnik, čime se njegov položaj dodatno pogoršava (Radović, 2017, p. 198).

⁵ Pitanje da li vlasnici imaju pravo da učestvuju u raspodeli stečajne mase kao obični neobezbeđeni poverioci često igra odlučujuću ulogu u tome koliko će se namiriti drugi neobezbeđeni poverioci. Navodi se primer stečaja kompanije *Louwerier* gde je vlasnik tražio da namiri potraživanje od 758 486 evra. U slučaju subordinacije, obični poverioci bi bili isplaćeni 100%, a ako bi vlasnik učestvovao u raspodeli, procenat namirenja bi pao na 40-45% (De Weijs, 2018, p. 421).

4. Uporednopravna rešenja

Kada razmatramo temu subordinacije potraživanja vlasnika društva, možemo govoriti o dve grupe sistema.

U prvu grupu spadaju države u kojima ne postoji zakonska subordinacija zajmova članova društva. To, međutim, ne znači da ovaj institut nije prisutan i u tim sistemima, bilo kroz institut ugovorne subordinacije, bilo kroz subordiniranje tog potraživanja (ili nalaženje opravdanja za to) na osnovu neke druge norme.⁶ Iako je reč o institutu privatnog prava, nisu retki slučajevi (pokušaja) analogne primene postojećih instituta javnog prava.⁷ Predstavnici ovog režima su Ujedinjeno Kraljevstvo,⁸ Francuska, Holandija.⁹

U drugu grupu spadaju države gde je subordinacija zajmova vlasnika (ili šire povezanih lica), izričito predviđena zakonom. U okviru ove grupe, možemo govoriti o dva dijametralno suprotna pristupa – automatska subordinacija zajmova vlasnika društva (uz određene izuzetke) i zakonom ustanovljena mogućnost da se subordinira zajam vlasnika ako sud nađe da je to pravično. Prvi pristup je karakterističan za sisteme kontinentalnog prava, dok je glavni predstavnik drugog pristupa pravo SAD.¹⁰

4.1. Nemačko pravo

Istorija subordinacije zajmova vlasnika (*Gesellschafterdahrlehen*) seže u tridesete godine XX veka (vid. Verse, 2008). U početku je ovo pitanje bilo samo rezultat sudske prakse, da bi osamdesetih godina bilo kodifikovano u kompanijskom zakonu, ali samo za društva sa ograničenom odgovornošću (GmbH). Savezni sud našao je da ranija sudska praksa i dalje ostaje na snazi tako da su se gotovo tri decenije paralelno primenjivala dva izvora – sudska praksa i norme kompanijskog zakona. Osnovno opravdanje pravila o subordinaciji u tom periodu bilo je da je vlasnik sam odgovoran za odluke o finansiranju

⁶ Na primer, sudovi u Japanu, koji ne poznaje pravilo o subordinaciji, oslanjali su se na različite principe i zakonska pravila – princip dobre vere, princip jednakosti poverilaca u stečajnom pravu, pravila kompanijskog prava o zaštiti poverilaca ili su posmatrali subordinaciju kao izuzetak od pravila o ograničenoj odgovornosti (Masuda, 2018, pp. 6-8).

⁷ Tako su se, na primer, u Holandiji sudovi najčešće pozivali na odredbe poreskog prava i nastojali da analogno primene njegov rezon ispitivanjem da li je dati zajam zapravo neformalni ulog u društvo.

⁸ Iako je Korkov komitet prilikom reforme stečajnog zakona 1985. godine izneo predlog da se uvedu pravila o subordinaciji, to nije učinjeno. Norma koja bi se eventualno mogla koristiti u tu svrhu je odredba čl. 215 Stečajnog zakona (Insolvency act) koja predviđa subordinaciju, ali samo za potraživanja direktora, i to pod uslovom da su osuđeni za *wrongful trading* ili *fraudulent trading*. Primena ove norme moguća je na vlasnike društva samo u slučaju da je vlasnik ujedno i direktor, bilo *de iure* ili faktički, odnosno direktor u senci.

⁹ U Holandiji je uprkos nedostatku zakonskih pravila bilo sudskih odluka gde su sudovi subordinirali potraživanja vlasnika, ali kako je bilo i suprotnih odluka, ne može se reći da je stav sudske prakse ujednačen. Vlasnici su koristili tu situaciju i često se pojavljivali kao najveći i ujedno i obezbeđeni poverioci. Tako se u stečaju jednog od najvećih maloprodajnih holandskih lanaca V&D američki vlasnik *Sun Capital* pojavio kao poverilac sa založnim pravom na celoj imovini dužnika i s prioritetom u namirenju u odnosu na sve ostale poverioce (De Weijs, 2018, p. 419).

¹⁰ U literaturi se ističe da se pristup koji predviđa italijansko pravo po svojim osobinama približava američkom modelu (Gelter & Roth, 2007, p. 43).

koje je doneo kada je kompanija u krizi i da treba da snosi posledice svoje odluke (nem. *Finanzierungsverantwortung*) (Verse, 2008, p. 1114). Za primenu pravila bilo je ključno da kompanija prolazi kroz „krizu“, a da je vlasnik dao zajam kako bi ona opstala ili je „ostavio“ zajam koji je odobren pre krize, tj. nije iskoristio priliku da traži zajam nazad, iako je bio svestan finansijskog stanja kompanije (Huber & Habersack, 2006, p. 312). Pojam krize nije bio određen u zakonu, već je njega razradila praksa Saveznog suda. Smatralo se da je preduslov krize ispunjen kada je društvo prezaduženo ili nesposobno za plaćanje ili da drugo lice koje nije vlasnik ne bi odobrilo zajam pod takvim uslovima (Verse, 2008, p. 1112).

Temeljna reforma propisa 2008. godine donela je nekoliko izmena u ovoj oblasti. Pre svega, pravila o subordinaciji su unifikovana i ujednačena za sve oblike privrednih društava. Odredbe o tretmanu zajmova vlasnika društva su kodifikovane u stečajnom zakonu. Praktična posledica te izmene je da se i na strane kompanije koje imaju centar poslovnih aktivnosti u Nemačkoj primenjuju pravila o subordinaciji.

Pravila su znatno pojednostavljena – svi zajmovi vlasnika (uz nekoliko izuzetaka) po sili zakona se subordiniraju. Time se otklanjaju brojne nedoumice koje je ranije rešenje stvaralo – nema više potrebe da se preispituje da li je društvo bilo u stanju krize kada je zajam odobren, što je bio jedan od uslova primene ranijeg pravila. Sama činjenica da je vlasnik dao zajam dovoljna je da on bude subordiniran tako da nije potrebno ispitivati kreditnu sposobnost kompanije, čime i pitanje da li su zajmovi dati tokom krize gubi smisao (Bahadur, 2012, p. 27). Iako novo pravilo doprinosi sigurnosti i izvesnosti, to čini na račun spremnosti akcionara da finansiraju društvo putem zajma, što se odražava na krug potencijalnih izvora finansiranja (Mba, 2019, p. 55). To je posebno značajno za društva koja tek započinju poslovne aktivnosti (start up kompanije).

Po pravilu pitanje da li je zajam dat u periodu krize ili ne i nije od suštinskog značaja, jer najčešće svakom stečaju prethodi kriza (Verse, 2008, p. 1113). Izuzetak su slučajevi kada uspešna kompanija kao rezultat egzogenog šoka dospe u stečaj tako iznenada da vlasnik nije imao vremena da reaguje na krizu pre pokretanja stečajnog postupka. U tom slučaju odluka nije doneta kada je kompanija bila u krizi, tako da prema starim pravilima njegovo potraživanje ne bi bilo subordinirano, dok bi prema novim pravilima to bilo nebitno, jer bi zajam svakako bio subordiniran (Verse, 2008, p. 1114). Iako se na prvi pogled čini kao konstatacija teorijskog karaktera, ova razlika dobija na značaju danas u eri pandemije virusa Covid-19. Kao deo paketa mera koje se usvajaju radi otklanjanja posledica virusa na privredu, pojavljuje se i pitanje tretmana zajmova vlasnika društva. U onim državama koje predviđaju subordinaciju ovih potraživanja, predviđeno je da se te norme određeni period neće primenjivati, jer bi zbog pravila o automatskoj subordinaciji njihova primena bila neizbežna.

4.2. Austrijsko pravo

Razvoj instituta subordinacije u austrijskom pravu je bio inspirisan nemačkim rešenjima, ali austrijski pristup ima i određene osobenosti i u određenim aspektima

odstupa od svog uzora. Prilikom kodifikacije pravila o tretmanu zajmova vlasnika društva, zakonodavac se odlučio za donošenje posebnog zakona koji se isključivo bavi tom tematikom (Eigenkapitalersatzgesetz – EKEG). Zakon ne predviđa automatsku subordinaciju svih zajmova vlasnika, već na tragu ranijih nemačkih rešenja ograničava se samo na zajmove koji su dati u „krizi“.

Kada se porede s nemačkim, austrijska pravila su manje stroga (jer ne zahtevaju subordinaciju svih potraživanja vlasnika), a istovremeno su složenija, jer zahtevaju da se razmatra postojanje krize. Međutim, za razliku od ranijeg nemačkog rešenja, uvedena je zakonska pretpostavka kada će se smatrati da je društvo u krizi (ako je prezaduženo, nesposobno za plaćanje ili ako postoji potreba za reorganizacijom, što se pretpostavlja ako je stepen kapitalizacije manji od 8%, a fiktivni period otplate kredita duži od petnaest godina). Iako uvođenje elementa krize u regulisanje subordinacije može da se odrazi na pravnu sigurnost i jednostavnost pravila, činjenica da je pojam jasno određen čini austrijsko rešenje mnogo manje problematičnim od ranijeg nemačkog (Bahadur, 2012, p. 30). Personalni domen primene pravila je uređen tako da zajmovi lica koja imaju manje od 25% učešća u kapitalu, kao i licâ koja nisu direktori kompanije, neće biti subordinirani (§5 EKEG). Vremenski i personalni domen pravila o subordinaciji čini austrijski režim manje strogim od nemačkog koji predviđa subordinaciju svih potraživanja vlasnika, nezavisno od vremena i okolnosti pod kojima su dati (Bahadur, 2012, p. 28). Austrijsko rešenje se ocenjuje kao vrlo atraktivno jer nastoji da napravi razliku između zajmova koje bi samo vlasnik dao i zajmova koje bi moglo da odobri i neko drugo lice. Zakonom postavljeni pragovi sprečavaju debate i sudske rasprave (De Weijs & Good, 2015, p. 645).

4.3. Špansko pravo

Subordinirana potraživanja u španskom pravu su postala deo sistema razvrstavanja poverilaca u isplatne redove 2003. godine. Polazeći od napred navedene podele pravila o subordinaciji, špansko pravo spada u red pravnih sistema koji poznaju zakonsku subordinaciju potraživanja lica povezanih sa stečajnim dužnikom zasnovanu na objektivnim kriterijumima. Zakonodavac ne uzima u obzir ponašanje datog poverioca ili finansijsko stanje društva, već je dovoljno samo da potraživanje pripada grupi potraživanja koja su nabrojana u zakonu (Veiga Copo, 2006, p. 16). Poseban interes koji poverilac ima u društvu je dovoljan razlog za subordinaciju potraživanja (Huber & Habersack, 2006, p. 316). Norma ne ostavlja mesta za sumnju jer posmatra sve poverioce koji spadaju u ovu kategoriju na jednak način, ostavljajući po strani mogućnost da *a priori* određena potraživanja ovih poverilaca mogu biti „ispravna“ (Veiga Copo, 2006, p. 16). Nije svaki izvor finansiranja koji potiče iz unutrašnjih krugova štetan. Možemo zamisliti situaciju u kojoj dužnik ne može da pribavi potrebna sredstva od banke ili drugih poverilaca, osim od svojih vlasnika, a koja su odlučujuća za njegov opstanak i nastavak poslovanja (Colina, 2016, p. 279).

Rešenje se u teoriji smatra preteranim (Veiga Copo, 2006, p. 41). Posebno se kritikuje način na koji je postavljena definicija ove kategorije subordiniranih potraživanja. Ovakvom

definicijom zakonodavac odstupa od objektivnosti koja je karakteristična za druge vidove subordiniranih potraživanja i prelazi na teren subjektivnih okolnosti poverioca (Veiga Copo, 2006, p. 44; Villanueva García-Pomareda, 2011, p. 9). Samo zbog činjenice da je reč o licu koje ima posebnu vezu s dužnikom, njegovo potraživanje se subordinira zato što se pretpostavlja da [lice] ima više informacija u odnosu na druge poverioce, ali mu se ne pruža mogućnost suprotnog dokazivanja (Veiga Copo, 2006, p. 43). Ova kategorija subordiniranih potraživanja se vezuje za osobenosti i karakteristike titulara prava, a ne osobenosti samog potraživanja (Colina, 2016, p. 189). Potraživanja se subordiniraju nezavisno od toga da li je finansijska situacija dužnika poznata poveriocu, kao i nezavisno od toga da li je nastupila šteta za stečajnu masu i druge poverioce (Colina, 2016, pp. 190-191).

Iako je ideja da se privilegovana i subordinirana potraživanja pojave kao izuzeci od opšteg pravila, broj slučajeva koje ove dve kategorije obuhvataju je veliki, tako da se čini da inicijalna ideja zakonodavca o „izuzetku“ nije u skladu s tekstom člana (Villanueva García-Pomareda, 2011, pp. 6-7).

4.4. Pravo SAD

Pravo SAD se nalazi na drugom kraju spektra pravnih sistema koji poznaju subordinaciju potraživanja. Reč je o subordinaciji koja svoje temelje ima u zakonu, ali za razliku od većine drugih sistema koji poznaju ovaj institut, velika uloga prepuštena je diskrecionoj odluci suda. To se može objasniti i specifičnostima američkog sudskog sistema gde ne samo da sudska praksa predstavlja izvor prava već je sudovima pružena znatno veća sloboda u iznalaženju kreativnih rešenja u primeni norme. Upravo zbog toga u većini evropskih sistema subordinacija ima objektivni i automatski karakter (Veiga Copo, 2006, p. 54).

Koreni instituta pravične subordinacije u američkom pravu vezuju se za sudsku odluku u slučaju *Deep Rock*. Narednih decenija doktrina se razvijala kroz sudsku praksu, da bi je 1978. godine Kongres kodifikovao kao deo reforme stečajnog prava. Prema nacrtu zakona, trebalo je da potraživanja „insajdera“ budu automatski subordinirana, a stečajni sud bi imao diskreciono ovlašćenje da subordinira ostala potraživanja kada to okolnosti nalažu. Zakonodavac je na kraju odustao od dela inicijalnog predloga koji se odnosi na automatsku subordinaciju, dok je odredbe o diskrecionoj subordinaciji zadržao (Skeel & Krause-Vilmar, 2006, pp. 264-265). Danas je ovaj institut regulisan u odeljku 510(c) Stečajnog zakona (US Bankruptcy Code).

Uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi se ovaj institut primenio prvi put su izloženi u slučaju *Mobile Steel Co*. Za primenu pravila o pravičnoj subordinaciji potrebno je:

- neprimereno ponašanje (engl. *inequitable conduct*) od strane poverioca. U praksi su posebno izdvojene tri situacije koje opravdavaju primenu ovog instituta: utanjena kapitalizacija; prevara, loše upravljanje ili kršenje fiducijarne dužnosti; poverilac koristi dužnika kao instrument ili alter ego (Nozemack, 1999, p. 698);
- povreda prava poverilaca ili nepravična prednost kao posledica ovog ponašanja;

- da sprovođenje subordinacije bude saglasno sa odredbama Stečajnog zakona, čime se sudovi podsećaju da ne mogu da prilagođavaju redosled namirenja poverilaca jer predosećaju nepravilne rezultate (Nozemack, 1999, p. 702).

U pravu SAD se ne govori isključivo o subordinaciji potraživanja vlasnika kapitala već o pravičnoj subordinaciji potraživanja poverilaca stečajnog dužnika. Dakle, ovaj vid subordinacije ne vezuje se nužno samo za povezana lica već se može primeniti na sve poverioce, s tim što za potraživanja „insajdera“¹¹ važe blaži uslovi za subordinaciju (Radulović, 2014, p. 34). Takođe, osnovni preduslov za primenu pravične subordinacije je neadekvatno ponašanje poverioca, za razliku od drugih (mahom evropskih sistema) koji ne insistiraju na ovom uslovu (vid. Radulović, 2014, p. 42; Cahn, 2006, pp. 292-293).

5. Osvrt na rešenja u pravu Srbije

U pravu Srbije se sada po prvi put u okviru stečajnog zakonodavstva razmatra pitanje tretmana zajmova koji su akcionari dali društvu-stečajnom dužniku.¹² Zakon uređuje pitanje statusa i neobezbeđenih i obezbeđenih potraživanja. Tretman potraživanja koja nisu obezbeđena rešava se u okviru pravila o isplatnim redovima, dok se odredbe o obezbeđenim potraživanjima nalaze u delu o pobijanju pravnih radnji stečajnog dužnika i smatraju se radnjom namernog oštećenja poverilaca.

Pitanje subordinacije je od izuzetnog značaja za zemlje poput Srbije, u kojima s jedne strane postoji izražen problem pristupa finansiranju, tako da su vlasnici zbog ograničenih izvora finansiranja primorani da koriste sopstvene izvore koji su namenjeni u druge svrhe, a s druge strane zbog odsustva odgovornosti zajmovi mogu biti sredstvo zloupotreba (Radulović, 2014, p. 28).

Zakon je kao rešenje usvojio automatsku subordinaciju svih zajmova, ali i drugih davanja koja po svojoj prirodi odgovaraju zajmu, svrstavajući neobezbeđena potraživanja povezanih lica u poslednji (četvrti) isplatni red. U kontekstu potraživanja vlasnika kapitala, subordinacija je ograničena personalno i vremenski. Prvo, njena primena vezana je za potraživanja vlasnika koji imaju značajno učešće u kapitalu (čl. 125, st. 1, tač. 3 ZOS). Zakon o stečaju ne kaže koji je to procenat, dok prema odredbama Zakona o privrednim društvima značajno učešće u kapitalu postoji ako jedno lice, samostalno ili s drugim licima koja s njim deluju zajedno, poseduje više od 25% prava glasa u društvu (čl. 62, st. 3 ZOPD). Trebalo bi primetiti da se, za razliku od nemačkog i španskog prava, koji govore samo o procentu učešća u kapitalu (bez obzira da li ono daje pravo glasa), srpski zakonodavac opredeljuje za nešto uže rešenje, ograničavajući se na učešće koje donosi glasačka prava. Iz domašaja pravila o subordinaciji isključena su potraživanja

¹¹ Pojam „insajder“ uključuje, između ostalog, i direktore, lica koja kontrolišu kompaniju i povezana društva gde se društva smatraju povezanim ako direktno ili indirektno poseduju, kontrolišu ili drže najmanje 20% glasačkih prava u drugom društvu. Vid. 11 U.S.C. § 101(2) i (31).

¹² Ova tema nije nova u našem pravu, ali je do sada bila deo korpusa normi kompanijskog prava kroz pravila o „utanjenoj kapitalizaciji“ i „zajmu umesto kapitala“ (vid. Radović, 2005, p. 189).

institucija koje se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem zajmova i kredita. Po svemu sudeći ova odredba je uneta zbog ograničenih izvora finansiranja koji su dostupni stečajnom dužniku, jer banka kao racionalan poslovni subjekt ne bi pristala na davanje kredita dužniku ako bi postojala mogućnost subordinacije njenih potraživanja.¹³ Vremensko ograničenje podrazumeva da su samo zajmovi dati u poslednje dve godine predmet subordinacije. Ovo rešenje je posledica činjenice da je pristup finansiranju otežan, te da bi restriktivna odredba imala za posledicu da vlasnici, čak i kada je to potpuno opravdano, ne bi bili spremni da daju zajmove društvu (Radulović, 2014, p. 43).

Imajući u vidu mogućnost da poverioci na osnovu ugovora subordiniraju svoja potraživanja, ostaje otvoreno pitanje kakav će biti redosled namirenja u tom slučaju, tj. da li prevagu odnosi zakonska ili ugovorna subordinacija. Radović (2017, p. 194) polazeći od jezičkog tumačenja teksta zakona zaključuje da će se poverioci na osnovu ugovorne subordinacije namiriti nakon poverilaca „trećeg isplatnog reda“, dakle pre poverilaca čija su potraživanja subordinirana po zakonu. Međutim, imajući u vidu da je identičan član postojao u verziji Zakona o stečaju iz 2009. godine, kada je zakon poznavao tri isplatna reda, a zakonska subordinacija zajmova vlasnika bila deo kompanijskog zakona, bliži smo stanovištu da je trenutno stanje rezultat omaške zakonodavca i propusta u redigovanju teksta zakona prilikom izmena. U prilog ovoj tezi može se navesti i činjenica da zakoni drugih zemalja koji poznaju ovaj institut predviđaju da će se potraživanja subordinirana na osnovu ugovora namiriti tek nakon namirenja ostalih potraživanja (vid. §39(2) InsO).¹⁴

Literatura

- Bahadur, N. N. 2012. *Subordination of shareholder loans in insolvency*. Master thesis. Amsterdam: University of Amsterdam. Dostupno na: <https://docplayer.net/38657002-Subordination-of-shareholder-loans-in-insolvency.html>, (18.7.2017).
- Cáceres, R. E. 2013. Los créditos que disfrutan de fianza de terceros en España: su clasificación antes y después de la reforma operada en la Ley Concursal por el Real Decreto Ley 3/2009. *Revista de Derecho Privado*, 24, pp. 191-208.
- Cahn, A. 2006. Equitable subordination of shareholder loans?. *European Business Organization Law Review*, 7(1), pp. 287-300.
- Colina, M.A. 2016. *Los créditos subordinados de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica*. Thesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Civil.

¹³ Banka bi u našem pravu mogla da se u definiciji povezanih lica podvede pod kategoriju „lica koja su faktički u poziciji da vrše značajniji uticaj na poslovanje dužnika“. U nemačkoj praksi sud je u jednom slučaju našao da je banka povezano lice upravo zbog informacija koje ima o poslovanju dužnika i mogućnosti da ostvari uticaj na njega (Cahn, 2006, p. 291).

¹⁴ U španskom pravu se ova potraživanja nalaze u listi rangiranih potraživanja pre zajmova vlasnika, a ako se uzme da je reč o namernoj gradaciji potraživanja (Veiga Copo, 2006, p. 12), jasno je da je ideja da se potraživanja vlasnika namiruju nakon potraživanja subordiniranih ugovorom.

- De Weijts, R. J. & Good, M. 2015. Shareholders' and creditors' entitlements on insolvency: who wins where?. *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 30(10), pp. 642-645.
- De Weijts, R. J. 2018. Harmonization of European insolvency law: preventing insolvency law from turning against creditors by upholding the debt-equity divide. *European Company and Financial Law Review*, 15(2), pp. 403-444.
- Gelter, M. & Roth, J. 2007. Subordination of shareholder loans from a legal and economic perspective. *CESifo DICE Report - Journal for Institutional Comparisons*, 2, pp. 40-47.
- Hoegen, P. & Prüfer, S. 2018. Distressed Mergers and Acquisitions: Prozess, Kaufpreisgestaltung, Begrenzung der Haftungsrisiken. Notwendigkeit und rechtliche Anforderungen an ein Sanierungskonzept. In: Knecht, T., Hommel, U. & Wohlenberg, H. (Hrsg.), *Handbuch Unternehmensrestrukturierung*. Wiesbaden: Springer Gabler, pp. 535-559.
- Huber, U. & Habersack, M. 2006. Special rules for shareholder loans: which consequences would arise for shareholder loans if the system of legal capital should be abolished?. In: Lutter, M. (ed.), *Legal Capital in Europe*. Göttingen: De Gruyter, pp. 308-324.
- Landuyt, S. 2019. A capital question: should shareholder loans be automatically subordinated?. In Bruloot, D. (ed.), *Belgian and European perspectives on creditor protection in closed companies*. Intersentia, pp. 121-164.
- Lazauskaitė, R., & Petroševičienė, O. 2013. The doctrine of subordination of shareholder loans as safeguard of creditors' rights and its development in Lithuania. *International Journal of Development and Sustainability*, 2(3), pp. 1798-1805.
- Mba, S. U. 2019. *New financing for distressed businesses in the context of business restructuring law*. Springer.
- Mülbart, P. O. 2006. A synthetic view of different concepts of creditor protection, or: a high-level framework for corporate creditor protection. *European Business Organization Law Review*, 7(1), pp. 357-408.
- Nozemack, M. 1999. Making sense out of bankruptcy courts' recharacterization of claims: Why not use 510 (c) equitable subordination. *Washington & Lee Law Review*, 56(2), pp. 689-720.
- Radović, V. 2005. Stečajni ispllatni redovi. U: Perović, S. (ur.), *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*. Budva: Udruženje pravnik, pp. 173-192.
- Radović, V. 2017. *Stečajno pravo. Knjiga 1*. Beograd: Pravni fakultet. Centar za izdavaštvo i informisanje.
- Radulović, B. 2014. Subordinacija zajmova vlasnika u stečajnom postupku – ekonomska logika, uporedna rešenja i primena u Republici Srbiji. U: Radović, V (ur.), *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU*, Beograd: Pravni fakultet, pp. 27-47.
- Sbarbaro, F. M., & Ginevri, A. S. 2014. Substance vs. form in shareholder financing: how does this affect the corporate interest?. *China-USA Business Review*, 13(1), pp. 47-59.
- Schihalejev, M. 2018. Restrictions on the participation of debtor-related creditors in bankruptcy proceedings: is there a need for a new approach in Estonian law?. *International Comparative Jurisprudence*, 4(1), pp. 52-65.

- Simon, S. & Brünkmans, C. 2018. Notwendigkeit und rechtliche Anforderungen an ein Sanierungskonzept. In: Knecht, T., Hommel, U. & Wohlenberg, H. (Hrsg), *Handbuch Unternehmensrestrukturierung*. Wiesbaden:Springer Gabler, pp. 347-373.
- Skeel, D. A. & Krause-Vilmar, G. 2006. Recharacterization and the nonhindrance of creditors. *European Business Organization Law Review*, 7(1), pp. 259-285.
- Tschauner, H. 2018. Sanierungsinstrument Debt for Equity Swap. Notwendigkeit und rechtliche Anforderungen an ein Sanierungskonzept. In: Knecht, T., Hommel, U. & Wohlenberg, H. (Hrsg), *Handbuch Unternehmensrestrukturierung*. Wiesbaden: Springer Gabler, pp. 757-786.
- UNCITRAL. 2004. *Legislative Guide to Insolvency Law*. New York: UNCITRAL.
- Veiga Copo, A. B. 2006. Los créditos subordinados en la Ley concursal. *Revista de derecho bancario y bursátil*, 25(102), pp. 9-70.
- Verse, D., 2008. Shareholder loans in corporate insolvency – a new approach to an old problem. *German Law Journal*, 9(9), pp.1109-1124.
- Višekruna, A. 2017. The treatment of securities related claims in insolvency. *Strani pravni život*, 4, pp. 123-135.
- Vutt, A. 2008. Subordination of shareholder loans in Estonian law. *Juridica International*, 15.
- Wood, P. R. 2007. *Principles of international insolvency (Vol. 1)*. London: Sweet & Maxwell.

Internet izvori

- Beurskens, M. & Noack, U. 2008. *Of tradition and change - the modernization of the German GmbH in the face of European competition*. Dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138704.
- Masuda, T. 2018. *Subordination of shareholder loans in Japan*. Dostupno na: <https://core.ac.uk/download/pdf/159407937.pdf>, (28.3.2020).
- Radović, M. 2020. *Položaj subordiniranih stečajnih poverilaca u postupku reorganizacije*. Dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/338549620_POLOZAJ_SUBORDINIRANIH_STECAJNIH_POVERILACA_U_POSTUPKU_REORGANIZACIJE/citations, (27.5.2020).
- Stangl Lutz, G. & Steinecker, J. 2012. *Slovakia: a new subordination rule entered into force: the role of related party creditors in bankruptcy post amendment to the Slovak Bankruptcy Act*. Dostupno na: https://www.schoenherr.eu/uploads/tx_news/schoenherr_a_new_subordination_rule_entered_into_force_the_role_of_related_party_creditors_in_bankruptcy_post_amendment_to_the_slovak_bankruptcy_act.pdf, (11.6.2020).
- Villanueva García-Pomareda, B. 2011. *Alternativa a la automática subordinación de los créditos de los titulares de participaciones significativas en el concurso*. Dostupno na: <https://eprints.ucm.es/14702/>, (27.5.2020).

Pravni izvori

- Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz – EKEG), StF: BGBl. I Nr. 92/2003 (NR: GP XXII RV 124 AB 211 S. 32. BR: AB 6866 S. 701.). Änderungen BGBl. I Nr. 29/2010 (NR: GP XXIV RV 612 AB 651 S. 60. BR: 8302 AB 8304 S. 784); BGBl. I Nr. 58/2010 (NR: GP XXIV RV 771 AB 840 S. 74. BR: 8354 AB 8380 S. 787.)
- Insolvenzordnung (InsO) vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) geändert worden ist.
- Stečajni zakon SAD. 11 U.S.C (1978) (US Bankruptcy Code). Dostupno na: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>, 12.6.2020.
- Stečajni zakon Španije. Ley concursal de España - LE, Ley 22/2003, de *Boletín Oficial de Stado* – BOE, num. 164 de 10/7/2003. Sa kasnijim izmenama 2011 i poslednjim u 2020. godini (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, BOE, núm. 127, de 07/05/2020).
- Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018 i 91/2019.
- Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 - dr. zakon, 71/2012 - odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

Aleksandra D. Višekruna, MA

Research Associate, Institute of comparative law, Belgrade, Serbia

e-mail: a.visekruna@iup.rs

SUBORDINATION OF SHAREHOLDERS' LOANS IN INSOLVENCY – COMAPRATIVE LAW OVERVIEW

Summary

Creditor protection is the main goal of insolvency proceedings. In order to accomplish said goal, various legal institutes are created to prevent damage to creditors during insolvency. One of the particularly important issues is how to prevent related parties from using their specific insider status and obtaining gain for themselves, harming the other creditors. The emphasis in this paper is on shareholders that provide additional funding to the financially distressed company. The main issue is how to treat said transaction in insolvency – as a loan or as an equity contribution, which has consequences, mainly on their priority order in insolvency.

The paper is thematically divided into two parts. The first deals with issues related to subordination as a legal institute, while the second puts this issue in the context of

selected individual legal systems. The author identifies two groups of legal orders – ones that don't regulate this issue and the ones where the subordination has its legal foundation. Comparative overview covers on the one hand systems that have subordination based on objective criteria, such as German legal system that has rich history in application of this legal institute, Austrian and Spanish legal systems that have used German law as a role model, and on the other hand the US law that is an example of opposite approach based on subjective criteria (equitable subordination).

Keywords: loan, related parties, insolvency, subordination.

Primljeno: 12.6.2020.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

LICE ZA ZAŠTITU PODATAKA U JAVNOJ UPRAVI

Sažetak

Ubrzani tehnološki razvoj i obrada velikih količina podataka o ličnosti doveli su do potrebe kontrole radnji obrada podataka o ličnosti ne samo od strane nadzornih organa za zaštitu podataka već i u okviru samih organizacija u javnoj upravi. Imenovanje lica za zaštitu podataka u javnoj upravi postala je obaveza u EU za sve države članice donošenjem Opšte uredbe o zaštiti podataka 25. maja 2018. godine. Srbija je u procesu pridruživanja EU preuzela standarde Opšte uredbe o zaštiti podataka u Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti iz 2018. godine. Na taj način je i u Srbiji imenovanje lica za zaštitu podataka u javnoj upravi postalo obavezno. Lice za zaštitu podataka ima pre svega savetodavnu i nadzornu ulogu u organizacijama, a kao nova uloga se pojavljuje i procena rizika u odnosu na zaštitu podataka o ličnosti.

Ključne reči: lice za zaštitu podataka, javna uprava, zaštita podataka o ličnosti, Opšta uredba o zaštiti podataka, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti.

1. Uvod

Moderno digitalno doba sa sobom donosi nove zahteve i izazove za celokupni javni sektor, pa samim tim i za javnu upravu. Pored digitalne transformacije, uvođenja usluga e-uprave, korišćenja modernih tehnologija u upravi poput veštačke inteligencije i *big data*, dolazi do sve veće upotrebe podataka o ličnosti. Zbog ogromne količine podataka o ličnosti, složenih IT sistema i uopšte kompleksnih procedura u javnoj upravi, javlja se potreba za jednim strukturisanim i sistemskim pristupom i kontrolom upotrebe podataka, kako bi se zaštitili podaci o ličnosti građana i njihova privatnost. Organizacije više nisu u stanju same da odgovore novim izazovima i javlja se potreba za stručnim osobljem, koje je u stanju da na adekvatan način odgovori na ubrzani tehnološki razvoj i obradu velikih količina podataka o ličnosti.

Izazovi modernog digitalnog doba su stoga morali da budu regulisani zakonom kako bi se podaci o ličnosti na adekvatan način zaštitili. S druge strane, i u samoj upravi se javila ideja za „novim javnim menadžmentom“, po kom se u delovanje uprave, odnosno upravnih sistema sve više uključuju načela koja se prioritarno koriste u privatnom

* Spoljni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: andrej84_4@hotmail.com

sektoru (Kavran, 2004, p. 1063). Iz tih razloga su predviđene nove obaveze koje pored privatnog sektora pogađaju i javnu upravu. Na nivou EU doneta je Opšta uredba o zaštiti podataka (engl. *General data protection regulation*, poznatija pod nazivom GDPR, dalje: OUZP), koja je počela da se primenjuje 25. maja 2018. godine. U ovom zakonodavnom okviru, koji se direktno primenjuje u EU u svim državama članicama, pored velikog broja obaveza regulisana je i obaveza imenovanja lica za zaštitu podataka (engl. *data protection officer – DPO*, srp. službenik za zaštitu podataka). Stoga je naravno neophodno razumeti zahteve iz OUZP-a u pogledu imenovanja, obaveza, odgovornosti, položaja lica za zaštitu podataka u javnoj upravi. Ovi zahtevi su identični i u sprskom zakonodavnom okviru od donošenja Zakona o zaštiti podataka o ličnosti 2018. godine, budući da nov zakon predstavlja zapravo jednu kompilaciju evropskog OUZP-a.

2. Nastanak funkcije – lice za zaštitu podataka

Lice za zaštitu podataka kao funkcija predstavlja izum nemačkog prava. Već sedamdesetih godina prošlog veka pojedine države u Evropi donele su zakone o zaštiti podataka (Prlja, 2018, p. 90). Tako je još u prvom zakonu na svetu o zaštiti podataka iz 1970. godine (nem. *Landesdatenschutzgesetz*) pokrajina Hesena predvidela lice za zaštitu podataka za celokupnu javnu upravu, koja obrađuje podatke o ličnosti (Von Lewinski, 2012, p. 23). Ovaj zakon se inače primenjivao samo i *isključivo na javnu upravu*.

Kako ističu pojedini nemački autori, na razvoj zaštite podataka o ličnosti i uopšte formiranje formalne strukture upravljanja u oblasti zaštite podataka o ličnosti, uticali su postepen razvoj i reakcija na korišćenje kompjutera u javnoj upravi. Pored toga, postojala je svest o neophodnosti zaštite građana od zadiranja u njihovu privatnost od strane upravnog aparata (Bieber, 2012, p. 35). Značajno je i to da su organi javne uprave upravne poslove (državne i lokalne) obavljali preko Hesenske centrale za obradu podataka (*Hessische Zentrale für Datenverarbeitung – HZD*) još 1969. godine. U ovaj sistem je bilo uključeno pet oblasnih računarskih centara iz Frankfurta, Visbadena, Kasela, Darmštata i Gisena sa preko hiljadu kompjuterskih programa. Ove okolnosti su dovele do toga da je u Hesenu imenovano kao službenik prvo lice za zaštitu podataka, koje je trebalo da zaštiti podatke iz kompjutera od neovlašćenog pristupa i zloupotrebe podataka građana od strane organa uprave. Tu funkciju je kao prvi obavljao trgovac Willi Birkelbach.

Lice za zaštitu podataka birano je na funkciju kao *državni službenik*. Kao državnog službenika birao ga je hesenski Pokrajinski parlament (nem. *Landtag*) na predlog hesenske Pokrajinske vlade (nem. *Landesregierung*) na period važenja mandata Pokrajinskog parlamenta. Za opoziv lica za zaštitu podataka važili su identični propisi kao i za opoziv ostalih službenika javne uprave (čl. 7 Zakona o zaštiti podataka 1970). Iako se formalno-pravno nalazio u okviru organa uprave, njemu je zakonom garantovana sloboda u odlučivanju i obavljanju poslova (čl. 8 Zakona o zaštiti podataka 1970). Lice za zaštitu podataka je bilo obavezano na čuvanje poverljivosti podataka koje sazna u okviru obavljanja svojih aktivnosti (čl. 9 Zakona o zaštiti podataka 1970). Glavne dužnosti lica za zaštitu podataka su bili *nadzor nad primenom Zakona o zaštiti podataka* i *kontaktiranje*

nadležnih institucija u slučaju kompromitacija podataka. Pored toga, njegovo zaduženje je bilo da prati i da spreči radnje obrade podataka koje bi mogle imati uticaja na odlučivanje i obavljanje poslova upravnih i opštinskih organa (čl. 10 Zakona o zaštiti podataka 1970). Pojedinci su se mogli obratiti direktno licu za zaštitu podataka ukoliko su smatrali da su njihova prava povređena (čl. 11 Zakona o zaštiti podataka 1970). Lice za zaštitu podataka imalo je i posebnu dužnost (čl. 12 Zakona o zaštiti podataka 1970) da za Pokrajinski parlament, predsednika Parlamenta i parlamentarne frakcije *istraži razloge zbog kojih nije odgovoreno na zahtev za pristup informacijama* (informacijama o obradi podataka). Javne institucije bile su u obavezi da daju licu za zaštitu podataka sve neophodne informacije za obavljanje njegovih poslova (čl. 13 Zakona o zaštiti podataka 1970). Postojala je i obaveza sastavljanja *godišnjeg izveštaja* za pokrajinski parlament (čl. 14 Zakona o zaštiti podataka 1970). Lice za zaštitu podataka je imalo pravo da angažuje pomoćnike, a u posebnim situacijama mogle su biti angažovane kao pomoćnici i osobe koje nisu bile zaposlene u javnoj upravi (čl. 15 Zakona o zaštiti podataka 1970). Može se reći da je prvo lice za zaštitu podataka predstavljalo neku vrstu ravnoteže u vidu kontrole između Parlamenta i Vlade pokrajine Hesens, s jedne strane, i zaštite pojedinaca, s druge strane. Funkcija je obuhvatala i obavezu informisanja javnosti (sastavljanje godišnjeg izveštaja), kao i nadzorna ovlašćenja (mogućnost pokretanja istrage), koja danas imaju nadzorni organi za zaštitu podataka (npr. Poverenik u Srbiji).

Funkcija lica za zaštitu podataka takođe se našla i u prvom nemačkom Saveznom zakonu o zaštiti podataka iz 1977. Ovaj zakon je, za razliku od pokrajinskog hesenskog zakona, regulisao ne samo javni nego i privatni sektor. *Obaveza imenovanja* lica za zaštitu podataka postojala je *samo za privatni sektor* u slučaju automatske obrade podataka od strane najmanje pet stalno zaposlenih lica. Identična obaveza je postojala i u ostalim slučajevima obrade podataka (koji nisu automatski), ali je u ovim slučajevima bilo neophodno da je angažovano najmanje dvadeset stalno zaposlenih lica (čl. 28, st. 1 Saveznog zakona o zaštiti podataka 1977).

Prema ovom zakonu, lice za zaštitu podataka trebalo je da poseduje odgovarajuće veštine i pouzdanost. Takođe, ono je trebalo da u strukturi bude raspoređeno na najviše mesto u privrednom društvu i da odgovara neposredno najvišim organima (odboru direktora, generalnom direktoru, vlasniku), a pri obavljanju aktivnosti za zaštitu podataka bilo je oslobođeno primanja instrukcija. Lice za zaštitu podataka nije smelo biti negativno tretirano zbog obavljanja svojih dužnosti. Kompanije koje su imenovale ova lica bile su u obavezi da im pruže neophodnu pomoć (čl. 28 st. 2-4 Saveznog zakona o zaštiti podataka 1977).

U glavne dužnosti lica za zaštitu podataka u privatnom sektoru prema čl. 29 Saveznog zakona o zaštiti podataka 1977, spadalo je:

- vođenje pregleda evidencije podataka o ličnosti, o svrhama i ciljevima poslovanja, primaocima i automatskim sistemima;
- nadzor nad urednom primenom programa za obradu podataka koji obrađuju podatke o ličnosti;
- upoznavanje i informisanje osoba koje obrađuju podatke o ličnosti sa odredbama

Zakona o zaštiti podataka;

- savetovanje osoba koje obrađuju podatke o ličnosti.

Glavna uloga lica za zaštitu podataka bila je interna kontrolna uloga, pored kontrole koju vrši država. Može se reći da je ova uloga zapravo dodatna i svakako odvojena od uloge države u kontroli koju obavlja nadzorni organ za zaštitu podataka.

Obaveza imenovanja lica za zaštitu podataka za javni sektor (pored već ustanovljene obaveze za privatni sektor) u Nemačkoj postoji od izmene i dopune Saveznog zakona o zaštiti podataka iz 2001. godine, za sve one javne institucije koje automatski prikupljaju, obrađuju ili koriste podatke o ličnosti (čl. 4f Saveznog zakona o zaštiti podataka 2001). Takođe je postojala mogućnost da se u javnom sektoru lice za zaštitu podataka imenuje za više oblasti (čl. 4f, st. 1 Saveznog zakona o zaštiti podataka 2001). Uz saglasnost nadzornog organa bilo je moguće da jedna javna institucija imenuje kao lice za zaštitu podataka službenika iz druge javne institucije. Za lice za zaštitu podataka moglo je biti odabrano samo ono lice koje poseduje odgovarajuće veštine i pouzdanost. Bilo je moguće i da se imenuje spoljno lice za zaštitu podataka, koje ne pripada javnoj instituciji (čl. 4f, st. 2 Saveznog zakona o zaštiti podataka 2001).

Lice za zaštitu podataka je trebalo da bude u strukturi raspoređeno na najviše mesto u javnoj instituciji i da odgovara neposredno rukovodiocu. U svojim aktivnostima lice za zaštitu podataka bilo je oslobođeno primanja instrukcija. Lice za zaštitu podataka nije smelo biti negativno tretirano zbog obavljanja svojih dužnosti (čl. 4f, st. 3 Saveznog zakona o zaštiti podataka 2001). Lice za zaštitu podataka je bilo obavezano da čuva poverljivost podataka koje sazna prilikom obavljanja svojih aktivnosti, čega je moglo biti oslobođeno ukoliko ga pogođeno lice toga oslobodi (čl. 4f, st. 4 Saveznog zakona o zaštiti podataka 2001).

Javne institucije koje imenuju lice za zaštitu podataka bile su u obavezi da mu pruže neophodnu pomoć u smislu pomoćnog personala, prostorija, uređaja i ostalih neophodnih sredstava (čl. 4f, st. 5 Saveznog zakona o zaštiti podataka 2001).

Čl. 4g Saveznog zakona o zaštiti podataka 2001 navodi da lice za zaštitu podataka u javnoj upravi:

- mora da se pridržava zakona o zaštiti podataka i zakona iz oblasti zaštite podataka;
- ima pravo da u slučaju sumnje konsultuje organ nadležan za zaštitu podataka;
- nadzire obavljanje radnji obrade podataka o ličnosti;
- obučava zaposlene o zahtevima Zakona o zaštiti podataka i zakona iz oblasti zaštite podataka;
- ima uvid u zbirke podataka kao i spiskove osoba koje imaju pravo pristupa programima za obradu podataka o ličnosti.

Interesantno je da svojim izmenama Zakon iz 2001, za razliku od zakonskih izmena iz 1990. i prvobitnog teksta zakona iz 1977. godine, *ne reguliše savetodavnu dužnost* lica za zaštitu podataka. Za razliku od privatnog sektora, za javni sektor nije predviđen minimalan broj zaposlenih koji obrađuju podatke o ličnosti. Za javni sektor je

postojala obaveza u Nemačkoj od 2001. godine da uvek imenuju lice za zaštitu podataka.¹

Istorijski posmatrano obaveza imenovanja lica za zaštitu podataka u javnoj upravi (sa izuzetkom Nemačke) u EU nije postojala sve do stupanja na snagu Opšte uredbe o zaštiti podataka 25. maja 2018. godine. Prema Direktivi o zaštiti podataka EU iz 1995. godine postojala je samo privilegija za rukovaoce (Ettig & Bausewein, 2017, p. 554) koji bi bili oslobođeni prijavljivanja zbirke podataka o ličnosti u slučaju imenovanja lica za zaštitu podataka (čl. 18, st. 1 Direktive o zaštiti podataka EU 1995). S druge strane, prema Direktivi je, pored oslobađanja prijavljivanja zbirke, osnovna funkcija lica za zaštitu podataka bila i ostvarivanje prava lica na koje se podaci odnose (uvodna tačka razmatranja „u.t.r.“ 45 Direktive o zaštiti podataka EU 1995).

Mogućnost regulisanja funkcije lica za zaštitu podataka su pored Nemačke (videti Savezni zakon o zaštiti podataka 2001) iskoristile još poneke zemlje EU. Tako je funkcija lica za zaštitu podataka bila predviđena u Holandiji (čl. 62 Zakona o zaštiti ličnih podataka 2000),² Francuskoj (čl. 42-52 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti 2005),³ ali i u Crnoj Gori (u čl. 27 još uvek važećeg Zakona o zaštiti podataka o ličnosti 2008).⁴ Međutim, imenovanje lica za zaštitu podataka u ovim zemljama je do stupanja na snagu OUZP-a 25. maja 2018. godine bilo *dobrovoljno*.⁵ Pored toga, ova mogućnost je važila i za privatni i za javni sektor.

Za razliku od OUZP-a, na nivou EU postoji i Uredba o zaštiti pojedinaca u vezi sa obradom podataka o ličnosti u institucijama i telima Zajednice i o slobodnom kretanju takvih podataka 2001, koja predviđa u čl. 24 *obavezu imenovanja lica za zaštitu podataka za sve institucije i sva tela EU*. Fokus ovog rada je baziran na OUZP-u.

3. Obaveza imenovanja lica za zaštitu podataka u javnoj upravi

OUZP ne govori o javnoj upravi i ne koristi taj termin, već je u upotrebi termin „organi javnih vlasti ili javna tela“ (čl. 37, st. 1 a) OUZP). Primena Uredbe EU (čl. 2, st. 2d OUZP) izričito je isključena za javne vlasti ili javna tela „u svrhu sprečavanja, istrage, otkrivanja ili progona krivičnih dela ili izvršavanja krivičnih sankcija, uključujući zaštitu

¹ Izmenama iz 1990. godine Savezni zakon o zaštiti podataka, kao i prvobitni iz 1977, predviđao je obavezu imenovanja lica za zaštitu podataka samo u privatnom sektoru. Obaveza imenovanja iz Zakona iz 1990. godine i dužnosti lica za zaštitu podataka identični su sa zakonskim promenama iz 2001. godine. Jedina razlika je u broju zaposlenih, koji postoji kao uslov za imenovanje u privatnom sektoru, a ne postoji kod javnog sektora (čl. 36 i 37 Saveznog zakona o zaštiti podataka 1990).

² Holandski Zakon o zaštiti ličnih podataka iz 2000. godine predvideo je funkciju lica za zaštitu podataka (hol. *De functionaris voor de gegevensbescherming*).

³ Francuski Zakon o zaštiti podataka iz 1978. godine sa izmenama iz 2005. godine predviđao je funkciju lica za zaštitu podataka (fr. *la correspondant à la protection des données à caractère personnel*).

⁴ U Crnoj Gori je utvrđena obaveza imenovanja lica za zaštitu podataka za sve rukovaoce (pa i za javnu upravu) koji imaju deset i više zaposlenih. Novčana kazna za neimenovanje lica za zaštitu podataka nije predviđena.

⁵ U Austriji su do donošenja OUZP-a bila dva pokušaja da se uvede funkcija – lice za zaštitu podataka. Međutim, iako se ova funkcija nalazila u nacrtima iz 2008. i 2012. godine, nije ipak bila uvedena u pravo zaštite podataka. Razlog za to je bio otpor austrijske Privredne komore, koja je time želela da uštedi dodatne troškove privrednim subjektima (Leiter, 2014, p. 16).

i sprečavanje od pretnji za javnu bezbednost“ (Brüstle & Ehneß, 2018).⁶ Institucije ili javne vlasti (Diligenski, Prlja & Cerović, 2018, p. 191) *uvek* su u obavezi (bez obzira na to koje podatke i u kom obimu obrađuju) da imenuju lice za zaštitu podataka (čl. 37, st. 1 a) OUZP). Ova obaveza (čl. 37, st. 1 OUZP) važi *i za rukovaoce* (odgovorna lica za obradu podataka) *i za obrađivače* (lica koja obrađuju podatke po nalogu rukovaoaca).⁷

OUZP ne definiše pojam „organi javnih vlasti ili javna tela“. Taj pojam definiše svaka država članica EU u svom pravnom sistemu i on može biti različit.⁸ Utvrđivanje ovog pojma je od značaja zbog postojanja obaveze imenovanja lica za zaštitu podataka u javnoj upravi. Organi javne vlasti i javna tela mogu, prema Radnoj grupi iz čl. 29, da uključuju nacionalna, regionalna i lokalna tela, ali je moguće da ovaj pojam obuhvata i niz drugih tela koja su uređena javnim pravom. Obavljanje javnih poslova i pružanje javnih usluga mogu sprovoditi ne samo organi javne vlasti ili javna tela nego i druga fizička ili pravna lica (u skladu sa javnim pravom ili privatnim pravom). U praksi se radi pre svega o sektorima kao što su usluge javnog prevoza, snabdevanje vodom, električnom energijom, putna infrastruktura, javne radiodifuzne usluge itd. Dobra praksa za privatne organizacije koje obavljaju javne poslove ili izvršavaju javna ovlašćenja jeste svakako imenovanje lica za zaštitu podataka, iako u ovom slučaju ne postoji obaveza imenovanja ove funkcije.

Uzimajući u obzir Srbiju i da postoji obaveza imenovanja lica za zaštitu podataka za „organe vlasti“⁹ (čl. 56, st. 2, br. 1 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti), može se reći da je srpski zakonodavac dao jedan pojam koji nije u potpunosti u duhu srpskog jezika i prava i koji je samo delimično preuzet iz evropskog OUZP-a („organ javne vlasti ili javno telo“, engl. *public authority or body*). Upečatljivo je i to da je srpski zakonodavac izostavio u potpunosti javna tela. Prevod ovog engleskog termina kao „organ javne vlasti ili javno telo“ morao je da uzme u obzir srpsku pravnu tradiciju. U ovom terminu je ključna reč „javno“, koje je obuhvaćeno u okviru pojma „organ javne vlasti ili javno telo“. Reč „vlast“ se može odnositi na *upravu u njenom funkcionalnom smislu*, ali je i ovo shvatanje prevaziđeno budući da se moderna uprava danas javlja kao *služba i transformisana u javnu službu* (prema francuskom teoretičaru iz XIX veka Leonu Digiju), a ne samo

⁶ Ovo bi značilo da bi npr. MUP Srbije bio izuzet od obaveze imenovanja lica za zaštitu podataka. To naravno nije slučaj pošto je Zakon o zaštiti podataka o ličnosti 2019. regulisao ovu obavezu u čl. 56, st. 3. Ova obaveza proizlazi iz tzv. *Policijske direktive 2016/680*, koja je u Srbiji regulisana zajedno sa OUZP u Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti.

⁷ Za razliku od javnog sektora, za imenovanje lica za zaštitu podataka u privatnom sektoru neophodno je da za to budu ispunjeni posebni uslovi: da se radi o 1. osnovnoj delatnosti, koja se sastoji u sistematskom i masovnom praćenju pojedinaca, ili 2. obradi posebnih kategorija podataka o ličnosti (tzv. osetljivih podataka) u velikoj meri, ili o 3. obradi podataka u velikoj meri koji se odnose na krivičnu i prekršajnu osuđivanost (čl. 37, st. 1 b i c OUZP).

⁸ Tako, na primer, pojam *institucije* definisan je u Zakonu o upravnom postupku pokrajine Baden Vitenberg (čl. 1, st. 2 *Landesverwaltungsverfahrensgesetzes (LVwVfG)*) kao svako mesto koje obavlja poslove javne uprave. *Javna tela* su institucije i ostale institucije pokrajine, opština, opštinskih saveza, pravnih lica javnog prava, ali i pravnih lica privatnog prava koja obavljaju zaduženja javne uprave (Brink & Storr, 2019, pp. 7-8).

⁹ U čl. 4, tač. 25 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, 2018 „organ vlasti“ je definisan kao državni organ, organ teritorijalne autonomije i jedinice lokalne samouprave, javno preduzeće, ustanova i druga javna služba, organizacija i drugo pravno ili fizičko koje vrši javna ovlašćenja.

kao vlast (Lilić & Cerović, 2019, pp. 35, 36, 116). I pored toga, u duhu našeg jezika bi adekvatniji prevod OUZP-a trebalo da bude *organi javne uprave ili organizacije* umesto „organ javne vlasti ili javno telo“. Takođe, u Srbiji je trebalo da Zakon o zaštiti podataka o ličnosti definiše ovaj pojam iz OUZP-a kao „*organ javne uprave*“ a ne kao samo „organ vlasti“. U verziji srpskog zakona nedostaje reč *javno!*

Pojam javne uprave u organizacionom smislu obuhvata državnu upravu – čine je upravni organi (kao npr. ministarstva, uprave, direkcije) i nedržavnu upravu – čine je organizacije kojima upravni poslovi nisu osnovna delatnost, ali koji upravnu delatnost mogu obavljati na osnovu poverenih javnih ovlašćenja (npr. javne agencije, javne ustanove, javna preduzeća). Ove organizacije se ne nalaze u organizacionom smislu u okvirima državne strukture.

Može se zaključiti da je u Srbiji, kao i na primeru nemačke pokrajine Baden Vitenberg, jasno da je celokupna javna uprava (državna i nedržavna uprava) dužna da imenuje lice za zaštitu podataka. Ipak treba imati u vidu da definicija javne uprave nije u svim zemljama identična. *Kazna za neimenovanje* u javnoj upravi lica za zaštitu podataka je do *deset miliona evra* (čl. 83, st. 4a) OUZP). U Srbiji je za neimenovanje lica za zaštitu podataka u javnoj upravi predviđena novčana kazna od 5.000 do 150.000 dinara (čl. 95, st. 5 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti 2018). Zbog identičnosti preuzetih normi iz OUZP-a, dalje u tekstu će biti razmatran isključivo OUZP.¹⁰

Organi javne uprave ili organizacije mogu imenovati samo *jedno lice za zaštitu podataka*, zavisno od organizacione strukture i veličine (čl. 37, st. 3 OUZP). Organi javne uprave ili organizacije mogu za više organizacionih jedinica imenovati jedno lice za zaštitu podataka, ali to lice mora biti u mogućnosti da efikasno sprovodi poslove za svaku pojedinačnu organizacionu jedinicu. Takođe bi trebalo da lice za zaštitu podataka bude *dostupno prema spolja u odnosu prema pogođenim licima* u ostvarivanju njihovih prava (čl. 38, st. 4 OUZP), ali i *prema nadzornom organu* (čl. 39, st. 1d) OUZP). Ovom zahtevu se pridodaje i zahtev da podaci lica za zaštitu podataka moraju biti *objavljeni i saopšteni nadzornom organu* (čl. 37, st. 7 OUZP), kako bi se olakšalo direktno stupanje u kontakt sa njim.¹¹ Lice za zaštitu podataka treba prema unutra da bude *dostupno za savetovanje svih zaposlenih* u okviru organizacije (čl. 39, st. 1e) OUZP).

U pogledu *kvalifikacija, znanja i veština* koje treba da poseduje lice za zaštitu podataka nema jasne regulacije u OUZP-u. Ipak postoje određene smernice i preporuke u tom smislu. U OUZP-u (u.t.r. br. 97) navedena je smernica da bi neophodan nivo stručnog znanja trebalo utvrditi u odnosu na *postupke obrade podataka* koji se sprovode i u odnosu na *neophodnost zaštite podataka o ličnosti* koji se obrađuju.¹²

¹⁰ Videti čl. 56-58 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti 2018.

¹¹ Ime lica za zaštitu podataka mora da bude poznato nadzornom organu, ali ne mora biti objavljeno na sajtu. S druge strane, Radna grupa iz čl. 29 smatra dobrom praksom i preporučuje da organizacija svoje zaposlene obavesti o imenu i podacima za kontakt sa licem za zaštitu podataka.

¹² Dobar primer prakse predstavlja Nacrt izmena Zakona o zaštiti podataka 2012. u Austriji. Tim izmenama je bilo predviđeno da lice za zaštitu podataka u prvoj godini obavljanja dužnosti ima pravo na *minimum 40 sati godišnje usavršavanja* (ekvivalent 1 radne nedelje od 8 sati), dok bi se taj broj sati od druge godine obavljanja dužnosti smanjio na 20 sati godišnje (König, 2016, p. 238).

Neki od *kriterijuma za određivanje nivoa stručnosti* mogu da budu u javnoj upravi:

- interni zahtevi organizacije: osetljivost podataka (osetljivi ili standardni podaci o ličnosti), složenost, količina podataka, prenos podataka (van EU);
- subjektivni zahtevi u odnosu na lice za zaštitu podataka: poznavanje nacionalnog zakonodavstva i propisa EU u oblasti zaštite podataka. Razumevanje postupaka obrade podataka, informacionih sistema i potreba bezbednosti;
- poseban zahtev za lice za zaštitu podataka u javnoj upravi je posedovanje *znanja iz oblasti upravnog (administrativnog) i upravnoprocesnog prava*;
- znanje iz *menadžmenta upravljanja rizicima*, posebno u situacijama povreda bezbednosti podataka o ličnosti i procene uticaja na zaštitu podataka o ličnosti (čl. 33-36 OUZP).

Kao lice za zaštitu podataka može biti imenovana osoba *interno po osnovu ugovora o radu* ili *spoljno po osnovu ugovora o delu* sa pojedincem ili organizacijom (čl. 37, st. 6 OUZP).

4. Položaj lica za zaštitu podataka u javnoj upravi

Lice za zaštitu podataka treba da bude *uključeno u sva pitanja vezana za zaštitu podataka* u organizaciji od početne faze (čl. 38, st. 1 OUZP). To se posebno odnosi na procenu uticaja na zaštitu podataka o ličnosti, gde je potrebno pribaviti savet lica za zaštitu podataka u najranijoj fazi (čl. 35, st. 2 OUZP), ali i na sve ostale situacije u organizaciji koje to zahtevaju (npr. kod uvođenja novih sistema u okviru podrazumevane i integrisane zaštite podataka, čl. 25 OUZP). Preporučuje se da lice za zaštitu podataka učestvuje na sastancima višeg i srednjeg menadžmenta i da bude prisutno prilikom donošenja odluka koje se odnose na zaštitu podataka (Krivokapić *et al.*, 2019, p. 58).

Organizacija je dužna da pruži podršku licu za zaštitu podataka u vidu potrebnih *sredstava za izvršavanje njegovih zadataka, pristupa podacima o ličnosti* i postupcima obrade, kao i za održavanje njegovog stručnog znanja (čl. 38, st. 2 OUZP). Što je organizacija kompleksnija, to bi izdvajanja i podrška licu za zaštitu podataka trebalo da budu veća (Diligenski, Prlja & Cerović, 2018, p. 198).

Lice za zaštitu podataka treba *nezavisno i autonomno da obavlja svoje dužnosti* i nikako ne sme da dobija uputstva od rukovodstva organizacije (čl. 38, st. 3 i u.t.r. 97 OUZP). Za svoj rad lice za zaštitu podataka odgovara *neposredno najvišem rukovodstvu* organizacije. Posmatrano spolja, lice za zaštitu podataka predstavlja neku vrstu veze (interfejsa) između organizacije, s jedne strane, i nadzornog organa, s druge strane (Lachmayer, 2018, p. 117). Organizacija *ne sme* lice za zaštitu podataka *da razreši dužnosti ili da ga kazni* zbog izvršavanja njegovih zadataka (čl. 38, st. 3 OUZP). Tako, na primer, nemački Savezni zakon o zaštiti podataka o ličnosti 2018 u čl. 6, st. 4 predviđa *dodatnu zabranu davanja otkaza* licu za zaštitu podataka. Izuzetno postoji mogućnost davanja otkaza samo iz „važnog razloga“ i kod tzv. momentalnog otkaza (bez pridržavanja

otkaznog roka). Prve godine rada u organizaciji lice za zaštitu podataka uživa potpunu zaštitu od bilo kakvog otkaza. I u ovom slučaju jedina mogućnost davanja otkaza je kod otkaza iz „važnog razloga“ i kod tzv. momentalnog otkaza (bez pridržavanja otkaznog roka). Ovakva zaštita ne postoji za spoljno ili eksterno lice za zaštitu podataka koje je angažovano po ugovoru o delu.

Lice za zaštitu podataka može u organizaciji da obavlja i druge zadatke i dužnosti, ali organizacija mora da obezbedi da ti zadaci i dužnosti *ne dovedu do sukoba interesa* (čl. 38, st. 6 OUZP). Sprečavanje sukoba interesa je još jedan dodatan element u pogledu zahteva nezavisnosti lica za zaštitu podataka. Nezavisnost podrazumeva da lice za zaštitu podataka samostalno obavlja poslove i kontroliše postupke i radnje zaposlenih u vezi sa obradom ličnih podataka (Andonović, 2019, p. 297). Stoga je važno da organizacija povede računa o tome da lice za zaštitu podataka pored ove funkcije ne bude u poziciji da odlučuje o svrsi, sredstvima i načinu obrade podataka o ličnosti. Neke od spornih funkcija bi bile: predsednik uprave, direktor poslovanja, direktor finansija, šef odeljenja za marketing, šef odeljenja za usaglašenost sa propisima, za upravljanje rizikom i za reviziju (engl. *compliance, risk, audit*) (Odluka belgijskog regulatornog tela za zaštitu podataka APD 18/2020 od 18. 4. 2020, broj predmeta AH-2019-0013), šef ljudskih resursa ili šef IT odeljenja.

5. Zadaci lica za zaštitu podataka u javnoj upravi

U skladu sa čl. 39, st. 1 i 2 OUZP, lice za zaštitu podataka u javnoj upravi u EU ima sledeće dužnosti:

- informisanje i savetovanje rukovodilca ili obrađivača i zaposlenih o zaštiti podataka;
- praćenje usaglašenosti sa OUZP;
- savetovanje u vezi sa zaštitom podataka, posebno kod procene uticaja na zaštitu podataka;
- saradnja sa nadzornim organom;
- kontaktna tačka za nadzorni organ;
- procena rizika u odnosu na prirodu, obim, kontekst i svrhu obrade.

Iz navedenog može se zaključiti da lice za zaštitu podataka ima pre svega *nadzornu i savetodavnu ulogu u organizaciji*. U obavljanju svojih zadataka *lice za zaštitu podataka ne odgovara lično* za neusaglašenost sa uredbom regulatornim telima za zaštitu podataka. Odgovornost za usaglašenost snose rukovodilac ili obrađivač (Diligenski, Prlja & Cerović, 2018, p. 191), koji moraju da dokažu da se obrada podataka sprovodi u skladu sa Uredbom (čl. 24, st. 1 OUZP). U obavljanju svojih dužnosti lice za zaštitu podataka je obavezano čuvanjem profesionalne tajne ili poverljivosti (čl. 38, st. 5 OUZP). U saradnji sa nadzornim organom (čl. 39, st. 1e) OUZP, lice za zaštitu podataka nije obavezano čuvanjem tajne i poverljivosti. Glavna novina u okviru poslova lica za zaštitu podataka je *procena rizika*, koja nije postojala do donošenja OUZP-a.

Treba napomenuti da OUZP ne vidi vođenje evidencije obrade podataka o ličnosti kao jednu od obaveza lica za zaštitu podataka, već je ta obaveza namenjena rukovaocu ili obrađivaču (čl. 30 OUZP). Svakako da je u navedenim dužnostima reč o minimalnom opisu dužnosti lica za zaštitu podataka, a organizacija mu može dodeliti ulogu vođenja evidencije radnji obrade podataka o ličnosti.

6. Zaključak

Donošenjem OUZP-a na nivou EU funkcija lica za zaštitu podataka postala je obavezna za celokupnu javnu upravu, bez obzira da li se radi o državnoj ili nedržavnoj upravi. Ova obaveza svakako predstavlja veliki finansijski izdatak i rizik od plaćanja visokih novčanih kazni za upravne organe, ali s druge strane im nudi i šansu da se usklade sa zahtevima i standardima zaštite podataka. Lice za zaštitu podataka je pre svega u Nemačkoj, još od 1970. godine, uspostavljeno kao funkcija, te za ovaj pravni sistem ne predstavlja nikakvu novinu. Međutim, za većinu zemalja i u samoj EU, kao i van nje (npr. u Srbiji), ova funkcija je u potpunosti nova.

Lice za zaštitu podataka se suočava sa velikim izazovima s obzirom na ubrzani tehnološki razvoj i ogromne tehničke mogućnosti (BIG DATA, veštačka inteligencija). Neophodno je predvideti odgovarajuće procese i mehanizme zaštite podataka u javnoj upravi, koji bi garantovali privatnost i zaštitu podataka građana. Lice za zaštitu podataka se stoga nalazi u kompleksnoj poziciji jer u prvoj liniji treba da nadzire primenu zakona i savetuje organe uprave, dok, s druge strane, treba da saraduje sa nadzornim organima i bude glavna kontaktna tačka za sve teme vezane za zaštitu podataka. Samim tim ova funkcija ima trojaku ulogu u vidu obezbeđivanja usaglašenosti sa zakonskim standardima zaštite podataka, zatim u poboljšavanju procesa rada javne uprave i naposljetku zaštitu pogođenih pojedinaca u procesima obrade podataka o ličnosti. Zbog svog kompleksnog položaja lice za zaštitu podataka treba da uživa zaštitu od dobijanja otkaza, kako bi na adekvatan i nezavisan način moglo da obavlja svoje dužnosti.

Uz sve to, donošenjem OUZP-a lice za zaštitu podataka treba da procenjuje i rizike za zaštitu podataka. Stoga ova izuzetno zahtevna funkcija iziskuje konstantno usavršavanje i sticanje novih znanja i veština, pošto tehnologija konstantno napreduje i zahtevi procesa rada u javnoj upravi se usložnjavaju. Potreba za stručnim kadrovima iz oblasti zaštite podataka je već sada ogromna, pre svega zbog zakonske obaveze, pa se taj trend očekuje i u budućnosti.

Literatura

- Andonović, S. 2019. *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji – pravni aspekti*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet Beograd.
- Bieber, C. 2012. *Datenschutz als politisches Thema – von der Volkszählung zur Piratenpartei*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.

- Diligenski, A., Prlja, D. & Cerović, D. 2018. *Pravo zaštite podataka GDPR*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Ettig, D. & Bausewein, C. 2017. Abschnitt 4 Datenschutzbeauftragter. In: Wybitul, T. (Hrsg.), *Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung*. Frankfurt am Main: Fachmedien Recht und Wirtschaft Deutscher Fachverlag.
- Kavran, D. 2004. Evropski upravni prostor, reforma i obrazovanje državne uprave. *Pravni život*, 9, pp. 1059-1075.
- König, G. 2016. *Datenschutz-Grundverordnung*. Wien: Manz Verlag.
- Lachmayer, K. 2018. Die DSGVO im öffentlichen Bereich. Europarechtliche Vorgaben an die staatliche Verwaltung. *Österreichische Juristen Zeitung*, 17, pp. 112-120.
- Leiter, M. 2014. Der Datenschutzbeauftragte – Theorie und Praxis. *Zeitschrift für Informationsrecht*, 1, pp. 13-20.
- Lilić, S. & Cerović, D. 2019. *Upravno pravo*. JU Službeni list Crne Gore.
- Prlja, S. 2018. Pravo na zaštitu ličnih podataka u EU. *Strani pravni život*, 1, pp. 89-99.
- Krivokapić, D. et al. 2019. *Vodič kroz zakon o zaštiti podataka o ličnosti i GDPR – tumačenje novog pravnog okvira*. Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji i Share Fondacija.
- Von Lewinski, K. 2012. *Zur Geschichte von Privatsphäre und Datenschutz – eine rechtshistorische Perspektive*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.

Pravni izvori

- Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs')*, 16/ EN WP 243 rev.01, 13 December 2016, revised and Adopted on 5 April 2017.
- Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich, *Mindestanforderungen an Fachkunde und Unabhängigkeit des Beauftragten für den Datenschutz nach § 4f Abs. 2 und 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)*, Düsseldorf Kreis am 24./25. November 2010.
- Die Datenschutzgruppe Artikel 29, *Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte*, angenommen am 13.12.2016, rev. 05.4.2017., 16/DE, WP 243 rev.01.
- Direktiva o zaštiti podataka EU iz 1995. godine. Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, *OJ L* 281, 23. 11. 1995, p. 31–50.
- Francuski Zakon o zaštiti podataka iz 1978. godine sa izmenama i dopunama iz 2005. godine. Décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004. Dostupno na: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=A6ED9C4F481E2F32159A5D5AB70455D9.tplgfr26s_1?idSectionTA=LE-GISCTA000006096911&cidTexte=JORFTEXT000000241445&dateTexte=20051022, (7. 3. 2020).
- Hesenski Zakon o zaštiti podataka. 1970. Hessisches Datenschutzgesetz vom 7.10.1970, GVBl I 625.

- Holandski Zakon o zaštiti ličnih podataka, Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens. Dostupno na: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0011468/2018-05-01>, (6. 3. 2020).
- Odluka belgijskog regulatornog tela za zaštitu podataka APD 18/2020 od 18. 4. 2020 (Autorité de protection des données (APD)), rešenje 18/2020 od 18. 4. 2020, broj predmeta AH-2019-0013.
- Opšta uredba o zaštiti podataka. Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 7 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L* 119, 4. 5. 2016, p. 1–88.
- Savezni zakon o zaštiti podataka iz 1990. godine. 1990. Bundesdatenschutzgesetz 1990, vom 20.12.1990 (BGBl. I S. 2954 1).
- Savezni zakon o zaštiti podataka iz 2001. godine. 2001. Bundesdatenschutzgesetz 2001, in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.05.2001 (BGBl I 2001, 904).
- Uredba (EZ) br. 45/2001 Evropskog parlamenta i Veća od 18. decembra 2000. o zaštiti pojedinaca u vezi sa obradom podataka o ličnosti u institucijama i telima Zajednice i o slobodnom kretanju takvih podataka. Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, *OJ L* 8, 12.1.2001, pp. 1–22.
- Zakon o zaštiti podataka iz 1977. godine. 1977. Gesetz zum Schutz von Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz- BDSG), vom 27. 1. 1977, in der Gassung vom 1.2.1977, BGBl. I Nr. 7 S. 201.
- Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.
- Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni list Crne Gore*, br. 79/2008, 70/2009 i 44/2012.

Internet izvori

- Brink, S. & Storr, C. 2019. *Die/der Beauftragte für den Datenschutz Teil 1*. 2. Auflage. Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit. Dostupno na: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2019/11/Praxisratgeber-LfDI-BW-Der-Beauftragte-f%C3%BCr-den-Datenschutz-Teil-I.pdf>, (1. 3. 2020).
- Brüstle, H. & Ehneß, S. 2018. *Die DSGVO und ihre Bedeutung für öffentliche Institutionen*. Dostupno na: <https://www.egovernment-computing.de/die-ds-gvo-und-ihre-bedeutung-fuer-oeffentliche-institutionen-a-683645/>, (10. 3. 2020).
- Der Spiegel. 20/1971. *EDV im Odenwald*, 10-05-1971. Dostupno na: <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-43176393.html>, (29. 2. 2020).
- Portal Fachanwalt.de. *Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte – Regelung in DSGVO und BDSG neu*. Dostupno na: <https://www.fachanwalt.de/magazin/arbeitsrecht/kuendigungsschutz-datenschutzbeauftragter>, (10. 3. 2020).

Portal Ulmato.de. *Datenschutzbeauftragte/r – Berufsbild, Ausbildung, Gehalt und berufliche Zukunft*. Dostupno na: <https://www.ulmato.de/ausbildung/datenschutzbeauftragter/>, (12. 3. 2020).

Andrej V. Diligenski

External Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

e-mail: andrej84_4@hotmail.com

DATA PROTECTION OFFICER IN PUBLIC ADMINISTRATION

Summary

The rapid technological development and processing of large amount of personal data have led to the need to control the processing of personal data not only by data protection supervisory authorities but also within the public administration organizations themselves. The designation of the data protection officer in public administration has become an obligation in the EU for all Member States by adopting a General Data Protection Regulation on May 25, 2018. In the process of EU accession, Serbia has adopted the standards of the General Data Protection Regulation in the Personal Data Protection Act 2019. In this way, the designation of the data protection officer in public administration has become mandatory in Serbia as well. The data protection officer has primarily an advisory and supervisory role in organizations, and a new role is the risk assessment for data protection.

Keywords: data protection officer, public administration, protection of personal data, General data protection regulation, Personal data protection law.

Primljeno: 14.4.2020.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

POJAM MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG DELA I NJEGOVA EVOLUCIJA

Sažetak

Rasprave o pojmu međunarodnog krivičnog dela su još uvek aktuelne. Njegova evolucija, kao i evolucija pojedinih oblika međunarodnih krivičnih dela i dalje je prisutna i praćena brojnim polemikama. Autor u prvom delu rada sažeto predstavlja istorijski razvoj međunarodnih krivičnih dela, dok se nakon toga, u drugom delu, posvećuje istraživanju koncepta međunarodnog krivičnog dela i njegovih ključnih karakteristika. U trećem delu rada, autor proučava koncept međunarodnog krivičnog dela na način na koji je postavljen u Rimskom statutu, kao i ključne karakteristike četiri međunarodna krivična dela koja su sadržana u Rimskom statutu. U završnom delu, autor ukazuje na probleme i nastoji da pruži predloge za njihova unapređenja.

***Ključne reči:** međunarodna krivična dela, Rimski statut, Međunarodni krivični sud, ratni zločini, agresija.*

1. Uvod

U doktrini je nedovoljno pažnje bilo posvećeno kriterijumima čije je ispunjenje neophodno da bi se određeno krivično delo smatralo međunarodnim (Škulić, 2011, p. 71). Nekoliko autora predvođenih Basonijem (Bassiouni, 2003, p. 119) izdvajaju se u tom pogledu. Daleko više pažnje posvećuje se izučavanju pojedinih međunarodnih krivičnih dela.¹ Ipak, ova pitanja čine se neraskidivo povezanim s obzirom na to da je bez definisanja jasnog koncepta međunarodnog krivičnog dela nemoguće razgraničiti koja se krivična dela smatraju međunarodnim, a koja ne. Stoga će se u okviru ovog rada, nakon sažetog prikaza evolucije koncepta međunarodnih krivičnih dela, nastojati da se utvrde ključne karakteristike savremenog koncepta međunarodnih krivičnih dela i analiziraju pojedina međunarodna krivična dela koja savremena pravna nauka svrstava u kategoriju međunarodnih krivičnih dela u užem smislu.

* Doktor pravnih nauka, Pravni fakultet, Univerzitet u Sao Paulu, Brazil (Faculdade de Direito, Universidade de Sao Paulo, Brazil); Fernandez&Jankov Legal Intelligence, Brazil, Portugal, Serbia, e-mail: fernandez.jankov@fernandezjankov.eu

¹ Za potrebe ovog rada izrazi međunarodna krivična dela i međunarodni zločini koristiće se kao sinonimi. Takvo stanovište je široko zastupljeno u domaćoj pravnoj literaturi (Škulić, 2011, p. 76).

2. Istorijski razvoj međunarodnih krivičnih dela

U početku se ideja o međunarodnim krivičnim delima vezivala za nadležnost države na čijoj bi se teritoriji nalazio optuženi. Da li će se optuženom suditi i da li će biti lišen slobode, zavisilo je isključivo od zakonodavnog okvira i postupanja organa date države. Pod pretpostavkom da ta država nije pokrenula postupak, država čije je državljanstvo imala žrtva mogla je zatražiti od „države prestupnika“ da kazni okrivljenog ili isplati naknadu. U tom slučaju, problem se svodio na pitanje postojanja eventualne odgovornosti države koja je propustila da donese presudu i izrekne kaznu za okrivljenog.

U tom periodu nije postojala mogućnost da se optuženom sudi u stranoj državi, osim ukoliko se radilo o državi čiji je on bio državljanin. Međutim, dve su se kategorije međunarodnih krivičnih dela smatrale izuzecima od ovog principa – piraterija i ratni zločini.

Piraterija je bila veoma široko rasprostranjena u XVII i XVIII veku. U XIX veku je bila regulisana čl. 101 Konvencije Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine. Pirati su smatrani neprijateljima čovečanstva (*hostes humani generis*) i stoga su sve države mogle da im sude i da im presudom izreknu kaznu, nezavisno od njihovog državljanstva.

Ratni zločini se kao posebna kategorija pojavljuju tokom druge polovine XIX veka, pod uticajem dva faktora:

- kodifikacije ratnog prava i običaja ratovanja (*codification of the customary law of warfare*) i
- važnih presuda donetih na kraju Američkog građanskog rata.

Kodifikacija ratnog prava i običaja ratovanja (*codification of the customary law of warfare*) bila je predstavljena sledećim dokumentima:

- Liberov Kodeks (*Lieber Code*, 1863), koji je proizašao iz Vojnog ukaza br. 100 predsednika Linkolna kao Instrukcije Vladi Sjedinjenih Država na terenu (*Instructions for the Government of the United States in the Field*), a koji je primenjen za vreme Američkog građanskog rata (1861–1865);
- Oksfordski priručnik iz 1880. godine, koji je usvojio Institut za međunarodno pravo (*Institut de Droit International*); i
- Haška kodifikacija (*Hague Codification*, 1899–1907).

S druge strane, kada je reč o važnim presudama donetim na kraju Američkog građanskog rata, među njima se naročito ističe slučaj *Henri Virz* (*Henry Wirz*, 1865). Reč je o slučaju izuzetno lošeg postupanja prema ratnim zarobljenicima, koji je bio iznet pred Severnoameričku vojnu komisiju 1865. godine. Pored toga, značajni su i brojni predmeti koji su izneti pred severnoameričke ratne sudove 1902. godine u toku severnoameričkog oružanog sukoba protiv pobunjenika na Filipinima, koje je sporazumom Španija predala Sjedinjenim Američkim Državama 1898. godine.

Pomenuti ratni zločini bili su u to vreme kvalifikovani kao kršenje zakona rata, koje su izvršili borci u oružanim međunarodnim sukobima. Predviđalo se:

- da pojedinci koji su državni službenici mogu biti izvedeni pred sud i kažnjeni za kršenje zakona rata;
- da ista lica mogu biti kažnjena kako od strane sopstvene, tako i od strane neprijateljske države.

U početku su se suđenja optuženima za ratne zločine zasnivala na „principu pasivnog državljanstva“, posredstvom kojeg su države čije bi državljanstvo imale žrtve sprovodile suđenja, to jest suđenje je bilo odgovornost „protivnika“. Engleski Priručnik o kopnenom ratovanju iz 1912. godine predviđao je da: „ratni zločin predstavlja tehnički izraz za jedan određeni čin neprijateljskih vojnika i civila koji podležu kažnjavanju ako se uhvate pretpostavljeni učinioci istog“ (*Manual on Land Warfare*, 1912, para. 13).

Počevši od kraja Prvog svetskog rata jačao je „princip teritorijalnosti“, čime je postalo dovoljno da je zločin izvršen na teritoriji države da bi potpao pod njenu nadležnost.

Osnivanje Međunarodnog vojnog tribunala u Nirnbergu, a zatim i onog u Tokiju, u cilju suđenja i kažnjavanja okrivljenih funkcionera, predstavljalo je preokret za kategorizaciju međunarodnih zločina, budući da:

- su se pojavile dve nove kategorije: zločini protiv mira i zločini protiv čovečnosti;
- do 1945. godine visoki državni službenici i funkcioneri se nikad nisu smatrali lično odgovornim za zlodela koja su učinili (engl. *wrongdoings*), tako da su samo sama država ili pojedinci nižeg ranga bili pozivani na odgovornost. Međutim, nakon Drugog svetskog rata, došlo je do preokreta, budući da je prestao da se primenjuje i pretpostavlja imunitet državnih službenika višeg ranga u pogledu vršenja takvih zlodela. Umesto toga je, po prvi put, bio proklamovan osnovni princip kojim se nalaže da kada se službenik ili pojedinac suoče sa dilemom da li da postupe u skladu sa domaćim ili međunarodnim propisom, uvek bi trebalo da se opredele za poštovanje međunarodnog propisa. U tom kontekstu značajan je tekst Londonske povelje:

„[...] Suština Statuta kojim se ustanovljava Međunarodni vojni tribunal jeste u tome da pojedinci imaju međunarodne odgovornosti koje prevazilaze nacionalne obaveze poslušnosti koje su im nametnute od strane konkretne države“ (pasus 223 Londonske povelje).

Nakon toga, Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine i Ženevske konvencije iz 1949. godine značajno doprinose unapređenju materijalnog prava (zbog pojave novih kategorija ratnih zločina nazvanih „teška kršenja Ženevskih konvencija“) i procesnog prava (afirmisanjem načela univerzalne nadležnosti,

na osnovu kojeg je jedna država koja je ugovorna strana mogla dovesti pred sud optuženog za „teško kršenje“, nezavisno od njegovog državljanstva ili mesta zločina).²

Prema presudi Žalbenog veća Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) u slučaju *Tadić*, pojam ratnih zločina se postepeno proširio na ozbiljno kršenje pravila međunarodnog humanitarnog prava, kojim se uređuju i unutrašnji oružani sukobi.

3. Pojam međunarodnog krivičnog dela

Kaseze (*Cassese*) (2003, p. 23) iznosi sledeću definiciju međunarodnog krivičnog dela:

„[...] Međunarodna krivična dela su kršenje međunarodnih normi, koje dovode do individualne odgovornosti povezanih pojedinaca (nasuprot odgovornosti države, gde takav pojedinac može delovati kao deo određenog državnog organa).“

Ova definicija čini se nepotpunom i pored toga što postojanje individualne odgovornosti svakako predstavlja značajno obeležje međunarodnog krivičnog dela. Međutim, osim njega, za postojanje međunarodnih krivičnih dela zahteva se kumulativna ispunjenost i sledećih uslova:

1. da je nastupilo kršenje međunarodne običajne norme, nezavisno od toga da li je ona obuhvaćena odredbama određenog sporazuma koji kodifikuje već postojeće običajno pravo, formira ga, ili bar doprinosi njegovom formiranju; i
2. da je nastupilo kršenje norme koja ima za cilj zaštitu vrednosti koje cela međunarodna zajednica smatra važnim i shodno tome obavezujućim za sve države i pojedince. Takve norme sadržane su u brojnim instrumentima, od kojih su najvažniji:
 - Povelja Ujedinjenih nacija (1945);
 - Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948);
 - Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950);
 - Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966);
 - Fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966);
 - Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966);
 - Američka konvencija o ljudskim pravima (1969);
 - Deklaracija o prijateljskim odnosima Ujedinjenih nacija (1970);
 - Afrička Povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (1981).

² Pored Ženevskih konvencija, značajna su i dva dopunska protokola uz Ženevske konvencije od 8. juna 1977. godine, Konvencija protiv mučenja i drugih svirepih, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka iz 1984. godine, kao i serija sporazuma protiv terorizma koji su usvajani počevši od 1970. godine.

Drugi dokumenti preciziraju ove vrednosti, ali ih ne iznose na neposredan način, utvrđujući zabranu oblika ponašanja, kao na primer:

- Konvencija za prevenciju i suzbijanje genocida (1948);
- Ženevske konvencije o zaštiti žrtava oružanih sukoba (1949) i njihova dva Dopunska protokola (1977);
- Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni ili postupaka (1984), kao i nekoliko sporazuma o proganjanju i suzbijanju raznih oblika terorizma.

Bitno je imati u vidu da značajno zajedničko obeležje međunarodnih krivičnih dela predstavlja postojanje univerzalnog interesa za njihovo suzbijanje. Ako su ispunjeni određeni uslovi, optuženima se u načelu može suditi i mogu biti kažnjeni od strane *bilo koje države*, nezavisno od postojanja teritorijalne ili nacionalne veze date države sa učinioцем ili žrtvom. Takođe, bitnu zajedničku odliku međunarodnih krivičnih dela predstavlja to što je državi onemogućeno da se pozove na imunitet u slučajevima kada je navodni izvršilac međunarodnog krivičnog dela izvršio delo postupajući kao *de jure* ili *de facto* državni službenik. Tačnije, u toj situaciji država ne može da se pozove na uživanje prava na imunitet u pogledu pokretanja bilo građanskog ili krivičnog postupka pred sudom strane države.³

Iz prethodno analiziranih zajedničkih obeležja međunarodnih krivičnih dela jasno proizlazi da sledeća dela ne pripadaju korpusu međunarodnih krivičnih dela: nezakonita trgovina narkoticima i psihotropnim supstancama, nezakonita trgovina oružjem, krijumčarenje smrtonosnih ili potencijalno smrtonosnih materijala ili pranje novca. Ova dela su utvrđena jedino međunarodnim *sporazumima* ili *rezolucijama* međunarodnih organizacija i kao takva nisu deo običajnog prava. Pored toga, ova krivična dela se po pravilu vrše protiv države, od strane fizičkih lica ili kriminalnih organizacija. U slučaju da u njima učestvuju državni službenici, oni deluju vođeni ličnim interesima, preduzimanjem radnji koje su redovno inkriminisane nacionalnim zakonodavstvom.

4. Međunarodna krivična dela u Statutu Međunarodnog krivičnog suda

Rimski statut svakako je veoma značajno uticao na razvoj međunarodnog krivičnog prava budući da ono tek njegovim donošenjem dobija jasne normativne okvire. Stoga pojedini autori, poput Škulića (2011, pp. 70-79), međunarodna krivična dela klasifikuju u dve osnovne grupe: međunarodna krivična dela koja potpadaju pod stvarnu nadležnost Međunarodnog krivičnog suda (tzv. međunarodna krivična dela u užem smislu) i druga međunarodna krivična dela (tzv. međunarodna krivična dela u širem smislu). Iz dodatnog razvijanja ove klasifikacije proizlazi da u prvu navedenu

³ U pogledu pitanja imuniteta visokih državnih zvaničnika naročito su značajne presude u predmetima *Pinochet* i *Ndombasi* iz kojih je proizašao slučaj *Kongo v. Belgija*. Ipak, one se neće ovde posebno analizirati jer nisu obuhvaćene predmetom izučavanja ovog rada.

kategoriju u pogledu koje Međunarodni krivični sud ima nadležnost ulaze sledeće četiri kategorije međunarodnih krivičnih dela: krivično delo genocida, krivična dela regulisana kao „zločini protiv čovečnosti“, krivična dela regulisana kao „ratni zločini“ i agresija. U međunarodna krivična dela shvaćena u širem smislu pored prethodno navedenih potpadaju i piraterija, ropstvo i mučenje. S druge strane, autori poput Kasezea (2003) i Basonija (Bassiouni, 2003) ne prepoznaju podelu na međunarodna krivična dela u užem i širem smislu.

Rimski statut, kao zajedničko obeležje međunarodnih krivičnih dela koja su navedena u čl. 5, navodi da se radi o „najtežim krivičnim delima koja su za takva proglašena od strane celokupne međunarodne zajednice“. U Rimskom statutu su u preambuli ona opisana kao „nezamislive svireposti koje duboko šokiraju svest o humanosti“ i „najteža krivična dela koja su za takva proglašena od strane celokupne međunarodne zajednice“.

Značaj Rimskog statuta ogleđa se u tome što on sadrži definiciju međunarodnog krivičnog dela koja uključuje i materijalne i psihičke elemente krivičnog dela, tačnije *actus reus* i *mens rea*. Iako Rimski statut predviđa izuzetke od tog pravila, predviđanje njegove dualističke prirode predstavlja značajan napredak, budući da se pre donošenja Rimskog statuta nije posvećivalo dovoljno pažnje mentalnim elementima međunarodnih krivičnih dela. Štaviše, u slučajevima kada su se okrivljeni, pre Rimskog statuta, pozivali na različite psihičke probleme, takva argumentacija se smatrala vidom odbrane okrivljenog, a ne ukazivanja na odsustvo subjektivne komponente dela (Škulić, 2011, pp. 80-84).

U nastavku će biti pojedinačno razmatrana međunarodna krivična dela obuhvaćena Rimskim statutom: genocid, zločini protiv čovečnosti, ratni zločini i agresija. Pri tome će se ukazati na to da su definicije dva od pomenuta četiri međunarodna krivična dela bila menjana donošenjem amandmana kojim se menjao Rimski statut. Reč je o zločinu protiv čovečnosti i krivičnom delu agresije (Jovašević, 2013, p. 213).

4.1. Genocid

Reč „genocid“ prvi je upotrebio Rafael Lemkin u svojoj knjizi u vezi sa zločinom koji su učinili nacisti u okupiranoj Evropi. Čl. 6 Rimskog statuta definiše genocid praktično na identičan način kao što je on definisan čl. 2 Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine. Preuzimajući formulacije iz pomenute konvencije, Rimski statut očigledno predstavlja kodifikaciju međunarodne običajne norme. Po toj normi, genocid se definiše na osnovu pet radnji izvršenih s namerom da se uništi, u celini ili delimično, jedna nacionalna, etnička, rasna ili verska grupa. Tih pet radnji su: ubijanje članova grupe; prouzrokovanje teških fizičkih ili mentalnih patnji članova grupe; namerno podvrgavanje grupe uslovima života koji treba da dovedu do njenog potpunog ili delimičnog uništenja; preduzimanje mera koje imaju za cilj da spreče rađanje u okviru grupe; prinudno premeštanje dece iz jedne grupe u drugu.

Dolus specialis izdvaja genocid od ostalih zločina. Tako se zahteva da za postojanje genocida, za razliku od zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina, radnja, bila ona ubijanje ili bilo koji od druga četiri oblika ponašanja definisana čl. 6 Rimskog statuta,

bude izvršena s namerom „da se uništi, u celini ili delimično, jedna nacionalna, etnička, rasna ili verska grupa“. Kako se da primetiti, ovaj specifičan cilj sastoji se od različitih komponentata.

Istovremeno, u ovom kontekstu mora se imati u vidu da bi namera da se uništi mali broj osoba iz grupe takođe konstituisala genocid jer Rimski statut u tom pogledu ne postavlja ograničenja. Pored toga, ostaje otvoreno pitanje socijalnih i političkih grupa, to jest da li ove grupe takođe treba obuhvatiti pojmom „grupa“ u pogledu čijeg uništavanja mora postojati namera da bi se radilo o genocidu. Odlučilo se da se tradicionalna definicija genocida ne ispravlja. Shodno tome, takvi progoni biće tretirani kao zločini protiv čovečnosti, u skladu sa čl. 7 (1) (h) Rimskog statuta.

4.2. Zločini protiv čovečnosti

Pri definisanju zločina protiv čovečnosti nailazimo na dve poteškoće:

- razlikovanje između zločina protiv čovečnosti, s jedne, i ratnih zločina i zločina koji su inkriminisani nacionalnim pravom, s druge strane;
- određivanje i razgraničavanje oblika ponašanja koji su usled nastupanja individualne krivične odgovornosti kažnjivi po međunarodnom pravu od oblika ponašanja u pogledu kojih su odgovorne države po osnovu kršenja ljudskih prava.

Čl. 7 Rimskog statuta sadrži jedanaest radnji kojima se može izvršiti zločin protiv čovečnosti u pogledu kojeg bi postojala supsidijarna nadležnost Međunarodnog krivičnog suda. Na početku, Rimski statut propisuje da zločin treba da bude počinjen kao deo jednog „napada, generalizovanog ili sistematičnog“, kao u odluci prve velike presude MSKJ-a, u slučaju *Tadić*. Zločin mora biti počinjen jedino protiv „civilnog stanovništva“, što ga jasno razlikuje od ratnih zločina, koji kao objekte mogu imati vojna lica ili civile, a valja još naglasiti da može biti reč o napadu koji nije vojni.

Čl. 7(2)(a) dalje precizira da „napad protiv civilnog stanovništva“ mora biti izveden „u skladu s politikom jedne države ili organizacije da praktikuje ovu vrstu činova ili imajući u vidu politički progon“. Na taj način, zločine protiv čovečnosti takođe mogu vršiti nedržavni entiteti, a s političkim ciljevima. Dodaje se postojanje „saznanja o tom napadu“, što implicira jedan poseban oblik namere, iako umerenije u odnosu na onu koja se propisuje definicijom o genocidu.

Kaseze (Cassese, 2003, p. 91), analizirajući zločine protiv čovečnosti, bavi se pitanjem koje se odnosi na običajno pravo, a o kojem će biti reči takođe u odnosu na ratne zločine. On upoređuje pojmove zločina protiv čovečnosti koji proizlaze iz međunarodnog običajnog prava i one koji proističu iz čl. 7, pokazujući da se čl. 7 zasniva na međunarodnom običajnom pravu. Istovremeno, Kaseze ukazuje na njihov uzajamni odnos ističući da „[...] u izvesnim aspektima, član 7 elaborira i precizira običajno pravo, u nekima je restriktivniji od međunarodnog običajnog prava, dok je u drugim, član 7, upravo suprotno – širi od opsega međunarodnog običajnog prava.“

4.3. Ratni zločini

Abi-Saab & Abi-Saab (2000, p. 278) definišu ratne zločine na sledeći način:

„[...] Ratni zločini mogu se definisati kao kršenje pravila *jus in bello* (nakon usvajanja Ženevskih konvencija 1949. godine počeo je da se primenjuje izraz 'pravo oružanih sukoba' a u nešto skorije vreme i 'međunarodno humanitarno pravo'), koja dovode do, po međunarodnom pravu, krivične odgovornosti pojedinaca koji ih počinje.“

S druge strane, Kaseze (Cassese, 2003, p. 47) predlaže nešto precizniju definiciju ratnih zločina budući da se, za razliku od prethodno navedenih autora, ne svodi na veoma široko postavljen koncept pravila *jus in bello* čije se kršenje zahteva. Naime, on ističe da:

„[...] Ratni zločini predstavljaju ozbiljno kršenje običajnih normi ili ukoliko su primenjivi, normi sporazuma koji čine 'korpus' međunarodnog humanitarnog prava oružanih konflikata.“

U skladu sa Žalbenim većem u predmetu *Tadić (Prosecutor v. Dusko Tadic, 1995)* ratni zločini:

- moraju se sastojati od „ozbiljnog kršenja nekog međunarodnog pravila“, to jest „moraju predstavljati kršenje nekog pravila koje štiti važne vrednosti i to kršenje mora proizvesti teške posledice po žrtvu“;
- prekršeno pravilo mora pripadati „*korpusu*“ običajnog prava ili biti deo sporazuma koji je primenjiv;
- kršenje mora pokrenuti, u skladu sa običajnim ili konvencijskim pravom, individualnu krivičnu odgovornost lica optuženog za to kršenje.

Ratni zločini mogu se počinuti u toku međunarodnih ili unutrašnjih oružanih sukoba. Ratni zločini su u prošlosti bili tretirani samo u odnosu na međunarodne sukobe, a ne i u odnosu na unutrašnje sukobe, međutim, nakon prethodno pomenute odluke Žalbenog veća MSKJ, u slučaju *Tadić*, takvi su se zločini počeli razmatrati i na ovaj način i u slučaju unutrašnjeg sukoba (vid. čl. 8(2)(c-f) Rimskog statuta).

Ratni zločini, kao što je već bilo napomenuto, predstavljaju najstariju od četiri kategorije zločina u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda. Redaktori Rimskog statuta uzeli su za osnov izvore *jus in bello* za izradu strukture čl. 8 Rimskog statuta. Tako su predvideli četiri kategorije ratnih zločina koje se dalje dele na različite potkategorije, odnosno oblike ponašanja. Dve od četiri kategorije ratnih zločina se odnose na međunarodne oružane sukobe, a druge dve na unutrašnje sukobe.

Šabas (Schabas, 2004, p. 54) tvrdi da nisu samo oblici ponašanja opisani preterano detaljno već i same kategorije, što stvara poteškoće pri proceni vrste

konkretnog oružanog sukoba. Sudovi će morati da razgraniče međunarodne sukobe od onih koji to nisu, na šta se još dodatno nadovezuje i detaljno tumačenje potkategorija za svaki od njih. Šabas (Schabas 2004, p. 54) i Kaseze (Cassese, 2003, p. 59) dodatno ukazuju na obimnost čl. 8 koji definiše ratne zločine, opravdano ističući da je reč o ubedljivo najdužem članu Rimskog statuta.

S druge strane, iz odluke MKSJ-a u predmetu *Kupreskic et al.* (para. 563) proizlazi da ukupno dve od četiri kategorije ratnih zločina sadrže nedovoljno precizno formulacije koje se ogledaju u „drugim ozbiljnim povredama zakona i drugih običaja“. Stoga se čini opravdanim uvođenje potkategorija kojima su preciznije definisane preostale dve pomenute kategorije. U suprotnom, bilo bi ugroženo načelo zakonitosti krivičnog prava i Sud bi bio lišen kriterijuma na osnovu kojeg bi sa sigurnošću mogao da utvrdi da li je u konkretnom slučaju nastupio ratni zločin ili ne.

U prethodno pomenutoj presudi MKSJ-a opravdano se ističe da uvođenje, prethodno navedene kategorije koja se ogleda u „drugim ozbiljnim povredama zakona i drugih običaja“ u kombinaciji sa njenom detaljnijom razradom predstavlja dobro balansirano rešenje. Naime, na taj način, uvođenjem date otvorene kategorije izbeglo se uvođenje previše „iscrpne kategorizacije koja bi sama po sebi stvarala mogućnost za izbegavanje primene date odredbe“ usled njene usko postavljene, odnosno zatvorene formulacije. Pomenuto balansiranje mora da bude veoma pažljivo sprovedeno. U suprotnom, prenaplašena potreba za preciznošću u pravnim tekstovima, usmerena ka poštovanju principa zakonitosti, može posredno da doprinese nekažnjivosti. Do toga može doći ukoliko se zbog strogo shvaćenog načela zakonitosti ukine svaka mogućnost za primenu dinamičnih i evolutivnih tumačenja. Čini se da deklaracija Žalbenog veća MKSJ u delu u kojem se poziva na Nirnberg u potpunosti podržava takav dobro odmeren pristup. U njoj se ističe: „zakoni oružanih sukoba nisu statični, već zbog svog trajnog prilagođavanja prate potrebe jednog sveta koji se menja“.

Kaseze (2003, p. 59) dalje utvrđuje još jedno ograničenje inkriminisanja ratnih zločina u Rimskom statutu koje zahteva posebnu obazrivost u primeni, ističući da „u nekim oblastima koje uređuje Rimski statut, član 8 konstituiše jedan retrogradni proces za postojeće međunarodno pravo“.

Među glavnim razlozima koji su naznačeni, Kaseze naglašava frazu „druge oblike teškog kršenja primenjenih zakona i običaja [...] u sferi međunarodnog prava“, iz čl. 8 (2) (b) i (e), koji tretira zločine koji se smatraju „ratnim zločinima“. Budući da u preostalim dispozitivima čl. 8 nije pomenut izraz „u sferi međunarodnog prava“, jedno od mogućih objašnjenja ovog zahteva bilo bi: „zločini nabrojani u prethodna dva dispozitiva mogu se kvalifikovati kao ratni zločini u smislu Rimskog statuta samo ako ih takvim smatra međunarodno običajno pravo“. U tom slučaju, u odnosu na ova dva dispozitiva, da bi Međunarodni krivični sud smatrao jedan oblik ponašanja ratnim zločinom, postaje neophodno da opšte međunarodno pravo uzme u obzir ovo kršenje kao ratni zločin.

Tako, u tim slučajevima Sud mora utvrditi:

- da li se s osnovom u opštem međunarodnom pravu dati oblik ponašanja smatra kršenjem međunarodnog prava oružanih sukoba, i takođe

- da li prema međunarodnom običajnom pravu dati oblik ponašanja predstavlja ratni zločin.

4.4. Agresija

Agresija dugo nije bila definisana u Rimskom statutu, kao ni u Obeležjima krivičnih dela, što je imalo za posledicu faktičku nemogućnost vršenja dela stvarne nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda. Iako su već pojedini sporazumi doneti po završetku Prvog svetskog rata, poput Versajskog ugovora i Kelog-Brajanovog pakta, predvideli da agresija predstavlja vid državnog delikta (Vukčević *et al.*, 2011, p. 172), mnogo je još vremena i uloženi napora bilo potrebno dok agresija nije počela da se kvalifikuje kao međunarodno krivično delo u današnjem obliku. Ona je prvi put definisana u Londonskom sporazumu kojim je osnovan Međunarodni vojni sud u Nirnbergu (Jovašević, 2013, p. 211) kao zločin protiv mira. Nakon toga, u okviru Ujedinjenih nacija (dalje: UN) prvi napor je učinjen 1974. godine donošenjem Rezolucije Generalne skupštine UN od 14. decembra 1974 (Resolution 3314–XXIX) koja sadrži definiciju agresije kao zločina protiv međunarodnog prava. Shodno pomenutoj rezoluciji, agresija predstavlja upotrebu vojne sile od strane jedne države protiv suvereniteta, teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti druge države, ili na bilo koji drugi način koji nije u skladu s Poveljom UN.

Definicija sadržana u ovoj rezoluciji je od ključnog značaja budući da je Rimski statut iz 1998. godine u čl. 5 upravo upućivao na ovu rezoluciju u pogledu kvalifikacije agresije, istovremeno propustivši da samostalno bliže predvidi sadržinu, karakteristike i obeležja bića zločina agresije (Jovašević, 2013, p. 212).

Stoga je bitno sagledati kvalitet definicije agresije koja je sadržana u datoj rezoluciji UN. U tom pogledu, Kaseze opravdano iznosi (Vukčević *et al.*, 2011, p. 175) da se osnovni nedostatak definicije agresije sadržane u pomenutoj rezoluciji ogleda u tome što je propušteno da se precizira da li izvršena agresija dovodi do pojedinačne krivične odgovornosti ili jedino do odgovornosti države. Drugi nedostatak koncepta agresije na način na koji je definisana u pomenutoj rezoluciji ogleda se u tome što se data definicija ne može smatrati definicijom krivičnog dela agresije, budući da ona ne sadrži konkretne elemente pomenutog krivičnog dela. Štaviše, dodatnu slabost definicije sadržane u ovoj rezoluciji predstavlja njena otvorenost koja se ogleda u tome da je u njoj eksplicitno navedeno da Savet bezbednosti može da odluči da se pod ovaj pojam podvedu i neki drugi akti, ne precizirajući kriterijum za takvo utvrđivanje (Jovašević, 2013, p. 212). Nedostaci rezolucije iz 1974. godine su svakako nesporni. Međutim, i pored njih Rimski statut je u svojoj prvobitnoj verziji propustio da agresiju samostalno reguliše, stvorivši na taj način nepremostivu pravnu prazninu koja je onemogućavala efektivno ostvarivanje stvarne nadležnost od strane Međunarodnog krivičnog suda u pogledu materije obuhvaćene datim članom.

Agresija je konačno definisana na Prvoj revizionoj konferenciji Rimskog statuta u Kampali usvajanjem rezolucije kojom se Rimski statut dopunjuje njenom definicijom.

Zbog neophodnosti ispunjavanja ratifikacionih uslova, uvedena definicija agresije nije odmah postala sastavni deo Rimskog statuta, a samim tim nije ni uspostavila nadležnost Međunarodnog krivičnog suda (Jovašević, 2013, p. 212). Član 15bis(3) glasi: „[s]ud će vršiti nadležnost nad zločinom agresije u skladu sa ovim članom, nakon odluke koja će biti usvojena nakon 1. januara 2017. istom većinom država ugovornica koja je potrebna za usvajanje amandmana na Statut”. Shodno njemu, Skupština je usvojila rezoluciju o aktiviranju nadležnosti MKS 14. decembra 2017, dok je 17. jula naredne godine došlo i do aktiviranja nadležnosti. Definicija zločina agresije koja je uvedena amandmanima na Rimski statut iz 2010. godine svakako predstavlja značajno unapređenje u odnosu na elemente koje je sadržala Rezolucija iz 1974. na koju se upućivalo u Rimskom statutu. Njome se na jasan način predviđa pojedinačna krivična odgovornost za izvršioce krivičnog dela agresije. Ona je bitno doprinela zaštiti načela zakonitosti, pre svega odustajući od mogućnosti sadržane u Rezoluciji iz 1974. godine prema kojoj bi Savet bezbednosti svojom odlukom mogao da okvalifikuje i druge akte u skladu sa odredbama Povelje UN kao krivično delo agresije (Jovašević, 2013, p. 213).

Izmenjeni član Rimskog statuta predviđa sedam alternativno postavljenih, različitih radnji kojim se može izvršiti međunarodno krivično delo agresije. Međutim, pored toga, izmenjenim članom se zahteva kao dodatni element bića međunarodnog krivičnog dela da sam čin agresije mora da predstavlja „očiglednu povredu“ Povelje UN (čl. 8bis (1)). Značajna pojašnjenja su data u pratećem izveštaju Skupštine država članica iz 2017. godine u kojima se precizira da će se „očiglednost“ povrede procenjivati na osnovu postojanja objektivnih kriterijuma ili okolnosti, tačnije karaktera čina agresije, njegove težine i razmera (ICCP-ASP, 2017).

Pitanje vremenske nadležnosti u pogledu procesuiranja međunarodnog krivičnog dela agresije je jasno regulisano, tako da Međunarodni krivični sud može da vrši nadležnost jedino u pogledu krivičnog dela agresije koje je izvršeno nakon što je doneta odluka u skladu sa čl. 15bis, st. 3 ili ukoliko je proteklo godinu dana od ratifikacije ili prihvatanja amandmana od strane trideset država ugovornica, uzimajući kasniji od ova dva datuma.

S druge strane, ostalo je otvoreno pitanje da li u pogledu krivičnog dela agresije mogu da se procesuiraju samo državljani onih država koje su ratifikovale izmene Rimskog statuta iz 2010. godine ili i državljani država ugovornica prvobitne verzije Rimskog statuta. Dok pojedini autori iznose da tekst Rezolucije iz 2017. godine daje osnov za restriktivno tumačenje nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda (Akande, 2018, p. 1), odnosno ograničavanje kruga država na one koje su ratifikovale izmene iz 2010. godine, drugi ističu značaj principa proklamovane sudske nezavisnosti koji bi trebalo da ohrabri sudije Međunarodnog krivičnog suda da kroz svoju praksu pribegnu širem tumačenju, polazeći pre svega od revolucionarnog značaja uvođenja date inkriminacije u Rimski statut (Sturchler, 2018). Svakako, rasprave koje se među teoretičarima vode po ovom pitanju otkrivaju brojne argumente koji mogu da inspirišu sudije Međunarodnog krivičnog suda, ne dovodeći pri tome u pitanje njihovu nezavisnost.

5. Zaključak

Koncept međunarodnog krivičnog dela, kao uostalom i međunarodno krivično pravo u celini ostvarili su značajne napretke prošavši kroz dugotrajnu evoluciju. Rimski statut predstavlja svakako najznačajnije otelotvorenje tog napretka. Ipak, bitno je imati u vidu da je i pre njegovog stupanja na snagu pojam međunarodnog krivičnog dela bio poprimito prilično jasne obrise. U doktrini se opravdano isticalo da postojanje međunarodnih krivičnih dela zahteva da je nastupilo kršenje međunarodne običajne norme, kao i da prekršena norma ima za cilj zaštitu vrednosti koje cela međunarodna zajednica smatra važnim i shodno tome obavezujućim za sve države i pojedince. Nadalje, isticano je da zajedničku karakteristiku međunarodnih krivičnih dela predstavlja postojanje univerzalnog interesa za njihovo suzbijanje, praćeno univerzalnom nadležnošću, kao i nemogućnost države da se pozove na imunitet u slučajevima kada je navodni izvršilac to delo izvršio u ime države.

Rimski statut je nesumnjivo uspostavio jasne normativne okvire koji omogućavaju zaštitu načela zakonitosti. U njemu je dalje normirana definicija međunarodnog krivičnog dela koja uključuje i materijalne i psihičke elemente krivičnog dela, što do tada nije predstavljalo redovnu praksu. Najzad, uvođenje supsidijarne nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda u pogledu dela regulisanih Rimskim statutom bilo je revolucionarno i kao takvo je povratno uticalo na definicije i sistematizacije pojma međunarodnog krivičnog dela u pravnoj teoriji i praksi.

Uprkos nesumnjivom značaju Rimskog statuta, uključujući i njegove amandmane, koji su naročito doprineli jasnom inkriminisanju krivičnog dela agresije, i dalje postoje određeni nedostaci i ograničenja kod inkriminisanja pojedinih oblika međunarodnih krivičnih dela koji mogu negativno da se odraze na pravnu sigurnost, kao i na dalji razvoj zaštite pojedinaca i osnovnih vrednosti koje se smatraju važnima od strane cele međunarodne zajednice. Stoga, od velikog značaja je da doktrina, uzimajući u obzir hibridnu prirodu međunarodnih krivičnih dela koja istovremeno potpadaju pod oblast međunarodnog prava i međunarodnog krivičnog prava, nastavi da predlaže odgovore na postojeće probleme. Ponuđeni odgovori, poput ovih koje autori trenutno predlažu u pogledu nedostataka revidiranih normi Rimskog statuta kojima se reguliše agresija, mogu da posluže kao značajni izvori inspiracije sudijama Međunarodnog krivičnog suda u budućoj praksi. Pri tome, putokazi doktrine, ni danas a ni u prošlosti, ni na koji način ne mogu da naruše proklamovanu nezavisnost sudija Međunarodnog krivičnog suda.

Literatura

Abi-Saab, G. & Abi-Saab, R. 2000. Les Crimes de Guerre. In: Ascensio, H. Decaux, E. & Pellet, A. (eds.), *Droit International Pénal*. Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, pp. 265-285.

- Bassiouni, C. M. 2003. *Introduction to International Criminal Law*. Ardsley/New York: Transnational Publishers.
- Cassese, A. 2003. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Jovašević, D. 2013. Međunarodna krivična dela u Rimskom statutu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 65, pp. 201-217.
- Schabas, W. 2004. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- Škulić, M. 2011. Opšti pojam međunarodnog krivičnog dela i oblici odgovornosti. U: Škulić, M. (ur.), *Ratni zločini i drugi osnovni instituti međunarodnog krivičnog prava*. Beograd: Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, pp. 67-104.
- Vukčević V. et al. 2011. Međunarodna krivična dela. U: Škulić, M. (ur.), *Ratni zločini i drugi osnovni instituti međunarodnog krivičnog prava*. Beograd: Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, pp. 139-180.

Internet izvori

- Akande, D. 2018. *An Analysis of why the ICC does not have Jurisdiction over the Crime of Aggression Committed by Nationals of ICC Parties which have not Ratified the Kampala Aggression Amendments*. ICC. Office of the Prosecutor. Dostupno na: <https://iccforum.com/aggression>, (28.5.2020).
- Sturchler, N. 2018. *The Activation of the Crime of Aggression in Perspective*. Dostupno na: <https://www.ejiltalk.org/the-activation-of-the-crime-of-aggression-in-perspective/>, (23.5.2020).
- ICC-ASP. 2017. Report on the facilitation on the activation of the jurisdiction of the International Criminal Court over the crime of aggression. Sixteenth session. New York, 4-14 December 2017. Dostupno na: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP16/ICC-ASP-16-24-ENG.pdf, (21.5.2020).

Pravni izvori

- Afrička Povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (African Charter on Human and Peoples' Rights). 1981. Dostupno na: <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>.
- Američka konvencija o ljudskim pravima (American Convention on Human Rights). 1969. Dostupno na: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.
- Deklaracija o prijateljskim odnosima Ujedinjenih nacija (The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations). 1970. Dostupno na: [https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)).
- Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. 1950. Dostupno na: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf
- Fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.

1966. Dostupno na: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Fakultativni-protokol-uz-Međunarodni-pakt-o-građanskim-i-političkim-pravima.pdf>.
- Haška kodifikacija (Hague Codification). 1899-1907. Dostupno na: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781444338232.wbeow271>, (28.5.2020).
- Trial of Henry Wirz, A Congressionally Mandated Report Summarizing the Military Commission's Proceedings, United States. 40th Congress, 2nd Session. 1867-1868. House Executive Document No. 23, December 7, 1867.
- ICJ. *Democratic Republic of Congo v. Belgium*, 2000, Arrest Warrant of 11 April 2000 Preliminary Objection and Merits, Judgment. Dostupno na: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Wirz_trial.html.
- ICTY. *Prosecutor v. Dusko Tadic*. 1995. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. Dostupno na: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>, (23.5.2020).
- ICTY. *Prosecutor v. Kupreskic et al.* 2000. Trial Judgement, IT-95-16-T. Dostupno na: <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>, (28.5.2020).
- Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide). 1948. Dostupno na: <https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml>.
- Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni ili postupaka (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment). 1984. Dostupno na: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>.
- Konvencija Ujedinjenih nacija o pravu mora (United Nations Convention on the Law of the Sea). 1982. Dostupno na: https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.
- Lieber Code. 1863. Dostupno na: https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp, (29.5.2020).
- Londonski sporazum kojim se ustanovljava Međunarodni vojni tribunal. 1945. Dostupno na: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, (29.5.2020).
- Priručnik o kopnenom ratovanju (Manual on Land Warfare), England. 1912.
- Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. 1966. *Službeni list SFRJ*, br. 7/1971.
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. 1966. *Službeni list SFRJ*, br. 7/1971.
- Povelja Ujedinjenih nacija. 1945. Dostupno na: <http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/387355/SERBOCROATIAN-1977.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Resolution ICC-ASP/16/Res. 5 on the activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression. Dostupno na: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/crime%20of%20aggression/Pages/default.aspx, (22.5.2020).
- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima. 1948. Dostupno na: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/src3.pdf.

Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu od 12. avgusta 1949. Dostupno na: <http://www.mfa.gov.rs/sr/images/stories/komisija/MKCK%20-%20Izvori%20MHP.pdf>.

Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I). Dostupno na: <http://www.mfa.gov.rs/sr/images/stories/komisija/MKCK%20-%20Izvori%20MHP.pdf>.

Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II). Dostupno na: <http://www.mfa.gov.rs/sr/images/stories/komisija/MKCK%20-%20Izvori%20MHP.pdf>.

Fernanda F. Fernandez Jankov, PhD

Legal Faculty, University of Sao Paulo, Brasil

Fernandez&Jankov Legal Intelligence, Brasil, Portugal, Serbia

e-mail: fernandez.jankov@fernandezjankov.eu

NOTION OF INTERNATIONAL CRIME AND ITS EVOLUTION

Summary

The concept of international crime evolved in the course of history. The debate about its notion and its key features divided scholars and other professionals. The first part of this paper deals with its historical development, while the second part is focused on the examination of the general notion of international crime and its key features. The third part of the article is devoted to the analysis of the notion of international crimes in the sense of the Rome Statute explaining its main characteristics, as well as main features of four international crimes covered by the Rome Statute. Finally, the author in the concluding part of the paper sums up the identified problems and offers the solutions for their improvement.

Keywords: international crimes, Rome Statute, International Criminal Court, war crimes, aggression.

Primljeno: 12.6.2020.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

DIVERZIONIM MEHANIZMIM POSTUPANJA PREMA MALOLETNICIMA U ŠKOTSKOJ – MOGUĆNOSTI ZA PRIMENU ODREĐENIH ISKUSTAVA U SRBIJI

Sažetak

Diverziono postupanje prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, odnosno izbegavanje ili skretanje krivičnog postupka, predstavlja jedan od ključnih standarda za koje plediraju relevantni međunarodni dokumenti. Među onima koji imaju višedecenijsko iskustvo u reagovanju na maloletnički kriminalitet mimo standardnog krivičnog postupka ističe se Škotska, čiji se pravni sistem odlikuje veoma specifičnim rešenjima u ovoj oblasti, bitno drugačijim od onih postojećih u ostatku Ujedinjenog Kraljevstva. S obzirom na to da i srpski pozitivni propisi insistiraju na primeni diverzionih mehanizama, kako kroz primenu načela oportuniteta, tako i kroz primenu vaspitnih naloga, postavlja se pitanje da li su određena iskustva Škotske primenljiva u Srbiji, te da li su ova dva sistema uporediva. Stoga su izlaganja u radu posvećena upoznavanju sa osnovama škotskog sistema poznatog kao Children's Hearings, a kako bi se izdvojile njegove dobre i slabe strane. Primenjeni su normativni, istorijski i komparativni metod. Cilj rada jeste da se izdvoje određene preporuke koje bi mogle biti relevantne za buduće postupanje prema maloletnim prestupnicima.

Ključne reči: *diverzione mere, maloletni učinioci krivičnih dela, Škotska.*

1. Uvodna razmatranja

Opšte je poznato da su sistemi reagovanja na maloletničko prestupništvo svuda u svetu bitno uslovljeni težnjom da se ostvari što sadržajnije implementacija međunarodnih standarda, kojima se u ovoj oblasti pridaje izuzetan značaj. S tim u vezi, nema međunarodnog dokumenta kako univerzalnog, tako i evropskog karaktera koji ne insistira na izbegavanju krivičnog i prekršajnog postupka prema maloletnim licima kad god je to moguće, a u cilju otklanjanja stigmatizacije i drugih negativnih efekata rigidnog postupanja.

* Doktor pravnih nauka, docent, Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju, Univerzitet u Beogradu, Srbija, e-mail: milica.kovacevic@fasper.bg.ac.rs

** Doktor defektoloških nauka, vanredni profesor, Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju, Univerzitet u Beogradu, Srbija, e-mail: vp.danica@gmail.com

Izbegavanje formalne reakcije prema deci i adolescentima preporučuju i savremena naučna istraživanja koja utvrđuju da je primena puke represije jednostavno nedelotvorna (Howell, 2003, p. 23). Naime, naučnici koji se bave proučavanjem dečjeg psihofizičkog razvoja tvrde da su nepoštovanje pravila i svojevrsno buntovništvo, u određenoj meri, normalni pratioci najranijih životnih godina nemalog broja ljudi. Otuda deo istraživača smatra da se među maloletnim prestupnicima izdvaja malobrojna kategorija prestupnika koji od ranog detinjstva krše propise i koji će se kroz čitav život sukobljavati sa zakonom, i daleko brojnija kategorija maloletnika koji nakon adolescencije žive i rade u skladu sa zakonom. Tako Moffitt konstatuje da se prva od pomenutih kategorija prestupnika odlikuje neuropsihološkim osobenostima i odrastanjem u neadekvatnim uslovima, dok kod druge kategorije nisu zastupljene distinktivne neuropsihološke osobine, već želja da se prikažu kao odrasli i neustrašivi, pa makar i putem nepoštovanja pravila (Moffitt, 1993, p. 674). Neumerena reakcija na prestupništvo koje bi maloletnici svakako „prerasli“ logično može naneti više štete nego koristi. No, sve su brojniji i istraživači koji smatraju da između maloletnika čije se prestupništvo ograničava na detinjstvo i adolescenciju i onih koji će se i kasnije sukobljavati sa zakonom zapravo ne postoje distinktivne razlike neuropsihološke i genetske prirode, te da utoliko veći značaj treba pridati porodičnim, ekonomskim i socijalnim prilikama u kojima deca i mladi generalno stasavaju (Fairchild *et al.*, 2013, pp. 924-930). Konačno, i etička merila nalažu da najmlađima prvo treba pružiti adekvatne uslove za odrastanje, kao i odgovarajuće uzore i modele ponašanja, pa tek onda insistirati i na odgovornosti ove kategorije lica.

Tako dolazimo do savremenog trenutka u kome, i pored toga što je maloletnik prekršio određenu imperativnu normu, poenta reagovanja na manifestovano ponašanje nije samo u iskazivanju prekora i sprečavanju budućeg sukobljavanja sa zakonom, već i te kako i u zadovoljavanju maloletnikovih široko shvaćenih potreba, uz što više tolerancije i iznad svega humanosti (Igrački & Ilijić, 2016, p. 186). S obzirom na takvo pozicioniranje prioriteta, uočava se da ima situacija u kojima nije nužno pokretanje krivičnog postupka, odnosno u kojima je celishodna obustava postupka. U tim slučajevima na scenu stupaju diverziona mere reagovanja.

Termin „diverziono reagovanje“ potiče od engleske reči *diversion* što znači skretanje ili preusmeravanje. Ne postoji opšteprihvaćena definicija diverzionog postupanja prema maloletnim prestupnicima. Tako u literaturi pronalazimo stavove da je diverziono postupanje smešteno na pola puta između potpunog izostanka formalne reakcije i vođenja kompletnog krivičnog/prekršajnog postupka (Rutheford & McDermott, 1976, p. 26). Ukoliko diverzija dovede do potpunog izmeštanja postupanja prema maloletniku iz okvira pravosudnog sistema, onda je reč o pravom diverzionom postupanju, a ukoliko ipak dođe do kontakta sa sudom, onda je u pitanju modifikovanje formalnog postupanja kroz njegovo uprošćavanje i skraćivanje (Rutheford & McDermott, 1976, p. 26). Drugi autori su mišljenja da se diverziono postupanje deli na ono koje podrazumeva potpuno odsustvo bilo kakve intervencije povodom delinkventnog ponašanja i na diverziono postupanje gde policija ili drugi nadležni organ upućuje maloletnika na participiranje u odgovarajućem programu (Elrod & Ryder, 2011, p. 178).

U domaćoj literaturi pronalazimo mišljenja autora koji diverziono postupanje kategorišu kao jednostavnu diverziju, koja nije ništa drugo do mogućnost primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja u slučaju postojanja odgovarajućeg stepena sumnje da je izvršeno lakše krivično delo, i kao diverziju sa intervencijom, koja obuhvata različite mere prilagođene konkretnom učiniocu krivičnog dela, kao što su nadzor nad maloletnikom, društveno korisni rad, obeštećenje oštećenog od strane maloletnika, savetodavni rad i slično (Stevanović, 2006, pp. 62-63). Ističe se i da diverziono postupanje zapravo predstavlja otelotvorenje modela minimalne intervencije koji podrazumeva minimalno oficijelno intervenisanje prema maloletnom učiniocu krivičnog dela i pribegavanje krivičnom postupku kao *ultima ratio* soluciji, a kako bi se u najvećoj mogućoj meri izbegli stigmatizacija maloletnika i kontraproduktivni efekti po njegovu rehabilitaciju kao učestali pratioci vođenja krivičnog postupka (Škulić, 2011, p. 106).

Kako god da definišemo diverziono postupanje prema maloletnicima, nesporno je da postoji snažna podrška za što intenzivniju primenu ovog vida reagovanja, tako da se čak može reći da je popularisanje diverzionog pristupa ključna odlika savremenog maloletničkog krivičnog prava na globalnom nivou (Kovačević, 2015, p. 110). Tako najznačajniji dokument o pravima deteta, Konvencija UN o pravima deteta (Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, 1990) u čl. 40, st. 3 predviđa da će države posebno nastojati da podstiču donošenje mera za postupanje sa decom za koju se tvrdi, koja su optužena ili za koju je utvrđeno da su prekršila zakon, bez pribegavanja sudskom postupku, s tim da u potpunosti budu poštovana njihova prava i da se obezbedi njihova zaštita. Standardna minimalna pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu (Tokijska pravila, usvojena rezolucijom Generalne skupštine UN, br. 45/110, od 14. decembra 1990. godine) predviđaju da treba osmisлити modalitete za rešavanje problema prestupnika na nivou lokalne zajednice u meri u kojoj je to moguće bez korišćenja zvaničnog sudskog postupka ili suđenja, a uz korišćenje pravne zaštite i u skladu sa zakonom (pravilo br. 2.5). Dalje, među brojnim dokumentima Saveta Evrope o problematici maloletničkog pravosuđa posebno se ističu Smernice o pravosuđu po meri deteta, (The Council of Europe Guidelines on Child-friendly Justice, usvojene od strane Komiteta ministara 17. novembra 2010. godine) koje takođe u smernici br. 24 preporučuju državama da kad god je to moguće i u interesu deteta pribegavaju alternativama sudskom postupku kao što su medijacija, diverzija i slično.

Međutim, i pored snažne podrške diverzionom postupanju, ne treba gubiti iz vida da ovaj model postupanja, zbog neformalnog karaktera i vrlo raznovrsnih mera, nosi i određene rizike po pravnu sigurnost. Stoga je od ključnog značaja da nadležni diskreciona ovlašćenja koriste isključivo u najboljem interesu maloletnih lica, uz vođenje odgovarajućih evidencija i poštovanje procedura. Tako i upravo pomenute Smernice o pravosuđu po meri deteta naglašavaju da dete treba da bude adekvatno informisano o prirodi i mogućim posledicama vansudskog postupanja povodom kršenja pravila od strane deteta, te da mu treba obezbediti i pravnu pomoć kako bi sagledalo sve aspekte postojeće situacije (smernica br. 25). I Evropski sud za ljudska prava u svojim odlukama ističe da se posebno mora voditi računa o zakonitosti postupanja prema maloletnim licima (Kovačević & Turanjanin, 2014, pp. 311-323).

2. Reagovanje na maloletničku delinkvenciju u Škotskoj

Najpre treba naglasiti da kada govorimo o reagovanju na maloletničku delinkvenciju u Škotskoj, termin „maloletnička delinkvencija“ koristimo u najširem mogućem smislu. Naime, uže definisanje maloletničke delinkvencije podrazumevalo bi samo preduzimanje nacionalnim zakonom kažnjivih ponašanja od strane maloletnih lica, ili čak samo vršenje krivičnih dela, ukoliko bi bila reč o najužoj formalnopravnoj definiciji (Nikolić-Ristanović, 2014, p. 8), dok šira definicija u maloletničku delinkvenciju ubraja i druge oblike neprilagođenog, devijantnog, antisocijalnog, pa i čak nemoralnog i asocijalnog ponašanja (Kovačević, 2018, p. 13).

Takođe, radi razumevanja prilika u ovom delu Ujedinjenog Kraljevstva, treba imati u vidu i specifično državno uređenje te zemlje, u kojoj Škotska ima položaj pokrajine koja se ne odlikuje autonomnošću, ali ima široka sopstvena ovlašćenja, pa je zahvaljujući tome i sistem maloletničkog pravosuđa drugačiji od onog u preostalom delu države. Bitno je spomenuti i to da je nakon pobeđe laburista na parlamentarnim izborima 1997. godine u Ujedinjenom Kraljevstvu došlo do intenziviranja procesa devolucije, što podrazumeva prenošenje određenih ovlašćenja centralne državne vlasti na istorijske neengleske pokrajine, to jest Škotsku, Vels i Severnu Irsku, čime se priznaje njihov specifičan istorijski i nacionalni identitet (Marković, 2014, p. 6).

U Škotskoj postoji veoma osoben sistem reagovanja na maloletničku delinkvenciju koji maloletna lica u sukobu sa zakonom posmatra pre svega kao decu koja imaju određene nezadovoljene potrebe. Stoga poenta reakcije i nije u tome da se utvrdi za koji nedozvoljeni akt je maloletnik odgovoran i koja sankcija mu sleduje srazmerno delu i ispoljenoj odgovornosti. Zapravo, vrlo su raznovrsne životne situacije koje mogu dovesti do toga da se maloletno lice nađe pred organima koji su istovremeno nadležni kako za reagovanje na delinkvenciju, tako i za socijalnu zaštitu. Ne bi bilo pogrešno reći da reakciju nadležnih može da izazove zapravo devijantno ponašanje maloletnih lica. Iz tih razloga u Škotskoj postoji sistem svojevrstog dvostrukog koloseka putem koga se na delinkventno ponašanje lica mlađih od 16, pa čak i 18 godina, reaguje posredstvom specifičnih organa koji se bave zaštitom dece, dok stariji maloletnici i maloletnici koji se sumnjiče samo za najteža krivična dela bivaju procesuirani pred sudovima (Scottish Government, 2013, pp. 13, 17).

Treba napomenuti i da u Škotskoj dolazi u obzir reagovanje na delinkventno ponašanje veoma mladih lica, to jest da uzrast počev od koga deca snose krivičnu odgovornost iznosi svega 12 godina, što je znatno više od 8 godina koliko je taj uzrast iznosio pre usvajanja Age of Criminal Responsibility (Scotland) Act 2019. Ipak, uzrast dovoljan za uspostavljanje krivične odgovornosti ne možemo posmatrati van ukupnog konteksta reagovanja na maloletničku delinkvenciju u Škotskoj, s obzirom na to da je sistem već decenijama okrenut pre svega zaštiti dece. Osim toga, i pre izmena zakona iz 2019. godine prema deci mlađoj od 12 godina svakako nije mogao biti sproveden sudski postupak, već je postupak mogao da vodi samo Children's Hearings koji se ne može poistovetiti sa krivičnim sudom.

Nadaleko je poznato da je na postojeće ustrojstvo škotskog sistema reagovanja na maloletničku delinkvenciju dominantno uticao Kilbrandonov izveštaj iz 1964. godine (*Kilbrandon Report*). Naime, početkom šezdesetih godina prošlog veka formirana je komisija pod rukovodstvom pravnik i sudije Lorda Kilbrandona koja je, između ostalog, trebalo da preispita svrsishodnost i efekte do tada zastupljenog i često kritikovanog sistema maloletničkog pravosuđa. Pre reforme sistem je funkcionisao tako što su se sudovi opšte nadležnosti bavili samo najtežim krivičnim delima kao što su ubistvo, silovanje i razbojništvo, kako u slučaju punoletnih, tako i u slučaju maloletnika, dok su ostale maloletničke predmete rešavali maloletnički sudovi u okviru razuđenog i neuniformnog sistema tih sudova širom zemlje (Fox, 1974, pp. 60-65), pri čemu su posebni maloletnički sudovi u Škotskoj uvedeni još 1908. godine putem *The Children Act-a* (Scottish Government, 2013, p. 8).

Stupanjem na snagu novih propisa iz oblasti socijalne zaštite 1968. godine prihvaćeno je stanovište da reagovanje putem sudskog postupka nije adekvatno rešenje i da tu soluciju treba maksimalno izbegavati. Ideja vodilja reformisanog sistema jeste da je nedozvoljeno ponašanje pre svega produkt ukupnih nepovoljnih socijalnih i ekonomskih okolnosti u kojima se dete razvija, a ne posledica lične nemogućnosti pojedinca da se prilagodi društvenim pravilima (Fox, 1974, p. 65). Zato se sistem ne fokusira samo na individualni rad sa pojedincem, već organi reagovanja sačinjeni prevashodno od neprofesionalaca iz lokalne sredine saraduju sa roditeljima i sa detetom, po principima na kojima se zasniva pružanje socijalne zaštite. Ipak, reformisani sistem takođe polazi i od premise da se ne sme zanemariti da je osnov za reagovanje i dalje odgovarajući stepen sumnje da je maloletno lice izvršilo krivično delo ili kakav drugi delikt, što znači da sistem nema prava da reaguje iz čisto preventivnih razloga. Interes deteta je uvek na prvom mestu, pa je nekada bolje izbeći bilo kakvu reakciju nego pribeći neprimerenoj. Od ključnog značaja je i participiranje dece, što podrazumeva informisanje deteta i uvažavanje njegovog mišljenja (Scottish Government, 2013, p. 17).

Svi osnovi usled kojih dete može biti upućeno na *Children's Hearings* pobrojani su odgovarajućim odredbama Zakona o deci (*Children (Scotland) Act, 1995* i *Children and Young People (Scotland) Act 2014* i *Children's Hearings (Scotland) Act 2011*). Konkretno, čl. 67 *Children's Hearings Act-a* predviđa da su neki od razloga zbog kojih se dete upućuje na *Children's Hearings*: neadekvatno roditeljsko staranje o detetu; viktimizacija deteta i izloženost kriminalnom ponašanju; izloženost deteta licima koja ne predstavljaju dobar uzor; sukob sa zakonom; konzumiranje alkohola i psihoaktivnih supstanci; negativan uticaj deteta na zdravlje, bezbednost i razvoj druge osobe ili deteta; odsustvo roditeljske/starateljske kontrole; neopravdano izostajanje iz škole i stupanje u dečji brak ili prinudni brak. U praksi je uočeno to da se razlozi za upućivanje na *Children's Hearings* mnogo češće tiču potrebe da se maloletnik zaštiti, nego delinkventnog ponašanja (Scottish Executive, 2005).

Osnova sistema jesu posebna tela/paneli pod nazivom *Children's Hearings*, a na „ulaznim vratima“ u sistem nalazi se izvestilac (*Reporter*), državni službenik koji dete upućuje na panel i referiše panelu o saznanjima do kojih je došao. Obično će izvestiocu koji inicijalno razmatra slučaj podatke o detetu dostaviti policija, služba socijalne zaštite

ili druga institucija, ali to mogu učiniti i maloletnikovi roditelji ili bilo koje treće lice. Reporter ne mora da bude osoba određenog obrazovnog profila, ali se podrazumeva da je adekvatno upućen u pozitivne propise koji uređuju oblast socijalne zaštite i pravosuđa. Takođe, izvestilac daje članovima panela sva potrebna proceduralna objašnjenja, a isto tako je dužan da vodi evidenciju i da kontaktira sa sudom. Treba naglasiti da pri odlučivanju o meri koja će se primeniti prema maloletniku izvestilac nema pravo glasa, niti sme da utiče na odluku članova Children's Hearings-a.

Izvestilac pri početnom razmatranju konkretnog slučaja može odlučiti da zapravo nije potrebna bilo kakva intervencija. Dalje, može zaključiti da bi određena podrška mogla biti od koristi, te uputiti dete i roditelje da se, ukoliko to žele, obrate nadležnim službama. Procedura se može okončati i bez izlaska pred panel tako što će policijski organi izdati maloletniku odgovarajuće upozorenje. Ukoliko izvestilac pak smatra da je detetu potreban obavezan nadzor uz podršku, onda će dete uputiti na Children's Hearings (Scottish Executive, 2005, p. 6).

Rad Children's Hearings-a se odlikuje neformalnim pristupom kako bi se u što prijatnijoj atmosferi i uz aktivno učešće deteta utvrdile okolnosti slučaja. Sesiji prisustvuju izvestilac, tri člana panela, socijalni radnik i po potrebi druga stručna lica poput nastavnika, zdravstvenih radnika i psihologa. Izvestilac pre sastanka prikuplja sve potrebne podatke, a detetovi roditelji i dete starije od 12 godina imaju pravo da se upoznaju sa celokupnim materijalom. Sam rad Children's Hearings-a uslovljen je saglasnošću roditelja i deteta, odnosno potrebno je da su dete i roditelji/staraoci mišljenja da postoji opravdan razlog da se raspravlja pred panelom. Ukoliko takva saglasnost ne postoji, tada se slučaj upućuje mesno nadležnom sudu koji potom odlučuje da li ima opravdanih razloga da panel zaseda u konkretnom slučaju.

Članovi panela, dete, staraoci i drugi učesnici postupka sede oko velikog ovalnog stola i neformalno razgovaraju. Važno je da zasedanje ne postane naporno, tako da sesija traje između 45 i 60 minuta. Children's Hearings potom donosi i obrazlaže odluku na način što prijemčiviji detetu.

Član panela može biti svako lice starije od 18 godina, a poželjno je da članovi budu pripadnici lokalne zajednice detetovog prebivališta. U sastavu panela treba da budu zastupljena lica različitog pola, kao i mlađi i iskusniji članovi. Iako su članovi Children's Hearings-a laici i volonteri, to ne znači da oni mogu bez ikakvih priprema pristupati svojim zadacima. Naprotiv, postoji precizno osmišljen program obuke, a jednom stečena znanja se moraju i obogaćivati. Pre stupanja na dužnost obavezna je sedmodnevna obuka, a tokom naredne tri godine volonter obavezno pohađa nastavu o temama kao što su komunikacija sa decom, rešavanja konflikata i pozitivni zakonski okvir u oblasti zaštite dece (Scottish Parliamentary Corporate Body, 2017, pp. 15, 16). Vodi se računa da članovi panela budu lica koja iskazuju afinitet prema radu sa decom i mladima.

Svi članovi lokalnih Children's Hearings-a pripadaju i centralnom Dečjem panelu (Children's Panel) čije članove imenuju odgovarajuća škotska mnistarstva. Iz Children's Panel-a volonteri se raspoređuju, shodno ispoljenoj potrebi, po odgovarajućim lokalnim jedinicima. U svakom trenutku prijavno je oko 2.500 volontera spremnih da proprate

oko 35.000 sesija, koliko se u proseku odvija na godišnjem nivou (Scottish Parliamentary Corporate Body, 2017, p. 15).

Odluke Children's Hearings-a mogu biti: da ne postoji potreba za bilo kakvom merom, da će se primeniti mera obaveznog nadzora i da se donošenje odluke odlaže za izvesno vreme dok se ne prikupe dodatni podaci. No, predmet može biti preusmeren i na sud ukoliko dete zbog svojih ličnih svojstava ili uzrasta ne može da participira u postupku ili pak postoje nejasnoće i neslaganja po pitanju samog osnova zbog koga je predmet pred panelom.

U najvećem broju slučajeva biće izrečena mera obaveznog nadzora, s tim što dete, odnosno roditelji mogu zatražiti sudsko preispitivanje odluke. Trajanje nadzora nije unapred određeno, ali je nakon proteka godine dana od početka primenjivanja obavezna revizija. Rezultat revizije može biti produženje trajanja nadzora, njegovo ukidanje ili modifikovanje nadzora. Neretko se dešava da se mera produžava više puta, tako da ona potraje i do pet godina, što nadležni vide kao svojevrsnu anomaliju, te žele da suzbiju takvu praksu dugotrajnog aktivnog kontrolisanja dece (Scottish Parliamentary Corporate Body, 2017, p. 6). Mera nadzora može podrazumevati i rad na kontroli besa, programe za jačanje samopouzdanja, rad na otkrivanju konkretnih razloga koji vode prestupničkom ponašanju i slično. Nadzor može biti praćen i određivanjem obaveznog mesta boravka u narednom periodu (iako se nastoji da se maloletnik ne izmešta iz dotadašnje sredine), zabrana kontakta sa određenim licima, a sve u skladu sa čl. 83 Children's Hearings Act 2011.

Dete i njegovi zastupnici mogu tražiti revidiranje odluke o meri najranije pošto isteknu tri meseca od početka primene. Predstavnici lokalnih organa koji su zaduženi za samu implementaciju mogu pak tražiti preispitivanje mere u svakom momentu. Razlozi za preispitivanje celishodnosti mere mogu biti kako dobri rezultati implementacije mere, tako i problemi u njenoj primeni.

Posebno treba naglasiti da je panel ovlašćen da izriče određene mere hitnog karaktera. Na primer, ukoliko se dete ne odaziva na pozive Children's Hearings-a, izriču se mere za obezbeđivanje prisustva. Ukoliko se utvrdi da dete živi u nebezbednim uslovima, može biti izrečena mera privremenog smeštaja na bezbedno mesto (*place of safety*) u trajanju do 22 dana, s tim što se mera može produžiti za još 22 dana. Zadržavanje maloletnika na određenom mestu svakako ne može trajati duže od 66 dana, tako da bi izvestilac u cilju daljeg zadržavanja morao izdejtstvovati sudsku odluku (Schottish Executive, 2005, p. 8). S navedenim u vezi, sve izraženije su zamerke na to što dete faktički može biti lišeno slobode u postupku u kome mu nije zagantovana stručna pravna pomoć i koji nije strogo formalan, što predstavlja svojevrsno diskriminisanje dece u odnosu na odrasle (Scottish Parliamentary Corporate Body, 2017, p. 22).

Jasno je da je opisani sistem baziran na želji da se deci i mladima omoguće najbolji uslovi za rast i razvoj, sa idejom da će takav pristup rezultirati i opadanjem stope maloletničke delinkvencije. Da li su u praksi ostvareni ovako koncipirani ciljevi? Prvo treba naglasiti da je tumačenje podataka o maloletničkoj delinkvenciji u Škotskoj veoma zahtevan zadatak, budući da se praktično ne pravi distinkcija između delinkventnog i devijantnog ponašanja. Ipak, ohrabrujuće zvuči to što je prema policijskim statistikama maloletnička delinkvencija u konstantnom padu počev od 2008/2009. godine, tako da je

u periodu između 2009. i 2014. godine zabeležen pad broja delikata izvršenih od strane lica mlađih od 18 godina za čak 45% (Lightowler, Orr & Vaswani, 2014, p. 3). Takođe je tokom poslednjih godina zabeležen konstantan pad upućivanja dece na Children's Hearings, što se odnosi na sve osnove upućivanja, pri čemu je zabeležen drastičan pad upućivanja dece po osnovu sukoba sa zakonom, tako da je stopa upućivanja po ovom osnovu tokom 2012/2013. godine opala za čitavih 78% u odnosu na 2007/2008. godinu. Čini se da uspešnost sistema reagovanja dodatno potvrđuje i to što deca uzrasta od sedam do 18 godina čine pre svega lakša krivična dela i prekršaje, odnosno statusne delikte, dok shodno policijskim podacima iz 2013. godine teška krivična dela poput ubistva i razbojništva čine svega 1% delikata izvršenih od ovih lica (Lightowler, Orr & Vaswani, 2014, p. 5).

Da li je sistem reagovanja na maloletničku delinkvenciju zaista tako delotvoran i da li je primena diverzionog načina postupanja kroz Children's Hearings zapravo zaslužna za to što se iz godine u godinu smanjuje broj dece u sukobu sa zakonom? U literaturi ne pronalazimo jasan odgovor na ovo pitanje.

Nailazimo na stavove da se sistem reagovanja na maloletničku delinkvenciju u Škotskoj, i pored devolucije na nivou Ujedinjenog Kraljevstva, zapravo približava punitivnom sistemu kakav je zastupljen u Engleskoj i Velsu (McAra & McVie, 2010, p. 184). Opšte je poznato da sistemi zasnovani na punitivizmu uspešnost reakcije mere ispitivanjem zadovoljstva građana primenjenim merama i merenjem nivoa umanjenja perzistentnog prestupništva, ostavljajući neretko po strani pitanje kakav je uticaj mera imala na samog prestupnika i njegov budući životni put. S tim u vezi brojni autori smatraju da se savremeni škotski sistem reagovanja na maloletničku delinkvenciju baš i ne može pohvaliti sjajnim karakteristikama, te da brojke ne govore o realnom stanju stvari.

S druge strane, može se reći da sve manji broj maloletnika koji su procesuirani zbog kršenja zakona ipak govori u prilog uspešnosti škotskog sistema, makar kao otelotvorenje ideje o izbegavanju preuranjene reakcije i njenih negativnih efekata. Tako su često citirani autori poznate longitudinalne Edinburške studije o mladima i kriminalitetu i njihovi zaključci o kontraproduktivnom dejstvu insistiranja na ranoj identifikaciji dece pod povećanim rizikom od budućeg delinkventnog ponašanja (McAra & McVie, 2010, p. 180). Otuda bi proizlazilo da je škotski sistem umerene reakcije valjano utemeljen i da ga treba držati podalje od punitivističkog i neokorekcionalističkog pristupa kakvi su zastupljeni u Engleskoj i Velsu, umesto forsiranja makar kakve reakcije čisto zato da bi se zadovoljila forma i javno mnjenje.

No, ima i onih koji ukazuju na to da pri tumačenju statističkih podataka valja imati na umu i širi kontekst i aktuelni trenutak. Pre no što se zasluge za opadanje stope maloletničke delinkvencije pripišu Children's Hearings-u, eminentni autori ističu da treba prepoznati i nove načine putem kojih se mladi zabavljaju i pre svega mobilne telefone i društvene mreže, koji bitno utiču na strukturiranje slobodnog vremena. Dalje, treba imati u vidu i činjenicu da su tehnička sredstva poput telefona i računara danas daleko dostupnija, što i te kako ima veze sa oblicima ispoljavanja imovinskog kriminaliteta koji je inače tradicionalno najzastupljeniji među maloletnicima. Pokrivenost javnih površina video-nadzorom i druge mere tehničke zaštite takođe igraju značajnu ulogu (Lightowler,

Orr & Vaswani, 2014, p. 13). Na kraju krajeva, ne treba zanemariti ni činjenicu da se i prostor za vršenje delikata preseljava onlajn, tako da postojeće statističke evidencije još uvek ne barataju kategorijama koje bi adekvatno izrazile nove forme kriminaliteta (Lightowler, Orr & Vaswani, 2014, p. 14).

Glavna zamerka škotskom sistemu odnosi se na to što se maloletnici stariji od 16 godina i dalje prevashodno upućuju na standardni krivični postupak, iako shodno Konvenciji UN o pravima deteta lica mlađa od 18 godina treba da uživaju status deteta. Iako postoji mogućnost da se licima starim 16 i 17 godina bavi i Children's Hearings, to se u praksi retko dešava (IPS, 2018, p. 16).

Bilo kako bilo, nesporno je da se u Škotskoj akcenat stavlja na zadovoljavanje specifičnih potreba maloletnika i da se u identifikovanju tih potreba ne koriste mehanizmi rigidnog pravosudnog sistema. O problemima i potrebama se neformalno razgovora, pa se rešenja traže na lokalnom nivou, uz korišćenje lokalnih resursa. Nema sumnje da se ovakav pristup može okarakterisati kao usklađen sa savremenim naučnim tendencijama za koje plediraju aktuelni međunarodni dokumenti iz oblasti maloletničkog pravosuđa.

3. Diverzione mere u Srbiji

U Srbiji Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica predviđa da se diverziono postupanje može ostvariti kroz dva modaliteta: primenom načela oportuniteta krivičnog gonjenja i primenom vaspitnih naloga. Primena načela oportuniteta krivičnog gonjenja (nepokretanje postupka) praktično bi podrazumevala prostu diverziju, bez bilo kakvih dodatnih mera pomoći i podrške, dok primena vaspitnih naloga obuhvata preuzimanje određenih obaveza od strane maloletnog učinioca krivičnog dela, uz pružanje odgovarajuće pomoći od strane nadležnih.

Ukoliko posmatramo statističke podatke o maloletničkom kriminalitetu u poslednjih nekoliko godina, tačnije počev od 2013. pa zaključno s 2018. godinom, zaključujemo da je ukupan broj krivičnih prijava protiv maloletnih lica uglavnom u padu. Tako su po podacima Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije u 2013. godini podnete ukupno 3844 prijave, u 2014. godini 3110, u 2015. godini 3355 prijave, u 2016. godini 3643 prijave, u 2017. godini 3465 prijave, dok je u 2018. godini broj prijava smanjen na svega 2744, što istovremeno predstavlja najmanji broj krivičnih prijava u jednoj kalendarskoj godini zabeležen tokom čitave prethodne decenije (RSZ, 2019).

Ukoliko na osnovu podataka Republičkog zavoda za statistiku izračunamo procentualno učešće odbačenih krivičnih prijava u ukupnom broju krivičnih prijava u periodu od 2013. do 2018. godine, uočićemo da se učešće odbačenih prijava uglavnom povećava. Navedeno implicira i intenzivniju primenu načela oportuniteta, to jest diverzije. Tako je u 2013. godini učešće odbačenih prijava u ukupnom broju podnetih prijava iznosilo svega 32,5%, u 2014. godini 44%, u 2016. godini 47, 2% , u 2017. godini 54% i u 2018. godini 51%. Takođe, zabeležen je porast maloletničkih krivičnih predmeta u kojima je naknadno došlo do obustave pripremnog postupka koji sprovodi sudija

za maloletnike. Tako je u 2013. godini od ukupnog broja slučajeva u kojima je došlo do pokretanja krivičnog postupka, krivični postupak naknadno obustavljen u 11,5% predmeta, dok je ta brojka u 2018. godini iznosila 21,5%.

Kada je reč o primenjenim vaspitnim nalogima, u 2018. godini primenjeno je ukupno 230 vaspitnih naloga (RSZ, 2019), od čega najviše vaspitnih naloga koji se odnose na izvinjenje oštećenom (129), te na uključivanje u rad nelukrativnog karaktera (89) i redovno pohađanje škole ili odlaženje na posao (14), pri čemu treba imati u vidu da postoji mogućnost primene jednog ili više vaspitnih naloga. U 2017. godini primenjeno je 330 vaspitnih naloga, s tim da je i tokom te godine najčešće (185 puta) primenjen vaspitni nalog poravnanje sa oštećenim kako bi se naknadom štete, izvinjenjem, radom ili na neki drugi način otklonile, u celini ili delimično, štetne posledice dela (RSZ, 2018). Tokom 2016. godine primenjen je 241 vaspitni nalog (RSZ, 2017), u 2015. godini ukupno 246 vaspitnih naloga (RSZ, 2016), u 2014. godini 176 vaspitnih naloga (RSZ, 2015) i u 2013. godini ukupno 171 vaspitni nalog (RSZ, 2013), pri čemu je i u periodu od 2013. do 2016. godine najzastupljeniji vaspitni nalog bio izvinjenje oštećenom. Tokom posmatranog perioda postepeno se povećavalo učešće vaspitnog naloga uključivanje, bez naknade, u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja, dok vaspitni nalozi koji se odnose na lečenje od bolesti zavisnosti i uključivanje u pojedinačne ili grupne tretmane u odgovarajućim ustanovama praktično nisu bili zastupljeni. Pri tumačenju iznetih podataka svakako ne treba gubiti iz vida to da je samo sud ovlašćen da primeni vaspitne naloge koji podrazumevaju lečenje bolesti zavisnosti i podvrgavanje tretmanima i savetovanjima.

Kada je reč o praktičnim aspektima primene vaspitnih naloga, uočava se da se najčešće primenjivani vaspitni nalog izvinjenje i nadoknada štete uglavnom sprovodi u prostorijama javnih tužilaštava ili pri centrima za socijalni rad, odnosno putem plaćanja određenih novčanih iznosa na račun oštećenog (Satarić & Obradović, 2014, p. 22) te da ne postoje značajniji problemi u njegovoj primeni. Iz godine u godinu se povećava broj vaspitnih naloga koji se odnose na humanitarni rad, s tim što se oni i dalje uglavnom realizuju u javnim komunalnim preduzećima i ređe u humanitarnim organizacijama poput Crvenog krsta, što može uticati na njihovu smislenost i svrsishodnost. Neretko se ističe da je primena vaspitnih naloga značajno unapređena nakon implementacije projekta „Unapređenje primene vaspitnih naloga“ u realizaciji Republičkog zavoda za socijalnu zaštitu, a pod pokroviteljstvom Kraljevine Norveške. Projekat je implementiran od 2010. do 2013. godine kao komponenta šireg projekta „Unapređenje dostupnosti pravde“, a njegovi rezultati trebalo je da budu upotrebljeni i pri koncipiranju nedostajućih podzakonskih akata, što se nije dogodilo.

U literaturi se ističe da su glavni problemi nepostojanje podzakonskih akata koji bi detaljnije uredili materiju izvršenja vaspitnih naloga, nedostatak ustanova u kojima bi se sprovodile pojedine mere i nedovoljna informisanost šire javnosti (Vasiljević, 2008, p. 368). Pri postojećem stanju stvari primena vaspitnih naloga u velikoj meri zavisi od entuzijazma i povezanosti predstavnika sistema pravosuđa, socijalne zaštite i lokalne samouprave. Kada je reč o efektima primene vaspitnih naloga, i pored nedostatka opsežnih evaluativnih studija, zaključuje se da su rezultati pozitivni,

posebno u domenu suzbijanja recidivizma (Bugarski, 2015, p. 112).

Ranije izneti statistički podaci ukazuju da je od ukupnog broja krivičnih prijava u 2017. godini u svega 9,5% slučajeva primenjen vaspitni nalog, dok je u 2018. godini učešće slučajeva rešenih primenom vaspitnih naloga iznosilo svega 8,4% u odnosu na ukupan broj krivičnih prijava. Navedene brojke i nisu preterano zadovoljavajuće. S druge strane, ne treba gubiti iz vida da je diverziono postupanje faktički zastupljeno i u slučaju nepokretanja krivičnog postupka bez primene vaspitnog naloga, ali ni to da takvo uprošćeno postupanje zapravo ne podrazumeva konkretnije mere nadzora i podrške za maloletnog učinioca krivičnog dela.

4. Zaključak

Bez obzira na to kakvi se efekti trenutno postižu primenom diverzionih mera, nesporno je to da će diverzioni pristup biti favorizovan i u budućem postupanju prema maloletnim delinkventima. Savremena nauka nedvosmisleno ukazuje na neprimerenost rigidnog i represivnog postupanja prema deci i mladima, što implicira da će se širiti spektar mera i načina za zaobilaznje krivičnog postupka i za pružanje podrške i pomoći shvaćene u najširem mogućem smislu. Međutim, nesporno je i to da će, kako institucije, tako i civilno društvo morati da se intenzivnije uključe u problematiku suzbijanja maloletničke delinkvencije, ali, što je još značajnije, i u strateško i odgovorno razmišljanje o perspektivi dece i mladih.

U vezi s navedenim, određena iskustva Škotske nesporno mogu biti od značaja i koristi i za Srbiju, posebno u delu koji se tiče učešća građana u merama reagovanja na lokalnom nivou. U Srbiji je angažovanje građana i predstavnika lokalne zajednice u temama koje se tiču suzbijanja maloletničke delinkvencije posebno zapostavljena tema, iako ne postoji opravdan razlog da se građani ne interesuju za ovo pitanje od opšteg interesa. Jedan od modela na koji se Srbija možda može ugledati jeste i formiranje lokalnih odbora/panela nalik na Children's Hearings, što uostalom i ne bi bila potpuna nepoznanica u srpskoj tradiciji i praksi. Naime, u oblasti građanskog prava postojala je mogućnost rešavanja sporova pred lokalnim mirovnim većima, mada je i u prošlosti rad ovih organa, mimo seoskih sredina, bio slabo afirmisan usled uzajamne nepovezanosti građana u urbanim sredinama (Stanković, 1978, p. 261). Postojeći zakonski okvir u oblasti lokalne samouprave takođe predviđa postojanje mirovnih veća.

Međutim, aktivnijem uključivanju građana u primenu mera diverzionog karaktera moralo bi da prethodi i njihovo makar uopšteno edukovanje o problemima maloletničkog prestupništva i o pravima i položaju dece, čemu se u ovom trenutku u Srbiji pažnja posvećuje nedovoljno i sporadično. Utoliko je značajnije upoznavanje sa iskustvima drugih zemalja koje već raspoložu saznanjima o tome kako stvoriti i jačati kapacitete za diverziono postupanje na lokalnom nivou, ali i o ključnim praktičnim problemima i manama diverzionog pristupa.

Takođe, Škotska raspolože bogatim iskustvom na temu neformalnog i specifičnog

vođenja postupka prema deci i mladima u sukobu sa zakonom, uz omogućavanje aktivne participacije ovih lica. Zanimljiva je praksa otvorenog dijaloga sa učesnicima raspoređenim oko ovalnog stola. S obzirom na to da su ova pitanja u Srbiji, mimo problematike pravnog zastupanja maloletnih učinilaca krivičnih dela, još uvek prilično zapostavljena, to bi upoznavanje sa osobenostima prakse u Škotskoj moglo biti korisno.

Literatura

- Bugarski, T. 2015. Vaspitni nalozi kao diverzioni model postupanja i njihova primena u praksi Višeg javnog tužilaštva i Višeg suda u Novom Sadu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1, pp. 89-116.
- Elrod, P. & Ryder, P. 2011. *Juvenile Justice, A Social, Historical and Legal Perspective*. Sudbury (Massachusetts): Jones and Bartlett Publishers.
- Fairchild, G. et al. 2013. Evaluating and Reformulating the Developmental Taxonomic Theory of Antisocial Behavior. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 9, pp. 924-940.
- Fox, S. 1974. Juvenile Justice Reform: Inovations in Scotland. *The American Criminal Law Review*, 12, pp. 61-102.
- Howell, J. 2003. *Preventing and Reducing Juvenile Delinquency*. Thousand Oaks: Sage publications.
- Igrački, J. & Ilijić, Lj. 2016. Kriminalitet maloletnika – Stanje u svetu i Srbiji. *Strani pravni život*, 60(1), pp. 185-200.
- Inspectorate of Prosecution in Scotland. 2018. *Thematic Report on the Prosecution of Young People*. Glasgow: Scottish Government.
- Kovačević, M. & Turanjanin, V. 2014. Pravo maloletnika na slobodu i bezbednost u praksi Evropskog suda za ljudska prava – Privilegovani ili jednaki?. *Strani pravni život*, 58 (2), pp. 307-324.
- Kovačević, M. 2015. Diverzioni koncept postupanja prema maloletnim učiniocima krivičnih dela. *Pravni zapisi*, 6(1), pp. 110-125.
- Kovačević, M. 2018. *Delinkvencija i pravna reakcija*. Beograd: Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju.
- Lightowler, C., Orr, D. & Vaswani, N. 2014. *Youth Justice in Scotland: Fixed in the Past or Fit for the Future?*. Glasgow: Centre for Youth and Criminal Justice.
- Marković, R. 2014. Devolucija u Ujedinjenom Kraljevstvu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 62(2), pp. 5-30.
- McAra, L. & McVie, S. 2010. Youth crime and justice: Key messages from the Edinburgh Study of Youth Transitions and Crime. *Criminology & Criminal Justice*, 2, pp. 179-209.
- Moffitt, T. 1993. Adolescence-Limited and Life-Course-Persistent Antisocial Behavior: A Developmental Taxonomy. *Psychological Review*, 4, pp. 674-701.
- Republički zavod za statistiku Republike Srbije. 2014. *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2013*. Beograd.

- Republički zavod za statistiku Republike Srbije. 2015. *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2014*. Beograd.
- Republički zavod za statistiku Republike Srbije. 2016. *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2015*. Beograd.
- Republički zavod za statistiku Republike Srbije. 2017. *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2016*. Beograd.
- Republički zavod za statistiku Republike Srbije. 2018. *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2017*. Beograd.
- Republički zavod za statistiku Republike Srbije. 2019. *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2018*. Beograd.
- Ristanović-Nikolić, V. 2014. Određenje pojma i njegove konsekvence: kriminalitet maloletnika ili maloletnička delinkvencija?. U: Nikolić-Ristanović, V. & Stevković, Lj. (ur.), *Maloletnička delinkvencija u svetu i Srbiji*. Beograd: Prometej, pp. 7-12.
- Rutherford, A. & McDermott, R. 1976. *National Evaluation Program Phase I Summary Report- Juvenile Diversion*. Washington: National Institute of Justice.
- Satarić, N. & Obradović, D. 2014. *Analiza napretka primene vaspitnih naloga i alternativnih krivičnih sankcija u sistemu maloletničkog pravosuđa u Srbiji*. Beograd: International Management Group.
- Scottish Executive. 2005. *The Children's Hearings System*. Edinburgh.
- Scottish Government. 2013. *Children's Hearings Handbook*. Edinburgh.
- Stanković, G. 1978. Obustavljanje parnične delatnosti radi pokušaja poravnjanja pred mirovnim većem. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 18, pp. 247-262.
- Stevanović, I. 2006. Nova zakonska rešenja o maloletnicima: značaj alternativa institucionalnom tretmanu. *Temida*, 9(1), pp. 61-66.
- Škulić, M. 2011. *Maloletničko krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet.
- Vasiljević, D. 2008. Vaspitni nalozi i posebne obaveze sa posebnim osvrtnom na ulogu škole. U: Matejić-Đuričić, Z. (ur.), *Poremećaji ponašanja u sistemu obrazovanja*. Beograd: Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju, pp. 359-373.

Internet izvori

- Scottish Parliamentary Corporate Body. 2017. *The Children's Hearings System - Taking Stock of Recent Reforms, 5th Report*. Dostupno na: http://www.parliament.scot/S5_Education/Reports/ESS052017R05.pdf, (pristup 20. 2. 2020).

Milica D. Kovačević, PhD

Assistant Professor, Faculty for special education and rehabilitation, University of Belgrade, Serbia

e-mail: *milica.kovacevic@fasper.bg.ac.rs*

Danica V. Vasiljević Prodanović, PhD

Associate Professor, Faculty for special education and rehabilitation, University of Belgrade, Serbia

e-mail: *vp.danica@gmail.com*

**DIVERSION PROGRAMS FOR JUVENILE OFFENDERS IN
SCOTLAND – APPLICABILITY OF THE SCOTTISH SYSTEM
EXPERIENCE IN SERBIA**

Summary

Diversion programs and measures for juvenile offenders, that is, the avoidance or diversion of criminal proceedings, are among the key points which the relevant international instruments advocate for. Scotland certainly stands out among those with the decades of extensive experience in responding to juvenile delinquency beyond the criminal justice system. Scottish legal system is characterized by very specific solutions concerning juvenile offenders, significantly different from those existing in the rest of the United Kingdom. Considering that Serbian positive regulations insist on the use of diversionary mechanisms, both through the application of the principle of opportunity and through the application of educational orders, the question arises as to whether certain Scottish experiences are applicable in Serbia, and how comparable the two systems are. Therefore, the paper is dedicated to the analysis of the basics of Children's Hearings system, in order to highlight its strengths and weaknesses. Historical, normative and comparative methods have been applied. The aim of the paper is to identify specific recommendations that may be relevant for the future treatment of juvenile offenders in Serbia.

Keywords: diversion programs, juvenile offenders, Scotland.

Primljeno: 27.2.2020.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

KOMPARACIJA KAZNENE REAKCIJE U SRBIJI I JAPANU**

Sažetak

Predmet ovog rada je uporednopravna analiza reagovanja na kažnjiva ponašanja u Srbiji i Japanu, uz isticanje sličnosti i razlika koje su od značaja za eventualno preuzimanje rešenja iz jednog pravnog sistema u drugi. Stoga će najpre biti reči o krivičnom postupku u Srbiji i Japanu, i to pre svega o organizaciji i nadležnosti organa krivičnog pravosuđa, zatim o faznom karakteru krivične procedure i procesnim stadijumima, da bismo se na kraju osvrnuli na najznačajnije mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku. Takođe, u radu se opisuje poseban sistem porotnog suđenja koji postoji u Japanu. Nakon toga sledi komparativno izlaganje o krivičnim delima i krivičnim sankcijama u kompariranim pravnim sistemima, sa osvrtom na sve učestalija zalaganja za pooštavanje kaznene politike i rastući kazneni populizam, kako bi se utvrdilo da li su te pojave prisutne i u kojoj meri u oba pravna sistema.

Ključne reči: kaznena reakcija, krivični postupak, krivične sankcije, krivična dela.

1. Uvod

Srbija i Japan predstavljaju dve geografski veoma udaljene zemlje i kulture, pa bi se očekivalo da te razlike imaju reperkusije i u pogledu pravnih instituta, pa i onih koji pripadaju krivičnopravnoj grani. Međutim, kako kriminalitet sve manje poznaje državne granice, a značaj međunarodne saradnje u suzbijanju kriminaliteta sve više raste, i kako se sve više teži harmonizaciji pravnih sistema, bilo bi neophodno izvršiti komparativnu analizu pravnih sistema Srbije i Japana u cilju utvrđivanja sličnosti i razlika.

Potreba za jednim ovakvim radom proistekla je upravo iz činjenice da se kod nas retko pristupalo komparativnoj analizi kaznene reakcije u Srbiji i Japanu, i to pre svega krivičnog postupka i društvene kontrole kriminaliteta u Japanu. Izuzetak su jedan članak skorijeg datuma i jedan iz devedesetih godina prošlog veka, oba objavljena u *Stranom pravnom životu*. Moramo biti svesni činjenice da kaznena reakcija predstavlja širok pojam i da obim ovog rada dozvoljava da se izvrši kratak uporednopravni osvrt na

* Student doktorskih studija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, e-mail: aleksandar.kvastek@gmail.com

** Za izradu navedenog rada dodeljena je 2019. godine *Sakura stipendija* od strane *Japan Tobacco International* grupe i Ambasade Japana, koja se od 2011. godine dodeljuje za po pet studenata u Republici Srbiji.

kaznenu reakciju u dvema analiziranim zemljama, te da se istaknu osnovne prednosti i nedostaci prihvaćenih zakonodavnih rešenja.

Struktura same kaznene reakcije je za potrebe rada podeljena u nekoliko celina, pa je prvi deo pretežno krivičnoprocesnog karaktera, odnosno u njemu se izlaže o strukturi krivičnog postupka, osnovnim procesnim subjektima i elementima koji su karakteristični samo za Japan, kao i o nekim merama za obezbeđenje prisustva u krivičnom postupku kao što su pritvor, jemstvo i zabrana napuštanja boravišta.

Drugi deo je posvećen krivičnom materijalnom pravu, odnosno krivičnim delima i krivičnim sankcijama, kako bi se utvrdilo da li postoji sličan dijapazon inkriminiranih radnji koje su propisane kao krivična dela, kao i da bi se razmotrila strogost propisanih kazni.

Naposletku, biće reći i o kaznenom populizmu, tj. sve učestalijim zalaganjima za pooštavanje propisanih kazni i za izricanje što strožih sankcija u slučaju osuđujuće presude, koja se najčešće plasiraju preko medija i vrše pritisak na subjekte krivičnog postupka.

2. Krivični postupak

Analizirajući sličnosti i razlike krivičnog postupka u Srbiji i Japanu, uočava se da je ovaj tip postupka, iako u mnogim svojim aspektima različit, a što je posledica prostorne udaljenosti dveju zemalja, kao i činjenice da je japanska krivična procedura produkt njihovog osobenog socijalnog i kulturnog konteksta, u osnovi izgrađen na istim osnovama.

Naime, za krivični postupak u Srbiji karakteristično je da je uređen pretežno na adverzijalan način, što je posebno tipično za organizaciju glavnog pretresa, s tim da postoje i određeni inkvizitorski elementi koji često nisu demokratskog karaktera i koji su uglavnom vezani za prethodni postupak – predistražni i istražni (Škulić, 2015, p. 23).

U Japanu, krivični postupak je takođe u osnovi adverzijalni, pa je glavni istražni organ javno tužilaštvo, kojem u ovoj fazi postupka veliki oslonac pruža policija, koja mora o svim preduzetim radnjama da obavesti javnog tužioca, koji izdaje posebne direktive policijskim službenicima. Jedini „izuzetak“ u odnosu na ovo pravilo jeste da policija nije dužna da obavesti javnog tužioca o trivijalnim saobraćajnim prestupima¹ (Hamai & Ellis, 2015, pp. 5-6).

Stoga se za oba krivična postupka (japanski i srpski) može reći i da su mešoviti jer, pored adverzijalnih, u njima ima i inkvizitorskih elemenata. Tako pojedini domaći autori japanski krivični postupak eksplicitno označavaju kao hibridni, jer istovremeno ima angloameričkih elemenata (glavnu reč u istrazi vodi javni tužilac, osnovna karakteristika

¹ U ovom delu rada govorimo o krivičnom postupku pod kojim podrazumevamo i sudske postupke za lakša kaznena dela kakvi bi bili prekršaji, budući da prekršaje nismo izdvajali u posebnu celinu, s obzirom na to da u Japanu ne postoji dihotomna podela kaznenih dela na krivična i prekršajna kao kod nas (Mrvić & Atanacković, 1992, p. 42). Pored toga, smatramo da je neophodno da ukažemo i na reakciju društva i organa formalne socijalne kontrole i na ova ponašanja, s obzirom na temu ovog rada.

glavnog pretresa je „dokazni dvoboj“ stranaka),² kontinentalno-evropskih (važnost uloge suda u utvrđivanju istine, široko definisanje prava na žalbu i vanredne pravne lekove), ali i tradicionalno japanskih: široko ovlašćenje javnog tužioca da samostalno raspolaže pravom na optužbu, učešće građana u postupku kao „saiban-in“, tj. sudija porotnika ili učešće građana u Odboru za istrage i optužbe (Milovanović, 2013, pp. 319-320). Navedeni „sudar“ različitih uticaja sa japanskom pravom može se pripisati njegovom istorijskom razvoju, budući da je krajem XIX veka na japanskog zakonodavca odlučujući uticaj vršilo francusko pravo, odnosno Napoleonov *Code pénal*, da bi na početku XX veka nemačko krivično pravo, pod čijim uticajem se razvijalo i srpsko pravo, predstavljalo uzor i za japansko krivično pravo, nakon čega je posle Drugog svetskog rata odlučujući uticaj imalo angloameričko pravo (Mrvić & Atanacković, 1992, pp. 41-42). Iz tog razloga pojedini autori kažu da se japanski krivični postupak sastoji od zapadnjačke spoljašnjosti i japanske unutrašnjosti (Reichel, 2007, p. 385), što ujedno vodi gubljenju razlika na terenu krivičnog prava sa geografski udaljenim pravnim sistema, pa i našim, imajući u vidu zajedničke pravne uzore.

Stoga su krivični postupci, koji su po svojoj prirodi mešoviti, po pravilu, uzorno opredeljenje zakonodavca, jer omogućavaju da se iskoriste prednosti oba krivičnoprocesna sistema i da se prilagode pravnom sistemu u koji se ugrađuju. Zato bi japanski krivični postupak mogao predstavljati izvor za pravne transplantate za brojne pravne sisteme u pogledu svojih tradicionalnih krivičnoprocesnih elemenata, kao što je laički element u suđenju izražen kroz specifični porotni – „saiban-in“ sistem.

Upravo je ovakvo izgrađivanje pravnih sistema, prema teoriji Alana Votsona, usmereno na pravni razvitak, koji je, po njegovom stanovištu, posledica pravnih transplantata (Avramović & Stanimirović, 2014, p. 25).

Pored japanskog Zakonika o krivičnom postupku, ova oblast je, kao i kod nas, uređena posebnim zakonima koji se odnose na maloletnike, budući da je i japanski zakonodovac protektivno nastrojen prema ovoj kategoriji prestupnika. Tako su doneti Zakon o maloletnicima i Zakon o blagostanju dece (Vaughn & Huang, 2005, p. 505). Osim toga, u japanskom krivičnom pravu mladi ispod 14 godina nisu krivično odgovorni (Vaughn & Huang, 2005, p. 506), što se poklapa i sa donjom granicom krivične odgovornosti u Republici Srbiji, saglasno čl. 2 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica RS.

Kako bi se što sveobuhvatnije izvršila komparativna analiza krivičnog postupka u Srbiji i Japanu, biće zasebno reći o organizaciji subjekata krivičnog postupka u dvema analiziranim zemljama, procesnim fazama u krivičnom postupku, kao i o nekim merama za obezbeđenje prisustva okrivljenog.

² Pojedini autori čak posebno izdvajaju kao glavni angloamerički uticaj, koji posebno dolazi do izražaja u pogledu okolnosti da optuženi nije više samo predmet istrage već i subjekt krivičnog postupka (Noda, 1980, p. 210). S tim u vezi, dominacija adverzijalnih elemenata u odnosu na inkvizitorske došla je posebno do izražaja i u pogledu načina na koji se dobija priznanje okrivljenog. Tako je saslušanje okrivljenog postalo zakonom regulisani odnos ispitivača prema okrivljenom, kako bi ga, zakonom dozvoljenim sredstvima, naveo na davanje istinitog priznanja ili pak na saradnju u pogledu prikupljanja dokaza (Škulic, 2011, p. 203).

2.1. Položaj subjekata krivičnog postupka

Kao i u Republici Srbiji, osnovni subjekti krivičnog postupka u Japanu su: krivični sud, javno tužilaštvo i okrivljeni, kome u postupku pomaže njegov branilac.

Organizacija sudstva u Japanu sastoji se od Vrhovnog suda (*Supreme Court*), koji istovremeno odlučuje o ustavnosti i zakonitosti pojedinačnih akata, ali i o tzv. finalnim žalbama (*Jokoku*) i žalbama iz taksativno pobrojanih razloga u procesnom zakonu (*Kokoku*), apelacionih sudova koji su smešteni u osam velikih gradova (*High Courts*), viših – okružnih sudova (*District Courts*), porodičnih sudova, tj. sudova za maloletnike³ (*Family Courts*) i osnovnih sudova (*Summary Courts*) koji sude za krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili lakše kazne (primera radi, tzv. prekršajni zatvor), za krivična dela za koja je novčana kazna propisana kao alternativna, kao i za kockanje, pronevere i druge imovinske delikte (UNAFEI, 2019).

U Republici Srbiji, Zakonom o uređenju sudova (čl. 22, st. 1) propisano je da osnovni sud u prvom stepenu sudi za krivična dela za koja je kao glavna kazna predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do deset godina ako za pojedina od njih nije nadležan drugi sud i da odlučuje o molbi za prestanak mere bezbednosti ili pravne posledice osude za krivična dela iz svoje nadležnosti, dok je nadležnost viših sudova ustanovljena u čl. 23 i oni sude za krivična dela za koja je kao glavna kazna predviđena kazna zatvora preko deset godina, kao i za određena taksativno nabrojana krivična dela (odavanje državne tajne, krivično delo propisano zakonom koji uređuje tajnost podataka, kršenje zakona od strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamenika, otmica i dr.). Za razliku od Japana, u kome postoje tzv. porodični sudovi koji istovremeno sude i maloletnim učiniocima krivičnih dela, u Srbiji viši sudovi sude u krivičnom postupku prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, pri čemu treba napomenuti da su u Japanu porodični sudovi organizovani prema organizaciji viših – okružnih sudova. Saglasno čl. 24 navedenog zakona, apelacioni sudovi odlučuju o žalbama na odluke viših sudova i na odluke osnovnih sudova u krivičnom postupku, ako za odlučivanje o žalbi nije nadležan viši sud, pri čemu su u Srbiji apelacioni sudovi osnovani za četiri grada (Beograd, Niš, Novi Sad i Kragujevac), dok Vrhovni kasacioni sud odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima (čl. 30 Zakona o uređenju sudova).

Stoga se može zaključiti da i na planu organizacije krivičnog pravosuđa postoje određene sličnosti (osnovni sudovi, viši, apelacioni i vrhovni sud), ali kod nas porodični sudovi ne postoje kao nadležni za krivična dela maloletnih učinilaca nego maloletnicima sude viši sudovi. Takođe, uočljivo je da je u Srbiji osnovnim sudovima poverena mnogo šira nadležnost da sude za krivična dela, posmatrano prema propisanoj kazni, nego u Japanu, kao i da najviši sud u Republici Srbiji, za razliku od Japana, nema ustavnosudsku nadležnost, koja je poverena Ustavnom sudu.

Javno tužilaštvo je organizovano analogno ustrojstvu sudova u Japanu, što je slučaj i kod nas. Postoje lokalna (tužilaštva za sumarni postupak), viša, tj. okružna, apelaciona i Vrhovno javno tužilaštvo. Dva osnovna načela rada javnog tužilaštva su

³ Ovde treba napomenuti da su u Japanu maloletnici lica mlađa od 20 godina (Milovanović, 2013, p. 310).

načelo monopolizacije krivičnog gonjenja i načelo slobodnog raspolaganja optužbom.

Prvo načelo podrazumeva da je javni tužilac jedini ovlašćeni tužilac u krivičnom postupku,⁴ uz dva izuzetka: kada je podneta krivična prijava protiv nekog nosioca javne funkcije, podnosilac krivične prijave koji je nezadovoljan odlukom javnog tužioca može zatražiti od okružnog suda pokretanje postupka koji mu u tom slučaju postavlja posebnog advokata za zastupanje optužbe. Drugi izuzetak podrazumeva pravo oštećenog na izjavljivanje žalbe Odboru za istrage i optužbe koji je sastavljen od 11 građana i koji ima pravo, ako oceni da je žalba osnovana, da tužiocu izda preporuku za pokretanje postupka, koja nije obavezujuća, ali u tom slučaju okružni sud može, kao i u prvoj situaciji, pokrenuti postupak (Milovanović, 2013, p. 311).

Iako slično načelo postoji u krivičnom postupku u Srbiji, postoje određene razlike. Tako kod nas oštećeni može pod određenim uslovima da preuzme krivično gonjenje i sam zastupa optužbu, s tim da ima pravo i na prigovor protiv odluke javnog tužioca da ne preduzme krivično gonjenje ili da odustane od njega (Škulić, 2015, p. 115). Ono što je interesantno jeste to da o pravnom sredstvu protiv odluke javnog tužioca da ne pokrene krivični postupak ne odlučuje neposredno viši javni tužilac kao u Srbiji, već pomenuti Odbor za istrage i optužbe koji se sastoji od građana izabраниh metodom slučajnog izbora, što dodatno jača laički element u japanskom krivičnom postupku, a time i poverenje građana u krivično pravosuđe.

Drugo načelo podrazumeva da javni tužilac diskreciono odlučuje o pokretanju krivičnog postupka, tako da on može odlučiti da ne pokrene krivični postupak ukoliko smatra da to nije neophodno s obzirom na uzrast, karakter i okruženje učinioaca, kao i na težinu i okolnosti krivičnog dela (Milovanović, 2013, p. 311).

Navedeno načelo je gotovo slično načelu oportuniteta u našem krivičnom postupku, koje je propisano čl. 283 Zakonika o krivičnom postupku – ZKP, kao uslovljeni oportunitet (odlaganje krivičnog gonjenja) i podrazumeva da javni tužilac može odložiti krivično gonjenje za krivična dela za koja je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, ako osumnjičeni prihvati jednu od više navedenih obaveza i kao bezuslovni oportunitet u smislu čl. 284, st. 3 ZKP, i za krivična dela za koja je predviđena kazna zatvora do tri godine, kada javni tužilac može odbaciti krivičnu prijavu ako osumnjičeni, usled stvarnog kajanja, spreči nastupanje štete ili štetu u potpunosti nadoknadi, a izricanje krivične sankcije u konkretnom slučaju, prema oceni javnog tužioca, ne bi bilo pravično.⁵

Položaj odbrane u krivičnom postupku ne razlikuje se u bitnim crtama u Srbiji i Japanu. Okrivljeni u toku postupka ima pravo na branioca, a u određenim slučajevima u Japanu je takođe propisana obavezna stručna odbrana, kao npr. kada je određeno zadržavanje osumnjičenog, kada je za krivično delo propisana smrtna kazna, doživotni zatvor ili pak kazna zatvora u trajanju dužem od tri godine, tako da će u ovim

⁴ Iz tog razloga, a pre svega budući da ne postoji institut oštećenog kao tužioca i privatnog tužioca, neće biti posebno reći o položaju oštećenog, jer su njegova prava, kao subjekta krivičnog postupka, u Japanu znatno redukovana u odnosu na naš pravni sistem.

⁵ U Zakoniku o krivičnom postupku Japana ovo načelo je propisano u čl. 248 (The Code of Criminal Procedure (Act No. 131 of 1948)).

situacijama okrivljenom, ako ne obezbedi prisustvo branioca, biti dodeljen branilac po službenoj dužnosti (Supreme Court of Japan, 2014, p. 15).

2.2. Učešće građana u krivičnom postupku – „Saiban-in“ sistem

U Srbiji, laički element u suđenju manifestuje se kroz zastupljenost predstavnika građana u sastavu sudskog veća u prvostepenim krivičnim postupcima. Tako u prvostepenim postupcima za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora u rasponu preko 8 godina a do 20 godina zatvora odlučuje trojno veće koje se sastoji od jednog sudije profesionalca i dvoje sudija porotnika, dok u postupcima za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora od 30 do 40 godina postupa petorno veće sačinjeno od dvoje profesionalnih sudija i troje sudija porotnika. U drugostepenim postupcima, kao i u postupcima za krivična dela za koja po posebnom zakonu postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti, nema sudija porotnika (Škulić, 2015, pp. 93-94).

Nakon neuspelih pokušaja uvođenja porote u Japanu po uzoru na Francusku još tokom *Meiđi restauracije*,⁶ kao i sličnih pokušaja tokom dvadesetih godina prošlog veka, 2004. godine uvedeno je specifično učešće građana u krivičnom postupku, kroz ustanovu „saiban-in“, koja podrazumeva poseban vid porote koji se javlja u najozbiljnijim krivičnim predmetima, kao što su krivična dela za koja je propisana smrtna kazna, doživotni zatvor ili zatvor sa društvenokorisnim radom, kao i dela za koja se može izreći više od godinu dana zatvora, a kojima je prouzrokovana smrt žrtve. Sam panel „saiban-in“ sastoji se od devet članova, od kojih su tri člana profesionalne sudije i šest članova građani, dok je tzv. „mali panel“ sastavljen od jednog sudije profesionalca i četiri građanina i saziva se kada postoji saglasnost stranaka, odnosno kada činjenično stanje nije sporno, na primer kada postoji priznanje okrivljenog (Ortolani, 2010, p. 165).

Ovaj japanski „izum“ podrazumeva da „saiban-in“, koji postupaju samo u prvostepenom postupku, budući da žalbeni sudovi odlučuju samo u većima od troje sudija profesionalaca, utvrđuju činjenično stanje, primenjuju zakon i, u slučaju osuđujuće presude, odmeravaju krivičnu sankciju, tako da nisu ovlašćeni da donose čisto procesne odluke i odluke koje se tiču pravno nevaljanih dokaza, kao ni da tumače propise.

Na osnovu navedenog, može se zaključiti da je učešće laika, tj. građana, dominantnije u Japanu nego u Srbiji, ali treba napomenuti da u Srbiji kada sudije porotnici postupaju, oni brojčano nadmašuju sudije profesionalce. Takođe, primetno je da je u Japanu formalno redukovana uloga građana kada je u pitanju donošenje odluka na pretresu, dok u Srbiji sličnih ograničenja nema (iako, faktički, u praksi odluke koje zahtevaju pravničko znanje donose sudije profesionalci).

⁶ *Meiđi restauracija* je period u Japanu nakon 1868. godine tokom kojeg se vlast vraća u ruke carske porodice, kada dolazi do reforme krivičnog postupka po ugledu na kontinentalno-evropsko pravo (Milovanović, 2013, p. 307).

2.3. Procesni stadijumi

Kada je reč o fazama krivičnog postupka, takođe se uočava sličnost sa našim postupkom, pa tako istragom rukovodi javni tužilac, a sama istraga ima pre svega policijski karakter, kao kod nas predistražni postupak (istina, u Japanu predistražni postupak i istraga nisu formalno odvojeni oblici prethodnog postupka).

U vezi sa istragom, japanski ustav propisuje da je za lišenje slobode okrivljenog neophodna odluka suda u obliku naloga za hapšenje koja je inicirana predlogom javnog tužioca ili organa unutrašnjih poslova, uz dva izuzetka. Prvi se odnosi na situaciju kada se radi o učiniocu krivičnog dela zatečenom *in flagranti*. Drugi slučaj je kada postoji osnovana sumnja da je okrivljeni izvršio krivično delo za koje je propisana smrtna kazna, kazna doživotnog zatvora ili kazna zatvora od najmanje tri godine i kada zbog hitnosti nalog za hapšenje nije mogao biti izdat u kratkom roku. Tada se nalog mora pribaviti naknadno, odmah po lišenju slobode, inače se okrivljeni pušta na slobodu. U svakom slučaju, okrivljeni mora u roku od 48 časova biti sproveden javnom tužiocu, koji će u roku od 24 časa od sprovođenja odlučiti da li će pokrenuti postupak ili okrivljenog pustiti na slobodu.

U postupku optuženja, razlikuju se dva optužna akta: optužnica – *kiso-džoa* (uz koju se sudu ne dostavljaju nikakvi dokazi, jer se smatra da bi mogli da kompromituju optuženog i da utiču na nepristrasnost suda) i zahtev za donošenje sudske odluke u sumarnom postupku, što je uslovljeno pristankom okrivljenog na sumarno suđenje (Ortolani, 2010, p. 315).

Pripreme za glavni pretres, svojevrsno pripremno ročište, podrazumevaju utvrđivanje plana suđenja, tj. vremenskog okvira,⁷ koji se sačinjava nakon identifikovanja optužbe i predlaganja dokaza od strane učesnika u postupku. Takođe, dokazi se mogu izvoditi i na inicijativu suda, ali dokazne predloge primarno podnose stranke, pa i tu dolazi do izražaja adverzijalni karakter krivičnog postupka (Supreme Court of Japan, 2014, p. 18).

Što se tiče samog glavnog pretresa, nema većih razlika u odnosu na glavni pretres u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije: uvodna izlaganja počinju čitanjem optužnog akta i preliminarnim izjašnjenjem optuženog o krivici, teret dokazivanja je na javnom tužiocu, svedoci se ispituju tako što ih prvo ispituje stranka koja ih je predložila, zatim suprotna stranka, pa na kraju sud, što je takođe odraz adverzijalnog tipa procedure (Supreme Court of Japan, 2014, pp. 23-24). Interesantno je da se optuženi (osim što ima pravo da poslednji da završnu reč), za razliku od našeg postupka, saslušava na kraju, posle izvođenja svih dokaza (Milovanović, 2013, p. 318), što je odredba koja je prikladnija svrsi prava na odbranu budući da optuženi, nakon što su mu predloženi svi dokazi, može u neometanom izlaganju da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji ga terete.⁸

⁷ Kod nas se vremenski okvir određuje isključivo u parničnom, a ne i u krivičnom postupku.

⁸ Kod nas, ZKP (čl. 68, st. 1, tač. 6) ide i korak dalje i propisuje da neposredno pre prvog saslušanja osumnjičeni može da pročita samo krivičnu prijavu, zapisnik o uviđaju i nalaz i mišljenje veštaka. Iako se ovde ne radi o saslušanju na glavnom pretresu, već u istrazi, svakako se čini da napred navedeno pravilo krivičnog postupka Japana više odgovara interesima okrivljenog.

Postupak po pravnim lekovima sličan je našem postupku, te postoje redovni pravni lekovi (žalba protiv prvostepene presude i žalba protiv drugostepene presude), kao i vanredni koji se ulažu protiv pravnosnažnih odluka: zahtev za ponavljanje postupka i vanredna žalba (Milovanović, 2013, p. 318).

Žalba protiv prvostepene presude (*koso*) podnosi se višem sudu, a žalbeni osnovi mogu biti: povreda odredaba krivičnog postupka, povreda zakona, pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje i pogrešna odluka o krivičnoj sankciji. Takođe, ukoliko je samo optuženi izjavio žalbu, presuda se ne može preinačiti na štetu optuženog, tako da i u Japanu važi zabrana *reformatio in peius*. S druge strane, žalba protiv drugostepene presude (*đokoku*) podnosi se Vrhovnom sudu Japana, a razlozi za izjavljivanje žalbe su: povreda Ustava ili greška u tumačenju odredaba Ustava, kao i donošenje odluke suprotne sudskoj praksi Vrhovnog suda ili apelacionih sudova (Supreme Court of Japan, 2014, pp. 8-9).

Zahtev za ponavljanje postupka (*saišin*) podnosi se u slučaju novih dokaza koji ukazuju da bi osuđeni trebalo da bude oslobođen i podnosi se sudu koji je doneo pravnosnažnu presudu, dok vanrednu žalbu (*hiđo đokoku*) Vrhovnom sudu može podneti Vrhovni javni tužilac i to samo izuzetno, kada je prilikom suđenja bilo grubog kršenja zakona ili procesnih pravila (Milovanović, 2013, p. 319).

2.4. Pritvor

Jedno od osnovnih rešenja u zakonodavstvu Japana koje bi trebalo da predstavlja uzor za naš pravni sistem jeste ono koje se odnosi na pritvor u krivičnom postupku.

Naime, u toku istrage pritvor prema okrivljenom može trajati najduže deset dana od dana kada je određeno njegovo zadržavanje, s tim da je sudija ovlašćen da produži navedeni period za još deset dana u izuzetnim slučajevima (kao na primer kada je neophodno dovršiti istragu ili uraditi njenu dopunu). Iako je to vrlo retko, pritvor se za pojedina krivična dela, kao što je to slučaj sa pobunom, može produžiti za još pet dana (Supreme Court of Japan, 2014, p. 15). Iz toga proizlazi da je maksimalna dužina trajanja pritvora u toku istrage u Japanu 25 dana.

Nakon podizanja optužnog akta, pritvor se automatski produžava ako je optuženi u pritvoru i može trajati najviše dva meseca od dana podizanja optužnog akta, a u slučaju posebnih okolnosti može se produžiti za još mesec dana (Milovanović, 2013, p. 316).

Nasuprot tome, u našem krivičnom postupku, samo na osnovu rešenja sudije za prethodni postupak, okrivljeni se može zadržati u pritvoru najviše tri meseca od dana lišenja slobode, pri čemu je sud dužan da i bez predloga stranaka i branioca, po isteku svakih trideset dana ispita da li još postoje razlozi za pritvor, dok vanpretresno veće neposredno višeg suda, na obrazloženi predlog javnog tužioca, može iz važnih razloga produžiti pritvor za još tri meseca, tako da u istrazi pritvor može trajati šest meseci. Nakon podnošenja optužnice, pritvor može trajati sve do upućivanja okrivljenog na izdržavanje krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode, a najduže dok ne istekne vreme trajanja krivične sankcije iz prvostepene presude (Škulić, 2015, pp. 145-146).

Kada se uzmu u obzir odštete koje je država Srbija morala da isplati licima koja su neosnovano bila u pritvoru, na ime naknade nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode, kao i činjenica da se neosnovanim lišenjem slobode smatra ne samo situacija donete oslobađajuće presude nego i onaj, prvobitno u skladu sa zakonom određeni pritvor u krivičnom postupku koji je docnije obustavljen (što je najčešća situacija u praksi)⁹, rešenje iz japanskog Zakonika o krivičnom postupku koje se odnosi na pritvor nameće se kao imperativ koji treba slediti i koji bi mogao predstavljati izvor za preuzimanje prilikom sledećih izmena zakona.

Naposletku, japanski krivični postupak se odlikuje još jednim kvalitetnim rešenjem koje se odnosi na mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku, a tiče se zabrane napuštanja boravišta, odnosno zabrane putovanja, koja se ne određuje kao samostalna mera, već isključivo u vezi sa jemstvom (engl. *bail*) – tzv. uslovljeno jemstvo, koje je, zbog svog karaktera, usko povezano sa pritvorom. Tako sud ima obavezu da pusti lice na slobodu uz polaganje jemstva, osim: 1) kada je lice optuženo za krivično delo za koje se može izreći smrtna kazna ili kazna doživotnog zatvora; 2) ako je okrivljeni prethodno osuđivan za krivično delo za koje se može izreći smrtna kazna, kazna doživotnog zatvora ili kazna zatvora od najmanje deset godina; 3) ukoliko je okrivljeni iz navike učinio krivično delo za koje je propisana kazna zatvora najmanje tri godine; 4) kada postoji opasnost da bi okrivljeni mogao uništiti dokaze; 5) ako postoji opasnost da bi okrivljeni mogao naneti štetu nekom licu koje se smatra neophodnim za postupak; 6) ukoliko je nepoznato ime ili boravište okrivljenog (Škulić, 2001, pp. 32-33).

Ostavljajući po strani praktične (ne)mogućnosti realizacije ovakvog rešenja, detaljnim normiranjem supstituisanja pritvora blažim merama, kao i određivanjem jemstva (koje zbog višeg životnog standarda ima i veći značaj nego kod nas), japanski zakonodavac je u potpunosti prihvatio stav da je pritvor krajnje sredstvo za obezbeđenje prisutnosti okrivljenog u postupku.

3. Krivične sankcije

Iako se po strogosti zaprećenih kazni japanski zakonodavac takođe može smatrati strogim (što je slučaj i sa našim), nesporna je činjenica da je još u krivičnim zakonima sa početka XX veka u Japanu usvojen princip individualizacije kazne, odnosno odmeravanja kazne prema ličnosti učinioca i okolnostima izvršenog krivičnog dela, uz uzimanje u obzir svih okolnosti koje utiču na izbor i visinu kazne, pa i onih olakšavajućih (Makino, 1931, p. 896).

⁹ U Republici Srbiji je tačno definisano šta se smatra neosnovanim lišenjem slobode i trenutno rešenje je zasnovano na ranijem saveznom zakonodavstvu, koje je, zahvaljući naprednim odredbama Zakona o obligacionim odnosima, priznavalo pravo na naknadu nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode (Mrvić-Petrović & Petrović, 2010, p. 30). Istraživanje koje je sproveo Beogradski centar za ljudska prava pokazalo je da je stanje u ovoj oblasti nezadovoljavajuće, da postoji veliki broj zahteva za naknadu nematerijalne štete zbog neosnovanog pritvaranja, a da nadležni organi (Ministarstvo pravde i Državno pravobranilaštvo) nisu voljni da podatke u potpunosti učine dostupnim javnosti (Kovačević, Marković & Nikolić, 2014, p. 46).

Iako je Japan dugo godina važio za zemlju u kojoj ne vlada tzv. kazneni populizam, odnosno javno zalaganje za pooštavanje krivičnih sankcija, s obzirom na nisku stopu kriminaliteta, koja je bila rezultat tradicionalnih načina socijalne kontrole kriminaliteta i razvijene neformalne saradnje policije sa građanima (Mrvić & Atanacković, 1992, pp. 47-48), u poslednje vreme to nije slučaj, tako da kriminalitet i krivične sankcije postaju predmet velikog medijskog interesovanja usled sve intenzivnijeg straha građana od zločina. Takođe na značaju dobija i viktimološka dimenzija zločina, odnosno sve više se govori o značaju prava oštećenih krivičnim delima. Interesovanje javnosti za kaznenu reakciju nije ograničeno samo na izricanje krivičnih sankcija (među kojima je svakako najznačajnija smrtna kazna) već i na rehabilitaciju osuđenih lica, uvođenje „saiban-in“ sistema, posećivanje policijskih stanica, ustanova za maloletnike, socijalnih službi (Suzuki, 2014, pp. 60-61).

Zalaganje za pooštavanje krivičnih sankcija i ozbiljnije suprotstavljanje kriminalitetu, pored uzroka u povećanoj stopi kriminaliteta usled promena u životnom stilu posle Drugog svetskog rata po uzoru na zapadnjačko društvo (Halicioglu, Andres & Yamamura, 2012, p. 1640), može se povezati i sa prisutnošću najtežih oblika kriminaliteta u Japanu, pre svega onog organizovanog. Naime, simbolom organizovanog kriminaliteta u Japanu svakako se smatraju japanske kriminalne organizacije jakuze, koje se temelje i na ratničkim tradicijama samuraja, uz bezrezervnu odanost organizaciji i vođi, a bave se pretežno trgovinom drogom, ljudima (pre svega ženama), kao i oružjem, te organizovanjem igara na sreću, pri čemu imaju izuzetno stabilan položaj, dugu tradiciju i nekad se smatraju posebnim obeležjem japanske kulture, pa deluju i polujavno, vršeći uticaj na privredu i politiku (Škulić, 2018, p. 148).

3.1. Vrste krivičnih sankcija

Kada je reč o vrstama krivičnih sankcija, Krivični zakonik Japana razlikuje kao glavne kazne: smrtnu kaznu, kaznu zatvora sa radnim angažovanjem, kaznu zatvora bez radnog angažovanja, novčanu kaznu, kratkotrajnu kaznu zatvora sa radnim angažovanjem, tzv. „sitnu novčanu kaznu“. S druge strane, kao sporedna kazna predviđena je konfiskacija (Nagata, 2013, p. 1).

U Krivičnom zakoniku Republike Srbije – KZ u čl. 43 sistem kazni čine sledeće kazne: doživotni zatvor (uveden izmenama Krivičnog zakonika iz 2019. godine), kazna zatvora, novčana kazna, rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole.

Na prvi pogled se primećuje da u srpskom zakonodavstvu ne postoji smrtna kazna. Ova vrsta kazne, koja je izazivala brojne dileme, ukinuta je najpre 1992. godine u krivičnom zakonodavstvu nekadašnje Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, s tim što je ostala predviđena u republičkom krivičnom zakonodavstvu samo za dva krivična dela (teško ubistvo i teški slučajevi razbojničke krađe i razbojništva), ali je zvanično ukinuta izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Srbije iz februara 2002. godine (Stojanović, 2015, p. 282). Prema tome, posle izmena i dopuna Krivičnog zakonika Savezne Republike Jugoslavije iz 2001. godine, sistem kazni u pravnom sistemu Republike

Srbije ne sadrži više smrtnu kaznu. Navedena reforma krivičnog zakonodavstva izvršena je u skladu sa pristupanjem SRJ Savetu Evrope i prihvatanjem Protokola br. 6 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Smrtna kazna u Japanu se najčešće izvršava vešanjem i zadržana je kao deo japanskog posleratnog pravnog sistema, s tim da se u učestalosti izvršenja ove kazne ne uočavaju naročite pravilnosti. Primera radi, u 2008. godini je izvršena nad petnaestoro učinilaca krivičnih dela, dok je za 2011. godinu zabeleženo da nije primenjena ni u jednom slučaju (Hamai & Ellis, 2015, p. 11).

Po pitanju novčanih kazni, uočava se razlika da u Japanu postoji samo novčana kazna u određenom iznosu i da nikada nije usvojen sistem „dani – novčana kazna“, odnosno novčana kazna u dnevnim iznosima, jer je stav tužilaštava bio da će se teško dokazati stvarni prihodi okrivljenog (Nagata, 2013, p. 10).

Kada je reč o kaznenoj politici u Japanu i Srbiji, primetno je da se u Japanu mnogo češće izriču novčane kazne i da „era novčanih kazni“ počinje posle Drugog svetskog rata. S jedne strane, ovakav trend se može pripisati povećanju saobraćajnih prekršaja i krivičnih dela ugrožavanja saobraćaja (Japan je čak uveo administrativne sankcije umesto krivičnih za sitne saobraćajne prestupe), ali je i logična posledica visokog životnog standarda u Japanu (Nagata, 2013, p. 4).

Što se tiče strogosti samih sankcija, interesantno je primetiti da je u Krivičnom zakoniku Japana u čl. 169 za krivično delo „davanje lažnog iskaza“ predviđena kazna zatvora sa radnim angažovanjem u trajanju od tri meseca do deset godina, a u čl. 172 za krivično delo „lažno prijavljivanje“ predviđena je ista kazna, s tim da se za oba krivična dela kazna može ublažiti ili se čak učinilac može osloboditi od kazne u slučaju da opozove lažan iskaz ili lažnu prijavu pre donošenja odluke. Osim toga, za krivično delo „ubistvo“ iz čl. 199 predviđena je smrtna kazna ili kazna doživotnog zatvora sa radnim angažovanjem, odnosno kazna zatvora u trajanju ne kraćem od pet godina. Naposletku, u čl. 230 za krivično delo „kleveta“ predviđena je kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna u iznosu od 500.000,00 jena, dok je za „uvredu“ iz čl. 231 KZ predviđena kazna zatvora sa radnim angažovanjem ili tzv. „sitna novčana kazna“ (Penal Code, No. 45 od 1907).

S druge strane, KZ RS, za osnovni oblik krivičnog dela „lažno prijavljivanje“ u čl. 334, st. 1 predviđa kaznu zatvora od tri meseca do tri godine, dok za „davanje lažnog iskaza“ (čl. 335, st. 1) predviđa kaznu zatvora do tri godine. Mogućnost oslobođenja od kazne predviđena je u slučaju „davanja lažnog iskaza“ u smislu čl. 335, st. 5 KZ kada učinilac dobrovoljno opozove lažan iskaz pre nego što se donese konačna odluka (Stojanović & Delić, 2014, p. 301) dok navedena mogućnost nije predviđena za krivično delo iz čl. 334 KZ. Što se tiče „ubistva“ iz čl. 113 KZ, predviđena je kazna zatvora od pet do petnaest godina (što je blaža sankcija nego u Japanu), ali je u čl. 114 KZ inkriminisano „teško ubistvo“, za koje je propisana kazna zatvora od najmanje deset godina ili doživotni zatvor. Naposletku, za „uvredu“ je predviđena novčana kazna od dvadeset do sto dnevnih iznosa ili novčana kazna od četrdeset hiljada do dvesta hiljada dinara u smislu čl. 170 KZ, dok kleveta u Republici Srbiji od 2012. godine nije krivično delo.

Na osnovu izloženog, može se zaključiti da japanski zakonodavac predviđa osetno strože krivične sankcije u navedenim primerima iz analiziranih grupa krivičnih

dela koje su bile upoređivane (krivična dela protiv života i tela, protiv časti i ugleda i protiv pravosuđa), što je svakako razlika koja je proizvod drugačijeg socijalnog i kulturnog konteksta u posmatranim zemljama.

Sve prethodno navedeno nedvosmisleno upućuje na zaključak da su i na planu krivičnog materijalnog prava, uprkos neznatnim razlikama koje su po prirodi stvari najprisutnije u domenu strogosti krivičnih sankcija, uočljive brojne sličnosti između Srbije i Japana, koje se na prvi pogled, pre dublje analize, možda ne bi očekivale.

4. Zaključak

Srbija i Japan predstavljaju dve zemlje koje su prostorno veoma udaljene, što bi predstavljalo osnov za očekivanje da su im i pravni sistemi potpuno različiti, što nije tačno s obzirom na istorijski razvoj japanskog prava na koje su uticaj u različitim periodima vršili i francuska i nemačka pravna doktrina, kao i angloamerički pravni sistemi.

Naime, krivični postupci i u Japanu i Srbiji izgrađeni su na adverzijalnim osnovama, sa dominantnom ulogom javnog tužioca u toku prethodnog postupka kojem u ostvarivanju njegovih ovlašćenja pomaže policija, dok je glavni pretres stranački orijentisan, sa relativno pasivnom ulogom suda.

Ustrojstvo sudova je takođe slično (osnovni, viši, apelacioni i Vrhovni sud) s tim da se na ovom planu uočavaju izvesne razlike jer, primera radi, Japan nema poseban sud kojem je poverena ustavnosudska nadležnost. Osim toga, dok u Republici Srbiji postoji tzv. laički element u suđenju, tj. sudije porotnici koji kao članovi sudskih veća sude zajedno sa sudijama profesionalcima, Japan je poznat po posebnom sistemu porotnog suđenja – „saiban-in“ sistemu. Štaviše, neznatne razlike uočavaju se i u pogledu procesnih stadijuma i osnova za izjavljivanje redovnih i vanrednih pravnih lekova, dok se suštinski ovi procesni instituti ne razlikuju u bitnim crtama od naših. Naposljetku, kada je reč o krivičnoprocesnom aspektu, jedna od najmarkantnijih odlika pravnog sistema Japana svakako jeste i kratko trajanje pritvora kao mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku. Navedeno rešenje trebalo bi da predstavlja uzor za Republiku Srbiju, budući da se kod nas, zbog dugotrajnog trajanja lišenja slobode, kada se pokaže da je ono bilo neosnovano, iz budžeta isplaćuju veliki novčani iznosi na ime naknade nematerijalne štete licima koja su neosnovano lišena slobode.

Na planu krivičnih sankcija, primetno je da postoje razlike pre svega po pitanju smrtne kazne, koja u Republici Srbiji ne postoji, i novčane kazne, budući da u Japanu ne postoji sistem „dani – novčana kazna“, tj. novčana kazna u dnevnom iznosima. Nadalje, razlike su uočljive i po pitanju kaznene politike, a koje se mogu pripisati drugačijem socijalnom i političkom ambijentu, budući da se u Japanu mnogo češće nego kod nas izriče novčana kazna, što je i prirodno, s obzirom na razlike u životnom standardu koje postoje u dvema zemljama, čija su zakonodavstva bila predmet ovog rada.

Literatura

- Avramović, S. & Stanimirović, V. 2014. *Uporedna pravna tradicija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Halicioglu, F., Andres, A. & Yamamura, E. 2012. Modeling Crime in Japan. *Economic Modelling*, 29 (5), pp. 1640-1645.
- Hamai, K. & Ellis, T. 2015. Crime and Punishment in Japan. In: Jennings, W., Higin, G. & Maldonado-Molina M. (eds.), *The Encyclopedia of Crime and Punishment*. Hoboken NJ: Oxford, pp. 25-46.
- Kovačević, N. & Marković, Ž. & Nikolić, N. 2014. *PRITVOR – Ultima ratio?*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
- Makino, E. 1931. L'individualisation de la peine au Japon. *Hogaku-Sirin*, 33 (7), pp. 892-896.
- Milovanović, M. 2013. Krivični postupak Japana. *Strani pravni život*, 57 (1), pp. 307-320.
- Monterosso, S. 2009. Punitive Criminal Justice and Policy in Contemporary Society. *QUT Law & Justice Journal*, 9 (1), pp. 13-25.
- Mrvić, N. & Atanacković, R. 1992. Japanski krivičnopravni sistem i društvena kontrola kriminaliteta. *Strani pravni život*, 36 (1), pp. 37-50.
- Mrvić-Petrović, N. & Petrović, Z. 2010. Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude u stranim zakonodavstvima. *Strani pravni život*, 54 (1), pp. 7-32.
- Nagata, K. 2013. Fines in Japanese Criminal Justice System. *Kansai University Review of Law and Politics*, 34, pp. 1-16.
- Noda, Y. 1980. *Introduction to Japanese Law*. Tokyo: University of Tokyo Press.
- Ortolani, A. 2010. Reflections on Citizen Participation in Criminal Justice in Japan: Jury, Saiban-in System and Legal Reform. *Zeitschrift für japanisches Recht*, 15 (29), pp. 153-175.
- Reichel, P. 2007. *Comparative Criminal Justice Systems: A Topical Approach*. New Jersey: Pearson Prentice Hall.
- Stojanović, Z. 2015. *Krivično pravo – opšti deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Stojanović, Z. & Delić, N. 2014. *Krivično pravo – posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Suzuki, Y. 2014. Public Education of Criminal Justice in Japan: Increasing Knowledge and Challenging Cultural Values. *Japan Studies Association Journal*, 12 (1), pp. 57-65.
- Škulić, M. 2001. Zabrana napuštanja boravišta – nova mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku. *Bilten Okružnog suda u Beogradu*.
- Škulić, M. 2011. *Kriminalistika*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Škulić, M. 2015. *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Škulić, M. 2018. *Organizovani kriminalitet – Pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*. Beograd: Službeni glasnik.
- Vaughn, M. & Huang, F. 2005. Contemporary Juvenile Justice Issues in Japan. In: Fields, C. & Moore, H. (eds.), *Comparative & International Criminal Justice: Traditional & Nontraditional Systems of Law & Control*. 2 ed. Long Grove: Waveland Pr Inc, pp. 504-520.

Internet izvori

- UNAFEI. 2019. *Criminal Justice System in Japan*. Dostupno na: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/CJSJ_2019/00CJSJ_2019.pdf, (21. 7. 2019).
- Supreme Court of Japan. 2014. *Outline of Criminal Procedure in Japan*. Dostupno na: http://www.courts.go.jp/english/vcms_lf/20140417-criminal-design.pdf, (21. 7. 2019).

Pravni izvori

- Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica RS 2005. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005.
- Zakon o uređenju sudova RS 2008. *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – dr. zakon, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – odluka US, 87/2018, 88/2018 – odluka Ustavnog suda.
- Zakonik o krivičnom postupku RS 2011. *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.
- 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 i 35/2019.
- Japan – The Code of Criminal Procedure (Act No. 131 of 1948). Dostupno na: <https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814489.pdf>, (6. 10. 2019).
- Japan – Penal Code, (Act No. 45 of 1907). Dostupno na: <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf>, (9. 10. 2019).

Aleksandar M. Kvastek, MA

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

e-mail: aleksandar.kvastek@gmail.com

COMPARISON OF SERBIAN AND JAPANESE PUNITIVE REACTION

Summary

In this paper we have come to some important conclusions regarding the legal systems in Serbia and Japan.

Despite the fact that these two countries are geographically far away from each other, their solutions in criminal law are not as different. First of all, criminal procedure in Serbia and in Japan is based on adverse elements, with the dominant prosecutor's role during the pre-trial period. Throughout the trial, the court is relatively passive and this phase of criminal procedure is party oriented.

The organization of the judiciary is also similar (basic courts, higher courts, appellate courts and Supreme Court) but Japan does not have Constitutional Court. Also, Japan has a special kind of the jury called 'saiban-in' system. Furthermore, we remarked the differences in the field of procedural phases and grounds for legal remedies. Finally, the duration of pre-trial detention in Japan is apparently shorter than in Serbia, what can be a source for legal transplants, because the duration of detention in the Republic of Serbia is a major problem due to huge amounts of money which state must pay to unlawfully detained people.

When it comes to criminal sanctions, it is mentioned that death penalty does not exist in Serbia and also that fines are much more connected with Japan's criminal law because of higher standard of living.

To conclude, this paper has shown that legal systems which are *prima facie* supposed to be different due to cultural and social differences can be similar in many basic solutions.

Keywords: punitive reaction, criminal procedure, criminal sanctions, crimes.

Primljeno: 22.5.2020.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

PRAVILO POSLOVNE PROCENE**

Sažetak

U radu se ukazuje na nedostatke pravila poslovne procene u Zakonu o privrednim društvima. Reč je o institutu koji je nastao kao produkt američke sudske prakse, ali koji je široku popularnost stekao i u drugim državama. Trend pravne transplantacije nije zaobišao ni našu zemlju, te je iz tog razloga jako bitno definisanje ovog pravila i ispravno razumevanje razloga njegovog postojanja. Upravo zbog toga prvi deo rada posvećen je istorijskom razvoju pravila poslovne procene, dok je centralni deo rada usmeren ka određivanju kruga lica koja su zaštićena ovim pravilom, kao i pretpostavkama koje moraju biti ispunjene kako bi se aktivirao mehanizam zaštite. Te pretpostavke u stvari konstituišu dužnost pažnje i služe za određivanje pojma pravila poslovne procene i nisu jedinstveno prihvaćene u svim pravnim sistemima. U radu je pojedinačno analiziran svaki od njih: 1. poslovna odluka; 2. odsustvo sukoba interesa; 3. savesnost; 4. informisanost pri odlučivanju; 5. pažnja dobrog privrednika i 6. uverenje da se deluje u najboljem interesu društva. U završnom delu rada se ukazuje na obrnuto postavljenu raspodelu tereta dokaza koja podriva efikasnost zaštitne uloge pravila poslovne procene.

Ključne reči: *pravilo poslovne procene, odgovornost direktora, dužnost pažnje, sukob interesa.*

1. Uvod

Kada su nastajala prva akcionarska društva, neki ili svi akcionari su bili članovi uprave, što se pokazalo nepraktičnim s obzirom na činjenicu da su pojedina pravna lica zainteresovana samo za investiranje. Iz tog razloga je došlo do razdvajanja vlasništva od upravljanja nad društvom i stvaranja profesionalne uprave. Upravljanje društvom je povereno malom broju lica koja su stručna i posvećena svome poslu. Takvo rešenje je zadržano do danas i jasno izraženo u sistemima disperzovanog (raspršenog) akcionarstva. Specijalizovana i centralizovana uprava je jedna od suštinskih karakteristika akcionarskog društva (Du Plessis, 2019, p. 17). Uprkos toj činjenici, akcionari nisu lišeni mogućnosti da upravljaju društvom. Oni to mogu, ali to najčešće ne čine, već taj posao poveravaju

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

** Rad je nagrađen iz „Zadužbine Milivoja Jovanovića i Luke Čelovića“ kao najbolji studentski rad iz oblasti pravnih i ekonomskih nauka (verzija izmenjena u skladu s recenzijama).

drugim licima. Takvo rešenje se može oceniti ekonomski racionalnim imajući u vidu da akcionari ne moraju biti poslovni ljudi koji poseduju odgovarajuća znanja i iskustva za upravljanje kompanijom. Akcionari su ti koji biraju lica na koja će preneti ovlašćenje za donošenje odluka i, po pravilu, nadziru njihov rad.¹ Angažovana lica prilikom donošenja odluka treba da se rukovode interesima društva, a ne sopstvenim interesima, odnosno da u slučaju sukoba interesa prednost daju interesu lica koje zastupaju. Privredno društvo karakteriše postojanje mnoštvo interesa, koji ne moraju biti ujednačeni. Uprava često ima različite interese u odnosu na članove, a i društvo može imati sopstveni interes, s obzirom na to da momentom registracije, odnosno osnivanja stiče pravni subjektivitet i postaje odvojeno od svojih članova. Upravo to je i dovelo do razvoja posebnih dužnosti koje terete određeni krug lica a koja imaju za cilj da zaštite društvo. Krug tih dužnosti, kao i krug lica koje te dužnosti vezuju, precizno je određen u većini zakonodavstava (vid. Zakon o privrednim društvima Republike Srbije, čl. 61-75). Naše pravo je pod uticajem anglosaksonske sudske prakse prihvatilo dvodelnu koncepciju dužnosti: dužnost pažnje (engl. *duty of care*) i dužnost lojalnosti (engl. *duty of loyalty*).² Reč je o bukvalnom prevodu engleskih termina koji ne odgovaraju duhu našeg jezika. Stoga bi termin „dužnosti“ trebalo zameniti terminom „obaveze“, kao primerenijim našem okruženju.

Međutim, Zakon o privrednim društvima (dalje: ZOPD 2011), za razliku od zakona drugih zemalja koji takođe poznaju institut posebnih dužnosti, nije imenovao obe pomenute dužnosti. Prema Lepetić (2014, p. 92) „imenovane dužnosti, osim dužnosti pažnje, su posebne vrste dužnosti lojalnosti“. Zakonodavac ne propisuje načelnu dužnost lojalnosti, već poznaje četiri dužnosti: dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes, dužnost izbegavanja sukoba interesa, dužnost čuvanja poslovne tajne i dužnost poštovanja zabrane konkurencije (ZOPD 2011, čl. 65-75). Mišljenja smo da ovakvo rešenje nije najbolje, jer bi postojanje „krovne“ dužnosti lojalnosti pokrilo eventualne pravne praznine. Pravilo poslovne procene (engl. *business judgment rule*) ne vezuje se za obe navedene dužnosti. Ono se odnosi samo na dužnost pažnje. Cilj dužnosti pažnje je davanje uputstava o tome kako lica koja tereti pomenuta dužnost treba da se ponašaju prilikom vođenja poslova društva. Operacionalizacija dužnosti pažnje u pogledu donošenja poslovne odluke od strane člana uprave iskazuje se upravo kroz pravilo poslovne procene.

¹ Međutim, pasivnost i nedovoljna informisanost akcionara stvaraju niz teškoća u odnosima između njih i uprave. Problem pasivnosti i nedovoljne informisanosti akcionara se u teoriji korporativnog prava označava kao prvi agencijski problem. O pojmu agencijskih problema i strategijama za njihovo rešavanje vid. u Hansmann & Kraakman, 2005, p. 21. Za detaljniju analizu vid. i Radović (2008). Takođe, Vasiljević (2009) ukazuje na brojne načine za rešavanje agencijskih problema. Hill & Yablon (2002, p. 300) akcentu stavljaju upravo na dužnosti kao najznačajnije sredstvo u borbi za prevazilaženje agencijskih problema.

² Novija praksa američkih sudova je izdvojila savesnost kao posebnu dužnost o kojoj se dosta raspravljalo u američkim pravnim krugovima. O načinu nastanka i potrebi (ne) postojanja zasebne treće dužnosti detaljnije u Jones (2010, p. 520). Istom analizom bavio se i Rosenberg (2005). Pored dvodelne i trodelne koncepcije dužnosti, Hopt (1992, pp. 121-127) odlazi korak dalje, uvodeći višedelne koncepcije.

2. Nastanak pravila poslovne procene i njegova svrha

Iako se pravilo poslovne procene izvorno vezuje za sudske odluke u državi Delaver, istinski koreni ovog principa postavljeni su mnogo ranije, 1828. godine, u sporu *Percy v. Millaudon* koji je vođen pred Vrhovnim sudom Luizijane. Američki sudovi su prvi formulisali pravilo poslovne procene, ali se njegovi obrisi mogu videti i ranije, u sporovima koji su vođeni pred britanskim sudovima (Ashraf, 2001, p. 6).³ Iako pravilo poslovne procene postoji više od 150 godina, ono je često nazivano najslabije shvaćenim konceptom u čitavoj korporativnoj oblasti, uprkos postojanju velikog broja naučnih radova (McMillan, 2013, p. 526). Razlozi se nalaze ili u nedovoljnoj ujednačenosti sudske prakse prilikom njegovog određivanja ili u sve većoj složenosti transakcija u kojima svakodnevno učestvuju kompanije.

Svrha postojanja pravila je višestruka. Prvo, ostvaruje se harmonizacija interesa uprave i akcionara. Drugo, ostavlja se velika sloboda direktorima prilikom odlučivanja. Treće, mnoge korporacije mogu zahtevati, u zavisnosti od vrste delatnosti, manje ili više rizičnu investicionu strategiju. Prema tome, primena pravila poslovnog prosuđivanja može ohrabriti direktore da podnesu nivo rizika koji, u nekim okolnostima, akcionari ne bi želeli. To bi konkretno značilo veći podsticaj za ulazak u rizičnije poslovne poduhvate koji vode većoj dobiti, ali i većim gubicima ako odluka nije dobra. Ako bi direktori bili odgovorni za svaku poslovnu odluku koju donesu, oni ne bi bili motivisani, zbog opasnosti aktiviranja njihove odgovornosti, da zaključuju rizične poslove, iako bi time uvećali profit društva. To svakako ne bi bilo u interesu akcionara, čime ovo pravilo omogućava uspostavljanje ravnoteže interesa koja bi bila narušena (videti posebno McMillan, 2013, p. 529). U odsustvu pravila poslovne procene, inovativne mogućnosti društva bile bi značajno smanjene, a njegov razvoj otežan. Postoje zemlje u kojima dominiraju porodična preduzeća i koncentrisane vlasničke strukture, u kojima akcionari imaju snažnu averziju prema riziku, jer se većina njihovog bogatstva (uključujući i ljudski kapital) ulaže u porodični posao. Prema tome, oni nisu diverzifikovani ili, barem, ne na način koji tradicionalno finansiranje predviđa (Quinn, 2019, p. 1).

Uspostavljanjem pravila poslovne procene pruža se sloboda direktorima da upravljaju kompanijama i izbegava zadiranje sudova u poslovno odlučivanje.⁴ Ovo se smatra tradicionalnim razlogom nastanka pravila poslovne procene. Sudovi ne mogu i ne smeju preuzeti ulogu direktora zato što sudije nemaju dovoljno znanja i iskustva da donose poslovne odluke. Da li da kupimo novi kamion, da li da damo Marku povišicu, da li da proširimo predmet poslovanja novom rizičnijom delatnošću, da li da isplatimo dividende akcionarima ili da reinvestiramo u društvo, samo su neki od primera odluka koje se donose u društvu, a koje ne spadaju u delokrug pitanja o kojima treba da odlučuje sud (tako Giraldo & Carlos, 2006, p. 122). Stoga se uspostavljanjem pravila poslovne procene ohrabruju kompetentna lica da budu direktori i zadržava pozicija odbora direktora

³ Kao primer se može navesti slučaj *Charitable Corp. v. Sutton*. Videti sudsku odluku na osnovu koje se izvodi takav zaključak kod Ashraf (2001, p. 6).

⁴ Vid.: slučaj Vrhovnog suda Delavera *Aronson v. Lewis* iz 1984. godine (473 A.2d 805).

kao centralnog organa odlučivanja u društvu. Akcionari uvek mogu razrešiti upravu, nezadovoljni poslovnim odlukama koje donosi. Od direktora se očekuje da uvećavaju profit društva. Ako se očekivanja i ostvare, akcionari postaju zadovoljni izborom mesta alociranja sredstava, a direktori protivprestacijom koju dobijaju za obavljanje poslova upravljanja i poslovođenja društvom. Ostvareni dobri poslovni rezultati znače veću dividendu akcionarima, odnosno veću naknadu direktorima.⁵ Međutim, dobre poslovne odluke nije moguće uvek doneti. Greške se dešavaju i one su neminovno sastavni deo poslovnog života. Direktori ne mogu unapred da predvide sve ekonomske efekte odluka koje donose, ne samo zbog njihovog inherentnog *ex post* karaktera već i zbog mnoštva spoljnih činilaca, poput kretanja na tržištu, odnosno naglih (neočekivanih) promena.

3. Personalni domen primene pravila

Pravilo poslovnog prosuđivanja je u naše pravo prvi put uvedeno Zakonom o privrednim društvima iz 2004. godine. Prilikom njegove analize prvo treba poći od kruga lica koja su obuhvaćena ovim pravilom, tj. dati odgovor na pitanje ko se njime štiti. Prema ranijem zakonskom rešenju nije se pravila razlika između kruga lica koja imaju dužnost pažnje i onih koja imaju druge dužnosti prema društvu. To je praktično značilo da se pravilo poslovne procene odnosilo na: ortake ortačkog društva i komplementare komanditnog društva; lica koja se po zakonu imaju smatrati kontrolnim članovima društva s ograničenom odgovornošću ili kontrolnim akcionarima akcionarskog društva; zastupnike društva; članove upravnog odbora, članove izvršnog odbora, članove nadzornog odbora, članove odbora revizora i internog revizora društva s ograničenom odgovornošću i akcionarskog društva; lica koja imaju ugovorna ovlašćenja da upravljaju poslovima privrednog društva i likvidacionog upravnika (ZOPD 2004, čl. 31).

Jasno je da sva ova lica formalno ne donose odluke u društvu i da ne treba da uživaju zaštitu. S razlogom važeće zakonsko rešenje menja krug lica u pravcu njegovog sužavanja. Zaštita se pruža onim licima koja vode poslove društva, a to su: direktori – genusni pojam za sve članove izvršnog i nadzornog odbora; zastupnici – zakonski i eventualno statutarni;⁶ prokuristi i likvidacioni upravnik, koji zastupa i upravlja društvom u postupku likvidacije (ZOPD 2011, čl. 61).

Iz navedenog se vidi da se dužnost pažnje, za razliku od ranijeg rešenja, vezuje za najuži krug lica, a za razliku od drugih dužnosti kod kojih se krug lica može proširiti, ovde je to po logici stvari isključeno, jer bi u suprotnom svako sužavanje koje je zakonodavac izvršio izgubilo svaki smisao. Revizori više nisu obuhvaćeni pravilom poslovne procene. Ono ne vezuje ni zaposlene u društvu, čiji su odnosi u društvu uglavnom uređeni ugovorima o radu (Vasiljević 2013, p. 210). Osim toga, izmene Zakona o privrednim društvima su izvršene i u pogledu nabiranja lica koja imaju posebne dužnosti. Konstituiše se dužnost

⁵ Veza učinka i naknade se ostvaruje kroz varijabilne naknade. O vrstama naknada videti više Radović (2011, pp. 49-58).

⁶ Time su obuhvaćeni i ortaci ortačkog društva i komplementari komanditnog društva, koji najčešće jesu članovi organa poslovođenja i zastupanja društava lica.

članova društva koji imaju značajno kapital učešće da vode računa o interesima društva.⁷ Sporno je da li su kontrolni član i član sa značajnim kapital učešćem u isključujućem odnosu. Da li postojanje kontrolnog člana znači da posebne dužnosti nema član koji ima značajno kapital učešće. Zakonska formulacija konkretne odredbe je krajnje nejasna u tom pogledu. Potrebno je izvršiti preciziranje koje će nedvosmisleno ukazati na koga se posebne dužnosti u društvu odnose. Bez tačnog definisanja kruga subjekata, svaka dalja rasprava na temu posebnih dužnosti je suvišna.

Većinski akcionar mora da vodi računa o interesima društva, jer on svojim odlukama može da utiče na društvo. Kao što je već navedeno, društvo može proširiti krug lica koja imaju posebne dužnosti, ali ne i suziti. Reč je poluimperativnoj normi koja dopušta odstupanje samo u jednom pravcu. Izuzetak u tom pogledu predstavlja britansko pravo koje isključuje članove društva iz kruga subjekata posebnih dužnosti.⁸ Razlog za takav pristup je postojanje koncepta skrivenih direktora (engl. *shadow directors*, direktori iz senke). Budući da je put do lica po čijim uputstvima i naredbama postupa formalno imenovani direktor trnovit, naš zakonodavac je delotvornijim rešenjem smatrao njegovu zamenu licem koje ima kontrolu kroz kapital učešće.

Pravilo poslovne procene ima materijalnopравни i procesnopравни (proceduralni, formalnopравни) aspekt. Materijalni aspekt čine konstitutivni elementi dužnosti pažnje koji moraju biti kumulativno ispunjeni. Procesni aspekt se tiče pravila o raspodeli tereta dokaza. Njihova uloga je različita. Sastavni elementi dužnosti pažnje služe zaštiti društva, jer oni određuju pretpostavke za aktiviranje pravila poslovne procene, dok je procesni aspekt osmišljen sa ciljem da olakša položaj direktora u postupku dokazivanja. Procesni aspekt je u funkciji ostvarenja materijalnog. Kada se ispune svi materijalni uslovi i jedan procesni, neće postojati odgovornost direktora iako je društvo pretrpelo štetu. U nastavku će biti više reči o oba navedena aspekta.

4. Materijalni uslovi

Business judgment rule je proizvod američke sudske prakse koji je veliku popularnost stekao i u drugim državama širom sveta.⁹ U zemljama kontinentalnog pravnog kruga, gde sudska praksa nije formalni izvor prava, ovo pravilo postaje zakonski uređen institut. Uprkos tome, postoje tendencije ozakonjenja tog pravila i u zemlji

⁷ Prema čl. 62, st. 2 ZOPD iz 2011. godine značajno učešće postoji kada jedno lice, samostalno ili zajedno s drugim licima, poseduje više od 25% glasačkih prava u društvu.

⁸ Nasuprot britanskom zakonodavcu, sudije američkih sudova su sklone širenju kruga subjekata dužnosti i na lica čija je uloga u društvu dijametralno suprotna od uloge direktora. Reč je o poverenicima (engl. *trustee*) koji upravljaju imovinom u korist i za račun njenog vlasnika, ali koji za razliku od direktora nemaju obavezu da uvećaju imovinu kojom upravljaju, već da očuvaju njenu postojeću vrednost (Vasiljević, 2013, p. 10, p. 210).

⁹ Prva zemlja „sa druge strane okeana“ koja je kodifikovala pravilo poslovne procene bila je Australija. Njen primer su sledile Brazil, Italija, Španija, Švajcarska, Nemačka i mnoge druge. Pojedine države (npr. Japan, a do 2006. godine i Velika Britanija), nisu ozakonile ovaj institut, ali se on nesporno koristi u sudskoj i poslovnoj praksi.

njegovog porekla.¹⁰ Uporednopravna analiza pokazuje da u pogledu sastavnih elemenata pravila poslovne procene nema uniformnog pristupa.

4.1. Poslovna odluka

Neka prava, poput nemačkog, navode poslovnu odluku kao jedan od konstitutivnih elemenata (vid. nemački *Aktiengesetz* iz 1965. godine, § 93). Postojanje poslovne odluke se pretpostavlja, jer je predmet (objekt) pravila poslovne ocene poslovna odluka kojom je prouzrokovana šteta društvu. Mišljenja smo da upravo iz tog razloga nema potrebe za njegovim posebnim navođenjem. U prilog tome govori činjenica da to ne čine ni američke zemlje koje su u svom pravu prihvatile pravilo poslovne procene. Isti pristup ima i naš zakonopisac kada ne pominje poslovnu odluku prilikom propisivanja elemenata dužnosti pažnje. Postojanje poslovne odluke znači preduzimanje kako radnji činjenja, tako i radnji nečinjenja, odnosno propuštanja. Propuštanje treba shvatiti kao nepreduzimanje nekog pravnog posla usled čega se propustilo uvećanje imovine društva. U skladu sa čl. 115 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), šteta postoji ne samo kada se umanju nečija imovina već i kada se spreči, odnosno propusti njeno uvećanje. Na primer, direktor je loše procenio opravdanost zaključenja nekog ugovora kojim bi se uvećala imovina društva. Jednostavno rečeno, doneo je lošu poslovnu odluku. Ta odluka „koštala“ je društvo dobiti koju bi ostvarilo da je taj posao zaključen (tzv. izgubljena dobit). Između propuštanja i imovinskih posledica mora da postoji kauzalna veza. Sve to ukazuje da postojanje poslovne odluke treba tumačiti u najširem mogućem smislu. Takvo shvatanje je logično jer odluka postoji i kada se zaključi ugovor i kada se odbije ponuda za zaključenje nekog ugovora. U nekim slučajevima veća šteta može biti naneta društvu pasivnim nego aktivnim postupanjem. Kao i Vasiljević (2013, p. 211), smatramo da, u kontekstu pravila poslovne procene, radnje činjenja i radnje propuštanja moraju da podležu istom pravnom tretmanu.

Odluku mora doneti lice koje ima dužnost pažnje. U tom pogledu odgovornost članova uprave može biti individualna ili solidarna. U slučaju odsustva člana uprave na sednici na kojoj je doneta određena odluka, njegova odgovornost može biti ustanovljena ako je odbor direktora kao kolektivni organ povredio dužnost pažnje. Da bi izbegao odgovornost, direktor mora da glasa protiv donošenja odluke. ZOPD u čl. 415 propisuje da se sva lica koja nisu izričito izrazila svoju nesaglasnost sa odlukom unošenjem u zapisnik, a bila su prisutna na sednici odbora direktora (uzdržani glasovi), tretiraju isto kao lica koja su izričito izrazila svoj stav u pogledu usvajanja odluke. U slučaju odsustva sa sednice na kojoj je odluka doneta, da bi izbegao odgovornost, direktor mora pisanim putem da se usprotivi donošenju odluke u zakonom predviđenom roku. Odgovornost direktora nije statusne već imovinske prirode. To bi posledično značilo da je jedina sankcija povrede dužnosti pažnje naknada prouzrokovane štete. Treba naglasiti da to ne

¹⁰ Pod uticajem Američkog pravnog instituta, neke američke države su već to učinile (npr. vid.: kalifornijski Kompanijski zakon, čl. 309).

isključuje mogućnost statusne odgovornosti članova uprave. Skupština može razrešiti direktora bez navođenja razloga i pre isteka vremena njegovog imenovanja (vid. ZOPD, čl. 395). Do takvog ishoda upravo može dovesti kontinuirano nezadovoljstvo poslovnim odlukama koje su sa stanovišta vlasnika društva „loše“.

4.2. Odsustvo sukoba interesa

Za razliku od elementa poslovne odluke, koji se pretpostavlja po prirodi stvari, odsustvo sukoba interesa mora biti izričito navedeno. Suprotno Vasiljeviću (2013, p. 22), stava smo da bi trebalo poći upravo od ovog elementa i staviti ga na prvo mesto prilikom nabiranja konstitutivnih elemenata dužnosti pažnje. Suština je u tome da ako postoji sukob interesa direktora i društva, više nismo na terenu dužnosti pažnje, već na terenu dužnosti lojalnosti. Stoga postojanje sukoba interesa otklanja primenu pravila poslovne procene. U praksi sudova Delavera, gotovo sve odluke su ostajale na snazi, osim onih u kojima je postojao sukob interesa direktora i društva. Razlog leži u teškoći dokazivanja ostalih uslova. Praktično, najlakše je dokazati postojanje sukoba interesa. Direktor mora biti oslobođen subjektivnih faktora prilikom odlučivanja, jer bi svaka direktna veza sa određenom odlukom iziskivala mnogo više od dužne pažnje. Lepetić (2014, p. 64) pojam nezainteresovanost posmatra šire, s obzirom na krug subjekta na koji se odnosi, dok nezavisnost pojmovno sužava na direktore privrednog društva. Nezavisnost se definiše kao samostalnost prilikom donošenja odluka. Drugačije rečeno, oslobođenost od uticaja drugih lica prilikom odlučivanja potpada pod taj pojam. U američkoj sudskoj praksi se on razlikuje od pojma nezainteresovanosti, koji se odnosi isključivo na odsustvo ličnog interesa. Kao i Lepetić (2014, p. 69), smatramo da pravilo poslovne procene ne treba primeniti ni u jednom od ta dva slučaja ako tužilac dokaže postojanje zainteresovanosti (objektivnu povezanost) ili zavisnosti (subjektivnu povezanost) direktora.

Postoje različite vrste ličnih interesa koje se primenom različitih kriterijuma mogu svrstati u više grupa. Prva i najvažnija je podela na materijalni i nematerijalni interes. U svom radu Lepetić (2014, p. 69) ukazuje na to da materijalni interes uključuje stvarnu ili potencijalnu dobit ili sprečavanje materijalnog gubitka, dok je nematerijalni interes okrenut ka ostvarenju lične nematerijalne satisfakcije. Važno je naglasiti da za postojanje interesa nije neophodna razmena novca. Korist postoji i kada je povećana vrednost imovine zbog povoljne odluke ili odabira određenog ponudioca za zaključenje ugovora. Nematerijalni interes nema finansijsku komponentu i zbog toga je gotovo nemoguće otkriti njegovo postojanje. Na primer: odbor direktora treba da odluči da angažuje savetnika, a savetnik je blizak prijatelj direktora ili direktor odluči da otvori proizvodni pogon u svom rodnom gradu. Lepetić (2014, p. 69) zaključuje da takva vrsta dobiti nije relevantna u slučaju pravnog režima sukoba interesa jer je materijalno nemerljiva. Rukovodeći se upravo tom logikom, neka zakonodavstva su izričito naglasila da je reč o materijalnom ličnom interesu (vid. australijski Zakon o akcionarskim društvima čl. 180, st. 2). Kao primer mogućeg postojanja materijalnog interesa može se navesti odluka odbora direktora da oprostí dug prijatelju direktora. Već je pomenuto da za postojanje materijalnog interesa nije bitno

da li je on i ostvaren. Dovoljno je samo postojanje mogućnosti njegovog ostvarivanja. Tada kažemo da je reč o potencijalnom materijalnom interesu koji može da se ostvari, ali može i da izostane. Ovakvim sagledavanjem materijalnog interesa dolazimo do sledeće vrste, a to je ostvareni i neostvareni lični interes. Takođe, u zavisnosti od toga da li je reč o sopstvenom interesu ili interesu povezanih lica, možemo razlikovati unutrašnji i spoljni (spoljašnji) interes, kako i ukazuje Lepetić (2014, p. 72).

Naš zakonodavac posebno izdvaja direktni i indirektni interes, i interes u pravnom poslu i pravnoj radnji. U tom pogledu se može uputiti jedna terminološka zamerka. Pravni poslovi mogu biti jednostrani i dvostrani. Jednostrane izjave volje obavezuju samo njihovog davaoca (npr. izdavanje vrednosnih papira, javno obećanje nagrade) i kod njih je sukob interesa po prirodi stvari isključen. Ugovor podrazumeva postojanje dve strane između kojih se zaključuje, te stoga može biti reči samo o zaključenju ugovora između društva i lica koje ima posebne dužnosti (Lepetić 2014, p. 73). Iz tog razloga se i ne koristi izraz zaključenje nego preduzimanje pravnih poslova kada se ne misli samo na ugovor kao izvor obligacije. U prilog tome govori ispravno svrstavanje dereliksije u radnje koje društvo preduzima prema licu sa dužnostima ili sa njim povezanom licu (vid. ZOPD 2011, čl. 65, st. 3). U jednostrane pravne radnje spadaju propuštanje ulaganja žalbe, prigovora, odgovora na tužbu ili izostanak sa ročišta koje su procesnog karaktera, a koje zakonodavac naziva radnjama preduzetim u sudskim ili drugim postupcima.

U zavisnosti od toga da li ugovor zaključuje lice koje ima posebne dužnosti ili sa njim povezano lice sa društvom ili to čini treće lice, lični interes lica sa dužnostima može biti direktan ili indirektni.¹¹ Iz toga sledi da lice sa dužnostima ne mora biti druga strana ugovora da bi imala interes od zaključenog ugovora. Takođe, pravna radnja koju preduzima društvo ne mora nužno biti usmerena ka subjektu dužnosti. Na jednoj strani je društvo, a na drugoj strani može da bude ili lice sa posebnim dužnostima, ili sa njim povezano lice, ili treće lice, pod uslovom da postoji finansijska veza koja ima uticaj na donošenje predmetne odluke.

Ako pravni posao, odnosno pravna radnja nisu u interesu društva, neophodno je pribaviti odobrenje nadležnog organa. U Zakonu o privrednim društvima nije najjasnije postavljeno kada koji organ daje odobrenje, te je potrebno izvršiti izmene sa ciljem jasnog određenja u kojim situacijama posao odobrava skupština, a u kojim to čini drugi organ. Odobrenje prostom većinom daju lica koja nisu u sukobu interesa. Ono nije potrebno kada lični interes ima jedini član društva. U takvim okolnostima nema ko da da odobrenje, pa je opravdano postaviti ovakav izuzetak. Isto važi i za situaciju kada su svi članovi društva u sukobu interesa. Odobrenje nije potrebno ni kod sticanja sopstvenih akcija, ni kod upisa, odnosno kupovine akcija ili udela po osnovu prava prečeg upisa ili kupovine. Izmenama Zakona o privrednim društvima iz 2018. godine dodata su još dva slučaja kada odobrenje nije potrebno. To su situacije kada vrednost predmeta posla, odnosno

¹¹ Zakonodavac koristi izraz „treće lice“ da ukaže da to lice nije ni lice s posebnim dužnostima ni povezano lice. U ugovornom pravu termin „treće lice“ se koristi da označi stranu koja nije u ugovornom odnosu, a prema kojoj ugovor proizvodi pravna dejstva (npr. ugovor u korist trećeg lica). Kod pravnih poslova kod kojih postoji lični interes, treće lice jeste ugovorna strana. Verovatno je do ove nelogičnosti došlo zbog bukvalnog prevođenja engleskog izraza *third party* koji jedino ima smisla u engleskoj pravničkoj terminologiji.

pravne radnje iznosi manje od 10% knjigovodstvene vrednosti ukupne imovine iskazane u poslednjem godišnjem bilansu stanja i kada je kontrolni član društva Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave.

4.3. *Savesnost*

Savesnost je konstitutivni element pravila poslovnog prosuđivanja u svim pravima koja su zakonski uredila ovaj institut, ali ni u jednom od njih nije precizno određen. Zbog toga se smatra najkontroverznijim elementom koji se objašnjava na različite načine. U literaturi se često ističe da bez sadejstva sa ostalim elementima nije moguće njegovo definisanje. Vasiljević (2013, p. 218) smatra da je zahtev savesnosti široko postavljen i čvrsto vezan za dužnost lojalnosti, te da nije moguće „biti nesavestan a istovremeno lojalan društvu“. Na drugoj strani je američka sudska praksa koja izdvaja savesnost kao zasebni element, naglašavajući njegov značaj (Rosenberg, 2005 p. 511). Savesnost je ranije u našem pravu bila sastavni element kako dužnosti pažnje, tako i dužnosti lojalnosti koja je tada postojala kao imenovana dužnost. Prema važećem rešenju, savesnost ostaje deo dužnosti pažnje, s obzirom na nedostatak imenovane dužnosti lojalnosti, ali bez bližeg zakonskog određenja. Raniji pristup je potvrđivao tezu savesnosti kao elementa povezivanja prethodno navedenih dužnosti. Neke odluke američkih sudova, zbog nekonzistentnosti prilikom definisanja pravila poslovne procene, princip „savesnost“ zamenjuju kriterijumom racionalnosti ili razumnosti. Ipak, Rosenberg (2005, p. 511) se priklanja stavu američkih sudova koji izdvajaju savesnost kao zasebnu dužnost, smatrajući to nespornim.¹² Na suprotnoj strani su Hamermesh *et al.* (2009, p. 3) koji shvataju savesnost kao fundamentalni aspekt dužnosti lojalnosti. Na osnovu svega navedenog može se izvesti zaključak da uporedna sudska praksa i teorija nemaju jedinstven stav u pogledu definisanja ovog elementa.

4.4. *Informisanost pri odlučivanju*

Krucijalnu promenu, osamdesetih godina prošlog veka, donosi odluka Vrhovnog suda države Delaver u sporu *Smith v. Van Gorkom*. Do tada ponuđene definicije pravila poslovne procene nisu sadržale zahtev za adekvatnom informisanošću prilikom odlučivanja.¹³ Džerom Van Gorkom (*Jerome Van Gorkom*) je dugi niz godina bio direktor društva *Trans Union (Trans Union Corporation)*. Pre nego što je trebalo da se penzionise, ugovorio je preuzimanje sa Džejom Prickerom (*Jay Pritzker*), kao predstavnikom porodice Pricker koja je vodila porodično društvo. Pravni posao je odobrio odbor direktora, pri čemu je prodajna cena jedne akcije iznosila 55\$. Odluka je

¹² Odluka Vrhovnog suda Delaver u slučaju *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* („*Technicolor*“) smatra se „rodonačelnikom“ trojstva dužnosti.

¹³ Upor.: Revised Model Business Corporation Act §8.30 (a); ALI Principles of Corporate Governance § 4.01 (c).

doneta na osnovu kratke usmene prezentacije, bez pribavljanja ekspertskog mišljenja i druge dokumentacije koja bi im pomogla da utvrde da li je prodajna cena odgovarajuća. Nezadovoljni takvom odlukom, akcionari Trans Uniona tužili su direktore za kršenje dužnosti pažnje zbog prihvatanja ponude. Sud je stao na stanovište da su direktori postupili s krajnjom nepažnjom zbog odsustva pribavljanja dokumentacije s relevantnim indikacijama o realnoj ceni akcija. Zbog neispunjenja uslova adekvatne obaveštenosti, odnosno propuštanja pribavljanja raspoloživih informacija o realnoj vrednosti akcija, nije moguće primeniti pravilo poslovne procene. Uprkos naizgled upravljački pogodovanom pravilu poslovnog prosuđivanja u američkom pravu, korporativni direktori nisu uvek mogli da izbegnu odgovornosti pozivajući se na savesno postupanje rukovođeno interesima društva.

Interesantno je primetiti da je sud u obrazloženju svoje odluke istakao da su direktori postupali s krajnjom nepažnjom i da takvo delovanje ne može isključiti njihovu odgovornost. Može zvučati kao paradoks, ali takav stav suda je doveo do izmena Zakona o privrednim društvima države Delaver (*The Delaware General Corporation Law – DGCL*). One su se odnosile na proširenje primena pravila poslovne procene kroz mogućnost isključenja ili ograničenja odgovornosti direktora bez obzira na stepen krivice (vid.: DGCL, § 102 (b) (7)). Tim putem krenule su i ostale američke države formulišući odredbe na gotovo identičan način. Naše pravo ne sadrži posebna pravila o tome. Zakon o privrednim društvima ni u opštoj klauzuli o odgovornosti direktora, ni u delu posvećenom posebnim dužnostima ne uređuje ovo pitanje. Primenom opštih pravila o naknadi štete može se doći do zaključka da u našem pravu odgovor nije jedinstven. Primena čl. 265 ZOO na datu situaciju značila bi da odgovornost direktora za štetu zavisi od stepena njihove krivice, te bi isključenje ili ograničenje od odgovornosti za štetu bilo isključeno u slučaju krajnje nepažnje i namere, što je protivno logici ovog instituta.

Pre donošenja odluke, članovi uprave moraju biti informisani u dovoljnoj meri. Prethodno je potrebno odgovoriti na nekoliko pitanja: koliko informacija se smatra dovoljnim, odakle moraju poticati informacije, odnosno koliko izvor mora biti pouzdan i šta se od direktora očekuje u slučaju odsustva potrebnih informacija. Prva faza u postupku odlučivanja je prikupljanje svih raspoloživih informacija. Nakon toga se vrši njihova selekcija i sortiranje. Poslednja etapa je njihovo tumačenje i procenjivanje i na osnovu toga odlučivanje. Koliko je informacija potrebno prikupiti zavisi od brojnih faktora. Uvek se polazi od toga kako bi prosečno lice na toj poziciji postupalo u datoj situaciji, odnosno koliki stepen informisanosti bi se smatrao dovoljnim. Prema Graić Stepanović (2008, p. 305) „to bi značilo da član uprave mora obezbediti najmanje razumnu količinu informacija pre nego što donese odluku, koje se na nju odnose“. Preciznije rečeno, neophodno je pribavljanje svih informacija relevantnih za donošenje odluke koje su bile lično dostupne direktoru, kao i onih do kojih je mogao doći. Vremenski faktor igra značajnu ulogu prilikom prikupljanja informacija. Kao i Graić Stepanović (2008, p. 305), smatramo da se ne mogu poistovetiti situacije kada je jedno lice imalo na raspolaganju nekoliko dana da prikupi sve potrebne informacije i kada je lice imalo više meseci za to. U prvom slučaju bi bila dovoljna i manja količina informacija, jer je vreme bitno ograničavajući faktor. Tako da za direktora nije postojala objektivna mogućnost da u kratkom roku pribavi sve neophodne informacije

za donošenje odluke. Važno je napomenuti da se kao determinanta za potreban stepen informisanosti javlja i težina odluke koju treba doneti u konkretnom slučaju.

U situaciji kada direktor nema potrebna znanja za prosuđivanje, obavezan je da se obrati licu koje ta znanja poseduje. U tom slučaju mišljenje daje lice koje je stručno za odgovarajuću oblast, a za koje član uprave veruje da je savesno i kompetentno. Izbor člana uprave ograničen je na lica koja poseduju potrebne kvalifikacije, a za koje on veruje da su stručna na osnovu prethodne saradnje ili zato što je to lice npr. veštak, revizor, advokat, u čiju stručnost član uprave nema razloga da sumnja (Stepanović, 2008 p. 35; Branson, 2002 p. 642). Dolazak do potrebnih informacija iziskuje troškove čija visina zavisi od izvora od kojih informacije dolaze. Po pravilu, veće troškove iziskuje pribavljanje mišljenja stručnjaka iz odgovarajuće oblasti. Takođe, na visinu troškova utiče i to da li informacija ima interni ili eksterni izvor. U tom pogledu, a u skladu s principom osam Kodeksa korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije, svaki član odbora direktora, odnosno nadzornog odbora ima pravo na tačne, pravovremene i jasne informacije neophodne za donošenje odluka iz njihove nadležnosti. Iz svega navedenog bi se moglo zaključiti da prilikom utvrđivanja ispunjenosti ovog uslova treba voditi računa o težini odluke koja se donosi, raspoloživog vremena i troškova prikupljanja informacija potrebnih za donošenje odluke.

4.5. Pažnja dobrog privrednika

U pravu Republike Srbije zakonom je propisano s kojim stepenom pažnje lice mora da postupa prilikom izvršavanja poslova u privrednim društvima. Pravni standard „pažnja dobrog privrednika“ poznaje i ZOO i ZOPD. Iz toga sledi da je pažnja dobrog privrednika standard koji je zakonski definisan, pored standarda pažnje dobrog stručnjaka. Kako se u ZOPD-u koristi „blaži“ standard postupanja, dalja analiza će se odnositi na definiciju pažnje dobrog privrednika prihvaćenu u kompanijskom pravu. Ovakav pristup je dobar jer se otklanja dilema koji izvor treba primeniti za ocenu ispunjenosti navedenog uslova u kontekstu pravila poslovne procene i stvara prostor za njegovo prilagođavanje potrebama savremenog poslovanja kompanija. Nasuprot tome, hrvatsko pravo prilikom tumačenja ovog standarda primenjuje odredbe zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi, zbog nedostatka njegovog bližeg određenja u kompanijskopравnim izvorima (Horak & Dumančić, 2008, p. 987).

Pažnja dobrog privrednika u smislu ZOPD-a određuje se u čl. 63, st. 2 „kao onaj stepen pažnje sa kojim bi postupalo razumno pažljivo lice koje bi posedovalo znanja, veštine i iskustvo koje bi se moglo osnovano očekivati za obavljanje te dužnosti u društvu“. Može se reći da je standard postavljen objektivno ili apstraktno, jer se ceni postupanje prosečnog direktora u datoj situaciji. Ne uzimaju se u obzir osobena svojstva i okolnosti u kojima se to lice nalazi. S druge strane, u st. 3 istog člana ističe se da ako lice s dužnostima poseduje specifična znanja, veštine ili iskustvo, prilikom ocena stepena pažnje uzeće se u obzir i ta znanja, veštine i iskustvo. Kako se lična svojstva lica s dužnostima uzimaju u obzir prilikom procene njegovog postupanja, reč

je o subjektivnom ili konkretnom kriterijumu. Lepetić (2014, p. 106) ukazuje da će, u slučaju da lice s dužnostima poseduje posebne kvalitete u odnosu na prosečno lice na toj poziciji, ono biti odgovorno prema strožem kriterijumu. Iz svega navedenog Lepetić (2014, p. 106) izvodi zaključak da je srpsko pravo prihvatilo mešovito, tj. objektivno-subjektivno shvatanje pažnje dobrog privrednika. Ovo je opšteprihvaćena koncepcija u Evropi, bez obzira na tradiciju i stepen razvijenosti pojedinih pravnih sistema. Primera radi, švajcarski zakon koji uređuje obligacione odnose (*Obligationenrecht*) u čl. 717, st. 1, kao i španski zakon koji uređuje društva kapitala (*Ley de Sociedades de Capital*) u čl. 225, st. 1 nalažu direktorima da svoje obaveze predviđene zakonom i statutom izvršavaju sa onim stepenom pažnje koji zahteva priroda njihovog položaja i njihove posebne sposobnosti.¹⁴ Suprotno, nemački zakonodavac to eksplicitno ne čini, ali je takvo shvatanje široko prihvaćeno u sudskoj praksi (Zwinge 2011, p. 34). Kako su dužnosti propisane u vidu apstraktnih standarda, sudovi imaju ogromnu ulogu u konkretizaciji pravnih standarda tumačenjem normi.

4.6. Uverenje da deluje u najboljem interesu društva

Poslednji konstitutivni element dužnosti pažnje u našem pravu je delovanje u interesu društva. Preciznije rečeno, postojanje uverenja direktora da je doneta odluka najbolja za društvo, iako se pokazuje da ona to možda i nije. Važno je da je lice koje je subjekt dužnosti pažnje bilo u to uvereno i da je u skladu s tim uverenjem donelo poslovnu odluku. Čistim jezičkim tumačenjem dolazi se do zaključka da je neophodno da je navedena odluka bila ne samo u interesu društva već i da je taj interes u konkretnom slučaju bio najbolji, na primer u situaciji kad je direktor doneo odluku kojom je društvo ostvarilo dobit, ali ne najveću moguću. Drugim rečima, kada je društvo ostvarilo dobit, ali ona nije maksimalna koju bi ono moglo da ostvari. Takvo odlučivanje bi se moglo okarakterisati kao odlučivanje u interesu društva, ali ne u najboljem interesu društva, što bi posledično značilo mogućnost aktiviranja odgovornosti direktora za štetu. Pod štetom bi se podrazumevala razlika između ostvarene dobiti i one koja je bila maksimalno moguća u konkretnom slučaju. S obzirom na to da je u oba slučaja odluka doneta u interesu društva, Lepetić (2014, p. 106) ističe potrebu za drugačijom jezičkom formulacijom ovog elementa. Promena bi se ogledala u zameni delovanja u najboljem interesu društva za delovanje u interesu društva, uz argumentaciju da je direktorima nekada teško da znaju šta je najbolji interes društva. Opisanom stavu se teško može prikloniti iz više razloga. Prvo, širokim postavljanjem ovog elementa bi se ostavila velika sloboda direktorima pri odlučivanju. Drugo, problem može nastati kod dokazivanja pretrpljene štete koja bi se ogledala u razlici između ostvarene i najviše moguće, a u konkretnom slučaju neostvarene dobiti. Treće, nije isključena situacija da odluka bude u interesu društva a da je najgora moguća u datim okolnostima, što dodatno opravdava naglašavanje

¹⁴ O kritikama pravila poslovne procene i predlozima za njegovu izmenu u španskom pravu vid. Martínez (2015, pp. 29-32).

delovanja u najboljem interesu. Konačno, reč je o obavezi sredstva a ne cilja, tj. važan je način na koji je odluka doneta, a ne i posledice koje je proizvela.

Opšti princip našeg prava akcionarskih društava jeste da članovi odbora direktora, odnosno nadzornog odbora, poslovne odluke donose u najboljem interesu društva na osnovu nezavisnog i objektivnog prosuđivanja. Uprava prilikom postupanja mora da se vodi isključivo interesima društva, a ne interesima drugog lica ili sopstvenim interesima.

5. Procesni uslov

Kada se ispune prethodno navedeni materijalnopravni uslovi, direktor neće biti odgovoran za štetu koju je pretrpelo društvo. Ono što se javlja kao pitanje jeste na kome je teret dokazivanja ispunjenosti tih uslova. Pravila o teretu dokazivanja su najvažniji segment pravila poslovnog prosuđivanja. Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine uopšte nije sadržao ta pravila,¹⁵ pa se u literaturi u nedostatku zakonske regulative ispravno tumačilo da na tužiocu leži teret dokaza.¹⁶ Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine ne ostavlja prostor nikakvoj sumnji, budući da uređuje ovo pitanje. Prema ZOPD-u, lica koja tereti dužnost pažnje nisu odgovorna za štetu koja nastane za privredno društvo ako dokažu da su izvršavala poslove savesno, s pažnjom dobrog privrednika i u razumnom uverenju da deluju u najboljem interesu društva. Ipak, čini se da je ranije rešenje bilo daleko bolje jer se, u nedostatku posebnih pravila kompanijskog prava, uvek mogu primeniti opšta pravila parničnog postupka.

Da li pravilo poslovne procene postavljeno na ovakav način vrši svoju zaštitnu funkciju? Ovo pitanje dovodi do drugog, a to je opravdanost njegovog postojanja. Nametanje direktoru obaveze da dokazuje postojanje svih uslova predstavlja gotovo nerešiv zadatak. Predviđanjem navedene obaveze domen pravila poslovne procene je značajno ograničen, jer bi mali broj direktora uspeo da izbegne odgovornost. To je i razlog zbog kojeg američka sudska praksa uvodi pretpostavku da je direktor postupao savesno, donoseći odluku na osnovu pribavljenih informacija i u uverenju da je takva odluka u interesu društva. Reč je o oborivoj pretpostavci, kod koje teret dokazivanja suprotnog pada na drugu stranu.¹⁷ Time se potvrđuje opšti princip: *onus probandi incubit actori*. Dokazivanje postojanja materijalnih uslova je izuzetno težak zadatak, koji se prebacuje na tužioca. On treba da dokaže odsustvo makar jednog uslova za primenu pretpostavke u korist direktora, jer oni moraju biti kumulativno ispunjeni da bi se mogao pružiti „zaštitni zid“ direktorima. Taj zid nije neprobojan, jer se odgovornost može uspostaviti, ali tek po obaranju čvrste pretpostavke postupanja u skladu s postavljenim standardima. Svako drugačije shvatanje oštro se kosi sa zaštitnom ulogom

¹⁵ Prema ranijem zakonu (ZOPD 2004, čl. 32(3)), lice koje postupa u skladu s dužnom pažnjom nije odgovorno za štetu koja iz takvog postupanja nastane.

¹⁶ Vasiljević (2005, p. 104) napominje da „kada se protiv nekog člana upravnog odbora pokrene sudski postupak, pretpostavlja se postojanje savesnog ponašanja, postupanja s pažnjom dobrog privrednika i postojanja razumnog uverenja da se deluje u najboljem interesu društva“.

¹⁷ Isto rešenje predviđa i australijski Zakon o akcionarskim društvima.

pravila „sigurne luke“. Očigledno je da je procesnopravni aspekt pravila poslovne procene u ZOPD preuzet iz nemačkog prava. Subjektivna odgovornost utemeljena na konceptu pretpostavljene krivice stav je nemačkog zakonodavca.¹⁸ Posledica takvog pristupa verovatno leži u velikom nepoverenju u direktore, za razliku od SAD koje imaju razvijene fiducijarne dužnosti direktora.¹⁹ Pravilo je nastalo upravo sa ciljem da zaštiti direktore, što se postiže ne samo kroz mogućnost njihovog oslobođenja od odgovornosti kada su za to ispunjeni uslovi već i kroz oslobođenje od tereta dokazivanja savesnog postupanja. Razvijena praksa sudova države Delaver, inače prodirektorski orijentisana, to jasno pokazuje.

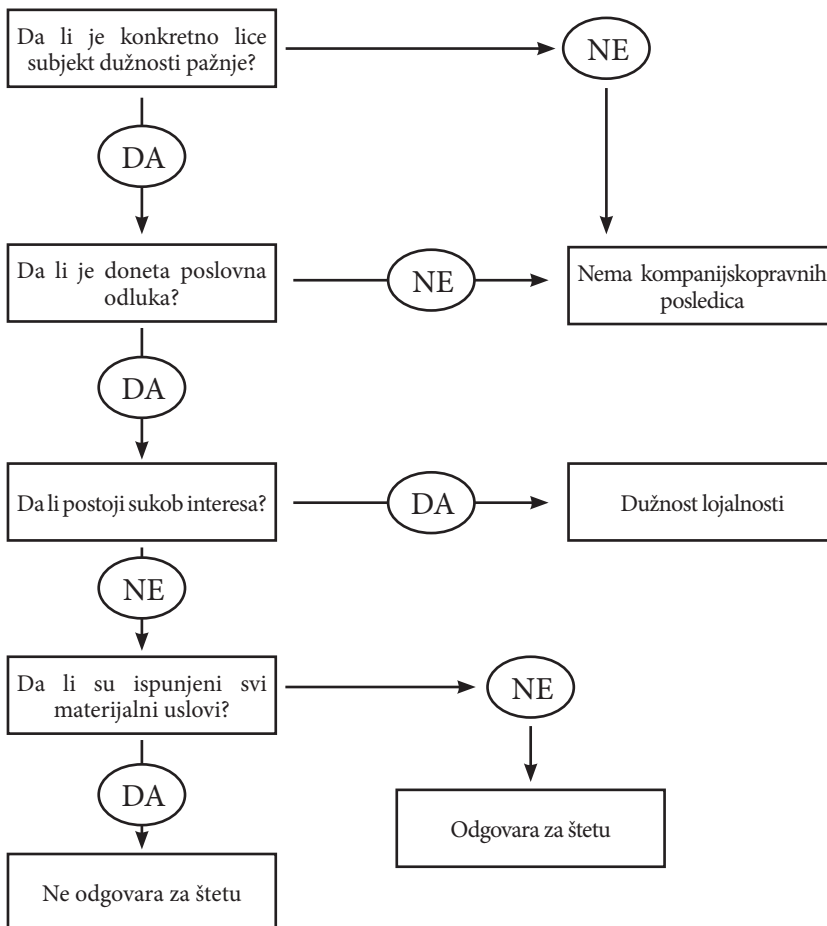
Tužilac je, po pravilu, privredno društvo, jer je ono pretrpelo štetu. Kako je društvo veštačka tvorevina koja ne može da izjavi svoju volju, umesto nje to čine fizička lica, zastupnici društva. Direktor je *ex lege* zastupnik društva, što nas vodi do začaranog kruga u situaciji kada društvo ima samo jednog direktora. I kada to nije slučaj, direktori bi se našli u sukobu interesa, i iz tog razloga se u američkoj praksi konstituišu posebni komiteti za sporove čiji su članovi lica koja nisu u sukobu interesa. Zbog pasivnosti društva, u uporednom pravu se veći akcenat stavlja na derivativnu tužbu koju podnose akcionari u svoje ime, a za račun društva za štetu koju je pretrpelo društvo.²⁰ Podnošenje ove tužbe u našem pravu podleže ograničenjima, kao što su neophodnost ispunjenja proceduralnih uslova u pogledu minimalnog praga kapital učešća, podnošenja prethodnog zahteva društvu itd. Pored pravnih, tu su i ekonomski razlozi koji demotiviraju akcionare na njeno korišćenje. U slučaju uspeha u parnici, celokupni dobijeni iznos na ime naknade štete ide društvu, što znači da direktni interes od tužbe ima društvo. Obrnuti ishod, tj. neuspeh u parnici znači da troškove postupka snose akcionari prema opštim pravilima parničnog postupka. Zbog svih pomenutih razloga derivativna tužba se gotovo i ne koristi u domaćoj praksi. S druge strane, američko pravo gotovo da podstiče korišćenje ove tužbe kroz pravilo da svaka strana u parnici snosi svoje troškove bez obzira na ishod spora.

Sve do sada rečeno se može šematski prikazati na sledeći način:

¹⁸ Uvođenje *business judgment rule* 2005. godine u nemačko pravo smatra se jednom od najvećih korporativnih reformi izvršenih u Nemačkoj. Više vid.: Roth (2013, p. 321).

¹⁹ Sama reč „fiducija“ potiče od latinskog izraza *fiducia*, što u prevodu znači „poverenje“. Institut vodi poreklo od rimskog prava, koje nije poznavalo založno pravo, nego se s prenosom državine prenosila i svojina na stvari. Interesantno je primetiti da termin potiče iz rimskog prava, na kojem je izgrađeno savremeno evropsko-kontinentalno pravo, dok se taj termin danas uglavnom upotrebljava u zakonodavstvima anglosaksonskog pravnog kruga. Više o ovom institutu u rimskom pravu vid.: Ignjatović & Šutova (2013, p. 195).

²⁰ Vasiljević (2013, p. 229) navodi da društvo pored obaveznih može da formira i *ad hoc* komitete (komisije). Primer *ad hoc* komisije je upravo komisija za sporove. Međutim, takva opcija ne stoji na raspolaganju društvu ako je tužba podignuta protiv većine direktora.



Grafikon br. 1: Pravilo poslovne procene

6. Zaključak

Pravilo poslovne procene je sudski stvorena doktrina koja štiti direktore od lične građanske odgovornosti za odluke koje donose u ime društva. Postalo je posebno važno u periodu brojnih korporativnih skandala i krize na finansijskom tržištu predvideti kada su direktori na odgovarajući način odgovorni akcionarima i društvu za svoje postupke, a kada je opravdano isključiti njihovu odgovornost. Sve dok direktori vrše svoje dužnosti savesno i u interesu društva, oni neće biti lično odgovorni za ishod poslovne odluke koju su doneli. Često se u literaturi ističe da sudije poznaju pravo a ne ekonomiju, te da zbog toga nisu stručni da cene opravdanost donetih odluka. Isto tako, sudovi svojim presudama ne treba da supstituišu odluke uprave. S druge strane, *business judgment rule*

nije zamišljen kao odbrana koja bi onemogućila sudsku kontrolu postupaka i metodologije koje primenjuju direktori kada donose poslovne odluke ako direktori prilikom donošenja odluka ne poštuju pravne standarde.

Pravilo poslovne procene potiče iz prava Sjedinjenih Američkih Država. Preuzela su ga, najčešće zakonodavnom intervencijom, i zakonodavstva država iz kruga evropskog kontinentalnog prava. Modifikujući pomenuto pravilo i prilagođavajući ga konkretnom pravnom okruženju narušila se njegova uloga. Smisao njegovog postojanja nije samo da oslobodi direktore od odgovornosti kada su ispunjeni predviđeni uslovi već i da ih oslobodi dokazivanja njihove ispunjenosti. U tom pogledu, neophodno je izvršiti odgovarajuće izmene ZOPD-a koje će postaviti oborivu pretpostavku ispunjenosti svih uslova za isključenje odgovornosti direktora. Važno je napomenuti da se fokus stavlja na način na koji je odluka doneta, a ne na njene konkretne efekte. Ako je član uprave postupao savesno, s pažnjom dobrog privrednika, zasnivajući svoju odluku na dovoljno informacija, verujući da je to najbolje za društvo, neće podlegati odgovornosti uprkos prouzrokovanoj šteti.

Dužnost pažnje se konkretizuje kroz pravilo poslovne procene. U pogledu sastavnih elemenata dužnosti pažnje, trebalo bi u ZOPD-u predvideti odsustvo sukoba interesa i time uskladiti naše pravo s važećim uporednopravnim rešenjima.

Literatura

- Branson, D. 2002. The Rule that isn't rule – The business judgment rule. *Valparaiso University Law Review*, 36(3), pp. 631-654.
- Du Plessis, J. 2019. Directors' duty to Act in Best Interests of the Corporation: 'Hard Cases Make Bad Law'. *Australian Journal of Corporate Law*, 34, pp. 1-26.
- Hansmann, H. & Kraakman, R. 2005. Agency Problems and Legal Strategies. In: Kraakman, R., et al., (eds.), *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, pp. 21-63.
- Hopt, J. K. 1992. Director's Duties to Shareholders, Employees, and Other Creditors: A view from the Continent. In: McKendrick, E. (ed.), *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*. Oxford/New York: Oxford University Press, pp. 115-132.
- Horak, H. & Dumančić, K. 2008. Pravilo poslovne procene u hrvatskom i pravu SAD. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 29(2), pp. 975-1008.
- Ignjatović, M. & Šutova, M. 2013. Klasifikacija pravnih poslova u rimskom i savremenom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 64, pp. 179-198.
- Jennifer, G. H. & Yablon, M. C. 2002. Corporate Governance and Executive Remuneration: Rediscovering Managerial Positional Conflict. *Vanderbilt University Law School, Working Paper No. 03-02*. Nashville, Tennessee: Vanderbilt University Law School.
- Lepetić, J. 2014. *Kompanijskopравни režim sukoba interesa*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
- Markus R. 2013. Corporate Boards in Germany. In: Davies P., Hopt, K. Nowak, R. & Van Solinge, G. (eds.), *Corporate Boards in law and practice: A comparative analysis in*

- Europe*. Oxford: Oxford University Press, pp. 321- 358.
- Martínez, G. A. 2015. La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el derecho español. *Working Paper Series*. Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo.
- McMillan, L. 2013. The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine. *William & Mary Business Law Review*, 4(2), pp. 521-574.
- Radović, V. 2008. Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje. U: Vasiljević, M. & Radović, V. (ur.), *Korporativno upravljanje*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 235-265.
- Radović, V. 2011. *Naknada članovima uprave akcionarskog društva – preporuke dobre prakse korporativnog upravljanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Rosenberg, D. 2005. Making sense of good faith in Delaware Corporate Fiduciary Law: A Contractarian Approach. *Delaware Journal of Corporate Law*, 29(2), pp. 491-516.
- Renee, M. J. 2010. The Role of Good Faith in Delaware: How Open-Ended Standards Help Delaware Preserve Its Edge. *New York Law School Law Review*, 55(2), pp. 499-522.
- Stepanović Graić, S. 2008. Pravilo (adekvatne) poslovne procene. *Pravo i privreda*, 5-8, pp. 299-312.
- Vasiljević, M. 2009. Korporativno upravljanje i agencijski problemi (I deo). *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, 57(1), pp. 5-24.
- Vasiljević, M. 2013. *Korporativno upravljanje – izabrane teme*. Beograd: Udruženje pravnika u privredi Republike Srbije.
- Vasiljević, M. 2005. *Kompanijsko pravo (pravo privrednih društava Srbije i EU)*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Zwinge, T. 2011. An Analysis of the Duty of Care in the United Kingdom in Comparison with the German Duty of Care. *International Company and Commercial Law Review*, 20(1), pp. 31-41.

Internet izvori

- Ashraf, Z. 2001. *The position of the Business judgment rule in deferent corporate cultures: a study and analysis*, Institute of Law. Dostupno na: http://digitol.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1549733565019~489, (5.2.2019).
- Giraldo, L. & Carlos, A. 2006. Factores que gobiernan la aplicación de la regla del juicio comercial: un estudio comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Australia y la Unión Europea. *Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá*, 55(111), pp. 115-166. Dostupno na: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14661>, (15.2.2019).
- Quinn, J. 2019. The Sustainable Corporate Objective: Rethinking Directors' Duties. *Sustainability*, 11(23). Dostupno na: <https://www.mdpi.com/2071-1050/11/23/6734>, (29.1.2020).

Pravni izvori

- Australijski Zakon o akcionarskim društvima (*Corporations Act*) iz 2001. godine.
Kodeks korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 99/2012.
- Švajcarski Zakon o obligacijama (*Obligationenrecht*) iz 1911. godine.
- Španski Zakon o društvima kapitala (*Ley de Sociedades de Capital*) iz 2010. godine, «BOE» núm. 161, de 03/07/2010.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985 i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993, 22/1999, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.
- Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013, 73/2013, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.
- Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004.
- Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018 i 95/2018 i 91/2019.

Sudska praksa

- Aronson v. Lewis*, presuda Supreme Court of Delaware od 1. 3. 1984, 473 A.2d 805 (1984).
- Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, presuda Supreme Court of Delaware od 22. 10. 1993, 884 A.2d 26 (Del. 2005).
- Charitable Corp. v. Sutton*, presuda Court of Chancery od 13. 8. 1742, (1742) 26 ER 642.
- Percy v. Millaudon*, presuda Louisiana Supreme Court od 1. 4. 1828, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829).
- Smith v. Van Gorkom*, presuda Supreme Court of Delaware od 29. 1. 1985, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

Tijana R. Kovačević, LL.M

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

e-mail: tijanarkovacevic@gmail.com

BUSINESS JUDGMENT RULE

Summary

In this paper the author shows the shortcomings of the business judgment rule in the Serbian Company Act. Business judgment rule is a judicially created American doctrine that has gained widespread popularity in other countries. The trend of legal transplanting has not bypassed our country, and for this reason it is very important to

define this rule and to properly understand the reason for its existence. Because of that the first part of this paper is dedicated to analysing the onset and deployment of this specific rule. Although the core of this paper is aimed at defining the subset of people who are protected by this rule, it is as well aimed at determining the precedents needed to get this protection mechanism operational. These conditions actually construct duty of care and are used to define the business judgment rule, and are not unanimously accepted in all law systems. In the paper these conditions have been individually analysed: 1. business decision; 2. absence of conflict of interest; 3. good faith; 4. informed decisions making; 5. the care of a prudent business person and 6. honest belief that the decision was in the company's best interest. The final segment of this paper shows the reverse distribution of the burden of proof which undermines the efficiency of the protective role of the business judgment rule.

Keywords: business judgment rule, directors' liability, duty of care, conflict of interest.

Primljeno: 29.1.2020.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

POLOŽAJ I PRAVA SRBA U RUMUNIJI – ZAKONSKA REŠENJA I NJIHOVA PRIMENA

Sažetak

Pitanje manjinskih prava Srba u Rumuniji od značaja je za očuvanje njihovog nacionalnog identiteta, predstavljajući istovremeno jednu od bitnih dimenzija bilateralnih odnosa. U radu se analizira odnos Rumunije prema nacionalnim manjinama u sferi zakonodavstva i daje osvrt na profil i delokrug rada osnovnih državnih institucija nadležnih za pitanja položaja i prava nacionalnih manjina. Autor ukazuje na to da relativno zadovoljavajući status srpske zajednice, bolji nego u drugim zemljama regiona, ima svoje ishodište u dobrom zakonskom osnovu i činjenici da se Rumunija u znatnoj meri pridržava ključnih međunarodnih dokumenata u ovoj oblasti. U radu se sagledava stepen praktične primene zakonodavnih rešenja kojima se uređuju manjinska prava srpske zajednice i zaključuje da ona u pojedinim oblastima realnog života nisu u potpunosti poštovana. To ukazuje na potrebu daljeg unapređenja položaja srpske nacionalne manjine, što zahteva aktivnu ulogu Saveza Srba u Rumuniji, kao njene krovne organizacije, ali i nadležnih organa i institucija Republike Srbije u okviru postojećih bilateralnih mehanizama.

***Ključne reči:** srpska manjina, Rumunija, manjinsko zakonodavstvo, manjinska prava, nacionalni identitet.*

1. Uvod

Pitanja prava i položaja Srba u regionu¹ od vitalne su važnosti za očuvanje njihovog nacionalnog, kulturnog, jezičkog i verskog identiteta. Samim tim ona treba da predstavljaju važnu dimenziju spoljne politike Srbije i značajan segment bilateralnih odnosa sa zemljama okruženja.

Položaj Srba u Rumuniji relativno je zadovoljavajući, znatno povoljniji nego što je to u većini drugih zemalja u regionu u kojima se Srbi suočavaju s problemima statusne i institucionalne prirode, s teškoćama u obrazovanju i informisanju na

* Doktor pravnih nauka, bivši diplomata, Srpski spoljnopolitički krug, Beograd,
e-mail: dragomir.radenkovic@yahoo.com

¹ Prema Zakonu o dijaspori i Srbima u regionu iz 2009. godine (čl. 2, st. 1) izraz „Srbi u regionu” označava pripadnike srpskog naroda koji žive u Republici Sloveniji, Republici Hrvatskoj, Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori, Republici Severnoj Makedoniji, Rumuniji, Republici Albaniji i Republici Mađarskoj.

maternjem jeziku itd.² S Rumunijom Srbija ima potpisan bilateralni sporazum o zaštiti nacionalnih manjina i na toj osnovi formiranu Međuvladinu mešovitu komisiju za manjine. Srbi u Rumuniji su zastupljeni u Parlamentu, Vlada redovno finansira Savez Srba u Rumuniji, krovnu organizaciju srpske manjine, postoje obrazovanje i informisanje na srpskom jeziku, podržavaju se kulturne aktivnosti srpske zajednice, srpska manjina nije diskriminisana na nacionalnoj, verskoj ili drugoj osnovi itd.

Povoljan položaj srpske zajednice u Rumuniji prevashodno je opredeljen zakonskim rešenjima kojima se definišu i regulišu njihova manjinska prava. Pored toga, on je, jednim delom, rezultat sadržajne i dinamične aktivnosti legitimnih predstavnika srpske manjine, odnosno Saveza Srba u Rumuniji, a pogoduje mu i duga tradicija dobrih bilateralnih odnosa između Republike Srbije (i ranijih – Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Savezne Republike Jugoslavije) i Rumunije.

Ipak, postoji određeni raskorak između dobrih zakonskih rešenja i njihove nepotpune primene u svakodnevnom, realnom životu koju bi, u pojedinim segmentima, trebalo poboljšati i time položaj Srba u Rumuniji dalje unaprediti.

2. Osnovni međunarodni dokumenti o poštovanju prava nacionalnih manjina

Zemlje okruženja u kojima Srbi čine jednu od nacionalnih manjina, među kojima je i Rumunija, dužne su da se prema njima ophode uz pridržavanje osnovnih međunarodnih dokumenata o poštovanju prava manjina – Okvirne konvencije Saveta Evrope za zaštitu nacionalnih manjina i Evropske povelje o regionalnim ili manjinskim jezicima, kao i drugih dokumenata koji se odnose na pravni položaj nacionalnih manjina i opšteprihvaćenih međunarodnih standarda u toj oblasti³.

Okvirna konvencija Saveta Evrope za zaštitu nacionalnih manjina iz 1995. godine je prvi pravno obavezujući multilateralni instrument posvećen zaštiti nacionalnih manjina u kojem se specifikuju pravni principi koje su države obavezne da poštuju (CoE Framework Convention for the Protection of National Minorities, ETS No. 157, 1995, p. 12). Primenu Okvirne konvencije prati Komitet ministara Saveta Evrope, uz pomoć Savetodavnog

² U Sloveniji Srbi nisu priznati kao nacionalna manjina, a potrebno je i zadovoljavajuće rešenje problema „izbrisanih građana“; u Albaniji su Srbi dobili status nacionalne manjine tek u aprilu 2017. godine, ali još uvek nije zaključen bilateralni sporazum o zaštiti nacionalnih manjina na osnovu kojeg bi se formirala međuvladina mešovita komisija za manjine; u Crnoj Gori Srbi nemaju definisan status budući da po svojoj brojnosti (28,73%) prevazilaze okvir nacionalne manjine (do 15% stanovništva), a nisu priznati kao autohton ili konstitutivan narod; u Hrvatskoj nije rešeno pitanje povratka izbeglih lica srpske nacionalnosti, izbeglim Srbima je oduzeto više od 40.000 stanova na kojima je postojalo stanarsko pravo, broj izbrisanih prebivališta građana Hrvatske srpske nacionalnosti u periodu 2011–2017 je preko 67.000 itd. U Sloveniji i Albaniji nema javne nastave na srpskom jeziku, u Hrvatskoj i Severnoj Makedoniji postoje problemi u njenom odvijanju (zbog gašenja škola, nedostatka udžbenika, neadekvatnog nastavnog kadra i sl.), u Sloveniji, Albaniji i Severnoj Makedoniji nema medija na srpskom jeziku koji bi bili finansirani od strane države itd.

³ Kada je reč o drugim dokumentima u kojima se govori o položaju nacionalnih manjina, misli se na Završni akt Konferencije o bezbednosti i saradnji u Evropi iz Helsinkija 1975, Kopenhaški dokument sa sastanka o ljudskoj dimenziji KEBS 29. juna 1990, Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Deklaraciju UN o pravima pripadnika nacionalnih, etničkih, verskih i jezičkih manjina, Deklaraciju šefova država i vlada članica Saveta Evrope usvojenu u Beču 9. oktobra 1993. itd.

komiteta čiji su članovi priznati eksperti na polju zaštite nacionalnih manjina.

U Okvirnoj konvenciji se, između ostalog, naglašava da je „zaštita nacionalnih manjina od ključnog značaja za stabilnost, demokratsku bezbednost i mir“, da „pluralističko i istinsko demokratsko društvo treba ne samo da poštuje etnički, kulturni, jezički i verski identitet svakog pripadnika nacionalne manjine, već i da stvara odgovarajuće uslove koji mu omogućuju da izrazi, očuva i razvije taj identitet“ (CoE, ETS No. 157, p. 1). Na istoj strani ukazuje se na to da treba definisati principe koji „obezbeđuju efikasnu zaštitu nacionalnih manjina i prava i sloboda pripadnika tih manjina“, kao i ravnopravnost pred zakonom te se u tom smislu zabranjuje svaka diskriminacija zasnovana na pripadnosti nacionalnoj manjini (CoE, ETS No. 157, čl. 4, st. 1). Zemlje potpisnice obavezuju se da donesu „odgovarajuće mere za unapređenje u svim oblastima ekonomskog, socijalnog, političkog i kulturnog života pune i efektivne ravnopravnosti između pripadnika nacionalne manjine i onih koji pripadaju većini“ (CoE, ETS No. 157, čl. 4, st. 2), da „unapređuju uslove potrebne za održavanje i razvijanje kulture pripadnika nacionalnih manjina i očuvanje neophodnih elemenata njihovog identiteta: jezika, vere, tradicije i kulturnog nasleđa“ (CoE, ETS No. 157, čl. 5, st. 1), kao i da se uzdrže od politike i prakse koje bi imale za cilj asimilaciju pripadnika nacionalnih manjina.

Evropska povelja o regionalnim ili manjinskim jezicima (CoE The European Charter for Regional or Minority Languages, 1992, ETS No. 148) je međunarodna konvencija koja ima za cilj zaštitu istorijskih regionalnih i manjinskih jezika u Evropi⁴. Prema Povelji, priznanje regionalnih ili manjinskih jezika je izraz kulturnog bogatstva, a njihovo korišćenje je neotuđivo manjinsko pravo, koje treba olakšati i ohrabriti u govornoj ili pisanoj formi u javnom ili privatnim životu i doneti odredbe o odgovarajućim načinima i sredstvima putem kojih bi se obezbedilo njihovo proučavanje na svim odgovarajućim stupnjevima (CoE, ETS 148, čl. 7, st. 1).

Države potpisnice preuzimaju obavezu da na teritoriji na kojoj su ovi jezici u upotrebi omoguće predškolsko, osnovno, srednje i univerzitetsko obrazovanje na odgovarajućem regionalnom ili manjinskom jeziku (CoE, ETS 148, čl. 1). Obavezuju se, takođe, da će u oblasti sudstva, kada broj stanovnika koji upotrebljavaju regionalne ili manjinske jezike to opravdava, obezbediti da sudovi sprovedu postupak i izdaju dokumente na tim jezicima i da stranka može da ih koristi kad god se lično pojavi pred sudom. Pored toga, na regionalnim ili manjinskim jezicima treba da budu dostupni i najznačajniji nacionalni zakonodavni tekstovi (CoE, ETS 148, čl. 9, st. 1 i 3).

Ovaj pristup se odnosi i na poslove javne uprave i sferu javnog informisanja. U administrativnim oblastima, u kojima broj stanovnika koji koristi regionalne ili manjinske jezike to opravdava, upravne vlasti su u obavezi da ih koriste, a službenici upotrebljavaju. Navedenom poveljom je predviđeno u čl. 10, st.1 i 2 da treba omogućiti da se regionalni ili manjinski jezici koriste u javnim službama, da se predstavke podnose i odgovori dobiju na ovim jezicima te da na njima regionalne i lokalne vlasti objavljuju svoja zvanična dokumenta.

⁴ Evropsku povelju o regionalnim ili manjinskim jezicima je doneo Savet Evrope 25. juna 1992. godine a stupila je na snagu 1. marta 1998. Rumunija je Povelju potpisala 17. jula 1995, ratifikovala 6. novembra 2007, a za Rumuniju je stupila na snagu 1. maja 2008. godine.

Kada je reč o medijima, države potpisnice Povelje se obavezuju, shodno njenom čl. 11, st. 1, da, na teritoriji na kojoj se govore regionalni ili manjinski jezici, obezbede makar jednu radio-stanicu i jedan televizijski kanal ili redovno emitovanje radio, odnosno televizijskog programa na regionalnim ili manjinskim jezicima, da ohrabre ili olakšaju stvaranje i očuvanje bar jednog štampanog medija ili obezbede redovno objavljivanje novinskih članaka na regionalnim ili manjinskim jezicima.

3. Prava nacionalnih manjina u rumunskom zakonodavstvu

Rumunija nema koherentan pravni okvir u vezi sa zaštitom manjinskih prava, a Nacrt zakona o statusu nacionalnih manjina, koji je predložen u Parlamentu 2006. godine, još uvek nije usvojen, pre svega zbog maksimalističkih zahteva mađarske manjine.⁵ Iako je zbog toga rumunsko zakonodavstvo o zaštiti nacionalnih manjina u znatnoj meri nepovezano, Rumunija u značajnom stepenu poštuje prava pripadnika manjinskih zajednica.

Ključne odredbe o pravima nacionalnih manjina sadržane su u Ustavu Rumunije (Constituției României – dalje: CR) iz 1991. sa izmenama iz 2003. godine i u Zakonu o obrazovanju, kada je reč o pitanjima manjinskog obrazovanja. Prema čl. 4, st. 2 CR, „Rumunija je zajednička i nedeljiva domovina svih njenih građana bez obzira na rasu, nacionalnost, etničko poreklo, jezik, veru...“. U čl. 6 CR navodi se da „država priznaje i garantuje osobama koje pripadaju nacionalnim manjinama pravo na očuvanje, razvijanje i izražavanje njihovog etničkog, kulturnog, jezičkog i verskog identiteta. Mere zaštite donete od strane države za očuvanje, razvoj i izražavanje identiteta pripadnika nacionalnih manjina moraju biti u skladu s principima jednakosti i nediskriminacije u odnosu na ostale rumunske državljane.“

Rumunsko zakonodavstvo predviđa značajne garancije za učešće nacionalnih manjina u političkom životu. Prema čl. 62, st. 2 CR, organizacije nacionalnih manjina koje ne uspeju da na izborima dobiju dovoljan broj glasova da bi bile predstavljene u Parlamentu, imaju pravo na po jedno poslaničko mesto, pod uslovima predviđenim izbornim zakonom, pri čemu pripadnici jedne nacionalne manjine mogu da budu predstavljeni samo jednom organizacijom. Reč je o 18 manjinskih organizacija, uključujući i srpsku, zastupljenih u Savetu za nacionalne manjine, kojima Izborni zakon (2015) omogućava izbor jednog poslanika na preferencijalnoj osnovi, a jedino je Demokratski savez Mađara iz Rumunije predstavljen u Parlamentu na osnovu glasova dobijenih na opštim parlamentarnim izborima.

Kada je reč o službenoj upotrebi jezika, manjinski jezik je u upotrebi u administrativno-teritorijalnim jedinicama u kojima data manjina predstavlja najmanje

⁵ U Četvrtom izveštaju o Rumuniji Savetodavnog komiteta Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina kao najvažnija preporuka za neposrednu akciju navodi se potreba da se bez odlaganja usvoji „konsolidovan i koherentan pravni okvir koji se odnosi na zaštitu manjinskih prava“. Videti: (CoE ACFC Opinion IV, 2017, p. 2).

20% stanovništva. U tom slučaju, obezbeđeno je zakonsko pravo pripadnicima nacionalnih manjina da se obrate organima lokalne vlasti na maternjem jeziku, pismeno ili usmeno, i da, pored rumunskog, dobiju odgovor i na svom manjinskom jeziku. Rumunski Zakon o javnoj administraciji (Legea administrației publice locale nr. 215/2001), sa izmenama iz 2018. godine, sadrži odredbu da se na radnim mestima na kojima postoji kontakt s javnošću, u sredinama nastanjenim nacionalnim manjinama, zapošljavaju osobe koje govore manjinske jezike (čl. 76, st. 2 i 3).

U oblasti pravosuđa pripadnici nacionalnih manjina imaju ustavno pravo da na sudu koriste maternji jezik (CR, čl. 128, st. 2), a u oblasti obrazovanja Ustav im garantuje pravo da uče svoj maternji jezik i da se na njemu školuju (CR, čl. 32, st. 3).

Manjinska prava u sferi obrazovanja detaljno su definisana i razrađena u Zakonu o obrazovanju (Legea educației naționale, 2011 – dalje: LE) u kojem je celo jedno poglavlje posvećeno obrazovanju za pripadnike nacionalnih manjina koji imaju pravo da se obrazuju na svom maternjem jeziku na svim nivoima i u svim tipovima i oblicima preduniverzitetskog obrazovanja (čl. 45, st. 1). Među principima koji regulišu obrazovanje u Rumuniji navodi se i „princip priznavanja i garantovanja prava pripadnika nacionalnih manjina na očuvanje, razvijanje i izražavanje njihovog etničkog, kulturnog, jezičkog i verskog identiteta“ (LE, čl. 3, st. i).

Istim zakonom je predviđeno u čl. 63, st. 1 i 2, da se razredi mogu osnovati s najmanje 12 učenika na nivou osnovnog, odnosno 15 na nivou srednjeg obrazovanja, a da ovaj broj može biti manji u školama s nastavom na maternjem jeziku date nacionalne manjine.

U administrativno-teritorijalnoj jedinici s većim brojem škola s nastavom na jezicima nacionalnih manjina postoji najmanje jedna s pravnim subjektivitetom za svaki maternji jezik bez obzira na broj učenika (LE, čl. 45, st. 5). Zakon definiše da se obrazovanje odvija na rumunskom jeziku, jezicima međunarodne cirkulacije i jezicima nacionalnih manjina, a ako u mestima njihovog prebivališta takva mogućnost ne postoji, učenicima se obezbeđuje školovanje na maternjem jeziku u najbližem mestu u kojem je to moguće (LE, čl. 10, st. 1 i 2). U tom slučaju oni su podržani kroz popust u prevozu ili dobijaju besplatan smeštaj i ishranu u internatu obrazovne jedinice s nastavom na maternjem jeziku (LE, čl. 12, st. 8, čl. 45, st. 7).

Za učenike koji pripadaju nacionalnim manjinama Ministarstvo obrazovanja, istraživanja, omladine i sporta obezbeđuje školske udžbenike, koji mogu da budu napisani na jezicima nacionalnih manjina, prevedeni s rumunskog jezika na jezik nacionalne manjine ili udžbenike iz uvoza iz matične države koji zbog malog tiraža nisu štampani u Rumuniji, a odobreni su od strane navedenog ministarstva. Ovome treba dodati da je u okviru Instituta za nauku o obrazovanju predviđeno i odeljenje za istraživanje i inovacije za obrazovanje na jezicima nacionalnih manjina (LE, čl. 45, st. 13 i 16).

U programima obrazovanja prvog i drugog stepena koji se izvode na jezicima nacionalnih manjina zastupljeni su, između ostalih, predmeti: maternji jezik i književnost, istorija i tradicije nacionalnih manjina, kao i odgovarajuće muzičko obrazovanje. Svi predmeti se izučavaju na maternjem jeziku, osim predmeta rumunski jezik i književnost koji se predaje po školskim programima i udžbenicima specijalno koncipiranim za odnosnu manjinu (LE, čl. 46, st. 6 u vezi st. 1 i 2). Učenicima pripadnicima nacionalnih

manjina koji pohađaju školu s nastavom na rumunskom jeziku obezbeđuje se, na njihov zahtev, nastava iz predmeta maternji jezik i književnost i istorija i tradicije nacionalne manjine (LE, čl. 46, st. 7).

U osnovnom i srednjem obrazovanju s nastavom na jezicima nacionalnih manjina, predmeti istorija Rumunije i geografija Rumunije predaju se na tim jezicima po školskim programima i udžbenicima koji se koriste u nastavi na rumunskom jeziku uz obaveznu transkripciju toponima i rumunskih imena na rumunskom jeziku (LE, čl. 46, st. 8). Učenici i nastavnici u državnom i obaveznom privatnom akreditovanom/odobrenom obrazovanju koriste besplatne udžbenike za nastavu, kako na rumunskom tako i na jezicima nacionalnih manjina (LE, čl. 69, st. 4). Jednu od osam ključnih oblasti koje prema Nacionalnom planu i programu za osnovno i srednje obrazovanje određuju obrazovni profil učenika, čini sposobnost za komunikaciju na rumunskom, a u slučaju nacionalnih manjina na maternjem jeziku (LE, čl. 68, st. 1). Na kraju šestog razreda, na osnovu metodologije koju je izradilo Ministarstvo obrazovanja, istraživanja, omladine i sporta, učenici se ocenjuju kroz dva transdisciplinarna ispitivanja: iz jezika i komunikacije i matematike i nauke. Ispitivanje jezika i komunikacije obuhvata rumunski jezik, a za učenike u razredima s nastavom na jezicima nacionalnih manjina i maternji jezik. Na kraju osmog razreda sprovodi se obavezno ocenjivanje svih maturanata, koje za učenike koji su pohađali nastavu na jezicima nacionalnih manjina obuhvata i pismeni ispit iz maternjeg jezika (LE, čl. 74, st. 4 i 5). Za ovu kategoriju učenika maturalni ispit sadrži, između ostalog, pismeni ispit iz maternjeg jezika i književnosti i ispit kojim se ocenjuju jezičke sposobnosti usmene komunikacije na maternjem jeziku (LE, čl. 77, st. 4).

Kada je reč o rukovodstvu školskih ustanova, nacionalne manjine imaju pravo da budu zastupljene u upravnim organima škola, školskim inspektoratima ili sličnim institucijama, srazmerno broju razreda s nastavom na manjinskim jezicima. U školama u kojima se nastava, pored rumunskog, odvija i na jezicima nacionalnih manjina, jedan od direktora je iz nastavnog kadra koji pripada odgovarajućoj manjini (LE, čl. 45, st. 8 i 9).

Direktor škole u kojoj se izvodi integralna nastava na jeziku nacionalne manjine u obavezi je da poznaje taj jezik, dok u školama s nastavom na rumunskom jeziku u kojima su zastupljena i odeljenja s nastavom na jezicima nacionalnih manjina, tu obavezu ima jedan od direktora. Imenovanje direktora se vrši u konsultaciji sa organizacijom koja predstavlja datu manjinu u Parlamentu Rumunije ili u konsultaciji s parlamentarnom grupom nacionalnih manjina ukoliko data manjina nema parlamentarnu zastupljenost (LE, čl. 97, st. 1). U strukturi školskih inspektorata u županijama u kojima se nastava odvija i na jezicima nacionalnih manjina zastupljeni su i školski inspektori za ovaj tip nastave koji su imenovani uz konsultovanje parlamentarne grupe nacionalnih manjina (LE, čl. 95, st. 4).

Visoko obrazovanje za nacionalne manjine ostvaruje se u visokoškolskim ustanovama u okviru kojih postoje fakulteti, smerovi i studijski programi s nastavom na maternjem jeziku, kao i u multikulturalnim i multilingvističkim ustanovama visokog obrazovanja u kojima se osnivaju odeljenja ili smerovi s nastavom na jezicima nacionalnih manjina (LE, čl. 135, st. 1). Za nacionalne manjine obezbeđuje se školovanje na maternjem jeziku na nivou dodiplomskih, master i doktorskih studija, kao i na nivou

postuniverzitetskog obrazovanja (LE, čl. 135, st. 4). Doktorske studije se mogu pohadati na rumunskom jeziku, jeziku nacionalnih manjina ili jeziku međunarodne cirkulacije (LE, čl. 161).

Na višejezičnim i multikulturalnim univerzitetima⁶, najmanje jedan od prorektora i prodekana se imenuje na predlog profesora koji pripadaju nacionalnim manjinama, osim u slučajevima u kojima rektor, odnosno dekan dolaze iz odeljenja ili studijskog smera s nastavom na jeziku date nacionalne manjine (LE, čl. 207, čl. 211).

4. Rumunske institucije nadležne za pitanja nacionalnih manjina

Pažnja koja se u zakonodavstvu Rumunije pridaje pitanju položaja nacionalnih manjina, koje, inače, čine 10,5% ukupnog stanovništva, prisutna je i kada je reč o državnim institucijama. Veći broj institucija nadležan je za manjinsku problematiku, a vodeću ulogu imaju Odeljenje za međuetničke odnose, osnovano 1997. godine, kao specijalizovana struktura Vlade Rumunije, koje promovise zakonska prava pripadnika nacionalnih manjina i međukulturni dijalog i doprinosi uspostavljanju efikasnog upravljanja etničkom i kulturnom raznolikošću, i Savet za nacionalne manjine, osnovan 1993. godine kao konsultativno telo Vlade Rumunije, bez pravnog subjektiviteta, koje formiraju predstavnici manjinskih zajednica zastupljenih u Parlamentu.

Osnovni zadaci Odeljenja za međuetničke odnose su da: sprovodi politiku utvrđenu programom Vlade u oblasti međuetničkih odnosa; priprema i podnosi Vladi na usvajanje strategije i politike za očuvanje, afirmisanje i razvijanje etničkog identiteta pripadnika manjina; priprema i odobrava nacрте zakona i drugih propisa koji utiču na prava i obaveze osoba koje pripadaju nacionalnim manjinama; prati sprovođenje nacionalnih i međunarodnih propisa o zaštiti nacionalnih manjina; učestvuje u pripremi izveštaja o primeni Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina Saveta Evrope; stimuliše dijalog između većine i etničkih manjina; bori se protiv diskriminacije i predrasuda kroz promovisanje kulturnih, jezičkih i konfesionalnih različitosti; promovise i organizuje programe za garantovanje, očuvanje, izražavanje, unapređenje i razvoj etničkog, kulturnog, jezičkog i verskog identiteta pripadnika nacionalnih manjina, suprotstavlja se ksenofobiji i netoleranciji, promovise manjinske jezike u različitim oblastima, posebno onim koje pokriva Evropska povelja o regionalnim ili manjinskim jezicima (podaci sa zvanične veb-prezentacije: Departamentul pentru Relatii Interetnice – DRI).

Odeljenje za međuetničke odnose koordinira rad Saveta za nacionalne manjine sa ciljem da se obezbede odnosi sa zakonski konstituisanim organizacijama nacionalnih manjina i ojačaju veze između nacionalnih manjina i njihovih organizacija. U Savetu je zastupljeno 19 manjinskih organizacija koje predstavljaju 20 nacionalnih manjina budući da su slovačka i češka manjina predstavljene jednom organizacijom (Savez Slovaka i Čeha

⁶ Državne institucije visokog obrazovanja koje imaju status multikulturalnih i višejezičnih univerziteta su: Univerzitet Babeš-Bolaij iz Kluž-Napoke, s nastavom na rumunskom, mađarskom i nemačkom jeziku, Univerzitet medicine i farmacije iz Trgu Mureša, s nastavom na rumunskom i mađarskom jeziku i Univerzitet pozorišne umetnosti iz Trgu Mureša, s nastavom na rumunskom i mađarskom jeziku (LE, čl. 363).

u Rumuniji).⁷ Samo one manjinske organizacije koje su članice Saveta imaju koristi od mera koje se donose u cilju zaštite i unapređenja prava pripadnika nacionalnih manjina. Pri tome, pravo na članstvo u Savetu nacionalnih manjina imaju manjinske organizacije koje učestvuju na izborima (CoE ACFC Opinion IV, 2017, p. 8). Zadaci Saveta su da podržava aktivnost manjinskih organizacija, predlaže poboljšanje socijalnog i kulturnog života pripadnika nacionalnih manjina, uz što verniji odraz manjinske problematike u medijima, analizira i predlaže Vladi neophodne mere za razvoj obrazovanja na jezicima nacionalnih manjina, inicira i održava saradnju sa civilnim društvom i međunarodnim organizacijama sa aktivnošću u domenu nacionalnih manjina itd.

5. Srpska zajednica u Rumuniji i primena manjinskog zakonodavstva

Broj pripadnika srpske manjine u Rumuniji prema popisu stanovništva iz 2011. godine iznosi 18.481 (peta nacionalna manjina po brojnosti koja čini 0,08% ukupnog stanovništva) i u stalnom je opadanju (prema rezultatima popisa iz 2002. godine u Rumuniji je bilo 22.568 Srba, a 1992. godine –29.080). U periodu između dva poslednja popisa broj Srba je manji za 7,4%. Opadajući trend broja pripadnika srpske manjine rezultat je, pre svega, niskog nataliteta, što je problem s kojim se srpski narod generalno susreće, procesa asimilacije, naročito kroz mešovite brakove, delimično i odlaska u druge zemlje Evropske unije.

Kada su u pitanju prava srpske zajednice, manjinsko zakonodavstvo u Rumuniji, kao i odredbe relevantnih međunarodnih dokumenata kojih se Rumunija pridržava primenjuju se u potpunosti ili u značajnoj meri u oblasti parlamentarne zastupljenosti, informisanja i univerzitetskog obrazovanja na srpskom jeziku, a samo delimično u domenu službene upotrebe jezika, zapošljavanja u lokalnoj administraciji i uživanja prava na osnovno i srednje obrazovanje.

Srpska nacionalna manjina, preko krovne organizacije Savez Srba u Rumuniji (SSR), ima od 1992. godine jedno garantovano mesto u Parlamentu. U cilju kontinuirane komunikacije između poslanika u Predstavničkom domu i srpske zajednice postoje poslaničke kancelarije u Temišvaru (županija Timiš) i Rešici, Sokolovcu i Staroj Moldavi (županija Karaš Severin). Inače, SSR redovno dobija sredstva iz državnog budžeta Rumunije namenjena finansiranju organizacije i njenih aktivnosti koja su u 2018. iznosila 4.110.586 rumunskih leja (oko 860.000 evra), što je za 4,1% više u odnosu na 2017. godinu (*Naša reč*, 2019, 1525, p. 89).

U sferi informisanja, od štampanih medija Savez Srba u Rumuniji izdaje nedeljnik *Naša reč*, *Temišvarski vesnik*, koji izlazi svakog drugog meseca, šestomesečno glasilo

⁷ U Savetu nacionalnih manjina zastupljene su sledeće manjinske organizacije: Udruženje Albanske lige u Rumuniji, Savez Jermena u Rumuniji, Udruženje Makedonaca u Rumuniji, Hrvatski savez u Rumuniji, Kulturni savez Rusina u Rumuniji, Grčki savez Rumunije, Federacija jevrejskih zajednica u Rumuniji, Demokratski forum Nemaca u Rumuniji, Demokratski savez Slovaka i Čeha u Rumuniji, Demokratski savez turskih-muslimanskih Tatara u Rumuniji, Italijansko udruženje u Rumuniji RO.AS.IT, Savez Poljaka iz Rumunije, Demokratski savez Mađara iz Rumunije, Rusko-Lipovenska zajednica u Rumuniji, Turski demokratski savez u Rumuniji, Savez Srba u Rumuniji, Savez Ukrajinaca u Rumuniji (vid. veb-prezentacija DRI).

Književni život, godišnjake *Banatski almanah* i *Ishodište*, kao i dvojezični srpsko-rumunski časopis *Ogledalo – Oglinda* koji izdaje u saradnji s Kulturno-prosvetnom zajednicom opštine Sečanj, Društvom za rumunski jezik Vojvodine i Temišvarskim udruženjem Saveza pisaca Rumunije. Na regionalnoj TV Temišvar emituje se emisija na srpskom jeziku *Srpski vidici* u trajanju od 20 minuta nedeljno, s repriznim terminom, mada srpska zajednica traži da se ovoj emisiji dodeli povoljniji vremenski termin, poveća minutaža na jedan sat programa nedeljno i da se domet TV signala, odnosno mogućnost prijema tog signala, proširi na celu teritoriju na kojoj žive pripadnici srpske zajednice. Na srpskom jeziku svakodnevno se emituje jednočasovna emisija na Radio Temišvaru i 24-časovni program na Radiju *Banat Link* u okviru nevladine organizacije Centar za srpsko-rumunski razvoj.

Na nivou univerzitetskog obrazovanja, srpski jezik i književnost izučavaju se na Katedri za slovenske jezike i književnost na Fakultetu za strane jezike i književnost Univerziteta u Bukureštu i Katedri za slovenske jezike na Filološkom, Istorijskom i Teološkom fakultetu Zapadnog univerziteta u Temišvaru.

Međutim, službena upotreba srpskog jezika, zapošljavanje pripadnika srpske zajednice u lokalnoj administraciji i osnovno i srednje obrazovanje na srpskom jeziku su domeni u kojima se manjinska prava nepotpuno primenjuju i samo se delimično ostvaruju u skladu sa zakonskim rešenjima. Srpski jezik i ćiriličko pismo su u službenoj upotrebi u 309 lokaliteta u četiri županije u zapadnom delu Rumunije (Arad, Timiš, Karaš Severin i Mehedinci) i u tri lokalna saveta, ali se, suprotno zakonskoj odredbi, ne koriste u svim lokalnim institucijama u administrativnim jedinicama u kojima su zadovoljeni zakonom propisani uslovi, ne izdaju se zvanični dokumenti niti se dobijaju odgovori na srpskom jeziku. Neophodno je da se ovaj segment manjinskih prava dalje unapredi, na šta ukazuje i preporuka Međuvladine mešovite komisije Republike Srbije i Rumunije za nacionalne manjine u kojoj se „predlaže dvema stranama da [...] obezbede [...] uslove za dosledno ostvarivanje prava na službenu upotrebu rumunskog, odnosno srpskog jezika i pisma u opštenju sa organima javne vlasti, uključujući i pravosudne organe“ (Zapisnik s Druge sednice Međuvladine mešovite komisije Republike Srbije i Rumunije za nacionalne manjine, 2011, p. 7). Takođe, nazivi naseljenih mesta u kojima 20% stanovništva pripada određenoj nacionalnoj manjini treba da budu ispisani i na jeziku te manjine. Od 3181 opštine u Rumuniji, navedeni prag je ispunjen u četiri opštine nastanjene Srbima (CoE ACFC Opinion IV, 2017, p.26), ali su u 90% slučajeva zahtevi za dvojezične natpise rešeni samo na ulazu i izlazu iz mesta, ali ne i u ispisivanju naziva ustanova kao što su opštine, škole, policija, domovi zdravlja, biblioteke i sl. Na potrebu da se u Rumuniji nazivi institucija ispisuju i na srpskom jeziku ukazuje se u Zapisniku s Druge sednice Međuvladine mešovite komisije za manjine, 2011, p. 8.

Prema podacima Ministarstva unutrašnjih poslova Rumunije, na nacionalnom nivou 113 etničkih Srba je zaposleno u administraciji (policija, prefektura, saveti županija, opštine, decentralizovane institucije itd.). Ovaj broj bi trebalo da bude veći a na to upućuje i stav Međuvladine mešovite komisije za manjine da je korisno zapošljavanje pripadnika srpske nacionalne manjine u Rumunije i rumunske u Srbiji u okviru jedinica lokalne samouprave, policije i uprave carina (Zapisnik s Druge sednice Međuvladine mešovite komisije za manjine, 2011, p. 6).

Iako je pitanjima manjinskog obrazovanja u rumunskom zakonodavstvu data značajna pažnja, to je sfera u kojoj se srpska zajednica suočava s najvećim problemima. Poslednjih godina izražena je tendencija gašenja škola s nastavom na srpskom jeziku, pre svega kao posledica procesa racionalizacije, zbog malog broja učenika. Savetodavni komitet Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina ukazuje da je, na nivou osnovnog i srednjeg obrazovanja, nastavu na srpskom jeziku u školskoj 2013/2014. godini pratio 161 učenik u preostalim šest četvorogodišnjih i jednoj osmogodišnjoj osnovnoj školi, kao i gimnaziji *Dositaj Obradović* u Temišvaru (CoE ACFC Opinion IV, 2017, p. 34). Savez Srba u Rumuniji traži od nadležnih rumunskih vlasti da se očuvaju postojeće škole s nastavom na srpskom jeziku, a i Međuvladina mešovita komisija za nacionalne manjine ukazuje na potrebu „da se prilikom racionalizacije mreže škola dosledno štite prava lica pripadnika manjina, prvenstveno pravo na obrazovanje na maternjem jeziku“ te preporučuje srpskoj i rumunskoj strani da, u skladu s načelom pozitivne diskriminacije, „i dalje primenjuju odredbe u svojim zakonodavstvima koje obezbeđuju obrazovanje na rumunskom, odnosno srpskom jeziku, za učenike pripadnike nacionalnih manjina čak i ako je njihov broj u jednom razredu manji od broja koji je zakonom predviđen za učenike pripadnike većinskog stanovništva“ (Zapisnik s Druge sednice Međuvladine mešovite komisije Republike Srbije i Rumunije za nacionalne manjine, 2011, p. 8). Inače, zbog nepostojanosti ili ukidanja srpskih škola, Savez Srba u Rumuniji je pokrenuo projekat za organizovano učenje maternjeg jezika.

Relativno povoljan položaj srpske zajednice je, pored pozitivnog odnosa Rumunije prema pitanjima nacionalnih manjina i dobrih rešenja na zakonodavnom planu, rezultat i njene sadržajne, intenzivne, osmišljene i raznovrsne aktivnosti, koja se ostvaruje uz rukovodeću ulogu Saveza Srba u Rumuniji, a usmerena je na što bolje političko pozicioniranje predstavnika srpske manjine, na afirmisanje nacionalnog i etničkog identiteta, očuvanje obrazovanja i informisanja na srpskom jeziku, valorizovanje srpskih kulturnih vrednosti, nastojanje da se očuva bogato srpsko kulturno-istorijsko nasleđe itd.

Kada je reč o političkoj aktivnosti, Srbi su na lokalnim izborima održanim 4. juna 2016. godine osvojili odbornička mesta u 14 izbornih jedinica i, između ostalog, dobili svog odbornika u lokalnoj vlasti u Temišvaru, što ima nesumnjivi značaj budući da učestvovanje u lokalnoj vlasti daje mogućnost da se utiče na kvalitet života u srpskoj zajednici i poboljša položaj njenih pripadnika. Pored toga, u rumunskom Parlamentu je 6. septembra 2016. godine izglasan Zakon br. 177/2016 kojim je 21. novembar ustanovljen kao Dan srpskog jezika u Rumuniji, a na osnovu zakona usvojenog 10. aprila 2019. godine, 27. januar, Dan Svetog Save, postao je u Rumuniji zvanični praznik. Oba zakona su doneta na inicijativu Saveza Srba u Rumuniji, odnosno srpskog poslanika u Parlamentu. Treba, takođe, pomenuti da je počasni predsednik Saveza Srba i poslanik u više mandata dr Slavomir Gvozdenović inicirao, u okviru manjinske poslaničke grupe, desetak zakonskih projekata koji se tiču problematike nacionalnih manjina, kao što su, na primer, Izmene i dopune Zakona o obeštećenju rumunskih građana deportovanih u Baragan među kojima je procentualno bilo najviše Srba.

Sadašnjem statusu srpske zajednice u Rumuniji pogoduje i duga tradicija dobrih bilateralnih odnosa Republike Srbije (kao i država prethodnica SFRJ, SRJ) i Rumunije između kojih kroz istoriju nije bilo direktnog oružanog sukoba, a odnosi se mogu kvalifikovati kao „model dobrosusedstva“.⁸ Srbija i Rumunija su međusobno zaključile 119 bilateralnih sporazuma, a posebnu važnost ima Sporazum o odnosima prijateljstva, dobrosusedstva i saradnje, potpisan 1996, a dorađen 2002. godine (*Nacionalne manjine u odnosu sa susedima*, 2017, p. 36). Dobri i prijateljski odnosi potvrđuju se redovnim i sadržajnim političkim dijalogom na visokom i najvišem nivou, intenzivnom saradnjom u različitim oblastima (trgovinska razmena, energetika, saobraćajna infrastruktura, prekogranična saradnja i dr.), činjenicom da Rumunija nije priznala jednostrano proglašenu nezavisnost Kosova niti je glasala za njegovo članstvo u Unesku (uzdržana) i Interpolu (glasala protiv), rumunskom podrškom procesu evrointegracije Srbije itd.

Ključni bilateralni mehanizam za rešavanje manjinskih pitanja između Srbije i Rumunije, a time i za dalje unapređenje položaja srpske zajednice u Rumuniji, jeste Međuvladina mešovita komisija za nacionalne manjine koja je formirana na osnovu prethodno zaključenog bilateralnog sporazuma o zaštiti manjina (Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Savezne vlade Savezne Republike Jugoslavije i Vlade Rumunije o saradnji u oblasti zaštite nacionalnih manjina, 2004). Jedan od važnih preduslova za uspešnost rada Komisije, a time i za dalje unapređenje položaja srpske zajednice u Rumuniji, jeste stepen ispunjenja preporuka koje Komisija upućuje obema stranama i redovnost u njenom radu koja, prema bilateralnom sporazumu o zaštiti manjina, podrazumeva sastanke najmanje jednom godišnje, kako je predviđeno u čl. 11 navedenog sporazuma. Rad Mešovite komisije za manjine je, međutim, u velikom zastoju, a sednice se ne održavaju već više od osam godina.

6. Zaključak

Položaj Srba u Rumuniji, stepen garantovanja njihovih manjinskih prava i mesto koje oni imaju u društvu relativno su zadovoljavajući, znatno povoljniji u poređenju s većinom zemalja okruženja. U Rumuniji se značajna pažnja pridaje nacionalnim manjinama, a postojeća zakonska rešenja čine da rumunsko zakonodavstvo u ovoj oblasti dostiže visok nivo standarda u evropskim razmerama. Ono je saobraženo osnovnim postulatima ključnih međunarodnih dokumenata o poštovanju prava nacionalnih manjina, pre svega Okvirnoj konvenciji Saveta Evrope za zaštitu nacionalnih manjina i Evropskoj povelji o regionalnim i manjinskim jezicima, i odgovara njihovom duhu i slovu. Na to, između ostalog, ukazuju rešenja za predstavljanje nacionalnih manjina u rumunskom parlamentu i njihovo učešće u političkom životu, upotreba manjinskih jezika u lokalnim administrativno-teritorijalnim jedinicama, u oblasti pravosuđa, policije i dr., zapošljavanje pripadnika nacionalnih manjina u lokalnoj administraciji, školovanje na manjinskim jezicima, počev od osnovnog do univerzitetskog obrazovanja, postojanje i

⁸ Diplomatski odnosi uspostavljeni su aprila 1879. godine nakon što su na Berlinskom kongresu 13. jula 1878. obe zemlje priznate kao suverene države.

značaj institucija u čijoj su nadležnosti pitanja nacionalnih manjina itd.

Srpska zajednica u Rumuniji ostvaruje širok opseg manjinskih prava – pravo na učešće u političkom životu, parlamentarna zastupljenost, informisanje i univerzitetsko obrazovanje na srpskom jeziku i druga – i, u celini gledano, nije diskriminisana na nacionalnoj ili verskoj osnovi. Njen generalno dobar status je, pored postojećih zakonskih rešenja, rezultat sadržajne, dobro osmišljene aktivnosti Saveza Srba u Rumuniji, kao krovne organizacije srpske nacionalne manjine, a povoljan okvir svakako predstavljaju i tradicionalno dobri bilateralni odnosi između Srbije i Rumunije.

Činjenica je, međutim, da se u pojedinim oblastima, kao što su pravo na negovanje srpskog jezika i ćirilčkog pisma, pravo na osnovno i srednje obrazovanje na srpskom jeziku, uz tendenciju gašenja srpskih škola, suprotno principu pozitivne diskriminacije, pravo na službenu upotrebu srpskog jezika i slično, ne ostvaruju u potpunosti manjinska prava koja su predviđena zakonom. Njihovom većem poštovanju, koje bi vodilo daljem unapređenju položaja srpske nacionalne manjine u Rumuniji, može, pre svega, da doprinese Savez Srba u Rumuniji svojom aktivnošću, ali i veća i zapaženija uloga matice u okviru bilateralnih mehanizama za rešavanje manjinskih pitanja.

Od sadejstva ova dva činioca – aktivizma krovne organizacije srpske manjine i posvećenosti nadležnih institucija u matici problemima i zahtevima Srba u Rumuniji – zavisice i perspektiva srpske zajednice koju, međutim, treba sagledavati i kroz prizmu nepovoljne tendencije smanjenja njene brojnosti, što je ozbiljan izazov s kojim se ona dugoročno suočava, a koji može da dovede do postepene marginalizacije mesta koje srpska nacionalna manjina ima u rumunskom društvu.

Literatura

Đurđević, N. (ur.). 2017. *Nacionalne manjine u odnosu Srbije sa susedima*. Forum za etničke odnose: Beograd.

Naša reč. 2019. Nedeljnik Saveza Srba u Rumuniji, 1525, 17. maj 2019. Dostupno na: <https://en.calameo.com/read/002284784686c19bf2d17>, (21.9.2019).

Pravni izvori

Savet Evrope

CoE, ETS No. 157, 1995. Framework Convention for the Protection of National Minorities, drawn up within the Council of Europe by Ad Hoc Committee for the Protection of National Minorities (CAHMIN) under the authority of the Committee of Ministers, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 10 November 1994 and opened for signature by the member States of the Council of Europe on 1 February 1995. Dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cdac> (3. 9. 2019).

CoE, ETS No. 148, 1992. The European Charter for Regional or Minority Languages

Charter, drawn up on the basis of a text put forward by the Standing Conference of Local and Regional Authorities of Europe, adopted as a convention on 25 June 1992 by the Committee of Ministers of the Council of Europe, and opened for signature in Strasbourg on 5 November 1992. It entered into force on 1 March 1998. On 28 November 2018, the Ministers' Deputies adopted changes to be made in the operation of the Charter's monitoring mechanism with a view to strengthening it. These entered into force on 1 July 2019. Dostupno na: <https://rm.coe.int/168007bf4b>, (3. 9. 2019).

CoE ACFC Opinion IV, 2017. Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, *Fourth Opinion on Romania* - adopted on 22 June 2017, published on 16 February. 2018ACFC/OP/IV(2017)005. Dostupno na: <https://rm.coe.int/fourth-opinion-on-romania-adopted-on-22-june-2017/168078af76>, (3. 9. 2019).

Rumunija

Ustav Rumunije. 1991. Constituției României (*Monitorul Oficial al României – M. Of.*, Partea I, Nr. 233 od 21. novembra 1991. godine), potvrđen na nacionalnom referendumu 8. decembra 1991, sa izmenama izglasanim na referendumu 18–19. oktobra 2003, potvrđenim Ustavnim zakonom o izmenama Ustava Rumunije od 29. oktobra 2003. godine (Legea de revizuire a Constituției României Nr. 429/2003, *M. Of.*, Partea I, Nr. 758).

Departamentul pentru Relatii Interetnice – DRI. [Odeljenje za međuetničke odnose]. Consiliul minoritatilor nationale, Guvernul Romaniei, Departamentul pentru Relatii Interetnice, Atributii. Dostupno na: <http://www.dri.gov.ro/consiliul-minoritatilor-nationale/>, (15. 9. 2019).

Legea administrației publice locale nr. 215/2001 – modificări, (*M. Of.*, nr. 123, 20 2. 2007.), O.U.G. nr. 40/2019 (*M. Of.* nr. 446, 4. 6. 2019.). Dostupno na: <http://revista.universuljuridic.ro/legea-administratiei-publice-locale-nr-2152001-modificari-oug-nr-402019/> (10. 9. 2019).

Legea educației naționale nr. 1/2011, *M. Of.* Partea I, nr. 18, 10. 1. 2011. (sa kasnijim izmenama, zaključno sa 21. julom 2019). Prečišćen tekst dostupan na https://edu.ro/sites/default/files/_fi%C8%99iere/Legislatie/2019/Legea%20nr%201%20Educatiei%20Nationale%20actualizata%202019.pdf (10. 9. 2019).

Bilateralni ugovori i zakoni Republike Srbije

Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Savezne vlade Savezne Republike Jugoslavije i Vlade Rumunije o saradnji u oblasti zaštite nacionalnih manjina, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 14/2004.

Zapisnik sa Druge sednice Međuvladine mešovite komisije Republike Srbije i Rumunije za nacionalne manjine, 2011. Sednica održana 16. 11. 2011. godine. Arh. broj 9157/12 D-157/12, 24. 1. 2013. Dostupno na: <https://ljudskaprava.gov.rs/>

sites/default/files/dokument_file/1._zapisnik_sa_druge_sednice_-_rumunija.pdf i na: <http://fer.org.rs/wp-content/uploads/2018/03/Zapisnik-II-sednica-MMK-16.11.2011.pdf> (25. 9. 2019).

Zakon o dijaspori i Srbima u regionu, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2009.

Dragomir Đ. Radenković, PhD

Former Diplomat

Serbian Foreign Policy Circle, Belgrade, Serbia

e-mail: dragomir.radenkovic@yahoo.com

STATUS AND RIGHTS OF SERBS IN ROMANIA – LEGISLATIVE SOLUTIONS AND THEIR APPLICATION

Summary

The issue of minority rights of Serbs in Romania is important for the preservation of their national identity, presenting at the same time one of the essential dimensions of bilateral relations. The paper analyzes the relationship of Romania towards national minorities in the sphere of legislation and reviews the profile and scope of basic state institutions responsible for questions concerning the status and rights of national minorities. The author points that relatively satisfactory status of the Serbian community, better than in other countries in the region, has its origin in a good legal basis and the fact that Romania significantly adheres to key international documents in this field. The paper examines the extent to which the solutions of minority legislation are applied in practice when it comes to the rights of the Serbian community and concludes that those in some areas of real life are not fully respected. This indicates the need for further improvement of the position of the Serbian minority, requiring active role of the Union of Serbs in Romania, as its umbrella organization, but also the relevant authorities of the Republic of Serbia within the framework of the existing bilateral mechanisms.

Keywords: Serbian minority, Romania, minority legislation, minority rights, national identity, Union of Serbs in Romania.

Primljeno: 8.10.2019.

Prihvaćeno: 30.6.2020.

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 (literaturu 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 (Čolović, 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 najpravilnije 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 zagrada, 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:

Čeranić *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 (Čirić, 2004a, p. 70).

...Pored „tvrdé“, ne bismo smeli da zaboravimo „meku moć“ ... (Čirić, 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 skraćnicu. 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. Skraćnice 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)...

Acti 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: Ćirić, J. (ur.), *Uvod u pravo SAD*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 49-70. Dostupno na: <http://iup.rs/wp-content/uploads/2017/10/Uvod-u-pravo-SAD.pdf> (18. 1. 2019).

7. Članak dostupan na internetu koji nema naznačenog autora

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

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

8. Spisak korišćenih pravnih izvora i izvora sudske prakse

Popisuju se nazivi zakona i drugih propisa korišćenih u radu, sa brojevima službenih glasila u kojima su objavljeni ili podacima o elektronskim izvorima sa kojih su preuzeti. U slučaju potrebe, razdvajaju se domaći od stranih propisa (u podnaslovima se navodi na koju se državu propisi odnose). Propisi se navode prema hijerarhiji citiranih pravnih akata (od Ustava, preko zakona do uredbi i pojedinačnih akata). Ako se navodi više akata iste pravne snage, koristi se abecedni red. 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 Pravidnika 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).