

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

STRANI PRAVNI ŽIVOT

FOREIGN LEGAL LIFE

ISSN 0039 2138

UDK 34

Beograd, 2023/ Broj 3/ Godina LXVII



1956. BEOGRAD

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

UDK 34

ISSN 0039 2138

ISSN (online) 2620 1127

STRANI PRAVNI ŽIVOT

Beograd, 2023/ Broj 3/ Godina LXVII

Izdavač/ Publisher
INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO/ INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW
Terazije 41, 11000 Beograd, Srbija, tel. + 381 11 32 33 213

Za izdavača/ For the Publisher
Prof. dr VLADIMIR ČOLOVIĆ

Izdavački savet/ Advisory Board

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

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

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

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/ Deputy of editor in chief

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

Tehnički urednik/ Technical editor

JOVANA MISAILOVIĆ, Institute of Comparative Law, Serbia

Uređivački odbor/ Editorial board

Članovi iz reda nacionalne naučne javnosti/ National members

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

Članovi iz reda inostrane naučne javnosti/ Foreign members

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

Sekretar redakcije/ Secretary of Editorial board

IVA TOŠIĆ, Institute of Comparative Law, Serbia

Lektura/ Proof reading

SVETLANA STOJKOVIĆ

Štampa/ Print

JP Službeni glasnik, Beograd

Tiraž/ Circulation

100 primeraka/ 100 copies

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

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

Adresa uredništva/ Address of the Editorial Board

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

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

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
STRANI PRAVNI ŽIVOT

Broj 3

Godina LXVII

jul-septembar 2023.

SADRŽAJ/TABLE OF CONTENTS

ČLANCI/ARTICLES

*Sanja I. Jelisavac Trošić**Jelica B. Gordanić***PRIZNANJE PRAVA NA PRISTUP INTERNETU****KAO SAMOSTALNOG LJUDSKOG PRAVA****- POTENCIJAL I PREPREKE375**

THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO INTERNET ACCESS

AS AN INDEPENDENT HUMAN RIGHT

- THE POTENTIAL AND OBSTACLES

*Oliver P. Nikolić***ISTOPOLNI BRAK - KAKO JE SVE POČELO U SAD 395**

SAME-SEX MARRIAGE - HOW IT ALL BEGAN IN THE USA

*Savo D. Manojlović***POLITIČKE STRANKE****U SAVREMENOJ DEMOKRATIJI - POJAM I ELEMENTI 409**

POLITICAL PARTIES

IN MODERN DEMOCRACY

- TERM AND ELEMENTS

*Vasilije V. Marković***ELEKTRONSKO GLASANJE - TROJANSKI KONJ****ILI DEUS EX MACHINA U SAVREMENIM DEMOKRATIJAMA?427**E-VOTING - TROJAN HORSE OR *DEUS EX MACHINA*

IN CONTEMPORARY DEMOCRACIES?

*Miloš G. Babović***UPOREDNOPRAVNI REGULATORNI ODGOVORI****NA IZAZOVE DIGITALNE IMOVINE447**

COMPARATIVE LEGAL REGULATORY RESPONSES

TO THE CHALLENGES OF THE DIGITAL ASSETS

Uroš I. Zdravković

MATERIJALNOPRAVNI USLOVI ZA RASKID UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE OD STRANE KUPCA	471
SUBSTANTIVE CONDITIONS FOR AVOIDANCE OF CONTRACT ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS BY THE BUYER	

Iva S. Tošić

ODNOS FUNKCIJE PRAĆENJA USKLAĐENOSTI POSLOVANJA I PRAVNOG ODELJENJA OSIGURAVAJUĆEG DRUŠTVA U SVETLU ODREDABA DIREKTIVE SOLVENTNOST II	491
THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPLIANCE FUNCTION AND LEGAL DEPARTMENT OF THE INSURANCE COMPANY IN THE LIGHT OF THE SOLVENCY II DIRECTIVE	

Filip M. Živanović

SPECIFIČNOSTI OSIGURANJA U OKVIRU FIDIC-OVE „CRVENE KNJIGE” – USLOVI UGOVARANJA ZA GRAĐEVINSKE I OSTALE TEHNIČKE RADOVE PO PROJEKTU NARUČIOCA (IZDANJE IZ 1999. GODINE)	507
INSURANCE SPECIFICS WITHIN THE FIDIC “RED BOOK” – CONDITIONS OF CONTRACT FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER (1ST ED. 1999)	

Sanja N. Stojković Zlatanović

Ranko P. Sovilj

DUŽNOST LOJALNOSTI I INSTITUT (ANTI)KONKURENCIJE U RADNOM I KOMPANIJSKOM PRAVU	523
DUTY OF LOYALTY AND INSTITUTE OF (ANTI)COMPETITION IN LABOUR AND COMPANY LAW	

Marija M. Molović

PRILIKA ZA RAVNOPRAVNOST: ANALIZA KVOTA ZA ZAPOŠLJAVANJE OSOBA SA INVALIDITETOM U SRBIJI I DRŽAVAMA REGIONA	551
OPPORTUNITY FOR EQUALITY: ANALYSIS OF QUOTAS FOR EMPLOYMENT OF PERSONS WITH DISABILITIES IN SERBIA AND COUNTRIES OF THE REGION	
UPUTSTVO AUTORIMA	567

**PRIZNANJE PRAVA NA PRISTUP INTERNETU
KAO SAMOSTALNOG LJUDSKOG PRAVA
– POTENCIJALI I PREPREKE*****

Sažetak

Internet se pokazao kao značajno sredstvo za olakšanje svakodnevnih životnih aktivnosti, ali i mehanizam koji omogućava efikasnije uživanje mnogih ljudskih prava. Pandemija kovida 19 ukazala je na neophodnost interneta i otvorila pitanje o mogućem priznanju prava na pristup internetu kao samostalnog ljudskog prava. Autorke ispituju prirodu interneta, njegov značaj u svakodnevnom životu ljudi, kao i blizak odnos sa drugim ljudskim pravima, posebno pravom na slobodu izražavanja i pravom na slobodu udruživanja. Pored mnogobrojnih prednosti koje pristup internetu donosi, ukazuje se i na nedostatke interneta, posebno u domenu autorskih prava i govora mržnje. Kao najvažnije prepreke na putu priznanja prava na pristup internetu kao samostalnog ljudskog prava identifikuju se nedostatak političke volje država, nedovoljno jasna priroda prava na pristup internetu i njegovo shvaćanje kao pomoćnog sredstva kojim se mogu ostvariti druga ljudska prava. U radu se zaključuje da pitanje prava na pristup internetu kao ljudskog prava ne treba biti olako odbačeno od strane međunarodne zajednice, imajuću u vidu njegove potencijale koji su posebno došli do izražaja za vreme pandemije i u drugim vanrednim situacijama.

Ključne reči: internet, ljudska prava, pandemija kovida 19, pravo na slobodu izražavanja, pravo na slobodu udruživanja.

* Doktor ekonomskih nauka, viši naučni saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, Srbija. E-mail: sanja@diplomacy.bg.ac.rs
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0949-7052>

** Doktor pravnih nauka, naučni saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd. E-mail: jelica@diplomacy.bg.ac.rs
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8364-7405>

*** Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta „Srbija i izazovi u međunarodnim odnosima 2023. godine”, koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije, a realizuje Institut za međunarodnu politiku i privredu tokom 2023. godine.

THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO INTERNET ACCESS AS AN INDEPENDENT HUMAN RIGHT – POTENTIALS AND OBSTACLES

Summary

The existence of the Internet had made a truly revolution in people's lives. The Internet has proven to be an important tool for facilitating everyday activities. It had also proven to be a mechanism that enables the more efficient enjoyment of numerous human rights. The Covid-19 pandemic indicated the necessity of the Internet and raised the question of the possible recognition of the right to Internet access as an independent human right. The authors examine the nature of Internet and its close relationship with other human rights, particularly the right to freedom of thought and expression and the right to freedom of association. The authors identified the lack of political will of the states, the insufficiently clear nature of the right to Internet access and its perception as an auxiliary means by which other human rights can be realized as the main obstacles regarding the recognition of Internet access as an independent human right. The paper concludes that the issue of the right to Internet access as a human right should not be dismissed by the international community, bearing in mind its potential during the pandemic and other emergency situations.

Keywords: the Internet, human rights, Covid-19 pandemic, right to freedom of expression, right to freedom of association.

1. Uvod

Pojava interneta je donela revoluciju u način na koji ljudi komuniciraju, posluju, provode slobodno vreme, edukuju se, bave sportom, putuju, informišu se i u mnoge druge aktivnosti. U poslovnom svetu internet je omogućio bržu i bolju komunikaciju, prodaju, snabdevanje, distribuciju, čak i proizvodnju po narudžbini, što je približilo kupca i prodavca i omogućilo brže zadovoljenje potrošačkih potreba, kao i brže ostvarenje profita. Kupovina preko interneta je postala osim najbržeg i najjeftiniji način kupovine nekog proizvoda, kao i najprofitabilniji oblik trgovine zbog niskih troškova i jednostavnosti (Randelović, 2017, p. 13).

Internet i digitalizacija uopšte doveli su do promena u poslovanju, omogućili širenje tržišta, privredni rast, zapošljavanje i rast inovacija, što direktno utiče na konkurentnost nacionalnih privreda. Jedan od preduslova za fer borbu na tržištu je i adekvatan pravni okvir koji prati savremene tržišne trendove (Gongeta, 2020, p. 66). Primena elektronskih komunikacija koje koriste internet, posebno u

službi kompanijskog prava, pruža mnogo mogućnosti, od davanja elektronskog punomoćja, preko učešća na sednicama elektronskim putem, glasanja, do informisanja o radu itd. Naravno, potrebno je i uspostaviti balans na način da se koriste sve prednosti interneta, a da se istovremeno umanje svi potencijalni negativni efekti ovakvog načina rada (Višekruna, 2015, p. 501).

Internet je globalna komunikacijska kompjuterska mreža, koja je nastala pre samo tridesetak godina. Broj korisnika interneta na globalnom nivou je stalno u porastu. Prema podacima za 2022. godinu, u svetu je oko 4,95 milijardi korisnika interneta ili 62,5% ukupne svetske populacije. Rast korisnika interneta je četiri puta veći od rasta broja stanovnika. Osim toga, prosečna osoba provodi sve više vremena na internetu, tako da, prema podacima za 2022. godinu, prosečan korisnik interneta provodi 7 sati dnevno na internetu, na bilo kom uređaju (kompjuteru, tabletu, mobilnom, i dr.). Tako da, ako recimo spava oko 7 do 8 sati, prosečan korisnik interneta provodi dok je budan 40% vremena onlajn (Nedeljković, 2023). Uočena je takođe tendencija da će se sve više novca trošiti na oglase i kampanje na internet platformama. Zanimljiv je i podatak da je promet putem elektronske trgovine 2022. godine povećan za blizu 10% u odnosu na 2021. godinu, pa će se ovaj trend nastaviti i narednih godina. Do 2026. godine očekuje se promet od oko 8 milijardi dolara i stanovnici Kine će biti najveći potrošači preko interneta (Pašćan, 2023).

Poslednjih desetak godina pojačano je interesovanje pravne nauke za internet. Jedan od najvažnijih aspekata njegovog izučavanja je ispitivanje da li internet ima potencijal da postane samostalno ljudsko pravo. Posmatra se i kao sredstvo koje može omogućiti veću jednakost među ljudima. Teoretičari ispituju vezu interneta i ljudskih prava, kao i značaj koji internet ima u realizaciji priznatih ljudskih prava. Velika pažnja se posvećuje i sajber bezbednosti, kao i pitanjima sajber kriminala. Sa početkom pandemije kovida 19, pažnja je skrenuta na značaj interneta u olakšavanju posledica pandemije.¹

Postojanje interneta i njegova uloga otvaraju mnoga pitanja. Da li su postojeća legislativna rešenja odgovarajuća i da li mogu obuhvatiti i promene koje sa sobom nosi postojanje interneta? Kakva je veza interneta i ljudskih prava? Da li

¹ O najvažnijim aspektima prava na pristup internetu vid. detaljnije: Wagner, B., Vieth, K. & Kettemann, M. C. (eds.). 2019. *Research Handbook on Human Rights and Digital Technology*. Cheltenham, UK, Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing; Lucena Cid, I. V. 2014. The Right of Access to Internet and the Strengthening of Democracy. *Revista Internacional de Pensamiento*, 9, pp. 383-398; Liu, H. & Yan. Y. 2016. Interpretation of the Concept of the Right to Internet Access from the Perspective of International Law, *Journal of Human Rights*, 15(2), pp. 140-153; Frosini, T. E. 2013. Access to Internet as a Fundamental Right, *Italian Journal of Public Law*, 5(2), pp. 226-234; Wang, X. 2013. Time to Think about Human Right to the Internet Access: A Beitz's Approach, *Journal of Politics and Law*, 6(3), pp. 67-77.

internet, usled svoje bliske veze sa ljudskim pravima, predstavlja samo sredstvo za efikasnije uživanje ljudskih prava ili ima kapacitete da postane samostalno ljudsko pravo? Koje su najvažnije prepreke koje stoje na putu globalnog priznanja prava na pristup internetu kao ljudskog prava? Ovo su neke od najvažnijih dilema u pogledu interneta koje će autorke razmotriti.

2. Internet i četvrta generacija ljudskih prava

Jedno od najvećih dostignuća pravne nauke je uspostavljanje i uobličavanje koncepta ljudskih prava. U obliku u kojem ih danas definišemo i prepoznajemo, ljudska prava su koncept novog doba. Prešla su dugačak put od pominjanja u pojedinim srednjovekovnim dokumentima poput Magna Carta Libertatum, Peticije o pravima, Deklaracije prava čoveka i građanina, američke Deklaracije nezavisnosti da bi dosegli do jedne od najvažnijih karakteristika demokratskog društva (Cornesku, 2009, p. 2).

Ljudska prava se tradicionalno dele na dve velike kategorije: građanska i politička prava (regulisana Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima) i ekonomska, socijalna i kulturna prava koje razrađuje Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine. Ljudska prava su dinamična kategorija, podložna razvoju. Lista ljudskih prava nije konačna. Nakon uspostavljanja prve i druge generacije ljudskih prava, razvojem novih grana prava i skretanjem pažnje na neregulisana pitanja, sedamdesetih godina XX veka definiše se novi krug prava koje teoretičari klasifikuju kao treću generaciju ljudskih prava. Na ovom mestu treba navesti pravo naroda na samoopredeljenje, pravo na zdravu životnu sredinu, pravo na učešće u kulturnom nasleđu, pravo na prirodne resurse, pravo na komunikaciju i druga prava. Ova prava su regulisana važnim aktima međunarodnog prava poput Stokholmske deklaracije iz 1972. godine i Deklaracije iz Rija o životnoj sredini i razvoju (Kolednjak & Šantalab, 2013, pp. 324-325).

Tehnologija ima sve veći značaj u životu ljudi, te se brojne aktivnosti sele iz realnog u virtuelni svet. Najveći doprinos ovim tendencijama dali su internet i digitalne tehnologije. U teorijskim krugovima se sve intenzivnije govori o pojavi nove, četvrte generacije ljudskih prava. Teoretičari smatraju da se u četvrtu generaciju ljudskih prava, koja je još uvek *in statu nascendi*, mogu klasifikovati i ljudska prava povezana sa digitalnim tehnologijama koja imaju za cilj obezbeđenje slobodnog pristupa korišćenju, stvaranju i objavljivanju digitalnih dela. U ovu grupu spada i pravo pristupa korišćenju elektronskih uređaja i komunikacionih mreža, uključujući internet (Perepolkin *et al.*, 2021, p. 94). Svrha četvrte

generacije ljudskih prava treba da bude i „zaštita ljudskog života u prisustvu novih oblika inteligencije” (Risse, 2021, p. 3). Kao potencijalna prava direktno povezana sa internetom i digitalnim tehnologijama mogu se izdvojiti pravo na korišćenje virtualne stvarnosti, pravo na pristup internetu, pravo na slobodnu komunikaciju i izražavanje mišljenja na internetu, kao i pravo na privatnost ličnih podataka (Perepolkin *et al.*, 2021, p. 94). Imajući u vidu da je još uvek u fazi nastanka i da ne postoji jasna saglasnost teoretičara oko ovog pitanja, lista četvrte generacije ljudskih prava još nije konačna. Tehnologija se ubrzano razvija, te se vrlo lako mogu pojaviti nova tehnološka dostignuća koja će imati uticaj na ljudska prava, što će obogatiti potencijalnu kategoriju četvrte generacije ljudskih prava.

Pravo na pristup internetu istaklo se kao jedno od najvažnijih prava iz potencijalne četvrte generacije ljudskih prava, kao „osnovno ljudsko pravo u godinama koje dolaze” (Woodroffe, 2020). Pristup internetu inicijalno je smatran za luksuznu kategoriju, dostupnu poslovnim ljudima i ekonomski razvijenim domaćinstvima. Ubrzanim razvojem tehnologije, situacija u pogledu dostupnosti interneta i broja korisnika se značajno menja. Prema podacima iz aprila 2023. godine, u državama visokog ekonomskog standarda, poput Norveške, Saudijske Arabije i Ujedinjenih Arapskih Emirata, 99% stanovništva koristi internet. Najveći broj korisnika interneta, preko 2,93 milijarde, zabeležen je na azijskom kontinentu. Na drugom mestu je Evropa, sa oko 750 miliona korisnika interneta (Petrosyan, 2023).

Imajući u vidu brzu transformaciju koju je internet uneo u živote ljudi, njegov položaj u međunarodnom pravu je pitanje koje otvara brojne dileme.

3. Internet i međunarodno pravo – dileme i nedoumice

Pravo na internet, a posebno njegova bliska veza s ljudskim pravima, donela je veći broj principa, deklaracija i povelja o pravima na internetu. Sloboda izražavanja na internetu i ljudska prava bili su tema međunarodnih organizacija i raznih drugih zainteresovanih tela. Rezultati su veoma različiti, od „razmatranja osnovnih principa kao u brazilskim Načelima vladavine i korišćenja interneta iz 2009. godine, Načela globalne mrežne inicijative iz 2008. godine ili Načela vladavine internetom Saveta Evrope iz 2011. godine, pa sve do obimnijih dokumenata koji ciljaju ka razradi i primeni prava kao što je Povelja o pravima na internetu Asocijacije za progresivne komunikacije (APC) iz 2006. godine, ili Povelja o ljudskim pravima i načelima na internetu iz 2010. godine”. Povelja o ljudskim pravima i načelima na internetu, koju je razvila Dinamička koalicija za prava i načela na internetu (Internet Rights and Principles Dynamic Coalition) Forumu za vladavinu internetom (Internet Governance Forum) vredna je pomena zato što

je to primer saradnje zainteresovanih partnera različitog institucionalnog porekla, kao što su akademska zajednica, privatni sektor, tehnička zajednica i građansko društvo (Slijepčević, 2016, p. 40).

Informaciono-komunikaciona tehnologija se posebno poslednje decenije ubrzano razvija, a sa tim razvojem raste i broj onih koji je koriste za vršenje krivičnih dela. Digitalna krivična dela imaju najveću stopu rasta u svetu. Dok internet, kao globalna mreža, omogućava delovanje u celom svetu, ne mareći za nacionalne granice, narastajući problemi zloupotrebe nisu više deo nacionalnih zakonodavstava. Internet je dobrobit i problem celog sveta, pa se na rešavanje prava na pristup internetu mora delovati udruženo, ubrzano i koordinirano.

Ubrzan porast broja korisnika interneta doveo je do situacije da je prvi put čovečanstvo pred medijem koji se razvija mnogo većom brzinom nego što pravo može da ga definiše. Otvoren i pristupačan internet može omogućiti slobodno izražavanje i širok spektar drugih ljudskih prava, ali i zloupotrebu istih (Maletić & Dakić, 2012, p. 772).

Privatan život predstavlja privatnu sferu i pravo na privatnost ima apsolutni značaj i deluje *erga omnes* – prema svima. Pravo na privatnost ima vertikalni odnos prema državnim organima, a horizontalan odnos prema trećim licima. Pravo na privatnost je osnovno ljudsko pravo i deli se na: prostornu privatnost, informacijsku privatnost i komunikacijsku privatnost. Svi instrumenti za zaštitu ljudskih prava, kako međunarodni tako i regionalni i državni, zasebnim odredbama regulišu pitanje zaštite prava na privatnost (Slijepčević, 2016, p. 32). Podaci o ličnosti kao i podaci koji se odnose na funkcionisanje pravnih lica ili državnih organa i institucija treba da budu i na internetu zaštićeni (Prlja, Reljanović & Ivanović, 2012).

Zbog osećaja potpune slobode i odsustva cenzure, na mreži se ostavljaju mnogobrojni lični podaci i fotografije, bez razmišljanja o mogućim posledicama i zloupotrebama privatnosti. Sa ciljem da se zaštite korisnici i vladavina prava, javila se potreba da se preduzmu mere zaštite, jer je sloboda na mreži jedino moguća uz postojanje adekvatnog sistema bezbednosti i sigurnosti. U okviru EU, Evropska komisija traži najbolja rešenja za zaštitu korisnika virtuelnog prostora već više od dve decenije, počev od 1995. do Direktive o bezbednosti mreže i informacionih sistema, koja je usvojena u prvoj polovini 2016. godine (Baltezarević & Baltezarević, 2017, p. 241). Idući u korak sa evropskom regulativom, a u cilju usklađivanja mehanizama zaštite podataka o ličnosti na globalnom nivou, u Srbiji je donet Zakon o zaštiti podataka o ličnosti. Ovaj zakon je počeo da se primenjuje u avgustu 2019. godine. On je napisan po uzoru i u skladu sa Opštom uredbom o zaštiti podataka (General Data Protection Regulation - GDPR).

Presuda Suda pravde EU o „pravu na zaborav”, kako je često nazivaju, kao i „nesavršena odluka za nesavršen svet” interesantna je jer su internet pretraživači pravno klasifikovani kao menadžeri zbirke ličnih podataka. Tom presudom je utvrđena do sada najšira teritorijalna oblast primene evropskog pravnog okvira za zaštitu podataka o ličnosti, pa se može reći da se ovom presudom uspostavlja osnove eksteritorijalnog regulisanja relevantnih delatnosti internet aktera kada pružaju svoje usluge na evropskom tržištu. Kada je reč o legalno objavljenim informacijama koje su postale „deo javne sfere” objavljivanjem na internetu, potrebno je uravnotežiti prava pojedinca koji podnosi zahtev u vezi sa tom informacijom sa slobodom izražavanja i informisanja, odnosno interesom javnosti za pristup informacijama. Ovaj interes je, međutim, ograničen na pristup informacijama putem pretrage po individualnom imenu (Gumzej, 2016. p. 171).

Internet i digitalne tehnologije su promenili način na koji se lična i autorska prava ostvaruju i ugrožavaju tako da ovo doba razvoja interneta i digitalnih tehnologija ima snažan uticaj na lična prava i na prava autora, kao i na već uspostavljeni pravni okvir za njihovu zaštitu na lokalnom i na međunarodnom nivou (Nikolova, 2022, p. 85).

Odnos između interneta i ljudskih prava je kompleksan i uslovljen stalnim tehnološkim napretkom i izmenama kojima je podložna onlajn mreža. Ujedinjene nacije su 2011. godine po prvi put sagledale pristup internetu kroz prizmu ljudskih prava, kada je Savet za ljudska prava usvojio izveštaj specijalnog izvestioca o Promociji i zaštiti prava na slobodu mišljenja i izražavanja. Od tada se još uvek vodi debata o tome da li smo svedoci procesa priznavanja i operacionalizacije novog ljudskog prava (Mladenov & Stapski, 2022, p. 23).

Institut prava na slobodu izražavanja određen je brojnim međunarodnim ugovorima i konvencijama, ali najvažnija tumačenja i granice korišćenja prava na slobodu govora dali su Evropski sud za ljudska prava i Sud Evropske unije. Svrha zaštite prava na slobodu izražavanja je ujedno i sprečavanje govora mržnje. Sa korišćenjem interneta mnogo je lakše širiti govor mržnje, ali i cenzurisati slobodu govora. Evropski sud za ljudska prava je u svom tumačenju podržao stroža pravila onlajn nego oflajn, tako da su kriterijumi za tumačenje postali detaljniji i stroži zbog same prirode medija i neuporedivo veće dostupnosti sadržaja. Praksa Suda Evropske unije usmerena je na sukob prava na slobodu izražavanja, autorskih prava i drugih prava, poput prava na slobodu poslovanja kao i ograničenja radi sprečavanja govora mržnje. Sud EU je u nekoliko slučajeva istakao i značaj čl. 11 Povelje, odnosno da sloboda izražavanja prestaje da važi tamo gde poruka krši druga načela i osnovna priznata prava (Duić, Petrašević & Sudar, 2022, p. 133).

Postoji tumačenje da ekonomski podsticaji suštinski deluju protiv dobrovoljne zaštite ljudskih prava od strane neformalnih aktera u digitalnom dobu.

Neophodno bi bilo prvo ispraviti neravnotežu između „tvrde” pravne komercijalne obaveze i „mekih” ljudskih prava, dok bi obavezujuća pravila omogućila pojedincima čija su ljudska prava ugrožena da pristupe efikasnom leku (Zalnierite, 2019, p. 278). Postoji mnoštvo pravnih akata koje u sebi sadrže regulisanje interneta – internet pravo ili sajber pravo, pravo informacionih i komunikacionih tehnologija i drugi. Poseban deo krivičnog prava Republike Srbije se odnosi na dela izvršena na internetu. Takođe, upravljanje internetom (Internet Governance) je veoma kompleksan proces, koji na neki način određuje i regulativu i politike koje se tiču interneta.

U modernom svetu u kakvom danas živimo posledice lišavanja prava na internet mogu biti zabrinjavajuće. Cenzura interneta podriva širok spektar ljudskih prava sadržanih u Povelji, ugovorima i deklaracijama Ujedinjenih nacija sa posebnim naglaskom na nediskriminaciji, pravu na razvoj i slobodi govora i informacija. Primer je pojačana internet cenzura iranskog režima, čime su efektivno ugušeni protesti građana (Banihashemi, 2023, p. 32).

Internet kao ljudsko pravo ili pravo na internet proizilazi iz pozivanja na međunarodno pravo koje reguliše ljudska prava. Pre svega, regulisanje prava na internet možemo povezati sa Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima iz 1948. godine. U osnovi svih regulativa koje obuhvataju internet stoji da su ljudska prava relevantni okvir za promociju prava pojedinca na internetu. Vođeni tom logikom možemo doći do zaključka da će uspeh ovog pristupa zavisiti od priznanja internet ljudskih prava u okvirima međunarodne regulative ljudskih prava.

Postoje države koje su priznale određene aspekte pristupa internetu kao osnovno ljudsko pravo kroz različite akte ili mehanizme. Parlament u Estoniji je usvojio 2000. godine Zakon o telekomunikacijama koji definiše pristup internetu kao ljudsko pravo od suštinskog značaja za život u XXI veku. Pristup internetu je i u Grčkoj definisan kao ljudsko pravo, kada je ova zemlja izmenila Ustav 2001. godine. Kostarika je proglasila pristup internetu ljudskim pravom odlukom Ustavnog suda u julu 2010. godine. Finska je prva zemlja na svetu koja je pristup širokopojasnom internetu učinila zakonskim pravom. Ovo pravo je proklamovano izmenom Zakona o tržištu komunikacija. Širokopojasni pristup je takođe proglašen ljudskim pravom u Španiji – Zakonom 2/2011 o održivoj ekonomiji. Italija je 2015. godine usvojila Deklaraciju o pravima na internet, kao neobavezujući dokument koji priznaje da je pristup internetu osnovno pravo svih ljudi i uslov njihovog individualnog i društvenog razvoja (Gordanić, 2022, pp. 173-174). Ovde možemo prepoznati kod određenih država veoma pozitivne tendencije u pogledu priznanja prava na pristup internetu kao potencijalnog ljudskog prava.

4. Internet i pandemija kovida 19

Veliki istorijski događaji skreću pažnju na mnoga nerešena pitanja i nude nove aspekte njihovog potencijalnog regulisanja. U slučaju prava na pristup internetu, diskurs o njegovoj transformaciji i potencijalnoj budućnosti u pogledu priznanja za ljudsko pravo istakla je pandemija virusa kovid 19.

Proglašenje globalne pandemije, marta 2020. godine, izmenilo je navike i funkcionisanje celokupnog čovečanstva. Usled karantina i mnogobrojnih mera koje su se odnosile na ograničenje kretanja, ostvarenje mnogih ljudskih prava bilo je otežano ili čak onemogućeno. Neka od ugroženih prava su bila pravo na rad, pravo na slobodu kretanja, pravo na pristup informacijama, pravo na zdravlje, pravo na obrazovanje, pravo na slobodu udruživanja itd. Uživavanje nekih od navedenih prava, poput prava na slobodu kretanja, bilo je u potpunosti onemogućeno za vreme pandemije. Za uživanje i ostvarenje drugih prava, našlo se rešenje u vidu pristupa internetu. Usled mogućnosti koje internet poseduje, veliki broj ljudskih aktivnosti se preselio iz realnog sveta u onlajn svet. Zahvaljujući pristupu internetu studenti i učenici su mogli da prate predavanja i ostvaruju pravo na obrazovanje. Pristup internetu je omogućio ljudima širom sveta da se informišu o zdravstvenoj situaciji za vreme pandemije, porastu broja zaraženih, kao i da pokrenu najefikasnije mehanizme kojima bi zaštitili svoje zdravlje i ostvarili pristup medicinskoj pomoći. Pristup internetu je imao veliki doprinos kada je reč o pravu na rad. Mnoge poslove je bilo moguće obavljati onlajn, pa je, zahvaljujući internetu, velikom broju ljudi omogućeno ostvarenje prava na rad. Bez pristupa internetu, posledice pandemije bile bi pogubnije po blagostanje ljudi u svim zemljama sveta. Prema rečima Antonija Gutereša, generalnog sekretara UN, „pandemija kovida 19 naglasila je mogućnost interneta da menja živote ljudi. Digitalna tehnologija je spasila živote omogućavajući milionima ljudi da rade, uče i druže se bezbedno na mreži.” (UN, 2021).

Upotreba interneta se povećala za više od 30% za vreme pandemije (Sixsmith *et al.*, 2022, p. 19). Upotreba video-konferencija je zabeležila višestruka povećanja, broj telefonskih poziva preko interneta je dupliran, a e-trgovina je doživela potpuni procvat. Jedan od najvećih pobednika pandemije je internet. Njegova uloga u ostvarivanju mnogih ljudskih prava za vreme pandemije pokazala se kao ključna. To je dalo sasvim novu dimenziju u pogledu važnosti interneta i njegovog potencijalnog priznanja kao ljudskog prava.

4.1. Digitalna podeljenost

U kontekstu interneta kao potencijalno prihvaćenog ljudskog prava na globalnom nivou, treba skrenuti pažnju na jednu važnu činjenicu, koju je pandemija

kovida 19 istakla i učinila aktuelnijom nego ikada. Trenutno, više od 4 milijarde svetske populacije nema pristup internetu. Ova pojava se u literaturi naziva digitalna podeljenost i koristi se da opiše jaz između lica koja imaju pristup internetu i onih koji nemaju. Jedna od najvažnijih karakteristika digitalne podeljenosti je nejednakost. Lica koja nemaju pristup internetu nisu jednaka u društvenom, ekonomskom, informacionom i obrazovnom smislu sa licima koja imaju pristup internetu. Ova nejednakost se često poistovećuje sa konceptom pismenosti, odnosno razlikom između tradicionalne i digitalne pismenosti. Internet je preselio mnoge tradicionalne medije i izvore informacija u onlajn svet, čime je pristup i pretraživanje mnogih informacija znatno olakšano. S druge strane, ova pojava zahteva i digitalne veštine i digitalnu pismenost, što lica koja nemaju pristup internetu ne mogu da ostvare (Van Dijk, 2020, p. 5).

Digitalna podeljenost sa sobom nosi i jednu, još opasniju pojavu, a to je potencijalna isključenost lica koja nemaju pristup internetu iz redovnih životnih tokova. Lica bez pristupa internetu, za razliku od onih koji svakodnevno ili bar povremeno koriste internet, nisu u mogućnosti da ostvare širok spektar prava. U velikom broju slučajeva nemaju pristup informacijama, tržištu rada, obrazovanju, zdravstvenoj zaštiti, kao ni različitim aspektima ekonomskog, političkog i kulturnog života.

Posedovanje kompjutera, tableta ili pametnog mobilnog telefona nije obaveza, već stvar izbora ili odgovarajućih ekonomskih mogućnosti. Imajući u vidu količinu informacija i mogućnosti koje internet nosi sa sobom u pogledu obrazovanja, informisanja i poslovanja, mnoga lica koja imaju svakodnevni pristup internetu ne ostvaruju pune kapacitete koje pristup internetu omogućava. U vanrednim i hitnim situacijama poput pandemije, ili slučajeva prirodnih nepogoda, pristup internetu je važan kao sredstvo informisanja. Informacije se mnogo brže postavljaju onlajn u odnosu na konvencionalna sredstva informisanja poput novina, radija ili televizije. U uslovima pandemije ili elementarnih nepogoda, usled nedostatka informacija, lica bez internet pristupa mogu biti nenamerno sklona rizičnijem ponašanju, što može dovesti u pitanje njihove živote i zdravlje (Li, 2022, p. 2).

Pandemija kovida 19 uzrokovala je brojne posledice po obrazovanje na svim nivoima – od osnovnog školstva do fakulteta. U domaćinstvima koja nemaju pristup internetu, ostvarivanje prava na obrazovanje za vreme pandemije nije bilo moguće. Ovo se posebno odnosi na siromašne države širom sveta, posebno afričke i azijske države. Stopa domaćinstava koja imaju pristup internetu u velikom broju afričkih država je izuzetno niska. Na liderskim pozicijama su Maroko sa 88,1% i Egipat sa 80,7% domaćinstava koja imaju pristup internetu. S druge strane, u Nigeriji 55% domaćinstava ima internet, što je pohvalno u poređenju sa Angolom 32,6%, Ruandom 30,5%, Zambijom 21,2%, Somalijom 9,8% i Južnim Sudanom sa svega 7% domaćinstava koja imaju pristup internetu (Kamer, 2023).

Najbliža mesta sa pristupom internetu su biblioteke, ali usled restrikcija i ograničenja uzrokovanih pandemijom, fizički pristup ovim ustanovama nije bio moguć. Odsustvo interneta ostavilo je posledice i u razvijenim državama poput SAD i Kanade, posebno kada je reč o starijim licima. U Kanadi, na primer, 87,4% starijih lica u urbanim sredinama ima pristup internetu, dok je njihov broj u ruralnim sredinama svega 45,6% (Freeman *et al.*, 2022, p. 287). Starija lica se u manjoj meri oslanjaju na tehnologije, ali u uslovima kao što je bila pandemija, pristup internetu bi im mogao omogućiti informisanje u pogledu zdravstvene situacije, praćenje vesti i apliciranje za vakcinaciju kao i ostvarivanje mnogih elemenata prava na zdravlje. Posledice se mogu osetiti i u slučajevima prava na rad, jer ponovo, usled nedostatka pristupa internetu, lica koja bi mogla obavljati poslove onlajn, ili aplicirati za nove poslove, nisu u mogućnosti da to učine.

Sa napretkom tehnologije u budućnosti, digitalna podeljenost će biti pojava koja će sve više dolaziti do izražaja. U svakodnevnom životu, u normalnim okolnostima, pristup internetu se shvata zdravo za gotovo. U uslovima vanrednih situacija, kao što su pandemija ili elementarne nepogode, internet se pokazao kao jedan od najvažnijih mehanizama u pogledu ostvarivanja velikog broja ljudskih prava i održavanja koliko-toliko normalnog funkcionisanja života. U ovako ekstremnim situacijama jasnije se vide prednosti prava na pristup internetu, te se javljaju i brojni pozitivni argumenti u pogledu njegove budućnosti u kontekstu ljudskih prava. Međutim, nakon „internet entuzijastičnog” perioda pandemije, kakvo je zaista stanje stvari u teoriji i praksi u pogledu pristupa internetu?

5. Da li pristup internetu ima potencijal da postane ljudsko pravo?

Stavovi u pogledu prava na pristup internetu kao ljudskog prava u velikoj meri su suprotstavljeni. Internet je tehnologija stvorena od strane čoveka. Kao takav, njegov cilj je olakšavanje svakodnevnih životnih aktivnosti. Zahvaljujući internetu, informacije se mnogo brže šire, pa je čovečanstvo u stanju da za par minuta sazna vest o nečemu što se desilo na drugom kraju zemaljske kugle. Ovakva brzina protoka informacija bila je nezamisliva pre nekoliko decenija. Dakle, internet je nastao kao sredstvo. Upravo ovo svojstvo, svojstvo sredstva, predstavlja jednu od najvećih prepreka u pogledu razvoja interneta u pravcu ljudskog prava. Opravdano je postaviti pitanje: Da li je pristup internetu samo sredstvo pomoću koga se druga ljudska prava mogu efikasnije ostvariti ili ima potencijal da postoji samostalno kao ljudsko pravo?

Venton Serf, jedan od kreatora interneta, mišljenja je da internet ne može biti ljudsko pravo, jer vrlo lako može biti zamenjen nekom novijom, superiornijom i

efikasnijom tehnologijom, smatrajući da se koncept interneta kao ljudskog prava može smatrati preteranim (Wang, 2013, p. 68). Čovekova nesposobnost predviđanja budućih tokova tehnološkog razvoja i uloge koju će ti razvoji igrati u pogledu ljudskih prava „trebala bi da nas navede da budemo posebno oprezni u vezi sa uvođenjem bilo koje vrste tehnologije u međunarodno pravo” (Land, 2013, p. 400).

Pojedini teoretičari smatraju da se lobiranjem u pogledu priznanja prava na pristup internetu kao ljudskog prava nepotrebno skreće pažnja sa drugih, važnijih problema čije je regulisanje prioritelnije u odnosu na pitanje interneta (Winter, 2018, p. 737) .

Veza interneta i nekih drugih ljudskih prava je bliska i skoro simbiotička. Videli smo na primeru pandemije kovida 19 da je internet bio sredstvo koje je omogućilo ostvarenje mnogih ljudskih prava. Na ovom mestu treba posebno pomenuti vezu i isprepletenost interneta i prava na slobodu izražavanja, kao i prava na slobodu udruživanja.

Pravo na slobodu mišljenja i izražavanja je jedan od temelja moderne demokratije i jedno od najvažnijih prava na kojima počivaju sva društva koja se mogu okarakterisati kao demokratska. Imajući u vidu i potencijalne posledice koje sa sobom nosi, sloboda izražavanja misli se „za razliku od slobode kao temeljne vrednote, može i mora podvrgnuti ograničenjima u svrhu zaštite drugih prava i sloboda” (Mijić Vulinović, 2021, p. 967). Internet je postao centralno mesto političkog dijaloga i uticao je da pravo na slobodu mišljenja i izražavanja doživi transformaciju. Jedna od najvećih potvrda u pogledu bliske veze interneta i prava na slobodu izražavanja ogleđa se u presudi Vrhovnog suda SAD u slučaju *Packingham protiv Severne Karoline* 2017. godine. U ovom slučaju, Severna Karolina je 2008. godina usvojila zakon kojim se pristup registrovanih seksualnih prestupnika komercijalnim društvenim mrežama, koje dozvoljavaju članstvo i maloletnim licima, proglašava za krivično delo. Vrhovni sud SAD je doneo presudu kojom se postojeći zakon smatra nelegalnim, smatrajući da krši pravo na slobodu izražavanja. U presudi se navodi: „Zabranjujući seksualnim prestupnicima da koriste te veb stranice, Severna Karolina jednim širokim potezom onemogućava pristup onome što je za mnoge glavni izvor saznanja o aktuelnim događajima... (onemogućava se) izražavanje i primanje informacija na modernom javnom trgu, i sprečava istraživanje ogromnih područja ljudske misli i znanja. Ove veb stranice mogu obezbediti možda najmoćnije mehanizme koji su dostupni građanima kako bi se njihov glas čuo. One omogućavaju licu koje ima pristup internetu da postane glasnik sa glasom koji odjekuje dalje od bilo koje govornice” (*Packingham vs North Carolina*, 2017). Ovom, možda malo i kontroverznom, presudom internet se poistovećuje sa modernim javnim trgom, što doprinosi transformaciji prava na slobodu izražavanja i prenosi ovo pravo iz realnog sveta i u onlajn svet.

Postojanje interneta je unelo novu dimenziju i u pogledu prava na slobodu udruživanja. Zahvaljujući internetu, ljudi mnogo lakše stupaju u kontakt na forumima, društvenim mrežama i, u anonimnosti onlajn prostora, izražavaju sopstvene stavove. Milioni ljudi širom sveta koriste društvene mreže i internet, što u eri brzog cirkulisanja informacija omogućava idealne uslove za kolektivnu akciju. Transformisani pojam slobode udruživanja, realizovane putem interneta, pokazao je pun potencijal i moć u pogledu udruživanja koja za cilj imaju smenu vlasti i ostvarivanje demokratije u autokratskim režimima. Jedan od najboljih primera je Arapsko proleće, serija revolucija u arapskim državama započeta 2010. godine udruživanjem na društvenim mrežama. Prema mišljenjima teoretičara, dostupnost interneta i društvenih mreža u uslovima nepovoljnog političkog okruženja utiče na građane da se udružuju i preuzmu kolektivne akcije u pogledu smene vlasti (Wolfsfeld, Segev & Sheaffer, 2013, p. 118).

Omogućivši prelazak slobode izražavanja u onlajn svet i organizovanje kolektivne akcije na mrežama, internet je dao jednu potpuno novu dimenziju pravu na slobodu udruživanja i pravu na slobodu mišljenja i izražavanja. U ovim slučajevima, internet je pokazao svoj potencijal moćnog sredstva, ali ipak samo sredstva. U slučaju hipotetičkog tehnološkog nazadovanja ili nekog apokaliptičnog scenarija u kome svet ostaje bez tehnologije, navedena ljudska prava će i dalje postojati. Nove dimenzije i mogućnosti koje im daje internet mogu biti eliminisane, ali će ova prava bez tehnološkog elementa i dalje postojati. Na ovom mestu se vidi jasna razlika između prava koja su prirodno urođena i potencijalnih, novih prava koja su nastala kao produkt ljudske aktivnosti.

6. Najvažnije prepreke pristupu internetu kao samostalnom ljudskom pravu

Razvoj interneta i savremenih tehnologija uneo je promene u sve aspekte društva. Njegov značaj se ne može negirati. S druge strane, postoji mnogo nedoumica i otvorenih pitanja u pogledu prava na pristup internetu.

Pre svega, pravna konstrukcija prava na pristup internetu još uvek nije dovoljno jasna. Još uvek ne postoji apsolutna saglasnost oko toga šta tačno podrazumeva pravo na pristup internetu. Da li je to pravo na posedovanje kompjutera, tableta ili nekog uređaja putem koga se korisnik može povezati na internet? Da li se pod ovim pojmom može podrazumevati obaveza države da obezbedi neophodnu infrastrukturu kako bi svako domaćinstvo imalo internet ili ovaj pojam možda podrazumeva obavezu država da ne ometaju pristup internetu i ne sabotiraju neophodnu infrastrukturu kojom se omogućava pristup

internetu? Imajući u vidu nejasnu prirodu prava na pristup internetu, njegovo regulisanje (na regionalnom, a posebno na međunarodnom nivou) deluje kao gradnja kuće od krova.

Jedna od najvažnijih prepreka na putu daljeg razvoja prava na pristup internetu kao ljudskog prava jeste nezainteresovanost i nedostatak političke volje država. Imajući u vidu da se putem interneta mnogo lakše ostvaruje pravo na slobodu izražavanja i pravo na udruživanje, internet kao takav ima potencijal „tempirane bombe”. U društvima koja nisu demokratska, internet je moćno sredstvo povezivanja i kolektivne akcije. U društvima koja su demokratska, posredstvom interneta se lakše skreće pažnja na zanemarena pitanja i šalje poruka u svet o neuređenosti sistema i njegovim nedostacima. Ovo je dovelo do pojave ograničenja na internetu, primenom napredne tehnologije za blokiranje sadržaja, praćenje i identifikaciju aktivista i kritičara, kriminalizaciju legitimnog izražavanja, kao i usvajanja restriktivnih zakona, koji opravdavaju ovakvu vrstu mera. Ovakvi oblici ograničenja u suprotnosti su sa obavezama država iz Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, kojim su garantovana prava na slobodu izražavanja (Đukić, 2016, p. 210).

Iz tih razloga, države se ne utrkuju u pogledu podizanja svesti i skretanja pažnje na pitanje pristupa internetu kao ljudskog prava. Autokratski režimi su skloni različitim vrstama internet restrikcija, pribegavanju cenzuri, praćenju aktivnosti, kao i zatvaranju političkih neistomišljenika koji svoje stavove izražavaju putem interneta i društvenih mreža.

Kina, jedna od najvažnijih svetskih ekonomija i IT sila, često se navodi kao primer države koja primenjuje strogu cenzuru sadržaja na internetu. Kineska vlada koristi tri vrste internet cenzure – veliki zaštitni zid, zlatni štit i blokiranje ključnih reči. Veliki zaštitni zid se koristi od kasnih devedesetih godina XX veka i ima za cilj ograničenje pristupa stranim veb stranicama. Zlatni štit je sistem domaćeg nadzora koje je stvorilo kinesko Ministarstvo bezbednosti. Blokiranje ključnih reči je blokiranje reči ili fraza koje su zabranjene softverom za filtriranje koji utiče na pristup veb stranicama, elektronskoj pošti, onlajn forumima, društvenim mrežama, blogovima itd. U Kini je blokiran pristup najpopularnijim svetskim društvenim mrežama, uključujući Facebook, Twitter, Youtube. Ukinut je i pristup mnogim zapadnim medijima, uključujući Voice of America, Washington Post, New York Times, kao i pristup međunarodnim sajtovima koji se bave zaštitom ljudskih prava (Monggilo, 2016, pp. 162-163).

Različiti oblici cenzure internet sadržaja karakteristični su i za arapske države. Razlozi za internet cenzuru u ovom delu sveta su različiti – održavanje političke stabilnosti, jačanje nacionalne bezbednosti i očuvanje tradicionalnih društvenih vrednosti, religije i morala. Glavni internet sadržaji koji su podložni cenzuri su sadržaji

koji su u suprotnosti s postojećim vrednostima i moralnim normama, kao i sadržaji koji se kritički odnose prema islamu (Gordanić, 2022, p. 180).

Isključenja interneta, uz koja idu i ugrožavanja mnogih drugih ljudskih prava, često se javljaju kao vid političke represije. Jedno od najdužih isključenja interneta u istoriji desilo se 2019. godine u Kašmiru, kada su vlasti Indije ukinule autonomiju Kašmira. Isključenje je trajalo od avgusta do decembra 2019. godine, više od 137 dana. Za više od sedam miliona stanovnika mnoga ljudska prava su bila ostvariva u mnogo manjem obimu ili u potpunosti neostvariva. Privredna komora Kašmira je procenila gubitak od 1,4 milijarde dolara usled paralizacije onlajn poslovanja (Medina, 2020, p. 2).

Treba imati u vidu da obezbeđivanje neophodne infrastrukture kojom se reguliše pristup internetu nije jednostavan, a ni jeftin zadatak. Za mnoge države, posebno siromašne države Afrike i Azije, obaveza obezbeđivanja infrastrukture za pristup internetu nije dostupna niti ostvariva u finansijskom smislu.

Kada se govori o pravu na pristup internetu, uglavnom se kao prva asocijacija javljaju samo prednosti i mogućnosti koje internet nosi. Pristup internetu je oplemenio pojedina ljudska prava, ali je, s druge strane, u direktnom sukobu sa drugim pravima. Kada je reč o autorskim i srodnim pravima, kopiranje, umnožavanje i korišćenje multimedijalnih sadržaja, domena i softvera bez poštovanja autorskih prava na internetu, postala je nova realnost. Broj programa za preuzimanje sadržaja sa interneta se povećava iz dana u dan, a njihova upotreba postaje jednostavnija i dostupnija. Specijalni programi, poput BitTorrenta (*BitTorrent*), SajnsHaba (*SciHub*), Libgena (*Library Genesis*) i drugih, omogućuju korisnicima gotovo neograničen pristup audio i video sadržajima, poput muzike, filmova, kao i akademskih radova i knjiga koji su zaštićeni autorskim i srodnim pravima (Topalović & Stanković, 2023, p. 47). Kršenje autorskih prava posredstvom interneta i modernih tehnologija je (uobičajena) praksa koja se ni u kom slučaju ne može okarakterisati kao pohvalna. Prava stvaraoca, kako moralna tako i imovinska, grubo su narušena. S druge strane, ovakva praksa se pravda argumentima o nesmetanom pristupu znanju i širenju znanja na koje svi imaju pravo (Topalović & Stanković, 2023, p. 48).

Stvaranje potpuno novog poslovnog ambijenta koji je rezultat nastanka i razvoja interneta doveo je i do toga da se mnogo lakše vrše razne nedozvoljene radnje. Ovo je pre svega moguće jer je na internetu teško utvrditi nečiji pravi identitet. Krađa identiteta podrazumeva lažno predstavljanje na internetu radi sticanja materijalne ili neke druge koristi. To predstavlja način narušavanja privatnosti nekog lica budući da se učinilac ove forme računarskog kriminaliteta, nakon što je preuzeo nečiji identitet, predstavlja u njegovo ime vršeći različit broj aktivnosti, ostavljajući materijalne i nematerijalne negativne posledice za sobom

koje pogađaju žrtvu ovakve vrste zloupotrebe (Kovačević 2014, p. 97). Mogućnosti za zloupotrebu interneta su velike. Danas svaka razvijena država ima specijalno oformljena odeljenja unutar policije i tužilaštva koja imaju za cilj rešavanje slučajeva zloupotrebe interneta.

7. Zaključak

Pojava interneta unela je krupne promene u život i svakodnevne navike ljudi. Veliki broj aktivnosti je olakšan, protok informacija je brži, mogućnosti koje nudi internet su neograničene. Izuzetno brzo širenje upotrebe interneta, kako po broju, tako i po mogućnostima za ličnu i poslovnu upotrebu, osim što je promenilo društvenu sferu, proširilo je i tumačenje ljudskih sloboda i prava uopšte.

Pristup internetu je postao preduslov za upotrebu mnogih ljudskih prava. Ovo svojstvo interneta najviše je došlo do izražaja za vreme pandemije kovida 19. Lica koja su imala pristup internetu bila su u mogućnosti da putem interneta ostvare veliki broj ljudskih prava. Nedostatak pristupa internetu, manifestovan kroz problem digitalne podeljenosti, postao je uočljiv baš kroz prizmu nemogućnosti ostvarenja ljudskih prava za vreme pandemije. Kao velika istorijska pojava, pandemija je dodatno istakla pitanje budućnosti interneta, njegove važnosti i potencijalnog pitanja interneta kao samostalnog ljudskog prava. Iako je u velikom delu teorije shvaćen kao sredstvo, pandemija je istakla njegovu neophodnost i ukazala na neraskidivu vezu interneta i drugih prava. Bez interneta, u periodu pandemije ekonomski gubici država i pojedinaca bili bi mnogo veći. Čak i u normalnim uslovima, bez pristupa internetu, velika većina ljudskih aktivnosti bila bi nemoguća ili otežana.

Internet ima brojne prednosti, ali sa sobom nosi i krupne nedostatke. Uz svako pravo dolazi i određena obaveza. Pravo na pristup internetu nosi opasnosti od govora mržnje, kršenja autorskih i srodnih prava, zloupotrebe ličnih podataka, različitih vrsta sajber kriminala itd.

Mnoga pitanja u pogledu pristupa internetu su nerešena. Nejasno je još uvek šta podrazumeva ovaj pojam, koje se vrednosti njime štite, šta bi bile potencijalne obaveze država u pogledu obezbeđivanja pristupa internetu.

Zakonodavstvo i pravna regulativa nastoje da slede moderne tehnologije i trendove, ali se to ipak dešava sa zakašnjenjem. Velike internet platforme su u nedostatku regulative počele same da donose pojedina pravila ponašanja na internetu. U kontekstu interneta postoji potreba za proširenjem pravnog okvira i detaljnijim pravnim regulisanjem ljudskih sloboda. Na globalnom nivou, potrebna je detaljnija regulativa prava i obaveza pružalaca internet usluga i korisnika interneta.

Stiče se utisak da države nemaju interes u pogledu razvoja pristupa internetu kao ljudskog prava. Neke od najvećih svetskih sila i stalnih članica Saveta bezbednosti UN koriste mere cenzure i ograničavanja sadržaja na internetu. Mere internet restrikcija kao sredstva odmazde takođe nisu retkost u međunarodnoj zajednici. Stiče se utisak da su države veoma svesne potencijala i političkih opasnosti koje internet nosi, pa žele da ovu temu drže po strani.

Ideja pravnog uobličavanja prava na pristup internetu ne treba da bude odbačena od strane međunarodne zajednice. Internet više nije luksuz, nego svakodnevna potreba. Tehnologija se svakodnevno menja. Jedni tehnološki trendovi zastarevaju, dok se novi već spremaju. Ljudska prava su kategorija koja ne treba da bude ograničena. Lista ljudskih prava nije konačna. Pre pedesetak godina nije se moglo ni zamisliti da se vode polemike u pogledu interneta kao ljudskog prava. Sada su diskusije na tu temu veoma opravdane i pravno argumentovane. Imajući u vidu sve bližu vezu tehnologije i ljudskih prava, u budućnosti će biti interesantno posmatrati aktuelnosti u pogledu uloge i položaja interneta u međunarodnom pravu, možda čak i njegovu transformaciju u ljudsko pravo.

Literatura

- Baltezarević, V. & Baltezarević, R. 2017. Zaštita privatnosti na internetu – evropski model. *Megatrend revija*, 14(1), pp. 241-252. DOI: <https://doi.org/10.5937/MegRev1701241B>
- Banihashemi, P. 2023. International Law and the Right to Global Internet Access: Exploring Internet Access as a Human Right Through the Lens of Iran's Women-Life-Freedom Movement. *Chicago Journal of International Law*, 24(1), pp. 31-49.
- Duić, D., Petrašević, T. & Sudar, V. 2022. Pregled prakse suda EU i Europskog suda za ljudska prava–sloboda govora. *Harmonius*, year IX, pp. 119-136.
- Đukić, D. 2016. Pravo na pristup internetu kao ljudsko pravo. *Strani pravni život*, 60 (3), pp. 205-217.
- Freeman S., Marsson, H. R. et al. 2022. Progress towards enhanced access and use of technology during the COVID-19 pandemic: A need to be mindful of the continued digital divide for many rural and northern communities. *Healthcare Management Forum*, 35(5), pp. 286–290. DOI: <https://doi.org/10.1177/08404704221108314>
- Frosini, T. E. 2013. Access to Internet as a Fundamental Right. *Italian Journal of Public Law*, 5(2): pp. 226-234.
- Gongeta, S. 2020. Digitalizacija u pravu trgovačkih društava. In: *10. Međunarodna konferencija razvoj javne uprave*. Vukovar: Veleučilište „Lavoslav Ružička“ u Vukovaru, pp. 66-73.
- Gordanić, J. 2022. The Impact of the Covid-19 Pandemic on the right to access the internet as a human right. In: *Challenges and Perspectives of the Development of Legal Systems in the XXI Century*. Banja Luka: Faculty of Law, pp. 169-184.

- Gumzej, N. 2016. EU pravo na zaborav i globalni Internet: Izvršavanje zahtjeva za uklanjanje poveznica na pretraživačima. *Media, culture and public relations*, 7(2), pp. 171-191.
- Kolednjak, M. & Šantalab, M. 2013. Ljudska prava treće generacije. *Tehnički glasnik*, 7(3), pp. 322-328.
- Kovačević, M., 2014. Pravni i etički aspekti rizika poslovanja putem Interneta. *Sinteza 2014-Impact of the Internet on Business Activities in Serbia and Worldwide*, pp. 94-100. DOI: <https://doi.org/10.15308/sinteza-2014-94-100>
- Land, M. 2013. Toward an International Law of the Internet. *Harvard International Law Journal*, 54(2), pp. 393-458.
- Li, F. 2022. Disconnected in a pandemic: COVID-19 outcomes and the digital divide in the United States. *Health Place*, No. 77, pp. 1-8. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.healthplace.2022.102867>
- Liu, H., Yan, Y. 2016. Interpretation of the Concept of the Right to Internet Access from the Perspective of International Law. *Journal of Human Rights*, 15(2): pp. 140-153.
- Lucena Cid, I. V. 2014. The Right of Access to Internet and the Strengthening of Democracy. *Revista Internacional de Pensamiento*, 9, pp. 383-398.
- Maletić, V. & Dakić, J. 2012. Internet, socijalne mreže i ljudska prava. In: *Zbornik radova INFOTEH Jahorina*, pp. 771-776. Istočno Sarajevo: Elektrotehnički fakultet.
- Medina, M. 2020. Governmental Censorship on Internet: Spanish vs. Catalans Case Study. *Library Trends*, 68(4), pp. 561-575. DOI: <https://doi.org/10.1353/lib.2020.0011>
- Mijić Vulinović, I. 2021. Ograničenja slobode izražavanja u Republici Hrvatskoj u odnosu na međunarodno pravo, s posebnim osvrtom na presude Europskog suda. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 58(3), pp. 967-988. DOI: <https://doi.org/10.31141/zrpf.2021.58.141.967>
- Mladenov, M. & Stapski, T. 2022. Human Rights Approach to Internet Access with a Special Emphasis on the Case-Law of the European Court of Human Rights. *Revija za evropsko pravo*, 24(1), pp. 23-38.
- Monggilo, Z. M. Z. 2016. Internet Freedom in Asia: Case of Internet Censorship in China. *Journal of Government and Politics*, 7(1), pp. 153-179. DOI: <https://doi.org/10.18196/jgp.2016.0026>
- Nikolova, M. A. 2022. Personal rights and author's rights on the internet. *Megatrend revija*, 19(1), pp. 85-96. DOI: <https://doi.org/10.5937/MegRev2201085N>
- Perepolkin, S., Perepolkin, D. & Averianova, M. V. 2021. Typology of the fourth generation of human rights. *Journal of International Legal Communication*, 1(1), pp. 91-101. DOI: <https://doi.org/10.32612/uw.27201643.2021.1.pp.91-101>
- Prlja, D., Reljanović, M. & Ivanović, Z. 2012. *Internet pravo*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Ranđelović, D. 2017. Internet prodaja u Republici Srbiji. *Pravo - teorija i praksa*, 34(1-3), pp. 13-24. DOI: <https://doi.org/10.5937/ptp1703013R>

- Risse, M. 2021. *The Fourth Generation of Human Rights- Epistemic Rights in Digital Lifeworlds*. Harvard University: Harvard Kennedy School. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3973946>
- Sixsmith, A., Horst, B. R. *et al.* 2022. Older People's Use of Digital Technology During the COVID-19 Pandemic. *Bulletin of Science, Technology & Society*, 42(1-2), pp. 19–24. DOI: <https://doi.org/10.1177/02704676221094731>
- Slijepčević, L. 2016. Pravo na privatnost u domaćim i međunarodnim propisima-s osvrtnom na internet. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 88(1), pp. 32-42. DOI: <https://doi.org/10.5937/gakv1601032S>
- Topalović, M., Stanković, Đ. 2023. Internet kao izazov zaštiti autorskih i srodnih prava. *Politički život*, 24, pp. 41-52. DOI: https://doi.org/10.18485/fpn_pz.2023.24.3
- van Dijk, J. 2020. *The Digital Divide*. Cambridge, UK: Polity.
- Višekruna, A. 2015. Prevazilaženje prostornih prepreka u kompanijskom pravu: primer skupštine akcionarskog društva. In: *Društvo i prostor*. Urbani i ruralni prostor ekonomski, pravni i organizacioni prostor. Beograd, Novi Sad: Srpsko sociološko društvo, Institut za uporedno pravo, Filozofski fakultet Novi Sad, pp. 499-512.
- Wagner, B., Vieth K., Kettemann M. C. (eds). 2019. *Research Handbook on Human Rights and Digital Technology*. Cheltenham, UK, Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781785367724>
- Wang, X. 2013. Time to think about human right to the internet access: Beitz's approach. *Journal of Politics and Law*, 6(3), pp. 67-77. DOI: <https://doi.org/10.5539/jpl.v6n3p67>
- Wolfsfeld, G., Segev, E. & Sheaffer, T. 2013. Social Media and the Arab Spring: Politics Comes First. *The International Journal of Press/Politics*, 18(2), pp. 115–137. DOI: <https://doi.org/10.1177/1940161212471716>
- Woodroffe, J. 2020. A Fourth Generation of Human Rights. The Organization for World Peace. Dostupno na: <https://theowp.org/a-fourth-generation-of-human-rights/> (14. 07. 2023).
- Zalnieriute, M. 2019. From Human Rights Aspirations to Enforceable Obligations by Non-State Actors in the Digital Age: The Case of Internet Governance and ICANN. *Yale Journal of Law & Technology*, 21, pp. 278-336. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3333532>

Internet izvori

- Cornescu, A. V. 2009. The generations of human's rights. In: *Dny práva – 2009 – Days of Law: The Conference Proceedings*. Brno: Masaryk University, 1. Edition, pp. 1-11. Dostupno na: https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/tvorba_prava/Cornescu_Adrian_Vasile.pdf (03. 07. 2023).
- Kamer, L. 2023. Internet penetration in Africa January 2023, by country. Statista. Dostupno na: <https://www.statista.com/statistics/1124283/internet-penetration-in-africa-by-country/> (18. 07. 2023).

- Nedeljković, N. 2023. Najzanimljivija statistika korišćenja interneta u 2022. godini. *Digitizer*. Dostupno na: <https://www digitizer.rs/news-stories/najzanimljivija-statistika-koriscenja-interneta-u-2022-godini/> (17. 6. 2023.)
- Packingham vs. North Carolina. 19. June 2017. Supreme Court of the United States. Dostupno na: https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_0811.pdf (17. 7. 2023).
- Pašćan, M. 2023. Šta se radi na internetu i šta se novo sprema za 2023?. Dostupno na: <https://bonitet.com/cemu-danas-sluzi-internet-i-sta-se-novo-sprema-za-2023/> (14. 7. 2023).
- Petrosyan, A. 2023. Worldwide digital population 2023. Dostupno na: <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/#:~:text=Worldwide%20digital%20population%202023&text=As%20of%20April%202023%2C%20there,population%2C%20were%20social%20media%20users> (10. 7. 2023).
- UN. 2021. As Internet user numbers swell due to pandemic, UN Forum discusses measures to improve safety of cyberspace. Dostupno na: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2021/12/as-internet-user-numbers-swell-due-to-pandemic-un-forum-discusses-measures-to-improve-safety-of-cyberspace/> (11. 7. 2023).

ISTOPOLNI BRAK – KAKO JE SVE POČELO U SAD**

Sažetak

Istopolni brak je relativno nova institucija u porodičnom pravu i pravno je priznata početkom XXI veka, tačnije od 2001. godine. Relativno mali broj država ju je do sada prihvatio, što i ne iznenađuje s obzirom na mukotrpan razvoj ove institucije u prošlosti.

Ovaj rad je fokusiran na istorijske početke istopolnog braka, od nekih nepotvrđenih naznaka njegovog postojanja još u antičkoj Grčkoj i Rimu, pa do aktivne borbe na njegovom priznanju, u drugoj polovini XX veka, isključivo u Sjedinjenim Američkim Državama. Ne iznenađuje činjenica što se pokret za legalizovanje istopolnog braka javio baš u SAD, jer mnogi smatraju SAD za demokratsku i pravnu zemlju, ali ujedno veoma tradicionalnu, patrijarhalnu, sa velikim brojem vernika. Jasno je da su najžešći protivnici istopolnog braka većina crkava i verskih zajednica i političke partije i grupe koje teže tradicionalizmu i patrijarhalnim vrednostima.

U radu su prikazani najpoznatiji slučajevi iz sudske prakse, počev od Baker v. Nelson, preko Loving v. Virginia, Baehr v. Miiike, Baker v. Vermont, nakon koga je ustanovljeno prelazno rešenje u vidu građanskih zajednica, pa do Goodridge v. Dept. of Public Health, kada je pravno usvojen istopolni brak u državi Masačusets, i United States v. Windsor, kojim je faktički ukinut Zakon o zaštiti braka. Slučaj Obergefell v. Hodges predstavlja pravnu pobedu pobornika istopolnog braka jer je Vrhovni sud SAD 2014. godine naložio svim državama da priznaju ovu instituciju.

Ključne reči: istopolni brak, *Loving v. Virginia*, *Obergefell v. Hodges*, Zakon o zaštiti braka, Amandman o jednakim pravima, Vrhovni sud SAD.

* Doktor pravnih nauka, viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija.
E-mail: o.nikolic@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

SAME-SEX MARRIAGE – HOW IT ALL BEGAN IN THE USA

Summary

Same-sex marriage is a relatively new institution in Family law and has been legally recognized since the beginning of the 21st century, more precisely in 2001. A relatively small number of countries have accepted it so far, which is not surprising, considering the painstaking development of this institution in the past.

This work is focused on the historical beginnings of same-sex marriage, from some unconfirmed indications of its existence in Ancient Greece and Rome, to the active struggle for its recognition, in the second half of the twentieth century, exclusively in the United States of America. The fact that the movement to legalize same-sex marriage arose in the USA is not surprising, because many consider the USA a democratic and legal country, but at the same time a very traditional, patriarchal one, with a large number of believers. It is clear that the most ardent opponents of same-sex marriage are the majority of churches and religious communities, as well as political parties and groups that strive for traditionalism and patriarchal values.

The most famous cases from judicial practice are presented, starting with *Baker v. Nelson*, via *Loving v. Virginia*, *Baehr v. Miike*, *Baker v. Vermont*, after which a transitional solution was established in the form of civil unions, until *Goodridge v. Department of Public Health*, when same-sex marriage was legally adopted in the state of Massachusetts, and *United States v. Windsor*, which effectively repealed the Defense of Marriage Act. The case of *Obergefell v. Hodges* represents a legal victory for supporters of same-sex marriage, as the US Supreme Court in 2014 ordered all states to recognize the institution.

Keywords: Same-sex marriage, *Loving v. Virginia*, *Obergefell v. Hodges*, Defense of Marriage Act, the Equal Rights Amendment, US Supreme Court, Constitution.

1. Uvodne napomene

Institucija istopolnog braka je u mnogim zemljama legalno priznata, iako je većina država još daleko od prihvatanja ovakvog koncepta braka. U drugoj polovini XX veka, naziru se samo počeci borbe za legalizaciju istopolnog braka, ali još veoma daleko od ostvarenja konačnog cilja. Istopolni brak je kao institucija u pravnim okvirima zaživeo i počeo da biva prihvatani tek u XXI veku, tačnije 2001. godine, u Holandiji, i do danas je pravno priznat u trideset i jednoj državi.

Instituciju istopolnog braka nisu sve države koje su je priznale to svojevrijedno prihvatile, već im je to nadležni sud odlukama naložio (npr. Slovenija, Austrija, Brazil, Južnoafrička Republika itd.). Druge države su ovakvu promenu sprovele kroz ustavne, odnosno zakonske izmene ili nakon održanih referenduma (Švajcarska, Australija, Irska). Pravno najinteresantnija bitka za ozakonjenje istopolnog braka svakako je bila ona vođena u Sjedinjenim Američkim Državama u drugoj polovini XX veka, okončana odlukom Vrhovnog suda SAD 2015. godine, kada je istopolni brak legalizovan u svih pedeset država. Iz tog razloga i ovaj rad će pratiti razvoj borbe za legalizaciju ove institucije upravo u SAD, do njegove legalizacije u prvoj državi (Masačusets) 2004. godine.

2. Prvobitni istorijski koncept braka

„Tokom istorije brak je evoluirao od dela običaja i tradicije do društvene ustanove regulisane pravom, kojom se reguliše odnos između dva lica (monogamni brak) ili više njih (poligamni brak), radi zajedničkog života i odgajanja potomstva” (Čović, 2020, p. 13). „Brak je prastar, i ne zna se kada je tačno nastao, ali prethodi svim postojećim civilizacijama, religijama i političkim sistemima.” Ove misli su karakteristične za finskog filozofa i antropologa Edvarda Vestermarka, koji u svom proučavanju ide i dalje, čak u praistoriju, gde nalazi neke aspekte bračne veze među praljudima, tačnije majmunolikim ljudima. Priroda braka, ako posmatramo zapadnu civilizaciju, menjala se tokom vremena, ali srž braka je predstavljala pre svega zajednica muža i žene, odnosno jednog muškarca i jedne žene.

U rimskom pravu pojedini istaknuti pravници su davali svoje viđenje šta predstavlja brak. Gracijan (*Gratianus*) smatra da je brak zajednica muškarca i žene koji održavaju nepodeljeni način života (*Sunt enim nuptiae sive matrimonium viri mulierisque coniunctio individuum vitae coniunctionis consuetudinem retinens*). Ulpijan (*Ulpianus*) kaže u Justinijanovim Digestama da je brak zajednica muškarca i žene, koja ih obavezuje na jedan put kroz život (*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*), dok je rimski pravnik Medestinus govorio da je brak zajednica muškarca i žene i partnerstvo celog njihovog života, komunikacija ljudskog i božanskog zakona (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*). U antičkoj Grčkoj naročito se isticalo da brak treba da bude odnos poštovanja i brižne ljubavi koji je osmišljen od boga. Blagoslov crkve je bivao sve cenjeniji, te je postao običaj da se za sklapanje braka traži odobrenje od crkve, a u X veku (911. godine) car Lav VI je proglasio zakon

kojim se propisuje neophodnost crkvene ceremonije pri zaključenju braka, tako da se kaže „...naređujemo da se brak potvrdi dokazima o svetom blagoslovu. Dakle, ako oni koji žele da stupe u brak ne poštuju tu proceduru, ovakva zajednica se od njenog nastanka neće smatrati brakom i takva vanbračna zajednica neće proizvoditi pravno dejstvo” (Novella 89).

Kao oblik religioznog shvatanja braka, Katolička crkva ga opisuje kao bračni savez kojim muškarac i žena uspostavljaju međusobnu zajednicu za ceo život i koji je po svojoj prirodi uređen za dobro supružnika i rađanje i vaspitanje potomstva, koje je Hristos Gospod uzdigao na dostojanstvo sakramenta između krštenih (Codex Iuris Canonici, 1055 §1). Počev od XIII veka, monogamni hrišćanski brak proglašava se jednim od sedam simboličkih sakramenata i time postaje potčinjen kanonskoj jurisdikciji, što znači da je samo onaj brak koji je sklopljen uz blagoslov crkve opšteprihvaćen.

Protestantski reformatori, u XVI i XVII veku, odbacili su klasično katoličko viđenje braka kao sakramenta. Luterani su brak videli kao zemaljski i društveni oblik koji je u većoj meri pod kontrolom države, a u manjoj pod kontrolom crkve i njenih organa. Kalvinisti su brak videli kao zajedničko delo i države i crkve, dok su anglikanci smatrali da je brak pod kontrolom crkve i njenih verskih sudova (Witte, 1997, pp. 5-8). Druge crkve su, takođe, imale isti ili sličan pogled na brak, koji se, naravno, tokom vremena donekle menjao, ali je i danas osnovno stanovište da je brak zajednica muškarca i žene.

3. Istorijski pogled na ideju o istopolnom braku

Teško je reći da je istopolni brak postojao pre početka dvadeset prvog veka, barem u zakonskom smislu, ali ima i onih koji misle drugačije. Istoričar Džon Bozvel (John Boswel) je u svojim delima pokušavao da objasni da je homoseksualizam, pa čak i homoseksualni brak, apsolutno bio prihvatljiv u starom Rimu i antičkog Grčkoj i da je crkva tek sredinom srednjeg veka, pokušavajući da uspostavi veću kontrolu nad ličnim životima vernika, anatemisala homoseksualne veze. Posebno je insistirao na legendi o Sergiju (*Sergius*) i Vakhu (*Bacchus*) koji su bili više rangirani rimski vojnici koji su živeli u IV veku. Rimljani su ih progonili zbog njihove hrišćanske vere i mučili do smrti. Prema hrišćanskoj tradiciji, Sergijeva vera je oslabila zbog smrti njegovog prijatelja, da bi se povratila kada mu se Vakh pojavio u viziji i preklinjao ga da ne odustane, što je značilo da će se njih dvojica ponovo spojiti na nebu ako Sergije ne odustane od hrišćanstva. Sergije je zadržao veru i, kao i njegov drug, umro mučenički. Tokom srednjeg veka, njih dvojica su proglašeni za svece u hrišćanskoj crkvi, kako katoličkoj

tako i pravoslavnoj, kao i u drugim hrišćanskim crkvama. Bozvel je ovo prijateljstvo smatrao homoseksualnom vezom i partnerstvom i to je pokušao da potkrepiti dokazima. Pored Sergija i Vakha, u rimskoj i antičkoj istoriji je pronašao i druge homoseksualne parove kao Harmodija (*Harmodius*) i Aristogitona (*Aristogeiton*) i Hadrijana (*Hadrian*) i Antinoja (*Antinous*), kao i neke likove u dramama Petronijusa (*Petronius*) i Ksenofona Efeskog (engl. *Xenophon of Ephesus*). „Iako profesor John Boswell u svojoj knjizi ‘Same-sex Unions in Pre-Modern Europe’ izdatoj 1994. godine, govori o prihvatanju istopolnih veza, odnosno brakova još u srednjovekovnoj katoličkoj Evropi, a još ranije i u antičkoj Grčkoj i Rimu, zaključci koje iznosi često su upitni, što zbog prevoda sa latinskog, odnosno starogrčkog, a što zbog njegovog predubeđenja” (Čović & Nikolić, 2023, p. 1279). Naročito je diskutabilno njegovo poimanje adelfopoeze (*adelphopoiesis*) na kojoj zasniva svoj stav o istopolnom braku, a to je verska ceremonija koja se istorijski praktikovala da bi se ujedinila obično dva muškarca (retko žene) u crkveno priznatom prijateljstvu i koja ih je obavezivala da se brinu jedan o drugome do kraja života.

Naravno da su teze profesora Bozvela bile predmet žustrih i oštrih kritika, pre svega od strane konzervativnih stručnjaka, ali bilo je mišljenja i tekstova koji su se slagali i odobravali ovakve stavove. Jedan od njih je istoričar Dejvid Grinberg (David Greenberg) koji je uveren da je kategorija homoseksualizma tvorevina kasnog XIX veka, a da do XII veka crkva nije osuđivala homoseksualnost, već ga je u nekim trenucima i slavila. Grinberg je navodio primere iz starog Egipta (period Pete dinastije, oko 2600. p. n. e.) o istopolnim vezama i zajednicama, ukazujući na pojedine reljefe na grobnicama koji prikazuju dva muškarca u intimnim pozama, a da je to tada bilo prihvatljivo pokazuje to što im je faraon obezbedio grobnicu. Isti autor ukazuje i na prihvatljivost istopolnih veza i u Mesopotamiji, pozivajući se na ep o Gilgamešu. Takođe ni u jednom pravnom tekstu Mesopotamije (iz perioda od 2375. p. n. e. do 800. p. n. e), uključujući Hamurabijev zakonik, nisu zabranjene istopolne veze, iako su pol i brak inače bili pravno strogo regulisani (Greenberg, 1988, pp. 124-125). Kenet Dover (Kennet Dover), poznat kao istoričar grčkih seksualnih običaja, smatra da su u antičkoj Grčkoj postojali istopolni brakovi i drevne istopolne veze (Dover, 1978, pp. 89-91).

Slična situacija je bila i u doba Rimske Republike gde je nekim istopolnim zajednicama dat pravni status braka (Cantarella, 1992, pp. 106-114). Neron se oženio dvojicom muškaraca uzastopno, na javnim ceremonijama sa ritualom koji je prikladan za zakoniti brak. Najmanje jednu od ovih zajednica priznali su Grci i Rimljani, a supružniku su dodeljene počasti carice (Boswell, 1980, pp. 81-82).

Mnogi autori vide obrise istopolnih zajednica i u pretkolumbovskoj Americi, na tlu Afrike, kao i u celoj Aziji. Sve su ovo tumačenja zasnovana na pojedinim tekstovima i običajima, ali ne dovoljno pouzdana da bi mogla da se sa sigurnošću prihvate.

4. Istorijat pravne borbe za instituciju istopolnog braka u SAD

Jedna od primarnih prepreka koja je stajala na putu prihvatanja slučajeva istopolnih brakova u Sjedinjenim Državama bila je tendencija sudija da se fokusiraju samo na sopstveno razumevanje braka, koje je zasnovano prvenstveno na sopstvenom iskustvu i iz relativno novije istorije. Pošto su istopolni brakovi manje vidljivi u savremenoj američkoj kulturi nego što je to bio slučaj u drugim periodima u istoriji, sudije imaju tendenciju da vide koncept istopolnih brakova kao nešto novo i čudno, a ne kao osnovnu tradiciju; oni shodno tome zaključuju da je istopolni brak oksimoron, a ne pravo. Da bismo razumeli zašto je ovaj zaključak pogrešan, neophodno je da se obuhvatnije sagleda istorija istopolnog braka (Damslet, 1993, pp. 556-557) i stoga će u nastavku rada biti analizirano nekoliko sudskih slučajeva relevantnih za evoluciju istopolnog braka u SAD.

U Sjedinjenim Američkim Državama, kao uostalom i u celom svetu, institucija istopolnog braka je bila nezamisliva do druge polovine XX veka. U slučaju *Skinner v. Oklahoma*, još 1942. godine, Vrhovni sud je utvrdio suštinsko pravo na brak i kao takvo lično ljudsko pravo smatralo se egzistencijalnim za odvijanje čovekovog opstanka i preživljavanja. U tom periodu brak se smatrao zajednicom jednog muškarca i jedne žene i nije bilo ni govora o istopolnom braku. Tek 1971. godine, Vrhovni sud Minesote je u slučaju *Baker v. Nelson* raspravljao o istopolnom braku. U ovom slučaju je paru odbijena molba za zaključenje braka jer su pripadnici istog pola. Oni su istakli da ni u jednom zakonu nije eksplicitno zabranjeno zaključenje istopolnog braka, a kada im je zahtev odbijen, žalili su se da im je Sud ugrozio pravo na *klauzulu o jednakoj zaštiti (equal protection clause)* iz Četrnaestog amandmana. Klauzula o jednakoj zaštiti zabranjuje proizvoljno razvrstavanje svih lica koja se nalaze u sličnom položaju u odnosu na zakonski tekst. Jedan od argumenata klauzule jednake zaštite je da je muškarcima uskraćena zakonom utvrđena jednaka zaštita jer im nije dozvoljeno da stupe u brak sa drugim muškarcima, kao i da je ženama uskraćena ista zaštita kada im nije dozvoljeno da se udaju za žene. Sud nije prihvatio ovu argumentaciju, ali ipak ovaj slučaj predstavlja prekretnicu u američkom pravosuđu kada je u pitanju evolucija istopolnog braka. U tom periodu su istopolni partneri (gejevi i lezbejke) ulazili u duže i stabilnije veze i smatrali su da se njihove zajednice ne razlikuju od heteroseksualnih brakova, te su počeli da zahtevaju da se istopolne zajednice pravno tretiraju kao brakovi.

Za pobornike istopolnog braka od izuzetne je važnosti bio slučaj *Loving v. Virginia*, jer su upravo u ovom slučaju pronašli vezu sa klauzulom o jednakoj zaštiti. Davne 1958. godine Afroamerikanka Mildred Džeter se udala za belca Ričarda Lovinga u Vašingtonu, Okrug Kolumbija, ali ubrzo po venčanju su se

preselili u Virdžiniju gde su optuženi za kršenje zakona Virdžinije u kome se branilo da brakovi budu između različitih rasa (*Racial Integrity Act*, odeljci 20-58 i 20-59). Nakon osuđujuće presude, bračni par Loving se vratio u Vašington, ali su podneli žalbu. S obzirom na to da je i Vrhovni sud Virdžinije potvrdio prvobitnu presudu, žalba je došla do Vrhovnog suda SAD, koji je utvrdio da je zakon Virdžinije protiv mešanja rasa u braku kršenje osnovnog prava na brak i da država nema nikakav verodostojni razlog da uskrati međurasnim parovima pravo na brak. Ovaj slučaj predstavlja ne samo revolucionarni momenat od kada su rase u SAD izjednačene po pitanju braka već i klasičan princip ustavnog postupanja prema Četrnaestom amandmanu, odnosno klauzuli o jednakoj zaštiti.

Međutim, tadašnja LGBT zajednica nije bila zadovoljna kako Vrhovni sud poima klauzulu jednake zaštite, jer je primenjuje samo na pitanje rase, nacionalnog porekla i probleme stranaca, ali ne i na homoseksualne slučajeve, odnosno pola. Klauzula o jednakoj zaštiti nije adekvatan mehanizam kojim istopolni partneri mogu da ostvare jednaka bračna prava kao i heteroseksualni partneri. Očigledno da se garancija jednake zaštite zapravo ne primenjuje na sve ljude koji su različiti. Garancija jednake zaštite je, dakle, iluzorni oblik zaštite za istopolne partnere koji žele da stupe u brak jer se po strukturi inherentno razlikuju od heteroseksualnih parova (Lewis, 1988, p. 1785).

Sučaj *Jones v. Hallahan* se odnosi na lezbejski par koji je podneo molbu za priznavanje njihovog braka od strane države i nakon odbijanja zahteva za brak, par se žalio sudu u Kentakiju, tvrdeći da je lišen prava na brak, prava na udruživanja i prava na slobodno ispovedanje vere. Tadašnji zakon o braku države Kentaki nije izričito zabranjivao istopolne brakove, ali kada je govorio o braku, pominjao je muškarca i ženu. Glavno sudsko objašnjenje zašto je odbio da izda dozvolu za brak je što stranke nisu u stanju da ostvare suštinu braka i da su istopolni brakovi po definiciji nemogući.

Džonu Singeru i Polu Barviku je 1971. godine odbijen zahtev za dozvolu braka u Vašingtonu i na to su se žalili ukazujući da im je uskraćeno pravo na brak, što je u suprotnosti sa Amandmanom o jednakim pravima (Equal Rights Amendment) Ustava države Vašington, kao i sa Osmim, Devetim i Četrnaestim amandmanom Ustava Sjedinjenih Država. Sud nijednog trenutka nije eksplicitno naveo da su istopolni brakovi zabranjeni, ali je sugerisao da se u zakonu o braku ne pominje reč muško i žensko, te je izveo zaključak da zakonodavna vlast nije zvanično odobrila istopolne brakove.

Sud je razmotrio implikacije Amandmana o jednakim pravima kojim se predviđa da se jednakost prava i odgovornosti prema zakonu ne sme ukinuti niti uskratiti zbog pola. Sud je, međutim, dodao da ne veruje da je postojala namera da se istopolnim parovima ponudi zakonska zaštita braka, kao i da bi tumačenje

Amandmana o jednakim pravima, koje bi pružilo jednaku zaštitu istopolnim brakovima, podrilo svrhu proširenja obima Amandmana. Na primedbu da je slučaj *Loving v. Virginia* promenio definiciju braka kroz tumačenje Četrnaestog amandmana, Sud je naveo da su samo zabranjena rasna ograničenja braka, ali ne i da se promenila osnovna definicija braka kao zakonske zajednice jednog muškarca i jedne žene. Verovatno najkontroverznija izjava Suda u ovom slučaju je da podnosiocima žalbe nije odbijen ulazak u bračnu vezu zbog njihovog pola, već im se uskraćuje bračna veza zbog priznate veze u koju mogu da stupe samo dve osobe koje su pripadnice suprotnog pola. Ova izjava je i kontradiktorna i kružna: prvo, ona kaže da razlog zašto se Singeru i Barviku uskraćuju jednaka zaštita zakona nije zbog njihovog pola, drugo, kaže da je razlog zašto se istopolni parovi ne mogu venčati taj što istopolni parovi ne mogu da stupe u brak. Ova kružna izjava je zasnovana na priznanju države da društvo u celini gleda na brak kao na odgovarajući i poželjan forum za razmnožavanje i odgajanje dece, iako se od bračnih parova ne zahteva da postanu roditelji, kao i da neki parovi nisu u stanju da postanu roditelji. Ostaje činjenica da brak postoji kao zaštićena pravna institucija prvenstveno zbog društvenih vrednosti povezanih sa razmnožavanjem ljudske rase. Dalje, očigledno je da nijedan istopolni par ne nudi mogućnost rađanja dece u svojoj zajednici. Dakle, odbijanje države da odobri istopolne brakove je rezultat nemogućnosti reprodukcije, a ne zlonamerne diskriminacije zbog pola.¹

Posle sudskog odbijanja da prizna istopolni brak u slučaju *Singer v. Hara*, došlo je do odustajanja istopolnih partnera od traženja jednake zaštite prava od sudova. Tek je 1982. godine, u slučaju *Adams v. Howerton*, ponovo aktuelizovan zahtev za priznanje istopolnog braka. U ovom slučaju par je dobio dozvolu za sklapanje braka od strane ovlašćenog službenika i brak je sklopljen, ali budući da je jedan od partnera Australijanac, zbog produžetka vize su morali da se obrate Službi za imigraciju i naturalizaciju (SIN), koja nije prihvatila njihov brak kao verodostojan. Sud je takođe bio na stanovištu SIN-a da čak i ako je brak priznat (ni u jednom trenutku nije tvrdio da je nelegalan po osnovu zakona), on nije verodostojan po Zakonu o imigraciji, i da oni tumače da Kongres nije želeo da istopolni brak bude valjan. Glavna mana u analizi suda je njegovo preterano poštovanje moći Kongresa nad imigracijom, jer Kongres nema ovlašćenje da suspenduje garancije Petog i Četrnaestog amandmana jednake zaštite – čak ni u pitanjima o imigraciji. Da su žalioци bili suprotnog pola, SIN bi bez ikakvih problema dao dozvolu za produženje vize, ali ovako njihov brak nije priznat jer su bili istopolni par, a uskraćena im je jednaka zaštita zakona.

U predmetu *Baehr v. Miike* (prvobitno se predmet vodio pod *Baehr v. Lewin*) (Mršević, 2009, pp. 78 i dalje), tri istopolna para podnela su tužbu protiv

¹ Vid. više u tekstu slučaja *Singer v. Hara* 522 P.2d 1187, 1188 (Wash. App. Div. 1974), 1195.

Zakona o braku nakon što im je uskraćena dozvola za brak krajem 1990. godine. Prvostepeni sud je odbacio predmet, ali je Vrhovni sud države Havaji vratio slučaj, nakon što bi uskraćivanje istopolnih brakova moglo da ukaže na neprimjenjivanje jednake zaštite zakona i diskriminaciju na osnovu pola. Trebalo je da tužilac koji predstavlja državu pokaže kako zakon koji reguliše bračne odnose nije prekršio klauzulu jednake zaštite i da država ima interes da, između ostalog, zaštiti zdravlje i dobrobit dece i drugih osoba i da neguje rađanje dece u bračnom okruženju, da obezbedi priznavanje brakova sklopljenih na Havajima u drugim državama SAD i da taj interes opravdava zakon koji zabranjuje istopolne brakove (*Baehr v. Miike*, 1996, p. 2). Međutim, njegovi argumenti nisu predložili dokaze da istopolni brakovi imaju bilo kakvog negativnog uticaja na javnost i da bi mogli ugroziti državne interese. Prvostepeni sud je presudio da Zakon o braku države Havaji kojim se zabranjuju istopolni brakovi krši klauzulu o jednakoj zaštiti Ustava Havaja, a ovu presudu je potvrdio i Vrhovni sud krajem 1997. godine. Ovo je bio veliki napredak za legalizaciju istopolnih brakova, ali ovim slučajem on nije zakonski prihvaćen, jer godinu dana kasnije birači na Havajima su odobrili ustavni amandman (čl. 1, br. 23) kojim se državi omogućava da brak dozvoli samo između heteroseksualnih parova, što je Vrhovni sud Havaja 9. decembra 1999. godine potvrdio. Ovo znači da je bilo onemogućeno da se neko više žali na uskraćivanje prava klauzule o jednakom pravu zaštite.

Prvobitna odluka suda u slučaju *Baehr v. Miike* je podstakla druge države SAD (čak šesnaest u narednim godinama) da donesu ustavne amandmane kojim se brak ograničava isključivo na zajednicu između muškarca i žene. Zakon o odbrani braka (Defense of Marriage Act) je donet 1996. godine. Između ostalog, ovaj zakon definiše pojmove „brak” i „supružnik” za potrebe saveznog zakona, a i daje ovlašćenje državama da odbiju priznavanje istopolnih brakova sklopljenih u drugim državama. Sam zakon je stavljen u odbranu institucije heteroseksualnog braka tako što se nalaže da samo zakonska zajednica muškarca i žene predstavlja brak po saveznom zakonu. Takođe, svrha ovog zakona je da spreči da građani jedne države koja ne dozvoljava istopolne brakove otputuju u drugu, koja takve brakove dozvoljava, pa da se vrate u svoju zahtevajući pravno priznanje braka. Takođe, ovim zakonom se istopolnim parovima zabranjuje dobijanje federalnih beneficija. Većina kasnijih slučajeva u kojima se tražilo priznanje istopolnog braka je vođena u državama (Masačusets, Konektikat, Kalifornija, Ajova i pre svih Vermont) za koje se smatralo da su tolerantnije u pogledu ovog pitanja. Bilo je i država u kojima su sudovi odmah odbacivali legalizaciju istopolnih brakova, kao što su Njujork, Merilend, Vašington, Arizona, Indijana itd.

Iako istopolni brak nije zvanično priznao, Vrhovni sud Vermonta je 1999. godine, u predmetu *Baker v. Vermont*, smatrao da je uskraćivanjem zakonskih

beneficija i zaštite braka istopolnim parovima prekršen Ustav države Vermont. Klausula o zajedničkim beneficijama (Common Benefits Clause) Ustava Vermonta (poglavlje I, čl. 7) navodi da „vlada jeste ili bi trebalo da bude uspostavljena za zajedničku korist, zaštitu i bezbednost naroda, nacije ili zajednice, a ne zbog koristi pojedinca, porodice, ili grupe ljudi, koji su u toj zajednici”. Sud je naredio zakonodavnoj vlasti Vermonta da stvori sistem koji će istopolnim parovima obezbediti beneficije srazmerne onima koje imaju heteroseksualni bračni parovi, što je rezultiralo donošenjem Zakona o osnivanju građanskih zajednica za istopolne parove 2000. godine. Ovo jednostavno znači da je istopolnim partnerima dozvoljeno stupanje u brak, ali iz praktičnih, odnosno bolje rečeno političkih razloga, brak se naziva građanska zajednica.

Građanska zajednica je sveobuhvatan pravni status paralelan građanskom braku za sve svrhe prema zakonu države Vermont. Od 1. jula 2000, istopolni par iz bilo koje države, u kojoj svaka osoba ima najmanje 18 godina, koja je svesna i nije u bliskom krvnom srodstvu, može podneti zahtev gradskim službenicima u Vermontu za dozvolu za sklapanje građanske zajednice. Prema zakonu, supružnici u građanskoj zajednici uživaće istu zaštitu i odgovornosti koje su dostupne supružnicima u braku, dakle sva zakonska prava koja se odnose na porodicu, užu porodicu, izdržavane osobe i neposrednu rodbinu se primenjuju na supružnike u građanskoj zajednici. Zakon o građanskoj zajednici bi trebalo da se široko tumači kako bi se istopolnim parovima koji ispunjavaju uslove obezbedila mogućnost pravnog statusa uz pogodnosti i zaštitu građanskog braka. Ostale države, kao uostalom i savezni Zakon o odbrani braka u prvo vreme nisu priznavali građanske zajednice, tako da je ova institucija, u vreme svog donošenja bila validna samo u državi Vermont.

Slučaj *Goodridge v. Dept. of Public Health* je u suštini prva pobeda u SAD, jer je sud dozvolio zaključenje istopolnih brakova. Sedam istopolnih parova u Masačusetsu podnelo je zahtev za izdavanje dozvole za brak 2001. godine, ali je Odeljenje za javno zdravlje Masačusetsa (nadležni organ za dozvolu zaključenja braka) odbilo njihove prijave iz razloga što država nije priznala istopolne brakove. Oni su podneli tužbu tvrdeći da im je uskraćena dozvola za brak samo iz razloga jer su istopolni partneri i da im je onemogućena zaštita, beneficije kao i obaveze braka, što predstavlja kršenje Ustava Masačusetsa (člana 1, koji zabranjuje diskriminaciju na osnovu pola). Viši sud je 2002. godine potvrdio odluku Odeljenja za javno zdravlje, te se oštećena strana obratila žalbom Vrhovnom sudu. U ovom slučaju Vrhovni sud države Masačusets je smatrao da je Odeljenje za javno zdravlje uskratilo dozvolu za brak istopolnim parovima i da je to nespojivo sa ustavnim principima poštovanja individualne autonomije i jednakosti. Takođe, Sud je naveo da se istopolnim parovima ne sme oduzeti pravo pristupu braku kao instituciji od osnovnog pravnog, ličnog i socijalnog značenja (*Goodridge v. Dept. of*

Public Health, 2003, pp. 949, 958), stoga je definisao građanski brak kao dobrovoljnu zajednicu dva lica kao supružnika, isključujući sve druge.

Razmatrajući ovaj predmet, Vrhovni sud je odbacio tri argumenta države koji se tiču ograničavanja braka isključivo na heteroseksualne parove. Prvi argument se odnosio na cilj braka kao obezbeđivanje idealnog okruženja za reprodukciju ljudi, što je Sud odbacio smatrajući da je dugoročna obaveza ključni element braka, a primetio je i da je brak dozvoljen heteroseksualnim parovima koji su neplodni i neizlečivo bolesni. Ni drugi argument koji se odnosi na brakove suprotnog pola kao optimalnog okruženja za odgajanje dece Sud nije prihvatio, ukazujući da je veliki broj jednoroditeljskih i netradicionalnih porodica koje su uspešno odgajale decu, kao što je slučaj i kod homoseksualnih i lezbejskih roditelja. Treći argument se ticao finansijskih sredstava kojim država raspolaže za pomoć pri braku i da bi odlivanje ovih sredstava na proširivanje braka na istopolne parove predstavljao veliki odliv ovih resursa, što je Sud odbacio kao neuverljiv i neobrazložen argument.

Pre nego što je javno objavio svoju presudu, Sud je sačekao zakonodavce države Masačusets i dao im rok od 180 dana da, u svetlu svih nalaza iz presude, promeni formulaciju institucije braka. Senat je pokušao da ponudi kao rešenje osnivanje građanske zajednice, sa čime se nisu složili pokretači ovog slučaja, smatrajući da uskraćivanje bračnog statusa dovodi do neravnopravnosti građana. Sud se složio sa ovim stavovima, navodeći da bi eventualni zakon o građanskoj zajednici prolongirao neustavan, inferioran i diskriminatorni status za istopolne parove. S obzirom na to da zakonodavni organ nije promenio zakonske formulacije o braku, presuda je stupila na snagu i nadležni organi su, od 17. maja 2004. godine, počeli da izdaju dozvole za brak istopolnim partnerima. Zakonodavni organ se nije mirio sa ovakvim ishodom, te je tokom 2004. godine i krajem 2006. godine pokušao amandmanima da definiše brak samo kao zajednicu muškarca i žene, a za istopolne parove omogući građansku zajednicu. Svaki ustavni amandman mora da prođe glasanje na dve uzastopne sednice zakonodavnog organa, pa tek onda da se iznese na referendum pred glasače. Iako je prošao glasanje u zakonodavnom telu, sa tesnom razlikom, amandman su odbili glasači na referendumu septembra 2005. godine i još jednom u junu 2007. godine.

5. Zaključna razmatranja

Nakon slučaja *United States v. Windsor* 2013 godine, Vrhovni sud je proglasio Zakon o odbrani braka neustavnim, zbog kršenja Petog amandmana, što je otvorilo put ka potpunoj legalizaciji istopolnog braka (Baude, 2013, pp. 150-160). To se i dogodilo dve godine kasnije, kada je u izricanju presude u slučaju *Obergefell v. Hodges* Vrhovni sud zaključio da je zaključenje istopolnog braka ustavno pravo

zagarantovano na celoj teritoriji SAD i zahtevao je od svih pedeset država da priznaju i prihvate istopolne brakove. U izdvojenom mišljenju, sudija Džon Roberts ističe da „zabrane istopolnih brakova nisu kršile klauzulu o redovnom postupku ili pravo na privatnost, kao ni klauzulu o jednakoj zaštiti; one su bile povezane sa državnim interesom – očuvanjem tradicionalne definicije braka” (Čović, 2021, p. 696).

Ta presuda se smatra najvažnijim zakonom o istopolnim brakovima u SAD i prekretnicom u borbi za prava homoseksualaca. Time se i završava dugotrajan i mukotrpan put ka priznavanju ove institucije i eliminiše se diskriminacija na osnovu pola u svim bračnim stvarima.

Literatura

- Baude, W. 2013. Interstate Recognition of Same-sex marriage after Windsor. *New York University Journal of Law and Liberty*, 8, pp. 150-160.
- Boswell, J. 1980. *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality - Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*. Chicago, University of Chicago Press. DOI: <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226067148.001.0001>
- Boswell, J. 1994. *Same-sex Unions in Pre-Modern Europe*. New York: Villard Books.
- Cantarella, E. 1992. *Bisexuality in the Ancient World*. New Heaven: Yale University Press. DOI: <https://doi.org/10.12987/9780300236170>
- Čović, A. 2020. *Porodičnopravni aspekti verskih brakova*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Čović, A. 2021. Uticaj sudske prakse na zakonsku regulativu u oblasti prava LGBT zajednice. *Sociološki pregled*, 3, pp. 690-713. DOI: 10.5937/socpreg55-32553
- Čović, A. & Nikolić, O. 2023. The Influence of the Crisis of Religion on the Weakening of Patriarchal Family. U: Đurić, V. & Đukić, D. (ur.). *Savremeno državno-crkveno pravo – uporednopravne i nacionalne perspektive*. Budva, Beograd: Mitropolija Crnogorsko-primorska Srpske pravoslavne crkve, Institut za uporedno pravo, pp. 1277-1302.
- Damslet, O. R. 1993. Same-sex Marriage. *New York Law School Journal of Human Rights*, 10(2), pp. 555-593.
- Dover, K. J. 1978. *Greek Homosexuality*. Cambridge: Harvard University Press.
- Greenberg, D. 1988. *The Construction of Homosexuality*. Chicago: University of Chicago Press.
- Lewis, C. A. 1988. From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage. *Yale Law Journal*, 97, pp. 1783-1803. DOI: <https://doi.org/10.2307/796554>
- Mršević, Z. 2009. *Ka demokratskom društvu – Istopolne porodice*. Beograd: Institut društvenih nauka.
- Witte, J. Jr. 1997. *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion and Law in the Western Tradition*. Louisville: Westminster John Knox Press.

Pravni izvori

Codex Iuris Canonici - Zakonik kanonskog prava, 1988, Zagreb, Glas koncila.
Constitution of the Commonwealth of Kentucky, od 1792, sa amandmanima.
Constitution of the State of Hawaii, od 1950, sa amandmanima.
Constitution of the State of Massachusetts, od 1787, sa amandmanima.
Constitution of the State of Vermont, od 1793, sa amandmanima.
Constitution of the United States, od 1787, sa amandmanima.
Defense of Marriage Act, od 1996.
The Digest of Justinian, eds. Mommsen, T., Watson A., Philadelphia, 1993, University of Pennsylvania Press.
Racial Integrity Act of State of Virginia, iz 1924.

Sudska praksa

Adams v. Howerton, 673 F.2d 1036, 1038 (9th Cir.), cert. denied, 458 U.S. 1111 (1982).
Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).
Baehr v. Miike, 91-1394, 1996 WL694235, at *1 (Haw. Cir. Ct. Dec. 3, 1996).
Baker v. Nelson, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971).
Baker v. Vermont, 744 A.2d 864 (Vt. 1999).
Goodridge v. Dep't of Pub. Health, 798 N.E.2d 941, 961 (Mass. 2003).
Jones v. Hallahan, 501 S.W.2d 588 (Ky. Ct. App. 1973).
Loving v. Virginia, 388 U.S. 1,11 (1967).
Singer v. Hara, 522 P.2d 1187, 1188 (Wash. App. Div. 1974).
Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535, 541 (1942).
Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).
United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675, 2682 (2013).

POLITIČKE STRANKE U SAVREMENOJ DEMOKRATIJI – POJAM I ELEMENTI**

Sažetak

Političke stranke su neophodan činilac demokratskih sistema. Autor u radu definiše pojam i osnovne elemente pojma političkih stranaka imajući u vidu političku i javnopravnu dimenziju. Autor analizira pet osnovnih elemenata koje su klasični i moderniji autori razmatrali prilikom definisanja političkih stranaka: ideologiju, izražavanje interesa socijalnih grupa, ostvarivanje državnog (nacionalnog) interesa, predlaganje kandidata na izborima za javnopolitičke funkcije, vršenje vlasti i stalnost.

Prilikom razmatranja su posebno u obzir uzete društvene promene koje su uticale na promenu političkih stranaka, ali i celokupnog političkog sistema. Tako su određeni elementi koje su klasični teoretičari političkih stranaka smatrali suštinom nekadašnjih partija, poput ideologije i zastupanja interesa određenih socijalnih grupa, postali više simboličkog i lako promenljivog karaktera.

U radu se otuda daje definicija koja sadrži nužne, konstitutivne elemente. Političke stranke se određuju kao postojana (stalna) organizacija koja isticanjem kandidata na izborima omogućava vršenje političke vlasti i sprovođenje određene politike koja se želi sprovesti kroz pravno obavezujuće odluke i norme.

Ključne reči: političke stranke, političke partije, ideologija, kandidovanje na izborima, demokratija.

* Doktor pravnih nauka, naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija.

E-mail: s.manojlovic@iup.rs

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6017-1544>

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

POLITICAL PARTIES IN MODERN DEMOCRACY – TERM AND ELEMENTS

Summary

Political parties are a necessary component of democratic systems. In the paper, the author defines the concept and basic elements of the concept of political parties, keeping in mind the political and public legal dimension. The paper analyzes five basic elements that classical and more modern authors considered when defining political parties. These are: ideology, expression of interests of social groups, realization of state (national) interest, nomination of candidates in elections for public-political positions, exercise of power and permanence.

During the discussion, the change of the political party, and therefore the entire political scene with the changes that took place in society through the development of the economy, consumer society and mass media, were taken into account. Thus, certain elements that classical theorists of political parties considered the essence of former parties, such as ideology and representation of the interests of certain social groups, became more symbolic and easily changeable.

The paper therefore gives one definition containing the necessary, constitutive elements. Hence, political parties are defined as permanent (permanent) organizations that, by nominating candidates in elections, enable the exercise of political power and the implementation of certain policies that are to be implemented through legally binding decisions and norms.

Keywords: political parties, ideology, running in elections, democracy.

1. Uvodna i metodološka razmatranja

Moderne demokratije nesporno su nezamislive bez političkih stranaka, odnosno partija.¹ U ranijim radovima o strankama često je isticana i njihova tamnija strana. U čuvenoj Mihelsovoj teoriji „Gvozdeni zakon oligarhije” ističe se da svaka organizaciona struktura, bez obzira na demokratsku postavku, s vremenom doživljava oligarhijsku elitizaciju u kojoj mala grupa ljudi koncentriše moć odlučivanja (Michels, 1911). Ostrogorski (1921, p. 50) je čak odlazio toliko daleko da se zalagao za eliminisanje i zamenu političkih stranaka. Danas, u teoriji, a i samoj praksi, postoji nesporni konsenzus da političke stranke jesu *conditio sine qua non* modernih političkih sistema. U teoriji se otuda titulišu kao

¹ U radu ćemo ravnopravno koristiti termine (politička) stranka i partija.

„kritični akteri”, „nezamenljivi faktori”, „ključni činiooci”, „glavni protagonisti” i „pokretačka snaga” savremene demokratije. Sajler političke stranke metaforično naziva „nasušnim hlebom liberalne demokratije” (Seiler, 1981, p. 3), Kac ističe da bez „partija nije izvesno da bi izborni procesi mogli imati smisao, čak ni kada bi bili tehnički slobodni” (Katz, 1980, p. 1), Goati (2007, p. 11) ih prikazuje kao „žilu kucavicu demokratije”. Oni su, kako ističu francuski autori sredinom prošlog veka, „motori političkog života” (Burdeau, 1965, p. 66). Šatšnajder liberalnu demokratiju smatra „nezamislivom bez političkih stranaka” (Schattschneider, 1942, p. 1) što je ukoliko krenete da se bavite izučavanjem literature o političkim strankama verovatno najcitiranija misao, pa se duhovito ocenjuje kao „konvencionalna mudrost” u akademskim radovima o političkim strankama.

Političke stranke jesu nužnost u demokratskim porecima. Istovremeno, postojanje političkih stranaka ne podrazumeva nužno da se *eo ipso* podrazumeva i demokratija, već postoje i u represivnim, antidemokratskim sistemima, gde vrlo često predstavljaju instrument u razaranju demokratskih tekovina.² A primer nemačkog nacizma jeste i najkarakterističniji prikaz modela gde politička stranka, koristeći demokratski poredak, postaje sredstvo njegovog razaranja. Stoga druga bitna premisa jeste ona da upravo političke stranke mogu biti razarajući činilac pravnog poretka i samim tim demokratskog sistema.

U radu se razmatra teoretsko određivanje pojma političkih stranaka u okvirima političkih sistema savremenih demokratija koji karakteriše stranački pluralizam. Političke stranke su fenomen koji je karakterističan i za nedemokratske političke sisteme. U takvim sistemima političke partije ne samo da postoje, nego naročito u jednopartijskim sistemima su često nosioci, držaoci i braonici postojećeg antidemokratskog poretka. Njihova teorijska obrada prevazilazi domete ovoga rada. Jedna od osnovnih karakteristika demokratija jeste omogućavanje većini da donosi odluku o ključnim društvenim odlikama. Samo etimološko značenje demokratije u svome korenu podrazumeva vladavinu naroda i izvedeno je iz grčkih reči *demos* (narod) i *kratein* (vladati). Uz ovo vrednosno određenje, koje se prostom etimologijom zaključuje, koncept savremene demokratije podrazumeva i vladavinu prava, slobodne i poštene višestranačke izbore, osnovna (ljudska) prava i slobode, spomenutu vladavinu većine uz zaštitu prava manjina (Manojlović, 2021, pp. 35-37). Suštinski, ovi osnovni elementi su neophodni sastojci, ali se u različitim modalitetima i merama ostvaruju u pojedinim državama i društvima, kulturama i civilizacijama.

² Tako su političke stranke imale ulogu značajnog, pa čak i presudnog instrumenta za razaranje demokratskih tekovina ili ograničavanje osnovnih sloboda i prava u nacističkoj Nemačkoj, ali i fašističkoj Italiji ili Sovjetskom Savezu, kao i sistemima koji su bili derivati ovih modela. O političkim strankama kao razarajućim činioocima pravnog poretka vid. Stanić (2019).

Nesporno je da postoji određeni minimalni nivo oko kojeg postoji konsenzus u zemljama koje se svrstavaju u moderne demokratije. Činjenica je, takođe, da određeni sistemi ne ispunjavaju u potpunosti navedene kriterijume, pa se otuda u teoriji govori o hibridnim, autoritarnim režimima, stabilokratijama, koje opet, s druge strane, imaju makar formalnu, najčešće fasadnu ispunjenost navedenih kriterijuma i ne mogu se svrstavati u potpunosti u autokratske i tiranske režime. Vrlo često su upravo političke stranke u tim državama instrument koji onemogućava demokratski razvoj. Otuda ćemo naznačenu pojmovnu analizu nesporno vršiti u veberovski rečeno „idealno tipskom smislu”. Prilikom takve analize, sama težnja ka idealnom modelu ne sme nas odvojiti od realnosti i odvesti u nepraktično teoretisanje.

Pitanje političkih stranaka je pretežno politikološko pitanje i najčešće je predmet obrade ove društvene nauke. Istovremeno, političke stranke su bitan institut javnog prava koji je u velikoj meri zapostavljen. Definisajući pojam političkih stranaka upravo i želimo da pridemo ističući javnopravnu komponentu političkih stranaka, ali ne zanemarujući njihovu politikološku komponentu. Javnopravna komponenta je bitna jer ako pričamo o demokratskom okviru, mi pričamo zapravo o okviru koji je određen liberalno demokratskom ustavnošću i o institutu stranaka koje su deo tog sistema.

U radu ćemo koristiti teorijska razmatranja počev od modernijih autora pa do pionira i utemeljivača teorijskih razmatranja o političkim strankama. Otuda je nesporno da razmatranje bude u okviru istorijskog konteksta, ali i da se razumeju razvoj i turbulencije koje su političke stranke, ali i moderne demokratije pretrpele tokom vremena.

Određnica modernog ima tendenciju da pokrije savremeno, trenutno shvatanje demokratije, ali nesporno govori o periodu liberalnodemokratske ustavnosti za koji se u teoriji smatra da je pokrenut revolucionarnim previranjima u Evropi 1848. i 1849. godine, kada dolazi do, kako ističe Marković (2005, p. 67) „likvidacije poslednjih feudalnih odnosa”, a svoje vrednosno utemeljenje nalazi u teoriji narodne suverenosti, učenju da država pripada narodu i građanima i da postoji zbog njih.

Na kraju, smatram bitnim da istaknem da sam se pitanjem političkih stranaka bavio u okvirima doktorske disertacije (Manojlović, 2021, pp. 35-37), pa ovaj rad predstavlja nadograđena prethodna razmatranja, ali svakako želim da napomenem da sam u određenom delu ranije stavove napustio i zauzeo u određenim slučajevima čak i dijametralno suprotne teorijske pozicije.

Takođe, budući da sam za potrebe doktorske disertacije pojam političkih stranaka obradio pre svega pregledno, u ovom radu bih, kao nadogradnju, želeo istaći i produbiti hipotezu da su političke stranke kao politikološko-pravni pojam s vremenom doživele promenu koja je posledica određenih društvenih promena.

2. Elementi pojma političke stranke

U centralnom delu rada raščlanili smo elemente koje se u literaturi uglavnom navode kao konstitutivni sastojci teorijskog pojma političke stranke u savremenim demokratijama, kako bismo utvrdili koji od njih i u kom obimu jesu neophodni činioци termina. To su: ideologija, izražavanje interesa socijalnih grupa, ostvarivanje državnog (nacionalnog) interesa, predlaganje kandidata na izborima za javne političke funkcije, vršenje vlasti i stalnost.

2.1. Ideologija kao element političke stranke

Ideologija političkih stranaka se u mnogim radovima, naročito onim starijima, isticala kao jedno od važnijih, pa čak i ključno obeležje političkih stranaka. U teoriji se čak i celokupno političko određenje političkih stranaka svodilo na ovaj element. Konstant ih tako svodi na „udruženje građana koji propovedaju istu političku ideologiju” (Constant, navedeno u Duverger, 1976, p. ix). Slično čini i Levinštajn, nesporno klasik političkog sistema, koji partiju određuje kao „udruženje ljudi s istovetnom političkom ideologijom”, ali pridodaje još jedan element – delovanje kroz „stalnu organizaciju” (Loevenstein, 1954, p. 75). Goati (2007, p. 25), takođe zbog čestog isticanja bitnosti, pa i svođenja političkih stranaka na ovaj element, određuje ih kao ideološke organizacije.

U ovom odeljku smatramo važnim dati odgovor na dva pitanja. Prvo je da li se političke stranke mogu svesti samo na ideološku komponentu. Drugo je vezano za pojavu krize ideologije u modernim političkim strankama. Nedostatak ideologije je fenomen kojim možemo obuhvatiti sve (*catch all*) stranke koje izbegavaju čisto ideološko profilisanje (Kirchheimer, 1966), ali i pojave klijentelističkih stranaka (Katz & Mair, 1995). Takođe, isto pitanje se nameće zbog zloupotrebe ideologija i političkih ideja određenih stranaka u predizborne svrhe, da bi se nakon toga od tih istih ideja odustajalo. Otuda je drugo pitanje da li je u modernoj politici došlo do gubljenja ideologije kao pojmovnog elementa političkih stranaka.

Nema dileme da političke stranke ne možemo svesti isključivo na njihovu ideološku komponentu. Ideologija predstavlja skup određenih međusobno konzistentnih ideja koje čine određeni sistem o načinu na koji je potrebno urediti državu i društvo. Stranke nisu samo ideološka „svetilišta”, niti „učilišta”. Organizacija sastavljena od intelektualaca sa izvrsno teoretski uobličanim teoretskim konceptom određenih političkih ideja ima izrazito jaku ideološku komponentu, ali ne predstavlja suštinski političku partiju. Štaviše, takve organizacije često imaju i izraženiju ideološku komponentu zato što ostaju u apstraktnim teoretskim konceptima, bez praktičnog delanja koje često razvodnjava ideološku čistotu.

Značajni moderniji autori političkog sistema poput Hejvuda (2002, p. 464) i Sartorija (1976, p. 65) stranke određuju bez isticanja ideologije. Pitanje ideoloških komponenti političkih stranaka u velikoj meri je razvodnjeno pojavom *catch-all* („obuhvati sve”) partija (slično i kod: Stanić, 2018, p. 90) koje su zamenile prethodne ideološki snažno profilisane i socijalno utemeljene partije. Reč je o strankama koje su, umesto nekada snažnih ideoloških stranaka, počele da prave koktel ideoloških ideja prihvatljiv svima, odnosno što širem krugu birača.

Nesporno je da su političke stranke u svom nastanku imale snažnu ideološku osnovu koja je bila temelj njihovog postojanja i najčešće su sadržale učenja koja su prijemčiva određenim, specifičnim krugovima i slojevima društva. Otuda su ranije političke stranke imale ideologiju utemeljenu na izuzetno ozbiljnim teoretskim učenjima. Liberalizam se temeljio na delima najvećih umova prosvetiteljstva – Rusoa, Montesjkjea, Loka... Berk je otac konzervativizma, dok su socijalizam, a naročito njegova podvrsta komunizam izvorište nalazili u *Komunističkom manifestu* Fridriha Engelsa i Karla Marksa, kao i Marksovom *Kapitalu*.

Usled političkih, društvenih, ali i ekonomskih okolnosti, nesporno je istaći da današnje političke stranke u velikoj meri gube ideološki karakter koji je bio njihova osnova. Jedan od ključnih razloga jeste porast kvaliteta života, gde se kod obezbeđivanja osnovnih prava gubi rovska društvena podeljenost, koju je Goati (2007, p. 45) isticao kao *conditio sine qua non* masovnih ideoloških stranaka. Ključni uzrok ove političke demobilizacije širih društvenih slojeva, kako se ističe na primeru skandinavske demokratije, jeste zapravo, kako se ističe u literaturi, uspeh (Goati, 2007, p. 45). Iako mnoge zemlje nisu imale skandinavski porast standarda, nesporno je da je u liberalnim demokratijama u velikoj meri došlo pored obezbeđivanja osnovnih radnih prava i do skoka ekonomskog standarda koji je suštinski promenio tadašnji način života. Porast životnog standarda, razvoj potrošačkog društva, pojava masovnih medija, previše dokolice, čine da se politika konzumira u većini slučajeva usput i ne tako temeljno kao ranije. Masovni mediji, iako prividno, nesporno u pogledu mnogih životnih shvatanja brišu ranije nepremostive razlike između različitih slojeva. Time se zapravo i ideološka komponenta političkih stranaka razvodnjava (Manojlović, 2021, p. 57).

Stranke gube izraženu ideološku čvrstinu i čistotu uz neku vrstu rastegljivu i pitkiju političku doktrinu koja se lako menja i više se vodi računa da bude milozvučna ušima prosečnog birača nego što ima logično ustanovljen sistem.

Otuda bismo mogli reći da su nekada stranke težile pobedi na izborima kako bi sprovele sopstvenu ideologiju, a danas imaju određenu politiku kako bi pobedile na izborima. Upravo tako se ističe da „stranke formulišu politiku, kako bi pobedile na izborima, a ne pobeđuju na izborima kako bi formulisale politiku” (Downs, 1957, p. 25). Politička ideologija se time određuje kao sredstvo osvajanja

vlasti, a ne cilj sam po sebi. Reč je zapravo o tržišnom posmatranju politike. Biračima se zapravo politička ideologija pakuje i prodaje za glas na biralištima. Blondel otuda plasiranje ideologije i programa izjednačava sa „proizvodom industrijskih firmi” (Blondel, 1978, p. 141). Benfield takođe, pišući o partijskom sistemu SAD, ukazuje da su u pitanju „biznis organizacije sa posebnim vidom poslova – osvajanje glasova i pobeda na izborima,” stranke otuda određuje kao „apolitičnu mašineriju” za koju ideologija predstavlja „opasnost i pretnju” (Banfield, 1966, p. 83). U našim ranijim radovima smo takođe ukazivali na postojanje ovog „privrednog principa” gde plasiranje političkih ideja danas za marketinške stručnjake koji rade „prodaju političkih ideja” nema naročitih razlika u odnosu na prodaju šampona (Manojlović, 2011, pp. 275-276).

Nesporno je da ideologija političkih stranaka jeste nešto što je znatno slabije u postojećim političkim sistemima, kao i da se ona često prilagođava biračima. Takođe, značajan je fenomen zalaganja određenih političkih opcija za određene ideje od kojih po dolasku na vlast odustaju ili čak sprovode suprotnu politiku. A takođe je zanimljiv fenomen stranaka koje izbegavaju izjašnjavanje po brojnim političkim pitanjima.

Pa ipak, uprkos svemu navedenom, političke stranke jesu zasnovane na određenim idejama, politici koju zastupaju, sprovode i zagovaraju. Iako bismo cynično rekli da ova tri delovanja često nisu u saglasju, politika jeste temelj stranačkog delovanja. Jedan od najznačajnijih ranijih mislilaca, koji se često citira, Edmund Barker, stranke određuje kao „grupu ljudi ujedinjenih radi ostvarivanja državnog interesa na osnovu principa oko kojih postoji njihova međusobna saglasnost” (Barker, 1942, navedeno u Lasswell & Kaplan, 1950, p. 169). Odrednica „principi oko kojih postoji međusobna saglasnost” upravo i pokazuje da sve stranke imaju zapravo određene politike. Nesporno otuda sve stranke imaju određena učenja i ideje koje možemo zvati politikom, ali one nemaju više onu ideološku komponentu kao konstitutivni element koji je ranije karakterisao političke stranke. Činjenica da ideologija od nekad konstitutivnog, pa kod nekih autora i jedinog određujućeg elementa, danas i u savremenim radovima, ali i objektivno analizirano, nije nijedan od konstitutivnih elemenata pojma političkih stranaka, podupire tezu o promenjenoj ulozi političkih stranaka u savremenim društvima.

2.2. Izražavanje interesa socijalnih grupa (klasa)

Shvatanje političkih stranaka kao sredstva, oruđa klasne borbe, u teoriji je zaživela kroz marksističku ideologiju. U domaćoj teoriji je Lukić (1995, p. 37) isticao ovaj element, dok je Goati (1984, pp. 22-47) to činio u svojim ranijim radovima, da bi se zatim u novijim radovima priklonio savremenijim „minimalističkim”

pojmovnim definisanjima političkih stranaka (Goati, 2007, p. 25). Lipset partije smatra zapravo „posledicom klasne borbe” (Lipset, 1961, navedeno u Goati, 2007, p. 45). Takođe, drugi teoretičari ističu da je političko opredeljenje uzrokovano socijalnim karakteristikama (Lazarsfeld *et al.*, 1944, p. 27).

U modernoj teoriji dolazi do osporavanja ovog nekada osnovnog elementa političkih stranaka. Tako već Sartori ukazuje na to da u modernom dobu postoji izraziti trend socijalne heterogenosti birača i partijskih članova, što potire tezu o partijama kao reprezentima određenih klasa i socijalnih grupa (Sartori, 1990, p. 155). Vladimir Goati (2007, p. 46), takođe u svojoj kasnijoj fazi ukazuje da istraživanja potvrđuju Sartorijevu tezu: „Najviše što se može zaključiti iz tih istraživanja je da pojedine klase i slojevi inkliniraju određenim partijama”.

U delu u kome smo razmatrali ideologiju, ukazali smo na istorijski razvoj i promenu političkih stranaka. Nije sporno da su one u svom početku bile predstavnice pojedinih socijalnih grupa i kategorija. Diverže je tako isticao da je u XIX veku podela na liberalne i konzervativne partije bila uzrokovana rivalitetom zemljoposjednika aristokrata i buržoazije koju su činili trgovci, industrijalci i intelektualci, dok stupanjem na političku scenu radničke klase dolazi do pojave socijalističkih stranaka u XX veku (Duverger, 1976, p. 234). Nesporno je da je u tadašnjem periodu postojala snažna povezanost partija sa određenim socijalnim grupama i klasama. Stranke su bile, kako ih Fridrih karakteriše, „interesne organizacije” koje su zastupnici interesa svojih članova. U tom periodu zaista se mogla primetiti snažna socijalna, klasna povezanost političkih stranaka sa određenim grupama, a same partije su imale elemente „interesnih organizacija” koje, kako ističe Fridrih, zapravo zastupaju interese svoje vrhuške i članova (Friedrich, 1958, p. 450).

Nesporno je da je zbog rasta ekonomije, porasta životnog standarda, ali i razvoja masovnih medija kroz koje određene partije pristupaju celokupnom stanovništvu, umesto kroz određene umrežene socijalne strukture, došlo do pojave spomenute „obuhvati sve” stranke, a u kasnijoj fazi razvoja kartelske stranke, koje poseduju „višak” organizacione efikasnosti, a manjak ideologije, zbog čega dolazi do suštinskog gubljenja ovog elementa.³ Nesporno je da i dalje postoji određeno socijalno identifikovanje i grupisanje oko političkih uverenja i mogu se uočavati određene socijalne tendencije, ali ne postoji ona društvena povezanost koja je nekada bila maltene kastinski izražena.

Dok je ranije zastupanje interesa određenih grupacija predstavljalo *conditio sine qua non* stranačkog delovanja, u dokumentima savremenih partija, kako primećuje Goati, 2007, p. 45) naglašava se „neutralnost u odnosu na interese užih grupa” i ističe „opštedruštveni karakter”. Čak i kada se ističe određena ideologija

³ O fenomenu kartelizacije političkih stranaka u Srbiji vid. (Mladenović, 2020).

u kojoj je osnova afirmacija prava određene grupe, ističe se uvek i korist za celo društvo i sve građane, kako bi se „obuhvatili svi”, odnosno što više građana. Nesporo, za razliku od nekadašnjeg tradicionalnog utemeljenja, kod mnogih birača postoji promenljivost i relativnost uverenja.

U najnovijem dobu koje karakteriše uticaj i društvenih mreža na politička dešavanja, može se reći da je došlo do dodatnog rastakanja socijalnog grupisanja oko političkih stranaka. Društvene mreže omogućile su dvosmernu komunikaciju i brzu reakciju na politička dešavanja i od strane građanstva, ali i političkih aktera. Grupisanje određenog mišljanja ne vrši se otuda unutar zatvorenih i ograničenih socijalnih grupa, nego na otvorenim mrežama svima dostupnim i povezanim.⁴

2.3. Ostvarivanje državnog (nacionalnog) interesa kao element političkih stranaka

U malopre navedenoj, često citiranoj Barkerovoj misli, kao konstitutivni element ističe se ostvarivanje nacionalnog interesa. Istaknuto stanovište oca konzervativizma izazvalo je još ranije polemiku, pa su Mors i Kej ukazivali da je uloga političkih stranaka ostvarivanje užih, partikularnih, a ne nacionalnih (državnih) interesa. Mors ističe: „Prava svrha političke stranke – svrha, koje je, želim da ponovim, politička stranka svesna – nije zaštita opšteg interesa, već interesa jedne klase, jednog dela građana. Navedeni (partikularni - prim. S. M.) interes se nalazi u svakoj državi u kojoj postoji politički život. I taj interes je uvek nešto manje od nacionalnog interesa” (Morse, navedeno u Key, 1942, p. 220).⁵ Sličan stav u korist partikularnog interesa zastupa i Lukić, iako on kritikuje Morsovo stanovište o „samosvesnosti” uloge političkih stranaka: „Tačno je da političke stranke, sem izuzetno, ne štite opšti nego posebni interes, ali nije uvek tačno, kao što Mors ističe da su stranke uvek svesne toga. Naprotiv ideologizacija se i sastoji u tome što stranke, po pravilu, nisu svesne da štite nekakav nacionalni interes, već one ostaju ubeđene da štite poseban interes” (Lukić, 1995, p. 32).

U liberalnoj demokratiji političke stranke jesu bitno sredstvo ostvarivanja državnog interesa. Prvo, one su sredstvo funkcionisanja političkog sistema države. U doktorskoj disertaciji, partije su određene kao *kanal za pretakanje narodne volje u političke institucije kako bi se iznedrila državna politika* (Manojlović, 2021). Ono što, takođe, treba istaći jeste da su političke stranke u svojoj

⁴ Uticaj društvenih mreža na partijska nadmetanja navodi se kao krucijalan, jer je upotreba društvenih mreža smatrana presudnim faktorom koji je Baraku Obami omogućila pobedu na predsedničkim izborima u SAD 2008. i 2012. godine (Agranoff & Tabin, 2011, Bartlett, 2013, Crawford, 2009, Katz, Barris & Jain, 2013, Swigger, 2013).

⁵ Na istom stanovištu nalazi se i Kej u navedenom radu.

prvobitnoj fazi zaista bile eksponenti i zastupnici određenih društvenih slojeva i klasa, što je u kasnijoj fazi („obuhvati sve”), kako smo već istakli, promenjeno.

Za razliku od prve faze, u kojoj su političke stranke ne samo isticale nego i zastupale prava određenih slojeva, koji su činili i samo članstvo i glasačko telo partija, u kasnijoj fazi političke stranke zapravo izlaze sa programima kojima više pokušavaju da ubede građane da su najbolji način ostvarivanja državnog, odnosno nacionalnog interesa. Partijski programi se u međusobnoj konkurenciji i izbornoj utakmici kristališu u državni interes. Ovo stanovište za nas je bilo dovoljno da u prethodnom radu (Manojlović, 2021, pp. 38-39) strankama priznamo postojanje zaštite državnog interesa, iako smo takođe isticali da jedna partija sama od sebe ne određuje dugoročno državni interes, jer je liberalna demokratija u suprotnosti sa partijskim monizmom. Sada bismo zauzeli dijametralno suprotno stanovište. Liberalna demokratija je zasnovana, kao što smo rekli, na stranačkom pluralizmu i smenljivosti vlasti. Otuda jedna stranka može određeno vreme imati presudnu ulogu u formulisanju i ostvarivanju državnog interesa, ali politička scena koja određuje državnu politiku (interes) određena je delanjem više (relevantnih) partija.

Međutim, bitno je istaći da element političkih stranaka nije da one određuju državni interes same po sebi, jer to predstavlja partokratizaciju i okupaciju države. Političke stranke nesporno jesu jedan od kanala funkcionisanja političkog sistema i omogućavaju da državne, javne, političke institucije definišu državni interes kroz zakone, odluke, ustavne odredbe, ali one ne čine to same od sebe. Partije nisu te koje određuju državni interes, iako jesu jedan od mehanizama za funkcionisanje političkog sistema čija osnovna uloga jeste pravno definisanje i sprovođenje državnog interesa. Nesporno, stranke imaju svoju perspektivu državnog interesa, ali šta je to državni interes definiše se u političkoj borbi među strankama, dakle ne definisanjem od strane jedne stranke, a zatim i pretakanjem te politike kroz javne institucije.

I ovaj element je vremenski prevaziđen, nesporno je da su političke stranke u vreme parlamentarizacije i demokratizacije nekadašnjih (apsolutnih) monarhija imale ulogu iskazivanja nacionalnog (narodnog) interesa naspram monarha. Samim tim njihovo nekadašnje određenje nema veze sa modernim pojmom države i savremenim demokratijama. Pretakanje stranaka kao direktnog sprovioca državnih interesa u suprotnosti je sa partijskim pluralizmom i načelom modernih demokratija da političke stranke ne mogu direktno vršiti vlast, pa samim tim ni direktno ostvarivati nacionalni interes.

2.4. Predlaganje kandidata za javnopolitičke funkcije na izborima

Predlaganje kandidata za javne (političke) funkcije putem izbora, kao element ističu brojni raniji autori (Lasswell & Kaplan, 1950, p. 169; Key, 1942, p. 219; Epstein, 1967, p. 9; Lukić, 1995, p. 33), a baštine je i moderniji teoretičari (Aron, 1997, p. 113; Sartori, 1976, p. 65; Goati, 2007, p. 26). Sartori zapravo kroz ovaj element minimalistički definiše političku stranku određujući je kao „bilo koju političku grupu koja je učesnik izbora, putem kojih predlaže kandidate za javne funkcije” (Sartori, 1976, p. 65). Ovaj element nesporno je neophodan prilikom pojmovnog određenja političkih stranaka. Štaviše, mogli bismo reći da upravo ovaj element pravi kvalitativnu razliku.

U liberalnim demokratijama, ako govorimo o regularnim, sistemskim strankama koje poštuju postojeći demokratski poredak, često se ističe, kao nesporni element, plediranje da putem izbora dođu na vlast. O ovom elementu ćemo se izjasniti više u narednom odeljku, ali bismo svakako istakli da ako cilj stranke jeste osvajanje vlasti, da bi se pobedilo u političkoj trci, najpre se u njoj mora učestvovati, pa upravo zato kandidovanje putem izbora jeste nesporno konstitutivni element.

Ono što smatramo da je korisno precizirati jeste to da većina autora koristi termin „kandidati za javne funkcije”. Reč je o takozvanim političkim funkcijama, koje se razlikuju od stručnih, ekspertskih funkcija, koje se biraju na osnovu stručnog, a ne političkog kriterijuma, pa otuda koristimo precizniji izraz – javnopolitičke izborne funkcije.

2.5. Politička organizacija kao organizacija za vršenje državno-političke vlasti

Vršenje državno-političke vlasti navodi se kao *raison d'être* postojanja političkih stranaka. Lukić (1995, p. 33) ovaj element navodi kao „glavnu ulogu političkih stranaka u političkim procesima”, a kao pojmovni element ga navode i drugi autori poput Fridriha (Friedrich, 1958), Đorđevića (navedeno u Lukić, 1995, p. 33), Markovića (2005, p. 304), Goatija (2007, pp. 29-32 i 61-62). Ovaj element se može dovesti u vezu sa prethodno razmatranim – „predlaganje kandidata za javnopolitičke funkcije”. Političko kandidovanje putem izbora je praktično otelotvorenje težnje za vršenjem vlasti. No, nesporno, radi se o dvama različitim elementima.

Per se, partije ne mogu neposredno vršiti vlast u modernim demokratijama.⁶ Lukić precizira ovaj segment navodeći da je bitno „podvući da je reč prvenstveno

⁶ Ovaj princip ističe i Lukić u svojoj monografiji, iako je pisana u periodu kada tadašnji državni

o državnoj vlasti” (Lukić, 1995, p. 33), budući da postoje i druge vlasti. Smatramo korisnim u ovom preciziranju otići i korak dalje pa naglasiti da je u pitanju „politička državna vlast”, a ne sva državna vlast. U liberalnoj demokratiji političke stranke, ali i politički delovi vlasti, imaju bitna ustavna ograničenja. Partije ne mogu i ne smeju imati preterani uticaj na sudsku vlast, budući da je jedno od osnovnih postulata liberalno demokratskog poretka princip podele vlasti i sudske nezavisnosti. O sudijskoj nezavisnosti, kako je isticao Perić, možemo govoriti „samo onda kada je sudija siguran da ga ne mogu postići, odnosno njegovoga položaja, nikakve neprilike za slučaj da se njegova odluka ne bude dopala” političkoj vlasti (Perić, 1899, p. 14). Takođe, potrebno je praviti podelu unutar izvršne vlasti na politički deo i stručni deo, koji čini profesionalna, stalna služba i ne bi smeo da podleže političkom uticaju.⁷

Hejvud (2002, p. 248) političke stranke praktično svodi na ovaj konstitutivni element, navodeći da su političke stranke organizovana grupa ljudi čija je svrha osvajanje prerogativa vlasti putem izbora ili na druge načine.⁸

Ovom elementu osporavana je konstitutivnost, pa je tako Lavo isticao da osvajanje vlasti nije cilj partija koje obuhvataju političku manjinu. Na primeru SAD isticano je da stranke koje ne dolaze iz dvaju dominantnih tabora, republikanskog i demokratskog, nesporno nemaju ambicije da vrše vlast. Tako navodi socijalističku partiju u SAD, navodeći da je reč o stranci koja nema izgleda za pobedom i vršenjem vlasti (Lavau, 1953, p. 10).

U mnogim političkim sistemima mogli bismo uočiti pojavu političkih stranaka koje sa svojom ideologijom nemaju realne šanse da dođu u situaciju da vrše određenu vlast. Njihova ambicija je često da predstavljaju pre političkog ledolomca za određenu ideologiju nego što računaju na vršenje vlast. Upravo na primeru SAD možemo videti prodor socijalističkih ideja u odnosu na period kada je Lavo iznosio svoja kritička razmatranja. Tako SAD upravo ima specifičan politički sistem u kome dominiraju i smenjuju se dve vodeće stranke unutar koga se apsorbuju razna politička stanovišta. U SAD su bilo kakve socijalističke ideje dugo imale izrazito negativnu etiketu „crvenog” komunističkog da bi danas novije verzije socijalističkih ideja bile osnova programa progresivaca u Demokratskoj stranci čiji su najpoznatiji predstavnici Kamala Haris, potpredsednica SAD, Aleksandra Okazio Kortez i Berni Sanders.

poredak komunističke Jugoslavije nije baštinió liberalno demokratsku ustavnost (Lukić, 1995, p. 33).

⁷ Profesionalna javna uprava odvojena od političkog partijskog uticaja može se smatrati standardom savremene demokratije. Nesporno u praksi profesionalizacija uprave jeste izazov za mnoge (post)tranzicione zemlje (Rabrenović & Malezić Rapajić, 2022).

⁸ Kao druge načine Hejvud (2002, p. 248) ističe revoluciju.

Takođe se u literaturi navode kao negativni primeri i partije etničkih manjina. Lavo u svojoj kritici navodi škotske nacionaliste (Lavau, 1953, p. 10). Iako nije sporno da ova stranka nije mogla da ostvari vlast na nivou cele Britanije, nesporno je da su njene ideje zamalo bile ostvarene u skorijoj istoriji na referendumu za nezavisnost Škotske (2014).

Ovde je svakako uočljivo da možemo govoriti o dvema perspektivama. Prva je da se političke stranke bore da određene njihove ideje, odnosno politika, postanu važeće, i to nesporno jeste suština njihovog delovanja (idealna perspektiva). Ako se u politiku ulazi zbog ideja, onda je cilj delovanja da te ideje zažive, bez obzira na način i pitanje ko će ih u konkretnom slučaju sprovesti. Druga perspektiva je da u praksi cilj stranaka jeste da njihovi kadrovi dođu u situaciju da direktno vrše vlast (realistična perspektiva). Međutim, takođe je nesporna pojava političkih stranaka koje isticanjem određenih tema zapravo samo egzistiraju na političkoj sceni i suština njihovog delovanja je upravo nevršenje vlasti, već postojanje na političkoj sceni.

U klasičnom smislu nesporno je da osvajanje političke vlasti od strane partija jeste logičan cilj njihovog delovanja. Partije nisu običan „protočni bojler” između birača i političkih kandidata. Partije grupisanjem građana na osnovu sličnih vrednosti i interesa zapravo žele da te iste vrednosti i interese formulisane ili ponekad i zamaskirane u političku ideologiju ostvare kroz sistem institucija, poput parlamenta, vlade, ostalih izvršopolitičkih funkcija, ali i kroz delanje u političkim procesima i aktivnostima.

2.6. Stalnost kao element političke stranke

Stalnost političkih stranaka se u suštini ne nalazi na listi konstitutivnih elemenata o političkim strankama. Od značajnih teoretičara, koliko je nama poznato, spominjao ju je jedino Maks Veber (Weber, 1950, pp. 50-51). Ovim elementom se pravi jasna razlika u odnosu na ostale organizacione oblike slične političkim strankama poput grupa građana. Kod grupa građana imamo dosta sličnih elemenata koje ovu pojavu približavaju političkim strankama. Od sličnih elemenata ističu se sledeći: kandidati na izborima, postoji određeni politički, ponekad i ideološki program, cilj jeste osvajanje vlasti itd. Međutim, jasno je da je reč o *ad hoc političkom udruživanju*. Slična razlika se može praviti i u odnosu na koaliciono udruživanje pre ili nakon izbora.

Stalnost naravno treba uslovno shvatiti, jer mnogi politički sistemi promenom na sceni brišu i celokupne političke stranke, a neretko i nekada vladajuće stranke postaju marginalizovane. Međutim, bitno je istaći da se političke stranke konstituišu sa namerom stalnosti, koju protok vremena, izborni neuspesi, ali čak i politički uspesi mogu okončati.⁹

⁹ Ispunjavanjem određenog političkog programa koji je bio okosnica podrške određene stranke,

Stalnost je najizraženija u tradicionalnim demokratijama koje karakterišu stranke sa dugom tradicijom i ukorenjenom ideologijom koja se nesporno prilagođava i modernizuje. Politički sistem SAD karakterišu demokrate i republikanci, britansku scenu Konzervativna i Laburistička stranka. Nesporno je da i politički sistemi imaju uticaj, pa je evidentno da dualne partijske sisteme baštine tradicionalne zemlje većinskog izbornog sistema, dok na primer u Nemačkoj, pored tradicionalnih demohrišćana, socijaldemokrata, pa i liberala, imamo pojavu i zelenih, a odskoro i AfD i Levice.

3. Završna razmatranja

Weber političku stranku definiše koristeći tri pobrojana elementa: stalnost, pridobijanje pristalica u vidu glasova na izborima i osvajanje političkog položaja, ali im pridodaje i dobrovoljnost i slobodu udruživanja (Weber, 1950, pp. 50-51). Lukić u svojoj monografiji obrađuje ideologiju, ostvarivanje nacionalnog interesa, kandidovanje na izborima, vršenje vlasti i klasnu borbu. U konačnoj definiciji kod Lukića (1995, p. 41), međutim, nema nacionalnog interesa, niti klasne borbe kao neophodnih elemenata: „Politička stranka je politička organizacija koja obuhvata ljude s istom političkom ideologijom, koju oni teže da što više prošire, s osnovnim ciljem potpunog ili delimičnog vršenja državne vlasti, do koje oni teže da dođu prvenstveno legalnim, demokratskim putem, dobijanjem većine na izborima.” Đorđevićevo (preuzeto iz: Lukić, 1995, p. 33) pojmovno određenje je da političke stranke „nastaju i deluju radi organizovanja društvenog poretka i usmeravanja u određeni poredak” (sprovođenje ideologije), kroz „zadobijanje podrške građana na izborima” kroz „organizovanje i sprovođenje vladajuće politike i političke vlasti”. Za Markovića (2005, p. 304) politička stranka je „organizacija (oblik političkog organizovanja ljudi), koja obuhvata ljude s istom političkom ideologijom, a s osnovnim ciljem potpunog ili delimičnog osvajanja i vršenja vlasti demokratskim putem, na osnovu izbora.”

Dauns definiše partiju kao „grupu ljudi koji žele da kontrolišu poluge vlasti dobijanjem funkcije na legalnim izborima“ (Downs, 1957, p. 25). Sartorijevo određivanje je da je reč o „bilo kojoj političkoj grupaciji koja se zvanično označava političkom strankom predstavljenom na izborima i koja je sposobna da putem izbora postavi kandidate za javne funkcije” (Sartori, 1976, p. 65). Hejvud (2002, p. 464) ističe da je u pitanju „grupa ljudi koja se organizuje radi osvajanja vlasti na izborima ili nekim drugim putem”.

Iako svi elementi prikazuju određene aspekte političkih stranaka, smatramo da je potrebno navesti samo osnovne, konstitutivne, neophodne elemente.

moгуće je da stranka izgubi magnetizam za biračko telo i okonča svoju političku egzistenciju.

Stoga bismo kao najužu definiciju sastavljenu od najnužnijih (konstitutivnih) elemenata, političku stranku u savremenim demokratijama odredili kao postojanu (stalnu) organizaciju koja isticanjem kandidata na izborima omogućava vršenje političke vlasti i sprovođenje određene politike koja se želi sprovesti kroz pravno obavezujuće odluke i norme.

Opredelili smo se za tri ključna elementa: kandidovanje na izborima, stalnost i vršenje vlasti. Razlozi su navedeni u pojedinačno obrađenim elementima. Posebno bismo istakli da je u definiciju ubačeno „sprovođenje politike”, koja iako podseća na ideologiju, u stvari je znatno šira. Već smo ukazali da moderne političke stranke karakteriše slabije izražena, „tanja” ideologija, ali da nesporno dolazi do sprovođenja određenih ideja uobličениh u termin politike. Kako ne bismo izvršili metodološki harakiri da jedan neodređen pojam – političke stranke, definišemo drugim neodređenim pojmom, koji je uz to još širi, politiku smo odredili kao skup uverenja koja se žele sprovesti kroz pravno obavezujuće odluke i norme. Takođe, svesno smo spomenuli omogućavanje vršenja vlasti umesto vršenja vlasti, jer političke stranke u savremenim demokratskim porecima ne mogu neposredno vršiti vlast.

Ono što definitivno možemo izvući kao hipotezu jeste da se određenje političkih stranaka drastično izmenilo i da je u pitanju posledica promenjene uloge političkih stranaka, ali i samih društvenih promena. Otuda pre svega ideologija, ali i zastupanje socijalnih grupa, kao nekadašnji ključni elementi političkih stranaka, definitivno su izgubili svoj konstitutivni status.

Literatura

- Agranoff, C. & Tabin, H. 2011. *Socially Elected: How To Win Elections Using Social Media*. West Jordan: Pendant Publishing.
- Aron, P. 1997. *Demokratija i totalitarizam*. Sremski Karlovci: Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića.
- Banfield, E. 1966. *Political Influence*. New York: Free Press.
- Bartlett, A. 2013. The 2013 Federal Election: The Greens campaign. *Abbott's Gambit: the 2013 Australian Federal Election*. Canberra: ANU Press.
- Blondel, J. 1978. *Political Parties. A Genuine Case for Discontent*. London: Wildwood House.
- Burdeau, G. 1965. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie de droit et de jurisprudence.
- Crawford, K. 2009. Following You: Disciplines of Listening in Social Media. *Journal of Media & Cultural Studies*, 23(4), pp. 525-535. DOI: <https://doi.org/10.1080/10304310903003270>

- Duverger, M. 1976. *Les partis politiques*. Paris: Armand Colin.
- Downs, A. 1957. *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper & Bros.
- Epstein, L. 1967. *Political Parties in Western Democracies*. London: Transaction Publishers.
- Friedrich, C. J. 1958. *La démocratie constitutionnelle*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Goati, V. 1984. *Savremene političke partije*. Beograd: Partizanska knjiga.
- Goati, V. 2007. *Političke partije i partijski sistemi*. Podgorica: Studio MOUSE u saradnji sa Fakultetom političkih nauka.
- Heywood, A. 2002. *Politics*. New York: Palgrave Macmillan.
- Katz, R. S. 1980. *A Theory of Parties and Electoral Systems*. Baltimore: Johns Hopkins University Press. DOI: <https://doi.org/10.1353/book.3506>
- Katz, R. & Mair, R. 1995. Changing Models of Party Organization and Party Democracy: The Emergence of the Cartel Party. *Party Politics* 1(1), pp. 5–28. DOI: <https://doi.org/10.1177/1354068895001001001>
- Katz, J. E., Barris, M. & Jain, A. 2013. *The Social Media President: Barack Obama and the Politics of Digital Engagement*. New York: Palgrave Macmillan. DOI: <https://doi.org/10.1057/9781137378354>
- Key, V. O. 1942. *Politics, Parties and Pressure Groups*. New York: Thomas Y. Crowell.
- Kirchheimer, O. 1966. The Transformation of West European Party Systems. In: La Palombara, J. & Weiner, M. (eds.). *Political Parties and Political Development*. Princeton: Princeton University Press, pp. 170-200. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400875337-007>
- Lasswell, H. D. & Kaplan, A. 1950. *Power and Society*. New Haven: Yale University Press.
- Lavau, G. E. 1953. *Partis politiques et realite sociale: Contribution a une atude realiste des partis politiques*. Paris: Armand Colin.
- Lazarsfeld, P. et al. 1944. *The People's Choice, How the Voter Makes His Mind in a Presidential Campaign*. New York: Duell, Sloan and Pearce.
- Loevenstein, K. 1954, *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Lukić, R. 1995. *Političke stranke*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.
- Manojlović, S. 2011. Zakon o finansiranju političkih aktivnosti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: Perspektiva implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, pp. 275-276.
- Manojlović, S. 2021. *Javnopravni subjektivitet i ovlašćenja političkih strana u liberalnoj demokratiji*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje.
- Marković, R. 2005. *Ustavno pravo i političke institucije*. Beograd: Justinijan.
- Michels, R. 1911. *Zur Soziologie des Parteiwesens in der Modernen Demokratie*. Leipzig: Verlag von Dr. Werner Klinkhardt.

- Mladenović, N. 2020. Model kartel partije, tendencije kartelizacije politike i Srbija u uporednom kontekstu. *Srpska politička misao*, 3(69), pp. 13-41. DOI: <https://doi.org/10.22182/spm.6932020.1>
- Ostrogorski, M. 1921. *Demokratije i političke partije*. Beograd: Napredak.
- Perić, Ž. 1899. *O sudijskoj nezavisnosti*. Beograd: Štamparija D. Dimitrijević.
- Rabrenović, A. & Malezić Rapajić, T. 2022. Reforma javne uprave u Srbiji u kontekstu evropskih integracija. U: Čeranić Perišić J. & Đurić V. & Višekruna A. (ur.), *65 godina od Rimskih ugovora: Evropska unija i perspektive evropskih integracija Srbije*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 125-139. DOI: https://doi.org/10.56461/ZR_22.65godRU.K1_RMR
- Sartori, G. 1976. *Party and Party Systems - A Framework for Analysis, Volume I*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sartori, G. 1990. Structuring the Party System. *The West European Party System*. Oxford: Oxford University Press.
- Schattschneider, E. E. 1942. *Party Government*. New York: Transaction Publishers.
- Seiler, D. L. 1982. *Les partis politique en Europe*. Paris: PUF.
- Stanić, M. 2018. *Pravna priroda poslaničkog mandata*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Stanić, M.B. 2019. Međuzavisnost ustavnog poretka i političkih stranaka na tri primera iz Nemačke – povodom 70 godina Osnovnog zakona. *Strani pravni život*, 63(2), pp. 45-55. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz63-22232>
- Swigger, N. 2013. The Online Citizen: Is Social Media Changing Citizens' Beliefs About Democratic Values? *Political Behavior*, 35(3), pp. 589–603. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11109-012-9208-y>
- Weber, M. 1950. *Staatssoziologie*. Berlin: Duncker & Humblot.

ELEKTRONSKO GLASANJE – TROJANSKI KONJ ILI *DEUS EX MACHINA* U SAVREMENIM DEMOKRATIJAMA?*

Sažetak

Pojam elektronskog glasanja označava upotrebu tehnološko-informacionih uređaja u izbornom postupku, bilo da je u kontrolisanom (DRE mašine) ili u nekontrolisanom okruženju, (internet glasanje). Kao takvo, ono je nezaobilazni činilac sve prisutnijeg pojma elektronske demokratije. U radu se, kroz jasno diferenciranje e-uprave i e-demokratije, ukazuje na razliku između digitalizacije političkih izbora i digitalizacije drugih sfera života, ali i nepolitičkih izbora (izbori unutar kompanije, univerziteta i sl.). Razlika se zasniva na važnosti koju ovi izbori imaju za uspostavljanje i legitimizaciju državne vlasti i demokratski karakter političkog sistema. Takođe se analizira praksa redovnih i ustavnih sudova suočenih sa pitanjima informatičke sigurnosti i jednakosti elektronskog glasanja. Autor kritički preispituje tezu da elektronsko glasanje nužno dovodi do veće izlaznosti i time rešavanja problema legitimacijskog deficita u savremenim demokratijama. Oblici elektronskog glasanja, iako nesumnjivo korisni, tretiraju posledice, ali ne i uzrok problema u savremenim demokratskim porecima.

Ključne reči: elektronska demokratija, internet glasanje, elektronsko glasanje, izbori, digitalni konstitucionalizam.

* Istraživač pripravnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija.

E-mail: v.markovic@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj 451-03-47/2023-01/200049 od 3. februara 2023).

Rad je nagrađen prvom nagradom na konkursu za najbolji naučni rad mladih istraživača „Pravni izazovi digitalnog doba – pogled u budućnost – in memoriam dr Stefan Andonović“ koji su organizovali Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

E-VOTING - TROJAN HORSE OR *DEUS EX MACHINA* IN CONTEMPORARY DEMOCRACIES?

Summary

The notion of electronic voting means the use of technological and informational devices in the electoral process, either in a controlled (DRE machines) or in an uncontrolled environment (internet voting). As such, it is an indispensable component of the ever-present concept of digital or electronic democracy. The paper, through a clear differentiation of e-government and e-democracy, points out the difference between the digitization of political elections and the digitization of other spheres of life, as well as non-political elections (elections within companies, universities, etc.). The basis of the difference is the importance these elections have for the establishment and legitimization of government and the democratic character of the political system as whole. Furthermore, the paper analyses case law of ordinary and constitutional courts faced with issues of IT security and equality of electronic voting. Finally, the author critically examines the hypothesis that electronic voting necessarily leads to a higher turnout, thereby solving the problem of legitimation deficit in contemporary democracies. It is concluded that forms of electronic voting, although undoubtedly useful, treat the consequences but not the core issues of modern democratic orders.

Keywords: e-democracy, i-voting, e-voting, elections, digital constitutionalism.

1. Uvodna razmatranja

U uslovima nezadrživog tehnološkog napretka i digitalizacije, metodološki pristup zasnovan na unidisciplinarnom istraživanju je neodrživ. Pri tome, znanja iz različitih disciplina su takva da poredak, odnosno prioritet koji se među njima uspostavlja nije unapred dat (Stengers, 2022, p. 21). Izborna prava u kom se, za razliku od drugih pravnih disciplina, koriste metode prirodnih nauka (Pavjančić, 1999, p. 15), predstavlja, u pogledu predmeta ovog rada, a to je ispitivanje demokratskog potencijala elektronskog glasanja, ipak delimični izuzetak od predočenog stava. Teorijsko razmatranje problema povezanih sa elektronskim glasanjem je multidisciplinarno jer obuhvata tehničke nauke, pravo, političku teoriju, pa i psihologiju, ali se teza u pogledu metodološke, pa i epistemološke ekvipariranosti

ovih disciplina ovde ne dâ potvrditi. Klatno prioriteta umnogome je pomerenom ka tehničkim naukama, a razlozi su višestruki. Tehnološki i pravni aspekti izbornog procesa ukršteni su tako da je uvođenje nove tehnologije uslovljeno promenom izbornog zakonodavstva (Spycher-Krivososova, 2022, p. 36), a ono, usled nedostatka transdisciplinarnih znanja, često deluje inertno spram sve brže tehnološke evolucije (Driza Maurer, 2015, p. 1). Istovremeno, pitanje ko i na koji način uvodi i koristi digitalnu tehnologiju u izbornom postupku nedovoljno je istraženo, te se tema izbornih tehnologija naziva „siročetom” u teoriji javne uprave i političkim naukama (Spycher-Krivososova, 2022, p. 27; Stewart, 2011, p. 372).

Ipak, dublji uzrok zaostajanja pravne nauke za tehničkim naukama jeste u stavu o efikasnosti kao idealu i vrednosti po sebi. Efikasnost je nezaobilazni argument u prilog afirmaciji digitalnih tehnologija u nastojanju da se njihovom upotrebom reformiše javna uprava, a njen rad učini efikasnijim i ekonomičnijim (Spycher-Krivososova, 2022, p. 40). Štaviše, digitalne tehnologije i njihova efikasnost se vide i kao adekvatno sredstvo za povećanje učešća u izbornom procesu, ali i za „osvežavanje demokratije” (Milakovich, 2021, p. 20).¹ Entuzijazam sa kojim su krajem prošlog i početkom ovog veka pozdravljene nove tehnologije bio je praćen stavom koji je pravo i normativni okvir nastojao da u celosti odbaci u boljem, ili barem da ga upodobi binarnoj, kompjuterskoj perspektivi u, iz te vizure, manje dobrom scenariju (Goila, JR, 2022, p. 23). Ipak, nedostaci zanemarivanja da efikasnost jeste „vredan pratilac, ali ipak samo pratilac važnijeg ideala pravde” (Đorđević, 2021, p. 86) (ali i demokratije) veoma su uočljivi na primeru elektronskog glasanja.

Digitalizacija izbornog procesa suštinski je drugačija od digitalizacije drugih sfera u životu pojedinca (Weill, 2017, p.148), poput digitalizacije trgovine ili pružanja javnih usluga. Ovo stoga što izborni proces, ukoliko ispuni uslove u pogledu opštosti, neposrednosti, tajnosti i jednakosti glasanja, predstavlja izraženu volju nosilaca suverenosti, a time i kamen temeljac predstavničke demokratije. Način na koji se formira izborna volja, ali i poverenje u taj postupak, ima dalekosežne posledice na konture i razvoj političkog sistema, ali i na sve sfere svakodnevnog života, te rečima K. Anana „i dok demokratija mora biti više od izbora, isto tako je tačno da ne sme biti manje” (Krimmer, Triessing, & Volkamer, 2007, p. 1) Upravo zato digitalizaciji izbora, iako živimo u okruženju koje se

¹ Uverenost u sposobnost digitalnih tehnologija da utiču na preoblikovanje demokratije deo je tzv. novog tehnološkog fetišizma, prema kome su upravo tehnologije ključni determinišući faktor ljudske egzistencije (Hand & Sandywell, 2002, p. 198). Nove tehnologije viđene su i kao mehanizam restauracije neposredne demokratije, ali nisu svi teoretičari bili oduševljeni tom idejom. Tako Bobio, kao kontraargument, ističe da bi iako tehnički naizgled olakšana, neposredna demokratija dovela do izborne apatije usled previše učestale participacije (Vučković, 2021, p. 140).

sve češće opisuje kao *onlife* svet (Andonović & Prlja, 2020, p. 210), više nego bilo kojem drugom aspektu života treba pristupati *cum grano salis*.

Od ovakve perspektive, koja nije apriorno odbacivanje upotrebe novih tehnologija u izbornom procesu, polazimo u radu. Ona je i u osnovi sve prisutnijeg pravca istraživanja u savremenoj teoriji – takozvanog digitalnog konstitucionalizma, u čijem su fokusu prvenstveno proceduralni aspekti demokratije, kao i sigurnost izbornog procesa (Goila JR, 2022, p. 2) Digitalni konstitucionalizam, za razliku od novog tehnološkog fetišizma pod geslom *l'efficacité pour l'efficacité*, ne insistira na revolucionarnim preispitivanjima pretpostavki moderne ustavnosti. Umesto toga, njegova je namera da iznađe i razume ulogu ustavnog prava u svetu algoritama i inkorporira osnovne ustavne principe u digitalno okruženje (De Gregorio, 2022, p. 4).

Cilj autora je da ovim radom, sagledavajući problematiku elektronskog glasanja iz pravničke vizure, doprinese uravnoteženju interdisciplinarnog klatna po ovom pitanju. Budući da elektronsko glasanje *de lege lata* nije moguće u Srbiji, u radu će biti ponuđen prikaz i analiza uporedne sudske prakse. Pored toga, kritički će biti preispitana teza o većoj izlaznosti usled mogućeg elektronskog glasanja, i time jačanja demokratskih potencijala koji su uzdrmani sve većom političkom rezignacijom. No, pre toga dato je terminološko i pojmovno razgraničenje, uz nužan kratak prikaz istorijskog razvoja elektronskog glasanja.

2. Pojmovna razjašnjenja i evolucija elektronskog glasanja

U imenovanju fenomena upotrebe digitalnih tehnologija u demokratskim procesima koriste se različiti izrazi: sajberdemokratija, demokratija na dugme, teledemokratija, elektronska demokratija, algokratija i slično (Prlja, 2012, p. 107; Xenakis & Macintosh, 2005, p. 191). Koji god od ovih pojmova da uzmemo kao genusni, on će obuhvatiti upotrebu sredstava digitalne tehnologije u poboljšanju efikasnosti, jednakosti i kvaliteta demokratske participacije (Achieng & Ruhode, 2013, p. 1). Jasniju liniju razlikovanja pak treba podvući u odnosu između elektronske demokratije (*e-democracy*) i elektronske uprave (*e-government*). Potonji pojam označava proces prebacivanja aktivnosti vlade u *online* formu sa ciljem da se poveća efikasnost rada uprave. Pod tim aktivnostima uglavnom se podrazumeva veća dostupnost i efikasnije vršenje najrazličitijih javnih usluga. Dakle, aktivnosti elektronske uprave nemaju nužno veze, osim u izrazito ekstenzivnom tumačenju, sa elementima demokratskog procesa (Damnjanović, 2009 p. 87), a posebno ne sa ostvarivanjem aktivnog biračkog prava, koje se, po svojoj pravnoj prirodi, nipošto ne može poistovetiti sa javnim uslugama.

O odnosu dvaju pojmova, međutim, u teoriji postoje različita stanovišta. Po jednom, e-uprava je izvedeni segment e-demokratije (Vučković, 2021, p. 139). Po drugom, pojam e-uprave kao genusni pojam počiva na četiri stuba: elektronskoj demokratiji, elektronskom pružanju usluga, elektronskom menadžmentu i elektronskom upravljanju. E-demokratija je, dakle, izvedeni pojam iz pojma e-uprave i obuhvata aktivnosti državnih organa sa ciljem ostvarivanja osnovnih demokratskih principa putem informaciono-komunikacionih tehnologija čime se organizacija vlasti približava građanima i olakšava im se ostvarivanje prava i interesa (Jovanović & Andonović, 2021, p. 22). Ipak, ova razmimoilaženja mogu ostati pretežno teorijskog karaktera, dok god se naglašavaju dve stvari. Prva je jasno nepostovećivanje elektronske demokratije i elektronske uprave, što je poput već istaknute razlike između digitalizacije izbora i digitalizacije drugih sfera života. Druga stvar je insistiranje na jednakoj dostupnosti mehanizama elektronske demokratije. Iako načelo jednakosti ima veliki značaj i u oblasti pružanja javnih usluga, njegova uloga u sprovođenju elektronske demokratije je od ključne važnosti. Ukoliko se ne postigne digitalno opismenjavanje građana do te mere da se na jednak način mogu koristiti mehanizmima obuhvaćenim pojmom elektronske demokratije, javiće se opasnost od diskriminacije (Jovanović & Andonović, 2021, p. 22),² pa elektronska demokratija već na samom početku neće ni biti u stanju da ostvari svoj *raison d'être*.

Izbegavanje takozvanog digitalnog raslojavanja (*digital divide*) nužan je preduslov sprovođenja elektronskog glasanja, koje je i samo višeslojan pojam. Pod njim se podrazumevaju različiti modeli izbornih tehnologija koji se koriste kako u procesu samog glasanja, tako i prilikom brojanja glasova (Achieng & Ruhode, 2013, p. 2). Elektronsko glasanje tako obuhvata i glasanje putem dodira elektronskog ekrana na biračkom mestu, ali i glasanje preko personalnih računara ili mobilnih telefona povezanih na internet mrežu (tzv. internet glasanje ili *i-voting*) (Vučković, 2021, p. 142). Kao što se dá uočiti, internet glasanje (*i-voting*) samo je jedan od pojava oblika elektronskog glasanja (*e-voting*).

Prvi predlozi upotrebe elektronike u izbornom postupku javili su se još sredinom XIX veka (Krimmer, 2016, p. 29). Ipak, nakon predočavanja političkoj eliti, nije bilo političke volje za njihovom realizacijom, uglavnom jer je to iziskivalo i promenu postojećih procedura, sa neizvesnim ishodom.³ Prvi slučaj upotrebe

² Značaj jednakosti ističe se i pri upotrebi pojma digitalne pravde (*digital justice*), za koji nije jasno spada li u okvir e-demokratije, e-uprave ili je pak zaseban pojam. Pod njim se podrazumeva upotreba digitalnih tehnologija u sudskim postupcima (npr. podnošenje tužbe *online*), sa ciljem da se smanje troškovi, a poveća efikasnost pravosuđa. Ipak, postoji i određena bojazan da usled digitalnog raslojavanja može doći i do onemogućavanja pristupa pravdi pojedincima, pa i čitavim grupama (Tomlinson, 2019, p. 38).

³ Prvi predlog korišćenja pomoćnih mehaničkih uređaja u izbornom procesu, u cilju smanjenja ljudskih grešaka, predstavio je Ž. J. Baranovski 1849. godine, a u isto vreme predstavljen je

mašina sa polugom zabeležen je u Njujorku 1892. godine. Iako je SAD za pronalazače bila veoma stimulatívna sredina, uvođenje mašina u izborni postupak nije bilo bez pravnih kontroverzi, te je njihova upotreba u državi Masačusets označena kao neustavna (Stewart, 2011, p. 357). Dvadeseti vek, međutim, donosi drastične promene u širenju upotrebe mašina za glasanje. Proliferacija i dalje usavršavanje ovih uređaja posebno se intenziviraju nakon što su se sedamdesetih godina prošlog veka u SAD pojavili DRE uređaji (Direct Recording Electric). Umesto zaokruživanja na glasačkom listiću, glasač na uređaju pritiskom na dugme ili dodiranjem ekrana bira kandidata, uz mogućnost provere pre potvrde glasanja (Vučković, 2021, p. 145). Glasanje putem DRE uređaja može se vršiti kako na dan izbora, tako i danima unapred (Krimmer, 2012, p. 22). Izvesne prednosti ovog sistema (ušteda štampanja glasačkih listića, mogućnost bržeg ili automatskog brojanja glasova u centralizovanoj stanici) od početka su bile praćene i određenim problemima. Oni su se uglavnom ticali lošeg korisničkog interfejsa, te čestog gubitka podataka, što je izazivalo opravdano nepoverenje kod birača. Prvobitno rešenje viđeno je u takozvanoj SAVE arhitekturi od koje se očekivalo da spreči greške od trenutka kada glasač potvrdi svoj glas.⁴ Kako kritike na račun nedovoljne bezbednosti i transparentnosti ovih mašina za elektronsko glasanje prve generacije nisu utihnule, javili su se DRE uređaji druge generacije. Njihov cilj je bio da se glasaču omogući da dobije potvrdu o svom glasanju, kao i da mu se na raspolaganje stave mehanizmi kontrole da li je njegov glas (ispravno) zabeležen i prebrojan (Driza Maurer, 2015, p. 8). Mehanizam koji se najčešće koristi za izdavanje papirne potvrde datog glasa (VVPAT – Voter Verifiable Paper Trail) naziva se E2E (*end to end*) i do sada je razvijeno nekoliko ovakvih šema (Pret-a-Voter, Scratch and Vote, Punchscan, Scantegrity I i II).⁵

Dok se glasanje putem DRE uređaja i dalje odvija u kontrolisanim uslovima na biračkom mestu, što razliku u odnosu na klasični način glasanja čini manjom, dalja evolucija elektronskog glasanja uvođenjem internet glasanja dovela je do glasanja u nekontrolisanom okruženju (Fitzpatrick & Jöst, 2022, p. 4). Afirmacija internet glasanja pravdana je početkom XXI veka potrebom obezbeđivanja da i glasači koji nisu prisutni u svojim izbornim jedinicama na dan izbora mogu da ostvare svoje biračko pravo (Driza Maurer, 2015, p. 11). Insistiranje na uvođenju internet glasanja iz ovog razloga činilo se posebno opravdanim nakon što su izbori na Floridi 2000. godine bili praćeni brojnim kontroverzama oko glasanja

u francuskom Senatu i plan upotrebe mašine za brojanje glasova senatora putem elektriciteta. Sličnih ideja bilo je i u Austrougarskoj, Pruskoj i Italiji (Krimmer, 2012, pp. 19-21).

⁴ Više o funkcionisanju SAVE arhitekture vid. Adžić, 2011, pp. 11-12.

⁵ Više o načinu funkcionisanja svakog od ovih E2E mehanizama vid. kod S. Adžić, 2011, pp. 13-16.

putem pošte. I u okviru internet glasanja, kao glasanja van biračkog mesta, postoje izvesne razlike u modalitetima. Tako, sa jedne strane, imamo takozvana *poll site* i *kiosk voting*, kao oblike internet glasanja kod kojih se glasanje odvija na nekom od brojnih javnih mesta širom zemlje (npr. tržni centri) a, sa druge strane, *remote i-voting*, kao najdosledniji modalitet internet glasanja, kod kojeg birač glasa preko bilo kog uređaja i sa bilo kog mesta na kom postoji internet mreža. Ovaj poslednji oblik slikovito je opisan sintagmom „glasanje u donjem vešu” (Oostveen & Van den Besselaar, 2004, p. 63). Svaki od ovih oblika internet glasanja sastoji se od četiri faze: pripreme sistema, samog glasanja, eventualnog povlačenja glasa i brojanja glasova.⁶

Opis evolucije elektronskog glasanja, od mehaničkih uređaja baziranih na sistemu poluge do internet glasanja sa ličnog kompjutera, ne bi bio potpun ako ne bismo pomenuli i proces privatizacije sprovođenja izbora. Reč je o procesu u kome privatne kompanije bivaju sve više uključene ne samo u pružanje javnih usluga elektronskim putem ili u sprovođenje elektronskih izbora u privatnom sektoru (npr. unutar kompanije ili privatnog univerziteta) već i u organizaciju javnopravnih izbora. Ovi izbori svakako imaju šire društvene implikacije od izbora za rukovodstvo privatne kompanije, a u isto vreme su, podsetimo, i kvalitativno drugačiji od pružanja javnih usluga, te privatizacija njihovog sprovođenja, posebno prisutna nakon 2010. godine, predstavlja razlog za oprez. Uzrok zabrinutosti može biti i pitanje zaštite privatnosti, u slučaju da privatni akteri sa komercijalnim interesima dođu u posed osetljivih podataka o ličnosti birača (npr. nacionalna pripadnost ili veroispovest). Takođe, otvoreno je pitanje da li će privatni akteri ići pre za ostvarenjem svojih privatnih, profitno usmerenih ciljeva, ili za ostvarivanjem javnog interesa, koji u ovom slučaju predstavlja obezbeđivanje opšteg, jednakog, tajnog i neposrednog ostvarivanja biračkog prava građana (Spycher-Krivososova, 2022, pp. 29-31). Budući da su demokratski izbori preduslov ostvarivanja drugih prava unutar demokratskog poretka, njihovo organizovanje, uključujući i osmišljavanje i izradu sistema za elektronsko glasanje, treba ostati u nadležnosti državnih organa (Weill, 2017, p. 148).

3. Elektronsko glasanje u uporednoj sudskoj praksi

Čak i u slučaju organizovanja elektronskog izbornog procesa u celosti od strane države, izazovi sigurnosti, a time i (ne)postojanje poverenja glasača iz kojeg izrasta i legitimitet vlasti ustanovljene na izborima, ne iščezavaju sasvim. Stoga se kao posebno važno pojavljuje pitanje (sudske) zaštite izbornog prava. Integritet

⁶ O tehničkim aspektima svake od ovih faza vid. Heiberg, Laud & Willemson, 2011, pp. 211-212.

izbornog procesa zavisi od efektivnog i efikasnog izbornog sudstva, koje bi posedovalo dovoljna ovlašćenja, resurse i sredstva za sva sporna pitanja koja iskrсну u toku izbornog postupka (Barrat Esteve, 2016, p. 113). U slučaju elektronskog glasanja, gde odsustvo dokaza o malverzaciji često ne znači i dokazano odsustvo malverzacije (Hill, 2015, p. 169), ovaj je uslov naročito teško ispuniti, čak i u sistemima sa specijalizovanim izbornim sudstvom, a pogotovo u zemljama poput Srbije, gde je nadležnost rešavanja izbornih sporova u rukama, inače preopterećenog, Upravnog suda. Naprosto, od sudija se ne može očekivati razrešenje spora oko E2E verifikacije, već će njihov, na koncu juristički zaključak, umnogome zavisi od stručnjaka koji poseduju specijalizovana tehničko-informatička znanja (Barrat Esteve, 2016, pp. 115-116). Stoga se u dodiru sa ovim tehničkim problemima sudije susreću sa izazovnim pitanjima poput onih šta znači poštovanje fundamentalnih principa ustavnog prava u kontekstu elektronskog glasanja, kako utvrditi da su ti principi ispoštovani u određenom tehničkom rešenju i, naposljetku, kako nedvosmisleno utvrditi suprotno, posebno ako je takve neregularnosti nemoguće dokazati (Driza Maurer, 2015, p. 18). U svojim odgovorima sudovi u različitim pravnim sistemima zauzimaju različite pristupe. Američki sudovi često se pozivaju na doktrinu političkog pitanja (*political question doctrine*), te konačno razrešenje ovakvih sporova prepuštaju političkim granama vlasti (Barrat Esteve, 2016, p. 118). Praksa sudova na kontinentu je raznovrsnija, te obuhvata slično samoograničavanje s pozivom na političko pitanje (Švajcarska), sa jedne strane, tako i, sa druge strane, upuštanje u ocenu dovoljnog regulisanja tehničkih standarda elektronskog glasanja putem podzakonskih akata (Austrija i Nemačka) (Driza Maurer, 2015, p. 11). Stoga će u radu biti prikazani reprezentativni sudski slučajevi, bez obzira na to da li je reč o konkretnim sporovima povodom povrede izbornog prava ili se odluka odnosila na ustavnost i/ili zakonitost opšteg akta kojim je regulisano elektronsko glasanje.

3.1. SR Nemačka

U SR Nemačkoj još sredinom prošlog veka savezno izborno zakonodavstvo dozvoljavalo je upotrebu mašina u izbornom procesu. Glasači su glasali pritiskom na dugme ili ubacivanjem tokena u prostor ispred imena kandidata (Seedorf, 2015, pp. 23-24). Kasnije je omogućena i upotreba sofisticiranijih mašina, a Ministarstvo unutrašnjih poslova donelo je Uredbu o mašinama za glasanje kojom su bili propisani bliži uslovi za njihovu izradu (Seedorf, 2016, p. 132). Od 1997. godine pravni okvir je pretrpeo i određene izmene kako bi se prilagodio korišćenju uređaja koje je izradila privatna holandska kompanija NEDAP (Seedorf, 2015, p. 27) što predstavlja primer ranije opisanog trenda privatizacije izbornog procesa.

Međutim, NEDAP uređaji, po svojim karakteristikama DRE uređaji prve generacije, nisu se dugo koristili. Nakon parlamentarnih izbora 2005. godine, dve osobe podnele su žalbu u kojoj su istakle da je upotreba ovih uređaja narušila principe demokratije, vladavine prava i službeni i javni karakter izbora, jer nije postojala mogućnost da kao birači budu sigurni da je njihov glas ispravno zabeležen. Zanimljivo je da nisu istakli nijedan konkretan oblik malverzacije (Seedorf, 2016, p. 133), mada ostaje otvoreno pitanje kako bi, bez tehničkih znanja, i mogli da to učine. U odgovoru na žalbe, Vlada je istakla da intencija ustavotvorca nije bila da učini svaki sitan segment izborne procedure podložnim proveri pojedinca, jer bi to značilo „rastezanje” ustavnog principa javnih izbora. Međutim, u svojoj antologijskoj odluci 2009. godine Savezni ustavni sud (SUS) proglasio je saveznu Uredbu o upotrebi mašina za glasanje u izbornom procesu neustavnom, jer nije ispunila ustavni princip javnosti izbora.⁷

SUS je princip javnosti izbora posredno izveo iz ustavnih načela demokratije i vladavine prava, i označio ga „suštinskim preduslovom formiranja demokratske političke volje”. Princip javnosti izbora osigurava tačnost i proverljivost izbornog procesa, te predstavlja „ključni uslov za osnovano poverenje građana u izborni proces [...] a to poverenje je, sa svoje strane, fundamentalni akt legitimizacije vlasti” (Judgment of Federal Constitutional Court, 2009). Dalje, princip javnosti je postavljen dosta usko i funkcionalno uslovljeno, na način da „svaki građanin mora biti u stanju da isprati ključne etape izbornog procesa na pouzdan način i bez prethodnog tehničkog znanja” (Judgment of Federal Constitutional Court, 2009). Razlog za dosledno insistiranje na ovom, možda i nedostižnom uslovu, leži u stavu prema kome nije pouzdanost, već i percepcija pouzdanosti u izborni proces kamen temeljac demokratske vlasti (Weill, 2017, p. 147). Zbog toga je u odluci i naglašeno da nije dovoljno da se glasač osloni na funkcionalnost sistema, bez mogućnosti lične provere (Seedorf, 2016, p. 134). Drugim rečima, napravljena je razlika između slepog poverenja, koje se zasniva na nerazumevanju tehnologije, i utemeljenog poverenja, koje se stiče proverenim ispravnim funkcionisanjem tokom vremena (Krimmer, 2016, p. 33). Međutim, može se opravdano postaviti pitanje da li je ovakvim rezonom prenebregnuta činjenica da se čak ni u tehnološki veoma razvijenoj državi, poput Nemačke, ne može očekivati jednako tehnološko obrazovanje svih njenih stanovnika?

Iako se nakon ove odluke u SR Nemačkoj nisu više upotrebljavali uređaji za elektronsko glasanje, sama odluka ipak ne predstavlja njihovu rezolutnu zabranu,

⁷ Interesantno je ukazati na dve osobenosti ove odluke – prva je da sud nije poništio izbore, jer nije našao dokaz nikakve konkretne zloupotrebe, i druga je da je u potpunosti ignorisao međunarodnopravne instrumente, poput Preporuka Saveta Evrope o pravnim, operativnim i tehničkim standardima elektronskog glasanja (Seedorf, 2016, p. 133).

već ostavlja izvesni slobodni prostor. Najpre, odlukom je kao neustavna oglašena savezna uredba, ali ne i član saveznog izbornog zakona koji je sadržao izvršnu klauzulu za njeno donošenje. Dakle, mogućnost korišćenja uređaja za elektronsko glasanje je dopuštena, pod uslovom da se ispuni zahtev pouzdane kontrole od strane svakog od birača. SUS smatra da je to moguće „[...] ukoliko se glasovi mogu pohraniti još negde osim u elektronskoj memoriji, na primer kroz štampanje pisane potvrde glasa, a što se može koristiti i pri proveru brojanja glasova” (Judgment of Federal Constitutional Court, 2009). Strogost prema elektronskom glasanju ublažena je putem mogućnosti korišćenja DRE uređaja druge generacije sa nekim E2E modelom potvrde glasanja. Takođe, striktno shvatanje principa javnosti izbora važi jedino za političke izbore te je korišćenje uređaja za elektronsko glasanje i bez ispunjavanja kriterijuma pouzdanosti i provere dozvoljeno kod drugih, nepolitičkih izbornih procedura (Schmidt *et al.*, 2009, p. 93).⁸

Međutim, uprkos želji Nemaca da glasaju elektronskim putem,⁹ politička elita i dalje nema konkretni plan uvođenja, sa Osnovnim zakonom usaglašenih, oblika elektronskog glasanja. Odsustvo normativnih, ali i tehničkih inicijativa pokazatelj je koliko je i dalje prisutan i snažan eho ustavnosudskog tumačenja principa javnosti izbora iz 2009.

3.2. Estonija

Estonija predstavlja sasvim drugačiji primer u pogledu otvorenosti prema elektronskom glasanju. Početkom ovog veka, nalazi iz izveštaja o internet glasanju Ministarstva pravde pretočeni su u izbornu zakonodavstvo, sa odložnim rokom primene do 2005. godine (Heiberg, Laud & Willemson, 2011, p. 209). Tako su građani Estonije putem interneta glasali prvi put na lokalnim izborima 2005, a na parlamentarnim 2007. godine. Od tada teče linearni proces poverenja u ovaj način glasanja do te mere da je na izborima 2020. godine čak 44% glasača glasalo putem interneta. Zbog prepoznatljivosti po sprovođenju internet glasanja ova zemlja je dobila nadimak E-stonija (*E-stonia*) (Vučković, 2021, p. 146). Nakon tri izborna

⁸ Određene nedoumice izazivala je mogućnost da se kongresi i izbori političkih partija održe elektronskim putem. Koliko je ovo složen i granični slučaj pokazuje i oprečna praksa nemačkog Bundestaga. U izveštaju 2011. godine istaknuto je da je, pošto čl. 21 Osnovnog zakona navodi da se stranačka struktura mora zasnivati na demokratskim principima, primena principa sadržanih u izbornom zakonodavstvu neophodna i kod političkih partija. S druge strane, izveštaj iz 2020. godine navodi da se stroga ograničenja u pogledu zabrane održavanja izbora elektronski odnose samo na parlamentarne izbore, a ne i na izbore unutar stranaka (Fitzpatrick & Jöst, 2022, p. 12).

⁹ Kao potvrda ovog stava može poslužiti podatak o skoro udvostručenom procentu glasova pristiglih putem pošte na izborima 2021. u odnosu na one 2017. godine (47,3% naspram 28,6%), čemu je svakako doprinela i pandemija virusa korona (Fitzpatrick & Jöst, 2022, p. 1).

ciklusa sa mogućnošću internet glasanja umnogome je relativizovana linija razdvajanja po kojoj internet glasanju pribegavaju samo mladi, obrazovani i tehnološki pismeni građani. Porast broja birača i smanjenje digitalnog raslojavanja naveli su direktora estonskog centralnog izbornog komiteta na zaključak da je internet glasanje ireverzibilan proces (Trechsel, 2016, p. 27). Glasanje putem interneta u Estoniji zasniva se na korišćenju identifikacionog ličnog dokumenta i upotrebi takozvanog sistema dve digitalne koverta, čiji je cilj da obezbedi sigurnost i tajnost glasanja.¹⁰ Ono što je potrebno posebno naglasiti jeste mogućnost da glasač proveri da li je njegov glas ispravno primljen na glavnom serveru u roku do 30 minuta nakon glasanja (Kask, 2016, p. 152), ali i da se sam čin glasanja putem interneta može obaviti i do 10 dana pre izbornog dana. U tom slučaju, postoji i mogućnost da se glasač predomisli, te da glasa na biračkom mestu, ili da svoj glas putem interneta promeni. Naravno, kao validan računa se jedino poslednji dati glas.¹¹

U teoriji se za ovako uspešnu kampanju sprovođenja internet glasanja navodi više razloga. S jedne strane ističe se manjak napetosti i jake polarizacije u društvu, te stabilnost političkog sistema (Weill, 2017, p. 156), a s druge strane i visok stepen poverenja u internet bezbednost, ali i u integritet i nezavisnost centralnog tela izborne administracije.¹² Međutim, to ne znači da se i u Estoniji nisu javljale kontroverze pred sudovima. Tako je predsednik Estonije pred Vrhovnim sudom (VS) osporio ustavnost zakonskog rešenja kojim je uvedeno internet glasanje, sa obrazloženjem da ono narušava jednakost, budući da jedino glasačima koji glasaju preko interneta dopušta mogućnost da se više puta predomisle i promene već dati glas. VS je predstavku odbacio, zauzevši stanovište da „Ustav ne zabranjuje modernizaciju izbornog procesa” (Kask, 2016, p. 153). I dok je ovde posredi bio apstraktni spor, u kom je VS zauzeo afirmišuće stanovište, za razliku od nemačkog SUS-a, u više konkretnih sporova pokretanih od strane pojedinaca, ali i političkih stranaka koji su se odnosili na sigurnost internet glasanja, VS je propustio da zauzme proaktivan pristup. Umesto toga, odbacivao je žalbe sa pozivom na njihovu neblagovremenost, ali i, što je posebno zanimljivo, sa argumentacijom da žalba ne sme biti hipotetička, već da se mora zasnivati na čvrstim dokazima malverzacije (Kask, 2016, p. 153). Ovaj stav VS zauzeo je u osobenom slučaju iz 2011. godine, kada je jedan student izumeo virus opasan po bezbednost sistema za internet glasanje, a potom o tome obavestio i medije. Suština pretnje koja je uzrokovana virusom

¹⁰ Više o tehničkim specifikacijama ovog sistema vid. kod Marković & Adamović, 2015, pp. 77-78.

¹¹ Kurioziteta radi, jedan glasač je 2011. godine svoj glas putem interneta menjao 500 puta (Krimmer, 2016, p. 32).

¹² Ovo telo u Estoniji nije pretežno političkog sastava, već neutralno telo sastavljeno od, između ostalog, i nosilaca sudske vlasti i drugih nezavisnih organa, poput ombudsmana (Kask, 2016, p. 151).

ogledala se u tome što se birač dovodio u zabludu da je glasao za kandidata A, a njegov glas je zapravo odlazio drugom kandidatu. Slučaj je dospao pred VS, koji je zauzeo stav da je upravo svesnim pronalaženjem virusa podnosilac žalbe otklonio mogućnost da njegovo biračko pravo u konkretnom slučaju bude povređeno. Da bi rezultati izbora bili poništeni, neophodno je da se utvrdi povreda pojedinčevog prava, a ovde, po sudskom rezonu, osim hipotetičke mogućnosti, tako nešto nije postojalo (Heiberg, Laud & Willemson, 2011, p. 217). Iako možda zbog namernog osmišljavanja virusa nije moglo biti povrede žaliočevog prava, VS je ovim svojim uzdržavanjem propustio da se dalekovidijim stavom jasnije odredi spram, kao što se pokazalo, mogućih sajber malverzacija u budućnosti.

3.3. Švajcarska

Sličan nivo sudskog samouzdržanja postoji i u Švajcarskoj, zemlji koja se uzima za primer decentralizovanog širenja elektronskog glasanja jer je njegovo uvođenje započelo najpre u kantonima poput Ženeve (Hill, 2015, p. 162). Modalitet elektronskog glasanja u ovom kantonu zasniva se na mehanizmu prema kome glasač dobija jednokratnu šifru sa kojom se povezuje na predviđeni server i potom daje svoj glas (Bennoist, Anrig & Jaquet-Chiffelle, 2007, pp. 30-31). U jednom slučaju 2011. godine žalilac je istakao da je sistem suprotan kantonalnom pravu i saveznom ustavu jer nema mogućnosti da se potvrdi da je glas precizno zabeležen, a lični kompjuteri glasača podložni su virusima koji bi mogli promeniti sadržinu glasa, te da mogućnost da članovi porodice glasaju jedni umesto drugih narušava princip tajnosti glasanja. Kantonalni sud je žalbu odbacio sa obrazloženjem da su navodi žalbe apstraktni i usmereni protiv principa elektronskog glasanja kao takvog, a ne protiv ženevskog rešenja. Savezni sud je potom potvrdio da se žalba može uložiti jedino ukoliko se mana može uočiti tokom konkretnog glasanja, te da činjenica da mana postoji ali se ne može detektovati nije dovoljna. Dalje, prema rezonu Saveznog suda, argumenti ove prirode treba da budu odlučeni na političkom, a ne sudskom nivou, te da se tehničke karakteristike sistema elektronskog glasanja ne mogu osporavati pred sudom (Hill, 2015, pp. 168-170). Ovakvom argumentacijom Savezni sud približio se američkim sudovima koji, kada je posredi elektronsko glasanje, rado posežu za doktrinom političkog pitanja. Štaviše, samoograničenje je tim veće ukoliko se uzme u obzir činjenica da Savezni sud ima, uporednopravno posmatrano, znatno široka ovlašćenja koja prevazilaze kasatorni karakter tipičan za najvišu sudsku instancu (Cucić, 2016, p. 194).

Skromni prikaz konkretnih pravnih sporova koji su iskršavali pred evropskim sudovima pokazuju tendenciju uzdržavanja od razmatranja povrede biračkog prava putem elektronskog glasanja, kroz neminovno prethodno upuštanje u

ocenu tehničke sigurnosti glasanja putem sredstava informaciono-komunikacione tehnologije. To su sudovi činili bilo prepuštanjem razrešenja političkim granama vlasti, bilo svaljivanjem tereta teške dokazivosti konkretne malverzacije i njenog uzročno-posledičnog uticaja na rezultate izbora na birače, bez obzira da li je u konkretnom slučaju bila reč o IT stručnjacima ili informatičkim laicima. S druge strane, analizirani slučajevi normativne kontrole pokazuju kako veću spremnost za nju nadležnih sudova da preuzmu odgovornost, tako i zauzete divergentne stavove. Ipak, i estonski VS i nemački SUS su u različitim smerovima prepoznatljivo odredili dalji razvoj izbornog prava u svojim državama kada je u pitanju elektronsko glasanje.

4. Elektronsko glasanje i „popravljanje” demokratije

Pored pitanja sigurnosti izbornog procesa i domašaja sudske zaštite izbornog prava, elektronsko glasanje pred pravnu nauku postavlja i čitav niz drugih nedoumica. Jedna od njih je, na primer, za javnu upravu značajna dilema da li i kako elektronsko glasanje utiče na stepen takozvanog administrativnog tereta (*administrative burden*) u kadrovskom i organizacionom smislu.¹³ Ipak, tema koja po prisutnosti u literaturi, ali i značaju umnogome prevazilazi *cost benefit* analize odnosi se na pitanje da li elektronsko, u prvom redu internet glasanje, zaista doprinosi većoj izlaznosti, te da li je samo to dovoljno da se izbegnu boljke savremenih demokratskih sistema – nezainteresovanost birača i poljuljana legitimnost uspostavljenih vlasti? Oдавno je uočeno da mala izlaznost, posebno među mladom i tehnološki najpismenijom populacijom, krnji poverenje u aktuelne demokratske sisteme. Stoga se kao ključni razlog veće političke podrške uvođenju elektronskog glasanja navodio njegov potencijal da poboljša demokratiji glas (Bennoist, Anrig & Jaquet-Chiffelle, 2007, p. 32; Xenakis & Macintosh, 2005, p. 191).¹⁴

Ovaj stav polazi od unapred podrazumevajuće, a u suštini oborive pretpostavke da elektronsko glasanje pozitivno utiče na rast izlaznosti birača. Naime, brojne empirijske studije pokazale su da ova pretpostavka nije čvrsta kao što *prima facie* deluje. U projektu *True vote*, koji je ispitivao uključenost građana u e-demokratiju, utvrđeno je da modeli elektronskog glasanja ne privlače one građane koji i inače nisu politički zainteresovani, te da e-glasanje nema pozitivnog

¹³ Više o administrativnom teretu u izbornim postupcima vid. kod Spycher-Krivonosova, 2022, pp. 45-49.

¹⁴ Oni malo oprezniji isticali su da će moto „ako neće glasač glasačkoj kutiji, dovedimo glasačku kutiju biraču” barem zaustaviti dalji pad izlaznosti, ako već ne dovede do jače participacije građana u demokratskim procesima (Petitpas, Julien Matthieu & Sciarini, 2021, p. 1).

uticaja ni na nivo, ni na prirodu izlaznosti (Oostveen & Van den Besselaar, 2009, p. 358). Drugo istraživanje u više zemalja takođe je pokazalo da elektronsko glasanje umesto privlačenja novih glasača, uglavnom biva zamena za ranije korišćene modele, poput glasanja putem pošte. Ipak, pozitivni uticaj elektronskog glasanja na izlaznost uočen je u određenim studijama kod kategorije takozvanih povremenih glasača (Petitpas, Julien Matthieu & Sciarini, 2021, p. 9).¹⁵ Međutim, i ukoliko ostavimo po strani statistički pristup i njegove, po ovu hipotezu, ne tako afirmativne rezultate, iskrsava još važnije pitanje. Reč je o ostvarivanju jednakosti. Iako se u visokotehnološkom društvu digitalna raslojenost sve više smanjuje, pristup internetu, uz neophodne veštine rukovanja njime, i dalje nisu dostupne svim građanima, to jest postoji raslojavanje po rasnoj, rodnoj, starosnoj, socioekonomskoj i regionalnoj osnovi, što može učiniti mehanizme elektronskog glasanja manje reprezentativnim od tradicionalnih načina glasanja (Oostveen & Van den Besselaar, 2004, p. 65).¹⁶

Ipak, pored težnje ka jednakoj dostupnosti interneta, za zadovoljenje principa jednakosti u primeni modela elektronskog glasanja neophodno je ispuniti još jedan uslov. Reč je o, informatički govoreći, odsustvu bilo kakvih *bias*-a, odnosno omogućavanju da se elektronsko glasanje, posebno ako nema alternative u vidu glasanja na biračkom mestu, sprovodi na politički neutralan način. Takve neutralnosti neće biti u slučaju da su upotrebi interneta u jednom društvu skloniji podržavaoci samo određene političke ideologije. U multinacionalnim i višejezičnim državama politička neutralnost može imati i dodatnu komponentu. Tako estonsko rešenje nije bilo politički neutralno, jer je estonski postavljen kao jedini jezik sistema, čime je stvorena jezička prepreka i sistemski isključena ruska manjina iz procesa elektronskog glasanja (Trechsel, 2016, p. 20). Međutim, čak i ukoliko se istovremeno zadovolje uslovi informatičke pismenosti birača i političke neutralnosti sistema elektronskog glasanja, ostaje pitanje da li elektronsko glasanje povećanjem izlaznosti pospešuje kvalitet demokratskog procesa. Valja se zapitati i kakav je karakter tog poboljšanja, jer su uzroci građanske apatije i

¹⁵ Zanimljivo je primetiti i da se, iako prvenstveno usmereno ka njima kao adresatima, elektronsko glasanje ne koristi najviše od strane mlade populacije, već od onih između 25 i 39 godina. Štaviše, prema pojedinim istraživanjima, udeo mladih koji koriste modele elektronskog glasanja uporediv je sa udelom starijih građana koji imaju od 65 do 75 godina. Takođe, uočeno je i da metode elektronskog glasanja češće koriste muškarci nego žene, što ovom pitanju otvara perspektivu i iz ugla rodnih studija i ravnopravnosti. Ista rodna ali i starosna diskrepancija prisutna je i ako se posmatra ne samo biračko telo u celosti već i grupa povremenih glasača, kod kojih je pozitivni uticaj elektronskog glasanja ipak najuočljiviji (Petitpas, Julien Matthieu & Sciarini, 2021, pp. 3, 9).

¹⁶ Primera radi, prema podacima Republičkog zavoda za statistiku, 2011. godine manje od polovine građana Republike Srbije bilo je kompjuterski pismeno (Marković & Adamović, 2015, p. 76).

nedovoljne reprezentativnosti u savremenim demokratijama ipak dublji i složeniji da bi se mogli nadomestiti tehničkim olakšicama u vidu glasanja od kuće ili s drugog mesta, na dan ili nedeljama pre izbora. Razlozi koji determinišu (ne)izlazak na izbore skopčani su sa osećajem građanske dužnosti, stepenom informisanosti, ličnim skepticizmom (Oostveen & Van den Besselaar, 2009, p. 373), ali i otuđenošću političkih elita i (ne)poverenjem u kvalitet izborne ponude. U tom smislu, elektronsko glasanje ne utiče na motivacioni osnov za buđenje političkog aktivizma (Petitpas, Julien Matthieu & Sciarini, 2021, p. 3), te njegov doprinos proklamovanom cilju ostaje veoma ograničen.

Ipak, vredi podsetiti se da nedovoljna zainteresovanost građana za politički proces nije plod savremenog doba. U ranijem periodu se na ovaj problem pokušalo odgovoriti zakonskim uređenjem glasanja ne kao prava, već kao građanske dužnosti. O tome je Slobodan Jovanović zapisao: „[...] pošto se predstavnički sistem ne da zamisliti bez uvek budnog javnog mnjenja, to je uzdržavanje od glasanja jedna bolest kojoj valja tražiti leka. Mi samo sumnjamo da se lek nalazi u obaveznom glasanju. Obaveznim glasanjem ako bi se imalo uspeha, bez sumnje bi se povisio broj glasača, ali za pravilno funkcionisanje predstavničkog sistema važnije je popraviti kvalitet nego kvantitet [...]. Uzdržavanje od glasanja uvek je posledica izvesnog političkog skepticizma i apatije koje su moralne bolesti koje se običnim zakonskim merama ne leče, jer zakonodavac ne može postići da građani glasaju iz probuđenog interesovanja za državne poslove” (Jovanović, 2011, pp. 365-368). Zamenimo li glasačku dužnost pojmom internet glasanje, uvidećemo aktuelnost i tačnost ove ocene od pre jednog veka. E-glasanje u pogledu veće participacije građana odgovara na posledicu. Uzrok problema ostavlja netaknutim ili ga, u boljem slučaju, dotiče sa skromnim efektima.

Naposletku, iako iz tehnocentrične perspektive mogu delovati iracionalno, psihološke studije pokazuju da mesto na kojem se glasa može suštinski uticati na sadržaj glasa, te da glasanje u javnosti pojačava (samo)percepciju pojedinca kao aktivnog građanina (Weill, 2017, p. 152). I zaista, glasanje je čin svojevrsnog preuzimanja lične odgovornosti u političkoj zajednici. On iziskuje određen stepen integriteta i spremnosti da se svoj izbor posvedoči, makar i kroz određeni napor koji je potreban da bi se stiglo do biračkog mesta. Kako je i sa najmanjim naporom koji prati pojedinčev izbor prenosa suvereniteta na izabranu vlast spojivo geslo „ako nećete vi kutiji, donećemo glasačku kutiju vama”? Sasvim suprotno, elektronsko glasanje dezavuiše svečani, gotovo sakralni čin glasanja kao građanskog rituala. Francuski Ustavni savet, nadahnut Rusoovim idejama o građanskoj religiji, istakao je da „*upotreba glasačkih mašina uskraćuje građanima učešće u demokratskoj liturgiji i građanskom pričešću, oličeno u svečanom činu ubacivanja glasa u glasačku kutiju*” (Barrat Esteve, 2015, p. 138). Ako takav uticaj imaju

mašine za glasanje, onda tim pre internet glasanje, kao povlađivanje mogućnosti „glasanja u donjem vešu”, u prašinu baca simboličku vrednost izbornog čina. Ono, dakle, ne odgovara izborima kao događaju „stvaranja kvaziduhovne zajednice” (Judgment of Federal Constitutional Court, 2009) te, suprotno naznačenoj nameri, doprinosi jazu između vlasti i građana i negativno se odražava na političku kulturu jedne zajednice (Oostveen & Van den Besselaar, 2004, p. 73).

5. Zaključna razmatranja

Svaki problem koji se krajem XVIII veka javio kao filozofski, poput opšteg prava glasa, u XX veku pretvorio se u tehnički, što je označeno najznačajnijim fenomenom evolucije ustavnog prava (Krbek, 1937, p. 227). Ne bez zazora konstatujemo da se pravno-politički, a potom i tehnički problemi u XXI veku javljaju kao tehnicistički. Zato „novom tehnološkom fetišizmu” valja suprotstaviti sociocentrični pristup, po kome razvoj društvenih procesa nije ključno uslovljen karakteristikama tehnologije, već namerom pojedinaca i društvenih grupa koje je koriste (Damnjanović, 2009, p. 90). U tom okviru se naročito vrednom pokazuje ideja digitalnog konstitucionalizma, koja se ne svodi na prosto regulisanje digitalnih tehnologija, već reafirmiše ustavne principe u digitalnom okruženju (Goila JR, 2022, p. 12). U pogledu različitih oblika e-glasanja, ovakav pristup podrazumeva nekoliko stvari koje je ovaj rad pokušao da detektuje.

Najpre, digitalizaciji javne sfere i učešća u političkim procesima treba pristupati znatno opreznije nego što je to slučaj sa drugim sferama. Na teorijskom planu je zato jasno istaknuta pojmovna razlika između e-uprave i e-demokratije, čiji je ključni segment e-glasanje. Dalje, teza o tome da elektronsko glasanje *eo ipso* dovodi do veće izlaznosti i participacije građana, a time, isto tako linearno i po automatizmu, do povratka starog sjaja demokratije osporena je u oba segmenta. Prvi deo s pozivom na empirijske studije koje pokazuju da uvođenje elektronskog glasanja ima veoma ograničen uticaj na sprečavanje pada izlaznosti. Pokazalo se i da čak ni u informacionom društvu nije lako ukinuti digitalnu raslojenost i ispuniti zahtev jednake dostupnosti glasačkog mehanizma. Isto tako, uvođenje elektronskog glasanja nije uvek bilo ni politički neutralno, što je još jedna smetnja ostvarivanju jednakog biračkog prava. Doprinos elektronskog glasanja drugom delu razmatrane teze, a to je poboljšanje kvaliteta demokratskog procesa, takođe je označen kao vrlo ograničen. Problemi savremenih demokratskih društava mnogo su dublji od toga da li se i koliko uštedi vremena glasačima i novca državi uvođenjem internet glasanja. Olakšavajući potencijal koji posebno internet glasanje ima ne treba izgubiti iz vida. Ipak, stav o tehnološkoj determinisanosti

političke volje, po kome sam način glasanja, kao kakav *Deus ex machina*, razgoni boljke savremene demokratije treba odbaciti kao iluzoran.

Pitanje sigurnosti e-glasanja pravnički rad nije mogao adekvatno da tretira. Sa sličnim hendikepom susreću se i sudije čiji odgovor na izborne sporove u uporednom pravu je, ne neočekivano, (samo)uzdržanje. Donekle je drugačije sa ustavnim sudovima, delom i zbog (samo)svesti da njihove odluke, kao u nemačkom slučaju, dalekosežno trasiraju ustavni identitet političke zajednice. Iako deluje da je nemački sud prenebregao osećaj za tehnološki napredak, ne sme se izgubiti iz vida filozofski i politički značaj njegove odluke. On se ogleda u razumevanju da je poverenje u javne institucije krhka stvar i da tu osetljivost treba, po cenu sporijeg tehnološkog napredovanja, (o)čuvati (Seedorf, 2015, p. 43). Zemlja koja je u prošlom veku skupo platila danak priklanjanju stavu da je efikasnost vrednost *per se*, ovom odlukom pokazala je zrelost i opreznost. Slično pojedincima, danas se i čitava moderna društva nalaze pred izborom: ukrotiti ili se utopiti u talasima novog tehnološkog fetišizma. Posledice tog izbora, pre nego uvođenje e-glasanja, odrediće stepen kvaliteta demokratije u XXI veku.

Literatura

- Achieng, M. & Ruhode, E. 2013. The Adoption and Challenges of Electronic Voting Technologies Within the South African Context. *International Journal of Managing Information Technology*, 5(4), pp. 1-12. DOI: <https://doi.org/10.5121/ijmit.2013.5401>
- Adžić, S. 2011. *Elektronsko glasanje*. Specijalistički rad. Podgorica: Prirodno-matematički fakultet Univerziteta Crne Gore.
- Andonović, S. & Prlja, D. 2020. *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Barrat Esteve, J. 2015. The French Conseil Constitutionnel and Electronic Voting. In: Driza Maurer, A. & Barrat, J. (eds.), *E-Voting Case Law: A Comparative Analysis*. Farnham: Ashgate, pp. 131-150.
- Barrat Esteve, J. 2016. The Role of the Judiciary in the Oversight of Electronic Aspects of the Voting Process. In: *First Scientific Electoral Experts Debates Electoral Law and New Technologies: Legal Challenges*. Bucharest, pp. 111-119.
- Bennoist, E., Anrig, B. & Jaquet-Chiffelle, D. O. 2007. Internet Voting: Opportunity or Threat for Democracy. In: Alkassar, A. & Volkamer, M. (eds.), *E-Voting and Identity*. Bochum: Springer, pp. 29-37. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-540-77493-8_3
- Cucić, V. 2016. *Upravni spor pune jurisdikcije – modeli i vrste*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet.
- Damjanović, I. 2009. Elektronska demokratija (e-democracy) kao mogućnost demokratizacije. *Srpska politička misao*. 23(1), pp. 85-98. DOI: <https://doi.org/10.22182/spm.2312009.3>

- De Gregorio, G. 2022. *Digital Constitutionalism in Europe Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781009071215>
- Driza Maurer, A. 2015. E-Voting: What Do Judges Say? In: Driza Maurer, A. & Barrat, J. (eds.), *E-voting Case Law: A Comparative Analysis*. Farnham: Ashgate, pp. 1-22. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315581385>
- Dorđević, M. 2021. Zamke prenatlašene težnje ka efikasnosti u ustavnom pravu. U: Dorđević, M. (ur.), *Preispitivanje klasičnih ustavnopravnih shvatanja u uslovima savremene države i politike*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 85-99.
- Fitzpatrick, J. & Jöst, P. 2022. „The High Mass of Democracy” — Why Germany Remains Aloof to the Idea of Electronic Voting. *Frontiers in Political Science*, 4, pp. 1-14. DOI: <https://doi.org/10.3389/fpos.2022.876476>
- Goila, JR. A. 2022. The Critique of Digital Constitutionalism. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper*, 13, pp. 1-26.
- Hand, M. & Sandywell, B. 2002. E-topia as Cosmopolis or Citadel: On the Democratizing and De-democratizing Logics of the Internet, or Toward a Critique of the New Technological Fetishism. *Theory, Culture & Society*, 19(1-2), pp. 197-226. DOI: <https://doi.org/10.1177/026327640201900110>
- Heiberg, S., Laud, P. & Willemson, J. 2011. The Application of I-Voting for Estonian Parliamentary Elections of 2011. In: Kiayias, A. & Lipmaa, M. (eds.), *E-Voting and Identity*. Tallinn: Springer, pp. 208-223. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-642-32747-6_13
- Hill, R. 2015. Challenging an E-Voting System in Court. In: Haenni, R., Koenig, R. & Wikström, D. (eds), *E-Voting and Identity*. Bern: Springer, pp. 161-171. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-319-22270-7_10
- Kask, O. 2016. National Case Study: The Estonian Case. In: *First Scientific Electoral Experts Debates Electoral Law and New Technologies: Legal Challenges*. Bucharest, pp. 150-154.
- Jovanović, S. 2011. *O državi – osnovi jedne pravne teorije*. Beograd: Pravni fakultet.
- Jovanović, Z. & Andonović, S. 2021. *Pravo elektronske uprave*. Kragujevac: Institut za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.
- Krimmer, R., Triessing, S. & Volkamer, M. 2007. The Development of Remote E-Voting Around the World: A Review of Roads and Directions. In: Alkassar, A. & Volkamer, M. (eds.), *E-Voting and Identity*. Bochum: Springer, pp. 1-15. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-540-77493-8_1
- Krimmer, R. 2012. *The Evolution of E-voting: Why Voting Technology Is Used and How It Affects Democracy*. Doctoral thesis. Tallinn: Tallinn University of Technology.
- Krimmer, R. 2016. Constitutional Constraints for the Use of Information and Communication Technologies in Elections. In: *First Scientific Electoral Experts Debates Electoral Law and New Technologies: Legal Challenges*. Bucharest, pp. 28-36.
- Krbek, I. 1937. *Diskreciona ocjena*. Zagreb: JAZU.
- Marković, M. & Adamović, S. 2015. Mogućnost primene elektronskog servisa za glasanje u Republici Srbiji. *Synthesis 2015 – International Scientific Conference of IT*

- and Business-Related Research*. Belgrade: Singidunum University, pp. 76-80. DOI: <https://doi.org/10.15308/Synthesis-2015-76-80>
- Milakovich, M. 2021. *Digital Governance: New Technologies for Improving Public Service and Participation*. New York: Routledge. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781003215875>
- Oostveen, A. M. & Van den Besselaar, P. 2004. Internet Voting Technologies and Civic Participation, the Users Perspective. *Public*, 11(1), pp. 61-78. DOI: <https://doi.org/10.1080/13183222.2004.11008847>
- Oostveen, A. M. & Van den Besselaar, P. 2009. Users' Experiences with E-Voting: A Comparative Case Study. *International Journal of Electronic Governance*, 2(4), pp. 357-377. DOI: <https://doi.org/10.1504/IJEG.2009.030527>
- Pavjančić, M. 1999. *Izbornopravo*. Grafika akademika: Novi Sad.
- Petitpas, A., Julien Matthieu, J. & Sciarini, P. 2021. Does E-Voting Matter for Turnout, and to Whom? *Electoral studies*, 71, pp. 1-14. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2020.102245>
- Prlja, D. 2012. Elektronsko glasanje. U: Nikolić, O. & Đurić, V. (ur.), *Izbori u domaćem i stranom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 107-118.
- Schmidt, A. et al. 2009. Developing a Legal Framework for Remote Electronic Voting. In: Ryian, P. Y. A. & Schoenmakers, B. (eds.), *E-Voting and Identity*. Luxembourg: Springer, pp. 92-105. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-642-04135-8_6
- Seedorf, S. 2015. Germany: The Public Nature of Elections and Its Consequences for E-Voting. In: Driza Maurer, A. & Barrat, J. (eds.), *E-Voting Case Law: A Comparative Analysis*. Ashgate, pp. 23-44.
- Seedorf, S. 2016. Electoral law and new technologies: legal challenges. The Case of Germany: The Road Not Taken. In: *First Scientific Electoral Experts Debates Electoral Law and New Technologies: Legal Challenges*. Bucharest, pp. 131-138.
- Spycher-Krivososova, I. 2022. *The Impact of Internet Voting on Election Administration: Directing Implementation Towards a Blessing or a Curse*. Doctoral thesis. Tallinn: Tallinn University of Technology.
- Stengers, I. 2022. *Nauke i moći – demokratija naspram tehnonauke*. Beograd: Karpos.
- Stewart, C. 2011. Voting Technologies. *Annual Review of Political Science*, 14, pp. 353-378. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.12.053007.145205>
- Tomlinson, J. 2019. *Justice in Digital State - Assessing the Next Revolution in Administrative Justice*. Bristol: University of Bristol. DOI: <https://doi.org/10.56687/9781447340331>
- Trechsel, A. H. 2016. *Potential and Challenges of E-Voting in the EU*. Strasbourg: European parliament.
- Vučković, J. 2021. Elektronska demokratija i elektronsko glasanje. U: Soković, S. (ur.), *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima EU*. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, pp. 137-154. DOI: <https://doi.org/10.46793/UPSSIX.137V>
- Weill, R. 2017. Election Integrity: The Constitutionality of Transitioning to Electronic Voting in Comparative Terms. In: Prins, C. et al. (eds.), *Digital Democracy*

in a Globalized World. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 142-159. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781785363962.00014>

Xenakis, A. & Macintosh, A. 2005. E-Electoral Administration: Organizational Lessons Learned from the Deployment of E-Voting in the UK. *Proceedings of the 2005 National Conference on Digital Government Research*, pp. 191-197.

Pravni izvori

Judgment of Federal Constitutional Court of 3rd March 2009, 2 BvC 3/07.

UPOREDNOPRAVNI REGULATORNI ODGOVORI NA IZAZOVE DIGITALNE IMOVINE

Sažetak

Tehnološki omogućene inovacije u oblasti finansija nužno su praćene pravnim inovacijama. Kontinuiran rast i razvoj tržišta digitalne imovine podstakli su aktivnost regulatornih organa u različitim jurisdikcijama u cilju iznalaženja prihvatljivih regulatornih rešenja sposobnih da odgovore izazovima digitalnog doba. Aktivnosti regulatornih organa, primarno motivisane zaštitom tržišnih učesnika, očuvanjem finansijske stabilnosti i integriteta tržišta, kao i podsticanjem razvoja inovacija rezultirale su inovativnim regulatornim modelima i alatima. U radu su analizirani uporednopravni pristupi uređivanju pravnih pitanja nastalih pojavom digitalne imovine kao posebnog oblika fintek (*fintech*) inovacija, regulatorne inovacije podstaknute novom globalnom delatnošću, kao i regulatorna aktivnost međunarodnih organizacija i uspostavljanje regulative na nadnacionalnom nivou. Cilj rada je da se prikažu različita uporednopravna regulatorna rešenja i istaknu njihova obeležja, prednosti i nedostaci.

Ključne reči: digitalna imovina, kriptoimovina, fintek, regulacija, finansijske inovacije.

* Master pravnik, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, Srbija.
E-mail: milos.babovic97@gmail.com

COMPARATIVE LEGAL REGULATORY RESPONSES TO THE CHALLENGES OF THE DIGITAL ASSETS

Summary

Technologically enabled innovations in finance are necessarily accompanied by legal innovations. The continuous growth and development of the market in crypto-assets have stimulated the activity of regulatory authorities in various jurisdictions, with the aim of finding acceptable regulatory solutions, capable of responding to the challenges of the digital age. The activities of regulatory authorities, primarily motivated by the market participants protection, financial stability and market integrity safeguarding, as well as encouraging the development of innovations, resulted in innovative regulatory models and tools. The paper analyzes comparative legal approaches to digital assets as a form of fintech innovation, regulatory innovations stimulated by new global activity, as well as the regulatory activity of international organizations and the establishment of regulation at the supranational level. The paper will provide an overview of different comparative legal regulatory solutions, including their features, advantages and disadvantages.

Keywords: digital assets, crypto-assets, fintech, regulation, financial innovations.

1. Uvod

Tehnologija je u velikoj meri izmenila način na koji privredni subjekti i pojedinci vrše plaćanja, upravljaju investicijama, pozajmljuju sredstva i sklapaju ugovore (Omarova, 2020a, p. 25). Tehnološki omogućene inovacije u oblasti finansijskih usluga (*Fin Tech*) rezultirale su novim poslovnim modelima, tržišnim učesnicima i proizvodima i uslugama koje pružaju. Fintek povećava razmere i obim finansijskih tržišta i brzinu obavljanja finansijskih transakcija, čineći time oblast finansija tehnocentričnom, a finansijski sistem netransparentnim, kojim je teško upravljati i koji je bez jasnih granica među pojedinačnim jurisdikcijama i različitim tržištima (Omarova, 2020b, p. 87 i dalje). Digitalna imovina predstavlja poseban oblik fintek inovacija, koji za cilj ima pouzdan prenos vrednosti putem interneta, bez učešća posrednika, čime se sprečava njena dvostruka potrošnja (Reddy, 2019, p. 380; World Economic Forum, 2020, p. 3; EBA, 2019, pp. 10-11).¹ Njene karakteristike

¹ Oblici digitalne imovine, zavisno od svoje ekonomske funkcije, mogu se podeliti u dve

značajno menjaju postojeći koncept vlasništva, držanja i prenosa vrednosti, čineći na taj način pitanje pravne prirode veoma složenim, a njeno uklapanje u tradicionalne imovinskopravne koncepte prilično komplikovanim. Karakteristike digitalne imovine pre svega su određene osobinama tehnologije na kojoj se zasniva, i to tehnologije distribuirane knjige i blokčejn (*blockchain*) tehnologije.²

Uprkos tome što programski kodovi predstavljaju značajan samostalan mehanizam, ne bi trebalo da se razvijaju odvojeno od pravnog sistema, zbog čega tehnološke inovacije moraju biti praćene pravnim inovacijama (Finck, 2018, pp. 685-686). Preduslov za uspostavljanje uspešne regulative podrazumeva jasno određenje ciljeva i potreba. Ovi ciljevi pretežno su uslovljeni osnovnim oblicima tržišnih neuspeha, i to asimetrijom informacija, eksternim efektima i monopolskim položajem, a podrazumevaju zaštitu investitora i potrošača, očuvanje finansijske stabilnosti i zaštitu integriteta tržišta (Amstad, 2019, p. 1).³ Ublažavanje navedenih tržišnih neuspeha uz minimizaciju nenamernih posledica regulacije postiže se pažljivim odabirom proporcionalnih regulatornih alata (Odorović *et al.*, 2020, p. 30).

Upotreba digitalne imovine praćena je brojnim rizicima, a kao najznačajniji mogu se izdvojiti pranje novca i finansiranje terorizma, zaobilaženje propisa iz oblasti finansija i oporezivanja, te ugrožavanje monetarne i finansijske stabilnosti (Jovanić, 2021, p. 25).⁴ Tržište digitalne imovine praćeno je, između ostalog, for-

osnovne grupe, i to: digitalne valute i digitalne tokene. Digitalne valute predstavljaju alternativu fiat valutama, te kao takve označavaju sredstvo razmene koje nije izdala i za koje ne garantuje nijedna centralna banka, dok digitalni tokeni predstavljaju nešto više od prostog sredstva razmene i mogu se podeliti na uslužne, vrednosne, hibridne i one zasnovane na imovini. Vid. više Ernst & Yeung, 2018, p. 3; Ernst & Yeung, 2019, p. 7; Sovilj, 2021, pp. 302, 303.

² Tehnologija distribuirane knjige (*distributed ledger technology – DLT*) predstavlja novi pristup čuvanju i deljenju podataka na više različitih adresa (računara), od kojih svaka sadrži identične zapise podataka koje zajednički održava i kontroliše distribuirana mreža računarskih servera nazvanih čvorovi. Beleženje podataka uslovljeno je uspostavljanjem konsenzusa svih članova mreže i zasniva se na dva ključna zahteva, autentifikaciji i autorizaciji. Baza podataka se ažurira na sinhronizovan način, a validaciju iniciranih izmena obavlja specifično programiran softver prema unapred definisanom algoritamskom metodu. Blokčejn tehnologija predstavlja posebnu vrstu tehnologije distribuirane knjige, koja se razlikuje po načinu dodavanja novih i čuvanja postojećih podataka. Rešavanjem algoritma, podaci formiraju blokove (tzv. proces rudarenja) koji se međusobno povezuju u digitalnom lancu (tzv. lanac blokova). Vid. više Krause, Natarajan & Gradstein, 2017, p. 1; Rauchs *et al.*, 2018, pp. 21-24; Rauchs *et al.*, 2019, pp. 72-85.

³ Zbog dostupnosti digitalne imovine neograničenom broju lica, bez obzira na njihovu stručnost i informisanost, zaštita investitora i potrošača predstavlja jedan od prioriteta regulatorne aktivnosti. Posebna pažnja posvećena je zaštiti podataka o ovim licima, kao i zaštiti njihove imovine od prevare, pronevere i zloupotrebe. Vid. više OECD, 2020, pp. 14-19.

⁴ Anonimnost učesnika na tržištu, odnosno mogućnost posedovanja više korisničkih naloga, naročito otežava efikasnu primenu propisa u oblasti sprečavanja pranja novca i finansiranja terorizma, koji se u najvećem delu odnose na verifikaciju identiteta. Međutim, iako upotreba

miranjem balona cena, rizikom tržišne likvidnosti, promenljivošću cena, rizikom finansijskog leveridža i brojnim tehnološkim i operativnim rizicima (Nelson, 2018, p. 2; FSB, 2018, pp. 5-8).⁵ Implikacije navedenih rizika, pre svega za finansijsku stabilnost, ogledaju se u efektu poverenja, izloženosti finansijskih institucija digitalnoj imovini, stepenu tržišne kapitalizacije i stepenu rasprostranjenosti upotrebe digitalne imovine (FSB, 2018, pp. 8-12).⁶ Nasuprot navedenim rizicima, inovacije imaju potencijal da finansijska tržišta učine znatno ekonomičnijim i efikasnijim. U tom smislu, potreba za uspostavljanjem ravnoteže između očuvanja finansijske stabilnosti i tržišnih učesnika, s jedne, i podsticanja razvoja inovacija, s druge strane, rezultirala je različitim regulatornim rešenjima koja se jednako ogledaju u primeni postojećih i iznalaženju inovativnih regulatornih modela.

2. Osnovni pristupi regulisanju oblasti digitalne imovine u nacionalnim pravnim sistemima

Nastanak i razvoj digitalne imovine podrazumevaju brojne socijalne, političke, ekonomske i pravne izazove. Pozadina regulatornih razmatranja sastoji se od fundamentalnih pitanja sistemskog rizika, finansijske stabilnosti, monetarne

digitalne imovine u svrhe pranja novca i finansiranja terorizma predstavlja jedan od vodećih rizika u ovoj oblasti, većina ovih sredstava može se pratiti do prvobitnog vlasnika, sa relativno velikom verovatnoćom uspeha. Vid. Velkes, 2020, p. 878; Dupuis & Gleason, 2020, pp. 63-64. Anonimnost, praćena prekograničnom prirodom digitalne imovine, takođe predstavlja osnovni problem kada je u pitanju poreska evazija. Iako izbegavanje plaćanja poreza na individualnom nivou može izgledati trivijalno, proizvodi velike posledice na društvo u celini. Tako, uskraćivanje države u prikupljanju poreza za posledicu ima smanjenu mogućnost sprovođenja socijalnih, ekonomskih i drugih politika, ekonomsku nejednakost i povećanje poreskog opterećenja za obveznike koji poštujući zakon izmiruju obaveze. Vid. Sanchez, 2017, pp. 168-169.

⁵ Pucanje balona cena, posebno u slučaju kada se investicije u digitalnu imovinu finansiraju kratkoročnim dugom, praćenim velikom izloženošću investitora prema ključnim davaocima kredita u privredi, može dovesti do narušavanja finansijske stabilnosti; veliki broj faktora koji utiču na likvidnost tržišta potencijalno dovodi do ograničene mogućnosti kupovine i prodaje digitalne imovine, što uz koncentrisano vlasništvo i fragmentiranu tržišnu strukturu za posledicu može imati manipulaciju cenama i druga nezakonita ponašanja; promenljivost cena, brze smene ciklusa rasta i pada, kao i nagli padovi cena, odnosno nespremnost učesnika na ovakve promene postavljaju pitanje mera za njihovo ublažavanje; finansijski leveridž podrazumeva svaku metodu pomoću koje korisnik digitalne imovine može da poveća izloženost digitalnoj imovini namenjenoj trgovanju; a operativni i tehnološki rizici u najvećoj meri podrazumevaju podložnost hakerskim i drugim sajber napadima.

⁶ Efekat poverenja ogleda se u poverenju, odnosno nepoverenju javnosti u finansijski sistem i regulatorne i nadzorne organe, izloženost finansijskih institucija dovodi do prenošenja rizika na širi finansijski sistem, a kapitalizacija tržišta do posledica po veći broj učesnika.

politike i strukturnih pomeranja u široj ekonomiji (Omarova, 2020a, p. 27). Aktivnosti regulatornih organa imaju za cilj da obuhvate sprečavanje nedozvoljenih aktivnosti, zaštitu potrošača i investitora od prevare i drugih zloupotreba, kao i obezbeđivanje integriteta tržišta, platnih sistema i finansijske stabilnosti uopšte (Auer & Claessens, 2018, p. 53). Kompleksno pitanje odgovarajućeg regulatornog modela zahteva postepen i složen proces potrage za odgovorima, što rezultira različitim regulatornim pristupima u različitim jurisdikcijama. Regulatorna aktivnost, međutim, često se suočava sa ograničenim resursima, konkurentnim prioritetima i nedostatkom ekspertize, zbog čega se, u zavisnosti od procene rizika, resursi raspedeljuju na druge oblasti finansijske regulative, što potencijalno može dovesti do zapostavljanja aktivnosti na tržištu digitalne imovine (Bains *et al.*, 2022, p. 34). Etape u razvoju digitalne imovine tako su praćene različitim pristupima regulatornih organa. Drugim rečima, porast broja učesnika, njihovih aktivnosti i proizvoda i usluga na ovom tržištu rezultirao je kontinuiranim iznalaženjem regulatornih metoda i alata za postizanje ciljeva regulacije.

Početne faze u razvoju digitalne imovine praćene su odsustvom regulatorne reakcije, odnosno direktnog uplitanja prava u ovoj oblasti. Odsustvo reakcije može se opravdati neznatnim brojem aktivnosti na tržištu digitalne imovine, odnosno oprezom prilikom pristupanja regulatornoj delatnosti. Pristup prema kojem će se sačekati i videti kako ostale države reaguju na novonastali koncept (*wait and see* pristup) ima svoje prednosti, međutim dovodi do odsustva zaštite učesnika na tržištu, pravne nesigurnosti, te potencijalnog sprečavanja inovacija u ovoj oblasti. Ovaj pristup, proaktivnije okarakterisan kao pristup prema kojem će se sačekati i pratiti razvoj digitalne imovine (*wait and monitor* pristup), s jedne strane može predstavljati puki eufemizam za nedostatak motivacije i energije za uspostavljanje regulatornog okvira, dok s druge strane može podrazumevati ozbiljno kritičko preispitivanje novonastale pojave (Herian, 2018, p. 168). Odsustvo regulative najčešće je praćeno metodom informativnog, odnosno moralnog ubeđivanja, koji se ogleda u javnim upozorenjima o rizicima ulaganja u digitalnu imovinu, informacionim kampanjama o valutnim šemama, i objavljivanjem rezultata istraživačkog rada (BIS, 2015, p. 12).

Tendencija brzog rasta, povećan broj učesnika i aktivnosti na tržištu digitalne imovine, kao i uvećanje vrednosti samog tržišta, a imajući u vidu da različiti oblici digitalne imovine svojim ekonomskim funkcijama korespondiraju instrumentima finansijskih tržišta, rezultirali su primenom postojećih propisa na sve ili pojedine aspekte ove oblasti. Primena postojećih propisa najčešće podrazumeva, ali se na njih ne ograničava, propise iz oblasti hartija od vrednosti i pružanja platnih usluga. U tom smislu, za iste rizike, bili oni digitalni ili ne, potreban je isti regulatorni odgovor (Amstad, 2019, p. 9; Hacker & Thomale, 2018, pp. 17-18).⁷ Ovakav pristup je pretežno

⁷ Tako je, u Sjedinjenim Američkim Državama, *Howey test*, koji služi za određivanje transakcija

zastupljen u zemljama anglosaksonskog pravnog sistema koje odlikuje fleksibilan, odnosno elastičan regulatorni pristup instrumentima finansijskih tržišta. Primer za to može se pronaći u slučaju Komonvelta Australije gde je definicija finansijskih instrumenata široko formulisana i lako može obuhvatiti različite oblike digitalne imovine (ASIC, 2021). Pravna pravila kojima su izvorno regulisane neke druge oblasti primenjuju se na oblast digitalne imovine i u Sjedinjenim Američkim Državama (Executive Order on Ensuring Responsible Development of Digital Assets, 2022). Nesmetano funkcionisanje navedenog pristupa podrazumeva mogućnost primene postojećeg pravnog okvira na oblast digitalne imovine. Međutim, u situacijama kada fintek inovacije dovedu do drugačijih karakteristika i funkcija digitalne imovine, odnosno pojave specifičnih novih rizika koji onemogućavaju primenu postojećih propisa u ovoj oblasti, javlja se potreba za njihovim prilagođavanjem.

Prilagođavanje, odnosno proširivanje regulatornih okvira podrazumeva izmene i dopune postojećih propisa, kojima se proširuje oblast njihove primene i time eksplicitno obuhvata jedan aspekt ili više aspekata digitalne imovine. Tako su, na primer, propisi o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma u Republici Estoniji dopunjeni odredbama koje njihovu primenu proširuju na pružaoce usluga razmene digitalne valute za fiat valutu, kao i pružaoce usluge čuvanja virtuelnih valuta (Money Laundering and Terrorist Financing Prevention Act, 2017), a slične izmene mogu se pronaći i u propisima Komonvelta Australije (Anti-Money Laundering and Counter-Terrorism Financing Amendment Act, 2017).⁸ Iako je ovde reč o sličnim regulatornim intervencijama, navedeni primeri međusobno se razlikuju. Dok je u Estoniji zakon izmenjen metodom enumeracije, pri čemu su kao zakonski obveznici navedeni novi subjekti, znatno sužavajući mogućnost tumačenja, u Australiji je izmenom pojma sredstva za čuvanje vrednosti i sredstva za opklade omogućena primena propisa u slučaju velikog broja budućih slučajeva. Jedinstven slučaj gde je, pored primene postojećih propisa, Zakonom o platnim uslugama uspostavljen pravni režim, kojim su objedinjena i izjednačena tradicionalna sredstva plaćanja i oblici digitalne imovine koji im korespondiraju, predstavlja Republika Singapur (Payment Services Act, 2019).

Stvaranje ambijenta koji omogućava da tržište, koje karakteriše tendencija brzog rasta, ostvari svoj pun potencijal, ubrzo je dovela do fundamentalnog regulatornog pitanja – da li digitalna imovina treba da bude integrisana u postojeće zakonske okvire ili treba uspostaviti poseban pravni okvir (Ferreira, 2020, p. 3). Poseban pravni režim može biti uspostavljen donošenjem posebno kreiranih propisa kojima se

kao investicionih ugovora, te stoga njihovoj kvalifikaciji kao hartije od vrednosti, primenljiv i u oblasti digitalne imovine.

⁸ Fiat valute predstavljaju valute čija se vrednost određuje na osnovu ponude i tražnje na tržištu, a koje nemaju realno pokriće u plemenitim metalima, npr. zlatu.

regulišu aktivnosti na tržištu digitalne imovine i koji se primenjuju samo na njih ili stvaranjem posebnog regulatornog okvira koji se odnosi na skup aktivnosti od kojih su aktivnosti povezane sa digitalnom imovinom samo jedan od aspekata (Blandin *et al.*, 2019, pp. 41-42). Oblast digitalne imovine u Republici Srbiji stoga je posebno regulisana Zakonom o digitalnoj imovini (Zakon o digitalnoj imovini, 2020); poseban pravni režim takođe je uspostavljen u Republici Malti i obuhvata tri zakona koji se odnose na digitalne inovacije, inovativne tehnološke aranžmane i usluge, kao i digitalnu imovinu (Virtual Financial Asset Act, 2018; Malta Digital Innovation Authority Act, 2018; Innovative Technology Arrangements and Services Act, 2020); dok je u Meksiku ova oblast obuhvaćena propisima koji se odnose na regulisanje finansijskih tehnologija (Law to Regulate Financial Technology Institutions, 2018).

Iako je upotreba digitalne imovine dozvoljena u velikom broju država, postoje i one koje ovu upotrebu ograničavaju ili u potpunosti zabranjuju. Zabrana nekolicine ili svih aktivnosti povezanih sa digitalnom imovinom potencijalno ograničava nastanak i razvoj novih proizvoda i usluga, dobrih tržišnih standarda i ponašanja u zemlji, povećavajući rizik poslovanja u sivoj zoni i pojavu kriminalnih aktivnosti. Trebalo bi da ovakva ograničenja, motivisana ograničenjem uticaja digitalne imovine na realnu ekonomiju, budu praćena jasnom razlikom između dozvoljenih i nedozvoljenih aktivnosti, kako bi privredni subjekti mogli bolje da razumeju njihov obim. Tako su trgovanje i sumnjive aktivnosti koje destabilizuju ekonomiju i finansijsko tržište i predstavljaju pogodno tlo za kockanje, nelegalno prikupljanje sredstava, prevare, piramidalne šeme, pranje novca i druge nezakonite i kriminalne aktivnosti navele Narodnu Republiku Kinu da u potpunosti zabrani upotrebu digitalne imovine (The People's Bank of China, 2018). Direktna ili indirektna upotreba digitalne imovine prilikom plaćanja i pružanja usluga zabranjena je i u Republici Turskoj (Central Bank of Turkey, 2021), a slično je postupila i Republika Indija kada je zabranila privrednim subjektima pružanje usluga koje omogućavaju bilo kom licu ili entitetu poslovanje ili upotrebu digitalne imovine (Reserve Bank of India, 2018). Zbog brojnih nastojanja da se potpuno zabrani digitalna imovina postavlja se pitanje održivosti ovakvog modela. Kako bi potpunu zabranu verovatno bilo nemoguće uspostaviti, za šta je potrebno u potpunosti ograničiti pristup internetu, kao prihvatljivo rešenje predložen je model delimične zabrane (Jovanić, 2021, pp. 27-28).

3. Fleksibilna pravila, osetljiva na rizik i pogodna za inovacije

Inovacije u oblasti finansija, odnosno fintek dostignuća, dizajnirana su prvenstveno u cilju prevazilaženja granica postojećih proizvoda i usluga koje finansijske transakcije čine sporijim i skupljim. Fluidnost i funkcionalna fleksibilnost

tehnoloških rešenja otežavaju identifikaciju, merenje i precizno određivanje specifičnih aspekata fintek proizvoda putem poznatih regulatornih alata i metoda (Omarova, 2020a, pp. 33-34). Kao kategorija finansijskih tehnologija, digitalna imovina deli istu sudbinu. Regulatorni organi moraju kontinuirano optimizovati i prilagođavati pravna pravila kako bi bio obuhvaćen svaki pojedinačan oblik digitalne imovine i s njim povezane aktivnosti. Kao posledica ovakvih izazova, nastao je sasvim nov oblik regulatorne aktivnosti koji se označava terminom pametna regulacija (engl. *smart regulation*). Pametna regulacija označava oblik regulatornog pluralizma koji obuhvata fleksibilne, maštovite i inovativne oblike društvene kontrole, ujedno podrazumevajući uspostavljanje ravnoteže između neaktivnosti i preterane regulative, odnosno uspostavljanje regulative u dovoljnoj meri i na pravi način (Gunningham, 2017, p. 133; Coglianese, 2018, p. 13). U tom smislu bi trebalo da pametna regulacija bude konstantno revidirana i da pruži fleksibilna i pažljivo formulisana pravila, osetljiva na rizik i pogodna za razvoj inovacija (Omarova, 2020a, p. 27). Ovaj regulatorni model sposoban da isprati razvoj finansijskih tehnologija, verovatno predstavlja najprikladniji pristup problemima predmetne regulacije. Ipak ostaje predmet rasprave da li ovakav pristup predstavlja samo aspiraciju ili održiv regulatorni metod (Omarova, 2020a, p. 27).

Složena struktura blokčejn ekosistema u velikoj meri je oblikovala aktivnosti regulatornih organa, odnosno regulatorne alate koji služe ostvarivanju regulatornih ciljeva. Značajno odstupanje od tradicionalnih metoda ogleđa se u odsustvu direktne regulacije. Direktna regulacija podrazumeva regulatorne mere neposredno usmerene na regulaciju same industrije kao aktivnosti koja se može planirati, meriti i koja daje specifične rezultate, odnosno aktivnosti koje neposredno obavljaju privredni subjekti, ciljajući na strukturu industrije, strategije i operacije (Nabilou, 2019, p. 6). U konkretnom slučaju ovo bi, između ostalog, podrazumevalo računarske kodove, funkcionisanje čvorova, aktivnost rudarenja i drugo. Zasnovana na sankcijama, uz upotrebu regulatornih instrumenata komande i kontrole, direktna regulacija digitalne imovine susreće se sa tri ključna izazova, i to: ograničenjem nadležnosti regulatornih organa, pitanjem subjekata koje treba regulisati i regulatornom arbitražom (Nabilou, 2019, pp. 10-11). Tako, različiti oblici digitalne imovine, odnosno njihove sličnosti sa instrumentima finansijskih tržišta, čine nejasnim tradicionalno uspostavljene podele nadležnosti među regulatornim i nadzornim organima; novonastale kategorije učesnika na tržištu digitalne imovine, svojstvene decentralizovanoj *blockchain* strukturi, problematizuju identifikaciju entiteta na koji bi regulativa mogla biti usmerena; a globalno neujednačena regulativa dovodi do regulatorne arbitraže, odnosno prebacivanja aktivnosti privrednih subjekata iz strože regulisanih finansijskih sistema u one slabije regulisane ili u sisteme koje odlikuje odsustvo regulative

(Jovanić, 2020, p. 144; Nabilou, 2017, p. 563). Regulatorni organi se opredeljuju za indirektnu regulaciju, to jest regulaciju koja se uglavnom oslanja na ekonomske instrumente, koristeći posrednika za prenošenje imperativa, odnosno naredbi regulisanom subjektu ili aktivnosti koja je krajnji cilj (Nabilou & Prum, 2019, p. 7). Drugim rečima, indirektna regulacija stavlja akcenat na subjekte koji pružaju usluge povezane sa digitalnom imovinom, odnosno interakcije sa stvarnim svetom, kako bi u krajnjem ishodu bili postignuti željeni efekti (BIS, 2018, pp. 107-108; Jovanić, 2020, p. 143).

Postizanje regulatornih ciljeva podrazumeva regulativu zasnovanu na principima, odnosno širok skup principa i pravila usmerenih na rezultate, umesto regulative zasnovane na detaljnim propisima. Regulativa zasnovana na principima vodi udaljavanju od detaljno propisanih pravila i oslanjanju na široko formulisana pravila i principe kako bi se formirali standardi po kojima regulisani privredni subjekti posluju (Black, Hopper & Band, 2007, p. 191). Model zasnovan na principima može podrazumevati i kvaziregulativu, odnosno okvir definisan propisom ili drugim aktom supervizora (Jovanić, 2021, p. 32). U tom smislu, najbolji primer predstavljaju principi koji se odnose na pružaoce usluga putem tehnologije distribuirane knjige u Gibraltaru.⁹ Ovako uspostavljen okvir lakše i ekonomičnije se prilagođava novim poslovnim modelima koji se brzo razvijaju. Principi i njihova hijerarhija različito se shvataju u različitim jurisdikcijama, međutim, tri su široko prihvaćena. Reč je o pravnoj sigurnosti, tehnološkoj neutralnosti i proporcionalnosti (Amstad, 2019, p. 5).

Gljučni cilj svake regulatorne aktivnosti ogleda se u uspostavljanju pravne sigurnosti, što podrazumeva jasnu definiciju regulatornih okvira i transparentnu primenu zakona. Suprotno, nejasna terminologija i klasifikacije ometaju uspostavljanje čvrstog regulatornog okvira, što za posledicu ima prvenstveno regulatornu arbitražu, a neretko i sprečavanje razvoja ovog tržišta. Princip pravne sigurnosti susreće se sa najmanje tri izazova. Pre svega, sa velikom brzinom razvoja digitalne imovine, odnosno nastankom novih i transformacijom postojećih oblika, što podrazumeva nove i drugačije karakteristike i funkcionalnosti. Zatim, često sa velikim brojem uključenih državnih organa, što potencijalno dovodi do sukoba nadležnosti među njima. Poslednje, sa potrebom poznavanja oblasti informacionih tehnologija pored uobičajenog poznavanja prava i finansijskih tržišta (Amstad, 2019, p. 5).

Učestale tehnološke promene postavile su princip tehnološke neutralnosti veoma visoko u hijerarhiji regulatornih principa. Tehnološka neutralnost podrazumeva zanemarivanje tehnologije i usmerenost na ekonomske funkcije digitalne imovine. Regulatorna aktivnost usmerena je na postizanje ravnoteže između

⁹ Vid. više Gibraltar Financial Services Commissions, *The Regulatory Principles*.

potrebe za regulisanjem novih oblika finansijske intermedijacije zasnovanih na tehnologijama čiji domašaj još uvek nije jasno određen, a da pritom ne bude narušen potencijal ovih tehnologija da uvođenjem konkurencije poboljšaju ostvarenje osnovnih ciljeva finansijske regulacije (Jovanić, 2021, p. 24). Princip tehnološke neutralnosti podrazumeva tri početne tačke koje se odnose na svrhu regulacije, izbegavanje određenih sporednih efekata i na opšte principe za tehniku izrade zakona. Prvo, svrha uspostavljanja regulatornog okvira ogleda se u postizanju određenih efekata u društvu, a ne u regulisanju same tehnologije; dalje, trebalo bi da regulativa bude vrednosno neutralna u pogledu tehnologije, odnosno da ne daje prednost nekim tehnologijama u odnosu na druge; i poslednje, opšti princip izrade zakona treba da bude održiv, odnosno sposoban da se nosi sa brzim tehnološkim napretkom (Koops, 2006, pp. 6 i dalje).

Kao treći princip regulisanja, prepoznat je princip proporcionalnosti. Ovim je regulatornim organima omogućeno postavljanje nižih regulatornih zahteva privrednim subjektima koji pružaju usluge ograničenog rizika, vodeći računa o veličini privrednih subjekata, njihovom sistemskom značaju, kao i složenosti i profilu rizika koje podrazumevaju (Amstad, 2019, p. 6). Proporcionalnost rezultira ograničenom javnom intervencijom u smislu obaveza i izbegavanjem velikih troškova usklađenosti, odnosno regulatornih opterećenja za manje i nekompleksne privredne subjekte, posebno imajući u vidu da je tržište digitalne imovine, a samim tim i njegov značaj, u trenutku pisanja ovog rada, mnogo manji nego značaj tradicionalnih tržišta.

4. Regulatorne aktivnosti međunarodnih organizacija

Proces harmonizacije propisa na globalnom nivou, iako neophodan zbog prekogranične prirode digitalne imovine, otežan je uspostavljanjem posebnih pravnih režima pojedinačnih država (Ferreira & Sandner, 2021, p. 5). Za uspostavljanje delotvorne regulative neophodni su koordinisan pristup i učestala međunarodna saradnja. Međunarodna zajednica još uvek nije uspela da ponudi široko prihvatljivo rešenje koje bi pomirilo različite pristupe zastupljene u nacionalnim državama. Relativno komplikovan proces uspostavljanja regulative dobija mnogo veće razmere na nivou međunarodne zajednice, podrazumevajući pritom i međunarodnu koordinaciju i angažovanje velikog broja privrednih učesnika (Hammond & Ehret, 2022, p. 5). Rizik upotrebe digitalne imovine, odnosno preispitivanje postojećih regulatornih pristupa, razmatralo je više međunarodnih organizacija. Banka za međunarodna poravnanja (Bank for International Settlements – BIS) usmerila je oblast svog interesovanja na virtuelne valute centralnih banaka, Međunarodna organizacija

za hartije od vrednosti (International Organization of Securities Commissions – IOSCO) razmatrala je inicijalnu ponudu digitalne imovine i investicione digitalne tokene, Bazelski komitet za nadzor banaka (Basel Committee on Banking Supervision – BCBS) izloženost banaka digitalnoj imovini, a Radna grupa za finansijsku akciju (Financial Action Task Force – FATF) mere protiv pranja novca i finansiranja terorizma (Jovanić, 2020, p. 140).

U cilju uspostavljanja regulatornih okvira koji bi se primenjivali širom međunarodne zajednice, Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) uspeo je da ponudi Principe za digitalnu imovinu i privatno pravo (Draft UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law, 2023 – UNIDROIT Principles). UNIDROIT principi bi trebali da dovedu do smanjenja pravne nesigurnosti sa kojom su suočeni pravna praksa i tržišni učesnici, kao i da doprinesu efikasnijem i ekonomičnijem odvijanju tržišnih aktivnosti. Ovako uspostavljen autonomni normativni sistem bi trebao da odgovori zahtevima međunarodne poslovne prakse, omogućujući izolovanost ugovora od nacionalnih propisa, odnosno ponudi ugovornim stranama, arbitraži i sudu, poseban set pravila prilikom postupanja. Pored tehnološke neutralnosti, UNIDROIT pincipe karakteriše načelo jurisdikcione neutralnosti, što odražava nezavisnost od bilo kojeg posebnog pravnog sistema i načelo organizacione neutralnosti koje podrazumeva slobodu pojedinačnih država u pogledu obima i načina na koji će ove principe implementirati unutar svojih pravnih poredaka. Iako ne predstavlja obavezu, već slobodan izbor pojedinačnih država, implementacija UNIDROIT principa u pravnim sistemima imala bi višestruk značaj, koji se pre svega ogleda u povećanju pravne predvidljivosti za aktivnosti na tržištima unutar ovih država, odnosno aktivnosti u međunarodnom prometu (vid. više UNIDROIT Principles, 2023).

Institucije Evropske unije, kao predstavnici regionalnih integracija, postavile su temelj za uspostavljanje posebnog pravnog režima kojim se zasebno uređuje oblast digitalne imovine na jedinstvenom tržištu. Početno odsustvo reakcije regulatornih organa veoma brzo su zamenili nadzor i ispitivanje ovog tržišta. Nadležnost je, s obzirom na svojstva različitih oblika digitalne imovine, podeljena među Evropskim nadzornim telom za bankarstvo (European Banking Authority – EBA) i Evropskim organom za hartije od vrednosti i tržišta kapitala (European Securities and Markets Authority – ESMA), koji su vremenom doneli brojna upozorenja i preporuke o načinima zaštite i smanjenju rizika kojima su izloženi tržišni učesnici.¹⁰ Na oblast digitalne imovine primenjuju se postojeća pravila, i to na one oblike

¹⁰ U tom smislu vid. EBA Warning to consumers on virtual currencies EBA/WRG/2013/01 of 12 December 2013; EBA Opinion on ‘virtual currencies’ EBA/Op/2014/08 of 4 July 2014; ESMA upozorenje investitorima na visoke rizike inicijalne ponude tokena ESMA50-157-829; ESMA Statement ESMA50-157-828 of 13 November 2017; ESMA EBA and EIOPA Warning of 30

digitalne imovine koji imaju karakteristike finansijskog instrumenta Direktiva o tržištima finansijskih instrumenata (Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EC, 2014 – MiFID II), a na one kvalifikovane kao elektronski novac Direktiva o elektronskom novcu (Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, 2009 – EMD2). Veliki značaj imala je i Direktiva o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma (Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, 2018), čiji je obim primene s vremenom ograničen (Houben & Snyers, 2020, p. 9), ali koja je blagovremeno usklađivana sa FATF preporukama (FATF, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, 2023). Zbog ekspanzije tržišta digitalne imovine otežana je efektivna i adekvatna primena postojećih propisa, zbog čega se ubrzo pojavila potreba za uspostavljanjem posebnog pravnog režima. Digitalno pristupanje finansijskim uslugama od strane privrednih subjekata i pojedinaca, nastanak novih tehnologija i brza promena postojećih poslovnih modela, naveli su Evropsku komisiju da uputi saopštenje Evropskom parlamentu, Savetu, Ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regija o strategiji za digitalne finansije za Evropsku uniju (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions on a Digital Finance Strategy for the EU, 2020). Četvorogodišnja strategija ukazuje na stavove, prioritete i ciljeve razvoja digitalnih finansija na području Evropske unije. Paket mera za digitalne finansije, ublažavajući rizike, pruža podršku inovacijama i konkurenciji, a ogleda se u predlogu tri uredbe i jedne directive, i to: Predlog uredbe o tržištima digitalne imovine i izmenama (Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, 2020 – MiCA), Predlog uredbe o pilot režimu za tržišnu infrastrukturu zasnovanu na DLT tehnologiji (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, 2020), Predlog uredbe o digitalnoj otpornosti za finansijski sektor (Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on digital operational resilience for the financial sector and amending Regulations (EC) No 1060/2009, (EU)

November 2018.

No 648/2012, (EU) No 600/2014 and (EU) No 909/2014, 2020) i Predlog direktive o izmenama direktiva (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341, 2020). Od navedenih predloga, usaglašeni tekst MiCA prošao je glasanje u Evropskom parlamentu, ratifikaciju od strane Saveta i objavljen u *Službenom listu Evropske unije* 9. jula 2023. godine (Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/ 2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937, 2023). MiCA uredba stupiće na snagu dvadeset dana od dana objavljivanja, a potpuna primena trebala bi da usledi 18 meseci od dana stupanja na snagu (MiCA uredba, član 149). Uredba sadrži različita uporednopravna rešenja, prilagođena potrebama jedinstvenog tržišta, dok se kao osnovni ciljevi mogu navesti stvaranje jedinstvenog pravnog okvira i zaštita potrošača, a posebna pažnja posvećena je regulisanju stabilne digitalne imovine (Novaković, 2021, pp. 689-690).

U nedostatku pravila na nivou Evropske unije, pored Republike Malte, Republika Francuska i Savezna Republika Nemačka uspostavile su nacionalne režime kojima se uređuju određeni aspekti digitalne imovine na koju nije moguće primeniti postojeće pravo Evropske unije. Tako je, u Republici Francuskoj, Zakonom o transformaciji i rastu privrednih društava uspostavljen poseban pravni režim inicijalne ponude digitalne imovine (LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, 2019), dok je u Saveznoj Republici Nemačkoj uspostavljen kroz implementaciju Direktive o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma (Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierter EU-Geldwäscherichtlinie, 2020). Navedeni režimi razlikuju se u sledećem: pravila u Francuskoj nisu obavezna, ali su obavezna u Malti i Nemačkoj; obim primene propisa na digitalnu imovinu i s njom povezane aktivnosti su različiti; zahtevi za izdavaoce ili pružaoce usluga nisu isti; mere zaštite integriteta tržišta nisu ujednačene (MiCA predlog, p. 148). Pravila navedenih država primenjuju se u slučajevima kada važeće propise Evropske unije nije moguće primeniti i ostaće na snazi sve do uspostavljanja jedinstvenog pravnog režima na nivou Evropske unije.

5. Inovacije podstaknute digitalnom transformacijom

Najznačajniju regulatornu inovaciju koju sa sobom donose tehnološke inovacije u oblasti finansija predstavlja „regulatorno igralište” (*regulatory sandbox*). Ovaj regulatorni model, iniciran od strane britanskog Organa za nadzor finansijskih usluga (Financial Conduct Authority – FCA), našao je svoju primenu u

različitim državama širom sveta.¹¹ Igralište označava siguran prostor u kojem preduzeća mogu testirati inovativne proizvode, usluge, mehanizme njihove isporuke i poslovne modele, bez izazivanja regulatornih posledica u određenoj delatnosti (FCA, 2015a, p. 1). Ovim se ujedno ukazuje na sklonost regulatora da podrži inovacije, podstiče dijalog sa učesnicima na tržištu, stvara mogućnost međusobnog učenja, čime nastaje potrebna fleksibilnost da se na odgovarajući način reaguje na nepoznate poslovne modele i novonastale rizike (Ringe & Ruof, 2020, p. 605). Regulatorna igrališta imaju potencijal da, pored finansijskih inovacija, podrže i olakšaju finansijsku inkluziju, unaprede efikasnost i kompetitivnost učesnika na tržištu, odnosno uvećaju znanja regulatora o inovativnim tehnologijama (Omarova, 2020a, p. 37).

Inovativne tehnologije prvenstveno su nastale pojavom novih poslovnih modela, proizvoda i usluga, ali efikasnost koju nude može se iskoristiti i za podršku usklađenosti sa finansijskim propisima i unapređenje sprovođenja finansijskog nadzora. Veliki broj propisa koji se odnosi na kontrolu rizika, u cilju poboljšanja transparentnosti, rezultirao je brojnim obavezama izveštavanja regulatornih, odnosno nadzornih organa. Sledstveno trendu digitalne transformacije, primena tehnološki omogućenih rešenja, u cilju unapređenja regulatornih aktivnosti i sprovođenja usklađenosti poslovanja, prihvaćena je i od strane regulatornih organa. Digitalizacija prirode finansijske delatnosti vodila je nastanku sasvim novog globalnog trenda, nazvanog regulatorna tehnologija (engl. *regulatory technology*, skraćeno *Reg Tech*) (Arner & Barberis, 2017, p. 6). *Reg Tech* označava tehnologije koje omogućavaju efikasniju i efektivniju isporuku regulatornih zahteva (FCA, 2015b, p. 3). Ova tehnološka rešenja prvenstveno su namenjena privrednim subjektima u cilju poboljšanja rezultata usklađenosti poslovanja, sposobnosti upravljanja rizicima i stvaranja novih uvida u rezultate poslovanja što omogućava efikasnije donošenje odluka. U istom maniru, međutim, prevashodno namenjen organima nadzora, nastao je tehnološki orijentisan pristup superviziji koji podrazumeva inovacije obuhvaćene nazivom nadzorna tehnologija (engl. *supervisory technology*, skr. *Sup Tech*) (Broeders & Prenio, 2018, p. 3; Simone, 2022, p. 4). Upotreba *suptech* rešenja značajno poboljšava nadzor, praćenje rizika usklađenosti poslovanja privrednih subjekata i analitičke sposobnosti nadzornih organa, omogućavajući generisanje indikatora rizika u realnom vremenu, odnosno kreiranje politike zasnovane na proceni (FSB, 2020, p. 1). Navedene inovacije omogućavaju efikasno izveštavanje i proaktivno praćenje rizika, stvarajući time fleksibilno pravno okruženje prilagodljivo različitim vrstama promena.

¹¹ Model regulatornog igrališta može se pronaći u Velikoj Britaniji (vid. *Regulatory Sandbox*); Singapuru (vid. *Overview of Regulatory Sandbox*); Australiji (vid. *Enhanced Regulatory Sandbox*); i Kanadi (vid. *CSA Regulatory Sandbox*).

Tehnološki razvoj omogućio je pristup globalnim tržištima alternativnih oblika imovine, automatizovanim transakcijama koje se ne zasnivaju na poverenju, pametnim ugovorima koje odlikuje samostalno izvršavanje, te između ostalog i inovativnim modelima upravljanja zasnovanim na transparentnosti i glasanju bez korupcije (Wright & Filippi, 2015, p. 56). Po uzoru na srednjovekovno pravo trgovaca, odnosno *lex mecratoria*, pojavila se ideja o novom korpusu pravila koji se označava terminom *lex cryptographia* i podrazumeva kvazipravnu strukturu pametnih ugovora koji se koriste za nastanak i regulisanje dvostranih ili višestranih pravnih poslova (Wright & Filippi, 2015, p. 4). Srednjovekovna ekspanzija trgovine rezultirala je nastankom *lex mercatoria*, a porast broja internet korisnika i njihovih aktivnosti, odnosno korišćenja mogućnosti ugovornih strana da svoje odnose urede po svojoj volji, nastankom *lex informatica*, specifičnog skupa uobičajenih pravila, običaja i tehničkih normi uslovljenih ograničenjima mrežnog sistema (Reidenberg, 1997, p. 553). Kako se pružaoci internet usluga u odnosima sa korisnicima u velikoj meri oslanjaju na sadržinu takozvanih ugovora koji se primenjuju u svakom pojedinačnom slučaju nezavisno od važenja nacionalnih normi (Vukadinović, 2020, p. 13; Vukadinović, 2021, p. 343), ugovori o licenciranju (EULA), odnosno uslovi korišćenja (TOU) i njima slični, mogu se smatrati da su *lex mercatoria* digitalnog doba (Wright & Filippi, 2015, pp. 44-48). Nastanak *blockchain* tehnologije, koja omogućava uspostavljanje razmene proizvoda i usluga, odnosno interakciju između dveju ili više strana bez učešća posrednika, otvorio je vrata za nastanak inovativnog alternativnog normativnog sistema. Mogućnost direktnog povezivanja ugovornih strana i kreiranje pametnih ugovora koje karakteriše mogućnost samostalnog izvršenja podstiče nastanak posebne grupe pravila, nezavisno od volje tradicionalno prihvaćenog normotvorca (Becker, 2022, p. 118). Ovako uspostavljen normativni sistem, gde učesnici programiranjem koda određuju pravila koja odražavaju među njima prihvaćene vrednosti, označava se terminom *lex cryptographia*. Uspon normativnog sistema *lex cryptographia* u krajnjem može voditi stvaranju sveta u kojem se ideali individualne slobode i emancipacije mogu lakše ostvariti, uz opasnost da sa tog puta skrene i povede u tehnokratsku distopiju.

6. Zaključak

Tehnološke inovacije u oblasti finansija rezultirale su pojavom novih i promenom postojećih poslovnih modela, tržišnih učesnika i proizvoda i usluga koje pružaju. Promene u modernim finansijskim sistemima praćene su produbljiivanjem postojećih i potencijalnim nastankom novih, još uvek nepoznatih rizika,

zbog čega su tehnološke inovacije nužno praćene pravnim inovacijama. Najznačajniji primer fintek inovacija ogleda se u nastanku digitalne imovine, što rezultira pojavom sasvim novog tržišta koje karakteriše tendencija brzog rasta. Osnovni ciljevi regulatorne aktivnosti u ovoj oblasti stoga podrazumevaju zaštitu investitora i potrošača, očuvanje finansijske stabilnosti i integriteta tržišta, uz istovremeno podsticanje razvoja inovacija. Pluralitet strategija za ostvarivanje regulatornih ciljeva rezultirao je drugačijim regulatornim pristupima u različitim jurisdikcijama. Širok spektar regulatornih modela podrazumeva odsustvo regulacije, primenu postojećih pravila, njihovo prilagođavanje u vidu izmena i dopuna, odnosno uspostavljanje potpuno novih regulatornih okvira. Kako bi regulativa ove oblasti proizvela željeno dejstvo, pravila moraju biti fleksibilna, zasnovana na principima, osetljiva na rizik i pogodna za razvoj inovacija, a regulacija mora biti indirektna, odnosno oslonjena na ekonomske instrumente i usmerena na posrednike za prenošenje naredbi regulisanim subjektima ili aktivnostima. Sledstveno trendu digitalne transformacije, u cilju unapređenja usklađenosti poslovanja sa velikim brojem propisa u ovoj oblasti i sprovođenja finansijskog nadzora, razvile su se nove regulatorne i nadzorne tehnologije. Zbog svoje prekogranične prirode, digitalna imovina je veoma brzo postala i predmet razmatranja brojnih međunarodnih organizacija koje su u cilju harmonizacije propisa i iznalaženja široko prihvatljivih regulatornih rešenja preduzele značajne aktivnosti. Ipak, uprkos brojnim nastojanjima da se oblast digitalne imovine podvede pod zakonske okvire i uspostave nadnacionalna uniformna pravila, potrebe tržišta stvorile su ideju o uspostavljanju alternativnog normativnog sistema, nalik srednjovekovnom pravu trgovaca, nazvanog *lex cryptography*.

Literatura

- Arner, D., Barberis, J. & Buckley, R. 2017. FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 37(3), pp. 371–413.
- Auer, R. & Claessens, S. 2018. Regulating Cryptocurrencies: Assessing Market Reactions. In: Borio, C. et al. (eds.), *BIS Quarterly Review: International banking and financial market developments*. Basel: BIS, pp. 51–66.
- Bains P. et al. 2022. Regulating the Crypto Ecosystem: The Case of Unbacked Crypto Assets. *Fintech Notes*, 2022(7). Washington: IMF. DOI: <https://doi.org/10.5089/9798400221361.063>
- Becker, K. 2022. Blockchain Matters: Lex Cryptographia and the Displacement of Legal Symbolics and Imaginaries. *Law and Critique*, 33(2), pp. 113-130. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10978-021-09317-8>

- Black J., Hopper M. & Band C. 2007. Making a success of principles-based regulation. *Law and Financial Markets Review*, 1(3), pp. 191-206. DOI: <https://doi.org/10.1080/17521440.2007.11427879>
- Blandin, A. et al. 2019. *Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study*. Cambridge: Cambridge Centre for Alternative Finance. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3379219>
- Broeders, D. & Prenio, J. 2018. *Innovative Technology in Financial Supervision (Suptech): The Experience of Early Users*. Basel: BIS.
- Coglianese, C. 2018. Optimizing Regulation for an Optimizing Economy. *University of Pennsylvania Journal of Law & Public Affairs*, 4(1), pp. 1-13.
- Ferreira, A. 2020. Emerging Regulatory Approaches to Blockchain Based Token Economy. *The Journal of the British Blockchain Association*, 3(1), pp. 29-35. DOI: [https://doi.org/10.31585/jbba-3-1-\(6\)2020](https://doi.org/10.31585/jbba-3-1-(6)2020)
- Finck, M. 2018. Blockchains: Regulating the Unknown. *German Law Journal*, 19(4), pp. 665-692. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200022847>
- Gunningham, N. & Sincalir, D. 2017. Smart Regulation. In: Drahos, P. (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and applications*. Canberra: ANU Press, pp. 133-148. DOI: <https://doi.org/10.22459/RT.02.2017.08>
- Hacker, P. & Thomale, C. 2018. Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law. *European Company and Financial Law Review*, 15(4), pp. 645-696. DOI: <https://doi.org/10.1515/ecfr-2018-0021>
- Herian, R. 2018. Taking Blockchain Seriously. *Law and Critique*, 29(2), pp. 163-171. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10978-018-9226-y>
- Houben, R. & Snyers, A. 2020. *Crypto-Assets: Key Developments, Regulatory Concerns and Responses*. Luxembourg: Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament.
- Jovanić, T. 2020. An Overview of Regulatory Strategies on Crypto-Asset Regulation – Challenges for Financial Regulations in the Western Balkans. In: Bajakić, I. & Božina Beroš, M. (eds.), *EU Financial Regulation and Markets Beyond Fragmentation and Differentiation*. Zagreb, Faculty of Law University of Zagreb, pp. 130-177.
- Jovanić, T. 2021. Kripto-imovina kao primer uticaja digitalizacije na pravo i praksu regulatornih organa. U: Obradović, G. & Dimitrijević, M. (ur.), *Pravo i digitalizacija*, Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, pp. 21-39.
- Koops, B.J. 2006. Should ICT Regulation Be Technology-Neutral? *Information Technology & Law Series*, 9, pp. 77-108. DOI: https://doi.org/10.1007/978-90-6704-665-7_4
- Nabilou, H. 2017. Regulatory Arbitrage and Hedge Fund Regulation: The Need for a Transnational Response. *Fordham Journal Corporate & Financial Law*, 22(4), pp. 557-603.
- Nabilou, H. 2019. How to Regulate Bitcoin? Decentralized Regulation for a Decentralized Cryptocurrency. *International Journal of Law and Information Technology*, 27(3), pp. 266-291. DOI: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaz008>
- Nelson, B. 2018. Financial Stability and Monetary Policy Issues Associated with Digital Currencies. *Journal of Economics and Business*, 100, pp. 76-78. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jeconbus.2018.06.002>

- Novaković, M. 2021. The Reform of the Crypto Licences system in Estonia and the Regulation on Markets in Crypto Assets Proposal. *Strani pravni život*, 4, pp. 687-699. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz65-35127>
- Odorović, A. et al. 2020. *Fintech Innovation in the Western Balkans: Policy and Regulatory Implications & Potential Interventions*. Cambridge: Cambridge Centre for Alternative Finance. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3619214>
- OECD. 2020. *Financial Consumer Protection Policy Approaches in the Digital Age: Protecting Consumers' Assets, Data and Privacy*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.
- Omarova, S. 2020. Dealing with Disruption: Emerging Approaches to Fintech Regulation. *Washington University Journal of Law & Policy*, 61(1), pp. 25-53.
- Omarova, S. 2020. Technology v. Technocracy: Fintech as a Regulatory Challenge. *Journal of Financial Regulation*, 6(1), pp. 75-124. DOI: <https://doi.org/10.1093/jfr/fjaa004>
- Rauchs, M. et al. 2018. *Distributed Ledger Technology Systems: A Conceptual Framework*. Cambridge: Cambridge Centre For Alternative Finance. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3230013>
- Rauchs, M. et al. 2019. *2nd Global Cryptoasset Benchmarking Study*. Cambridge: Cambridge Centre For Alternative Finance. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3306125>
- Reddy, J. 2019. The Case for Regulating Crypto-Assets. *Indian Journal of Law and Technology*, 15(2), pp. 379-423.
- Reidenberg, J. 1997. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology. *Texas Law Review*, 76, pp. 553-593.
- Ringe, G. & Ruof, C. 2020. Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox. *European Journal of Risk Regulation*, 11(3), pp. 604-629. DOI: <https://doi.org/10.1017/err.2020.8>
- Sanchez, E. 2017. Crypto-Currencies: The 21st Century's Money Laundering and Tax Havens. *University of Florida Journal of Law & Public Policy*, 28(1), pp. 167-191.
- Sovilj, R. 2021. Legal Aspects of Digital Asset Market in the Republic of Serbia. In: Reljanić, M. (ed.), *Regional Law Review*, Belgrade: Institute of Comparative Law in Belgrade/ University of Pecs Faculty of Law/Josip Juraj Strossmayer University of Osijek Faculty of Law, pp. 297-312.
- Vukadinović, S. 2020. Adhezioni ugovori u francuskom pravu. *Strani pravni život*, 64(1), pp. 5-15. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz64-25009>
- Vukadinović, S. 2021. Pravnoteorijske karakteristike i pravnodogmatski razvoj nemačkog prava opštih uslova poslovanja. *Strani pravni život*, 65(3), pp. 343-359. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz65-33895>

Pravni izvori

Uredba Evropskog parlamenta i Saveta o tržištima digitalne imovine i izmeni uredaba (EU) br. 1093/2010 i (EU) br. 1095/2010 te direktiva 2013/36/EU i (EU) 2019/1937. Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets,

and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937, *OJ L 150/40*, 09. 06. 2023. Dostupno na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CONSIL:PE_54_2022_REV_1&qid=1685880505121 (10. 7. 2023).

Direktiva o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma. Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, *OJ L 156/43*, 19. 06. 2018. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32018L0843> (3. 6. 2023).

Direktiva o elektronskom novcu. Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, *OJ L 267/7*, 10. 10. 2009, poslednja verzija 12. 1. 2018. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0110> (3. 6. 2023).

Direktiva o tržištima finansijskih instrumenata. Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EC, *OJ L173/349*, 12. 6. 2014. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0065> (3. 6. 2023).

Predlog uredbe o digitalnoj otpornosti za finansijski sektor. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on digital operational resilience for the financial sector and amending Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 648/2012, (EU) No 600/2014 and (EU) No 909/2014, COM (2020) 595 final – 2020/0266 (COD), 24. 9. 2020. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2020:595:FIN> (4. 6. 2023).

Predlog uredbe o pilot režimu za tržišnu infrastrukturu zasnovanu na DLT tehnologiji. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, COM(2020) 594 final – 2020/0267(COD), 24. 9. 2020. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2020:594:FIN> (4. 6. 2023).

Predlog uredbe o tržištima digitalne imovine i izmenama. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final – 2020/0265 (COD), 24. 9. 2020. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (4. 6. 2023).

Predlog direktive o izmenama. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341 COM (2020) 596 final – 2020/0268(COD), 24. 9. 2020. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0596> (4. 6. 2023).

- Anty-Money Laundering and Counter-Terrorism Financing Amendment Act 2017, *Commonwealth of Australia Gazette*, No. 130, 2017. Dostupno na: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017A00130> (13. 5. 2023).
- Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, Richtlinie (EU) 2018/843. Dostupno na: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2019-12-19-Gesetz-4-EU-Geldwaescherichtlinie/0-Gesetz.html (4. 6. 2023).
- Innovative Technology Arrangements and Services Act, *Government Gazette of Malta*, No. 20,028 – 20.07.2018, 20,497– 9. 10. 2020. Dostupno na: <https://legislation.mt/eli/cap/592/eng/pdf> (10. 5. 2023).
- Law to Regulate Financial Technology Institutions, *Diario Oficial de la Federación*, 09. 03. 2018. Dostupno na: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5515623&fecha=09/03/2018#gsc.tab=0 (10. 5. 2023).
- LOI n° 2019–486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038496102/> (4. 6. 2023).
- Malta Digital Innovation Authority Act, *Government Gazette of Malta*, No. 20,028 – 20.07.2018. Dostupno na: <https://legislation.mt/eli/cap/591/eng/pdf> (10. 5. 2023).
- Money Laundering and Terrorist Financing Prevention Act, *Riigi Teataja*, Decision no. 174 of 08.11.2017. Dostupno na: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/517112017003/consolide> (13. 5. 2023).
- Payment Services Act 2019, Republic of Singapore, *Government Gazzete*, Act 2 of 2019. Dostupno na: <https://sso.agc.gov.sg/Act/PSA2019> (14. 5. 2023).
- Virtual Financial Asset Act. 2018. *Government Gazette of Malta*, No. 20,028 – 20.07.2018. Dostupno na: <https://legislation.mt/eli/cap/590/eng/pdf> (10. 5. 2023).
- Zakon o digitalnoj imovini Republike Srbije. 2020. *Sl. glasnik RS*, br. 153/2020.

Internet izvori

- Amstad, M. 2019. *Regulating Fintech: Objectives, Principles, and Practices*. Tokyo: ADB. Dostupno na: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/533791/adbi-wp1016.pdf> (7. 5. 2023).
- Australian Securities & Investments Commission – Enhanced regulatory sandbox. Dostupno na: <https://asic.gov.au/regulatory-resources/digital-transformation/initial-coin-offerings-and-crypto-currency/#part-f> (9. 6. 2023).
- Australian Securities & Investments Commission, Information Sheet 225 (INFO 225). 2021. Dostupno na: <https://asic.gov.au/regulatory-resources/digital-transformation/initial-coin-offerings-and-crypto-currency/#part-f> (13. 5. 2023).
- BIS. 2015. Digital Currencies. Basel: Bank for International Settlements. Dostupno na <https://www.bis.org/cpmi/publ/d137.htm> (13. 5. 2023).

- BIS. 2018. Cryptocurrencies: Looking Beyond the Hype. Basel: Bank for International Settlements. Dostupno na: <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2018e5.htm> (10. 6. 2023).
- Canadian Securities Administrators – CSA Regulatory Sandbox. Dostupno na: <https://www.securities-administrators.ca/resources/regulatory-sandbox/> (9. 6. 2023).
- Central Bank of Turkey – Regulation on the Use of Cryptoassets in Payments. 2021. Dostupno na: <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-05-12/turkey-new-regulation-bans-use-of-cryptoassets-in-payments/> (16. 5. 2023).
- Draft UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law, UNIDROIT doc. Study LXXXII – PC (January 2023). 2023. Dostupno na: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/digital-assets-and-private-law-public-consultation/> (1. 6. 2023).
- EBA Opinion on ‘virtual currencies’ EBA/Op/2014/08 of 4 July 2014. 2014. Dostupno na: <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1> (5. 6. 2023).
- EBA Report with advice for the European Commission on crypto-assets of 9 January 2019. 2019. Dostupno na: <https://www.eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets> (6. 5. 2023).
- EBA Warning to consumers on virtual currencies EBA/WRG/2013/01 of 12 December 2013. 2013. Dostupno na: <https://www.eba.europa.eu/eba-warns-consumers-on-virtual-currencies> (5. 6. 2023).
- Ernst & Yeung. 2018. IFRS (#) Accounting for Crypto-Assets. Dostupno na: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/emeia-financial-services/ey-ifs-accounting-for-crypto-assets.pdf (12.8. 2023).
- Ernst & Yeung. 2019. Life of a Coin: Shaping the Future of Crypto-Asset Capital Markets. 2019. Dostupno na: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/emeia-financial-services/ey-life-of-a-coin.pdf (12.8. 2023).
- ESMA alerts investors to the high risks of Initial Coin Offerings (ICOs) ESMA50-157-829. 2017. Dostupno na: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-829_ico_statement_investors.pdf (5. 6. 2023).
- ESMA EBA and EIOPA Warning of 30 November 2018. 2018. Dostupno na: <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2139750/313b7318-2fec-4d5e-9628-3fb007fe8a2a/Joint%20ESAs%20Warning%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1> (5. 6. 2023).
- ESMA Statement ESMA50-157-828 of 13 November 2017. 2017. Dostupno na: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-828_ico_statement_firms.pdf; (5. 6. 2023).
- FATF. 2023. International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. Paris, Financial Action Task Force. Dostupno na: www.fatf-gafi.org/recommendations.html (3. 6. 2023).

- FCA. 2015. Call for Input: Supporting the Development and Adoption of RegTech. London: Financial Conduct Authority. Dostupno na: <https://www.fca.org.uk/publication/call-for-input/regtech-call-for-input.pdf> (10. 6. 2023).
- FCA. 2015. Regulatory Sandbox. London: Financial Conduct Authority. Dostupno na: https://chifl.sufe.edu.cn/_upload/article/files/53/ae/3d75929d4041afcd7b-4f9a5176c4/8c14f99a-48f9-4101-8ed1-6bff37ae6169.pdf (9. 6. 2023).
- Ferreira, A. & Sandner, P. 2021. EU Search for Regulatory Answers to Crypto Assets and Their Place in the Financial Markets' Infrastructure. *Computer Law & Security Review*, 43. Dostupno na: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364921001059> (20. 5. 2023).
- Financial Conduct Authority – Regulatory Sandbox. Dostupno na: <https://www.fca.org.uk/firms/innovation/regulatory-sandbox> (9. 6. 2023).
- FSB. 2018. Crypto-Asset markets: Potential Channels for Future Financial Stability Implications. Basel: Financial Stability Board. Dostupno na: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P101018.pdf> (7. 5. 2023).
- FSB. 2020. The Use of Supervisory and Regulatory Technology by Authorities and Regulated Institutions: Market Developments and Financial Stability Implications. Basel: Financial Stability Board. Dostupno na: <https://www.fsb.org/2020/10/the-use-of-supervisory-and-regulatory-technology-by-authorities-and-regulated-institutions-market-developments-and-financial-stability-implications/> (9. 6. 2023).
- Gibraltar Financial Services Commissions – The Regulatory Principles. Dostupno na: <https://www.fsc.gi/FSC/distributed-ledger-technology-providers#principles> (28. 5. 2023).
- Hammond, S. & Ehret, T. 2022. *Cryptocurrency Regulations by Countries*. New York: Thomas Reuters Institute. Dostupno na: <https://www.thomsonreuters.com/en-us/posts/wp-content/uploads/sites/20/2022/04/Cryptos-Report-Compendium-2022.pdf> (21. 5. 2023).
- Joseph R. Biden Jr – Executive Order on Ensuring Responsible Development of Digital Assets. 2022. Dostupno na: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/03/09/executive-order-on-ensuring-responsible-development-of-digital-assets/> (13. 5. 2023).
- Krause, S., Natarajan, H. & Gradstein, H. 2017. Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain. Washington DC: the World Bank Group. Dostupno na: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/177911513714062215/distributed-ledger-technology-dlt-and-blockchain> (6. 5. 2023).
- Monetary Authority of Singapore – Overview of Regulatory Sandbox. Dostupno na: <https://www.mas.gov.sg/development/fintech/regulatory-sandbox> (9. 6. 2023).
- Nabilou, H. & Prüm, A. 2019. Central Banks and Regulation of Cryptocurrencies. *Review of Banking & Financial Law (forthcoming)*, University of Luxembourg Law Working Paper No. 2019-014. Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=3421417> (10. 6. 2023).

- Predlog digitalne finansijske strategije. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions on a Digital Finance Strategy for the EU, COM (2020) 591 final, 24. 09. 2020. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0591> (4. 6. 2023).
- Reserve Bank of India – Prohibition on dealing in Virtual Currencies (VCs). 2018. Dostupno na: https://www.rbi.org.in/scripts/FS_Notification.aspx?Id=11243&fn=2&Mode=0 (16. 5. 2023).
- Simone di, C. et al. 2022. The SupTech Generations. Basel: Bank for International Settlements. Dostupno na: <https://www.bis.org/fsi/publ/insights19.htm> (10. 6. 2023).
- The People's Bank of China – Notice on Further Preventing and Resolving the Risks of Virtual Currency Trading and Speculation. 2018. Dostupno na: <http://www.pbc.gov.cn/en/3688253/3689012/4353814/index.html> (16. 5. 2023).
- World Economic Forum. 2020. *Crypto, What Is It Good For?: An Overview of Cryptocurrency Use Cases*. Cologny: World Economic Forum. Dostupno na: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Cryptocurrency_Uses_Cases_2020.pdf (6. 5. 2023).
- Wright, A. & Filippi de, P. 2015. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664 (12. 6. 2023).

MATERIJALNOPRAVNI USLOVI ZA RASKID UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE OD STRANE KUPCA**

Sažetak

Predmet i cilj istraživanja se sastoje u analizi i rasvetljavanju osnovnih materijalnopравnih uslova koje Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine postavlja za raskid ugovora od strane kupca. Ova tema je značajna zbog celokupnog sagledavanja odgovornosti ugovornih strana usled neispunjenja obaveza kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe. Prilikom istraživanja analizirani su tekstovi odgovarajućih odredaba pomenute konvencije, dostupna sudska i arbitražna praksa, kao i stavovi pravne misli izneti u odgovarajućoj i dostupnoj domaćoj i stranoj literaturi. Rezultat navedenih analiza je pokazao da su materijalnopравni uslovi za raskid ugovora o međunarodnoj prodaji robe od strane kupca kompleksni, izrazito iznijansirani i precizno formulisani. U skladu sa tim, sudska i arbitražna praksa, kao i doktrina, na stavu su da se ti uslovi moraju tumačiti restriktivno.

Ključne reči: ugovor o međunarodnoj prodaji robe, povreda ugovora, raskid ugovora, Bečka konvencija.

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, Srbija. E-mail: uros@prafak.ni.ac.rs

** Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu” koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021-2025.

SUBSTANTIVE CONDITIONS FOR AVOIDANCE OF CONTRACT ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS BY THE BUYER

Summary

The subject and purpose of this research is to clarify substantive conditions for avoidance of contract by the buyer under the UN Convention on Contracts for the International *Sale of Goods* from 1980 (CISG). This topic is important for overall assessment of responsibility of contracting parties for non-performance of their obligations under the contract on international sale of goods. Compared to other remedies for breaching the contract (asking for performance, price reduction and damages), avoidance is the remedy of last resort. The research is based on the texts of the relevant norms of the CISG, available court and arbitration case law, as well as doctrine in the relevant and available Serbian and foreign literature. The substantive conditions for avoidance by the buyer are predominantly regulated in Art. 49 of the CISG. Other relevant provisions are Art. 51 (avoidance in the case of partial performance), Art. 73 (avoidance of instalment contracts) and Art. 82 (which deals with the effect of an aggrieved buyer's inability to make restitution of goods substantially in the condition in which the buyer received them). The result of research has shown that substantive conditions for avoidance of contract on international sale of goods are complex and layered. Therefore, this topic represents particular challenge, both for practical and theoretical dealing.

Keywords: international sale of goods, responsibility of the seller, contract avoidance, CISG.

1. Uvod

Materijalnopравни uslovi pod kojima kupac može raskinuti ugovor o međunarodnoj prodaji robe pretežno su uređeni čl. 49 Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine¹ (dalje u tekstu i: Bečka konvencija; Konvencija). Prema odredbama pomenutog člana, raskid ugovora je moguć u dve situacije: 1) ukoliko prodavac načini bitnu povredu ugovora (čl. 49(1)(a)); 2) ukoliko

¹ Konvencija je doneta 11. aprila 1980. godine u Beču, a stupila je na snagu 1. januara 1988. godine. Konvenciju su do sada ratifikovale 94 države. Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija ratifikovala je Konvenciju 1984. godine (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 10-1/1984). Republika Srbija primenjuje Konvenciju, kao jedan od pravnih sledbenika SFRJ.

roba nije isporučena, odnosno ukoliko prodavac ne izvrši isporuku u naknadnom roku u skladu sa čl. 47 Konvencije (čl. 49(1)(b)). St. 2 istog člana predviđa ograničenja kupca da ugovor raskine u situaciji kada je prodavac isporučio robu.

U poređenju sa ostalim pravnim sredstvima koja kupcu stoje na raspolaganju usled povrede ugovora od strane prodavca (pravo da se traži izvršenje ugovora, da se smanji cena, kao i pravo na naknadu štete), raskid ugovora predstavlja sredstvo poslednje namene (lat. *ultima ratio*, engl. *remedy of last resort*). Kupac ga može primeniti onda kada se od njega više ne može opravdano očekivati da održava ugovorni odnos sa prodavcem. Po intenzitetu posledica na ugovorni odnos, raskid ugovora predstavlja najradikalnije sredstvo. Ukoliko se ispune materijalni uslovi za raskid ugovora, kupac može, ako mu je to u interesu, odlučiti da učini taj potez. Međutim i u situaciji kada su ispunjeni uslovi za raskid, kupac može, umesto raskida, izabrati i neko drugo pravno sredstvo ukoliko proceni da će na taj način bolje zaštititi svoje interese i ukoliko želi da zadrži ugovor na snazi.

Čl. 49 Konvencije nije jedina odredba koja uređuje materijalnopravne uslove za raskid ugovora od strane kupca. Tu još spadaju i čl. 51 (koji uređuje uslove za raskid ugovora usled delimičnog izvršenja prodavčevih obaveza), čl. 73 (koji uređuje uslove za raskid ugovora sa uzastopnim isporukama) i čl. 82 (koji predviđa ograničenje prava kupca da raskine ugovor ukoliko mu je nemoguće da robu vrati u suštinski istom stanju u kome je robu primio).

Predmet istraživanja ovog rada je ograničen na materijalnopravne uslove za raskid ugovora o međunarodnoj prodaji robe od strane kupca u režimu Bečke konvencije. S tim u vezi sledi detaljnija analiza prethodno navedenih odredaba Konvencije, putem pregleda sudske i arbitražne prakse, kao i relevantnih mišljenja u domaćoj i stranoj literaturi. Najpre se analiziraju odredbe čl. 49, a potom i odredbe ostalih članova koji uređuju predmetnu materiju. Predmet rada nisu proceduralni uslovi za raskid ugovora, kao ni dejstvo raskida. Ove teme, prema mišljenju autora, zaslužuju odvojenu pažnju i analizu, stoga mogu predstavljati predmet posebnog rada. Isto se odnosi i na uslove za raskid usled anticipativne povrede ugovora, što takođe predstavlja temu koja zaslužuje samostalnu obradu.

2. Pravo na raskid usled bitne povrede ugovora

Kada je u pitanju sticanje prava na raskid ugovora, polazište Bečke konvencije se podudara sa skoro svim nacionalnim pravnim sistemima, gde je predviđeno da povreda ugovora mora imati značajan stepen težine. Štaviše, u međunarodnim poslovnim transakcijama, raskid ugovora iziskuje daleko veće troškove nego što je to slučaj sa ugovorima u unutrašnjem prometu. Ukoliko, na primer, prodavac isporuč

nesaobraznu robu, raskid ugovora bi, načelno, podrazumevao obavezu kupca da robu vrati prodavcu, što bi iziskivalo znatne troškove i rizike oko prevoza robe do udaljene destinacije. Usled toga su redaktori Bečke konvencije raskid ugovora predvideli kao poslednje rešenje, u nedostatku drugih pravnih sredstava koja bi mogla izlečiti povredu ugovora (Schwenzer, 2005, p. 799; Schwenzer, 2012, p. 207).

Iako se u literaturi i sudskoj i arbitražnoj praksi raskid ugovora definiše kao „sredstvo poslednje namene” usled povrede ugovora, to ipak ne znači da je kupac dužan da prethodno iscrpi sva ostala sredstva koja mu omogućavaju odredbe Konvencije. Čl. 49 Konvencije na početku predviđa da kupac može izjaviti da raskida ugovor ako neizvršenje bilo koje obaveze koju prodavac ima na osnovu ugovora ili Konvencije predstavlja bitnu povredu ugovora (st. 1(a) navedenog člana). To znači da ukoliko se ispune uslovi za bitnu povredu ugovora, kupac može odmah izjaviti raskid ugovora, bez obaveze da prethodno upotrebi ostala sredstva. Fraza „sredstvo poslednje namene” (koje doduše nema u tekstu Konvencije) više služi da ukaže sudovima i arbitražama, ali i samim ugovornim stranama, da primene dodatni oprez i uzdržanost prilikom izjave raskida, odnosno prilikom priznanja prava na raskid (Magnus, 2005, pp. 424-425).

Kupac, dakle, najpre može raskinuti ugovor ukoliko prodavac počini bilo koju povredu ugovora koja se može okarakterisati kao bitna u svetlu čl. 25 Konvencije.² Na osnovu ove odredbe Konvencije, da bi se povreda, iz perspektive kupca, smatrala bitnom potrebno je da: a) prodavac ne izvrši svoju obavezu; b) da prodavčevo neizvršenje obaveze dovodi do suštinskog lišavanja kupca od koristi koju je opravdano očekivao od ugovora; c) da je prodavac predvideo posledicu u smislu suštinskog lišavanja kupca koristi koju je opravdano očekivao od ugovora, odnosno da je takvu posledicu moglo predvideti razumno lice istih svojstava u istim okolnostima.

Posledice prodavčevog neizvršenja obaveze ocenjuju se u svetlu svih konkretnih okolnosti slučaja. Za postojanje bitne povrede ugovora potrebno je da prodavac ne izvrši svoju obavezu, koja može proisticati iz ugovora ili iz Konvencije (uključujući i obavezu koja proizlazi iz relevantnih trgovinskih običaja ili prakse koju su strane uspostavile). Ugovorne strane mogu same eksplicitno predvideti odgovarajućim klauzulama koje se obaveze imaju smatrati bitnim. U tom slučaju, primena čl. 25 Konvencije neće biti neophodna: povreda tako okarakterisane obaveze će se obično smatrati bitnom. Ukoliko pak strane nisu u ugovoru definisale svoje bitne obaveze, dolazi do aktiviranja čl. 25 i njegove interpretacije (Müller-Chen & Pair, 2011, p. 656).

² Tekst čl. 25 Konvencije glasi: „Povreda ugovora koju učini jedna strana smatraće se bitnom ako se njome prouzrokuje takva šteta drugoj strani da je suštinski lišava onog što je opravdano očekivala od ugovora, izuzev ako takvu posledicu nije predvidela strana koja čini povredu niti bi je predvidelo razumno lice istih svojstava u istim okolnostima.”

Bitna povreda predstavlja poseban ili kvalifikovani oblik povrede ugovora i može postojati kod povrede bilo koje obaveze (Vukadinović, 2012, p. 535). Nije neophodno da prodavac ne izvrši neku od svojih osnovnih obaveza (gde po Konvenciji spadaju isporuka robe, predaja robnih dokumenata i prenos svojine na robi) da bi se smatralo da je došlo do bitne povrede ugovora. Bitna povreda može nastupiti i usled prodavčevog neizvršenja neke od ostalih obaveza ukoliko takvo neizvršenje za posledicu ima suštinsko lišavanje kupca od onoga što je opravdano očekivao od ugovora. U tom slučaju moraju se ispuniti kriterijumi iz čl. 25 Konvencije (Lookofsky, 2008, p. 117). Utvrđivanje očekivanja, koja se mogu smatrati opravdanim, zavisi opet od konkretnih okolnosti ugovora, rizika koje su ugovorne strane preuzele, običaja, uspostavljene prakse između strana, kao i od odgovarajućih odredaba Konvencije.

Stav sudske prakse je da na kupcu leži teret dokazivanja činjenice da postoji povreda ugovora koja kupca suštinski lišava onoga što je opravdano očekivao od ugovora (vid. presudu Apelacionog suda u Nansiju (Francuska) u predmetu *O. v. P.* br. 20/03154 od 6. novembra 2013. godine (CLOUT case No. 1506) kao i presudu Saveznog suda Nemačke u predmetu *Cobalt sulphate*, br. VIII ZR 51/95, od 3. aprila 1996. godine (CLOUT case No. 171)). S druge strane, na prodavcu je da dokaže svoju eventualnu tvrdnju da suštinsko lišavanje nije bilo predvidivo.

Bečka konvencija takođe predviđa (čl. 51(2)) da kupac ima pravo da raskine ceo ugovor ukoliko prodavac delimično ne izvrši svoju obavezu ili isporuči delimično nesaobraznu robu, ako delimično neizvršenje ili nedostatak saobraznosti predstavlja bitnu povredu ugovora. Arbitražna praksa je, međutim, zauzela stav da se mogućnost koju predviđa čl. 51(2) Konvencije treba prevashodno tumačiti kao izuzetak, a ne kao pravilo (vid. odluku Arbitražnog suda Međunarodne trgovačke komore u predmetu *Assembly line for batteries* br. 7660 od 23. avgusta 1994. godine (CLOUT case No. 302)).³

3. Raskid ugovora u slučaju neisporuke

Čl. 49(1)(b) Konvencije predviđa drugi uslov za raskid ugovora, koji se odnosi na neizvršenje obaveze isporuke od strane prodavca. Radi lakšeg razumevanja, citiraćemo ceo tekst čl. 49(1) Konvencije:

- „(1) Kupac može izjaviti da raskida ugovor:
- (a) ako neizvršenje bilo koje obaveze koju prodavac ima na osnovu ugovora ili ove konvencije predstavlja bitnu povredu ugovora; ili

³ Na primer, u jednom slučaju arbitraža je zauzela stav da se delimična isporuka robe u količini koja iznosi jednu polovinu od ugovorene količine može smatrati bitnom povredom celog ugovora; odluku Kineske međunarodne ekonomske i trgovinske arbitražne komisije od 19. decembra 1997. godine (CLOUT case No. 990).

- (b) u slučaju neisporuke, ako prodavac nije isporučio robu u dodatnom roku koji mu je kupac odredio na osnovu stava 1. člana 47. ili je izjavio da je neće isporučiti u tako određenom roku.”

Smisao čl. 49(1)(b) Konvencije ogleda se u razdvajanju situacije kada docnja sa isporukom predstavlja bitnu povredu ugovora od situacije kada ona to nije. Čl. 49(1)(a) predviđa pravo kupca na raskid ugovora usled postojanja bitne povrede ugovora, dok se čl. 49(1)(b) Konvencije može posmatrati kao izuzetak od pravila da se ugovor može raskinuti samo usled bitne povrede ugovora. Čl. 49(1)(a) ima širi domen primene i može obuhvatiti bilo koju povredu ugovora, uključujući docnju sa isporukom, isporuku nesaobrazne robe, povredu obaveze predaje dokumenata itd. Naravno, uslov je da se takva povreda može kvalifikovati kao bitna. S druge strane, čl. 49(1)(b) ima užu domašaj i odnosi se isključivo na docnju sa isporukom od strane prodavca. Samo zadocnjenje u isporuci se *per se* ne smatra bitnom povredom ugovora (Zdravković, 2021a, p. 102),⁴ međutim, docnja prodavca sa izvršenjem isporuke robe naročito može da konstituiše bitnu povredu ugovora ako je u pitanju ugovor sa fiksnim vremenom isporuke, i gde je vreme isporuke označeno kao bitan element ugovora od strane ugovornih strana (Müller-Chen & Pair, 2011, p. 657). Tada kupac neće biti u obavezi da prodavcu ostavlja dodatni rok za izvršenje isporuke, već će moći da raskine ugovor odmah nakon što prodavac padne u docnju - u tom slučaju aktivira se čl. 49(1)(a) Konvencije (Presuda Kantonalnog suda u Cirihu u predmetu *Printing products*, br. HG050430, od 25. juna 2007. godine (CLOUT case No. 935)). Ukoliko pak docnja u izvršenju obaveze isporuke ne predstavlja bitnu povredu ugovora, kupac je obavezan da prodavcu dodeli dodatni rok razumne dužine za isporuku (tada se primenjuje čl. 49(1)(b) Konvencije). Kupac će moći da raskine ugovor tek nakon isteka dodatnog roka (vid. odluku Kineske međunarodne ekonomske i trgovinske arbitražne komisije (CIETAC) od 19. decembra 1997. godine (CLOUT case No. 990)). Naravno, kupac će moći da raskine ugovor i pre isteka ovog roka ukoliko prodavac izjavi da neće izvršiti svoju obavezu u dodatno ostavljenom roku, i to odmah nakon odbijanja prodavca da izvrši isporuku (UNCITRAL, 2016, p. 232).

Po pravilu, kupac nije vezan određenim rokom prilikom korišćenja svog prava na raskid ugovora (nezavisno od toga da li se primenjuje čl. 49(1)(a) ili čl. 49(1)(b) Konvencije): on to može učiniti u bilo kom trenutku nakon što se ispune uslovi za raskid. Međutim, sudska praksa ovo pravo kupca tumači u skladu sa

⁴ Međutim, iako citirane odredbe Konvencije tretiraju bitnu povredu ugovora i neisporuku kao zasebne pojmove, neisporuka se, sama po sebi, veoma često i može poistovetiti sa bitnom povredom ugovora, a posebno ako prodavac ne preduzima ništa da bi svoju obavezu ispunio (Jovičić, 2017, p. 53).

načelom dobre vere. Naime, kupac ne može, suprotno načelu dobre vere, nerazumno odugovlačiti raskid ugovora. U tom slučaju mu sud ili arbitraža mogu odbiti pravo na raskid.⁵

4. Uslovi za raskid ugovora u situaciji kada je roba isporučena

St. 2, čl. 49 limitira pravo kupca da raskine ugovor vremenskim ograničenjem ukoliko je prodavac isporučio robu. Ova odredba razlikuje dve situacije, u zavisnosti od toga o kojoj vrsti povrede ugovora se radi:

- a) isporuka robe je izvršena, ali se povreda ugovora sastoji u docnji sa isporukom (čl. 49(2)(a));
- b) isporuka robe je izvršena, ali je nastupila neka druga povreda, osim zadocnele isporuke (čl. 49(2)(b)) – na primer isporuka nesaobrazne robe, ili robe sa pravnim manama, ili povreda obaveze predaje valjanih robnih dokumenata itd.

U situaciji koja je navedena pod b), akcenat je na nekoj drugoj povredi ugovora, a ne na zadocnjenju sa isporukom robe. Naravno, mogu da se dogode situacije kada prodavac istovremeno zadocni sa izvršenjem isporuke robe i načini neku drugu povredu ugovora. Ukoliko kupac tada želi da raskine ugovor zbog zadocnjenja, moraće da se pozove na čl. 49(2)(a), i da se ispune uslovi iz te odredbe Konvencije. Ukoliko pak kupac želi da raskine ugovor zbog neke druge povrede, moraće da se ispune uslovi iz čl. 49(2)(b) Konvencije.

U obe situacije kupac će morati da izjavi raskid ugovora u *razumnom roku*. U suprotnom, ako to propusti, gubi pravo na raskid. Momenat od kojeg se računa razumni rok zavisi od toga da li se radi o situaciji koja je prethodno navedena pod a) ili situaciji koja je navedena pod b).

U situaciji koja je navedena pod a) - „isporuka robe je izvršena, ali se povreda ugovora sastoji u docnji sa isporukom”, razumni rok se računa od trenutka kad je kupac saznao da je isporuka izvršena. Važno je napomenuti da je pravo na raskid ugovora u toj situaciji podložno čl. 49(1)(a)⁶, odnosno odredba čl. 49(2)(a) se mora tumačiti u kontekstu prethodno navedene odredbe. S tim u vezi, preduslov za raskid ugovora je da docnja sa isporukom mora predstavljati bitnu povredu ugo-

⁵ Vid. presudu Višeg regionalnog suda u Minhenu u predmetu br. 7 U 1720/94 od 8. februara 1995. godine (CLOUT case No. 133), gde je Sud odbio pravo kupca da raskine ugovor dve i po godine nakon povrede obaveze prodavca da isporuči robu. Sud je ovu odluku zasnovao na principu dobre vere.

⁶ Podsećanja radi, ova odredba glasi: „(1) Kupac može izjaviti da raskida ugovor: (a) ako neizvršenje bilo koje obaveze koju prodavac ima na osnovu ugovora ili ove konvencije predstavlja bitnu povredu ugovora.”

vora. S druge strane, čl. 49(2)(a) Konvencije limitira pravo kupca da ugovor raskine čak i kada je došlo do bitne povrede ugovora (usled docnje sa isporukom), ukoliko to ne učini u razumnom roku nakon što je saznao da je isporuka izvršena.

U situaciji koja je navedena pod b) – „isporuka robe je izvršena, ali je nastupila neka druga povreda, osim zadocnele isporuke”, početak računanja razumnog roka za raskid se može vezati, u zavisnosti od okolnosti, za tri momenta:

- (i) za momenat od kog je kupac saznao ili morao saznati za povredu;
- (ii) za momenat isteka svakog dodatnog roka koji je kupac odredio u skladu sa st. (1) čl. 47(1) Konvencije⁷, ili za momenat od kad je prodavac izjavio da neće izvršiti svoje obaveze u ovom dodatnom roku; ili
- (iii) za momenat isteka svakog dodatnog roka koji je odredio prodavac u skladu sa st. (2) čl. 48 Konvencije ili od momenta kada je kupac izjavio da neće prihvatiti izvršenje.

Iz teksta čl. 49(2)(b) Konvencije proizlazi da ova odredba, najpre, razlikuje situaciju kada je kupac ostavio dodatni rok prodavcu za izvršenje obaveze od situacije kada to nije učinio. Naime, ukoliko kupac nije ostavio dodatni rok prodavcu za izvršenje obaveze, aktivira se čl. 49(2)(b)(i) – „kupac može raskinuti ugovor u razumnom roku pošto je saznao ili morao saznati za povredu”. Za primenu ove odredbe neophodno je da prodavac svojim neizvršenjem dovede do bitne povrede ugovora.

S druge strane, čl. 49(2)(b)(ii) Konvencije pretpostavlja situaciju kada se kupac koristi pravom da omogući prodavcu dodatni rok razumne dužine za izvršenje obaveze, u skladu sa čl. 47(1) Konvencije. Ukoliko je kupac ostavio dodatni rok prodavcu za izvršenje obaveze, onda može raskinuti ugovor u razumnom roku nakon isteka ostavljenog dodatnog roka, ili u razumnom roku nakon što prodavac sam izjavi da svoju obavezu neće izvršiti ni u naknadno dodeljenom roku.

Ako je kupac ostavio prodavcu dodatni rok za izvršenje obaveze, onda od isteka tog roka ili dok sam prodavac ne izjavi kupcu da svoju obavezu neće izvršiti ni u takvom roku, kupac ne može koristiti pravo na raskid ugovora.⁸ Iako se na prvi pogled može tako činiti, kupac nema uvek potpunu slobodu u odlučivanju da li će prodavcu ostaviti dodatni rok za ispunjenje obaveza. Kupac bi tu slobodu imao u slučaju jasnog postojanja bitne povrede. Čak i ako nastupi bitna povreda, kupac je i dalje gospodar svojih ovlašćenja, te može, na osnovu okolnosti slučaja, ipak odlučiti da prodavcu pruži još jednu šansu da naknadnim izvršenjem održi ugovor. Međutim, u praksi često nije izvesno da li će neispunjenje obaveze prodavca

⁷ Čl. 47(1) Konvencije glasi: „Kupac može odrediti prodavcu dodatni rok razumne dužine za izvršenje njegovih obaveza.”

⁸ Vid. čl. 47(2) Konvencije.

predstavljati bitnu povredu ugovora, pa se kao razumna nameće potreba da kupac ostavi dodatni rok prodavcu za izvršenje obaveze (Slakoper & Dešić, 2020, p. 202). Ako je moguće izvršenje ugovora, a pritom nije jasno da li postoje kriterijumi za bitnu povredu ugovora, opravdano je očekivati od kupca da omogući prodavcu dodatni rok za izvršenje obaveze (Zdravković, 2012b, p. 235). Ostavljanjem dodatnog roka prodavcu za izvršenje obaveze, kupac može otkloniti smetnju za eventualni raskid ugovora, odnosno opravdati raskid čak i ukoliko nije jasno da li je povreda bitna.

Na kraju, postoji i situacija koja je navedena u čl. 49(2)(b)(iii) Konvencije – „kupac može ugovor da raskine u razumnom roku po isteku svakog dodatnog roka koji je odredio prodavac u skladu sa stavom (2) člana 48 Konvencije ili od momenta kada je kupac izjavio da neće prihvatiti izvršenje”. Ova odredba uređuje pravo kupca da raskine ugovor u situaciji kada se prodavac služi svojim pravom da otkloni neizvršenje svojih obaveza u skladu sa čl. 48 Konvencije.⁹ Čl. 48(2) Konvencije predviđa da se ćutanje kupca na zahtev prodavca da otkloni neizvršenje smatra kao pristanak na takav zahtev, te će prodavac moći da izvrši ugovor na način i u roku koji su navedeni u njegovom zahtevu. Dakle, kupčev pristanak na prodavčevu ponudu za izvršenje, odnosno kupčevo neizjašnjenje na takvu ponudu, dovodi do toga da pravo prodavca da otkloni neizvršenje ima primat nad kupčevim pravom da ugovor raskine (Jovičić, 2013, p. 336; Malkawi, 2020, p. 33). Međutim, postavlja se pitanje kakva je pravna situacija ukoliko kupac ne prihvati prodavčevu ponudu za izvršenje ugovora i želi da izjavi raskid ugovora. Ovo pitanje je u vezi sa st. 1, čl. 48, čija formulacija može izazvati nedoumice u pogledu tumačenja prava kupca da raskine ugovor.

Čl. 48(1) započinje formulacijom „Ako to nije u suprotnosti sa članom 49, prodavac može [...] otkloniti svako neizvršenje svojih obaveza...” Na prvi pogled se može učiniti da ovakva formulacija dopušta mogućnost kupcu da izjavom o raskidu jednostavno spreči prodavca da otkloni neizvršenje (s obzirom na to da čl. 49 uređuje pravo kupca na raskid ugovora). Ovde je nesumnjivo reč o dva suprotstavljena interesa kupca i prodavca: ukoliko kupac trpi bitnu povredu ugovora (što znači da je suštinski već lišen onoga što je opravdano očekivao od ugovora), bilo bi nepravедno

⁹ Čl. 48 (1) Konvencije glasi: „Ako to nije u suprotnosti sa članom 49, prodavac može, čak i posle isteka roka za isporuku, na svoj trošak otkloniti svako neizvršenje svojih obaveza ako je u stanju da to učini bez nerazumnog odlaganja i bez nanošenja kupcu nerazumnih nepogodnosti ili neizvesnosti da će mu prodavac naknaditi troškove koje je s tim u vezi imao. U svakom pak slučaju kupac zadržava pravo da zahteva naknadu štete u saglasnosti sa ovom konvencijom.” Čl. 48 (2) Konvencije glasi: „Ako prodavac zahteva od kupca da se izjasni da li prihvata izvršenje ugovora, a kupac mu ne odgovori u razumnom roku, prodavac može da izvrši ugovor u roku koji je naveden u njegovom zahtevu. Kupac nema pravo, do isteka tog roka, da se koristi bilo kojim sredstvom koje ne bi bilo u skladu sa izvršenjem od strane prodavca.”

obavezivati kupca prodavčevom ponudom za izvršenje i nametati mu neizvesnost u pogledu toga da li će prodavac želeti i moći da otkloni nedostatke u izvršenju (Jovičić, 2013, p. 334). S druge strane, ukoliko bi se prioritet dao pravu kupca da raskine ugovor, onda bi on mogao svojom izjavom o raskidu da neosnovano spreči prodavca da otkloni neizvršenje svojih obaveza, čak i kad je povreda ugovora takvog intenziteta da postoji mogućnost razumnog „izlečenja” (kada povreda ugovora nije bitna).

Stav oko kojeg postoji saglasnost u literaturi je da se pitanje međusobnog odnosa između prava kupca da raskine ugovor i prava prodavca da ponudi izvršenje mora isključivo svesti na pitanje da li je nastupila bitna povreda ugovora ili nije (Jovičić, 2013, p. 335). U sudskoj praksi (Odluka Arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore br. 7754 iz januara 1995. godine; Presuda Višeg regionalnog suda u Koblencu u predmetu Blankets, br. 2 U 31/96 od 31. januara 1997. godine) i u literaturi (Jovičić, 2013, p. 335) navodi se da povrede ugovora koje se mogu otkloniti naknadnim razumnim izvršenjem po pravilu ne predstavljaju bitne povrede ugovora. Stoga, ukoliko je povreda ugovora takva da prodavac može na razuman način (i bez nanošenja kupcu nerazumnih nepogodnosti i neizvesnosti) naknadno otkloniti neizvršenje, onda bi on trebao da ima pravo na to: prodavčev interes da izvrši ugovornu obavezu mora imati prioritet nad interesom kupca da ugovor raskine (Schlechtriem, 2006, p. 90). Na taj način prodavac sprečava eventualno nastupanje bitne povrede ugovora. Potpora za ovakav stav nalazi se i u načelu *in favorem contractus* koje provejava kroz celokupni tekst Bečke konvencije: svaka odredba Konvencije se treba tumačiti u pravcu očuvanja ugovora, dok je pravo na raskid podložno užem i restriktivnom tumačenju (Zdravković, 2021b, p. 238). U sudskoj praksi se može čak naići na stavove da kupac ne može raskinuti ugovor čak i ako je u pitanju ozbiljna povreda ugovora (upotrebljen je izraz „ozbiljna”, a ne „bitna”) ukoliko mu prodavac razumno ponudi izvršenje obaveze po uslovima iz čl. 48 Konvencije (vid. presudu Privrednog suda Kantona Argau (Švajcarska) u predmetu Triumphal arches, br. OR.2001.00029 od 5. novembra 2002. godine (CLOUT case No. 882) i presudu Okružnog suda u Regenzburgu (Nemačka) u predmetu Fabrics for skirts and dresses od 24. septembra 1998. godine (CLOUT case No. 339)). Ukoliko prodavac nije u stanju, ili nije iskazao adekvatnu spremnost, da naknadnim izvršenjem spreči nastupanje bitne povrede ugovora, onda kupac može raskinuti ugovor. Drugim rečima, kako tvrdi Jovičić (2013, p. 335), u dodeljivanju prioriteta između prava kupca da raskine ugovor i prava prodavca da ponudi izvršenje nije od značaja koja je izjava prvo data: da li ponuda prodavca da otkloni neizvršenje u skladu sa čl. 48 Konvencije ili izjava kupca da raskida ugovor. Bitno je to, navodi dalje Jovičić (2013, p. 335), da li je kupac stekao pravo da raskine ugovor usled bitne povrede ugovora ili je prodavac u mogućnosti da naknadnim izvršenjem spreči nastanak bitne povrede ugovora.

Računanje razumnog roka, na koji se ukazuje u čl. 49(2) Konvencije, zavisi od konkretne situacije i okolnosti slučaja. U tom pogledu, doprinos tumačenju navedenih odredaba dala je odgovarajuća praksa sudova u državama koje su ratifikovale Konvenciju.¹⁰ Primetno je, međutim, da je ta praksa veoma raznolika, što ne doprinosi jednoobraznosti primene Konvencije. Na primer, jedan sud je ustanovio da se period od pet meseci od momenta kada je kupac saznao za povredu ugovora ne može smatrati razumnim rokom u kontekstu korišćenja prava na raskid u skladu sa čl. 49(2) (b) („isporuka robe je izvršena, ali je nastupila neka druga povreda, osim zadocnele isporuke”), pa stoga kupac nema pravo na raskid (Presuda Saveznog suda Nemačke u predmetu *Key stamping machine*, br. VIII ZR 18/94 od 15. februara 1995. godine (CLOUT case No. 124); Presuda Višeg regionalnog suda u Minhenu u predmetu 7 U 4419/93 od 2. marta 1994. godine (CLOUT case No. 83) – u pitanju je bio period od četiri meseca). Jedan drugi sud je ustanovio i da se rok od osam nedelja od momenta kada je kupac saznao za povredu ne može smatrati razumnim i da je kupac u tom slučaju predugo čekao da izjavi raskid (Presuda Višeg regionalnog suda u Koblencu (Nemačka) u predmetu *Acrylic blankets*, br. 2 U 31/96 od 31. januara 1997. godine (CLOUT case No. 282)). U nekim primerima, kupac je, od momenta kada je saznao ili morao saznati za povredu ugovora, čekao čak osam meseci (Presuda Apelacionog suda u Parizu u predmetu *Aluminium and Light Industries Company (ALICO Ltd.) v. SARL Saint Bernard Miroiterie Vitrierie* od 14. juna 2001. godine (CLOUT case No. 481); vid. i odluku Međunarodne trgovačke arbitraže pri Privredno-industrijskoj komori Ruske Federacije br. 196/1997 od 22. oktobra 1998. godine (CLOUT case No. 470) (stav da je period od pet ili šest meseci predug za čekanje za izjavu raskida)), odnosno preko godinu dana (isporuka nesaobrazne robe) (vid. presudu Vrhovnog suda Poljske u predmetu *M. (Polish seller) v. R.V. (Bulgarian buyer)*, br. II CSK 603/16 od 2. juna 2017. godine (CLOUT case No. 1812)), da izjavi raskid ugovora. Sudovi su to pravo odbili, sa obrazloženjem da je protekao razumni rok za raskid. Nasuprot takvim stavovima, u jednom slučaju sud je prihvatio i period od dve godine kao

¹⁰ U jednom slučaju, Sud je analizirao pitanje kada razumni rok iz čl. 49(2) Konvencije počinje da teče u situaciji kada je kupac primio nesaobraznu robu. Naime, bilo je nejasno da li je nedostatak saobraznosti nastao kao posledica propusta prodavca u samoj proizvodnji robe ili je nastao tokom transporta (kupac je snosio rizik od štete na robu tokom transporta). Stoga je kupac ugovorio pregled robe od strane eksperta koji bi ustanovio uzrok oštećenja. Sud je utvrdio da razumni period počinje da teče od momenta kada je kupac otkrio oštećenje na robu, odnosno pre nego što je ekspert imao prilike da odredi uzrok oštećenja. Sud je takođe utvrdio da jedino pregled od strane sudskog veštaka može biti merodavan za definitivno ustanovljavanje uzroka nesaobraznosti. Na osnovu toga, početak razumnog roka za izjavu raskida ugovora ne može se vezati za momenat od kog je kupac postao siguran da je prodavac odgovoran za oštećenje na robu, već od momenta kada je otkrio oštećenje. Vid. presudu Apelacionog suda u Parizu u predmetu *Aluminium and Light Industries Company (ALICO Ltd.) v. SARL Saint Bernard Miroiterie Vitrierie* od 14. juna 2001. godine (CLOUT case No. 481).

razuman za raskid ugovora, izjednačavajući ovaj rok sa krajnjim rokom za prigovor u pogledu saobraznosti iz čl.39(2) Konvencije (Presuda Apelacionog suda u Duu (Francuska) u predmetu *Getec v. Bystronic* od 6. februara 2014. godine (CLOUT case No. 1504)). Neki sudovi su tumačili da se protek vremena od mesec dana, pet nedelja ili dva meseca može smatrati razumnim za raskid ugovora u skladu sa čl. 49(2)(b) Konvencije.¹¹ Na računanje dužine razumnog roka utiču i karakteristike same robe (na primer da li je u pitanju kvarljiva ili nekvarljiva roba) (vid. presudu Vrhovnog suda Španije u predmetu *Intraval s.l. v. Ecom Industries GmbH* od 6. jula 2020. godine (CLOUT case No. 1908)).

Iz dostupne sudske i arbitražne prakse može se naići na još dosta primera tumačenja razumnog roka u kontekstu čl. 49(2) Konvencije. Za svrhu ovog rada, ukazaćemo na još par takvih primera: izjavu o raskidu ugovora koju je kupac dao nakon što je prodavcu nekoliko puta produžio rok za izvršenje obaveze, sud je smatrao osnovanom (vid. presudu Apelacionog suda u Versaju u predmetu *Giustina International (SpA) v. Perfect Circle Europe (formerly Floquet Monopole (SARL))* od 29. januara 1998. godine (CLOUT case No. 225)); u situaciji kada se povreda ugovora sastojala u zadocnjenju sa isporukom, jedan sud je protumačio da se protek vremena od 48 sati nakon što je izvršena zadocnela isporuka može smatrati razumnim (vid. presudu Provincijskog suda Barselone u predmetu *T, SA v. E* od 3. novembra 1997. godine (CLOUT case No. 246)); izjavu o raskidu koja je data tri nedelje nakon obavještenja o nesaobraznosti sa čl. 39 Konvencije, sud je protumačio kao blagovremenu (vid. presudu Višeg regionalnog suda u Hamburgu u predmetu *Jeans*, br. 1 U 31/99 od 26. novembra 1999. godine (CLOUT case No. 348)); izjava o raskidu koja je učinjena šest dana nakon što je kupac saznao za bitnu povredu ugovora od strane prodavca, takođe je protumačena kao blagovremena (Odluka Kolegijuma Višeg arbitražnog suda Ruske Federacije br. VAS-21560/2004-27-724 od 2. aprila 2007. godine (CLOUT case No. 1110)).

5. Posebna pravila za raskid kod ugovora sa uzastopnim isporukama robe

Ugovor o međunarodnoj prodaji robe sa uzastopnim isporukama (engl. *instalment contract*) podrazumeva obavezu prodavca da kupcu isporuči ugovorenu robu u više odvojenih navrata (podisporuka).

Bečka konvencija u čl. 73(1) predviđa da ako u slučaju ugovora sa uzastopnim isporukama neizvršenje bilo koje obaveze jedne strane koja se odnosi na

¹¹ Presuda Kantonalnog suda u Valeu (Švajcarska) u predmetu *Production plant*, br. C1 04 162, od 21. februara 2005. godine (CLOUT case No. 905), u pitanju je bio period od jednog meseca; Presuda Višeg regionalnog suda u Oldenburgu (Nemačka) u predmetu *Leather seating arrangement*, br. 11 U 64/94 od 1. februara 1995. godine (CLOUT case No. 165) – period od pet nedelja.

jednu isporuku predstavlja bitnu povredu ugovora u vezi sa tom isporukom, druga strana može izjaviti da ugovor raskida u odnosu na tu isporuku. Ova odredba Konvencije se zajednički primenjuje kako na prodavca, tako i na kupca.

Dakle, st. 1, čl. 73 Konvencije predviđa pravo za ugovornu stranu da izjavi raskid ugovora u odnosu na pojedinačnu isporuku, ukoliko druga strana, takođe u odnosu na tu pojedinačnu isporuku, učini bitnu povredu ugovora. Svi kriterijumi iz čl. 25 Konvencije koji važe za postojanje bitne povrede ugovora primenjuju se i u odnosu na pojedinačnu isporuku. Posmatrano iz ugla kupca, ta povreda može da se sastoji u neizvršenju obaveze prodavca da isporuči robu (Presuda Privrednog suda Kantona Ciriha u predmetu *Sunflower oil*, br. HG950347 od 5. februara 1997. godine (CLOUT case No. 214)), ili ukoliko prodavac izvrši pojedinačnu isporuku nesaobrazne robe (vid. odluku Kineske međunarodne ekonomske i trgovinske arbitražne komisije (CIETAC) u predmetu *Air conditioner equipment* od 5. aprila 1999. godine (CLOUT case No. 989)) itd. U takvoj situaciji, kupac može raskinuti ugovor u odnosu na pojedinačnu isporuku, dok će ugovor ostati na snazi u odnosu na prethodne pojedinačne isporuke.

Bečka konvencija predviđa mogućnost da kupac raskine i ceo ugovor sa uzastopnim isporukama robe usled povrede obaveze u odnosu na jednu pojedinačnu isporuku. Naime, na osnovu čl. 73(3) Konvencije, kupac koji raskida ugovor zbog bilo koje isporuke može istovremeno izjaviti da raskida ugovor za već primljene isporuke ili za buduće isporuke, ukoliko se zbog njihove međuzavisnosti ove isporuke ne bi mogle koristiti za svrhu koju su strane imale u vidu prilikom zaključenja ugovora. Konvencija navedeno pravo rezerviše samo za kupca.

Mogućnost kupca da raskine ugovor i u odnosu na već primljene isporuke može biti opravdana, na primer, kod isporuke tehnički integrisane robe (bez neisporučenog dela se ne može izraditi postrojenje, aparat, mašina i sl.) ili usled drugih okolnosti, na primer kada sirovina neke od sukcesivnih isporuka ne odgovara ugovorenom kvalitetu, što onemogućava namensku upotrebu već primljenih isporuka, a time i svrhu njenog pribavljanja shodno nameni radi koje je i zaključen ugovor o isporuci (Ćirić, 2018, p. 170).

6. Uslov da kupac vrati robu u suštinski istom stanju u kome je robu primio

Član 82 Konvencije limitira pravo kupca da izjavi raskid ugovora. Naime, kupac gubi pravo da izjavi da raskida ugovor ili da zahteva od prodavca da izvrši zamenu robe ako mu je nemoguće da vrati robu u suštinski istom stanju u kome je robu primio (čl. 82(1)).

Pravilo iz čl. 82(1) Konvencije odražava mehanizam preraspodele rizika prilikom raskida ugovora, kako ne bi samo prodavac bio u prilici da snosi rizik slučajne propasti stvari ili više sile (vid. presudu Vrhovnog suda Austrije u predmetu *Wall panels*, br. 1 Ob 74/99k od 29. juna 1999. godine (CLOUT case No. 422)).

Ipak, stav 2 istog člana Konvencije predviđa izuzetke od pravila propisanog stavom 1. Naime, kupac će moći da raskine ugovor (ili da zahteva zamenu robe) ako nemogućnost vraćanja robe ili njenog vraćanja u suštinski istom stanju u kome je primljena nije posledica radnje ili propusta od strane kupca (čl. 82 (2)(a)); zatim ako je roba u celini ili delimično propala ili se pogoršala usled pregleda propisanog u čl. 38 (čl. 82(2)(b)); ili ako je roba, u celini ili delimično, prodana u redovnom toku poslovanja ili je kupac potrošio ili preradio u toku njene normalne upotrebe pre nego što je otkrio ili morao otkriti nedostatak saobraznosti (čl. 82(2)(c)).

Kupac, dakle, na osnovu čl. 82(2)(a) Konvencije, neće biti u obavezi da vrati robu u suštinski istom stanju ako je roba oštećena ili je nestala (u celosti ili delimično) usled radnje ili propusta trećeg lica, više sile, samog prodavca i sl. Razlog eventualne promene svojstava stvari ili njene propasti determiniše pravo kupca na raskid. Kako se navodi u domaćoj literaturi, Konvencija je u pogledu slučajne propasti stvari preuzela rešenje nemačkog prava (Draškić & Stanivuković, 2005, p. 459). Kako navode Draškić i Stanivuković (2005, p. 459), da bi kupac zadržao pravo na raskid, neophodno je da propast stvari nije nastala kao posledica delovanja kupca ili lica za koje on odgovara. Ističe se činjenica da je kupac uglavnom ugovorna strana koja snosi rizik od propasti stvari nakon isporuke, te bi, u vezi s tim, bilo nepravilno dodatno teretiti kupca rizikom propasti stvari u situaciji kada ima pravo na raskid ugovora (Draškić & Stanivuković, 2005, p. 459).

Sudovi mogu ceniti različite okolnosti prilikom procene da li je kupac u stanju da vrati robu u suštinski istom stanju u kome ju je primio. U jednom slučaju, sud je odbio pravo kupcu da raskine ugovor nakon što je preprodao nesaobraznu robu (tekstil), jer je nakon toga logično da je ne može vratiti prodavcu (Presuda Višeg regionalnog suda u Diseldorfu u predmetu br. 6 U 119/93 od 10. februara 1994. godine (CLOUT case No. 82)).¹² Dužina eksploatacije robe od strane kupca je takođe činjenica koju sudovi mogu uzeti u obzir. U jednom slučaju, sud je ovo pravo odbio kupcu, jer je kupac pet godina koristio robu (mašinu) pre nego što se odlučio na raskid. Prema mišljenju suda, korišćenje mašine tokom tako dugog perioda onemogućava njeno vraćanje prodavcu u suštinski istom stanju u kome je kupac primio mašinu (vid. presudu Višeg regionalnog suda u Koblencu u predmetu *Marble slabs*, br. 2 U 1899/89 od 27. septembra 1991. godine (CLOUT case No. 316)). S druge strane, okolnost da je kupac koristio mašinu vrlo kratko, jedan

¹² U konkretnom slučaju, preprodaja je izvršena nakon što je kupac saznao ili je morao saznati za postojanje nesaobraznosti.

sud je uzeo kao argument za ocenu da kupac takvu mašinu može vratiti u suštinski istom stanju u kome ju je primio (vid. presudu Vrhovnog suda Poljske u predmetu *M. s.a.r.l. (French buyer) v. J.Z. (Polish seller)*, br. IV CSK 662/16, od 13. septembra 2017. godine (CLOUT case No. 1810)).

Kupac gubi pravo na raskid jedino ukoliko nije u mogućnosti da vrati robu u „suštinski istom stanju”. To ne znači da je kupac dužan da vrati robu u identičnom stanju (što je vrlo često i nemoguće), već u stanju koje se suštinski podudara sa stanjem u kome je robu primio (Vilus *et al.* 2008, p. 24). Kupac neće imati pravo na raskid ukoliko se stanje u kome je roba toliko izmenilo da bi bilo nerazumno očekivati od prodavca da prihvati robu nazad (Presuda Vrhovnog federalnog suda Švajcarske (Bundesgericht) u predmetu *Packaging machine (Abfüll- und Verpackungsanlage)*, br. 4A_68/2009, od 18. maja 2009. godine).

Prema stavu sudske prakse, na prodavcu je teret dokazivanja da kupac ne može da vrati robu u suštinski istom stanju. Štaviše, prodavac mora prema kupcu da istakne svoju tvrdnju da kupac nije u mogućnosti da robu vrati u suštinski istom stanju. Ako prodavac propusti da se pozove na čl. 82(1) Konvencije, onda će kupac imati pravo da raskine ugovor, bez obzira na to da li može da vrati robu u suštinski istom stanju. Ukoliko prodavac ima nameru da se poziva na čl. 82(1) Konvencije i da ospori pravo kupca da raskine ugovor, on mora dokazati da se roba ne može vratiti u suštinski istom stanju (Presuda Višeg regionalnog suda u Frankfurtu u predmetu *Italian shoes*, br. 5 U 164/90 od 17. septembra 1991. godine (CLOUT case No. 2)).

Kupac neće imati pravo na raskid jedino ukoliko nije u mogućnosti da vrati robu u suštinski istom stanju usled gubitka ili oštećenja koja su nastupila pre nego što je izjavio raskid (Presuda Višeg regionalnog suda u Frankfurtu u predmetu *Italian shoes*, br. 5 U 164/90 od 17. septembra 1991. godine (CLOUT case No. 2)). Ukoliko se roba ošteti ili izgubi nakon izjave raskida (na primer tokom transporta nazad prodavcu), to neće uticati na pravo kupca da raskine ugovor (pod uslovom da kupac nije prihvatio da snosi rizik tokom transporta) (Presuda Višeg regionalnog suda u Karlsruheu, br. 19 U 8/02, od 19. decembra 2002. godine (CLOUT case No. 594)).

7. Zaključak

Iz navedenih analiza može se zaključiti da su materijalnopravni uslovi za raskid ugovora o međunarodnoj prodaji robe od strane kupca, u režimu Bečke konvencije, uređeni na kompleksan i iznijansirani način. Odredbe čl. 49 Konvencije formulisane su slojevito, uz mnoštvo izuzetaka koji ograničavaju pravo kupca na raskid ugovora. S tim u vezi, pristup Konvencije u pogledu prava na raskid

je istovremeno i precizan i restriktivan. To je i razumljivo kada se ima u vidu da raskid ugovora predstavlja poslednje sredstvo kojim se ugovorna strana može koristiti, u situaciji kada ne postoje druga sredstva slabijeg dejstva kojima se mogu otkloniti posledice neizvršenja obaveze druge ugovorne strane. Takav pristup je imanentan i sudovima i arbitražama prilikom interpretacije i primene odredaba Konvencije vezanih za raskid ugovora od strane kupca. Primetno je ujednačeno restriktivno tumačenje materijalnopравnih uslova za raskid, uz određenu disharmoniju prilikom interpretacije dužine razumnog roka za raskid. Stavovi u literaturi se takođe podudaraju sa stavovima prakse. Prema preovlađujućem mišljenju u literaturi, uslovi za raskid ugovora u režimu Bečke konvencije se moraju tumačiti u užem smislu, uz uvažavanje načela *in favorem contractus*.

Literatura

- Ćirić, A. 2018. *Međunarodno trgovinsko pravo – Posebni deo*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
- Draškić, M. & Stanivuković, M. 2005. *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*. Beograd: Službeni list SCG.
- Jovičić, K. 2017. Posebni slučajevi kada se ugovor može raskinuti prema Bečkoj konvenciji. *Strani pravni život*, 61(1), pp. 51-62.
- Jovičić, K. 2013. Pravo prodavca da otkloni nedostatke u izvršenju ugovora prema Bečkoj konvenciji. *Pravni život*, 11(3), pp. 327-338.
- Lookofsky, J. 2008. *Understanding the CISG (3rd ed.)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Magnus, U. 2005. The Remedy of Avoidance of Contract under CISG – General Remarks and Special Cases. *Journal of Law and Commerce*, 25, pp. 423-436.
- Malkawi, B. 2020. CISG: The Relation among Cure, Fundamental Breach, and Avoidance. *Journal of Law, Policy and Globalization*, 93, pp. 24-44.
- Müller-Chen, M. & Lara, M. 2011. Avoidance for Non-Conformity of Goods under Art. 49(1)(a) CISG. U: Kröll, S. *et al.* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, pp. 655-676.
- Slakoper, Z. & Dešić, J. 2020. Jednostrani raskid kupoprodajnog ugovora poslije dospijeća obveza strana prema Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 41(1), pp. 195-217. DOI: <https://doi.org/10.30925/zpfsr.41.1.9>
- Schlechtriem, P. 2006. Subsequent Performance and Delivery Deadlines – Avoidance of CISG Sales Contracts due to Non-Conformity of the Goods. *Pace International Law Review*, 18, pp. 83-98. DOI: <https://doi.org/10.58948/2331-3536.1073>

- Schwenzer, I. 2005. The Danger of Domestic Preconceived Views with Respect to the Uniform Interpretation of the CISG: The Question of Avoidance in the Case of Non-Conforming Goods and Documents. *Victoria University of Wellington Law Review*, 36(4), pp. 795-807. DOI: <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v36i4.5626>
- Schwenzer, I. 2012. The Right to Avoid the Contract. *Annals FLB Belgrade Law Review*, 60(3), pp. 207-215.
- UNCITRAL. 2016. *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: United Nations.
- Vilus, J. et al. 2008. *Međunarodno privredno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- Vukadinović, R. 2012. *Međunarodno poslovno pravo*. Kragujevac: Centar za pravo Evropske unije.
- Zdravković, U. 2021a. Pojam bitne povrede kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 92, pp. 97-114. DOI: <https://doi.org/10.5937/zrpfno-34163>
- Zdravković, U. 2021b. Pravo kupca da traži izvršenje obaveze od prodavca usled povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe. U: Obradović, G. (ur.), *Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, pp. 225-240.

Izvori sudske i arbitražne prakse

- Presuda Apelacionog suda u Nansiju (Francuska) u predmetu *O. v. P.* br. 20/03154 od 6. novembra 2013. godine (CLOUT case No. 1506).
- Presuda Saveznog suda Nemačke u predmetu *Cobalt sulphate*, br. VIII ZR 51/95, od 3. aprila 1996. godine (CLOUT case No. 171).
- Odluka Arbitražnog suda Međunarodne trgovačke komore u predmetu *Assembly line for batteries* br. 7660 od 23. avgusta 1994. godine (CLOUT case No. 302).
- Odluka Kineske međunarodne ekonomske i trgovinske arbitražne komisije (CIETAC) od 19. decembra 1997. godine (CLOUT case No. 990).
- Presuda Kantonalnog suda u Cirihu u predmetu *Printing products*, br. HG050430, od 25. juna 2007. godine (CLOUT case No. 935).
- Presuda Višeg regionalnog suda u Minhenu u predmetu br. 7 U 1720/94 od 8. februara 1995. godine (CLOUT case No. 133).
- Presuda Privrednog suda Kantona Argau (Švajcarska) u predmetu *Triumphal arches*, br. OR.2001.00029 od 5. novembra 2002. godine (CLOUT case No. 882).
- Presuda Okružnog suda u Regenzburgu (Nemačka) u predmetu *Fabrics for skirts and dresses* od 24. septembra 1998. godine (CLOUT case No. 339).
- Presuda Apelacionog suda u Parizu u predmetu *Aluminium and Light Industries Company (ALICO Ltd.) v SARL Saint Bernard Miroiterie Vitrierie* od 14. juna 2001. godine (CLOUT case No. 481).
- Presuda Saveznog suda Nemačke u predmetu *Key stamping machine*, br. VIII ZR 18/94 od 15. februara 1995. godine (CLOUT case No. 124).

- Presuda Višeg regionalnog suda u Minhenu u predmetu 7 U 4419/93 od 2. marta 1994. godine (CLOUT case No. 83).
- Presuda Višeg regionalnog suda u Koblencu (Nemačka) u predmetu *Acrylic blankets*, br. 2 U 31/96 od 31. januara 1997. godine (CLOUT case No. 282).
- Odluka Međunarodne trgovačke arbitraže pri Privredno-industrijskoj komori Ruske Federacije br. 196/1997 od 22. oktobra 1998. godine (CLOUT case No. 470).
- Presuda Apelacionog suda u Duu (Francuska) u predmetu *Getec v Bystronic* od 6. februara 2014. godine (CLOUT case No. 1504).
- Presuda Kantonalnog suda u Valezu (Švajcarska) u predmetu *Production plant*, br. C1 04 162, od 21. februara 2005. godine (CLOUT case No. 905).
- Presuda Višeg regionalnog suda u Oldenburgu (Nemačka) u predmetu *Leather seating arrangement*, br. 11 U 64/94 od 1. februara 1995. godine (CLOUT case No. 165).
- Presuda Apelacionog suda u Versaju u predmetu *Giustina International (SpA) v. Perfect Circle Europe (formerly Floquet Monopole (SARL))* od 29. januara 1998. godine (CLOUT case No. 225).
- Presuda Provincijskog suda Barselone u predmetu *T, SA v. E* od 3. novembra 1997. godine (CLOUT case No. 246).
- Presuda Višeg regionalnog suda u Hamburgu u predmetu *Jeans*, br. 1 U 31/99 od 26. novembra 1999. godine (CLOUT case No. 348).
- Odluka Kolegijuma Višeg arbitražnog suda Ruske Federacije br. VAS-21560/2004-27-724 od 2. aprila 2007. godine (CLOUT case No. 1110).
- Presuda Privrednog suda Kantona Cirih u predmetu *Sunflower oil*, br. HG950347 od 5. februara 1997. godine (CLOUT case No. 214).
- Odluka Kineske međunarodne ekonomske i trgovinske arbitražne komisije (CIETAC) u predmetu *Air conditioner equipment* od 5. aprila 1999. godine (CLOUT case No. 989).
- Presuda Vrhovnog suda Austrije u predmetu *Wall panels*, br. 1 Ob 74/99k od 29. juna 1999. godine (CLOUT case No. 422).
- Presuda Višeg regionalnog suda u Diseldorfu u predmetu br. 6 U 119/93 od 10. februara 1994. godine (CLOUT case No. 82).
- Presuda Višeg regionalnog suda u Koblencu u predmetu *Marble slabs*, br. 2 U 1899/89 od 27. septembra 1991. godine (CLOUT case No. 316).
- Presuda Vrhovnog federalnog suda Švajcarske (Bundesgericht) u predmetu *Packaging machine (Abfüll- und Verpackungsanlage)*, br. 4A_68/2009, od 18. maja 2009. godine.
- Presuda Višeg regionalnog suda u Frankfurtu u predmetu *Italian shoes*, br. 5 U 164/90 od 17. septembra 1991. godine (CLOUT case No. 2).
- Presuda Višeg regionalnog suda u Karlsruheu, br. 19 U 8/02, od 19. decembra 2002. godine (CLOUT case No. 594).
- Odluka Arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore br. 7754 iz januara 1995. godine.
- Presuda Višeg regionalnog suda u Koblencu u predmetu *Blankets*, br. 2 U 31/96 od 31. januara 1997. godine.

Presuda Vrhovnog suda Španije u predmetu *Intraval s.l. v. Ecom Industries GmbH*, od 6. jula 2020. godine (CLOUT case No. 1908).

Presuda Vrhovnog suda Poljske u predmetu *M. (Polish seller) v. R.V. (Bulgarian buyer)*, br. II CSK 603/16 od 2. juna 2017. godine (CLOUT case No. 1812).

Presuda Vrhovnog suda Poljske u predmetu *M. s.a.r.l. (French buyer) v. J.Z. (Polish seller)*, br. IV CSK 662/16, od 13. septembra 2017. godine (CLOUT case No. 1810).

ODNOS FUNKCIJE PRAĆENJA USKLAĐENOSTI POSLOVANJA I PRAVNOG ODELJENJA OSIGURAVAJUĆEG DRUŠTVA U SVETLU ODREDBA DIREKTIVE SOLVENTNOST II**

Sažetak

Funkcija praćenja usklađenosti poslovanja, u skladu sa odredbama Direktive Solventnost II, predstavlja jednu od ključnih funkcija u društvu. Međutim, budući da je reč o relativno novoj funkciji, organizovanje ove funkcije kao posebne organizacione jedinice može biti izazovno za pojedina osiguravajuća društva. Imajući to u vidu, javlja se dilema da li se ova funkcija može organizovati u okviru iste organizacione jedinice sa pravnim odeljenjem osiguravajućeg društva. Za razliku od funkcije praćenja usklađenosti, Direktiva ne pominje pravno odeljenje ni u jednom članu. Svakako da bi najadekvatnije rešenje bilo da funkcija praćenja usklađenosti poslovanja bude organizovana kao nezavisna i samostalna organizaciona jedinica, ali kako se ne bi previše opteretila mala i srednja društva, Direktiva uvodi načelo proporcionalnosti. Primenjujući ovo načelo društvu se daje mogućnost da, između ostalog, organizovanje ključnih funkcija prilagodi prirodi, obimu i složenosti rizika koji u društvu postoje.

Autor u radu analizira odnos funkcije praćenja usklađenosti poslovanja i pravnog odeljenja osiguravajućeg društva, najpre iz ugla njihovih nadležnosti, a zatim i iz ugla njihovih karakteristika. Cilj je da utvrdi da li postoje prepreke za organizovanje ovih dveju funkcija u okviru iste organizacione jedinice.

Ključne reči: osiguravajuće društvo, ključna funkcija, Solventnost II, funkcija praćenja usklađenosti u poslovanju, pravno odeljenje, načelo proporcionalnosti, iskustvo i poslovni ugled.

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija. E-mail: *i.tosic@iup.rs*

** Rad predstavljala skraćenu i izmenjenu verziju dela doktorske disertacije odbranjene na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

Rad je nastao kao rezultat finansiranja naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2022. godini, evidencioni broj 451-03-68/2022-14/200049.

THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPLIANCE FUNCTION AND LEGAL DEPARTMENT OF THE INSURANCE COMPANY IN THE LIGHT OF THE SOLVENCY II DIRECTIVE

Summary

The compliance function, in accordance with the provisions of the Solvency II Directive, is one of the key functions in the insurance company. Bearing in mind that compliance function is relatively young function in these companies, organizing this function as a separate organizational unit can be challenging. For these reasons, it is important to determine whether this function can be organized as a part of the legal department of the insurance company. However, unlike the compliance function, the Directive does not mention the legal department of insurance undertaking. Certainly, the most adequate is to organize compliance function as an independent organizational unit. On the other hand, in order not to overburden small and medium-sized companies, the Directive introduces the principle of proportionality. By introducing this principle Directive gives the opportunity to companies to adjust the organization of key functions to the nature, scale and complexity of the risks that exist in the insurance undertaking.

In the paper, the author analyzes the relationship between the compliance function and the legal department, first by analyzing their competences, and then their characteristics. The goal is to determine whether there are obstacles to organizing these two functions within the same organizational unit.

Keywords: insurance company, key function, Solvency II, compliance function, legal department, principle of proportionality, fit and proper.

1. Uvod

Nakon korporativnih skandala koji su se dogodili u SAD i Evropi (*Enron*, *WorldCom*, *Parmalat*, *American International Group*) bilo je potrebno unaprediti sisteme korporativnog upravljanja, posebno imajući u vidu da su spoljni revizori kao instrument zaštite zakazali. Ovi skandali su uticali na poverenje javnosti u funkcije računovodstva i revizije, ali i ostale ključne funkcije (Walker, 2005, p. 21). Posebno je narušeno poverenje klijenata u rad društava u finansijskim institucijama. Kriza, koja je počela kao ekonomska, brzo se proširila zahvativši sve segmente privrede i društva (Čeranić & Glintić, 2018, p. 341). Usluge koje pružaju društva u okviru finansijskog sektora, gde spadaju i osiguravajuća društva, prilagođene su zahtevima klijenata i orijentisane ka njima. Finansijske

institucije dobijaju sve ključne informacije o klijentima, nakon čega se trude da te usluge prilagode potrebama korisnika. Međutim, poverenje klijenata izgubljeno tokom ekonomske krize nije se moglo povratiti putem tradicionalnih instituta, već je potrebno obezbediti viši stepen zaštite slabijoj ugovornoj strani (Glantić, 2020, p. 59). Iz tih razloga zakonska rešenja koja se donose u sektoru osiguranja su posebno okrenuta interesima klijenata i njihovoj zaštiti. Takođe, ova društva se nalaze u posebnom režimu osnivanja i poslovanja, odnosno podležu nadzoru posebnog organa države koji izdaje dozvole za rad i kontroliše njihovo poslovanje (vid. Nenadić, 2006).

S druge strane, finansijska i ekonomska kriza dovela je do povećanja pritiska, kako kada je u pitanju poslovanje, tako i finansijski rezultati društava za osiguranje (Čolović, 2010, p. 209). U cilju uspostavljanja efikasnog sistema upravljanja, osiguravajuće društvo bi trebalo da obezbedi da se sistem bazira na načelu dobrog korporativnog upravljanja (Leković, 2018, p. 138). Upravo radi omogućavanja otpornosti ovih društava na krizu, bilo je potrebno poboljšati upravljanje u ovim društvima putem jačanja okvira za upravljanje rizicima, propisivanjem uslova za iskustvo i poslovni ugled kako članova uprave, tako i nosilaca i članova ključnih funkcija, definisanjem i razgraničenjem odgovornosti ovih lica. Sva ta pitanja regulisana su u okviru Direktive Solventnost II.

U savremenim uslovima poslovanja, finansijske institucije se suočavaju sa mnoštvom različitih vrsta rizika. Rizici sa kojima se suočavaju proističu iz poslovnog okruženja, zakona i regulative, operativne efikasnosti kao i reputacije samog društva. Stoga je u ovim društvima bilo potrebno korporativno upravljanje dodatno unaprediti, što Direktiva Solventnost II, između ostalog, postiže uvođenjem obaveze uspostavljanja ključnih funkcija. Od posebnog značaja je funkcija upravljanja rizikom, kao i uspostavljanje sistema internih kontrola, što posebno uključuje organizovanje funkcije praćenja usklađenosti poslovanja (Tošić, 2017, p. 151). Iako se funkcija praćenja usklađenosti poslovanja javlja najpre u finansijskom sektoru, gde postaje obavezna, uspostavljanje ove funkcije bi trebalo da postane obavezno u svim privrednim društvima. S druge strane, i pravno odeljenje predstavlja značajan segment u organizacionoj strukturi osiguravajućeg društva. Ideja da usklađenost poslovanja nije obaveza pravnog odeljenja, već da je potrebno da postoji posebna funkcija koju čine stručnjaci za usklađenost u poslovanju, relativno je nova (Garrett & Mitchell, 2020, p. 54). Uzimajući u obzir obaveze pravnog odeljenja, s jedne strane, kao i to da postoji njegova direktna povezanost sa upravom (savetovanje u vezi sa svim pravnim pitanjima), i funkcije praćenja usklađenosti poslovanja, s druge strane, nije jasno kakav je odnos između ovih dvaju organizacionih delova (Swamy & McMaster, 2018, pp. 58-59). Dilema se odnosi na pitanje da li bi funkcija praćenja usklađenosti mogla i trebala da bude

integrisana u pravno odeljenje osiguravajućeg društva ili je dovoljna i moguća samo saradnja između njih. Zbog ovih razloga iznenađuje činjenica da Direktiva Solventnost II u potpunosti zanemaruje postojanje pravnog odeljenja, ne pominjući ga ni u jednom jedinom članu.

2. Pojam funkcije praćenja usklađenosti poslovanja

Funkcija praćenja usklađenosti u osnovi proizlazi iz jednog od osnovnih načela poslovanja – načela zakonitosti poslovanja. Dosledna primena načela zakonitosti poslovanja štiti društvo i članove uprave od gubitka dozvole za rad, kao i od finansijskih gubitaka, usled povrede propisa.

Funkcija praćenja usklađenosti, zajedno sa internom revizijom, funkcijom upravljanja rizicima i aktuarskom funkcijom, predstavlja jednu od četiri ključne funkcije sistema upravljanja u društvu. Termin „ključna” upućuje na odgovornost i značaj koji neka funkcija nosi. Ključne funkcije deluju pod krajnjom odgovornošću uprave i podnose joj izveštaje. Radi unapređenja korporativnog upravljanja u društvu, neophodno je da se zakonitost poslovanja poštuje na svim organizacionim nivoima. Stoga, poslovanje kompanije mora u potpunosti da bude u skladu sa zakonskim propisima i u skladu sa tim treba da se ponašaju njeni organi i svi zaposleni (vid. Olalere, 2021, pp. 1-7). Funkcija praćenja usklađenosti iziskuje inicijativu i volju svih organizacionih nivoa da svoje poslovanje usklade sa zakonskim propisima i ne treba da se ograničava samo na nosioce ove funkcije (Hauser, 2014, p. 7). Misija funkcije praćenja usklađenosti je da obezbedi transparentnost i promoviše *compliance* kulturu, kao sveobuhvatni deo korporativne kulture. Funkcija praćenja usklađenosti treba da podstakne osvešćivanje uprave da poslovne odluke moraju biti donete kroz prizmu analize rizika usklađenosti (Franceschini, 2020, p. 1). Ipak, iskustvo pokazuje da svest i kultura zaposlenih, kada je u pitanju usklađenost poslovanja, nije na zadovoljavajućem nivou. Iz tih razloga napredna inostrana praksa regulatorima nalaže da sve više obavljaju superviziju putem procene (*judgement-based*), ispitujući ispravnost pojedinih oblika ponašanja, iako su pravno dozvoljena (Deloitte, pp. 3-4; Gray & Metzinger, 2013, pp. 228-240; Lastra, 2013, pp. 221-227; Tanjević, 2018, p. 124). Upravo zato, cilj funkcije praćenja usklađenosti nije da promoviše i podstiče odluke koje su pravno dozvoljene, već one koje su oslobođene rizika.

If you think compliance is expensive, try not compliance – čuvena je izjava koja govori u prilog činjenici da je usklađenost poslovanja neophodnost svakog privrednog društva, pa tako i osiguravajućeg društva. Ova funkcija čuva reputaciju društva i utiče na to da uprava bude upoznata sa svim rizicima koje neka

odluka nosi i da na taj način sprečava štetne posledice, kazne regulatornog tela i finansijske gubitke usled povrede propisa. S obzirom na širinu njenog poverenog delokruga, ova funkcija je u poslednje vreme evoluirala kao posebna i odvojena linija odbrane i više se ne posmatra samo kao niža funkcija pravnog odeljenja (vid. Mulliah Moonosamy, 2022). Međutim, imajući u vidu da je u pitanju relativno nova funkcija u osiguravajućim društvima, kao i da Direktiva uvodi načelo proporcionalnosti upravo sa ciljem da ne optereti previše mala i srednja društva, potrebno je analizirati mogućnost njenog integrisanja u pravno odeljenje osiguravajućeg društva.

3. Razgraničenje nadležnosti pravnog odeljenja i funkcije usklađenosti poslovanja

Obaveze pravnog odeljenja u osiguravajućem društvu zavise pre svega od zadatka koji je pravnom odeljenju dodelio upravni odbor u okviru svoje rukovodeće uloge. Sadržina poslova dodeljenih pravnom odeljenju najčešće uključuje: pravno savetovanje upravnog odbora, koje inače ima akcenat na korporativnom pravu; savetovanje zaposlenih; analizu procedura za ostvarivanje zakonitosti, sastavljanje ugovora i drugih pravnih dokumenata. Primarno je izbegavanje opasnosti koje mogu nastati u toku primene zakona u interesu društva.

Zadaci funkcije praćenja usklađenosti poslovanja prema Direktivi Solventnost II pokazuju delimično podudaranje sa zadacima pravnog odeljenja, kao što je, na primer, pružanje pravnih saveta upravi društva i zaposlenima. Takođe, zajedničko je da ove funkcije dele cilj poštovanja principa zakonitosti u vršenju svojih zadataka. Postavlja se pitanje da li savetovanje članova uprave od strane pravnog odeljenja dovodi ovu funkciju u konflikt sa funkcijom praćenja usklađenosti, ukoliko bi ona bila određena kao deo pravnog odeljenja osiguravajućeg društva. Naime, savetovanje spada u obavezu obeju funkcija, s tim što funkcija praćenja usklađenosti obavlja kontrolu, savetovanje, a u nekim slučajevima i sankcionisanje (prinudne mere). Pravno odeljenje u osnovi ne preduzima prinudne mere, jer bi na taj način moglo da se poljulja poverenje članova uprave, kojima se mora dozvoliti da se otvoreno priklone pravnom odeljenju radi savetovanja u vezi sa spornim pitanjima. Međutim, činjenica da Direktiva Solventnost II uopšte ne predviđa obavezu postojanja pravnog odeljenja navodi na zaključak da bi obavljanje njegovih zadataka moglo biti dodeljeno nekom odeljenju unutar osiguravajućeg društva ili čak izdvojenom iz samog osiguravajućeg društva. Zaposleni u pravnom odeljenju takođe imaju obavezu da obaveste upravu o svim pravnim problemima i izazovima. Stoga ne postoji konflikt između savetovanja koje

obavljaju članovi pravnog odeljenja i onog koje obavlja lice zaduženo za usklađenost u poslovanju. Ipak je važno naglasiti da ono po čemu se ova dva organizaciona dela razlikuju jeste to da se pravno savetovanje od strane pravnog odeljenja odnosi na ono ponašanje koje je pravno moguće za osiguravajuće društvo, a savetovanje od strane funkcije usklađenosti poslovanja na ono koje je oslobođeno rizika. Međutim, to ipak ne predstavlja prepreku da funkcija praćenja usklađenosti bude integrisana u pravno odeljenje (vid. Marschlich, 2015, pp. 149-151). Samim tim objedinjavanje pravnog odeljenja sa funkcijom praćenja usklađenosti može da dovede do toga da rukovodilac ove kombinovane funkcije treba da iznese pojedinačne perspektive obeju ovih oblasti prilikom savetovanja uprave. Ovo može dovesti do situacije da se obe perspektive dvaju pravno opravdanih saveta upućenih upravi o različitim mogućnostima prevedu u jedinstveni, dobro utemeljeni pravni savet. Imajući to u vidu, prema stavu pojedinih autora savetovanje od kombinovanog pravnog odeljenja i odeljenja za usklađenost poslovanja je u interesu osiguravajućeg društva (Dreher, 2015, p. 333).

S druge strane, procenu pravnog rizika i rizika usklađenosti poslovanja Direktiva Solventnost II predviđa kao jednu od obaveza funkcije praćenja usklađenosti. Utvrđivanje i procena zakonskih izmena i povezanih rizika za društvo predstavlja i centralni zadatak pravnog odeljenja, kao deo opšteg zadatka rešavanja pravnih pitanja osiguravajućeg društva. Pravno odeljenje je odgovorno za tumačenje statuta, propisa i odluka koje donose organi javne vlasti (IIA Norge, 2015, p. 9). U pogledu obaveze praćenja pravnog rizika i zakonskih izmena, rad pravnog odeljenja i funkcija praćenja usklađenosti se preklapaju. Međutim, ne očekuje se da sprovođenje ovog zadatka dovede do potencijalnog sukoba, tako da u pogledu ove nadležnosti nema prepreka za integraciju funkcije praćenja usklađenosti u pravno odeljenje osiguravajućeg društva.

Pravno odeljenje osiguravajućeg društva ima isključivu nadležnost za pravno savetovanje, sastavljanje ugovora, sporazume sa klijentima i druge pravne dokumente, kao i da daje saglasnost za pravno relevantne dokumente ili procese pre nego što postignu efekat ili budu uvedeni (Swammy & McMaster, 2018, p. 59). Nasuprot tome, funkcija praćenja usklađenosti nema odgovornost za sastavljanje ugovora, niti pravno tumačenje normalnih poslovnih procedura u osiguravajućem društvu. Zbog tih razloga moglo bi se pogrešno zaključiti da se nago-milavanje rizika kroz formiranje pravnih dokumenata i nadzor rizika u okviru opšteg pravnog nadzora funkcije praćenja usklađenosti nalaze u sukobu. Posebnost funkcije praćenja usklađenosti se ogleda i u preduzimanju preventivnih mera (npr. programa usklađenosti) i čini ga jedinstvenim u poređenju sa pravnim odeljenjem, gde preovladavaju aspekti savetovanja i odbrane (Franceschini, 2020, p. 1). Oba organizaciona dela su u obavezi da poštuju princip zakonitosti i kriterijum

pravno opravdanog ponašanja u interesu osiguravajućeg društva. Takođe, u kritičnim situacijama, oba organizaciona dela su u obavezi da primenjuju *two-man rule* ili u posebno kritičnim situacijama da angažuju spoljnog pravnog savetnika prilikom savetovanja upravnog odbora. Samim tim u pogledu zadataka i nadležnosti ne postoji sukob između pravnog odeljenja i funkcije praćenja usklađenosti.

4. Odnos pravnog odeljenja i funkcije praćenja usklađenosti iz ugla njihovih karakteristika

Direktiva Solventnost II predviđa posebna prava i posebne uslove za nosioce ključnih funkcija, pa samim tim i za funkciju praćenja usklađenosti. Iz tih razloga postavlja se pitanje da li te odredbe predstavljaju smetnju za kombinovanje ove funkcije sa pravnim odeljenjem osiguravajućeg društva.

4.1. Zahtevi u pogledu iskustva i poslovnog ugleda

Direktiva Solventnost II predviđa da sva lica koja obavljaju ključne funkcije moraju ispunjavati uslove u pogledu iskustva i poslovnog ugleda (Direktiva Solventnost II, 2009, recital 34). Stoga osiguravajuća društva treba da obezbede da lice koje obavlja funkciju praćenja usklađenosti ispunjava sledeće zahteve:

1. njegove stručne kvalifikacije, znanje i iskustvo primereni su da omogućе upravljanje s pažnjom dobrog stručnjaka (iskustvo); i
2. poseduje dobar ugled i integritet (poslovni ugled) (Direktiva Solventnost II, 2009, čl. 42).

Dakle, lice je *fit i proper* ukoliko ispunjava dve grupe uslova. Prvi se mogu nazvati objektivnim i oni se tiču stručnih kvalifikacija i određenog iskustva, dok se drugima može dati epitet subjektivnih i oni se odnose na poslovno poštenje i integritet (Tomić & Petrović Tomić, 2011, p. 101)

Procena „stručnosti” obuhvata procenu stručnih i formalnih kvalifikacija, znanja i odgovarajućeg iskustva unutar sektora osiguranja, drugih finansijskih sektora ili drugih društava i uzima u obzir predmetne zadatke dodeljene tom licu i, po potrebi, osiguravajuće, finansijske, pravne i druge veštine. Potrebno je uzeti u obzir dužnosti koje su dodeljene pojedinim licima kako bi se obezbedilo da imaju odgovarajuće iskustvo. Osim toga neophodno je da se omogući raznolikosti kvalifikacija, znanja i iskustva kako bi se društvom upravljalo i nad njime obavljao nadzor na profesionalan način (EIOPA, Guidelines on Corporate governance, Guideline 11).

Radi procene ugleda lica koje obavlja funkciju praćenja usklađenosti ispituje se prethodno ponašanje tog lica. Na taj način se utvrđuje da li može uspešno izvršavati svoje dužnosti u skladu s važećim pravilima, propisima i smernicama. Utvrđuje se integritet tog lica, najčešće proverom informacija koje se dobijaju iz kaznenih ili finansijskih evidencija (Delegirana uredba Direktive Solventnost II, 2015, recital 100). Procena poslovnog ugleda obuhvata procenu poštenja i finansijske stabilnosti lica na osnovu dokaza povezanih s njihovim karakterom, ličnim ponašanjem i poslovnim ponašanjem, uključujući svaki kazneni, finansijski i nadzorni aspekt relevantan za potrebe procene (Delegirana uredba Direktive Solventnost II, 2015, čl. 273).

Tumačenjem odredaba Direktive možemo izvesti zaključak da su zahtevi u pogledu iskustva i poslovnog ugleda neophodni za lica koja obavljaju funkciju praćenja usklađenosti, upućujući na taj način i na nosioca funkcija, ali i na ostala lica zaposlena u okviru ove funkcije. Međutim dalje, u čl. 42, st. 1 navodi se „... imaju druge ključne funkcije...”, iz kog razloga se u teoriji javlja stav da se ovde radi isključivo o nosiocima ključnih funkcija (Dreher, 2015, p. 245). Stoga se od svih lica koja su zaposlena na ključnim funkcijama u osiguravajućem društvu zahteva poslovni ugled i iskustvo, ali za nosioce važe dodatni uslovi (Andenas *et al.* 2017, pp. 117-118). Na ovaj način Direktiva predviđa generalno pravilo, a zatim predviđa posebna „stroža” pravila za lica koja su postavljena kao nosioci funkcije. U skladu sa navedenim i sa principom proporcionalnosti, neophodno je da interni akti društva detaljno definišu zahteve u pogledu iskustva i poslovnog ugleda za lica koja obavljaju funkciju praćenja usklađenosti kao generalno pravilo, a zatim i posebna stroža pravila za nosioca funkcije.

Direktiva predviđa obavezu da osiguravajuće društvo obavesti nadzorni organ o svim promenama lica koja obavljaju funkciju praćenja usklađenosti, kao i o tome da je lice zamenjeno zato što više ne ispunjava uslove vezane za iskustvo i poslovni ugled, zajedno sa svim informacijama koje su potrebne za procenu poslovnog ugleda i iskustva novih lica imenovanih za upravljanje društvom. Ovo upućuje na činjenicu da se pomenuti uslovi u pogledu iskustva i poslovnog ugleda zahtevaju za sve vreme obavljanja funkcije, a ne isključivo u trenutku izbora. U slučaju da više ne ispunjava uslove, lice će biti uklonjeno sa te funkcije.

S druge strane, evropski režim nadzora osiguranja ne propisuje nikakve posebne kvalifikacije za lica zaposlena u pravnom odeljenju osiguravajućeg društva. Međutim, ukoliko bi lice zaposleno u pravnom odeljenju istovremeno obavljalo funkciju praćenja usklađenosti, moralo bi da zadovoljava posebne zahteve predviđene režimom nadzora osiguranja. Ipak, možemo pretpostaviti da bi za direktora pravnog odeljenja bilo izabrano lice koje ispunjava pomenute uslove, bez obzira na to da li postoji integrisanje funkcije praćenja usklađenosti u pravno odeljenje. U

suprotnom, to bi se zahtevalo zbog dodatne pretpostavke o ulozi lica zaduženog za usklađenost u poslovanju. Imajući navedeno u vidu, nema očiglednih naznaka da bi zahtevi u pogledu iskustva i poslovnog ugleda, koje predviđa novi režim nadzora osiguranja za lica koja obavlja funkciju praćenja usklađenosti poslovanja, mogle da ometaju njegovu integraciju sa pravnim odeljenjem. U ovom slučaju samo bi lica koja obavljaju ovu dvojnju funkciju morala da ispunjavaju uslove u pogledu iskustva i poslovnog ugleda predviđene za funkciju praćenja usklađenosti, dok bi nosilac funkcije morao da ispunjava posebna „stroža pravila”. Neophodno je da nosilac ove kombinovane funkcije ima kompletno pravno obrazovanje, znanje i veštine o režimu nadzora osiguranja, o ugovornom pravu osiguranja, kao i o zakonima iz oblasti u kojima je osiguravajuće društvo posebno izloženo rizicima usklađenosti poslovanja. Takođe, lica koja izvršavaju ovu funkciju moraju biti dovoljno upoznata sa zakonodavnim okvirom radi identifikacije rizika, bar u meri neophodnoj da ocene potrebu društva za spoljnim savetnicima. Stoga nosilac funkcije mora da ima znanje o tome kako industrija osiguranja posluje i o modelu poslovanja konkretnog osiguravajućeg društva. Takođe, neophodno je da ima osnovno znanje o trima ostalim ključnim funkcijama u osiguravajućem društvu (Dreher, 2015, p. 324).

4.2. Pravo na informisanje nosioca ili člana funkcije usklađenosti poslovanja

Vršenje funkcije praćenja usklađenosti poslovanja zahteva garantovanje određenih prava. Jedno od značajnijih je pravo na informisanje u odnosu na sve članove društva. Na osnovu odredaba Direktive, pravo na informisanje se odnosi samo na funkciju praćenja usklađenosti kao ključnu funkciju, ne i na pravno odeljenje. U situaciji u kojoj bi funkcija praćenja usklađenosti bila određena kao deo pravnog odeljenja, lica koja obavljaju tu funkciju mogla bi da ostvare posebno pravo na informisanje isključivo u svojstvu nosioca ili člana funkcije praćenja usklađenosti. Iako to zahteva da lica koja pruža informaciju ima svest o ulozi koju lice zaposleno u pravnom odeljenju preuzima, ipak to ne može dovesti do povrede funkcije praćenja usklađenosti poslovanja utvrđene režimom Solventnost II. U takvom slučaju, lice zaposleno u pravnom odeljenju bi samo prekoračilo svoja ovlašćenja u okviru funkcije koju vrši kao član pravnog odeljenja.

4.3. Zahtevi u pogledu funkcionalne odvojenosti

Kombinovanje pravnog odeljenja i funkcije praćenja usklađenosti izaziva nedoumice i zbog principa funkcionalne odvojenosti predviđenog Direktivom Solventnost II koji zahteva takvo odvajanje od ostalih ključnih funkcija, a pre svega se odnosi na funkciju interne revizije (Direktiva Solventnost II, 2009, čl. 47).

Direktiva predviđa da sistem upravljanja treba da odgovara prirodi, obimu i složenosti rizika koji postoji u osiguravajućem društvu (Direktiva Solventnost II, 2009, čl. 41, st. 2, tač. 1), uz mogućnost da se u malim i manje složenim društvima više od jedne ključne funkcije dodeli jednoj osobi ili jedinici u okviru društva, uz izuzetak unutrašnje revizije. Samim tim, uzimajući u obzir da funkcija praćenja usklađenosti predstavlja jednu od četiri ključne funkcije, postoji mogućnost da dođe do spajanja te funkcije sa još nekom ili pravnim odeljenjem osiguravajućeg društva u manjim ili manje složenim društvima. Međutim, odredbe funkcionalne odvojenosti pre svega se odnose na ključne funkcije. Stoga, imajući u vidu da pravno odeljenje u skladu sa odredbama Direktive ne predstavlja jednu od ključnih funkcija u društvu, ne postoje prepreke za integraciju funkcije praćenja usklađenosti u pravno odeljenje osiguravajućeg društva.

4.4. Zahtevi u pogledu principa nezavisnosti

Pored principa funkcionalne odvojenosti, Direktiva predviđa i princip nezavisnosti, koji se odnosi na četiri ključne funkcije. Direktiva ipak predviđa kompletnu nezavisnost samo za funkciju unutrašnje revizije (Direktiva Solventnost II, 2009, recital 32). Ideja principa nezavisnosti ključnih funkcija jeste da ne dolazi do sukoba interesa prilikom obavljanja tih funkcija. Iz istih razloga, potrebno je da postoji nezavisnost ključnih funkcija u odnosu na druge organizacione delove u društvu.

Najveći rizik za sukob interesa postoji u slučaju sukoba operativne i nadzorne funkcije. Ukoliko je funkcija praćenja usklađenosti organizovana tako da predstavlja deo pravnog odeljenja, važno je da se uspostave mehanizmi za izbegavanje sukoba interesa. Jedan od njih je da osiguravajuće društvo, u situacijama kada postoji kombinovana funkcija, predvidi sistem odgovornosti za nosioca funkcije praćenja usklađenosti i šefa pravnog odeljenja u okviru smernica koje se odnose na usklađenost poslovanja. Ovaj sistem bi bio strukturiran sa ciljem da trajno spreči rizik od sukoba interesa u pogledu zadataka lica koje je istovremeno član pravnog odeljenja. Postoji i opcija, kao što je ranije napomenuto, da se pribegne spoljnom stručnom savetniku i interno uspostavi pravilo *two-man rule*. Dokle god postoje mehanizmi kojima se izbegava eventualni sukob interesa, neće postojati prepreke za integrisanje ove dve funkcije.

Recital 31 Direktive Solventnosti II omogućava svakom osiguravajućem društvu koje uspostavlja funkciju praćenja usklađenosti pravo da „slobodno odlučuje kako da organizuje tu funkciju u praksi osim ako je drugačije navedeno u Direktivi”.¹ Ovo dodatno potvrđuje mogućnost da je moguće kombinovanje

¹ Funkcija je administrativna sposobnost obavljanja određenih zadataka upravljanja.

ključnih funkcija po principu „sve što nije zabranjeno, dozvoljeno je”. Samim tim, to se odnosi sa istim efektom na kombinovanje pravnog odeljenja i funkcije praćenja usklađenosti osiguravajućeg društva.

4.5. Zahtevi u pogledu principa proporcionalnosti

Još jedan princip koji karakteriše nove odredbe nadzornog režima osiguranja je princip proporcionalnosti. U užem smislu, princip proporcionalnosti je vodič za ostvarivanje ciljeva u smislu uspostavljanja efikasnog i efektivnog sistema upravljanja rizicima. U širem smislu, proporcionalnost je odraz ideje da između sredstva i cilja mora postojati razumni odnos (Ćirić & Cvetković, 2015, p. 31). Ovaj princip je izražen u Recitalu 18², 19³ i čl. 29, st. 3⁴ Direktive Solventnost II. Proporcionalnost postavlja blaže zahteve jer omogućava primenu jednostavnijih i lakših metoda ispunjavanja uslova solventnosti kada su u pitanju društva sa niskorizičnim portfeljima. Nasuprot tome, za društva koja imaju složenije portfelje rizika princip proporcionalnosti povećava verovatnoću da će prilikom ispunjavanja zahteva solventnosti morati da primenjuju složene metode i tehnike (Stojković, 2017, p. 284). Uloga principa proporcionalnosti je obezbeđivanje uslova za uvažavanje specifičnosti svakog konkretnog društva. Načelo proporcionalnosti treba primenjivati na zahteve koji su postavljeni prema društvima za osiguranje u kreiranju sistema upravljanja. Zakonodavac je nameravao da iskaže značaj „prirode, obima i složenosti rizika” osiguravajućeg društva u odnosu na zahteve koji su predviđeni odredbama Direktive. Kada se razmatraju specifični aspekti ključnih funkcija, princip proporcionalnosti se upravo i primenjuje sa ciljem da se utvrdi na koji način svaka od četiri ključne funkcije treba da bude organizovana i koji metodi i tehnike treba da se primene. Osiguravajuća društva prilikom organizovanja ove funkcije treba da vode računa o veličini društva i o specifično-

Utvrđivanje pojedine funkcije ne sprečava društvo da slobodno odlučuje o načinu na koji će organizovati tu funkciju u praksi osim ako je drukčije određeno ovom direktivom.

² „...Kako bi se osigurala delotvornost nadzora, sve aktivnosti nadzornih tela treba da budu srazmerne prirodi, obimu i složenosti rizika prisutnih u poslovanju društva za osiguranje odnosno društva za reosiguranje, bez obzira na važnost predmetnog društva za celokupnu finansijsku stabilnost tržišta...”

³ „Ova direktiva ne bi trebala da previše opterećuje mala i srednje velika društva za osiguranje. Jedan od načina za ostvarivanje tog cilja jest pravilna primena načela proporcionalnosti. To načelo treba primenjivati i na zahteve koji su uvedeni za društva za osiguranje i društva za reosiguranje kao i za izvršavanje nadzornih ovlašćenja.“

⁴ „Države članice omogućuju da se zahtevi propisani Direktivom primenjuju na način koji je srazmeran prirodi, obimu i složenosti rizika prisutnih u poslovanju društva za osiguranje odnosno društva za reosiguranje.”

sti sopstvenih poslovnih aktivnosti (Bürkle, 2020, p. 62). Iz tih razloga, kada je u pitanju odnos funkcije praćenja usklađenosti i pravnog odeljenja osiguravajućeg društva, uprava je dužna da procenu izvrši u svetlu triju pomenutih faktora: prirode, obima i složenosti rizika. Ukoliko se utvrdi da u društvu postoji mogućnost za integraciju ovih dvaju funkcija, potrebno je da ovi kriterijumi olakšaju upravi da utvrdi u kojoj konfiguraciji i sa kojim resursima će obavljati zadatke funkcije praćenja usklađenosti, s obzirom na to da se ti zadaci objedinjuju sa zadacima pravnog odeljenja (Dreher, 2015, pp. 338-339). Ukoliko bi ovakva odluka mogla da utiče na očuvanje nezavisnosti funkcije praćenja usklađenosti, uprava može primeniti dodatne mere koje prevazilaze puko izbegavanje sukoba interesa. Te mere mogu obuhvatati imenovanje nosioca funkcije usklađenosti poslovanja ili njegovog zamenika na određeni minimalni period, međutim, period koji ne bi trebao da bude prekratak. Takođe, trebalo bi razmisliti o produžetku perioda obaveštenja o prekidu radnog odnosa. U predviđanju takve mere, s obzirom na to da ih uprava osiguravajućeg društva predviđa zbog objedinjavanja funkcije praćenja usklađenosti sa pravnim odeljenjem osiguravajućeg društva, potrebno je da se odluka donese razmatranjem sve četiri ključne funkcije osiguravajućeg društva, a ne samo funkcije praćenja usklađenosti. Možemo zaključiti da postojanje načela proporcionalnosti samo olakšava eventualnu integraciju ovih dvaju organizacionih delova ukoliko je to u skladu sa prirodom, obimom i složenošću rizika koji u društvu postoji.

Iz svega navedenog sledi da je objedinjavanje funkcije praćenja usklađenosti ne samo pravno moguće nego u nekim situacijama čak i lakše za društvo, ali naravno uz analizu svakog osiguravajućeg društva, procenu prirode, obima i složenosti rizika kojem je izloženo i uz ispunjavanje svih uslova koje Direktiva predviđa za funkciju praćenja usklađenosti. Međutim, organizovanje funkcije praćenja usklađenosti poslovanja u okviru iste organizacione jedinice sa pravnim odeljenjem uticalo bi na to da se ova kombinovana funkcija više fokusira na procedure, interna pravila i sankcije, a ne na prevenciju (Losiewicz-Dniestrzanska, 2015, p. 804).

5. Zaključak

Funkcija praćenja usklađenosti poslovanja u skladu sa odredbama Direktive Solventnost II predstavlja jednu od ključnih funkcija u osiguravajućem društvu. Međutim, s obzirom na to da je reč o relativno mladoj funkciji u ovom sektoru, očekivano je da će osiguravajućim društvima biti potrebno određeno vreme da se prilagode novim zahtevima. Imajući to u vidu, kao i činjenicu da se u skladu sa načelom proporcionalnosti organizovanje ključnih funkcija može prilagoditi

prirodi, obimu i složenosti rizika koji u društvu postoji, skloni smo da zaključimo da postoji mogućnost organizovanja ove funkcije u okviru pravnog odeljenja osiguravajućeg društva. Iz svega navedenog jasno je da su u pitanju dve različite funkcije. Međutim, ne postoje nikakve zakonske prepreke da se ove dve funkcije organizuju u okviru iste organizacione jedinice, pre svega u manjim društvima. U tom slučaju potrebno je da lice koje vrši ovu kombinovanu funkciju ispunjava sve uslove vezane za iskustvo i poslovni ugled predviđene odredbama Direktive za funkciju praćenja usklađenosti, kao i da se obezbedi izbegavanje sukoba interesa. Ipak, treba imati u vidu da u skladu sa prirodom funkcije usklađenosti poslovanja i značajem koji ima za poslovanje društva, kao i radi njene što veće nezavisnosti i samostalnosti, treba težiti da ova funkcija bude posebna organizaciona jedinica.

Literatura

- Andenas, M. et al. 2017. *Solvency II: A dynamic Challenge for Insurance Market*. Mulino.
- Bürkle, J. 2020. *Compliance in Versicherungsunternehmen*. Beck.
- Čolović, V. 2010. *Osiguravajuća društva*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Ćeranić, J. & Glintić, M. 2018. Evropska unija deset godina nakon početka krize – sa posebnim osvrtom na predloge za ponovno oživljavanje EU predviđene u okviru inicijative Novi pakt za Evropu. *Pravni život*, 12, pp. 341-356.
- Ćirić, A. & Cvetković, P. 2015. Princip proporcionalnosti u pravu Svetske trgovinske organizacije. *Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu*, 12(44), pp. 31-54.
- Dreher, M. 2015. *Treatises on Solvency II*. Berlin-Heidelberg: Springer. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-662-46290-4>
- Franceschini, L. 2020. Elements of an Integrated Corporate Compliance System. *International In-house Counsel Journal*, 13(52), pp. 1-10.
- Garrett, B.L. & Mitchell, G. 2020. Testing Compliance. *Law and Contemporary Problems*, 83(4), pp. 47-84.
- Glintić, M. 2020. Zaštita prava slabije ugovorne strane u skladu sa principima evropskog ugovornog prava osiguranja, *Strani pravni život*, 64(3), pp. 57-73. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz64-26973>
- Gray, J. & Metzger, C. P. 2013. Defining and Delivering Judgement-Based Supervision: The Interface with the Legal System. *Journal of Banking Regulation*, 14(3) pp. 228-240. DOI: <https://doi.org/10.1057/jbr.2013.17>
- Hauser, P. 2014. Rastući značaj funkcije zakonitosti poslovanja na primeru austrijske ekonomije osiguranja. *Evropska revija za pravo osiguranja*, 2, pp. 7-25.
- Lastra, R. M. 2013. Defining Forward-looking, Judgement-based Supervision. *Journal of Banking Regulation*, 14(3-4), pp. 221-227. DOI: <https://doi.org/10.1057/jbr.2013.8>
- Leković, V. 2018. Sistem upravljanja u društvu za osiguranje prema Direktivi Solventnost II. *Strani pravni život*, 62(1), pp. 137-152. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz1801137L>

- Losiewicz-Dniestrzanska, E. 2015. Monitoring of Compliance Risk in the Bank. In: *4th World Conference on Business, Economics and Management, WCBEM*. pp. 800-805. DOI: [https://doi.org/10.1016/S2212-5671\(15\)00846-1](https://doi.org/10.1016/S2212-5671(15)00846-1)
- Marschlich A. (2015). Organisationsformen der Compliance-Funktion im Unternehmen. In: Bürkle, J. & Hauschka, CE (Hrsg.), *Der Compliance Officer. Ein Handbuch in eigener Sache*. München: Beck.
- Nenadić, B. 2006. Ovlašćenja državnih organa u postupku osnivanja društva za osiguranje u uporednom pravu, s posebnim osvrtom na ovlaštenja Narodne banke Srbije. *Zbornik radova, Savetovanje Osiguranje u susret procesu pridruživanja Srbije i Crne Gore Evropskoj uniji*. Palić.
- Olalere, Y. 2021. Corporate Governance: The Role of Management and Other Stakeholders in Good Governance. *Journal of Insurance and Financial Management*, 5(1), pp. 1-7.
- Stojković, Lj. 2017. Pravni aspekti sistema upravljanja u društvu za osiguranje i princip srazmernosti prema Direktivi o solventnosti II. U: *Srazmernost i pravna izvesnost u pravu osiguranja*. Palić: Udruženje za pravo osiguranja Srbije, pp. 279-293.
- Swamy, S. & McMaster, M. 2018. *Governance, Compliance and Supervision in the Capital Markets*. Wiley. DOI: <https://doi.org/10.1002/9781119380498>
- Tanjević, M. 2018. Komplajans funkcija – status i perspektiva. *Bankarstvo*, 1, pp. 118-127. DOI: <https://doi.org/10.5937/bankarstvo1801118T>
- Tomić, Z. & Tomić Petrović, N. 2011. O licenciranju kandidata za članove organa društava osiguranja – Osvrt na odluke Ustavnog suda Srbije. *Pravo i privreda*, 48(4-6), pp. 91-112.
- Tošić, I. 2017. Nadzor osiguranja - Direktiva Solventnost II. *Strani pravni život*, 61(2), pp. 147-162.
- Walker, D. M. 2005. Restoring Trust After Recent Accountability Failures. In: O'Brien, J. (ed.). *Governing the Corporation - Regulation and Corporate Governance in an Age of Scandal and Global Markets*. Wiley.

Pravni izvori

- Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35 of 10 October 2014 supplementing Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *Official Journal of the European Union*.
- Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *Official Journal of the European Union*.
- EIOPA. 2014. Guidelines on Corporate governance.

Internet izvori

- Deloitte. The changing role of Compliance 3-4. Dostupno na: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Financial-Services/gx-financial-changing-role-compliance.pdf>, (22. 8. 2023).
- Guidelines for compliance function, IIA Norge. 2015. Dostupno na: <https://iaa.no/wp-content/uploads/2019/09/2017-Guidance-for-the-Compliance-function-FINAL.pdf>, (22. 8. 2023).
- Mulliah Moonosamy, R.C.D. 2022. *Repositioning the Compliance Function in the New Governance Era*, Opinion paper. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4250642, (14. 8. 2023).

**SPECIFIČNOSTI OSIGURANJA
U OKVIRU FIDIC-OVE „CRVENE KNJIGE” – USLOVI UGOVARANJA
ZA GRAĐEVINSKE I OSTALE TEHNIČKE RADOVE PO PROJEKTU
NARUČIOCA (IZDANJE IZ 1999. GODINE)**

Sažetak

Predmet rada je analiza primene FIDIC-ove „Crvene knjige” – *Uslovi ugovaranja za građevinske i ostale tehničke radove po projektu naručioca*, iz 1999. godine, u kontekstu obaveza ugovaranja osiguranja (dalje u tekstu: *FIDIC Crvena knjiga (1999)*). Poseban osvrt dat je na specifičnosti ovde pomenutih uslova ugovora, s obzirom na njihovu terminološku i konceptualnu osobenost, imajući u vidu da dolaze iz *common law* sistema koji ima karakterističan pristup osiguranju radova. U tom pogledu analiziran je pristup redaktora FIDIC-ove „Crvene knjige” (1999) prilikom strukturiranja odredaba o osiguranju, a analizirane su i odredbe koje definišu prava i obaveze ugovornih strana u pogledu obezbeđivanja osiguranja.

Ključne reči: FIDIC, „Crvena knjiga”, građevinarstvo, osiguranje, polisa.

* Master prava, student druge godine doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, advokat.

E-mail: f.zivanovic@nkp.rs

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-8844-6996>

INSURANCE SPECIFICS WITHIN THE FIDIC “RED BOOK” - CONDITIONS OF CONTRACT FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER (1ST ED. 1999)

Summary

The subject of this paper is the analysis of the application of the *FIDIC “Red Book” - Conditions of contract for building and engineering works designed by the employer* (hereinafter: *FIDIC Red Book (1999)*) in the context of insurance contracting obligations. Special attention is given to the specifics of the conditions of the contract mentioned here, given their terminological and conceptual features, bearing in mind that they come from the common law system, which has a characteristic approach to the construction insurance. In this regard, the approach of the editor of the *FIDIC Red Book (1999)* in structuring the provisions dealing with insurance is analyzed, as well as the norms that define the rights and obligations of the contracting parties regarding the provision of insurance.

Keywords: FIDIC, Red Book, construction, insurance, policy.

1. Nastanak i karakteristike *FIDIC Crvene knjige*

Istorijski razvoj infrastrukturnih projekata i građevinskog sektora prouzročio je profesionalizaciju i specijalizaciju ugovornih odnosa između relevantnih učesnika na građevinskom tržištu. To je postalo naročito izraženo u kontekstu razvijanja međunarodnih privrednih odnosa i realizacije kapitalnih infrastrukturnih projekata, u koje su bili uključeni entiteti sa različitim „pravnim pedigreeom”, odnosno entiteti koji su dolazili iz različitih pravnih sistema i sa različitim pravnim iskustvom.

Pomenuta tendencija dovela je do potrebe za formiranjem jednog stručnog tela na međunarodnom nivou, koje bi svojim delovanjem standardizovalo, uokvirilo i profesionalizovalo ugovorne odnose i, uopšte, normativno polje u okviru građevinarstva kao privredne grane. Tako su 1913. godine Francuska, Belgija i Švajcarska formirale *FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils)* – Međunarodni savez inženjera konsultanata, sa sedištem u Ženevi, sa idejom da se izrade međunarodne standardne forme ugovora, koji su s vremenom postali „najpopularniji modeli komercijalnih ugovora u savremenom građevinarstvu”, kako to navode Klee & Nikoforov (2006, p. 13). Kada je reč o *Crvenoj knjizi (Red Book)*, njen nastanak se vezuje

za modele ugovora svojstvene *common law* sistemu i modelima ugovora karakterističnim za podneblje Velike Britanije. Jedan od takvih modela ugovora koji je imao presudan značaj na nastanak *FIDIC Crvene knjige* objavljen je 1956. godine pod nazivom „Prekomorski (građevinski) uslovi ugovora” (*ACE Form*), kao prvi međunarodni model ugovora o građenju (Bunni, 2005, p. 3). Zbog svog potencijala i značaja ubrzo je prepoznat od strane FIDIC-a, koji je koristeći koncept, stil i pravna rešenja implementirana u *ACE Form*-i, napravio prvo izdanje *FIDIC Red Book*. Ovo izdanje je potom u nekoliko navrata revidirano, da bi najznačajniju i najobimniju reviziju *FIDIC Crvena knjiga* doživela 1999. godine, kada je i objavljen takozvani „Dugin paket” (*Rainbow Suite*) – „crvena”, „žuta”, „zeleni” i „siva” knjiga.

Što se tiče opštih i načelnih principa na kojima počiva *FIDIC Crvena knjiga* (1999), verovatno najčešće korišćenog modela građevinskog ugovora u međunarodnoj praksi (Dan-Asabe *et al.* 2010), oni bi se, kako to kaže Bunni (2005, pp. 15-24), mogli podeliti na sledeće:

- kao okvir regulisanja pravnih odnosa između ugovornih strana korišćeno je pravo svojstveno zemljama anglosaksonske pravne kulture, pre svega Velikoj Britaniji i njenim „trgovačkim zakonima” – *lex mercatoria*;
- pravni koncepti i instituti zasnovani su na *common law* sistemu (Glover, 2007, p. 3);
- jezičke i terminološke formulacije se zasnivaju na anglosaksonskim principima izrade zakonskih propisa;
- ugovor je sistematizovan kroz paket ugovornih dokumenata sa hijerarhijski poredanim prioritetom u tumačenju;
- značajna uloga dodeljena je takozvanom „inženjeru”, koji ima ulogu stručnog nadzora, odnosno konsultanta naručioca, kao svojevrstna treća strana u ugovoru (Zopis, 2018, p. 1);
- način određivanja cene zasnovan je na principima jediničnih cena i merenja izvedenih količina radova;
- odgovornost za izvršenje posla nije jednostrano definisana, već se primenjuje koncept podele rizika.

Navedeni principi su karakteristični i za *FIDIC Crvenu knjigu* iz 2017. godine, međutim, zbog činjenice da nije dovoljno vremena prošlo od njenog donošenja da bi se formirala značajnija praksa, kao i zbog pretežne zastupljenosti izdanja iz 1999. godine na tržištu građevinarstva, autor ovog rada smatra da je metodološki svrsishodnije analizirati izdanje iz 1999. godine.

Kada je reč o osiguranju u kontekstu *FIDIC Crvene knjige*, treba imati u vidu da su se koncept i struktura osiguranja razvili kao plod evolucije teorije rizika, i

to u smeru koji podrazumeva princip da je za adekvatno izvršenje ugovora o građenju potrebno raspodeliti inherentne rizike na obe ugovorne strane, na određenoj logičkoj osnovi. Stoga će o načinu na koji je teorija rizika implementirana u *FIDIC Crvenu knjigu* biti više reči u odeljku koji obrađuje opšte uslove osiguranja.

2. *FIDIC Crvena knjiga (1999)* i primenjivo pravo

Kada je reč o generalnoj komplementarnosti *FIDIC Crvene knjige (1999)* sa pojedinačnim pravnim sistemima, odnosno različitim pravnim školama, treba imati u vidu da ne postoji prepreka da se ona primenjuje na širokom planu jurisdikcija (uz uvažavanje specifičnosti koje svaki od tih pravnih sistema poseduje), poput:

- *common law* sistema;
- germansko-romanskog sistema;
- islamskog sistema, uključujući i one islamske sisteme koji proističu iz prethodna dva;
- socijalističkih pravnih sistema.

S tim u vezi, u zavisnosti od izbora merodavnog prava zavisi i sudbina pojedinih odredaba uslova ugovaranja definisanih u *FIDIC Crvenoj knjizi (1999)*, uključujući i one koje tretiraju oblast osiguranja. U određenim zemljama, bez obzira na osiguranja predviđena ugovorom o građenju, postoje i obavezna osiguranja koja su ugovorne strane dužne da zaključe kao vid zakonske obaveze. Jedno od takvih je i takozvano „decenijsko osiguranje” (*decennial insurance*) povezano sa „decenijskom odgovornošću” izvođača radova. Reč je o konceptu odgovornosti karakterističnoj za pravo Francuske i pravo onih država koje svoje građanske pravne institute temelje na *Code Civil*-u, kao što su Angola, Alžir, Belgija, Egipat, Luksemburg, Malta, Maroko, Tunis, Rumunija itd. (Jaeger & Hök, 2010, p. 345).

3. Odgovornost i rizici u okviru *FIDIC Crvene knjige (1999)*

3.1. Pojam odgovornosti

FIDIC Crvena knjiga (1999) nastavlja tradiciju tretiranja pitanja osiguranja u okviru trgovačkih modela ugovora o građenju, započetu 1929. godine, prilikom izgradnje Lambet mosta na Temzi (Bunni, 2003, p. 15). Od tada, oblast osiguranja razvijala se uporedo sa razvojem industrije građevinarstva, što je dovelo do toga da detaljnije i obuhvatnije regulisanje pitanja osiguranja postane neizostavni deo

svakog ozbiljnijeg građevinskog poduhvata, imajući u vidu štetu i ekonomski uticaj koji može imati ostvarenje relevantnog rizika. To je uočljivo i na planu podele odgovornosti, odnosno rizika, s obzirom na to da su s vremenom *FIDIC* forme ugovora postepeno prelazile sa inicijalnog pristupa nedeljivosti rizika, ka potpunoj primeni ideje podele rizika na balansiranoj osnovi, između naručioca i izvođača radova (Bunni, 2003, p. 137).

U tom kontekstu, vrlo je značajno to što *FIDIC* Crvena knjiga (1999) koristi pravnu logiku i pravne institute karakteristične za *common law* sistem i to posebno u definisanju termina odgovornosti, kao fundamentalnog instituta povezanog sa institutom osiguranja. Stoga, kada je reč o *FIDIC* Crvenoj knjizi (1999), mora se imati u vidu pravna priroda i pravni ambijent iz kojeg ovi modeli ugovora dolaze, te da je „kao opšti komentar, teško izbeći zaključak da je barem jedan primarni cilj u pripremi ovog međunarodnog ugovora bio da se što je moguće manje udalji od engleskih uslova” (Glover, 2007, p. 1).

Samim tim moraju se razumeti osobenosti u koncipiranju strukture rizika, njihove raspodele, posledične odgovornosti i obaveze da se snose posledice nastupanja rizika. Posebno je značajno razumeti specifične jezičke, to jest terminološke razlike koje prate odredbe *FIDIC* Crvene knjige (1999) u pogledu raspodele odgovornosti, odnosno instituta prepoznatih u anglosaksonskom pravnom sistemu kao *responsibility* i *liability*.

Sa tačke gledišta domaćeg prava, najteže je razdvojiti pomenute institute koji generalno regulišu „odgovornost”, a koja je u *FIDIC* Crvenoj knjizi (1999) raščlanjena na *responsibility* i *liability*, termine koji se često mešaju, odnosno koji se u ekstenzivnom tumačenju često koriste za označavanje stanja koje bi prva reč mogla izraziti preciznije od druge ili obrnuto (Bunni, 2003, p. 143).

Stoga neko može biti odgovoran u smislu *responsible*, a takođe i odgovoran u smislu *liable* kao rezultat određene radnje, a sa druge strane može biti odgovoran (*responsible*) za radnju, ali ne i odgovoran (*liable*) za posledicu koja proističe iz toga i, na kraju, mogao bi biti odgovoran da nešto učini ili se uzdrži od nekog činjenja (*liable*), ali ne i odgovoran u smislu termina *responsible* (Bunni, 2003, p. 143). Kada je reč o odredbama *FIDIC* Crvene knjige (1999) ova razlika u pogledu terminologije je najočiglednija u potklauzuli 17.2 koja uređuje staranje o radovima od strane izvođača (*Contractor’s Care of Works*), u kojoj je definisano da momentom izdavanja sertifikata o preuzimanju radova, odgovornost (*responsibility*) prelazi sa izvođača na naručioca, dok izvođač ostaje odgovoran (*liable*) za bilo koji gubitak ili štetu nastalu kao posledica delovanja izvođača ili kao posledica uzroka nastalog pre izdavanja sertifikata o preuzimanju radova.

Pored toga, pojmovi *liability* i *responsibility* mogu biti od uticaja, primera radi, prilikom ispunjenja ugovornih obaveza u pogledu obezbeđenja pokrića za štete

nastale u toku garantnog perioda, a koje su nastale kao plod događaja za koji je izvođač bio odgovoran,¹ kao i prilikom opredeljivanja koja ugovorna strana će biti dužna da snosi štetu koja nije pokrivena polisom osiguranja tako što će, u zavisnosti od toga koja strana snosi rizik propasti stvari ili oštećenja, odnosno u zavisnosti od toga koja strana je odgovorna, biti opredeljena i obaveza da se snosi neosigurana šteta (Baker *et al.* 2009, p. 368). U svakom slučaju, prilikom primene *FIDIC Crvene knjige* (1999), tumačenje pojmova kao što su *responsibility* i *liability* moraće se vršiti u kontekstu merodavnog prava i njegovog shvatanja koncepta odgovornosti, odnosno podele između, generalno govoreći, subjektivne i objektivne odgovornosti.

3.2. Rizici

Suštinski element svakog ugovora o osiguranju čini rizik, koji u sferi građevine, kao i u drugim oblastima imovinskog osiguranja podrazumeva stvarnu opasnost od nastupanja budućeg, neizvesnog događaja, nezavisnog od volje ugovarača osiguranja (osigurani slučaj), što je koncept prepoznat i u Zakonu o obligacionim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020). Posmatrano iz šire perspektive, rizik se može izjednačiti sa verovatnoćom ili pretnjom od nastanka štete, oštećenja ili bilo kog drugog negativnog događaja koji je uzrokovan eksternim ili internim opasnostima, a koji se može izbeći različitim preventivnim merama (Mina & Iga, 2018). Kada je reč o građevinskoj industriji, rizik bi predstavljao događaj ili okolnost koja prouzrokuje kašnjenje, gubitak ili štetu na radovima, opremi ili materijalu, odnosno:

- rizik da će radovi biti završeni sa zakašnjenjem, uključujući rizik izloženosti štetama, penalima i troškovima u slučaju kašnjenja;
- rizik da će radovi biti izvedeni neadekvatno;
- rizik da će radovi postati skuplji nego što je očekivano;
- rizik zbog nedostataka u projektnoj dokumentaciji i sl.

Što se tiče samih odredaba *FIDIC Crvene knjige* (1999) koje uređuju pitanje rizika, karakteristično je da su rizici pobrojani samo u potklauzuli 17.3.² koja defi-

¹ *FIDIC Crvena knjiga* (1999), potklauzula 18.2, st. 2.

² U pitanju su sledeći rizici:

- a) rat, neprijateljstva (bilo da je rat objavljen ili ne), invazija, delovanje stranih neprijatelja;
- b) pobuna, terorizam, sabotaža (za koje nije odgovorno osoblje izvođača);
- c) pobuna, nemiri i neredi u zemlji koje nije prouzrokovalo osoblje izvođača;
- d) ratna municija, eksplozivne naprave, jonizujuće zračenje ili radioaktivno zagađenje u zemlji, osim ako nije prouzrokovano upotrebom takve municije, eksploziva, zračenja ili radioaktivnosti od strane izvođača;

niše „Rizike Naručioca”. Ono što je problematično u tekstu potklauzule 17.3 jeste to da se rizici pobrojani u ovoj klauzuli odnose samo na rizike od gubitka i oštećenja stvari, a nikako na čitav spektar rizika kojima proces gradnje može biti izložen. Ukoliko bi se tekst restriktivno tumačio tako da potklauzula 17.3 podrazumeva isključivo rizike investitora od gubitka i oštećenja stvari, tada bi postojala ozbiljna opasnost da učesnici u projektu zaključče da su rizici navedeni u potklauzuli 17.3 pobrojani i konačni, na način da svi ostali rizici koji nisu pobrojani u ovoj potklauzuli leže na strani izvođača, što bi uključivalo ekonomske rizike (poput rizika bankrotstva ili nedostatka novca za realizaciju projekta) i vremenske rizike (poput roka za uvođenje izvođača u gradilište) iz preostalih klauzula ugovora, a za koje izvođač ne može biti odgovoran (Bunni, 2005, p. 304). Ovakvo pogrešno tumačenje je već dovelo do različitih nesporazuma i najmanje jednog ozbiljnog arbitražnog postupka (Bunni, 2005, p. 304), upravo iz razloga jer je naručilac tvrdio da on ne snosi nijedan drugi rizik osim onih navedenih u potklauzuli 17.3.

Sledeća specifičnost u definisanju rizika investitora jeste definisanje rizika u okviru potklauzule 17.3 (h), kojom je predviđeno da na investitoru leži rizik „delovanja prirodnih sila koje su nepredvidive i protiv kojih iskusni izvođač nije mogao da preduzme adekvatne preventivne mere”. Iako je tačno da izvođač nema kontrolu nad događajima navedenim u ovoj tački (h), on kontroliše njihove posledice i može da preduzme određene mere spasavanja stvari. Izvođač takođe može umanjiti sve gubitke koji bi mogli nastati ako se pojavi bilo koji od ovih rizika. Pored toga, svi rizici identifikovani u tački (h) predstavljaju događaje koji se generalno osiguravaju od strane izvođača, što može dovesti do problema u kontekstu ugovaranja osiguranja za rizik za koji ne postoji materijalni interes, s obzirom na to da je odredbama ugovora takav interes prenet na stranu naručioca. Ovo iz razloga što se interes „ispoljava kroz pravno priznatu vezu osiguranika s predmetom osiguranja (Petrović Tomić, 2009, p. 444)” što u ovom slučaju može biti problematično jer ugovor tu pravnu vezu zasniva između naručioca i predmeta osiguranja.

-
- e) vazdušne udare prouzrokovane avionom ili drugim letelicama koje lete zvučnim ili nadzvučnim brzinama;
 - f) upotreba ili zauzimanje od strane naručioca nekog dela stalnih radova, osim ako to nije predviđeno ugovorom;
 - g) projektovanje nekog dela radova od strane osoblja naručioca ili od strane drugih za koje je odgovoran naručilac;
 - h) delovanje prirodnih sila koje su nepredvidive ili se od iskusnog izvođača ne bi moglo razumno očekivati da preduzme odgovarajuće preventivne mere.

3.3. Osiguranje

3.3.1. Koncept

Oblast uslova osiguranja, odnosno prava i obaveza ugovornih strana u odnosu na obezbeđenje pokrića, definisana je klauzulom 18 *FIDIC Crvene knjige* (1999). Ova klauzula je podeljena na četiri potklauzule koje definišu sledeće: opšte uslove osiguranja; osiguranje radova i opreme izvođača; osiguranje telesnih povreda i oštećenja imovine; osiguranje osoblja izvođača. Kao načelne vrste osiguranja (Grose, 2016, p. 368) pokrivena klauzulom 18 mogu se izdvojiti sledeće vrste:

- osiguranje od svih rizika izvođača („CAR” polisa), osiguranje robe u tranzitu i osiguranje od štete na mašinama;
- osiguranje od odgovornosti prema trećim licima;
- osiguranje od odgovornosti naručioca ili osiguranje obeštećenja radnika.

3.3.2. Opšti uslovi osiguranja

U odeljku koji definiše opšte uslove osiguranja očigledna je namera pisaca *FIDIC Crvene knjige* (1999) da pitanje osiguranja prepuste pojedinačnim i konkretnim potrebama ugovornih strana, što proizilazi iz odredbe koja predviđa da će uslovi osiguranja biti istovremeno oni uslovi koji su dogovoreni u toku pregovora ugovornih strana i koji će imati preimućstvo u odnosu na opšte uslove osiguranja definisane u klauzuli 18. Redaktori *FIDIC Crvene knjige* (1999) su zauzeli pristup koji podrazumeva da je svrsishodnije preporučiti stranama da pre potpisivanja ugovora dogovore detalje i modalitete uslova osiguranja, imajući u vidu da su građevinski projekti drugačiji od ostalih proizvoda koji nastaju kao plod nečijeg rada (Bunni, 2005, p. 184) i da prava i obaveze dogovorene tokom takvih pregovora imaju veću snagu od uslova osiguranja predviđenih *FIDIC Crvenom knjigom* (1999).

Takav pristup podrazumeva da klauzulom 18 nisu definisani detalji poput određivanja konkretnih vrsta polisa osiguranja koje treba zaključiti, kao ni ostale pojedinosti poput visine franšize, već su definisani samo opšti kriterijumi kao što su visina³ i trajanje pokrića⁴. Kada je reč o visini pokrića osiguranja izvođačevih radova i opreme, ugovarač osiguranja je u skladu sa potklauzulom 18.2 dužan da obezbedi pokriće u iznosu ne manjem od pune cene vraćanja u pređašnje stanje,

³ Eksplicitno i nedvosmisleno, visina pokrića je definisana u potklauzuli 18.2, koja se odnosi na osiguranje radova i opreme izvođača, dok je u potklauzuli 18.3 definisano da visina osiguranja treba da bude definisana u dodatnom dokumentu (*Appendix to tender*) koji čini sastavni deo ugovora. U suprotnom, potklauzula 18.3 se neće primenjivati.

⁴ Načelno pravilo je da pokriće traje od dana početka izvođenja radova (*Commencement Date*).

uključujući troškove rušenja, uklanjanja ostataka i profesionalnih troškova i profit (Brekoulakis & Thomas, 2021, p. 55).

Kao deo opštih okvira osiguranja takođe je definisano da „ako se traži da se iz polise obeštete zajednički osigurana lica, pokriće će se primenjivati odvojeno za svakog osiguranika kao da je izdata posebna polisa za svakog od zajedničkih osiguranika”. Na ovaj način se implicitno uvodi ono što se u terminologiji *common law* sistema naziva *cross-liability* klauzula, a u domaćoj osiguravajućoj terminologiji „unakrsna odgovornost”. Ova klauzula predviđa da se polisa primenjuje odvojeno na osiguranike, na način kao da su zaključene odvojene polise za svakog od njih (Baker *et al.* 2009, p. 370), odnosno da se osiguranici osigurani pod polisom smatraju trećim licima kada je reč o međusobnim odnosima (Bunni, 2005, p. 252). To omogućava osiguranicima da potražuju naknadu štete od osiguravača, koju je prouzrokovao drugi osiguranik, iako su zajedno osigurani istom polisom ili da se osiguravajuće pokriće proširi tako da se osiguranje odgovornosti prema trećim licima odnosi na sve osiguranike navedene u polisi.

Kao opšti princip, *FIDIC Crvena knjiga* (1999) predviđa da u slučaju da namera naručioca da obezbedi osiguranje nije eksplicitno definisana u okviru posebnih uslova ugovora, to onda čini izvođač radova, pa su tako i odredbe koje uređuju oblast osiguranja koncipirane tako da polaze od početne premise da je ugovarač osiguranja – izvođač radova (Robinson, 2011, p. 88).

3.3.3. Osiguranje radova i opreme izvođača

Kada je reč o osiguranju radova i opreme izvođača i osiguranju telesnih povreda i oštećenja imovine, predviđenim potklauzulom 18.2, definisano je da u slučaju da drugačije nije predviđeno posebnim uslovima ugovora, osiguranja „moraju biti zaključena u ime ugovornih strana kao zajednički osiguranih lica koja zajedno imaju pravo da primaju plaćanja od osiguravača” (FIDIC Crvena knjiga (1999), potklauzula 18.2, st. 2, tač. (b)) odnosno „moraju biti zaključena na zajedničko ime ugovornih strana” (FIDIC Crvena knjiga (1999), potklauzula 18.3, st. 2, tač. (b)). Ovde je reč o takozvanom *joint names* osiguranju, koje na osnovu jedne polise pokriva identične interese dveju ili više strana osiguranih pod polisom, i to na način da lica osigurana u skladu sa ovom polisom nastupaju zajedno prema osiguravaču, kao jedan osiguranik. Ovakva polisa je karakteristična upravo za ugovore o građenju, a njeno osnovno obeležje jeste da za razliku od opšteg pravila subrogacije, po kojem osiguravač stupa na mesto osiguranika u kontekstu potraživanja štete od štetnika, u slučaju *joint names* polise, kada su i naručilac i izvođač osigurani od iste štete za koju su odgovorni, osiguravač neće moći da naplati od bilo koje strane isplaćenu osiguranu sumu (Baker *et al.* 2009, p. 369).

Pomenuto stanovište je potvrđeno u presudi u slučaju *Petrofina and others v. Magnaload Ltd. And others* ([1983] 3 All ER 35) u kojoj je utvrđeno da ukoliko postoji polisa osiguranja od svih rizika, zaključena u odnosu na celokupnu imovinu i u odnosu na sve izvođače i podizvođače, tada je osiguran celokupan ugovor, te stoga osiguravač koji isplati osiguranu sumu jednom osiguraniku ne može da koristi svoje pravo subrogacije u odnosu na drugog osiguranika. Na taj način se postiže identičan efekat onom u situacijama kada osiguravač eksplicitno ugovori odricanje od subrogacije (*waiver of subrogation*), kada se faktički zaključuju dva ugovora – jedan između osiguranika i strane koja bi potencijalno mogla da prouzrokuje štetu i drugi između osiguravača i osiguranika. U vezi sa tim, važno je istaći da postoje stanovišta da status dodatnog osiguranika ne podrazumeva po automatizmu odricanje od subrogacije, već da je takav mehanizam potrebno izričito ugovoriti (Bell, 2022), jer postoje situacije kada status dodatnog osiguranika ne garantuje zaštitu u slučaju kada:

- gubici ne spadaju u okvir pokrića dodatnog osiguranika;
- gubici premašuju ugovorene limite osiguranja;
- rizik se razlikuje od rizika za koji je osiguranik pokriven;
- kod imovinskog osiguranja, kada šteta nije u okviru osiguranog interesa dodatnog osiguranika;
- polise ne dozvoljavaju dodatni status osiguranika.

Tako je, na primer, u slučaju *Hartford Ins. Co. v. Ohio Cas. Ins. Co.* (189 P.3d 195 (Wash. Ct. App. 2008)) nadležni sud ocenio da, s obzirom na to da je dodatno pokriće za izvođača ograničeno samo na „tekuće operacije”, osiguravač ima pravo na subrogaciju u situacijama kada šteta nastane nakon završetka projekta, uz argumentaciju da nastala šteta nije obuhvaćena ugovorenim pokrićem.

Kada je reč o ostalim karakteristikama *joint names* polisa, u slučajevima kada su naručilac i izvođač osigurani pod *joint names* polisom u pogledu štete za koju su obojica odgovorni, suštinski neće biti potrebno da se utvrdi ko je konkretno odgovoran za tu štetu pre isplate naknade od osiguravača (Baker *et al.* 2009, p. 370). Još jedna od osobenosti ovakvog tipa osiguranja jeste ta da su obe osigurane strane ovlašćene da prime isplatu osigurane sume od osiguravača, a osiguravač nema obavezu da utvrđuje ili prati mehanizam raspodele isplaćene osigurane sume (Seppälä, 2023, p. 309).

U obrazloženju zbog čega su se pisci *FIDIC Crvene knjige* (1999) odlučili za princip *joint names* polise u odnosu na polisom kojom je osigurano samo jedno lice, navedeni su sledeći razlozi, odnosno situacije koje bi postojale u slučaju da je osiguranik jedno lice (Bunni, 2005, p. 243): obaveštenje o bilo kakvoj izmeni u pokriću koje je obezbeđeno polisom osiguranja bilo bi učinjeno samo u odnosu

na tu stranu; pravo pregovaranja i rešavanja odštetnog zahteva sa osiguravačem u slučaju nastupanja osiguranog slučaja bilo bi rezervisano samo za stranu koja je ugovorila osiguranje; pravo učešća u sudskom postupku povodom spora u vezi sa polisom osiguranja generalno bi bilo dato samo strani koja je navedena kao ugovarač osiguranja; postojalo bi pravo subrogacije osiguravača; sva plaćanja osigurane sume u vezi sa štetom ili gubitkom osiguranih predmeta bila bi učinjena samo prema ugovaraču osiguranja.

Što se tiče pokrića koje polisa osiguranja treba da obuhvati u skladu sa odredbama koje definišu osiguranje radova i opreme izvođača i osiguranje telesnih povreda i oštećenja imovine, ono se odnosi na sve rizike koji nisu pobrojani u potklauzuli 17.3, odnosno na sve rizike koji ne predstavljaju rizike naručioca, na način kako je definisano *FIDIC Crvenom knjigom (1999)*, uz uslovnu obavezu da se u pokriće uključe i određeni rizici naručioca poput „pobune, nemira i nereda u zemlji koje nije prouzrokovalo osoblje izvođača”; „projektovanja nekog dela radova od strane osoblja naručioca ili od strane drugih za koje je odgovoran naručilac”; „delovanja prirodnih sila koje su nepredvidive ili se od iskusnog izvođača ne bi moglo razumno očekivati da preduzme odgovarajuće mere”. Obaveza uključivanja u polis osiguranja i ovih dodatnih rizika uslovljena je postojanjem definisanog učešća u šteti u dokumentu *Appendix to tender*, koji predstavlja sastavni deo ugovora ugovorenog po principu *FIDIC Crvene knjige (1999)*.

Pored toga, ostavljena je i mogućnost da strana koja ugovara osiguranje isključi određena pokrića iz polise osiguranja, od kojih je najspecifičnije isključenje osiguranja za delove radova preuzetih od strane naručioca, osim u obimu u kojem je izvođač i dalje odgovoran za gubitak ili štetu (*FIDIC Crvena knjiga (1999)*, potklauzula 18.2, st. 4, tač.(e), br. (iii)). Postavlja se pitanje zbog čega je napravljena ovakva pravna tautologija kada se ima u vidu da preuzeti radovi od strane naručioca predstavljaju rizik naručioca naveden u potklauzuli 17.3, te samim tim ne predstavljaju rizik koji je izvođač dužan da osigura.

S druge strane, predviđeno isključenje iz polise jeste u direktnoj korelaciji sa pitanjem postojanja interesa na osiguranoj stvari, odnosno odgovornosti za nastalu štetu, kada se imaju u vidu odredbe *FIDIC Crvene knjige (1999)* koje definišu prelazak rizika za slučajnu propast stvari sa izvođača na naručioca. To, dakle, znači da u toku procesa izgradnje, u slučaju delimičnog preuzimanja radova, prestaje da postoji ugovoreno osiguranje, odnosno naručilac ostaje bez pokrića u odnosu na preuzete radove.⁵

⁵ Kada se u terminologiji *FIDIC Crvene knjige (1999)* kaže „preuzeti radovi”, misli se i na opremu, materijale i postrojenja koji su ugrađeni u određeni objekat u okviru izvedenih radova.

3.3.4. Osiguranje telesnih povreda i oštećenja imovine

Potklauzulom 18.3 definisana je obaveza ugovarača osiguranja da zaključi osiguranje od odgovornosti svake ugovorne strane za gubitak, štetu, smrt ili telesnu povredu koja se može dogoditi na imovini (izuzev za stvari koje su osigurane shodno potklauzuli 18.2) ili bilo kom licu (izuzev licima koja su osigurana shodno potklauzuli 18.4) (FIDIC Crvena knjiga (1999), potklauzula 18.3, st. 1). Primena ove potklauzule uslovljena je postojanjem definisanog iznosa pokrivača u dokumentu koji čini prilog ugovoru, u takozvanom *Appendix to tender*.

Što se tiče prirode ovog osiguranja, reč je o klasičnom osiguranju od odgovornosti, odnosno o osiguranju duga (Petrović Tomić, 2019, p. 438). Ovim osiguranjem se pokriva građansko-pravna odgovornost izvođača ili naručioca prema trećim licima, a koja može nastati kao plod delatnosti izvođača. S tim u vezi treba istaći da u kontekstu domaćeg prava naručilac i izvođač odgovaraju solidarno trećem licu za štetu koja mu nastane u vezi sa izvođenjem radova (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 207). Pažnju treba obratiti na to da ovo osiguranje ne podrazumeva osiguranje od profesionalne odgovornosti, koje predstavlja posebno osiguranje sa posebno formulisanim uslovima, načinom procene rizika, plaćanja premije itd. (Jovanović, 1982, p. 1091).

3.3.5. Osiguranje osoblja izvođača

U potklauzuli 18.4 predviđena je obaveza izvođača radova da obezbedi osiguranje odgovornosti za odštetne zahteve, štete, gubitke i troškove (uključujući troškove advokata i sudske troškove) koji proizlaze iz povrede, bolesti ili smrti lica koje zapošljava izvođač ili lica koje pripada osoblju izvođača, a koje mora pokriti i odgovornost naručioca i inženjera za pomenute odštetne zahteve, štete, gubitke i troškove.

3.3.6. Joint names polisa i domaće zakonodavstvo

U kontekstu domaćeg prava, otvara se pitanje da li se kriterijum *joint names* polise može ostvariti i nekim drugim institutom osiguranja koji prepoznaje domaće pravo. S tim u vezi, kada se posmatra Zakon o obligacionim odnosima, treba istaći da zakon ostavlja mogućnost ugovaranja osiguranja za tuđi račun ili za račun koga se tiče (u zavisnosti od toga da li je osiguranik tačno određeno lice ili je osiguranik određivo lice) (Vasiljević, 2012, p. 181), međutim ovo osiguranje ima drugačiju pravnu prirodu i drugačije posledice po interne odnose između ugovarača osiguranja, osiguravača i osiguranika u odnosu na one predviđene *joint names* polisom.

Kada je reč o osiguranju za račun koga se tiče, u kontekstu domaćeg zakonodavstva ono podrazumeva učešće tri lica, i to tako da prava iz osiguranja stiže lice koje nije učestvovalo u postupku zaključenja ugovora. Ovaj mehanizam obezbeđuje zaštitu nosiocu interesa u trenutku nastanka osiguranog slučaja, iako on ne mora biti poznat osiguravaču u trenutku zaključenja ugovora (Petrović Tomić, 2019, p. 384). U tom smislu osiguranik koji nije učestvovao u zaključenju ugovora o osiguranju predstavlja jedino lice koje može potraživati naknadu štete iz osigurane sume, što čini osnovnu razliku između koncepta *joint names* polise i domaćeg koncepta.

Pored toga, još jedna bitna razlika između koncepta *joint names* polise i osiguranja za račun koga se tiče jeste nemogućnost ugovarača osiguranja za račun koga se tiče da vrši prava iz osiguranja, čak i kad drži polisu, bez pristanka lica čiji je interes osiguran i kome ona pripadaju (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 905, st. 1). Ovo pravilo važi u slučaju ugovaranja osiguranja za tuđi račun.

Pored instituta osiguranja za račun koga se tiče, odnosno osiguranja za tuđi račun, ako se u razmatranje uzme i institut vinkulacije polise, kojim se licu naznačenom u vinkulaciji ustupa pravo potraživanja osigurane sume, takođe se postavlja pitanje da li taj institut odgovara konceptu *joint names* polise, jer se kod vinkulacije, ugovarač osiguranja ne može naplatiti od osiguravača bez prethodne saglasnosti lica na koga je vinkulacijom preneto pravo potraživanja, što kod *joint names* polise nije slučaj.

4. Zaključna razmatranja

FIDIC Crvena knjiga (1999) ima tendenciju da problematiku osiguranja uredi na dovoljno jasan i predvidiv način, ali ipak ostavljajući ugovornim stranama da bliže definišu uslove i kriterijume ugovaranja osiguranja. Ono što je specifičnost odredaba koje se odnose na osiguranje, pre svega klauzula 17 i 18, jeste da se one moraju tumačiti u kontekstu odgovarajućeg merodavnog prava, imajući u vidu da su pisci *FIDIC Crvene knjige (1999)* kao osnovu imali institute i pravnu logiku *common law* sistema. To znači da prilikom ugovaranja ugovora o izgradnji po modelu *FIDIC Crvene knjige (1999)* treba obratiti pažnju na primenljivost i adekvatnost instituta kao što su *joint names* polisa, shvatanje instituta odgovornosti poput *responsibility* i *liability*, kao i na pristup u podeli rizika i transfera rizika sa izvođača na naručioca.

Kao opšta karakteristika odredaba koje definišu uslove osiguranja, odnosno prava i obaveze ugovornih strana (naručioca i izvođača radova), može se uočiti da je reč o odnosu koji naš pravni sistem prepoznaje kao obećanje radnje trećeg

lica. S tim u vezi kriterijumi definisani klauzulom 18 *FIDIC Crvene knjige (1999)* ne obavezuju osiguravača koji nastupa kao treće lice, to jest osiguravač nema obavezu da zaista ugovori osiguranje pod uslovima definisanim *FIDIC Crvenom knjigom (1999)*, kao i njihovim potencijalnim izmenama kroz posebne uslove ili kroz dokument *Appendix to tender*. S druge strane, neispunjavanje obaveze ugovaranja osiguranja u skladu sa ugovorenim kriterijumima može povući odgovornost strane koja je naznačena kao ugovarač osiguranja, jer svojim pristankom na odredbe definisane opštim uslovima daje obećanje da će polise osiguranja biti ugovorene pod uslovima i na način predviđenim klauzulom 18.

Sve navedeno implicira da je sa aspekta pravne sigurnosti u pogledu obaveza obezbeđivanja polisa osiguranja najpovoljnije rešenje koje preporučuju i sami redaktori *FIDIC Crvene knjige (1999)*, a to je da strane već u fazi pregovora definišu i preciziraju sve uslove osiguranja, uzimajući u obzir kontekst i specifičnost svakog konkretnog građevinskog projekta i legislativni okvir koji takav projekat uređuje.

Literatura

- Baker, E. *et al.* 2009. *FIDIC Contracts: Law and Practice*. London-New York: Routledge Taylor and Francis Group.
- Bunni, N. 2005. *The FIDIC Forms of Contract, Third Edition*. Oxford: Blackwell Publishing. DOI: <https://doi.org/10.1002/9780470759417>
- Bunni, N. 2003. *Risk and Insurance in Construction. 3rd ed.* London and New York: Spon Press Taylor and Francis Group. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203476543>
- Brekoulakis, S. & Thomas, D.B. 2021. *The Guide to Construction Arbitration. 4th ed.* London: Law Business Research.
- Dan-Asabe, D. *et al.* 2010. Fidic's Red Book 1999 edition: A Study Review. *Management and Procurement Law* 163(3), pp. 129-133. DOI: <https://doi.org/10.1680/mpal.2010.163.3.129>.
- Glover, J. 2007. *FIDIC: An Overview. The Latest Developments, Comparison, Claims and Force MAajeure*. Cambridge: Construction Law Summer School Queen's College Cambridge.
- Jaeger, A.V. & Hök, G.S. 2010. *FIDIC-A Guide for Practitioners*. Heidelberg: Springer. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-642-02100-8>
- Jovanović, Z. 1982. Osiguranje od odgovornosti kod izvođenja investicionih radova (u zemlji i inostranstvu). *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 30(6), pp. 1072-1095.
- Klee, L. & Nikiforov, I. 2006. *Kontrakty na Stroitel'Stvo po Pravilam Fidic: primenenie i tolkovanie*. Moskva: Statut.
- Petrović Tomić, N. 2019. *Pravo osiguranja Sistem - Knjiga I*. Beograd: Službeni glasnik.

- Robinson, D. M. 2011. *A Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract*. West Sussex: John Wiley & Sons. DOI: <https://doi.org/10.1002/9781119993414>
- Seppälä, C. R. 2023. *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Vasiljević, M. 2012. *Trgovinsko pravo – trinaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Pravni izvori

- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.
- FIDIC - Conditions of Contract for Construction (First Ed. 1999)*. For Building and Engineering Works designed by the Employer. Dostupno na: <https://fidic.org/books/construction-contract-1st-ed-1999-red-book>.

Sudska praksa

- Hartford Ins. Co. v. Ohio Cas. Ins. Co.*, 189 P.3d 195 (Wash. Ct. App. 2008).
- Petrofina (U.K.) and Others v. Magnaload Ltd. and Others* [1983] 3 All ER 35.

Internet izvori

- Bell, M. 2022. *Additional Insured Status and Waivers of Subrogation: When and Why You Want To Consider Both*. Dostupno na: irmi.com/articles/expert-commentary/additional-insured-status-and-waivers-of-subrogation-when-and-why-you-want-to-consider-both, (18. 6. 2023).
- FIDIC 1999 Books – Commentary on Clause 17*. Dostupno na: <https://www.corbett.co.uk/fidic-1999-books-commentary-on-clause-17/>, (15. 6. 2023).
- FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils)* <https://fidic.org/>, (15. 7. 2023).
- Grose, M. 2016. *Construction Law in the United Arab Emirates and the Gulf*. John Wiley & Sons. Dostupno na: https://www.academia.edu/36125330/Construction_Law_in_the_arab_united_Emirates_and_the_Gulf_Michael_Grose. (15. 6. 2023).
- Mina, V. & Iga, I. 2018. *Risk allocation in Red and Yellow Fidic Form of Contracts*. Dostupno na: https://www.nndkp.ro/articles/risk-allocation-in-red-and-yellow-fidic-form-of-contracts/#_ftn1, (20. 6. 2023).
- Zoppis, E. 2018. *A Contractor's Viewpoint on the Role of the Engineer in FIDIC*. *Civil Engineering Surveyor Magazine*. Dostupno na: <https://bscl.bg/wp-content/uploads/2018/06/Eugenio-Zoppis.pdf>, (15. 6. 2023).

DUŽNOST LOJALNOSTI I INSTITUT (ANTI)KONKURENCIJE U RADNOM I KOMPANIJSKOM PRAVU***

Sažetak

Pitanja međusobne dužnosti lojalnosti zaposlenog i poslodavca predmet su analize ne samo u okvirima pravne nauke, prvenstveno radnog i kompanijskog prava, već su i granična oblast sagledavanja kao dela radne i poslovne etike, te kulture rada i poslovanja, što u velikoj meri otežava jasnu identifikaciju pojma i diferencijaciju elemenata u smislu obezbeđenja pravne zaštite. Ovo je, naročito, naglašeno u uslovima dinamičnog tržišta rada i promena uzrokovanih globalizacijom proizvodnje, digitalizacijom i automatizacijom rada, kao i fleksibilizacijom radnog odnosa. U radu se, primenom normativnog, uporednopravnog i vrednosnog metoda, kritički sagledavaju pravni derivati etičko-pravne kategorije lojalnosti, odnosno institut antikonkurencije i institut poslovne tajne, sa stanovišta radnog i kompanijskog prava, pojedinačno. Na tim osnovama se zatim ukazuje na neusaglašenost domaćih sistemskih zakona u ovoj oblasti i daju preporuke *de lege ferenda* radi usklađivanja sa savremenim tokovima pravne nauke i uporednopravne prakse u uslovima ekonomije zasnovane na znanju i inovacijama.

Ključne reči: dužnost lojalnosti, klauzula zabrane konkurencije, poslovna tajna, zaposleni, privredna društva.

* Viši naučni saradnik, Institut društvenih nauka, Beograd, Srbija.

E-mail: sanjazlatanovic1@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7753-0876>

** Naučni saradnik, Institut društvenih nauka, Beograd, Srbija.

E-mail: soviljpeca@gmail.com, rsovilj@idn.org.rs

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4048-8528>

*** Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Instituta društvenih nauka za 2023. godinu koji podržava Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije.

DUTY OF LOYALTY AND INSTITUTE OF (ANTI)COMPETITION IN LABOUR AND COMPANY LAW

Summary

Issues of the mutual duty of loyalty between the employee and the employer are the subject of analysis not only in labor and company law, but also as the issues of concern in work and business ethics. This has significant impacts on the clear identification of the notion and differentiation of its elements in terms of ensuring legal protection. This is particularly emphasized in the conditions of the dynamic labor market and changes caused by the globalization of production, digitization and automation of work, as well as the flexibilization of the employment relationship which significantly challenged the approach to the subject. In the paper, applying the normative, comparative and axiological method, the legal derivatives of the ethical-legal category of loyalty, i.e. the institute of anti-competition and the institute of trade secrets, are critically examined from standpoints of labor and company law theory, individually. On those grounds, the inconsistency of domestic systemic laws in this area has been pointed out, while the recommendations *de lege ferenda* have been made in order to cope with the challenges of the economy based on innovations and knowledge.

Keywords: duty of loyalty, non-competition clause, trade secret, employee, company.

1. Uvod

Pod uticajem ubrzanog razvoja informacionih i komunikacionih tehnologija, automatizacije rada i digitalizacije radnih mesta, u okolnostima globalizacije proizvodnje, a samim tim i rada, ali i demografskih promena u velikoj meri, u državama Evrope je nedostatak kvalifikovane radne snage uslovio značajnu konkurenciju među poslodavcima u potrazi za radnicima koji poseduju određene profesionalne sposobnosti, inovativna znanja i potrebne veštine. U uslovima neokapitalističkog modela proizvodnje, slobodnog tržišta i konkurencije, a sa ciljem da se osigura održivost ekonomije i rada, na osnovama univerzalnih etičkih vrednosti postupanja u dobroj veri, te načela savesnosti i poštenja svih uključenih strana, od naročito su značaja sagledavanje i konceptualno apostrofiranje

etičkih vrednosti i sledstveno tome utvrđenih pravnih principa koji nastaju u odnosima koji se uspostavljaju između vlasnika kapitala i vlasnika rada.

Budući da se pod uticajem navedenih promena i utvrđenih okolnosti civilizacijskog napretka i razvoja društvenog i, sledstveno tome, pravnog sistema odvija transformacija tržišta rada, kao i tržišta kapitala, ali i da se redefinišu tradicionalni radnopravni i poslovnopravni instituti, pitanja polaznih konceptualnih pretpostavki normiranja odnosa koji se po ovim osnovama uspostavljaju zahtevaju dodatnu analizu, konkretizaciju i jasno definisanje. Stoga utvrđivanje teorijsko-konceptualnog osnova, kao i normativnog okvira osnovnih etičko-pravnih načela radnog i kompanijskog prava istovremeno, sagledavajući zajedničke imenitelje i potencijalne razlike, zahteva vraćanje osnovnim načelima obligacionog, odnosno privrednog prava koja nalaze, dalje, svoju primenu i u okvirima radnog prava. U tom smislu, načelo savesnosti i poštenja kojim se prema Vasiljeviću (Vasiljević, 2008, p. 51) obezbeđuje „svojevrсна moralizacija obligacionopravnih odnosa”, što se da primeniti i na druge pravne odnose, koji nastaju na osnovu različitih vrsta ugovora, uključujući i one koji ulaze u domen javnog prava, predstavlja valjani osnov za sagledavanje i analizu obaveze, odnosno dužnosti lojalnosti u radnom i kompanijskom pravu, kao i dužnosti poštovanja zabrane konkurencije, odnosno dužnosti čuvanja poslovne tajne.

Savremeni radni odnos sve više se zasniva na fleksibilnim oblicima radnog angažovanja, odnosno ugovorima koji odstupaju od tradicionalno definisanog radnog odnosa na neodređeno vreme sa punim radnim vremenom, čime se zbog nepotpunosti radnopravne zaštite svojevrсно uskraćuje pojedinačna percepcija, to jest doživljaj, ali i objektivno ostvarivanje socijalne sigurnosti radnika, zbog čega se lojalnost poslodavcu i uspostavljanje čvrste (lične) veze između poslodavca i radnika dovodi u pitanje. Stoga poslodavci, da bi zaštitili svoje ekonomske interese i zadržali visoko kvalifikovane radnike u uslovima nedovoljne ponude na tržištu radnika određenog profila, često pribegavaju donošenju pravila o zaštiti poslovne tajne, kao i unošenju klauzula o zabrani konkurencije, odnosno zaključenju posebnih sporazuma o zabrani konkurencije prilikom regulisanja radnog odnosa, a u okvirima poštovanja dužnosti lojalnosti (Arnold-Richman, 2001, p. 1167). Stoga pitanje regulisanja (zabrane) konkurencije nije samo značajan institut poslovnog, prvenstveno kompanijskog prava već dobija poseban značaj i u oblasti regulisanja odnosa koji nastaju na radu i povodom rada. S tim u vezi, važan cilj međunarodnog univerzalnog i komunitarnog radnog prava jeste uticaj na konkurenciju i sprečavanje socijalnog dampa (Lubarda, 2012, p. 259). Stoga je institut antikonkurencije, kako eksterno na tržištu, tako i interno u okvirima samog učesnika, odnosno privrednog društva, odnosno poslodavca, posebno izazovan za utvrđivanje njegovog mesta, normiranje, kao i primenu u pravnom sistemu, pre svega uzimajući u obzir

suprotstavljene interese, te faktički nejednak (ekonomski) položaj vlasnika kapitala i vlasnika rada prilikom zaključivanja ugovora o radu. Sve navedeno treba sagledati u uslovima digitalne ekonomije i globalizacije, što umnogome otežava zaštitu radnih i socijalnih prava slabije strane u ovom odnosu, a dodatno je potvrđeno kompleksnošću i nedostatkom teorijskog, samim tim i zakonskog definisanja načela savесnosti i poštenja, kao i principa dužnosti lojalnosti, i to kako u uporednom, tako i u domaćem pravu, te je preovladavajuće stanovište u literaturi da se ti principi definišu tako da se sagledava njihov odnos, kao i sadejstvo sa ostalim elementima u određenoj, odnosno konkretnoj pravnoj stvari (Kovačević, 2020, p. 149), čime se, svakako, dovodi u pitanje pravna sigurnost i izvesnost zaštite osnovnih prava.

U radu se, primenom pravno-teorijskog, vrednosnog i uporednopravnog metoda, nastoji utvrditi značajnost etičkih, odnosno moralnih vrednosti i načela sa fokusom na obavezu, odnosno dužnost lojalnosti, sagledanu u okvirima radnog i kompanijskog prava, pojedinačno. Sve to, uzimajući u obzir kompleksnost definisanja kategorija koje izlaze iz domena pravnih nauka i predstavljaju granična pitanja političke filozofije, etike, ekonomije, korporativnog upravljanja i prava. Na tim osnovama se, dalje, analizira opravdanost uključivanja, kao i zakonsko uobličavanje, odnosno normiranje, ali i kasnija primena instituta zabrane konkurencije u radnom pravu, sa fokusom na uporednopravnu praksu, a u okvirima osnovnog radnopravnog načela slobode rada, kao i javnopolitičke važnosti mobilnosti radne snage u savremenim uslovima takozvanog globalizovanog i digitalnog sveta rada. Osim toga, određivanje pojma poslovne tajne, njegovog mesta, značaja i uloge prilikom uspostavljanja i regulisanja poslovnopravnih odnosa ima za cilj sagledavanje osnovnih konceptualnih sličnosti i razlika ovih instituta u radnom i kompanijskom pravu, kako bi se utvrdio osnov koji ih povezuje i zajednički imenitelj, posebno uzimajući u obzir suprotstavljene interese strana učesnica u ovim odnosima, odnosno interese vlasnika rada, s jedne, i vlasnika kapitala, s druge strane. Na tim osnovama se analiziraju odredbe sistemskog zakona u oblasti rada, kao i u oblasti regulisanja odnosa u privredi u Republici Srbiji, te daju preporuke *de lege ferenda*, u smislu perspektive razvoja zakonodavstva i usklađivanja sa savremenim tokovima nauke, kao i sa uporednopravnom praksom država koje imaju bogatu pravnu tradiciju i razvijenu praksu u ovim oblastima.

2. Lojalnost kao etičko-pravna kategorija u radnopravnom odnosu

Ugovor o radu u opštem režimu radnog odnosa smatra se ugovorom *intuitu personae*, budući da se zaključuje uzimajući u obzir određena lična svojstva kandidata za zaposlenje, koji uz to odlikuje i trajnost izvršenja prestacija. Osim toga, u

literaturi, ugovor o radu se (dominantno) kvalifikuje kao svojevrsni *ugovor po pristupu* (*adhezioni ugovor*), budući da čak i u državama sa razvijenim zaštitnim radnim zakonodavstvom sloboda ugovaranja jeste u priličnoj meri ograničena, te se „ugovori o radu, kao i kolektivni ugovori o radu obično svode na ponavljanje odredaba zakona” (Lubarda, 2012, p. 361). Međutim, bez obzira na ograničenja u zaštiti slabije strane u radnopravnom odnosu, nesumnjiva svršishodnost i uostalom *ratio* radnog prava, kao grane prava, odnosno intervencionizam države zarad ostvarivanja ciljeva socijalne pravde i postizanja socijalnog mira, potvrđuju prirodu ugovora o radu kao posebne vrste građanskopravnog ugovora sa javnopravnim elementima. Iako u neravnopravnom ekonomskom, stoga i pregovaračkom položaju, ugovorne strane, uz intervencije zakonodavca ali i podršku kolektiva, odnosno socijalnih partnera, izražavaju svoju volju. Dakle, volja ekonomski slabije strane u ovom odnosu, odnosno volja zaposlenog nije isključena, već je u određenoj meri oslabljena, s tim što se nastoji da se takva suštinska nejednakost otkloni dejstvom radnopravnih normi, a shodno cilju ostvarivanja socijalne pravde, socijalnog mira, socijalne kohezije i sveopšteg razvoja društva (Kovačević, 2021, p. 292). Proklamovanje slobode rada, kao osnovnog načela radnog prava, inherentno je prirodi radnog odnosa, gde sloboda rada kod individualnog radnog odnosa znači slobodu ugovaranja dostojanstvenih uslova rada i zaključivanja ugovora o radu, ali i slobodu preduzetništva, odnosno rada u svoje ime i za svoj račun u okviru modela samozapošljavanja, s tim da se u pravnoj teoriji, zakonodavstvu i praksi utvrđuju određeni izuzeci od ovog pravila. S tim u vezi je i načelno pravilo da sloboda rada za jednog poslodavca ne isključuje slobodu rada kod drugog poslodavca, ali su utvrđena ograničenja vezana za maksimalno trajanje radnog vremena, kao i putem propisivanja klauzule zabrane konkurencije (Lubarda, 2012, p. 108).

Opravdanje ograničavanja slobode rada u pogledu rada za drugog ili prilikom pokretanja sopstvenog posla propisivanjem klauzule zabrane konkurencije načelno se izvodi iz generalne obaveze zaštite legitimnih ekonomskih interesa trenutnog poslodavca, a na osnovama pretpostavljene obaveze, odnosno opšte dužnosti lojalnosti zaposlenog prema poslodavcu. Ova obaveza obično nije posebno normirana, već se lojalnost u odnosima koji se uspostavljaju na radu i povodom rada izvodi iz univerzalnih etičkih vrednosti i smatra se *etičkom kategorijom*. Obaveza lojalnosti u etičkom smislu nastala je kao posledica oskudnosti i nedostatka resursa, kao i nastalih društvenih izazova, kada nastaje iz obaveze, odnosno potrebe za ujedinjenjem pojedinaca i uspostavljanja saradnje u okvirima društvene zajednice, dok lojalnost sa stanovišta poslovne etike, prema prevladavajućem stanovištu, znači samožrtvovanje u korist drugog pojedinca ili grupe, gde lojalnost jeste svojevrsna pristrasnost prema određenom subjektu, koja pak stvara poseban lični odnos, odnosno moralnu obavezu delovanja u ime i za račun objekta lojalnosti (Stanley, Neck & Neck, 2023).

Dakle, u savremenim pravnim sistemima, obaveza lojalnosti zaposlenog prema poslodavcu obično nije utvrđena zakonskim pravilima, niti pak ugovorom o radu, već se smatra univerzalnim principom radne i poslovne etike, te uspostavljene kulture rada, kao i proizvodom sudske prakse, što je, naročito, svojstveno *common law* sistemu, ali i pravnim sistemima koji su deo evropsko-kontinentalne prakse, o čemu ćemo kasnije, kao primer, navesti slučaj Švedske. S tim u vezi je i načelno prihvaćeno stanovište među savremenim teoretičarima radnog prava da obaveza lojalnosti jeste *dopunska obaveza*, kako zaposlenog, tako i poslodavca, gde kod potonjeg podrazumeva obaveštavanje zaposlenog o okolnostima od značaja za njegov status, pristojno ophođenje, kao i zabranu zlostavljanja i uznemiravanja na radu, a ima za cilj ispunjenje glavnih obaveza iz radnog odnosa (Vuković & Kovačević, 2019, p. 10). Stoga se radnopravni odnos zasniva na međusobnoj obavezi lojalnosti ugovornih strana, to jest poslodavca i zaposlenog, pa obe strane imaju obavezu delovanja u interesu onog drugog, odnosno uzdržavanja od delovanja koje može naneti štetu drugoj strani, osim u slučajevima koji su izričito predviđeni zakonom. Tako, savremeno radno zakonodavstvo utvrđuje posebnu zaštitu uzbunjivača na mestima rada, kada se vrednostima zaštite javnog interesa daje primat u odnosu na zaštitu individualnih interesa pojedinca, u ovom slučaju poslodavca, pa se odavanje određenih, inače tajnih informacija od strane zaposlenog smatra legitimnim i pravno dopuštenim kada ima za cilj otkrivanje ilegalnih aktivnosti poslodavca i drugih štetnih radnji kojima se vrši povreda javnog interesa (Vuković, Kovačević & Radović, 2018, p. 108).

U *common law* sistemu, zaposleni ima pravnu obavezu lojalnosti, to jest uzdržavanje od angažovanja u bilo kojoj aktivnosti koja šteti interesima poslodavca, odnosno preduzimanje aktivnosti radi zaštite poslodavčevih poslovnih interesa sve vreme trajanja radnog odnosa, s tim da se u pravu Sjedinjenih Američkih Država ne primenjuje i nakon prestanka radnog odnosa, što je potvrđeno u predmetu *Instant Technology, LLC. v. Elizabeth DeFazio*, 2014 (Cavico, Mujtaba & Muffler, 2018). Osim toga, *common law* sistem poznaje takozvanu fiducijarnu odgovornost, definisanu kao jednostranu obavezu lojalnosti, što bi u slučaju odnosa poslodavac–zaposleni podrazumevalo široko utvrđenu obavezu lojalnosti zaposlenog, kada poslodavac može bez navođenja otkaznog razloga i definisanja otkaznog roka utvrditi prestanak radnog odnosa, što predstavlja neosnovanu kontradiktornost u odnosu na neograničenu, fiducijarnu obavezu lojalnosti i vernosti zaposlenog (Cavico, Mujtaba & Muffler, 2018). Neadekvatnost ovakvog rešenja dodatno se potvrđuje činjenicom da takozvano fiducijarno pravo *common law* pravnog sistema svoj *ratio* nalazi u zaštiti vulnerabilne strane u određenom odnosu, što kod radnopravnog odnosa podrazumeva zaštitu ekonomski slabije strane, odnosno zaštitu zaposlenog a ne poslodavca. Stoga, načelno,

prema dominantnom stanovištu u literaturi, ali i sudskoj praksi, radnopravni odnos anglosaksonskog prava ne smatra se čisto fiducijarnim odnosom analognim onom uspostavljenom između principala i agenta, što je ranije i moglo biti opravdano uzimajući prirodu odnosa zasnovanog povodom rada i u vezi sa radom između „gospodara i sluga”, a u uslovima postojanja kmetskog i najamnog rada, odnosno pre nastanka i razvoja savremenog radnog zakonodavstva (Cavico, Mujtaba & Muffler, 2018). Međutim, sudovi pojedinih federalnih država u Sjedinjenim Američkim Državama su dužnost lojalnosti zaposlenog prema poslodavcu, u određenim slučajevima, ipak definisali kao fiducijarnu dužnost odnosa između principala i agenta (Cavico, Mujtaba & Muffler, 2018), što ukazuje na neujednačenost sudske prakse na federalnom nivou, kao i na svojevrsnu idejno-konceptualnu nedoslednost.

S druge strane, ne postoje značajne razlike u konceptualno-teorijskom i aplikativnom određenju obaveze lojalnosti u radnopravnom odnosu između *common law* i evropsko-kontinentalnog pravnog sistema. Naime, u Švedskoj, kao i u većini savremenih radnopravnih sistema, obaveza lojalnosti nije utvrđena zakonskim odredbama, već se smatra delom ugovornog prava, individualnog, odnosno kolektivnog, uz to da se i u odsustvu propisivanja obaveze lojalnosti u ugovoru o radu ili kolektivnom ugovoru o radu ova obaveza podrazumeva kao deo tradicije i kulture rada, što je, dalje, i potvrđeno u sudskoj praksi (Fahlbeck, 1999, pp. 297-298). Tako, prema odluci Vrhovnog suda Švedske iz 1993. godine, zaposleni ima obavezu lojalnosti prema poslodavcu u smislu da je dužan da svoje lične interese podredi interesima poslodavca, kao i da izbegne sve one situacije koje dovode do konflikta interesa, gde se, dalje sud navodi, takva obaveza smatra razumnom i opravdanom, a ceni se u svakom konkretnom slučaju, uzimajući u obzir uslove na tržištu, odnosno u određenom sektoru, prirodu ekonomskih aktivnosti poslodavca, prirodu radnih zadataka zaposlenog, radno mesto zaposlenog kod poslodavca, kao i stepen ugrožavanja poslodavčevih odnosa sa klijentima (Fahlbeck, 1999, p. 297).

Lojalnost zaposlenog prema poslodavcu koja proističe iz ugovora o radu, prećutno ali nedvosmisleno jeste obavezujućeg karaktera shodno pravnoj teoriji, kao i sudskoj praksi, bez obzira na to da li je, kao takva, utvrđena zakonskim propisima, ugovorom o radu ili autonomnim izvorima prava. To je, u uporednom pravu, retko, jer se neizostavno smatra etičkom kategorijom koja dobija svoju pravnu konkretizaciju, a proističe iz načela savesnosti i poštenja i predstavlja deo tradicije i kulture rada. Međutim, u okolnostima ekonomije zasnovane na znanju i inovacijama, uz humani kapital, odnosno, preciznije, intelektualni kapital koji je na visokoj ceni, a sve u uslovima fleksibilizacije radnog angažovanja, čime se nepobitno slabi lični odnos, kao i osećaj lojalnosti zaposlenog prema poslodavcu, primetna je korelacija između stepena lojalnosti zaposlenog prema

poslodavcu i vrste ugovora o radu, što je i dokazano u nedavno sprovedenim studijama (Kot-Radojewska & Timenko, 2018, pp. 520-521). S tim u vezi, definisanje lojalnosti kao sporedne (radnopravne) obaveze proistekle iz tradicionalno definisanog ugovora o radu, na osnovu koje se ostvaruju druge, glavne obaveze iz radnog odnosa, zahteva detaljno sagledavanje, posebno u kontekstu osiguranja efektivnosti primene u praksi. Ovo pre svega zato što promene u radnoj sredini i na mestima rada uzrokovane digitalizacijom i globalizacijom dovode do uspostavljanja bitno drukčijih, odnosno oslabljenih (ličnih) odnosa između zaposlenog i poslodavca, kao i onih između samih zaposlenih, posebno u okolnostima sve češćeg rada van poslovnih prostorija poslodavca. Osim toga, fleksibilno radno angažovanje, individualizam, autonomija i usmerenost na pojedinačne (lične) rezultate rada dodatno usložnjavaju ostvarivanje lojalnosti definisane u vreme postindustrijskog i industrijskog društva, na tradicionalan način, koji zapravo podrazumeva čvrstu i dugotrajnu identifikaciju sa misijom, ciljevima i vizijom poslovanja, odnosno razvoja radne organizacije.

3. Klauzula zabrane konkurencije v. sporazumi o zabrani konkurencije u radnom pravu – pojam i uporednopravna rešenja

Etičke kategorije poverenja, vernosti i lojalnosti zaposlenog prema poslodavcu, koje su dobile svoju pravnu konkretizaciju pod uticajem pravne teorije i, naročito, sudske prakse, mogu se sagledavati i kao „otvorene norme” na čijim se osnovama zasnivaju odgovori izazovima dinamične radne sredine, kao i potrebi prilagođavanja radnog odnosa, odnosno prava i obaveza koje iz njega proizilaze, promenama ekonomsko-socijalnog modela (Van Bever, 2013). U radnopravnoj teoriji, iako u velikoj meri neodređeni i arbitrarni, *elementi obaveze lojalnosti zaposlenog* poslodavcu uključuju sledeće posebne obaveze: neotkrivanje poverljivih poslovnih informacija, nekritikovanje, odnosno izbegavanje narušavanja ugleda poslodavca, obaveštenje poslodavca o opasnim uslovima i okolnostima koji mogu negativno uticati na poslovanje, pažljivo postupanje prilikom obavljanja radnih zadataka, kao i nekonkurentnost prema poslodavcu (Fahlbeck, 1999, p. 298).

Iz *obaveze nekonkurentnosti* zaposlenog prema (trenutnom) poslodavcu izvodi se pravna obaveza zabrane konkurencije koja se u obliku klauzule u ugovoru o radu, odnosno kao poseban sporazum između poslodavca i zaposlenog, utvrđuje kako heteronomnim, tako i autonomnim izvorima prava. Institut anti-konkurencije obično je normiran u okvirima privrednog, odnosno kompanijskog prava, ali i u pravu konkurencije, kao posebnoj grani prava, s tim da ga poznaje

i savremeno radno pravo (Kuzminac, 2022, p. 420). S druge strane, saglasnost u pravnoj teoriji i praksi u vezi sa etičkom opravdanošću, uslovima pravne dopuštenosti, kao i primenom radnopravnih pravila o zabrani konkurencije nije postignuta, što se, nadalje, u uslovima ekonomije zasnovane na inovacijama i znanju, dodatno problematizuje. U širem smislu, *zabrana konkurencije u radnom pravu*, bilo da je utvrđena u formi posebnog ugovora uz ugovor o radu ili kao sastavni deo ugovora, odnosno klauzule u ugovoru o radu, definiše se kao obaveza zaposlenog prema poslodavcu kojom se zaposleni obavezuje da za vreme trajanja radnog odnosa, a ta obaveza može biti ugovorena i na određeno, ograničeno vreme nakon prestanka radnog odnosa, neće obavljati utvrđene radne zadatke za drugog poslodavca ili pak u svoje ime i za svoj račun u okviru modela samozapošljavanja, u sektoru u kome poslodavac obavlja aktivnosti, kao i na definisanom geografskom prostoru (Lee, 2019, p. 1).

Iako uz značajnu neusaglašenost *pro et contra* argumentacije vezane za ovaj radnopravni institut, u pravnoj teoriji, uporednom zakonodavstvu i praksi, dominira stanovište o pravnoj dopuštenosti pravila o zabrani konkurencije, pod uslovima utvrđenim zakonom, odnosno kolektivnim ugovorima o radu. S druge strane, opravdanost, odnosno legitimitet ovog instituta proističe iz etičkih principa obaveze neotkrivanja poslovne tajne, kao i posebnih ulaganja u radnopravni odnos od strane poslodavca, kao, na primer, obezbeđenja i upućivanja zaposlenih na obuke i stručno usavršavanje, odnosno investiranje u posebna, visoko specijalizovana znanja i veštine (Boeri, Garnero & Luisetto, 2023, p. 2). S tim u vezi, neizostavno se postavlja pitanje (nesrazmernog) reciprociteta uzajamnih prava, odnosno obaveza iz radnog odnosa, budući da je pravo na stručno osposobljavanje, usavršavanje, odnosno obuku i napredovanje na radu, posebno u okolnostima globalne i digitalne ekonomije, te prihvaćenog koncepta celoživotnog učenja od velikog značaja kako za radnike, tako i za poslodavce. Naime, potreba za stručnim usavršavanjem i obukom uzdignuta je na nivo prava zaposlenih, gde pojedine države, poput Francuske, utvrđuju pravo zaposlenih na stalno profesionalno osposobljavanje, što je potvrđeno i u okvirima Međunarodne organizacije rada donošenjem Preporuke br. 195 o razvoju ljudskih resursa, obrazovanju, osposobljavanju i stalnom usavršavanju (2004), ali i na nivou Evropske unije kao deo koncepta fleksigurnosti (Lubarda, 2012, p. 530). Ovde se, stoga, postavlja pitanje da li priznavanje prava zaposlenom, na primer prava na stručno usavršavanje i obuku na radu, neizostavno zahteva i njegovo ograničenje u korist poslodavca, u ovom slučaju propisivanjem klauzule o zabrani konkurencije, odnosno da li je zaposleni vlasnik svojih znanja ili ona zasnivanjem radnog odnosa prelaze na poslodavca uključujući i njihovu kasniju nadgradnju, te na koji način odvojiti prethodno stečena znanja u periodu pre zasnivanja radnog odnosa kod

poslodavaca od onih stečenih za vreme trajanja radnog odnosa. Dakle, koja je legitimna i razumna granica, te da li je u pitanju prekomerno „davanje” od strane jedne ugovorne strane u ovom odnosu, a posebno uzimajući u obzir to da se, u kontekstu primene klauzule o zabrani konkurencije, znanja i iskustva vezana za lojalnost poslodavcu u većini zakonodavstava koja poznaju ovaj institut sagledavaju u odnosu na trenutak zaključenja ugovora o radu koji sadrži klauzulu o zabrani konkurencije, a ne nakon toga, što ukazuje na značajnu nedoslednost normiranja i primene.

Uvid u uporednopravna rešenja vezana za institut zabrane konkurencije u radnom pravu implicira da su ove klauzule, odnosno ugovori načelno, u većini zakonodavstava, dopušteni, s tim da se utvrđuju vremenska i prostorna ograničenja važenja, kao i sadržinska, odnosno ograničenja aktivnosti na koje se obaveza odnosi, a ova potonja obično u okvirima sudske prakse (OECD, 2019). Iako su antikonkurentne klauzule karakteristične za *common law* pravni sistem i Sjedinjene Američke Države, gde se široko primenjuju, te nisu ograničene samo na zaposlene na rukovodećim mestima, visokokvalifikovane radnike, odnosno one sa višim zaradama, upotreba antikonkurentskih klauzula postoji i u državama evropsko-kontinentalnog pravnog sistema.

Normativna rešenja među državama Evropske unije koje regulišu ovaj institut bitno se ne razlikuju dok je idejna koncepcija vezana za pravnu konkretizaciju etičke vrednosti lojalnosti. Tako u *Francuskoj*, klauzula zabrane konkurencije nije definisana radnim zakonodavstvom, već je proizvod sudske prakse, gde su uslovi za njenu primenu utvrđeni od strane Vrhovnog suda Francuske odlukom iz 2002. godine (Soc. 10 July 2002, *M. Barbier vs société Maine Agri*, n° 00-45.387). Uslovi su postavljeni kumulativno na sledeći način: 1) klauzula mora biti neophodna kako bi se zaštitili legitimni interesi poslodavca, što znači da se može ugovoriti samo za zaposlene na rukovodećim radnim mestima; 2) mora imati prostorno ograničenje koje ne sme biti široko određeno, kao i razumno vremensko trajanje, koje podrazumeva period od tri meseca do dve godine nakon prestanka radnog odnosa; 3) ne sme biti sadržinski definisana na način da onemogućava zaposlenom konkurisanje i pronalaženje novog posla, uzimajući u obzir njegove kvalifikacije i radno mesto u datom sektoru i, na kraju, 4) kompenzacija, odnosno finansijska naknada zaposlenom mora biti definisana, gde se, shodno sudskoj praksi, ona utvrđuje u minimalnom iznosu od 30% bruto zarade zaposlenog i ima karakter plate, te se doprinosi za socijalno osiguranje, kao i naknade za odsustvo kod korišćenja godišnjeg odmora, takođe, moraju obračunati i dodatno isplatiti (Blatman, 2006, p. 3). Stoga, ukoliko jedan od ovih uslova nije ispunjen, antikonkurentna klauzula se smatra ništavnom, a zaposleni može zahtevati naknadu štete. Osim toga, derogacija navedenih uslova za punovažnost antikonkurentne

klauzule utvrđenih odlukom Vrhovnog suda Francuske moguća je ukoliko postoje druga ograničenja, odnosno uslovi utvrđeni kolektivnim ugovorom o radu (L&E Global, 2013).

S druge strane, dok su antikonkurentne klauzule u Francuskoj proizvod sudске prakse, u *Nemačkoj* je Trgovinskim zakonikom regulisano unošenje antikonkurentskih klauzula u ugovore o radu, pri čemu je vremensko važenje ograničeno na najviše dve godine od dana prestanka radnog odnosa, gde je još predviđena i obaveza pregovaranja zaposlenog i poslodavca o eventualnom utvrđivanju kraćeg vremenskog važenja klauzule, a uzimajući u obzir legitimne interese poslodavca, s jedne, i dalji razvoj karijere, kao i obezbeđenje sredstava za život zaposlenog, s druge strane (Braterskaya, 2018). Osim toga, kumulativno sa ovim uslovom, potrebno je ispunjenje i pisane forme, pri čemu svi elementi koji se odnose na antikonkurentne aktivnosti zaposlenog moraju biti prethodno pisano utvrđeni i predati zaposlenom, dok se, u suprotnom, klauzula ima smatrati ništavom (Eylert, 2006, p. 3). Uz sve navedeno, da bi klauzula bila pravnoobavezujuća, neophodno je još i utvrditi finansijsku naknadu za zaposlenog, a ona za svaku godinu ograničenja mora iznositi minimum 50% od ukupne zarade koju je zaposleni poslednju primio, i to na način da uključuje kako osnovnu zaradu, tako i naknade po različitim osnovama, uključujući i godišnje bonuse (Eylert, 2006, p. 3).

U *Italiji*, Građanski zakonik (čl. 2125) iz 1942. godine, i danas na snazi, dopušta zaključivanje ugovora između poslodavca i zaposlenog kojim se ugovara zabrana konkurencije tako što se zaposleni ograničava i nakon prestanka radnog odnosa u obavljanju određenih radnih zadataka za konkurentskog poslodavca ili u modelu samozapošljavanja, pod određenim uslovima. Uslovi se odnose na pisanu formu ugovora, sadržinsko, prostorno i vremensko ograničenje važenja, kao i ugovaranje obavezne finansijske naknade, odnosno kompenzacije u korist zaposlenog, pri čemu iznos naknade nije preciziran i utvrđuje se odlukama sudova u svakom pojedinačnom slučaju (Boeri, Garnero & Luisetto, 2023, p. 10). U pogledu sadržinskog određenja, ugovorom se mora precizno definisati na koje se sve sektore, odnosno kompanije zabrana odnosi. Tako je odlukom Kasacionog suda Italije iz 2014. godine precizirano da se antikonkurentskim sporazumima ne smeju prekomerno organizovati privatne ekonomske inicijative, gde je potpuno sprečavanje jedne ugovorne strane, to jest zaposlenog, u korišćenju profesionalnih znanja i veština nedopušteno, a shodno ustavnim odredbama (Boeri, Garnero & Luisetto, 2023, p. 11).

Na ovom mestu valja ukazati na još jedan institut ograničenja profesionalne aktivnosti zaposlenog, koji treba razlikovati u odnosu na odredbe o zabrani konkurencije, a razvijen je u anglosaksonskom pravu, tačnije u pravu Ujedinjenog Kraljevstva – takozvani sporazum baštenskog odsustva (engl. *Agreement "garden*

leave”). Ova klauzula, odnosno ugovor, jeste svojevrsna alternativa antikonkurentskim klauzulama, odnosno sporazumima sa važenjem nakon prestanka radnog odnosa, gde lice ostaje u radnom odnosu za vreme odsustva, ali se ne zahteva i da faktički obavlja radne zadatke, te kolokvijalno, lice koje je *de jure* u radnom odnosu *de facto* radno vreme provodi kod kuće i „obrađuje baštu” (Sullivan, 2016, p. 295). Ovakve klauzule nisu dopuštene u italijanskom pravu, a nisu ni svojstvene zakonodavstvima evropskog socijalnog modela rada. Na kraju, treba napomenuti da je u Italiji, do 1942. godine, pitanje unošenja antikonkurentskih klauzula u ugovore o radu bilo regulisano Zakonom o zapošljavanju (n.1825/1924) i izričito se smatralo zabranjenim nakon prestanka radnog odnosa, te je predstavljalo ograničenje profesionalne aktivnosti i uopšte se smatralo povredom načela slobode rada (Boeri, Garnero & Luisetto, 2023, p. 9).

U pozitivnom pravu Srbije, Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US, 113/2017 i 95/2018 - autentično tumačenje, čl. 161 i 162) definiše institut zabrane konkurencije na način da se u ugovoru o radu može ugovoriti klauzula antikonkurencije, odnosno poslovi koje zaposleni ne može da obavlja u svoje ime i za svoj račun, kao i u ime i za račun drugog pravnog ili fizičkog lica, bez saglasnosti trenutnog poslodavca. Zakon utvrđuje prostorno ograničenje primene, uz obaveznost tačnog definisanja teritorijalnog važenja klauzule u ugovoru o radu ili pak opštim aktom poslodavca, kao i vremensko ograničenje, gde klauzula može biti ugovorena i nakon prestanka radnog odnosa, s tim da taj period ne sme biti duži od dve godine. U tom slučaju, zaposleni ostvaruje pravo na finansijsku naknadu, čija visina nije definisana, što je značajan nedostatak kada se uzmu u obzir primeri iz uporednog prava. Važno je istaći da Zakon o radu (čl. 161, st. 2) jasno definiše da se klauzula zabrane konkurencije može utvrditi samo ako su ispunjeni uslovi da zaposleni kod poslodavca stekne nova, naročito važna tehnološka znanja, širok krug poslovnih partnera ili dođe do saznanja važnih poslovnih informacija i tajni. S tim u vezi, važno je ukazati na to da, na ovaj način, Zakon indirektno ograničava krug lica, odnosno zaposlene za koje se ova klauzula može ugovoriti, te implicira da se ona više primenjuje na zaposlene koji rade na višim radnim pozicijama, obično na rukovodećim radnim mestima, gde mogu doći u posed važnih tehnoloških znanja, imati pristup poslovnim partnerima ili pak doći do saznanja važnih poslovnih tajni. Naime, neopravdano je široko tumačenje i primena odredaba o zabrani konkurencije na sve zaposlene, već se ona limitira na rukovodstvo kompanija, dakle, obično to uključuje članove uprave (izvršne direktore, odnosno direktore pojedinih sektora, kao i članove nadzornog odbora). U domaćem pravu, povreda antikonkurentskih odredaba iz ugovora o radu predstavlja osnov za isticanje zahteva naknade štete od strane poslodavca.

4. Dužnost lojalnosti (fiducijarna dužnost) u kompanijskom pravu – pojam, poreklo i uporednopravna rešenja

Jedno od osnovnih obeležja savremenog, globalizovanog tržišta jeste njegova dinamičnost. Shodno tome, poslodavci, odnosno privredna društva, preduzetnici i preduzeća su primorani da se neprestano „takmiče” na tržištu u unapređivanju tehnoloških i ekonomskih karakteristika svog poslovanja kako bi smanjili nepotrebne troškove proizvodnje i primenili sve druge zahteve tržišta. S tim u vezi, savremeno poslovno pravo teži razvijanju i uspostavljanju tržišnih odnosa stimulišući sve tržišne učesnika da unapređuju sopstveno poslovanje na principima ekonomije rada (Taboroši, 2006, pp. 103-104).

Imajući u vidu da se savremene tržišne ekonomije mahom razvijaju zahvaljujući posedovanju specifičnih znanja, informacija i inovativnih tehnologija koje omogućuju privrednim društvima konkurentsku prednost na tržištu, neophodno je omogućiti im pravnu zaštitu (Mihajlović, 2019, p. 19). Postoje različita pravna sredstva koja se mogu koristiti u pružanju pravne zaštite – prava intelektualne svojine (patentno pravo, autorsko pravo, pravo na dizajn), pravno regulisanje dužnosti lojalnosti prema društvu, te odredbe o čuvanju poslovne tajne.

Određena lica u privrednim društvima imaju posebne dužnosti prema poslodavcu.¹ Posebnoj kategoriji zaposlenih lica, najčešće članovima uprave (npr. direktori i članovi nadzornog odbora) zakon nameće specifične obaveze kako bi ih primorao da budu lojalni društvu, kao i da štite interese društva u odnosu na treća lica, ali i u odnosu na sebe. Posredi su dužnosti (obaveze) kojima se nastoji postići lojalnost, odnosno odanost privrednom društvu, kako bi se sprečilo da iskoriste položaj koji imaju u društvu u svoju korist ili u korist trećih lica a na štetu poslodavca (Jovanović, Radović & Radović, 2023, p. 166).

Dužnost rada u interesu privrednog društva pretpostavlja obavezu zaposlenih lica, a prvenstveno članova uprave (direktora, članova nadzornog odbora), da tokom poslovanja izbegavaju sve situacije u kojima mogu doći u potencijalni konflikt sopstvenih interesa (ili interesa povezanih lica) sa interesom privrednog društva prema

¹ Lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu su: 1) ortaci i komplementari u ortačkom, odnosno komanditnom društvu; 2) članovi društva sa ograničenom odgovornošću koji poseduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva ili član društva sa ograničenom odgovornošću koji je kontrolni član društva u smislu povezanih lica; 3) akcionari koji poseduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva ili akcionar koji je kontrolni akcionar u smislu povezanih lica; 4) direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi; 5) likvidacioni upravnik. Najzad, osim zakonom pobrojanih lica, društvo može osnivačkim aktom, odnosno statutom odrediti druga lica kao lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu poput zaposlenih lica ili punomoćnika. Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021, čl. 61.

kojem imaju fiducijarnu dužnost i u čijem interesu tada moraju postupati (Vasiljević, 2007, p. 149). U navedenom odnosu, članovi uprave društva su u faktičkoj prednosti zbog postojanja informacione asimetrije u odnosu na poslodavca, to jest vlasnike kapitala, s obzirom na to da, za razliku od njih, poseduju relevantnije informacije. Ovaj problem posebno je izražen u sistemu disperzivnog akcionarstva kakav postoji u anglosaksonskim državama (Vasiljević, 2009a, p. 7).

Institut fiducijarne dužnosti postojao je još u antičkom dobu. U rimskom pravu postojao je institut fiducija (lat. *fides* – vera, poverenje, poštenje) koji se koristio kao sredstvo obezbeđenja. Fiducija je predstavljala ugovor kojim se sticalac određene stvari (poverilac iz nekog drugog ugovora) obavezivao da će, po isteku dogovorenog roka ili po ispunjenju određenih uslova (ispunjenje druge obaveze), vratiti stvar njenom prenosiocu (dužniku iz nekog drugog ugovora) ili drugom licu (Vasiljević, 2007, p. 141).

Pod uticajem rimske fiducije, u *common law* sistemu razvijen je institut *trust*-a (trast, odnosno poverenik).² Trast je ugovor kojim jedno lice (*setlor*) poverava određenu imovinu drugom licu (*trustee*) na čuvanje i upravljanje u ime i za račun nekog trećeg lica (korisnika, beneficijara), koji je njen pravni vlasnik (Vasiljević, 2007, p. 141). Uporednopravno posmatrano, englesko kompanijsko pravo bilo je pionir na polju fiducijarne dužnosti. Uspostavljanje pozicije direktora kao poverenika ima svoje istorijsko poreklo u činjenici da su u prvobitnim kompanijama direktori bili poverenici u punom tehničkom smislu. Kada je vlasništvo nad svojinom prešlo na kompaniju, engleski sudovi su nastavili da koriste termin *trust* po analogiji, s obzirom na to da je imovina kompanije i dalje bila pod strogom kontrolom direktora (Fleischer, 2005, pp. 380-381). Međutim, postalo je sve očiglednije da je, u određenim aspektima, dužnost direktora značajno odstupala od principa poverenja – nasuprot prvobitnoj poziciji poverenika koji su se brinuli o poverenoj imovini kompanije i izbegavali izlaganje nepotrebnim rizicima, direktori su se suočili sa brojnim rizicima u poslovanju, odnosno procenjivanju da li вреди preuzimati rizik zarad ostvarivanja neizvesnog profita u budućnosti. Danas preovladava opšte mišljenje da direktori nisu samo poverenici već da duguju obaveznu lojalnosti (fiducijarnu dužnost) privrednom društvu. Posledično, direktori su u obavezi da postupaju *bona fide* u interesu kompanije, te ne smeju izvršavati svoja ovlašćenja na neadekvatan način (Fleischer, 2005, p. 381). Prema tome,

² U zemljama evropsko-kontinentalne pravne tradicije, iz ugovora o nalogu (mandatu) obligacionog prava proistekao je imenovani ugovor u privredi – ugovor o zastupanju ili agenturi, koji ima dosta sličnosti sa anglosaksonskim ugovorom o trastu. Sledstveno tome, pravna pozicija zaposlenih u privrednom društvu, prvenstveno članova uprave (direktora) objašnjava se statusom agenta, koji upravlja tuđom imovinom (imovinom društva) na osnovu prethodno stečenog ovlašćenja (Vasiljević, 2007, p. 141).

direktori imaju dvostruku ulogu u odnosu na privredno društvo kojim rukovode. S jedne strane, direktori su poverenici u odnosu na imovinu društva, dok su, s druge strane, nalogoprimci u pogledu poslova koje zaključuju za račun društva (Radović, 2019, p. 36). S tim u vezi, direktori su obavezni da savesno postupaju pri zaključenju ugovora i upravljanju društvom, u najboljem interesu društva, izbegavajući konflikte svojih ličnih i privatnih interesa sa interesima društva. Ako pak nastupi konflikt interesa, osnovna fiducijarna dužnost direktora je da podredi svoj lični i privatni interes interesu društva (Radović, 2019, p. 36).

Iako dužnost lojalnosti predstavlja koristan instrument za zaštitu različitih interesa (privrednog društva, akcionara, zaposlenih, poverilaca), ona može imati i negativne posledice, kao što su nedovoljni podsticaji zaposlenih da prihvate funkciju direktora (naročito nezavisnih direktora), s obzirom na rizik koji preuzimaju u vršenju funkcije (Jevremović Petrović, 2012, p. 155). S druge strane, ekonomska logika nalaže da je ponekad teško očekivati da će članovi uprave zanemariti sopstveni interes radi ostvarivanja interesa poslodavca (akcionara, odnosno vlasnika kapitala), naročito imajući u vidu rizičnost posla koji obavljaju. Da bi članovi uprave imali sopstveni interes da rade za „tuđi interes”, odnosno interes poslodavca, potrebno je uvesti varijabilne forme nagrađivanja članova uprave, te njihovo uslovljavanje zarad dobrobiti društva (npr. rast cena akcija, rast dobiti društva, rast stepena konkurentnosti društva i sl.) (Vasiljević, 2009a, p. 11).

U SAD pravilo o fiducijarnoj dužnosti, iako je izvorno poteklo od načela pravičnosti, nastavilo je da evoluira u korporativnom pravu, gde je posebno implementirano i usavršeno zahvaljujući ulozi najistaknutijeg suda za korporacije – *Delaware's Court of Chansery*. Kao opšte pravilo, fiducijarna dužnost prevazilazi pravičnost i poštenje (Vasiljević, 2007, p. 143), te se na odgovarajući način smatra centralnom figurom američkog korporativnog prava (Kanda & Milhaupt, 2003, p. 11). U prilog tome, navodimo stav Bendžamina Kardoza (*Benjamin Cardozo*) u predmetu *Meinhard v. Salmon*: „Mnogi oblici ponašanja koji su dozvoljeni u svakodnevnom svetu onima kojima su određene ruke, zabranjeni su onima koji su u fiducijarnoj dužnosti. Poverenik, dakle direktor, mora se rukovoditi nečim strožim od poslovnog morala. Nije dovoljno samo poštenje već je neophodan i najosetljiviji segment časti da bi se prihvatio kao standard ponašanja” (Fleischer, 2005, p. 382). Američka sudska praksa i pravna teorija zauzimaju stanovište da je ključna fiducijarna dužnost direktora da svoje lične i privatne interese podredi lojalnosti kompaniji, kad god se ova dva interesa sukobe. S druge strane, ne postoji jedinstveno stanovište po pitanju toga da li se fiducijarna dužnost direktora duguje samo društvu ili i akcionarima.³ U pojedinim slučajevima, poput *Dodge v. Ford*

³ U američkoj državi Ohajo korporacijski zakon propisuje da direktor mora rukovoditi interesima „zaposlenih, poverilaca i potrošača“, kao i „privrede, države i nacije“, i „kratkoročnim i

Motor iz 1915. godine, sudovi su priznali fiducijarni odnos između direktora i individualnih akcionara. Engleska sudska praksa zauzela je stav da je direktor u fiducijarnoj obavezi prema društvu samo kada odlučuje i rukovodi u tom svojstvu, ali ne i kada glasa u skupštini u svojstvu akcionara (Vasiljević, 2007, p. 143).

Pod uticajem američkog prava, Japan je neposredno nakon II svetskog rata značajno reformisao kompanijsko zakonodavstvo, premda je 1898. godine usvojio Trgovački zakonik (*Commercial Code*) pod uticajem nemačkog Trgovačkog zakonika. Tako je izmenama iz 1950. godine Trgovački zakonik dopunjen odredbama o dužnosti lojalnosti direktora prema kompaniji. Član 254.3 Zakonika propisao je da su direktori obavezni da verno i savesno obavljaju svoju funkciju prema društvu, u skladu sa zakonom, odredbama statuta društva i odlukama skupštine akcionara. Zanimljivo je da, gotovo četrdeset godina od unošenja u zakon pomenute odredbe, japanski sudovi nisu nijedanput primenili odredbu dužnosti lojalnosti direktora, te time ova odredba nije imala nikakav praktičan značaj (Kanda & Milhaupt, 2003, pp. 4-13).

Premda je institut fiducijarne dužnosti izvorno anglosaksonski koncept, nesumnjivo je izvršio značajan uticaj na evropsko-kontinentalne pravne sisteme. Institut fiducijarne dužnosti direktora iz *common law* pravnog sistema preuzet je putem pravne transplantacije u većini zemalja kontinentalne pravne tradicije (Fleischer, 2005, p. 382, Vasiljević, 2007, p. 144). Danas većina evropskih zemalja poznaje i izričito reguliše dužnost lojalnosti i dužnost pažnje direktora. Tako npr. francuski Zakon o kompanijama, u okviru poglavlja Principi korporativnog upravljanja, izričito uređuje dužnost lojalnosti direktora prema kompaniji (*devoir de loyauté*). Takođe, francuski sudovi nameću opštu obavezu lojalnosti direktora kako prema kompaniji, tako i prema akcionarima.⁴ Nasuprot francuskom pravu, koje proširuje delokrug obaveze lojalnosti direktora i prema akcionarima, nemački Zakon o akcionarskim društvima (engl. *German Stock Corporation Act*, nem. *Aktiengesetz*) na rudimentaran način je regulisao dužnost lojalnosti, zabranjujući članovima uprave da se međusobno nadmeću sa kompanijom u delatnosti koju ona obavlja (Fleischer, 2005, p. 384). U međuvremenu, nemački pravni

dugoročnim interesima korporacije, uključujući i mogućnost da ovi interesi mogu biti najbolje zaštićeni kontinuiranom nezavisnošću korporacije“ (Vasiljević, 2009b, p. 14).

⁴ U prvom slučaju, direktor otvorenog (javnog) akcionarskog društva kupio je akcije od akcionara po ceni od 3.000 francuskih franaka da bi ih prodao nekoliko dana kasnije po ceni od 8.800 franaka. Kasacioni sud (*Cour de Cassation*), ne otkrivajući pravu vrednost akcija, zauzeo je stav da je direktor prekršio svoju obavezu lojalnosti koju duguje svakom individualnom akcionaru. U drugom slučaju, direktor je podneo ostavku u kompaniji, osnovao novu kompaniju i ubedio ključne zaposlene da mu se pridruže. Nasuprot stavu apelacionog suda, Kasacioni sud je odobrio naknadu štete kompaniji naglašavajući da je direktor prekršio obavezu lojalnosti prema kompaniji (Fleischer, 2005, p. 383).

mislioci, poučeni iskustvom iz uporednopravnih zakonodavnih rešenja, doprneli su kreiranju i čvrstom ukorenjivanju obaveze lojalnosti u sudskoj praksi.

Institut fiducijarne dužnosti inkorporisan je i u domaće pravo. Naime, važeći Zakon o privrednim društvima – ZPD (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021) propisuje da su direktori obavezni: 1) da u tom svojstvu izvršavaju svoje poslove save-sno, sa pažnjom dobrog privrednika, i u razumnom uverenju da deluju u najbol-jem interesu društva (ZPD, čl. 63, st. 1); 2) da obaveste odbor direktora, odnosno nadzorni odbor ako je upravljanje društvom dvodomno, o postojanju ličnog inte-resa (ili interesa sa njim povezanog lica) u pravnom poslu koji društvo zaključuje, odnosno pravnoj radnji koju društvo preduzima (ZPD, čl. 65, st. 1); 3) da izbega-vaju sukob interesa sa društvom (ZPD, čl. 69); 4) da čuvaju poslovnu tajnu (ZPD, čl. 72-74); 5) da poštuju zabranu konkurencije društvu (ZPD, čl. 75).

Ustanovljavanje dužnosti lojalnosti direktora prema društvu je svakako svr-sishodno, međutim, opravdano se postavlja pitanje delotvornosti ako pravo ne sankcioniše aktivno legitimisana lica koja povrede dužnost lojalnosti. Imajući u vidu dugogodišnje iskustvo, u anglosaksonskim pravnim sistemima kreirane su raznovrsne sankcije, uključujući i jednu specifičnu sankciju, koja se ogleda u oba-vezi direktora da sve koristi koje je protivpravno stekao povredom dužnosti loj-alnosti preda društvu (*account for profits, disgorgement damages, disgorgement of profits*) (Fleischer, 2005, p. 397, Radović, 2019, p. 36). Kao što je lord Rasel (*Lord Russell of Killowen*) izjavio u vodećem slučaju, odgovornost proizlazi iz puke činje-nice da je ostvaren profit (Fleischer, 2005, p. 397). Sticalac, dakle direktor ili drugi član uprave, ma koliko bio pošten, savestan i dobronameran, ne može izbeći odgo-vornost zbog uskraćivanja obaveze lojalnosti kompaniji. I nemački Zakon o akcio-narskim društvima, takođe, propisuje pravni lek direktoru koji stekne profit, pod uslovom da postoji element krivice (Fleischer, 2005, p. 397). Upravo ovakvo reše-nje izazvalo je raspravu u naučnoj i stručnoj javnosti, zbog insistiranja na tome da se uspostavi jedinstveno pravilo prema kojem se profit stečen povredom duž-nosti lojalnosti mora uračunati, bez obzira na postojanje krivice direktora ili dru-gog člana uprave. I domaći Zakon o privrednim društvima eksplicitno je reguli-sao sankciju prenosa profita, kao posledicu povrede dužnosti izbegavanja sukoba interesa i zabrane konkurencije društvu. Zakon dopušta društvu da, od direk-tora koji povredi dužnost izbegavanja sukoba interesa ili pravila o zabrani kon-kurencije, traži „prenos na društvo koristi koju je to lice ostvarilo kao posledicu te povrede” (ZPD, čl. 71 i 76). Time je u domaće kompanijsko pravo putem pravnog transplantata uveden institut *disgorgement of profits*, koji se teško slaže sa sistemati-kom domaćeg građanskog, a posebno deliktnog prava (Radović, 2019, p. 37).

5. Poslovna tajna

5.1. Pojam poslovne tajne

Privredni subjekti (privredna društva, preduzetnici, preduzeća) tokom vršenja svoje delatnosti na tržištu dolaze do mnogobrojnih jedinstvenih saznanja i podataka, koji im omogućuju efikasnije i prvenstveno profitabilnije poslovanje. Pristup ovakvim podacima nesporno je značajan za sve privredne subjekte nezavisno od vrste delatnosti, delokruga i obima poslovanja, budući da im omogućava prednost na tržištu u odnosu na konkurenciju sve dok ti podaci ne postanu poznati konkurenciji (Jovičić, 2018, p. 7). Posedovanje takvih informacija predstavlja ključ uspeha privrednih društava, s obzirom na to da se poslovne tajne smatraju najvrednijom imovinom koju društva danas poseduju. Poslovna tajna predstavlja podatak, ali ne bilo koji već samo onaj podatak koji njenom nosiocu (obvezniku) omogućava konkurentsku, odnosno kompetitivnu prednost na tržištu, tako da može ostvariti kakvu imovinsku korist ili komercijalnu vrednost na osnovu posedovanja poslovne tajne (Jovičić, 2018, p. 10). Dakle, poslovna tajna jeste podatak o privrednom društvu ili njegovom poslovanju usled čijeg bi otkrivanja trećem licu društvo moglo da pretrpi štetu (Jovanović, Radović & Radović, 2023, p. 178). Takođe, poslovna tajna pretpostavlja i podatak čije otkrivanje ne bi prouzrokovalo direktnu štetu društvu, ali bi trećem licu bio ekonomski značajan, s obzirom na to da bi njegovim iskorišćavanjem ili saopštavanjem to lice realizovalo korist jer podatak nije opštepoznat, niti lako dostupan nepozvanim licima, budući da njegovu tajnost društvo štiti odgovarajućim merama. Poslovnom tajnom smatra se i podatak koji je zakonom, drugim propisom ili aktom društva određen kao poslovna tajna, a predstavlja proizvodnu, istraživačku, konstruktivnu, tehnološku, finansijsku ili komercijalnu tajnu, kao i dokument, formula, crtež, objekat, metod, postupak, obaveštenje ili uputstvo internog obeležja (ZPD, čl. 72, st. 3-6). Osim konkurentске prednosti, drugi uslov za kvalifikaciju poslovne tajne jeste tajnost. Kao neophodan uslov, takođe, navodi se preduzimanje razumnih mera s ciljem pružanja pravne zaštite tajnosti (Bone, 1998, p. 248). Uslov tajnosti nije apsolutan, te je poslovnu tajnu moguće podeliti, između ostalog, i sa zaposlenima u društvu, saradnicima ili partnerima, a da to i dalje predstavlja poslovnu tajnu, pod uslovom da se podaci ne prenose (saopštavaju) izvan kruga lica kojima su povereni (Jovičić, 2018, p. 11). Poslodavci neretko pristupaju deljenju informacija zaposlenima kada je neophodno iskoristiti komercijalnu vrednost informacija, s tim da su tada dužni da preduzmu mere predostrožnosti protiv neovlašćenog korišćenja i otkrivanja informacija. Nasuprot dužnosti lojalnosti, koja obavezuje samo određene zaposlene u društvu, uglavnom članove uprave

društva da postupaju u najboljem interesu društva, dužnost čuvanja poslovne tajne, kao sastavnog konstituenta obaveze lojalnosti, tiče se svih lica koja se smatraju nosiocima posebnih dužnosti prema društvu, uključujući i zaposlene. Sledstveno tome, ova lica su obavezna da poslovnu tajnu čuvaju i nakon prestanka tog svojstva, u periodu od dve godine od dana prestanka. Tako, prema ZPD-u, poslodavac, odnosno privredno društvo, može osnivačkim aktom, statutom, odlukom ili ugovorom (npr. ugovorom o radu, sporazumom o obavezi čuvanja poslovne tajne) zaključenim sa tim licima predvideti da taj period bude duži, ali ne duži od pet godina od prestanka tog svojstva (ZPD, čl. 72, st. 2). Međutim, kako Zakon o radu utvrđuje maksimalno važenje klauzule zabrane konkurencije na period od dve godine od dana prestanka radnog odnosa, i koji, shodno zakonskim odredbama, uključuje i čuvanje važnih poslovnih informacija i tajni, odredbe Zakona o privrednim društvima gde je propisan period od maksimalno pet godina jesu u direktnoj koliziji sa odredbama Zakona o radu po ovom pitanju. Osim toga, utvrđivanje generalne obaveze čuvanja poslovne tajne opštim aktima poslodavca, odnosno privrednog društva alternativno, to jest osnivačkim aktom, statutom ili odlukom, a koja bi se odnosila na sve ili na širok krug zaposlenih bez jasne konkretizacije i ograničenja na ona lica koja objektivno mogu imati saznanja o važnim poslovnim informacijama i tajnama (obično oni na rukovodećim radnim mestima), a bez unošenja antikonkurentne klauzule u pojedinačne ugovore o radu, predstavlja neosnovano široko postavljena ovlašćenja poslodavca, čime se nameću izrazito restriktivna ograničenja zaposlenima, što, u krajnjem, predstavlja povredu načela slobode rada, kao i opštih principa i odredaba pozitivnog radnog zakonodavstva. Naime, *grosso modo*, propisivanje obaveze čuvanja poslovne tajne unilateralno, odnosno jednostrano od strane poslodavca, to jest osnivačkim aktom, statutom ili odlukom, na način kako je regulisano važećim Zakonom o privrednim društvima, i bez unošenja klauzule o zabrani konkurencije u ugovor o radu, jeste povreda načela obligacionog prava, to jest načela autonomije volje, odnosno privatne autonomije, što znači da je ograničavanje slobode pojedinca ustanovljavanjem pravnih obaveza moguće, jedino i isključivo, na osnovu njegove slobodne volje. Uz to treba još imati u vidu da Zakon o obligacionim odnosima ima prirodu *lex generalis*-a u odnosu na druge propise, uključujući i Zakon o radu i Zakon o privrednim društvima. Posebno, ugovorni elementi kod ugovora o radu, nevezano za posebnost ciljeva radnog prava i naglašenu javnu dimenziju zaštite, uzrokovali su primenu opštih pravila obligacionog prava, a u kontekstu zaključivanja, važenja, raskida i odgovornosti u oblasti radnih odnosa, zbog čega i opšte pravilo slobode ugovaranja u obligacionom, odnosno slobode rada u radnom pravu, podržava ugovorno definisanje instituta antikonkurencije.

5.2. Poreklo poslovne tajne

Za razliku od industrijskog doba, kada je strateški izvor prihoda bio kapital, danas je u društvu koje nazivamo informatičko, čak i postinformatičko, strateški izvor prihoda postala informacija. Imajući u vidu neverovatan značaj informacija u savremenom globalizovanom svetu, javila se potreba za njenim regulisanjem, odnosno pružanjem adekvatne pravne zaštite (Sokić, Uzelac & Deanović, 2019, p. 7). Poslovna tajna je, najpre, tokom XIX veka sa usponom industrijskog kapitalizma, a naročito tokom XX veka, bila regulisana u okviru nove pravne discipline – prava intelektualne svojine. Doktrinarna koncepcija poslovne tajne formirana je krajem XIX veka kao odgovor na formalnopravno poimanje instituta svojine i imovine, koje je u tom periodu bilo dominantno izraženo (Bone, 1998, pp. 245, 251).

Danas, u pravnoj teoriji i sudskoj praksi postoje različita stanovišta o prirodi zaštite poslovne tajne. Naime, postavlja se pitanje da li se pravna zaštita realizuje u okviru obligacionog prava, ili u okviru prava intelektualne svojine, ili pak krivičnog prava. Kako bi se odgovorilo na ovo pitanje, neophodno je poći od činjenice da poslovne tajne predstavljaju najvredniju imovinu koju privredna društva poseduju, naročito danas, u postinformatičkom društvu, te im pravo mora pružiti adekvatnu zaštitu kako bi se sprečilo da oni koji su zloupotrebili poverenje obveznika poslovne tajne realizuju ekonomsku dobit (Jovičić, 2018, p. 9). Većina slučajeva zloupotrebe poslovne tajne mahom se odnosi na nelojalne zaposlene koji koriste informacije u ličnom ili privatnom interesu, ili otkrivaju tajne svojih poslodavaca trećim licima, kršeći dužnost poverenja i odanosti (lojalnosti) koja proističe iz odnosa poslodavac–zaposleni (Bone, 1998, p. 244). Kako je zloupotreba poslovne tajne obično povezana sa radnim angažmanom, odavanje poslovne tajne sagledava se kao povreda ugovora o radu, odnosno ugovorne obaveze čuvanja poslovne tajne (Jovičić, 2018, p. 9). Ipak, ovde valja ukazati na to da domaći Zakon o radu ne sadrži posebne odredbe, za razliku od Zakona o privrednim društvima, o čuvanju poslovne tajne, već se institut poslovne tajne, u pozitivnom radnom zakonodavstvu Srbije podvodi pod institut antikonkurencije i klauzule o zabrani konkurencije. Ovo, dalje, znači da ne podleže svaki zaposleni odgovornosti za odavanje poslovne tajne, već samo u slučaju ako je tako ugovoreno, odnosno predviđeno kao obaveza u ugovoru o radu, što dodatno ukazuje na neusaglašenost važećeg radnog i kompanijskog zakonodavstva, pa i svojevrstan nemar zakonodavca prilikom normiranja privrednopravnih i radnopravnih odnosa, iako se oni ne mogu posmatrati odvojeno i nezavisno jedni od drugih.

Pored zaposlenih, ponekad se i druga lica koja dođu u posed poslovne tajne krađom mogu smatrati odgovornim, međutim, ovi slučajevi nisu toliko

rasprostranjeni u praksi kao slučajevi vezani za odnos uspostavljen između poslodavca i zaposlenog (Bone, 1998, p. 244). U određenim slučajevima propisanim zakonom, zaposleni i drugo lice koje je obveznik čuvanja poslovne tajne (npr. rukovodilac, saradnik, partner društva) može biti oslobođen čuvanja tajne: 1) kad je njeno saopštavanje propisano zakonom; 2) kad je to neophodno zarad obavljanja poslova ili zaštite interesa društva; i 3) kad podatak saopšti nadležnim organima ili javnosti isključivo s ciljem ukazivanja na postojanje dela kažnjivog po zakonu (ZPD, čl. 73, st. 1).

5.3. Zaštita poslovne tajnosti

Ako zaposleni, rukovodilac ili drugo lice povredi dužnost čuvanja tajne, privredno društvo ima pravo da se zaštiti pokretanjem parnice, odnosno poslodavac ima pravo na naknadu štete. Povodom povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne, privredno društvo može u parničnom postupku tražiti naknadu štete koja obuhvata običnu štetu, izmaklu korist i korist koju je povredom poslovne tajne ostvarilo lice koje je povredilo poslovnu tajnu (Zakon o zaštiti poslovne tajne, *Službeni glasnik RS*, br. 53/2021, čl. 8, st. 2). Osim toga, poslodavac može predvideti internim aktom da takvo postupanje zaposlenog, odnosno rukovodioca predstavlja povredu radne discipline. U tom slučaju, poslodavac može preduzeti odgovarajuće disciplinske mere poput otkaza ugovora o radu ili razrešenja funkcije rukovodioca (člana uprave, odnosno direktore) (Jovanović, Radović & Radović, 2023, p. 178).

U praksi je uobičajeno da poslodavac tuži zaposlene kojima je bila poverena poslovna tajna, a koji su ga napustili kako bi osnovali sopstvenu kompaniju ili se pridružili konkurentskoj kompaniji. U takvim situacijama otkrivanje povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne je olakšano, naročito kada konkurentska kompanija u kojoj je zaposleni zasnovao radni odnos proizvede u veoma kratkom vremenu identičan proizvod, što nedvosmisleno implicira da su podaci morali biti nepropisno dobijeni od bivšeg zaposlenog (Bone, 1998, p. 282). Ova tvrdnja je posebno neoboriva pri osnivanju konkurentskih *start-up* kompanija koje radno angažuju bivše zaposlene iz konkurentskih kompanija, jer se ima u vidu da su relativno kratko na tržištu da bi mogli sopstvenim sredstvima da razviju informacije i pronalazke koji predstavljaju poslovnu tajnu. Time se opravdava svrsishodnost pružanja pravne zaštite poslodavcima zbog povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne od strane bivših zaposlenih koji su se pridružili konkurentskim kompanijama.

Takođe, poslodavci mogu preventivno da se zaštite od povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne zaključivanjem posebnih odredaba (klauzula) o neotkrivanju podataka u ugovoru o radu ili ugovoru o delu. Dakle, ugovorna zaštita poslovne

tajne realizuje se po osnovu zaključenja ugovora između poslodavca, odnosno privrednog društva kao vlasnika kapitala i nosioca poslovne tajne i zaposlenih. Osim toga, privredno društvo može ugovoriti pravnu zaštitu poslovne tajne i sa poslovnim partnerima, koji zbog prirode poslovnog odnosa sa društvom mogu doći u posed poslovne tajne. Dužnost čuvanja poslovne tajne može biti formulisana kao posebna klauzula u okviru ugovora koji zaključuje društvo sa poslovnim partnerima (Jovičić, 2022a, p. 659). Naravno, neophodno je odrediti koje su to mere predostrožnosti koje mogu biti sadržane u klauzulama pomenutih ugovora. Zakon o zaštiti poslovne tajne navodi *exempli causa* određene mere predostrožnosti poput: izrade internog akta o rukovanju poslovnom tajnom i kruga lica i njihovim pravima i obavezama prilikom rukovanja poslovnom tajnom, mere fizičke ili elektronske zaštite pristupa i rukovanja poslovnom tajnom, označavanje dokumenata oznakom „poslovna tajna” ili sličnom oznakom, ograničavanje zaposlenima i drugim licima (npr. saradnicima, poslovnim partnerima) pristup prostorijama i datotekama u kojima se nalaze informacije koje se smatraju poslovnom tajnom (Jovičić, 2022b, p. 220). Međutim, kako ne postoji jasno definisana lista minimalno prihvatljivih mera predostrožnosti, sudovi zahtevaju da mere predostrožnosti budu razumne u datim okolnostima (Bone, 1998, p. 249).

Kako ugovorno pravo ne pruža uvek efikasnu zaštitu poslodavcima, oni mogu ostvariti zaštitu u krivičnom postupku, s obzirom na to da zaposleni ili rukovodilac može biti i krivično odgovoran za delo odavanja poslovne tajne. Zaposleni, rukovodilac ili drugo lice u društvu koje neovlašćeno saopšti drugom, preda ili na drugi način učini dostupnim podatke koji predstavljaju poslovnu tajnu ili pribavlja takve podatke s namerom da ih preda nepozvanom licu, kazniće se zatvorom od tri meseca do pet godina, shodno odredbama domaćeg krivičnog zakonodavstva. Ako je delo učinjeno iz koristoljublja ili u pogledu naročito poverljivih podataka, zaprećena je kazna zatvora od dve do deset godina, a ako je učinjeno iz nehata, učinilac će se kazniti zatvorom do tri godine (Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019, čl. 240, st. 1-3). Propisivanjem krivičnog dela poslovne tajne nastojalo se da se obezbedi adekvatnija zaštita privrednim subjektima, imajući u vidu značaj poslovne tajne u savremenoj tržišnoj ekonomiji. S druge strane, Krivični zakonik nije predvideo kao posebno krivično delo ili makar teži oblik ovog dela odavanje poslovne tajne s elementom inostranosti, imajući u vidu izraženost prekograničnog poslovanja u savremenom globalizovanom društvu (Milošević, 2021, p. 63).

Nasuprot Krivičnom zakoniku, Zakon o zaštiti poslovne tajne kvalifikuje odavanje poslovne tajne kao privredni prestup ili prekršaj u zavisnosti od kategorije učinioaca – fizičko lice, preduzetnik ili pravno lice (Zakon o zaštiti poslovne

tajne, čl. 21). Time je u domaćem zakonodavstvu istovetno postupanje – otkrivanje poslovne tajne – različito kvalifikovano, i to kao krivično delo prema Krivičnom zakoniku i kao privredni prestup, odnosno prekršaj po Zakonu o zaštiti poslovne tajne, čime se fiktivno stvara mogućnost da jednom licu bude suđeno dvaput ili da lice bude kažnjeno dvaput, što je u potpunoj suprotnosti sa zabranom *ne bis in idem*, kao jednim od najvažnijih ljudskih prava i procesnog načela čijim se poštovanjem garantuje pravna sigurnost i izvesnost u krivičnom pravu (Mrvić Petrović, 2014, p. 31). Sledstveno ovom principu, jednom licu (zaposlenom, rukovodiocu) ne može se suditi za istovetno postupanje koje bi se istovremeno kvalifikovalo kao prekršaj, privredni prestup, odnosno krivično delo. Uzimajući u obzir da tri različite vrste sudova (prekršajni, privredni i sudovi opšte nadležnosti – krivična odeljenja) mogu imati nadležnost za zloupotrebu poslovne tajne, izvesno je da će, u praksi, biti poteškoća koje nastaju zbog kolizije odredaba pomenuta dva zakona. Takođe, činjenica da je protivpravno pribavljanje i korišćenje podataka o poslovnoj tajni prekršaj, a ne krivično delo, dok se odavanje poslovne tajne može kvalifikovati i kao jedno i drugo, nedvosmisleno ukazuje na nedoslednost zakonodavnog pristupa regulisanju zaštite poslovne tajne. Ovo posebno dolazi do izražaja ako se uporede propisane sankcije za odavanje poslovne tajne za prekršaj, odnosno krivično delo (Milošević, 2021, p. 63).

Naposletku, poslodavac je dužan da pruži potpunu pravnu zaštitu zaposlenom ili rukovodiocu koji pošteno i savesno upozna nadležni državni organ sa tajnim podatkom zarad ukazivanja na delo kažnjivo po zakonu (tzv. uzbunjivač). U tom slučaju, poslodavac ne sme sankcionisati uzbunjivača, to jest otkazati zaposlenom ugovor o radu ili razrešiti funkcije rukovodioca (Jovanović, Radović & Radović, 2023, p. 178).

6. Umesto zaključka

Sasvim je razumljivo da poslodavci kao vlasnici kapitala, inače u fokusu kompanijskopравnih propisa, potpomognuti jakim finansijskim centrima moći, nastoje da očuvaju sopstvene ekonomske interese, prvenstveno uvećavanje profita, neretko negirajući interese druge ugovorne strane, to jest zaposlenih koji svojim radnim angažovanjem doprinose ostvarivanju ciljeva društva. Uvođenjem načela dužnosti lojalnosti, odnosno fiducijarne dužnosti, u kompanijsko pravo, prvobitno kroz sudsku praksu, te ozakonjenjem u brojnim državama evropsko-kontinentalne pravne tradicije, putem pravne transplantacije, nastojala se obezbediti lojalnost poslodavcu, utvrđivanjem obaveze vernosti zaposlenih, prvenstveno onih koji su na rukovodećim radnim mestima u privrednom društvu. S druge

strane, radnopravna konkretizacija opšte dužnosti lojalnosti zaposlenog prema poslodavcu zasnovana je na institutu antikonkurencije i unošenja posebnih klauzula o zabrani konkurencije, koje obično uključuju i odredbe o zaštiti poslovne tajne, u pojedinačne ugovore o radu, odnosno zaključivanja posebnih ugovora o zabrani konkurencije uz ugovor o radu. Pregledom uporednopravnih rešenja, zaključuje se da razvijene države evropsko-kontinentalne pravne tradicije ne regulišu antikonkurenciju u radnom odnosu isključivo propisima radnog prava već je institut zabrane konkurencije često proizvod sudske prakse (slučaj Francuske), dok je u Nemačkoj i Italiji regulisan odredbama trgovinskog i građanskog zakonika. Ono što je zajedničko jeste da većina država utvrđuje prostorno, vremensko i sadržinsko ograničenje važenja, uz definisanje obavezne finansijske naknade zaposlenima u slučaju kada je ograničenje ugovoreno nakon prestanka radnog odnosa. Kako bi se ostvario balans prava i obaveza ugovornih strana u skladu sa opštim principom međusobne dužnosti lojalnosti, institut antikonkurencije mora imati čistu ugovornu prirodu i biti predmet pregovora zainteresovanih strana, ne i jednostranog propisivanja opštim aktima privrednog društva, odnosno poslodavca, jer u suprotnom vodi ka kršenju osnovnog načela građanskog prava, to jest načela slobode ugovaranja i načela privatne autonomije i, posledično, njegovog pandana u radnom pravu – načela slobode rada.

Sagledano sa stanovišta kompanijskopravne teorije, u domaćem pravu implementirani su instituti poreklom iz bogate anglosaksonske pravne tradicije. Kao i u većini evropsko-kontinentalnih pravnih sistema, i u Srbiji su načelo dužnosti lojalnosti i princip zabrane konkurencije/dužnost čuvanja poslovne tajne uvedeni intervencijom zakonodavca. Uprkos tome, njihova primena može biti upitna, ne samo imajući u vidu specifično privredno okruženje u Srbiji (prevelika zastupljenost društava sa ograničenom odgovornošću), već i zbog kolizije odredaba sistemskih zakona – Zakona o privrednim društvima i Zakona o radu – u delu koji se odnosi na vremensko važenje antikonkurentne klauzule utvrđene u periodu nakon prestanka radnog odnosa, gde Zakon o privrednim društvima predviđa znatno restriktivnije rešenje, koje nije u skladu sa evropsko-kontinentalnom pravnom praksom, iako se kao adekvatno rešenje može istaći regulisanje instituta antikonkurencije, posebno u radnom i posebno u privrednom zakonodavstvu. S tim u vezi, u Zakonu o privrednim društvima obaveza lojalnosti društvu, čuvanje poslovne tajne, ali i zabrana konkurencije detaljnije su definisani, dok Zakon o radu reguliše antikonkurenciju u svega dva člana (čl. 161 i 162), pri čemu se ne daju indikatori za utvrđivanje visine finansijske naknade zaposlenom u slučajevima kada se klauzula ugovara za period nakon prestanka radnog odnosa, što je čest slučaj u uporednom pravu, kao ni diferenciranja u odnosu na institut poslovne tajne. Navedeno ukazuje na neophodnost bližeg utvrđivanja

dopunama Zakona o radu *de lege ferenda*, a uzimajući u obzir i činjenicu da je poslovna tajna regulisana i Zakonom o zaštiti poslovne tajne, usvojenim 2021. godine, koji predstavlja *lex specialis* u ovoj materiji.

Literatura

- Arnou-Richman, R. 2001. Bargaining for Loyalty in the Information Age: A Reconsideration of the Role of Substantive Fairness in Enforcing Employee Noncompetes. *Oregon Law Review*, 80(4), pp. 1163-1244.
- Blatman, M. 2006. *FRANCE: Non-competition clauses in labour contracts. ILO National Report. XIVth Meeting of European Labour Court Judges*. Paris: Cour de cassation.
- Boeri, T., Garnero, A. & Luisetto, L.G. 2023. *Non-compete agreements in a rigid labour market: The case of Italy. Discussion Paper No. 1912*. London: The London School of Economics and Political Science & Economic and Social Research Council. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4396108>
- Bone, R. 1998. New Look at Trade Secrets Law: Doctrine in Search of Justification. *California Law Review*, 86(2), pp. 241-313. DOI: <https://doi.org/10.2307/3481134>
- Braterskaya, A.M. 2018. Non-competition Agreement as a Means to Protect Employer's Legal Interests in Russian and Germany: Constitutional Aspects. *Journal of Society and the State*, 1(2), Online.
- Cavico, F.J., Mujtaba, B.G. & Muffler, S. 2018. The Duty of Loyalty in the Employment Relationship: Legal Analysis and Recommendations for Employers and Workers. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 21(3), Online.
- Eylert, M. 2006. *GERMANY: Non-competition clauses in labour contracts. ILO National Report. XIVth Meeting of European Labour Court Judges*. Paris: Cour de cassation.
- Fahlbeck, R. 1999. Employee Loyalty in Sweden. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 20(2), pp. 297-319.
- Fleischer, H. 2005. Legal Transplants in European Company Law – The Case of Fiduciary Duties. *European Company and Financial Law Review*, 2(3), pp. 378-397. DOI: <https://doi.org/10.1515/ecfr.2005.2.3.378>
- Jevremović Petrović, T. 2012. Director's Responsibility to Creditors in Company Law. *Annals FLB Belgrade Law Review*, LX(3), pp. 149-169.
- Jovanović, N., Radović, V. & Radović, M. 2023. *Kompanijsko pravo. Pravo privrednih subjekata. Treće izdanje*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Jovičić, K. 2018. Poslovne tajne: određenje i osnovi zaštite. *Strani pravni život*, 62(1), pp. 7-19. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz1801007J>
- Jovičić, K. 2022a. Zaštita poslovne tajne u pravu Republike Srbije. *Pravo i privreda*, 60(4), pp. 655-674. DOI: https://doi.org/10.55836/PiP_22403A
- Jovičić, K. 2022b. Naknada štete zbog povrede poslovne tajne. In: Petrović, Z., Čolović, V. & Obradović, D. (ur.), *XXV Međunarodna naučna konferencija Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 215-230.

- Kanda, H. & Milhaupt, C. 2003. Re-examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty to Japanese Corporate Law. *Working paper No. 219*. Columbia Law School: The Center for Law and Economic Studies, pp. 1-23. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=391821 (3. 8. 2023).
- Kot-Radojewska, M. & Timenko, I. V. 2018. Employee Loyalty to the Organization in the Context of the Form of Employment. *Oeconomia Copernicana*, 9(3), pp. 511-527. DOI: <https://doi.org/10.24136/oc.2018.026>
- Kovačević, Lj. 2021. *Zasnivanje radnog odnosa*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kovačević, T. 2020. Pravilo poslovne procene. *Strani pravni život*, 64(2), pp. 141-159. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz64-25007>
- Kuzminac, M. 2022. Zabrana konkurencije u ugovoru o radu – (ne)opravdano ograničenje slobode rada. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 94(2), pp. 416-440. DOI: <https://doi.org/10.5937/gakv94-36244>
- Lee, K. S. 2019. *Noncompete Agreements: History, Diffusion, and Consequences*. Doctoral Dissertation. New York: Cornell University - Faculty of the Graduate School.
- L&E Global. 2013. *Top Ten Considerations for Non-compete Clauses in Europe*. Dostupno na: https://issuu.com/leglobal/docs/top_ten_considerations_for_non-comp (5. 6. 2023).
- Lubarda, B. 2012. *Radno pravo. Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Mihajlović, B. 2019. Poslovna tajna u savremenom pravu. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1(1), pp. 19-29. DOI: <https://doi.org/10.7251/APDN1901020M>
- Milošević, M. 2021. The Role of Criminal Law in Trade Secret Protection. In: Simović, D. et al. (eds.), Thematic Conference Proceedings of International Significance – *International Scientific Conference "Archibald Reiss"*. Belgrade: University of Criminal Investigation and Police Studies, pp. 55-64.
- Mrvić Petrović, N. 2014. Poštovanje načela *ne bis in idem* pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela. *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 19(2), pp. 27-39. DOI: <https://doi.org/10.5937/NBP1402027M>
- OECD. 2019. Labour market regulation 4.0: Protecting workers in a changing world of work. In: *OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work*. Paris: OECD Publishing.
- Radović, M. 2019. Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo. *Strani pravni život*, 63(2), pp. 33-44. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz63-22552>
- Sokić, K., Uzelac, J. & Deanović, B. 2019. Rimski temelji zaštite poslovne tajne. *Financije i pravo*, 7(1), pp. 7-30.
- Stanley, M.L., Neck, C.B. & Neck, C.P. 2023. Loyal Workers Are Selectively and Ironically Targeted for Exploitation. *Journal of Experimental Social Psychology*, 106(online). DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jesp.2022.104442>

- Sullivan, Ch. A. 2016. Tending the Garden: Restricting Competition via “Garden Leave”. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, 37(2), pp. 293-325. Dostupno na: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1127362/files/fulltext.pdf> (10. 6. 2023).
- Taboroši, S. 2006. *Ekonomsko pravo*. Drugo izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Van Bever, A. 2013. *An Employee’s (Fiduciary) Duty of Non-competition and Disclosure*. Pompeu Fabra University of Barcelona: Labour Law Research Network Inaugural Conference, held June, 13-15. Dostupno na: https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRNConf_VanBever.pdf/3b91efcc-e2ff-46fa-96d7-f56dfb6c16e2 (28. 6. 2023).
- Vasiljević, M. 2007. *Korporativno upravljanje – pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Profinvest d.o.o.
- Vasiljević, M. 2008. *Trgovinsko pravo*. Beograd: Sluzbeni glasnik.
- Vasiljević, M. 2009a. Korporativno upravljanje i agencijski problemi (I deo). *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 57(1), pp. 5-24.
- Vasiljević, M. 2009b. Korporativno upravljanje i agencijski problemi (II deo). *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 57(2), pp. 5-28.
- Vuković I. & Kovačević, Lj. 2019. Zaštita uzbunjivača – obaveza lojalnosti zaposlenog poslodavcu naspram zaštite javnog interesa. U: Milinković, I. (ur.), *Pravni položaj uzbunjivača u uporednom i domaćem pravu (pravni i etički aspekti)*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, pp. 9-40.
- Vuković, I., Kovačević, Lj. & Radović, V. 2018. Legal Status of Whistle-Blowers in the Republic of Serbia: From Fragmented Protection of Civil Servants to the Fullscale Protection Model. *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 53(E), pp. 107-122. DOI: <https://doi.org/10.24193/tras.53E.7>

Pravni izvori

- Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.
- Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US, 113/2017 i 95/2018 - autentično tumačenje.
- Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021.
- Zakon o zaštiti poslovne tajne, *Službeni glasnik RS*, br. 53/2021.

**PRILIKA ZA RAVNOPRAVNOST:
ANALIZA KVOTA ZA ZAPOŠLJAVANJE OSOBA SA INVALIDITETOM
U SRBIJI I DRŽAVAMA REGIONA**

Sažetak

Nezadovoljavajući položaj osoba sa invaliditetom na tržištu rada istrajno se nastavlja u XXI veku. Kao protivmera velikoj stopi nezaposlenosti ovih lica uveden je kvotni sistem. Istraživanje teme kvotnog zapošljavanja osoba sa invaliditetom ima za cilj promenu svesti društva koje ih i dalje posmatra kao manje sposobne, manje produktivne i, posledično, manje vredne zaposlenja. Primenom normativnog i uporednopravnog metoda identifikovane su i kritički razmotrene sličnosti i razlike između kvotnih sistema u Republici Srbiji i državama slične pravne tradicije. U okviru posebnih poglavlja razmotreno je pitanje prava osoba sa invaliditetom na rad, rizika koji prate kvotne sisteme kao i mogućnosti unapređenja postojećih propisa u pogledu sadržine obaveze zapošljavanja i oslobođenja od te obaveze, posledice nepoštovanja kvote, te nagrade za poslodavce.

Ključne reči: osobe sa invaliditetom, kvote za zapošljavanje, afirmativne mere, Srbija, region.

* Master pravnica, doktorantkinja na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Srbija.
E- email: moloviccmarija@gmail.com

OPPORTUNITY FOR EQUALITY: ANALYSIS OF QUOTAS FOR EMPLOYMENT OF PERSONS WITH DISABILITIES IN SERBIA AND COUNTRIES OF THE REGION

Summary

The unsatisfactory position of persons with disabilities in the labor market persistently continues in the 21st century. As a countermeasure to the high unemployment rate of these individuals, the quota system was introduced. Research on the topic of quota employment of persons with disabilities aims to change society's mindset that still sees them as less capable, less productive, and consequently, less valuable for employment. By applying normative and comparative methods, similarities and differences in quota systems in the Republic of Serbia and states with similar legal traditions have been identified and critically considered. The right of persons with disabilities to work, the risks that follow quota systems, as well as possibilities for improving existing regulations regarding the content of employment obligations and exemptions from them, consequences of non-compliance with quotas, and rewards for employers have been discussed in separate chapters.

Keywords: persons with disabilities, employment quotas, affirmative measures, Serbia, region.

1. Uvod

Srbija i države takozvanog regiona, Crna Gora, Hrvatska, Slovenija, Bosna i Hercegovina i Severna Makedonija, pre više od tri decenije činile su jednu državu – Socijalističku Federativnu Republiku Jugoslaviju. Po raskolu bivše SFRJ svaka od njih nastavila je svoj put stvarajući nacionalne propise. Ipak, kao posledica zajedničke pravne tradicije, pozitivni propisi ovih država brojna radnopravna pitanja regulišu na gotovo istovetan način.

Profesor Paravina (1986, p. 28) ističe da je radno pravo bivše SRFJ imalo prvorazrednu i pionirsku ulogu u učvršćivanju i razvoju revolucionarnih teokovina. Međutim, kako dalje zaključuje, „ovakva ocena ne sadrži u sebi i tvrdnju da je ono u svakom trenutku takvu ulogu odigralo potpuno, na najbolji način i sa optimalnim efektima. Tako poželjnom stanju stajale su i danas stoje na putu brojne i složene prepreke.” Danas, prepreke su najizraženije u pogledu

ostvarivanja prava na rad marginalizovanih i ugroženih grupa, kakve su upravo osobe sa invaliditetom. U pravnim sistemima Srbije i država regiona, doneti su merodavni zakoni koji regulišu profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba sa invaliditetom, a koji su od vitalnog značaja u životima ove grupe lica (Hachani & Larouk, 2017, p. 101). Oni doprinose ostvarivanju načela (faktičke) jednakosti, a mnogi od njih uvode obavezu kvotnog zapošljavanja osoba sa invaliditetom za poslodavce sa određenim brojem zaposlenih.

Kvotni sistem zapošljavanja nastao je kao posledica intervencije države u oblast zapošljavanja, kako bi se zakonskim propisima osigurala jednaka dostupnost radnih mesta za osobe sa invaliditetom. Kvote u zapošljavanju su uglavnom postavljene fleksibilno, imajući u vidu veličinu poslodavca i realnu ponudu radne snage određenog radnog profila (Reljanović, 2022, p. 68). Kvotni sistem predstavlja posebnu, afirmativnu meru čiji je cilj povećavanje stope zaposlenosti i obezbeđivanje jednakosti ove grupe lica koja se inače nalaze u nejednakom položaju.

Profesorka Kovačević (2011, p. 206) ukazuje da „na taj način, zakonodavac ograničava široka ovlašćenja kojima poslodavac raspolaže u postupku zapošljavanja, u skladu sa garancijom slobode preduzetništva, upravljачkim ovlašćenjima koja proishode iz svojine nad sredstvima za rad i činjenicom da se ugovor o radu zaključuje s obzirom na određeno svojstvo (svojstva) budućeg radnika.” Iako kvotni sistem ograničava slobodu preduzetništva, te nameće poslodavcima obaveze za koje oni potencijalno smatraju da nisu najbolje za poslovanje, efekti koje ovakve mere ostvaruju od presudnog su značaja za dobrobit osoba sa invaliditetom. Afirmativne mere nisu „pitanje stvaranja odvojenih ili specijalnih prava za osobe sa invaliditetom, već pitanje uključenja osoba sa invaliditetom u postojeća ljudska prava i prilagođavanja postojećih prava tako da zadovoljavaju njihove potrebe” (Council of Europe, 2012, p. 18). Potvrda načela jednakosti nije dovoljna da se eliminišu svi slučajevi neopravdanog pravljenja razlika u oblasti zapošljavanja i radnih odnosa, već država mora i da interveniše, u cilju uspostavljanja faktičke jednakosti (Kovačević, 2021, p. 228). Ovo tim pre što je delotvorna primena načela jednakosti i zabrane diskriminacije od vitalnog značaja za delotvorno ostvarivanje slobode rada, posebno slobode izbora zaposlenja (International Labour Organisation, 2013, p. 152). Imajući u vidu čest raskorak između formalne i faktičke jednakosti, da bi bila delotvorna, obaveza kvotnog zapošljavanja, sa sobom treba da povlači i određene sankcije za poslodavce koji se ogлуše o nju.

U Srbiji i državama regiona zastupljen je oblik kvotnog sistema čija su obeležja zakonska obaveza zapošljavanja osoba sa invaliditetom, pravilo da ova obaveza može biti ispunjena ne samo neposrednim zapošljavanjem osoba sa invaliditetom već i ispunjenjem alternativnih obaveza, kao i sankcije za slučaj nepoštovanja predmetne obaveze. U određenim sistemima, kao bitno obeležje kvotnog sistema javlja

se i nagrada za poslodavce koji zapošljavaju osobe sa invaliditetom. S druge strane, u Severnoj Makedoniji, kvotno zapošljavanje još uvek nije uvedeno.

Osnovna prednost kvotnog sistema jeste uključivanje osoba sa invaliditetom u tržište rada, čime im se pruža mogućnost da kroz rad pokažu svoje sposobnosti i potencijale, razviju dodatne veštine, te da budu u korak sa zahtevima tržišta rada.

2. Značaj delotvornog uživanja prava na rad za autonomiju i dostojanstvo osoba sa invaliditetom

2.1. Pravo osoba sa invaliditetom na rad

Zahvaljujući pravu na rad vodi se uspešna borba protiv siromaštva i nejednakosti, naročito kada su u pitanju marginalizovane društvene grupe. Uprkos istorijskim dilemama o pravnoj prirodi prava na rad, ono danas nesumnjivo pripada svakom radno sposobnom licu, kao osnovno ljudsko pravo. Iako je pravo na rad univerzalno, poput bilo kod drugog ljudskog prava, postoji niz specifičnosti u pogledu prava na rad osoba sa invaliditetom (Mégret, 2008, p. 516). Kako bi se osiguralo ostvarivanje prava na rad ove grupe lica, potrebno je kompleksno angažovanje i napor celokupne društvene zajednice (Prijić, 2010, p. 490). Upravo je Konvencija Organizacije ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom nastala na osnovu shvatanja da postojeći okvir ljudskih prava ne štiti ljudska prava osoba sa invaliditetom u istoj meri kao i ljudska prava drugih pojedinaca (Council of Europe, 2012, p. 18). Nevezano za poreklo invaliditeta (da li je urođen ili stečen), vreme njegovog nastanka ili način ispoljavanja, osobe sa invaliditetom su jedna heterogena grupa, svaka sa svojim sposobnostima, znanjima te ličnim preferencijama i stilom života. Iz ovih razloga bilo bi odviše pojednostavljeno osobe sa invaliditetom posmatrati kao statičnu i jednoličnu grupu pa prema njoj, po automatizmu, postupati na identičan način. S druge strane, ono što jeste identično za sve osobe sa invaliditetom jeste nužnost ne samo formalnog priznavanja već i obezbeđivanja efektivnog ostvarivanja prava na rad. Pored toga što su osobe sa invaliditetom već uveliko suočene sa diskriminacijom, rizikom isključivanja iz zajednice i marginalizacijom, uskraćivanjem prava na rad osobama sa invaliditetom uskraćuje im se i mogućnost postizanja lične satisfakcije, jačanja samopouzdanja, samopoštovanja i samostalnosti.

Efektivno ostvarivanje prava na rad treba da doprinese ostvarivanju ideje „da je svaki čovek jedinstvena i neponovljiva jedinka te da, polazeći od te spoznaje, zahteva i takvo vrednovanje svoje osobnosti” (Rački, 1996, p. 104). Bez prava na rad, nemoguće je efikasno ostvariti druga ljudska prava i osnovne

slobode (kako ekonomska i socijalna, tako i građanska i politička prava i slobode), niti je moguće da pojedinac u potpunosti učestvuje u društvenom, ekonomskom i političkom životu zajednice (Kovačević, 2022, p. 330).

Uveliko je potrebno uključiti problem zapošljavanja osoba sa invaliditetom u svakodnevni diskurs, ne samo kao problem koji se rešava podsticajima, subvencijama, pa čak i kvotama. U vreme svetske ekonomske krize, kada se očekuje značajan porast nezaposlenosti, marginalizovane grupe još su izloženije nadolazećim poteškoćama (Kiš-Glavaš, 2009a, p. 70). One poslednje dobijaju posao, a često ga prve izgube, kako zbog konkurencije „zdrave” radne snage, tako i zbog predrasuda, stereotipa i generalno negativnih stavova društva (Leutar & Milić Babić, 2008, p. 165). Uprkos velikom značaju prava na rad za osobe sa invaliditetom, neposredno ili posredno, svesno ili nesvesno, stvaraju i održavaju se brojne prepreke koje ih onemogućavaju da uživaju ovo ljudsko pravo.

2.2. Osobe sa invaliditetom na tržištu rada: pristupi zapošljavanju

Invaliditet, sam po sebi, ne sprečava obavljanje rada u meri u kojoj to čine stavovi društva koji se odnose na invaliditet. U skladu sa socijalnim modelom invaliditeta, invaliditet ne predstavlja (samo) medicinsku ili biološku disfunkciju, već se prilikom određivanja ovog pojma, uzimaju u obzir i ograničenja i prepreke za puno učešće osoba sa invaliditetom u društvu (Kovačević, 2021, p. 235). Borba za socijalni model počiva na borbi za ljudska prava, borbi protiv diskriminacije i stigmatizacije ranjivih grupa društva, što je obaveza društva i države (Gotovac, 2003, p. 44).

Može se napraviti gruba razlika između zapošljavanja osoba sa invaliditetom na otvorenom tržištu, s jedne strane, i zaštićenog zapošljavanja, s druge strane. U duhu socijalnog modela, savremeni zakoni podstiču zapošljavanje osoba sa invaliditetom na otvorenom tržištu (Kovačević, 2022, p. 335). Na otvorenom tržištu, osobama sa invaliditetom poslovi moraju biti dostupni pod jednakim uslovima, na temelju njihovih kvalifikacija, iskustva i sposobnosti, bez ikakve diskriminacije. Merodavni zakoni Srbije i država regiona poznaju zapošljavanje osoba sa invaliditetom pod opštim i posebnim uslovima, odnosno bez prilagođavanja i sa prilagođavanjem radnog mesta potrebama osoba sa invaliditetom (Rajić, 2016, p. 180). U zavisnosti od specifičnosti invaliditeta, neretko će biti potrebno prilagođavanje radnog mesta, kako u vidu tehničkog prilagođavanja (npr. postavljanje rampe za invalidska kolica), tako i organizacionog (npr. uvođenje rada na daljinu). S druge strane, zaštićeno zapošljavanje predstavlja vid zapošljavanja osoba sa invaliditetom, koje je u prošlosti bilo široko korišćeno jer je odražavalo dominantan medicinski model invaliditeta u to vreme. Medicinski model invaliditeta, za razliku od socijalnog, akcenat je stavljao na lečenje i rehabilitaciju osoba

sa invaliditetom i pre svega odnosio se na ostvarivanje prava na socijalne prestacije, kao zamenu (ili dodatak) prihoda (Kovačević, 2022, pp. 333-335), uz zapošljavanje u zaštitnim radionicama, preduzećima za profesionalnu rehabilitaciju ili u socijalnim preduzećima (Kovačević, 2021, p. 235).

Na globalnom, regionalnom i nacionalnom nivou preduzete su različite mere u cilju profesionalne rehabilitacije, obuke i zapošljavanja osoba sa invaliditetom (Sehic, Satrovic & Fijuljanin, 2015, p. 53). Pored podsticaja u vidu refundacije troškova prilagođavanja radnih mesta potrebama osoba sa invaliditetom i subvencionisanja njihovih zarada, postoje velika očekivanja od kvota za zapošljavanje osoba sa invaliditetom.

2.3. Važnije prepreke za zapošljavanje osoba sa invaliditetom

Iako su osobe sa invaliditetom poslednjih godina postale vidljivije u društvu, te su napravljeni pomaci u pravcu poboljšanja njihovog sveopšteg položaja, on je još uvek daleko od zadovoljavajućeg (Lazarević, Ćirić Milovanović & Šimoković, 2012, p. 66). Osobe sa invaliditetom još uvek su jedna od najmanje poželjnih grupa kandidata za zaposlenje i zaposlenih (Kozjak & Lapat, 2018, p. 35). Prepreke za zapošljavanje dovode do toga da osobe sa invaliditetom budu izložnije riziku od siromaštva, usled nemogućnosti pronalaska ili zadržavanja zaposlenja, kao i teškoća da napreduju u profesionalnoj karijeri. Siromaštvom su najviše pogođena nezaposlena lica, kao i lica sa niskim nivoom obrazovanja, a nezamisljiv deo ovih grupa čine osobe sa invaliditetom (Perišić & Vidojević, 2015, p. 154). Siromašna osoba je već dovoljno stigmatizovana, a još je u nepovoljnijem položaju siromašna osoba s invaliditetom (Leutar, 2006, p. 305). Uzroci velike stope nezaposlenosti osoba sa invaliditetom prema Potiću, Milićeviću & Nedoviću (2011, p. 14) mogu biti „negativni stavovi društva i poslodavaca, nedostatak radnog iskustva i dužina trajanja nezaposlenosti, nedostatak asistivnih sredstava i servisa podrške na radnom mestu, neravnoteža ponude i potražnje na tržištu rada”. Njihov položaj neretko otežavaju i nizak stepen obrazovanja, nekonkurentnost njihovog zanimanja i kvalifikacione strukture na tržištu rada (Jašarbegović & Kotlo, 2016, p. 348). Među preprekama za zapošljavanje osoba sa invaliditetom predvode predrasude koje se tiču njihove produktivnosti, spremnosti da se posvete radu, mogućnosti da samostalno obavljaju rad kao i čestih odsustava sa rada iz zdravstvenih razloga. Pored toga, tu je i bojazan da su ova lica slabog zdravlja i snage, zbog čega su poslodavci stava da se njihovim zapošljavanjem izlažu većem riziku povreda na radu. Nedostatak informacija o osobama sa invaliditetom i njihovim radnim sposobnostima, pritom, profilise i stavove poslodavca u pogledu njihovog zapošljavanja (Odović, Rapaić & Nedović, 2009, p. 555).

Navedene prepreke predstavljaju smetnje za zapošljavanje osoba sa invaliditetom i održavaju nizak stepen učešća ovih lica na tržištu rada.

U društvu gde se osobe sa invaliditetom ne tretiraju kao ravnopravni članovi, gde im se kontinuirano i istrajno uskraćuje ostvarivanje prava na rad i gde su prepreke za njihovo zapošljavanje toliko brojne da se sa teškoćom može odrediti gde se jedna prepreka završava a druga počinje, teško je govoriti o jednakosti i slobodi rada za sve.

3. Pojam i kritička analiza kvota za zapošljavanje osoba sa invaliditetom

3.1. Osnovna obeležja kvota za zapošljavanje

„Kvota za zapošljavanje osoba sa invaliditetom predstavljaju ograničenje poslodavčeve slobode izbora saradnika koje se sastoji u obavezi poslodavca da se podređuje određenim numeričkim zahtevima za zapošljavanje, a neretko i za napredovanje osoba sa invaliditetom, u cilju uklanjanja diskriminacije ove kategorije radnika” (Kovačević, 2021, p. 244). Kao afirmativna mera, kvota za zapošljavanje osoba sa invaliditetom predstavlja dopušteno odstupanje od zabrane pravljenja razlike među radnicima na osnovu njihovih urođenih i stečenih ličnih svojstava. U pitanju je privremena mera koju mogu uvesti samo organi javne vlasti u korist ugrožene grupe, koja nužno ne mora biti i manjinska, što, međutim, jeste slučaj sa osobama sa invaliditetom koje čine najbrojniju manjinu u svetskoj populaciji, kao i na nivou svake države, pa i država iz našeg istraživačkog uzorka. Kao privremena mera, kvota se primenjuje dok se mogućnosti za zaposlenje članova ugrožene grupe, u proseku, ne izjednače s odgovarajućim mogućnostima ostatka populacije.

Kvotni sistem zapošljavanja osoba sa invaliditetom može imati oblik zakonske obaveze zapošljavanja osoba sa invaliditetom čije je nepoštovanje zaprećeno novčanom kaznom ili zakonske preporuke zapošljavanja osoba sa invaliditetom. Treći oblik javljao se u Velikoj Britaniji u periodu od 1994. do 1995. godine, gde zakonska obaveza zapošljavanja osoba sa invaliditetom nije podrazumevala i delotvornu sankciju u slučaju njenog nepoštovanja (Kovačević, 2014, p. 64, fn. 27).

Iako je kvotni sistem osmišljen kako bi olakšao integraciju osoba sa invaliditetom u sferi rada, nažalost, u praksi se neretko dešava upravo suprotno. Kako zapažaju Brkić & Milanović (2015, p. 61) „neprilagođenost radnih mesta i zajednice, velika stopa nezaposlenosti, nepovoljna kvalifikaciona struktura osoba sa invaliditetom i njena neusklađenost sa potrebama tržišta, kao i drugi specifični i nespecifični faktori najčešće dovode do kratkoročnog i selektivnog zapošljavanja osoba sa invaliditetom,

a u cilju zadovoljenja kvota”. Čak i kada su sistemi kvota uspeli da obezbede zapošljavanje osoba sa invaliditetom, oni često nisu uspeli da ostvare potpunu integraciju osoba sa invaliditetom u sferi radnih odnosa (Bagenstos, 2005, p. 654).

Zakoni posvećeni profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom su, kako je istaknuto u Strategiji za zaštitu lica sa invaliditetom od diskriminacije i promociju jednakosti Crne Gore (2022, p. 60) „izraz izuzetno nezadovoljavajuće situacije u kojoj se nalaze lica s invaliditetom u oblasti rada i zapošljavanja, posebno uzimajući u obzir da razvijena društvena svest o važnosti zaposlenja lica s invaliditetom još uvek ne postoji”. Veće kazne za poslodavce mogu biti rešenje koje bi povećalo zapošljavanje, ali stopa zaposlenosti bi rasla usled činjenice da su poslodavci primorani da ih angažuju, ne jer to i žele.

3.2. Kvantitativne i profesionalne koordinate kvota za zapošljavanje osoba sa invaliditetom

Uočava se da pravni sistemi Srbije i država regiona gotovo identično regulišu pitanje kvotnog zapošljavanja osoba sa invaliditetom, te, sa određenim odstupanjima, obavezu nameću poslodavcima koji zapošljavaju bar 20 zaposlenih (Srbija, Crna Gora, Hrvatska i Slovenija). Jedini izuzetak predstavlja Zakon o zapošljavanju osoba sa invaliditetom Severne Makedonije koji još uvek nije regulisao pitanje kvota za zapošljavanje osoba sa invaliditetom. Za razliku od zakona Srbije i Crne Gore, koji propisuju obavezu zapošljavanja jedne osobe sa invaliditetom za poslodavce koji zapošljavaju najmanje 20 zaposlenih, Zakon Hrvatske kvotu nameće u rasponu od 2 do 6%, u zavisnosti od ukupnog broja zaposlenih. Posebnim pravilnikom precizirana je visina kvote od 3% u odnosu na ukupan broj zaposlenih kod poslodavca, nezavisno od delatnosti koju poslodavac obavlja (Pravilnik o utvrđivanju kvote za zapošljavanje osoba sa invaliditetom Hrvatske, 2018, čl. 5). Ukoliko se prilikom određivanja kvote ne dobija ceo broj, vrednosti iznad 0,5%, uključujući i 0,5%, zaokružuju se na veći broj (Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom Hrvatske, 2013, čl. 8). Za razliku od numerički određene kvote, kvota izražena u procentima pruža mogućnost većem broju osoba sa invaliditetom da pronađe zaposlenje, što se može uočiti na primeru Srbije i Hrvatske. Ova razlika sve više dolazi do izražaja kako raste ukupan broj zaposlenih kod poslodavca. Poslodavac koji ima 99 zaposlenih u Hrvatskoj bi imao obavezu zapošljavanja 4 osobe sa invaliditetom, dok bi u Srbiji isti poslodavac imao obavezu zapošljavanja samo dve osobe sa invaliditetom.

U Bosni i Hercegovini, imajuću u vidu državno uređenje, javljaju se dva entitetska zakona. Naime, Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji, osposobljavanju i zapošljavanju lica sa invaliditetom Federacije BiH i Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji

i zapošljavanju invalida u Republici Srpskoj predviđaju da obaveza poslodavca nastaje u trenutku kada on ima bar 16 zaposlenih, te tada postaje dužan zaposliti najmanje jednu osobu sa invaliditetom, čime ujedno predstavljaju jedine zakone u regionu koji obavezu ne vezuju za postojanje najmanje 20 zaposlenih.

Pohvalno rešenje postoji u pravu Slovenije, gde kvotu utvrđuje Vlada Republike Slovenije, na predlog Ekonomsko-socijalnog saveta, uredbom (Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju invalida Slovenije, čl. 62). Broj osoba sa invaliditetom koje će biti uključene u kvotni sistem zapošljavanja u Sloveniji varira između različitih vrsta delatnosti (Vodovnik & Korpič-Horvat, 2015, p. 182), čime je ovakvim rešenjem detaljnije uređen kvotni sistem u odnosu na druge države regiona. Visina kvote se određuje u odnosu na ukupan broj zaposlenih i može iznositi 2% u oblastima trgovine i ugostiteljstva, 3% u delatnostima izgradnje i obrazovanja ili 6% u delatnostima kao što su lov, rudarstvo i snabdevanje električnom energijom i gasom (Uredba o utvrđivanju kvote za zapošljavanje invalida Slovenije, čl. 3). Međutim, postavlja se pitanje razloga za propisivanje najviše kvote za oblast kao što je rudarstvo, gde poslovi neretko ugrožavaju bezbednost i zdravlje zaposlenih. Iako ne treba podleći predrasudi da su osobe sa invaliditetom slabog zdravlja, treba imati dozu opreza kod ovakvih poslova, posebno ako invaliditet utiče na motoričke funkcije organizma.

Obaveze poslodavaca se progresivno povećavaju – poslodavac sa 50 i više zaposlenih u Srbiji dužan je zaposliti najmanje dve osobe sa invaliditetom, a za svakih narednih 50 zaposlenih dodatnu osobu sa invaliditetom (Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom Srbije, čl. 24). S druge strane, poslodavce u Crnoj Gori u slučaju postojanja više od 50 zaposlenih tereti kvota od 5% u odnosu na ukupni broj zaposlenih, a ukoliko poslodavac ima ili zaposli osobu sa teškim invaliditetom od najmanje 80%, smatra se kao da je zaposlio dve osobe sa invaliditetom (Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom Crne Gore, čl. 21). Iako je ovo rešenje opravdano kada se ima u vidu da najveće teškoće da pronađu zaposlenje imaju upravo osobe sa najozbiljnijim stepenom invaliditeta, deluje neprihvatljivo da se pravi razlika unutar osetljive grupe kakve su osobe s invaliditetom.

Imajući u vidu da zakoni Hrvatske i Slovenije obavezu zapošljavanja određuju procentualno a ne brojčano, broj osoba sa invaliditetom proporcionalno raste u odnosu na ukupan broj zaposlenih u skladu sa određenom kvotom. S druge strane, pravilo o povećanju broja zaposlenih osoba sa invaliditetom neopravdano je izostalo u zakonima Bosne i Hercegovine. Međutim, ovi zakoni jesu najstariji, te u velikoj meri oslikavaju stanje u društvu pre više od jedne decenije.

3.3. Sadržina obaveze zapošljavanja osoba sa invaliditetom i oslobođenje od obaveze neposrednog zapošljavanja

Ukoliko poslodavac, koji ima zakonom predviđenu obavezu, ne želi da zaposli osobu sa invaliditetom, svoju obavezu može ispuniti i putem alternativno određenih obaveza. Ovakve obaveze tiču se poboljšanja položaja osoba sa invaliditetom na druge, i te kako važne načine, a koji ne podrazumevaju neposredno zapošljavanje na otvorenom tržištu. Poslodavac u Srbiji oslobađa se obaveze zapošljavanja jedne osobe sa invaliditetom za narednih 12 meseci ako izvrši finansijske obaveze iz ugovora o poslovno-tehničkoj saradnji sa preduzećem za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba sa invaliditetom ili iz ugovora o kupovini proizvoda ili vršenju usluga tog preduzeća, izuzev iz oblasti trgovine na veliko, u vrednosti od 20 prosečnih zarada u Republici Srbiji, od dana izvršenja obaveze (Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom Srbije, čl. 27). U Sloveniji, pomenuti ugovor o poslovnoj saradnji oslobađa poslodavca obaveze kvotnog zapošljavanja ukoliko njegova vrednost iznosi bar 15 minimalnih zarada za svaku osobu sa invaliditetom koju je trebalo da poslodavac zaposli. Hrvatski zakonodavac alternative kvotnom sistemu naziva zamenskim kvotama, a pored ugovora o poslovnoj saradnji, pominje i druge vidove ispunjenja obaveze, poput stipendiranja osoba sa invaliditetom, organizovanja prakse za učenike sa invaliditetom ili organizovanja programa stručnog osposobljavanja i usavršavanja. Zakoni Bosne i Hercegovine i Crne Gore regulišu posledicu neispunjenja obaveze u vidu plaćanja doprinosa i ne poznaju alternativna ispunjenja obaveze na načine koji postoje u drugim sistemima.

3.4. Posledice nepoštovanja kvote

Merodavnim zakonima država regiona nedvosmisleno je potvrđeno pravilo da poslodavac koji ne zaposli osobu sa invaliditetom, a bio je u obavezi, dužan je da uplati određeni iznos u budžetski fond države. U domaćem pravu, poslodavac koji ne bi zaposlio osobu sa invaliditetom, po propisima koji su važili do 2013. godine, imao je obavezu plaćanja penala u visini trostrukog iznosa minimalne zarade za svako lice koje nije zaposlio (Kovačević, 2021, p. 246). Umesto obaveze plaćanja penala, javlja se obaveza poslodavca da plaća određeni procenat prosečne ili minimalne zarade za svako lice sa invaliditetom koje nije zaposlio. Merodavni zakoni različito određuju ovaj doprinos i on je ekvivalentan 50% prosečne zarade po zaposlenom u Republici Srbiji,¹ 20% minimalne zarade u Hrvatskoj, 20%

¹ Prosečna bruto zarada po zaposlenom u Republici Srbiji za decembar 2022. godine iznosila je 115.315,00 dinara, samim tim 50% prosečne zarade iznosi 57.657,50 dinara (490 eura) i dalje se

prosečne zarade ostvarene u godini koja prethodi plaćanju doprinosa, odnosno 5% za poslodavce koji zapošljavaju manje od 20 ali više od 10 lica u Crnoj Gori. Najniži iznos od 0,2% u javnom sektoru i 0,1% u privatnom u odnosu na bruto zarade koje su isplaćivane zaposlenima kod poslodavca predviđen je u Bosni i Hercegovini, dok je najviši iznos od 70% minimalne zarade za svaku osobu sa invaliditetom koja nije zaposlena predviđen u pravu Slovenije.² Prema Protiću (2022, pp. 715-176), a u skladu sa podacima prikupljenim od Poreske uprave, gledajući period od deset godina primene kvota u Republici Srbiji, procenjuje se da je svega 50-60% poslodavaca koji su obveznici kvote ispunilo svoju obavezu zapošljavanjem 43 osobe sa invaliditetom. S druge strane, skoro 40% njih se opredelilo da svoju obavezu ispuni uplaćivanjem odgovarajućeg doprinosa u Budžet.

Ukoliko poslodavci ne ispune nijednu od svojih obaveza, merodavni zakoni država regiona propisuju novčane kazne i prekršajnu odgovornost. Iako su zakoni saglasni da je sankcija za nepoštovanje kvote novčana kazna, u određenim pravnim sistemima (kao što je slučaj sa Holandijom), odredbe koje ih uvode su *lex imperfecta* te njihovo nepoštovanje sa sobom ne povlači sankciju, već se sama odredba svodi na preporuku zapošljavanja osoba sa invaliditetom.

3.5. Nagrade za poslodavce

Nagrada za zapošljavanja preko kvote nije predviđena u domaćem pravu, dok u određenim državama regiona predstavlja bitno obeležje kvotnog sistema. Ova nagrada može iznositi 20% minimalne zarade u Sloveniji, odnosno 30% minimalne zarade u Hrvatskoj, za svaku osobu sa invaliditetom koja je zaposlena preko broja određenog kvotom. U Hrvatskoj postoji i nagrada za „poslodavce godine za osobe sa invaliditetom” koje dodeljuje Zavod za veštačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba sa invaliditetom.³ Delikatno je pitanje da li u domaćem sistemu treba uvesti nagradu za poslodavce. Iako bi to bio dodatni stimulans koji bi mogao dovesti do zapošljavanja većeg broja osoba sa invaliditetom, upitan je (moralni) legitimitet ovakve nagrade. Novčana nagrada zbog zapošljavanja osobe sa invaliditetom u broju većem od zakonom propisanog predstavlja se kao veliki poduhvat i „usluga” društvu koja zaslužuje nagradu. koristi za podsticanje zapošljavanja osoba sa invaliditetom (Republički zavod za statistiku Republike Srbije, 2022).

² Minimalna bruto zarada za 2023. godinu u Sloveniji iznosi 1.203,66 eura. To dalje znači da svaki poslodavac koji odbije da zaposli osobu sa invaliditetom treba da uplati iznos od 852.562,00 eura (Znesek minimalne place, 2023).

³ Neki od poslodavaca godine za osobe sa invaliditetom u 2021. godini su bili „Asemo DOO” u privatnom sektoru i „Split parking DOO” u javnom sektoru (Zavod za veštačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba sa invaliditetom Republike Hrvatske, 2022).

Iako je poslodavac zaposlio osobu koja ispunjava uslove radnog mesta i koja daje svoj doprinos, pravilo se postavlja tako kao da poslodavac „zaslužuje” nagradu (samo) zato što je zaposlio osobu sa invaliditetom. Iako treba podržati poslodavce koji zapošljavaju osobe sa invaliditetom, sredstva koja se izdvajaju za ovu namenu zasigurno mogu biti usmerena ka dodatnim obukama, kursevima ili radionicama kako kvotni sistem ponovo ne bi bio primarno zadužen za uspeh zapošljavanja.

4. Zaključak

Kvotni sistemi Republike Srbije i država regiona u velikom delu podsećaju jedan na drugi. Zahvaljujući njima postignuti su određeni rezultati koji, iako skromni, potvrđuju da invaliditet nije nepremostiva prepreka za zasnivanje radnog odnosa (Laurent, 1998, p. 365). Skromne rezultate kvota za zapošljavanje treba sagledati u kontekstu izostanka drugih mera inkluzije osoba sa invaliditetom, što (Protić, 2022, p. 718) predstavlja nedostatak sistemskog uklanjanja barijera za njihovu svakodnevnu rutinu (uključujući i putovanje do radnog mesta), kao i niska ulaganja u razumno prilagođavanje radnih mesta, procesa rada i uslova rada potrebama osoba sa invaliditetom. Pre nego što je kvota bila određena, trebalo je uporediti broj osoba sa invaliditetom koje traže posao sa brojem poslova koji bi im bili dostupni (Protić, 2022, p. 711). Međutim, kako Protić (2022, p. 71) dalje ukazuje, nema dostupnih dokaza da je takva analiza zaista i izvršena, što neminovno nameće pitanje adekvatnosti kvote.

Iako kvote ne pokazuju zadovoljavajuće rezultate, podaci iz evidencija javnih službi za zapošljavanje u državama iz istraživačkog uzorka svedoče da se broj nezaposlenih osoba sa invaliditetom smanjuje u odnosu na prethodne godine.⁴ Iako je broj nezaposlenih osoba sa invaliditetom i dalje izuzetno visok, što izaziva veliku zabrinutost usled rizika koje nezaposlenost sa sobom nosi, ohrabrujući je podatak da se iz godine u godinu smanjuje broj nezaposlenih osoba sa invaliditetom.⁵

⁴ U Srbiji, prema evidenciji Nacionalne službe za zapošljavanje, u 2021. godini bilo je 18.833 nezaposlenih osoba sa invaliditetom, dok se u 2022. broj smanjio na 17.994.

⁵ U Crnoj Gori, prema izveštaju Zavoda za zapošljavanje, u 2021. godini na evidenciji se nalazilo 10.934 nezaposlena lica sa invaliditetom, a krajem 2022. godine 9.864.

U Hrvatskoj, prema evidenciji Zavoda za zapošljavanje zaposleno je 3.065 osoba s invaliditetom u 2022. godini, što predstavlja povećanje za 11,9% u odnosu na prethodnu godinu.

Poslednji podaci koje je izdao Ekonomsko-socijalni savet u Sloveniji pokazuju da u februaru 2023. od ukupnog broja registrovanih nezaposlenih lica 16,3% čine osobe sa invaliditetom, dok se ukupan broj nezaposlenih u odnosu na februar 2022. smanjio za 17,6%.

Izveštaji o radu Zavoda FBIH i RS ne preciziraju broj nezaposlenih osoba sa invaliditetom.

Veća delotvornost kvota za zapošljavanje je cilj koji nije lako dostići. S jedne strane, potrebno je povećati kvotu u odnosu na ukupan broj zaposlenih kod poslodavaca, što bi zasigurno naišlo na protivljenje jače strane radnog odnosa. S druge strane, potrebne su temeljne izmene zakonskih propisa kojima bi mogućnosti oslobađanja od obaveze zapošljavanja osoba sa invaliditetom bile manje isplative za poslodavce. Na kraju, uporedo sa ovim merama potrebno je aktivno raditi na promeni svesti društva i promociji osoba sa invaliditetom kao njegovih ravnopravnih članova.

Literatura

- Bagenstos, S. 2005. Comparative Disability Employment Law from an American Perspective. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 24(4), pp. 649-668.
- Brkić, M. & Milanović, D. 2015. U potrazi za sigurnošću. *Socijalna politika*, 50(2), pp. 49-64. DOI: <https://doi.org/10.22182/sp.22015.3>
- Vodovnik, Z. & Korpič-Horvat, E. 2015. *Labour law in Slovenia*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law and Business.
- Gotovac V. 2003. Uloga sustava rada i zapošljavanja u socijalnom uključivanju osoba s invaliditetom: Problemi i teze. *Revija Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje*, 3/4, pp. 35-46.
- Jašarbegović, A. & Kotlo, R. 2016. Pravni okvir, javne politike i praksa djelovanja u oblasti invalidnosti u BiH sa osvrtom na osobe sa duševnim smetnjama. U: Bubić, S. (ur.), *Dani porodičnog prava*. Mostar: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić” u Mostaru, pp. 331-351.
- Kiš-Glavaš, L. 2009a. Aktivnosti i prepreke u zasnivanju radnog odnosa za osobe sa invaliditetom. *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja*, 45(1), pp. 63-72.
- Kovačević, Lj. 2011. Zapošljavanje lica sa invaliditetom. U: Vuković D. & Arandarenko M. (ur.), *Socijalne reforme – sadržaj i rezultati*. Beograd: Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, pp. 195-213.
- Kovačević, Lj. 2014. Protection of Persons with Disabilities from Employment Discrimination, with a Focus on Serbian Legislation and Practice. *Pravni vjesnik*, 30(2), pp. 57-76.
- Kovačević, Lj. 2021. *Zasnivanje radnog odnosa*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kovačević, Lj. 2022. Intersectional Discrimination of Women with Disabilities in the World of Work: Advantages and Challenges of Applying an Intersectional Approach. U: Kovačević, Lj., Vujadinović, D. & Evola, M. (ur.), *Ukrštena diskriminacija žena i devojčica sa invaliditetom i instrumenti za njihovo osnaživanje*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 329-370.
- Kozjak, A. & Lapat G. 2018. Mišljenja poslodavaca o zapošljavanju osoba sa invaliditetom. *Andragoški glasnik*, 22(2), pp. 35-44.

- Lazarević, S., Ćirić Milovanović, D. & Šimoković, L. 2012. *Univerzalnost prava u praksi : Analiza primene Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom u odnosu na osobe sa intelektualnim teškoćama u Srbiji*. Beograd: Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S.
- Leutar, Z. 2006. Osobe sa invaliditetom i siromaštvo. *Revija za socijalnu politiku*, 13(3-4), pp. 293-308, DOI: <https://doi.org/10.3935/rsp.v13i3.428>
- Leutar, Z. & Milić Babić, M. 2008. Pravo na rad i osobe s invaliditetom u Hrvatskoj. *Sociologija i prostor*, 46(2), pp. 161-186.
- Mégret, F. 2008. The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights? *Human Rights Quarterly*, 30(2), pp. 494–516. DOI: <https://doi.org/10.1353/hrq.0.0000>
- Odović, G., Rapačić, D. & Nedović, G. 2009. Zapošljavanje osoba sa invaliditetom u preduzećima u otvorenoj privredi. U: Matejić-Đuričić, Z. (ur.), *Istraživanja u specijalnoj edukaciji i rehabilitaciji*, Beograd: Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju, pp. 545-556.
- Paravina, D. 1986. Radno pravo i savremeni jugoslovenski trenutak. U: Miljković M (ur.), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 26(26), pp. 27-38.
- Perišić, N. & Vidojević, J. 2015. Divided by Poverty and Social Exclusion – Roma and Persons with Disabilities in Serbia. *Croatian Political Science Review*, 52(4-5), pp. 142-159.
- Potić, S., Milićević, M. & Nedović, G. 2011. Profesionalna rehabilitacija i prediktori zaposlenosti osoba sa invaliditetom. *Zdravstvena zaštita*, 40(3), pp. 12-17. DOI: <https://doi.org/10.5937/ZZ1103012P>
- Prijijć, T. 2010. Profesionalna rehabilitacija osoba sa invaliditetom u zakonodavstvu Republike Srbije. *Pravo i privreda*, 47(7/9), pp. 489-503.
- Protić, J. 2022. Effectiveness of the Quota System for Employment of Persons with Disabilities in Serbia. U: Kovačević, Lj., Vujadinović, D. & Evola, M. (ur.), *Ukrštena diskriminacija žena i devojčica sa invaliditetom i instrumenti za njihovo osnaživanje*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 703-722.
- Rajić, J. 2016. Problem zapošljavanja osoba sa invaliditetom. *Strani pravni život*, 60(3), pp. 173-189.
- Rački, J. 1996. Osobe sa osobitim potrebama. *Društvena istraživanja*, 5(1), pp. 89-107.
- Reljanović, M. 2022. Intersekcijnska i višestruka diskriminacija devojčica i žena sa invaliditetom u obrazovanju i pri zapošljavanju: Obaveze država potpisnica prema članu 6. Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom. U: Kovačević, Lj., Vujadinović, D. & Evola, M. (ur.), *Ukrštena diskriminacija žena i devojčica sa invaliditetom i instrumenti za njihovo osnaživanje*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 51-72.
- Hachani, M. & Larouk, O. 2017. A Thematic Analysis of Technical Documents: The Collection and Formalization of Information Relating to the Needs of Persons with Disabilities. *International Journal of Cognitive Research in Science, Engineering and Education*, 5(2), pp. 99-106. DOI: <https://doi.org/10.5937/IJCRSEE1702099E>

Pravni izvori

- Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 42/2009.
- Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2009, 32/2013 i 14/2022.
- Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom, *Službeni list CG*, br. 49/2008, 73/2010, 39/2011 i 55/2016.
- Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, *Narodne novine*, br. 157/2013, 152/2014, 39/2018, 32/2020.
- Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju invalida, *Službeni glasnik RS*, br. 37/2012 i 82/2015.
- Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji, osposobljavanju i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, *Službene novine FBiH*, br. 9/2010.
- Zakon o zaposlitveni rehabilitaciji in zaposlovanju invalidov, *Uradni list RS*, št. 87/2011,96/2012 – ZPIZ-2, 98/2014 i 18/2021.
- Pravilnik o utvrđivanju kvote za zapošljavanje osoba s invaliditetom, *Narodne novine*, br. 75/18, 120/2018, 37/2020, 145/2020.
- Uredba o določitvi kvote za zaposlovanje invalidov, *Uradni list RS*, št. 21/2014.
- Strategija za zaštitu lica sa invaliditetom od diskriminacije i promociju jednakosti. 2022. Ministarstvo ljudskih i manjinskih prava Crne Gore. Dostupno na: <https://www.gov.me/dokumenta/e9659c4e-e7f6-41f2-ab98-0fd115b80601> (5. 4. 2023).

Internet izvori

- Zavod za veštačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba sa invaliditetom Republike Hrvatske. 2022. Proglašeni najbolji poslodavci za osobe s invaliditetom u Republici Hrvatskoj za 2021. godinu. Dostupno na: https://www.zosi.hr/novosti/zosi_news/proglaseni_najbolji_poslodavci_za_osobe_s_invaliditetom_u_republici_hrvatskoj_za_2021_godinu-1931/ (5. 4. 2023).
- Republički zavod za statistiku Republike Srbije. 2022. Prosečne zarade po zaposlenom, decembar 2022. Dostupno na: <https://www.stat.gov.rs/sr-latn/vesti/statisticalrelease/?p=13745&a=24&s=2403?s=2403> (5. 4. 2023).
- Uradni list RS. 2023. Znesek minimalne plače. Dostupno na: https://www.uradni-list.si/_pdf/2023/Ur/u2023004.pdf (5. 4. 2023).
- International Labour Organization. 2013. *Decent Work Indicators Guidelines for Producers and Users of Statistical and Legal Framework Indicators*, ILO Manual Second Version. Dostupno na: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/s/---integration/documents/publication/wcms_229374.pdf (5. 4. 2023).
- Council of Europe. 2012. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*. Issue Paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights. Dostupno na: <https://rm.coe.int/who-gets-to-decide-right-to-legal-capacity-for-persons-with-intellectu/16807bb0f9> (5. 4. 2023).

UPUTSTVO AUTORIMA

PRIJAVLJIVANJE RUKOPISA ZA OBJAVLJIVANJE

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

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

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

NAPOMENE VAŽNE ZA PRIPREMU RUKOPISA

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

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

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

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

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

Osnovno oblikovanje teksta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NAČIN CITIRANJA I SASTAVLJANJA SPISKA REFERENCI

NAVOĐENJE IZVORA UNUTAR TEKSTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prezeti sadržaj drugog autora se može saopštiti i parafraziranjem:

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

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

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

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

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

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

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

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

Ili:

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

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

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

Indirektno se isti tekst može preuzeti na sledeći način:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Citiranje rada koji ima više od tri autora. U tekstu se navodi samo prezime prvog autora i iza njega opšteprihvata 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 (Ćirić, 2004a, p. 70)... Pored „tvrde”, ne bismo smeli da zaboravimo „meku moć”... (Ćirić, 2004b, p. 334).

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

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

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

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

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

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

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

Ili indirektno:

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

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

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

Ili:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prilikom citiranja prakse Evropskog suda za ljudska prava navodi se i broj podnete predstave. 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, navode se na isti način kao i ostali sadržaji, ako su poznati autori ili organizacije ili državne ustanove koje su ih objavile, s tim što će u spisku literature na odgovarajući način biti naglašeno da je reč o URL izvoru ili o članku sa DOI brojem. Elektronski dostupni sadržaji retko imaju označene stranice, pa se preciznost kod navođenja citata postiže pozivanjem na odeljke ili pasuse, ako su numerisani u tekstu.

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

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

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

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

SASTAVLJANJE SPISKA LITERATURE I POPISA PRAVNIH IZVORA

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

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

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

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

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

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

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

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

2. DOKTORSKE DISERTACIJE, MAGISTARSKI ILI ZAVRŠNI MASTER RADOVI

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

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

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

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

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

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

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

4. ČLANCI

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

Navodimo primere:

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

5. ČLANCI OBJAVLJENI U ELEKTRONSKOM ČASOPISU ILI ONLINE BAZI PODATAKA

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

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

Ili:

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

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

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

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

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

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

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

7. ČLANAK DOSTUPAN NA INTERNETU KOJI NEMA NAZNAČENOG AUTORA

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

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

8. SPISAK KORIŠĆENIH PRAVNIH IZVORA I IZVORA SUDSKE PRAKSE

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

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

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

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

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

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

Različite načine navođenja ilustruju sledeći primeri:

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

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

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

CIP - Каталогизacija y publikaciji
Народна библиотека Србије, Београд

34

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

Tromesečno. - Drugo izdanje na drugom medijumu:

Strani pravni život (Online) = ISSN 2620-1127

ISSN 0039-2138 = Strani pravni život

COBISS.SR-ID 86244103

