

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST

Zbornik radova 34. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović

Radovi za nagradu
“Profesor Slobodan Perović”

Beograd, 2021. | Tom IV



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

34. godina



Izdavanje ove publikacije omogućilo je nemačko Savezno ministarstvo za privrednu saradnju i razvoj putem projekta Nemačko-srpske razvojne saradnje "Podrška Ministarstvu pravde u reformi Upravnog suda Srbije", koji sprovodi GIZ.



**немачка
сарадња**
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Implemented by:

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Nalazi, stavovi, mišljenja i preporuke autora izneti u ovoj publikaciji ne odražavaju nužno stavove
Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA – SLOBODAN PEROVIĆ
KOPAONIK SCHOOL OF NATURAL LAW – SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris Naturalis Copaonici

34. Susret

34th Meeting

**PRIMENA PRAVA
I PRAVNA SIGURNOST
APPLICATION OF LAW
AND LEGAL CERTAINTY**

Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava
– Slobodan Perović

Proceedings of the 34th Meeting of Kopaonik School of Natural Law
– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Beograd, 22. decembar 2021

Belgrade, 22 December 2021

Tom IV/Volume IV

RADOVI ZA NAGRADU „PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“
PAPERS FOR THE „PROFESSOR SLOBODAN PEROVIĆ“ AWARD



Beograd, 2021

PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST
APPLICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY

Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 34th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 22. decembar 2021.

International Scientific Conference, 22 December 2021

Izdavač/Publisher

Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović
Patrijarha Gavrila 12, Beograd

E-mail: office@kopaonickaskola.rs

www.kopaonikschool.org

Glavni i odgovorni urednik/Editor-in-Chief

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
President of the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Sekretar/Secretary

Andrea Nikolić

Uređivački odbor/Editorial Board

Prof. dr Đorđe Đorđević, Prof. dr Nataša Delić, Dr Hajrija Mujović, Mr Gordana Petković, Prof. dr Edita Kastratović, Dr Božidar Otašević, Prof. dr Milan Škulić, Prof. dr Olga Cvejić-Jančić, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Zoran Lončar, Dr Christa Jessel-Holst, Prof. dr Dragor Hiber, Akademik prof. dr Zoran Rašović, Prof. dr Nikola Mojović, Ljubica Milutinović, Prof. dr Nina Planojević, Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Akademik prof. dr Mirko Vasiljević, Dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Jasminka Obućina, Dr Vladimir Čolović, Dr Mirjana Glitić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Dr Thomas Meyer, Dr Nataša Hadžimanović, Akademik prof. dr Vitomir Popović, Prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Dimitrije Milić, Prof. dr Sanja Danković Stepanović, Prof. dr Gordana Stanković, Prof. dr Rodoljub Etinski, Akademik prof. dr Radovan Vukadinović, Dr Jelena Vukadinović Marković, Prof. dr Gordana Vukadinović, Prof. dr Saša Bovan, Prof. dr Vladan Petrov.

Međunarodni naučni odbor/International Scientific Committee

Xavier Blanc-Jouvan (Professor emeritus at the University of Paris I Panthéon-Sorbonne, France), Rajko Kuzmanović (President of the Academy of Sciences and Arts of Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina), Prof. dr Gian Antonio Benacchio (University of Trento, Italy), Prof. dr Francesca Fiorentini (University of Trieste, Italy), Zoran Rašović (Montenegrin Academy of Sciences and Arts, Montenegro), Vlado Kambovski (Macedonian Academy of Sciences and Arts, North Macedonia), Prof. dr Aleksandra Maganić (Faculty of Law, University of Zagreb), Dr Mateja Durovic (King's College London, UK).

Kompjuterska obrada/Pre-print
Miodrag Panić

Dizajn korica/Cover design
Uroš Živković

Tiraž/Number of Copies: 500

Štampa/Print
FUTURA, Novi Sad

ISBN-978-86-81956-08-3 (serija) / ISBN-978-86-81956-07-6

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. Recenzije i spisak recenzenata dostupni su u arhivi Kopaoničke škole prirodnog prava. Ocene iznesene u člancima objavljenim u ovom Zborniku lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju stavove uredništva ni institucija u kojima su autori zaposleni.

RADOVI ZA NAGRADU „PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“

U čast svog Osnivača, akademika prof. dr Slobodana Perovića, Kopaonička škola je 2019. godine ustanovila Nagradu „Profesor Slobodan Perović“ za tri najbolja rada mladih učesnika Škole. Nagrade za najbolje radove u prethodnim godinama uručene su dobitnicima na otvaranju 32. Susreta Kopaoničke škole 13. decembra 2019. godine na Kopaoniku i na otvaranju 33. Susreta Kopaoničke škole, 23. decembra 2020. godine, održanog u formi *online* međunarodne naučne konferencije.

Ove godine, Kopaonička škola je po treći put raspisala konkurs za Nagradu „Profesor Slobodan Perović“ na temu „Primena prava i pravna sigurnost“.

Stručni žiri za ocenu radova činili su: predsednik: Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović i članovi: Akademik prof. dr Rajko Kuzmanović, predsednik Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Akademik prof. dr Vlado Kambovski, Makedonska Akademija nauka i umjetnosti, Akademik prof. dr Zoran Rašović, Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Prof. dr Gordana Vukadinović, Univerzitet u Novom Sadu, Prof. dr Nikola Mojović, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Prof. dr Nataša Delić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Gđa Ljubica Tomić, advokat iz Beograda, Dr Thomas Meyer, rukovodilac programa GIZ, Nemačka.

Na konkurs se javilo preko dvadeset autora iz Srbije i inostranstva – mladih pravnika, studenata osnovnih, master i doktorskih studija pravnih fakulteta, koji su, u okviru opšte teme predviđene konkursom, svoje radove posvetili pitanjima iz različitih oblasti prava.

Nakon ocene svih dostavljenih radova, stručni žiri izdvojio je tri rada kao najbolja u okviru opšte teme i uslova predviđenih konkursom. Autori ovih radova dobitnici su ovogodišnje Nagrade „Profesor Slobodan Perović“.

Ovo izdanje Zbornika „Primena prava i pravna sigurnost“ Kopaoničke škole prirodnog prava posvećeno je radovima za ovogodišnju Nagradu „Profesor Slobodan Perović“. U njemu publikujemo radove dostavljene na osnovu konkursa za Nagradu.

Na prvom mestu objavljeni su radovi autora dobitnika prve, druge i treće Nagrade, nakon čega slede ostali radovi koji su, prema oceni stručnog žirija, ispunili uslove za objavljivanje. Ovi radovi raspoređeni su prema katedrama i sekcijama Kopaoničke škole prirodnog prava.

Ovo specijalno i po svemu posebno izdanje, uručujemo učesnicima Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović i široj pravničkoj javnosti u čast Osnivača Kopaoničke škole prirodnog prava, akademika Profesora Slobodana Perovića.

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ
Predsednik Kopaoničke škole
prirodnog prava – Slobodan Perović

PRVA NAGRADA
„PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“

MINA KUZMINAC

PRIMENA PRAVA I PRAVNA (NE)SIGURNOST – NAČELO JEDNAKE ZARADE ZA ISTI RAD ILI RAD ISTE VREDNOSTI: IZMEĐU MITA I STVARNOSTI

Načelo jednakosti među zaposlenima je jedno od osnovnih radnopravnih načela i kamen temeljac na kom su izgrađeni brojni radnopravni instituti. S obzirom na to da je zarada jedan od ključnih elemenata postojanja radnog odnosa, nije začuđujuće to što je izuzetno važna manifestacija načela jednakosti prisutna upravo kada je reč o zaradama. U pitanju je načelo jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti. Iako garantovano radnim zakonodavstvom, ovo načelo nije tako lako primenjivo u praksi – teškoće u primeni su prouzrokovane postojanjem široko postavljenih odredaba u Zakonu o radu kojima se garantuje ovo načelo, nedovoljnom preciznošću parametara i kontrole tih parametara u praksi, te činjenicom da su zarade neretko određene kao poverljiva informacija ugovorom o radu. Konačno, rodna neravnopravnost u radnim odnosima se često manifestuje kroz povredu ovog načela. S obzirom na navedeno, autorka postavlja hipotezu da postoji pravna nesigurnost kada je reč o primeni načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti, što za dalju posledicu ima mogućnost povrede ovog načela od strane poslodavaca. Radi stvarnog sprovođenja ovog načela u praksi, neophodno je postići viši stepen pravne sigurnosti.

Ključne reči: načelo jednakosti, isti rad, rad iste vrednosti, poverljivost informacija o zaradi, rodna neravnopravnost

Mina Kuzminac, master prava, diplomirani profesor jezika i književnosti, doktorand
Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: minakuzminac96@gmail.com.

UVODNA RAZMATRANJA – KONCEPT JEDNAKOSTI PLAĆANJA
ZA ISTI RAD ILI RAD ISTE VREDNOSTI

Čini se da nema pogodnijih reči kojima možemo započeti razmatranje načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti do reči, odnosno pitanja, postavljenog od strane akademika Slobodana Perovića koji navodi: „Transcendentno svojstvo prava i empirijsko svojstvo prava postavlja i održava večito pitanje. Koja su to pravila po kojima mi upravljamo naša htenja, naš život, naše afekcije i naše interese? Koji je suštinski temelj tih pravila po kojima mi živimo?“¹ U ovom radu ćemo se zapitati koji je i kakav je normativni temelj načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti, kao i na koji način se manifestuju suprotstavljeni interesi strana u radnom odnosu pri primeni ovog načela.

U tom smislu, kada govorimo o radnom odnosu, moramo imati na umu to da poslodavac i zaposleni nisu ni „pravno niti faktički jednaki“.² Ipak, iako se radni odnosi zasnivaju između dve izvorno nejednake strane, to jest ekonomski nadmoćnog poslodavca i kandidata za zaposlenje koji je u potrazi za (često jedinim) izvorom prihoda, cilj radnog zakonodavstva jeste da pruži neophodnu zaštitu zaposlenom, odnosno kandidatu za zaposlenje kao slabijoj strani.³ Stoga i ne čudi to što je radno pravo nastalo kao grana prava usled intervencija u svetu rada, neophodnih upravo jer primena klasičnog ugovornog prava nije bila adekvatna kada je reč o radnom odnosu.⁴

Temelji na kojima je izgrađeno radno pravo su radnopravna načela, a jedno od ključnih načela jeste načelo jednakosti.⁵ Izuzetno važna manifestacija garantije jednakosti jeste upravo postojanje načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti. Ipak, ova naizgled jednostavno postavljena garantija neminovno otvara niz pitanja, te kreira pogodan teren za različita tumačenja. Naime, nedoumice mogu

¹ Slobodan Perović, „Između čulnosti i umnosti prava“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 126.

² Predrag Jovanović, „Načelo jednakosti u radnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, tom 52, br. 1, Novi Sad, 2018, 18.

³ Više o tome, Centering Unequal Bargaining Power in Workplaces, https://files.epi.org/uploads/Pages_16-20_Mishel.pdf, 20.08.2021; Unequal Power, How the Assumption of Equal Bargaining Power in the Workplace Undermines Freedom, Fairness, and Democracy, <https://www.epi.org/unequalpower/>, 05.09.2021.

⁴ Ljubinka Kovačević, *Valjani razlozi za prestanak ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 58.

⁵ Naime, „načelo jednakosti u radnom pravu ima tri aspekta. *Prvo*, jednakost šansi u ostvarivanju socijalno-ekonomskih prava i ravnopravnost pri korišćenju i zaštiti tih prava. *Drugo*, zabrana diskriminacije pri ostvarivanju i zaštiti socijalno-ekonomskih prava. *Treće*, pozitivna diskriminacija pri ostvarivanju i zaštiti socijalno-ekonomskih prava“. P. Jovanović, op. cit., 18.

nastati u pogledu toga šta se smatra istim radom, odnosno šta je rad iste vrednosti, te u pogledu mogućnosti dodatnog „nagrađivanja“ zaposlenih. Štaviše, činjenica da su zarade neretko samim ugovorom o radu okarakterisane kao poverljiva informacija čini gotovo nemogućim da zaposleni dobije informaciju o tome da li je ovo načelo povređeno. Konačno, rodno zasnovana diskriminacija je često prisutna kada je reč o zaradama. Upravo različita tumačenja, pitanje poverljivosti i rodno zasnovana diskriminacija stvaraju problem u pogledu primene ovog načela što vodi ka pravnoj nesigurnosti, te se posledično kreira začarani krug koji *de facto* „olakšava povredu“ načela jednakosti zarade kada je reč o istom radu ili radu iste vrednosti.

Upravo u tom kontekstu, potrebno je osvrnuti se na reči akademika Slobodana Perovića koji u pogledu raskoraka normativnog i stvarnog, kada je reč o radnim odnosima navodi sledeće: „Sa gledišta racionalne koncepcije prirodnog prava, zbir prava iz radnog odnosa sa ekonomskim i socijalnim aspektima, predstavlja područje na kome se reflektuju sva druga prirodna prava čoveka, posebno pravo na život, slobodu i imovinu. Otuda pitanje nesrazmere između proklamovanih i ostvarenih odnosno neostvarenih prirodnih prava iz ove oblasti, u velikoj meri govori o stanju istog pitanja na sveopštem prostoru ljudskih prava“.⁶

NORMATIVNI OKVIR – REGULISANJE PITANJA JEDNAKE ZARADE ZA ISTI RAD ILI RAD ISTE VREDNOSTI

Opšti pogled

Prvi korak ka postizanju jednakosti u radnim odnosima jeste postojanje normativnog okvira kojim se jednakost garantuje budući da u odsustvu koherentnog i sveobuhvatnog normativnog okvira, jednakost zaposlenih (p) ostaje više mit nego stvarnost. Naime, „kodifikacije radnopravne i socijalne pravde, čine danas, ne samo maticu opšte savesti i racionalne umnosti, već pre svega, izvor internacionalizacije na koji dolaze različiti nacionalni suvereniteti da potraže svoje potrebe za implementacijom ovih prava u njihova zakonodavstva“.⁷

Standardi Međunarodne organizacije rada i Evropske unije u pogledu načela jednakosti zarade

Međunarodna organizacija rada (MOR) je od samog osnivanja posvetila veliku pažnju pitanju jednakosti – „neki od najvažnijih principa koji se tiču zabrane

⁶ Slobodan Perović, „Sloboda i prirodno pravo“, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 657.

⁷ Slobodan Perović, „Kulturni identitet i prirodno pravo“, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 486.

diskriminacije, takođe su plod rada MOR-a⁸. MOR naglašava i važnost načela jednakosti u sferi zarada, te je u tom kontekstu potrebno spomenuti da sama preambula Ustava MOR-a navodi potrebu za uspostavljanjem jednakosti plaćanja za rad iste, to jest jednake vrednosti.⁹ Pored toga, MOR je uspostavila jasan pravni okvir kada je reč o jednakosti u radnim odnosima time što su usvojene Konvencija MOR-a broj 100 o jednakom nagrađivanju, kao i Konvencija MOR-a broj 111 o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja.¹⁰ Važno je naglasiti da navedene dve konvencije spadaju među osnovne konvencije MOR-a. U tom kontekstu i Deklaracija o osnovnim načelima i pravima na radu naglašava to da sve države treba, bez obzira na to da li su ratifikovale konvencije koje se smatraju osnovnim, da ostvaruju i promovišu ciljeve propisane putem ovih konvencija.¹¹

Kada je reč o standardima koji su postavljeni kroz pomenute dve konvencije, bitno je imati u vidu to da je konvencija MOR-a broj 100 usvojena „u periodu posle Drugog svetskog rata, kada su žene bile na prvoj liniji proizvodnje u mnogim državama“.¹² Ova konvencija naglašava važnost jednake naknade za rad jednake vrednosti, bez obzira na to da li rad obavlja muškarac ili žena, to jest zahteva da se vrednovanje rada i plaćanje za obavljeni rad vrši bez diskriminacije.¹³ Konvencija uvodi i obavezu država članica da promovišu i obezbede načelo jednakosti u pogledu zarada kada je reč o radu iste vrednosti. Takođe, u ovoj konvenciji se navodi važnost objektivne procene poslova.¹⁴

Konvencija MOR-a broj 111 pak jasno zabranjuje diskriminaciju po osnovu rase, boje kože, pola, vere, političkog mišljenja, kao i nacionalnog ili socijalnog porekla u pogledu zapošljavanja i zanimanja, a ostavlja mogućnost proširenja osnova i slučajeva diskriminacije u konsultaciji sa reprezentativnim organizacijama radnika

⁸ Mario Reljanović, „Međunarodna organizacija rada i zabrana diskriminacije pri zapošljavanju“, *Strani pravni život*, br. 3, Beograd, 2012, 81.

⁹ Preambula Ustava MOR-a (Constitution of the International Labour Organisation, Adopted by the Peace Conference in April 1919, the ILO Constitution became Part XIII of the Treaty of Versailles).

¹⁰ Konvencija MOR-a broj 100 o jednakom nagrađivanju, *Službeni vesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ*, br. 12/52 i Konvencija MOR-a broj 111 koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja, *Službeni list SFRJ – Dodatak*, br. 3/61.

¹¹ Deklaracija MOR-a o osnovnim načelima i pravima na radu (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, adopted by the ILC at its eighty-sixth session, Geneva, 18 June 1998).

¹² Martin Oelz, Shauna Olney, Manuela Tomei, *Equal Pay – An introductory Guide*, International Labour Office, Geneva, 2013, 2.

¹³ Čl. 1. tač. B. Konvencije MOR-a broj 100.

¹⁴ Čl. 3. st. 1. Konvencija MOR-a broj 100.

i poslodavaca, kao i drugim odgovarajućim telima.¹⁵ U skladu sa ovom konvencijom, ukoliko su razlike u pogledu zapošljavanja i zanimanja zasnovane na „inherentnim zahtevima posla“, neće se smatrati da je došlo do diskriminacije.¹⁶ Pored toga, preporuka MOR-a broj 111 predviđa stvaranje nacionalnog okvira kojim se garantuje jednakost, a koji je zasnovan na nekoliko principa uključujući princip jednakosti plaćanja muškaraca i žena za rad iste vrednosti.¹⁷

Pored standarda iz navedenih konvencija, bitno je istaći da je stav MOR-a da vrednovanje rada mora da bude dosledno i u skladu sa ciljevima preduzeća gde se vrednovanje vrši.¹⁸ Konačno, MOR i danas nastavlja da ima izuzetno veliku ulogu kada je reč o načelu jednakosti – „uloga MOR-a u razvoju antidiskriminacionog prava u oblasti rada i radnog angažovanja je neprocenjiva, a tumačenja i pojašnjenja tekstova konvencija koje obuhvataju tu tematiku od strane Komiteta eksperata i danas utiču na razvoj nacionalnih zakonodavstava i praksu država u nizu socijalno osetljivih oblasti“.¹⁹

Kada je reč o pravu Evropske unije (EU), koje je (u izvesnoj meri) smernica za domaće zakonodavstvo, ono takođe propisuje jednakost muškaraca i žena u pogledu zarada kada je reč o zaradama za isti, to jest jednak rad ili rad jednake vrednosti. Naime, Ugovor o funkcionisanju EU jasno predviđa obavezu država članica da obezbede „primenu načela jednakog plaćanja muškaraca i žena za jednak rad ili rad jednake vrednosti“.²⁰ Pored toga, Povelja EU o osnovnim pravima garantuje jednakost muškaraca i žena, između ostalog, kada je reč o zaradama,²¹ a jednakost se garantuje

¹⁵ Čl. 1. st. 1. Konvencije MOR-a broj 111.

¹⁶ Čl. 1. st. 2. Konvencije MOR-a broj 111.

¹⁷ Preporuka MOR-a koja se tiče diskriminacije u zapošljavanju i zanimanju (R111 – Discrimination, Employment and Occupation Recommendation, 1958 (No. 111)).

¹⁸ Marie-Thérèse Chicha, *Promoting Equity – Gender-neutral Job Evaluation, A Step-by-Step Guide*, International Labour Office, Geneva, 2008, 72.

¹⁹ M. Reljanović, op. cit., 81. Pitanje zarade dobija posebnu važnost u specifičnim okolnostima na tržištu rada izazvanim globalnom pandemijom COVID-19 – „predviđa se da će pandemija i ekonomski šokovi determinisati razvoj tržišta rada kroz tri ključne dimenzije: broj radnih mesta (nezaposlenost i nedovoljna zaposlenost), kvalitet rada (zarade i pristup socijalnoj zaštiti), kao i kroz uticaj na specifične grupe radno sposobnog stanovništva (socijalne grupe ranjivije od ostalih u pogledu nepovoljnih ishoda na tržištu rada)“. Nevena Jolović, „Tržište rada u uslovima COVID-19 pandemije: EU vs SAD“, *Ekonomija – teorija i praksa*, tom 13, br. 3, Novi Sad, 2020, 14-15.

²⁰ Čl. 157. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 326/2012).

²¹ Čl. 23. st. 1. Povelje EU o osnovnim pravima (Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 326/391).

i Direktivom 2006/54/EZ.²² Ipak, bitno je imati u vidu da pravo EU ne sadrži tačno određenje toga šta se smatra radom jednake vrednosti, što stvara problem ocene važnosti različitih kriterijuma.²³ U tom kontekstu, interesantno je napomenuti da se u Nemačkoj, Češkoj i Mađarskoj prilikom ocene da li je u pitanju rad jednake (iste) vrednosti uzimaju u obzir „složenost posla, tražena odgovornost, napor, uključujući i psihološki i fizički napor, uslovi rada pod kojim se posao obavlja, efikasnost, iskustvo i potrebne veštine i kvalifikacije“.²⁴

Pored prisustva ovog načela u pravnom okviru, bitno je napomenuti i da je Sud pravde Evropskih zajednica/EU u brojnim slučajevima odlučivao o pitanju potencijalne povrede načela jednake zarade za rad jednake vrednosti. Možda i najpoznatiji slučaj kojim je načelo jednakosti zarade za jednak rad (ili rad jednake vrednosti) potvrđeno u praksi ovog suda jeste *Defrenne v Sabena* iz sedamdesetih godina XX veka (preciznije iz 1976. godine) u kom je Sud odlučio da je prekršen princip jednake zarade budući da je osoba ženskog pola bila manje plaćena za posao stjuardese u odnosu na svoje muške kolege. Sud je takođe zaključio da načelo jednake zarade za jednak rad (ili rad jednake vrednosti) koji obavljaju muškarci i žene ima direktno dejstvo.²⁵ Važnost ovog načela je Sud potvrdio i u slučajevima *A. G. Lawrence and Others v Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group and Mitie Secure Services Ltd*²⁶ i *B. F. Cadman v Health & Safety Executive*.²⁷ U primeru iz novije sudske prakse, slučaju *K and Others v Tesco Stores Ltd*, Sud je ponovo

²² Čl. 4. Direktive 2006/54/EZ (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation /recast/, *Official Journal of the European Union*, L 204/23).

²³ European Commission, *Equal Pay: Overview of landmark case-law of the Court of Justice of the European Union*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, 7.

²⁴ Sacha Prechal, Susanne Burri, *Pravila EU o rodnoj ravnopravnosti: Kako su ona preneti u nacionalno pravo?*, Kancelarija Evropske Unije za izdavačku delatnost, Luksemburg, 2009, 14. Više o naporima za postizanjem jednakosti na tržištu rada u različitim državama, The Right to Equality and Non-discrimination, <https://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-and-fora/substantive-human-rights/the-right-to-equality-and-non-discrimination>, 14.09.2021.

²⁵ U to vreme, ovaj princip je bio propisan čl. 119. Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice. Judgment of the Court of 8 April 1976, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Case 43-75.

²⁶ Judgment of the Court of 17 September 2002, *A. G. Lawrence and Others v Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group and Mitie Secure Services Ltd*, Case C-320/00.

²⁷ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 October 2006, *B. F. Cadman v Health & Safety Executive*, Case C-17/05.

naglasio to da princip jednake zarade za osobe muškog i ženskog pola za jednak rad ili rad jednake vrednosti predstavlja sam temelj EU i da ima direktno dejstvo.²⁸

*Rešenja iz Zakona o radu – lakonski postavljene odredbe
ili teren na kom vlada pravna nesigurnost?*

Akademik Slobodan Perović smatra da su sve slobode, pa tako i sloboda rada, ograničene „pravednim zakonima i tolerancijom da se svojim slobodnim aktom ne vređa ista i jednaka sloboda drugih“.²⁹ U takvom svetlu i Zakon o radu (jasno) propisuje: „Zaposlenima se garantuje jednaka zarada za isti rad ili rad iste vrednosti koji ostvaruju kod poslodavca“.³⁰ Dakle, Zakon predviđa da je neophodno da postoji jednakost zarade ako je i sam rad isti, odnosno iste vrednosti. U tom smislu, treba imati u vidu to da „zahtev za jednakošću sadržan u ideji pravde nije uperen apsolutno na svakoga i prema svemu sa jednakim udelima, jer jednakosti među nejednakima ne može biti“.³¹ Pored toga, Zakon precizira šta se smatra radom iste, to jest jednake vrednosti time što utvrđuje da je u pitanju rad „za koji se zahteva isti stepen stručne spreme, odnosno obrazovanja, znanja i sposobnosti, u kome je ostvaren jednak radni doprinos uz jednaku odgovornost“.³² Kada je reč o zaradama, Zakon dalje precizira pitanje zarade time što propisuje da se pod zaradom podrazumeva sledeće: „zarade za obavljeni rad i vreme provedeno na radu, zarade po osnovu doprinosa zaposlenog poslovnom uspehu poslodavca (nagrade, bonusi i sl.) i drugih primanja po osnovu radnog odnosa, u skladu sa opštim aktom i ugovorom o radu“.³³ Nadalje, Zakon propisuje i posledicu postupanja protivnom

²⁸ U ovom slučaju, trenutne i bivše radnice u lancu Tesco su podnele tužbu nadležnom sudu u Ujedinjenom Kraljevstvu pozivajući se na povredu Zakona o jednakosti, kao i Ugovora o funkcionisanju EU, a sud Ujedinjenog Kraljevstva je zatražio od Suda pravde da odluči o prethodnom pitanju. Glavni argument tužilačke strane se odnosio na to da zaposlene obavljaju posao iste vrednosti kao njihove muške kolege, ali da su manje plaćene. Judgment of the Court (Second Chamber) of 3 June 2021. *K and Others v Tesco Stores Ltd*, Case C-624/19.

²⁹ Slobodan Perović, „Prirodno pravo i moral“, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 915.

³⁰ Čl. 104. st. 2. Zakona 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.

³¹ P. Jovanović, op. cit., 20.

³² Čl. 104. st. 3. Zakona o radu.

³³ Čl. 105. st. 1. Zakona o radu. Kada je reč o regulisanju uvećane zarade u Zakonu o radu, odredbe koje se odnose na uvećanu zaradu moraju biti tumačene sa posebnom pažljivošću kako se ne bi narušilo načelo zagarantovano putem čl. 104. Zakona o radu. Aleksandar Radovanov, Zoran Orelj, „Novčana primanja zaposlenih“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, tom 87, br. 4, Novi Sad, 2015, 223-224.

ovom načelu time što utvrđuje ništavom svaku odluku poslodavca ili sporazum sa zaposlenim koji su protivni načelu jednake zarade za rad iste vrednosti, a u slučaju povrede ovog načela sankcija za poslodavca je naknada štete zaposlenom.³⁴

Prilikom analize zakonskih rešenja ne treba ispustiti iz vida to da „za ocenu postojanja iste vrednosti rada zaposlenih različitog pola presudan značaj ima sadržaj rada koji se obavlja na određenom poslu, a ne naziv posla“.³⁵ Takvo razumevanje je potvrdio i Apelacioni sud u Beogradu kada je rezonovao tako da je od ključne važnosti za utvrđivanje postojanja ili odsustva iste vrednosti rada sam *sadržaj poslova*.³⁶ Takođe, Vrhovni kasacioni sud (VKS) je u svojoj praksi ocenio da je neophodno da zarada bude jednaka ukoliko zaposleni obavljaju „isti fizički ili intelektualni rad i imaju isti stepen odgovornosti za svoj rad“, a da je „poslodavac predvideo odgovarajući stepen stručne spreme i radnu sposobnost“ za obavljanje tog rada.³⁷ Shvatanje da zaposleni treba da imaju jednaku zaradu ukoliko obavljaju isti posao, sa istim zadacima i odgovornošću, je VKS takođe potvrdio i kada je našao da je varilac koji je dobijao manju zaradu od svojih kolega, iako su obavljali isti posao, pretrpeo materijalnu štetu.³⁸

Iako je pretpostavka da će ovo pitanje biti detaljnije uređeno putem opštih akata poslodavca, ipak se može konstatovati da način na koji je uređeno pitanje jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti u Zakonu o radu neminovno otvara mogućnost za stvaranje terena pravne nesigurnosti. Reč je o tome da rešenje iz Zakona o radu koje se tiče toga šta se smatra radom jednake vrednosti stvara niz nedoumica. Naime, kada je reč o parametrima za utvrđivanje rada iste (jednake) vrednosti, dok je

³⁴ Čl. 104. st. 4. i 5. Zakona o radu.

³⁵ Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 500-501.

³⁶ Apelacioni sud u Beogradu je ocenjivao pitanje istovetnosti obavljanja poslova vaspitača – kako se navodi u obrazloženju „za slučaj da postoji razlika u sadržaju poslova vaspitača, tada bi bilo od značaja da li tužilja obavlja iste poslove – rad iste vrednosti kao i drugi zaposleni na poslovima vaspitača, koji su vrednovani sa većim koeficijentom“. Presuda Apelacionog suda u Beogradu, GŽ1 4654/2012 od 29.08.2012. godine.

³⁷ Rešenje VKS, Rev 2 1644/2019 od 10.06.2020. godine. U drugom predmetu u sporu koji se tiče inženjera koji je tužio svog poslodavca za povredu načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti, VKS je rezonovao tako da „svih šest radnika koji su zaposleni na mestu samostalnog inženjera, nemaju istu zaradu jer postoji razlika u stručnoj spremljenosti koju poseduju, radnom iskustvu koje imaju, zaduženjima koje imaju na radnim mestima i efektima rada“. Presuda VKS, Rev 2 2196/2015 od 26.05.2016. godine.

³⁸ Naime, VKS je rezonovao tako da je varilac koji je manje plaćen na istom poslu kao i njegove kolege varilci pretrpeo materijalnu štetu, te da je narušeno načelo iste zarade za isti rad ili rade iste vrednosti. Presuda VKS, Rev 2 1833/17 od 01.03.2018. godine, kojom je preinačena presuda Apelacionog suda u Novom Sadu GŽ1- 843/17 od 03.04.2017. godine te je potvrđena presuda Osnovnog suda u Novom Sadu P1- 1724/16 od 17.01.2017. godine.

isti stepen obrazovanja, odnosno stručne spreme jasno utvrdiv parametar, ostali parametri kreiraju relativno široku sivu zonu. Iako se argumentovano može zastupati stav da formalno obrazovanje ne mora uticati na obavljanje posla, ipak se ne može zanemariti činjenica da je od navedenih kriterijuma formalno obrazovanje, to jest stepen stručne spreme najlakše utvrdiv i moguć za proveru kriterijuma. Sa druge strane, nemoguće je ne zapitati se šta znači isti stepen znanja i sposobnosti, to jest kako na što objektivniji način utvrditi jednakost u pogledu znanja i sposobnosti.³⁹ Dok pitanje jednake odgovornosti može biti (samo) u određenoj meri sagledano iz objektivne perspektive ocenom odgovornosti koje zadaci dati zaposlenom nose, čini se da je gotovo nemoguće potpuno objektivno govoriti tzv. jednakom doprinosu zaposlenih. Postojanje ovih pitanja i odsustvo daljih smernica u Zakonu o radu u pogledu odgovora na njih svedoči o postojanju terena pravne nesigurnosti i o brojnim potencijalnim problemima sa primenom načela jednake zarade kada je u pitanju rad iste vrednosti. Radi postizanja većeg stepena pravne sigurnosti, neophodno je to da pravni okvir utvrdi ove probleme, te da uspostavi preciznije parametre za ocenu jednakosti vrednosti rada.

Pitanje adekvatnog vrednovanja različitih kriterijuma postaje utoliko složenije kada je reč o agencijskom zapošljavanju. Naime, Zakon o agencijskom zapošljavanju propisuje da zarada zaposlenog kod poslodavca korisnika mora biti jednaka uporednom zaposlenom.⁴⁰ Međutim, u slučaju da nema uporednog zaposlenog na istim poslovima „ustupljenom zaposlenom se ne može odrediti niža osnovna zarada od osnovne zarade zaposlenog kod poslodavca korisnika u istom stepenu stručne spreme odnosno nivou kvalifikacije“.⁴¹ Problem sa ovim rešenjem je u tome što kao parametar navodi samo stručnu spremu, ne uzimajući u obzir bilo koji drugi važan parametar za vrednovanje rada.⁴²

³⁹ Nasuprot posebnom režimu državnih službenika gde u skladu sa Uredbom o vrednovanju radne uspešnosti državnih službenika (Uredba o vrednovanju radne uspešnosti državnih službenika, *Službeni glasnik RS*, br. 2/2019 i 69/2019) postoje redovna i vanredna vrednovanja, u opštem režimu radnih odnosa nedostaje odredba koja bi se ticala periodične ocene radne uspešnosti zaposlenih.

⁴⁰ Detaljnije objašnjenje odredaba Zakona o agencijskom zapošljavanju, Zakon o agencijskom zapošljavanju: hoće li pomoći ili odmoći radnicima?, <https://www.masina.rs/zakon-o-agencijskom-radu-hoce-li-pomoci-ili-odmoci-radnicima/>, 25.08.2021; Zadržati tradicionalne vrednosti advokature a istovremeno prihvatiti kvalitetna moderna rešenja: <https://paragraflex.rs/intervju/zaposljavanje-posredstvom-agencije-petac-babic.html>, 27.08.2021.

⁴¹ Čl. 2. st. 5. Zakona o agencijskom zapošljavanju, *Službeni glasnik RS*, br. 86/2019.

⁴² Radna snaga, <https://fic.org.rs/wp-content/uploads/2020/11/10-Radna-snaga.pdf>, 23.09.2021. Ne samo da je povreda jednakosti u plaćanju suprotno zakonskim odredbama, već je takođe i faktor razbijanja timskog duha, te okidač za loše međuljudske odnose. Isti posao – različita plata, <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/3034893/>, 09.09.2021.

POVREDE NAČELA JEDNAKE ZARADE ZA ISTI RAD ILI RAD
ISTE VREDNOSTI – TEREN PRAVNE NESIGURNOSTI

Opšti pogled

Značaj radnopravnih načela jeste u tome što, kao temelji celokupnog radnog zakonodavstva, stvaraju uslove za dostojanstven rad zaposlenih. Kad je reč o dostojanstvu uopšte kao pravnoj ustanovi, treba imati u vidu reči akademika Slobodana Perovića koji je u uvodnom delu svoje Besede 2013. godine rekao: „Pre izlaganja ustanove dostojanstva i ukupnosti njenih dimenzija, potrebno je [...] zadržati se na konstataciji da savremeni svet, s jedne strane, proklamuje ovu ustanovu u vidu unutrašnjih i međunarodnih normi, a s druge strane, deo tog istog sveta, grubo krši te norme, i to do te mere da ugrožava dostojanstvo života i prirode, tačnije dovodi u pitanje sveopšti opstanak“.⁴³

*Poverljivost informacija o zaradi kao prepreka
za ostvarivanje načela jednakosti*

Kada akademik Slobodan Perović govori o pravnoj nesigurnosti, on navodi da je, sa jedne strane, pravna nesigurnost prisutna usled učestalih izmena pravnog okvira, ali i da je „još veća u sferi primene zakona. Tu se sreću antagonisti prava, fakat neobjektivne primene ili totalne neprimene čitavih zakona, pa čak i kodifikacija prava“.⁴⁴

U tom pogledu, činjenica da su zarade neretko opštim aktom poslodavca ili ugovorom o radu određene kao poverljiva informacija dovodi u pitanje primenu načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti.⁴⁵ Naime, veruje se da upravo nedozvoljenost širenja informacija o zaradi dovodi do stvaranja diskriminatorskih politika.⁴⁶ Pitanje tretmana zarade kao poverljive informacije je prisutno globalno

⁴³ Slobodan Perović, „Prirodno pravo i dostojanstvo“, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 2013, 936.

⁴⁴ Slobodan Perović, „Neprolaznost Heksagona prirodnog prava“, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 2001, 317.

⁴⁵ O intrigantnosti pitanja poverljivosti, odnosno tajnosti plata govori i to što je ovo pitanje predmet novinskih članaka – npr. Da li bi trebalo da znate plate kolega?, https://www.b92.net/biz/vesti/svet.php?yyyy=2017&mm=08&dd=05&nav_id=1290174, 25.08.2021. ili pak Prosečna zarada u Srbiji: Šta bi trebalo da znate u 100 i 500 reči, <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-53898092>, 29.08.2021.

⁴⁶ The Salary Taboo: Privacy Norms and the Diffusion of Information, <https://www.nber.org/papers/w25145>, 20.08.2021. Pitanje poverljivosti zarada je i u stranim zakonodavstvima veoma sporno, te predstavlja teren za brojne diskusije. Interesantno je napomenuti da je bivši američki predsednik Barak Obama naveo to da upravo nemogućnost zaposlenih da sa kolegama diskutuju o naknadama ima negativne uticaje po tržište rada. Executive Order - Non-Retaliation for Disclosure of

– u SAD mnogi poslodavci u privatnom sektoru imaju jasna pravila o tome da su informacije o zaradama tajne.⁴⁷ Takođe, u državama EU upravo pitanje poverljivosti predstavlja ključnu prepreku zaposlenima da steknu uvid u zarade svojih kolega.⁴⁸

Problem sa poverljivošću informacija o zaradi u kontekstu načela jednakosti zarada je prisutan i u Srbiji.⁴⁹ Poverljivost informacija o zaradi onemogućava zaposlene da uporede zarade za svojim kolegama, te da steknu uvid u to da li je povređeno načelo jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti, što ima dalje reperkusije u kontekstu (ne)mogućnosti zaposlenih da zaštite svoja prava. Naime, nije retkost to da poslodavci opštim aktom i/ili ugovorom o radu okarakterišu zaradu kao poverljivu informaciju, odnosno kao poslovnu tajnu.⁵⁰ Ukoliko poslodavac opštim aktom i ugovorom o radu okarakterise zaradu kao poslovnu tajnu, postavlja se pitanje ne samo opravdanosti iz ugla ostvarivanja načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti, već i tretmana ovakve informacije iz ugla Zakona o zaštiti poslovne tajne.⁵¹ Naime, istina je da je među nezakonitim slučajevima pribavljanja poslovne tajne predviđenim u Zakonu o zaštiti poslovne tajne prisutno i otkrivanje

Compensation Information, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/04/08/executive-order-non-retaliation-disclosure-compensation-information>, 20.08.2021.

⁴⁷ Rafael Gely, Leonard Bierman, „Pay Secrecy/Confidentiality Rules and the National Labor Relations Act“, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, tom VI, br. 1, Philadelphia, 2003, 122. Pored formalne poverljivosti informacija o zaradi, važno je imati na umu i to da zaposleni neretko imaju strah ili bar određenu vrstu nelagodnosti da govore o zaradama, što je takođe prepreka za ostvarenje načela jednake zarade za rad iste vrednosti. U tom kontekstu, jedno svedočenje iz SAD jasno sumira „probleme“ otkrivanja informacija o zaradi među kolegama – „Posebno u Sjedinjenim Američkim Državama, većini nas je neprijatna ideja o tome da otkrivamo svoju platu. Ne bismo smeli da kažemo komšijama. I definitivno ne bi trebalo da kažemo našim kolegama iz kancelarije“. Why Do We Keep Salaries Secret?, <https://www.forbes.com/sites/davidburkus/2016/02/02/why-do-we-keep-salaries-secret/?sh=7b6aa7ab4df8>, 18.08.2021.

⁴⁸ Albertine Veldman, *Pay Transparency in the EU, A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, European Commission, Brussels, 2017, 58-59.

⁴⁹ Kada je reč o platama u organu javne vlasti, stav Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti je takav da su u pitanju informacije koje treba da budu dostupne javnosti, s tim što određeni podaci, kao što je npr. broj bankovnog računa ili minuli rad, treba da budu zaštićeni. Mišljenje Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti br. 07-00-01210/2-2013-03 od 30.07.2013.

⁵⁰ Ipak, i u tom slučaju ostaje otvoreno pitanje da li postoji zabrana deljenja informacija o zaradi samo sa „javnošću“ ili i sa kolegama sa posla. U tom kontekstu, VKS je rezonovao tako da nije „na nedvomisen način“ utvrđeno sa kim tužilac ne sme da deli informacije o zaradi, budući da opšti akt poslodavca navodi zabranu deljenja poverljivih informacija, a ugovor o radu tužioca samo zabranu deljenja ovakvih informacija „sa javnošću“. Rešenje VKS, Rev 2 361/2015 od 10.06.2015. godine.

⁵¹ Zakon o zaštiti poslovne tajne, *Službeni glasnik RS*, br. 53/2021.

poslovne tajne koje bi „prekršilo sporazum o poverljivosti ili drugu obavezu koja se odnosi na zabranu otkrivanja poslovne tajne“.⁵² Međutim, ostale odredbe ovog zakona bacaju drugo svetlo na mogućnost otkrivanja informacija o zaradi, sve i ako je zarada okarakterisana kao poslovna tajna. Naime, ovaj zakon propisuje da je pribavljanje poslovne tajne zakonito „ostvarivanjem prava zaposlenih ili predstavnika zaposlenih na informisanje i konsultovanje u skladu sa posebnim propisima“.⁵³ U tom kontekstu, Zakon o radu izričito propisuje da „sindikata ima pravo da bude obavješten od strane poslodavca o ekonomskim i radno-socijalnim pitanjima od značaja za položaj zaposlenih, odnosno članova sindikata“.⁵⁴ Štaviše, delovi Zakona o zaštiti poslovne tajne koji se odnose na mere, pravna sredstva i pravne postupke iz ovog zakona se ne primenjuju, između ostalog „radi otkrivanja poslovne tajne od strane zaposlenih njihovim predstavnicima u okviru zakonitog vršenja funkcije predstavnika, u skladu s posebnim propisima, pod uslovom da je otkrivanje poslovne tajne bilo neophodno za zakonito vršenje funkcije predstavnika“.⁵⁵ Na osnovu navedenog se može zaključiti da ovakva rešenja doprinose postojanju pravne nesigurnosti iz ugla zaposlenih, koji nisu sigurni da li (i sa kim) imaju pravo da dele informacije o zaradi. Ono što je nesporno jeste da pitanje poverljivosti (p) ostaje veliki problem i prepreka za ostvarenje načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti u praksi budući da, sve i ako ne stvara pravnu obavezu, kod zaposlenih stvara strah da dele informacije o sopstvenoj zaradi.

U tom pogledu, interesantno je napomenuti da je EU posvetila veću pažnju ovom pitanju – naime, trenutno postoji predlog nove direktive koja bi bila posvećena pitanju transparentnosti zarada.⁵⁶ Predlog (direktive) promovira rešenja koja imaju za cilj uspostavljanje većeg stepena transparentnosti, upravo kako bi se eliminisala diskriminacija u sferi zarada. Nesporno je da bi ovakva direktiva znatno doprinela ostvarenju načela jednakosti zarada putem transparentnosti u EU, te je ovo potencijalno put koji i Srbija treba da sledi radi postizanja veće pravne sigurnosti. Ono što je sigurno jeste da pravni okvir treba da utvrdi to da pitanje

⁵² Čl. 4. st. 2. tač. 2. Zakona o zaštiti poslovne tajne.

⁵³ Čl. 2. st. 1. tač. 3. Zakona o zaštiti poslovne tajne.

⁵⁴ Čl. 209. Zakona o radu.

⁵⁵ Čl. 17. st. 1. tač. 3. Zakona o zaštiti poslovne tajne.

⁵⁶ Predlog Direktive Evropskog parlamenta i Saveta sa ciljem da ojača primenu načela jednake zarade za jednak rad ili rad jednake vrednosti za muškarce i žene kroz transparentnost plaćanja i mehanizme primene, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0093>, 15.09.2021. Više o značaju (predloga) direktive, Pay Transparency: Commission proposes measures to ensure equal pay for equal work, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_881, 23.08.2021.

poverljivosti stvara problem u primeni načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti, te da na odgovarajući način uredi ovo pitanje.

*Manifestacija rodne neravnopravnosti kroz povredu načela
jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti*

Može se reći da je problem diskriminacije u sferi zarada odavno prisutan, ali da nastavlja da postoji i danas.⁵⁷ Jedan od najčešćih razloga kršenja načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti je rodno zasnovana diskriminacija – nije retkost to da žene bivaju plaćene manje u odnosu na svoje muške kolege usled diskriminatornih razloga. Naime, „studije i analize stratifikacije usmeravaju se na istraživanja različitih dimenzija nejednakosti u studijama o siromaštvu, bogatstvu i raspodeli zarada, a analize stratifikacije pisane su uglavnom sa muške tačke gledišta, dugo zanemarujući pitanje roda, iako je rod sam po sebi, jedan od najilustrativnijih primera stratifikacije“.⁵⁸ Dakle, pitanje (ne)jednakosti zarada je neraskidivo povezano sa pitanjem sistemske diskriminacije žena na tržištu rada.⁵⁹ Stoga je neophodno utvrditi kako se sve manifestuje rodno zasnovana diskriminacija u sferi radnih odnosa, odnosno u pogledu zarada i kako se boriti protiv takve diskriminacije.⁶⁰

Kako bi se sprečila, odnosno iskorenila rodno zasnovana diskriminacija, važno je da poslodavci, prilikom vrednovanja poslova, preciziraju opis i sadržaj posla, dok je i korišćenje rodno neutralnih termina prilikom određenja posla takođe

⁵⁷ Ivana Grgurev, „Jednaka plaća za jednak rad ili rad jednake vrijednosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, tom 56, br. 4, Zagreb, 2006, 1107.

⁵⁸ Kosana Beker, *Višestruka diskriminacija žena u Srbiji i odabranim državama Evropske unije: uporedna analiza*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2018, 77. Bez obzira na stalnu borbu za postizanje jednakosti između muškaraca i žena na tržištu rada, nejednakost dalje ostaje prisutna na svakom uglu – „osnovni indikatori tržišta rada u Srbiji petnaest godina unazad upućuju na značajno niži nivo participacije žena na tržištu rada, što za posledicu ima nemoćnost postizanja ekonomske nezavisnosti koja je prioritetna oblasti u nizu međunarodnih dokumenata koji se odnose na postizanje rodne ravnopravnosti. Slobodanka Kovačević-Perić, „Perspektiva dostojanstvenog rada u Republici Srbiji, sa aspekta zapošljavanja“, *Pravni život*, br. 11, Beograd, 2018, 281.

⁵⁹ Jovana Zorić, Nevena Dičić, Nenad Petković, *Radna prava žena u Srbiji*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2008, 25. U tom pogledu, interesantno je napomenuti da je Poverenik za zaštitu ravnopravnosti dao preporuku koja se odnosi na zabranu diskriminacije u oglasima za posao Nacionalnoj službi za zapošljavanje. Preporuka Poverenika za zaštitu ravnopravnosti Nacionalnoj službi za zapošljavanje za ukidanje oglasa za posao koji sadrže diskriminatorne uslove za zapošljenje del. br. 1130 od 09.08.2012. godine.

⁶⁰ I. Grgurev, op. cit., 1109.

potencijalni način da se eliminiše rodno zasnovana diskriminacija.⁶¹ U cilju postizanja rodne ravnopravnosti u praksi, odnosno kako bi se muškarcima i ženama zaista obezbedila jednaka zarada za rad iste vrednosti, MOR je razvila shvatanje da čak i kada je u pitanju drugačiji rad (posao) u pogledu zadataka i odgovornosti, ali istovremeno „isto vredan“ rad, važi načelo jednake zarade.⁶²

U domaćem zakonodavstvu, pored odredaba Zakona o radu, Zakon o rodnoj ravnopravnosti takođe sadrži član koji garantuje jednakost zarade za isti rad ili rad iste vrednosti.⁶³ Međutim, novina (i jedina specifičnost u smislu rodne perspektive kada je reč o načelu jednakog plaćanja za isti rad ili rad iste vrednosti u odnosu na Zakon o radu) jeste poslednji stav ovog člana u kom se navodi da prilikom određivanja visine primanja „sistematizacija poslova, odnosno radnih mesta, mora biti zasnovana na istim kriterijumima za žene i muškarce i uređena tako da isključuje diskriminaciju na osnovu pola, odnosno roda“.⁶⁴

Ipak, bez obzira na postojanje relativno razvijenog pravnog okvira kada je reč o ovom pitanju, rodna neravnopravnost manifestovana kroz povredu načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti ostaje problem u praksi. Naime, prema najnovijim podacima, razlika u zaradama između muškaraca i žena na nivou

⁶¹ Lj. Kovačević (2021), op. cit., 504-505.

⁶² Martin, Oelz, Shauna, Olney, Manuela, Tomei, op. cit., 31. U kontekstu jednakosti plaćanja muškaraca i žena, ali i poverljivosti informacija o zaradi, interesantno je napomenuti da je Ujedinjeno Kraljevstvo 2010. godine usvojilo Zakon o jednakosti. Naime, ovaj zakon se veoma detaljno bavi pitanjem jednakosti u radnim odnosima iz rodne perspektive, ali je naročito interesantno i to da se bavi i pitanjem opravdanosti tajnosti informacija o zaradi pa tako propisuje da je nezakonito sprečiti zaposlenog da iznese informacije o zaradi ako to ima za cilj utvrđivanje postojanja razlike u zaradi. U tom slučaju, u skladu sa ovim zakonom, zaposleni ima pravo da iznese informacije o zaradi kako predstavnicima sindikata, tako i svojim kolegama. UK Equality Act, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents?utm_source=NewZapp&utm_medium=email&utm_campaign=Eyes%20on%20Evidence%20email%20campaign, 15.09.2021. Pitanje poverljivosti zarade je neretko obrađivano u engleskoj sudskoj praksi – naime, u jednom primeru iz sudske prakse je jasno potvrđeno to da, da bi se zarada smatrala poverljivom informacijom, neophodno je da poverljivost ove informacije bude jasno naznačena u ugovoru o radu. United Kingdom Employment Appeal Tribunal, *Jagex Ltd v McCambridge*, 3rd December 2019.

⁶³ U skladu sa čl. 29. st. 2. tač. 5. Zakona o rodnoj ravnopravnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 52/2021, poslodavci kako u javnom, tako i u privatnom sektoru imaju obavezu da zaposlenima i njihovim predstavnicima „najmanje jednom godišnje obezbeđuju informacije o položaju žena i muškaraca zaposlenih ili radno angažovanih kod poslodavca i u organu javne vlasti, koje obuhvataju podatke o posebnim merama koje se primenjuju radi unapređenja rodne ravnopravnosti, pregled zastupljenosti žena i muškaraca na različitim nivoima organizacije, informacije o njihovim zaradama i razlike u njihovim platama iskazane prema polu zaposlenih, a koje ne sadrže podatke o ličnosti zaposlenih, u skladu s propisima kojima se uređuje zaštita podataka o ličnosti.“

⁶⁴ Čl. 34. st. 3. Zakona o rodnoj ravnopravnosti.

EU je iznosila čak 14,1%.⁶⁵ Kada je reč o Srbiji, prema podacima Republičkog zavoda za statistiku, tzv. platni jaz u 2018. godini (od kad datiraju najnoviji dostupni podaci) je iznosio 8,8%, što je znatno niže od proseka u EU, ali svedoči o tome da platni jaz među muškarcima i ženama i dalje postoji.⁶⁶ Nadalje, razlika u zaradama se (posledično) manifestuje i na to da žene u proseku imaju niže invalidske i starosne penzije.⁶⁷ Pored razlike u zaradama, interesantno je napomenuti i to da prema Anketi za II kvartal 2021. godine stopa zaposlenosti muškaraca iznosi 55,8%, dok je zaposlenost žena 41,3%.⁶⁸ Kako bi se postigao veći stepen rodne ravnopravnosti u sferi zarada, pored postojanja normativnog okvira, neophodno je uvesti i odgovarajuće mehanizme kontrole, ali i boriti se protiv stereotipa i predrasuda koji dovode do diskriminacije žena u praksi.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

S obzirom na to da je rad započet pitanjem koje se odnosi na to šta je suštinski temelj pravila po kojima živimo, čini se da je potrebno rad zaključiti odgovorom koji je akademik Slobodan Perović dao na postavljeno pitanje: „Odgovor na to pitanje vraća nas prirodnom pravu. I zato, pitanje istorijskog prestanka prirodnog prava istovremeno je i pitanje njegovog daljeg nastanka i održavanja. Ustvari, ideja prirodnog prava živi u večitoj mladosti. Da li prirodno pravo kao celovit unapred dat sistem, ili prirodno pravo kao ideja vodilja, kao uzor, supstrat.“⁶⁹

Načelo jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti, kao manifestacija garantije jednakosti zaposlenih, je jedno od ključnih radnopravnih načela i odraz socijalne pravde, kao cilja radnog prava. Iako je ovo načelo utvrđeno i zagarantovano, kako u međunarodnom pravu, tako i u nacionalnom zakonodavstvu, čini se da postoje brojne prepreke koje se javljaju prilikom sprovođenja ovog načela u praksi.

Kada je reč o domaćem zakonodavstvu, na prvom mestu, čini se da nedovoljna preciznost parametara u pravnom okviru stvara teren pravne nesigurnosti, te samim tim omogućava povrede ovog načela od strane poslodavaca. Dakle, iako Zakon o radu garantuje ovo načelo i navodi parametre za ocenu (jednakosti) vrednosti rada, ipak preostaje niz pitanja bez odgovora, kao i pitanje odsustva

⁶⁵ Equal Pay? Time to Close the Gap!, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/2020_factsheet_on_the_gender_pay_gap.pdf, 21.08.2021.

⁶⁶ Republički zavod za statistiku, *Žene i muškarci u Republici Srbiji*, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2020, 90.

⁶⁷ *Ibidem*, 96.

⁶⁸ Republički zavod za statistiku, *Anketa o radnoj snazi, II kvartal 2021*, 3.

⁶⁹ Slobodan Perović, „Između čulnosti i umnosti prava“, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 126.

mehanizama kontrole. Pored toga, velika prepreka prilikom primene ovog načela u praksi jeste i poverljivost informacija o zaradi. Naime, karakterisanje zarade kao poverljive informacije, odnosno poslovne tajne onemogućava zaposlenima da uopšte steknu informacije o zaradama drugih kolega koji obavljaju iste poslove što *de facto* onemogućava saznanje o tome da li je povređeno načelo jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti, a posledično i korišćenje mehanizama pravne zaštite. Stoga se može zaključiti da takav tretman informacija o zaradi daje načelu jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti epitet iluzornosti. Konačno, rodna neravnopravnost, koja je prisutna u svim sferama života, pa tako i u radnim odnosima, se neminovno manifestuje i kroz povrede načela jednake zarade.

Ovi problemi sa primenom načela jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti u praksi stvaraju teren pravne nesigurnosti, odnosno dovode do raskoraka između propisa i prakse. U tom smislu, treba imati u vidu reči akademika Slobodana Perovića koji konstatuje da „odnos nesrazmere [...] između ratifikovanog i neizvršenog, preti da ugrozi ideju prava kao pravde, da dovede do vladavine pravne nesigurnosti i da nas i dalje drži u rukama zatvorene i dirigovane sudbine, što je prava suprotnost racionalnoj koncepciji prirodnog prava“.⁷⁰ S obzirom na navedeno, može se zaključiti da je neophodno uložiti još truda kako bi načelo jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti umesto apstraktne ideje postalo konkretno načelo u praksi, odnosno kako bi se otklonio prefiks „ne“ iz termina „nesigurnost“ u okviru sintagme „pravna nesigurnost“.

MINA KUZMINAC, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

APPLICATION OF LAW AND LEGAL (UN)CERTAINTY
– PRINCIPLE OF EQUAL PAY FOR THE SAME WORK OR WORK
OF THE SAME VALUE BETWEEN MYTH AND REALITY

Summary

The principle of equality among employees is one of the fundamental employment law principles and the cornerstone on which many employment law institutes are built upon. Given that salaries are one of the key elements of employment, it is no surprise that an extremely important manifestation of the principle of equality is present precisely regarding pay. It is the principle of equal pay for the same work or work of the same value. Although guaranteed by employment legislation,

⁷⁰ Slobodan Perović, „Prirodno pravo kao mera svetskog poretka“, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 2002, 352.

this principle is not so easily applied in practice – difficulties in application are caused by broad provisions guaranteeing this principle in the Employment Act, insufficiently precise parameters and control of these parameters in practice, and the fact that salaries are often defined as confidential in the employment contract. Finally, gender inequality in employment is often manifested through a violation of the said principle. Given the above, the author puts forward the hypothesis that there is legal uncertainty regarding the application of the principle of equal pay for the same work or work of the same value, which has, as its further result, the possible violations of this principle by the employers. In order to implement this principle in practice, it is necessary to achieve a higher level of legal certainty.

Key words: principle of equality, same work, work of the same value, salaries as confidential information, gender inequality

Literatura

- Beker K., *Višestruka diskriminacija žena u Srbiji i odabranim državama Evropske unije: uporedna analiza*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2018.
- Chicha M., *Promoting equity – Gender-neutral Job Evaluation, A Step-by-Step Guide*, International Labour Office, Geneva, 2008.
- Gely R., Bierman L., „Pay Secrecy/Confidentiality Rules and the National Labor Relations Act“, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, tom VI, br. 1, Philadelphia, 2003.
- Grgurev I., „Jednaka plaća za jednak rad ili rad jednake vrijednosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, tom 56, br. 4, Zagreb, 2006.
- Jolović N., „Tržište rada u uslovima COVID-19 pandemije: EU vs SAD“, *Ekonomija – teorija i praksa*, tom 13, br. 3, Novi Sad, 2020.
- Jovanović P., „Načelo jednakosti u radnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, tom 52, br. 1, Novi Sad, 2018.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Kovačević Lj., *Valjani razlozi za prestanak ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Kovačević-Perić S., „Perspektiva dostojanstvenog rada u Republici Srbiji, sa aspekta zapošljavanja“, *Pravni život*, br. 11, Beograd, 2018.
- Oelz M., Olney S., Tomei M., *Equal Pay – An introductory Guide*, International Labour Office, Geneva, 2013.
- Perović S., „Prirodno pravo i dostojanstvo“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., „Prirodno pravo i moral“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., „Sloboda i prirodno pravo“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., „Kulturni identitet i prirodno pravo“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., „Prirodno pravo kao mera svetskog poretka“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.

- Perović S., „Neprolaznost Heksagona prirodnog prava“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., „Između čulnosti i umnosti prava“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Prechal S., Burri S., *Pravila EU o rodnoj ravnopravnosti: Kako su ona preneti u nacionalno pravo?*, Kancelarija Evropske Unije za izdavačku delatnost, Luksemburg, 2009.
- Radovanov A., Orelj Z., „Novčana primanja zaposlenih“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, tom 87, br. 4, Novi Sad, 2015.
- Reljanović M., „Međunarodna organizacija rada i diskriminacija pri zapošljavanju“, *Strani pravni život*, br. 3, 2012, Beograd, 2012.
- Veldman A., *Pay Transparency in the EU*, European Commission, Brussels, 2017.
- Zorić J., Dičić N., Petković Nenad., *Radna prava žena u Srbiji*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2008.

**DRUGA NAGRADA
„PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“**

STEFAN JOVANOVIĆ

MEĐUNARODNI INVESTICIONI SPOROVI – PITANJA MERODAVNOG PRAVA

Određivanje merodavnog materijalnog prava u ulagačkim sporovima je višeslojno i kompleksno pitanje koje spaja segmente prava stranih ulaganja, međunarodnog privatnog prava, prava međunarodne arbitraže, ali i međunarodnog javnog prava. Autor u radu analizira četiri najvažnija pitanja koja se postavljaju u ulagačkim sporovima koji se pokreću na osnovu bilateralnih investicionih sporazuma i ukazuje na to kako bi trebalo određivati merodavno pravo. Cilj rada je da se ispita hipoteza da je u ulagačkim sporovima na osnovu bilateralnih sporazuma u pogledu meritornih pitanja uvek merodavno međunarodno pravo, bez obzira na autonomiju volje stranaka ili na pravilo o određivanju merodavnog prava u njenom odsustvu. Autor takođe ispituje i značaj nacionalnog prava (pre svega) države prijemnice ulaganja. Značaj teme se ogleda u potrebi za postizanjem veće pravne sigurnosti u određivanju merodavnog prava u međunarodnim ulagačkim sporovima, posebno imajući u vidu krizu legitimiteta sa kojom se u današnje vreme susreće međunarodna investiciona arbitraža.

Ključne reči: merodavno pravo, međunarodni investicioni sporovi, bilateralni investicioni sporazumi, ICSID, investiciona arbitraža

U V O D

Prekogranično kretanje kapitala proteklih decenija predstavlja značajan cilj i interes država, pogotovo onih u razvoju, koje u stranom kapitalu vide mogućnost za dalji napredak. Kako investiranje privatnog kapitala u strane države povlači

Stefan Jovanović, saradnik u nastavi i doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: stefanmjovanovic@gmail.com. Rad predstavlja izmenjen i dopunjen deo neobjavljenog master rada koji je odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 2021. godine.

za sobom i značajne rizike (kako komercijalne, tako i političke), paralelno sa rastom direktnih stranih investicija raste i broj međunarodnih investicionih sporova između stranih ulagača i država prijemnica ulaganja. Dijagonalnom arbitražnom klauzulom u bilateralnim investicionim sporazumima koje zaključuju dve države radi podsticanja i zaštite ulaganja iz jedne države ugovornice u drugu, vrlo često se ugovara nadležnost Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova (u daljem tekstu *ICSID* ili Centar), specijalizovane stalne arbitražne institucije osnovane Konvencijom o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država iz 1965. godine¹ (u daljem tekstu Vašingtonska konvencija ili Konvencija).² Najveći broj poznatih investicionih sporova rešavan je upravo pred *ICSID*-om,³ zbog čega će on i biti u fokusu istraživanja u ovom radu. Takođe, imajući u vidu da se najveći broj sporova pred ovim Centrom odnosi na pitanje povrede bilateralnih investicionih sporazuma (tzv. BIT-ova), a ne direktnih ugovora između države i ulagača ili drugih izvora koji takođe sadrže zaštićena prava ulagača,⁴ pažnja u radu će biti usmerena upravo na sporove iz bilateralnih sporazuma.

Nakon što ustanove da li su nadležni, arbitri, već na početku, treba da odrede merodavno materijalno pravo, kao najvažniji⁵ prvi korak prilikom meritornog

¹ Srbija je ratifikovala Vašingtonsku konvenciju Zakonom o ratifikaciji, *Službeni list SCG*, Međunarodni ugovori, br. 2-2006. U septembru 2021. godine broj država članica Vašingtonske konvencije je 163. V. <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>, 2.10.2021.

² Osim toga, često se kao jedna od alternativa predviđa i *ad hoc* arbitraža koja će se voditi po *UNCITRAL* Arbitražnim pravilima, ali ne mogu se zanemariti ni ugovaranja Arbitraže Međunarodne trgovinske komore (*ICC*), te Stokholmske arbitraže. Ulagáč ima mogućnost da bira kojem od potencijalnih foruma će izneti spor na rešavanje.

³ Prema podacima *UNCTAD*-a, u trenutku pisanja ovog rada više od pola poznatih ulagačkih sporova se vodi na osnovu *ICSID* arbitražnih pravila. V. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, 2.10.2021. Tokom 2020. godine je registrovan rekordan broj slučajeva u jednoj godini, čak 58. V. *The ICSID Caseload – Statistics, Issue 2021-1*, 7.

⁴ U periodu između 1966. i 2020. godine čak 60% sporova pred *ICSID* centrom je pokrenuto na osnovu bilateralnih sporazuma, a samo 15% sporova na osnovu ugovora koji su direktno zaključili država i ulagač. Ostatak čine drugi međunarodni sporazumi (na primer Energetska povelja) i u malom procentu (8%) investicioni zakoni država prijemnica ulaganja. Što se tiče podataka koji se odnose samo na 2020. godinu, broj pokrenutih sporova na osnovu bilateralnih sporazuma iznosi 60%, a broj sporova na osnovu direktnih ugovora iznosi skromnih 10%. V. *The ICSID Caseload – Statistics*, 11, 23.

⁵ Ističe se da je određivanje merodavnog prava jedno od najvažnijih pitanja u *ICSID* arbitražama. V. Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, „The Meaning of „and“ in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the *ICSID* Choice of Law Process“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, issue 2, 2003, 375.

odlučivanja u sporu.⁶ Postoje brojni teorijski radovi⁷ i arbitražne odluke⁸ u kojima je razmatrano ovo pitanje, uz velike razlike i neujednačena shvatanja. U ovom radu, autor će nastojati da predloži prihvatljivo rešenje u tom pogledu, radi budućeg harmonizovanog postupanja prilikom odlučivanja o pomenutom pitanju, a sve to radi postizanja *pravne sigurnosti*, neophodnoj, pre svega, za učesnike u arbitražnim postupcima – sadašnje i buduće ulagače, kao i za države prijemnice ulaganja. Značaj ovog pitanja za Srbiju je veliki, imajući u vidu da se naša država više puta našla u ulozi tužene strane u ulagačkom sporu pred ICSID-om, gde ju je ulagač smatrao odgovornom za povredu određene obaveze koju je imala na osnovu bilateralnog sporazuma.

Akademik prof. dr Slobodan Perović, kome je ovaj članak posvećen, isticao je: „Ukoliko u jednom pravnom sistemu izostane pravna sigurnost, kako u izvoru, tako još više u njegovoj primeni i postupku izvršenja, kada dođe do vladavine socijalne, ekonomske i pravne nesigurnosti, onda se gubi vera u autoritet prava. To sve govori o obeležjima krize pravnog sistema, dakle, o jednom stanju u kome se odlučuje o transformaciji društvenih i pravnih ustanova.“⁹ Imajući u vidu

⁶ U ulagačkom sporu se radi o trouglu odnosa na relaciji država prijemnica – ulagač – država porekla. V. Andreas Kulick, „Vier Geschichten des internationalen Investitionsrechts“, *SchiedsVZ, German Arbitration Journal*, Kluwer Law International (eds. Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al.), Verlag C.H. Beck oHG, vol. 8, issue 5, 2010, 265.

⁷ V. Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2009, 546-639; Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, 39-133; Monique Sasson, „The Applicable Law and the ICSID Convention“, *ICSID Convention after 50 years, Unsettled Issues* (ed. Crina Baltag), Wolters Kluwer, 2017, 299; E. Gaillard, Y. Banifatemi, op. cit., 408-409; Sanja Đajić, Maja Stanivuković, „Unutrašnje pravo u međunarodnoj investicionoj arbitraži: zaboravljeni i zapostavljeni izvor prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, tom 65, br. 2, Beograd, 2017, 86-87; Milena Galetin, *Merodavno pravo u međunarodnim investicionim sporovima*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2019.

⁸ V. sledeće arbitražne odluke i odluke *ad hoc* komiteta u pogledu određenja merodavnog prava: *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, *Decision on Annulment*, 1985, par. 112; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, *Decision on Annulment*, 2002, par. 39-40 i *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, *Award*, 2010, par. 233.

⁹ V. razmatranja o pravnoj sigurnosti profesora Slobodana Perovića u kontekstu potrebe za srpskim Građanskim zakonikom, koja se, zbog svog univerzalnog značaja, mogu preneti i na sve ostale oblasti i kodifikacije prava, kako unutrašnje tako i međunarodne. Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 1024-1034; Slobodan Perović, „Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije“, *Pravna riječ*, br. 47, Banja Luka, 2016. U doktrini se ističe da upravo kodifikacija prava kakvoj je težio profesor Perović ide ka pronalaženju zajedničke tačke jednog nadnacionalnog

krizu legitimiteta koju međunarodna investiciona arbitraža doživljava u poslednje vreme, do koje je, kao jedan od glavnih razloga, dovelo nekonzistentno odlučivanje od strane arbitražnih tribunala¹⁰ odnosno upravo pravna nesigurnost u pogledu primene prava, nužno je rešiti problem „najvažnijeg prvog koraka“, određivanja merodavnog materijalnog prava, kao osnove za dalju harmonizovaniju primenu prava od strane arbitražnih tribunala.

ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA – POSTAVLJANJE PROBLEMA

Polazna osnova za određenje merodavnog prava u ulagačkim sporovima je član 42 stav 1 Vašingtonske konvencije koji predviđa da će tribunal rešiti spor u skladu sa pravnim pravilima o kojima su se stranke saglasile. U odsustvu izbora merodavnog prava, tribunal će primeniti pravila nacionalnog prava države koja je stranka u sporu (uključujući i njena pravila o sukobu zakona) i pravila međunarodnog prava koja se primenjuju u datoj oblasti.¹¹ Decenije primene ovog člana, pogotovo njegove čuvene druge rečenice (rezidualno pravilo), nisu pomogle u rasvetljavanju odnosa nacionalnog i međunarodnog prava, onda kada stranke nisu iskoristile autonomiju volje.

U jednom ulagačkom sporu postoje različiti pravni odnosi, koji zahtevaju primenu različitih merodavnih prava. Ono što pitanje određenja merodavnog prava čini kompleksnim jeste status stranaka u sporu i *privatna* prava i interesi koji predstavljaju objekat *međunarodne* zaštite u međunarodnom investicionom sporazumu.¹² Dalje, merodavno pravo za svako pitanje u investicionom sporu mora biti određeno postupkom kvalifikacije. Na takav način tribunal, identifikacijom pravne

prava. V. Branko Morait, „Načela obligacionog prava u opusu akademika prof. dr Slobodana Perovića“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2019, 389.

¹⁰ Već neko vreme govori se o tzv. „krizi legitimiteta“ međunarodne investicione arbitraže gde se kao glavni razlog za njen nastanak uzima da su arbitri naklonjeni investitorima i okrenuti protiv zemalja u razvoju, da je arbitražna praksa nekonzistentna po istim pitanjima, kao i da su novčane naknade koje se dosuđuju investitorima prevelike. V. Malcolm Langford, Daniel Behn, „Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?“, *The European Journal of International Law*, vol. 29, no. 2, 2018, 553.

¹¹ U originalnoj engleskoj verziji teksta, čl. 42, st. 1 Vašingtonske konvencije glasi: „The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.“

¹² Z. Douglas, op. cit., 40.

kategorije, dolazi i do specifične tačke vezivanja za to konkretno pitanje.¹³ Nadaljna analiza biće usmerena na pitanja merodavnog prava za najvažnije aspekte jednog ulagačkog spora iz bilateralnog sporazuma. Merodavno pravo će biti razmotreno za sledeća pitanja: (i) pripadnost (državljanstvo) ulagača; (ii) postojanje imovinskih prava koja pripadaju ulagaču i pitanje da li ta imovinska prava predstavljaju zaštićeno ulaganje; (iii) povrede materijalnopravnog standarda zaštite iz BIT-a i (iv) odgovornost države za povredu standarda.

Cilj rada se ogleda u proveri hipoteze da u sporovima iz bilateralnih sporazuma mora da bude merodavno međunarodno pravo za sva meritorna pitanja, čak i u slučaju drukčijeg izbora stranaka, dok se nacionalno pravo primenjuje u određenim situacijama koje izlaze iz oblasti primene člana 42 stav 1 Vašingtonske konvencije (ili se samo uzima u obzir prilikom primene međunarodnog prava). U okviru ove hipoteze nastojimo da utvrdimo da za svako od prethodno navedenih pitanja postoji merodavno pravo koje se na to pitanje *mora* primeniti, nezavisno od načina tumačenja druge rečenice člana 42 stav 1. Kao rezultat navedene hipoteze, koliziona norma iz ovog člana se može koristiti samo onda kada spor proizlazi iz direktnog ugovora između države i ulagača (što je sada retkost pred *ICSID*-om). Na samom početku, u korist ove tvrdnje potrebno je imati u vidu odredbu o merodavnom pravu američkog model BIT-a koji predviđa da je za pitanje povrede materijalnopravnih standarda zaštite iz BIT-a merodavan međunarodni sporazum i međunarodno pravo, dok kada se tužba podnosi na osnovu povrede odobrenja za ulaganje ili direktnog ugovora, model sporazum upućuje upravo na merodavno pravo koje je gotovo identično članu 42 stav 1 Vašingtonske konvencije.¹⁴

MERODAVNO PRAVO ZA PRIPADNOST (DRŽAVLJANSTVO) STRANOG ULAGAČA

Da bi ulagač mogao da tuži državu za povredu materijalnopravnog standarda zaštite iz bilateralnog sporazuma, on mora da dokaže da se smatra stranim

¹³ Ističe se da tribunal mora da izvrši kvalifikaciju pravne kategorije na jedan univerzalan način, bez oslanjanja na parohijalne kvalifikacije određenih domaćih pravnih sistema ili pravnih tradicija. V. Z. Douglas, op. cit., 46. Ovde se može postaviti pitanje da li postoje opšta pravna načela u pogledu kolizionih normi, imajući u vidu da se opšta pravna načela (kao deo međunarodnog prava) izvode komparativnom analizom svih pravnih područja i tradicija.

¹⁴ Prvo se ustanovljava volja stranaka, a onda, ukoliko stranke ništa nisu ugovorile, pravo tužene države, računajući i njena pravila o sukobu zakona, i pravila međunarodnog prava koja mogu biti primenjiva. V. američki Model BIT iz 2012. godine, čl. 30, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2870/download>, 02.10.2021.

ulagačem koji uživa zaštitu iz tog sporazuma. Stoga, arbitražni sud, pre nego što se upusti u rešavanje pitanja da li je država povredila prava ulagača iz BIT-a, mora prvo da reši ovo prethodno pitanje. Pitanje državljanstva ulagača ne potpada pod pitanje koje se rešava merodavnim pravom do kojeg se dolazi putem člana 42. Do prava merodavnog za državljanstvo ulagača dolazi se kumulativnom primenom člana 25 Vašingtonske konvencije,¹⁵ odredbe relevantnog BIT-a ukoliko postoji i države „putativnog“ državljanstva. Osnovni uslov iz Vašingtonske konvencije jeste da je ulagač strani u odnosu na državu prijemnicu ulaganja, a njegovo strano poreklo se ogleda u državljanstvu koje nije državljanstvo države prijemnice.¹⁶ Bilateralni sporazumi u prvom svom delu određuju autonomni pojam investitora. Tako, srpski model BIT-a određuje da termin investitor znači fizičko lice koje ima državljanstvo jedne države ugovornice i investira na teritoriji druge države ugovornice, pod uslovom da nije državljanin druge države ugovornice.¹⁷ Prilikom utvrđenja pitanja da li je određeno fizičko lice zaštićeni ulagač ili ne, arbitražni sud polazi od Vašingtonske konvencije i autonomnog pojma ulagača iz BIT-a. Ipak, odgovor na pitanje da li lice ima državljanstvo druge strane ugovornice može dati samo pravo „putativnog“ državljanstva tog lica,¹⁸ odnosno pravo države ugovornice čije državljanstvo ulagač tvrdi da ima, s obzirom na to da se samo na osnovu prava te države može utvrditi da li je to lice steklo ili izgubilo njeno državljanstvo.

¹⁵ Jedan od osnovnih uslova prema Vašingtonskoj konvenciji je da je država porekla investitora strana ugovornica Konvencije. V. čl. 25 st. 1 Vašingtonske konvencije. O daljim uslovima za fizička lica v. Predrag Cvetković, „Uslovi zasnivanja nadležnosti Centra za rešavanje investicionih sporova“, *Liber amicorum Gašo Knežević*, Beograd, 2016, 588-590.

¹⁶ Konvencija predviđa da državljanin druge države ugovornice znači svako fizičko lice koje je bilo državljanin neke države ugovornice, izuzev države stranke u sporu, na dan kad su se stranke saglasile da spor iznesu pred posrednike ili arbitre, kao i na dan kad je molba registrovana, ali ne obuhvata lice koje je ili jednog ili drugog od ova dva dana bilo takođe državljanin države potpisnice koja je stranka u sporu. Vašingtonska konvencija, čl. 25 st. 2 tač. a). Navodi se da postoji pozitivan uslov, da je fizičko lice državljanin države ugovornice i negativan uslov, da nije državljanin države u sporu. V. P. Cvetković, op. cit., 590.

¹⁷ Srpski model BIT iz 2012. godine određuje i pravilo o efektivnom državljanstvu ukoliko je lice dvojni državljanin Srbije i te druge strane ugovornice u korist one strane ugovornice u kojoj je stalni ili privremeni stanovnik u periodu dužem od jedne godine. Srpski Model BIT, čl. 1, st. 2, tač. a) i b), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4791/download>, 2.10.2021.

¹⁸ U skladu sa tim i arbitražni tribunali su državljanstvo fizičkih lica određivali na takav način. V. *Soufraki v. UAE, Award*, para. 55. V. i *Siag v. Egypt, Decision on Jurisdiction*, 2007, para. 195–201; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction [I], 2008, par. 86, 101.

Kad je reč o pravnim licima koja se u vidu multinacionalnih kompanija pojavljuju kao stranke u sporu češće nego fizička lica, ona se, prema članu 25 Vašingtonske konvencije, smatraju stranim ukoliko imaju pripadnost druge države ugovornice ili imaju pripadnost države koja je u sporu, ali zbog strane kontrole mogu da se smatraju stranim ulagačem.¹⁹ Kriterijum kontrole iz Vašingtonske konvencije se određuje na osnovu državljanstva lica koja su članovi društva, za šta važi način određivanja merodavnog prava za fizička lica. Srpski model BIT određuje da termin investitor znači pravno lice osnovano ili drugačije organizovano u skladu sa pravom jedne strane ugovornice sa svojim sedištem ili pretežne poslovne aktivnosti na teritoriji te strane ugovornice, koje investira na teritoriji druge strane ugovornice, pod uslovom da nije direktno ili indirektno u većinskom vlasništvu državljana te strane ugovornice.²⁰ Takođe, pravo države gde je društvo osnovano ili gde mu je sedište određuje da li je pravno lice domaće ili strano.²¹

Razlog zbog kojeg se pitanje pripadnosti ulagača mora posmatrati odvojeno od člana 42 jeste, pre svega ono što je istaknuto, da samo pravo države „putativne“ pripadnosti može da odgovori na pitanje da li ulagač ima njenu pripadnost. Takođe, da li je ulagač strani ili ne, pitanje je *ratione personae* primene međunarodnog sporazuma (odnosno domašaja primene njegove zaštite), kao i nadležnosti tribunala, s obzirom na to da nedostatak „strane“ pripadnosti dovodi i do nedostatka aktivne legitimacije tužioca, a nadležnost arbitražnog tribunala je pitanje obuhvaćeno članom 25, a ne članom 42 Vašingtonske konvencije. Pored toga, tribunali o pripadnosti (državljanstvu) ulagača odlučuju u odluci o nadležnosti koja neretko prethodi odluci o meritumu, čime se potvrđuje izdvajanje ovog pitanja iz supstancijalnog dela donošenja odluke. Iz svega navedenog proizlazi da sužavanjem domašaja člana 42 Vašingtonske konvencije prilikom određivanja merodavnog prava samo na meritum spora, odnosno isključivanjem njegove primene na pitanja kao što su državljanstvo i pripadnost ulagača, nacionalno pravo dodatno gubi svoju ulogu u okviru supstancijalnih pitanja spora.

¹⁹ Na ovaj način se izdvajaju dve grupe pravnih lica koja se mogu smatrati stranim ulagačima. U jednu grupu spadaju oni koji nemaju pripadnost države prijemnice, u drugu spadaju oni koji imaju pripadnost tužene države, ali usled kontrole stranih lica i saglasnosti stranaka u sporu, mogu da se smatraju stranim ulagačima radi zasnivanja nadležnosti Centra.

²⁰ Srpski Model BIT, čl. 1, st. 2.

²¹ U skladu sa tim u predmetu *Mera Investment v. Serbia* veće je pošlo od relevantnog srpsko-kiparskog BIT-a i prema kiparskom pravu određivalo da li su ispunjeni uslovi da je tužilac društvo kiparske pripadnosti. V. *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*, ICSID Case No. ARB/17/2, *Decision on Jurisdiction*, 2018, par. 62-97.

MERODAVNO PRAVO ZA PITANJE POSTOJANJA IMOVINSKIH PRAVA
KOJA PRIPADAJU ULAGAČU I PITANJE DA LI TA IMOVINSKA PRAVA
PREDSTAVLJAJU ZAŠTIĆENO ULAGANJE

Ulagáč može na različite načine ulagati u državu prijemnicu, ali to ulaganje mora biti izvršeno u skladu sa propisima države u koju se ulaže. To ne bi trebalo da bude sporno, posebno imajući u vidu da terminologijom međunarodnog privatnog prava, pravo države prijemnice ulaganja predstavlja pravo najbliže (pre svega teritorijalne) veze. Za razliku od Vašingtonske konvencije, srpski model BIT određuje autonomni pojam investicije predviđajući da ona predstavlja svaki vid imovine direktno investiran od strane ulagača jedne strane ugovornice na teritoriji druge strane ugovornice *u skladu sa njenim pravom*, dalje navodeći *exempli causae* šta sve spada u ovaj pojam (na primer, pokretna i nepokretna imovina, akcije), kao i šta je izričito isključeno iz ovog pojma (na primer, novčani zahtevi iz trgovinskih ugovora o prodaji ili o pružanju usluga).²²

Sigurno je da tribunal, odlučujući o tome da li je izvršeno ulaganje u tuženu državu mora da pođe od BIT-a, ali u jednom momentu je potrebno zastati i rešiti prethodno pitanje – da li je ulagač u državi prijemnici ulaganja uopšte ostvario određena imovinska prava koja su mu mogla biti eksproprisana ili na neki drugi način ugrožena aktima te države. Kvalifikacija prava kao svojinskih, ugovornih ili drugih imovinskih prava trebalo bi da se vrši prema pravu države prijemnice, jer ona i postoji na osnovu domaćeg pravnog sistema. Takođe, kvalifikacija da li je stvar pokretna ili nepokretna, da li se radi o hartiji od vrednosti, da li je reč o trgovinskom ugovoru, vrši se prema pravu države prijemnice. Nadalje, kada se ulaganje zasniva na nekom ugovoru koji su zaključili država prijemnica i strani ulagač, potrebno je odgovoriti na pitanja da li je ugovor valjano zaključen i da li je prestao da važi, za šta nam odgovor daje pravo koje je za taj ugovor merodavno (*lex causae* za ugovor).

Odgovor na pitanje postojanja svojinskog prava daje nacionalno pravo države prijemnice ulaganja, s obzirom na to da se samo na osnovu *lex situs* može utvrditi da li je stečeno neko imovinsko pravo. Ukoliko prema pravu države prijemnice ulagač nije ni stekao određeno imovinsko pravo, odnosno nije ga stekao zakonito, ulaganje koje je moglo biti na neki način povređeno nije ni postojalo. Osim toga, opšte međunarodno pravo ne sadrži materijalna pravila o imovinskom pravu,²³ a isti je slučaj i sa bilateralnim sporazumima. Značaj nacionalnog prava države prijemnice u pomenutom kontesktu uočen je i od strane nekih

²² Srpski model BIT, čl. 1 st. 1 tač. a).

²³ Z. Douglas, op. cit., 52.

arbitražnih sudova.²⁴ Takođe, Douglas (*Douglas*) daje primer spora u kojem je obim hipotekarnog prava na zemljištu koje čini investiciju sporan i gde će se na pitanje hipotekarnog prava primenjivati pravo države u kojoj se zemljište nalazi. Dalje, da bi se ustanovilo gde je pravno ili fiktivno mesto nalaženja duga, potrebno je poći od supstancijalnih normi države prijemnice. Na primer, može se smatrati da dug ima *situs* tamo gde je domicil dužnika ili poverioca, te u skladu sa tim, ukoliko je dužnik domiciliran u državi prijemnici, ulaganje je izvršeno na teritoriji te države (ukoliko je taj dug uopšte podoban da bude obuhvaćen autonomnim pojmom investicije iz relevantnog BIT-a).²⁵ U svim ovim slučajevima uočava se značaj prava države prijemnice.

U pogledu ugovora iz kojeg proističe ulaganje, na pitanje da li je on valjano nastao i da li je prestao da važi potrebno je da se primeni pravo merodavno za ugovor. Ukoliko nije nastao (odnosno nije punovažno nastao), ili je na primer, država prijemnica imala pravo da ga raskine (i to je učinila), ne postoji ulaganje koje je država mogla da ekspropiše ili na sličan način osujeti. Tako je u predmetu *Azurix Corp. v. Argentina*, arbitražno veće, nakon utvrđenja da će primenjivati međunarodno pravo na meritum spora, istaklo da to ne znači da se nacionalno pravo uopšte neće uvažiti, već da će na pitanje navodne povrede ugovora o koncesiji primeniti argentinsko pravo.²⁶ Takođe, u predmetu *Total S.A. v. Argentina*, veće je smatralo da sadržaj i obim ulagačevih ekonomskih prava moraju biti određeni prema argentinskom pravu.²⁷ Ipak, tribunalali nisu često razmišljali na ovaj način, te su zanemarivali pitanje postojanja ugovora, posmatrajući to kao odvojeno pitanje u odnosu na ono što oni rešavaju.²⁸

²⁴ V. na primer *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 2007, par. 394.

²⁵ Daje se primer i sa akcijama, gde je *situs* takođe tamo gde ga smatra država prijemnica, tako da ako je ono prema tom pravu u mestu gde se vodi registar akcija, a kompanija je registrovana u registru države prijemnice, kupovina akcija te kompanije od strane ulagača može se smatrati ulaganjem u tu državu. V. Z. Douglas, op. cit., 55.

²⁶ Veće je takođe istaklo da će to biti samo jedan deo analize, zbog konvencijske prirode, odnosno međunarodnog karaktera spora. V. *Azurix Corp, v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/1, Award, 2006, par. 67.

²⁷ *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, *Decision on Liability*, 2010, par. 39.

²⁸ V. između ostalog *Wena v. Egypt*, para 134-9. To su bili sporovi koji su se pokretali iz bilateralnih sporazuma što je pravilo konfuziju kod arbitara, te su oni često zanemarivali relevantnost zaključenog ugovora. U sporovima koji su bili pokretani iz direktnih ugovora između države i stranog ulagača, tribunalali su često isticali obaveznu primenu nacionalnog prava države prijemnice. Tako u predmetu *SOABI v. Senegal*, tribunal konstatuje da s obzirom na to da stranke nisu izabrale

Da li je određeno imovinsko pravo stečeno na zakonit način određuje se prema pravilima države prijemnice. U pogledu momenta u kojem se merodavno pravo utvrđuje, relevantno je ono stanje propisa koje je postojalo u momentu ulaganja, te ne bi trebalo smatrati da naknadna promena propisa može da dovede i do naknadne zakonitosti ulaganja, ukoliko ono nije izvršeno u skladu sa propisima koji su važili u momentu ulaganja. Tako, ukoliko strani ulagač nije dobio sve dozvole koje je bio dužan da pribavi u momentu ulaganja, a u vreme kada se spor rešava takva dozvola nije potrebna, ulaganje bi trebalo da ostane nezakonito (što, između ostalog, ima uticaj na donošenje odluke o nenadležnosti arbitražnog suda).

Kada se ustanovi da postoje imovinska prava koja čine ulaganje, odnosno da je, na primer, pokretna ili nepokretna imovina uložena u državu prijemnicu prema pravilima njenih zakona, odgovor na pitanje da li je izvršeno ulaganje zaštićeno bilateralnim međunarodnim sporazumom daje upravo BIT. Kada se procene postojanje, obim i efekti imovinskih prava koja čine potencijalno ulaganje, samo bilateralni sporazum (kao deo međunarodnog prava), koji sadrži autonomni pojam investicije, može dati odgovor na pitanje da li se materijalni standardi zaštite primenjuju na ta imovinska prava. U predmetu *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, tribunal je smatrao da kupovina menica od strane investitora ispunjava uslove iz Vašingtonske konvencije i merodavnog holandsko-venecuelanskog bilateralnog sporazuma da se smatra investicijom, ali da pored tih izvora treba primenjivati i domaće pravo Venecuele.²⁹ Tribunal je istakao da su za pitanja menice merodavni Zakon o trgovini i Zakon o javnom kreditu, kao delovi domaćeg prava Venecuele.³⁰ Shvatanje tribunala je u skladu sa našim stavom da je za pitanje imovinskih prava merodavno pravo države prijemnice, a da su za pitanje da li ta imovinska prava čine zaštićenu investiciju merodavan bilateralni sporazum i Vašingtonska konvencija.

Stoga, na putu određenja merodavnog prava, prvo se primenjuje nacionalno pravo, te ukoliko se ispostavi da su imovinska prava nastala, odnosno ukoliko nacionalno pravo odgovori potvrdno, uključuje se međunarodno pravo kao merodavno. Nakon toga, međunarodni sporazum određuje da li ta valjano nastala imovinska prava mogu da se smatraju zaštićenim ulaganjem ili ne. Inače, potrebno je naglasiti da se ova grupa pitanja rešava nezavisno od člana 42 Vašingtonske konvencije s obzirom na to da je reč o nadležnosti arbitražnog suda *ratione materiae* i domašaju zaštite na osnovu bilateralnog sporazuma.

merodavno pravo, pravo Senegala može da bude jedino merodavno. V. *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, 1988, par. 5.02.

²⁹ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, 1998, par. 30.

³⁰ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, 1998, par. 30.

MERODAVNO PRAVO ZA PITANJE POVREDE
MATERIJALNOPRAVNOG STANDARDA ZAŠTITE IZ BIT-A

Materijalnopravni standardi zaštite su predviđeni u međunarodnim investicionim sporazumima, bilateralnim i multilateralnim koji imaju investiciona poglavlja. Stoga, za ovo pitanje je pre svega merodavan međunarodni sporazum, kao primaran izvor prava u ovoj oblasti. U jednom bilateralnom sporazumu, kao instrumentu putem kojeg se pokreće najveći broj arbitraža pred Centrom, obično deo koji se odnosi na materijalnopravne standarde tretmana obuhvata svega nekoliko članova. Međutim, on ne može omogućiti pravna rešenja za sva pitanja u ulagačkom sporu, koji često obiluje i pitanjima privatnog prava. Ono što se u literaturi i arbitražnoj praksi ističe jeste da međunaradni investicioni sporazumi *per se* ne predstavljaju samodovoljni zatvoreni pravni sistem, s obzirom na to da često ne sadrže direktno primenjiva materijalna pravila.³¹ Da bi arbitražni tribunal mogao da primeni određeno materijalno pravilo, ono mora da bude definisano putem preciznih, fiksnih i jasnih uslova. Međunarodni sporazum često postavlja samo određene generalne standarde, pre svega, materijalnopravne zaštite stranih ulagača (na primer tretman najpovlašćenije nacije, nacionalni tretman, pošten i pravičan tretman), te je kao takav prilično uopšten i nedovoljno određen da bi definitivno poslužio rešavanju konkretnog spora. Drugim rečima, materijalnopravni standardi sadržani u bilateralnim sporazumima predstavljaju proklamaciju zaštite koja se dodeljuje stranim ulagačima ali ne definišu i šta konkretno ta zaštita podrazumeva.³²

Tako, na primer, bilateralni sporazum između Srbije i Turske sadrži pravilo da svaka strana ugovornica obezbeđuje ulaganjima države druge strane ugovornice, u pogledu upravljanja, održavanja, korišćenja, funkcionisanja, proširivanja, uživanja, prodaje, likvidacije ili napuštanja, tretman koji je jednako povoljan kao tretman koji se dodeljuje ulaganjima ulagača sopstvene države ili ulaganjima ulagača trećih država, zavisno od toga koji je povoljniji.³³ Ovim pravilom proklamovan je nacionalni tretman i tretman najpovlašćenije nacije, te na osnovu njihove povrede strani ulagač

³¹ U predmetu *AAPL v. Sri Lanka*, tribunal je zaključio da BIT nije samodovoljan pravni sistem, već da mora da bude posmatran u širem kontekstu koji obuhvata i druge izvore međunarodnog prava. V. *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, *ICSID Case No. ARB/87/3, Award*, 1990, par. 20-21.

³² Terminologijom opšteg ugovornog prava moglo bi se reći da je kod obaveza države iz bilateralnih sporazuma nejasna kako sadržina, tako i predmet obligacije. Više o sadržini i predmetu obligacije, Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, 16-18; Slobodan Perović, „Određenost predmeta obligacije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 22, br. 5-6, Beograd, 1974, 754-755.

³³ Sporazum između Srbije i Turske, čl. 4, st. 2.

može da pokrene arbitražu radi zaštite svojih interesa. Međutim, iz člana 4 bilateralnog sporazuma nije vidljivo kakav to tretman imaju ulaganja domaćih ulagača, a kakav ulaganja stranih ulagača neke treće države. Samim tim, reč je o „praznim“ klauzulama koje je potrebno popuniti odgovarajućim normama, za šta je potrebno ići dalje od investicionog sporazuma prilikom određivanja merodavnog prava. Tribunal u *AAPL v. Sri Lanka* poredi materijalne standarde zaštite sa kolizionim normama, s obzirom na to da i jedni i drugi postavljaju samo indirektno pravilo (indirektan metod uređivanja odnosa je osnovna karakteristika normi o sukobu zakona), koji samo referišu na druge izvore prava koji sadrže direktno rešenje za određeno pravno pitanje.³⁴

Postavlja se pitanje na koji način se utvrđuje sadržina generalnim proklamacijama (pre svega obaveza pružanja poštenog i pravičnog tretmana) u bilateralnim sporazumima koji čine materijalnopravne standarde zaštite kao obaveze država prema investitorima. U tom smislu možemo primetiti dva pristupa (koji jedan drugog nužno ne isključuju). Prvi pristup podrazumeva posezanje za međunarodnim pravom o tumačenju međunarodnih ugovora, pre svega Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu, gde se polazi od *tabula rasa* i dalje se „puni“ sadržina neodređenih standarda. Ovaj način podrazumeva tumačenje jezika, konteksta i cilja sporazuma, na osnovu čega se pronalazi i odgovarajuća sadržina ovih standarda tretmana. Drugi pristup obuhvata uzimanje u obzir ranije prakse arbitražnih tribunala, koji su davali praktično značenje terminima kao što su pošten i pravičan tretman, puna zaštita i bezbednost i slično, čime se preuzumaju gotova rešenja.

Bečka konvencija o ugovornom pravu reguliše način tumačenja međunarodnih ugovora, jednako se primenjujući i na multilateralne i bilateralne konvencije. Tako, ova Konvencija predviđa da se međunarodni ugovori moraju tumačiti u dobroj meri putem njihovog teksta, konteksta, predmeta i cilja. Do konteksta međunarodnog ugovora se dolazi putem preambule, aneksa ugovora i drugih povezanih instrumenata.³⁵ Ističe se da se na taj način upućuje na više elemenata tumačenja koji obuhvataju tekst, kontekst, predmet i cilj ugovora, kao jednog i jedinstvenog pravila koje ne dozvoljava davanje prednosti jednom od metoda tumačenja u odnosu na druge.³⁶ Ipak, čini se da tribunali ne postupaju uvek dosledno

³⁴ Ovakvo pozivanje na drugi pravni sistem, tribunal u ovom sporu naziva *renvoi*. *AAPL v. Sri Lanka*, 276.

³⁵ Bečka konvencija o ugovornom pravu, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi* 30/72, čl. 31.

³⁶ Kao primer se navodi da bi davanje prednosti ciljnom tumačenju u odnosu na tekst bilo protivno opštem i jedinstvenom pravilu iz Bečke konvencije. V. Sanja Đajić, „O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja – od preambule do preambule“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 49, br. 2, Novi Sad, 2015, 580-581.

ovom konvencijskom pravilu i prednost daju ciljnom tumačenju, konkretno favorizovanjem jednog dela preambule, uglavnom onom koja suštinski ide u korist investitora.³⁷ Neopravdano proširenje zaštite investitora putem ciljnog tumačenja korišćenjem jednog dela preambule dodatno produbljuje neekvivalenciju davanja tipičnu u ulagačkim sporovima iz bilateralnih sporazuma, te ulagačevu situaciju čini još povoljnijom, a državu dovodi u nezavidan položaj.³⁸ U tom pogledu potrebno je imati u vidu da je dužnost arbitara da reše spor koji je nastao, a ne da promovišu i sprovode ciljeve koje su države predvidele u svojim međusobnim odnosima.³⁹

Drugi pristup popunjavanja sadržine materijalno-pravnih standarda tretmana jeste uzimanje u obzir ranije arbitražne prakse, za šta se navodi da je suprotno striktnom slovu Bečke konvencije.⁴⁰ Na primer, sadržina standarda poštenog i pravičnog tretmana nije potpuno jasna, te osim početne nedoumice da li se ona sastoji u minimalnom standardu tretmana kao međunarodnom običajnom pravu ili u nečemu drugom, navodi se da je praksa arbitražnih tribunala toliko razvila ovaj pojam da je došlo do njegove zloupotrebe na način da se čak i poslovni neuspesi ulagačkog poduhvata pripisuju na teret državi.⁴¹ Iako ranija praksa arbitražnih tribunala nije formalni izvor prava u međunarodnoj investicionoj arbitraži, njen značaj je ipak veliki, možda i veći nego što treba. Ovaj način davanja sadržine materijalnim standardima je značajno lakši jer podrazumeva prihvatanje rešenja koja su već utvrđena od strane drugih arbitražnih tribunala. Međutim, to nisu bili samo drugi arbitražni tribunali, već i drugi bilateralni sporazumi koje su ti tribunali primenjivali, sa potencijalno različitim tekstom klauzula, ciljevima i kontekstom. Kao što svaki ugovor privatnog prava ima *inter partes* dejstvo, te obavezuje samo strane koje su u tom ugovornom odnosu, tako i bilateralni sporazum obavezuje samo te dve države koje su ga zaključile. Isto tako, kao što odluka u sporu iz jednog privatnog

³⁷ S. Đajić, op. cit., 583.

³⁸ Iako se zapravo baš u preambuli mogu naći određeni segmenti koji teže uvažavanju obostranih interesa, kao što su oni ciljevi koji se odnose na dobrobit naroda obe države, sa načelnom mogućnošću države da se poziva na javni interes, tribunali kao onaj u *Siemens v. Argentina*, su to često ignorisali. Proširivanje zaštite investitora i na način koji nije izričito predviđen u dispozitivnom delu ugovora je neopravdan. Na takav način se proširuje nadležnost tribunala i odgovornost države, a sve u cilju proinvestitorskog pristupa.

³⁹ Z. Douglas, op. cit., 83-84.

⁴⁰ Gary Born, Mitchell Moranis, „Should Investment Treaties Have Their Own Rules of Interpretation?“, Kluwer Arbitration Blog, 2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/02/03/should-investment-treaties-have-their-own-rules-of-interpretation/>, 12.9.2021.

⁴¹ Miroslav Paunović, „Osnovne osobenosti investicionih arbitraža“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, Beograd, 2018, 181.

ugovora obavezuje samo stranke u sporu, tako i arbitražna odluka pred ICSID-om obavezuje samo državu koja je u sporu učestvovala i nijednu drugu.

Čini se da je, kao i obično, određeno središnje rešenje najprihvatljivije. Stoga, tribunal bi mogli da imaju u vidu raniju arbitražnu praksu, pa čak i razvijenu teoriju, prilikom definisanja sadržine apstraktnih obaveza države preuzetih međunarodnim sporazumima u vidu materijalnih standarda tretmana. Ipak, to bi trebalo uzeti samo kao neku vrstu smernice i dopune adekvatno protumačenog teksta konkretnog bilateralnog sporazuma koji taj arbitražni tribunal primenjuje.

Kako bi se utvrdila povreda mnogih standarda zaštite iz bilateralnih sporazuma, mora se *uzeti u obzir* i nacionalno pravo države prijemnice ulaganja. Na taj način ne vrši se primena ovog prava, već se nacionalno pravo uzima kao činjenica koja ulazi pod dispoziciju merodavnog materijalnog (međunarodnog) prava. U predmetu *Ionnis Kardassolpoulos v. Georgia*, veće je smatralo da postoje one odredbe međunarodnih sporazuma kojima se značenje može dati samo upućivanjem na domaće pravo.⁴² U predmetu *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile* veće je ocenilo da je država u postupku davanja dozvole ulagaču morala da primenjuje svoje pravo i da s obzirom na to da je postupala u skladu sa svojim pravom, nije ni došlo do povrede BIT-a u odnosu na povredu ugovora o ulaganju.⁴³ Veće je naglasilo da povreda međunarodne obaveze mora, po definiciji, biti procenjena prema međunarodnom pravu, ali da je potrebno uzeti u obzir nacionalno pravo kako bi se ustanovile činjenice te povrede.⁴⁴ Uzimaju se u obzir kako materijalne norme nacionalnog prava, tako i procesne, a sve u svrhu procene da li je došlo do povrede međunarodnih standarda zaštite. Tako, na primer, u sporu *Bosh International v. Ukraine* arbitražni tribunal je imao zadatak da ustanovi da li je došlo do povrede poštenog i pravičnog tretmana time što je, po mišljenju tužioca, Ukrajna zanemarila princip *res judicata*, kao deo pružanja ovog tretmana. Da bi to ustanovio, tribunal je morao da uzme u obzir da se u ukrajinskom procesnom pravu pravi razlika između situacije kada je doneta odluka o meritumu i kada se samo ustanovi da privredni sud nije nadležan. Prva odluka jeste pod dejstvom presuđene stvari, dok druga nema prekluzivno dejstvo.⁴⁵ Iako je tužilac smatrao da je za ovo pitanje

⁴² *Ionnis Kardassolpoulos v. Georgia*, ICSID Case No ARB/ 5/18, *Decision on Jurisdiction*, 2007, par. 145-146.

⁴³ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/1/7, *Award*, 2004, par. 188.

⁴⁴ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/1/7, *Award*, 2004, par. 204.

⁴⁵ *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, *Award*, 2012, par. 278.

merodavno međunarodno pravo, imajući u vidu da se pitanje odnosi na povredu međunarodnog standarda, arbitražni tribunal je pravilno pošao od toga da mora da utvrdi da li je na odgovarajući način primenjeno procesno pravo Ukrajine, jer od tog utvrđenja zavisi i odluka da li je povređen standard poštenog i pravičnog tretmana.⁴⁶ Uzimanje u obzir prava države prijemnice može se videti i na primeru utvrđivanja povrede standarda koji se odnosi na punu zaštitu i bezbednost, koji obuhvata, između ostalog, i obavezu pružanja zaštite u krivičnom, građanskom ili upravnom postupku u skladu sa principom pravičnog postupka koji je sadržan u pravnim aktima države. Da bi se ustanovilo da li je povređen ovaj standard zaštite, potrebno je da se ustanovi da li je država postupala u skladu sa svojim propisima kojima se ova zaštita pruža.

Iako ima shvatanja da pitanje da li se nacionalno pravo posmatra kao pravo ili kao činjenica nema većeg praktičnog značaja,⁴⁷ smatramo da se ovaj stav može dovesti u pitanje. Naime, pogrešna primena materijalnog prava može biti osnov za poništaj arbitražne odluke u *ICSID* sistemu iz razloga prekoračenja ovlašćenja arbitara. Prema Vašingtonskoj konvenciji pogrešno utvrđeno činjenično stanje nije osnov za poništaj arbitražne odluke. Samim tim, ukoliko arbitri pogrešno utvrde sadržaj nacionalnog prava i pogrešno ga uzmu u obzir prilikom odlučivanja o slučaju, ne postoji pravno sredstvo nezadovoljne stranke protiv te odluke. Na taj način još više se „opušta“ već dovoljno labav sistem kontrole arbitražnih odluka donetih pred *ICSID*-om. Na ovom mestu bi bilo značajno pomenuti da *CETA* predviđa da se u postupku kontrole arbitražne odluke vodi računa i o očiglednim greškama u utvrđivanju činjenica, što obuhvata i utvrđivanje relevantnih nacionalnih zakona,⁴⁸ čime se uspostavlja daleko efikasnija kontrola i pored pravljenja razlike između primene i uzimanja u obzir nacionalnog prava.

MERODAVNO PRAVO ZA ODGOVORNOST DRŽAVE ZA POVREDU MATERIJALNOPRAVNIH STANDARDA TRETMANA

Za odgovornost države za povredu materijalnopravnog standarda zaštite može biti merodavno samo međunarodno pravo. Ovo je jedno od najvažnijih pitanja u ulagačkom sporu koje se odnosi na meritum. Na ovom mestu, „reflektor“ je na Pravilima o odgovornosti države za protivpravne akte iz 2001.

⁴⁶ *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 2012, par. 282.*

⁴⁷ M. Galetin, op. cit., 298.

⁴⁸ Sveobuhvatni ekonomski i trgovinski sporazum između Kanade i EU, čl. 8.28.

godine,⁴⁹ kao delu međunarodnog običajnog prava. Ipak, s obzirom na to da nije potpuno jasno na osnovu čega investitor, kao privatno lice, uopšte crpi ovlašćenje da se poziva na međunarodnu odgovornost države prema ovim Pravilima, opravdanje se nalazi u njegovom statusu kao direktnog nosioca prava, beneficijara ili agenta u smislu diplomatske zaštite.⁵⁰ Pravila predviđaju da je akt države suprotan međunarodnom pravu kada se može pripisati državi po međunarodnom pravu i kada predstavlja kršenje međunarodnih obaveza te države.⁵¹ Međunarodno običajno pravo kao merodavno pravo za odgovornost države određuje (obim primene merodavnog prava), pre svega: pripisivost akta državi, odgovornost države i osnove isključenja odgovornosti. U ovu pravnu kategoriju bi trebalo svrstati i utvrđivanje standarda naknade kod nezakonite eksproprijacije. Ovo poslednje je od velike važnosti jer se nacionalno pravo i međunarodno pravo mogu značajno razlikovati,⁵² a međunarodna odgovornost treba da dovodi i do utvrđivanja posledice te odgovornosti prema međunarodnom pravu. Drugim rečima, ukoliko se dispozicija norme pronalazi u okvirima međunarodnog prava, i „sankcija“ takvog akta treba da bude utvrđena u tim okvirima. Tako, u predmetu *Eureko B.V. v. Republic of Poland* arbitražno veće je smatralo da nije od značaja da li je Državni trezor, čiji akti su pripisani državi, prema poljskom pravu posebno pravno lice jer, bez obzira na njegov status, veće je obavezno da primenjuje međunarodno pravo na osnovu kog je Poljska odgovorna za postupanje Državnog trezora prema kompaniji *Eureko*.⁵³

Kod pitanja isključenja odgovornosti države za akte suprotne međunarodnom pravu usled postojanja stanja nužde i više sile merodavno je običajno međunarodno pravo, pre svega Pravila o odgovornosti država kao deo običajnog međunarodnog prava.⁵⁴ Štaviše, Pravila izričito predviđaju da se države ne mogu

⁴⁹ Nacrt članova o odgovornosti države za međunarodno protivpravne akte (*Official Records of the General Assembly*, 56. zasedanje, Dodatak br. 10 (A/RES/56/10), usvojen u formi rezolucije Generalne skuštine UN-a 12. decembra 2001. godine (u daljem tekstu Pravila o odgovornosti države ili Pravila).

⁵⁰ Više o opravdanju primene Pravila o odgovornosti država, Martins Paparinskis, „Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility“, *The European Journal of International Law*, vol. 24 no. 2, 2013, 617-647.

⁵¹ Pravila o odgovornosti države, čl. 2.

⁵² V. E. Gaillard, Y. Banifatemi, op.cit., 380.

⁵³ *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad hoc arbitration, Partial Award*, 2005, par. 134.

⁵⁴ U međunarodnoj investicionoj arbitraži postavilo se pitanje da li se postupanje države koja je pogođena ekonomskom krizom, kao vanrednim stanjem može shvatiti kao stanje nužde, u smislu člana 25 Pravila o odgovornosti država. U pitanju su sporovi nastali zbog postupanja Argentine prema stranim ulagačima (pre svega američkim), u vreme kada je bila pogođena ovom krizom. Prikaz određenih arbitražnih odluka u predmetima gde je Argentina bila tužena država v. M. Galetin, op. cit., 249-256.

osloboditi odgovornosti pozivom na svoje nacionalno pravo, čime se ustanovljava irelevantnost unutrašnjeg prava.⁵⁵ Postoje i posebni osnovi isključenja odgovornosti, kao što je klauzula o dozvoljenim merama ograničenja prava stranih ulagača.⁵⁶ Ova klauzula je sadržana i formulisana u bilateralnom ili multilateralnom sporazumu, što je razlika u odnosu na opšte osnove isključenja odgovornosti kao dela međunarodnog običajnog prava.

Bilateralni sporazumi predviđaju standard naknade za izvršenu zakonitu eksproprijaciju (nekada čak i metod njenog izračunavanja), ali najčešće ne predviđaju standarde naknade za nezakonitu eksproprijaciju. Arbitražni tribunali su često ova pitanja odvojeno posmatrali, te su kod naknade za izvršenu nezakonitu eksproprijaciju primenjivali međunarodno običajno pravo, smatrajući da to pitanje izlazi iz obuhvata rešenja koje se nalazi u BIT-u za zakonito oduzimanje.⁵⁷

ZAKLJUČAK

Učinjena analiza je pokazala opravdanost hipoteze postavljene na početku rada, koja se odnosi na to da za pitanja pripadnosti (državljanstva) ulagača, postojanja imovinskih prava koja pripadaju ulagaču i pitanja da li ta imovinska prava predstavljaju zaštićeno ulaganje, te povrede materijalnopravnog standarda zaštite iz BIT-a i odgovornosti države za povredu standarda, postoje merodavna prava koja se na ta pitanja *moraju* primeniti, nezavisno od načina tumačenja druge rečenice člana 42 stava 1 Vašingtonske konvencije. Štaviše, čak ni izvršen izbor merodavnog prava u bilateralnom sporazumu ne bi mogao da promeni pravo koje je

⁵⁵ Pravila o odgovornosti države, čl. 32.

⁵⁶ Radi se o klauzuli koja je u korist države domaćina na taj način što vrši transfer nekomercijalnih rizika sa države na stranog ulagača, te u izuzetnim situacijama radnje i propuštanja države prema stranom ulaganju ostaju van sfere zaštite merodavnog međunarodnog sporazuma. V. Marko Jovanović, *Odgovornost države za zaštitu stranih ulaganja*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 280.

⁵⁷ *V. Vivendi v. Argentina (Vivendi II)*, par. 8.2.3 i *Siemens A. G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award*, 2007, para. 349. Navodi se da je polazna tačka ovakvog razlikovanja odluka Stalnog suda međunarodne pravde u predmetu *Case concerning the factory of Chorzow*, gde je Sud smatrao da se naknada za nezakonitu posmatra šire nego iznos naknade za zakonitu eksproprijaciju. V. Petar Đundić, „Posledice razlikovanja zakonite i nezakonite eksproprijacije stranog ulaganja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 45, br. 3, Novi Sad, 2011, 602-603. Naknada za nezakonitu eksproprijaciju obuhvata obavezu države domaćina da isplati, ne samo iznos tržišne vrednosti ulaganja u trenutku eksproprijacije, već i sumu koja je adekvatna uvećanju vrednosti ulaganja do kojeg je došlo od trenutka oduzimanja do dana donošenja odluke. V. P. Đundić, op. cit., 611.

merodavno za svaki konkretan problem koji se u ovoj vrsti ulagačkog spora postavlja, te oslanjanje na član 42 stav 1 Vašingtonske konvencije nema ni smisla u sporovima iz bilateralnih sporazuma.

U sporovima iz međunarodnih investicionih sporazuma, merodavno materijalno pravo je međunarodni investicioni sporazum uz ostala pravila i principe međunarodnog prava. *Ratio* je da pokretanjem arbitraže iz međunarodnog sporazuma, tužbeni zahtev postaje međunarodni, što neminovno dovodi do prioriteta i automatske primene međunarodnog prava. Međunarodno pravo predstavlja pravni okvir za pitanja da li je povređen određeni materijalnopравни standard zaštite predviđen BIT-om, da li se akt povrede može pripisati državi, da li je država odgovorna za tu povredu, da li postoji neki osnov isključenja odgovornosti, da li i u kom iznosu država treba da naknadi štetu investitoru i slična pitanja u sporu. Pitanja poput pripadnosti (državljanstva) investitora i da li postoji investicija izlaze iz domašaja člana 42 Vašingtonske konvencije i predstavljaju, pre svega, pitanja *ratione personae* i *ratione materiae* nadležnosti arbitražnog suda. Njihov pravni okvir čine Vašingtonska konvencija, relevantni međunarodni investicioni sporazum i nacionalna prava država. Pravo druge države ugovornice (države porekla investitora) je merodavno za odgovor da li investitor ima njenu pripadnost (državljanstvo), dok je sa druge strane pravo države prijemnice merodavno za odgovor da li postoje stečena imovinska prava koja potencijalno mogu činiti zaštićeno ulaganje, kao i da li su ta imovinska prava zakonito uložena.

Bez obzira na to što je član 42 stav 1 Vašingtonske konvencije zapravo nepotreblijiv u sporovima iz međunarodnih investicionih sporazuma, smatramo da nije potrebno vršiti redakciju Vašingtonske konvencije. Kako bi se rešile sve nedoumice, preporuka je da se u narednim bilateralnim sporazumima koji se zaključuju svakako vrši izbor merodavnog prava, tako što će se predvideti primena tog sporazuma i međunarodnog prava u sporovima oko povrede materijalnopравnih standarda zaštite, dok će se za sporove na osnovu direktnih ugovora predvideti primena prava na koje poziva član 42 stav 1. Tako je učinjeno i u američkom model BIT-u, te iako takav izbor ne bi bio presudnog već samo deklaratornog značaja u sporovima iz bilateralnih sporazuma, on može poslužiti izbegavanju nedoumica i povećanju pravne sigurnosti prilikom određivanja i primene merodavnog prava.

Pravna sigurnost u primeni prava je jedan od vrhunskih nadnacionalnih ciljeva kojima je profesor Slobodan Perović težio, a adekvatno određenje merodavnog materijalnog prava u sporovima kakvi su oni koji se iznose pred međunarodne investicione tribunale je preduslov ostvarenja takvog cilja, što je pitanje koje prevazilazi značaj jednog nacionalnog prava i koje se može svrstati i među osnovne postulate prirodnog prava.

STEFAN JOVANOVIĆ, LL.M.
Teaching Associate, Faculty of Law
University of Belgrade

INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES
– ISSUES OF APPLICABLE LAW

Summary

Determining the applicable substantive law in investment disputes is a multi-layered and complex issue, which, due to the nature of the topic, combines segments of foreign investment law, private international law, international arbitration law and public international law. The author recognizes the four most important issues raised in international investment disputes initiated under the bilateral investment agreements, and determines the applicable law for each of these individual issues. The aim of this paper is to examine the hypothesis that in this type of investment disputes, international law is always applicable, regardless of the party autonomy or the residual rule. The author also examines the significance of the national law (primarily) of the host state. The importance of the topic is reflected in the need for greater legal certainty regarding the determination and application of law in international investment disputes, especially having in mind the crisis of legitimacy that international investment arbitration is currently facing.

Key words: applicable law, international investment disputes, bilateral investment agreements, ICSID, investment arbitration

Literatura

- Born G., Moranis M., „Should Investment Treaties Have Their Own Rules of Interpretation?“, Kluwer Arbitration Blog, 2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/02/03/should-investment-treaties-have-their-own-rules-of-interpretation/>.
- Cvetković P., „Uslovi zasnivanja nadležnosti Centra za rešavanje investicionih sporova“, *Libera amicorum Gašo Knežević*, Beograd, 2016.
- Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009.
- Dajić S., „O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja – od preambule do preambule“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 49, br. 2, Novi Sad, 2015.
- Dajić S., Stanivuković M., „Unutrašnje pravo u međunarodnoj investicionoj arbitraži: zaboravljeni i zapostavljeni izvor prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, tom 65, br. 2, Beograd, 2017.
- Dundić P., „Posledice razlikovanja zakonite i nezakonite eksproprijacije stranog ulaganja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 45, br. 3, Novi Sad, 2011.
- Gaillard E., Banifatemi Y., „The Meaning of „and“ in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, issue 2, 2003.

- Galetin M., *Merodavno pravo u međunarodnim investicionim sporovima*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2019.
- Jovanović M., *Odgovornost države za zaštitu stranih ulaganja*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Kulick A., „Vier Geschichten des internationalen Investitionsrechts“, *SchiedsVZ, German Arbitration Journal*, Kluwer Law International (eds. Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al.), Verlag C.H. Beck oHG, vol. 8, issue 5, 2010.
- Langford M., Behn D., „Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?“, *The European Journal of International Law*, vol. 29, no. 2, 2018.
- Morait B., „Načela obligacionog prava u opusu akademika prof. dr Slobodana Perovića“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2019.
- Paparinskis M., „Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility“, *The European Journal of International Law*, vol. 24, no. 2, 2013.
- Paunović M., „Osnovne osobenosti investicionih arbitraža“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, Beograd, 2018.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., „Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije“, *Pravna riječ*, br. 47, Banja Luka, 2016.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990.
- Perović S., „Određenost predmeta obligacije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 22, br. 5-6, Beograd, 1974.
- Sasson M., „The Applicable Law and the ICSID Convention“, *ICSID Convention after 50 years, Unsettled Issue*, (ed. Crina Baltag), Wolters Kluwer, 2017.
- Schreuer H. C., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2009.

TREĆA NAGRADA
„PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“

ANDREA PILETTA MASSARO

**COMPETITION LAW AND DATA PROTECTION:
THE NEED FOR LEGAL CERTAINTY
IN A NECESSARY RELATIONSHIP**

Big tech companies such as Facebook and Google are playing an increasingly high and pervasive role in every person's market interactions. Consequently, some markets are tipping in favour of these companies. The so-called 'big data' represents the propulsive force of these firms, as personal information plays a prominent role in their business models. The aim of the present paper is to analyse how competition law, aimed at keeping markets competitive, may interact with data protection law in order to elaborate effective rules and enforcement strategies vis-à-vis the described market scenario. In particular, what competition law and data protection law shall address jointly is the exploitation of users' data as well as their consent to their processing, both resulting from these firms' dominant position on the relevant market. To this purpose, the paper will analyse the seminal Facebook decision issued in 2019 by the German Bundeskartellamt, in which national competition rules and the GDPR principles and provisions were applied jointly. Moreover, reference will also be made to the recent legislative initiatives put forward both at the national and the EU level, as they appear fundamental to reach a level playing field characterised by an adequate degree of legal certainty.

Key words: *competition law, data protection, legal certainty, digitalisation, European Union*

Andrea Piletta Massaro, Ph.D. candidate at the University of Trento, Italy, and Assistant to the Scientific Director, Master of Laws in International Trade Law, ITCILO, Turin, Italy. Assistant Professor at both the Universities of Turin and Trento.

INTRODUCTION

The advent of digitalisation has actualised yet again the debate about competition law's foundations. Both in the EU and the U.S., the discussion around the goals of competition law has been fuelled by contributions from scholars and policy makers, asking whether current principles, rules, and enforcement tools are adequate and up to date to keep markets competitive vis-à-vis the powerful market positions held by the so-called tech giants (*i.e.*, Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft).¹ Several opinions have been expressed and, particularly in the U.S., the 'Hipster Antitrust' or 'Neo-Brandeisian' movement² has called for a more aggressive antitrust enforcement towards big tech companies, calling for the replacement of the traditional – at least since the 'Chicago School revolution' – 'consumer welfare standard' with a principle which would pay much more attention to the competitive structure of the markets concerned.³ In the EU, under a both similar and different perspective, the issue of competition and digitalisation has been perceived and discussed, but the debate just skimmed over the topic regarding the right standard for competition law, being more directed at understanding which enforcement tools shall be considered more adequate in curbing tech giants' (alleged) dominant positions.

Dealing with big digital corporations, both scholars and competition authorities have underlined the crucial role played by data in this context. In particular, data have been described as the new fuel of tech companies or the currency of digital markets.⁴ This assumption is based on the process lying behind users'

¹ See, *inter alia*, Ariel Ezrachi, Maurice Eitel Stucke, *Virtual Competition*, Harvard University Press, Cambridge, 2016; Maurice Eitel Stucke, Ariel Ezrachi, *Competition Overdose*, HarperCollins, New York, 2020; Maurice Eitel Stucke, "Here Are All the Reasons It's a Bad Idea to Let Few Tech Companies to Monopolize Our Data", *Harvard Business Review*, 27 March 2018, available at <https://hbr.org/2018/03/here-are-all-the-reasons-its-a-bad-idea-to-let-a-few-tech-companies-monopolize-our-data> (accessed 14 September 2021); Ariel Ezrachi, "EU competition law goals and the digital economy", 2018, available at https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3222929_code437389.pdf?abstractid=3191766&mirid=1 (accessed 14 September 2021); Lina M. Khan, "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 3, 2017, 710 ff.

² See, *inter alia*, Lina M. Khan, "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9, No. 3, 2018, 131 ff.

³ See, *inter alia*, Marshall Steinbaum, Maurice Eitel Stucke, "The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 87, No. 2, 2020, 595 ff; Tim Wu, *The Curse of Bigness*, Atlantic Books, London, 2020, 160; Sandeep Vaheesan, "The Profound Nonsense of Consumer Welfare Antitrust", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64, No. 4, 2019, 479 ff.

⁴ On this topic, the European Commission Executive Vice-President Margrethe Vestager referred to *big data as being the new currency of the internet*, see *Hearing of Commissioner-Designate Margrethe Vestager in front of The Committee on Economic and Monetary Affairs of the European Parliament*,

interactions on the internet, especially when free services are offered to them. In fact, users can easily enjoy free email accounts, free cloud storage services, and, for instance, watch a plethora of movies and tv series at a nominal price, maybe also taking advantage of free shipping for all their online orders, as with the Amazon Prime subscription.⁵ The question arising spontaneously is not only how these companies succeed in sustaining such market strategy, but how they manage to increase their profits impressively and continuously. Just to have a sample of this, it is worth reporting that in 2020 Amazon increased its 2019 revenues by more than 100 billion dollars, which marked a plus 36% and a total revenue in 2020 of 386 billion dollars.⁶ Does this sound impressive? It is not an isolated result, as Facebook,

2 October 2014, 36, available at <https://www.europarl.europa.eu/hearings-2014/resources/library/media/20141022RES75845/20141022RES75845.pdf> (accessed 2 September 2021). In a similar vein, the European Data Protection Supervisor (EDPS) stated that *it is now commonplace for personal information to be compared to a currency used to gain access to online services*, see EDPS, Opinion 8/2016, *EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 September 2016, 6, available at https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf (accessed 2 September 2021). See also the Report by Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) and Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Indagine conoscitiva sui big data*, February 2020, 89, available at https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf (accessed 2 September 2021). From a judiciary standpoint, it is worth mentioning the decisions issued in Germany by the Bundesgerichtshof (decision 23 June 2020, KVR 69/19, points 59-63) in the context of the German *Facebook* case (a courtesy English translation of the decision is available at https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/06/BGH-Beschluss-v.-23.06.2020_Englisch.pdf, (accessed 2 September 2021) and in Italy by the TAR Lazio (decision 10 January 2020, no. 261, point 6) and then by the Consiglio di Stato (decision 29 March 2021, no. 2630, point 7) ruling on the Italian *Facebook* case, where it was established that personal data are an asset subject to economic exploitation, thus being used as consideration in a transaction (as done by Facebook, whose defence was rejected both in first instance and in appeal). See also Maria Wasastjerna, *Competition, Data and Privacy in the Digital Economy*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2020, 172-173; Klaus Wiedemann, “A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court’s Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings *Bundeskartellamt v. Facebook* (Case KVR 69/19)”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, Vol. 51, 1171.

⁵ This dynamic received an ‘official’ recognition at the European level by the recent Directive (EU) 2019/770 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, published in the OJ of the EU 22 May 2019, L 136/1. Indeed, Article 3 of the reported Directive provides the latter is applicable also *where the trader supplies or undertakes to supply digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader*.

⁶ Shelley E. Kohan, “Amazon’s Net Profit Soars 84% With Sales Hitting \$386 Billion”, *Forbes*, 2 February 2021, available at <https://www.forbes.com/sites/shelleykohan/2021/02/02/amazons-net-profit-soars-84-with-sales-hitting-386-billion/?sh=1956ec2c1334> (accessed 2 September 2021).

in the same 2020 registered revenues for around 86 billion dollars,⁷ whilst Google accounted for an annual revenue around 182 billion dollars, which, for the sake of exemplifying the increase, doubled the 2016 result, which amounted to around 90 billion dollars.⁸ More interestingly, the largest part of Google and Facebook's revenues comes from advertising. In fact, in 2020 they respectively earned 147 and 84 billion dollars as advertising-related revenues, both registering an impressive increase in this figure during the last years.⁹

It is in the above-described scenario that the relationship between competition law and the role of data can be understood. Indeed, big tech companies can maintain their business models thanks to the huge amount of data they gather from users, which they then process, and they finally – and most importantly – use as an asset. Once gathered, *big data* confer an important competitive advantage to big techs, which continuously strengthen their market position over rivals, in a positive feedback loop fuelled by economies of scale and network externalities. In this scenario, as reported above, advertising plays a prominent role, as much of the data gathered and processed can serve the aim – direct or indirect, by selling users' data to third-party advertisers – of rendering advertising increasingly more tailored to users.¹⁰

As a result of the brief overview reported above, it appears evident that an up-to-date approach to competition law might not be separated from data protection. Indeed, as we have briefly explained, users' personal data represent tech companies' main asset, often used to exploit consumers. Consequently, a common framework between competition law and data protection law is particularly needed, as the digital world undoubtedly brought astonishing advantages, but it is of foremost importance that these innovations remain under the control of citizens and regulatory authorities, thus not allowing tech companies to become *the centre of large empires*, to quote the telling expression pronounced by EU Executive Vice-President

⁷ Facebook's revenue and net income from 2007 to 2020, available at <https://www.statista.com/statistics/277229/facebook-annual-revenue-and-net-income/> (accessed 2 September 2021).

⁸ Annual revenue of Google from 2002 to 2020, available at <https://www.statista.com/statistics/266206/googles-annual-global-revenue/> (accessed 2 September 2021).

⁹ Advertising revenue of Google from 2001 to 2020, available at <https://www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/> (accessed 2 September 2021); Facebook's advertising revenue worldwide from 2009 to 2020, available at <https://www.statista.com/statistics/271258/facebook-advertising-revenue-worldwide/> (accessed 2 September).

¹⁰ The 'market of attention' dynamic has been brilliantly developed, *inter alia*, by Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, Profile Books, London, 2019; Tim Wu, *The Attention Merchants*, Atlantic Books, London, 2017.

Margrethe Vestager.¹¹ However, this sort of ‘merger’ between competition law and data protection may raise several issues of legal certainty. Indeed, the ‘more economic approach’ usually adopted in solving competition law cases might be adapted to this new reality, but it is clear that non-economic considerations would carry more weight in data-related cases. Consequently, finding the right policy and enforcement solutions is crucial in order to guarantee an optimal balance between an effective enforcement of competition provisions and legal certainty, as the latter is a fundamental condition for both companies and users operating in a market economy.

To the purpose of deepening the analysis on the debated topic, this paper will first address the competitive role played by big data in the digital economy. Then it will explore how some legal systems managed to issue decisions or introduce provisions regarding competition and data in the digital context and it will scrutinise whether these initiatives – notwithstanding their innovative nature – keep an adequate degree of legal certainty. In particular, this article will take into consideration the new German legislation on digital gatekeepers and the Facebook decision issued by the Bundeskartellamt,¹² which, during the relevant judicial review process, led to the submission of a referral to the European Court of Justice from the Oberlandesgericht Düsseldorf on 24 March 2021.¹³

¹¹ EU Commission Executive Vice President Margrethe Vestager, *Competition and the digital economy*, speech delivered at the OECD/G7 Conference held in Paris on 3 June 2019, available at https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200954/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-digital-economy_en (accessed 2 September 2021).

¹² Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, issued 7 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The relevant press release (in English) is available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (accessed 14 September 2021), whilst an English summary of the decision is available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (accessed 14 September 2021).

¹³ Oberlandesgericht Düsseldorf, decision 24 March 2021, case Kart 2/19 (V), *Facebook*. This decision is available (in German only) at https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2021/Kart_2_19_V_Beschluss_20210324.html (accessed 2 September 2021). See also Matthias Inverardi, “German court turns to top European judges for help on Facebook data case”, *Reuters*, 24 March 2021, available at <https://www.reuters.com/business/legal/german-court-turns-top-european-judges-help-facebook-data-case-2021-03-24/> (accessed 2 September 2021); Samuel Stolton, “German legal dispute over Facebook data use sent to European Court of Justice”, *Euractiv*, 24 March 2021, available at <https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/german-legal-dispute-over-facebook-data-use-sent-to-european-court-of-justice/> (accessed 2 September 2021); CMS, *ECJ to issue preliminary ruling on German FCO-Facebook case*, 28 April 2021, available at <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/04/ecj-to-issue-preliminary-ruling-on-german-fco-facebook-case> (accessed 2 September 2021).

BIG DATA AND THEIR COMPETITIVE SIGNIFICANCE

The importance of a joint approach to competition law and data protection has been suggested back in 2014 by the European Data Protection Supervisor (EDPS), which stressed how this synergy can both help the enforcement of competition rules and enhance services under a privacy perspective.¹⁴ For the sake of better understanding the paramount role currently played by data, it is worth considering that, according to the *Indagine conoscitiva sui big data* drafted by the Italian Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), together with both the Italian telecommunication and data protection regulators, in a single minute 2.3 million of search queries are entered on Google, 3 million ‘likes’ and 3 million shares occur on Facebook and 2.7 million downloads are registered on YouTube.¹⁵ It is also worth noting that a report issued by McKinsey in 2016 noted that the flow of data now generates more economic value than the global goods’ trade.¹⁶ Moreover, the volume of data created worldwide is expected to continuously increase at an exponential rate, thus reaching a level around five-times higher than the current one.¹⁷

This enormous quantity of data, to which we could refer as ‘big data’, is handled by companies operating in digital markets through a threefold process: As brilliantly explained by the AGCM’s report, the big data chain is articulated in A. gathering, B. processing, and C. interpretation.¹⁸

The first phase is characterised by the generation of big data by users, which occurs in a multitude of manners, such as posting contents on social networking services, as well as sending messages or emails and by interacting in the ‘Internet of Things’ environment. Then, this information is acquired by the devices we are using or the websites or social networks we are surfing. A common way in which data are collected on the internet is through cookies, which are files gathering information

¹⁴ European Data Protection Supervisor (EDPS), preliminary opinion of 26 March 2014, *Privacy and competitiveness in the age of big data*, available at https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf (accessed 2 September 2021).

¹⁵ AGCM and Others, op. cit., 6.

¹⁶ James Manyika, Susan Lund, Jacques Bughin, Jonathan Woetzel, Kalin Stamenov, Dhruv Dhingra, McKinsey Global Institute, *Digital globalization: The new era of global flows*, 24 February 2016, available at <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/digital-globalization-the-new-era-of-global-flows#> (accessed 2 September 2021). See also M. Wasastjerna, op. cit., 37-38.

¹⁷ Tom Wheeler, *The Root of the Matter: Data and Duty. Rules for the New Digital Economy Should Look to Old Common Law Traditions*, The Shorenstein Center on Media, Politics and Public Policy, November 2018, 2, available at <https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/working.papers/Root%20of%20the%20Matter%20Wheeler.pdf> (accessed 2 September 2021).

¹⁸ AGCM and Others, op. cit., 8.

about our preferences and behaviours on websites. Generally, these services are provided to third-party customers (*i.e.*, the websites' holders) by tech giants, such as Google or Facebook.¹⁹ Research has found that even the web browsers' 'incognito mode' does not completely protect users from being tracked by these tools.²⁰ Moreover, webpages using advertising services provided by Google (which, as stated by the Australian Competition & Consumer Commission's Preliminary Report, amount to more than 2 million, reaching 90 percent of users worldwide) track users independently of the browser they are using.²¹ As clearly emerged from the *Facebook* decision by the German Bundeskartellamt, Facebook is able to collect information from our internet activities in webpages where a Facebook 'like' or 'share' button is present. Likewise, our smartphones, smartwatches, and smart devices in general, such as digital assistants, are always ready to gather information from our activities.²²

Subsequently, firms automatically process²³ the gathered datasets by means of elaborated algorithms with the purpose of establishing, *inter alia*, correlations and trends. This constitutes the well-known 'big data analytics'.²⁴ Finally, the interpretation phase consists in using the knowledge gained through the information collected and analysed. In particular, this might be especially helpful for companies

¹⁹ *Ibidem*, 13.

²⁰ A. Ezrachi, M.E. Stucke (2020), *op. cit.*, 206.

²¹ Australian Competition & Consumer Commission, *Digital Platforms Inquiry. Preliminary Report*, December 2018, 48, available at <https://www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20Digital%20Platforms%20Inquiry%20-%20Preliminary%20Report.pdf> (accessed 2 September 2021); Autorité de la Concurrence, *Opinion no. 18-A-03 of 6 March 2018 on data processing in the online advertising sector*, point 130, available at https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2019-10/avis18a03_en_.pdf (accessed 2 September 2021). In particular, the latter publication states that *when a user visits a third-party website that use Google advertising services, social modules (such as the +1 button) or analytics tools (Google Analytics), the user's browser automatically sends Google information that is similar to the information that Google saves in its own servers when the user visits its sites.*

²² See, *inter alia*, Ariel Ezrachi and Maurice Eitel Stucke, "Is Your Digital Assistant Devious?"; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 304, 2016, available at https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2828117_code258113.pdf?abstractid=2828117&mirid=1 (accessed 2 September 2021).

²³ See the definition of 'data processing' provided by Article 4, point 2, of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation, GDPR), published in the OJ of the EU 4 May 2016, no. L 119/1.

²⁴ European Parliament, Resolution of 14 March 2017 on fundamental rights implications of big data: privacy, data protection, non-discrimination, security and law enforcement, published in the OJ of the EU 25 July 2018, no. C 263/82, point A. See also M. Wasastjerna, *op. cit.*, 37.

in defining their strategies, but, with particular reference to the context we are referring to, in personalising services offered to customers. Although this may sound positive (and in certain occasions it is), it may turn to be negative when knowledge on customers is not used for serving her/him the best product in her/his interest, but rather to exploit users' preferences and weaknesses in the firm's interest. This happens, for instance, with targeted and behavioural advertising, but also with personalised prices or, as suggested by a seminal paper by Ezechri and Stucke, when tools like digital assistants are used as a sort of 'trojan horse' in the consumer's private life, by suggesting her/him what to buy (thus generating in the consumer the need or desire for something s/he would not have otherwise bought), but also by selecting the price and the seller which best suits the firms' interest.

Of course, all the above-described strategies necessitate great economies of scale and technical requirements, which only few firms can afford. Therefore, from a market power perspective, the feedback loop generated by such dynamics strengthens the dominant firms' position. In fact, Facebook is indisputably dominant in the social networking market, like Google is in the web search market. In particular, this latter market represents an interesting example of big data's power in strengthening a dominant firm's market position. Indeed, algorithms, especially those employed by search engines, are characterised by self-learning features. In this sense, the more an algorithm is employed, the more it learns and, consequently, the more it is refined.²⁵ Translated into practice, if Google is the dominant platform, its algorithm will perform more self-learning processes than the competing firms' algorithms and consequently it will perform better than competing services, thus strengthening Google's market position. This self-feeding dynamic, which leads markets to tip in favour of dominant firms, is one of the main issues that render necessary the intervention of competition law in digital markets.

Moreover, the datasets we referred to in the previous paragraphs contain a high amount of personal information,²⁶ which, in the context we are analysing,

²⁵ Maurice Eitel Stucke, Ariel Ezechri, "When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engines", *The Yale Journal of Law & Technology*, 18, 2016, 82, available at https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2598128_code258113.pdf?abstractid=2598128&mirid=1 (accessed 2 September 2021).

²⁶ T. Wheeler, op. cit.; European Parliament, Resolution of 14 March 2017 on fundamental rights implications of big data: privacy, data protection, non-discrimination, security and law enforcement, cit., point A. It is worth recalling here that according to Article 4 of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation, GDPR), published in the OJ of the EU 4 May 2016, no. L 119/1, 'personal data' means any information relating to an identified or

represents the most valuable asset. This is the reason why enforcement of competition law in this field cannot be untied from the complementary application of data protection rules. To this purpose, European citizens can benefit from a particularly important and organic piece of legislation: Regulation no. 679/2016, better known as General Data Protection Regulation (GDPR).

The most valuable tools that the GDPR may offer in this context are the rules regarding consent to personal data's processing and the right to data portability. The former is addressed by Articles 6 and 7 of the GDPR. In particular, Article 6, paragraph 1, letter (a), GDPR states that data processing is deemed lawful if *the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes*. Moreover, the following letter (b) provides that the processing is lawful if it is necessary for the performance of a contract entered into by the data subject. Anyhow, if we keep our focus on the consent expressed by the data subject, Article 7 GDPR specifies the requirements needed for a 'correct' consent; in this regard paragraphs 2 and 4 are of utmost interest. First, paragraph 2 provides that in case the consent is given by means of a written declaration concerning also other issues, *the request for consent shall be presented in a manner which is clearly distinguishable from the other matters, in an intelligible and easily accessible form, using clear and plain language*. In addition, paragraph 4 states that, in order to assess whether the data subject freely expressed her/his consent, it should be regarded if *the performance of a contract, including the provision of a service, is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of the contract*. These provisions appear very powerful when read but they might amount to 'much ado about nothing' when facing the digital markets' reality. As a matter of fact, consumers may agree to their data's treatment for several reasons. One may be the impossibility to use the relevant service without giving their consent, as found by the Bundeskartellamt in the *Facebook* case. This is particularly relevant when, as in the just mentioned case, users face a 'take it or leave it' alternative, meaning that if they deny their consent, they would not be allowed to use the service. But if almost all services are 'offered' by tech giants (e.g., could a user who buys an Android smartphone – so running the most popular mobile OS – use it without agreeing to Google's privacy policy...?), what can a 'common user' actually do in order to protect his/her data? The only answer lies in a joint application of competition law and data protection law: On one side market dominance shall be

identifiable natural person ('data subject'); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person.

curbed, in order to make data protection law applicable in practice. In this context, from another standpoint, is the consent commonly expressed by users really pondered? Here we are referring to two main factors, *i.e.*, timing and shape, which can be considered together. Indeed, consent is usually requested when users are about to benefit from a firm's service: They are looking forward to watching a movie on Netflix or buying some stuff on Amazon, and the long and boring privacy policy is the only and last obstacle between them and their – current – desire. Are we sure that consent expressed in such circumstances is really 'conscious'? Moreover, is it actually possible for common people to fully read and understand the whole privacy policy needed to use these services? In this regard, researchers have found that on average a privacy policy from a top website is 2,514 words long. This means that at a standard reading pace, reading the privacy policies of all the websites visited by an average American user would take 76 eight-hour workdays, amounting to about four months.²⁷ Ironically, if we had four months to be dedicated only to the analysis of privacy policies, probably the remaining eight months in a year would be spent in profitably benefitting from the valuable big tech's services. Or is it the contrary (*i.e.*, tech giants benefitting from us and our data) for all the twelve months? Moreover, in the remote hypothesis that we had this amount of time for reading privacy policies, could every 'average consumer' understand in depth these documents? Probably not, as people holding a degree in law are numerous, but still few compared to the seven billion humans populating the world. Therefore, after this short, ironic, but also telling analysis, what is the answer to the question above: Is our consent really conscious?

Alongside with the necessary consent provided by the data subject, the GDPR also regulates the abovementioned right to data portability, which can assume a paramount importance in the 'digital competition' scenario. Indeed, Article 20, paragraph 1, GDPR states that in case the processing of personal data is based upon the data subject's consent or in case it is carried out by means of automated tools, *the data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her, which he or she has provided to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and have the right to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided.* Moreover, the subsequent paragraph 2 rules that, in the absence of technical obstacles, *the data subject shall have the right to have the personal data transmitted directly from one controller to another.* However, as pointed out above with regard to the norms on consent, this provision is only illusionary when applied in a concentrated market. In fact, concretely, in case a data subject obtains a copy of

²⁷ T. Wheeler, *op. cit.*, 7-8.

her/his data from Facebook, or in case the mentioned social network is technically able to transmit the relevant data, where could s/he really switch to? The answer, worryingly, is nowhere, as there are no other social networks comparable to Facebook, in particular if we assume that a user is attracted by a social network because it is used by a large number of people. In a nutshell, in the tipped market context under scrutiny, the GDPR grants a subject the right to switch or multi-home, but this right will never be used in practice, due to strong network effects and high barriers to entry. In fact, it is quite illusionary to think that, as pointed out by some Google's executives, competition is only 'one click away'.²⁸ Indeed, the successful new entrant which big techs are fearing every time they are heard by Competition Authorities is just like Godot, as it is unlikely to appear in a way that could threaten their market position. As a matter of fact, tech giants could buy entrant firms before they become a threat (by means of the so-called 'killer acquisitions', like Facebook did with Instagram and WhatsApp) or, more simply, due to barriers to entry or expansion related to network effects, these new firms would never reach the critical mass needed to compete with the incumbent. For the sake of exemplifying, in order to compete with Facebook in the social networking services market, a newcomer shall first invest in an attractive experience and in interface able to attract users. But why should users switch from Facebook to the little new social network (where their friends are not present) or multi-home? It appears quite unlikely, also because Facebook – due to its dominant position – has gathered an astonishing quantity and quality of data about users' preferences or desires related to the social networking service. By means of this huge amount of data, together with its noteworthy financial strength (which, supposedly, the newcomer could not have), the incumbent may well launch new services or interfaces capable of maintaining its user base – and, why not, having the switching users back due to the poor performances of the newcomer's product if compared with the incumbent's new features.

For all the reasons outlined in this paragraph, it is now necessary to focus on how the GDPR and, more generally, data protection law, can be applied complementarily with the provisions aimed at regulating competition. To this end, the decisional experience of the German Bundeskartellamt, together with the amendments recently introduced to the German Competition Act (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, henceforth *GWB*),²⁹ ought to be analysed.

²⁸ Brody Mullins, Rolfe Winkler, Brent Kendall, "Inside the U.S. Antitrust Probe of Google", *The Wall Street Journal*, 19 March 2015, available at <https://www.wsj.com/articles/inside-the-u-s-anti-trust-probe-of-google-1426793274> (accessed 9 September 2021).

²⁹ The *GWB*'s English translation by the German Bundeskartellamt is available at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/ (accessed 12 September 2021).

TOWARDS AN UPDATED ENFORCEMENT STRATEGY:
THE BUNDESKARTELLAMT'S FACEBOOK CASE
AND THE NEED FOR LEGAL CERTAINTY

Tech giants faced several investigations by competition authorities in the recent years.³⁰ Nevertheless, the role of data as a competition law parameter was not valorised at its best, and, above all, data protection provisions did not reach the complementary role envisaged by the abovementioned 2014 EDPS preliminary opinion. This step was carried out by the German Bundeskartellamt in its 2019 *Facebook* decision.

The mentioned decision represents, so far, the best example of an integrated application of competition and data protection provisions. It addresses a Facebook's practice not respectful of its users' rights under data protection law for the purpose of gaining a huge competitive advantage. In particular, as it is well known, in addition to the 'main' social network, Facebook owns other services, such as Instagram and WhatsApp. Moreover, Facebook also provides the so-called Facebook Business Tools, which are services integrated into third-party businesses and developers' websites and apps. As is evident, all these services gather a great quantity of personal information on users' preferences, tastes and other personal aspects, providing the data controller with a huge amount of information, which can then be turned into a competitive advantage. However, this could be regarded as the ordinary running of these businesses, as data represent both the 'consideration' for these services and a necessary tool in order to refine their quality. What fell under the Bundeskartellamt's lens was Facebook's practice of merging the data collected separately by each single Facebook-owned service into what we can name as a 'single user profile'. Of course, this practice was directed at taking advantage of Facebook group's economies of scale with the aim of gaining an even greater competitive advantage in the market. Anyhow, as evident, this 'data merger' raised questions on the abuse of Facebook's dominant position, together with data protection-related issues, as data were merged without users' consent, in breach of the GDPR. A first important step in this decision's analysis is market definition. As for the product

³⁰ Two important decisions against tech giants were issued by the European Commission in 2017 and 2018: Decision 27 June 2017, case AT.39740, *Google Search (Shopping)*, available at https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (accessed 12 September 2021). The relevant press release is available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784 (accessed 12 September 2021). Decision 18 July 2018, case AT.40099, *Google Android*, available at https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf (accessed 12 September 2021). The relevant press release is available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581 (accessed 12 September 2021).

market, the Bundeskartellamt defined the private social network market, whilst, from a geographical aspect, the relevant market coincided with the German territory. In deeming Facebook dominant in this market, the Bundeskartellamt was aided by the 2017 amendments to the GWB, which can be regarded as the first step taken by the German legislator to render German competition rules up to date with challenges posed by digitalisation. In particular, paragraph 18(2a) GWB affirms that a market is present also if a product or service is offered for free. Moreover, among other things, the subsequent paragraph 18(3a) rules that in order to assess a firm's market position reference shall be made, *inter alia*, to *the undertaking's access to data relevant for competition* (point 4). As analysed above, it is also worth briefly reminding that the German Authority described Facebook as a network funded through targeted advertising, where users are active on the free side, *i.e.*, the social network, whilst advertisers are active on the other side. Facebook's market position was also contextualised with reference to both its direct and indirect network effects on the relevant market,³¹ which result in erecting high barriers to entry for other competitors. Due to these dynamics, Facebook led the market to tip in its favour, as users are not willing to switch to other social networking services (even if more respectful of their privacy) and advertisers are not attracted by competing firms, which, consequently, would face difficulties in financing their own activities.

However, attention shall be paid to the most innovative part of the Bundeskartellamt reasoning, according to which Facebook abused its dominant position against Section 19 GWB (whose content follows that of Article 102 TFEU). Indeed, the German watchdog developed a complementary interpretation of Section 19 of the GWB and the GDPR. The starting point is represented by Section 19(2)2 GWB, which provides that a firm's conduct is abusive if it *demand[s] payment or other business terms which differ from those which would very likely arise if effective competition existed*. The Bundeskartellamt's interpretation was developed upon two well-known decisions from the Bundesgerichtshof, *VBL-Gegenwert*³² and *Pechstein*.³³ In particular, the latter ruling considered Section 19 GWB a

³¹ For the sake of clarity, 'direct network effects' occur when users interact directly on the platform, thus increasing the product's appeal among users placed on the same side of the platform, while 'indirect network effects' occur in case a high use of the product on one side of the platform increases its appeal to users placed on other sides, as well. See OECD, *The Digital Economy 2012*, 2013, 8, available at <https://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf> (accessed 12 September 2021).

³² Bundesgerichtshof, decision 24 January 2017, case KZR 47/14, *VBL-Gegenwert II*, following decision 6 November 2013, case KZR 58/11, *VBL-Gegenwert I*.

³³ Bundesgerichtshof, decision 6 July 2016, case KZR 6/15, *Pechstein/International Skating Union*, English translation available at https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Pechstein_ISU_translation_ENG_final.pdf (accessed 12 September 2021).

‘general clause’,³⁴ whose abuse shall be assessed also on the basis of a violation of the weaker party’s constitutional rights by the party exercising market power.³⁵ In the *Facebook* decision the Bundeskartellamt applied this interpretative line to the data protection discourse, deeming that privacy provisions’ aim is that of protecting the self determination of people without any coercion or undue influence exercised by powerful contractual counterparties. In this context, Facebook’s conduct was deemed unlawful inasmuch it put users in a ‘take it or leave it’ scenario, with the consequence of impeding them to express an unconditioned consent to Facebook’s terms. In fact, users were actually obliged to accept Facebook’s ‘data merger’ policy, since otherwise they could not have used the social network. In substance, Facebook took advantage of its market position, by using it as a leverage for imposing unfair (and unlawful) conditions to its users. Finally, having regard to the fact that the German Competition Authority applied data protection rules, the same Authority sustained that the establishment of data protection agencies does not prevent itself from enforcing such provisions. Moreover, the Bundeskartellamt stressed that it was in close contact with data protection agencies, which did not rule out the possibility that another Authority may apply data protection provisions.³⁶ It is also worth noting that the sanction ordered by the German Competition Authority constitutes an evolution. In fact, the Bundeskartellamt did not impose a pecuniary fine on Facebook but opted for a behavioural prescription. Specifically, Facebook was ordered not to assign data gathered ‘off Facebook’ to personal accounts on the main social network without the users’ express consent. This kind of sanction shall be deemed more effective vis-à-vis tech giants, as for them pecuniary fines could amount to a sort of ‘cost of doing business’.

The Bundeskartellamt’s decision was then appealed on an interim basis before the Oberlandesgericht Düsseldorf, which ruled in favour of Facebook and suspended the Bundeskartellamt decision on 26 August 2019.³⁷ Anyhow, The Oberlandesgericht Düsseldorf’s ruling was subsequently overruled by the Bundesgerichtshof on 23 June 2020.³⁸ Of course, this decision, which only defines the

³⁴ *Ibidem*, para 48 and Bundeskartellamt, *Facebook*, cit., point 527. See also Marco Botta, Klaus Wiedemann, “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64, No. 3, 2019, 441.

³⁵ Roberto Pardolesi, Cristoforo Osti, “L’antitrust ai tempi di Facebook”, *Mercato Concorrenza Regole*, Vol. 21, No. 2, 2019, 201. See also Bundesgerichtshof, *Pechstein*, cit., para 57.

³⁶ Bundeskartellamt, *Facebook*, cit., point 556.

³⁷ Oberlandesgericht Düsseldorf, decision 26 August 2019, VI-Kart 1/19 (V).

³⁸ Bundesgerichtshof, *Facebook*, cit., see footnote no. 4.

proceeding's interim phase and not the matter, may shed a light on the possible Bundesgerichtshof's final judgement on the merits. Having regard to data protection and consent issues, the Bundesgerichtshof referred to the *mittelbare Drittwirkung* doctrine, which involves third-party effect on fundamental rights.³⁹ In particular, in certain cases private entities are bound by Constitutional principles and fundamental rights contained in the *Grundgesetz*, as well.⁴⁰ Given that Facebook is a sort of 'agora' for public debate and opinion sharing, it was deemed subject to this doctrine.⁴¹ Consequently, as already pointed out by the Bundeskartellamt, the rules enshrined in the GDPR as well as the right to informational self-determination come into play and Section 19 GWB, as a general clause of German private law, shall be interpreted accordingly. In conclusion, the Court confirmed the Bundeskartellamt's sanction, but, as clearly pointed out by Wiedemann, it reached this conclusion from a more genuine competition law perspective, based on the principle of user autonomy, rather than on purely data protection considerations.⁴²

Notwithstanding the above, the *Facebook* German saga is far from being over. Indeed, on 24 March 2021 the Oberlandesgericht Düsseldorf – now ruling on the merits – submitted a referral to the Court of Justice to understand which are the limits (if any) for the Bundeskartellamt in applying data protection provisions, together with an evaluation on the alleged abusive nature of Facebook's data policy.

However, just before the Oberlandesgericht Düsseldorf submitted the above-mentioned referral to the Luxembourg Court, the German legislator enacted another amendment to the GWB, aimed at addressing conducts put in place by undertakings of paramount significance for competition across markets. These rules, contained in the newly added Section 19a GWB, explicitly regulate some aspects related to 'data competition'.⁴³ In particular, Section 19a, paragraph 1, point 4, GWB states that, in determining whether a firm shall be considered of paramount significance for competition across markets, account shall be taken of *its access to data relevant for competition*. Moreover, paragraph 4 of the same Section 19a GWB, provides for rules on entry barriers created by the processing of data relevant for competition collected by undertakings of paramount importance for competition

³⁹ *Ibidem*, para 102.

⁴⁰ See, *inter alia*, Mislav Mataija, *Private Regulation and the Internal Market: Sports, Legal Services, and Standard Setting in EU Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 42-44.

⁴¹ K. Wiedemann, *op. cit.*, 1179; Bundesgerichtshof, *Facebook*, *cit.*, para 124.

⁴² K. Wiedemann, *op. cit.*, 1176.

⁴³ A more detailed explanation of the new Section 19a of the German GWB can be found in Jens-Uwe Franck, Martin Peitz, "Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 7, 2021, 513 ff.

across markets. Finally, the subsequent paragraph 5 contains rules addressing data portability impeding. It is also worth noting that at the EU level as well the Commission has proposed a Digital Markets Act (DMA) aimed at tackling gatekeeping situations occurring in digital markets.⁴⁴ Finally, the Commission has also stressed that the need to protect user privacy – in accordance with the GDPR – will be taken into account in the context of the recently announced investigation against Google in the online advertising technology sector.⁴⁵

CONCLUSION: NEW TOOLS, ‘OLD’ LEGAL CERTAINTY

The advent of digitalisation and the propulsive force that data play in this context led to the development of new tools, aimed at better addressing violations of competition law in data-driven markets. This reform effort was first carried out by Competition Authorities and Courts, whilst now several reforms have been enacted or are likely to be approved by lawmakers. We have referred to the new Section 19a of the German GWB and the proposed European DMA. Moreover, EU Member States, such as Italy and France, appear interested in a German-shaped legislation. However, the lowest common denominator among all these initiatives – both judicial and legislative – is legal certainty. Indeed, especially in the recent decades, competition law has been applied using strict econometric parameters, which have contributed to providing certainty to the enforcement of antitrust rules. Now, the disruptive force played by digitalisation and data un-hinged the certainties of competition law and put under discussion its very foundations, as well (*i.e.*, the abovementioned Neo-Brandeisian Movement). What the new reforms are called to do is attempting to evolve the matter without losing the achieved degree of legal certainty, which is crucial for running businesses carried out by firms active in the European single market. The proposed legislation shall reach this target under two perspectives: First, positive regulation is needed, since a case-by-case approach may lead to different outcomes depending on the competent Court (see the different decisions on the same case by the Oberlandesgericht

⁴⁴ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), 15 December 2020, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en> (accessed 14 September 2021). A detailed explanation of the proposed DMA can be found in Nicolas Petit, “The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 7, 2021, 529 ff.

⁴⁵ European Commission, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector*, 22 June 2021, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3143 (accessed 16 September 2021).

Düsseldorf and the Bundesgerichtshof) or on the Country where a case is litigated, and this cannot represent a viable solution for the Single Market. Anyhow, once what we can define as a sort of ‘normative certainty’ is established, the ‘applicative certainty’ must also be achieved by new reforms. In this sense, both the new Section 19a GWB and the proposed DMA, by providing quite an exhaustive list of situations in which a firm may fall under the new regulation together with an index of prohibited and prescribed behaviours, appear to follow the right direction (especially the DMA is needed in order to establish a ‘level playing field’ across the EU). Moreover, some issues, such as the concrete interaction between privacy and competition law, need to be better addressed and this is likely to occur through the decisional practice. Indeed, privacy degradation is seen as a reduction of the concerned product’s quality, but its extent is particularly difficult to measure, and a case-by-case assessment is necessary. Some proxies, such as the SSNDQ (small but significant non-transitory decrease in quality) test, have been proposed, but the non-measurable nature of privacy (unlike, for instance, that of price) leaves the question of legal certainty open for the moment, while we wait for a more substantial case law to draw conclusions from. What is certain, as affirmed also by the European Commission, is that *competition law and data protection laws must work hand in hand* to establish a level playing field where user privacy is protected in the same manner by all market operators.⁴⁶

ANDREA PILETTA MASSARO
Doktorand Univerziteta u Torinu

PRAVO KONKURENCIJE I ZAŠTITA PODATAKA: POTREBA ZA OSTVARENJEM PRAVNE SIGURNOSTI

Rezime

Big tech kompanije poput *Facebook*-a i *Google*-a imaju sve veću ulogu i značaj u tržišnim interakcijama svakog pojedinca. Takozvani *big data* podaci čine pokretačku snagu ovih kompanija s obzirom da lični podaci imaju poseban značaj u njihovim poslovnim modelima. Cilj ovog rada je da analizira na koji način zakon o zaštiti konkurencije, koji ima za cilj da tržišta održava konkurentnim, može da stupi u interakciju sa zakonom o zaštiti podataka, kako bi se postavila efikasna pravila u tom domenu i razvile strategije njihove primene u praksi. U tom smislu, razmotrena je potreba da se zakon o zaštiti konkurencije i zakon o zaštiti podataka zajednički posvete pitanju eksploatacije podataka korisnika i njihovog pristanka na obradu istih, uzimajući posebno u obzir dominantan položaj pomenutih kompanija na relevantnom tržištu. U radu je analizirana ključna *Facebook* odluka koju je

⁴⁶ *Ibidem*.

doneo nemački *Bundeskartellamt* 2019. godine, u kojoj su primenjena kako nacionalna pravila koja regulišu konkurenciju tako i principi i odredbe Opšte uredbe EU o zaštiti podataka. Pored toga, učinjen je osvrt na nedavne zakonodavne inicijative na nacionalnom nivou i na nivou EU koje se čine od fundamentalnog značaja za ostvarenje odgovarajućeg stepena pravne sigurnosti u ovoj oblasti.

Ključne reči: pravo konkurencije, zaštita podataka, pravna sigurnost, digitalizacija, Evropska unija

Bibliography

Australian Competition & Consumer Commission, *Digital Platforms Inquiry. Preliminary Report*, December 2018, 48, <https://www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20Digital%20Platforms%20Inquiry%20-%20Preliminary%20Report.pdf>.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni and Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Indagine conoscitiva sui big data*, February 2020, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

Autorité de la Concurrence, *Opinion no. 18-A-03 of 6 March 2018 on data processing in the online advertising sector*, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2019-10/avis18a03_en_.pdf.

Botta M., Wiedmann K., “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64, No. 3, 2019.

CMS, *ECJ to issue preliminary ruling on German FCO-Facebook case*, 28 April 2021, <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/04/ecj-to-issue-preliminary-ruling-on-german-fco-facebook-case>.

European Data Protection Supervisor, *Opinion 8/2016, EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 September 2016, https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf.

European Data Protection Supervisor, *preliminary opinion of 26 March 2014, Privacy and competitiveness in the age of big data*, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

Ezrachi A., Stucke M. E., “Is Your Digital Assistant Devious?”, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 304, 2016, https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2828117_code258113.pdf?abstractid=2828117&mirid=1.

Ezrachi A., Stucke M. E., *Virtual Competition*, Harvard University Press, Cambridge, 2016

Ezrachi A., “EU competition law goals and the digital economy”, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3222929_code437389.pdf?abstractid=3191766&mirid=1.

Franck J. U., Peitz M., “Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 7, 2021.

Inverardi M., “German court turns to top European judges for help on Facebook data case”, Reuters, 24 March 2021, <https://www.reuters.com/business/legal/german-court-turns-top-european-judges-help-facebook-data-case-2021-03-24/>.

- Khan L. M., "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 3, 2017.
- Khan L. M., "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9, No. 3, 2018.
- Kohan S. E., "Amazon's Net Profit Soars 84% With Sales Hitting \$386 Billion", *Forbes*, 2 February 2021, <https://www.forbes.com/sites/shelleykohan/2021/02/02/amazons-net-profit-soars-84-with-sales-hitting-386-billion/?sh=1956ec2c1334>.
- Manyika J., Lund S., Bughin J., Woetzel J., Stamenov K., Dhingra D., McKinsey Global Institute, *Digital globalization: The new era of global flows*, 24 February 2016, <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/digital-globalization-the-new-era-of-global-flows#>.
- Mataija M., *Private Regulation and the Internal Market: Sports, Legal Services, and Standard Setting in EU Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Mullins B., Winkler R., Kendall B., "Inside the U.S. Antitrust Probe of Google", *The Wall Street Journal*, 19 March 2015, <https://www.wsj.com/articles/inside-the-u-s-antitrust-probe-of-google-1426793274>.
- OECD, *The Digital Economy 2012, 2013*, <https://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>.
- Pardolesi R., Osti C., "L'antitrust ai tempi di Facebook", *Mercato Concorrenza Regole*, Vol. 21, No. 2, 2019.
- Petit N., "The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 7, 2021.
- Steinbaum M., Stucke M. E., "The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 87, No. 2, 2020.
- Stolton S., "German legal dispute over Facebook data use sent to European Court of Justice", *Euractiv*, 24 March 2021, <https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/german-legal-dispute-over-facebook-data-use-sent-to-european-court-of-justice/>.
- Stucke M. E., Ezrachi A., "When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engines", *The Yale Journal of Law & Technology*, Vol. 18, 2016.
- Stucke M. E., Ezrachi A., *Competition Overdose*, HarperCollins, New York, 2020
- Stucke M. E., "Here Are All the Reasons It's a Bad Idea to Let Few Tech Companies to Monopolize Our Data", *Harvard Business Review*, 27 March 2018, <https://hbr.org/2018/03/here-are-all-the-reasons-its-a-bad-idea-to-let-a-few-tech-companies-monopolize-our-data>.
- Vaheesan S., "The Profound Nonsense of Consumer Welfare Antitrust", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64, No. 4, 2019.
- Vestager M., *Competition and the digital economy*, speech delivered at the OECD/G7 Conference held in Paris on 3 June 2019, <https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200954/> https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-digital-economy_en.

- Vestager M., Hearing as Commissioner-Designate in front of The Committee on Economic and Monetary Affairs of the European Parliament, 2 October 2014, <https://www.europarl.europa.eu/hearings-2014/resources/library/media/20141022RES75845/20141022RES75845.pdf>.
- Wasastjerna M., *Competition, Data and Privacy in the Digital Economy*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2020.
- Wheeler T., *The Root of the Matter: Data and Duty. Rules for the New Digital Economy Should Look to Old Common Law Traditions*, The Shorenstein Center on Media, Politics and Public Policy, November 2018, 2, <https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/working.papers/Root%20of%20the%20Matter%20Wheeler.pdf>.
- Wiedmann K., “A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court’s Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 51, 2020.
- Wu T., *The Attention Merchants*, Atlantic Books, London, 2017.
- Wu T., *The Curse of Bigness*, Atlantic Books, London, 2020.
- Zuboff S., *The Age of Surveillance Capitalism*, Profile Books, London, 2019.

**RADOVI PREMA KATEDRAMA
KOPAONIČKE ŠKOLE PRIRODNOG PRAVA
– SLOBODAN PEROVIĆ**

**KATEDRA
PRAVO NA ŽIVOT**

**Sekcija
„Život“**

NATALIJA ŽIVKOVIĆ

KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTINJA – (NE)PRIMENA ZAKONA U PRAKSI

Poslednjih decenija u mnogim državama donose se zakoni koji se odnose na dobrobit životinja i koji sankcionišu okrutna ponašanja ljudi prema životinjama. U našem pravu, takva ponašanja sankcionisana su krivičnim delom ubijanje i zlostavljanje životinja iz čl. 269 Krivičnog zakonika. Međutim, zabrinjava činjenica da je u praksi, prema izveštajima Udruženja za zaštitu životinja, u periodu od 2006. do 2018. godine počinjeno 6500 slučajeva ubijanja i zlostavljanja životinja, dok su sudovi u periodu od 2006. do 2020. godine osudili svega 299 lica za navedeno krivično delo. U radu je najpre dat prikaz pravnog položaja životinja kroz istoriju, a zatim autor iznosi mišljenje na koji način životinjama treba pružiti pravnu zaštitu. Analizirana je praksa radi odgovora na pitanje – da li se zakonske norme koje štite životinje primenjuju u praksi i eventualno, koji je razlog neprimenjivanja zakona. Dat je i predlog određenih izmena zakonskih rešenja.

*Ključne reči: životinje, ubijanje i zlostavljanje, krivičnopravna zaštita, praksa, nepri-
mena zakona*

U V O D

Čovekov odnos prema životinjama vekovima se bazirao na njihovom eksploataciji.¹ Početak širenja osećanja da se prema životinjama mora humano

Natalija Živković, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: *nataly.zivkovic@gmail.com*.

¹ Ana Batričević, *Krivičnopravna zaštita životinja*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, 2012, 31.

postupati, vezuje se tek za drugu polovinu 18. veka i pojavu ideja prosvetiteljstva.² Usvajanje prvih zakona posvećenih zaštiti i dobrobiti životinja vezuje se za 19. vek i zemlje *common law* sistema – SAD i Veliku Britaniju, dok je u zemljama evropsko-kontinentalne pravne tradicije to učinjeno nešto kasnije.³ U savremenim pravnim sistemima, životinje se uglavnom kvalifikuju kao objekti prava, i kao takve izjednačavaju se sa pokretnim stvarima. Ipak, ono što jedna država vrednuje kao vlasništvo, druga može vrednovati kao život. Tako nastaju osnovne razlike u zakonima koji se tiču zaštite životinja.⁴ Poslednjih decenija prisutni su naponi i tendencije da se poboljša pravni položaj životinja, u smislu priznanja njihovih interesa, odnosno njihove zaštite najpre radi njih samih, a tek potom radi dobrobiti društva u celini.

U našem zakonodavstvu, 2009. godine donet je Zakon o dobrobiti životinja – ZDŽ.⁵ Iz samog naziva Zakona i njegovog člana 1 vidljiva je intencija zakonodavca da se zaštiti dobrobit životinja radi njih samih jer su osećajna bića. U tu svrhu Zakon propisuje određena prava, obaveze i odgovornosti fizičkih i pravnih lica, kao i preduzetnika. Pored toga, u naše krivično zakonodavstvo 2006. godine uneto je krivično delo ubijanje i zlostavljanje životinja koje predviđa da će se kazniti „ko kršeći propise ubije, povredi, muči ili na drugi način zlostavlja životinju“. Mada je zakonska odredba sasvim jasna, po mišljenju nekih uglednih teoretičara ovim krivičnim delom suštinski se ne štiti životinja već čovek, odnosno „štite se osećanja koja čovek ima prema životinjama i njegova odgovornost koju on prema njima treba da ima.“⁶

I pored navedene pravne zaštite životinja u našoj zemlji, stanje u praksi je zabrinjavajuće. Poslednjih godina ne iznenađuju naslovi poput sledećih, „U Obrenovcu pronađen obešen pas“, „Obesio mačku, pa se pohvalio na Instagramu“, „Šutirao štene na ulici“. Organizacija za poštovanje i brigu o životinjama (ORCA) tvrdi da je u periodu od 2006. do 2018. godine stručno obradila i analizirala 6.500 slučajeva zlostavljanja i ubijanja životinja.⁷ Ovakva ponašanja s jedne strane nailaze na

² Milan Paunović, *Prava životinja – savremeni međunarodni standardi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Radnički univerzitet Đuro Salaj, Beograd, 2004, 14-15.

³ A. Batrićević, op.cit., 40, 58.

⁴ Paige M. Tomaselli, „Detailed Discussion of International Comparative Animal Cruelty Laws“, <https://www.animallaw.info/article/detailed-discussion-international-comparative-animal-cruelty-laws>, 22.03.2021.

⁵ Zakon o dobrobiti životinja – ZDŽ, *Sl. glasnik RS*, br. 41/2009.

⁶ Zoran Stojanović, *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 864.

⁷ Da li su životinje u Srbiji zaštićene – šta kaže statistika?, <https://orca.rs/da-li-su-zivotinje-u-srbiji-zasticene-sta-kaze-statistika/>, 21.03.2021.

društvenu osudu i krivičnopravno su sankcionisana propisivanjem krivičnog dela ubijanje i zlostavljanje životinja (čl. 269 Krivičnog zakonika – KZ).⁸ Međutim, s druge strane, od 2006. godine, kada je navedeno krivično delo propisano, do kraja 2020. godine u Srbiji je za ubijanje i zlostavljanje životinja osuđeno svega 299 punoletnih lica.⁹ Nameće se pitanje, zašto u praksi ima 25 puta manje osuda od prijavljenih slučajeva ubijanja i zlostavljanja životinja. S obzirom na veliku tamnu brojku koju vuče ovo krivično delo, upitno je i jesu li izrečene sankcije adekvatne u smislu ostvarivanja generalne i specijalne prevencije, kao i da li su propisane kazne dovoljno visoke.

ISTORIJSKI OSVRT, *RATIO LEGIS* ZAŠTITE ŽIVOTINJA I DILEME

Vekovima unazad, čovek je koristio životinje za svoje potrebe i u skladu sa tim se ophodio prema životinjama, često im nanoseći patnju i bol. U ljudskoj svesti nije se nailazilo na empatiju za osećanja životinja.

Prve pravne akte koji regulišu određene odnose ljudi povodom životinja nalazimo još u starom veku. Tako Zakonik Lipit – Ištara koji datira oko 1930. (ili oko 1900.) godine p.n.e. i Hamurabijev zakonik iz 1680. (ili oko 1750.) godine p.n.e.¹⁰ štite životinje od određenih ponašanja ljudi. Međutim, navedeni zakonici štite životinje kao pokretne stvari koje vlasniku donose ekonomski interes. Za razliku od toga, Hetitski zakonik, donet 1650-1500. godina p.n.e. sadrži dve odredbe kojima zabranjuje seksualno opštenje sa životinjama poznato kao bestijalnost. Tako je smrtna kazna bila zaprećena čoveku koji bi imao seksualni odnos sa kravom, svinjom ili psom.

U srednjem veku odnos čoveka prema životinjama pretežno su determinisala verska učenja u kojima se susrećemo sa stavom da čovek nije ravnopravan sa drugim stvorenjima, već ima pravo upravljati florom, faunom i uopšte Zemljom. Tako većina srednjovekovnih izvora prava tretira životinje kao pokretne stvari, pridajući im značaj u skladu sa njihovom ekonomskom vrednošću.

U novom veku konačno dolazi do preobražaja ljudske svesti o odnosu prema životinjama. U anglosaksonskim zemljama obrazuju se pokreti za zaštitu prava

⁸ Krivični zakonik – KZ, *Sl. 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.

⁹ Podaci su preuzeti iz Biltena Republičkog zavoda za statistiku br. 2006-2019, <https://www.stat.gov.rs/publikacije/?a=14&s=&d=5&r=>, 30.03.2021.

¹⁰ U teoriji je sporno koje godine su doneti navedeni zakonici. Autor je naveo podatke prema: Sima Avramović, Vojislav Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, 60.

i dobrobiti životinja, a kao rezultat njihovog angažovanja usvajaju se i prvi zakoni koji se bave zaštitom životinja. Prvi zakon koji predviđa zaštitu životinja od ljudske okrutnosti jeste *The Body of Liberties*, donet 1641. godine na teritoriji današnjih SAD. Ovaj Zakon garantuje 100 sloboda, a pod brojem 92 nalazi se zabrana okrutnosti prema životinjama (*Cruelty to animals forbidden*) koja propisuje da niko ne sme vršiti bilo kakvu svirepost ili okrutnost prema životinjama koje se uobičajeno drže za čovekove potrebe. Pored toga, u SAD su doneti brojni propisi koji se isključivo odnose na zaštitu životinja. Jedan od značajnijih je Zakon usmeren na efektivniju prevenciju okrutnosti prema životinjama (*An Act for the More Effectual Prevention of Cruelty to Animals*) donet 1867. godine u državi Njujork, s obzirom na to da se danas važeći zakoni 41 savezne države i distrikta Kolumbija zasnivaju upravo na njemu.¹¹

Iako je u evropskokontinentalnim državama nešto kasnije došlo do pravnog regulisanja zaštite životinja, poslednjih par decenija učinjen je značajan pomak. Tako je primera radi, osnovna svrha nemačkog Zakona o zaštiti životinja iz 1986. godine da štiti život i dobrobit životinja kao nama srodnih bića. Gotovo identičnu svrhu ima i austrijski Zakon o dobrobiti životinja iz 2004. godine koji takođe naglašava da su životinje srodna bića, dok je švajcarski Zakon o dobrobiti životinja iz 2008. godine prvi zakon u svetu koji je uveo proklamaciju ne samo dobrobiti već i dostojanstva životinja.¹² U okviru Evropske Unije, kao i Saveta Evrope donete su brojne konvencije i deklaracije koje se odnose na zaštitu životinja, a posebnu pažnju izazvale su Univerzalna deklaracija o pravima životinja (*Universal Declaration of Animals Rights*) iz 1978. godine i Univerzalna deklaracija o dobrobiti životinja (*Universal Declaration of Animal Welfare*) iz 2000. godine, koje još uvek nisu usvojene od strane OUN-a, već su predložili akata.

Univerzalna deklaracija o pravima životinja¹³ ukazuje da život, kao dobro od neprocenjive vrednosti, podjednako pripada svima, ljudima, životinjama i biljkama, te da i životinje na sebi svojstven način, a opet blizak čoveku, osećaju

¹¹ O pravnom položaju životinja u zakonicima iz starog i srednjeg veka i o pravnom položaju životinja u novom veku u zemljama *common law* sistema navedeno je prema A. Batrićević, op.cit., 33-58.

¹² Koncept dostojanstva životinja podrazumeva da životinja ima svojstvenu vrednost koju ljudi moraju da poštuju kada sa njom postupaju. Više o konceptu dostojanstva životinja u švajcarskom pravu vidi Gieri Bolliger, „Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives“, 22 *Animal L.* 311, 2015-2016, 335-337.

¹³ Univerzalna deklaracija o pravima životinja usvojena je na konferenciji Međunarodnog saveza za zaštitu životinja (*International League for Animal Rights*) 15. oktobra 1978. godine uz podršku UNESCO.

zadovoljstvo, patnju, bol i sl.¹⁴ Deklaracija je izmenjena 1989. godine, a izmena se ogleda u tome što se ne insistira samo na zakonskoj zaštiti životinja, već i na priznanju njihovog „specifičnog pravnog statusa“ (*specific legal status*). Čini se da atribut „specifičan“ ukazuje na drugačiji status od onog koji su do tada imale u većini pravnih sistema, a to je status pokretne stvari.¹⁵ Implementacija ove odredbe u nacionalna zakonodavstva gde životinje imaju status pokretne stvari, imalo bi za posledicu da životinje u krivičnom pravu od objekta radnje postanu objekat krivičnopravne zaštite i to kao bića koja imaju određenu vrednost *per se*.¹⁶

Univerzalna deklaracija o dobrobiti životinja¹⁷ u svojoj preambuli naglašava da su životinje osećajna bića, da njihova dobrobit zaslužuje pažnju i uvažavanje država članica, te Deklaracija garantuje „pet sloboda“ koje predstavljaju smernice za postizanje dobrobiti. Kritičari ukazuju da ova Deklaracija oličava „filozofiju dobrobiti životinja“ i opisuje ideale, ali ne postavlja precizne standarde dobrobiti, te da neće generisati značajna poboljšanja u zakonima o dobrobiti životinja širom sveta.¹⁸

Dakle, Univerzalna deklaracija o pravima životinja, nametanjem jasnih obaveza državama članicama i utvrđivanjem posebnog pravnog statusa životinja, daleko prevazilazi odredbe Univerzalne deklaracije o dobrobiti životinja. Međutim, Univerzalna deklaracija o pravima životinja nije široko prihvaćena.¹⁹

Sledeći značajan akt, Američka povelja o pravima životinja (*United States Animal Bill of Rights*), koja takođe nije široko prihvaćena, priznavala je pravo životinjama da budu slobodne od eksploatacije, okrutnosti, zanemarivanja i zlostavljanja, i da njihovi interesi budu zakonom zaštićeni i zastupani na sudu.²⁰

¹⁴ Nataša Stojanović, „Osnovni principi Univerzalne deklaracije o pravima životinja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, 2004, 143.

¹⁵ A. Batrićević, *op.cit.*, 141.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Univerzalna deklaracija o dobrobiti životinja predstavlja međuvladin sporazum, čije je usvajanje predloženo OUN-u, a ukoliko bi bila usvojena od strane OUN-a predstavljala bi neobavezujući skup principa sa ciljem da se omogući nacionalnim vladama da uvedu i poboljšaju zakone i inicijative o zaštiti životinja. Zalaganje za usvajanje Deklaracije, Evropska Unija je izrazila zaključkom Saveta od 23. marta 2009. godine. Takođe, i Vlada Republike Srbije izrazila je podršku usvajanju Deklaracije posebnim zaključkom donetim krajem 2009. godine. Za sada je Deklaraciju podržalo 46 država i još 17 ministarstava iz drugih država.

¹⁸ Miah Gibson, „The Universal Declaration of Animal Welfare“, 547, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLawRw/2011/22.pdf>, 26.03.2021.

¹⁹ Više, M. Gibson, *op. cit.*, 549.

²⁰ *Ibidem*.

Iz navedenog zaključujemo da su dosadašnji pokušaji pravne zaštite instrumentima koji promovišu prava životinja i pružaju snažnu zaštitu životinjama uglavnom bezuspešni.²¹

Jedan od glavnih argumenata koji ističu protivnici priznavanja prava životinja jeste da, ukoliko bi zakon životinjama dao položaj subjekta prava, istovremeno bi morao da im dodeli i položaj nosioca dužnosti.²² Nadalje, oni se pozivaju na R. Lukića koji, govoreći o pravima i obavezama, ističe da svako pravo jednog subjekta pretpostavlja dužnost drugog i obrnuto. Pravo i dužnost su tako tesno povezani i korelativni pojmovi da se ne mogu zamisliti jedno bez drugog.²³ Navedeni argument podupire se činjenicom da životinje u praksi ne mogu biti nosioci obaveza. Ove primedbe su osnovane ako se kao subjekti prava uzmu samo ljudi. Međutim to shvatanje koje je odgovaralo duhu svog vremena, danas je prevaziđeno jer pravila univerzalnog morala, a pogotovo hrišćanstva zahtevaju da se životinje priznaju kao objekat pravne zaštite i subjekti prava *per se*.

U srpskom zakonodavstvu, ZDŽ ne predviđa prava životinja, već nabraja prava, obaveze i odgovornosti fizičkih i pravnih lica, kao i preduzetnika u svrhu ostvarivanja dobrobiti životinja. U teoriji se ističe da razlog takve zakonodavne tehnike leži u tome što interesi životinja nisu nigde bili propisani, već ih navedeni Zakon izvorno postavlja.²⁴ Uporednopravno, susrećemo se sa rešenjima gde su interesi životinja ustavna kategorija. Tako odredbe ustava Nemačke, Švajcarske i Austrije neposredno proklamuju zaštitu životinja.²⁵ Primera radi, u Nemačkoj je to učinjeno na način da Ustav, u delu koji se odnosi na načela, nalazi mesta i za načelnu zaštitu životinja. Na taj način sve grane vlasti u nemačkom pravnom poretku imaju obavezu da interes životinja izmere jednakim „tegovima“ kada ga stavljaju na vagu sa pravima i slobodama ljudi, jer obe pravne kategorije imaju isti izvor – nemački Ustav.²⁶

Iz svega iznetog zaključujemo da društvo u celini još uvek nije spremno da prihvati ideju priznanja prava životinjama. To je i očekivano, budući da sve do skoro jedva da je postojala ikakva svest i saosećanje sa patnjama životinja. Zato je u ovom stupnju društvenog razvoja prikladnije insistirati na priznanju posebnog *per se* pravnog statusa životinja. *Per se* pravni status podrazumevao bi da se životinje

²¹ M. Gibson, op. cit., 550.

²² Branislav Ristivojević, Tatjana Bugarski, „Krivično delo „ubijanje i mučenje životinja“ iz člana 269. KZ RS u svetlu Zakona o dobrobiti životinja“, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 1, Beograd, 2014, 7.

²³ Radomir Lukić, *Teorija države i prava; II deo: Teorija prava*, Beograd, 1995, 172-173.

²⁴ B. Ristivojević, T. Bugarski, op.cit., 10.

²⁵ Nataša Stojanović, „Deset godina Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (ur. Slobodan Orlović), br. 2, Novi Sad, 2019, 447.

²⁶ B. Ristivojević, T. Bugarski, op.cit., 12.

ne izjednačavaju sa pokretnim stvarima jer su svesna i osećajna bića, već da im se priznaju određeni interesi. Takav status životinja trebao bi, mada to nije neophodno, da ima potporu i u Ustavu kroz načelnu zaštitu životinja kao osećajnih bića. Tada ne bi bilo sporno mogu li se životinje u krivičnom pravu tretirati kao objekat krivičnopravne zaštite, s obzirom na to da ih „štiti“ Ustav.

Na kraju, da li govorimo o pravima ili interesima životinja, da li su životinje objekat zaštite ili samo objekat radnje krivičnog dela, pitanje je vrste pravne regulative za koju se zakonodavac odlučio. Određena ponašanja ljudi koja životinjama nanose bol i patnju svakako su krivičnopravno inkriminisana kroz krivično delo ubijanje i zlostavljanje životinja kao i kroz brojne prekršaje. Stoga, ključno pitanje je da li se zakonske norme koje štite životinje primenjuju u praksi ili su mrtvo slovo na papiru.

DA LI SE ZAKON PRIMENJUJE U PRAKSI

Statistika

Krivičnim delom ubijanje i zlostavljanje životinja zaprećena je novčana kazna ili kazna zatvora do 2 godine za učinioca koji kršeći propise ubije, povredi, muči ili na drugi način zlostavlja životinju (st. 1 čl. 269 KZ). Teži oblik dela postoji kada se izvrši prema većem broju životinja ili u odnosu na životinju koja pripada posebno zaštićenim životinjskim vrstama, a propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do 3 godine (st. 2 čl. 269 KZ). Drugi teži, odnosno poseban oblik odnosi se na borbe životinja. Zakon propisuje da će se kazniti zatvorom od 6 meseci do 3 godine i novčanom kaznom ko iz koristoljublja organizuje, finansira ili je domaćin borbe između životinja iste ili različite vrste ili ko organizuje ili učestvuje u kladnju na ovakvim borbama (st. 3 čl. 269 KZ).

U praksi su mnogobrojni slučajevi ubijanja i zlostavljanja životinja. Samo je organizaciji ORCA u periodu od 2006. do 2018. godine prijavljeno 6.500 slučajeva koje je stručno obradila i analizirala. ORCA je utvrdila da je najčešće prisutno fizičko zlostavljanje životinja (52%), zatim zanemarivanje (32%), psihičko zlostavljanje (13%), i na kraju hordašenje (2%) i seksualno zlostavljanje životinja (1%).²⁷ Međutim stanje u praksi u pravosuđu je sasvim drugačije. U periodu od 2006. do 2019. godine podneto je svega 2172 krivične prijave i to 1202 prijave protiv poznatog učinioca i 970 prijava protiv nepoznatog učinioca. Kod punoletnih lica, od 2172 prijavljena slučaja do podizanja optužnog akta došlo je u svega 400 krivičnih postupaka, a doneto je 285 osuđujućih presuda. Pri tome, samo 26 lica osuđeno je na kaznu

²⁷ Da li su životinje u Srbiji zaštićene – šta kaže statistika?, <https://orca.rs/da-li-su-zivotinje-u-srbiji-zasticene-sta-kaze-statistika/>, 21.03.2021.

zatvora, dok su drugi osuđeni na lakšu sankciju. Kada su u pitanju maloletnici, protiv njih je u periodu od 2006. do kraja 2019. godine podneto 46 krivičnih prijava, osuđeno je 13 maloletnika (2 starija i 11 mlađih maloletnika), ali nikom nije izrečen maloletnički zatvor niti druga zavodska mera.²⁸

Tabela: Krivično delo ubijanje i zlostavljanje životinja – punoletni učinioci

| Godina | Broj podnetih krivičnih prijava | Odbačene krivične p. | Broj optuženih | Osuđujuće presude | Kazna zatvora | Uslovna osuda | Novčana kazna |
|--------|---------------------------------|----------------------|----------------|-------------------|---------------|---------------|---------------|
| 2006. | 32 (30p + 2n) | 19 | 1 | 1 | 0 | 1 | 0 |
| 2007. | 80 (73p + 7n) | 49 | 13 | 13 | 0 | 9 | 3 |
| 2008. | 115 (94p + 21n) | 39 | 34 | 27 | 4 | 6 | 10 |
| 2009. | 116 (87p + 29n) | 51 | 33 | 28 | 1 | 15 | 11 |
| 2010. | 123 (84p + 39n) | 40 | 28 | 22 | 0 | 12 | 9 |
| 2011. | 196 (120p + 76n) | 58 | 38 | 27 | 1 | 18 | 7 |
| 2012. | 178 (69p + 109n) | 35 | 43 | 23 | 1 | 11 | 10 |
| 2013. | 165 (84p + 81n) | 55 | 57 | 30 | 5 | 14 | 11 |
| 2014. | 200 (89p + 111n) | 64 | 36 | 25 | 6 | 9 | 9 |
| 2015. | 205 (75p + 130n) | 52 | 32 | 23 | 1 | 14 | 7 |
| 2016. | 185 (110p + 75n) | 93 | 20 | 11 | 3 | 5 | 3 |
| 2017. | 193 (96p + 97n) | 82 | 19 | 16 | 0 | 12 | 3 |
| 2018. | 195 (89p + 106n) | 66 | 18 | 13 | 0 | 11 | 1 |
| 2019. | 189 (102p + 87n) | 72 | 28 | 26 | 4 | 17 | 3 |
| 2020. | 192 (*) | * | * | 14 | 2 | 10 | 0 |
| Ukupno | 2364 (1202p + 970n + *) | 775 + * | 400 + * | 299 | 28 | 164 | 87 |

- Slovo p u tabeli označava poznate učinioce, slovo n označava nepoznate učinioce.

- Podaci koji nisu dostupni označeni su znakom *

Uočava se raskorak između broja slučajeva ubijanja i zlostavljanja životinja obrađenih i analiziranih od strane organizacije ORCA (6500) i broja podnetih krivičnih prijava (1983) u periodu od 2006. do 2018. godine, što znači da ovo krivično delo ima veliku tamnu brojku. U praksi građani koji su svedoci nasilja nad životinjama, oni koji su pronašli zlostavljanu ili ubijenu životinju ili imaju informacije o zlostavljanju životinja, radije obaveste određeno udruženje za zaštitu životinja ili zovu Upravu za veterinu, dok se ređe odluče da obaveste policiju ili da neposredno podnesu krivičnu prijavu tužilaštvu.

²⁸ Svi podaci preuzeti su iz Biltena Republičkog zavoda za statistiku br. 2006-2019.

S obzirom na to da svaki vid zlostavljanja životinja ne predstavlja krivično delo, već je u nekim slučajevima reč o prekršaju,²⁹ u praksi se dešava da Uprava za veterinu i MUP prebacuju nadležnost jedna na drugu.³⁰ Građani zato bivaju u nedoumici kome da prijave delo. ZDŽ u čl. 3 st. 3 propisuje dužnost svakog građanina Republike Srbije da spreči i prijavi ministarstvu nadležnom za poslove veterinarstva (a to je Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede) ili MUP-u, sve oblike zlostavljanja životinja i ugrožavanja njihovog života, zdravlja i dobrobiti. Sa druge strane, ukoliko se radi o krivičnom delu ubijanja i zlostavljanja životinja, građani imaju dužnost da podnesu krivičnu prijavu nadležnom javnom tužiocu, a policija je takođe dužna da primi prijavu. Dakle, bilo da se radi o prekršaju iz ZDŽ ili krivičnom delu, građani mogu da obaveste policiju koja ima dužnost da primi krivičnu prijavu ili prijavu koja se odnosi na prekršaj.³¹ Međutim, u praksi policija nije vična da se bavi slučajevima ubijanja i zlostavljanja životinja, bilo zato što nema iskustva u postupanju u takvim stvarima, bilo zato što drugim slučajevima daje prioritet. U praksi policija neretko odbija da izađe na teren ili se slučaj završi na službenoj belešci bez podnošenja krivične prijave.

U periodu od 2006. do 2019. godine, od podnetih 2172 krivičnih prijava, odbačeno je 775. Pri tome, 494 prijave odbačene su zbog primene uslovnog ili bezuslovnog oportuniteta krivičnog gonjenja, ili zbog nedostatka dokaza. Primera radi, 2019. godine podneto je 102 krivične prijave protiv poznatih učinilaca, a iste godine 25 prijava odbačeno je zbog ispunjenja obaveza pri primeni instituta odlaganja krivičnog gonjenja. Godine 2018. bilo je podneto 89 prijava protiv poznatog učinioca, a iz navedenog razloga odbačeno je 22 prijave. Godine 2017. taj broj iznosi 25 od 96,

²⁹ Biće krivičnog dela ubijanje i zlostavljanje životinja prepliće se sa bićima određenih prekršaja iz Zakona o dobrobiti životinja, što izaziva probleme u praksi. Primera radi, prekršaj predstavlja kontinuirano držanje psa na lancu, uskraćivanje adekvatne hrane ili uskraćivanje lečenja kada je životinja bolesna, život životinje u neprestanom strahu, svakodnevno izlaganje životinje stresu, sprečavanje da ispoljava svoje prirodno ponašanje u skladu sa njenom vrstom itd.

³⁰ Republička veterinarska inspekcija Uprave za veterinu u okviru Ministarstva poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede nadležna je za vršenje inspeksijskog nadzora nad sprovođenjem Zakona o dobrobiti životinja, te je dužna i ovlašćena da rešenjem utvrđuje određene mere (čl. 76 – 79 Zakona o dobrobiti životinja).

³¹ Ukoliko se radi o ubijanju ili zlostavljanju vlasničke životinje, vlasnik može pokrenuti i parnični postupak radi naknade štete. Osim krivične i prekršajne odgovornosti, upravo i mogućnost naknade štete kod ubijanja ili zlostavljanja vlasničke životinje može biti brana ovakvim delima. U vezi naknade štete zanimljivo je napomenuti da se u praksi javlja dilema može li naknada štete kod ubistva kućnog ljubimca iznositi veći iznos od tržišne vrednosti životinje, budući da je tržišna vrednost životinje često mala, primera radi pas mešanac, a sa druge strane vlasnik trpi velike duševne bolove zbog gubitka ljubimca. Opširnije o tome v. Radmila Milenković, „Naknada štete u slučaju smrti ili povrede kućnog ljubimca“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, vol. 87, br. 10, 2015, 525-542.

a 2016. godine 30 od 110 prijava odbačeno je zbog primene oportuniteta.³² Dakle, broj odbačenih prijava zbog ispunjena obaveza pri primeni instituta odlaganja krivičnog gonjenja je oko 1/4 u odnosu na broj podnetih krivičnih prijava protiv poznatih učinilaca. Iako je svaki slučaj zaseban i iziskuje posebnu analizu, ipak se generalno može zaključiti da je stav javnog tužioca prema učiniocima krivičnog dela ubijanje i zlostavljanje životinja dosta blag. Ovakva praksa javnog tužilaštva deluje degradirajuće na specijalnu i generalnu prevenciju jer šalje signal da učinilac može proći bez formalnog vođenja krivičnog postupka.

Od 2172 slučajeva gde je podneta krivična prijava, do podnošenja optužnog akta došlo je u svega 400 slučajeva, a osuđeno je samo 285 lica. Dakle, broj osuđenih lica je oko 8 puta manji od broja slučajeva koji su prijavljeni pravosudnim organima. Imajući u vidu da ovo krivično delo vuče tamnu brojku, što možemo videti iz izveštaja organizacije ORCA, a naravno da ni organizacija nema saznanja o svim slučajevima iz prakse, dolazimo do zaključka da je broj osuđenih lica minimum 25 puta manji od broja stvarno izvršenih dela.

Pri utvrđivanju sankcije konkretnom učiniocu, pored propisane kazne i otežavajućih i olakšavajućih okolnosti, kriterijum je i da se postigne svrha kažnjavanja, što je između ostalog i prevencija. Praksa naših sudova pokazuje da je od 285 osuda za krivično delo ubijanje i zlostavljanje životinja zatvor izrečen u svega 26 slučajeva. Pri tome, 5 učinilaca osuđeno je na do 2 meseca zatvora, desetoro na 2-3 meseca zatvora, osmoro je osuđeno na 3-6 meseci zatvora, i svega 1 učinilac osuđen je na 6-12 meseci zatvora. Dakle, od 285 osuda svega u jednom slučaju sud je izrekao kaznu iznad polovine propisane kazne zatvora. Novčana kazna izrečena je 87 puta i to u nižim iznosima, što znači da je više nego trostruko izrečena u odnosu na kaznu zatvora. Daleko najčešće se izriče uslovna osuda, prema statistici u 154 od 285 slučajeva.³³ Uslovna osuda nije kazna već mera upozorenja. To znači da više od polovine osuđenih učinilaca nije ni kažnjeno već ih je sud samo upozorio na neadekvatnost ponašanja i posledice ponovnog oglušenja o zakonske odredbe. Ovakva praksa sudova pogubna je po prevenciju izvršenja dela, kod čoveka se ne stvara gotovo nikakav strah koji bi ga odvratilo od ponašanja jer se ne očekuje adekvatna reakcija države.

Na kraju, s obzirom na to da su uglavnom ulične životinje žrtve zlostavljanja i ubijanja, napomenimo da ZDŽ članom 7 stav 1 tačka 2 propisuje zabranu napuštanja i odbacivanja životinje čiji opstanak zavisi neposredno od čoveka. Kršenje navedene zabrane predstavlja prekršaj. Pretpostavlja se da se u našoj zemlji nalazi par stotina hiljada uličnih životinja, a u praksi osuđujućih presuda za prekršaj „napuštanja životinja“

³² Podaci su preuzeti iz Biltena Republičkog zavoda za statistiku br. 2006-2019.

³³ Podaci su preuzeti iz Biltena Republičkog zavoda za statistiku br. 2006-2019.

gotovo da nema. Pred Prekršajnim sudom u Beogradu u periodu od 2009. godine kada je donet ZDŽ pa do kraja 2020. godine vođeno je svega 2 postupka zbog „napuštanja životinja“, od čega je jedan okončan osuđujućom presudom, a drugi je obustavljen usled zastarelosti za vođenje prekršajnog postupka. Prekršajni sud u Nišu vodio je svega jedan postupak za navedeni prekršaj, koji je okončan rešenjem o obustavi postupka usled smrti, dok Prekršajni sud u Kragujevcu u praksi nije vodio nijedan postupak za navedeni prekršaj.³⁴ Dakle, iako građani svaki dan pronalaze desetine napuštenih štenaca i drugih životinja, u praksi se ne vode prekršajni postupci zbog napuštanja životinja. Javlja se dilema, jesu li počinioци navedenog prekršaja suviše vešti, ili su nosioci pravosudnih funkcija nemarni po ovom pitanju.

Kako povećati efektivnu primenu zakona

Da bi se statistika promenila, potrebno je poboljšati sprovođenje zakona, a to zahteva zajedničke napore tužilaštva, policije i društva.³⁵ Najpre pojedinci koji su svedoci zlostavljanja životinja, kao i oni koji su pronašli zlostavljanu životinju ili imaju informacije o zlostavljanju, moraju obavezno da prijave slučaj policiji, ili da podnesu krivičnu prijavu tužilaštvu. Drugo, policija mora da podnese krivičnu prijavu ukoliko to građanin nije učinio i da sprovede druge neophodne radnje u cilju obezbeđenja i prikupljanja dokaza. S obzirom na to da policiji u praksi nije prioritet da se bavi zlostavljanjem životinja, bilo bi prikladno obrazovati kolokvijalno rečeno „policiju za životinje“, odnosno odvojeno odeljenje pri MUP-u koje bi se bavilo ubistvima i ekstremnim slučajevima zlostavljanja životinja. Na taj način doprinelo bi se da nema prebacivanja nadležnosti sa jednog organa na drugi, građani bi uvek znali kome da se obrate, i daleko veći broj slučajeva bi bio procesuiran jer bi „policija za životinje“ bila dobro obučena da otkriva, hvata učinioce i pronalazi i obezbeđuje dokaze kod ovakvih dela.³⁶ Treće, tužioци moraju da gone učinioce krivičnog dela ubijanje i zlostavljanje životinja bez preterano popustljivog stava kroz suviše

³⁴ Podaci su pribavljeni zahtevom za pristup informacijama od javnog značaja koji je poslat prekršajnim sudovima u Beogradu, Nišu i Kragujevcu.

³⁵ Joseph Sauder, „Enacting and enforcing felony animal cruelty laws to prevent violence against humans“, *Animal Law Review, Lewis & Clark Law School*, Vol. 6, 2000, 18.

³⁶ Uporednopravno prisutna su različita rešenja u cilju efikasnijeg procesuiranja učinilaca krivičnog dela ubijanja i zlostavljanja životinja. U Švajcarskoj, u kantonu Cirih, višegodišnja praksa je pokazala da je uvođenje advokata za dobrobit životinja u krivičnim stvarima popravilo primenu Zakona o zaštiti životinja Švajcarske Konfederacije. Nešto drugačije rešenje javlja se u Austriji. Zakonodavac nalaže svim pokrajinama u Austriji da imenuju ombudsmana za zaštitu životinja, sa zadatkom da zastupa interese životinja. – N. Stojanović, op.cit., 459.

čestu primenu instituta oportuniteta krivičnog gonjenja.³⁷ Na kraju, sudovi moraju adekvatno da kažnjavaju učinioce, a ne samo da ih „upozoravaju“.

Pojedinačno, ne može se ni jednom organu pripisati celokupna krivica za stanje u praksi. Međutim, sadejstvo nezainteresovanosti i blagog stava policije, tužilaštva i sudova ima za posledicu da je od 6500 slučajeva koji su se javili u praksi, od čega su mnogi monstruozni, samo u *jednom* predmetu doneta osuđujuća presuda gde je izrečena kazna zatvora 6-12 meseci.

Kada govorimo o prekršaju „napuštanja životinja“, pre svega je potrebno podići svest ljudi da napuštanje životinja čiji opstanak zavisi neposredno od čoveka predstavlja prekršaj te da je potrebno da slučaj prijave policiji. Iako naizgled nije lako otkriti učinoca, dokazi najčešće ipak postoje.³⁸

Predlozi izmene zakona

U cilju uspostavljanja generalne i specijalne prevencije izvršenja dela, postavlja se pitanje koliko su adekvatne propisane sankcije. Do izmena KZ 2019. godine za osnovni oblik krivičnog dela ubijanje i zlostavljanje životinja bila je propisana novčana kazna ili zatvor do jedne godine, a Zakonom o izmenama i dopunama KZ³⁹ propisana kazna za osnovni oblik povećana je sa jedne na dve godine zatvora. Ako uzmemo u obzir sve rečeno u kontekstu činjenice da su životinje osećajna bića te, da bi bilo pravedno priznati im *per se* pravni status, uviđamo da propisane sankcije nisu adekvatne.

Napravimo paralelu – za ubistvo čoveka zaprećena kazna od 5 do 15 godina zatvora, za teško ubistvo najmanje 10 godina zatvora ili doživotni zatvor, za nanošenje teške telesne povrede od 6 meseci do 5 godina zatvora, a za nanošenje lake telesne povrede, što u praksi može biti i malo jači šamar, zaprećena je novčana kazna ili zatvor do 1 godine. Iako iz pravnih i drugih formalnih razloga život životinje ne možemo staviti na isti tas sa životom čoveka, preveliki je jaz u kažnjavanju.

³⁷ U SAD je čest slučaj da se tužioci odluče da ne gone učinioce koji su izvršili okrutnost prema životinji, čak i onda kada je očigledno da su krivi. Kao razlozi za navedeno postupanje navodi se sledeće. Mnogi sudovi su slabo finansirani, a zatrpani predmetima, te su tužioci prisiljeni da rade na predmetima koje mogu da dobiju. Drugi razlog je što su neki tužioci nedovoljno iskusni u procesuiranju slučajeva zlostavljanja životinja. Razlog može biti i nedostatak dokaza da se van razumne sumnje dokaže da je učinilac kriv. – Why Prosecutors Don't Prosecute, <https://aldf.org/article/why-prosecutors-dont-prosecute/>, 31.03.2021.

³⁸ Primera radi, ako su životinje ostavljene u kutiji ili kesi, na njima se mogu naći tragovi tj. otisci. Ukoliko su u pitanju štenci, može se utvrditi od koje rase potiču pa se iz kruga vlasnika takvih životinja može doći do potencijalnih izvršilaca prekršaja.

³⁹ Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog Zakonika, *Sl. glasnik RS*, br. 35/2019.

Učinitelj oba dela pokazuje nasilje i bezobzirnost prema životu i telu drugog živog bića. Stoga, za stav 1 i 2 krivičnog dela ubijanje i zlostavljanje životinja trebalo bi propisati samo kaznu zatvora, tj. ukinuti novčanu kaznu koja se često izriče. Takođe, potrebno je povisiti propisane kazne zatvora, i to za osnovni oblik na minimum 6 meseci do 5 godina zatvora,⁴⁰ a za teži oblik iz stava 2 na minimum 1 godinu do 8 godina zatvora.⁴¹ Ukoliko bi se u konkretnom slučaju radilo o lakšem vidu zlostavljanja životinje, takvo ponašanje bi moglo biti okarakterisano kao prekršaj iz Zakona o dobrobiti životinja, za šta su propisane novčane kazne.

Poseban oblik iz stava 3 koji se odnosi na borbe životinja je najteži oblik jer objedinjuje druge oblike ovog dela. On obuhvata podsticanje na agresivnost, psihičko i fizičko zlostavljanje, kao i ubijanje životinja, a sve to zarad koristoljublja.⁴² Zbog toga, kod ovog oblika potrebno je ostaviti kumulativno propisano kažnjavanje novčanom kaznom i kaznom zatvora, s tim što kaznu zatvora sa zaprećenih 3 meseca do 3 godine treba povisiti na 2 godine do 12 godina zatvora. Iako brojni faktori utiču na prevenciju, uticaj pooštrene kaznene politike svakako bi bio pozitivan, dok bi kazne bile ekvivalentne učinjenom zlu budući da se radi o umišljajnom nanošenju bola i patnje drugom živom, osećajnom biću.

ZAKLJUČAK

Krivični zakonik krivičnim delom ubijanje i zlostavljanje životinja iz čl. 269 *de facto* štiti životinje. S obzirom na to da životinje u stvarnosti nisu pokretna stvar, već svesna i osećajna bića koja na Zemlji koegzistiraju sa čovekom, onda i zakon

⁴⁰ Trenutno se u mnogim državama razmatraju predlozi izmena zakona radi povećanja propisanih kazni za zlostavljanje i ubijanje životinja. Tako se u UK i Indiji razmatra da se za izvršenje navedenog dela zapreti kaznom do 5 godina zatvora, a u Turskoj do 7 godina. U Rusiji je kazna već povećana na maksimum 5 godina zatvora, a u Irskoj, kao i u brojnim državama SAD-a: Distriktu Kolumbija, Floridi, Džordžiji, Njujorku, Vašingtonu idr. maksimum takođe iznosi 5 godina. U Alabami, Teksasu i Luizijani kazna u određenim slučajevima može iznositi i do 10 godina zatvora. Interesantno je da je u mnogim državama SAD-a propisana različita kazna za isto delo, zavisno od toga da li je učinilac povratnik. O zaprećenim kaznama u državama SAD-a v. *Animal Cruelty Laws State By State*, file:///C:/Users/PC/Downloads/animal-cruelty-laws-state-by-state-stray-pet-advocacy%20(1).pdf, 06.04.2021.

⁴¹ Primera radi, ukoliko učinilac na monstruoan način iz čistog hira liši života 30 pasa i 10 konja, prema važećem zakonskom rešenju može biti osuđen na samo 3 godine zatvora. Zbog ovakvih primera propisanu kaznu zatvora za stav 2 treba drastično povisiti, a novčanu kaznu ukinuti.

⁴² Pojedina istraživanja ukazuju na veliku povezanost između borbi životinja i drugih kriminalnih aktivnosti, a pogotovo sa krivičnim delima koja uključuju kockanje, pripadništvo bandama, trgovinu drogom i oružjem. – Francesca Ortiz, „Making the Dogman Heel: Recommendations for Improving the Effectiveness of Dogfighting Laws“, *Stanford Journal of Animal Law and Policy*, Vol. 3, 2010, 50-54.

tako treba da ih tretira. Zato životinjama treba priznati poseban *per se* pravni status koji bi omogućio da se priznaju određeni interesi životinja i ne bi se javljala dilema jesu li životinje objekat krivičnopravne zaštite. Kako bi krivičnopravna zaštita životinja bila što efikasnija, najbolje bi bilo, mada nije neophodno, da Ustav pruži potporu takvoj zaštiti, i to propisivanjem načelne zaštite života, tela, zdravlja i dobrobiti životinja kao osećajnih bića.

Kazne koje su propisane za učinioca krivičnog dela ubijanje i zlostavljanje životinja nisu dovoljno visoke. Razlog leži u činjenici da navedeno krivično delo u sebi sadrži nasilno ponašanje, bezobzirnost prema životu i telu drugog živog bića. Pored toga, zaštita životinja bi trebalo da bude visoko pravno rangirana, što iziskuje i više kazne. Zato je potrebno povisiti propisane kazne.

Kod osnovnog oblika i oblika iz stava 2, koji se odnosi na veći broj životinja ili životinju koja pripada posebno zaštićenim životinjskim vrstama, potrebno je izbaciti novčanu kaznu. Takođe, kod osnovnog oblika predlažemo da se propisana kazna zatvora povisi na minimum 6 meseci do 5 godina zatvora, a kod oblika iz stava 2 da se povisi na minimum 1 godinu do 8 godina zatvora. Kod trećeg posebnog oblika, koji se odnosi na borbe životinja, potrebno je zadržati kumulativno propisanu kaznu zatvora i novčanu kaznu budući da se delo vrši iz koristoljublja, s tim što zaprečenu kaznu zatvora treba povećati na minimum 2 godine do 12 godina zatvora. Razlog leži u tome što je ovo najteži oblik koji u sebi objedinjuje prethodne oblike dela. On obuhvata podsticanje na agresivnost, psihičko i fizičko zlostavljanje, kao i ubijanje životinja, a sve to zarad koristoljublja.

Najbitnija pitanje je da li se zakoni koji štite životinje primenjuju u praksi. Presuda za prekršaj „napuštanja životinja“ u praksi gotovo da nema, a ulice su pune napuštenih životinja.

Da bi se statistika navedena u radu promenila, potrebno je promeniti ponašanje. Pojedinci treba revnosno da prijave slučaj policiji, ili još bolje, da podnesu krivičnu prijavu tužilaštvu. Policija mora da podnese krivičnu prijavu ukoliko to građanin nije učinio i da sprovede druge neophodne radnje u cilju obezbeđenja i prikupljanja dokaza. Bilo bi korisno uvesti „policiju za životinje“, odnosno odeljenje pri MUP-u koje bi se bavilo ubistvima i ekstremnim slučajevima zlostavljanja životinja, što bi doprinelo da ne dolazi do prebacivanja nadležnosti sa jednog organa na drugi kao i efikasnijem rešavanju slučaja. Tužiocima treba da gone učinioce bez česte primene instituta oportuniteta krivičnog gonjenja. Sudovi moraju pre svega da kažnjavaju, a ne da „upozoravaju“ učinioce ovog dela. Ukoliko se statistika ne promeni, možemo reći da smo kao društvo pali na testu humanosti, jer kako je Mahatma Gandhi rekao, „veličina i moral jednog naroda može biti izmerena njegovim odnosom prema životinjama“.

NATALIJA ŽIVKOVIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

CRIMINAL PROTECTION OF ANIMALS
- APPLICATION OF LAW IN PRACTICE

Summary

In recent decades, animal welfare laws have been enacted in many countries, sanctioning the cruel treatment of animals by humans. In Serbian law, such behaviors are sanctioned by the criminal offense of killing and abusing animals under Art. 269 of the Criminal Code. It is worrying that in practice, according to the reports of the animal protection association in the period 2006-2018, 6500 cases of killing and abuse of animals were committed, while the courts in the period 2006-2020 convicted only 299 adult for the crime. First, this paper presented the legal position of animals throughout history, and then the author explained his view on the way in which animals should be provided with legal protection. Then, the situation in practice was analyzed in order to get an answer to the question - whether the laws that protect animals are applied in practice and possibly, what is the reason for non-application of the law. A proposal for certain changes in legal solutions was also given.

Key words: animals, killing and abuse, criminal law protection, practice, non-application of the law

Literatura

Animal Cruelty Laws State By State, file:///C:/Users/PC/Downloads/animal-cruelty-laws-state-by-state-stray-pet-advocacy%20(1).pdf.

Avramović S., Stanimirović V., *Uporedna pravna tradicija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011.

Batričević A., *Krivičnopravna zaštita životinja*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, 2012.

Bilteni Republičkog zavoda za statistiku br. 2006 – 2019, <https://www.stat.gov.rs/publikacije/?a=14&s=&d=5&r=>.

Bolliger G., „Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives“, *22 Animal L.* 311, 2015-2016.

Da li su životinje u Srbiji zaštićene – šta kaže statistika?, <https://orca.rs/da-li-su-zivotinje-u-srbiji-zasticene-sta-kaze-statistika/>.

Gibson M., „The Universal Declaration of Animal Welfare“, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLawRw/2011/22.pdf>.

Lukić R., *Teorija države i prava; II deo: Teorija prava*, Beograd, 1995.

Milenković R., „Naknada štete u slučaju smrti ili povrede kućnog ljubimca“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, vol. 87, br. 10, 2015.

- Ortiz F., „Making the Dogman Heel: Recommendations for Improving the Effectiveness of Dogfighting Laws“, *Stanford Journal of Animal Law and Policy*, Vol. 3, 2010.
- Paunović M., *Prava životinja – savremeni međunarodni standardi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Radnički univerzitet Đuro Salaj, Beograd, 2004.
- Ristivojević B., Bugarski T., „Krivično delo „ubijanje i mučenje životinja“ iz člana 269. KZ RS u svetlu Zakona o dobrobiti životinja“, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 1, Beograd, 2014.
- Sauder J., „Enacting and enforcing felony animal cruelty laws to prevent violence against humans“, *Animal Law Review, Lewis & Clark Law School*, Vol. 6, 2000.
- Stojanović N., „Deset godina Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (ur. Orlović S.), br. 2, Novi Sad, 2019.
- Stojanović N., „Osnovni principi Univerzalne deklaracije o pravima životinja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, 2004.
- Stojanović Z., *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Tomaselli P.M., „Detailed Discussion of International Comparative Animal Cruelty Laws“, <https://www.animallaw.info/article/detailed-discussion-international-comparative-animal-cruelty-laws>.
- Why Prosecutors Don't Prosecute, <https://aldf.org/article/why-prosecutors-dont-prosecute/>.

**KATEDRA
PRAVO NA SLOBODU**

**Sekcija
„Krivичno-pravna i procesna zaštita ličnosti“**

ALEKSA ŠKUNDRIĆ

DOMETI NAČELA UTVRĐIVANJA ISTINE U KRIVIČNOM POSTUPKU

Cilj rada jeste još jedan pogled na mesto koje bi istina trebalo da ima u krivičnom postupku. Autor najpre izlaže osnovna teorijska stanovišta o istini u krivičnoj proceduri. Potom, u kratkim crtama obrazlaže odnos koji dva glavna svetska krivičnoprocesna sistema imaju prema istini. Nakon toga, sledi prikaz pozitivnog pravnog stanja u Republici Srbiji kada je u pitanju istina u krivičnom postupku. Konačno, autor iznosi svoj stav o pomenutom pitanju, po kojem bi istinu valjalo „vratiti“ u krivičnu proceduru u Republici Srbiji, i to kao „načelo utvrđivanja istine“, čija bi suština bila u tome da se dokazno aktivnom sudu propiše obaveza da utvrđuje istinu. Suvereno pravo države na kažnjavanje (ius puniendi) zahteva obavezu države (suda) da u krivičnom postupku, koji prethodi njegovoj realizaciji, utvrđuje istinu. Naravno, ovakva obaveza suda ne bi bila apsolutna, te bi bila podložna legitimnim ograničenjima koja suštinski proizlaze iz načela pravičnog vođenja krivičnog postupka.

Ključne reči: istina, načelo utvrđivanja istine, krivični postupak

U V O D

„Istina“ je pojam koji je oduvek zaokupljao pažnju društvenih teoretičara, uključujući i teoretičare krivičnog procesnog prava. Reč je o jednom od onih pojmova koji su nam svima na prvi pogled kristalno i intuitivno jasni, no kod kojih se, čim počnemo da malo dublje o njima promišljamo, sama od sebe počinju

Aleksa Škundrić, master prava, student master akademskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, e-mail: skundricaleksa5@gmail.com.

postavljati brojna pitanja na koja je u principu veoma teško, a možda čak i nemoćuće, dati konačan i, u krajnjoj liniji, „istiniti“ odgovor.¹

Pitanje istine je poslednjih decenija u srpskoj, pa i u krivičnoprocesnoj teoriji ostalih država nastalih na prostoru bivše Jugoslavije, dodatno aktuelizovano.² Ovo je posledica velikih reformi krivičnoprocesnih zakonodavstava bivših socijalističkih država Istočne Evrope koje nisu mimoišle ni naš region.³ U suštini, barem kada je reč o državama bivše Jugoslavije, na delu je opšte smanjivanje značaja istine u krivičnom postupku.⁴

U ovom radu ćemo pokušati da damo naš prilog ovom složenom teorijskom pitanju. U osnovnim crtama ćemo izložiti glavne teorijske postavke o istini u krivičnom postupku. Takođe, govorićemo o mestu koje istina ima u velikim uporednopravnim krivičnoprocesnim sistemima, a daćemo i sumarni prikaz rešenja srpskog pozitivnog prava po ovom pitanju. Naposletku, izložićemo i naš stav po pitanju mesta koje bi istina trebalo da ima u jednoj savremenoj krivičnoj proceduri kontinentalno-evropske tradicije, kakva je i srpska krivična procedura.

OSNOVNE TEORIJSKE POSTAVKE O ISTINI U KRIVIČNOM POSTUPKU

Najveći broj autora koji se bave krivičnim procesnim pravom daju određeni značaj istini u okviru svojih teorijskih razmišljanja o krivičnom postupku.⁵ Generalno,

¹ U literaturi se ističe da bi „bilo teško pronaći pojam koji je u istorijskom smislu zadao više teškoća onima koji su pokušavali da ga definišu i na taj način ga mentalno „ukrote“, od pojma istine“, Goran. P. Ilić, Miodrag Majić, „Nature, Importance and Limits of Finding the Truth in Criminal Proceedings“, *The Annals of the Faculty of Belgrade – Belgrade Law Review*, tom 61, br. 3, 2013, 85.

² „Poslednjih godina načelo materijalne istine i model postupka zasnovan na ovom načelu predmet je mnogih kritika i kontroverzi“, Vanja Bajović, *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 94.

³ Vojislav Đurđić, Marko Trajković, „O istini u krivičnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 65, Niš, 2013, 119.

⁴ „Krivično procesna prava država na području nekadašnje SFRJ već neko vrijeme ne sadrže propise koji obavezuju sud i druge državne organe da istinito i potpuno utvrde činjenice koje su važne za donošenje zakonite odluke, a koji su preuzeti nasljeđivanjem Zakona o krivičnom postupku SFRJ...“, Hajrija Sijerčić Čolić, „Načelo materijalne istine u krivičnom postupku“, *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva – normativni i praktični aspekti* (ur. Ana Petrović, Ivan Jovanović), Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2012, 173.

⁵ Ipak, postoje i mišljenja da je potpuno nepotrebno izdvajanje načela istine kao posebnog i samostalnog načela krivičnog postupka. Više o takvim mišljenjima v. Zagorka Jekić, *Dokazi i istina u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1989, 69.

teorija se slaže da istina ima odnosno treba da ima položaj načela u krivičnom postupku. Mnogi je određuju i kao cilj, a neki i kao glavni cilj krivičnog postupka.⁶

Uopšteno uzev, postoje dve glavne teorijske postavke o istini u krivičnom postupku. Prva polazi od opšte teorije saznanja. Prema ovoj, epistemološkoj postavci, istina predstavlja veran odraz stvarnosti.⁷ Ona treba da korespondira stvarnosti (otuda i naziv za ovu teoriju – teorija korespondencije⁸). Utvrditi neku činjenicu (iz čega proizlazi njena istinitost, prim. aut) znači uveriti se da li ta činjenica postoji ili ne postoji.⁹ Ovako shvaćena, istina ni na koji način ne zavisi od naših verovanja, niti od toga da li je mi možemo dosegnuti ili ne.¹⁰ Ona postoji nezavisno od nas, a mi samo treba da je „otkrijemo“.¹¹ Ipak, u literaturi se navodi da ova teorija mnoga pitanja ostavlja otvorenim.¹² S druge strane, opštepoznata je činjenica da ima slučajeva u kojima je krivični postupak okončan, ali je ipak jasno da činjenice koje su utvrđene ne odgovaraju stvarnom stanju stvari.¹³

Kao svojevrсна reakcija na primenu teorije korespondencije u krivičnom postupku nastale su tzv. teorije konsenzusa.¹⁴ Njihova suština je u sledećem: „istinite činjenice“ ne postoje *a priori*, kao što to tvrdi teorija korespondencije već je istina ono oko čega se razumni ljudi slože nakon sveobuhvatne i pravične rasprave.¹⁵

⁶ Više o tome, *ibidem*, 69 – 70.

⁷ „Iskaz je istinit ukoliko korespondira (odgovara) stvarnosti“, Thomas Weigend, „Should We Search for the Truth, and Who Should Do It“, *North Carolina Journal of International Law*, tom 36, br. 2, 2010, 395.

⁸ Neki autori je još nazivaju i klasičnom tj. realističkom: G. P. Ilić, M. Majić, op. cit., 86.

⁹ V. Đurđić, M. Trajković, op. cit., 114.

¹⁰ G. P. Ilić, M. Majić, op. cit., 86.

¹¹ „Teorija korespondencije pretpostavlja postojanje spoljne, objektivne stvarnosti, koja postoji nezavisno od posmatrača a zadatak svakog sazajnog procesa i svake nauke je da otkrije što je moguće više od te objektivne stvarnosti“, V. Bajović (2015), op. cit., 84.

¹² Tako, ističe se da teorija korespondencije pretpostavlja da smo u stanju da utvrdimo i jezikom izrazimo ono što u suštini „jeste“, T. Weigend (2010), op. cit., 395. Uz to, Ilić i Majić dodaju da se ovom teorijom „jedan apstraktan pojam (istina, prim. aut.) pokušava objasniti drugim apstraktnim pojmovima, koje je takođe neophodno precizirati“, kao i da su opravdane njene kritike koje joj pripisuju „određenu količinu tautologije“. Više o kritikama teorije korespondencije, G. P. Ilić, M. Majić, op. cit., 86 – 87. Bajović navodi da je i sa „filozofskog aspekta sama teorija korespondencije predmet kritike jer je talas postmodernog skepticizma doveo u pitanje i samo postojanje objektivne stvarnosti, a kamoli mogućnost njene objektivne spoznaje“, V. Bajović (2015), op. cit., 94.

¹³ Za iscrpnu listu primera o ovome v. Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 85.

¹⁴ T. Weigend (2010), op. cit., 395.

¹⁵ *Ibidem*.

U jugoslovenskoj i srpskoj doktrini, učinjen je pokušaj da se, ne negirajući načelnu vrednost epistemološke definicije istine, stvori i uža, krivičnoprocesna definicija istine.¹⁶

Još jedno važno pitanje kada je reč istini jesu pojmovi „materijalne“ i „formalne“ istine. Naime u literaturi se često pravi dihotomija između te „dve“ istine.¹⁷ Istorijski posmatrano, ova razlika se prvi put počela praviti u nemačkoj teoriji na prelazu iz 18. u 19. vek i to kao reakcija na uvođenje sistema slobodne ocene dokaza nasuprot dotadašnje zakonske (formalne) ocene dokaza.¹⁸ „Istina“ do koje bi se došlo slobodnom ocenom dokaza bila je označavana kao „materijalna“, dok je istina do koje bi se došlo putem zakonske ocene dokaza označavana „formalnom“ istinom. Kasnije je ovo razlikovanje poslužilo kako bi se izrazila suprotnost između stranačke, „formalne“ istine do koje se dolazi u parničnom i adverzijalnom krivičnom postupku u kojima vlada dispozitivno načelo i „materijalne“ istine do koje se dolazi u inkvizitorskom (ili mešovitom) krivičnom postupku u kojem vlada istražno načelo.¹⁹ Uz to, u američkoj literaturi nailazimo i na stanovište koje pod „formalnom istinom“ podrazumeva „činjenice utvrđene od strane pravom ovlašćenog utvrđivača, nezavisno od toga da li one odgovaraju „materijalnoj istini““.²⁰ Pored navedenih, postoje i drugi osnovi razlikovanja „materijalne“ i „formalne“ istine.²¹

¹⁶ Tako, između ostalog, Đurđić i Trajković kao suštinu procesnopravne definicije istine ističu „sticanje uverenja, iz dopuštenog izvora saznanja i na pravno dopušteni način, da neka važna činjenica postoji ili ne postoji, što se proglašava u sudskoj odluci“, V. Đurđić, M. Trajković, op. cit., 117. Slično i Jekić, kada kaže da je „istina, s jedne strane, veran odraz stvarnosti (filozofski pojam, što odgovara teoriji korespondencije, prim. aut.) i najviši stepen uverenja, tj. ubeđenje o izvršenom krivičnom delu i odgovornosti učinioca (krivičnoprocesni pojam)...istina je, dakle, u krivičnom postupku ostvarena samo ako ono što je sud utvrdio predstavlja veran odraz stvarnosti, a stepen uverenja o tome odgovara izvesnosti...“, Zagorka Jekić, *Krivično procesno pravo*, GDP Dimitrije Davidović, Beograd, 1998, 241. U principu, potrebu za posebnom, krivičnoprocesnom definicijom utvrđivanja činjenica (drugim rečima za krivičnoprocesnom definicijom utvrđivanja istine, prim. aut.) iziskuje takvo uređenje krivičnog postupka „kojim se zarad zaštite ljudskih prava i sloboda, preprečava put saznanja činjenica važnih za postupak, a činjenice saznate iz izvora i na način koji su pravno nedopušteni, smatraju se da pravno ne postoje“, V. Đurđić, M. Trajković, op. cit., 114.

¹⁷ Za jugoslovenske i srpske autore koji su istinu koju sud utvrđuje u krivičnom postupku označavali „materijalnom“ v. Z. Jekić (1989), op. cit., 67.

¹⁸ V. Bajović (2015), op. cit., 92; M. Škulić (2017), op. cit., 84.

¹⁹ U tom smislu V. Bajović (2015), op. cit., 93.

²⁰ Robert S. Summers, „Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases“, *Cornell Law Faculty Publications, Law and Philosophy*, tom 18, br. 5, 1999, 498.

²¹ Više o tome: H. Sijerčić Čolić, op. cit., 187 – 188.

Ipak, pojedini pravni pisci tvrde da „nema nikakvog osnova da se zadrži termin „materijalna istina“ u savremenim procesnim sistemima“.²²

Konačno, u literaturi se sreću različita viđenja i u pogledu subjekata koji utvrđuju (odnosno treba da utvrđuju) činjenice, odnosno istinu u krivičnom postupku. U tom smislu, razlikuje se monističko i pluralističko shvatanje. Prema prvom, koje se oslanja na procesnopravni pojam činjenica tj. istine, jedino se one činjenice koje je sud utvrdio u svojoj odluci mogu smatrati utvrđenim odnosno jedino sud može da u procesnopravnom smislu utvrđuje istinu u krivičnom postupku. Suština pluralističkog shvatanja, koje se oslanja na opštu teoriju saznanja, jeste da svi subjekti krivičnog postupka mogu da utvrđuju činjenice.²³

ISTINA U VELIKIM UPOREDNOPRAVNIM KRIVIČNOPROCESNIM SISTEMIMA

Uopšte

Izneta teorijska gledišta o istini izvršila su uticaj na strukturu, a pogotovo na ciljeve glavnih uporednopravnih modela krivične procedure. U principu, uzima se da je klasična, epistemološka teorija istine (teorija korespondencije) uticala na oblikovanje inkvizitorskog (kontinentalno-evropskog), a teorije konsenzusa adverzijalnog (anglosaksonskog) modela krivičnog postupka.²⁴

²² Z. Jekić (1989), op. cit., 68. „Drugim rečima, istina je u postupku ili utvrđena ili nije utvrđena... Tako posmatrana istina mogla je biti postignuta i u sistemu zakonske ocene dokaza, kao što ni u sistemu slobodne ocene dokaza ona ne mora biti utvrđena“, *Ibidem*. Škulić ističe da „termin „materijalna istina“ nije sam po sebi pogrešan, iako ga mi inače ne koristimo, jer smatramo da je *istina* kao ime-nica, termin i pojam, sama po sebi dovoljno jakog i ubedljivog značenja“, M. Škulić (2017), op. cit., 84. I mi ćemo, što iz pomenutih razloga, što radi jednostavnosti, u ovom radu koristiti samo termin „istina“.

Uzelac, s druge strane, takođe kritikuje pojam „materijalne istine“, ali tako što tvrdi da „konceptija „materijalne istine“ ne odgovara suvremenom demokratskom društvu“, Alan Uzelac, „Materijalna istina – iskrivljeno ogledalo jedne teorije istine u sudskom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb, 1992, 419.

²³ Više o monističkoj i pluralističkoj teoriji o subjektima koji utvrđuju činjenice tj. istinu u krivičnom postupku, V. Đurđić, M. Trajković, op. cit., 117 – 119.

²⁴ T. Weigend (2010), op. cit., 396; G. P. Ilić, M. Majić, op. cit., 88. Inače, u literaturi se ističe „Ponekad se uprošćeno, a što je posebno karakteristično za autore iz anglosaksonskih pravnih područja, kontinentalno-evropski sistem označava kao inkvizitorski, a anglosaksonski kao akuzatorski, ali takvo terminološko određenje u osnovi nije korektno, jer iako kontinentalno-evropski sistem sadrži određene inkvizitorske elemente, on u stvari predstavlja jedan mešoviti sistem (podvukao A. Š.), kao što ni brojni anglosaksonski sistemi više nisu čisto akuzatorskog tipa“, Milan Škulić, „Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka“,

Kontinentalno-evropski (mešoviti) model

Odnos kontinentalno-evropskog tipa krivičnog postupka i utvrđivanja istine ima korene u srednjovekovnom pravu.²⁵ Kao jedna od dominantnih karakteristika ovog tipa krivične procedure, navodi se upravo to da u njemu „važi načelo istine i to najčešće kao načelo materijalne istine, što ne znači da sud uvek realno mora da utvrdi istinu, već da sud mora da stekne uverenje da je utvrdio istinu, odnosno da u toku celog postupka, teži da utvrdi istinu i mimo dokazne inicijative stranaka“.²⁶ Opravdanje za pomenutu dokaznu aktivnost suda leži u javnom interesu da se sazna istina o predmetu krivičnog postupka, te da se sudska odluka zasnjuje na toj istini. Takođe, ističe se kako je načelo materijalne istine, od momenta svog uobličavanja pre više od dva veka, postalo „ključno obeležje evro-kontinentalnog, mešovitog tipa krivičnog postupka“.²⁷

Tako, primera radi, u nemačkom krivičnom procesnom pravu, za koje se u literaturi ističe da predstavlja jednu od „najklasičnijih“ ili „najtipičnijih“ krivičnih procedura kontinentalne Evrope,²⁸ sud ima centralnu dokaznu ulogu, te može i bez stranačke inicijative da izvodi dokaze koji su potrebni za utvrđivanje istine u odnosu na predmet krivičnog postupka.²⁹ Nemački krivični postupak je zamišljen kao sled dva samostalna napora da se pronađe istina: najpre od strane tužioca i policije, a zatim od strane samog suda.³⁰ U principu, Nemačka i dalje prati ideal pronalaženja istine u krivičnom postupku i posebno naglašava ovaj cilj krivičnog postupka.³¹

I francuski krivični postupak je ustrojen tako da u njemu sud traga za materijalnom istinom.³² Ipak, ističe se da je, za razliku od nemačkog, francuski krivični

Crimen, tom 4, br. 2, Beograd, 2013, 177. Iz ovih razloga, u daljim izlaganjima kao sinonim za kontinentalno-evropski model krivičnog postupka koristićemo sintagmu „mešoviti model“.

²⁵ Više o tome: G. P. Ilić, M. Majić, op. cit., 88 – 89.

²⁶ M. Škulić (2013), op. cit., 180.

²⁷ V. Bajović (2015), op. cit., 85. U tom smislu i Škulić: Milan Škulić, „Relation between the Principle of Truth and Simplified Forms of Criminal Proceedings“, *Simplified forms of procedure in criminal matters – regional criminal procedure legislation and experiences in application* (ed. Ivan Jovanović, Mirosljub Stanislavljević), OSCE Mission to Serbia, Belgrade, 2013a, 72.

²⁸ M. Škulić (2013), op. cit., 186.

²⁹ *Ibidem*, 195. Citirani autor navodi da je ovo pitanje na sličan način regulisano i u austrijskom pravu.

³⁰ Thomas Weigend, „The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A German Perspective“, *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?* (ed. Dr. Sabine Gless, Dr. Thomas Richter), Springer Nature, Cham, 2019, 62.

³¹ *Ibidem*, 87.

³² Marie-Sophie Baud, „La manifestation de la vérité dans le procès pénal : une étude comparée entre la France et les États-Unis“, *Les Cahiers de la Justice*, br. 4, Dalloz, 2017, 708.

postupak poslednjih godina pod značajnim uticajem Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP).³³ U tom smislu, u literaturi se sreće stav da je Francuska „zavedena“ akuzatorskom³⁴ krivičnom procedurom.³⁵

*Adverzijalni (anglosaksonski) model*³⁶

Škulić navodi kako se „uobičajeno u našoj javnosti, kako onoj koja je laička, tako ponekad i u stručnoj javnosti, smatra da načelo istine uopšte ne egzistira u krivičnom postupku SAD, gde je suština postupka, tj. suđenja u užem smislu, odnosno glavnog pretresa, striktno i dosledno svedena na svojevrsni „dokazni dvoboj“ stranaka, u kojem pobeđuje ona stranka koja je uspela da porotu „ubedi“ u verodostojnost svojih iskaza“.³⁷ Citirani autor, međutim, odmah u sledećem pasusu ističe kako „iako u principu glavni pretres u SAD zaista funkcioniše kao neka vrsta dokaznog dvoboja, to nikako ne znači da je istina nevažna u krivičnom postupku SAD“.³⁸

Nasuprot, stavu da istine nema u američkom krivičnom postupku, nemali broj američkih pravnih pisaca pronalaženje istine uzdiže praktično u rang primarnog cilja tj. funkcije krivičnog postupka.³⁹ Takođe, u starijoj američkoj literaturi

³³ Procesna prava koja garantuje EKLJP slična su *due process* pravima koja izviru iz *common law* (anglosaksonske) pravne tradicije, te kao takva onda dolaze u sukob sa traženjem materijalne istine u krivičnom postupku (u smislu dokaznog aktivizma suda, prim. aut), *Ibidem*, 709.

³⁴ Misli se na adverzijalnu (anglosaksonsku) krivičnu proceduru.

³⁵ M. S. Baud, op. cit., 712.

³⁶ Iako je kolevka anglosaksonskog prava Engleska, danas se tipičnim savremenim predstavnikom tog velikog pravnog sistema smatraju SAD, Milan Škulić, *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 25. Sledstveno tome, prilikom izlaganja o istini u adverzijalnom modelu krivičnog postupka analiziraćemo mesto koje ona ima u krivičnoj proceduri SAD.

³⁷ *Ibidem*, 284.

³⁸ *Ibidem*. Slično i Bajović kada navodi da je „pogrešna konstatacija da je u adverzijalnom postupku istina „sporedna vrednost“ jer se tu sud zadovoljava samo formalnom ili stranačkom istinom“, V. Bajović (2015), op. cit., 86.

³⁹ R. S. Summers, op. cit., 497. U tom smislu i Bredli i Hofman, kada kažu da je „prva i najočiglednija svrha krivičnih suđenja pronalaženje istine“, Craig M. Bradley, Joseph L. Hoffmann, „Public Perception, Justice, and the „Search for Truth“ in Criminal Cases“, *Southern California Law Review*, tom 69, br. 4, 1996, 1271. Slično i Markman: „Pronalaženje istine je ključno za uspešan rad mehanizama za kontrolu kriminala i ublažavanje njegovih posledica“, Stephen J. Markman, „Foreword – The ‘Truth in Criminal Justice’ Series“, *Journal of Law Reform*, tom 22, br. 3 i 4, 1989, 428. Bajović ukazuje na to da „Nasuprot evrokontinentalnom uverenju da se do istine može doći jedino

citira se i odluka Vrhovnog suda SAD u slučaju *Tehan v. United States*, u kojoj stoji da je „osnovna svrha suđenja utvrđivanje istine“.⁴⁰ Konačno, ističe se da je istina predviđena i u samim američkim propisima, pa se u tom smislu navodi pravilo 1.02 Saveznih pravila o dokazivanju (*Federal Rules on Evidence*) koje glasi: „Ova pravila bi trebalo primenjivati tako da se svakim postupkom upravlja pošteno (pravično), da se otklone neopravdani troškovi i odugovlačenje, kao i da se doprinese razvoju dokaznog prava, da bi se na kraju saznala istina i pravično odlučilo“.⁴¹

Razlika između adverzijalnog i mešovitog modela krivične procedure u pogledu istine nije dakle u tome što je u jednom pronalaženje tj. utvrđivanje istine njegov cilj, dok u drugom to nije slučaj. U oba modela, načelno, jedan od ciljeva krivičnog postupka jeste da se pronađe istina o događaju koji je i predmet postupka. Razlika između njih je međutim u metodu odnosno u načinu na koji se taj cilj postiže.⁴² Već smo istakli da u mešovitom, evro-kontinentalnom modelu krivičnog postupka dužnost utvrđivanja istine leži na sudu koji je shodno toj svojoj dužnosti izrazito dokazno aktivan. S druge strane, u adverzijalnom modelu sud je izrazito

u mešovitom krivičnom postupku, uz dokaznu aktivnost suda, većina anglosaksonskih pisaca ističe da je adverzijalni postupak bolje „prilagođeno sredstvo“ za utvrđivanje istine jer doprinosi boljem i detaljnijem prikupljanju dokaza (prikupljaju ih obe strane) i većoj nepristrasnosti istraživača, tj. suda“; V. Bajović (2015), op. cit., 86.

⁴⁰ Alan B. George, Wilbure C. Leatherberry, „The Criminal Trial Process – The Fight for Truth“, *Case Western Reserve Law Review*, tom 19, br. 3, 1968, 713. Miljuš ističe kako je i u slučaju *Funk v. United States* (1933), Vrhovni sud SAD zaključio da je temeljna osnova na kojoj moraju da se zasnivaju sva razumna pravila o dokazima da se prilagođavaju „*uspešnom razvoju istine*“, Ivana Miljuš, *Načelo jednakosti „oružja“ u krivičnom postupku*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2021, 66.

⁴¹ M. Škulić (2021), op. cit., 285.

⁴² „Inkvizitorski (mešoviti, prim. aut) i adverzijalni modeli postupanja u krivičnim predmetima se ne razlikuju puno u svojem cilju – pronalaženje „istine“ – već u raspodeli odgovornosti za njeno dostizanje“, T. Weigend (2010), op. cit., 414; „Nesumnjivo je da je utvrđivanje istine jedan od osnovnih ciljeva krivičnih procedura u oba procesna sistema. Međutim, načini dostizanja tog cilja se značajno razlikuju“, G. P. Ilić, M. Majić, op. cit., 88; „Istina, u smislu činjeničnog stanja na kome se zasniva sudska odluka je značajna vrednost u svakom sistemu, samo što se u različitim sistemima i modelima postupka razlikuju načini na koji se dolazi do činjeničnog supstrata na kome je legitimno zasnovati presudu“, V. Bajović (2015), op. cit., 86. Isti autor na drugom mestu navodi dva glavna načina kojima se dolazi do istine: 1. empirijski ili naučni metod (karakterističan za evro-kontinentalne sisteme) i 2. adverzijalni metod. Više o tome: Vanja Bajović, „O istini i svrsi krivičnog postupka“, *Kaznena reakcija u Srbiji – II deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 250 – 256. Slično i Škulić, kada kaže da je „u svakom „normalnom“ i demokratskom krivičnom postupku, bez obzira da li ima potpuno adverzijalni (stranački) karakter, ili je mešovite prirode, osnovni cilj da se utvrdi istina, odnosno da odluka suda bude zasnovana na istinitim činjenicama“, M. Škulić (2021), op. cit., 286.

dokazno pasivan, a dokazna inicijativa leži na strankama. Sud tu nema dužnost da utvrdi istinu, već je njegova obaveza da obezbedi pravičan, (*fair*) krivični postupak u okviru kojeg tužilac snosi teret dokazivanja svoje optužbe.⁴³ Ovakvo rešenje je bazirano na pretpostavci da prezentovanjem različitih verzija „istine“ od strane stranaka i njihova diskusija o izvedenim dokazima izbacuje na površinu neistinite tvrdnje stranaka, što dalje rezultira dostizanju pravog (istinitog, prim. aut) znanja o istorijskom događaju koji je predmet sudskog postupka.⁴⁴ Ono svoje korene ima u liberalnoj ideologiji.⁴⁵

ISTINA U KRIVIČNOM PROCESNOM PRAVU SRBIJE

U literaturi se ističe da je „tradicionalno, naše krivično procesno zakonodavstvo prihvatilo imperativ traganja za materijalnom istinom“.⁴⁶ Međutim, u pozitivnom Zakoniku o krivičnom postupku Republike Srbije (u daljem tekstu: ZKP)⁴⁷ načelo istine je formalnopravno eliminisano.⁴⁸ Iako je ideja zakonodavca verovatno bila da poboljša srpsku krivičnu proceduru,⁴⁹ ovakvo rešenje naišlo je na brojne i oštre kritike u krivičnoprocesnoj teoriji.⁵⁰ Takođe se i svojevrsni „ostaci“ načela

⁴³ M. Škulić (2013), op. cit., 180.

⁴⁴ G. P. Ilić, M. Majić, op. cit., 89.

⁴⁵ „Liberalna ideologija nameće model postupka kao spora odnosno rasprave tužioca i tuženog pred predstavnicima civilnog društva (porote) u kojoj je sudija samo neki vid kontrolora pravičnosti te rasprave. Veruje se da su pojedinci ti koji znaju šta je najbolje za njih“, V. Bajović (2015), op. cit., 81.

⁴⁶ I. Miljuš (2021), op. cit., 64.

⁴⁷ *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US.

⁴⁸ „U Zakoniku, za razliku od pravnog prethodnika, više nije propisana dužnost suda i drugih državnih organa da istinito (podvukao A. Š.) i potpuno utvrde relevantne činjenice za donošenje zakonite odluke“, Ivana Miljuš, „Traganje za istinom u krivičnom postupku“, *Identitetski preobražaj Srbije – Prilozi projektu 2016 – kolektivna monografija* (ur. Radmila Vasić, Bojana Čučković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 260. Slično i Bajović, kada kaže da „Zakonik o krivičnom postupku odstupa od dosadašnje tradicije zasnivajući krivični postupak na raspravnoj maksimi čime i načelo utvrđivanja materijalne istine makar normativno gubi na značaju“, V. Bajović (2015), op. cit., 90.

⁴⁹ O razlozima kojima su najčešće opravdavani dokazna pasivizacija suda i odstupanje od načela utvrđivanja materijalne istine u ZKP-u v. V. Bajović (2015), op. cit., 100.

⁵⁰ Škulić ovakvo rešenje karakteriše kao „besmisleno i nemoralnu devalvaciju načela istine u novom zakoniku o krivičnom postupku Srbije“, te ističe: „Istina je u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. implicitno označena kao svojevrsni nepotrební luksuz u krivičnom postupku,

istine u ZKP-u, prema kojima „Sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio“ (član 15 stav 4 ZKP-a) kvalifikuju kao „besmisleno normativno rešenje“,⁵¹ te se retorički postavlja pitanje „zašto bi sud to (sam izvodio dopunske dokaze, prim. aut.) činio kada nema dužnost utvrđivanja istine“.⁵² Konačno, ističe se i to da „svestrano raspravljavanje predmeta dokazivanja samo po sebi ne znači ništa posebno, jer dokazivanje ovde nije ciljno definisano u smislu da služi utvrđivanju činjeničnog stanja određenog kvaliteta, bilo da se striktno govori o utvrđivanju istine, bilo da se takvo činjenično stanje označi kao potpuno i tačno“.⁵³

S druge strane, pak, autori navode da i dalje u srpskom krivičnom postupku postoje neke odredbe koje *de facto*, zadržavaju načelo istine, razume se, u značajno redukovanom i limitiranom obliku.⁵⁴ U tom smislu se ističe kako se u ZKP-u uočavaju odredbe kojima se „suštinski priznaje značaj traganja za istinom“.⁵⁵

jer se ne samo utvrđivanje istine, već čak ni težnja ka njoj od strane službenih aktera krivične procedure uopšte ne označava kao cilj krivičnog postupka“, Milan Škulić, „Kritička analiza nekih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine“, u Milan Škulić, Goran Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Kako je propala reforma i šta da se radi?*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Republike Srbije, Beograd, 2012, 28. Đurđić i Trajković ističu da se „Srpski zakonodavac, na žalost, priključio onim reformistima koji su proterali načelo istine iz krivičnog postupka“, V. Đurđić, M. Trajković, op.cit., 120. U tom smislu i Den: „Jedno od osnovnih načela kontinentalno-evropskog krivičnog postupka, a to je da po službenoj dužnosti utvrdi istinu u odnosu na događaj koji se istražuje, ovde (u ZKP-u, prim. aut.) je svesno ili nesvesno zanemareno“, Jirgen Den, „Ubrzanje postupka nasuprot načela istine“, u Milan Škulić, Goran Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Kako je propala reforma i šta da se radi?*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Republike Srbije, Beograd, 2012, 7. Bajović uopšteno konstatuje da je prilikom usvajanja ZKP-a, najviše nedoumica i polemika izazvalo upravo „izbacivanje“ načela materijalne istine, V. Bajović (2012), op. cit., 244.

⁵¹ M. Škulić (2012), op. cit., 65.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, 71.

⁵⁴ U tom smislu se najčešće navodi da je u ZKP-u i dalje propisana mogućnost podnošenja žalbe zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, „a šta je drugo – pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, nego neistina, odnosno neistinito utvrđeno činjenično stanje...Kako sud „odgovara“ za svoju presudu...on je načelno zainteresovan da njegova presuda „opstane“ u eventualnom žalbenom postupku. Krivični sud će i zbog toga, po logici stvari, bez obzira što sada više formalno nema takvu celovito formulisanu dužnost, ipak težiti da se u krivičnom postupku utvrdi potpuno i tačno činjenično stanje, odnosno da se, drugim rečima kazano – utvrdi istina“, M. Škulić (2017), op. cit., 87. U tom smislu i V. Bajović (2012), op. cit., 260.

⁵⁵ I. Miljuš (2017), op. cit., 260. Za iscrpnu listu primera odredaba ZKP-a kojima se i dalje suštinski priznaje značaj traganja za istinom, po fazama krivičnog postupka, vidi kod citiranog autora: *Ibidem*, 261 – 273.

NAČELO UTVRĐIVANJA ISTINE KAO *DE LEGE FERENDA*
PREDLOG ZA KRIVIČNI POSTUPAK

Polazeći od prethodno izloženog, jasno je zbog čega je protekloj deceniji u srpskoj naučnoj i stručnoj javnosti intenzivirana rasprava ne samo o konkretnim zakonskim rešenjima koja se odnose na istinu u krivičnom postupku, već i o samoj suštini te istine.⁵⁶ Drugim rečima, počele su se iznova preispitivati osnovne doktrinarnе postavke u pogledu istine u krivičnom postupku, pa čak i postavljati pitanja opravdanosti njenog postojanja u bilo kom obliku u krivičnoj proceduri.

Čini se da je u teoriji nesporno da istina nije apsolutni cilj savremenog krivičnog postupka.⁵⁷ Naime, navodi se da je „uvođenjem koncepta slobodnog sudij-skog uverenja, pronalaženje istine u krivičnim postupcima učinjeno zavisnim od subjektivnog faktora. Zbog toga na istinu ne bi trebalo gledati kao na ultimativni cilj krivičnog postupka“,⁵⁸ kao i to da je „neograničeno traganje za istinom napušteno i zbog toga što bi pravičan ishod postupka mogao biti važniji u javnosti nego otkrivanje cele istine“.⁵⁹ Takođe se, međutim, čini i to da je istina ipak barem „jedan od ciljeva“ moderne krivične procedure, odnosno da je reč o cilju krivičnog postupka koji je, iako relativnog karaktera, njegova nužnost.

I mi delimo izneto mišljenje. Smatramo, naime, potpuno opravdanim da istina zadrži, iako donekle modifikovano, mesto u savremenoj krivičnoj proceduri. Takođe, slažemo se sa navodima onih autora koji tvrde da je bilo potpuno nepotrebno, pa i štetno, na opisani način devalvirati istinu u ZKP-u. Zalažemo se stoga za vraćanje istine kao načela u pozitivno krivično procesno zakonodavstvo Republike Srbije. Pritom, smatramo da bi najispravniji naziv budućeg, ponovo uvedenog načela istine u ZKP-u bio „načelo utvrđivanja istine“. Suština tog načela bilo bi propisivanje načelne obaveze suda (ili drugog organa postupka) da preduzme sve raspoložive procesne radnje kako bi se tokom krivičnog postupka utvrdila istina u pogledu događaja koji je njegov predmet, te da onda stekne uverenje da je činjenično

⁵⁶ „Brojne dileme su upravo rezultat eliminacije načela materijalne istine...“: I. Miljuš (2021), op. cit., 346.

⁵⁷ „Nije sporno da istina, ma koliko u krivičnom postupku bila važna, ne može i ne sme biti takva vrednost koja se mora dostizati po svaku cenu“, M. Škulić (2017), op. cit., 83 – 84. Slično i Vajgent kada kaže da „postoji konsenzus – čak i među onima koji podvlače pronalaženje istine kao funkciju krivičnog postupka – da istina ne treba da se traži po svaku cenu“, T. Weigend (2010), op. cit., 393. I neki američki autori koji načelno istini priznaju značaj cilja krivičnog postupka, priznaju da postoje situacije u kojim je neizbežno podrediti imperativ utvrđivanja istine nekim drugim interesima. Više o tome: S. Markman, op. cit., 429.

⁵⁸ G. P. Ilić, M. Majić, op. cit., 92.

⁵⁹ *Ibidem*, 94.

stanje koje je na takav način utvrdio istinito. Ovakvo rešenje bi naravno podrazumevalo dokazno aktivan sud.⁶⁰ S druge strane, sud ne bi bio obavezan da pomenutu istinu utvrdi po svaku cenu. Civilističkim rečnikom govoreći, obaveza suda bi bila obaveza *sredstva*, a ne i obaveza *cilja*.⁶¹ Ovakvo rešenje nam deluje kao jedino prihvatljivo upravo zbog toga što u savremenim krivičnim postupcima postoje i druge načelne vrednosti o kojima treba voditi računa, pa odredbe koje iz tih drugih vrednosti proizlaze, kada se nađu u koliziji sa istinom kao ciljem krivične procedure, neminovno dovode do njene relativizacije.⁶² Ovu vrstu razloga nemogućnosti utvrđivanja istine u konkretnom krivičnom postupku možemo nazvati pravnim razlozima.⁶³ Uz to, ovakvo rešenje opravdavaju i faktički razlozi usled kojih sud nekada, ma koliko se trudio, jednostavno (faktički) ne utvrdi potpunu istinu (na primer, došlo je do greške prilikom saznanog procesa kod samog sudije). Dovoljno je, dakle, da je on učinio „sve što je bilo u njegovoj moći“ da istinu zaista i utvrdi i da je stekao uverenje da je ono što je utvrdio zaista i istinito.⁶⁴ A u slučaju da ni pored toga ono što je sud utvrdio nije istinito u smislu da ne predstavlja vernu i potpunu sliku događaja koji je bio predmet krivičnog postupka, načelo utvrđivanja istine ne bi bilo povređeno, već bi se novonastala situacija mogla rešavati na neki od sledećih načina: 1. kratkoročno, putem pravnih lekova, ukoliko ima prostora za njihovo podnošenje, 2. dugoročno, na primer putem poboljšane kadrovske politike u pogledu izbora sudija i drugih oficijelnih učesnika u krivičnom postupku.

Definisanje utvrđivanja istine kao jednog od ciljeva krivičnog postupka neophodno je u svakoj državi koja pretenduje na kvalifikaciju pravne države, odnosno države u kojoj postoji vladavina prava. Naime, jedno od suverenih prava svake države jeste pravo na kažnjavanje (*ius puniendi*). Putem tog prava, država može da kažnjava učinioce krivičnih dela. Međutim, ovo pravo ima smisla jedino ukoliko se koristi protiv lica koja su zaista učinila neko krivično delo. Ovo proizlazi i iz člana 1 ZKP-a koji, između ostalog, propisuje da je cilj pravila sadržanih u ZKP-u

⁶⁰ I u Vajgentovom „kompromisnom modelu“ sudu je data dokazno aktivna uloga, T. Weigend (2010), op. cit., 414.

⁶¹ U tom smislu i Bajović, kada kaže: „Istina se dakle ne može tumačiti u smislu rezultata, kao „cilj postupka“, već je treba tumačiti u smislu načina ili metoda koji se koriste u smislu utvrđivanja činjenica“, V. Bajović (2015), op. cit., 96.

⁶² U tom smislu: R. S. Summers, op. cit., 499 – 500.

⁶³ Radi se o, na primer, institutima zastarelosti krivičnog gonjenja, zabrane *reformatio in peius* prilikom korišćenja žalbe i slično, M. Škulić (2017), op. cit., 85.

⁶⁴ „Istina je, dakle, u krivičnom postupku ostvarena samo ako ono što je sud utvrdio predstavlja veran odraz stvarnosti, a stepen uverenja o tome odgovara izvesnosti, za razliku od sumnje koja je postojala na početku krivičnog postupka i koja je bila osnov za njegovo pokretanje“, Z. Jekić, op. cit., (1998), 241.

da niko nevin ne bude osuđen. U suprotnom, kada bismo uklonili neophodnost da se u krivičnom postupku utvrđuje istina kao uslov za primenu prava države na kažnjavanje, tada bismo obesmislili to pravo i praktično ga pretvorili u ogoljenu silu. Drugim rečima, otkud državi pravo da kažnjava bilo koga ukoliko pre toga nije učinila sve što je mogla da utvrdi da li je to lice zaista učinilo krivično delo?⁶⁵

Kao što je istaknuto, u našem *de lege ferenda* predlogu za propisivanje „načela utvrđivanja istine“ u ZKP-u, insistiramo na tome da se obaveza utvrđivanja istine nametne sudu (ili eventualno drugom organu postupka). I zaista, čini se da je utvrđivanje istine u krivičnom postupku daleko realnije kada sud ima dokazno aktivna ovlašćenja nego kada je u potpunosti dokazno pasivan.⁶⁶ Ovakav stav zapravo proizlazi iz javnopravne prirode krivičnopravnog zahteva. Naime, za razliku od npr. parničnog postupka u kojem su zahtevi stranaka privatnopravne prirode, u krivičnom postupku ovlašćeni tužilac zahteva od države da izvrši jedno od svojih *par excellence* javnopravnih ovlašćenja – *ius puniendi*. Zato i jeste donekle sporno „svaljivanje“ tereta dokazivanja na stranke kao da je reč o njihovom privatnom sporu, kao što je to slučaj sa ZKP-om i njegovom pravilu o teretu dokazivanja (član 15 stav 2), ali je od toga još spornija činjenica da ni pored načelnog pravila da je teret dokazivanja na tužiocu, nema ni supsidijerne odgovornosti suda u tom pogledu.⁶⁷ Država je načelno indiferentna prema tome da li npr. tuženi duguje tužiocu određenu sumu novca – na tužiocu je da to dokaže. Ali, država ne može biti indiferentna prema tome da li je okrivljeni učinio krivično delo koje mu tužilac stavlja na teret ili nije.⁶⁸ Stranke se i u krivičnom postupku mogu voditi različitim interesima (čak se i okrivljeni može voditi nekim drugim interesima, a ne interesom da ne bude osuđen), ali se država tj. sud kao državni organ koji vodi krivični postupak načelno mora voditi time da utvrdi istinu o predmetu tog postupka.⁶⁹

⁶⁵ U tom smislu, V. Đurđić, M. Trajković, op. cit., 124 – 125.

⁶⁶ „Samo onda kada sud ima mogućnost da bude dokazno aktivan, on i može zaista utvrditi istinu“, M. Škulić (2017), op. cit., 86. S druge strane, u teoriji postoje i suprotni stavovi, te se ističe kako je „adverzijalni karakter i dijaloška tj. dijalektička struktura postupaka nesumnjivo jedna od najboljih garancija za utvrđivanje istine u krivičnim postupcima. To je jedna od ključnih razlika u poređenju sa krivičnim postupcima inkvizitorskog tipa, koji insistiraju na modelu monologa, obavezujući sud da utvrdi sud u krivičnim postupcima *ex officio*“, G. P. Ilić, M. Majić, op. cit., 93.

⁶⁷ U literaturi postoje mišljenja po kojima je ipak moguće dovesti u sklad pravilo o teretu dokazivanja iz ZKP-a sa načelom utvrđivanja istine, što bi se u principu svelo na „limitirano dejstvo načela istine“. Više o tome: M. Škulić (2017), op. cit., 86 – 87.

⁶⁸ Više o razlikama između krivičnog i parničnog postupka u pogledu utvrđivanja činjenica i načelu istine v. V. Bajović (2015), op. cit., 71 – 73.

⁶⁹ Miljuš navodi podatak da se Evropski sud za ljudska prava ne bavi *a priori* ocenom nepoštivosti primene istražnog načela i nezakonito stečenim dokazima, što prepušta nacionalnom

U tim okvirima, postavlja se još jedno pitanje: koje su to druge vrednosti koje relativizuju značaj istine u krivičnom postupku? Uopšteno govoreći, to su one vrednosti koje proizlaze iz načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, kao praktično suštinskog načela krivičnog postupka.⁷⁰ Na primer, i norma o zabrani mučenja u krivičnom postupku (član 9 ZKP-a) suštinski proizlazi iz načela pravičnog vođenja krivičnog postupka – na primer, nije pravično mučenjem okrivljenog iznuditi njegovo priznanje i na taj način eventualno i doći do istine. Kada je u pitanju odnos između načela pravičnog vođenja krivičnog postupka i načela utvrđivanja istine, u literaturi se ističe da su ona „suštinski povezana u evropsko-kontinentalnim krivičnim postupcima“, te da „njihovo veštačko odvajanje jednostavno nije moguće“.⁷¹ U krajnjoj liniji, ukoliko prihvatimo koncepciju načela pravičnog vođenja krivičnog postupka kao suštinskog načela krivičnog postupka iz kojeg proizlaze sva ostala njegova načela, prihvatamo i to da i samo načelo utvrđivanja istine proizlazi iz načela pravičnog vođenja krivičnog postupka. Jer, kako bi se drugačije mogla kvalifikovati težnja suda da utvrdi istinu tokom krivičnog postupka nego kao njegovo pravično postupanje? Miljuš ističe kako se „pitanje svodi na razmatranja koja su normativna ograničenja istražnog načela suda neophodna da bi dovela do pravičnog postupka u celini, u suštinskom smislu odnosno kako se postiže normativno optimalan i u praksi odgovarajući balans ovih načela“.⁷² Prema tome, u skladu sa načelom pravičnog vođenja krivičnog postupka, u samim odredbama propisa kojim se uređuje krivična procedura bi

zakonodavstvu, već da li je postupak u celini u smislu odredbe člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima pravičan“, I. Miljuš (2017), op. cit., 260. Dakle, praksa tog suda ne ide za tim da diskredituje istražno načelo, za koje se nama čini da na bolji način omogućava utvrđivanja istine u krivičnom postupku.

⁷⁰ „Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka...se u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava nesporno smatra najvažnijim, odnosno praktično suštinskim načelom krivične procedure. Takav status je ovo načelo dobilo iz dva osnovna razloga; s jedne strane, ono vrlo skladno uobličava dejstvo svih drugih krivičnoprocesnih načela u funkciji pravičnog rešavanja krivične stvari, a s druge strane, ono ima veoma izražen etički karakter, a za savremene i demokratske krivične procedure je karakteristično nastojanje da se u njihovim okvirima i shodno njihovim pravilima, ostvare ne samo pravni, već i važni etički imperativi...“, Milan Škulić, „Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku“, *Pravni život*, tom I, br. 9, Beograd, 2010, 588. Isti autor na drugom mestu naglašava kako „savremeni pravni sistemi demokratskih država daju izrazitu prevagu načelu pravne sigurnosti u odnosu na načelo istine u krivičnom postupku“, M. Škulić (2017), op. cit., 85.

⁷¹ M. Škulić (2010), op. cit., 608. Prema Miljuš, „Svakako bi bio pogrešan zaključak da zahtevi pravičnosti čine nužnim i neophodnim formalnopravno eliminisanje načela materijalne istine“, I. Miljuš (2021), op. cit., 67 – 68.

⁷² *Ibidem*, 65.

trebalo da postoje ograničenja načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku. Ovde se postavlja drugo pitanje: za koja ograničenja načela utvrđivanja istine se može reći da proističu iz načela pravičnog vođenja krivičnog postupka i da je, samim tim, legitimno da nađu svoje mesto u krivičnoprocesnom zakonodavstvu?⁷³ Međutim, to je pitanje koje prevazilazi okvire ovog rada.⁷⁴

ZAKLJUČAK

Istina je prešla dug put, kako u krivičnoprocesnom zakonodavstvu, tako i u krivičnoprocesnoj nauci. Od najvažnijeg, „vrhovnog“ načela krivične procedure, vremenom je postala možda i najosporavaniji pojam u doktrini. Tome je najverovatnije doprinela i izrazita apstraktnost ovog pojma. Ipak, stepen apstraktnosti, pa čak i metafizičnosti pojma istine nipošto ne sme da „pokoleba“ teoretičare krivičnog procesnog prava u njihovom nastojanju da ga najpre razumeju, a potom i da ga prilagode i primene na problematiku krivičnog postupka.

Istina, definisana kroz „načelo utvrđivanja istine“, po našem mišljenju ipak treba da predstavlja jedno od najznačajnijih načela krivičnog postupka i jedan od njegovih najvažnijih ciljeva. Prema tom načelu, sud bi bio obavezan da preduzme sve procesne radnje koje mu stoje na raspolaganju kako bi utvrdio istinu u krivičnom postupku. Pritom, *condicio sine qua non* ovakvog rešenja jeste dokazno aktivna uloga suda, bez kojeg bi ono ostalo samo „mrtvo slovo na papiru“. Ovo načelo proizlazi iz same prirode prava države na kažnjavanje (*ius puniendi*) koje se može vršiti samo tako da niko nevin ne bude osuđen, a da se učinilac krivičnog dela kazni u skladu sa krivičnim zakonom, kao i iz javnopravnog karaktera krivičnopravnog zahteva.⁷⁵ U krajnjoj liniji, „dužnost suda da u krivičnom postupku utvrdi istinu, odnosno teži njenom utvrđivanju, bi pre svega, moralo da bude moralnog i etičkog karaktera“.⁷⁶ Drugim rečima, ne samo u pravnom, već i u moralnom smislu, ne postoji opravdanje da načelo utvrđivanja istine ne postoji u krivičnom postupku.

⁷³ Razume se da je za neka ograničenja načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku nesporo da treba da postoje, poput pomenute zabrane torture.

⁷⁴ O tome v. *inter alia*, R. S. Summers, op. cit., 501 i dalje.

⁷⁵ Fundamentalno pravnoteorijsko, pravнополитічкo, етічкo і філозофскo питање јесте питање на чему ће држава заснивати своје право на казњавање ако се укине начело истине і ако се суд у кривичном поступку ослободи одговорности за утврђивање свих правно релевантних чињеница, V. Đurđić, M. Trajković, op. cit., 124.

⁷⁶ M. Škulić (2017), op. cit., 87, fn. 185.

ALEKSA ŠKUNDRIĆ, LL.M.
Faculty of Law
University of Belgrade

THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF DETERMINING THE TRUTH IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

The goal of this paper is to analyse once again the place which should belong to the truth in criminal proceedings. Firstly, the author puts forward main theories about the truth in criminal procedure. Secondly, he briefly explains the relation between two major models of criminal procedure and the truth. Then follows the presentation of current situation in the Republic of Serbia concerning the truth in criminal procedure. Finally, the author argues that the truth should be reinstated in Serbian criminal procedure as the “principle of determining the truth” and that the core of this principle should be an obligation imposed upon court to determine the truth, which he could also fulfill by introducing additional evidence. The sovereign right of every state to punish individuals (*ius puniendi*) is demanding such an obligation. Of course, it should not be an absolute obligation; on contrary, there should be numerous legitimate restrictions regarding it. Such restrictions should be derived from the principle of fair trial.

Key words: truth, principle of determining the truth, criminal procedure

Literatura

- Bajović V., „O istini i svrsi krivičnog postupka“, *Kaznena reakcija u Srbiji – II deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Bajović V., *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Baud M. S., „La manifestation de la vérité dans le procès pénal : une étude comparée entre la France et les États-Unis“, *Les Cahiers de la Justice*, br. 4, Dalloz, 2017.
- Bradley C. M., Hoffmann J. L., „Public Perception, Justice, and the „Search for Truth“ in Criminal Cases“, *Southern California Law Review*, tom 69, br. 4, 1996.
- Den J., „Ubrzanje postupka nasuprot načela istine“, Milan Škulić, Goran Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Kako je propala reforma i šta da se radi?*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Republike Srbije, Beograd, 2012.
- Đurđić V., Trajković M., „O istini u krivičnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 65, Niš, 2013.
- George A. B., Leatherberry W. C., „The Criminal Trial Process – The Fight for Truth“, *Case Western Reserve Law Review*, tom 19, br. 3, 1968.
- Ilić G. P., Majić M., „Nature, Importance and Limits of Finding the Truth in Criminal Proceedings“, *The Annals of the Faculty of Belgrade – Belgrade Law Review*, tom 61, br. 3, 2013.

- Jekić Z., *Dokazi i istina u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1989.
- Jekić Z., *Krivično procesno pravo*, GDP Dimitrije Davidović, Beograd, 1998.
- Markman S. J., „Foreword – The ‘Truth in Criminal Justice’ Series“, *Journal of Law Reform*, tom 22, br. 3 i 4, 1989.
- Miljuš I., „Traganje za istinom u krivičnom postupku“, *Identitetski preobražaj Srbije – Prilozi projektu 2016 – kolektivna monografija* (ur. Radmila Vasić, Bojana Čučković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Miljuš I., *Načelo jednakosti „oružja“ u krivičnom postupku*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2021.
- Sijerčić Čolić H., „Načelo materijalne istine u krivičnom postupku“, *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva – normativni i praktični aspekti* (ur. Ana Petrović, Ivan Jovanović), Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2012.
- Škulić M., „Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku“, *Pravni Život*, tom I, br. 9, Beograd, 2010.
- Škulić M., „Kritička analiza nekih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine“, Milan Škulić, Goran Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Kako je propala reforma i šta da se radi?*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Republike Srbije, Beograd, 2012.
- Škulić M., „Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka“, *Crimen*, tom 4, br. 2, Beograd, 2013.
- Škulić M., „Relation between the Principle of Truth and Simplified Forms of Criminal Proceedings“, *Simplified forms of procedure in criminal matters – regional criminal procedure legislation and experiences in application* (ed. Ivan Jovanović, Mirosljub Stanislavljević), OSCE Mission to Serbia, Belgrade, 2013.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Škulić M., *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Summers R. S., „Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases“, *Cornell Law Faculty Publications, Law and Philosophy*, tom 18, br. 5, 1999.
- Uzelac A., „Materijalna istina – iskrivljeno ogledalo jedne teorije istine u sudskom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb, 1992.
- Weigend T., „Should We Search for the Truth, and Who Should Do It“, *North Carolina Journal of International Law*, tom 36, br. 2, 2010.
- Weigend T., „The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A German Perspective“, *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?* (ed. Dr. Sabine Gless, Dr. Thomas Richter), Springer Nature, Cham, 2019.

ISPITIVANJE SVEDOKA NA GLAVNOM PRETRESU

U ovom radu će biti reči o pojmu dokazne radnje ispitivanja svedoka, koja se sastoji u uzimanju iskaza od strane lica koje ima saznanja o predmetu krivičnog postupka ili o drugim relevantnim okolnostima. S tim u vezi, analiziraće se kakav položaj svedok ima prilikom davanja iskaza, te i značaj ove dokazne radnje za krivični postupak u celini. Nakon toga ćemo razmotriti koje su to vrste ispitivanja svedoka, pa ćemo izložiti šta je to osnovno ispitivanje svedoka koje obavlja stranka u krivičnom postupku koja je pozvala konkretnog svedoka odnosno koja je predložila njegovo ispitivanje, zatim unakrsno ispitivanje koje obavlja suprotna krivičnoprocesna stranka i naposljetku, dodatno ispitivanje koje je uslovljeno odobrenjem predsednika veća i koje takođe obavlja stranka po čijem predlogu se svedok ispituje. Na kraju, daćemo neke predloge de lege ferenda koji bi mogli da budu putokaz prilikom rešavanja nekih problema do kojih je u praksi došlo u vezi sa ovom dokaznom radnjom.

Ključne reči: svedok, dokazivanje, ispitivanje, glavni pretres

U V O D

Iskaz svedoka kao dokaz koji je proizašao iz dokazne radnje ispitivanja svedoka privlači veliku pažnju i laičke i stručne javnosti budući da se, sa jedne strane, ne može osporiti značaj koji ovaj dokaz ima, jer se određene okolnosti mogu dokazati isključivo iskazima odnosno, jer postoje situacije u kojima iskazi svedoka predstavljaju ili jedini ili glavni dokaz, a sa druge strane, ističe se da je reč o najnepouzdanijem dokaznom sredstvu koje je podložno manipulaciji i sugestiji, pa se stoga od strane nekih teoretičara i praktičara iskazu svedoka ne daje veći značaj.

Aleksandar Kvastek, master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: aleksandar.kvastek@gmail.com.

Istina je verovatno negde između ove dve krajnosti, a na praksi je da izdiferencira slučajeve u kojima će se iskazu svedoka pokloniti vera, a u kojima neće. To je upravo ono što čini problematiku ispitivanja svedoka interesantnom temom za pravnu sigurnost i primenu prava, i zato smo odlučili da objasnimo šta je to ispitivanje svedoka, šta podrazumeva ova dokazna radnja i na koji način je regulisana u domaćem zakonodavstvu, čemu je posvećen prvi deo rada.

Drugi deo rada se bavi vrstama ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, i to osnovnim, unakrsnim i dodatnim ispitivanjem svedoka. Od navedenih vrsta ispitivanja najveća pažnja je posvećena upravo unakrsnom ispitivanju, jer ono podrazumeva ispitivanje svedoka od strane suprotne stranke u postupku i zahteva poznavanje ne samo sudske psihologije, kriminalistike i pravila krivičnog postupka već i činjeničnog stanja konkretnog slučaja, budući da tek kada su ovi kvaliteti prisutni omogućava da se dovede u pitanje netačan ili lažan iskaz svedoka.

U trećem delu rada daćemo neke predloge za poboljšanje zakonskih rešenja u ovoj oblasti, ali i uopšte taktike ispitivanja svedoka, kao i predloge za prevazilaženje nekih praktičnih problema koji onemogućavaju ili sprečavaju uspešno i efikasno sprovođenje ove dokazne radnje.

ISPITIVANJE SVEDOKA KAO DOKAZNA RADNJA

Svedočenje o činjenicama koje su relevantne u krivičnom postupku je stresan i neuobičajen događaj za većinu ljudi. Budući da se radi o izuzetno važnoj dokaznoj radnji, koja u nedostatku materijalnih dokaza može imati odlučujući značaj u postupku, neophodno je da se ispitivanje svedoka detaljno i iscrpno reguliše procesnim normama. Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019 (u daljem tekstu: ZKP) sadrži opšte odredbe o ispitivanju svedoka, odredbe o zaštiti svedoka, pravila o ispitivanju prikriivenog islednika kao svedoka (čl. 187. ZKP) i odredbe o ispitivanju svedoka na glavnom pretresu (čl. 402. ZKP).

Svedoci se ispituju pojedinačno, bez prisustva ostalih svedoka i dužni su da svedoče usmeno. Nakon što se svedoku postave opšta pitanja (ime i prezime, jedinstveni matični broj građana, ime oca ili majke, prebivalište, boravište, mesto i godina rođenja i njegov odnos sa okrivljenim), svedok se poziva da iznese sve što mu je o predmetu poznato (čl. 98. st. 1. i 2. ZKP). Pre toga, svedok će se opomenuti da je dužan da govori istinu i da ništa ne sme da prećuti, kao i da davanje lažnog iskaza predstavlja krivično delo. Svedok će se, takođe, upozoriti da nije dužan da odgovori na određeno pitanje ako je verovatno da bi time izložio sebe ili blisko lice teškoj sramoti, znatnoj materijalnoj šteti ili krivičnom gonjenju (čl. 95. st. 1. i 2. ZKP).

Dakle, da bi se sprečilo štimovanje iskaza svedoka spram drugih iskaza, odnosno međusobno uticanje svedoka jednih na druge, zakonodavac je opravdano predvideo pojedinačno ispitivanje svedoka. Međutim, ovo pravilo ima smisla samo u situaciji kada se glavni pretres održava u kontinuitetu, kada se svedoci ispituju istog dana, budući da, ako se glavni pretres odlaže, moguće je izigrati ovo pravilo, tako što će se svedoci koji tek treba da budu ispitani upoznati sa sadržajem zapisnika o glavnom pretresu koji sadrži ranije date iskaze.

Kada svedok završi svoj iskaz, a potrebno je da se iskaz proveri, dopuni ili razjasni, postaviće mu se pitanja koja moraju biti jasna, određena i razumljiva, ne smeju sadržati obmanu, niti se zasnivati na pretpostavci da je svedok izjavio nešto što nije izjavio i ne smeju predstavljati navođenje na odgovor osim ako se radi o unakrsnom ispitivanju svedoka na glavnom pretresu. Svedok će se uvek pitati odakle mu je poznato ono o čemu svedoči (čl. 98. st. 3. i 4. ZKP).

Kada je reč o postavljanju sugestivnih pitanja, Škulić razlikuje sledeće vrste ovih pitanja: *potpuno disjunktivna*, koja ne dopuštaju drugi odgovor osim „da“ ili „ne“; *nepotpuno disjunktivna*, koja ne isključuju i druge mogućnosti koje nisu obuhvaćene prethodnom sugestijom; *ekspektativna – iščekujuća pitanja*, koja mogu da budu potvrdna ili odrečna (na primer „Zar ne, vi ste bili u kući?“); *odlučna pitanja* – na primer „Da li je automobil bio plave boje?“; *kapciozna pitanja*, koja sadrže pretpostavku da je rečeno nešto što nije; *nadovezujuća pitanja*, kojima se nakon popuštanja primarnoj sugestiji nastavlja u tako utvrđenom pravcu.¹

Odredba po kojoj će se svedok uvek pitati odakle mu je poznato ono o čemu svedoči ima puno opravdanje jer je povezana sa ocenom dokaza, odnosno podelom svedoka na posredne i neposredne, te se njome sprečava da svedok iznosi svoja mišljenja umesto opaženih činjenica.²

ZKP sadrži i određena specifična pravila o ispitivanju svedoka.³ Tako, ukoliko se prikriveni islednik ispituje kao svedok u krivičnom postupku, on se ispituje pod šifrom odnosno pseudonimom, i to je jedini slučaj da se u našem krivičnom postupku ispituje potpuno anonimni svedok i poziva se preko svog neposrednog starešine koji pre ispitivanja svojom izjavom pred sudom potvrđuje istovetnost prikrivenog

¹ Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 210.

² Božidar Banović, Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo opšti deo*, Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, 291.

³ Tako će se, saglasno odredbi čl. 98. st. 5. i 6. ZKP, oštećeni, kada se ispituje kao svedok, pitati da li želi da u krivičnom postupku ostvaruje imovinskopравни zahtev, a ako se ispitivanje svedoka obavlja preko tumača, odnosno prevodioca ili ako je svedok gluv, slep ili nem, ispitivanje se vrši na način propisan čl. 87. ZKP.

islednika. U tim slučajevima se, zbog faktičkog ograničavanja prava na odbranu i unakrsnog ispitivanja, sudska odluka ne može zasnivati isključivo ili u odlučujućoj meri na iskazu prikrivenog islednika.⁴

ISPITIVANJE SVEDOKA NA GLAVNOM PRETRESU

ZKP iz 2011. godine doneo je u naš pravni sistem brojne novine, među kojima je i adverzijalna konstrukcija krivičnog postupka, što posebno dolazi do izražaja u pogledu glavnog pretresa, tokom kojeg se insistira na stranačkom izvođenju dokaza,⁵ pa i ispitivanju svedoka.⁶ Tako ZKP sadrži odredbu po kojoj je teret dokazivanja na tužiocu, a sud izvodi dokaze na predlog stranaka, te da sud samo izuzetno može po službenoj dužnosti narediti da se izvedu dopunski dokazi, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio u smislu čl. 15. ZKP.⁷

Dakle, iako je adverzijalno uređen glavni pretres karakterističan za anglosaksonski tip krivičnog postupka,⁸ srpski zakonodavac se 2011. godine, praveći zaokret u načinu formulisanja osnovnih postavki krivičnog postupka, približio ovom tipu postupka.⁹ Polazeći od ovakvog karaktera glavnog pretresa u aktuelnom

⁴ Milan Škulić, *Organizovani kriminalitet – Pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 601.

⁵ Stoga se zaključuje da se ovakvim uređenjem glavnog pretresa kao *dokaznog dvoboja* između stranaka, koji podseća na glavnu raspravu u parničnom postupku, potencijalno ugrožava pravo svakog građanina iz čl. 32. st. 1. Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* br. 98/06, da *sud raspravi* o osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, a ne da se o tome *pred sudom raspravlja*, kao što je to slučaj u aktuelnom Zakoniku o krivičnom postupku. Milan Škulić, „Stručna rasprava na Kopaoničkoj školi prirodnog prava o krivičnom postupku Srbije uopšte i nekim konkretnim krivičnoprocesnim problemima“, *KoPra Kontinentalno pravo – Časopis za održiv i skladan razvoj prava*, tom 2, br. 2, Beograd, 2018, 89.

⁶ Milan Škulić, „Novi srpski Zakonik o krivičnom postupku kao primer štetnog raskida sa osnovnim principima kontinentalno-evropskog krivičnoprocesnog modela“, *KoPra Kontinentalno pravo – Časopis za održiv i skladan razvoj prava*, tom 1, br. 1, Beograd, 2017, 51.

⁷ Tako i Vojislav Đurđić, „Krivični postupak Srbije: de lege lata et de lege ferenda“, *Prestup i kazna: de lege lata et de lege ferenda* (ur. Leposava Kron), Beograd, 2014, 22-23.

⁸ Halil Cesur, „The Analytical Value of the Adversarial-Inquisitorial Dichotomy in Approaches to Proof: The Examples of England and Turkey“, *Journal of Penal Law and Criminology*, tom 2, br. 6, Istanbul, 2018, 156.

⁹ Za razliku od anglosaksonskog krivičnog postupka u kome svaka stranka prezentuje svoj slučaj, poziva svoje svedoke i ispituje ih, u klasičnim kontinentalno-evropskim procedurama, svi dokazi su sudski, tj. izvodi ih sud, pa samim tim nema podele na „svedoke odbrane“ i „svedoke tužilaštva“, a ispitivanje svedoka započinje takode sud. Mirjan Damaška, „Evidentiary Barriers to Conviction and

ZKP-u,¹⁰ ispitivanje svedoka na glavnom pretresu uređeno je kao osnovno, unakrsno ili dodatno ispitivanje (čl. 402. st. 6. ZKP).

Ako posmatramo zemlje u regionu koje su bile u sastavu SFRJ, primetno je da je u Hrvatskoj 2008. godine uvedeno unakrsno ispitivanje sa sužavanjem inkvizicionog načela, ali je zbog uočenih teškoća u primeni stranačkog ispitivanja koje su bile posledica pukog presađivanja adverzijalnih elemenata vraćen klasični model koji je postojao po ZKP iz 1997. godine, u kojem je svedoke ispitivao sud.¹¹ Prema odredbama ZKP Crne Gore ispitivanje svedoka na glavnom pretresu regulisano je shodnom primenom odredbi koje se odnose na istragu, a redosled ispitivanja svedoka je isti kao i za optuženog (prvo postavljaju pitanja tužilac, pa branilac, pa sud) i nije uvedeno unakrsno ispitivanje (čl. 347. u vezi sa čl. 342. i 350. ZKP Crne Gore). U Makedoniji je ispitivanje svedoka regulisano na adverzijalni način kao direktno, unakrsno i dopunsko ispitivanje,¹² a isti je slučaj i u Bosni i Hercegovini gde je takođe prevladao trend slabljenja inkvizicione maksime.¹³

Osnovno ispitivanje svedoka

Osnovno ispitivanje svedoka (engl. *examination-in-chief*) je postavljanje pitanja svedoku od strane stranke, branioca ili oštećenog koji je predložio ispitivanje (čl. 2. st. 1 tač. 21. ZKP).

the Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study“, *University of Pennsylvania Law Review*, tom 3, br. 121, Philadelphia, 1973, 525.

¹⁰ U ZKP-u iz 2001. godine, *Službeni list SRJ* br. 70/2001, 68/2002 i *Službeni glasnik RS* br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005, 49/2007, 20/2009, 72/2009 i 76/2010, nije postojala mogućnost unakrsnog ispitivanja već je čl. 328. st. 3. koji uređuje ispitivanje svedoka na glavnom pretresu sadržao odredbu po kojoj će se shodno primenjivati opšte odredbe koje se odnose na ispitivanje svedoka. Stoga se može zaključiti da je prilikom ispitivanja svedoka dominantnu ulogu imao sud, kao i tokom istrage koja je imala sudski karakter.

¹¹ Elizabeta Ivičević Karas, „Neka pitanja uređenja rasprave u hrvatskom kaznenom postupku – normativni okvir i praksa“, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. Stanko Bejatović, Ivan Jovanović), Beograd, 2015, 97. i 99. Takođe, Zakonik o kaznenom postupku Hrvatske, *Narodne novine* br. 152/2008, 76/2009, 80/2011, 121/2011, 91/2012, 143/2012, 56/2013, 145/2013 i 152/2014, reguliše ispitivanje svedoka na glavnom pretresu u čl. 420., a ispitivanje svedoka kao dokaznu radnju i ispitivanje svedoka u istrazi u čl. 272. do 297.

¹² Gordana Lazetić Bužarovska, Gordan Kaladžijev, „Glavna rasprava prema ZKP Makedonije (teorija i praksa)“, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović, I. Jovanović), Beograd, 2015, 113. i 118.

¹³ Hajrija Sijerčić Čolić, „Glavni pretres prema zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini – neki teoretski i praktični aspekti“, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović, I. Jovanović), Beograd, 2015, 50-51. Pojam unakrsnog ispitivanja dat je u čl. 20. tač. k ZKP Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH* br. 3/2003, 32/2003 ... 65/2018.

Nije poželjno da svedok tokom osnovnog ispitivanja, nakon što se pozove da kaže sve što mu je o predmetu poznato, odmah na početku otkrije da zna o kojim detaljima je pozvan da svedoči jer se tako stvara utisak pristrasnosti. Naime, domaća sudska praksa smatra instruisanim svedoka koji u neposrednom izlaganju govori samo bitne stvari, izostavljajući one periferne, ali takođe povezane sa predmetom krivičnog postupka, pa mu iz tog razloga ne poklanja veru.¹⁴

S obzirom da sud u krivičnom postupku nije suprotna stranka ni u odnosu na tužioca ni u odnosu na odbranu, nameće se pitanje da li i ko ima pravo na unakrsno ispitivanje svedoka čije ispitivanje je odredio sud bez predloga stranaka. Treba uzeti da u tom slučaju i tužilac i okrivljeni odnosno branilac imaju pravo da unakrsno ispituju svedoka,¹⁵ rukovodeći se logikom da ga nisu oni predložili već druga (makar iako nije suprotna) stranka.

Treba napomenuti da, suprotno normativnim rešenjima u kontinentalno-evropskom krivičnom postupku, u tipičnim adverzijalnim krivičnim procedurama, kao u Sjedinjenim Američkim Državama, sam optuženi može da bude svedok na sopstvenom suđenju. U tom slučaju optuženog prvo ispituje branilac, pa potom tužilac. Ipak, optuženi nije dužan da svedoči, a tužiocu je zabranjeno da poroti upućuje negativne komentare po tom pitanju.¹⁶

U svakom slučaju, u centru osnovnog ispitivanja je svedok, a dve najvažnije karakteristike osnovnog ispitivanja su: da se svedoku ne mogu postavljati sugestivna pitanja i da svedok daje iskaz u formi odgovora na postavljena pitanja. Međutim, Damaška ističe da se svedoku mogu postavljati sugestivna pitanja tokom osnovnog ispitivanja, naročito u slučaju kada svedok neočekivano iskazuje na štetu stranke koja ga je predložila, kao i, doduše uz sudsku dozvolu, ako bi trebalo ukloniti blokadu pamćenja kod svedoka.¹⁷

Kako bi se predupredilo diskreditovanje svedoka ili iskaza svedoka u unakrsnom ispitivanju, poželjno je da svedok tokom osnovnog ispitivanja „provuče“ činjenice koje ne idu u prilog stranci koja ga je predložila odnosno da ih postavi u povoljan

¹⁴ Stanko Bejatović, Milan Škulić, Goran Ilić, *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2013, 75.

¹⁵ Tako i Goran P. Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 963.

¹⁶ Milan Škulić, „Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka“, *Crimen – Časopis za krivične nauke*, tom 3, br. 4, Beograd, 2013, 218.

¹⁷ Zorana Lazarov, „Ispitivanje svedoka kao dokazna radnja i zaštita svedoka u krivičnom postupku“, *Crimen – Časopis za krivične nauke*, tom 1, br. 9, Beograd, 2018, 114 (cit. prema Mirjan Damaška, „Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 2, Zagreb, 2010, 826-827).

kontekst, kako bi se ove okolnosti blagovremeno razjasnile.¹⁸ Ukoliko do toga ne dođe, posle osnovnog ispitivanja sledi unakrsno ispitivanje tokom kojeg svedoka ispituje suprotna stranka koja navedene okolnosti može upodobiti u svoju korist.

Unakrsno ispitivanje svedoka

Pojam, značaj i veština unakrsnog ispitivanja. – Istorijski posmatrano, još u novom veku su pravnici prepoznali kvalitete unakrsnog ispitivanja (engl. *cross-examination*) i percipirali ga kao stožer pravičnog krivičnog postupka i odraz jednakosti oruđa među krivičnoprocesnim subjektima, te i njegov značaj za odbranu okrivljenog i pravnu sigurnost uopšte. Tako se ističe da je Džeremi Bentam tvrdio da je najbolji način utvrđivanja i provere činjenica unakrsno ispitivanje svedoka, dok je američki profesor Džon Vigmor, koji se smatra jednim od utemeljivača modernog dokaznog prava, ukazivao da je ispitivanje svedoka najveći doprinos istini.¹⁹ Na značaj ispitivanja svedoka, a naročito unakrsnog ispitivanja, ukazuje istraživanje koje je sprovedeno prisustvovanjem glavnim pretresima u Republici Srbiji koje je potvrdilo da je u 185 slučajeva bilo postavljanja pitanja svedocima, dok samo u 20 nije bilo pitanja, kao i da je u 63,8% posmatranih krivičnih postupaka bilo dopunjujućih, podsećajućih i pojašnjavajućih pitanja za svedoke prilikom njihovog ispitivanja.²⁰

Uvođenje unakrsnog ispitivanja pravdano je pretpostavkom da je stranka koja je predložila svedoka upoznata sa njegovim iskazom, tj. da je učestvovala u njegovoj pripremi, pa se stoga suprotnoj stranci kroz ovaj institut daje mogućnost da ovaj iskaz ospori.²¹ Takođe, ukoliko ispituje okrivljeni, ovaj vid ispitivanja sastavn je element prava na odbranu okrivljenog.

¹⁸ Milan Žarković, Zvonimir Ivanović, *Kriminalistička taktika*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2013 355.

¹⁹ Vanja Bajović, „O istini i svrsi krivičnog postupka“, *Kaznena reakcija u Srbiji II deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd, 2012, 253 (nav. prema Jeremy Bentham, *A Rationale of Judicial Evidence*, bk. 10, London, 1827, 468-469 i John Wigmore, *Evidence*, Little, 1904, 1367).

²⁰ Snežana Soković, Veljko Turanjanin, Dragana Čvorović, „Main Hearing According to the New Serbian Criminal Procedure Code: Survey in Practice“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 56, Niš, 2017, 148-149.

²¹ U domaćoj teoriji se ukazuje na problematičnost ovakvog rezonovanja budući da je jedan od razloga za određivanje pritvora prema okrivljenom koluzionarna opasnost – postojanje osobitih okolnosti da će okrivljeni ometati postupak uticanjem na svedoke, saučesnike ili prikrivače u smislu čl. 211. st. 1. tač. 2. ZKP. Milan Škuljić, „Kritička analiza nekih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine“, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije, reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad“*, Beograd, 2012, 81. Ipak, ne treba uzeti da je svako pripremanje svedoka nedozvoljeno, budući da su istraživanja pokazala da obučavanje svedoka o pravilima unakrsnog ispitivanja, kao i upoznavanje sa atmosferom u sudnici može biti korisno za obezbeđivanje tačnosti iskaza i sigurnosti izlaganja.

Imajući u vidu osnovni cilj unakrsnog ispitivanja – da se devalvira značaj iskaza svedoka i utvrdi istina²² na način koji odgovara ispitivaču, jasno je da je u pitanju jedan od najtežih zadataka koji se postavlja pred tužioca i branioca u krivičnom postupku i podrazumeva veliki broj kvaliteta među kojima su uglavnom, ali ne isključivo: praktično iskustvo, poznavanje propisa, spisa predmeta,²³ posedovanje znanja iz opšte i sudske psihologije, logike.

Brojni su autori nastojali da daju smernice koje će se primenjivati prilikom unakrsnog ispitivanja. Delibašić navodi više okvirnih pravila: efektna početka i završetka ispitivanja; biti kratak; postavljati sugestivna pitanja; ispitivač ne sme dopustiti da bude iznenađen odgovorom na postavljeno pitanje; postavljati pitanja koja ispitivano lice ne može da porekne; pitati jedno pitanje po jednoj činjenici; ne raspravljati se i ne svađati se sa svedokom; znati kada stati.²⁴

Uz to, ukoliko postoji sumnja da je reč o lažnom svedoku, potrebno je osmisliti brza pitanja budući da svedok ne može da izmisli odgovore podjednakom brzinom kao što ispitivač može da smisli pitanja.²⁵ Imajući u vidu karakter oblasti o kojoj se radi, potpuno je opravdano da se pravila unakrsnog ispitivanja svedu na niz praktičnih uputstava, kao što je to slučaj u SAD.²⁶

Jacqueline Wheatcroft, Louise Ellison, „Evidence in Court: Witness Preparation and Cross-Examination Style Effects on Adult Witness Accuracy“, *Behavioral Sciences and the Law*, br. 30, Hoboken, 2012, 838.

²² Treba imati u vidu i da svedok koji je preživeo traumatično iskustvo u vezi sa predmetom svedočenja, kao i određene kategorije svedoka (deca, stari) često mogu promeniti tačan deo iskaza pod uticajem unakrsnih pitanja odnosno da mogu biti podložni uticaju ispitivača, dok istraživanja pokazuju da odrasli ljudi koji mogu da se sete perifernih detalja priče teže odstupaju od svog iskaza datog pri osnovnom ispitivanju. Daisy Segovia, Deryn Strange, Melanie Takarangi, „Trauma Memories on Trial: Is Cross-examination a Safeguard gainst Distorted Analogue Traumatic Memories?“, *Memory*, tom 1, br. 25, London, 2017, 97. i 103.

²³ Stoga je neophodno da ispitivač bude upoznat i sa svim drugim iskazima u predmetnom postupku, što zahteva temeljne pripreme za suđenje. Paul Talmage, „Cross-Examination at a Jury Trial“, *Journal of Real Estate Literature*, tom 1, br. 12, Clemson, 2003, 151. Pripreme za bilo koje ispitivanje svedoka, pa i unakrsno, jedan su od razloga iz kojih je neophodno svim zainteresovanim učesnicima u postupku koji na to imaju pravo obezbediti nesmetan pristup spisima, što se takođe posmatra kao segment prava na pravično suđenje i preduslov za jednakost oružja u krivičnom postupku. Aleksandar Kvastek, „Potential Violations of the Right to a Fair Trial and the Equality of Arms in Criminal Proceedings with the Focus on Serbia“, *SEE EU Cluster of Excellence in European and International Law Series of Papers*, vol. 5, Saabruken, 2019, 57-60.

²⁴ Veljko Delibašić, „Unakrsno ispitivanje – pravila i izazovi“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, tom 1, br. 10, Beograd, 2014, 75.

²⁵ Francis Wellman, *The Art of Cross-Examination*, The MacMillan Company, New York, 2012, 32.

²⁶ Milan Škulić, „Osnovne kontroverze sistema stranačkog dokazivanja na glavnom pretreću prema pravilima Zakonika o krivičnom postupku Srbije“, *KoPra Kontinentalno pravo – Časopis za održiv i skladan razvoj prava*, tom 3, br. 3, Beograd, 2019, 30.

Osim toga, da bi došlo do primene ovih pravila, neophodno je da ispitivač prethodno donese odluku da li uopšte unakrsno ispitivati konkretnog svedoka, budući da unakrsno ispitivanje može doneti štetu i za stranu koju zastupa ispitivač jer se radi o „neprijateljskom“ svedoku. Zato je pre toga neophodno postaviti dva pitanja: da li je teza koja se zastupa uopšte ugrožena iskazom koji je proistekao iz osnovnog ispitivanja, kao i da li se realno može očekivati da će se od konkretnog lica dobiti iskaz koji ide u prilog ispitivačevoj strani. Ako su oba odgovora pozitivna, onda treba pristupiti unakrsnom ispitivanju.²⁷

Prethodno navedena pravila moraju se konkretizovati u svakom pojedinačnom slučaju, zavisno od okolnosti i svedoka koji se ispituje. Primera radi, pravilo da ispitivač treba da sluša odgovore svedoka često podrazumeva i da ispitivač ne treba da se previše služi svojim beleškama jer time postavlja barijeru između sebe i svedoka, odaje utisak nesigurnosti, pa je svakako veća verovatnoća da će se svedok lakše prepustiti unakrsnim pitanjima u odsustvu pomenute barijere i kada mu ispitivač bude previše blizu, tj. kada se približi njegovom „privatnom prostoru“.²⁸ Drugo, pored pitanja koje svedok ne može da porekne, nije loše svedoku postaviti i pitanje na koje ispitivač unapred zna odgovor²⁹ ili pitanje za koje ima neposredan materijalni dokaz koji će moći da predoči svedoku i time ga konfrontira sa eventualnom neistinom. Po pitanju pravila da treba imati efektan početak i završetak pitanja, kao i da treba biti kratak, treba precizirati da je jako važan i redosled reči u rečenici u kojoj je sadržano pitanje. Stoga je neophodno da se uvek na kraju rečenice stavi ono što je najvažnije,³⁰ jer se time povećava efektivnost, a sudiji se olakšava da zapamti poentu do koje se došlo ispitivanjem.

Kao i kod saslušanja osumnjičenog, kod unakrsnog ispitivanja svedoka takođe treba identifikovati tzv. konfliktne zone³¹ u iskazu o kojima svedok nerado govori i u odnosu na njih postavljati pitanja.³²

²⁷ Veljko Delibašić, „Unakrsno ispitivanje“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2013, 783.

²⁸ Sandra Clark, „The Art of Cross Examination“, *Federation of Defence & Corporate Counsel Quarterly*, tom 2, br. 61, Tampa, 2011, 140-141.

²⁹ M. Žarković, Z. Ivanović, op.cit., 358.

³⁰ Tatjana Bugarski, „Ispitivanje svedoka“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, tom 4, br. 47, Novi Sad, 2013, 141.

³¹ Vešti lažljivci se pri saslušanju udaljavaju od istine samo gde je to neophodno, tj. nastoje da u detaljima govore istinu, a da lažu samo u pogledu konkretne činjenice za koju znaju da je odlučna. Stoga ispitivač treba što više da detaljnije prilikom ispitivanja, jer niko ne može predvideti o kojim sve pojeđinostima mu se može postaviti pitanje. Stoga kada saslušavani izade iz unapred pripremljenih odgovora, on će se zaplesti u kontradikcije, pa će se lako obrazložiti zašto tom iskazu nije poklonjena vera. Mihajlo Aćimović, *Uvod u psihologiju krivičnog postupka*, Savremena administracija, Beograd, 1980, 35.

³² Branislav Simonović, Mile Matijević, *Kriminalistika – taktika*, Internacionalna asocijacija kriminalistika, Banja Luka, 2017, 341.

Vrste unakrsnog ispitivanja. – Iako bi se unakrsno ispitivanje moglo podeliti po više kriterijuma, pored ostalog i po tome ko ispituje i ko se ispituje, u doktrini je opšteprihvaćena podela unakrsnog ispitivanja na *limitirano* i *nelimitirano*, kao i na *vezano*, *nevezano* i *kompromisno*.

Kroz *limitirano* tj. *vezano* unakrsno ispitivanje se postavljaju pitanja samo u odnosu na činjenice i okolnosti koje su bile predmet osnovnog ispitivanja, dakle u pogledu onoga što je svedok već iskazao. Sa druge strane, *nelimitirano* tj. *nevezano* unakrsno ispitivanje podrazumeva i postavljanje onih pitanja koja nisu vezana za okolnosti problematizovane tokom osnovnog ispitivanja. Kada je reč o tzv. *kompromisnom* unakrsnom ispitivanju situacija je takva da *vezano* unakrsno ispitivanje predstavlja pravilo, ali sudija može da odobri pitanje koje prelazi granice ispitivanja ako se odnosi na okolnosti koje su tesno povezane sa predmetom.³³

Ako analiziramo odredbe ZKP koje regulišu unakrsno ispitivanje (čl. 2. st. 1 tač. 22. i čl. 402. st. 6.), možemo izvesti zaključak da je srpski zakonodavac prihvatio koncept *nelimitiranog* tj. *nevezanog* unakrsnog ispitivanja, jer nema izričite odredbe koja bi sužavala domašaj unakrsnog ispitivanja, premda je u Zakoniku ova oblast površno regulisana. Štaviše, odredba po kojoj će predsednik veća dozvoliti pitanje koje se ne odnosi na predmet, ako se radi o pitanju kojim se proverava verodostojnost³⁴ iskaza, dodatno govori u prilog zaključku da je kod nas prihvaćeno *nelimitirano* unakrsno ispitivanje, koje i odražava samu suštinu ovog instituta.³⁵

³³ Z. Lazarov, op.cit., 116.

³⁴ Pre nego što se okonča postupak može se govoriti isključivo o verodostojnosti iskaza svedoka kao meri u kojoj je jedan iskaz prihvatljiv kao istinit, jer istinitost iskaza svedoka ocenjuje sud nakon okončanja kontradiktornog postupka. Stoga se može reći da je verodostojan onaj iskaz za koji postoji verovatnoća da je istinit, odnosno za koji postoji objektivna mogućnost da se naša pretpostavka slaže sa stvarnom činjenicom. Nataša Delić, „Pojam i struktura iskaza – sudskopsihološki aspekt“, *Godišnjak Pravnog fakulteta*, tom 2, br. 2, Istočno Sarajevo, 2011, 27-28. Za razliku od ove posebne verodostojnosti koja se odnosi na iskaz, ocena opšte verodostojnosti koja se odnosi na davaoца iskaza vrši se na osnovu određenih osobina ličnosti (psihička normalnost odnosno poremećenost, pol, uzrast, životna dob, sugestibilnost i karakter, motivi, držanje i kinetički govor tela i njegov procesni položaj). Nataša Delić, „Sudska psihologija kao nastavna i naučna disciplina“, *Crimen – Časopis za krivične nauke*, tom 1, br. 3, Beograd, 2012, 49.

³⁵ Suprotan stav po ovom pitanju zauzima Viši sud u Beogradu – Posebno odeljenje za organizovani kriminal i Odeljenje za ratne zločine, smatrajući da se unakrsno ispitivanje može odnositi samo na ono što je svedok naveo u osnovnom ispitivanju. Veljko Delibašić, „Unakrsno ispitivanje u krivičnom procesnom pravu Srbije“, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović i I. Jovanović), Beograd, 2015, 224. Ipak, čini nam se da je i praksa sudova odstupila od ovog stava i da fleksibilnije prihvata unakrsno ispitivanje, jer bi dosledno sprovođenje ovog stava dovelo do znatnog gubljenja vremena u pogledu problematizovanja šta je tačno bilo predmet osnovnog ispitivanja, što bi u nekim složenijim slučajevima bilo teško opredeliti.

Pored ove podele, nailazi se i na podelu na *podržavajući* i *diskreditujući* tip unakrsnog ispitivanja. Kod *podržavajućeg* unakrsnog ispitivanja cilj je da se od svedoka dobije koristan podatak za tezu ispitivača i tada se ne koriste pitanja kojima se svedok napada *ad personam*, dok se kod *diskreditujućeg tipa* ukazuje na protivrečnosti i nelogičnosti u iskazu ili se pak nastoji da se poljulja kredibilitet svedoka stvaranjem negativne slike o njemu u očima suda.³⁶

Kada je reč o *diskreditujućem* unakrsnom ispitivanju, treba biti obazriv jer je vrlo tanka granica sa postavljanjem nedozvoljenih pitanja svedoku, kao i da se ne pretvori u šikaniranje svedoka ili napad na njegovo dostojanstvo. Tu se naročito treba uzdržati od pitanja poputno irelevantnih za predmet,³⁷ kao što bi bile navodne vanbračne afere svedoka, njegova sklonost ka zloupotrebi psihoaktivnih supstanci, seksualni život i sl.³⁸

Iako se ne izdvaja kao zasebna vrsta unakrsnog ispitivanja, ispitivanje svedoka alibija zahteva posebnu veštinu i pristup, budući da se u tom slučaju svedok ispituje u pogledu svih pojedinosti koje se odnose na susret sa okrivljenim *tempore criminis*. Kako bi se sprečilo upodobljavanje ovog iskaza odbrani na glavnom pretresu, iz taktičkih razloga je preporučljivo da tužilac predloži da se svedok alibija ispita odmah nakon okrivljenog, koji će se, dok je svedok van sudnice, detaljno ispitati o svim relevantnim činjenicama i okolnostima o kojima će se potom ispitati svedok. U suprotnom, ako dođe do odlaganja glavnog pretresa, svedok alibija se, putem zapisnika o glavnom pretresu, može do tačina upoznati sa pitanjima koja je postavio tužilac, a onda unakrsno ispitivanje gubi svoj smisao provere verodostojnosti iskaza.

Isto tako, ispitivanje maloletnih lica kao svedoka u krivičnom postupku treba posmatrati kao poseban oblik unakrsnog ispitivanja s obzirom na svojstvo lica koje se ispituje, i bez obzira na činjenicu što zakonodavac to izričito ne zabranjuje, iz smisla krivičnopravne zaštite maloletnih lica proizlazi da se prilikom njihovog unakrsnog ispitivanja ne smeju postavljati sugestivna pitanja, jer su maloletnici vrlo podložni sugestiji, pa je evidentno da bi postavljanje sugestivnih pitanja vodilo njihovoj sekundarnoj viktimizaciji. Štaviše, zakonska formulacija *stricto sensu* dozvoljava da se svedocima generalno (pa i maloletnicima) postavljaju sve vrste sugestivnih pitanja (pa i obmanjujuća pitanja), što svakako nije bila namera zakonodavca.³⁹

³⁶ Tijana Đurđević, „Unakrsno ispitivanje svedoka u krivičnom postupku“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, tom 1, br. 91, Novi Sad, 2019, 29-30.

³⁷ Tako i F. Wellman, op.cit., 104-105.

³⁸ Peter Brauti, „Improper Cross-Examination“, *Criminal Law Quarterly*, br. 40, Toronto, 1997, 75.

³⁹ Milan Škulić, *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 493-496.

Na osnovu izloženog se može zaključiti da je unakrsno ispitivanje nezaobilazni put do istine u savremenim krivičnim postupcima i da pojedine jednostrane kritike ovog instituta, usmerene na njegovu „destruktivnost“ prema svedocima nemaju značajnije utemeljenje.

Dodatno ispitivanje svedoka

Dodatno ispitivanje svedoka (engl. *re-examination*) sledi nakon unakrsnog i, uz odobrenje predsednika veća, pripada stranci koja je predložila ispitivanje svedoka i koja ga je ispitivala prilikom osnovnog ispitivanja, kako bi se eventualno utvrdio pravi smisao odgovora koje je svedok dao prilikom unakrsnog ispitivanja⁴⁰ i sada ponovo važe pravila osnovnog ispitivanja.⁴¹ Za razliku od osnovnog i unakrsnog, ZKP nije dao pojam dodatnog ispitivanja u čl. 2. Takođe, ZKP ne propisuje pravilo da se dodatna pitanja mogu odnositi samo na okolnosti iz unakrsnog ispitivanja, ali stranka koja je predložila svedoka ne bi trebalo da kroz dodatna pitanja praktično dopunjava osnovno ispitivanje jer u odnosu na te okolnosti praktično ne bi bilo moguće unakrsno ispitivanje. S obzirom da izričito pravilo ne postoji, neće biti redak slučaj da ispitivač najvažnija pitanja ostavi za dodatno ispitivanje.⁴²

PROBLEMI U VEZI SA ISPITIVANJEM SVEDOKA I PREDLOZI DE LEGE FERENDA

Analizirajući način na koji je ispitivanje svedoka na glavnom pretresu uređeno u krivičnom procesnom pravu Srbije, stiče se utisak da postoji veliki broj pravnih praznina u pogledu kojih je dosadašnja sudska praksa meandrirala, a da ni doktrina nije postigla konsenzus. Osim toga, ovi predlozi diktirani su u određenoj meri do sada identifikovanim remetilačkim faktorima, pre svega prilikom unakrsnog ispitivanja, među koje naročito spadaju mogućnosti predsednika veća⁴³ da uvek postavi pitanje koje doprinosi potpunijem i jasnijem odgovoru na pitanje drugog učesnika u postupku.⁴⁴ Time se gubi smisao

⁴⁰ Dakle, i dodatno ispitivanje ne treba primenjivati proizvoljno, već i ono mora biti svrsishodno jer će u suprotnom izazvati kontraproduktivan efekat.

⁴¹ T. Đurđević, op.cit., 26.

⁴² M. Žarković, Z. Ivanović, op.cit., 350.

⁴³ Ovo ovlašćenje predsednika veća predstavlja odstupanje od adverzijalnog modela u kome je sud pasivan i ne učestvuje u izvođenju dokaza. Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo – posebni deo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2017, 153. Time se nastoji ublažiti radikalno menjanje načina izvođenja dokaza na glavnom pretresu kod nas.

⁴⁴ V. Delibašić /2015/, op.cit., 228.

unakrsnog ispitivanja, koji se sastoji u tome da ispitivač praktično govori priču, koju svedok potvrđuje. „Presecanjem“ toka ispitivanja od strane predsednika veća može se potpuno zamagliti poenta unakrsnih pitanja. Stoga se kod nas ukazuje na rešenje koje postoji u anglosaksonskom pravu po kojem predsednik veća ima mogućnost da tek nakon ispitivanja svedoku postavi pitanja u cilju razjašnjenja stvari.⁴⁵

Osim navedenog problema, čini nam se da bi određena sporna pitanja u ovoj oblasti trebalo izričito regulisati, dok bi određene odredbe trebalo izmeniti kako bi smisao ispitivanja svedoka, naročito unakrsnog ispitivanja, mogao da se ostvaruje u punom kapacitetu.

Naime, da bi iskaz svedoka bio što vernije fiksiran, potrebno je precizirati način vođenja zapisnika o glavnom pretresu, kako bi se obezbedilo da se u zapisnik unose doslovno i pitanje i odgovor na pitanje i/ili uvesti obavezno tonsko snimanje glavnog pretresa ili dela pretresa u kome se obavlja ispitivanje svedoka, naročito unakrsno ispitivanje.⁴⁶

S obzirom da smo konstatovali da je dodatno ispitivanje pravna praznina u našem krivičnom procesnom pravu, preporuka je da se i ono izričito reguliše, naročito u smislu dodatnog unakrsnog ispitivanja (engl. *re-cross*) kako se ne bi došlo u situaciju da pred jednim predsednikom veća bude dozvoljeno da se dodatno unakrsno ispituje ukoliko su nove činjenice i okolnosti pomenute prilikom dodatnog ispitivanja, a pred drugim ne. Izričito unošenje ovakve odredbe u ZKP doprinelo bi pravnoj sigurnosti i jednakosti položaja krivičnoprocesnih subjekata.

Potrebno je intervenisati u postojeći zakonski tekst i time što će se izričito predvideti koje vrste sugestivnih pitanja se smeju postavljati svedocima prilikom unakrsnog ispitivanja, a koje ne, jer postojeća formulacija dozvoljava da se postave sve vrste sugestivnih pitanja.

Naposletku, treba primetiti da je potrebno smanjiti diskontinuitete u održavanju glavnog pretresa, odnosno pronaći način da se svedoci koji svedoče na iste okolnosti ispituju na istom glavnom pretresu, kako bi se sprečilo delovanje sugestije i instruisanje svedoka, jer samo na takav način unakrsno ispitivanje može biti delotvorno.

⁴⁵ T. Đurđević, op.cit., 28.

⁴⁶ Kod nas se ispitivanje svedoka i veštaka u postupku za krivična dela za koja postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti obavezno tonski snima, a prepis snimka se sačinjava u roku od 72 sata i predstavlja sastavni deo zapisnika vođenog na glavnom pretresu. Zoran Stojanović, Milan Škulić, Veljko Delibašić, *Osnovi krivičnog i krivičnog procesnog prava*, Advokatska komora Srbije, Beograd, 2018, 542.

ZAKLJUČAK

Ispitivanje svedoka je opšta dokazna radnja koja je propisana ZKP-om i ima nemerljiv značaj za utvrđivanje činjenica u gotovo svakom postupku, naročito u nedostatku drugih dokaza.

Iako su svedoci tradicionalno dokazno sredstvo, u ZKP-u iz 2011. godine uzimanje iskaza od svedoka uređeno je na drugačiji način u odnosu na dotadašnje zakonodavstvo, što je pre svega posledica prodora adverzijalnih elemenata u naš krivični postupak i sve veće konvergencije anglosaksonskog i kontinentalno-evropskog krivičnog procesnog sistema. Tako se sada ispitivanje svedoka na glavnom pretresu svodi na osnovno, unakrsno i dodatno ispitivanje svedoka. Osnovno ispitivanje obavlja ona stranka „čiji je svedok“ odnosno ona stranka koja je predložila da se izvede dokaz ispitivanjem konkretnog svedoka, unakrsno ispitivanje, tokom kojeg je dopušteno postavljati sugestivna pitanja obavlja suprotna krivičnog procesna stranka, a dodatno ispitivanje koje je uslovljeno odobrenjem predsednika veća opet obavlja stranka koja je svedoka predložila i to u odnosu na okolnosti koje su bile predmet unakrsnog ispitivanja.

Od svih navedenih vrsta ispitivanja svedoka, najkomplikovanije i najzahtevnije je unakrsno ispitivanje. Smisao unakrsnog ispitivanja je da se postavljanjem sugestivnih pitanja svedoku ispriča verzija, koju će svedok praktično potvrditi ili da se diskredituje sam svedok, kako bi se pokazalo da svedok nije verodostojan i da mu se stoga ne može pokloniti vera.

Kada je reč o vrstama unakrsnog ispitivanja, zaključili smo da je srpski zakonodavac prihvatio koncept *nelimitiranog* tj. *nevezanog* unakrsnog ispitivanja, jer nema izričite odredbe koja bi sužavala domašaj unakrsnog ispitivanja kao kod *limitiranog* tj. *vezanog* ispitivanja.

Pored ove podele, nailazi se i na podelu na *podržavajući* i *diskreditujuć* tip unakrsnog ispitivanja. *Podržavajuće unakrsno ispitivanje* ima za cilj da se od svedoka dobije koristan podatak za ispitivača, dok se kod *diskreditujućeg tipa* nastoji da se poljulja kredibilitet svedoka.

Imajući u vidu navedene pravne praznine u materiji ispitivanja svedoka, kao i probleme koje su identifikovale doktrina i sudska praksa, zakonodavac bi, prilikom izmena ili dopuna ZKP-a, trebalo da razmotri mogućnost intervencija u zakonski tekst koje bi bile diktirane navedenim problemima koji u ovoj materiji očigledno postoje, a pre svega u pogledu izričitog regulisanja dodatnog ispitivanja svedoka na glavnom pretresu kao i mogućnosti dodatnog unakrsnog ispitivanja svedoka kada su u dodatnom ispitivanju pomenute nove činjenice i okolnosti koje nisu bile predmet unakrsnog ispitivanja.

ALEKSANDAR KVASTEK, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

THE EXAMINATION OF WITNESSES ON MAIN HEARING

Summary

In this paper we have discussed the importance of examination of witnesses in criminal proceedings, especially during the main hearing. First of all, we have defined the notion 'witness', which means the persons who has knowledge not only about criminal offense and the perpetrator but also about other relevant facts. When it comes to the interrogation of witnesses on main hearing, there are three types of interrogation: examination-in-chief which is conducted by the party who has called the witness and in continental law it is translated with basic or direct examination and during this interrogation it is not allowed to ask leading questions; cross-examination is conducted by the opposite party in the proceedings and during this kind of the examination it is allowed to ask leading questions; re-examination is conducted again by the party who has called the witness and it is concentrated on the facts pointed out in the cross-examination. In the Serbian Code of Criminal Procedure re-cross is not prescribed, but we suggest that it should be allowed when in the re-examination the party who called the witness mentions new facts relevant to the case. Cross-examination is the most important part of the interrogation of witnesses as it can reveal not only the inaccuracies in testimony but also the perjury. Bearing that in mind, cross-examination is one of the most difficult tasks in front of the lawyers and it is the reason why every aspect of the examination should be regulated in national codes of criminal procedure.

Key words: witness, evidence, examination, main hearing

Literatura

- Aćimović M., *Uvod u psihologiju krivičnog postupka*, Savremena administracija, Beograd, 1980.
- Aleksić Ž., Škulić M., *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Bajović V., „O istini i svrsi krivičnog postupka“, *Kaznena reakcija u Srbiji II deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Banović B., Bejatović S., *Krivično procesno pravo, opšti deo*, Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.
- Bejatović S., Škulić M., Ilić G., *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2013.
- Brauti P., „Improper Cross-Examination“, *Criminal Law Quaterly*, br. 40, Toronto, 1997.
- Bugarški T., „Ispitivanje svedoka“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, tom 4, br. 47, Novi Sad, 2013.
- Cesur H., „The Analytical Value of the Adversarial-Inquisitorial Dichotomy in Approaches to Proof: The Examples of England and Turkey“, *Journal of Penal Law and Criminology*, tom 2, br. 6, Istanbul, 2018.

- Clark S., „The Art of Cross Examination“, *Federation of Defence & Corporate Counsel Quarterly*, tom 2, br. 61, Tampa, 2011.
- Damaška M., „Evidentiary Barriers to Conviction and the Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study“, *University of Pennsylvania Law Review*, tom 3, br. 121, Philadelphia, 1973.
- Delibašić V., „Unakrsno ispitivanje – pravila i izazovi“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, tom 1, br. 10, Beograd, 2014.
- Delibašić V., „Unakrsno ispitivanje“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2013.
- Delibašić V., „Unakrsno ispitivanje u krivičnom procesnom pravu Srbije“, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović i I. Jovanović), Beograd, 2015.
- Delić N., „Pojam i struktura iskaza – sudskopsihološki aspekt“, *Godišnjak Pravnog fakulteta*, tom 2, br. 2, Istočno Sarajevo, 2011.
- Delić N., „Sudska psihologija kao nastavna i naučna disciplina“, *Crimen – Časopis za krivične nauke*, tom 1, br. 3, Beograd, 2012.
- Đurđević T., „Unakrsno ispitivanje svedoka u krivičnom postupku“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, tom 1, br. 91, Novi Sad, 2019.
- Durđić V., „Krivični postupak Srbije: de lege lata et de lege ferenda“, *Prestup i kazna: de lege lata et de lege ferenda* (ur. L. Kron), Beograd, 2014.
- Đurđić V., *Krivično procesno pravo – posebni deo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2017.
- Ilić G. P., Majić M., Beljanski S., Trešnjev A., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Ivičević Karas E., „Neka pitanja uređenja rasprave u hrvatskom kaznenom postupku – normativni okvir i praksa“, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović i I. Jovanović), Beograd, 2015.
- Kvastek A., „Potential Violations of the Right to a Fair Trial and the Equality of Arms in Criminal Proceedings with the Focus on Serbia“, *SEE EU Cluster of Excellence in European and International Law Series of Papers*, br. 5, Saabrucken, 2019.
- Lazarov Z., „Ispitivanje svedoka kao dokazna radnja i zaštita svedoka u krivičnom postupku“, *Crimen – Časopis za krivične nauke*, tom 1, br. 9, Beograd, 2018.
- Lazetić Bužarovska G., Kaladžijev G., „Glavna rasprava prema ZKP Makedonije (teorija i praksa)“, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović i I. Jovanović), Beograd, 2015.
- Segovia D., Strange D., Takarangi M., „Trauma memories on trial: is cross-examination a safeguard against distorted analogue traumatic memories?“, *Memory*, tom 1, br. 25, London, 2017.
- Sijerčić Čolić H., „Glavni pretres prema zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini – neki teoretski i praktični aspekti“, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović i I. Jovanović), Beograd, 2015.

- Simonović B., Matijević M., *Kriminalistika taktika*, Internacionalna asocijacija kriminalistika, Banja Luka, 2007.
- Soković S., Turanjanin V., Čvorović D., „Main Hearing According to the New Serbian Criminal Procedure Code: Survey in Practice“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 56, Niš, 2017.
- Stojanović Z., Škulić M., Delibašić V., *Osnovi krivičnog i krivičnog procesnog prava*, Advokatska komora Srbije, Beograd, 2018.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Škulić M., *Organizovani kriminalitet – Pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Škulić M., „Stručna rasprava na Kopaoničkoj školi prirodnog prava o krivičnom postupku Srbije uopšte i nekim konkretnim krivičnoprocesnim problemima“, *KoPra Kontinentalno pravo – Časopis za održiv i skladan razvoj prava*, tom 2, br. 2, Beograd, 2018.
- Škulić M., „Novi srpski Zakonik o krivičnom postupku kao primer štetnog raskida sa osnovnim principima kontinentalno-evropskog krivičnoprocesnog modela“, *KoPra Kontinentalno pravo – Časopis za održiv i skladan razvoj prava*, tom 1, br. 1, Beograd, 2017.
- Škulić M., „Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka“, *Crimen – Časopis za krivične nauke*, tom 2, br. 4, Beograd, 2013.
- Škulić M., „Kritička analiza nekih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine“, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije, reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad“*, Beograd, 2012.
- Škulić M., „Osnovne kontroverze sistema stranačkog dokazivanja na glavnom pretresu prema pravilima Zakonika o krivičnom postupku Srbije“, *KoPra Kontinentalno pravo – Časopis za održiv i skladan razvoj prava*, tom 3, br. 3, Beograd, 2019.
- Škulić M., *Komentar Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Talmage P., „Cross-Examination at a Jury Trial“, *Journal of Real Estate Literature*, tom 1, br. 12, Clemson, 2003.
- Wellman F., *The Art of Cross-Examination*, The MacMillan Company, New York, 2012.
- Wheatcroft J., Ellison L., „Evidence in Court: Witness Preparation and Cross-Examination Style Effects on Adult Witness Accuracy“, *Behavioral Sciences and the Law*, br. 30, Hoboken, 2012.
- Žarković M., Ivanović Z., *Kriminalistička taktika*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2013.

**KATEDRA
PRAVO NA IMOVINU
Sekcija
„Privredna društva“**

ALEKSANDRA VIŠEKRUNA

NADLEŽNOST ZA POMOĆNE POSTUPKE PREMA UREDBI O STEČAJNIM POSTUPCIMA KROZ PRIZMU ODNOSA SA BRISEL I UREDBOM

Predmet ovog rada je ispitivanje kriterijuma za zasnivanje nadležnosti suda države u kojoj se vodi stečajni postupak prema Uredbi o stečajnim postupcima za tzv. pomoćne postupke. Reč je postupcima građanskog ili trgovinskog prava gde je zbog njihove posebne veze sa stečajnim postupkom opravdano da se nadležnost države stečajnog suda uspostavi i za ove postupke. Kako je reč o pitanju koje bi u odsustvu stečaja bilo predmet regulisanja Brisel I uredbe, proučavanje nadležnosti za ove postupke posmatra se kroz prizmu odnosa Brisel I uredbe i Uredbe o stečajnim postupcima. Uprkos normativnom uobličavanju nadležnosti za ove postupke, postoje brojne dileme vezane za obuhvat te nadležnosti pre svega usled nedovoljno jasnih kriterijuma za tumačenje pojma ovih postupaka.

Ključne reči: stečaj, sudski postupak, nadležnost, Uredba o stečajnim postupcima, Brisel I uredba

U V O D N A R A Z M A T R A N J A

Tokom svog postojanja jedan privredni subjekat razvija mnoštvo odnosa sa drugim učesnicima u pravnom prometu. Kada on postane insolventan, to može u značajnoj meri da utiče ne samo na njegovu dalju sudbinu, već i na sva lica koja su sa njim povezana. Stečaj transformiše pravnu situaciju privrednog subjekta utičući

Aleksandra Višekruna, istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: a.visekruna@iup.rs, avisekruna@gmail.com.

na njegovu imovinu i sve pravne odnose.¹ Situacija se dodatno komplikuje ukoliko poslovne aktivnosti stečajnog dužnika imaju prekogranični element – postavlja se pitanje sukoba zakona, sukoba nadležnosti i ponekad i sukoba između sudskih odluka što negativno utiče na pravnu sigurnost i poslovne odnose.² U slučaju da više država potencijalno ima interes da nad dužnikom otvori stečajni postupak, svaka od njih će nastojati da se postupak otvori upravo na njenoj teritoriji. U pravu Evropske unije ovo je posebno izraženo imajući u vidu da stečajno pravo Evropske unije počiva na principu univerzalnosti i da doneta odluka proizvodi pravne efekte na teritoriji cele Evropske unije bez potrebe priznanja.

U domenu nadležnosti za otvaranje stečajnog postupka na nivou Evropske unije postoje brojne dileme. Iako bi se na prvi pogled moglo zaključiti da je najspornije pitanje sam kriterijum za zasnivanje nadležnosti, specifičan pravni konstrukt označen kao centar glavnih interesa stečajnog dužnika (*centre of main interests – COMI*), postoje i druga pitanja koja ostavljaju prostora za tumačenje. Jedno od tih pitanja koje se u domaćoj pravnoj nauci nije preterano razmatralo vezano je za nadležnost stečajnog suda kada je reč o postupcima koji nisu stečajni, ali su povezani sa stečajnim postupkom, tzv. povezani ili pomoćni postupci (engl. *insolvency related actions, annex actions*, nem. *Annexverfahren*).

Određivanje nadležnosti za pomoćne postupke zahteva da se jasno razgraniči kada se primenjuju opšta pravila o nadležnosti, a kada se može pozivati na primenu posebnih pravila o zasnivanju nadležnosti. Odnosno, potrebno je uspostavljanje jasne granice između Uredbe o stečajnim postupcima³ i Brisel I *bis* uredbe⁴ koja reguliše pitanja nadležnosti u građanskim i trgovinskim stvarima. Po svojoj prirodi pitanja o kojima se raspravlja u pomoćnom postupku su građanske ili trgovinske prirode, ali zbog posebnih veza sa stečajnim postupkom postoje razlozi zbog kojih bi bilo opravdano te postupke voditi pred sudom države stečajnog postupka.

¹ Miguel Virgos, Francisco Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International BV, 55, par. 74.

² Zeno Crespi Reghizzi, „Reservation of title in insolvency proceedings: some remarks in light of the German graphics judgment of the ECJ“, *Yearbook of Private International Law*, Tom 12, Otto Schmidt/De Gruyter European law publishers, Berlin/Boston, 2010, 588.

³ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ L 160, 30.6.2000, p. 1–18 (dalje u tekstu: Uredba 2000); Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141, 5.6.2015, p. 19–72 (dalje u tekstu: Uredba 2015).

⁴ Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast).

ODNOS BRISEL I *bis* UREDBE I UREDBE O STEČAJNIM POSTUPCIMA

Brisel I *bis* uredba je opšti akt kojim se uređuje nadležnost za građanske i trgovinske stvari. Domen njene primene zasnovan je na „opštoj primeni uz određene izuzetke“.⁵ U nizu pitanja koja su isključena iz njenog obuhvata, svoje mesto nalazi i „stečaj, postupci u vezi sa likvidacijom insolventnih privrednih društava ili drugih pravnih lica, postupci prinudnog poravnanja ili slični postupci“ (tzv. stečajni izuzetak – *insolvency exception*). Sama Brisel I *bis* se dalje ne bavi pitanjem određenja šta se smatra stečajnim, a pogotovo ne „sličnim postupkom“ za potrebe tumačenja ovog izuzetka.⁶

Upravo iz tog razloga, da bi se pravilno razumeo domašaj ovog člana, potrebno je primenu Brisel I *bis* staviti u kontekst odnosa sa Uredbom o stečajnim postupcima. Iako se u teoriji često ističe da ova dva međunarodna instrumenta treba tumačiti tako da se savršeno uklapaju (*dovetail*),⁷ to u praksi nije slučaj. Odnos ove dve uredbe zamišljen je tako da se one međusobno isključuju, a da opet predstavljaju harmoničnu celinu, ali brojna pitanja još uvek ostaju u sivoj zoni.⁸ Zbog neizbežnog preklapanja između stečajnih i građanskih i trgovinskih stvari postoji potreba za sinergijom između Uredbe o stečajnim postupcima i Brisel I *bis* uredbe.⁹ Cilj je da se postigne ujednačenost u oblasti saradnje u građanskim i trgovinskim pitanjima na nivou Evropske unije, kao i da svi učesnici u postupku imaju jasnu sliku o mogućoj nadležnosti u prekograničnom stečaju.¹⁰

⁵ Tuula Linna, „Actio Pauliana–„Actio Europensis“? Some Cross-Border Insolvency Issues“, *Journal of Private International Law*, Tom 10, br. 1, 2014, 74.

⁶ Rimvydas Norkus, „Annex proceeding and the continued interplay with the Brussels Ia Regulation“, *ERA Forum*, Tom 16, br. 2, Springer, Berlin/Heidelberg, 2015, 199.

⁷ M. Virgos, F. Garcimartin, op. cit., 56, par. 77.

⁸ Gerard McCormack, „Reconciling European Conflicts and Insolvency Law“, *European Business Organization Law Review*, Tom 15, br. 3, 2014, 316. Ovaj odnos se slikovito opisuje kroz tzv. MECE princip – ova dva instrumenta se međusobno isključuju i kolektivno iscrpljuju (*mutually exclusive and collectively exhaustive*) Arie Van Hoe, „The (not so Symbiotic?) Relation Between the Insolvency and the Brussels I Regimes“, *European Private International Law at 50: Celebrating and Contemplating the 1968 Brussels Convention and Its Successors* (ed. Geert Van Calster, Jura Falconis). Intersentia, 2018, 66; *Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad v. Stephan Riel, acting as liquidator of Alpine Bau GmbH*, C-47/18, ECLI:EU:C:2019:754, par. 33-34.

⁹ Antonio Leandro, „The minefield at the interface of the Brussels Ibis Regulation and the European Insolvency Regulation (Recast)“, *Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation* (ed. Peter Mankowski), Edward Elgar Publishing, 2020, 198.

¹⁰ *Ibidem*, 188.

Činjenica da je jedan postupak isključen iz primene Brisel I *bis* uredbe na osnovu „stečajnog izuzetka“, ne znači automatski da on potpada pod primenu Uredbe o stečajnim postupcima. Brisel I *bis* uredba ne predviđa da se materiju izuzetu na osnovu čl. 1(2)(b) primenjuje Uredba o stečajnim postupcima, već samo određuje da se ne primenjuje Brisel I *bis*. Ovo rešenje ima smisla, jer stečajni postupak u Evropskoj uniji nije uređen isključivo Uredbom o stečajnim postupcima već i drugim aktima (na primer, stečaj društava za osiguranje, banaka, investicionih društava uređeni su posebnim aktima).

Domen primene Uredbe o stečajnim postupcima nije uređen stečajnim izuzetkom iz čl. 1(2)(b) Brisel I *bis*, već ona sadrži nezavisne kriterijume na osnovu kojih se procenjuje nadležnost stečajnog suda. *Ratione materiae* primena Uredbe nije određena samo članom 1(1) koji definiše stečajni postupak, već Aneksom A u kome su pobrojani postupci koji su na predlog država članica uključeni u domen primene Uredbe. U praksi su moguće situacije da jedan postupak bude stečajni po svojoj prirodi (zadovoljava uslove iz čl. 1 Uredbe), ali da ne bude u domenu njene primene, jer nije sadržan u Aneksu A.¹¹ Ovo je posebno bio slučaj kada je reč o različitim vidovima predstečajnih i hibridnih postupaka koji do donošenja Uredbe 2015 nisu bili u nadležnosti stečajnog suda.

Uključivanje u širi krug postupaka u Uredbu 2015 ne menja domen primene Brisel I *bis* uredbe, već samo smanjuje pravnu prazninu koja je postojala u odnosu na Uredbu o stečajnim postupcima.¹² Kako nova uredba uključuje širi krug stečajnih postupaka bilo bi za očekivati da postoji manje praznina između nove stečajne uredbe i Brisel I, ali se ne može reći da su sve praznine u potpunosti popunjene ili da se u celosti izbegao rizik od preklapanja.¹³ Cilj da se ova dva akta dopunjavaju

¹¹ Na primer, postupak koji podrazumeva restrukturiranje je po definiciji iz čl. 1(1) Uredbe 2015 stečajni postupak, ali ako nije još uvek nabrojan u Aneksu A to ga isključuje iz domena primene Uredbe 2015. U tom slučaju, on je pokriven Brisel I uredbom osim ukoliko nije isključen zbog predmetnog ili personalnog domena. Bos Wessels, Stephan Madaus, CERIL Report 2021-1 on identifying annex actions under Article 6(1) of the European Insolvency Regulation 2015, 2021, 6, fn 13, <https://www.ceril.eu/news/ceril-report-2021-1-on-identifying-annex-actions-under-article-6>, 17.9.2021.

¹² T. Linna, op. cit., 73.

¹³ A. Leandro, op. cit., 189. Jedno od spornih pitanja su *schemes of arrangement* engleskog prava koje su izričito isključene iz primene Uredbe 2015 (recital 16), ali ostaje nejasno da li se primenjuje Brisel I uredba imajući u vidu (stečajnu) svrhu kojoj one služe. Van Hoe smatra da one nisu pokriven ni Uredbom o stečajnim postupcima, ni Brisel I uredbom. Van Hoe, op. cit., 65. Leandro ističe da su one „ispod radara“ i Uredbe o stečajnim postupcima i Brisel I uredbe i da se za utvrđivanje nadležnosti primenjuju nacionalna pravila međunarodnog privatnog prava. A. Leandro, op. cit., 190. Rogerson smatra da one spadaju u domen primene Brisel I uredbe. V. Pippa Rogerson, „Chapter 1

bez pravnih praznina otežava *numerus clausus* stečajnih postupaka navedenih u Aneksu A i recital 7 Uredbe 2015 koji predviđa da „činjenica da postupak nije nabrojan u Aneksu A ne treba da znači da je pokriven Brisel I uredbom“.¹⁴

Iz napred iznetog možemo izvesti nekoliko zaključaka o odnosu obuhvata nadležnosti Uredbe o stečajnim postupcima i Brisel I uredbe:¹⁵

– postupci koji nisu nabrojani u Aneksu A i koji ne zadovoljavaju kriterijume iz čl. 1 Uredbe 2015 i čl. 1(2)(b) Brisel I *bis*, spadaju u domen primene Brisel I *bis* uredbe;

– postupci koji nisu nabrojani u Aneksu A, zadovoljavaju kriterijume iz čl. 1(1) Uredbe 2015 i zadovoljavaju uslove iz čl. 1(2)(b) Brisel I *bis*, ne spadaju u domen primene nijednog od ta dva akta i tada se primenjuje nacionalno pravo za određivanje nadležnosti;¹⁶

– postupci koji nisu nabrojani u Aneksu A, a zadovoljavaju kriterijume predviđene čl. 1 Uredbe 2015 mogu biti isključeni iz domena primene Brisel I *bis* uredbe čak iako su zasnovani na opštem kompanijskom pravu.

Brisel I *bis* uredba je glavni instrument međunarodnog privatnog prava Evropske unije koji treba da pokrije najširi mogući spektar pitanja, dok je Uredba o stečajnim postupcima doneta kako bi pokrila samo jednu konkretnu sferu – stečajni postupak.¹⁷ Upravo iz tog razloga se smatra da je Uredbu o stečajnim postupcima potrebno tumačiti usko, a Brisel I uredbu široko.¹⁸ Stečajni izuzetak iz Brisel I *bis* slikovito se opisuje kao „poluzatvorena vrata kroz koja se pitanja građanskog

Scope“, *Brussels Ibis Regulation – Commentary* (ed. Ulrich Magnus et al.), München, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, 74, par. 35. Slična dilema postoji za okvire preventivnog restrukturiranja. Kako su oni u osnovi građanske i trgovinske prirode, primenjujuće se Brisel I uredba, sve dok god države članice ne podnesu zahtev da se oni uključe u Aneks A. Dominik Skauradszun, Walter Nijnens, „Brussels Ia or EIR Recast? The Allocation of Preventive Restructuring Frameworks“, *International Corporate Rescue*, Tom 16, br. 4, Chase Cambria Publishing, 2019, 198, 201.

¹⁴ A. Leandro, op. cit., 189.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ G. McCormack, op. cit., 317; Linna ove postupke naziva „praznine drugog stepena“. T. Linna, op. cit., 76.

¹⁷ R. Norkus, op.cit., 215.

¹⁸ Laura Carballo Piñeiro, „Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice“, InDret, br. 3, Barcelona, 2010, 17. To potvrđuje i praksa Suda pravde Evropske unije. V. *German Graphics Graphische Maschinen v Alice van der Schee*, C-292/08, EU:C:2009:544, par. 23-25, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH v „Kintra“ UAB*, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145, par. 22-23, *Tünkers Maschinenbau GmbH v Expert France*, C-641/16, ECLI:EU:C:2017:847, par. 18, *Peter Valach and Others v Waldviertler Sparkasse Bank AG and Others*, C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986, par. 25.

i trgovinskog prava jedva provlače¹⁹. Iako se Uredba o stečajnim postupcima tumači usko, sudovi nastoje da tumačenjem konkretnih činjenica obezbede da kada god je to moguće pitanja koja su u vezi sa stečajnim postupkom budu rešena u jednom ili uskom krugu postupaka.²⁰

NADLEŽNOST ZA POMOĆNE POSTUPKE

Normativno (ne)uređenje

Jedno od pitanja koje se nalazi na međi između Brisel I *bis* i Uredbe o stečajnim postupcima vezano je za nadležnost za pomoćne postupke. Član 3 Uredbe 2000 predviđao je nadležnost suda u stečajnim postupcima, ali nije određivao obuhvat te nadležnosti. Tačnije, nije eksplicitno predviđao da li se nadležnost odnosi samo na stečajni postupak ili i na postupke povezane sa stečajnim postupcima. Uredba 2000 regulisala je samo priznanje i izvršenje odluka donetih u tim slučajevima, stvarajući asimetriju između pravila o nadležnosti i priznanju i izvršenju.²¹ U nedostatku jasnog odgovora, teorija je davala različita tumačenja u pogledu načina određivanja nadležnosti za ove postupke. Kao mogući izvori pravila pojavljivali su se nacionalno pravo, Brisel I uredba,²² a bilo je i shvatanja da se primenjuje Uredba o stečajnim postupcima (direktno ili analogno).²³

Tokom važenja Uredbe 2000, Sud pravde Evropske unije u slučaju *Deko Marty*²⁴ zauzeo je stav da se pravila o nadležnosti primenjuju i na pomoćne postupke. Ova odluka je potom kodifikovana Uredbom 2015. Iako se na prvi pogled čini da je time otklonjena svaka sumnja, jer nadležnost za pomoćne postupke ima svoje normativno određenje u čl. 6(1) Uredbe, ostaju brojne dileme. Ovaj član predviđa

¹⁹ A. Leandro, 194.

²⁰ Paul Omar, „The Insolvency Exception in the Brussels Convention and the Definition of ‘Analogous Proceedings’“, *International Company and Commercial Law Review*, Tom 22, 2001, 176.

²¹ Björn Laukemann, „Jurisdiction – Annex Proceedings“, *External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings* (Burkhard Hess, Paul Oberhammer, Thomas Pfeiffer), 2013, 167, https://www.mpi.lu/uploads/media/evaluation_insolvency_en.pdf, 21.9.2021.

²² Tako, na primer, Virgos i Garcimartin smatraju da je uočena pravna praznina samo prividna i da se ćutanje Uredbe o stečajnim postupcima mora tumačiti u kontekstu odnosa sa Briselskom konvencijom (1968), tako da kriterijumi koje je Evropski sud pravde uspostavio prilikom tumačenja čl. 1(2)(b) Briselske konvencije (stečajnog izuzetka) za razgraničavanje građanskih i trgovinskih stvari od pitanja stečaja nastavljaju da se primenjuju. M. Virgos, F. Garcimartin, op. cit., 55, par. 74.

²³ L. Carballo Piñeiro, op. cit., 7-8.

²⁴ *Christopher Seagon v Deko Marty Belgium NV*, Case C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83.

međunarodnu nadležnost za „svaku parnicu koja direktno proizlazi iz postupka u slučaju insolventnosti i koja je s njim usko povezana“, ali mimo ovog opšteg pravila ne definiše se preciznije koje su to parnice. Za razumevanje domena primene ovog člana, potrebno je sagledati preambulu uredbe,²⁵ članove koji određuju nadležnost, ali i druge članove koji određuju svrhu i smisao Uredbe. Primena ovog člana ima smisla samo ukoliko se stavi u kontekst osnovnih ciljeva koji se žele postići u međunarodnom stečaju, a to su pre svega efikasnost i učinkovitost stečajnog postupka.²⁶ Takođe, od suštinskog značaja ostaje višedecenijska sudska praksa Suda pravde Evropske unije koja je postavila smernice o određivanju domena nadležnosti za pomoćne postupke.

Određivanje nadležnosti podrazumeva da se prvo utvrđuje da li se taj zahtev može smatrati povezanim sa stečajem u kom slučaju će se primenjivati Uredba o stečajnim postupcima. Ukoliko ovaj uslov nije ispunjen, po pravilu se primenjuje Brisel I, osim ukoliko nije reč o građanskim ili trgovinskim stvarima ili je iz drugog razloga postupak isključen iz domena njene primene. U tom slučaju, nadležnost se određuje po drugom međunarodnom instrumentu ili na osnovu nacionalnog prava.²⁷

Kriterijumi za definisanje pomoćnih postupaka

Kako Uredba ne daje definiciju pomoćnih postupaka, da bi se bolje razumelo predmetno pitanje, potrebno je odrediti njihove osnovne karakteristike. To su:

– pojedinačni postupci kojim se rešava odnos između stečajnog dužnika i jednog lica, za razliku od stečajnog postupka koji je kolektivni postupak zasnovan na principu *par conditio creditorum*;

– postupci građanskog ili trgovinskog prava koji postoje i mogu voditi nezavisno od stečaja,²⁸ ali otvaranjem stečajnog postupka nastaje posebna veza sa stečajem koja opravdava njihovo sprovođenje pred jednim forumom.²⁹

Za primenu ovih pravila, potpuno je svejedno da li se stečajni dužnik pojavljuje kao tužilac ili kao tuženi u pomoćnom postupku.³⁰ Međutim, za zasnivanje

²⁵ V. recitale 7 i 35 Uredbe 2015.

²⁶ Zoltan Fabok, „Jurisdiction concerning annex actions in the context of the insolvency and Brussels Ibis regulations“, *International Insolvency Review*, 2020, 5. L. Carballo Piñeiro, op. cit., 11.

²⁷ B. Wessels, S. Madaus, op. cit., 6.

²⁸ R. Norkus, op. cit., 198.

²⁹ A. Van Hoe, op.cit., 58.

³⁰ Birgit Schneider, „Die Zuständigkeit für insolvenznahe Verfahren nach Art 6 EuInsVO 2015“, *ÖJZ*, Tom 16, 2017, 705.

nadležnosti suda države stečajnog postupka potrebno je da se pomoćni postupak otvori nakon otvaranja stečajnog postupka. Ukoliko to nije slučaj, nadležnost se određuje nezavisno od Uredbe o stečajnim postupcima, jer bi svako drugačije tumačenje dovelo do apsurdne situacije – sud pred kojim se pokreće postupak u građanskoj ili trgovinskoj materiji bi morao da čeka otvaranje stečajnog postupka do koga možda neće ni doći.³¹

Pitanje nadležnosti za pomoćne postupke prvi put postavlja se u slučaju *Gourdain v Nadler*³² koji utvrđuje formulu po kojoj će se procenjivati da li će pomoćni postupak biti isključen iz domena primene tada važeće Briselske konvencije (1968). Ovaj test na osnovu koga se cenilo isključivanje iz domena primene Brisel konvencije, postaje istovremeno kriterijum na osnovu koga se ceni uključivanje u domen primene Uredbe o stečajnim postupcima.³³ Na osnovu njega se utvrđuje da li će se pomoćni postupak voditi pred sudom države stečajnog postupka. Na osnovu presude *Gourdain v Nadler* utvrđena je atrakcija nadležnosti u korist države stečajnog suda za postupke koji „direktno proizlaze i blisko su povezani sa stečajnim postupkom“.

Zbog svoje opštosti,³⁴ formula razvijena u ovom slučaju mora se dalje pojašnjavati od slučaja do slučaja. Veza između konkretnog postupka i stečajnog postupka mora da se utvrđuje kroz autonomni kriterijum,³⁵ tako da se na pitanje šta je zapravo pomoćni postupak ne može dati odgovor na osnovu toga šta pod tim pojmom podrazumeva konkretan nacionalni poredak.³⁶ Sudovi su u početku u nedostatku odgovarajućeg normativnog uobličavanja kriterijuma zasnivanja nadležnosti stečajnog suda razvijali, razrađivali, pa čak i menjali postojeću praksu u pogledu klasifikacije, ali uvek krećući se u granicama osnovnih pravila razgraničenja.³⁷ Bogata sudska praksa dala je smernice kako se procenjuje konkretni

³¹ B. Wessels, S. Madaus, op. cit., 21.

³² *Henri Gourdain v Franz Nadler*, Case 133/78, ECLI:EU:C:1979:49.

³³ M. Virgos, F. Garcimartin, op. cit., 56, par. 78.

³⁴ Kako je reč o dva neodređena standarda, ovako postavljeno određivanje nadležnosti se kritikuje jer korišćena terminologija zahteva dodatno tumačenje tako da je krajnji ishod procene arbitran. Ista kritika se upućuje i na račun čl. 6(1) EIR 2015 koji samo kodifikuje dotadašnju praksu. Stefan Reinhart, „The European insolvency regulation“, *Yearbook of Private International Law*, Tom 17, Berlin/Boston: Otto Schmidt/De Gruyter European law publishers, 2015/2016, 300.

³⁵ Z. Crespi Reghizzi, op. cit., 595, fn 17; B. Laukemann, op. cit., 179.

³⁶ Jonas Christian Gröning, *Gesellschafter-und Geschäftsleiterhaftung im internationalen Zivilverfahrensrecht: zur internationalen Zuständigkeit nach Brüssel Ia-VO und EuInsVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, 15.

³⁷ Z. Fabok, op. cit., 15.

postupak – pitanje se sagledava u svakom konkretnom slučaju i procena ne treba da bude formalistička, već se preispituje svrha postupka.³⁸

Prvi kriterijum („direktno proistiće“) ne vezuje se za procesni kontekst, nego za pojavu posebnih pravila stečajnog prava u trenutku kada stečajni postupak otpočinje. Smatra se da je ovaj kriterijum ispunjen ako zahtev koji je u osnovi pomoćnog postupka ne bi postojao da nema stečajnog postupka ili ako da postoji u građanskom ili trgovinskom pravu, suštinski je uslovljen insolventnošću ili je na njega dejstvo stečajnog postupka uticalo do te mere da stečajna pitanja dominiraju.³⁹ Primena ovog kriterijuma zahteva procenu „da li pravo ili obaveza koja čini osnovu postupka ima svoj izvor u opštim pravilima građanskog i trgovinskog prava ili u posebnim pravilima stečajnog prava koja derogiraju opšta pravila“.⁴⁰

Drugi kriterijum odražava funkcionalnu vezu između pomoćnog i stečajnog postupka. Sud odluku donosi u svakom konkretnom slučaju, vodeći računa o opštim pravilima aktivne legitimacije, zastarelosti, teretu dokazivanja, uzimajući u obzir da (li) su ovi instituti modifikovani otvaranjem stečajnog postupka.⁴¹ Pojedinačno, ovi kriterijumi nisu odlučujući stoga ih sud posmatra kao gradivne elemente koji mogu, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, da stvore „blisku vezu“.⁴²

Uslovi su postavljeni kumulativno (koristi se veznik „i“),⁴³ ali se smatra da nemaju jednaku težinu. Prvi uslov koji se odnosi na direktno izviranje se smatra odlučujućim, dok uslov koji se odnosi na blisku vezu sa stečajnim postupkom se posmatra kao dodatni uslov putem koga se proverava ispunjenost prvog uslova.⁴⁴ Bobek⁴⁵ nalazi da je kriterijum da li postupak proizlazi direktno iz stečajnog postupka mora biti odlučujući, dok drugi kriterijum služi za verifikaciju i ne može biti

³⁸ R. Norkus, op. cit., 213.

³⁹ B. Wessels, S. Madaus, op. cit., 8-9.

⁴⁰ *Nickel & Goeldner Spedition*, par. 27 *Tünkers Maschinenbau GmbH v Expert France*, par. 22; *Peter Valach and Others v Waldviertler Sparkasse Bank AG and Others*, par. 29; *NK v BNP Paribas Fortis NV*, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, par. 28; *Skarb Państwa Rzeczpospolitej Polskiej – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad v. Stephan Riel, acting as liquidator of Alpine Bau GmbH*, par. 36.

⁴¹ L. Carballo Piñeiro, op. cit., 15.

⁴² B. Wessels, S. Madaus, op. cit., 10.

⁴³ F. Garcimartin, op. cit., 3.

⁴⁴ Postupak koji direktno proističe iz stečajnog postupka treba okarakterisati kao povezani postupak osim ako (engl. *unless if*) može da se pokrene paralelno ili nezavisno od stečajnog postupka. B. Wessels, S. Madaus, op. cit., 10.

⁴⁵ Opinion of Advocate General Bobek delivered on 18 October 2018 Case C-535/17 NK v. BNP Paribas Fortis, ECLI:EU:C:2018:850, par. 57.

samostalni kriterijum. Ključna je pravna priroda nekog potraživanja, što se ispituje kroz primenu prvog kriterijuma. On ističe da su promena aktivne/pasivne legitimacije učesnika u postupku ili ishoda postupka (kome pripadaju koristi od spora) prirodna i nužna posledica postojanja stečajnog postupka, ali da *same po sebi* ne menjaju karakter zahteva koji postavlja stečajni upravnik. Ukoliko bi ova dva kriterijuma bila odlučujuća, onda bi bilo koja promena nastala usled stečajnog postupka značila primenu „stečajnog izuzetka“.⁴⁶ Činjenica da je stečajni upravnik jedna od strana u sporu značajna je samo ako otvaranje stečajnog postupka menja pravnu prirodu zahteva, tj. ako se on transformiše iz ličnog zahteva u kolektivni postupak koji sprovodi stečajni upravnik.⁴⁷

Na osnovu teorijskih razmatranja i prakse Suda pravde Evropske unije, mogu se izdvojiti tri vrste postupaka: „čisti“ pomoćni postupci, postupci koji nisu povezani sa stečajem i postupci gde postoji relativna neizvesnost u pogledu klasifikacije.⁴⁸

U čiste postupke prema ustaljenim teorijskim shvatanjima spadaju pobijanje pravnih radnji u stečaju,⁴⁹ postupak po osporenom potraživanju u stečajnom postupku, odgovornost odbora poverilaca, stečajnog upravnika i drugih organa stečajnog postupka, odgovornost direktora zbog prouzrokovanja stečaja ili zakasnelog pokretanja postupka, postupci povezani sa troškovima stečajnog postupka.

Smatra se da u pomoćne postupke ne spadaju postupci koje stečajni upravnik pokreće u ime i za račun stečajnog dužnika, a koji se odnose na prava ili obaveze stečajnog dužnika nastale pre otvaranja stečajnog postupka, ili koja nastanu tokom stečajnog postupka, ali bi nastala i nezavisno od njega,⁵⁰ postupci koje pokreće poverilac radi zaštite svog ličnog interesa, postupci koje pokreće lice kome je ustupljeno potraživanje u stečajnom postupku.⁵¹

⁴⁶ *Ibidem*, par. 60-61.

⁴⁷ Ilaria Pretelli, „Cross-border Credit Protection against Fraudulent Transfers of Assets *Actio Pauliana* in the conflict of laws“, *Yearbook of Private International Law*, Tom 13, 2011, Sellier European Law Publishers & Swiss Institute of Comparative Law, 2012, 605.

⁴⁸ B. Wessels, S. Madaus, op. cit., 11.

⁴⁹ Ovaj primer se eksplicitno navodi u čl. 6(1) Uredbe 2015 i danas se naziva „paradigmom pomoćnih postupaka“. Martin Trenker, „Anwendung der EuInsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung“, *ZIK Insolvenzrecht und Kreditschutz*, br. 1, LexisNexis, 2015, 8. U slučaju *Seagon v Deko Marty* sud je našao da je pobojna tužba proisticala direktno iz stečaja, jer je postupak pokrenuo stečajni upravnik i njena svrha je bila da uveća imovinu stečajnog dužnika u korist svih poverilaca.

⁵⁰ *V. German Graphics Graphische Maschinen GmbH*. U ovom slučaju bila je reč o nezavisnom zahtevu koji nije zasnovan na zakonima koji regulišu stečajni postupak i koji nije zahtevao uključivanje stečajnog upravnika. Sama činjenica da je stečajni upravnik stranka u postupku nije dovoljna da se tvrdi da je reč o pomoćnom postupku (par. 31 i 33).

⁵¹ *V. F-Tex SIA v Lietuvos-Anglijos UAB 'Jadecloud-Vilma'*, C-328/12, ECLI:EU:C:2014:6.

Vis attractiva concursus – procena prirode i efekata nadležnosti

Primenom *Gourdain* formule uspostavlja se ograničeni *vis attractiva concursus* princip, jer je atrakcija nadležnosti u korist države stečajnog suda moguća samo ukoliko je reč o pomoćnim postupcima koji zadovoljavaju napred navedene preduslove. Ukoliko ovi uslovi nisu ispunjeni, sama činjenica da je otvoren stečajni postupak nad jednom od strana u sporu ne utiče na nadležnost suda.⁵² Na ovaj način se poštuju prava stečena pre otvaranja stečajnog postupka, jer sam(o) stečaj jedne od strana u pravnom odnosu ne smatra dovoljno dobrim razlogom da se menja nadležnost.⁵³ Stečajno pravo bi trebalo da ima upliv u predstečajna prava samo u onoj meri u kojoj je to neophodno da se smanji problem kolektivne akcije i maksimizuje vrednost za sve nosioce interesa (stejkholdere).⁵⁴

Vis attractiva concursus primenjuje se samo na pitanje određivanja međunarodne nadležnosti, dok je uređenje stvarne i mesne nadležnosti suda prepušteno nacionalnim pravilima.⁵⁵ Ova odredba se primenjuje nezavisno od toga da li je reč o glavnom, teritorijalnom ili sekundarnom postupku.⁵⁶ Pravila za određivanje nadležnosti za pomoćne postupke nalaze svoju primenu iako je tuženi lice koje ima sedište izvan teritorije Evropske unije.⁵⁷ Još u vreme važenja stare uredbe o stečajnim postupcima, smatralo se da je čl. 3(1) Uredbe 2000 zasnovan na isključivoj nadležnosti, jer može postojati samo jedan centar glavnih interesa dužnika i može se otvoriti samo jedan glavni stečajni postupak, tako da analogna primena ove norme na povezane postupke posledično može dovesti samo do primene isključive nadležnosti.⁵⁸ Postojanje konkurentne nadležnosti bi stvorilo opasnost od sukoba nadležnosti, protivrečnih odluka i izazvalo neizvesnost, odlaganja i troškove.⁵⁹

⁵² Z. Fabok, op. cit., 6.

⁵³ Federico Garcimartin, *Insolvency-Related Judgments and Vis Attractiva Concursus: The EU Approach*, 2018, 4, <https://ssrn.com/abstract=3221102>, 20.9.2021.

⁵⁴ *Ibidem*, 5.

⁵⁵ J. C. Gröning, op. cit., 11; A. Van Hoe, op. cit., 63.

⁵⁶ B. Wessels, S. Madaus, op. cit., 3.

⁵⁷ *Ralph Schmid v Lilly Hertel*, C-328/12, ECLI:EU:C:2014:6, par. 30, 39; *H v HK*, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410, par. 33. Svako drugačije rešenje bi značilo da prilikom otvaranja stečajnog postupka sud mora da preispituje da li se element inostranosti odnosi na vezu dve ili više država članica čime se *de facto* širi krug preduslova za primenu Uredbe o stečajnim postupcima. Z. Fabok, op. cit., 13

⁵⁸ Z. Fabok, op. cit., 8.

⁵⁹ Jessica Schmidt, „EuGH bestätigt die ausschließliche Zuständigkeit für Annexverfahren“, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, Tom 21, br. 48, Carl Heymanns Verlag, 2018, 2631.

U prilog isključivoj nadležnosti govori i jezičko tumačenje norme o nadležnosti – upotreba reči „će“ (*shall*) umesto „može“ (*may*).⁶⁰

Atrakcija nadležnosti u korist države stečajnog suda služi efikasnom sprovođenju stečajnog postupka. Utvrđivanje nadležnosti za pomoćne postupke mora se posmatrati i sa aspekta balansiranja između procesne ekonomije koju donosi objedinjavanje postupaka koji se odnose na stečajnog dužnika pred sudovima jedne države i procesnog prava tuženog da se postupak protiv njega pokrene u državi u kojoj ima domicil.⁶¹ Efikasnost stečajnog postupka može se sukobiti sa legitimnim očekivanjima tuženog da će biti tužen po pravilima opšte nadležnosti iz Brisel I uredbe.⁶² Jedna od kritika koja se može izneti na račun načina uspostavljanja nadležnosti za pomoćne postupke je da je Sud propustio da izbalansira argument efikasnosti i učinkovitosti stečajnog postupka sa principom pravne sigurnosti – predvidljivost foruma i vođenje računa o procesnim pravima tuženog.⁶³ Kritike se upućuju na račun odstupanja od opštih principa za zasnivanje nadležnosti na kojima počiva Brisel I uredba, a pre svega predvidljivosti foruma.⁶⁴ Odstupanje od opštih pravila o nadležnosti i „ugoržavanje“ zaštite tuženog može se opravdati samo ako je u interesu svih poverilaca.⁶⁵

Posebna pravila o nadležnosti iz čl. 6(2) i 6(3) Uredbe 2015

Ponekad je efikasnije da se postupci konsoliduju ne u državi gde je otvoren stečajni postupak, već tamo gde se protiv istog dužnika vodi još neki (građanski ili trgovački) postupak.⁶⁶ Uredba o stečajnim postupcima iz 2015. godine eksplicitno reguliše zasnivanje nadležnosti i u ovom slučaju. Uredba predviđa u čl. 6(2) mogućnost da stečajni upravnik odstupi od isključive nadležnosti iz čl. 6(1) i, ako je dati (stečajni ili pomoćni) postupak povezan s parnicom protiv istog tuženog u građanskim i trgovinskim stvarima, oba postupka pokrene pred sudom države

⁶⁰ Fabok, op. cit., 17-18. Doduše, on upozorava da sve verzije teksta ne koriste istu odrednicu, navodeći primer nemačke i mađarske verzije gde upotrebljene termine ocenjuje kao „neutralne“. Fabok, op. cit., 18, fn 182.

⁶¹ G. McCormack, op. cit., 320.

⁶² R. Norkus, op. cit., 203; L. Carballo Piñeiro, op. cit., 15.

⁶³ Z. Fabok, op. cit., 6.

⁶⁴ S. Reinhart, op. cit., 299.

⁶⁵ Martin Trenker, „Anwendung der EuInsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung“. *ZIK Insolvenzrecht und Kreditschutz*, br. 1, LexisNexis, 2015, 9.

⁶⁶ A. Van Hoe, op. cit., 64.

članice na čijem području tuženi ima domicil pod uslovom da je taj sud nadležan po Brisel I *bis* uredbi. Za razliku od ranijih predloga da stečajni sud treba da bude taj pred kojim će se koncentrisati svi postupci (jak *vis attractiva*), prihvaćen je obrnut princip – postupci se mogu pokrenuti pred sudom nadležnim prema Brisel I uredbi (slabi se *vis attractiva*).⁶⁷

Primena ove odredbe zahteva ispunjenost nekoliko preduslova:⁶⁸

– aktivni zahtev stečajne mase – primena ove norme dolazi u obzir samo kada se stečajni upravnik ili dužnik u posedu pojavljuju kao tužioci, ne i kada se postupak pokreće protiv stečajnog dužnika;

– povezanost između postupaka – ako su oni međusobno tako blisko povezani da se zajedničko postupanje i odlučivanje o njima čini opravdanim kako bi se izbegla opasnost protivrečnih odluka u odvojenim postupcima (čl. 6(3) Uredbe 2015);

– domicil u državi članici – makar jedan tuženi mora da ima domicil u državi članici.

Ova odredba ima ograničen domen primene, jer ne postoji bezuslovno ovlašćenje stečajnog upravnika da odabere forum, već je to moguće ako postoji veza sa drugim postupkom i ako sud ima nadležnost na osnovu Brisel I *bis* uredbi, i to samo na osnovu domicila tuženog.⁶⁹ Drugi osnovi zasnivanja nadležnosti koje Brisel I *bis* predviđa ne mogu se primenjivati za zasnivanje nadležnosti u ovom slučaju.⁷⁰ Stečajni upravnik nema obavezu, već *ovlašćenje* da primeni čl. 6(2) tako da se sve svodi na njegovu procenu, gde će on po pravilu rukovoditi time da li je to najefikasnije rešenje.⁷¹ Primena ove norme pretpostavlja da postupci koji se kombinuju moraju biti pokrenuti. Sama mogućnost da se pokrene postupak u građanskim ili trgovinskim stvarima, a da to nije učinjeno, ne daje pravo stečajnom upravniku da stečajni ili pomoćni postupak pokrene pred državom domicila tuženog.⁷² Ovaj zaključak proističe iz tumačenja člana 6(3), koji predviđa da je „objedinjavanje foruma“ usmereno ka izbegavanju rizika donošenja nepomirljivih presuda koje su posledica vođenja odvojenih postupaka, što implicira da postupci moraju da se vode.⁷³

⁶⁷ Z. Fabok, op. cit., 16.

⁶⁸ B. Schneider, op. cit., 706.

⁶⁹ Z. Fabok, op. cit., 19.

⁷⁰ *Ibidem*, 18-19.

⁷¹ *Ibidem*, 19.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Bogatstvo pravnih odnosa jednog privrednog subjekta u svakodnevnim poslovnim aktivnostima u slučaju finansijskih teškoća i otvaranja stečajnog postupka može otvoriti nove dimenzije njihovog uređenja, a posebno kada otvoreni stečajni postupak dobija prekogranični element. U tom slučaju se postavlja pitanje ne samo koji sud će biti nadležan za sprovođenje stečajnog postupka, već i uticaja stečaja na druge parnice u kojima se stečajni dužnik pojavljuje kao tužilac ili tuženi. Određivanje nadležnosti u tom slučaju omeđeno je (stečajnim) izuzetkom od primene Brisel Ibis uredbe iz čl. 1(2)(b) i Aneksom A Uredbe 2015 koji određuje njenu primenu *ratione materiae*. Iako je proklamovani cilj evropskog zakonodavca uspostavljanje celovitog sistema koji će regulisati odnose jednog lica u svim fazama njegovog postojanja, bez ikakvih praznina i preklapanja između različitih međunarodnih instrumenata, on do kraja nije ostvaren. Potrebno je da postoje jasni i predvidljivi kriterijumi razgraničenja kako bi i sudska praksa mogla da bude ujedinjena. Sigurnost u proceni i uniformnost kriterijuma određivanja nadležnosti ne može u potpunosti da se postigne, jer ne postoji unapred određena lista kriterijuma na osnovu kojih se bez izuzetka u svakom slučaju može jasno oceniti činjenično stanje „na raskršću“ između stečajnog i građanskog prava. Otvaranje stečajnog postupka i učešće stečajnog upravnika u sporu samo po sebi nije dovoljan ni nužan preduslov zasnivanja nadležnosti već mora da se posmatra u odnosu na druge činjenice u datom slučaju. Davanje nedvosmislenog odgovora u svakom konkretnom slučaju zahteva teleološki pristup, jer male promene u činjeničnom stanju mogu uticati na krajnji ishod procene.

ALEKSANDRA VIŠEKRUNA

Research Associate, Institute of Comparative Law
Belgrade

JURISDICTION FOR INSOLVENCY RELATED ACTIONS IN THE EUROPEAN INSOLVENCY REGULATION THROUGH THE PRISM RELATIONS WITH BRUSSELS I REGULATION

Summary

This paper aims to question the criteria for the establishment of the jurisdiction of the insolvency court for so-called insolvency-related actions. These actions are civil or commercial, but due to a special relationship with insolvency procedure, it is considered justified to establish jurisdiction in the insolvency forum for them as well. In the absence of insolvency, these actions would fall

under the Brussels I Regulation, so the examination of jurisdiction for these procedures is conducted through the prism of the relationship between the Brussels I Regulation and the European Insolvency Regulation. Despite the normative determination of competencies for these proceedings, there are many dilemmas related to jurisdiction, primarily due to insufficiently clear criteria for interpreting the concept of these proceedings.

Key words: insolvency, judicial procedure, jurisdiction, European insolvency regulation, Brussels I regulation

Literatura

- Carballo Piñeiro L., „Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice“, *InDret*, br. 3, Barcelona, 2010.
- Crespi Reghizzi Z., „Reservation of title in insolvency proceedings: some remarks in light of the German graphics judgment of the ECJ“, *Yearbook of Private International Law*, Tom 12 (2010), Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, Berlin/Boston.
- Fabok Z., „Jurisdiction concerning annex actions in the context of the insolvency and Brussels Ibis regulations“, *International Insolvency Review*, 2020, <https://doi.org/10.1002/iir.1379>.
- Garcimartin F., *Insolvency-Related Judgments and Vis Attractiva Concursus: The EU Approach*, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3221102>.
- Gröning J. C., *Gesellschafter-und Geschäftsleiterhaftung im internationalen Zivilverfahrensrecht: zur internationalen Zuständigkeit nach Brüssel Ia-VO und EuInsVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- Laukemann B., „Jurisdiction – Annex Proceedings“, *External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings* (prir. Burkhard Hess, Paul Oberhammer, Thomas Pfeiffer), 2013, https://www.mpi.lu/uploads/media/evaluation_insolvency_en.pdf.
- Leandro A., „The minefield at the interface of the Brussels Ibis Regulation and the European Insolvency Regulation (Recast)“, *Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation* (ed. Peter Mankowski), Edward Elgar Publishing, 2020.
- Linna T., „Actio Pauliana–„Actio Europensis“? Some Cross-Border Insolvency Issues“, *Journal of Private International Law*, Tom 10, br. 1, 2014.
- McCormack G., „Reconciling European Conflicts and Insolvency Law“, *European Business Organization Law Review*, Tom 15, br. 3, 2014.
- Norkus R., „Annex proceeding and the continued interplay with the Brussels Ia Regulation“, *ERA Forum*, Tom 16, br. 2, Springer, Berlin/Heidelberg, 2015.
- Omar P., „The Insolvency Exception in the Brussels Convention and the Definition of ‘Analogous Proceedings’“, *International Company and Commercial Law Review*, Tom 22, 2001.
- Opinion of Advocate General Bobek delivered on 18 October 2018 Case C-535/17 NK v. BNP Paribas Fortis, ECLI:EU:C:2018:850.

- Pretelli I., „Cross-border Credit Protection against Fraudulent Transfers of Assets *Actio Pauliana* in the conflict of laws“, *Yearbook of Private International Law*, Tom 13, 2011, Sellier European Law Publishers & Swiss Institute of Comparative Law, 2012.
- Reinhart S., „The European insolvency regulation“, *Yearbook of Private International Law*, Tom 17 (2015/2016), Berlin, Boston: Otto Schmidt/De Gruyter European law publishers
- Rogerson P., „Chapter 1 Scope“, *Brussels Ibis Regulation – Commentary* (ed. Ulrich Magnus et al.), München, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016.
- Schmidt J., „EuGH bestätigt die ausschließliche Zuständigkeit für Annexverfahren“, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, Tom 21, br. 48, Carl Heymanns Verlag, 2018.
- Schneider B., „Die Zuständigkeit für insolvenznahe Verfahren nach Art 6 EuInsVO 2015“, *ÖJZ*, Tom 16, 2017.
- Skauradszun D., Nijens W., „Brussels Ia or EIR Recast? The Allocation of Preventive Restructuring Frameworks“, *International Corporate Rescue*, Tom 16, br. 4, Chase Cambria Publishing, 2019.
- Trenker M., „Anwendung der EuInsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung“, *ZIK Insolvenzrecht und Kreditschutz*, Br. 1, LexisNexis, 2015.
- Van Hoe A., „The (not so Symbiotic?) Relation Between the Insolvency and the Brussels I Regimes“, *European Private International Law at 50: Celebrating and Contemplating the 1968 Brussels Convention and Its Successors* (ed. Geert Van Calster, Jura Falconis). Intersentia, 2018.
- Virgos M., Garcimartin F. *The European insolvency regulation: law and practice*, Kluwer Law International BV, 2004.
- Wessels B., Madaus S., CERIL Report 2021-1 on identifying annex actions under Article 6(1) of the European Insolvency Regulation 2015, 2021, <https://www.ceril.eu/news/ceril-report-2021-1-on-identifying-annex-actions-under-article-6>.

**KATEDRA
PRAVO NA IMOVINU**

**Sekcija
„Međunarodni privredni ugovori / Arbitraža“**

MARIJA RALEVIĆ

**ENFORCING THE PRE-ARBITRAL STEPS WITHIN
MULTI-TIER DISPUTE RESOLUTION CLAUSES:
A ROLL OF THE DICE**

“In all mercantile contracts the great object should be certainty. And therefore, it is of more consequence that a rule should be certain, than whether it is established one way or the other. Because speculators in trade then know what ground to go upon.”¹

Lord Mansfield

As a result of commercial reality, contracts within an international sphere often feature “multi-tier” dispute resolution clauses in which arbitration or litigation is preceded by an ADR mechanism. Although designed to remedy the inefficiencies of these processes, these clauses often achieve the opposite as they provoke a slew of questions - most notably over their enforceability. The aim of this paper is to examine the uncertainties tethering the enforceability of the multi-tier dispute resolution clauses that culminate in arbitration, as well as give specific pointers for bypassing them. Firstly, multi-tier dispute resolution clauses are introduced and defined along with their role in today’s commercial landscape, followed by a comparative review of the relevant case law. Finally, the paper features practical guidance as a means to minimise the existing uncertainty through the drafting process.

Key words: ADR, enforceability, international commercial arbitration, multi-tier dispute resolution, uncertainty

Marija Ralević, Undergraduate Degree Candidate at Faculty of Law, University of Belgrade, e-mail: marija.ral@outlook.com.

¹ Reasoning of Lord Mansfield, chief justice of England from 1756 to 1788 in *Vallejo v Wheeler* (1774).

INTRODUCTION

In the 2018 edition of the International Arbitration Survey conducted by Queen Mary University along with White & Case (hereinafter: the Survey), 97% of respondents opted for arbitration as a preferred method of resolving cross-border disputes.² As a stand-alone mechanism, arbitration was chosen by 48% of respondents, while 49% leaned towards combining it with ADR.³ As swiftly as three years later,⁴ the latter has increased by a whopping 10%.⁵ Respondents of the Survey explain this preference as a hope that a speedier and more cost efficient resolution could be found without (or at least prior to) resorting to arbitration.⁶ This comes as no surprise given the precipitous decline in arbitration's rapport with its users, mainly on account of its borderline folkloric time and cost efficiency.⁷

Such a steadily budding affinity of commercial parties⁸ has been recognised by the arbitral institutions⁹ which have enabled the parties to try to resolve their

² 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration conducted by Queen Mary University along with White & Case, 5, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>, 15.09.2021.

³ Respondents of the Survey were informed that ADR would include, for example, adjudication, dispute boards, expert determination, mediation and negotiation, but exclude litigation and arbitration.

⁴ The research for the most recent edition of the Survey was conducted from October 2020 to March 2021.

⁵ A surge of popularity of arbitration used in conjunction with ADR is undeniable in recent years: 59% of respondents expressed their preference for this combination in the most recent edition of the Survey, as opposed to 49% in 2018 and only 34% in 2015.

⁶ 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, 6.

⁷ For an in-depth definition and criticism of efficiency in international arbitration, see: Loukas A. Mistelis, "Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: Between Systems Theories and Party Autonomy", Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 313, 2019; William Park, "Arbitration and Fine Dining: Two Faces of Efficiency", *Festschrift für Pierre Karrer*, Boston University School of Law, 2017; Christopher Newmark, "Controlling Time and Costs in Arbitration", *Leading Arbitrators Guide* (ed. Christopher Newmark), Juris Publishing, New York, 2006; Joerg Risse, "Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings", *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 3, September 2013; Jennifer Kirby, "Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It?", *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, Issue 6, Kluwer Law International, 2015.

⁸ Dilyara Nigmatullina, "The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study", *Journal of International Arbitration*, No. 37, Kluwer Law International, The Hague, 2016, 33.

⁹ Notably, these include the ICC, LCIA, AAA, WIPO, and the Swiss Chambers of Commerce and Industry.

disputes through an ADR mechanism and only if that mechanism fails, the dispute advances to arbitration. This is achieved through the use of multi-tiered dispute resolution clauses.

NOTION AND NOTABILITY OF MULTI-TIER DISPUTE RESOLUTION CLAUSES

Multi-tier dispute resolution clauses (hereinafter: MDR clauses, MDRs)¹⁰ are contractual clauses providing that, in the event of a dispute between the parties, dispute resolution is to proceed through a sequence of different dispute resolution processes.¹¹ Since the only limitation to the drafting of MDR clauses is the party autonomy, the exact content of these provisions can vary.¹² Each tier provides the parties with a chance to step off and resolve the dispute,¹³ while arbitration, as the ultimate step for the purpose of this paper,¹⁴ is intended to be reached only as a *pis aller* and initiated only after the preceding ADR methods have been exhausted.¹⁵

¹⁰ Multi-tier clauses are also known as “multi-step”, “filter”, “ADR first”, “waterfall”, “integrated”, “wedding cake” or “escalation” clauses. They describe the same legal structure and are used interchangeably. See Klaus Peter Berger, “Law and Practice of Escalation Clauses”, *Arbitration International*, Vol. 22, Issue 1, 2006, 1–18; Domitille Baizeau, Anne-Marie Loong, “Chapter 18, Part XVI: Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses”, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (ed. Manuel Arroyo), 2nd edn., Kluwer Law International, The Hague, 2018, 1452; Alexander Jolles, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses”, *Arbitration*, Vol. 72, No. 4, 2006, 329–338; Jason D. File, *United States: Multistep Dispute Resolution Clauses*, 3 Mediation Committee Newsletter 1, IBA Legal Practice Division, July 2007, 36; James H. Carter, “New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond”, ICCA Congress Series (ed. Albert Jan van den Berg), Vol. 12, 2004, Beijing, Kluwer Law International 2005, 446.

¹¹ K.P. Berger, *op. cit.*, 1; Didem Kayali, “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, Issue 6, Kluwer Law International, 2010, 552; Michael Pryles, “Multi-tiered dispute resolution clauses”, *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story* (ed. J. van den Berg), ICCA Congress Series, Volume 10, Kluwer Law International, 2001, 24.

¹² Craig Tevendale, Hannah Abmrose, Vanessa Naish, “Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration”, *The Turkish Commercial Law Review*, Vol. 1, Issue 1, 2015, 33. Exact ADR mechanism to be used in the MDR clause culminating in arbitration is a matter of suitability for each and every transaction. These can include mediation, conciliation, neutral evaluation, expert determination, mini-trials, baseball arbitration etc. See Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2012, 14. Most commonly though, MDRs stipulate an obligation to engage in negotiations or undergo a mediation.

¹³ C. Tevendale, H. Abmrose, V. Naish, *op. cit.*, 32.

¹⁴ Apart from arbitration, MDR clauses often feature litigation as the final tier.

¹⁵ The so-called “filtering effect”. See: D. Baizeau, A. Loong, *op. cit.*, 2782.

Not only does this manner of contracting allow the parties to maintain significant business relationships,¹⁶ but also preserve their resources until decidedly necessary.¹⁷ The parties are, thus, able to resolve their disputes without the formality, time, and expense the arbitral process entails.¹⁸ Just as importantly, MDRs assure a minimised disruption to the performance of the contract.¹⁹ As they place the (at least initial) emphasis on compromise rather than conflict,²⁰ they are “more commercially attractive”²¹ than arbitration alone. They are a staple of habitually complex and long-term contracts such as those in the fields of energy, entertainment, engineering, infrastructure and construction.²² MDRs are also featured in the standard contract documents issued by the World Bank, as well as recognised by the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter: UNCITRAL) in the Model Law International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation.²³ Also, they are keenly used

¹⁶ According to the International Dispute Resolution Survey conducted by the Singapore International Dispute Resolution Academy, the most important factor behind the use of such clauses was the “preservation of business relationship” which “demonstrates the strong advantages of using hybrid mechanisms, which allows parties to continue their business relationships because of the incorporation of a more conciliatory approach.”; C. Tevendale, H. Abmrose, V. Naish, op. cit., 32; Edna Sussman, “Combinations and Permutations of Arbitration and Mediation: Issues and Solutions”, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, Vol. II, Kluwer Law International, The Hague, 381–382.

¹⁷ The often costly and time-consuming path to the arbitral tribunal would only remain for those residual disputes that the parties were unable to resolve at the preliminary levels of the escalation sequence. See the report published by the American Arbitration Association (AAA): *Dispute-Wise Business Management Improving Economic and Non-Economic Outcomes in Managing Business Conflicts*, www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_004326, 13.9.2021.

¹⁸ C. Tevendale, H. Abmrose, V. Naish, op. cit., 32.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ The incorporation of a built-in ADR process can serve as a “cooling off period” which may prove useful in alleviating the tensions before the dispute can escalate. Similar can be observed in the context of investment arbitration. See e.g. *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22; *Antoine Goetz et Consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1; *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28.

²¹ Ewelina Kajkowska, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, Hart Publishing, 2017, 5.

²² M. Pryles, op. cit., 24-25; D. Kayali, op. cit., 551; George M. Vlavianos, Vasilis F. L. Pappas, “Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Condition Precedent to Arbitration”, *The Guide to Energy Arbitrations* (ed. J. William Rowley QC), 2nd Edition, London, 2017, 217.

²³ Specifically, Article 14 titled *Resort to Arbitral or Judicial Proceedings*: “Where the parties have agreed to mediate and have expressly undertaken not to initiate during a specified period

in merger and acquisition agreements in the form of earn-out or price adjustment clauses, often featuring expert determination²⁴ as the pre-arbitral step.²⁵

HOW ARE THE UNCERTAINTIES TETHERING MDR CLAUSES MANIFESTED IN PRACTICE?

Alas, despite their commendable attributes, MDR clauses often end up being more trouble than they are worth.²⁶ In this regard, “particularly concerning is the risk that, rather than coming closer to a resolution of their dispute, the parties will stumble on the escalation ladder during the course of proceedings”.²⁷ As the parties commonly approach the contractual negotiations in a spirit of hope rather than anticipating a doom of a business relationship, they may be in for a rude awakening. If a dispute arises, leaving the business relationship fractured, the parties may wish to “skip a step or two” and go straight into the arbitral proceedings. Thus, the question of whether the “steps” within an MDR clause are binding on the parties, and enforceable by the courts/tribunals is of crucial importance.

The rationale of the pro-enforcement approach leans on the idea that ADR procedures in MDR clauses hold significant value for a cooperative dispute resolution process, as well as that the will of the parties should be respected.²⁸ While the trend to enforce these clauses has considerable momentum,²⁹ as will be demonstrated by the

of time or until a specified event has occurred arbitral or judicial proceedings with respect to an existing or future dispute, such an undertaking shall be given effect by the arbitral tribunal or the court until the terms of the undertaking have been complied with, except to the extent necessary for a party, in its opinion, to preserve its rights. Initiation of such proceedings is not of itself to be regarded as a waiver of the agreement to mediate or as a termination of the mediation proceedings.”

²⁴ Expert Determination is a private and confidential method of dispute resolution by means of which the disputing parties appoint an expert to determine a matter of fact, valuation or law, in a binding manner. If an expert’s decision is not binding but advisory, the process is known as “Expert Evaluation”. On its wide use see, Clive Freedman, James Farrell, *Kendall on Expert Determination*, Sweet & Maxwell, 2015, paras. 4.1. ff.

²⁵ D. Baizeau, A. Loong, op. cit., 2783; Stanley Foster Reed, Alexandra Lejoux, Peter H. Nesvold, *The Art of M&A: A Merger Acquisition Buyout Guide*, 4th Edition, 2007, 495.

²⁶ M. Pryles, op. cit., 43; C. Tevendale, H. Abmrose, V. Naish, op. cit., 31; K. P. Berger, op. cit., 1.

²⁷ K. P. Berger, op. cit., 2. See Tibor Varady, “The Courtesy Trap: Arbitration ‘If No Amicable Settlement Can Be Reached’”, *International Arbitration*, Vol. 14, No. 4, 1997: [A]ny formulation - even if it is just meant to be a gesture- becomes a possible stepping stone of various procedural gambits. The question arises from when and until when is the arbitration agreement actually operative, if resort to arbitration is contingent upon failure of settlement?

²⁸ J. H. Carter, op. cit., 446.

²⁹ P. Ashford, op. cit.

case law review to follow, many commentators voice their dissatisfaction with it. Even the outcry of the very pinnacle of the arbitration community seems to remain unheard, as the issue is revisited, year after year, case after case.³⁰ For example, Berger asserts that the escalation system should not “force the parties into a “tight corset” of dispute resolution levels which are mandatory”.³¹ He points out that the parties themselves are best equipped to determine whether strict compliance with an MDR clause is appropriate under the circumstances.³² After all, compelling an unwilling party to take part in a preceding ADR mechanism would be futile as the very notion of them rests on mutual cooperation.³³ Born and Šćekić likewise argue that the agreements in question should be treated as “non-mandatory and aspirational”³⁴ as well as that they “should not ordinarily constitute jurisdictional bars to the initiation of arbitral proceedings”.³⁵ Even so, these persistent inconsistencies lead to significant uncertainty in practice, not only regarding the prevalence of the clauses themselves but also the subsequent awards.³⁶ National courts, as well as tribunals all across the globe differ with their stances on the topic, making this area a true “dismal swamp”.³⁷ In line with those concerns, following is the overview of the current treatment of MDR clauses globally.

OVERVIEW OF THE CURRENT PRACTICE

Common Law Jurisdictions

Australia. - Although Australian courts are generally inclined to deem the pre-arbitral steps in MDR clauses mandatory and enforceable, they are no strangers to outliers.

³⁰ See Brendan Casey, Léa Defranchi, Josephine Kaiding, Hamish Lal, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Arbitration – The Need for Coherence”, *ASA Bulletin*, Vol. 38, Issue 4, Kluwer Law International, The Hague, 2020; Gary Born, Marija Šćekić, “Pre-Arbitration Procedural Requirements: A Dismal Swamp”, *Practicing Virtue: Inside International Arbitration* (eds. D. D. Caron, S. W. Schill, A.C. Smunty, E. Taintafilou), Oxford University Press, 2015; K. P. Berger, *op. cit.*, 2.

³¹ K. P. Berger, *op. cit.*, 5.

³² *Ibidem.*

³³ J. H. Carter, *op. cit.*, 446.

³⁴ Understandably, absent clear language to the contrary.

³⁵ Born, Šćekić, *op. cit.*, 228.

³⁶ In cases where the parties have skipped a pre-arbitral step, there is an inherent risk that the decisions of tribunals may effectively be overturned at the enforcement stage.

³⁷ G. Born, M. Šćekić, *op. cit.*, 228.

In *Hooper Bailie Associated Ltd. v Natcon Group Pty Ltd*,³⁸ as the conciliation agreement envisaged by the clause was sufficiently certain and thus enforceable, the judge ordered a stay of the arbitration proceedings until that step could be complied with. The “sufficient certainty” standard was reaffirmed by the same judge in the *Elizabeth Bay Developments Pty. Ltd. v Boral Building Services Pty Ltd*. However, in *United Group Rail Services V. Rail Corpn. New South Wales*,³⁹ where an agreement of the parties to “meet and undertake genuine and good faith negotiation with a view to resolving the dispute” was found enforceable.⁴⁰ In a dizzying turn of events, even though the Court found the obligation of negotiation to be enforceable, it found that the tribunal had jurisdiction to decide the dispute on account of the arbitration agreement’s severability from the preceding condition. *United Group Rail* has been dubbed a prominent outlier that stands against the Australian courts’ prevailing view that agreements to negotiate are too uncertain to be enforceable as they do not create binding obligations.⁴¹

India. – On the topic of MDR clauses, Indian courts, too have displayed divergent views,⁴² among the earliest of which was the judgement in *M.K. Shah Engineers v. State of MP*.⁴³ The MDR clause in question called for a “superintending engineer” to resolve the dispute, reserving the arbitral proceedings only for a chance that either party is dissatisfied with the decision. However, even though the parties were not dissatisfied, but devoid of the engineer’s decision altogether, this pre-arbitral step was found to be an “essential” one, so much that it could not be skipped in favour arbitration.⁴⁴ The same decision was reached in *M/s Simpark*

³⁸ (1992) 28 NSWLR 194.

³⁹ [2009] NSWCA 177.

⁴⁰ *Ibidem.*, para. 15. This reasoning was later followed by Teare J in the landmark English case of *Emirates Trading Agency Llc v Prime Mineral Exports Private Ltd* [2014] EWHC 2104 (Comm) (01 July 2014).

⁴¹ G. M. Vlavianos, V. F. L. Pappas, *op. cit.*, 226.

⁴² Manish Lakhawat, India: Multi-Tier Arbitration Clauses: Directory Or Mandatory? <https://www.mondaq.com/india/arbitration-dispute-resolution/712978/multi-tier-arbitration-clauses-directory-or-mandatory>, 21 September 2021.

⁴³ In this particular case, it is worth mentioning that the parties had waived this procedural pre-condition through their conduct.

⁴⁴ A similar judgment was rendered by the Kerala High Court in *Nirman Scindia v. Indal Electromelts* where the contract between the parties specified that, before moving to arbitration, the parties would first refer to an expert. Since the respondent unilaterally terminated the contract, the claimant argued that it was not obliged to refer to an expert anymore and proceeded to file a request for the appointment of an arbitrator. The Court ended up finding that the parties cannot skip the other step or final step to the dispute resolution mechanism without taking up the first level of the agreed dispute resolution mechanism.

Infrastructure Pvt. Ltd. Vs Jaipur Municipal Corporation.⁴⁵ However, in *Ravindra Kumar Vermavs M/s BPTPltd. & Anr.*⁴⁶ the Delhi High Court ruled that despite the existing conciliation or mutual discussion step, the arbitral proceedings can be commenced, leaving the position of Indian Courts up for discussion.

United States - The United States poses as yet another jurisdiction that has been all but unequivocal on whether these types of agreements are enforceable.⁴⁷ In the 2014 judgement of *BG Group plc v. Republic of Argentina*,⁴⁸ The United States Supreme Court found that failure to comply with pre-arbitral steps prescribed in MDR clauses will not deprive an arbitral tribunal of jurisdiction to adjudicate a dispute, without clear language to the contrary. However, even though the parties did all but use clear language in the subsequently discussed MDRs, jurisdiction of arbitral tribunals was still questioned. For instance, the Court of Appeals for the Eleventh Circuit in *Kemiron Atlantic Inc v. Aguakem International Inc*, the tribunal was deprived of jurisdiction on account of a mandatory condition precedent. Likewise, in *Red Hook Meat Corp v. Bogopa-Columbia Inc*⁴⁹ The Supreme Court of New York similarly held that even though no mandatory phrasing could be found in the clause itself, the pre-arbitral steps within the MDR pose as conditions precedent to arbitration. In *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*, it was held that the arbitration provision is not triggered until one of the parties requests mediation.⁵⁰

Hong Kong: A 'step' closer to clarity. - Dubbed a “key judgment affecting thousands of commercial contracts”,⁵¹ a recent case of *C v D*⁵² dealt with a question of whether it would be futile to compel the parties to “go through the motions”

⁴⁵ MANU/RH/1010/2012.

⁴⁶ MANU/DE/3028/2014.

⁴⁷ *Vestar Development II LLC v General Dynamics Corp*, 249 F 3d 958, 961 (9th Cir 2001) indicates the law of California is ‘unsettled’ in this regard.

⁴⁸ *BG Group PLC v. Republic of Argentina*, 572 _ (2014) (slip op.), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/572/25/>, 18.9.2021.

⁴⁹ *Red Hook Meat Corp v. Bogopa-Columbia, Inc*, 31 Misc 3d 814 at 819 (NY Sup Ct 2011).

⁵⁰ Likewise, in *Weekley Homes Inc. v. Jennings*, language of an MDR clause was interpreted to as requiring the exhaustion of a mandatory negotiation clause as a condition precedent to arbitration.

⁵¹ New Law on Escalation Clauses in Hong Kong, <https://www.herbertsmithfreehills.com/hs-fpdf/latest-thinking/new-law-on-escalation-clauses-in-hong-kong?pdf=1>, 15.09.2021. See Nick Gall, Ashima Sood, Kritika Sethia, Hong Kong Courts: Pro-Arbitration in Principle and in Practice, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-620-0183?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-620-0183?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), 20.09.2021.

⁵² [2021] HKCFI 1474, https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=136552&QS=%2B&TP=JU.

- which is certainly the main drawback of the enforcement approach when it comes to the pre-arbitral steps. Significantly, the Court did not deprive the tribunal of the jurisdiction, in line with the pro-arbitration approach generally taken by the Hong Kong courts. Indubitably, this judgement is set to be a notable one given that Hong Kong is a prominent Model Law jurisdiction. Consequently, as many as 118 jurisdictions with the Model Law-based legislations⁵³ could be following in its footsteps soon.

England and Wales. - When it comes to the issue of enforceability of MDR clauses, English and Welsh court practice has been as tortuous as it has been abundant. Even though the agreements to negotiate are generally unenforceable under English law,⁵⁴ the very first case on the topic was decided inversely, thus beginning almost a century long stream of unpredictability.⁵⁵ The dice begins rolling every which way in *Courtney & Fairbairn v Tolaini Brother* where the Court of Appeal ruled that an agreement to negotiate the price of the contract between the parties was not enforceable, as it constituted only a bare “agreement to agree”. The obligation was found to be unenforceable, firstly, due to the fact that a contract to negotiate is not recognised under the English contract law; then because of its overall uncertainty and in particular the consequential difficulty to anticipate the success, or lack thereof, of negotiations as well as the remedies for non-compliance that would follow. This decision was later upheld in a number of cases,⁵⁶ most notably in *Walford v Miles*,⁵⁷ where the House of Lords found an obligation to negotiate in good faith as “inherently inconsistent with the position of a negotiating party” and therefore “unworkable in practice”. This established pattern of blanket unenforceability⁵⁸

⁵³ For a list of all 118, UNCITRAL Model Law jurisdictions see https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, 20.09.2021.

⁵⁴ P. Ashford, op. cit., 4; Simon Chapman, “Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, No. 1, Kluwer Law International, The Hague, 2010, 94.

⁵⁵ *WN Hillas & Co Ltd v Arcos Ltd* [1932] UKHL 2, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/2.html>.

⁵⁶ *Itex Shipping Pte Ltd v China Ocean Shipping Co (The “Jing Hong Hai”)*, [1989] 2 Lloyd’s Rep 522.; *Paul Smith Ltd V H & S International Holding Co Inc.*, [1991] 2 Lloyd’s L. Rep. 127, https://www.trans-lex.org/303000/_/paul-smith-ltd-v-h-s-lrep-127/, 21.09.2021.

Halifax Financial Services Ltd. V Intuitive Systems Ltd., [1999] 1 All ER 664. <http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdrLawRep/HALIFAX.pdf>, 21.09.2021.

⁵⁷ *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128, 138 (House of Lords), <https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:0ad63435-bcb7-490f-ab7b-154d9acc497f/Walford%20v.%20Miles.pdf>, 22.09.2021.

⁵⁸ Jack O’Connor, “The Enforceability of Agreements to Negotiate in Good Faith”, *University of Tasmania Law Review*, 2010, 177; S. Chapman, op.cit., 93.

swiftly suffered yet another turnaround in *Cable & Wireless v. IBM*.⁵⁹ This course of events propelled courts to formulate case-specific principles and requirements for enforceability of MDR clauses, such as the parties' unequivocal intent to be bound by the clause and sufficient certainty of the details of the process, which moderately decluttered the area around the issue.⁶⁰ Still, the threshold of enforceability remained high and English courts remained hesitant in perceiving the pre-arbitration requirements as binding.⁶¹ The exception to the abovementioned is a puzzling⁶² recent decision in *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Limited*⁶³ where an MDR clause that required the parties to merely conduct friendly discussions was found a condition precedent to the right to refer a claim to arbitration.⁶⁴ While the *Emirates* decision is certainly "a landmark in the development of arbitral jurisprudence",⁶⁵ the uncertainty lives on until the Supreme Court has an opportunity to revisit this issue.

Singapore. – The courts of Singapore have been consistent on a national level. In *HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd. (Trustee of Starhill Global Real Estate Investment Trust) v Toshin Development Singapore Pte Ltd*, the court was

⁵⁹ *Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.* [2002] EWHC 2059 (Comm) (1 October 2002), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html>, 15.09.2021. Justice Coleman validated an MDR clause that referred disputes to an ADR procedure "as recommended to the Parties by the Centre for Dispute Resolution".

⁶⁰ *Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd & Ors* [2012] EWHC 3198 (Ch) (14 November 2012), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html>, 21.9.2021; *Holloway v Chancery Mead Ltd* [2007] EWHC 2495, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2007/2495.html>, 21.9.2021; *Sulamerica CIA Nacional de Seguros v. Enesa Engenharia*, [2012] EWCA Civ 638, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>, 15.9.2021.

⁶¹ G. M. Vlavianos, V. F. L. Pappas, op. ct., 221.

⁶² For criticism of the decision see Louis Flannery, Robert Merkin, "Emirates Trading, Good Faith, and Pre-Arbitral ADR Clauses: A Jurisdictional Precondition?", *Arbitration International*, Vol. 31, Issue 1, Oxford University Press, 2015, 24-25.

⁶³ *Emirates Trading Agency Llc v Prime Mineral Exports Private Ltd* [2014] EWHC 2104 (Comm) (01 July 2014), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2014/2104.html>.

⁶⁴ In a way, this decision could also symbolise returning to the roots, as Justice Teare noted that where the parties have agreed on a clause aiming to prevent them from launching into an expensive arbitration without first seeking to resolve the dispute by friendly discussions, the courts should seek to give effect to the parties' bargain, which seems to follow the rationale of the House of Lords in *WN Hillas*. Justice Teare, however, criticised the ruling in *Walford v. Miles*, stating the following: "where commercial parties have entered into obligations they reasonably expect the courts to uphold those obligations. The decision in *Walford v Miles* arguably frustrates that expectation."

⁶⁵ Robert Rhodes, Andrew Maguire, "Have the Risks of ADR Escalation Clauses Reduced?", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 82, Issue 1, Chartered Institute of Arbitrators, London, 2016, 20-21.

presented with questions regarding the validity and the enforceability of a contractual clause directing parties to “endeavour in good faith to agree”, and ended up deciding against it. Led by the *Toshin* example, along with a portion of English jurisprudence on the topic, in *International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd & Another*⁶⁶ Singapore High Court endorsed its previously held stance by finding that the mediation procedure envisioned by the MDR clause was not uncertain and thus enforceable, reminiscent of the path usually taken by civil law jurisdictions.

Civil Law Jurisdictions

Courts in civil law jurisdictions have, thus far, displayed less disarray when dealing with the present issue than their common law counterparts. They keenly enforce the pre-arbitral ADR procedures, usually followed by a stay on arbitration proceedings until all the steps envisioned by an MDR clause have been exhausted. However, even they have been vastly inconsistent.

Switzerland. – A landmark decision in the case decided by the Swiss Supreme Court in 2016⁶⁷ (at least seemingly) resolved the abiding dilemma concerning the mandatory nature of the pre-arbitral tiers. Companies X and Y entered into a series of contracts containing MDRs which envisaged conciliation as a pre-arbitral step. When the dispute arose, the conciliation was initiated by X, as per the MDR. However, in the midst of the conciliation proceedings, Y commenced arbitration proceedings, while X naturally challenged the jurisdiction of the tribunal. The Court found that the MDR does require the companies to undergo conciliation proceedings before they resort to arbitration. However, the Court decided in favour of the tribunal’s jurisdiction and stayed the proceedings until the conciliation step could be complied with, in line with the general civil law approach. By engaging in a true Swiss rarity - setting aside an arbitral award, Swiss Supreme Court bolstered legal certainty by resolving a question left open since 2007, at least for the time being.⁶⁸

⁶⁶ See Darius Chan, “Enforceability of the Multi-Tiered Dispute Resolution Mechanisms - the Singapore Judiciary’s Promotion of Consensus as a Cultural Value”, Kluwer Arbitration Blog, 8th January 2013, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/01/08/enforceability-of-multi-tiered-dispute-resolution-mechanisms-the-singapore-judiciarys-promotion-of-consensus-as-a-cultural-value/>, 3.10.2021. Singapore Court of Appeal confirmed the enforceability of the clause. It emphasised that a specific set of procedures provided by the parties as a precondition to arbitration must be complied with.

⁶⁷ 4A_628/2015, March 16, 2016, <http://www.swissarbitrationdecisions.com/>, 03.10.2021.

⁶⁸ Christopher Boog, James U. Menz, “Landmark Swiss Decision on Failure to Comply with a Mandatory Pre-Arbitral Tier”, Kluwer Arbitration Blog, 4 May 2016, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/04/landmark-swiss-decision-failure-comply-mandatory-pre-arbitral-tier/>, 19.9.2021.

Unlike many others, it managed to “strike a healthy balance between holding the parties to their bargain of seeking to resolve their dispute through other means of ADR prior to resorting to arbitration, whilst at the same time ensuring that the non-compliance of such pre-tiers cannot be used (or abused) to derail an arbitral process that has already been initiated.”⁶⁹

France. - French case law on the subject in question serves as a refreshing token of uniformity. It displays a clear propensity towards pegging the pre-arbitral steps mandatory. In the pioneer decision of Cour de Cassation in *Poiré v. Tripier*, the court notably upheld the decision of the appellate judges who had found the claim inadmissible “en l'état”⁷⁰ of the proceedings, as the parties had to follow through with the conciliation step envisaged by the MDR clause. Not only have the decisions subsequent to *Poiré v. Tripier* followed its rationale,⁷¹ but further fortified it.⁷²

China. - A Wuhan Arbitration Commission study⁷³ discovered that courts declined to invalidate arbitration agreements on grounds the parties' failed to conduct requisite negotiations in all twelve cases identified.⁷⁴ In early 2000s, the Supreme Court denied recognition and enforcement to two arbitral awards, reasoning that the parties were bound by the MDR clause in the arbitration agreement and therefore should have engaged in negotiations for 90 days before commencing arbitration.⁷⁵ On the other hand, in the Runhe case, the court ruled that an MDR clause was not mandatory as the parties did not explicitly agree on the time limit and performance of the negotiation.⁷⁶

Sweden. - In Sweden, clauses containing a pre-arbitral ADR step are believed to be of “no procedural effect” and are merely a form of a “gentlemen's agreement”

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ At that particular stage of the proceedings.

⁷¹ This reasoning was reaffirmed by Cour d' Appel in *Société Nihon Plast Co. v. Société Takata-Petri Aktiengesellschaft and Société Vijay Construction Ltd. V. Société Eastern European Engineering Ltd*, as well as Cour de Cassation in cases Com. 17 June 2003; Civ. 1ère, 30 October 2007; Civ. 1ère, 9 November 2006.

⁷² Gregory Traviani, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, a Friendly Miranda Warning”, Kluwer Arbitration Blog, 30 September 2014, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/30/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-a-friendly-miranda-warning/>, 21.09.2021; Cass. com. *Medissimo v. Logica*, 29 April 2014, n° 12-27.004.

⁷³ Wuhan Arbitration Commission Study, http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2021-04/08/content_8476336.htm, 21.09.2021.

⁷⁴ P. A. Neumann, *op. cit.*

⁷⁵ SCC 076/2002; SCC 111/2003.

⁷⁶ SPC Reply to the Review of Runhe Development Corporation's Application for the Non-Enforcement of Arbitral Award [2008] Min Si Ta Zi No.1, Issued on 8 May 2008.

between the parties.⁷⁷ However, under the right circumstances, an arbitral tribunal could be bound by a multi-step procedure and refuse to allow a party to initiate the arbitration proceedings prematurely.⁷⁸

MOVING FORWARD: PRACTICAL SOLUTIONS IN TACKLING THE UNCERTAINTY

Uncertainties associated with MDR clauses should be tackled on two fronts: by those administering the disputes and those drafting the clauses.⁷⁹

Arbitral Institutions

Lal, Casey, Kaiding and Defranchi contend that the problems with pre-arbitration procedures or MDR clauses can only be fixed if institutional rules make it express that the arbitral tribunal has jurisdiction to decide its own jurisdiction; “and in so doing has the express authority to review compliance with the MDR clause; and thus to decide if the arbitration has been commenced properly”.⁸⁰ Absent explicit provisions in institutional rules, they urge, “the parties are left only with jurisprudence and normative propositions that are either not fully understood or that are not accepted by national courts.”⁸¹

What can the drafters do to minimise the uncertainties?

Still, as is true with most areas of life: prior planning and preparation prevent poor performance.⁸² Despite the myriad of issues discussed prior, ultimately, it is the drafting process of an MDR clause that makes or breaks its chances of being

⁷⁷ Finn Madsen, Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Arbitration, <https://svjt.se/content/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-arbitration>, 19.09.2021.

⁷⁸ In *T 2675-14*, the Svea Court of Appeal held that the duty to negotiate did not constitute a condition precedent for commencing arbitration proceedings. However, in a SCC arbitration No. 179/2009, the tribunal held that a requirement that the parties negotiate in good faith for a period of 30 days before initiation of any arbitration was valid.

⁷⁹ The parties themselves, in-house counsel or external counsel.

⁸⁰ B. Casey, L. Defranchi, J. Kaiding, H. Lal, *op. cit.*, 797.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Unfortunately, even when it comes to contracts of high value and complexity, dispute resolution clauses are often neglected. They are often copied from other contracts with little to no alterations to the overall suitability for a particular transaction.

enforced.⁸³ Thus, it is safe to say that certainty begins in the quill of the drafter. Even though the waters of the “dismal swamp” are far from clear, a few important considerations are to be made regarding the drafting process of an MDR clause. While admittedly there is no one-fits-all formula, the easiest course of action would be to find guidance through the model clauses offered by the arbitral institutions or the internationally accepted best practice – the International Bar Association Guidelines for Drafting International Clauses.⁸⁴

First and foremost, seeing that a pre-arbitral step must be mandatory if it is to be legally enforceable,⁸⁵ there is no room for ambiguity. Vague formulations, such as the use of the permissive “*may*” should be avoided,⁸⁶ as they can result in a conclusion that the clause is “merely an invitation to participate in a process, rather than an enforceable obligation.”⁸⁷ Definiteness of the clause can further be amplified, for instance, by limiting the duration of the pre-arbitral procedures, defining a precise number of sessions, as well as naming the participants.⁸⁸ Also welcome is the concretisation of the rules and procedures to be followed, as well as a clear indication of the institution administering the pre-arbitral mechanism. In the interest of caution, drafters of MDR clauses should refrain from requiring the parties to negotiate, mediate or conciliate “genuinely” or in “good faith”. Such formulations are not only a perfect conduit for unpredictability, but also the risk of a party

⁸³ E. Kajkowska, op. cit., 216; M. Pryles, op. cit., 26; S. R. Garimella, N. A. Siddiqui, op. cit., 190; Dana H. Freyer, “Practical Considerations in Drafting Dispute Resolution Provisions in International Commercial Contracts: A US Perspective”, *Journal of International Arbitration* 15, No.4, 1998, 7.

⁸⁴ International Bar Association, Section IV - Drafting Guidelines for Multi-Tier Dispute Resolution Clauses, 30.

⁸⁵ E. Kajkowska, op. cit., 216.

⁸⁶ A reviewing court could reach a different conclusion nonetheless. Even in instances where the drafters suggested a chosen ADR procedure is optional by using the word “*may*”, it was found to be mandatory. Additionally, the Swiss Federal Supreme Court found that the clause in the FIDIC Red Book which states that “either party may” refer disputes to adjudication meant that a reference to adjudication was mandatory before commencing arbitration. The word “*may*” was interpreted to mean that the reference could be made by *either party*. Still, in the interest of caution, the parties should opt for language that is clearly mandatory, by using verbs such as “shall”, “will” or “must”. Interestingly enough, according to the Supreme Court of the United States’ ruling in *Gutierrez de Martinez v. Lamagno*, the word “shall” carries the meaning of “may”. For a detailed analysis of the Supreme Court’s reasoning, see Jerry Payne, *The False Imperative*, <https://www.ncsl.org/legislators-staff/legislative-staff/research-editorial-legal-and-committee-staff/volume-xxvi-issue-2-the-false-imperative.aspx>.

⁸⁷ E. Kajkowska, op. cit., 216; P. Ashford, op. cit., 5.

⁸⁸ D. J. File, op. cit., 33; C. Tevendale, H. Abmrose, V. Naish, op. cit., 40.

being faced with a counterparty's assertion that, while they may have participated in designated ADR process, it was not done genuinely or in good faith.⁸⁹ Finally, if the parties wish to enter into highly complex MDR clauses with multiple pre-arbitral steps,⁹⁰ it is imperative the transition between them be well-defined.⁹¹

CONCLUSION

Legal certainty is a core necessity of the business community. An unpredictable legal climate cannot be prosperous for any type of transaction, let alone within an international arena. The main finding of the article is that, once drafted in a serviceable way, a MDR clause should be respected and enforced as the choice of the parties, no matter the jurisdiction. Hence, in order to keep MDR clauses from being more trouble than they are worth and bypass potential enforceability concerns, the parties ought to tailor their MDR clauses with as little leeway as possible. It is imperative that a multi-tiered provision makes explicit the intention of the parties to resolve a future dispute by arbitration only if (and when) the preceding ADR method fails and thus ensure the envisioned resolution of their disputes.

MARIJA RALEVIĆ

Student osnovnih studija, Pravni fakultet
Univerziteta u Beogradu

PRIMENA I TUMAČENJE KLAUZULE O VIŠESTEPENOM REŠAVANJU SPOROVA: PROBLEM PRAVNE NESIGURNOSTI

Rezime

Usled povećane upotrebe klauzula o višestepenom rešavanju sporova na globalnom nivou, neujednačena praksa u pogledu njihovih efekata sve više zabrinjava. Imajući u vidu da jaz ne postoji samo između različitih jurisdikcija, već i sudova unutar jedne iste, sve osetnija je pravna nesigurnost koja preta da potkopa prednosti ovog načina rešavanja sporova. Prednosti korišćenja ovakvih

⁸⁹ G. M. Vlavianos, V. F. L. Pappas, op. cit., 230.

⁹⁰ For example, a clause could prescribe negotiation among low-level representatives, followed by negotiation among higher-level representatives, followed by mediation or conciliation and finally, arbitration.

⁹¹ Especially given that the unenforceability of one step in the sequence affects the enforceability of the following one. Of note here is the decision of Einstein J in *Aiten v. Transfield* where an unenforceable mediation procedure meant the unenforceability of an earlier negotiation procedure because the two were not separable. E. Kajokowska, op. cit., 216; M. Pryles, op. cit., 43.

klauzula su brojne - pre svega izbegavanje nužno skupih i složenih arbitražnih postupaka, kao i očuvanje poslovnih odnosa. Analiza sudske prakse pokazuje da sudovi u jurisdikcijama kontinentalnog prava demonstriraju viši stepen sigurnosti od anglosaksonskih. Skloni su da „nateraju“ stranke da pre upućivanja spora na arbitražu ipak iscrpe ugovorene pred-arbitražne ADR mehanizme. S druge strane, praksa sudova u anglosaksonskim zemljama je dodatno razjedinjena čestim promenama u pristupu, naročito od strane engleskih sudova. Naposletku, iako se za njihovo korišćenje vezuje značajan broj nepoznanica, kada su adekvatno formulisane, ove klauzule imaju mnogo veće šanse da za opstanak pred bilo kojim sudom ili tribunalom.

Ključne reči: ADR, klauzule o višestepenom rešavanju sporova, međunarodna arbitraža, pravna nesigurnost, pred-arbitražni mehanizmi

Bibliography

- Baizeau D., Loong A.M., “Chapter 18, Part XVI: Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses”, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, (ed. Manuel Arroyo), 2nd edn., Kluwer Law International, The Hague, 2018.
- Berger K.P., “Law and Practice of Escalation Clauses”, *Arbitration International*, Vol. 22, Issue 1, 2006.
- Boog C., Menz J.U., “Landmark Swiss Decision on Failure to Comply with a Mandatory Pre-Arbitral Tier”, Kluwer Arbitration Blog, 4 May 2016, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/04/landmark-swiss-decision-failure-comply-mandatory-pre-arbitral-tier/>.
- Born G., Ščekić M., “Pre-Arbitration Procedural Requirements: A Dismal Swamp”, *Practicing Virtue: Inside International Arbitration* (eds. D. D. Caron, S. W. Schill, A.C. Smunty, E. Traintafilou), Oxford University Press, 2015.
- Carter J.H., “New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond”, ICCA Congress Series (ed. Albert Jan van den Berg), Vol. 12, 2004, Beijing, Kluwer Law International 2005.
- Casey B., Defranchi L., Kaiding J., Lal H., “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Arbitration – The Need for Coherence”, *ASA Bulletin*, Vol. 38, Issue 4, 38, Kluwer Law International, The Hague, 2020.
- Chapman S., “Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, No. 1, Kluwer Law International, The Hague, 2010.
- Darius Chan, “Enforceability of the Multi-Tiered Dispute Resolution Mechanisms - the Singapore Judiciary’s Promotion of Consensus as a Cultural Value”, Kluwer Arbitration Blog, 8th January 2013, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/01/08/enforceability-of-multi-tiered-dispute-resolution-mechanisms-the-singapore-judiciarys-promotion-of-consensus-as-a-cultural-value/>.
- File J.D., *United States: Multistep Dispute Resolution Clauses*, 3 Mediation Committee Newsletter 1, IBA Legal Practice Division, July 2007.

- Flannery L., Merkin R., “Emirates Trading, Good Faith, and Pre-Arbitral ADR Clauses: A Jurisdictional Precondition?”, *Arbitration International*, Vol. 31, Issue 1, Oxford University Press, 2015.
- Freedman C., Farrell J., *Kendall on Expert Determination*, Sweet & Maxwell, 2015.
- Freyer D.H., “Practical Considerations in Drafting Dispute Resolution Provisions in International Commercial Contracts: A US Perspective”, *Journal of International Arbitration* 15, No.4, 1998.
- Gall N., Sood A., Sethia K., *Hong Kong Courts: Pro-Arbitration in Principle and in Practice*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-620-0183?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-620-0183?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).
- Jolles A., “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses”, *Arbitration*, Vol. 72, No. 4, 2006.
- Kajkowska E., *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, Hart Publishing, 2017.
- Kayali D., “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, Issue 6, Kluwer Law International, 2010.
- Kirby J., “Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, Issue 6, Kluwer Law International, 2015.
- Madsen F., Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Arbitration, <https://svjt.se/content/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-arbitration>.
- Mistelis L.A., “Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: Between Systems Theories and Party Autonomy”, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 313, 2019.
- Moses M.L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2012.
- Newmark Ch., “Controlling Time and Costs in Arbitration”, *Leading Arbitrators Guide* (ed. Christopher Newmark), Juris Publishing, New York, 2006.
- Nigmatullina D., “The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study”, *Journal of International Arbitration*, No. 37, Kluwer Law International, The Hague, 2016.
- O’Connor J., “The Enforceability of Agreements to Negotiate in Good Faith”, *University of Tasmania Law Review*, 2010.
- Park W., “Arbitration and Fine Dining: Two Faces of Efficiency”, *Festschrift für Pierre Karrer*, Boston University School of Law, 2017.
- Pryles M., “Multi-tiered dispute resolution clauses”, *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story* (ed. J. van den Berg), ICCA Congress Series, Volume 10, Kluwer Law International, 2001.
- Reed S.F., Lejoux A., Nesvold P.H., *The Art of M&A: A Merger Acquisition Buyout Guide*, 4th Edition, 2007.

- Rhodes R., Maguire A., “Have the Risks of ADR Escalation Clauses Reduced?”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 82, Issue 1, Chartered Institute of Arbitrators, London, 2016.
- Risse J., “Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings”, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 3, 2013.
- Sussman E., “Combinations and Permutations of Arbitration and Mediation: Issues and Solutions”, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, Vol. II, Kluwer Law International, The Hague.
- Tevendale C., Abmrose H., Naish V., “Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration”, *The Turkish Commercial Law Review*, Vol. 1, Issue 1, 2015.
- Traviani G., “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, a Friendly Miranda Warning”, Kluwer Arbitration Blog, 30 September 2014, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/30/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-a-friendly-miranda-warning/>.
- Varady T., “The Courtesy Trap: Arbitration ‘If No Amicable Settlement Can Be Reached’”, *International Arbitration*, Vol. 14, No. 4, 1997.
- Vlavianos G.M., Pappas V.F.L., “Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Condition Precedent to Arbitration”, *The Guide to Energy Arbitrations* (ed. J. William Rowley QC), 2nd Edition, London, 2017.

**KATEDRA
PRAVO NA IMOVINU
Sekcija
„Radni odnosi“**

TIJANA KOVAČEVIĆ

AKTUELNE TENDENCIJE U RAZVOJU RADNOG PRAVA: IZMEĐU DEREGULACIJE I PRAVNE SIGURNOSTI

Brojne promene sa kojima se čitavo društvo susreće poslednjih decenija nisu zaobišle svet rada i tržište rada kao njegov sastavni deo. Te promene su u velikoj meri uticale na domaći pravni okvir u kojem se izgrađuju odnosi između poslodavaca i zaposlenih i njihovih udruženja. Kako aktuelni svetski trendovi deregulacije i fleksibilizacije mogu da naruše osnovne vrednosti na kojima počiva radno pravo i čitavo radno zakonodavstvo, neophodno je analizirati uzroke tih promena i konkretne oblike njihovog ispoljavanja. Na to se nadovezuje zahtev suprotstavljanja odnosno uvažavanja nacionalnih okolnosti kao važnih činilaca u izgradnji postojeće radnopravne regulative. U radu će biti prikazani uticaji tranzicije na razvoj radnog prava, imajući u vidu da je prelazak iz socijalističkog u kapitalističko društvo doveo do umanjavanja značaja državne (zakonodavne) legislative u ublažavanju nejednakosti subjekata radnog odnosa, nalazeći da je tržište rada sposobno da samo apsorbuje te nejednakosti. Putem tog procesa, zakonodavna intervencija zamenjena je tržišnom koja, objedinjujući uloge zakonodavca i arbitra, oduzima pravnoj normi vrednosni kvalitet. Izložena pojava se može smatrati opasnom jer vodi destabilizaciji pravne sigurnosti u radnom pravu. U nastavku rada je izložen dalji razvoj istog trenda kroz ugradnju ideje deregulacije radnog prava u pojam fleksibilizacije tržišta rada. Stavljajući akcenat na internu fleksibilizaciju tržišta rada, autor predočava pojavu izbalansiranog evropskog pristupa koji nastoji da pomiri suprotstavljene interese učesnika tog tržišta.

Ključne reči: *fleksibilizacija tržišta rada, radno pravo, tranzicija, deregulacija, globalizacija*

Tijana Kovačević, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: tijanakovacevic@gmail.com.

U V O D

Radno pravo se izdvaja iz građanskog prava i postaje zasebna pravna disciplina u periodu od sredine 19. do početka 20. veka.¹ Budići da je predmet ove discipline u početku bio ograničen na rad u fabričkim postrojenjima, razlikovao se i njen prvobitni naziv. Vremenom se širi domen primene industrijskog/radničkog zakonodavstva i na druge kategorije poslodavaca, zbog čega dolazi do promene terminologije korišćene za označavanje ove grane prava.² Iako radno pravo postaje izdvojeno od građanskog prava u sistemu klasifikacije pravnih nauka, njihova veza se ne prekida budući da je radni odnos po svojoj prirodi ugovorni odnos. Tako se na brojna pitanja koja se tiču zaključenja, važnosti, trajanja ili prestanka ugovora o radu, u nedostatku bližeg uređenja, primenjuju pravila opšteg ugovornog prava, pa se i Zakon o obligacionim odnosima u tom delu javlja kao supsidijarni izvor.³

Zakon o obligacionim odnosima koji ujedno čini okosnicu srpskog ugovornog prava primenjuje se u svom izvornom obliku od perioda kada je prvi put donet.⁴ Kao potpuni antipod ovom Zakonu stoji osnovni zakon u oblasti radnih odnosa i čitavo radno zakonodavstvo koje se ne može pohvaliti stabilnošću.⁵ Takvo stanje stvari navelo je autora na razmatranje razloga i uzroka opisanih tendencija u oblasti radnog prava. S tim u vezi se i postavlja pitanje koliko su dobre učestale promene zakona, imajući u vidu da je potrebno vreme da se sa novinama upoznaju kako oni koji

¹ Izuzetak u tom pogledu predstavlja švajcarsko pravo koje radnopravni odnos smatra suštinski obligacionopravnim odnosom, zbog čega se do danas zadržala ideja da se ugovor o radu reguliše zajedno sa ugovorima građanskog i poslovnog prava u posebnom delu švajcarskog Zakonika o obligacijama. Istu logiku prati i nemački Građanski zakonik koji ugovore o radu kvalifikuje kao podvrstu ugovora o službi, s tim da se kao osnovni kriterijum razgraničenja uzima priroda obligacije, koja je kod ugovora o službi nepromenljiva. Međutim, izostanak zakonske definicije zaposlenog može negativno uticati na situacije u kojima pravni osnov angažovanja iz ugla onih koji primenjuju pravo nije sporan, kao što je to slučaj sa položajem direktora koji je istovremeno i član odbora direktora kao jednog od organa akcionarskih društava. Reiner Ascheid, „Das Arbeitsrecht im BGB“, *De Gruyter Kommentar* (Hrsg. Harald Schliemann), 2. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2002, 53. Na to se nadovezuje i Zakon o radu Estonije koji upućuje na primenu Zakona o obligacionim odnosima u delu koji se odnosi na zaključenje ugovora o radu. Gaabriel Tavits, „Freedom of Contract in Labour Relations“, *Juridica international*, br. 4, 1999, 179.

² Branko A. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 6.

³ B. A. Lubarda (2012), op. cit., 256.

⁴ O Zakonu o obligacionim odnosima, Slobodan Perović, „Osnovna koncepcija Zakona o obligacionim odnosima“, *Predgovor Zakona o obligacionim odnosima*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, 9-162; Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, 37-78.

⁵ Željko Mirjanić, „Novine u radnom zakonodavstvu“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1, Beograd, 2016, 43.

primenjuju zakone, tako i oni na koje se ti zakoni odnose. Reč je izmenama zakona u smislu brisanja člana ili nekog njegovog dela ali i zamene postojećeg člana novim članom, kao i dopune izvornog teksta. Tu se svakako ubraja i izmena u smislu donošenja novog zakona koji se u manjoj ili većoj meri razlikuje od prethodnog. S obzirom na to da su pre sedam godina izmene važećeg Zakona o radu bile volumiozne, čini se da će i sa novim Zakonom o radu doći do krupnog zaokreta u materiji radnih odnosa.

Iako predlozi *de lege ferenda* mogu biti produkt sudske prakse, česte izmene i dopune zakona nesumnjivo narušavaju sudsko praćenje sadržine propisa, zbog čega se objavljuje tzv. prečišćeni tekst koji zbog svoje preglednosti umnogome olakšava pravnicima praktičarima primenu prava.⁶ Tu treba dodati i inicijative za izmene zakona ili usvajanje novog, koje mogu poteći upravo od tih subjekata, ali i od pravne teorije koja redovno nastoji da da svoj doprinos adekvatnom koncipiranju propisa.

Delotvornost zakonskih odredaba u velikoj meri zavisi od toga da li su u pravne norme ugrađena saznanja i dotignuća teoretičara, a posebno iskustva praktičara u toj oblasti. Zbog toga je od posebne važnosti stručnost stvaralaca pravnih normi, budući da su neretko promene zakona vršene u nedostatku logičke promišljenosti sastavljača teksta. Time ostavljamo po strani korišćenje drugačije jezičke formulacije u revidiranom izdanju zakona budući da nomotehnička poboljšanja teksta ne spadaju u suštinske regulatorne izmene. Rukovođeni time, težište stavljamo na činioce koji utiču na reforme u oblasti radnih odnosa, ne negirajući vezu između tehnike stvaranja prava i društvenih činilaca koji je okružuju. To vodi suštinskom sužavanju područja istraživanja na kvalitet izmena radnog zakonodavstva i eventualne legislativne apstinencije u uslovima tranzicije, globalizacije i evropeizacije kao glavnih pokretača promena. Iz toga sledi da se činioce od značaja za reformske tokove u oblasti rada mogu svrstati u dve grupe: unutrašnje i spoljne (spoljašnje). Na osnovu analize njihovog međusobnog odnosa nameće se zaključak o dominantnosti spoljašnjih činilaca nad unutrašnjim u izgradnji srpskog radnopravnog okvira.⁷

UTICAJ TRANZICIJE NA RADNO PRAVO – RAZVOJ IDEJE DEREGULACIJE

Uvodna razmatranja

Pojam tranzicije se koristi za označavanje prelaska odnosno transformacije (preobražaja) autoritarnih državnih režima u slobodna demokratska društva tržišne ekonomije. Dakle, tranzicija može da se označi kao evolutivni prelazak iz jednog tipa društva u drugo, iz industrijskog u postindustrijsko ili iz predmodernog

⁶ Ž. Mirjanić, op. cit., 40.

⁷ Ž. Mirjanić, op. cit., 40.

u moderno društvo.⁸ Uže posmatrano, tranziciju prate proizvodne sektorske promene i promene u prirodi poslova i načinu njihove organizacije što vodi porastu kvalifikovane radne snage.⁹

Tranzicijski proces otpočeo je sa raspadom socijalističkog sistema vlasti u zemljama istočne i jugoistočne Evrope i Sovjetskog Saveza. Reč je, dakle, o društvenom procesu koji je započeo i još uvek traje u određenom broju zemalja. Slabljenje uloge države u industrijskim odnosima vodi umanjenju uticaja političkih elita u definisanju novog zakonodavnog i institucionalnog okvira, što vodi boljem pozicioniranju drugih aktera u procesu pregovaranja i izrade novog zakonodavnog teksta.¹⁰ Ovo posebno zbog prioriteta zakonskog uređivanja prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa nad kolektivnim ugovorima. To, međutim, ne menja činjenicu da je socijalni dijalog poželjan i koristan u izgradnji stabilnog (postojanog) radnog zakonodavstva. Međutim, sukob interesa socijalnih partnera neretko vodi prekidu ili izbegavanju socijalnog dijaloga u postupku donošenja novih ili izmene i dopune važećih zakona.¹¹

Uprkos široko otvorenom prostoru slobodnog delovanja socijalnih partnera, proces privatizacije društvenih i državnih preduzeća nije bio praćen jačanjem sindikalnog pokreta.¹² Slabljenje moći sindikata se dalje nastavilo, što se odrazilo na njihov faktički uticaj u borbi protiv prihvatanja normativnih rešenja koja nisu pro-radnički orijentisana. Dostizanje krajnje tačke tranzicionog procesa znači oslobađanje tržišta suvišnih sprega u vidu državnog intervencionizma. Time se ostvaruje ekonomska efikasnost na uštrb pravne sigurnosti.

Sporedna uloga pravne sigurnosti ili njeno iščezavanje?

U samoj žiži teorijskog diskursa nalazi se pravna sigurnost kao osnovna pravna vrednost i nužna pretpostavka skladnog sistema prava. Ona, osim fundamentalno važnog postulata, zauzima poziciju središnje tačke filozofskog dijametra,

⁸ Miroslav Pečujlić, *Izazovi tranzicije – novi svet i postsocijalistička društva*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1997, 19; Mišel Buvač, „Osnovne karakteristike tranzicije u (post) socijalističkim zemljama“, *Svarog*, br. 18, 2019, 217.

⁹ Daniel Bell, *The Cultural Contradictions of Capitalism*, Basic Books, New York, 1976, 198.

¹⁰ Tako legislativne promene postaju „dobar indikator promena u sistemu industrijskih odnosa uopšte“. Maria Lorena Cook, „Toward Flexible Industrial relations? Neo-Liberalism, Democracy and Labor reform in Latin America“, *Industrial Relations*, br. 3, 1998, 312.

¹¹ Ž. Mirjanić, op. cit., 45.

¹² Senad Jašarević, „Perspektive fleksibilizacije rada u Srbiji“, *Radno i socijalno pravo*, br. 2, Beograd, 2012, 27.

što potvrđuje i njen poseban tretman u polju nauke o filozofiji prava koja teži da odgonetne smisao i suštinu zakonodavnog akta i prava kao celine. Iako predmet šireg interesovanja, pravna sigurnost zbog svoje kompleksnosti ostaje fenomen nedovoljno objašnjen, tim pre što različitost pravnih sistema povlači postojanje različitih pravnih principa i pravila. Otuda se pravna sigurnost prvenstveno dovodi u vezu sa teorijom stečenih prava, principom neretroaktivnosti, ali i sa nizom drugih tehničkih pojmova u zakonu koji, uzeti skupa, treba da izgrade poverenje građana u institucije vlasti i pravne akte koje oni donose.¹³

Načelo pravne sigurnosti potiče iz prirodnog prava odnosno „zakona razuma“, dok se putem pozitivnog prava tj. važećeg zakona, ono praktično ostvaruje, istina, samo u određenoj, većoj ili manjoj meri.¹⁴ U tom pogledu, pravna sigurnost integriše *izvesnost* kao nužnu pravnu posledicu određenih akata i radnji, što direktno utiče i na sam postupak odlučivanja. To je otvorilo polemiku o značenju pojma pravne izvesnosti (eng. *legal certainty*) i njene veze sa pravnom sigurnošću (eng. *legal security*), u okviru koje se ukazuje na postojanje pravne sigurnosti u subjektivnom smislu koja se može poistovetiti sa osećajem pravne sigurnosti kao osobenim unutrašnjim doživljajem, umnogome povezanim sa procesom jačanja poverenja u pravosudni sistem jedne zemlje.¹⁵ Otuda pravna izvesnost uključuje pozitivizam kao njen integralni sastojak. S druge strane, predvidivost ishoda podrazumeva jasnoću zakonskog teksta, kako bi prema njemu moglo da se postupa.

O značaju razumljivosti ali i pravičnosti zakona svedoče reči Tome Akvinskog (*Tommaso d'Aquino*) da „zakon u osnovi nije ništa drugo do izdata zapovest

¹³ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, Beograd, 2018, 782.

¹⁴ U tom smislu, profesor Slobodan Perović konstatuje: „U svakom slučaju, prema školi prirodnog prava, pozitivno pravo može biti u skladu sa prirodnim, i to je onda jedan idealan spoj prirodnog i pozitivnog prava. Međutim, ako je pozitivno pravo u sukobu s prirodnim, prednost je na strani prirodnog, što znači da se isključuje svaka samovolja zakonodavca pozitivnog prava. Univerzalne vrednosti su autonomne i one imaju prednost nad konvencionalnim. Pozitivno pravo treba da služi univerzalnom i nepromenljivoj prirodnom pravu“. S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 77.

¹⁵ V. S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 782, gde se ističe: „U stvari, svi nedostaci jednog normativnog sistema iskazuju se u sintezi efekta prava, u procesu njegove primene. Kad, dakle, u procesu primene prava (razume se, i u procesu stvaranja prava) dođe do velike doze nezvesnosti, onda to unosi disharmoniju u integritet socijalnih i pravnih ustanova, nastaje socijalna, ekonomska i pravna nesigurnost subjekata prava, i samim tim, pravo postaje nemoćno da verno odražava karakter i prirodu društvenog uzroka prava“. V. i Jadwiga Potrzyszcz, *Legal Security – Synthetic Presentation*, http://old-panol.ipan.lublin.pl/wydawnictwa/TPraw9/11_Potrzeszcz.pdf, 13.5.2021.

zdravog uma za opšte dobro¹⁶. Na taj način, normativni akt postaje orijentir u postupanju onima na koje se primenjuje, s tim da on, pored orijentacije, služi i realizaciji putem deduktivnog pravnog metoda.¹⁷ Tako postavljeno, pravni metod zadobija instrumentalnu ulogu u konkretizaciji pravne norme, a sudija ulogu „živog glasnika“ zakona.¹⁸ Mehanička jurisprudencija isključuje svaki oblik stvaralaštva u vršenju sudijske delatnosti. Međutim, pozitivno pravo u svom unutrašnjem sastavu ne sadrži dovoljno pravila za rešavanje svih potencijalnih slučajeva, zbog čega je prisustvo pravnih praznina neizbežno. Ako se tome doda sloboda sudijskog stvaranja prava u sistemu opšteg prava i mogućnosti da se dođe do različitih, pa čak i suprotnih zaključaka u pogledu istog pravnog pitanja, pravna sigurnost može biti dovedena u pitanje.

Ako se vladavina prava shvati kao vladavina zakona, pravna sigurnost kao princip postaje „izgubljena bitka“ u borbi za tržišnu hegemoniju. Potrebe savremenog kapitalističkog društva zahtevaju relaksaciju krutog radnopravnog režima kao svojevrzni odraz „pobune fakta“ protiv radnog prava koje svojom intervencijom ometa privredni razvoj. Reč je, naime, o „sudaru“ statičke prirode bića zakona o radu sa dinamičnom oblašću njene primene. Otuda i potreba za *integrisanjem procesa stvaranja i primene zakonskih normi* u tržišnu samoregulativu koja deluje automatski nakon formiranja tržišta rada.

Takvo stanje stvari vodi zaključku da vrednost pravne sigurnosti koja nadahnjuje svaki pravni sistem polako bleđi, što ozbiljno dovodi u pitanje tvrdnju o neprihvatljivosti koncepcije „pravne neodređenosti“ u državama evropskokontinentalne pravne tradicije.¹⁹ Pravna sigurnost je jedno od osnovnih načela prava Evropske unije, potvrđena kroz jurisprudenciju evropskih sudova, što u potpunosti odgovara višestrukim preduslovima za ispunjenje zahteva pravne sigurnosti koji, pored usaglašenosti sadržaja propisa, podrazumeva i ujednačenu sudsku praksu.²⁰ Iako su nepotpuni i nejasni propisi najviše prisutni u tranzicijskim intervalima, prihvatanje ideje deregulacije može imati negativne posledice ne samo za ekonomski slabije učesnike tržišta rada, već i za osnovne vrednosti na kojima počiva domaći pravni sistem.

¹⁶ Toma Akvinski, *Država*, Globus, Zagreb, 1990, 154.

¹⁷ James Maxeiner, „Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?“, *Tulane Journal Of International and Comparative Law*, br. 15, 2007, 552.

¹⁸ „Da bi od sudije, kao živog pravедnika, zaista dobili pravdu, potrebno je, pre svega, da postoji pravедno pravo, a zatim, da se takvo pravo pravédno primenjuje“, Slobodan Perović, *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996, 8.

¹⁹ Više, J. Maxeiner, op. cit., 543.

²⁰ Pravna sigurnost je dobila svoju formalnu potvrdu u odlukama Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava. J. Maxeiner (2008), op. cit., 545.

Ekonomski paradigmi kao temelj ideje deregulacije

Oslabljena pozicija države minimizira ulogu zakonodavne aktivnosti u izgradnji radnopravnih standarda. U osnovi te ideje leži ekonomska teorija slobodnog tržišta prema kojoj *homo oeconomicus*²¹ stupa u odnose s drugim ekonomskim subjektima isključivo posredstvom tržišta.²² Potirući subjektivniji ljudski doživljaj, beži se od stvarnosti i unizuje se suština ljudskog postojanja.²³ Naime, reč je o veštačkom stvaranju nekog nadrealnog čoveka lišenog svakog emocionalnog proživljaja.²⁴ Na širem planu ona može imati pogubne posledice po čovekov psiho-socijalni razvoj.

Pojedini autori su pokušavali da spoje naizgled nespojive stvari. Prema Kejnso (Keynes) ekonomija i moral imaju zajedničke konture ako se ekonomska aktivnost koristi kao instrument za otklanjanje moralne krize. U tom smislu, on je smatrao da će rast produktivnosti voditi skraćivanju radnog vremena, što će stvoriti uslove u kojima će rad, podjednako kao i život ljudi, biti prijatan, ugodan i dostojanstven.²⁵

Ekonomski doktrina iluzorno predstavlja „nevidljivu ruku“ tržišta toliko moćnu da može da kontrolište pored ekonomskih tokova i ljudske instikte, te da ih preusmerava ka opštem dobru.²⁶ U tom smislu, nobelovac Džems Tobin (*James Tobin*) ovu pojavu naziva „taktikom ubeđivanja da se alhemijom slobodne trgovine poganost ličnog egoizma pretvori u zlato ekonomske i socijalne sigurnosti“.²⁷

²¹ *Homo oeconomicus* je čovek lišen svakog sentimentalnog osećaja i istovremeno udaljen od moralnih normi. On je isključivo vođen ekonomskim načelima tj. maksimizacijom sopstvenih koristi. Više o studiji racionalnog izbora, Sophie Donnelly, „*Homo Oeconomicus: Useful Abstraction or Perversion of Reality?*“, *Behavioural Economics – Student Economic Review*, Vol. 32, 2018, 96.

²² Christine Breining-Kaufmann, *Globalisation and Labour Rights – The Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, 37; Rajko M. Bukvić, Radica Ž. Pavlović, „Neoklasična ekonomska teorija i problemi ekonomskog razvoja“, *Ekonomika*, br. 3, Niš, 2014, 3.

²³ „Čovek nije samo sebično, već i altruističko biće, kod koga važnu ulogu u motivaciji imaju vrednosti kakve su solidarnost, saradnja, humanost, kreativnost, društveno priznanje.“ Bojan Dimitrijević, „Velika recesija i neuspeh ekonomskog liberalizma – predlozi za novu ekonomiju“, *Velika recesija i kriza neoliberalne ekonomije – zbornik Univerziteta Edukons za društvene nauke* (ur. Bojan Dimitrijević), Sremska Kamenica, 2014, 77.

²⁴ . S. Donnelly, op. cit., 98.

²⁵ O ekonomiji kao umetnosti i grani logike više v. John B. Davis, „Keynes’s View of Economics as a Moral Science“, *Keynes and Philosophy – Essays on the Origins of Keynes’s Thought* (eds. Bradley W. Bateman and John B. Davis), Edward Elgar Publishing, Aldershot, England, 1991, 94 *et seq.*

²⁶ B. Dimitrijević, op. cit., 75 i dalje.

²⁷ Postavljajući u jedan širi okvir on je pitanje nezaposlenosti spojio ne samo sa zakonskom regulativom, već i sa monopolizmom i sindikalizmom u cilju uspostavljanja simbioze. James Tobin, „Inflation and Unemployment“, *The American Economic Review*, br. 1-2, 1972, 1.

Ovakvim pristupom isključuje se normativna intervencija države kao nužnog imperativa u ostvarivanju sigurnosti zaposlenja, jedne od osnovnih vrednosti radnog prava. Isto tako, nema mesta za zaštitu zaposlenja koja se ostvaruje kroz zakonodavstvo o zaštiti radnika kojima se uređuje zapošljavanje i otpuštanje u cilju obezbeđivanja zaštite od neopravdanog otkaza. Stoga i nema koncepcije opravdanih otkaznih razloga u pravu Sjedinjenih Američkih Država. *Employment at will* se smatra moćnim sredstvom razvoja ideje fleksibilizacije i dobrom strategijom u otklanjanju tržišnih nepravilnosti. Međutim, sudsko postavljanje granica u korišćenju ovog tako reći „slobodnog“ ugovora svedoči o njegovoj prevaziđenosti zbog čega se neretko smatra arhaičnom relikvijom koju bi trebalo odbaciti zajedno sa preostalim tragovima *laissez-faire* doktrine iz 19. veka, koja podstiče slobodnu aktivnost i prirodnu posledicu.²⁸ Sudeći po širokoj upotrebi ovog instituta u Sjedinjenim Američkim Državama, njegova priroda je sve samo ne efemerna, čime se izneto shvatanje ne može smatrati u potpunosti tačnim.²⁹ Osim toga, hipoteza da tržište samo apsorbuje nedostatke nije ničim potvrđena kao tačna zbog čega i dalje ostaje prisutno samo široko rasprostranjeno uverenje o slobodnoj trgovini kao najboljem rešenju za sve. Takvim beskompromisnim stavom samoregulišuće, *laissez-faire* tržište, polako gubi svoju dobrovoljnu komponentu uz, doduše, privid da stvari idu svojim tokom. Dobar pokazatelj za tu tvrdnju je sistem makroekonomskih politika koji je dobio naziv „Vašingtonski konsenzus“.

Doktrina slobodnog tržišta, predstavljena u „Vašingtonskom konsenzusu“ nije stvar slobode izbora. Ona se nameće svim zemljama, posebno zemljama u razvoju i tranziciji.³⁰ Putem brojnih smernica i uputstava obavezujućeg karaktera ovaj dogovor postaje amblem redizajniranog ekonomskog liberalizma poznatijeg pod nazivom neoliberalizam. U svetskim razmerama, doktrina neoliberalizma, nametnuta je pomoću jakih finansijskih institucija, a naročito Međunarodnog monetarnog fonda, Svetske banke i Svetske trgovinske organizacije.³¹

²⁸ *Laissez-faire* doktrina se najbolje objašnjava rečenicom „pustite neka svako čini šta hoće i neka sve ide svojim tokom“, dok bi bukvalan prevod sa francuskog jezika bio „ostavi da radi“.

²⁹ Više v. Ljubinka Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 329.

³⁰ B. Dimitrijević, op. cit., 74.

³¹ Prvobitnu verziju „Vašingtonskog konsenzusa“ formulisao je 1990. godine Džon Vilijamson (*John Williamson*). Osnovni uzrok slabosti ovog dogovora se ne vidi toliko u silini otpora protivnika koliko u neslaganju unutar samog hegemonističkog tabora. Ti sukobi su toliko jaki da se period u kome danas živimo naziva razdobljem postvašingtonskog konsenzusa. Pored toga, ovaj razvojni program beleži i stvaralačku ulogu po pitanju ključnih aspekata globalizacije kao najvažnijeg instrumenta u oblikovanju slike današnjice. Ángel Pelayo González-Torre, „La globalización en Boaventura de Sousa Santos. El papel de la epistemología del Sur y de América Latina“, *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, br. 40, 2019, 125.

Nekoliko godina kasnije, američki ekonomista Dani Rodrik (*Dani Rodrik*) dopunjuje ovaj do tada jedinstven i po svojim predlozima originalan dokument novim tačkama, među kojima se nalaze promene u sistemima socijalne zaštite koje se svode na drastičnu redukciju izdataka za zdravstveno, penzijsko i invalidsko osiguranje i fleksibilnije uređivanje radnopравnih odnosa.³² Nedugo zatim isti autor objavljuje članak u kojem obelodanjuje da „Vašingtonski konsenzus“ iako proširen ne ostvaruje željene rezultate. Ovakvo odvijanje događaja nije se moglo očekivati, ali se svakako mora priznati hrabrost i odvažnost Rodrika koji je javno istupio i otklonio sumnje u svemogućnost ovog projekta uprkos sopstvenom dugoprisutnom plediranju.

Glavna ideja tvoraca „Vašingtonskog konsenzusa“ bila je stvaranje jedinstvenog modela za otklanjanje ekonomske krize primenjivog na sve države.³³ Očigledno da čarobna formula ne postoji i da dobar plod ne zavisi samo od korišćenog semena već i od kvaliteta zemljišta i vremenskih uslova. To je neophodno istaći imajući u vidu narastajuću bujicu transplantovanja radnopравnih instituta iz jednog pravnog područja u drugo. Stoga i ne čudi postojanje situacija u kojoj osobito pravno pravilo koje dobro funkcioniše u jednom pravnom sistemu nema isti efekat ili čak biva odbačeno u drugom pravnom sistemu koje ima drugačije običaje, istorijske, kulturuloške ili ekonomske prilike.

Istorijski posmatrano, srpsko pravo beleži recepcije normi i instituta iz drugih pravnih sistema, među kojima prednjače kompanijsko i radno pravo budući da je u tim grana prava ekonomski interes naročito istaknut. Malobrojni su slučajevi u kojima je srpsko (radno) pravo bilo uzor drugim zemljama, dok je pravna transplantacija u oba smera produženim putem, odnosno u srpski pravni sistem, pa onda iz njega u neki drugi, i obratno, retka. Institut fleksibilizacije tržišta rada i radnih odnosa je nesumnjivo jedan od tih izuzetnih primera, ako se pravo Evropske unije posmatra kao jedan zaokružen sistem.

Da bi se izbegao „transplantni šok“, pa naposletku i značajniji poremećaj u materiji radnih odnosa, neophodno je omogućiti uspostavljanje odnosa između poslodavaca i zaposlenog u skladu sa ekonomskim, socijalnim i kulturnim prilikama. Na to se nadovezuje logična misaona konstrukcija koju ekonomska nauka površno sagledava ili čak zaobilazi. Ako u ovaj kontekst smestimo Šelingovu (*Joseph von Schelling*) tvrdnju da je misao „nezavisna moć koja za sebe dalje deluje“, i da je „stvoren od duše“ onda je i zaključak ekonomske teorije liberalizma opravdan,

³² Dani Rodrik, „Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion? A Review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform“, *Journal of Economic Literature*, Vol. XLIV, 2006, 977.

³³ D. Rodrik, op. cit., 973.

ali samo u okviru njenih koordinata.³⁴ Šire posmatrano, svaka društvena nauka stvorena je upravo radi društva, a ne obratno, što podcrtava i sama definicija ekonomije kao nauke koja služi razumevanju ljudskog ponašanja u ekonomskim aktivnostima.

Preciznije, bilo je i u istoriji pravne nauke čvrstih pristalica škole egzegeze³⁵ koja je u svojim ekstremnim učenjima izopštavala svaku vezu prava sa realnošću, osobito sa njegovom socijalnom svrhom.³⁶ Pravo nikako ne može ostati imuno na razvoj društvenih odnosa, informatičku progresivnost ili intertržišnu povezanost zbog čega ga i prate stalne promene koje idu u korak sa vremenom. Iako neminovne, promene ne smeju ugroziti ostvarenje pravne sigurnosti, ideala kojem teži svaki na pravu utemeljen sistem. S druge strane, njen vrednosni karakter se najbolje spoznaje uplivom u objektivno pravo koje okuplja sve pravne norme. Stoga se i insistira na tome da se u pravne ustanove organizovane u pojedinačnom zakonskom aktu ugradi načelo pravne sigurnosti kao stožer.³⁷ Dobijajući karakter stvarnog svojstva jednog pravnog sistema, ono se nije „zamrzlo u vremenu“, već je samo poslužilo kao podloga izgradnji logičkog i koherentnog sistema normi. Potvrdu nalazimo i u činjenici da je pravna norma sociološki fenomen i da se do njene istinske spoznaje i vrednosti može doći tek kada se konkretna norma dovede u vezu sa nekim užim područjem na kojem deluje, jer bi u suprotnom domaće institucije

³⁴ Friedrich Wilhelm Joseph Schelling, *Philosophische Untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit und die damit zusammenhängenden Gegenstände*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1975, 20.

³⁵ Prema tom učenju je i pozicija sudije pasivna budući da se njegovo promišljanje svodi na „supsumciju (podvođenje) konkretnog individualnog slučaja pod opšte pravilo, odnosno dedukciju nižih pravila iz viših, pri čemu njegova delatnost ne stvara ništa novo. Drugim rečima, sva potrebna rešenja u praktičnom pravnom životu mogu se izvući iz njega i to igrom logičkih zakona, bez obzira što se katkada dolazilo do rešenja koja su bila u suprotnosti sa potrebama pravnog života i saobraćaja“. S tim u vezi, pravna tehnika je „okrnjena“ imajući u vidu način na koji se norme interpretiraju dok je suprotno pravna sugurnost „puna“, „jer u svim slučajevima koji spadaju pod određeno pravno pravilo, sudija primenjuje uvek istu meru i za iste pretpostavke vezuje uvek iste posledice pošto su i pretpostavke i posledice tačno određene u pravnim pravilima“. Miroljub Simić, „O tumačenju prava profesora Đorđa Tasića“, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z12/17z12.pdf>, 12.4.2021.

³⁶ Suprotnu tvrdnju izneo je Dworkin (*Dworkin*) po kojem pravo nije nauka, jer se nasuprot metodama nauke, a to su posmatranje i eksperimenti, pravo služi hipotetičkim postavkama i vrednosnim prosuđivanjem. I u takvoj konceptualizaciji, danas prevaziđenoj, on raspoznaje dve karakteristike prava kao celine: 1) intervenisanje u sferi realnog i 2) težnja ka stvaranju boljih socijalnih uslova. Roger B. Dworkin, *Limits: The Role of the Law in Bioethical Decision Making*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1996, 92.

³⁷ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 743.

bile neautoritarne, a nacionalno pravo nelegitimno. Ako je nesporno da sadržina i kvalitet normi zavisi od toga koliko njihov tvorac poznaje i uvažava unutrašnje okolnosti, kao logično se otvara pitanje razloga bespogovornog i slepog pokoravanja pomenutom trijumviratu – Međunarodnom monetarnom fondu, Svetskoj banci i Svetskoj trgovinskoj organizaciji.

Nastavak trenda deregulacije i pojava fleksibilizacije

Prošireni „Vašingtonski konsenzus“ uvodi fleksibilizaciju tržišta rada kao jednu od mera koje treba da otkloni finansijsku krizu i stabilizuje privredu.³⁸ Tržište rada, kao mesto razmene rada za novac novijeg je datuma, iako je sam rad star koliko i ljudsko čovečanstvo. Rad determiniše pojedinca, njegov status, društvenu ulogu i razvojnu sposobnost. Uz to, ljudski rad kao predmet razmene raspolaže potencijalom da na određenom prostoru uspostavi odgovarajuće tržište. Kako rad zauzima ključnu ulogu u životu svakog pojedinca, tako i tržište rada postaje centrala institucija modernog društva.³⁹ Međutim, tržište rada karakteriše specifičnost ne samo zbog predmeta razmene neodvojivom od lica koja ga nudi u razmenu, već i po složenim institucijama, pravilima i propisima koje ga bitno ograničavaju.⁴⁰

No, u trenutku kada regulativa počne ometati ekonomsku efikasnost, rađaju se pritisci za promene važećeg režima ili se pribegava zaobilaženju zakonskih zaštitnih normi. Da bi se sprečilo ovo poslednje, fleksibilizacija tržišta rada stupa na scenu kao najbolje rešenje, ali i kao svojevrsan doprinos radnog prava procesu adaptacije države i njenih institucija novom privrednom okruženju. Minimalni upliv države u uređivanju radnopravnih odnosa tradicionalno se vezuje za anglosaksonsko pravo koje nesumnjivo apostrofira autonomne izvore radnog prava gotovo zanemarujući pozitivne efekte kogentnih pravnih normi. Za razliku od prava Sjedinjenih Američkih Država, u Evropi je radno pravo sistemski razvijano zakonodavnom aktivnošću sa ciljem da se radnom pravu pruži

³⁸ Izvorno latinsko poreklo reči fleksibilnost se vezuje za sposobnost biljke da se savija i vraća u prvobitan položaj usled naleta vetrova. Ugradnjom u englesku pravničku terminologiju ona postaje korišćena za označavanje sposobnosti prilagođavanja zakonske regulative promenama u okviru i van tržišta. Jednu od najpoznatijih definicija ovog pojma dao je Dahrendorf (*Dahrendorf*) koji fleksibilnost određuje nešto uže i vezuje je za „sposobnosti pojedinaca da se u ekonomskom životu, a posebno na tržištu rada, odreknu svojih navika i prilagode novim okolnostima.“ Nav. prema Freddy Arancibia Fernández, „Flexibilidad Laboral: Elementos Teórico Conceptuales para su Análisis“, *Revista Ciencias Sociales*, br. 26, 2011, 40.

³⁹ Željko Mrnjavac, „Može li i treba li se radno zakonodavstvo suprotstaviti „fleksploataciji“, *Finansijska teorija i praksa*, br. 4, Split, 2003, 404.

⁴⁰ Ž. Mrnjavac, op. cit., 409.

autonoman status.⁴¹ Takođe, radno pravo se tradicionalno bavi zaštitom zaposlenih od delovanja tržišnih snaga koje mogu da ugroze njihov položaj, dok s druge strane, poslovno pravo, služi uspostavljanju okvira u kojem bi sloboda tržišnih kretnja bila u svoj punoći ostvarena. Uprkos rečenom, razvoj radnog prava Evropske unije pokazuje da se svrha radnog prava polako urušava kroz krizu njenog indetiteta.⁴² Umesto da zaštiti slabijeg učesnika tržišta radne snage, radno pravo postaje instrument koji će pomoći zaposlenima da mu se lakše prilagode.

PRODİRANJE AMERIČKIH IDEJA FLEKSIBILIZACIJE I DEREGULACIJE NA EVROPSKO TLO

Opšti pogled

Ideja fleksibilizacije i sa njom povezane deregulacije nastaje 60-ih godina u Sjedinjenim Američkim Državama, da bi već 80-ih bila u ekspanziji, zahvaljujući ekonomskoj liberalnoj ideologiji. Ona je išla ruku „pod ruku“ sa razvojem slobode ugovaranja i slobode preduzetništva, ali i sa liberalizacijom (otvaranjem) tržišta i manjim uplivom države u ekonomske tokove. Po svojoj suštini to je bila pobeda jedne doktrine nad drugom. Ekonomska teorija slobodnog tržišta koja umanjuje ulogu rada, s jedne strane, a povećava značaj kapitala, s druge strane, pokazala je svoju premoć nad klasičnom (kejnzijanskom) ekonomskom teorijom.⁴³ Za razliku od Sjedinjenih Američkih Država koje su išle u pravcu redefinisanja pozicije države u privrednom domenu, države Evrope su imale drugačiji razvojni put.⁴⁴ Da bi se obezbedila socijalna stabilnost i izbegao interesni sukob koji može nastati usled pravne i faktičke nejednakosti subjekata radnog odnosa, intervencija države

⁴¹ Jérôme Porta, „Le droit du travail en changement“, *Travail et Emploi*, br. 158, 2019, 95.

⁴² To se najpre odnosi na građansko i poslovno pravo imajući u vidu njihovu tesnu vezu sa radnim pravom. Opstanak radnog prava postaje naročito ugrožen tvrdnjom da je svet rada zadobio drugačije konture u kontekstu globalizacije i da kao takav zahteva potiskivanje radnog prava i njegovo utapanje u *Common Law*, delom pokriveno ugovornim i deliktним pravom (eng. *The Law of Contract and Torts*). Tako reformisano radno pravo ostavlja prostor da se tržišni poredak uredi isključivo privatnopravnim normama. Naime, sistem opšteg prava za ugovore priznaje samo sporazume koji su sinalmatični i teretni, kakav je, između ostalog, i ugovor o radu, kojim se zaposleni obavezuje da izvršava odgovarajuće prestacije rada, dok se poslodavac obavezuje da zaposlenom obezbedi ugovoreni posao i isplati naknadu stečenu po tom osnovu. Više v. Nebojša Jovanović, „Pojam ugovora u anglosaksonskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2008, 66.

⁴³ Sophie Heine, Denis Stokkink, „Modèle social européen, de l'équilibre aux déséquilibres“, *Les Cahiers de la Solidarité*, br. 11, 2007, 9.

⁴⁴ S. Heine, D. Stokkink, op. cit., 9.

postaje nužnost i neminovnost u ekonomskoj, pa zatim i socijalnoj sferi evropskih zemalja. Na taj način, socijalna pravda i društvena solidarnost postaju neophodan segment socijaldemokratske vizije ujedinjene Evrope.⁴⁵ Osim toga, tadašnji neuspeh kejnzijanskog ekonomskog pravca u Francuskoj naveo je bivšeg predsednika Evropske komisije Žaka Delora (*Jean Delors*) na otkriće modela koji bi bio alternativa kapitalizmu i slobodnom tržištu. Tako je nastao „Evropski socijalni model“ koji kroz jačanje socijalnih standarda treba da dovede do ekonomskog i socijalnog progressa.⁴⁶

Prividno novi (evropski) koncept fleksibilnosti

Integracija evropskih država je davno otpočet proces koji još uvek traje. Cilj ovog nedovršenog projekta je stvaranje zajedničkih institucija koje će okupiti sve evropske narode. Njihovo povezivanje kroz različite oblasti vodi izgradnji identiteta Evropske unije, što naglašava i profesor Lubarda kada kaže da „Evropski socijalni model“ obuhvata filozofske, ideološke i kulturne elemente koji čine potporu njegovoj pravnoj konstrukciji.⁴⁷

Kao što je ranije istaknuto, „Evropski socijalni model“ je stvoren kao alternativa američkom konceptu fleksibilnosti, da bi sada i on dobio svoju alternativu kroz svojevrsni *flexicurity* sistem radnih odnosa. Ovaj sistem nastoji da poveže fleksibilnost tržišta rada, organizacije rada i radnih odnosa, s jedne strane, sa ekonomskom i socijalnim sigurnošću zaposlenih, s druge strane.⁴⁸ Kao što se daje primetiti, fleksibilnost po svojoj strukturi odiše multidimenzionalnošću imajući u vidu da predstavlja spoj naizgled nespojivih premisa konkurentnosti i ekonomske efikasnosti sa klasičnim modelom organizacije i uređivanja rada. Tako postavljeno, fleksibilnost može obezbediti sigurnost, a sigurnost onda postaje preduslov za fleksibilnost. U tom smislu je važno istaći da postoji interakcija između ova dva elementa, a ne prvenstvo jednog nad drugim, i da kao takav predstavlja evropski način suočavanja sa promenama koje je nametnula globalizacija.⁴⁹ Uslovno rečeno, fleksibilizacija postaje sinonim za globalizaciju ili u najmanju ruku njena posledica.

⁴⁵ Branko Lubarda, „*Flexicurity* – eufemizam za liberalizaciju socijalnog modela ili fenomen inherentan globalizaciji“, *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije – zbornik radova* (ur. Stevan Lilić), knj. 2, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007, 79.

⁴⁶ B. Lubarda (2007), op. cit., 87.

⁴⁷ *Ibidem*, 78.

⁴⁸ P. Auer, op. cit., 378.

⁴⁹ S. Heine, D. Stokkink, op. cit, 13; B. Lubarda (2007), op. cit., 78.

Fleksibilizacija tržišta rada i radnih odnosa nije tvorevina Evropske unije, već je originalno nastala u Danskoj još 90-ih, pa je zbog postignutog uspeha u toj zemlji, postala primer koji treba slediti.⁵⁰

Međutim, kada je o fleksibilizaciji 2005. godine prvi put govorio Vladimir Špidla (*Vladimír Špidla*) i time je uveo na tlo Evropske unije, ona je više bila povezana sa neoliberalnim naporima ka deregulaciji tržišta rada, nego sa tzv. polderovim modelom. Stoga se i otvara dilema da li evropsko tržište rada trpi samotransformaciju kao posledicu ugrađenog neoliberalizma koji navodno treba da kombinuje konkurentnost sa socijalnom kohezijom.

Upotreba termina *flexicurity* postaje moda ali i inspiracija za niz novih u osnovi komplementarnih izraza, kao na primer *flexprecarity*. Reč je, takođe, o novo skovanom pojmu, koji uistinu, dobro opisuje opasnost od potpunog gubitka „Evropskog socijalnog modela“ i stvaranja prekarijata kao nove društveno-ekonomske klase.⁵¹ Dakle, reč je o opasnoj pojavi sa dalekosežnim posledicama koja stoga mora biti kontrolisana, tim pre što Evropa iz „režima stabilizacije“ prelazi u „režim modernizacije“.⁵² Isto tako bi se mogao zastupati stav da je reč o svojevrsnoj tranziciji ove međunarodne organizacije i to u smislu gubljenja vlastitog identiteta. Argument za to se nalazi u sve „većem prisustvu anglo-saksonske filozofije opštosti pravnih kategorija sa pragmatikom i kazuistikom anglosaksonskog prava“.⁵³ Prema tome, nije radno pravo jedino koje se suočava sa krizom vlastitog identiteta, već i „socijalna Evropa“ koja poput mitske lepotice čeka svog princa da je osvoji.⁵⁴

SRBIJA NA PUTU EVROPSKIH INTEGRACIJA I FLEKSIBILIZACIJA RADA

Od samog početka tranzicije Srbija je inspiraciju za reformisanje pravnog poretka u celini, pa i radnog prava, tražila u pravu Evropske unije, iako se gubljenje „socijalističkog koncepta radnog odnosa“ pripisuje, pre svega, širenju

⁵⁰ P. Auer, op. cit., 379.

⁵¹ Tijana Ugarković, *Uslovi i prepreke za primenu modela aktivne države blagostanja u državama članicama Evropske unije i Republike Srbije*, seminarski rad (neobjavljen), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 10.

⁵² B. de Soza Santos, op. cit., 198.

⁵³ S. Perović, op. cit., 713.

⁵⁴ Prema predanju, evropski kontinent je dobio ime po lepotici Evropi, ćerki kralja Agenora iz Sidona, koju je Zevs oteo i doveo na Krit.

zapadnjačke misli.⁵⁵ Bilo kako bilo, uticaj prava Evropske unije je nesporan budući da je samo obećanje članstva naše zemlje imalo „katalizatorsko dejstvo“ na osnovne principe ekonomskog i političkog sistema koji predstavljaju polaznu osnovu za izgradnju unutrašnjeg sistema radnog zakonodavstva.⁵⁶ Stoga i ne čudi što je na veliki broj domaćih propisa koji uređuju prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa uticao *acquis communautaire*. Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanja 2008. godine, Srbija je došla na korak bliže svom osnovnom cilju – sticanju statusa punopravne članice Evropske unije. Od tog trenutka, usklađivanje domaćeg (radnog) prava sa pravnim tekovinama Evropske unije postaje i formalna obaveza naše zemlje.

Pravna doktrina uočava da su izmene radnog zakonodavstva učestale, a da se razlog za to upravo i nalazi u evropeizaciji zakona i društva.⁵⁷ Reformski karakter bazičnog zakona u oblasti rada trebalo je da opravda njegovo usvajanje po hitnom postupku, bez odgovarajućeg konsultovanja socijalnih partnera i drugih nosilaca interesa što predstavlja narušavanje jednog od osnovnih načela pravnog sistema – pravnu sigurnost, zbog čega je Zakon o radu iz 2001. godine bio praćen značajnim neodobravanjem i kritikama koje nisu rezultirale uspehom.⁵⁸ Primena zakona pretpostavlja njegovo usvajanje u skladu sa predviđenom procedurom i potom dostavljanje na javno mišljenje, kao i objavljivanje u odgovarajućim službenim glasilima. Pravna sigurnost kao suštinska pravna vrednost iziskuje transparentnost postupka donošenja zakona kako bi se obezbedio objektivni kvalitet pravnih normi.

Sadržinski i formalno liberalan zakonodavni pristup pokazao se krajnje nepraktičnim zbog čega je došlo do donošenja novog Zakona koji navodno bolje uređuje odnose koji nastaju po osnovu vršenja rada za drugog.⁵⁹ Iako je Zakon o radu

⁵⁵ Sjedinjene Američke Države su jedina zemlja na svetu u kojoj za socijalizam nije bilo mesta. Ta pojava je čak i nazvana „američkom izuzetnošću“. V. Andree Martens, Warum gibt es keinen Sozialismus in den USA?, <https://www.grin.com/document/9708>, (26.4.2021).

⁵⁶ Senad Jašarević, Ivo Rozić, Andrija Bilić, „Harmonizacija nacionalnog radnog prava s komunitarnim radnim pravom uz poseban osvrt na fleksibilne oblike zapošljavanja (Republika Hrvatska, Bosna i Hercegovina i Srbija)“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. Silvija Petrić), Sveučilište u Mostaru – Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu – Pravni fakultet, Mostar, 2012, 331.

⁵⁷ Nada G. Novaković, „Globalizacija i radnički štrajkovi i protesti protiv izmena Zakona o radu u Srbiji i regionu“, *Globalizacija i globalizacija: međunarodni tematski zbornik* (uredili i priredili Uroš Šuvaković, Olivera Marković-Savić), Filozofski fakultet Univerziteta u Prištini, Srpsko sociološko društvo, Institut za političke studije, 2017, 614.

⁵⁸ V. N. G. Novaković, op. cit., 614.

⁵⁹ S. Jašarević (2012), op. cit., 26.

iz 2005. godine, uistinu, uveo određene novine, preovlađujuće prisustvo neliberalnog duha opet je dovelo do oštih protesta. Ishod je bio isti, jer se silina radničkog pokreta meri stopom sindikalizacije koja je u stalnom opadanju, a što se upravo vezuje za pojavu novih i širu upotrebu postojećih fleksibilnih ugovora o radu. Pomenuti razvoj događaja, čini se, nije predstavljao odgovarajuću pouku, budući da se i dalje ne odustaje od interne fleksibilizacije kao lekovite panakeje.⁶⁰

ZAKLJUČAK

Finansijaki debakl zemalja Latinske Amerike naveo je institucije iz Vašingtona na formiranje predloga poznatijeg pod nazivom „Vašingtonski konsenzus“. Vremenom, on postaje razvojni model i za postkapitalističke, tranzicione zemlje, budući da su Sjedinjene Američke Države bile jedina zemlja u svetu koja je beležila ekonomski razvoj, a da u isto vreme nije poznavala socijalizam. Primena ove strategije razvoja nije dala dobre rezultate u zemljama „uvoznicama“, iako se umesto „šok-terapije“ koristila, pre svega, postupnim sistemskim izmenama (tehnika „gradualizma“). Ovo prvenstveno iz razloga neuvažavanja unutrašnjih okolnosti država u čiji pravni sistem se ugrađuje. Uprkos tome, osnovne ideje utkane u taj program i dalje se zagovaraju, što negativno utiče na osnovne koncepcije i institute radnog prava, tim pre, što se umesto „države blagostanja“, nudi „model blagostanja“ uniformne sadržine. Njegove osnovne karakteristike su smanjenje državne regulative na području radnih odnosa i veća fleksibilizacija tržišta rada.

Fleksibilizacija tržišta rada ima za posledicu značajnu eroziju prava radnika u fundamentalno važnim oblastima koja se tiču njihove zaposlenosti i sigurnosti prihoda i (relativne) stabilnosti njihovih radnih i životnih uslova. Zbog toga je Evropska unija izgradila funkcionalnu formulu mirenja fleksibilnosti (efikasnosti) i sigurnosti (pravičnosti). Međutim, *flexicurity* sistem ne poznaje solidarnost i socijalnu pravdu kao integralne sastojke, što preči opstanku „socijalne Evrope“, a što isto tako utiče na zakonodavnu politiku naše zemlje koja nastoji da bude njen sastavni deo. To je rezultiralo rekonfiguracijom normativnog pristupa sa ciljem snižavanja radno-pravne zaštite. Ovakav trend se ne može oceniti pozitivno, ne samo zbog zakonskih promena koje idu u retrogradnom pravcu, već i zbog njihove učestalosti koje odražavaju ništa drugo do lutanje naše zemlje u izgradnji čvrstih osnova radnog prava.

⁶⁰ Reč vodi poreklo iz grčke mitologije, u kojoj je Panakeja bili boginja univerzalnog isceljenja. Verovalo se da je samo ona umela da napravi napitak za lečenje svake bolesti. Zato je više nego poželjno isticati i alternativna rešenja koja neće u tolikoj meri zadirati u ekonomsku i socijalnu sigurnost zaposlenih, naročito ako se socijalna sigurnost posmatra kao jedan od aspekata pravne sigurnosti. A. Pollert, op. cit., 46.

TIJANA KOVAČEVIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

CURRENT TENDENCIES IN THE DEVELOPMENT OF LABOUR LAW:
BETWEEN DEREGULATION AND LEGAL SECURITY

Summary

Numerous changes that society has undergone in the last decades have taken their toll on its principal elements - the world of work and labour market. The changes have significantly affected domestic legal framework within which the relation between employers and employees and their associations is established. Since the latest global trends of deregulation and flexibilization may undermine the core values on which labour law and whole labour legislation lay, it is important to identify – and examine – the drivers of the changes and their manifestations in labour relations system. Furthermore, internal factors and circumstances and their impact on changing the law will be considered. We shall also analyse the transitional period and its effect on the development of labour law: the transition from socialism to capitalism rendered the regulatory state and its impact on reducing inequality between employees and employers ineffective, relying on the labour market to remove the inequalities by itself. It is through this process that trade replaces the governmental authorities, taking on the roles of both the legislator and arbitrator and impairing the quality of legislation. Moreover, the abovementioned process violates the fundamental tenet of legal security in labour law. The author will focus on the trend and its further development through deregulation and labour market flexibilization. Highlighting internal labour market flexibilization, we will point to a balanced European approach that strives to accommodate conflicting interests of labour market participants.

Key words: labour market flexibilization, labour law, transition, deregulation, globalisation

Literatura

- Ascheid R., „Das Arbeitsrecht im BGB“, *De Gruyter Kommentar* (Hrsg. Harald Schlie-mann), 2. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2002.
- Akvinski T., *Država*, Globus, Zagreb, 1990.
- Buvač M., „Osnovne karakteristike tranzicije u (post)socijalističkim zemljama“, *Svarog*, br. 18, Split, 2019.
- Bukvić M. R., Pavlović Ž. R., „Neoklasična ekonomska teorija i problemi ekonomskog razvoja“, *Ekonomika*, br. 3, Niš, 2014.
- Bell D., *The Cultural Contradictions of Capitalism*, Basic Books, New York, 1976.
- Cook L. M., „Toward Flexible Industrial relations? Neo-Liberalism, Democracy and Labor reform in Latin America“, *Industrial relations*, br. 3, 1998.
- Dworkin B. R., *Limits: The Role of the Law in Bioethical Decision Making*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1996.

- Donnelly S., „*Homo Oeconomicus: Useful Abstraction or Perversion of Reality?*“, *Behavioural economics – Student Economic Review*, Vol. 32, 2018.
- Davis B. J., „Keynes ‘s View of Economics as a Moral Science“, *Keynes and Philosophy – Essays on the Origins of Keynes’s Thought* (eds. Bradley W. Bateman and John B. Davis), Edward Elgar Publishing, Aldershot, England, 1991.
- Dimitrijević B., „Velika recesija i neuspeh ekonomskog liberalizma – predlozi za novu ekonomiju“, *Velika recesija i kriza neoliberalne ekonomije – zbornik Univerziteta Edukosa za društvene nauke* (ur. Bojan Dimitrijević), Sremska Kamenica, 2014.
- Fernández A. F., „Flexibilidad Laboral: Elementos Teórico Conceptuales para su Análisis“, *Revista Ciencias Sociales*, br. 26, 2011.
- Heine S., Stokkink D., „Modèle social européen, de l’équilibre aux déséquilibres“, *Les Cahiers de la Solidarité*, br. 11, 2007.
- Jovanović N., „Pojam ugovora u anglosaksonskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2008.
- Jašarević S., „Perspektive fleksibilizacije rada u Srbiji“, *Radno i socijalno pravo*, br. 2, Beograd, 2012.
- Jašarević S., Rozić I., Bilić A., „Harmonizacija nacionalnog radnog prava s komunitarnim radnim pravom uz poseban osvrt na fleksibilne oblike zapošljavanja (Republika Hrvatska, Bosna i Hercegovina i Srbija)“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. Silvija Petrić), Sveučilište u Mostaru – Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu – Pravni fakultet, Mostar, 2012.
- Kaufmann-Breining C., *Globalisation and Labour rights – The Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
- Kovačević Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Ivaylova B. C., „Legal Security as a Principle in Lawmaking“, *Globalization, the State and the Individual*, br. 2, 2017.
- Lubarda A. B., *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Lubarda B., „Flexicurity – eufemizam za liberalizaciju socijalnog modela ili fenomen inherentan globalizaciji“, *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije – zbornik radova* (ur. Stevan Lilić), knj. 2, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007.
- Mrnjavac Ž., „Može li i treba li se radno zakonodavstvo suprotstaviti „fleksploataciji“, *Finansijska teorija i praksa*, br. 4, Split, 2003.
- Martens A., Warum gibt es keinen Sozialismus in den USA?, <https://www.grin.com/document/9708>.
- Mirjanić Ž., „Novine u radnom zakonodavstvu“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1, Beograd, 2016.

- Maxeiner J., „Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?“, *Tulane Journal Of International and Comparative Law*, br. 15, 2007.
- Novaković G. N., „Globalizacija i radnički štrajkovi i protesti protiv izmena Zakona o radu u Srbiji i regionu“, *Globalizacija i globalizacija: međunarodni tematski zbornik* (uredili i priredili Uroš Šuvaković, Olivera Marković-Savić), Filozofski fakultet Univerziteta u Prištini, Srpsko sociološko društvo, Institut za političke studije, 2017.
- Porta J., „Le droit du travail en changement“, *Travail et Emploi*, br. 158, 2019.
- Potrzeszcz J., Legal Security – Synthetic Presentation, http://old-panol.ipan.lublin.pl/wydawnictwa/TPraw9/11_Potrzeszcz.pdf.
- Pollert A., Dismantling Flexibility, https://www.academia.edu/6025746/Dismantling_flexibility.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, Beograd, 2018.
- Perović S., „Osnovna koncepcija Zakona o obligacionim odnosima“, *Predgovor Zakona o obligacionim odnosima*, Službeni glasnik, Beograd, 2010.
- Perović S., *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990.
- Pečujlić M., *Izazovi tranzicije – novi svet i postsocijalistička društva*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1997.
- Rodrik D., „Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion? A Review of the World Bank’s Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform“, *Journal of Economic Literature*, Vol. XLIV, 2006.
- Schelling J. W. F., *Philosophische Untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit und die damit zusammenhängenden Gegenstände*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1975.
- Simić M., „O tumačenju prava profesora Đorđa Tasića“, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z12/17z12.pdf>.
- Tavits G., „Freedom of Contract in Labour Relations“, *Juridica international*, br. 4, 1999.
- Tobin J., „Inflation and Unemployment“, *The American Economic Review*, br. 1-2, 1972.
- Torre – González P. A., „La globalización en Boaventura de Sousa Santos. El papel de la epistemología del Sur y de América Latina“, *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, br. 40, 2019.
- Ugarković T., *Uslovi i prepreke za primenu modela aktivne države blagostanja u državama članicama Evropske unije i Republike Srbije*, seminarski rad (neobjavljen), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.

**KATEDRA
PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU**

GORDANA KRSTIĆ

REFORMA USTAVA I PRAVNA SIGURNOST

Promena Ustava Republike Srbije složen je postupak koji pretpostavlja potrebu za reformisanjem njegovih pojedinih delova usled neusklađenosti postojećih normativnih rešenja sa faktičkim ili usled stvaranja pretpostavki za postizanjem evropskih standarda na putu pridruživanja Evropskoj uniji i ispunjenja ciljeva u Pregovaračkom poglavlju 23. Pravosudni sistem i odnos sudske vlasti, s jedne strane, i zakonodavne i izvršne vlasti, s druge strane, zacrtani su kao sporne i goruće tačke, koje je nužno unaprediti prvenstveno radi zaštite prava građana u sudskim postupcima i jačanja garancija pravne sigurnosti, baze vladavine prava u modernim demokratskim državama. Budući da je naša država ozbiljno i temeljno zakoračila u reformistički poduhvat, ovaj rad ima za predmet analizu amandmana sadržanih u tekstu akta o promeni Ustava Republike Srbije koji je utvrdio Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo 21. septembra 2021. godine, sa posebnim osvrtom na novi mogući ustavni položaj javnog tužilaštva.

Ključne reči: Ustav, parcijalne promene, pravosudni sistem, javno tužilaštvo

U V O D N E N A P O M E N E

Ustav Republike Srbije iz 2006. godine¹ bio je podvrgnut kritici gotovo od njegovog donošenja. Ona se odnosila na različita pitanja, počev od brzine njegovog donošenja, političkog cilja zbog sadržine preambule, pa do nepreciznosti u formulaciji normi. Odredbe o sudovima i javnom tužilaštvu ne sadrže principijelna i čista rešenja, mnogi osvedočeni mehanizmi za uspostavljanje sudijske

Gordana Krstić, master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: grkrstic@gmail.com.

¹ Sl. glasnik RS, br. 98/2006.

i tužilačke nezavisnosti su oslabljeni, jemstva nezavisnosti su dekonstitucionalizovana uz nedopustivo slabu redakciju normativnog teksta.²

Već tada je bilo jasno da će promena Ustava u delu o pravosuđu biti neophodna, ali društvene i političke okolnosti nisu bile povoljne za pokretanje revizionog postupka. U tom interregnumu bila je uočena važnost izmene ustavnog okvira, koja je definisana u Strategiji reforme pravosuđa za period od 2013. do 2018. godine ali izostanak konsenzusa između struke i politike privremeno je sprečio dalji razvoj aktivnosti u tom pogledu.

Ipak, nastavak postupka promene Ustava jedna je od glavnih mera u Strategiji razvoja pravosuđa za period od 2020. do 2025. godine³ i u tom pravcu delovali su i nadležni organi. Narodna skupština je donela odluku da prihvati predlog Vlade za promenu Ustava dana 7. juna 2021. godine, čime je formalno okončana prva i započeta druga faza, koja se sastoji u pristupanju izradi akta o promeni Ustava, a potom i njegovom razmatranju. Obrazovana je radna grupa u okviru nadležnog Odbora za ustavna pitanja, koja je sačinila tekst akta o promeni Ustava, koji je utvrđen od strane tog pomoćnog radnog tela Narodne skupštine dana 6. septembra 2021. godine. Organizovan je niz javnih slušanja radi upoznavanja i učešća građana u razmatranju argumenata *pro et contra* predloga za promenu Ustava i postizanju transparentnosti i dostupnosti, kako bi se u budućnosti efikasno ostvario ustavotvorni referendum s jedne strane, i postigla valjana i jezgrovita rešenja, s druge strane. Dana 21. septembra 2021. godine Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo utvrdio je konačan tekst akta o promeni Ustava, koji je dostavljen Predsedniku Narodne skupštine, radi podnošenja zahteva za mišljenje Evropskoj komisiji za demokratiju posredstvom prava – Venecijanskoj komisiji.

Izlaganja u ovom radu posvećena su razmatranju predloga koji se tiču položaja javnog tužilaštva, statusa nosilaca javnotužilačke funkcije i položaja tužilačkog saveta, kao stožera jedinstvenog i samostalnog ustrojstva javnog tužilaštva, kao i analizi efekata tih predloga na pravnu sigurnost.

O PROMENAMA USTAVA UOPŠTE

Prema rečima Karla Levenštajna, važno je opredeliti se za racionalni metod promene ustava, a to podrazumeva, najpre, da se uvek mora voditi računa o dostojanstvu ustava kao najvišeg pravnog akta i mora se obezbediti stabilnost ustava, koja je najviši izraz načela pravne sigurnosti i potvrda da je u jednoj zemlji volja

² Ratko Marković, „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2006, 25-26.

³ *Sl. glasnik RS*, br.101/2020.

ustava iznad aktuelne volje politike i političara.⁴ Stablnost, kao i svaka druga vrednost, nije apsolutna i ona može biti narušena formalnom ustavnom rigidnošću i složenošću revizionog postupka. To je tipično za ustave država tranzicionog konstitucionalizma u koje spada i Srbija. Za njih je svrsishodno da sprovedu parcijalne promene supstancijalne prirode, bazirane na pravosudnom sistemu, ali uz očuvanje demokratskog jezgra ustava, ustavnog kontinuiteta i osmišljavanjem izmena u duhu ustavnih načela, pre svega vladavine prava.

Promene važećeg ustava moguće su u dva pravna oblika – u obliku ustavnog zakona o izmenama i dopunama ustava i u obliku amandmana na ustav. Ustavni zakon o izmenama i dopunama ustava označava intervenisanje tekstu- alno u prvobitni tekst ustava, tako što se ugrađuju nove norme. Ustavni amandmani se dodaju na kraju teksta ustava i sa prvobitnim ustavom čine sastavni deo ustava, te baš zbog činjenice da ostavljaju netaknut prvobitni tekst ustava, smatra se da se njima ne mogu uvoditi rešenja koja izlaze iz logičkih i koncepcijskih okvira ustavnog sistema uspostavljenog ustavom. Zbog toga su oni više akti dopune i razvijanja u prvobitnom tekstu ustava već virtuelno ili realno postojećih rešenja, nego zamene jednih rešenja drugim, a cilj je da se stari tekst ustava učini određenijim i savremenijim.⁵

U pogledu forme akta o promeni Ustava koji je trenutno u proceduri, srpski ustavotvorac se opredelio za tehniku ustavnih amandmana. S jedne strane, njome se ne dira u izvorni tekst Ustava, ali s druge strane, rešenja koja sadrži su mnogo više od puke formalne izmene ustavnog teksta. Ustavna materija koncentrisana je na odredbe o pravosuđu, koje su bitan segment uređenja vlasti, a i postupak izbora nosilaca sudijske i javnotužilačke funkcije je značajno izmenjen. Zbog donošenja novih normi, sa formalnopravnog stanovišta, prihvatljiviji oblik promena ustava bio bi ustavni zakon o izmenama i dopunama Ustava. Sa materijalnopravnog aspekta ukazala se potreba za redefinisanjem načela podele vlasti i opširnijim korigovanjem manjkavih normi o sudijama i javnim tužiocima, ali uz ostajanje u okvirima koncepcije i logike osnovnog teksta Ustava, ostvarivanja ustavnog načela vladavine prava i usaglašavanja sa nacionalnim i evropskim ustavnim identitetom. Upravo su ustavna definicija podele vlasti i probni mandat sudija i zamenika javnih tužilaca koji se prvi put biraju na sudijsku funkciju ocenjeni kao „antiidentitetska“ mesta u Ustavu iz 2006. godine,⁶ što se u nacrtu teksta Ustava nastojalo izmeniti.

⁴ Nav. prema Darko Simović, Vladan Petrov, *Ustavno pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2014, 36-37.

⁵ Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, IPD Justinijan, Beograd, 2005, 54-55.

⁶ Vladan Petrov, „O nekim „antiidentitetskim“ mestima u srpskom ustavu“, *Srpska politička misao*, posebno izdanje, Institut za političke studije, Beograd, 2017, 18-21.

Druge intervencije u oblasti pravosuđa, kao što je npr. slučaj sa jačanjem samostalnosti javnog tužilaštva, za motiv imaju osavremenjavanje i prilagođavanje Ustava društvenoj stvarnosti, premda je javni tužilac od oktobra 2013. godine⁷ evoluirao u organ koji sprovodi istragu u krivičnom postupku, te je i ovo argument za primenu amandmanske tehnike u postupku revizije ustava.

Pored ove strogo unutrašnje društvene stvarnosti, ustavne promene podudaraju se i sa postupkom učlanjenja u Evropsku uniju. Specifičnost ovog vida internacionalizacije ustavnog prava – kad *sui generis* međunarodna organizacija utiče na ustavni poredak države, koja nije njena članica i nema normativnu podlogu uticaja – u potpunosti je usklađena sa specifičnošću same organizacije u čije se članstvo želi pristupiti. Glavna karakteristika ove vrste internacionalizacije je njena zasnovanost na politici učlanjenja kao državnoj politici, a ne na strogo formalnoj obavezi internacionalizacije ustava.⁸ Evropska komisija za demokratiju posredstvom prava, savetodavno telo Saveta Evrope sačinjeno od eksperata, davala je pomoć, mišljenja i studije o postojećim ustavnim rešenjima, mogućim načinima njihovog poboljšanja, a biće faktički uključena i u postupak promene ustava koji je u toku. Iako je reč o upućivanju konsultativnih dokumenata, ona autoritetom regionalnog činioca doprinosi jačanju formalnog legitimiteta revizionog postupka i nezaobilazan je faktor internacionalizacije ustava.

PROMENE USTAVA O POLOŽAJU JAVNOG TUŽILAŠTVA I NOSILACA JAVNOTUŽILAČKE FUNKCIJE

Prva novina u regulisanju položaja javnog tužilaštva ogleda se u promenjenoj definiciji javnog tužilaštva, koji je, ne samo samostalan, već i jedinstven državni organ sa izvornom nadležnošću da goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela u skladu sa principom oficijelnosti. Jedinstvenost javnog tužilaštva ogleda se u njegovoj *sui generis* prirodi, koji je širenjem ovlašćenja u krivičnom postupku u vidu određivanja zadržavanja, sprovođenja istrage, zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela i ocene celishodnosti krivičnog gonjenja, postao nosilac posebnih ovlašćenja u obavljanju sudske vlasti.⁹

⁷ Čl. 608 Zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021, 62/2021, s tim što je u postupcima za krivična dela za koja postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti, to tužilaštvo rukovodilac istrage od 15.01.2012.

⁸ Tijana Šurlan, „Revizija Ustava Republike Srbije u svetlosti internacionalizacije ustavnog prava“, *Zbornik Reviziono vlast u Srbiji – proceduralni aspekti ustavnih promena* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2017,178.

⁹ R. Marković (2005), op.cit., 657.

Umesto eksplicitnih ingerencija da preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti, predviđeno je da javno tužilaštvo vrši druge nadležnosti kojima se štiti javni interes određen zakonom. Uprkos argumentima da se time funkcija javnog tužilaštva raslojava na različite segmente društvenog života na uštrb primarnih kompetencija, potrebno je imati u vidu da je prvenstveno reč o onim poslovima koji deriviraju iz funkcije krivičnog gonjenja i koji se usklađuju sa faktičkim stanjem, posmatrano na primer iz ugla Zakona o sprečavanju nasilja u porodici,¹⁰ prema kom je javni tužilac, umesto represivnog, postao i preventivni organ koji interviše u cilju otkrivanja i eliminisanja rizika koji mogu prerasti u vršenje krivičnog dela nasilja u porodici. Tu takođe spada i podnošenje vanrednih pravnih lekova u krivičnom, upravnom i građanskom postupku, odnosno pravnih sredstava u postupku pred Ustavnim sudom, što je usko povezano sa krivičnim angažmanom javnog tužioca u vezi sa kojim se mogu javiti sporna normativna pitanja ili pravne praznine ili pak povrede zakona, koje dovode do potrebe za tumačenjem, radi pravilne primene odredaba, odnosno do pokretanja sudskog postupka u cilju razrešenja spornog pravnog pitanja.

Unapređen je ustavni tekst u pogledu redosleda pravnih akata koje primenjuje javno tužilaštvo i usklađen sa prihvaćenom hijerarhijom pravnih propisa, prema kojoj je mesto potvrđenih međunarodnih ugovora iznad zakona.¹¹

Druga novina, kojom se osnažuje položaj javnog tužilaštva, podrazumeva izričitu garanciju da niko izvan javnog tužilaštva ne može uticati na javno tužilaštvo i nosioce javnotužilačke funkcije u postupanju i odlučivanju u pojedinom predmetu. Zabrana svih oblika spoljnih intervencija na rad javnog tužilaštva je jedna od fundamentalnih pretpostavki da bi javno tužilaštvo moglo samostalno da vrši poslove iz svoje nadležnosti. Time se ono dodatno distancira od izvršne vlasti i snabdeva funkcionalnom nezavisnošću, da bi donosilo odluke bez ikakvog spoljnog pritiska, podsticanja i neposrednih ili posrednih pretnji. Neke od glavnih zamerki u postupku pridruživanja Evropskoj uniji baziraju se na ograničenjima u otkrivanju i krivičnom progonu visokih funkcionera za koruptivna krivična dela, kao i vrha kriminalnih struktura za krivična dela organizovanog kriminala, a one se jedino i mogu otkloniti jačanjem autonomije tužilačkog sistema i udaljavanjem od njega imperijuma političke vlasti, te je ova novina od izuzetnog značaja.

Treća novina u tekstu akta o promeni Ustava temelji se na determinisanju posednika javnotužilačke funkcije predviđanjem da funkciju javnog tužilaštva vrše Vrhovni javni tužilac, glavni javni tužilac i javni tužioci. Brisanje kategorije zamenika

¹⁰ Čl. 7, *Sl. glasnik RS*, br. 94/2016.

¹¹ Čl. 194 st. 3 i st. 4 Ustava.

javnog tužilaca i davanjem ovlašćenja da, nezavisno od formalnog izbora šefa javnog tužilaštva, preduzimaju sve radnje vezane za krivično gonjenje i druge radnje iz svoje nadležnosti, korenito će preobraziti njihovu poziciju u javnotužilačkoj organizaciji. Zamenici javnog tužioca su do sada u većini javnih tužilaštava, sa izuzetkom onih manjih gde su javni tužioci zadržavali predmete i po njima postupali, neposredno obrađivali konkretne predmete i snosili najveći teret tužilačkog posla, ali uvek u senci i pod okriljem rukovodioca javnog tužilaštva, koji je mogao da vrati na ispravku javnotužilačku odluku ili naredi drugačiji oblik postupanja, drugu vrstu predloga krivične sankcije u optužnim aktima. Novim predlogom ukida se princip monokratskog uređenja javnog tužilaštva i afirmiše se uloga današnjih zamenika javnih tužilaca da započnu s efektivnim radom na proaktivnim predmetima, preuzmu vodeću ulogu u istrazi i samim tim i odgovornost uz napuštanje ustaljenog i konformističkog modela funkcionisanja. Ne može se, ipak, prenebregnuti opasnost od premeštanja snage uticaja sa javnog tužioca na zamenika javnog tužioca koji obrađuje predmet, koji će i nominalno i realno biti titular svoje funkcije. Ta bojazan ne sme prevagnuti nad ustavnim garancijama samostalnosti, čiju suštinu čini odbrana od političke i stranačke arbitrnosti i dosledna primena zakona, ali i pragmatičnosti javnotužilačke vokacije. Ona nalaže da nosioci javnotužilačke funkcije raspolažu integritetom da nakon izbora na javnu funkciju mogu u potpunosti da se odvoje od institucija koje su ih snabdele javnim ovlašćenjima, kao i svih drugih interferencija kako bi u budućnosti mogli donositi nepristrasne, zakonite i argumentovane odluke.¹²

Rukovodioci javnih tužilaštava, od Vrhovnog javnog tužioca do osnovnih javnih tužilaca, imaju hijerarhijska ovlašćenja u odnosu na postupanje nižih glavnih javnih tužilaca i javnih tužilaca u konkretnom predmetu. Kada je u pitanju Vrhovni javni tužilac, manifestacioni oblik principa hijerarhije jeste, s jedne strane, njegovo ovlašćenje da izdaje opšta obavezna uputstva za postupanje svim glavnim javnim tužiocima radi postizanja zakonitosti, delotvornosti i jednoobraznosti u postupanju, što je inherentno činjenici da se nalazi na vrhu piramidalne tužilačke strukture, a s druge strane, i obavezno uputstvo za postupanje u pojedinom predmetu, ako postoji sumnja u efikasnost ili zakonitost postupanja svakom javnom tužiocu koji rukovodi javnim tužilaštvom. Glavni javni tužioci imaju identična ovlašćenja u granicama svoje hijerarhijske moći i obavezna uputstva za rad i postupanje izdaju javnim tužiocima, koji su dužni po njima da postupe, ali imaju pravo na prigovor ukoliko smatraju da su nezakonita ili neosnovana. Prema tome, zastupljeno je načelo vertikalne povezanosti svih organizacionih nivoa javnog

¹² Nuno Garoupa, Tom Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, The Law School The University of Chicago, Chicago, 2008, 2.

tužilaštva, koje se ispoljava kroz obavezna uputstva, koja se konstitucionalizuju, čime se nastoji obezbediti adekvatan pravni stepen zaštite od prikrivenih pritisaka unutar javnotužilačke organizacije i obaveznosti pismene forme prilikom intervencija nadređenih.

Izborni postupak nosilaca javnotužilačke funkcije oštro je kritikovan zbog diferencijalnog pravnog režima izbora za javne tužioce i zamenike javnih tužilaca, kao i dominantnog upliva izvršne i zakonodavne vlasti. Predloženim amandmanima na Ustav Narodna skupština bira jedino Vrhovnog javnog tužioca na mandat od šest godina, na predlog Visokog saveta tužilaca posle javnog konkursa. Venecijanska komisija je prigovarala kraćem trajanju mandata i sugerisala optimalnih sedam godina za trajanje funkcije Vrhovnog javnog tužioca, jer je duži od mandata predsednika Republike i Vlade, i primeren je za otklanjanje pretnji po nezavisnost.¹³ Odluku o izboru Narodna skupština donosi glasovima tri petine svih narodnih poslanika, što nije većina uobičajna u dosadašnjoj ustavnoj i parlamentarnoj praksi. Uveden je i rezervni mehanizam protiv zastoja ako Narodna skupština ne izabere Vrhovnog javnog tužioca u roku, u kom slučaju ga između svih kandidata koji ispunjavaju uslove za izbor, bira komisija koju čine predsednik Narodne skupštine, predsednik Ustavnog suda, predsednik Vrhovnog suda, Vrhovni javni tužilac i Zaštitnik građana, većinom glasova. Reč je o komisiji, sačinjenoj od članova po položaju, među kojima je i odlazeći Vrhovni javni tužilac. Ukinuta je mogućnost reizbora, što je bila preporuka Venecijanske komisije¹⁴ i to rešenje ima za cilj da spreči inertnost i dominantan uticaj jednog kandidata.

Glavnom javnog tužioca bira na šest godina Visoki savet tužilaca, koji donosi odluku i o izboru javnih tužilaca, što je predviđeno u delu koji uređuje nadležnosti tužilačkog saveta. On može biti ponovo biran, što je razumljivo, jer postoje kandidati koji su umešni u upravljanju i koordinaciji rada javnih tužilaca. Isključivanje učešća zakonodavne i izvršne vlasti iz izbora javnih tužilaca predstavlja veliki pomak, kojim se briše neposredna veza sa političkim vlastima i jača lična nezavisnost tužilaca i strukturalna nezavisnost javnog tužilaštva.

Osim toga, izričito je predviđena stalnost javnotužilačke funkcije i probni mandat zamenika javnih tužilaca koji su prvi put birani na funkciju trebalo bi da bude ukinut. Ovakvim zaokretom otklanja se jedna od suštinskih primedaba na Ustav iz 2006. godine, kojim je bilo „okrnjeno“ načelo stalnosti i u ravnopravan položaj se dovode sve kategorije javnih tužilaca kako u pogledu izbora, a tako i na

¹³ Venice Commission, Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning prosecutors, CDL-PI (2015)009, 26.

¹⁴ Venice Commission, Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning prosecutors, CDL-PI (2018)001, 18.

planu ostvarivanja drugih prava koja izviru iz funkcije, kao što je npr. pravo glasa u postupku za izbor članova Visokog saveta tužilaca, koje je do sada bilo rezervisano samo za one na trajnoj funkciji.

Analogno rešenju da u izboru Vrhovnog javnog tužioca učestvuje Narodna skupština, on za svoj rad i rad javnog tužilaštva odgovara ovom predstavničkom telu, ali ne i za postupanje u pojedinom predmetu. Političkoj odgovornosti Vrhovni javni tužilac podleže kao javni funkcioner, učesnik u političkoj procesi, čiji delokrug rada treba da bude ispunjavanje strateškog programa krivičnog gonjenja i ne bi bilo valjano da Parlament može da ga razreši izglasavanjem nepoverenja zbog postupanja u pojedinim predmetima, ali ocena svrsishodnosti vršenja funkcije ostaje u domenu diskrecije i razvijenosti političke kulture. Prema principu hijerarhijske subordinacije, glavni javni tužilac odgovara za rad javnog tužilaštva i za svoj rad Vrhovnom javnom tužiocu i neposredno višem glavnom javnom tužiocu, a javni tužioci odgovaraju za svoj rad javnom tužiocu koji rukovodi radom javnog tužilaštva.

Vrhovnom javnom tužiocu, glavnom javnom tužiocu i javnom tužiocu garantovan je imunitet neodgovornosti, odnosno neprikosnovenosti za mišljenje ili odluku donetu u vezi sa vršenjem funkcije sa izuzetkom ako učine krivično delo kršenje zakona od strane sudije ili javnog tužioca. Uživaju i privilegije koje prozlaze iz imuniteta nepovredivosti i jemči im se sloboda od hapšenja, koja može biti ukinuta na osnovu odobrenja Visokog saveta tužilaca isključivo u krivičnom postupku pokrenutom zbog krivičnog dela učinjenog u vezi sa vršenjem funkcije.

Ustanovljeni su uslovi za prestanak javnotužilačke funkcije i u zasebnim amandmanima su norme koje važe za Vrhovnog javnog tužioca i glavnog javnog tužioca u odnosu na norme koje se primenjuju na javne tužioce. Glavnim javnim tužiocima prestaje funkcija pre isteka mandata na njihov zahtev, ako bude ukinuto javno tužilaštvo, ako trajno izgube radnu sposobnost za vršenje funkcije, ako im prestane državljanstvo Republike Srbije ili ako budu razrešeni. Isti osnovi za prestanak funkcije važe i za javne tužioce osim ukidanja javnog tužilaštva, što je inherentno funkciji rukovođenja. Konstitucionalizuju se razlozi za razrešenje, čime se afirmiše stalnost javnotužilačke funkcije, ali i samostalnost. Detaljnije su razmatrani uslovi za razrešenje javnih tužilaca i ono je obavezno ako je javni tužilac osuđen za krivično delo na kaznu zatvora od najmanje šest meseci i fakultativno ako je u disciplinskom postupku utvrđeno da je učinio težak disciplinski prekršaj koji, prema oceni Visokog saveta tužilaca, ozbiljno šteti ugledu javnog tužilaštva ili poverenju javnosti u javno tužilaštvo. Uslovi za razrešenje glavnog javnog tužioca su opštiji i sastoje se u osudi za krivično delo na kaznu zatvora od najmanje šest meseci, i nastupanju zakonom predviđenih razloga za razrešenje, čime se ponovo,

ali u manjoj meri, propisivanje razloga za razrešenje prepušta zakonu. Ova delegacija je i ranije kritikovana od strane Venecijanske komisije prvenstveno kada je reč o razrešenju zbog nestručnog vršenja javnotužilačke funkcije.¹⁵

Odluku o prestanku funkcije glavnog javnog tužioca i javnog tužioca donosi Visoki savet tužilaca, a protiv te odluke dozvoljeno je podneti žalbu Ustavnom sudu koja isključuje pravo na ustavnu žalbu. Reč je o redovnom pravnom sredstvu koje se podnosi neposredno na osnovu ovlašćenja iz Ustava i dovodi do pravog instanci-onog odlučivanja Ustavnog suda i ispitivanja zakonitosti odluka do sada Državnog veća tužilaca u svemu, *in totum*, odnosno ocenjavanja zakonitosti postupka, osnova i razloga za prestanak tužilačke funkcije.¹⁶

PROMENE USTAVA O POLOŽAJU I SASTAVU DRŽAVNOG VEĆA TUŽILACA

Segment Ustava koji reguliše aktuelno Državno veće tužilaca sadrži veći broj novina, počev od nove formulacije naziva u Visoki savet tužilaca, pa do njegovog sastava i nadležnosti. Broj članova je ostao isti, ali ga čine pet javnih tužilaca koje biraju svi glavni javni tužioci i javni tužioci, četiri istaknuta pravnika koje bira Narodna skupština, vrhovni javni tužilac i ministar nadležan za pravosuđe. Iako je prema sadašnjem rešenju sve izborne članove birala Narodna skupština, ona to sada čini samo kada je reč o četiri istaknuta pravnika, koji moraju ispunjavati dopunski uslov u vidu najmanje deset godina iskustva u pravnoj struci. To je jedno opštije definisanje kategorije istaknutih pravnika, koje je zbog učešća u donošenju statusnih, kadrovskih i drugih važnih odluka u vezi sa javnotužilačkom organizacijom zahtevalo konkretizaciju i strukturiranje pravničkih profesija. Za razliku od sastava Ustavnog suda, kome je važno da dobije potrebnu raznolikost pravničkih znanja i iskustava, srazmerno prirodi spornih pitanja sa kojima se Sud sreće u svome radu,¹⁷ Visoki savet tužilaca svoje polje delovanja treba da orijentiše na javnotužilačke prerogative i javnotužilačku samostalnost, te je u tom kontekstu egzaktnost naročito važna. *Exempli causa*, istaknuti pravnik iz reda profesora pravnog fakulteta može svojim stručnim znanjem znatno doprineti efikasnosti rada ovog organa i uneti novu kompetentnu dimenziju prilikom razmatranja spornih pitanja i donošenja odluka. Istaknuti pravnik iz reda advokata, bez obzira na kvalifikacije,

¹⁵ Venice Commission, CDL-AD (2007)004 Opinion on the Constitution of Serbia.

¹⁶ Dragan M. Stojanović, *Ustavno pravo*, Sven – Niš, Niš, 2009, 486-487.

¹⁷ Olivera Vučić, „Novi Ustavi sud – otvorena pitanja i ponuđeni odgovori“, *Zbornik Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU* (ur. Radmila Vasić, Ivana Krstić), Beograd, 2013, 285.

u jednom tužilačkom savetu u širem smislu bio bi u sukobu interesa, jer učestvuje u izboru javnih tužilaca u čijim predmetima zastupa stranke.

Ove članove izvan javnotužilačke organizacije Narodna skupština bira glasovima dve trećine svih narodnih poslanika od osam kandidata koje predloži nadležni organ Narodne skupštine posle javnog konkursa, što nosi odgovarajući rizik od politizacije. Ipak, pošto je u pitanju kvalifikovana većina, razumno je očekivati da će dolaziti do kompromisnog iznalaženja kandidata između većine i opozicije.¹⁸ Ako ovi kandidati ne budu izabrani od strane Parlamenta, izbor će većinom glasova izvršiti posebna komisija, sačinjena od predsednika Narodne skupštine, predsednika Ustavnog suda, predsednika Vrhovnog suda, Vrhovnog javnog tužioca i Zaštitnika građana, odnosno ista komisija koja bira i Vrhovnog javnog tužioca u rezervnoj opciji kada ga ne izabere Narodna skupština. Predviđanje supsidijarnog postupka izbora kandidata od strane komisije nije svojstveno dosadašnjoj ustavnopravnoj praksi, ali čini se da je cilj izbegavanje upražnjenih mesta i osiguravanje efektivnog rada Visokog saveta tužilaca, jer je tokom prethodnih godina u dužem periodu bilo nepopunjeno mesto člana iz reda advokature, kao i profesora pravnog fakulteta. Bez punog sastava, ovaj organ ne bi mogao da donosi odluke, što bi dovelo do paralisanja rada, te radi predupređivanja predašnjih situacija, celishodno je i predvideti rezervne oblike kooptiranja članstva.

Isključena je mogućnost da glavni javni tužioci budu članovi ovog pravosudnog saveta, što se može smatrati ispravnim rešenjem s obzirom na kompleksnost i težinu posla šefa javnog tužilaštva i članstvo u Vrhovnom veću tužilaca smetnja je za uspešno upravljanje i koordinaciju rada u javnom tužilaštvu, jer zahteva posvećenost i stručno angažovanje na rešavanju statusnih, organizacionih i strateških pitanja.

Poredeći sa Visokim savetom sudstva, nije predviđen paralelizam kao što je prema važećem rešenju i kompozicija ovih organa je različita, a broj članova je isti. Visoki savet sudstva nema članove po položaju, već ga čine šest sudija i pet istaknutih pravnika koje bira Narodna skupština. Ministar nadležan za poslove pravosuđa je i dalje član po funkciji Visokog saveta tužilaca, što otvara mogućnost za legalan upliv političkog uticaja u javnotužilačku organizaciju prilikom izbora i predstanka funkcije javnih tužilaca, kao i prilikom odlučivanja o njihovom napredovanju, disciplinskoj odgovornosti itd. Prisustvo ove kategorije eksternog člana približava javno tužilaštvo izvršnoj vlasti i destabiliše političku neutralnost pravosudnog tela.

Mandat članova traje pet godina i ne mogu biti ponovno birani, s tim što predsednik ovog organa ne može biti Vrhovni javni tužilac, već jedan od članova

¹⁸ Vladan Petrov, „Predlozi za reformu Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68, Niš, 2014.

iz reda javnih tužilaca, a potpredsednik iz reda članova koje bira Narodna skupština. Gubljenjem automatske čelne pozicije Visokog saveta sudstva Vrhovni javni tužilac biće ravnopravan član sa ostalima i tako svoj hijerarhijski uticaj tipičan za javnotužilačku organizaciju neće moći da upotrebljava radi donošenja pojedinih odluka. Postiže se i optimalni stepen demokratičnosti među izbornim članovima kako na ovaj način, tako i kvalifikovanom većinom potrebnom za usvajanje odluka. On bi mogao biti pojačan i produženjem mandata članova Visokog saveta tužilaca na sedam godina, s ciljem pružanja dodatnih garancija samostalnosti i odupiranja političkom uplivu, aktuelnoj vlasti ili drugom obliku nedozvoljenog lobiranja.

Glavne nadležnosti Visokog saveta tužilaca sastoje se u predlaganju Narodnoj skupštini izbora i prestanka funkcije Vrhovnog javnog tužioca, imenovanja vršioca funkcije Vrhovnog javnog tužioca, izbora javnih tužilaca koji rukovode radom javnih tužilaštava i javnih tužilaca i odlučivanje o prestanku njihove funkcije. Konstitutivne odluke o izboru nosilaca javnotužilačke funkcije su od suštinskog značaja za garanciju institucionalne samostalnosti javnog tužilaštva i personalne samostalnosti tužilačkog korpusa. Ovakvim jemstvima je proporcionalan kapacitet Visokog saveta tužilaca, koji je osnažen izbornim ovlašćenjima u odnosu na glavne javne tužioce, čime su stvorene pretpostavke i za praktično vršenje Ustavom proklamovanih kompetencija u vidu obezbeđenja i jemčenja samostalnosti svim kategorijama nosilaca javnotužilačke funkcije, a što do sada nije bio slučaj.¹⁹ Umesto predlagača odluka o izboru javnih tužilaca Visoki savet tužilaca postaje njihov donosilac i širenjem ingerencija eliminišu se i neprimerene i direktne interferencije politike. Od izuzetne važnosti su ingerencije Visokog saveta tužilaca da odlučuje i o drugim pitanjima položaja svih nosilaca javnotužilačke funkcije, što implicira sužavanje dosadašnjih ovlašćenja Republičkog javnog tužioca, koji je donosio rešenje o premeštaju zamenika javnog tužioca u drugo javno tužilaštvo istog stepena, rešenja o upućivanju zamenika javnog tužioca u drugo javno tužilaštvo nižem, istog ili višeg ranga na rok od godinu dana i odluke o udaljenju sa javnotužilačke funkcije ako nije obavezno. Time se osnažuje princip nepremostivosti javnih tužilaca, koji je garantovan sudijama, i samo uz pismenu saglasnost mogu biti trajno premešteni, odnosno privremeno upućeni u drugo javno tužilaštvo.

Uređeni su i osnovi za predstanak mandata na lični zahtev, u slučaju osude za krivično delo na kaznu zatvora, prestankom funkcije javnog tužioca, kao i trajnim gubljenjem radne sposobnosti za vršenje funkcije. Odluku o prestanku mandata člana Visokog saveta tužilaca donosi Visoki savet tužilaca, a i protiv ove odluke dozvoljena žalba Ustavnom sudu, koja isključuje pravo na ustavnu žalbu. Visoki savet tužilaca donosi odluke kvalifikovanom većinom, jer je potrebno da najmanje

¹⁹ D. Simović, V. Petrov (2014), op.cit., 276.

osam članova glasaju „za“, što podrazumeva jak pluralizam i konsenzus i članova po položaju, i javnih tužilaca i članova izabranih od strane Narodne skupštine.

ZAKLJUČAK

Uspeh buduće ustavne reforme zavisice od pronalaženja ravnoteže između apstraktno shvaćenih evropskih vrednosti i principa, sa jedne, i njihove normativne razrade, sa druge strane, koja mora odgovarati društveno-političkim prilikama u zemlji.²⁰ To jeste za sada neizvesno, ali ceneći prema kvalitetu teksta akta o promeni Ustava Republike Srbije, kao i transparentnosti toka postupka za promenu Ustava i održavanju javnih rasprava, može se reći da je ova reforma na dobrom putu i da su mnoge manjkavosti otklonjene. Implementirana su u ustavne amandmane nova rešenja, koja treba da jasno razdvoje polje prava i pravne sigurnosti od upliva uticaja političkih vlasti, jednosmernih instrukcija i odsustva instrumenata odgovornosti.

Unapređenje normativnog sistema promenama Ustava zbog suprematije tog akta trebalo bi da se prelama i na nova zakonska i podzakonska rešenja, što bliže uređuje tekst nacрта ustavnog zakona za sprovođenje amandmana. Ustav je organizacija, a obični zakoni funkcionisanje vrhovne vlasti.²¹ Svaki pomak u regulisanju iskazuje se u sintezi efekata prava u procesu njegove primene, gde treba da dođe do izvesnosti, koja unosi harmoniju u integritet socijalnih i pravnih ustanova, nastaje socijalna, ekonomska i pravna sigurnost subjekata prava, jača se vera u autoritet prava i samim tim, pravo postaje moćno da verno odražava karakter i prirodu društvenog uzroka prava.²²

Rešenja formulisana u tekstu akta o promeni Ustava Republike Srbije predstavljaju simbiozu uvođenja u konstitucionalno ruho faktičkog stanja i temeljnog nastojanja ka modernizovanju položaja javnih tužilaca u pravosudnom sistemu. Dosadašnji materijalni i procesni izazovi sa kojima se suočavalo javno tužilaštvo izvršili su snažan efekat na celokupan javnotužilački korpus u vidu transformacije javnotužilačke funkcije i postepenog razvitka samostalnosti njenih nosilaca. Ustanovljavanje kvalitetnog i odgovarajućeg ustavnog okvira uz zadržavanje kontinuiteta u vršenju funkcija doprineće ne samo normativnom, već i praktičnom

²⁰ Vladan Petrov, Maja Prelić Simović, Venecijalska komisija i ustavne reforma pravosuđa u Republici Srbiji – uz jubilej 30 godina Venecijanske komisije, *Unifikacija prava i pravna sigurnost*, Zbornik radova 33. *Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, Beograd, 2020, tom III, 537.

²¹ Slobodan Jovanović, *O državi – Osnovi jedne pravne teorije*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2011, 287.

²² Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 782.

progresu samostalnosti javnih tužilaca, poštovanju pravne sigurnosti, kao imperativu vladavine prave, jačanju poverenja javnosti u pravosudni sistem, kao i održavanju stabilnosti i dostizanju standarda legitimiteta ustava.

GORDANA KRSTIĆ, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

THE CONSTITUTIONAL REFORM AND LEGAL CERTAINTY

Summary

The object of this analysis is related to the amendments to the Constitutional Act and the influence of this reform on the legal certainty. The procedure of the constitutional reform is complex, and it can be the result of the need to improve individual parts due to the incompatibility of existing normative solutions with the actual ones, or due to the tendency to create preconditions for achieving European standards on the way of assessing to the European Union and take legal steps in order to the implementation of the Action Plan for Chapter 23. The judicial system and the relationship between the judiciary, on the one hand, and the legislature and the executive, on the other, are outlined as burning points, which need to be improved primarily to protect citizens' rights in court proceedings and strengthen guarantees of legal certainty in modern democracies. The solutions formulated in the text of the act on the reform of the Constitution of the Republic of Serbia are very important for the status of the public prosecutors and the members of the Public Prosecutorial Council. The autonomy of the prosecutors is essential for taking effective criminal prosecution and is enhanced by excluding the Parliament from the appointment and dismissal of this category of public functionary, explicate provision of non-interference in the prosecutor's activities, excluding re-election of the Prosecutor General, regulating hierarchical instructions and establishing the permanent tenure of office etc.

Key words: Constitution, the partial reform, judiciary, public prosecutor's office

Literatura

Garoupa N., Ginsburg T., *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, The Law School The University of Chicago, Chicago, 2008.

Jovanović S., *O državi – Osnovi jedne pravne teorije*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2011.

Marković R., „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2006.

Marković R., *Ustavno pravo i političke institucije*, IPD Justinijan, Beograd, 2005.

Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2017.

Petrov V., „O nekim „antiidentitetskim“ mestima u srpskom ustavu“, *Srpska politička misao*, posebno izdanje, Institut za političke studije, Beograd, 2017.

- Petrov V., „Predlozi za reformu Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68, Niš, 2014.
- Petrov V., Prelić Simović M., „Venecijalska komisija i ustavne reforma pravosuđa u Republici Srbiji – uz jubilej 30 godina Venecijanske komisije“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, tom III, Beograd, 2020.
- Simović D., Petrov V., *Ustavno pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2014.
- Stojanović M. D., *Ustavno pravo*, Sven – Niš, Niš, 2009.
- Šurlan T., „Revizija Ustava Republike Srbije u svetlosti internacionalizacije ustavnog prava“, zbornik *Reviziona vlast u Srbiji – proceduralni aspekti ustavnih promena* (ur. Edin Šarčević, Darko Simović), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2017.
- Vučić O., „Novi Ustavi sud – otvorena pitanja i ponuđeni odgovori“, *Zbornik Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU* (ur. Radmila Vasić, Ivana Krstić), Beograd, 2013.
- Venice Commission, *Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning prosecutors*, CDL-PI (2015)009.
- Venice Commission, *Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning prosecutors*, CDL-PI (2018)001, 8.
- Venice Commission, CDL-AD (2007)004 Opinion on the Constitution of Serbia.

SADRŽAJ

RADOVI ZA NAGRADU „PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“

| | |
|--|----|
| Primena prava i pravna (ne)sigurnost – načelo jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti između mita i stvarnosti Application of law and legal (un)certainty – principle of equal pay for the same work or work of the same value between myth and reality – <i>Mina Kuzminac</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 7 |
| Međunarodni investicioni sporovi – pitanja merodavnog prava International investment disputes – issues of applicable law – <i>Stefan Jovanović</i> , saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 27 |
| Competition law and data protection: the need for legal certainty in a necessary relationship Pravo konkurencije i zaštita podataka: potreba za ostvarenjem pravne sigurnosti – <i>Andrea Piletta Massaro</i> , doktorand Univerziteta u Torinu | 49 |
| Krivičnopravna zaštita životinja – (ne)primena zakona u praksi Criminal protection of animals – application of law in practice – <i>Natalija Živković</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 73 |
| Dometi načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku The scope of the principle of determining the truth in criminal proceedings – <i>Aleksa Škundrić</i> , master prava, student master akademskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu | 91 |

| | |
|---|-----|
| Ispitivanje svedoka na glavnom pretresu The examination of witnesses on main hearing | |
| – <i>Aleksandar Kvastek</i> , master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 109 |
| Nadležnost za pomoćne postupke prema Uredbi o stečajnim postupcima kroz prizmu odnosa sa Brisel I uredbom Jurisdiction for insolvency related actions in the european insolvency regulation through the prism relations with Brussels I Regulation | |
| – <i>Aleksandra Višekruna</i> , istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 129 |
| Enforcing the pre-arbitral steps within multi-tier dispute resolution clauses: a roll of the dice Primena i tumačenje klauzule o višestepenom rešavanju sporova: problem pravne nesigurnosti | |
| – <i>Marija Ralević</i> , student osnovnih studija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu | 147 |
| Aktuelne tendencije u razvoju radnog prava: između deregulacije i pravne sigurnosti Current tendencies in the development of labour law: between deregulation and legal security | |
| – <i>Tijana Kovačević</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 167 |
| Reforma Ustava i pravna sigurnost The Constitutional reform and legal certainty | |
| – <i>Gordana Krstić</i> , master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 189 |

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.131(082)

342.9(082)

342(082)

МЕЂУНАРОДНА научна конференција Примена права и правна сигурност (34 ; 2021 ; Београд)

Primena prava i pravna sigurnost : zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović : međunarodna naučna konferencija, Beograd, 22. decembar 2021. Tom 4 = Application of Law and Legal Certainty : collection of papers from the 34th Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović. Vol. 4 : international scientific conference, Belgrade, december 22, 2021 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2021 (Novi Sad : Futura). - 204 str. ; 24 cm

Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 500. - Str. 3-4: Radovi za nagradu „Profesor Slobodan Perović“ / Jelena S. Perović Vujačić. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries.


ISBN 978-86-81956-07-6

ISBN 978-86-81956-08-3 (za izdavačku celinu)

а) Правна сигурност -- Зборници б) Управни поступак -- Зборници

в) Уставно право -- Зборници

COBISS.SR-ID 52923913



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici