

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

MEĐUNARODNI PRAVNI ODNOSI I PRAVDA

Zbornik radova 36. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović

Beograd, 2023. | Tom III

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

Universitas Iuris Naturalis Copaonici

36. Susret
36th Meeting

**MEĐUNARODNI PRAVNI ODNOSI
I PRAVDA**
**INTERNATIONAL LEGAL RELATIONS
AND JUSTICE**

Zbornik radova 36. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava
– Slobodan Perović
Proceedings of the 36th Meeting of Kopaonik School of Natural Law
– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Kopaonik, 13 – 17. decembar 2023
Kopaonik, 13 - 17 December 2023

Tom III/Volume III



Beograd, 2023

MEĐUNARODNI PRAVNI ODNOSI I PRAVDA
INTERNATIONAL LEGAL RELATIONS AND JUSTICE

Zbornik radova 36. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 36th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 13. – 17. decembar 2023.

International Scientific Conference, 13 - 17 December 2023

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 Jović-Prlainović, Dr Uroš Novaković, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Zoran Lončar, Prof. dr Zorica Vujošević, Dr Christa Jessel-Holst, Prof. dr Dragor Hiber, Akademik prof. dr Zoran Rašović, Prof. dr Nikola Mojović, Prof. dr Nina Planojević, Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Akademik prof. dr Mirko Vasiljević, Dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Jasminka Obućina, Dr Mirjana Glintić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Dr Thomas Meyer, Dr Nataša Hadžimanović, Prof. dr Stojan Dabić, Prof. dr Mirjana Radović, Predrag Trifunović, Prof. dr Ljubinka Kovačević, Dimitrije Milić, Prof. dr Sanja Danković Stepanović, Dr Đorđe Krivokapić, Andrea Nikolić, Prof. dr Gordana Stanković, Prof. dr Ivana Krstić, 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), Vlado Kambovski (Macedonian Academy of Sciences and Arts, North Macedonia), Prof. dr Aleksandra Maganić (Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia), Dr Mateja Đurović (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-978-86-81956-22-9 (serija) / ISBN-978-86-81956-20-5

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. 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. Svi radovi u ovom Zborniku se objavljuju po pozivu, a njihovi autori imaju svojstvo pozvanih predavača na konferenciji.

TREĆA KATEDRA

PRAVO NA IMOVINU

Radni odnosi; Banke i bankarski poslovi

KRISTINA BALNOŽAN

PROMENA RADNOPRAVNOG KONCEPTA OČINSTVA: ZAŠTITA ZAPOSLENIH OČEVA U EVROPSKOM RADNOM PRAVU¹

Zaposleni očevi su u tradicionalnom društvu mogli da ispune ulogu izdržavaoca porodice zbog favorizacije na tržištu rada, stabilnosti zaposlenja i oslonca na ženu koja je ostajala van radnog odnosa i starala se o deci. Društvo u kojem žive današnji očevi je, međutim, različito od društva u kojem su ranije živeli njihovi očevi. Snažnije uključivanje žena na fleksibilno i nestabilno tržište rada nije praćeno dovoljnim uključivanjem očeva u brigu o deci. Savremena porodica je porodica sa dvoje izdržavalaca, iako bi u idealu trebalo da bude i porodica sa dvoje negovatelja. Autorka preispituje promenu koncepta očinstva, sa teorijskog aspekta i prikazuje jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde Evropske unije, koja podržava promenjenu ulogu očeva. Zatim, približava (ne)komunitarna pravna pravila koja se odnose na zaposlene očeve sa porodičnim dužnostima prema deci i predlaže rešenja koja bi mogla da ih u toj promenjenoj ulozi osnaže. Istraživanje je doveo do zaključka da se aktivnije uključivanje očeva u brigu o deci može postići primenom postojećih (ne)komunitarnih pravila, ali i njihovim unapređivanjem i razvojem javnih politika koje će očeve zadržati, ali i podstaći da se ostvare u dvostrukoj ulozi: ulozi izdržavalaca porodice, ali i odgovornih roditelja uključenih u negu dece.

Ključne reči: zaposleni očevi, porodične dužnosti, standardi Saveta Evrope, pravo Evropske unije

Kristina Balnožan, master prava, sudijski saradnik Apelacionog suda u Beogradu, e-mail: kristinabalnozan@yahoo.com.

¹ U radu su sadržani i rezultati našeg istraživanja koji su izloženi na Seminaru mladih istraživača (evropskog) radnog i socijalnog prava (*Seminar for young researchers on European Labour Law and Social Law*) održanom 4–6. maja 2023. godine, na Institutu za radno i socijalno pravo Univerziteta u Beču.

U V O D

Priroda je stvorila i organizovala život čoveka po principu zajednice i socijalnosti, a svoj život čovek ostvaruje unutar različitih asocijacija, pa i u porodičnoj asocijaciji.² Rođenjem u porodičnoj zajednici, dete dolazi u fazu života tokom koje je u potpunosti zavisno od drugih lica. Međutim, kada govorimo o nezi dece, najčešće, zamišljamo porodilju koja brine o novorođenčetu, ženu koja brine o detetu sa posebnim potrebama, samohranu majku koja teško usklađuje profesionalne i dužnosti izdržavanja deteta. Žene i dalje preuzimaju teret porodičnih dužnosti ili to čine više nego muškarci.³ Drugim rečima, briga o drugim licima je „žensko pitanje“, a veštine brige o drugima žene su prenosile na svoje kćerke, sestre, prijateljice, ostavljajući muškarce na marginama važnog društvenog pitanja. „Koreni“ ovih uverenja, leže u tradicionalnom shvatanju porodice, koje oca vidi kao izdržavaoca, a majku kao negovateljicu. Ovo shvatanje utemeljeno je u doktrini o dve životne sfere: profesionalnoj sferi, sferi dominacije muškarca, i porodičnoj sferi, sferi dominacije žene.⁴ „Tragičnost“ ovog modela porodice, leži u tome da su rad van domaćinstva za ženu, odnosno briga o deci za zaposlenog oca, bili marginalni. Iako je većina evropskih država, u društvenom, pa i u pravnom smislu izgrađena na tradicionalnom shvatanju, savremene generacije teže da napuste ovaj porodični model. U savremenoj porodici oba roditelja su zaposlena, što je posledica snažnijeg uključivanja žene na tržište rada koje je započelo nakon Drugog svetskog rata. Međutim, „idealna porodica“ nije samo porodica sa dva izdržavaoca, već i porodica sa dva negovatelja. Jednako uključivanje u obe sfere života, nalaže i princip jednakosti, rukovodeći princip u demokratskim društvima. Otuda, radnopravni mehanizmi usmereni ka snažnijem uključivanju žene na tržište rada nisu dovoljni za postizanje rodne ravnopravnosti. Naprotiv, oni moraju biti praćeni mehanizmima koji će podržati snažnije uključivanje očeva u brigu o deci. Tradicionalni koncept roditeljstva je socijalna tvorevina, koja može i mora biti zamenjena, savremenim konceptom roditeljstva, koji je rodno neutralan i zasnovan na principu jednakosti roditelja. Načelo rodne ravnopravnosti, upravo i podrazumeva napuštanje onih društvenih normi, običaja i stereotipa vezanih za „muške“ i „ženske“ uloge koji sprečavaju žene ili muškarce da u potpunosti i delotvorno uživaju ljudska prava.⁵ Savremeni koncept

² Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018, 242.

³ Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 620.

⁴ Eugenia Caracciolo di Torella, „Brave new fathers for a brave new world? Fathers as caregivers in an evolving European Union“, *European Law Journal*, br. 1, Vol. XX, 2014, 95.

⁵ Lj. Kovačević, „Ravnopravnost muškaraca i žena kao bitan element dostojanstvenog zapošljavanja: prilog diskusiji o Nacrtu zakona o rodnoj ravnopravnosti“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1, Vol. XXII, 2018, 104.

očinstva važan je ne samo za zaposlene očeve, već i za njihovu porodicu, poslodavce i društvo u celini. Zaposleni otac nema samo dužnost da podiže, vaspitava i izdržava dete, već i roditeljsko pravo na to, a deca koju neguju oba roditelja, prema pojedinim istraživanjima, imaju bolji kognitivni razvoj, uspeh u školi, ali i bolje socijalne veštine. Za zaposlene majke, snažnije uključivanje očeva u negu dece, znači i manje opterećenje po njih same, jer više nisu isključivo negovateljice dece, pa je i stopa njihove (re)integracije u radni odnos, nakon odsustava ili prekida u karijeri zbog porodičnih dužnosti, veći. Interes poslodavaca za snažnije uključivanje muškaraca u negu dece leži u zadržavanju stručnih i osposobljenih zaposlenih žena, ali i u postizanju bolje usklađenog profesionalnog i porodičnog života svih zaposlenih, jer sklad između različitih dužnosti zaposlene vodi u veće zadovoljstvo, ali i u veću produktivnost na radu.

Očekuje se da rad može doprineti ranijim istraživanjima u ovoj oblasti, time što će ponuditi bitne elemente teorijskog pojma savremenog očinstva, ali i sistematizovati i preispitati adekvatnost standarda Saveta Evrope⁶ i Evropske unije,⁷ iz ugla razmatrane kategorije zaposlenih, što je važno jer očevi uključeni u negu dece, ne smeju trpeti negativne posledice zbog toga na radnom mestu. Rad je podeljen na pet delova. Prvi deo rada približava koncept savremenog očinstva i shvatanje očinstva u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava⁸ i Suda pravde EU⁹. Drugi deo rada razmatra status zaposlenih očeva u standardima SE, a treći deo razmatra njihov status u pravu EU. Četvrta celina osvetljava radnopravne mehanizme koji zaposlene očeve mogu dodatno osnažiti u njihovoj ulozi negovatelja dece, dok se u narednoj celini predlažu rešenja koja mogu osnažiti savremene očeve u toj ulozi kod nas, jer je u našem društvu broj očeva koji se uključuju u negu dece i dalje zanemarljivo mali. Zaključna razmatranja ukazuju da primena, ali i dalji razvoj postojećih pravila, standarda SE i prava EU, praćen razvojem javnih politika, može dovesti do većeg uključivanja očeva u brigu o deci i preuzimanja aktivne uloge i u porodičnoj sferi života.

SAVREMENI KONCEPT OČINSTVA

Teorijski pristup

Tradicionalni obrazac očinstva počiva na tradicionalnom shvatanju porodice, u kojoj je majka negovateljica dece, po pravilu nezaposlena, a otac deteta izdržavalac porodice, dominantan u javnoj sferi života, zaštitnik, autoritet i spona

⁶ U daljem radu: SE.

⁷ U daljem radu: EU.

⁸ U daljem radu: ESLJP.

⁹ U daljem radu: SPEU.

porodice sa javnim svetom. Muškarac je mogao da se ostvari u toj ulozi, jer je bio favorizovan na tržištu rada, postojala je sigurnost radnih mesta i visok stepen zaposlenosti, ali i patrijarhalne vrednosti i jasna podela roditeljskih uloga u porodici.¹⁰ Od njega se nije očekivalo da preuzme direktnu odgovornost za negu dece ili razvije podjednako blizak odnos s njima, kao majka. Tradicionalni obrazac očinstva je, međutim, društvena kreacija, jer se očekivanja od očeva neprestano menjaju. Proces eliminisanja neravnopravnosti muškaraca i žena u porodici otpočeo je polovinom XX veka,¹¹ a tradicionalna shvatanja, danas, ne odgovaraju više ambicijama svih očeva. Rastući broj očeva želi aktivnu ulogu u brizi o deci i vrednuje vreme koje provodi sa njima, više nego vreme koje posvećuju radu.¹² Savremeno doba, dakle, donosi model odgovornog očinstva i promenjenu funkciju oca, u kojoj očevi postaju aktivni učesnici u brizi o deci. Novi koncept očinstva omeđen je pod nazivima „savremenog“, „novog“, „odgovornog“ očinstva i „ideji da su očevi važni“. *Mclaughlin* i *Muldoon* oca vide kao pojedinca koji se aktivno uključuje u negu deteta, zadržavajući svoju profesionalnu ulogu.¹³ Otac u nastajanju, rečima *Collier* i *Sheldon*, teži da bude sve više negovatelj, koji je (ili bi trebalo da bude) emocionalno uključen u svakodnevnu brigu o deci.¹⁴ Odgovorni očevi brinu i o svom poslu i o porodici, teže da bude posvećeni roditelji, a značajnu energiju ulažu i u profesionalnu karijeru. Novi koncept očinstva, dakle, nije sasvim zamenio tradicionalni. Savremeni otac je i dalje izdržavalac porodice, ali su mu sada dodate funkcije brige o deci, ranije rezervisane za majku deteta. Savremeni otac je i izdržavalac porodice i negovatelj dece. Manjini očeva koji svoju ulogu negovatelja već efektivno vrše potrebna je podrška da u tome istraju, a većini koja to još uvek nisu učinila, potrebna je podrška da se na to odluči.

¹⁰ Dragan Stanojević, „Oblikovanje novog očinstva kroz prakse očeva u Srbiji“, doktorska disertacija odbranjena na Filozofskom fakultetu Univerziteta u Beogradu (neobjavljena), Beograd, 2015, 15. Promeni koncepta očinstva, doprineo je Pokret očeva iz osamdesetih godina XX veka kada su očevi tvrdili da su žrtve diskriminacije, jer su obavezivani da daju izdržavanje, a u pogledu podizanja i vaspitanja dece posmatrani su kao nesposobniji u odnosu na majke. Više o pokretu očeva kao reakciji na feminističke zahteve v. Michael Flood, „Separated fathers and the 'fathers' rights' movement“, *Journal of Family Studies*, br. 2-3, Vol. XVIII, 2012, 232–245.

¹¹ Lj. Kovačević, Uroš Novaković, „Mirno rešavanje sporova povodom diskriminacije zaposlenih na osnovu porodičnih dužnosti“, *Pravo i privreda*, br. 7–9, Vol. LVI, 2018, 432.

¹² E. Caracciolo di Torella (2014), op. cit., 95.

¹³ Katrina Mclaughlin, Orla Muldoon, „Father identity, involvement and work–family balance: an in-depth interview study“, *Journal of Community & Applied Social Psychology*, br. 5, Vol. XXIV, 2014, 439.

¹⁴ Richard Collier, Sally Sheldon, *Fragmenting Fatherhood*, Hart Publishing, Oxford, 2008, 209.

Promena koncepta očinstva i jurisprudencija ESLJP i SPEU

U prilog promeni koncepta očinstva govori i jurisprudencija ESLJP. Život svakog zaposlenog, pa i zaposlenih očeva, pored profesionalne, čini i privatna sfera života. Prava koja se odnose na privatnu sferu života garantovana su čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama,¹⁵ i svoje otelotvorenje dobijaju u jurisprudenciji ESLJP. Sud u Strazburu kada odlučuje o odnosima koji su pokriveni odredbom čl. 8 EKLJP ne poklanja pažnju isključivo biološkoj vezi, „ne traži prosto postojanje porodične (krvne, biološke, srodničke) veze, već konzumiranje, i to suštinsko, porodičnog odnosa“,¹⁶ na koji način prepoznaje aktivnu ulogu oca u vršenju svojih porodičnih dužnosti, a ne samo njegov status biološkog roditelja. Tako ESLJP prilikom odlučivanja ceni faktičke činjenice svakog pojedinog slučaja koje ukazuju na „bliskost veze“, primera radi, interesovanje oca za dete pre i nakon porođaja majke,¹⁷ ili faktičke aktivnosti oca usmerene na brigu o detetu (hranjenje, presvlačenje deteta i interesovanje za njegovo zdravlje).¹⁸ Ovaj sud ceni faktičko vršenje porodičnih dužnosti prema deci, volju oca da se uključi u negu dece, u cilju kvalifikovanja odnosa oca i deteta kao odnosa kojem se može pružiti zaštita na osnovu čl. 8 EKLJP, čime je ESLJP priklonjen odgovornom očinstvu, a ne tradicionalnom.

Za razliku od ESLJP praksa Evropskog suda pravde odražava dominantnu ideologiju porodice i tradicionalni koncept očinstva, ali pojedini autori s utemeljenjem u odlukama ESP ukazuju da i praksa ovog suda dobija usmerenje ka savremenom konceptu očinstva. Tako, *McGlynn* navodi da je ESP u predmetu *Commission of the European Communities v. French Republic* „nagovestio promenu pravca“ jurisprudencije ovog suda.¹⁹ Odluka ESP u predmetu *Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA*, rečima *Caracciolo di Torella*, potvrđuje promenu odnosa muškarca prema porodičnim dužnostima, doprinosi osporavanju strukture dve društvene sfere i postavlja osnovu za nov model očinstva koji se udaljava od podrazumevane ideologije očinstva.²⁰ Slično, i *Weldon Johns* ukazuje na to da je

¹⁵ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr. i *Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori*, br. 12/10 i 10/15. U daljem radu: EKLJP.

¹⁶ Uroš Novaković, „Pravo na poštovanje porodičnog života“, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu (neobjavljena), Beograd, 2015, 112.

¹⁷ V. presudu ESLJP, *Söderbäck v. Sweden*, br. 24484/94 od 28. oktobra 1998. godine.

¹⁸ V. presudu ESLJP *Lebbink v. Netherlands*, br. 45582/99 od 1. juna 2004. godine.

¹⁹ Clare McGlynn, *Families and the European Union: Law, politics and pluralism (Law in context)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 79.

²⁰ E. Carciolo di Torella (2014), op. cit., 103.

odluka suda u predmetu *Maistrellis v. Ypourgos Dikaioynis kai Anthropon Dikaiomaton* vodi većem prepoznavanju zaposlenih očeva kao zaposlenih negovatelja.²¹ Iako priklonjen dominantnom shvatanju porodice i očinstva, i ESP prati ESLJP i kreće se ka promeni koncepta očinstva.

PROMENA KONCEPTA OČINSTVA I STANDARDI SAVETA EVROPE

(Revidirana) Evropska socijalna povelja

Katalog ljudskih prava zaštićenih pod okriljem Saveta Evrope dopunjen je tzv. pravima druge generacije,²² pored ostalog, i na osnovu Evropske socijalne povelje.²³ ESP vidi porodicu kao osnovu jedinicu društva, koja ima pravo na odgovarajuću društvenu, pravnu i ekonomsku zaštitu u cilju potpunog razvoja. U ESP, međutim, nije uključeno i pravo radnika s porodičnim dužnostima na jednake mogućnosti i tretman, ali je to nadomešteno Revidiranom socijalnom poveljom.²⁴ Odredba čl. 27 RESP odnosi se na zaštitu porodičnog života u širem smislu, on odražava razvoj principa jednakosti koji je prvobitno podrazumevao zaštitu prava žena, a u savremeno doba podrazumeva zaštitu i muškaraca i žena, pod istim uslovima, bilo u profesionalnom, bilo u porodičnom životu.²⁵ Ovom odredbom jemči se pravo radnika sa porodičnim dužnostima oba pola na jednakost i pozivaju države članice „da omoguće radnicima sa porodičnim dužnostima, bez obzira na pol, da zasnuju radni odnos i ostanu u njemu, kao i da ponovo zasnuju radni odnos posle odsustva zbog porodičnih dužnosti, da uzmu u obzir njihove potrebe u smislu uslova zapošljavanja i socijalne sigurnosti, da razviju ili da unaprede usluge, javne ili privatne, u domenu čuvanja dece ili drugih oblika dečje zaštite, da obezbede za bilo kog roditelja da dobije u periodu posle porodičnog odsustva, roditeljsko odsustvo tokom kojeg bi se starao o detetu, čija dužina i uslovi treba da se određuju u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom, kolektivnim ugovorima ili praksom, da obezbede da porodične dužnosti ne mogu, kao takve, predstavljati valjan razlog prestanka radnog odnosa“.²⁶

²¹ Michelle Weldon-Johns „EU work-family policies revisited: Finally challenging caring roles?“, *European Labour Law Journal*, br. 3, Vol. 12, 2021, 302.

²² Evropska socijalna povelja usvojena je u Torinu 1961.godine. U daljem radu: ESP.

²³ Ljubinka Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 216.

²⁴ Zakon o potvrđivanju Revidirane Evropske socijalne povelje, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 42/09. U daljem radu: RESP.

²⁵ Rolf Brik, *European social charter*, Wolters Kluwer, The Hague, 2007, 245.

²⁶ Deo prvi, čl. 27, RESP.

Cilj citirane odredbe RESP-a, je da svim sredstvima, nacionalnim i međunarodnim, države ugovornice postignu uslove u kojima će sva lica s porodičnim dužnostima, bez obzira na pol, a koja su zaposlena ili žele da se zaposle, to pravo imati bez diskriminacije i koliko je moguće, bez sukoba profesionalnih i porodičnih dužnosti.

Preporuke Saveta Evrope

Podrška roditeljstvu i zaposlenim očevima, prepoznata je i u preporukama SE. Preporuke su važne za države članice ove organizacije, jer su izraz kolektivne volje zajednice država članica, po pravilu, prethode pravnoobavezujućim sporazumima i pomažu iznalaženju konsenzusa država članica, a takav konsenzus može dovesti i do usvajanja pravnoobavezujućeg standarda. One sadrže smernice kako države članice mogu podržati razvoj koncepta „pozitivnog roditeljstva“ i značajan su vid podrške roditeljstvu u Evropi. Iako broj preporuka koji je organizacija usvojila, u kontekstu podrške porodici i roditeljstvu, prevazilazi obim ovog rada, ukazaće se na preporuke koje nalazimo značajnim, sa aspekta promene koncepta očinstva. U tom smislu, još 1984. godine, doneta je Preporuka SE (84) 4 o roditeljskim dužnostima,²⁷ koja je „prvi korak“ ka većem prepoznavanju podrške porodici i roditeljstvu na nivou regionalne organizacije. Preporuka je naglasila načelo najboljeg interesa deteta i načelo nediskriminacije, ali i načelo jednakosti roditelja oba pola u vršenju porodičnih dužnosti prema deci.²⁸ Desetak godina kasnije, usvojena je i Preporuka SE (94) 14 o koherentnim i integrisanim politikama podrške porodici,²⁹ kojom se posebno naglašava uloga očeva i njihovo aktivno vršenje porodičnih dužnosti prema deci. Na potonje se nadovezuje i Preporuka SE (96)5 o usklađivanju poslovnog i porodičnog života,³⁰ koja počiva na ideji da se potreba žena i muškaraca da ispune svoje porodične dužnosti prema deci mora učiniti jednim od prioriteta javnih politika. Da pozitivnog roditeljstva nema bez aktivne uloge očeva, naglašeno je u Preporuci SE (2006)19 o politici podrške pozitivnom

²⁷ Preporuka SE (84) 4 o roditeljskim dužnostima, (engl. *Council of Europe, Recommendation No. R(84) 4 of the Committee of Ministers to Member States on parental responsibilities*). U daljem radu: Preporuka SE 84 (4).

²⁸ Preporuka SE 84 (4), Princip 2.

²⁹ Preporuka SE 94 (14) o koherentnim i integrisanim politikama podrške porodici (engl. *Council of Europe, Recommendation No. R 94 (14) of the Committee of Ministers on the coherent and integrated family policies*).

³⁰ Preporuka SE 96 (5) o usklađivanju poslovnog i porodičnog života (engl. *Council of Europe, Recommendation No. R (96) 5 of the Committee of Ministers to Member States on the Reconciling work and family life*).

roditeljstvu,³¹ koja poziva na uvažavanje prava, obaveza i odgovornosti roditelja, a u tom smislu i na pravo oba roditelja na jednakost u vršenju roditeljskog prava prema deci, s ukazivanjem na to da bi naročitu pažnju trebalo posvetiti važnoj ulozi očeva u nezi i podizanju dece.³²

PROMENA KONCEPTA OČINSTVA I PRAVO EVROPSKE UNIJE

Uvodna razmatranja

Još 1986. godine Evropska komisija je ukazala na to da je društveni razvoj takav da zaposleni, ukoliko su ujedno i očevi, moraju da dele porodične obaveze u vezi sa negom dece i organizacijom porodičnog života, ali uprkos ovim ranim naznakama, evropski zakonodavac je minimalno obraćao pažnju na zaposlene očeve.³³ U odsustvu posebne regulative koja bi se na njih odnosila, položaj zaposlenih očeva razmatrao se pod okriljem komunitarnog pravnog okvira koji se odnosi na princip jednakosti.³⁴ Prvi neuspeli pokušaj da se očevi uključe u brigu o deci i pod normativnim okvirom bio je učinjen usvajanjem Direktive EU 92/85/EEZ koja se odnosi na zaposlene trudnice i porodilje, koja je stavila fokus na majke, ali i propustila da pomene ulogu oca, čime je osnažila doktrinu o dve odvojene životne sfere.³⁵ Nešto kasnije, 1996. godine, usvajanje Direktive 96/34/EZ o roditeljskom odsustvu donosi osnaživanje ideje da oba roditelja treba da budu uključena u negu dece. Iako je *prima facie*, bila snažan iskorak, sam praktični učinak ove direktive je izostao, budući da je i dalje mali broj očeva koristio roditeljsko odsustvo,³⁶ što je dovelo do njenog revidiranja. Glavni nedostatak ove direktive bio je u tome da je roditeljsko odsustvo bilo neplaćenog karaktera, a mali broj očeva je bio spreman da se odrekne svojih primanja zarad odsustva sa rada zbog brige o detetu koje je neplaćenog karaktera.³⁷ Nekoliko godina kasnije, 2000. godine, doneta je Preporuka o učešću žena i muškaraca u porodičnom životu, a iako je izvor mekog prava, ona je

³¹ Preporuka SE (2006)19 o politici podrške pozitivnom roditeljstvu (engl. *Council of Europe, Recommendation No. R (2006) 19 of the Committee of Ministers to Member on policy to support positive parenting*). U daljem radu: Preporuka SE 2006 (19).

³² Preporuka SE 2006 (19), tačka 5.

³³ E. Caracciolo di Torella (2014), op. cit., 96.

³⁴ *Ibidem*, 97.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Eileen Drew, *Parental Leave in Council of Europe member states*, Directorate General of Human Rights, Strasbourg, 2005, 14.

naglasila da roditelji oba pola imaju porodične obaveze prema deci i dovela u pitanje doktrinu o dve odvojene socijalne sfere života.³⁸ Konačno, Povelja EU o osnovnim pravima osnažila je položaj zaposlenih očeva kao negovatelja dece, tako što je u cilju usklađivanja porodičnog i profesionalnog života, zajemčila pravo svako (dakle, i oca i majke) na zaštitu od otkaza iz razloga koji su u vezi sa materinstvom i pravo na plaćeno trudničko i porodiljsko odsustvo, kao i roditeljsko odsustvo posle rođenja ili usvojenja deteta.³⁹ Dalje osnaživanje zaposlenih očeva kao negovatelja dece donelo je i usvajanje Direktive 2019/1158 o usklađivanju profesionalnog i porodičnog života roditelja i negovatelja i stavljanju van snage Direktive 2010/18.⁴⁰

Direktiva o usklađivanju profesionalnog i porodičnog života roditelja i negovatelja

„Omnibus direktiva“, kako je još nazivaju, ohrabruje i ojačava ulogu roditelja, ali i muškaraca kao negovatelja dece.⁴¹ Ovaj instrument teži da prepozna oba roditelja, i majku i oca, kao nosioce porodičnih dužnosti. Iako za polaznu osnovu ima jednakost radnika prilikom zapošljavanja, direktiva, ipak, teži da ojača položaj radnika na tržištu rada iz jednog specifičnog ugla regulisanja, budući da status roditelja postavlja u jedan širi, a ne isključivo radnopravni kontekst.⁴² Sa aspekta zaposlenih očeva, naročito je važna, jer uvodi pravo na očinsko odsustvo, u trajanju od 10 radnih dana,⁴³ što je veliki korak napred, jer se na ovaj način uvodi novi institut koji je komplementaran porodiljskom odsustvu majke. Iako je u mnogim državama članicama, ovo pravo već bilo zagwarantovano ranije,⁴⁴ evropski zakonodavac je sada po prvi put, pravo na očinsko odsustvo normirao na nadnacionalnom

³⁸ E. Caracciolo di Torella (2014), op. cit., 99.

³⁹ *Ibidem*, 100.

⁴⁰ Direktiva EU 2019/2158 o usklađivanju profesionalnog života roditelja i negovatelja (engl. *Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU*). U daljem radu: Direktiva 2019/158.

⁴¹ European Parliament, A new Directive on work-life balance, Briefing EU legislation in progress, *A new directive on work-life balance (europa.eu)*, 20. 2. 2022.

⁴² Márton Leó Zaccaria, „Balancing work and life: new developments in the field of legal protection of workers“, *Pro Futuro*, br. 4, Vol. X, 2021, 30.

⁴³ Direktiva 2019/1158, čl. 4, st. 1.

⁴⁴ Odsustva sa rada zajemčena očevima javljaju se tek sedamdesetih godina XX veka, a dva-desetak godina kasnije države su ocu zajemčile i posebno i neprenosivo pravo na odsustvo i time dovele u pitanje doktrinu o dve odvojene životne sfere. Navedeno prema, Ivana Dobrotić, Sonja Blum, Alison Koslowski, *Introduction to the research handbook on leave policy: parenting and social inequalities in a global perspective*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2022, 1.

nivou kao individualno pravo očeva. Radi se o безусловnom pravu koje po pravilu ne zavisi od prethodnog staža osiguranja, a poslodavac vršenje ovog prava ne može odložiti niti odbiti.⁴⁵ Očinsko odsustvo je, u smislu Direktive, pravo plaćenog karaktera i vezuje se za naknadu zarade koja je najmanje jednaka naknadi koju zaposleni ostvaruje usled odsustva s rada zbog zdravstvenih razloga, s tim da države članice mogu ostvarivanje prava usloviti prethodnim stažom osiguranja koji nije duži od šest meseci pre dana očekivanog rođenja deteta.⁴⁶ Iako je pravo na očinsko odsustvo „dugo očekivano“⁴⁷ ono se izlaže kritici sa više razloga: pravo ne dovodi u jednak položaj očeve i majke, budući da je majkama obezbeđeno pravo na odsustvo u znatno dužem trajanju; vezivanje prava za rođenje deteta, dakle, za period kada je i majka po pravilu na odsustvu sa rada zbog rođenja deteta, onemogućava oca da samostalno brine o novorođenom detetu; pravo nije imperativnog karaktera kao što je to slučaj sa obaveznim porodiljskim odsustvom majke, a dozvoljavanje državama članicama da pravo uslove prethodnim stažom osiguranja zaposlenih očeva, može ograničiti broj očeva koji će se pravom koristiti,⁴⁸ jer bi rastući broj radnika koji rad obavlja u nekom od nestandardnih oblika zapošljavanja, na ovoj način, ostao van domena primene ove odredbe. Ističe se i da bi moralo postojati značajnije određenje da se pravo odnosi kako na one očeve koji su u standardnom radnom odnosu, tako i na one koji su angažovani na neki drugi način, te da bi visina naknade morala biti u visini od 100% zarade.⁴⁹ Ukoliko visina naknade nije adekvatna, očevi nemaju podsticaj da se ovim pravom koriste. Nadalje, Direktivom se roditeljima oba pola jemči i pravo na roditeljsko odsustvo, u trajanju od četiri meseca, dok ne dete ne navrši određenu dob, do 8 godine života.⁵⁰ Cilj ove odredbe jeste da se osigura da oba roditelja ravnopravno ostvare svoje pravo na roditeljsko odsustvo. Usvajanje Direktive, zapravo, predstavlja promenu perspektive u pogledu rodne ravnopravnosti, pomeranjem fokusa koji je do tada bio isključivo na majkama i maternitetskoj zaštiti na značaj jednake odgovornosti oba roditelja za porodične dužnosti prema deci.⁵¹

⁴⁵ Direktiva 2019/158, čl. 4, st. 2.

⁴⁶ Direktiva 2019/158, čl. 8, st. 2.

⁴⁷ Elisa Chierigato, „A work-life balance for all? Assessing the inclusiveness of EU Directive 2019/1158“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, br. 1, Vol. XXXVI, 2020, 118.

⁴⁸ E. Caracciolo di Torella., „One more step along the way: the 2019 Work Life Balance Directive“, *Revue de DCTSS*, 2020, <https://doi.org/10.4000/rdctss.803>, 20. 2. 2022.

⁴⁹ European Parliament, A new Directive on work-life balance, Briefing EU legislation in progress, *A new directive on work-life balance (europa.eu)*, 20. 2. 2022.

⁵⁰ Direktiva 2019/158, čl. 5, st. 1.

⁵¹ Katharine Booth, „Paternity and paternity and parental leave: towards a New International Labour Standard“, *Hastings Women's Law Journal*, br. 2, Vol. XXXII, 2021, 5.

Ovo pravo nije novo, ali sadrži snažnije garantije u odnosu na ranije postojeća rešenja i teži da očeve više uključi u negu dece. U tom smislu, posebno je naglašeno i da dva od četiri meseca roditeljskog odsustva nisu prenosiva. Dakle, i jedan i drugi roditelj moraju iskoristiti pravo u trajanju od najmanje dva meseca, bez mogućnosti prenosa prava na onog drugog, a pod pretnjom gubitka prava (engl. *take it or leave it*). Korišćenje ovog prava od strane očeva značajno je veće, ukoliko je pravo posebno kreirano kao individualno ekskluzivno pravo očeva.⁵² Direktiva, nadalje, propisuje i da roditelji imaju pravo da podnesu zahtev za korišćenje roditeljskog odsustva u fleksibilnim oblicima,⁵³ budući da se odsustvo fleksibilnosti u korišćenju prava može odvratiti očeve od namere da se njime koriste.

UNAPREĐIVANJE RADNOPRAVNIH MEHANIZAMA KOJI OSNAŽUJU POLOŽAJ OČEVA KAO NEGOVATELJA DECE

Očevi su i dalje retko uključeni u negu dece, uprkos garantijama na evropskom tlu, a u državama u kojima takve garantije postoje, oni ne koriste očinsko i roditeljsko odsustvo u zadovoljavajućem obimu. Ova neravnopravnost u vršenju porodičnih dužnosti prema deci, negativno utiče i na zaposlene majke, što u krajnjem može dovesti i do njihovog isključivanja sa tržišta rada. Ovako je, delom zbog toga što su žene viđene kao primarne negovateljice dece, a delom i zbog toga što muškarci ne žele da budu viđeni u radnom okruženju kao manje posvećeni poslu zbog korišćenja odsustva ili da se suoče sa negativnim posledicama po napredovanje na radu zbog korišćenja odsustva. Ovo, dalje, otvara pitanje, koje se pokazuje kao „kritično“, zašto očevi, uprkos garantijama prava na očinsko i roditeljsko odsustvo, ova odsustva ne koriste u praksi?⁵⁴ *Addati Cattaneo* i *Pozzan*, u tom smislu kao moguće razloge navode snažan oslonac ovih odsustava na finansiranje od strane poslodavaca, koje može voditi u diskriminaciju očeva, budući da poslodavci očekivano izbegavaju zapošljavanje mladih očeva, ali i ukorenjena tradicionalna shvatanja o rodnim ulogama u porodici i nizak nivo naknade zarade koji mogu delovati destimulativno na očeve da bi se ovim pravom koristili.⁵⁵ Potonjim razlozima, *Simović-Zvicer* dodaje i razloge formalne prirode, „izrazito krute“ norme ostvarivanja prava, komplikovanu proceduru i stepen kulturnog razvoja, odnosno odnos šire zajednice prema podeli porodičnih dužnosti

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Direktiva 2019/158, čl. 5, st. 6.

⁵⁴ Vesna Simović-Zvicer, „Pravo oca na roditeljski i očinski dopust u zemljama EU“, *Revija socijalne politike*, br. 1, Vol. XXIX, 2022, 61.

⁵⁵ Laura Addati, Umberto Cattaneo, Emanuela Pozzan, *Care at work Investing in care leave and services for a more gender equal world of work*, International Labour organisation, Geneva, 2022, 116.

između roditelja.⁵⁶ Booth u tom smislu objašnjava da su očevi skloniji tome da koriste očinsko odsustvo ukoliko postoje neki drugi faktori koji tome doprinose. Zbog toga je samo trajanje prava, ali i visina naknade zarade za vreme odsustva sa rada bitna za očeve, kao što je važna i fleksibilnost u pogledu uslova ostvarivanja prava. Visok nivo naknade zarade šalje poruku očevima da je nega koju oni pružaju detetu važna i da je njihova uloga kao negovatelja deteta podjednako važna kao i njihova uloga kao radnika.⁵⁷ Kao moguće rešenje koje doprinosi većem korišćenju ovog prava od strane zaposlenih roditelja, u literaturi se predlaže fleksibilnost u korišćenju odsustva zbog nege deteta. Tako primera radi, u Nemačkoj, Finskoj i Holandiji roditelji mogu da koriste ovaj vid odsustva u kombinaciji sa radom sa nepunim radnim vremenom.⁵⁸ Osim toga, dodaje se i da odsustvo za negu deteta koje je odgovarajućeg trajanja, koje je kreirano kao neprenosivo pravo i koje prati visok nivo naknade zarade na nivou prethodnih primanja roditelja, može obezbediti da i očevi u praksi češće koriste ovaj vid odsustva. Adekvatna visina naknade doprinosi većem korišćenju roditeljskog odsustva od strane očeva, ali i boljoj podeli porodičnih dužnosti između roditelja,⁵⁹ što je u skladu sa potrebom promene koncepta očinstva. Da je adekvatna naknada zarade za vreme roditeljskog odsustva glavni stimulišući faktor da se očevi ovim pravom koriste ne čudi, budući da su očevi i dalje izdržavaoci porodice. Ukoliko je naknada zarade za vreme odsustva niska, zaposleni otac može, rukovodeći se očekivanom društvenom ulogom izdržavaoca porodice, vrlo lako da odustane od korišćenja odsustva po ovom osnovu, čak i ukoliko može i želi da vrši porodične dužnosti prema detetu. Još jedan od pristupa koji može ohrabriti očeve na veće korišćenje prava na roditeljsko odsustvo su tzv. bonusi za roditelje. Tako je, primera radi, u Nemačkoj pravo na plaćeno odsustvo produženo za dva meseca ukoliko dva meseca odsustva koristi otac deteta.⁶⁰ Valja ukazati na to da se unapređenje radnopravnih standarda u pogledu osnaživanja očeva može postići i kreiranjem posebnih ekskluzivnih prava očeva, u pogledu pojedinih prava koja su se do sada po pravilu jemčila isključivo majkama. O tome svedoče uporednopravna iskustva koja zaposlenim očevima jemče posebna prava u vezi sa ishranom odojčadi na flašicu (engl. *bottle feeding breaks*),⁶¹

⁵⁶ V. Simović Zvicer, op. cit., 116.

⁵⁷ K. Booth, op. cit., 24.

⁵⁸ Catherine Hein, *Reconciling work and family responsibilities-Practical ideas from global experience*, International Labour Office, Geneva, 2005, 124.

⁵⁹ International Labour Organisation, *Care work and care jobs for the future of decent work*, International Labour Office, Geneva, 2018, 128.

⁶⁰ Koslowski A. et al., *International review of leave policies and research 2022*, http://www.lea-network.org/lp_and_r_reports/, 20. 12. 2022.

⁶¹ L. Addati, U. Cattaneo, E. Pozzan, op. cit., 199.

ali i odsustva u vezi sa prenatalnim zdravstvenim pregledima buduće majke.⁶² Mere podrške očevima u vezi sa ishranom dece „doprinose, kratkoročno gledano, proširivanju dijade odnosa majka–dete, na trijadu odnosa koju pored potonjih čini i otac, a dugoročno gledano, doprinose jednakom učešću očeva u nezi dece“,⁶³ a omogućavanje ocu da bude odsutan sa posla radi prenatalnog pregleda majke, oca uključuje u brigu o budućem detetu od najranije faze trudnoće.⁶⁴

UNAPREĐIVANJE RADNOPRAVNIH MEHANIZAMA KOJI OSNAŽUJU POLOŽAJ OČEVA KAO NEGOVATELJA DECE U REPUBLICI SRBIJI

Očevi u RS nisu u dovoljnoj meri uključeni u negu dece.⁶⁵ U smislu Zakona o radu,⁶⁶ otac ima pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta, po isteku porodijskog odsustva majke, odnosno pošto novorođenče navrší treći mesec života, ali ne i posebno individualno pravo na odsustvo sa rada zbog rođenja deteta. Otac deteta može

⁶² ILO, *Achieving gender equality at work*, International Labour Office, Geneva, 2023, 193.

⁶³ U portugalskom pravu oba roditelja imaju pravo na pauze za dojenje, odnosno ishranu deteta na flašicu, i to dve pauze od maksimalnih sat vremena u toku dnevnog rada ukoliko ne postignu drugačiji sporazum sa poslodavcem. Pravo je oročeno na period do prvog rođendana deteta. Navedeno prema, Jorge Cabrita and Catherine Cerf, *Rest breaks from work: Overview of regulations, research and practice*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg, 2019, 8. Slično je i u španskom pravu gde otac deteta ima pravo na pauzu za hranjenje deteta ili skraćeno radno vreme, s tim da je posle izmena i dopuna iz 2019. godine, pravo normirano kao posebno individualno i neprenosivo pravo kako majke, tako i oca deteta. Navedeno prema L. Addati, U. Cattaneo, E. Pozzan, op. cit., 195.

⁶⁴ U uporednom pravu zaposlenim budućim majkama jemči se pravo na odsustvo sa rada za rad prenatalnih zdravstvenih pregleda. Pojedine države ovaj vid odsustva jemče i zaposlenim budućim očevima, poput Portugalije ili Francuske gde budući očevi imaju pravo na odsustvo sa rada radi prisustvovanja na tri prenatalna pregleda. Navedeno prema, ILO, *Achieving gender equality at work*, op. cit., 193.

⁶⁵ „Jedna od zemalja u kojoj očevi najviše koriste to svoje pravo jeste Švedska, a statistički podaci govore da od ukupnog broja dana zakonom propisanih za odsustvovanje zbog nege deteta, muškarci u Švedskoj iskoriste 30%, dok je u Srbiji zanemarljiv broj očeva koji koriste ovo pravo.“ Navedeno prema, Centar za dostojanstveni rad, *Dodatne analize pojedinih radnopravnih instituta kao podrška rešenjima iz alternativnog modela zakona o radu*, Beograd, 2021, 28. „Ministarstvo za brigu o porodici i demografiju donelo je srednjoročni plan u kome je utvrđeno da broj očeva koji je koristio pravo odsustva sa rada radi nege deteta u 2022. godini iznosi 350, a ciljana vrednost za 2023. godinu je 450 očeva korisnika, da bi ciljana vrednost za 2024. godinu bila 550 očeva korisnika.“ Navedeno prema, Zakon o radu, pravo na odsustvo zbog nege deteta, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiZyKaEstiBAxXEy6QKHAM-C5cQFnoECAwQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.paragraf.rs%2Fdnevne-vesti%2F180423%2F180423-vest4.html&usg=AOvVaw2dJxDevJRB7RHw7W8_K2rg&opi=89978449, 8. 9. 2023.

⁶⁶ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – odluka US, 113/17 i 95/18 – autentično tumačenje.

da koristi odsustvo zbog nege deteta, odnosno roditeljsko odsustvo, bez ikakvih posebnih uslova, tj. u svakoj prilici kada se tako dogovori sa majkom deteta, s tim da za oca ono najranije započinje po isteku porodijskog odsustva majke.⁶⁷ Međutim, u našem pravu, otac nema posebno neprenosivo pravo na roditeljsko odsustvo. Zakonska odredba o roditeljskom odsustvu je dispozitivna i zavisna od dogovora roditelja, a ne imperativna koja bi ocu nametala obavezu korišćenja roditeljskog odsustva, pod pretnjom gubitka prava. Broj očeva koji koristi roditeljsko odsustvo kod nas je i dalje mali, a u društvu su ukorenjene snažne tradicionalne uloge muškaraca i žene u porodici, pa se čini da ima prostora za poboljšanje položaja zaposlenih očeva. S tih razloga doneta je i *Uredba o utvrđivanju programa podrške sprovođenju mera populacione politike i podrške u oblasti porodice i dece u Republici Srbiji za 2023. godinu*.⁶⁸

Uzorom komunitarnih pravila, ali i zbog potrebe stvaranja emocionalne veze između oca i deteta od najranije faze života novorođenčeta, čini se opravdanim potreba za kreiranjem posebnog prava na očinsko odsustvo zbog rođenja deteta, ali i izmena pravila o roditeljskom odsustvu tako da ono bude neprenosivog karaktera nalik rešenju sadržanom u „omnibus direktivi“. Većem korišćenju roditeljskog odsustva od strane očeva mogla bi da doprinese i veća fleksibilnost u ostvarivanju ovog prava i uvođenje „bonusa“ ili „kvota“ u slučaju korišćenja prava od strane oba roditelja. Davanjem mogućnosti očevima da pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta koriste u kombinaciji sa radom sa nepunim radnim vremenom, uslovi i proces rada prilagodili bi se u većoj meri njihovim potrebama. Zaposleni očevi na ovaj način mogli bi da se istovremeno zadrže i u ulozi hranitelja porodice, radom sa nepunim radnim vremenom, ali i u ulozi negovatelja deteta. Uzorom tendencija iz stranih pravnih sistema prema kojima se prava u vezi sa hranjenjem dece i obavljanjem prenatalnih zdravstvenih pregleda, jemče i ocu, njihov položaj mogao bi biti dodatno osnažen.

ZAKLJUČAK

Da bi žene i muškarci podjednako mogli da učestvuju u neplaćenom radu u domaćinstvu na pravedniji način, potrebno je da oboje imaju mogućnost rada na tržištu rada, ali i mogućnost podjednakog uključivanja u brigu o deci. Očevi i muškarci su „čuvari“ rodne ravnopravnosti i od ključnog je značaja uključiti ih u napore da se promoviše rodna ravnopravnost kako u profesionalnom tako i u porodičnom životu. Manjina zaposlenih, ali i značajna manjina zaposlenih očeva želi

⁶⁷ Zoran Ivošević, Milan Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2017, 238.

⁶⁸ Uredba o utvrđivanju programa podrške sprovođenju mera populacione politike i podrške u oblasti porodice i dece u Republici Srbiji za 2023. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 18/23 i 23/23.

da preuzme aktivnu brigu o deci, koja se može postići primenom postojećih pravila SE i prava EU koja ih u tome osnažuju. Kako „nijedan sistem pozitivnog prava nije savršen, postojan i pravedan“,⁶⁹ to se na tome ne treba zaustaviti, već je postojeća pravila potrebno unaprediti. Broj očeva koji su uključeni u negu dece je i dalje mali, kako u evropskim državama, tako i kod nas, pa je postojeća pravila potrebno prilagoditi u većoj meri njihovim obavezama dvostruke prirode. Osnaživanju očeva kao negovatelja dece može doprineti i razvoj javnih politika koji će stvoriti mostove između „tvrđog“ i „mekog“ prava i podstaći ih da se u negu decu uključe, a one „hrabre“ očeve koji su to već učinili, u toj ulozi zadržati.

KRISTINA BALNOŽAN, LL.M.

Judicial Assistant of the Court of Appeal in Belgrade

CHANGING THE LABOUR LAW CONCEPT OF FATHERHOOD:
PROTECTION OF EMPLOYED FATHERS AS CAREGIVERS
IN EUROPEAN LABOUR LAW

Summary

Traditional society guaranteed men the opportunity to fulfill their role of breadwinner through job security, favoritism on the labor market, the dominance of patriarchal values and a clear division of parental roles in the private sphere. In the era of atypical and new forms of work, the feminization of the labour market, blurred family roles, men continued to invest in their professional lives while becoming increasingly involved in childcare. Legislation should meet the changing expectations of men and strengthen their position as caregivers. By providing insight into key research studies, court jurisprudence, and the most significant instruments of European Union law and Council of Europe standards, we believe that this paperwork could lay the groundwork for reflecting on the extension of existing national instruments on working fathers as caregivers, working within the contemporary labor market that should be adapted to their needs.

Key words: employed fathers, family responsibilities, children, Council of Europe standards, European Union law

Literatura

Addati L., Cattaneo U., Pozzan E., *Care at work Investing in care leave and services for a more gender equal world of work*, International Labour organisation, Geneva, 2022.

Booth K., „Paternity and paternity and parental leave: towards a New International Labour Standard“, *Hastings Women's Law Journal*, br. 2, Vol. XXXII, 2021.

Brik R., *European social charter*, Wolters Kluwer, The Hague, 2007.

⁶⁹ S. Perović, op. cit., 139.

- Cabrita J., Cerf C., *Rest breaks from work: Overview of regulations, research and practice*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg, 2019.
- Caracciolo di Torella E., „Brave new fathers for a brave new world? Fathers as caregivers in an evolving European Union“, *European Law Journal*, br. 1, Vol. XX, 2014.
- Caracciolo di Torella E., „One more step along the way: the 2019 Work Life Balance Directive“, *Revue de DCTSS*, 2020, <https://doi.org/10.4000/rdctss.803>.
- Collier R., Sheldon S., *Fragmenting Fatherhood*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- Chieragato E., „A work-life balance for all? Assessing the inclusiveness of EU Directive 2019/1158“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, br. 1, Vol. XXXVI, 2020.
- Centar za dostojanstveni rad, *Dodatne analize pojedinih radnopravnih instituta kao podrška rešenjima iz alternativnog modela zakona o radu*, Beograd, 2021.
- Dobrotić I., Blum S., Koslowski A., *Introduction to the research handbook on leave policy: parenting and social inequalities in a global perspective*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2022.
- Drew E., *Parental Leave in Council of Europe member states*, Directorate General of Human Rights, Strasbourg, 2005.
- Ivošević Z., Ivošević M., *Komentar Zakona o radu*, Tom IV, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2017.
- Flood M., „Separated fathers and the 'fathers' rights' movement“, *Journal of Family Studies*, br. 2-3, Vol. XVIII, 2012.
- Koslowski A. et al, „International review of leave policies and research 2022“, http://www.leavenetwork.org/lp_and_r_reports/.
- Kovačević Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Kovačević Lj., „Ravnopravnost muškaraca i žena kao bitan element dostojanstvenog zapošljavanja: prilog diskusiji o Nacrtu zakona o rodnoj ravnopravnosti“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1, Vol. XXII, 2018.
- Kovačević Lj., Novaković U., „Mirno rešavanje sporova povodom diskriminacije zaposlenih na osnovu porodičnih dužnosti“, *Pravo i privreda*, br. 7–9, Vol. LVI, 2018.
- McLoughlyn K., Muldoon O., „Father identity, involvement and work–family balance: an in-depth interview study“, *Journal of Community & Applied Social Psychology*, br. 5, Vol. XXIV, 2014.
- McGlynn K., *Families and the European Union: Law, politics and pluralism (Law in context)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

- Novaković U., „Pravo na poštovanje porodičnog života“, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu (neobjavljena), Beograd, 2015.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018.
- Simović-Zvicer V., „Pravo oca na roditeljski i očinski dopust u zemljama EU“, *Revija socijalne politike*, br. 1, Vol. XXIX, 2022.
- Stanojević D., „Oblikovanje novog očinstva kroz prakse očeva u Srbiji“, doktorska disertacija odbranjena na Filozofskom fakultetu Univerziteta u Beogradu (neobjavljena), Beograd, 2015.
- Zaccaria M. L., „Balancing work and life: new developments in the field of legal protection of workers“, *Pro Futuro*, br. 4, Vol. X, 2021.
- Hein C., *Reconciling work and family responsibilities-Practical ideas from global experience*, International Labour Office, Geneva, 2005.
- Weldon-Johns M., „EU work-family policies revisited: Finally challenging caring roles?“, *European Labour Law Journal*, br. 3, Vol. 12, 2021.

PREGLEDNI RAD

VAŽNOST BORBE PROTIV UKRŠTENE DISKRIMINACIJE U SVETU RADA – KONTEKST EVROPSKE UNIJE

Rad se bavi pitanjem ukrštene diskriminacije iz ugla radnog prava, te u tom smislu ukazuje na važnost prepoznavanja i borbe protiv ovog oblika diskriminacije u svetu rada. Naime, potrebno je, pre svega, ukazati na nastanak i značaj teorije intersekcionalnosti, a potom i pojma i koncepta ukrštene diskriminacije koji podrazumeva istovremenu diskriminaciju po više osnova koji deluju sinergijski. Budući da je analiza usmerena ka Evropskoj uniji, u radu se detaljno razmatra (ne)prepoznavanje ovog oblika diskriminacije kroz pravne instrumente Evropske unije. Takođe, rad obuhvata razmatranje uloge, kao i sudske prakse Suda pravde Evropske unije, u kontekstu ukrštene diskriminacije u svetu rada. U svojoj dosadašnjoj praksi ovaj sud nije prepoznao, barem izričito, postojanje ukrštene diskriminacije u sferi zapošljavanja i rada, kao i sferi socijalne sigurnosti. U svetlu navedenog su analizirani izdvojeni slučajevi iz prakse Suda, kao i uopšte izazovi sa kojim se Sud suočava kada je reč o prepoznavanju i zabrani ukrštene diskriminacije u praksi. Sve navedeno ima za cilj naglašavanje potrebe da pravo Evropske unije, a posebno Sud pravde Evropske unije, prepozna rizik ukrštene diskriminacije u svetu rada i pruži zaštitu žrtvama ovog oblika diskriminacije.

Ključne reči: teorija intersekcionalnosti, ukrštena diskriminacija, svet rada, Evropska unija, Sud pravde Evropske unije

UVODNA RAZMATRANJA

Radno pravo počiva na nekoliko ključnih načela, među kojima je i načelo jednakosti i zabrane diskriminacije.¹ Kako ovo načelo predstavlja jedan od temelja

Mina Kuzminac, master prava, saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, e-mail: mina.kuzminac@ius.bg.ac.rs.

¹ Naime, jednakost podrazumeva proaktivni pristup, što predstavlja korak više u odnosu na dužnost ukidanja diskriminacije, koja se prvenstveno odnosi na pasivni pristup odgovora na slučajeve

na kojima je izgrađeno radno pravo, a istovremeno i branu zloupotrebama poslodavčevih ovlašćenja, norme kroz koje se navedeno načelo ostvaruje moraju biti takve da prepoznaju rizike i izazove u praksi. U tom svetlu, u poslednjih nekoliko decenija se može primetiti prepoznavanje „novih“ oblika u kojima se diskriminacija javlja u svetu rada, te u tom smislu proširenje i produbljivanje do tada postojećih garantija. Ipak, ove „novine“ se ne uvode uvek brzo i jednostavno, a o tome jasno svedoči i razmatranje diskriminacije po više osnova. Naime, garantije zabrane diskriminacije u radnom pravu, kao i u drugim granama prava, su po pravilu „građene“ tako da zabrane diskriminaciju po osnovu jednog ličnog svojstva, odnosno statusa, opredeljenja ili uverenja.² U tom kontekstu, veliki, pa čak bi se moglo reći i revolucionarni korak napred, predstavlja razmatranje mogućnosti postojanja diskriminacije po više osnova. U određenim slučajevima se može govoriti o postojanju diskriminacije po više osnova koje je moguće razgraničiti, dok su sa druge strane prisutni i slučajevi u kojima su osnovi isprepletani i međusobno uslovljeni tako da deluju sinergijski. U vezi sa navedenim, bitno je napomenuti da u teoriji postoje terminološke, pojmovne, pa i konceptijske nedoumice povodom toga kako označiti prvu, a kako drugu grupu slučajeva. Za potrebe ovog rada ćemo prvu navedenu grupu slučajeva nazivati *višestrukom*, a drugu *ukrštenom* (intersekcijском) diskriminacijom, iako su u teoriji prisutna različita stanovišta, uključujući stanovište da je ukrštena podvrsta višestruke diskriminacije. Svakako, fokus rada će biti na usmeren ka ukrštenoj diskriminaciji.³

Kako bismo razmotrili ukrštenu diskriminaciju u svetu rada, potrebno je da učinimo korak unazad i osvrnemo se na teoriju intersekcionalnosti, nastalu osamdesetih godina XX veka, prilikom analize specifičnog položaja Afroamerikanki,

gde je došlo do diskriminacije. Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021. U svetlu navedenog, može se reći da načelo jednakosti u radnom pravu ima tri aspekta, od kojih se prvi tiče jednakosti šansi, drugi zabrane diskriminacije, a treći posebnih (afirmativnih) mera. Predrag Jovanović, „Načelo jednakosti u radnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, tom 52, 2018, 18.

² Devon W. Carbado, Kimberlé Williams Crenshaw, Vickie M. Mays, Barbara Tomlinson, „Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory“, *Du Bois Review*, br. 2, tom 10, 2013, 311–312.

³ Na primer, u teoriji postoji i stav da je sintagma „ukrštena diskriminacija“ tipična za američko pravo, dok je „višestruka diskriminacija“ tipična za evropsko pravo, te da ovu sintagmu treba tumačiti tako da obuhvata i ukrštenu diskriminaciju. Raphaële Xenidis, „Multiple Discrimination in EU Anti-discrimination Law Towards Redressing Complex Inequality“, *EU Anti-discrimination Law Beyond Gender* (eds. Belavusau Uladzislau, Henrard Kristin), Hart Publishing, Oxford, Portland, 2018, 52. Sa druge strane, Sandra Fredman zauzima stanovište da diskriminacija po više osnova može biti obična višestruka, dodatna višestruka i ukrštena diskriminacija. Sandra Fredman, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law*, European Commission, Brussels, 2016a, 37.

kao na teorijski osnov za bavljenje ukrštenom diskriminacijom.⁴ Ova teorija nastaje kao kritika feminističkih i kritičke rasne teorije, odnosno pristupa koji pojedinca i svet posmatraju „kroz jednu osu“, to jest jedno lično svojstvo, čineći pojedince kod kojih se svojstva ukrštaju „nevidljivim“.⁵ U tom smislu, a kako bi one koji su „nevidljivi“ učinila „vidljivim“, teorija intersekcionalnosti razmatra to kako dominantni društveni narativi, nastali kroz kolonijalnu prošlost, viševjekovnu podređenost žena i klasne odnose, utiču na položaj Afroamerikanki. Vremenom se i teorija intersekcionalnosti razvija, te pomera fokus sa položaja Afroamerikanki na identitete uopšte, a potom i na odnose privilegije i podređenosti u društvu.⁶

Uvođenje teorije intersekcionalnosti u pravo, kroz pojam i koncept ukršteno diskriminacije, označava novootkrivenu osetljivost na, do tada neprimećene, nepravde koje su strukturno i institucionalno utemeljene.⁷ Rizik ukršteno diskriminacije je posebno izražen u svetu rada, a kandidati za zaposlenje i zaposleni, odnosno u širem smislu radnici, bivaju stavljeni u ekstremno i sistemski pogoršan položaj kao žrtve ovog oblika diskriminacije.⁸ U tom pogledu, potrebno je naglasiti to da je

⁴ Ključni značaj u pogledu nastanka teorije intersekcionalnosti imaju radovi autorke Kimberle Krenšo (Kimberlé Crenshaw), koja je prepoznala specifičnu nepovoljnost položaja Afroamerikanki koja ne proizilazi iz prostog zbira rasizma i seksizma, već je posledica ukrštanja pola, odnosno roda, rase i klase. 456. Kimberlé Crenshaw, „Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics“, *University of Chicago Legal Forum*, br. 1, tom 1989, 1989, 139–167 i K. Crenshaw, „Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color“, *Stanford Law Review*, br. 6, tom 42, 1991, 1241–1299.

⁵ Center for Intersectional Justice, *Intersectional Discrimination in Europe: Relevance, Challenges and Ways Forward*, European Network Against Racism, Brussels, 2019, 5.

⁶ Naime, kroz teoriju intersekcionalnosti se ukazuje na to da pojedinac istovremeno ima više identiteta, da oni mogu biti promenljivi u vremenu i prostoru, te da preklapanje i preplitanje identiteta svedoči o tome da je svako iskustvo jedinstveno i da ne postoje homogene grupe pojedinaca. Guidance Note on Intersectionality, Racial Discrimination & Protection of Minorities, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/minorities/30th-anniversary/2022-09-22/GuidanceNoteonIntersectionality.pdf>, 1. 9. 2023. Za više o značaju identiteta u teoriji intersekcionalnosti v. Nicole A. Davis, „Intersectionality and International Law: Recognizing Complex Identities on the Global Stage“, *Harvard Human Rights Journal*, tom 28, 2015, 205–242.

⁷ „Intersectionality: A Tool for Gender and Economic Justice“, https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/intersectionality_a_tool_for_gender_and_economic_justice.pdf, 15. 9. 2023.

⁸ Značajno je primetiti da je, kada je reč o ekonomskim i socijalnim pravima, praksa najčešće u, manjem ili većem, raskoraku sa pravnim garantijama. U tom svetlu, a kada govori uopšte o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, akademik Perović navodi: „proklamovana prirodna prava čoveka, posebno ona iz ekonomske, socijalne i kulturne sfere, doživljavaju sudbinu reke ponornice gde objektivno nije moguće ostvariti mnoga ljudska prava i gde veliki broj ljudi umire od gladi i nedostatka elementarnih uslova za život.“ Slobodan Perović, „Prirodno pravo i stvarnost“, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2017, 1080.

presuda američkog suda u radnopravnom slučaju *DeGraffenreid v. General Motors*,⁹ bila među polaznim osnovama za nastanak teorije interseksionalnosti, a posledično i pojma i koncepta ukrštene diskriminacije. Ukratko, u navedenom slučaju su tužilje, Afroamerikanke, tvrdile da su diskriminirane prilikom utvrđivanja viška zaposlenih od strane poslodavca. Analizirajući njihov položaj, ovaj sud je razmatrao postojeće diskriminacije *samo* na osnovu pola (posmatrajući položaj drugih žena belkinja), kao i *samo* na osnovu rase (posmatrajući položaj muškaraca koji su Afroamerikanci). Takvim pristupom, Sud je propustio da uoči specifičan položaj Afroamerikanki i to da su tužilje zapravo bile žrtve ukrštene diskriminacije.¹⁰ Upravo „nevidljivost“ žrtava ukrštene diskriminacije, u ovom i mnogim drugim slučajevima, predstavlja sastavni deo iskustva onih koji su marginalizovani i stigmatizovani, dok istovremeno ukazuje na važnost uvođenja teorije interseksionalnosti u sferu (radnog) prava.¹¹ Međutim, decenijama nakon pomenute presude, pravni instrumenti i dalje retko prepoznaju ukrštenu diskriminaciju, što važi i kada je reč o Evropskoj uniji (EU). Stoga uloga suda, odnosno Suda pravde EU (u daljem tekstu: Sud) posmatrano iz ugla EU, koji bi prekinuo ovaj „začarani krug“ i počeo da primenjuje interseksijski pristup, može biti od ključnog značaja za borbu protiv ukrštene diskriminacije u svetu rada.

(NE)PREPOZNAVANJE UKRŠTENE DISKRIMINACIJE U RADNOM PRAVU EVROPSKE UNIJE

Problem jednoosnog pristupa u razvijenom sistemu zabrane diskriminacije

Kratak osvrt na istorijat EU nam ukazuje na to da su garantije jednakosti i zabrane diskriminacije prepoznate već kroz osnivačke ugovore, a da se vremenom

⁹ U.S. District Court for the Eastern District of Missouri – 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976) May 4, 1976, *DeGraffenreid v. General Motors*.

¹⁰ Posebno je interesantno u ovom slučaju i to što je Sud naveo to da se tužilje nisu pozvale ni na jedan slučaj u kom su Afroamerikanke tretirane posebno i drugačije, a da ni sam Sud nije pronašao ovakav slučaj. Upravo ovaj argument Suda ukazuje na „začarani krug“ neprepoznavanja ukrštene diskriminacije. Navedeno prema Crenshaw, 1989, op. cit., 141–143. Za više o ovoj presudi, kao i drugim presudama koje se tiču položaja Afroamerikanki u Sjedinjenim Američkim Državama v. Mary Elizabeth Powell, „The Claims of Women of Color Under Title VII: the Interaction of Race and Gender“, *Golden Gate University Law Review*, br. 2, tom 26, 1996, 413–436.

¹¹ Bitno je podvući da je ostvarenje dostojanstvenog rada, pa i socijalne pravde kao (ne)doštižnog cilja radnog prava, nemoguće ukoliko se ne prepoznaju žrtve *svakog* oblika diskriminacije. Za više o tome v. Gillian MacNaughton, Diane Frey, „Decent Work for All: A Holistic Human Rights Approach“, *American University International Law Review*, br. 2, tom 26, 2011, 460–482.

ovaj sistem zaštite razvija, između ostalog, kroz prepoznavanje „novih“ zaštićenih svojstava i oblika diskriminacije.¹² Tako Ugovor o funkcionisanju EU propisuje to da će se, kroz svoje politike i aktivnosti, EU boriti protiv diskriminacije na osnovu pola, rasnog ili etničkog porekla, vere ili uverenja, invaliditeta, starosti i seksualnog opredeljenja.¹³ Takođe, u Ugovoru iz Lisabona se navodi da je jednakost među osnovnim vrednostima EU, kao i da je cilj EU da se bori protiv društvene isključenosti i diskriminacije, a u kontekstu stremljenja ka socijalnoj pravdi.¹⁴ Štaviše, izuzetan značaj u ovom pogledu ima i Povelja EU o osnovnim pravima, koja garantuje zabranu diskriminacije i posebno jednakost muškaraca i žena, između ostalog u sferi zapošljavanja i rada.¹⁵ Premda primarno pravo EU postavlja temelje za borbu protiv diskriminacije u različitim sferama, te tako i u svetu rada, ove garantije se dalje razvijaju kroz sekundarno pravo, posebno direktive. Iako su od značaja i određene direktive usvojene još sedamdesetih godina prošlog veka, može se reći da se sekundarno pravo EZ/EU u ovom pogledu naročito razvija počevši od 2000. godine. Posebno su značajne Direktiva Saveta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju

¹² U tom svetlu, interesantno je primetiti to da je, od samog „početka“, Sud imao značajnu ulogu u pogledu garantije jednakosti i zabrane diskriminacije. Tako se na primer inicijalno jednakost muškaraca i žena uvodi „na mala vrata“, kroz garantiju jednake zarade za isti rad koji obavljaju muškarci i žene, i to iz razloga nelojalne konkurencije. Naime, razlog za uvođenje ove garantije se ogledao u tome što je Francuska, koja je u vreme zaključenja Rimskog ugovora, već uvela ovakvu garantiju, imala božan povodom nelojalne konkurencije u tekstilnoj industriji, a budući da države Beneluksa nisu uvele ovakvu garantiju. Stoga se, primarno iz ekonomskih razloga, uvodi garantija jednake zarade za isti rad. Međutim, Sud je proširio i dao novo značenje ovoj garantiji, a tako što je ukazao na njenu socijalnu funkciju u slučaju *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* (No 2) (Case 43-75, 8. 4. 1976, ECLI:EU:C:1976:56) tumačeći čl. 119 Ugovora o osnivanju EZ, to jest današnji čl. 157 Ugovora o funkcionisanju EU (Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 26. 10. 2012, *Official Journal of the European Union*, L 326/47-326/390). Lj. Kovačević, 2021, op. cit., 1018–1019.

¹³ Čl. 10 Ugovora o funkcionisanju EU.

¹⁴ Čl. 2 i 3 Ugovora iz Lisabone (European Union, Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, 7. 12. 2007, *Official Journal of the European Union*, C 306/4). Kroz čl. 3 istog ugovora se navodi da je cilj EU da se bori protiv društvene isključenosti i diskriminacije, a sa ciljem postizanja socijalne pravde.

¹⁵ Naime, čl. 21 Povelje (Charter of Fundamental Rights of the European Union, 18. 12. 2000, *Official Journal of the European Union*, C 364/1–364/22) zabranjuje diskriminaciju kroz otvoreni spisak, a tako što se navodi da je diskriminacija zabranjena na osnovu svojstava „kao što su pol, rasa, boja kože, etničko ili društveno poreklo, genetičke karakteristike, jezik, vera ili uverenje, političko ili drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, imovno stanje, rođenje, invaliditet, starost ili seksualno opredeljenje“. Pored toga, u čl. 23 se garantuje jednakost muškaraca i žena, te se navodi da se neće smatrati diskriminacijom uvođenje mera u korist manje zastupljenog pola.

i zanimanju,¹⁶ Direktiva Saveta Evrope 2000/43/EZ o implementaciji principa jednakog tretmana nezavisno od rasnog ili etničkog porekla,¹⁷ kao i Direktiva 2006/54/EZ o implementaciji principa jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i zanimanja.¹⁸ U poslednjih nekoliko godina se uočava novi „talas“ razvoja prava EU u ovom pogledu, te je stoga važno spomenuti Direktivu 2019/1158 o usklađivanju profesionalnog i porodičnog života zaposlenih,¹⁹ Direktivu 2022/2041/EU o adekvatnim minimalnim zaradama u EU,²⁰ kao i Direktivu 2023/970/EU o jačanju primene principa jednake zarade za isti rad ili rad iste vrednosti muškaraca i žena kroz transparentnost zarada i mehanizme primene.²¹

Nesporno, pravo EU jeste prešlo dug i nimalo lak put u kontekstu uspostavljanja garantija jednakosti i zabrane diskriminacije u svetu rada. Sa druge strane, često se naglašava da je pravo EU pre svega usmereno ka postizanju *formalne jednakosti*, dok su koraci preduzeti sa ciljem postizanja *suštinske jednakosti* tek poneki i nedovoljni.²² Naime, suštinska jednakost podrazumeva prepoznavanje istorijskih

¹⁶ Council of the European Union, Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, 2. 12. 2000, *Official Journal of the European Union*, L 303–303/22.

¹⁷ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, 19. 7. 2000, *Official Journal of the European Union*, L 180.

¹⁸ 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), 26. 7. 2006, *Official Journal of the European Union*, L 204/23–204/36.

¹⁹ Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, 12. 7. 2019, *Official Journal of the European Union*, L 188.

²⁰ Directive (EU) 2022/2041 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on adequate minimum wages in the European Union, 25. 10. 2022, *Official Journal of the European Union*, L 275.

²¹ Directive (EU) 2023/970 of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms, 17. 5. 2023, *Official Journal of the European Union*, L 132. O tome da je borba protiv diskriminacije teška, složena i stalna govori i to što, decenijama nakon uvođenja garantije jednake zarade muškaraca i žena za isti rad, pa potom i za rad iste vrednosti, postoji potreba za uspostavljanjem novih i jačanju postojećih mehanizama kako bi se ova garantija zaista ostvarila u praksi.

²² Annick Masselot, Jess Bullock, „Stuck at the Cross-Road: Intersectional Aspirations in the EU Anti-Discrimination Legal Framework“, *Australian and New Zealand Journal of European Studies*, br. 1, tom 5, 2013, 6.

i strukturno ukorenjenih nejednakosti, te uvođenje garantija i mehanizama koji predstavljaju i „korak više“ u odnosu na propisivanje jednakog tretmana.²³ Sigurno je da se jedan aspekt postizanja suštinske jednakosti, uopšte i posebno u svetu rada, odnosi i na prepoznavanje različitih, odnosno *svih* oblika u kojima se diskriminacija može javiti, uključujući diskriminaciju po više osnova.

U kontekstu navedenog, treba primetiti da je pravo EU, najvećim delom, izgrađeno po principu jedne ose, odnosno zabrane diskriminacije po osnovu jednog, urođenog ili stečenog, stvarnog ili pretpostavljenog, ličnog svojstva. Pokazatelj navedenog je, između ostalog, i u tome što je zabrana diskriminacije, posmatrano iz radnopravne perspektive, uvedena kroz više različitih direktiva koje su posvećene zaštiti na osnovu različitih ličnih svojstava.²⁴ Sve i ukoliko se različita svojstva navode kroz istu normu, po pravilu se ne prepoznaje mogućnost da u jednom slučaju dva ili više svojstva, kao osnovi diskriminacije, postoje istovremeno. Ovakav sistem, u najmanju ruku, otežava, a neretko i onemogućava, pružanje zaštite žrtvama ukrštene diskriminacije. Štaviše, čini se da rizici neprepoznavanja žrtava diskriminacije u ovako izgrađenom sistemu posebno dolaze do izražaja u savremenom svetu rada, koji podrazumeva brojne novine i izazove, dok jednoosni pristup često ne prikazuje stvarnost (savremenog) sveta rada. Pored „redovno“ prisutnog rizika diskriminacije koji je posledica stereotipa i predrasuda, trendovi prisutni u savremenom sveta rada dodatno ukazuju na važnost borbe protiv diskriminacije.²⁵ Naime, globalizacija, povećane stope migracija, kao i demografske promene, u manjoj ili većoj meri, oblikuju svet rada.²⁶ Takođe, i drugi činioци poput digitalne revolucije

²³ Sandra Fredman, „Substantive Equality Revisited“, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, 6p. 3/2016b, 712738.

²⁴ Direktiva 2000/43/EU garantuje zabranu diskriminacije na osnovu rase i etničkog porekla, Direktiva 2000/78 na osnovu vere, uverenja, invaliditeta, starosti ili seksualnog opredeljenja, a Direktiva 2006/54 na osnovu roda i pola.

²⁵ Stan Malos, „Overt Stereotype Biases and Discrimination in the Workplace: Why Haven't We Fixed This by Now?“, *Employee Responsibilities and Rights Journal*, br. 4, tom 27, 2015, 271–280.

²⁶ Lj. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 386–387. Globalizacija ima naročit značaj za tržište rada u EU, koje se znatno menja, i dok novi poslovi nastaju, oni su praćeni i nastankom novih rizika. Globalisation's Impact on Employment and the EU, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/economy/20190712STO56968/globalisation-s-impact-on-employment-and-the-eu>, 1. 9. 2023. Štaviše, u vezi sa rastućom stopom migracija u EU, potrebno je imati u vidu da, zajedno sa porastom stope migracija, raste i broj pitanja i nedoumica u vezi sa migracijama. U tom svetlu, može se reći da „migracije stanovništva predstavljaju sastavni deo procesa globalizacije i tokom vremena njihov obim se povećava, a njihove društvene i kulturne karakteristike umnožavaju. Usled tehnološkog razvoja, sve veći broj migranata se usmerava ka životu u dva ili više društava paralelno, što podrazumeva

i njenih reperkusija imaju veliki uticaj na svet rada, globalno posmatrano, ali i u EU.²⁷ Ovi i drugi činioци utiču na rastući trend fleksibilizacije rada, te i pojavu novih formi rada kao sve češću „zamenu“ za standardni oblik zaposlenja.²⁸ I dok se u ovom, „novom“, kontekstu pojavljuju novi poslovi i nove mogućnosti, istovremeno raste rizik diskriminacije koji prati deregulaciju i destabilizaciju.²⁹ Drugim rečima, jazovi postaju sve veći, dok osetljive grupe bivaju u sve „osetljivijem“ položaju, što posebno dolazi do izražaja u toku globalnih kriza.³⁰ Upravo ovakva slika savremenog sveta rada dodatno ukazuje na posebnu važnost prepoznavanja, kao i borbe protiv ukrštene diskriminacije u svetu rada.³¹

Uvođenje ukrštene diskriminacije u pravo EU – „sitni“ i značajni koraci za svet rada

Razmatranje pomenutih izvora prava ukazuje na prednosti i mane sistema zabrane diskriminacije u EU, posmatrano iz radnopravne perspektive. U tom kontekstu, može se primetiti da obe pomenute direktive usvojene 2000. godine

konstantnu potrebu za razumevanjem ovog fenomena“. Bojan Urdarević, „Implikacije radnih migracija na evropsko tržište rada – radnopravni aspekti“, *Stanovništvo*, br. 1, tom 61, 2023, 93.

²⁷ Potrebno je podvući to da se povrede ljudskog dostojanstva u svetu rada moraju posmatrati (i) iz ugla tehnološkog i tehničkog napretka, odnosno razvoja uslovljenog ovim napretkom. Slađana M. Gligorić, Sanja Stojković Zlatanović, „Savremeni oblici povrede dostojanstva ličnosti na radu – osnovne sličnosti i razlike“, *Strani pravni život*, br. 3, tom 64, 2020, 31.

²⁸ New forms of employment, <https://www.eurofound.europa.eu/topic/new-forms-of-employment#:~:text=This%20exercise%20led%20to%20the,platform%20work%2C%20portfolio%20work%20and,> 21. 8. 2023.

²⁹ Senad Jašarević, „Fleksibilizacija rada – rešenje ili zabluda“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, tom 46, 2012, 173–192. Za više o reperkusijama fleksibilizacije rada na tržište i svet rada u EU, v. European Commission, Employment mobility and labour market flexibility in the EU, JRC Working Papers on Territorial Modelling and Analysis No. 01, 2021.

³⁰ Timoo Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku, 2002, 16–17. Upravo je pandemija kovida 19 „razotkrila“, ali istovremeno i pojačala i produbila sve postojeće nejednakosti. Navedeno se posebno odrazilo na svet rada, kako globalno posmatrano, tako i u EU, te su oni koji pripadaju osetljivim grupama bili prvi na linijama fronta, ali i prvi u kontekstu gubitka poslova, smanjenja zarada i svih drugih negativnih reperkusija po dostojanstven rad. Jobs and Economy during the Coronavirus Pandemic, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic_en, 15. 8. 2023.

³¹ U tom svetlu, treba se podsetiti i reči akademika Perovića koji ukazuje na to da „razne vrste diskriminacija ljudi po rođenju ili ubedenju stvaraju kod ljudi osećaj pripadnika nižeg reda“, a što se čini naročito tačnim i prisutnim upravo kada je reč o žrtvama ukrštene diskriminacije. S. Perović, „Prirodno pravo i dostojanstvo“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2013, 936.

(Direktiva 2000/43/EZ i Direktiva 2000/78/EZ) navode da su „žene često žrtve višestruke diskriminacije“, doduše kroz preambule.³² Dakle, u pravo EU se, počevši od 2000. godine, „stidljivo“ uvodi pojam i koncept „višestruke diskriminacije“ (eng. *multiple discrimination*). U tom svetlu, a s obzirom na ranije iznete nedoumice, potencijalno se može razmotriti i šire shvatanje koje bi podrazumevalo to da pominjanje višestruke diskriminacije obuhvata i ukrštenu. Svakako, ono što je sigurno jeste da se ukrštena diskriminacija nigde u razmotrenim izvorima prava ne spominje izričito.³³

Međutim, u poslednje vreme se mogu uočiti napori i koraci koje EU preduzima, a koji se odnose na prepoznavanje ukrštena diskriminacije. Kroz preambulu Direktive 2022/2041/EU se ukazuje na to da postoji veća verovatnoća da „žene, mladi radnici, radnici migranti, samohrani roditelji, niskokvalifikovani radnici, osobe sa invaliditetom, kao i osobe izložene višestrukoj diskriminaciji“ imaju minimalnu zaradu, odnosno niže zarade.³⁴ Štaviše, ukrštena diskriminacija se izričito spominje u Direktivi 2023/970/EU koja ima za cilj jačanje principa jednake zarade muškaraca i žena. Naime, kroz ovu direktivu se ukazuje na to da se ukrštena diskriminacija odnosi na ukrštanje roda sa nekim od svojstava zaštićenim kroz direktive donete 2000. godine.³⁵ Takođe, naglašena je i važnost uzimanja u obzir ukrštena diskriminacije prilikom utvrđivanja naknade štete i sankcija, a kao „otežavajućeg faktora“.³⁶

³² Naime, u preambuli Direktive 2000/43 (st. 14) se navodi to da EU „ima za cilj da eliminiše nejednakosti i da promoviše jednakost muškaraca i žena, a posebno imajući u vidu to da su žene često žrtve višestruke diskriminacije“. Isto se navodi i u preambuli (st. 3) Direktive 2000/78.

³³ Takođe, interesantno je napomenuti i to da je 2008. godine donet Predlog direktive o implementaciji principa jednakog tretmana nezavisno od vere, uverenja, invaliditeta, starosti ili seksualnog opredeljenja (Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181}). Naime, ovaj predlog je pre svega usmeren ka borbi protiv diskriminacije u drugim sferama koje se ne odnose na zapošljavanje i rad, tako da njegov značaj nije ključni kada je reč o svetu rada. Takođe, često se ukazuje na neprepoznavanje roda kao jednog od osnova diskriminacije, kao na veliki propust ovog predloga. Ipak, značajno je napomenuti da se u objašnjenju koje prati Predlog ukazuje na potrebu da se pažnja posveti i *problemu višestruke diskriminacije*. Svakako, nakon više od decenije, ovaj predlog nije postao direktiva, što takođe govori o „znakovima pored puta“. Za više o prednostima i manama Predloga v. Kantola Johana, Nousianen Kevät, „Institutionalizing Intersectionality in Europe“, *International Feminist Journal of Politics – Institutionalizing Intersectionality*, br. 4. tom 11, 2009, 459–477.

³⁴ Preambula (st. 10) Direktive 2022/2041/EU.

³⁵ Čl. 3, st. 2, tač. e) Direktive 2023/970/EU.

³⁶ Čl. 16, st. 3 i čl. 23, st. 3 Direktive 2023/970/EU. Posebno je važno i to što je u preambuli ove direktive posebna pažnja posvećena upravo pitanju ukrštena diskriminacije. U tom pogledu

Korak napred predstavlja i Rezolucija Evropskog parlamenta o socio-ekonomskoj situaciji žena afričkog, bliskoistočnog i azijskog porekla³⁷ (u daljem tekstu: Rezolucija) iz 2022. godine, kao i izveštaj istog naziva,³⁸ koji je prethodio Rezoluciji. Iako je Rezolucija po svojoj prirodi neobavezujući izvor prava, njeno usvajanje ima veliki simbolički značaj, budući da je ona u potpunosti posvećena ukrštenoj diskriminaciji.³⁹ Kroz Rezoluciju se jasno ukazuje na rizik ukrštene diskriminacije žena kao pripadnica rasnih i etničkih manjina u EU, migrantkinja i žena sa invaliditetom, dok se pažnja posvećuje i ukrštanju roda i seksualnog opredeljenja. Naročito je važno i to što se navodi da politike koje zabranjuju i ograničavaju nošenje verskih simbola zapravo doprinose izgradnji i jačanju barijera između pripadnika različitih grupa.⁴⁰ Iako se Rezolucija bavi uopšte položajem žena, velika pažnja je usmerena upravo ka nejednakom tretmanu u sferi zapošljavanja i rada, te potrebi da se prepozna postojanje i uticaj ukrštene diskriminacije u ovoj sferi.⁴¹ U vezi sa tim, interesantno je spomenuti i usvajanje Rezolucije Evropskog parlamenta o borbi protiv diskriminacije u Evropskoj uniji – dugoočekivana horizontalna antidiskriminaciona direktiva,⁴² koja ukazuje na

se navodi da su žene sa invaliditetom, žene različitog rasnog i etničkog porekla, uključujući Romkinje, kao i mlade i starije žene često žrtve *ukrštene diskriminacije*. Stoga je potrebno uzeti u obzir takve „kombinacije“, odnosno ukrštanja, prilikom uvođenja mera za postizanje rodne ravnopravnosti. Štaviše, posebno je značajno što se ukazuje na značaj intersekcijskog pristupa u razumevanju rodno zasnovanog platnog jaza, a u tom smislu posebno na to da su netransparentna okruženja stvaraju pogodno tle za postojanje ukrštene diskriminacije (st. 25). U vezi sa ovom direktivom, a i uopšte ukrštenom diskriminacijom, važno je primetiti da rodno zasnovani jaz u zaradama mora biti posmatran i u kontekstu jaza u zaradama koji nastaje na osnovu porodičnih dužnosti. Jane Waldfogel, „Understanding the Family Gap in Pay for Women with Children“, *Journal of Economic Perspectives*, br. 1, tom 12, 1998, 137.

³⁷ European Parliament resolution of 6 July 2022 on intersectional discrimination in the European Union: the socio-economic situation of women of African, Middle-Eastern, Latin-American and Asian descent (2021/2243(INI)).

³⁸ Report on intersectional discrimination in the European Union: the socio-economic situation of women of African, Middle-Eastern, Latin-American and Asian descent, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0190_EN.html, 15. 8. 2023.

³⁹ Potrebno je napomenuti da je u Rezoluciji prisutno pozivanje na druge neobavezujuće izvore prava, poput Strategije za osobe sa invaliditetom za period 2021–2030, Antirasističkog akcionog plana EU za period 2020–2025, Strateškog plana za jednakost, inkluziju i učešće Roma, Strategiju za jednakost pripadnika LGBTIQ i drugih neobavezujućih izvora prava.

⁴⁰ St. S.

⁴¹ St. K.–AM.

⁴² European Parliament resolution of 19 April 2023 on combating discrimination in the EU – the long-awaited horizontal anti-discrimination directive (2023/2582(RSP)).

to da fragmentacija antidiskriminacionog prava EU stvara „veštačku hijerarhiju“ među ličnim svojstvima, te da je potrebno prepoznati ukrštenu diskriminaciju.⁴³

Dakle, može se zaključiti da novine u pravu EU podrazumevaju i prve korake u prepoznavanju i borbi protiv ukrštene diskriminacije u svetu rada. Sa druge strane, ovaj pojam i koncept se prvenstveno uvodi kroz neobavezujuće izvore poput Rezolucije, odnosno kroz izdvojena pitanja poput jačanja principa jednake zarade, što govori o tome da su ovi koraci tek početak.

ULOGA I PRAKSA SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE OD ZNAČAJA ZA SUZBIJANJE UKRŠTENE DISKRIMINACIJE U SVETU RADA

Izazovi u vezi sa prepoznavanjem ukrštene diskriminacije u sudskoj praksi

Naglašena složenost i delikatnost pitanja ukrštene diskriminacije ukazuje na potrebu za posebnim pristupom koji omogućava prepoznavanje ovog oblika diskriminacije u praksi – intersekcijским pristupom. Naime, intersekcijски pristup služi kao ključni instrument za prepoznavanje višestrukih opresija koje istovremeno oblikuju položaj pojedinca, dok u odsustvu ovog pristupa pravo i društvo ostaju „slepi“ za brojne nepravde.⁴⁴ Sa druge strane, primena ovog pristupa isto tako podrazumeva i niz izazova i nedoumica, kako metodološke, tako i druge prirode.⁴⁵ Pre svega, intersekcijски pristup zahteva detaljno razmatranje svakog individualnog iskustva, što znatno otežava, pa i onemogućava, uproščavanje i grupisanje, te neretko čini ovaj pristup izuzetno teško primenljivim u praksi.⁴⁶

Takođe, iz ugla radnog prava se upozorava i na to da intersekcijски pristup nosi sa sobom rizik tzv. odrodnjavanja radnog prava, a budući da, u izvesnoj meri, pomera fokus sa viševekovnih rodniх nejednakosti.⁴⁷ Ipak, čini se da se možda

⁴³ St. D. i st. 14.

⁴⁴ Dagmar Schiek, „Intersectionality and the Notion of Disability in EU Discrimination Law“, *Common Market Law Review*, br. 1, tom 53, 2016, 37.

⁴⁵ Leslie McCall, „The Complexity of Intersectionality“, *Signs*, br. 3, tom 30, 2005, 1771–1772.

⁴⁶ U tom smislu se čak navodi da teorija intersekcionalnosti nikad nije ostvarila svoj pun potencijal. Devon W. Carbado, Cheryl I. Harris, „Intersectionality at 30: Mapping the Margins of anti-Essentialism, Intersectionality and Dominance Theory“, *Harvard Law Review*, br. 2193, tom 132, 2019, 2201.

⁴⁷ Emanuela Lombardo, Lise Rolandsen Augustin, „Framing gender intersections in the European Union: What implications for the quality of intersectionality in policies?“, *Social Politics*, br. 4, tom 19, 2011, 482–512.

i najveći izazov, pa i problem u vezi sa primenom ovog pristupa, može pronaći u odsustvu *uporednika*, barem u strogom smislu reči. Naime, u samoj srži pojma diskriminacije se nalazi uporednik, odnosno nejednak tretman u poređenju sa nekim u sličnoj situaciji na osnovu određenog ličnog svojstva. S obzirom na to da je u slučajevima ukrštene diskriminacije fokus na jedinstvenom iskustvu, odnosno ukrštanju svojstava, što je u vezi sa različitim identitetima pojedinca i odnosima moći i nemoći u društvu, poređenje u strogom smislu nije moguće.⁴⁸ Svakako, postojanje ovih izazova ih ne čini i nepremostivim, iako zasigurno otežava primenu intersekcijskog pristupa. U tom smislu je izazov koji se odnosi na nepostojanje uporednika u strogom smislu moguće prevazići, barem u nekoj meri, kroz *fleksibilno poređenje* ili *kontekstualni pristup*. Naime, fleksibilno poređenje podrazumeva ovlašćenje suda da proširi, suzi ili promeni razumevanje toga ko se može smatrati uporednikom u konkretnom slučaju, te se tako samo poređenje shvata na fleksibilniji način.⁴⁹ *Kontekstualni pristup*, odnosno poređenje opet fokus stavlja na celokupan i specifični kontekst, te tako u zavisnosti od konteksta gradi i „sliku“ uporednika kojih može biti i više.⁵⁰

Kada se sve navedeno uzme u obzir, a posmatra kontekst EU, potrebno je napraviti dva opažanja. Prvo se odnosi na to da su svakako svi izazovi utoliko pre prisutni ukoliko u obavezujućim izvorima prava ne postoje izričite zabrane ukrštene diskriminacije, kao što je to slučaj u EU. Drugo opažanje pak se odnosi na moguću ulogu Suda u kontekstu borbe protiv ukrštene diskriminacije u svetu rada. U tom svetlu, uopšte posmatrano, sudovi najčešće „oklevaju“ u prepoznavanju rizika

⁴⁸ Annick Masselot, Jess Bullock, op. cit., 5.

⁴⁹ Naime, fleksibilno poređenje je prvi put predloženo od strane kanadskog suda u slučaju *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)* (59 O.R. (3d) 481 [2002] O.J. No. 1771 Docket Nos. C35052 and C34983, 13. 5. 2022), a sa ciljem proširenja mogućnosti poređenja tako da se pojedinac ne upoređuje samo sa jednom grupom. Naime, u ovom slučaju su se činjenice odnosile na samohrane majke koje su gubile pravo na dečji dodatak ukoliko bi počele da žive zajedno sa partnerom. Prilikom razmatranja njihovog položaja, ovaj sud je koristio fleksibilno poređenje, te je zauzeo stav da uporednik može biti jedno, više lica ili niko. Iako sam koncept fleksibilnog poređenja predstavlja korak unapred, isto tako je i kritikovan, a budući da nije precizirano po kom kriterijumu i kako je potrebno birati uporednike kroz ovakav pristup. Za više v. Shreya Atrey, „Comparison in Intersectional Discrimination“, *Legal Studies*, br. 3, tom 38, 2018, 387–390.

⁵⁰ Kontekstualni pristup, odnosno poređenje, je po prvi put uvedeno od strane Ustavnog suda Južnoafričke Republike u slučaju *Hassam v Jacobs NO and Others* (Constitutional Court of South Africa, Case CCT 83/08, 2009) koji se ticao položaja udovica u poligamnim brakovima koje su bile isključene iz zakonskog nasleđivanja. Prilikom razmatranja položaja udovica, ovaj sud je koristio mnoge kategorije uporednika i to po različitim osnovama, prepoznajući specifičnost situacije, te je tako i utvrdio postojanje diskriminacije u ovom slučaju. Navedeno prema: S. Atrey, op. cit., 390–393.

ukrštene diskriminacije.⁵¹ Štaviše, neretko sudovi, čak i kada uzmu u obzir mogućnost postojanja više osnova diskriminacije, ipak izdvoje jedno, „glavno“, lično svojstvo i utvrde postojanje diskriminacije po osnovu tog ličnog svojstva.⁵² Sa druge strane, ne sme biti zanemarena ni činjenica da Sud decenijama unazad ima veliku i značajnu ulogu u sprovođenju garantija zabrane diskriminacije i jednakosti u praksi, ali isto tako i u prepoznavanju i borbi protiv „novih“ oblika diskriminacije. U tom kontekstu će biti razmotreni izdvojeni slučajevi iz prakse Suda.

Razmatranje sudske prakse Suda pravde Evropske unije

Ukrštena diskriminacija zaposlenih žena sa invaliditetom. – Kroz ovaj deo rada će biti razmatrana sudska praksa Suda, uzimajući u obzir prethodne napomene o izuzetno razvijenom, ali istovremeno jednoosnom, sistemu zabrane diskriminacije u EU.⁵³ Analiza sudske prakse ima za cilj ukaže na stavove Suda u slučajevima u kojima postoji, odnosno u kojima je postojao rizik ukrštene diskriminacije u sferi zapošljavanja i rada, kao i u sferi socijalne sigurnosti.

U svetlu navedenog, posebno je važno i interesantno obratiti pažnju na slučajeve u kojima postoji neprepoznat rizik ukrštanja roda i invaliditeta. Naime, iako osobe sa invaliditetom predstavljaju značajan deo svetske populacije, njima je i dalje često uskraćeno pravo na rad. Štaviše, neretko se zanemaruje rodna dimenzija diskriminacije osobe sa invaliditetom, odnosno posebno nepovoljan položaj žena sa invaliditetom na tržištu i u svetu rada.⁵⁴ Dodatna nota složenosti i

⁵¹ Može se pretpostaviti da postoji i izvesna bojazan sudova da bi izričito prepoznavanje ukrštene diskriminacije kao izuzetno složenog, pa i apstraktnog, koncepta, otvorilo vrata za mnoge neosnovane tužbe. „Can Intersectionality Contribute to Effective Equality?“, <https://rm.coe.int/o-cinneide-ecri-keynote-intersectionality-final-sept-2022/1680a842d7>, 20. 8. 2023.

⁵² Lj. Kovačević, „Intersectional Discrimination of Women with Disabilities in the World of Work: Advantages and Challenges of Applying an Intersectional Approach?“ *Intersectional Discrimination of Women and Girls with Disabilities and Means of their Empowerment* (eds. Kovačević Ljubinka, Vujadinović Dragica, Evola Marco), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2022, 347.

⁵³ S obzirom na to kako je izgrađen sistem zabrane diskriminacije u EU, ukazuje se na to da bi bilo očekivano da ukrštena diskriminacija najpre bude prepoznata upravo u sferi zapošljavanja i rada. S. Fredman, 2016a, op. cit., 68.

⁵⁴ International Labour Organization, *Integrating Women and Girls with Disabilities into Vocational Mainstream Vocational Training*, International Labour Office, Geneva, 1999, 7. U tom smislu je važno imati u vidu „odnos ukupnog kvaliteta života žene sa invaliditetom i ostvarivanja prava na obrazovanje i zapošljavanje. Žene koje trpe porodično nasilje najčešće neće dobiti priliku da se obrazuju, kao ni da se zaposle“. Mario Reljanović, „Intersekcijka i višestruka diskriminacija devojčica

otežanosti položaja je prisutna ukoliko su žene sa invaliditetom i majke, te se nalaze u začaranom krugu diskriminacije do koje dolazi usled preplitanja i ukrštanja različitih svojstava. U tom kontekstu, potrebno je spomenuti slučaj *Z. v A Government department and The Board of management of a community school*,⁵⁵ koji se ticao žene kojoj je bilo uskraćeno pravo na odsustvo koje inače pripada majkama jer je zatrudnela uz pomoć surugata, a budući da nije imala matericu. Prilikom razmatranja činjeničnog stanja, Sud se bavio time da li se može smatrati da je tužilja bila žrtva diskriminacija na osnovu invaliditeta. U tom smislu, a pozivajući se na Direktivu 2000/78/EZ, Sud je zaključio da nije došlo do diskriminacije s obzirom na to da tužilja nije usvojila ili rodila dete, iako prepoznajući da „nemogućnost žene da zatrudni prirodnim putem predstavlja veliki izvor patnje za nju“.⁵⁶ U vezi sa navedenim, Sud je zauzeo i stav da situacija u kojoj se nalazi tužilja nju nikako ne ograničava u obavljanju profesionalnih aktivnosti, kao i da se u ovom slučaju ne može govoriti o neopravdanom nejednakom tretmanu muškaraca i žena. Odluka u ovom slučaju je često kritikovana i to iz različitih uglova. Sa jedne strane, stav koji je Sud zauzeo povodom invaliditeta je podložan kritici, pa se tako navodi da se Sud „vratio“ medicinskom umesto socijalnom modelu invaliditeta, što je korak unazad u kontekstu borbe protiv diskriminacije na osnovu invaliditeta. Sa druge strane, ova odluka je kritikovana i iz ugla interseksionalnosti, odnosno kao propust Suda da prepozna ukrštanje roda i invaliditeta kao osnova diskriminacije, a budući da je ovo ukrštanje osnova dovelo do jedinstvene nepovoljne situacije u kojoj se nalazi tužilja.⁵⁷

i žena sa invaliditetom u obrazovanju i pri zapošljavanju: Obaveze država potpisnica prema članu 6. Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom“, *Intersectional Discrimination of Women and Girls with Disabilities and Means of their Empowerment* (eds. Ljubinka Kovačević, Dragica Vujadinović, Marco Evola), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2022, 54.

⁵⁵ Case 363/12, 26.9.2013, *Z. v A Government department and The Board of management of a community school*, ECLI:EU:C:2013:604.

⁵⁶ St. 79.

⁵⁷ U kontekstu navedenog, važno je prisetiti se toga da se definicijom invaliditeta Sud bavio već u slučaju Case13/05, 11. 7. 2006, *Sonia Chacon Navas v Eures Colectividades SA*, ECLI:EU:C:2006:456. Naime, u ovom slučaju je zaposlena dobila otkaz zbog bolovanja uslovljenog dugoročnom bolesti. Sud je zaključio da se u ovom slučaju ne može govoriti o diskriminaciji na osnovu invaliditeta, a da se Direktiva 2000/78 ne može tumačiti tako da pruža zaštitu i u pogledu osnova koji nisu izričito zaštićeni. Nakon ovog slučaja iz 2006. godine, može se primetiti izmena u stavovima Suda, a kada je reč o zaštiti osoba sa invaliditetom, što je u velikoj meri uslovljeno činjenicom da je 2010. godine EU postala potpisnica Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom (UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities: resolution / adopted by the General Assembly, 24 January 2007, A/RES/61/106). Tako je na primer u slučajevima Case 335/11 and Case 337/11, 11. 4. 2013, *HK Danmark, acting on behalf of Jette Ring*

Rizik ukrštene diskriminacije je interesantno razmotriti i u slučaju *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*.⁵⁸ Naime, u pitanju je radnopravni slučaj koji se smatra revolucionarnim u smislu uvođenja pojma i koncepta prenesene diskriminacije (eng. *discrimination by association*) u pravni sistem EU. Naime, tužilja, koja je radila kao pravna sekretarica, bila je izložena diskriminatornom uznemiravanju i nejednakom tretmanu u kontekstu fleksibilnih sati rada, a zbog činjenice da ima sina sa invaliditetom, što je dovelo do toga da je bila primorana da da otkaz. Iako prenesena diskriminacija nije izričito spomenuta u izvorima prava EU, Sud je zauzeo stav da je tužilja bila diskriminisana ne na osnovu ličnog svojstva koje sama ima ili se pretpostavlja da ima, već na osnovu *povezanosti* sa sinom koji ima invaliditet. Odluka Suda u ovom slučaju se smatra značajnim korakom ka postizanju suštinske jednakosti u svetu rada, a budući da je svojim tumačenjem sekundarnog prava EU (Direktive 2000/78/EZ) Sud prepoznao

v Dansk almennyttigt Boligselskab and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Pro Display A/S, ECLI:EU:C:2013:222. Sud protumačio pojam invaliditeta veoma široko. Naime, reč je o spojenim slučajevima u kojima su tužilje dobile otkaz zbog odsustva direktno povezanog sa invaliditetom. Naime, obe tužilje su imale probleme sa leđima koji su ih onemogućavali da rade puno radno vreme, te su zbog toga dobile otkaz. Prilikom odlučivanja u ovim slučajevima, Sud se oslanjao na Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom, kao i Direktivu 2000/78/EU, te je zauzeo stav da invaliditet podrazumeva dugoročno ograničenje „koje nastaje naročito usled fizičkih, mentalnih ili psiholoških oštećenja, koja, u međudejstvu s različitim preprekama, mogu ometati određeno lice da, ravnopravno s drugim radnicima, potpuno i delotvorno učestvuje u profesionalnom životu“ (st. 38). Značaj ovog slučaja se ogleda u tome što je Sud naglasio da razumno prilagođavanje podrazumeva „ne samo materijalne, već i organizacione mere“, te je zauzeo stav da je potrebno primeniti princip razumnog prilagođavanja i u pogledu radnog vremena, odnosno skraćivanja broja radnih sati. Dakle, značaj ove presude je u tome što se, u praksu Suda, uvodi socijalni, umesto medicinskog modela invaliditeta, ali i u tome što se koncept razumnog prilagođavanja tumači veoma široko. Iako je presuda u ovom slučaju izuzetno značajna, isto tako je potrebno razmotriti i to da je Sud propustio da prepozna rodnu dimenziju koja se odnosi na to da po pravilu žene koje rade kao sekretarice imaju hronične probleme sa leđima, te da specifičnost ovog slučaja podrazumeva ukrštanje roda i invaliditeta. U tom kontekstu, Grgurev smatra da stav koji je Sud zauzeo u ovom slučaju predstavlja „dva koraka unazad“ i potpuno neprepoznavanje prisutne ukrštene diskriminacije. Ivana Grgurev, „Protection of women with disabilities in EU non-discrimination law“, *Intersectional Discrimination of Women and Girls with Disabilities and Means of their Empowerment* (eds. Lj. Kovačević, D. Vujadinović, M. Evola), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2022, 46. U pogledu invaliditeta, važno je napomenuti to da se u novijim presudama Suda može govoriti o, makar obrisima, intersekcijjskog pristupa. Na primer, u slučaju (*Kaltoft Case C-354/13*, 18. 12. 2014, *Fag og Arbejde (FOA) v Kommunernes Landsforening (KL)*, ECLI:EU:C:2014:2463) je Sud zaključio da gojaznost ne može biti poistovećena sa invaliditetom, ali da da se može smatrati invaliditetom ukoliko, zajedno sa drugim preprekama, otežava učešće radnika u profesionalnom životu.

⁵⁸ Case C-303/06, 17. 7. 2008, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, ECLI:EU:C:2008:415.

i zabranio i „novi“ oblik diskriminacije. Ipak, ma koliko ovaj slučaj bio značajan iz ugla uvođenja zabrane prenesene diskriminacije, on takođe može biti sagledan i iz ugla ukrštene diskriminacije u svetu rada. Naime, specifičan kontekst ovog slučaja se odnosi na ženu koja ima porodične dužnosti u pogledu sina sa invaliditetom. Stoga, pored prenesene diskriminacije na osnovu invaliditeta, može se govoriti i o riziku diskriminacije na osnovu roda i pola, kao i porodičnih dužnosti. Dakle, činioци koji utiču na jedinstveno iskustvo tužilje kao žrtve diskriminacije su u vezi sa tim što je žena, što ima porodične dužnosti, a koje se i danas „tradicionalno“ smatraju ženskim dužnostima, i što ima sina sa invaliditetom. Sa druge strane, upravo stav poslodavca prisutan u ovom slučaju svedoči o složenosti odnosa moći i nemoći u društvu, odnosno postojanju činilaca koji utiču na postojanje ukrštene diskriminacije. I u ovom slučaju Sud nije prepoznao preostale dimenzije opresije, pored one koja se odnose na invaliditet, i u tom smislu rizik ukrštene diskriminacije.

Ukrštena diskriminacija zaposlenih pripadnica verskih zajednica. – Posebnu pažnju je potrebno posvetiti i slučajevima koji se tiču nošenja verskih simbola na poslu, a koji se često u literaturi razmatraju kroz kritiku Suda da prepozna „očigledne“ slučajeve ukrštene diskriminacije.⁵⁹ U tom smislu, zanimljivo je spomenuti radnopravni slučaj *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*.⁶⁰ Naime, tužilja je u ovom slučaju radila kao recepcionerka kod poslodavca koji je zabranio nošenje vidljivih verskih, političkih ili filozofskih simbola, odnosno znakova na radnom mestu na osnovu internog, nepisanog, pravila koje je imalo za cilj očuvanje „neutralnog imidža“ kompanije.⁶¹ Nakon toga što ga je tužilja obavestila da planira da počne da nosi hidžab, poslodavac je ovo nepisano pravilo pretvorio u pisano, izričito zabranjujući, između ostalog, i nošenje verskih simbola na poslu. Budući da je tužilja odbila da se ponaša u skladu sa ovim pravilom, dobila je otkaz. Nakon što je ovaj slučaj bio predmet odlučivanja pred više nacionalnih sudova, dospelo je i pred Sud pravde Evropske unije, koji je, oslanjajući se na Direktivu 2000/78,⁶² zaključio da se ne može smatrati da je došlo do neposredne diskriminacije u ovom slučaju.⁶³

⁵⁹ Cara Donegan, „Thinly Veiled Discrimination: Muslim women, Intersectionality and the Hybrid Solution of Reasonable Accommodation and Proactive Measures“, *European Journal of Legal Studies*, br. 2, tom 12, 2020, 151.

⁶⁰ Case C-157/15, 14.03.2017, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203.

⁶¹ St. 13.

⁶² Čl. 2, st. 2 Direktive 2000/78/EZ.

⁶³ St. 32.

Sa druge strane, Sud je, konačnu odluku u pogledu toga da li je došlo do (posredne) diskriminacije ostavio nacionalnom sudu. Ipak, Sud zauzima stav da bi ovakva mera bila opravdana ukoliko je uspostavljena unapred i ukoliko ne stvara nejednak tretman u kontekstu pripadnika različitih vera, a da se očuvanje imidža neutralnosti načelno može smatrati legitimnim ciljem.⁶⁴

O aktuelnosti, ali i važnosti bavljenja pitanjem (zabrane) nošenja verskih simbola na radnom mestu govore i spojeni slučajevi *IX v WABE eV and MH Müller Handels GmbH v MJ*⁶⁵ o kojima je Sud odlučivao, ne tako davne, 2021. godine. Ukratko, reč je o spojenim slučajevima koji su se ticali nošenja hidžaba i u oba slučaja je zaposlena bila sankcionisana zbog nošenja verskih simbola na radnom mestu. Naime, u slučaju *IX v WABE* je zaposlena bila disciplinski sankcionisana nakon što je odbila da, u skladu sa poslodavčevim zahtevom, prestane da nosi bilo kakav vidljivi verski simbol. U slučaju *MH Müller Handels GmbH v MJ* je zaposlena, zbog nošenja verskih simbola (hidžaba), premeštena na drugo radno mesto, a potom je poslodavac od nje zahtevao da prestane da nosi krupne verske simbole. Iako je kontekst ovih slučajeva u izvesnoj meri sličan, Sud je uočio i ukazao i na ključnu razliku. Naime, u slučaju *IX v WABE eV* pravilo poslodavca je bilo takvo da zabranjuje nošenje *svih* simbola,⁶⁶ dok je u *MH Müller Handels GmbH v MJ* pravilo kod poslodavca zabranjivalo nošenje *krupnih i jasno uočljivih* simbola. Sud je imao više „razumevanja“ za poslodavca u prvom slučaju, te je naglasio da, kako bi se ovakvo pravilo smatralo opravdanim, mora biti odgovarajuće i prilagođeno kontekstu, odnosno proporcionalno. U tom pogledu, Sud je zauzeo stav da pravilo poslodavca koje zabranjuje nošenje verskih simbola ne može biti opravdano ukoliko se razlog uvođenja ovakve mere ogleda u pukoj nameri poslodavca da se prikaže kao neutralan. Sa druge strane, u slučaju *MH Müller Handels GmbH v MJ*, Sud je ukazao na postojanje diskriminacije, a budući da je pravilo poslodavca zapravo usmereno direktno ka pripadnicima jedne vere, odnosno Islama, koje stavlja u nepovoljniji tretman.⁶⁷

⁶⁴ St. 37–44.

⁶⁵ Joined Cases C-804/18 and C-341/19, 15. 7. 2021, *IX v WABE eV and MH Müller Handels GmbH v MJ*, ECLI:EU:C:2021:594.

⁶⁶ U tom svetlu, poslodavac je takođe drugoj zaposlenoj zabranio nošenje lančića sa priveškom krsta oko vrata (st. 29).

⁶⁷ Kada je reč o nošenju verskih simbola na radnom mestu, važno je ukazati i na to da je Evropski sud za ljudska prava u više navrata odlučivao u slučajevima koji se tiču ovog pitanja. Tako je na primer u slučaju *Dahlab protiv Švajcarske (Dahlab v Switzerland, App. 42393/98, 15. 2. 2001)* ovaj sud zaključio da zabrana nošenja verskih simbola u kontekstu učiteljice koja je muslimanka nije povreda čl. 9 koji garantuje slobodu veroispovesti Evropske konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Razmatranje navedenih slučajeva iz ugla ukrštene diskriminacije zahteva uzimanje u obzir nekoliko ličnih svojstava. Iako se na prvi pogled navedeni slučajevi tiču „samo“ vere, pogled osetljiv na prepoznavanje ukrštanja svojstava ukazuje i na postojanje drugih ličnih svojstava koje je potrebno uzeti u obzir. Pored vere, svojstva koja je potrebno uzeti u obzir su i rod i pol, a budući da po pravilu žene nose krupne i vidljive verske simbole, kao i rasa. Navedena svojstva se po pravilu ukrštaju tako da *de facto* dovode do situacije u kojoj su muslimanke diskriminirane u sferi zapošljavanja i rada, a na osnovu nošenja verskih simbola. Svakako, ovaj rizik je posebno izražen ukoliko poslodavac dodatno precizira kakve vrste verskih simbola su zabranjene time jasno usmeravajući zabranu ka pripadnicama određene vere. Pa ipak, čini se da rizik ukrštene diskriminacije postoji i kada postoji pravilo koje zabranjuje nošenje svih verskih simbola, budući da je i ovakvo pravilo neretko samo navodno neutralno, te da ima za cilj da utiče na pripadnike određene vere. U tom kontekstu, treba se podsetiti toga da Rezolucija ukazuje na to da zabrane nošenja verskih simbola zapravo doprinose produbljivanju postojećih nejednakosti. Dakle, s obzirom na delikatnost ovog pitanja, potrebno je u svakom pojedinačnom slučaju proceniti sve okolnosti koje se odnose na vrstu posla i druge činioce, ali isto tako i različite dimenzije opresije, te u tom smislu rizik ukrštene diskriminacije.

Rizik ukrštene diskriminacije u oblasti socijalne sigurnosti. – I dok se u navedenim slučajevima Sud nije izričito izjašnjavao povodom ukrštene diskriminacije, već je pre propuštao da prepozna rizik ovog oblika diskriminacije, stav Suda je neupitan kada je u pitanju slučaj *David L. Parris v Trinity College Dublin and Others*.⁶⁸ Naime, u pitanju je slučaj iz sfere socijalne sigurnosti, a ticao se porodične penzije u kontekstu istopolne zajednice. Tužilac je više decenija živeo u istopolnoj zajednici sa partnerom u Irskoj, te je smatrao da njegov partner ima pravo na porodičnu penziju penzijske šeme Trinita koledža nakon njegove smrti. Ipak, irske vlasti su zauzele stav da njegov partner ne bi imao ovo pravo budući da je zakon koji izjednačava istopolnu zajednicu sa brakom usvojen nakon što je tužilac napunio 60 godina, dok je zakonski bilo zagarantovano pravo na porodičnu penziju ukoliko je partner imao manje od 60 godina prilikom stupanja u istopolnu zajednicu. Tužilac je tvrdio da je diskriminisan na osnovu starosti i seksualnog opredeljenja, a nacionalni sudovi su ovaj slučaj uputili Sudu. Sud je u ovom slučaju zauzeo nedvosmislen stav da „ne postoji nova kategorija diskriminacija koja je posledica kombinacije više od jednog osnova diskriminacije, kao što su seksualno

⁶⁸ Case 443/15, 24. 11. 2016, *David L. Parris v Trinity College Dublin and Others*, ECLI:EU:C:2016:897.

opredeljenje i starost, a koja može biti utvrđena ukoliko diskriminacija po osnovu svakog od svojstava, ne postoji zasebno⁶⁹.

Kada je reč o penzijama, zanimljivo je spomenuti i slučaj *Waltraud Brachner v Pensionsversicherungsanstalt*,⁷⁰ koji se ticao nejednakog tretmana muškaraca i žena u kontekstu penzija. Naime, austrijsko pravo je predviđalo porast u penzijama za one čija je penzija viša od određenog iznosa (precizno 746.99 evra mesečno).⁷¹ Iako je ova mera bila navodno neutralna, analizom situacije u praksi je ukazano na to da preko 50% zaposlenih žena ima penziju ispod ovog iznosa, dok je kod muškaraca taj procenat znatno manji (25%), te su tako po pravilu pravo na ovaj rast penzije ostvarivali muškarci.⁷² Dakle, ova mera je *de facto* označavala uvećanje penzije za muškarce u većini slučajeva. Sud je u ovom slučaju prepoznao postojanje posredne diskriminacije ukazujući na nejednake posledice ove mere po muškarce i žene. Iako je prepoznavanje posredne diskriminacije žena od strane Suda u ovom slučaju izuzetno značajno, takođe se može razmotriti i starosna dimenzija koja utiče na položaj žena koje rade kod ovog poslodavca. Naime, razmatranje detalja ovog slučaja dovodi do zaključka da je osoba stavljena u nejednak položaj ukoliko je žena, ali istovremeno i ukoliko ima određene godine starosti, što govori o tome da se ovaj slučaj takođe može posmatrati iz perspektive ukršteno diskriminacije.⁷³

U svetlu navedenog i na osnovu analize izdvojenih slučajeva, može se zaključiti da Sud u svojoj dosadašnjoj praksi nije izričito prepoznao rizik postojanja ukršteno diskriminacije u svetu rada, odnosno u sferi zapošljavanja i rada, kao i sferi socijalne sigurnosti. Svakako, prepoznavanje ukršteno diskriminacije nije lako niti jednostavno, a budući da sa sobom nosi brojne izazove o kojima je ranije bilo reči. Pa ipak, posmatranje diskriminacije samo kroz jednu osu dovodi do nevidljivosti drugih svojstava koja takođe oblikuju jedinstveno iskustvo pojedinca,

⁶⁹ Para. 80. Za više o tome kako je Sud bio „slep“ za prepoznavanje ukršteno diskriminacije u ovom slučaju v. S. Atrey, „Illuminating the CJEU’s Blind Spot of Intersectional Discrimination in Parris v Trinity College Dublin“, *Industrial Law Journal*, br. 2, tom 47, 2018, 282–283.

⁷⁰ C-123/10, 20. 10. 2011, *Waltraud Brachner v Pensionsversicherungsanstalt*, ECLI:EU:C:2011:675.

⁷¹ St. 11.

⁷² Stoga je ovo pravo pripalo čak 75% penzionera, nasuprot 43% penzionerki (st. 62).

⁷³ U svetlu navedenog, interesantno je spomenuti i slučaj C-227/04 P, 11. 9. 2007, *Maria-Luise Lindorfer v Council of the European Union*, ECLI:EU:C:2007:490. Naime, ovaj slučaj se ticao zaposlene u Savetu Evrope koja je zahtevala prebacivanje njene penzije u penzijsku šemu Saveta, dok je ova šema bila postavljena tako da postoje specifična računanja koeficijenta penzije u zavisnosti od pola i starosti. Iako je tužilja tvrdila da je diskriminisana po oba navedena svojstva, Sud je utvrdio postojanje diskriminacije samo na osnovu pola.

odnosno do nevidljivosti ųrtve (ukrštene) diskriminacije u svetu rada. Prepoznavanje navedenog od strane Suda bi predstavljalo ne „samo“ veliki, već ključni korak napred.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zabrana diskriminacije jeste prvi korak ka postizanju suštinske jednakosti u svetu rada. Svakako, i taj prvi korak je nepotpun ukoliko zabrana diskriminacije ne podrazumeva prepoznavanje i zabranu *svakog* oblika diskriminacije, te tako i ukrštene diskriminacije. Bavljenje ukrštenom diskriminacijom podrazumeva ukazivanje na nepravde u pogledu kojih su društvo i pravo dugo bili „slepi“, a koje proizilaze iz ukrštanja različitih ličnih svojstava i obuhvataju identitete pojedince, kao i odnose privilegije i podređenosti u društvu. Drugim rečima, sagledavanje položaja ųrtava ukrštene diskriminacije u svetu rada zahteva uočavanje problema marginalizacije i stigmatizacije grupa, a što se odražava kroz individualna i jedinstvena iskustva pojedinca.

Razmatranje pravnog sistema EU, iz ugla suštinske jednakosti, ukazuje na značajne napore koje EZ, odnosno EU, decenijama unazad usmerava ka borbi protiv diskriminacije, na mikroplanu i na makroplanu, u pogledu različitih ličnih svojstava i sfera života. Posebna pažnja u pravu EU je posvećena upravo svetu rada, te uspostavljanju garantija zabrane diskriminacije i jednakosti u ovoj sferi. Interesantno je primetiti da pravo EU tek veoma „stidljivo“, najčešće kroz neobavezujuće izvore prava, prepoznaje uopšte diskriminaciju po više osnova, pa utoliko pre i ukrštenu diskriminaciju. Iako se u poslednjih nekoliko godina mogu uočiti novi koraci na putu prepoznavanja ukrštene diskriminacije, ovi koraci su za sada tek poneki i veoma ograničeni u svom delovanju.

U svetlu navedenog, i s obzirom na to da je proces prepoznavanja ukrštene diskriminacije kroz pravne instrumente spor i složen, uloga Suda u borbi protiv ovog oblika diskriminacije u praksi bi mogla biti ključna. Nažalost, Sud do sada nije izričito prepoznao ukrštenu diskriminaciju ili uopšte rizik ukrštene diskriminacije u svetu rada u svojoj praksi. Drugim rečima, iako Sud godinama, pa i decenijama unazad, ima izuzetno važnu ulogu u pružanju zaštite ųrtvama diskriminacije u sferi zapošljavanja i rada, kao i u sferi socijalne sigurnosti, pristup Suda je najčešće jednoosni. Dakle, Sud po pravilu slućajeve diskriminacije razmatra kroz jednu osu, odnosno prizmu jednog lićnog svojstva, ne prepoznajući i druga svojstva koja mogu da utiću na, odnosno oblikuju iskustvo pojedinca koji je ųrtva (ukrštene) diskriminacije.

Naposletku, a na osnovu dosadašnje znaćajne uloge Suda u borbi protiv diskriminacije, kao i nedavnih koraka koji se odnose na prepoznavanje ukrštene

diskriminacije u pravu EU, ostaje nada i očekivanje da će Sud u bliskoj budućnosti izričito prepoznati i rizik ukrštene diskriminacije u svetu rada, te pružiti zaštitu žrtvama ovog oblika diskriminacije.

MINA KUZMINAC, LL.M.
Junior Teaching Assistant, Faculty of Law
University of Belgrade

THE IMPORTANCE OF COMBATING INTERSECTIONAL DISCRIMINATION IN THE WORLD OF WORK – EUROPEAN UNION CONTEXT

Summary

The paper deals with the issue of intersectional discrimination from the labour law perspective, and in this sense emphasizes the importance of recognizing and fighting against this form of discrimination in the world of work. It is necessary, firstly, to address the emergence and the importance of the intersectionality theory, and then also the term and concept of intersectional discrimination, referring to simultaneous discrimination based on several personal grounds resulting in a synergistic effect. Since the analysis is directed towards the European Union, the paper shall consider the (failure in) addressing this form of discrimination in the legal instruments of the European Union. The role and the case law of the Court of Justice of the European Union, in the context of intersectional discrimination, shall also be discussed in detail. In its case law so far, this court has not recognized, at least explicitly, the existence of intersectional discrimination in the sphere of employment, as well as the social security sphere. In that light, a couple of cases from the case law of the Court are going to be analyzed, while the analysis shall also include the challenges that the Court faces in general when it comes to recognizing and prohibiting intersectional discrimination in practice. All of the mentioned has the goal to emphasize the need for European Union law, and especially the Court of Justice of the European Union, to recognize the risk of intersectional discrimination in the world of work and provide protection to victims of this form of discrimination.

Key words: intersectionality theory, intersectional discrimination, world of work, European Union, Court of Justice of the European Union

Literatura

- Atrey S., „Comparison in Intersectional Discrimination“, *Legal Studies*, br. 3, tom 38, 2018..
- Atrey S., „Illuminating the CJEU’s Blind Spot of Intersectional Discrimination in Parris v Trinity College Dublin“, *Industrial Law Journal*, br. 2, tom 47, 2018.
- „Can Intersectionality Contribute to Effective Equality?“, <https://rm.coe.int/o-cinneide-ecri-keynote-intersectionality-final-sept-2022/1680a842d7>.
- Carbado D. W., Harris C., „Intersectionality at 30: Mapping the Margins of anti-Essentialism, Intersectionality and Dominance Theory“, *Harvard Law Review*, br. 2193, tom 132, 2019.

- Carbado D. W., Crenshaw K. W., Mays V. M., Tomlinson B., „Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory“, *Du Bois Review*, br. 2, tom 10, 2013.
- Center for Intersectional Justice, *Intersectional Discrimination in Europe: Relevance, Challenges and Ways Forward*, European Network Against Racism, Brussels, 2019.
- Crenshaw K., „Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics“, *University of Chicago Legal Forum*, br. 1, tom 1989, 1989.
- Crenshaw K., „Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color“, *Stanford Law Review*, br. 6, tom 42, 1991.
- Davis N. A., „Intersectionality and International Law: Recognizing Complex Identities on the Global Stage“, *Harvard Human Rights Journal*, tom 28, 2015.
- Donegan C., „Thinly Veiled discrimination: Muslim Women, Intersectionality and the Hybrid Solution of Reasonable Accommodation and Proactive Measures“, *European Journal of Legal Studies*, br. 2, tom 12, 2020.
- Fredman S., *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law*, European Commission, Brussels, 2016a.
- Fredman S., „Substantive Equality Revisited“, *International Journal of Constitutional Law*, 6p. 3, Vol. 14, 2016.
- Gligorić S. M., Stojković Zlatanović S., „Savremeni oblici povrede dostojanstva ličnosti na radu – osnovne sličnosti i razlike“, *Strani pravni život*, br. 3, tom 64, 2020.
- Grgurev I., „Protection of women with disabilities in EU non-discrimination law“, *Intersectional Discrimination of Women and Girls with Disabilities* (eds. Kovačević Ljubinka, Vujadinović Dragica, Evola Marco), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2022.
- International Labour Organization, *Integrating Women and Girls with Disabilities into Vocational Mainstream Vocational Training*, International Labour Office, Geneva, 1999.
- Jašarević S., „Fleksibilizacija rada – rešenje ili zabluda“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, tom 46, Novi Sad, 2012.
- Kantola J., Nousianen K., „Institutionalizing Intersectionality in Europe“, *International Feminist Journal of Politics – Institutionalizing Intersectionality*, br. 4, tom 11, 2009.
- Kovačević Lj., „Intersectional Discrimination of Women with Disabilities in the World of Work: Advantages and Challenges of Applying an Intersectional Approach?“ *Intersectional Discrimination of Women and Girls with Disabilities and Means of their Empowerment* (eds. Kovačević Ljubinka, Vujadinović Dragica, Evola Marco), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2022.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Kovačević Lj., *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.

- Lombardo E., Augustin L. R., „Framing gender intersections in the European Union: What implications for the quality of intersectionality in policies?“, *Social Politics*, br. 4, tom 19, 2011.
- MacNaughton G., Frey D., „Decent Work for All: A Holistic Human Rights Approach“, *American University International Law Review*, br. 2, tom 26, 2011.
- Malos S., „Overt Stereotype Biases and Discrimination in the Workplace: Why Haven't We Fixed This by Now?“, *Employee Responsibilities and Rights Journal*, br. 4, tom 27, 2015.
- Makkonen T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku, 2002.
- Masselot A., Bullock J., „Stuck at the Cross-Road: Intersectional Aspirations in the EU Anti-Discrimination Legal Framework“, *Australian and New Zealand Journal of European Studies*, br. 1, tom 5, 2013.
- McCall L., „The Complexity of Intersectionality“, *Signs*, br. 3, tom 30, 2005.
- Perović S., „Prirodno pravo i dostojanstvo“, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2013.
- Perović S., „Prirodno pravo i stvarnost“, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2017.
- Powell M. E., „The Claims of Women of Color Under Title VII: the Interaction of Race and Gender“, *Golden Gate University Law Review*, br. 2, tom 26, 1996.
- Reljanović M., „Intersekcijiska i višestruka diskriminacija devojčica i žena sa invaliditetom u obrazovanju i pri zapošljavanju: Obaveze država potpisnica prema članu 6. Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom“, *Intersectional Discrimination of Women and Girls with Disabilities and Means of their Empowerment* (eds. Lj. Kovačević, D. Vujadinović, M. Evola), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2022.
- Schiek D., „Intersectionality and the Notion of Disability in EU Discrimination Law“, *Common Market Law Review*, br. 1, tom 53, 2016.
- Urdarević B., „Implikacije radnih migracija na evropsko tržište rada – radnopravni aspekti“, *Stanovništvo*, br. 1, tom 61, 2023.
- Waldfoegel J., „Understanding the Family Gap in Pay for Women with Children“, *Journal of Economic Perspectives*, br. 1, tom 12, 1998.
- Xenidis R., „Multiple Discrimination in EU Anti-discrimination Law Towards Redressing Complex Inequality“, *EU Anti-discrimination Law Beyond Gender* (eds. Belavusau U., Henard K.), Hart Publishing, Oxford, Portland, 2018.

MIRJANA RADOVIĆ

POSEBNO PRAVNO UREĐENJE PRODAJE NENAPLATIVIH KREDITA U EVROPSKOJ UNIJI I SRBIJI

U ovom radu autor istražuje posebna pravila o prodaji nenaplativih (problematičnih) kredita u Evropskoj uniji i u Srbiji. Reč je o pravnom okviru koji se primenjuje na banke kada nameravaju da ustupe potraživanje iz nenaplativog kredita ili čitav ugovor o nenaplativom kreditu drugom licu – kupcu. Nakon uvoda, druga glava je posvećena analizi pojma nenaplativih (problematičnih) kredita iz ugla definicija u komunitarnim i srpskim propisima. Zatim je u trećoj glavi objašnjena specifična problematika prodaje nenaplativih kredita koja opravdava posebno pravno uređenje njihove prodaje. Četvrta glava se bavi regulativom prodaje nenaplativih kredita u Evropskoj uniji. U tom pogledu su predstavljeni razvoj i relevantna pravila Direktive (EU) 2021/2167 o pružaocima usluge servisiranja kredita i kupcima kredita. U petoj glavi je obrađen pravni tretman prodaje nenaplativih kredita u Srbiji iz ugla Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, s jedne strane, i Odluke o upravljanju rizicima banke kao podzakonskog akta, s druge. Na osnovu poređenja srpskih propisa sa rešenjima koja se od decembra 2023. godine primenjuju u Evropskoj uniji, autor dolazi do zaključka da je u ovoj oblasti Srbije neophodna reforma koja će pružiti veće mogućnosti bankama da prodaju nenaplative kredite uz adekvatnu zaštitu korisnika kredita.

Ključne reči: nenaplativi krediti, problematični krediti, ustupanje potraživanja iz ugovora o kreditu, prodaja kredita, servisiranje kredita, zaštita korisnika kredita

U V O D

U zemljama poput Srbije sa slabo razvijenim tržištem kapitala i alternativnim izvorima finansiranja, razvoj privrede primarno počiva na bankarskim kreditima.

Prof. dr Mirjana Radović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu,
e-mail: mirjanam@ius.bg.ac.rs.

Upravo iz tog razloga se Srbija označava kao bankocentrična, kreditna privreda,¹ u kojoj novac od bankarskih kredita omogućava ne samo povećanu proizvodnju i ponudu na tržištu, nego i veću potrošnju. Iako je u Evropskoj uniji, a naročito u visoko razvijenim državama članicama, situacija značajno bolja u smislu dostupnosti i korišćenja alternativnih izvora finansiranja, ipak i tamo uloga bankarskih kredita postaje naročito bitna u uslovima finansijskih kriza. Istraživanja su pokazala da se oporavak privrede nakon finansijske krize u velikoj meri zasniva na kreditima koje odobravaju banke. Otuda se i u Evropskoj uniji prepoznaje ogroman značaj bankarskih kredita za ekonomski rast i razvoj.

U idealnom svetu, svaki odobreni kredit omogućio bi korisniku ulaganje u poslovni poduhvat ili zadovoljenje drugih materijalnih potreba, a bio bi vraćen banci u skladu sa ugovorenim uslovima – u punom iznosu (glavnice sa kamatom) i na vreme. Međutim, uprkos naporima banke da se zaštiti od poverilačkog (tzv. kreditnog) rizika proverom kreditne sposobnosti korisnika pre zaključenja ugovora, ugovaranjem odgovarajućeg sredstva obezbeđenja i sl., u realnosti se neretko dešava da dat kredit ne bude na vreme otplaćen ili da njegova otplata postane ugrožena. Svaki takav „nenaplativi kredit“ opterećuje bilanse banke i umanjuje njen kapacitet za odobravanje novih kredita. Sledstveno tome, posmatrano iz ugla bankarskog sistema kao celine, akumuliranje velikog broja nenaplativih kredita kod brojnih banaka umanjuje mogućnost rasta,² odnosno oporavka privrede kroz bankarske kredite. Uz to, brojni nenaplativi krediti ugrožavaju finansijsku stabilnost banaka, a u najgorem slučaju mogu da uzrokuju i njihov stečaj.³

Imajući u vidu potencijalne dalekosežne negativne efekte brojnih nenaplativih kredita, postoji naglašena potreba za odgovarajućim rešavanjem tog problema. Pritom su rešenja koja bi mogla da iznedri praksa ograničena okvirima koje postavlja konkretan pravni sistem.⁴ Stoga je pitanje nenaplativih kredita neophodno

¹ Ivica Jankovec, *Privredno pravo*, 4. izdanje, Službeni list SRJ, Beograd 1999, 607. Više v. Zoran Vasiljević, *Pravna teorija kredita*, Banja Luka 2013, 22 i dalje.

² Patrizia Baudino, Hyncheol Yun, „Resolution of non-performing loans – policy options“, YPFS Resource Library, 10. 1. 2017, 2, <https://elischolar.library.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11941&context=yvfs-documents>.

³ Upor. Lidija Barjaktarović, „What can be expected in credit-risk management from NPL in the western Balkans region in the future?“, *International review*, No. 3/4, 2022, 97; David Bholat *et al.*, „Non-performing loans: regulatory and accounting treatment of assets“, Staff Working Paper No. 594, April 2016, 8, 9, <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boef/files/working-paper/2016/non-performing-loans-regulatory-and-accounting-treatments-of-assets.pdf>.

⁴ European Central Bank, Guidelines to banks on non-performing loans, March 2017, 11, https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.en.pdf; Patrizia Baudino, Hyncheol Yun, op. cit., 9.

izučavati ne samo iz ekonomskog, nego i iz pravnog ugla. Bez obzira na to, trenutno u srpskoj literaturi apsolutno preovlađuju ekonomske analize uticaja nenaplativih kredita na bankarski sistem i privredu, kao i uzroka i načina rešavanja problema koje oni izazivaju, dok je njihova pravna analiza gotovo potpuno zanemarena.⁵

Osim nedovoljnog interesovanja za naučno istraživanje pravnih aspekata nenaplativih kredita, primetno je da ni srpski zakonodavac ne posvećuje naročitu pažnju toj problematici. Trenutno jedino Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga iz 2011. godine, sa poslednjim izmenama iz 2014. godine, sadrži specifična pravila koja uređuju mogućnost i uslove prenosa nenaplativih kredita. Za razliku od toga, evropski zakonodavac aktivno radi na unapređenju pravnog okvira nenaplativih kredita, kako bi se bankama omogućilo efikasnije „oslobađanje od tereta“ takvih potraživanja, uz odgovarajuću zaštitu prava i pravnog položaja korisnika kredita. Poslednji obavezujući pravni akt koji je na nivou Evropske unije donet sa tim ciljem predstavlja Direktiva (EU) 2021/2167 o pružaocima usluge servisiranja kredita i kupcima kredita iz decembra 2021. godine, čije odredbe još uvek nisu implementirane u srpsko pravo. S obzirom na navedeno, opravdano se postavlja pitanje, u kojoj meri važeće srpsko pravo odstupa od komunitarnog prava u pogledu prodaje nenaplativih kredita, te u kom pravcu bi buduća reforma relevantnih propisa trebalo da se kreće.

POJMOVNO ODREĐENJE NENAPLATIVIH KREDITA

Načelno, nenaplativi krediti (engl. *non-performing loans*, skr. NPLs, nem. *notleidende Kredite*, franc. *les prêts non performants*) obuhvataju bankarske kredite kod kojih se kasni sa otplatom u određenom dužem periodu ili postoji velika verovatnoća da neće biti otplaćeni. Pritom, za kvalifikaciju određenog kredita kao nenaplativog nije od značaja da li je banka raskinula ugovor o kreditu sa korisnikom. Otuda, nakon eventualnog raskida ugovora preostala potraživanja banke prema korisniku i dalje spadaju u kategoriju nenaplativih kredita. Jednom kada se kredit svrsta u grupu nenaplativih kredita može doći do ponovnog početka njegove otplate, kada on postaje „ponovo naplativi kredit“ (engl. *re-performing loan*), ili čak do njegove potpune naplate od banke. Takođe, moguće je da banka i korisnik kredita redefinišu svoj pravni odnos, postizanjem sporazuma o izmeni prvobitnog

⁵ Retki su radovi koji obrađuju pravne aspekte nenaplativih kredita. V. Jelena Antić, „Pravni aspekti problematičnih kredita u Republici Srbiji: pitanje odgovornosti“, *Civitas: časopis za društvena pitanja*, br. 1, god. 10, 2020, 194–203; Marija Vičić, „Problematični krediti u Republici Srbiji i strategija za njihovo prevazilaženje: evropske preporuke i modeli“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2015)* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2015, 523–537.

ugovora (na primer, uz delimično otpuštanje duga, odlaganje rokova i druge olakšice za korisnika), refinansiranju kredita, konverziji duga u udeo, odnosno akcije privrednog društva – dužnika (*debt / equity swap*), itd. U tim slučajevima, pod propisanim uslovima može da dođe do prestanka svrstavanja kredita u kategoriju nenaplativih kredita. Međutim, u konkretnom slučaju, jednostavnije i efikasnije rešenje za banku koja želi da se „oslobodi“ nenaplativog kredita može biti da ustupi svoja potraživanja iz ugovora ili čitav ugovor drugom licu, kupcu nenaplativog kredita, za određenu cenu.

Upravo je pitanje mogućnosti banke da ustupi potraživanja iz ugovora o kreditu ili čitav ugovor drugom licu, predmet posebne regulative u Srbiji, ali i Evropskoj uniji. Ipak, srpski zakonodavac ne samo da ne definiše pojam nenaplativih kredita, nego ni ne poznaje taj termin, već isključivo govori o ustupanju „potraživanja banke iz ugovora o kreditu“.⁶ Za potrebe zakona nije pruženo nikakvo pojašnjenje, niti su postavljeni bilo kakvi uslovi za potraživanje koje može da bude predmet prenosa. Drugačiji odnos prema definisanju i označavanju nenaplativih kredita ima Narodna banka Srbije kada uređuje „prenos potraživanja od pravnog lica, preduzetnika i poljoprivrednika“ drugoj banci. Za potraživanja koja se ustupaju drugim pravnim licima, osim banaka, Narodna banka zahteva da budu: a) dospela ili b) problematična u smislu klasifikacije bilansne aktive i vanbilansnih stavki banke. Pod terminom „problematični kredit“ podrazumeva se kredit kod koga: a) korisnik kasni sa plaćanjem glavnice ili kamate duže od 90 dana; b) kamata u visini tromesečnog iznosa (ili viša) je pripisana dugu, kapitalizovana, refinansirana ili je njeno plaćanje odloženo; ili c) banka procenjuje da je sposobnost korisnika da otplati dug pogoršana i da je otplata u punom iznosu dovedena u pitanje.⁷ Iz toga proizlazi da problematični krediti u podzakonskim propisima Narodne banke Srbije predstavljaju nenaplative kredite u smislu opšteprihvaćene uporednopravne terminologije.⁸

Način na koji Narodna banka definiše problematične (nenaplative) kredite vrlo je sličan definiciji koju prihvata Međunarodni monetarni fond. Prema toj definiciji, za potrebe izveštavanja o indikatorima finansijske stabilnosti Međunarodni monetarni fond preporučuje da se krediti klasifikuju kao nenaplativi

⁶ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014, čl. 39.

⁷ Odluka o klasifikaciji bilansne aktive i vanbilansnih stavki banke, *Službeni glasnik RS*, br. 94/2011, 57/2012, 123/2012, 43/2013, 113/2013, 135/2014, 25/2015, 38/2015, 61/2016, 69/2016, 91/2016, 101/2017, 114/2017, 103/2018 i 8/2019, tač. 2(2a).

⁸ Osim izraza „problematični krediti“ i „nenaplativi krediti“, prisutno je i njihovo označavanje terminom „teško naplativi krediti“.

krediti ako: a) korisnik kasni sa plaćanjem glavnice ili kamate 90 dana ili duže; b) kamata za 90 dana ili više je kapitalizovana (reinvestirana u glavnice), refinansirana ili je njeno plaćanje odloženo; ili c) postoji dokaz za reklasifikaciju kredita kao nenaplativog, na primer, jer je dužnik podneo predlog za pokretanje stečajnog postupka.⁹

Za razliku od izložene preporuke Međunarodnog monetarnog fonda, u pravu Evropske unije je pojam nenaplativih kredita složenije i detaljnije uređen. U tom pogledu, Direktiva (EU) 2021/2167 o serviserima i kupcima kredita sadrži upućujuću definiciju, prema kojoj se kredit smatra nenaplativim ako je klasifikovan kao nenaplativa izloženost (engl. *non-performing exposure*) u skladu sa Uredbom (EU) br. 575/2013 o prudencionim zahtevima za kreditne institucije i investiciona društva.¹⁰ Na osnovu kriterijuma iz navedene Uredbe, kredit će se klasifikovati kao nenaplativ ako: a) korisnik kasni sa otplatom duže od 90 dana; b) banka smatra da korisnik verovatno neće otplatiti kredit u potpunosti bez preduzimanja radnji banke poput realizacije sredstva obezbeđenja; c) u računovodstvenom smislu se smatra da je došlo do obezvređivanja (umanjenja vrednosti) kredita; ili ako d) u toku probnog perioda, nakon što je banka učinila ustupke korisniku zbog poteškoća u otplati putem refinansiranja duga ili odgovarajućih izmena ugovora koje su povoljnije za korisnika, budu učinjeni novi ustupci korisniku ili on zakasni sa plaćanjem duže od 30 dana.¹¹

Izloženo definisanje nenaplativih, odnosno problematičnih kredita u Evropskoj uniji i podzakonskim aktima Narodne banke Srbije pokazuje da postoje značajne sličnosti u obuhvatu ovog pojma. U oba slučaja se smatra da kredit postaje kategorisan kao nenaplativ ako korisnik docni sa otplatom duže od 90 dana. Takođe, ako nije posredi docnja sa otplatom duža od 90 dana, propisi Evropske unije i Narodne banke Srbije ostavljaju prostor za diskrecionu ocenu banke prilikom utvrđivanja da li je otplata kredita u toj meri postala ugrožena da ga treba kategorisati

⁹ International Monetary Fund (IMF), *Financial Soundness Indicators Compilation Guide*, Washington 2019, par. 5.94, p. 59, <https://www.imf.org/en/Data/Statistics/FSI-guide>.

¹⁰ Directive (EU) 2021/2167 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2021 on credit servicers and credit purchasers and amending Directives 2008/48/EC and 2014/17/EU, *Official Journal of the European Union* L 438, 8.12.2021, 1–37, Art. 3(13).

¹¹ Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012 (sa poslednjim izmenama iz 2023. godine), *Official Journal of the European Union* L 176, 27.6.2013, 1–337, Art. 47a(3)(6)(7), Art. 47b i Art. 178. V. i: Alexandra Schluck-Amend, „Non Performing Loans nach der EU-Richtlinie: Zur Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. 6. 2019“, *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung – Beilage*, 2017, 15.

kao nenaplativ kredit. Najzad, u slučaju restrukturiranja kredita, u smislu redefinisiranja odnosa banke i korisnika zbog problema u otplati, u oba pravna sistema pod sličnim uslovima kredit zadržava, odnosno ponovo dobija status nenaplativog (problematičnog) kredita.¹² Međutim, ključna neusklađenost srpskog prava sa pravom Evropske unije ogleda se u tome što problematični, odnosno nenaplativi krediti u Srbiji nisu zakonska kategorija, već isključivo predmet podzakonske regulative koja ima ograničen domašaj, te nije relevantna za primenu zakonskih pravila koja bi trebalo da urede ovu materiju.

SPECIFIČNA PROBLEMATIKA PRODAJE NENAPLATIVIH KREDITA

Postoje brojni specifični problemi koji se tiču mogućnosti banke da prenese nenaplativi kredit na drugo lice. Osnovni problem proističe iz činjenice da davanje kredita spada u isključivu bankarsku delatnost, zahvaljujući čemu samo banke smeju da budu davaoci kredita, osim ako je drugačije predviđeno posebnim zakonom.¹³ Iz toga proizlazi da bi banka svakako smela da ustupi nenaplativi kredit drugoj banci, dok je to sporno kada se u ulozi kupca kredita nađe neko drugo lice. Ako banka želi da prenese nenaplativi kredit na drugo lice u celosti, ustupanjem čitavog ugovora o kreditu, sticalac (kupac) bi stupio na njeno mesto i postao nova ugovorna strana sa svojstvom davaoca kredita naspram korisnika. Čini se da, bez posebne regulative izloženog problema, takav prenos nenaplativog kredita na lice koje nije banka ne bi bio dozvoljen, već bi se smatrao povredom pravila o davanju kredita kao isključivoj bankarskoj delatnosti.

Nasuprot tome, postavlja se pitanje da li bi pravilo po kome je davanje kredita načelno rezervisano samo za banke moglo da se izbegne prenosom izolovanog nenaplativog potraživanja iz ugovora o kreditu, bez ustupanja čitavog ugovora kupcu. U tom slučaju, banka bi zadržala svojstvo davaoca kredita u odnosu prema korisniku, dok bi kupac „jedino“ stekao jedno ili više ustupljenih potraživanja iz ugovora. Sličan efekat mogao bi da se postigne raskidom ugovora o kreditu i prenosom rezultujućih (vanugovornih) potraživanja prema korisniku, kada kupac, takođe, ne postaje novi davalac kredita, pa se čini da bi mogao da bude i nebankarski subjekt. S obzirom na to da u opisanim situacijama stroga primena pravne dogmatike može da dovede do različitih rezultata, iako je reč

¹² Upor. Odluka o klasifikaciji bilansne aktive i vanbilansnih stavki banke, *Službeni glasnik RS*, br. 94/11, 57/12, 123/12, 43/13, 113/13, 135/14, 25/15, 38/15, 61/16, 69/16, 91/16, 101/17, 114/17, 103/18 i 8/19, tač. 35g–35đ; Regulation (EU) No 575/2013, Art. 47a(3c, 7).

¹³ Zakon o bankama, *Službeni glasnik RS*, br. 107/05, 91/10 i 14/15, čl. 5 st. 2.

o suštinski istoj problematici, bilo bi poželjno da se zakonom ili kroz odgovarajuću sudsku praksu to pitanje reši na dosledan način.

Pritom, treba imati u vidu da za banke, odnosno bankarski sistem u celini, prodaja nenaplativih kredita može da predstavlja rešenje problema njihove akumulacije u velikom broju samo ako je dozvoljen prenos na subjekte koji nisu banke.¹⁴ U suprotnom, ako se nenaplativi kredit prenese sa jedne banke na drugu, on i dalje ostaje u bankarskom sistemu, nastavljajući da opterećuje bilanse sada banke – kupca, umesto dotadašnje banke – prodavca. Sledstveno tome, takva međubankarska prodaja nenaplativog kredita ne može da oslobodi sveukupne kapacitete banaka da odobravaju kredite koji bi podstakli privredni i ekonomski rast.

Međutim, ako se bankama dozvoli da nenaplative kredite slobodno ustupaju drugim licima, uključujući nebankarske subjekte, to može negativno da se odrazi na položaj korisnika kredita. Dok je korisnik kredita svojom slobodno izraženom voljom zaključio ugovor o kreditu sa bankom, nakon prodaje potraživanja iz kredita licu koje nije banka, on stupa u odnos sa novim poveriocem, čiji pristup i postupanje mogu bitno da se razlikuju od onih koje je primenjivala banka.¹⁵ Naime, banka – davalac kredita i korisnik kredita su po pravilu u trajnom, višeslojnom odnosu ne samo po osnovu kredita, nego i tekućeg računa, depozita, itd. Otuda, banka ima interes da korisniku kredita pristupa sa većom obazrivošću u poređenju sa kupcem kredita koji nije banka i ima isključivi interes da kupljeno potraživanje što brže i u što većoj meri naplati. Opisani negativni efekti prodaje nenaplativog kredita postaju još izraženiji, ako se kupcu dozvoli da kupljeno potraživanje prenese dalje na novog kupca, koji je još udaljeniji od izvornog saugovarača i time neosetljiviji na finansijske probleme korisnika. Iz izloženog proizlazi da dozvoljenost prenosa nenaplativog kredita sa banke na drugo lice mora da bude praćena odgovarajućom zaštitom korisnika kredita.

REGULATIVA U EVROPSKOJ UNIJI

Razvoj regulative prodaje nenaplativih kredita

Aktivnosti Evropske unije u pravcu regulative nenaplativih kredita započete su 2017. godine kada je Evropska centralna banka (*European Central Bank*, skr. *ECB*) donela Smernice za banke o nenaplativim kreditima (engl. *Guidance to Banks*

¹⁴ Upor. M. Vičić, op. cit., 526.

¹⁵ Pritom, prema opštim pravilima ugovornog prava za prenos potraživanja iz ugovora nije potreban pristanak dužnika, već je ustupilac jedino dužan da obavesti dužnika o izvršenom ustupanju. V. Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/03, *Službeni glasnik RS*, br. 18/20, čl. 438.

on *Non-Performing Loans*).¹⁶ Iako su Smernice bile neobavezujućeg karaktera, banke su bile dužne da na zahtev Evropske centralne banke u toku vršenja nadzora obrazlože i opravdaju bilo kakva odstupanja od njih. Osim toga, u postupku nadzora nad bankom primena Smernica je uzimana u obzir, pa je eventualna neusklađenost mogla da izazove izricanje odgovarajućih mera.

Ubrzo nakon Smernica Evropske centralne banke, Savet za ekonomske i finansijske poslove (*Economic and Financial Affairs Council*, skr. *ECOFIN Council*) usvojio je Akcioni plan za rešavanje problema nenaplativih kredita u Evropi (engl. *Action plan to tackle non-performing loans in Europe*). Osnovni razlog za usmeravanje pažnje ka nenaplativim kreditima bila je njihova prekomerna akumulacija u bankarskom sektoru širom Evropske unije, koja je primarno uzrokovana prethodnom finansijskom krizom i sledstvenom privrednom recesijom.¹⁷ Akcionim planom iz 2017. godine identifikovane su četiri ključne oblasti koje treba dodatno regulisati, odnosno reformisati, kako bi se podstaklo rešenje problema prekomernog broja nenaplativih kredita. Tu spadaju: 1) nadzor nad bankama, 2) stečaj i prinudno namirenje, 3) razvoj sekundarnog tržišta obezvređene imovine, i 4) restrukturiranje bankarskog sistema.¹⁸ Krajnji efekat specifičnog pravnog uređenja u skladu sa postavljenim pravno-političkim ciljevima trebalo bi da bude povećanje kapaciteta banaka da odobravaju kredite zahvaljujući rešenju problema nenaplativih kredita.

U izvršenju navedenog Akcionog plana, Evropska komisija je 2018. godine donela paket mera koje bi trebalo da smanje broj postojećih nenaplativih kredita, s jedne strane, i preduprede akumuliranje novih takvih kredita, s druge. Prva mera se ticala izmena Uredbe o adekvatnosti kapitala (*Capital Requirements Regulation*), druga – novih pravila o servisiranju i prodaji nenaplativih kredita i unapređenju zaštite obezbeđenih poverilaca, a treća – uspostavljanja nacionalnih kompanija za upravljanje imovinom (*asset management companies, AMCs*).¹⁹ Izmenama Uredbe

¹⁶ European Central Bank, Guidelines to banks on non-performing loans, March 2017, https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.en.pdf.

¹⁷ Council of the EU, Council conclusions on Action plan to tackle non-performing loans in Europe, 11 July 2017, par. 1, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-non-performing-loans/>.

¹⁸ Council of the EU, Council conclusions on Action plan to tackle non-performing loans in Europe, 11 July 2017, par. 1, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-non-performing-loans/>. par. 6.

¹⁹ Communication to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Completing the Banking Union, COM(2017) 592 final, Brussels, 11.10.2017, p. 17, https://ec.europa.eu/finance/docs/law/171011-communication-banking-union_en.pdf.

o adekvatnosti kapitala zahtevalo bi se od banaka da izdvoje dovoljno rezervi kada novi kredit postane problematičan, čime bi se podstakle da rešavaju probleme nenaplativih kredita u što ranijoj fazi, te tako izbegnu njihovo prekomerno akumuliranje.²⁰ Usvajanje Direktive o pružaocima usluge servisiranja kredita i kupcima kredita trebalo je da omogući razvoj sekundarnog tržišta nenaplativih kredita, kako bi banke mogle efikasnije da ih prodaju uz adekvatnu zaštitu korisnika kredita. Najzad, nova pravila o nacionalnim kompanijama za upravljanje imovinom dozvolila bi državama članicama da uspostave takve kompanije u skladu sa pravilima o državnoj pomoći, u situaciji kada problem nenaplativih kredita poprimi sistemske razmere.

Pandemija kovida 19, koja se razvila 2020. godine, izazvala je novu finansijsku krizu²¹ i, posledično, uvećanje broja nenaplativih kredita širom Evropske unije.²² U Saopštenju Komisije „Rešavanje problema nenaplativih kredita nakon pandemije COVID-19“ iz decembra 2020. godine, banke se tretiraju kao ključni akteri u borbi sa posledicama krize izazvane pandemijom. Uloga banaka ogleda se u tome da obezbede dovoljan priliv kredita za građane i privredne subjekte, kako bi se omogućio brži ekonomski oporavak. Upravo iz tog razloga treba sprečiti akumulaciju nenaplativih kredita u bilansima banaka, što se može postići daljim razvojem sekundarnog tržišta obezvređene imovine. Ako je sekundarno tržište nenaplativih kredita dovoljno razvijeno (duboko i likvidno), banke imaju mogućnost da te kredite prodaju i tako oslobode sredstva za odobravanje novih kredita.²³ U skladu sa navedenim, regulativa prodaje nenaplativih kredita postaje od primarnog značaja, zahvaljujući čemu je već 2021. godine doneta posebna

²⁰ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on amending Regulation (EU) No 575/2013 as regards minimum loss coverage for nonperforming exposures, COM(2018)134, Brussels, 14. 3. 2018, 2, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1183-Statutory-prudential-backstops-addressing-insufficient-provisioning-for-newly-originated-loans-that-turn-non-performing_en.

²¹ The World Bank, World Development Report – Chapter 1. The economic impacts of the COVID-19 crisis, 2022, <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2022/brief/chapter-1-introduction-the-economic-impacts-of-the-covid-19-crisis>.

²² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Central Bank – Tackling non-performing loans in the aftermath of the COVID-19 pandemic, COM/2020/822 final, 16. 12. 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0822>.

²³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Central Bank – Tackling non-performing loans in the aftermath of the COVID-19 pandemic, COM/2020/822 final, 16. 12. 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0822>.

direktiva posvećena tom pitanju. Reč je o Direktivi (EU) 2021/2167 o pružaocima usluge servisiranja kredita i kupcima kredita.

*Direktiva (EU) 2021/2167 o pružaocima usluge servisiranja kredita
i kupcima kredita*

Direktiva (EU) 2021/2167 o pružaocima usluge servisiranja kredita i kupcima kredita (u daljem tekstu: Direktiva) usvojena je krajem novembra 2021. godine, a stupila je na snagu mesec dana kasnije – 28. decembra 2021. godine.²⁴ Države članice su dužne da njene odredbe implementiraju u svoja nacionalna zakonodavstva do 29. decembra 2023. godine.²⁵ U trenutku pisanja rada samo je Francuska donela nacionalna pravila u skladu sa Direktivom,²⁶ dok se u drugim državama članicama aktivno radi na pripremi i usvajanju predloga odgovarajućih propisa.²⁷ Cilj Direktive je da podstakne razvoj efikasnog, konkurentnog i transparentnog sekundarnog tržišta nenaplativih kredita, kako bi se omogućilo bankama da ih jednostavnije i brže prodaju kada se za tim ukaže potreba.²⁸ Istovremeno, njen cilj je da obezbedi zaštitu korisnika kredita u situacijama kada banka poveri servisiranje nenaplativog kredita ili prenese takav kredit drugom licu.²⁹

Potreba za usvajanjem komunitarnih pravila u ovoj oblasti postojala je zbog toga što su države članice imale različite pravne režime za prodaju nenaplativih

²⁴ Directive (EU) 2021/2167 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2021 on credit servicers and credit purchasers and amending Directives 2008/48/EC and 2014/17/EU, OJ L 438, 8. 12. 2021, 1–37.

²⁵ Uz Direktivu, usvojena je i Implementirajuća uredba Komisije iz 2023. godine koja postavlja implementirajuće tehničke standarde u pogledu obrazaca koje koriste banke kada pružaju informacije kupcima nenaplativih kredita. Vid. Commission Implementing Regulation (EU) 2023/2083 of 26. 9. 2023 laying down implementing technical standards for the application of Article 16(1) of Directive (EU) 2021/2167 of the European Parliament and of the Council with regard to the templates to be used by credit institutions for the provision to buyers of information on their credit exposures in the banking book, *Official Journal of the European Union* L 241, 29. 9. 2023, 21–63.

²⁶ Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture, *Journal Officiel de la République Française*, n°0059, 10.03.2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=celex:32021L2167>.

²⁷ Woldemar Häring, Dennis Heuer, „Implementation of the Credit Servicers Directive in Germany: A game-changer in the NPL-market“, 3 August 2023, <https://www.whitecase.com/insight-alert/implementation-credit-servicers-directive-germany-game-changer-npl-market>.

²⁸ Directive (EU) 2021/2167, Recital 6.

²⁹ Directive (EU) 2021/2167, Recital 1.

kredita, pa je postojala opasnost da bi nerešeni problemi u jednoj od njih mogli da izazovu lančanu reakciju širom Evropske unije i time ugroze ekonomski razvoj i finansijsku stabilnost.³⁰ Pored toga, različiti nacionalni propisi otežavali su prekogranične transakcije, u kojima bi kupci iz jedne države članice investirali u nenaplativi kredit banke iz druge države članice.³¹ Sve to je uticalo na nerazvijenost jedinstvenog sekundarnog tržišta nenaplativih kredita i ograničenost na pretežno nacionalnu ponudu i tražnju.

Domen primene

Direktiva se primenjuje na pružaoce usluge servisiranja i kupce nenaplativih kredita koje su odobrile kreditne institucije (banke) sa sedištem u Evropskoj uniji (čl. 1 i 2). Pod kupcem kredita podrazumeva se fizičko ili pravno lice, koje nije kreditna institucija, a koje u okviru svoje trgovinske, poslovne ili profesionalne delatnosti kupuje potraživanja iz ugovora ili čitav ugovor o nenaplativom kreditu (čl. 3(6)). Prema tome, izvan domena primene Direktive ostaju slučajevi u kojima kredit kupuje kreditna institucija, pa čak i ako ona ima sedište u Evropskoj uniji (čl. 2(5)(c)). Kupovina kredita u smislu Direktive obuhvata ne samo prenos čitavog ugovora o kreditu na kupca, nego i prenos potraživanja iz ugovora o kreditu, uključujući prenos potraživanja prema korisniku kredita nakon raskida ugovora od strane banke. Pritom, Direktiva ne zabranjuje državama članicama da nacionalnim pravom uslove dozvoljenost prenosa nenaplativog kredita na drugo lice prethodnim raskidom ugovora između banke i korisnika (čl. 2 st. 3). Takođe, državama članicama je dopušteno da ograniče mogućnosti prenosa kredita koji još uvek nije dospelo ili kod koga je korisnik u docnji sa otplatom manje od 90 dana (čl. 2 st. 3). Važno je naglasiti da Direktiva ne zadire u nacionalna pravila ugovornog prava koja uređuju prenos ugovornih potraživanja ili ustupanja ugovora, niti u nacionalna pravila o zaštiti potrošača i korisnika kredita (čl. 2 st. 2).

S druge strane, pružalac usluge servisiranja kredita je pravno lice koje u okviru svoje delatnosti u ime kupca kredita upravlja pravima i obavezama u vezi sa kupljenim potraživanjem ili čitavim ugovorom o nenaplativom kreditu, i ostvaruje ih, pri čemu pruža barem jednu od usluga servisiranja kredita (čl. 3(8)). Moguće usluge servisiranja kredita obuhvataju: a) prijem ili naplatu dospelih plaćanja korisnika kredita, b) ponovno pregovaranje sa korisnikom kredita oko uslova u vezi sa kupljenim potraživanjem iz ugovora ili čitavim ugovorom o nenaplativom kreditu,

³⁰ Directive (EU) 2021/2167, Recital 1.

³¹ Directive (EU) 2021/2167, Recital 10.

c) upravljanje pritužbama korisnika kredita, i d) informisanje dužnika o promenama kamatne stope, naknadama ili dospelim plaćanjima. Direktiva dozvoljava državama članicama da iz primene pravila o pružaocima usluge servisiranja kredita izuzmu javne beležnike, izvršitelje ili advokate koji obavljaju aktivnosti servisiranja kredita u okviru svoje delatnosti (čl. 2(6)). U svrhe pružanja jedne ili više navedenih usluga pružalac usluge servisiranja kredita sa kupcem zaključuje tzv. ugovor o servisiranju kredita, kojim se istovremeno obavezuje i ovlašćuje da postupa u njegovo ime u odnosu sa korisnikom kredita (dužnikom).

Posebna prava i dužnosti kupca kredita i pružaoca usluge servisiranja kredita

Pre zaključenja ugovora sa bankom, potencijalni kupac nenaplativog kredita ima pravo da mu se dostave sve potrebne informacije koje omogućavaju procenu vrednosti predmeta kupovine i verovatnost povraćaja vrednosti kroz dalju prodaju ili naplatu kredita. Tu spadaju i lični podaci korisnika kredita, u meri u kojoj je to neophodno za procenu vrednosti nenaplativog kredita (Recital 36). Interesantno je napomenuti da, saglasno Direktivi, kupac nenaplativih kredita banaka iz Evropske unije može da bude bilo koje fizičko ili pravno lice, iz države članice ili neke druge zemlje izvan Evropske unije. Ne samo da nije potrebno da kupac ispuni bilo kakve uslove da bi mogao da stekne nenaplativi kredit, nego je Direktivom zabranjeno državama članicama da u svojim nacionalnim pravima predviđaju takve dodatne uslove (čl. 17). Prema tome, od kupaca nenaplativih kredita se ne zahteva da dobiju dozvolu nadležnog organa za obavljanje delatnosti, s obzirom na to da oni ne daju nove kredite, već kupuju postojeće na sopstveni rizik.³² Banka koja je odobrila nenaplativi kredit dužna je da periodično obaveštava nadzorni organ o identitetima kupaca, kao i o prodajama nenaplativih kredita. U slučaju da kupac dalje prenese nenaplativi kredit novom kupcu, ista obaveza obaveštavanja nadzornog organa tereti njega.

Načelno, kupac nenaplativog kredita može sâm da obavlja servisiranje kredita, te nije dužan da zaključi ugovor sa drugim licem koje se bavi tom delatnošću – pružaocem usluge servisiranja kredita. Međutim, kupac iz Evropske unije ima obavezu da angažuje pružaoca usluge servisiranja kredita, kreditnu instituciju ili nekreditnu instituciju koja podleže nadzoru u državi članici, radi obavljanja servisiranja kredita, uvek kada je u pitanju nenaplativi kredit odobren potrošaču (čl. 17(1)). Štaviše, kupac iz neke druge zemlje, izvan Evropske unije, takvu obavezu ima ne samo kod potrošačkih kredita, nego i kod kredita odobrenih drugim

³² Directive (EU) 2021/2167, Recital 40.

fizičkim licima (na primer, samozaposlenim licima) ili mikro, malim ili srednjim preduzećima. Razlog za propisivanje takve obaveze ogleda se u potrebi za pojačanom zaštitom navedenih kategorija korisnika kredita, budući da za razliku od kupca kredita, lica koja profesionalno pružaju uslugu servisiranja kredita predstavljaju regulisane subjekte koji podležu odgovarajućem nadzoru. Najzad, Direktiva pruža opciju državama članicama da prošire obavezu kupca nenaplativog kredita u pogledu angažovanja pružaoca usluge servisiranja kredita i na ostale kredite, kod kojih korisnik nije potrošač, odnosno fizičko lice, malo, srednje ili mikro preduzeće. U svakom slučaju, kupac koji angažuje pružaoca usluge servisiranja kredita dužan je da o tome obavesti nadzorni organ pre početka pružanja usluga.

Za razliku od kupca kredita, pružalac usluge servisiranja kredita mora da ima dozvolu nadležnog organa domaće države članice za obavljanje delatnosti servisiranja kredita. Dobijanje dozvole zavisi od ispunjenosti brojnih uslova, kao što su: a) organizovanje u formi pravnog lica sa sedištem u državi članici, b) dobar poslovni ugled, znanje i iskustvo članova uprave, c) dobar ugled imalaca kvalifikovanih učešća u kapitalu, d) primena postupaka za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma, itd. Imajući u vidu da pružalac usluge servisiranja kredita u ime kupca kredita neposredno komunicira sa dužnikom (korisnikom kredita)³³ i angažuje se oko naplate potraživanja, veoma je važno da to lice bude pouzdano i profesionalno, kao i da podleže odgovarajućem nadzoru. Otuda, to lice mora da ispunjava sve uslove za dobijanje dozvole za obavljanje delatnosti servisiranja kredita tokom čitavog trajanja svog poslovanja.

Kupce i pružaoce usluge servisiranja kredita terete i određene zajedničke obaveze. Oni su dužni da sa korisnicima kredita postupaju savesno, pošteno i profesionalno. Uz to, od njih se očekuje da korisnicima kredita daju isključivo tačne i jasne informacije, kao i da ih informišu u vezi sa prenosom kredita. Nadalje, oni moraju da štite lične podatke i privatnost korisnika, te da obezbede zaštitu informacija i poverljivost podataka. Takođe, Direktiva zahteva da kupci i pružaoци usluga servisiranja kredita primereno komuniciraju sa korisnicima kredita, na način koji ne predstavlja uznemiravanje, prinudu ili nedopušteni uticaj (čl. 10(1)).

Posebna zaštita korisnika kredita

Imajući u vidu da Direktiva dopušta prodaju nenaplativih kredita bilo kom licu kao kupcu, u njoj se naročita pažnja posvećuje zaštiti korisnika kredita. Pritom se pod korisnikom kredita podrazumeva ne samo saugovarač banke iz ugovora

³³ Recital 32.

o kreditu, nego i njegov pravni sledbenik – singularni ili univerzalni pravni sukcesor (čl. 3(3)). Sve vrste korisnika kredita zaštićene su tako što na njih i nakon prenosa potraživanja iz nenaplativog kredita, odnosno čitavog ugovora o kreditu nastavljaju da se primenjuju ista pravila o pravima korisnika, bankarskoj tajni, zaštiti potrošača i sl. Time je naglašeno da bez obzira na prodaju nenaplativog kredita korisnik zadržava isti pravni položaj koji je imao u odnosu sa bankom kao izvornim saugovaračem (Recital 52). Navedeno pravilo treba da važi nezavisno od oblika u kom je izvršen prenos nenaplativog kredita, pa čak i ako odnos između korisnika i kupca predstavlja novaciju izvornog ugovora o kreditu (Recital 52). Pored toga, korisniku kredita ne smeju da budu naplaćeni bilo kakvi troškovi u vezi sa prodajom nenaplativog kredita, izuzev onih koji su već bili predmet izvornog ugovora o kreditu (Recital 55).

Kada je korisnik kredita potrošač, Direktiva predviđa njegovu dodatnu, pojačanu zaštitu. Prvo, potrošaču mora da se obezbedi pravo da i protiv kupca koristi sve prigovore koje je mogao da ističe protiv banke kao izvornog poverioca, uključujući i pravo na prebijanje (kompenzaciju). Drugo, potrošač mora da bude obavešten o ustupanju prava iz ugovora o kreditu, osim ako banka i nakon prodaje nastavlja da servisira kredit u ime kupca. Treće, pre eventualnih izmena uslova ugovora korisniku – potrošaču moraju da se dostave određene propisane informacije (na primer, jasan opis predloženih izmena, vremenski okvir za njihovu implementaciju, način upućivanja pritužbi, itd.). Konačno, pre pokretanja prinudnog izvršenja na imovini potrošača mora da se pokuša sa restrukturiranjem kredita u meri u kojoj je to razumno moguće i primereno uzimajući u obzir situaciju u kojoj se nalazi potrošač.

POSEBNA REGULATIVA U SRBIJI

U srpskom pravu, posebna pravila o prodaji nenaplativih kredita sadržana su u Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga, s jedne strane, i Odluci o upravljanju rizicima banke, s druge. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga (u daljem tekstu: Zakon) usvojen je 2011. godine, ali su važeća pravila o prenosu nenaplativih kredita uvedena izmenama zakona iz 2014. godine, koje su u primeni od 2015. godine.³⁴ Nasuprot tome, Odluka o upravljanju rizicima banke (u daljem tekstu: Odluka) je podzakonski akt Narodne banke Srbije iz 2011. godine, u koji su prva pravila o prenosu nenaplativih kredita uneta 2013. godine, a zatim značajnije menjana 2016. godine.³⁵ U trenutku pisanja rada, verzija Odluke na snazi je od 16. septembra 2023. godine.

³⁴ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 36/11 i 139/14.

³⁵ Odluka o upravljanju rizicima banke, *Službeni glasnik RS*, br. 45/11, 94/11, 119/12, 123/12, 43/13, 92/13, 23/13, 33/15, 61/15, 61/16, 103/16, 119/17, 76/18, 57/19, 88/19, 27/20, 67/20, 89/22 i 77/23.

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga

Iako se Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga primenjuje na klijente banke koji su fizička lica u ulozi potrošača, preduzetnika ili poljoprivrednika, personalni domen primene pravila o prenosu nenaplativih kredita ograničen je na potrošače kao korisnike kredita. Za prenos nenaplativih kredita čiji su korisnici preduzetnici ili poljoprivrednici, zakonodavac upućuje na primenu pravila kojima se uređuje upravljanje rizicima banke, a koja su u važećem pravu sadržana u podzakonskom aktu Narodne banke Srbije – Odluci o upravljanju rizicima banke. Budući da Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga predstavlja jedini zakon u Srbiji koji posebno uređuje mogućnost prenosa potraživanja banke iz ugovora o kreditu, iz izloženog proizlazi da to pitanje trenutno nije zakonom uređeno kada su korisnici kredita pravna lica (na primer, privredna društva), koja nemaju svojstvo korisnika finansijske usluge.

Prema Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga, banka može svoja potraživanja iz nenaplativog potrošačkog kredita jedino da proda, odnosno prenese na drugu banku (čl. 39 st. 2). Izuzetno, ako je davalac kredita pružalac platnih usluga ili izdavalac elektronskog novca, dozvoljeno je da se takav nenaplativi potrošački kredit, osim na banku, prenese i na drugog pružaoca platnih usluga, odnosno izdavaoca elektronskog novca. Jasno je da se ovakvim pravilom bitno ograničava sloboda banaka da rešavaju probleme nenaplativih kredita njihovom prodajom. Štaviše, zabranom prenosa nenaplativog potrošačkog kredita sa banke na drugog nebankarskog subjekta, onemogućava se rasterećenje bankarskog sistema i sledstveno uvećanje sveukupnog kreditnog potencijala banaka. Osim toga, navedeno rešenje je u očiglednom neskladu sa Direktivom Evropske unije, koja upravo suprotno, dozvoljava prenos nenaplativih kredita na bilo koje fizičko ili pravno lice kao kupca. Rigidno rešenje srpskog zakonodavca onemogućava razvoj sekundarnog tržišta nenaplativih potrošačkih kredita, umesto da ga podstiče i adekvatno reguliše. Imajući u vidu navedene suštinske i formalne argumente, u ovom pitanju bi trebalo reformisati srpsko pravo i pružiti veću slobodu bankama u rešavanju pitanja nenaplativih kredita putem njihove prodaje.

U slučaju prodaje nenaplativog potrošačkog kredita Zakon posebno štiti korisnika kredita – potrošača. Prema tom pravilu, i nakon prenosa potraživanja banke iz ugovora o kreditu korisnik – potrošač, zadržava sva ugovorena prava prema drugoj banci kao kupcu. Uz to, on ima pravo da kupcu nenaplativog kredita ističe sve prigovore koje je imao prema izvornom saugovaraču. Nadalje, korisnik – potrošač ne sme da bude doveden u nepovoljniji položaj u odnosu sa kupcem kredita, u poređenju sa položajem koji bi imao da nenaplativi kredit nije prenet na drugu

banku. Takođe, banka je dužna da korisnika – potrošača obavesti o ustupanju potraživanja iz ugovora o kreditu. Konačno, zbog prenosa potraživanja iz ugovora o kreditu korisnik – potrošač ne može da bude izložen bilo kakvim dodatnim troškovima. Iz izloženog se uočava da se pravila o zaštiti korisnika kredita iz srpskog Zakona u velikoj meri podudaraju sa zahtevima koje uvodi Direktiva. Međutim, pravila Direktive su u tom pogledu razrađenija i imaju širi domen primene, budući da dobrim delom važe za sve vrste korisnika kredita, a ne samo za potrošače.

Postoji još jedno bitno ograničenje domena primene pravila Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, koja uređuju prodaju nenaplativih kredita. Na osnovu vladajućeg tumačenja propisa, smatra se da čitav taj Zakon, pa ni posebna pravila o prenosu nenaplativih kredita ne važe u slučaju da banka kao davalac kredita padne pod stečaj. S obzirom na to da je banci, nad čijom se imovinom otvara stečaj, oduzeta dozvola za rad Narodne banke Srbije, ona time prestaje da bude banka u smislu Zakona o bankama i Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.³⁶ Iz toga se dalje izvodi zaključak da Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga nije primenljiv na odnose „banke“ u stečaju sa njenim klijentima – korisnicima finansijskih usluga. Otuda se u toj situaciji prodaja potraživanja iz nenaplativih kredita vrši u skladu sa stečajnim propisima, koji ne predviđaju nikakva ograničenja za moguće kupce. Drugim rečima, kupac nenaplativog kredita „banke“ u stečaju može da bude bilo koje lice. Pored toga, stečajni propisi ne poznaju ni posebnu zaštitu korisnika kredita – potrošača, tako da bi prenos nenaplativog kredita mogao da ih dovede u nepovoljniji položaj od onog u kome su bili prema izvornom saugovaraču. Interesantno je napomenuti da u pravu Evropske unije ovo pitanje, takođe, nije izričito regulisano. Ipak, imajući u vidu da su kreditne institucije (banke) definisane drugačije nego u srpskom pravu, na osnovu suštinskih, a ne formalnih kriterijuma,³⁷ čini se da bi pravila o prodaji nenaplativih kredita, u nedostatku drugačijih propisa država članica, trebalo da važe i u situaciji stečaja kreditne institucije.

³⁶ Zakonom o bankama banka se definiše kao „akcionarsko društvo sa sedištem u Republici Srbiji, koje ima dozvolu za rad Narodne banke Srbije i obavlja depozitne i kreditne poslove, a može obavljati i druge poslove u skladu sa zakonom“ (čl. 2 st. 1). Odatle sledi da banka kojoj je oduzeta dozvola za rad Narodne banke Srbije gubi svojstvo banke. Pošto je Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga davalac finansijske usluge, odnosno banka definisana kao „banka u smislu zakona kojim se uređuju banke“ (čl. 2(6)), iz toga se izvodi zaključak da ovaj zakon nije primenljiv na odnose „banke“ u stečaju sa njenim klijentima.

³⁷ V. Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and amending Regulation (EU) No 648/2012, *Official Journal of the European Union* L 176, 27. 6. 2013, 1–337, sa poslednjim izmenama 2022. godine, Art. 4(1)(1).

Odluka o upravljanju rizicima banke

Na osnovu upućujuće norme Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, na prenos nenaplativog kredita čiji je korisnik preduzetnik ili poljoprivrednik primenjuje se Odluka o upravljanju rizicima banke. Međutim, u samoj Odluci je domen primene njenih pravila sa preduzetnika i poljoprivrednika proširen i na sva pravna lica kao korisnike kredita. Osnov za navedeno proširenje domena primene nalazi se u Zakonu o bankama koji ovlašćuje Narodnu banku da bliže propiše uslove i način upravljanja rizicima u bankama, što uključuje kreditni (poverilački) rizik, rizik likvidnosti, rizik izloženosti prema jednom licu ili grupi lica, itd.³⁸

Za razliku od Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, Odlukom se dopušta bankama da potraživanja iz problematičnih kredita prema preduzetnicima, poljoprivrednicima i pravnim licima ustupe bilo kom pravnom licu. Glavni uslovi koji se tom prilikom postavljaju za banku tiču se prethodne procene uticaja prenosa problematičnog kredita na finansijske pokazatelje banke, s jedne strane, i obaveznog obaveštavanja Narodne banke Srbije pre i nakon izvršene prodaje kredita, s druge. Primera radi, od banke se zahteva da unapred obavesti Narodnu banku Srbije o planiranoj prodaji problematičnog kredita, identitetu kupca i drugim propisanim podacima, kao i da joj dostavi propisanu dokumentaciju. Takođe, banka je dužna da obavesti Narodnu banku o izvršenom ustupanju potraživanja iz ugovora o kreditu u propisanom roku nakon zaključenja ugovora sa kupcem, ali i da redovno ažurira dostavljene podatke o određenim pitanjima. Odlukom su sve navedene obaveze banke proširene i na situacije u kojima predmet ustupanja čini potraživanje iz ugovora o kreditu zaključenog sa potrošačem. Prema tome, banka je prilikom svake prodaje nenaplativog kredita dužna da vrši odgovarajuću procenu i pruža Narodnoj banci obavezna obaveštenja.

Iz izloženog proizlazi da ni Odluka o upravljanju rizicima banke nije u skladu sa Direktivom Evropske unije, jer ne dozvoljava prodaju nenaplativog kredita fizičkim, već samo pravnim licima kao kupcima. Osim toga, Odluka ne sadrži nikakva pravila o zaštiti korisnika kredita u slučaju prenosa potraživanja iz ugovora sa bankom, pa je i u tom smislu nedovoljna za uređenje ove materije. Najzad, posebna pravila o prodaji nenaplativih kredita u Odluci Narodne banke ograničavaju slobodu banaka da prenesu potraživanja iz problematičnih kredita, iako za to ne postoji jasno zakonsko utemeljenje kada su u pitanju krediti dati pravnim licima. Stoga bi postojeći pravni režim trebalo reformisati tako da osnovna pravila

³⁸ Zakon o bankama, čl. 28 st. 7.

o prodaji nenaplativih kredita budu propisana zakonom, dok njihova razrada na osnovu izričitog zakonskog ovlašćenja može da bude prepuštena podzakonskim aktima Narodne banke Srbije.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Analiza pravnog uređenja prodaje nenaplativih kredita u Evropskoj uniji i Srbiji, pokazuje da se ovom pitanju pristupa na sasvim različite načine. Dok je u Evropskoj uniji cilj regulative da se olakša prodaja i razvija sekundarno tržište nenaplativih kredita, uz odgovarajuću zaštitu korisnika kredita, u Srbiji je pristup vrlo restriktivan za banke, a zaštita korisnika kredita nepotpuna i nedovoljna. Za razliku od propisa Evropske unije koji dozvoljavaju bankama da prodaju nenaplativi kredit svakom fizičkom ili pravnom licu, a primenjuju se od kraja 2023. godine, u Srbiji potraživanja iz problematičnih potrošačkih kredita banka sme da prenese isključivo na drugu banku, a potraživanja prema preduzetnicima, poljoprivrednicima i pravnim licima kao korisnicima kredita – jedino na banku ili drugo pravno lice. Usled toga, u Srbiji se bankama ostavlja daleko manje opcija u rešavanju problema nenaplativih kredita putem njihove prodaje u odnosu na banke iz Evropske unije. Ako se ima u vidu da je poverilački (kreditni) rizik, kao rizik da banka neće uspeti da naplati potraživanje prema dužniku, uprkos svim inovacijama u finansijskom sektoru i dalje jedan od glavnih uzroka stečaja banaka,³⁹ jasno je da opisan tretman prodaje nenaplativih kredita u srpskom pravu ni na koji način ne doprinosi finansijskoj stabilnosti banaka niti omogućava uvećanje njihovog ukupnog kreditnog potencijala.

Takođe, nasuprot Direktivi Evropske unije koja pruža osnovnu zaštitu svim vrstama korisnika kredita u slučaju prodaje nenaplativog kredita, u srpskom pravu se jedino predviđa posebna zaštita potrošača kao dužnika ustupljenog potraživanja iz ugovora o kreditu, dok zaštita svih ostalih korisnika (preduzetnika, poljoprivrednika i pravnih lica) uopšte nije propisana. Pored toga, suprotno Direktivi koja naročitu pažnju posvećuje uređenju servisiranja kredita i profesionalnih pružalaca usluge servisiranja kredita, u Srbiji ta pitanja još uvek nisu prepoznata kao relevantna, pa ne postoje nikakva posebna pravila u tom pogledu. To predstavlja još jedan pokazatelj slabije zaštićenosti korisnika kredita u srpskom pravu u odnosu na komunitarno pravo, s obzirom na to da je za njih od ključne važnosti ko i kako servisira kredit nakon njegove prodaje, a daleko je manje značajno ko je poverilac u čije ime pružalac usluge servisiranja istupa. Iz svega navedenog se zaključuje

³⁹ L. Barjaktarović, op. cit., 97.

da postoji potreba za ozbiljnom pravnom reformom propisa koji uređuju prodaju nenaplativih kredita banaka u Srbiji, koja bi bila u skladu sa savremenim tendencijama i dostignutim stepenom razvoja regulative u Evropskoj uniji.

Prof. Dr. MIRJANA RADOVIĆ, *Mag. iur. LL.M. (Humboldt)*
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

SPECIAL RULES FOR THE SALE OF NON-PERFORMING LOANS IN THE EUROPEAN UNION AND IN SERBIA

Summary

In this paper, the author analyses specific rules on the sale of non-performing loans in the European Union and in Serbia. These rules constitute the legal framework that applies to banks when they intend to transfer their rights under a non-performing credit agreement, or the non-performing credit agreement itself, to another person – the buyer. After some introductory remarks, the second chapter focuses on the meaning of the term 'non-performing loan' in the definitions adopted in the relevant EU and Serbian legal acts. The third chapter explains the specific problems associated with selling non-performing loans, which make them a special product justifying special regulation. The fourth chapter deals with the regulation of the sale of non-performing loans in the European Union. It presents the development and the relevant provisions of the Directive (EU) 2021/2167 on credit servicers and credit purchasers. In the fifth chapter the author explains the legal treatment of the sale of non-performing loans in Serbia under the Law on the Protection of Users of Financial Services, on the one hand, and the Decision on Risk Management in Banks, as a by-law, on the other. On the basis of a comparison of the Serbian regulation with the solutions that will apply in the European Union as of December 2023, the author concludes that Serbia needs to reform this area of banking law in order to give banks more freedom to sell non-performing loans together with adequate protection of credit users.

Key words: non-performing loans, NPLs, assignment of creditor's rights under a non-performing credit agreement, sale of credit agreement, credit servicing, protection of credit users

Literatura

- Antić J., „Pravni aspekti problematičnih kredita u Republici Srbiji: pitanje odgovornosti“, *Civitas: časopis za društvena pitanja*, br. 1, god. 10, 2020.
- Barjaktarović L., „What can be expected in credit-risk management from NPL in the western Balkans region in the future?“, *International review*, No. 3/4, 2022.
- Baudino P., Hyncheol Yun, „Resolution of non-performing loans – policy options“, YPFS Resource Library, <https://elischolar.library.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11941&context=yvfs-documents>.

- Bholat D. *et al.*, „Non-performing loans: regulatory and accounting treatment of assets“, Staff Working Paper No. 594, April 2016, <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/working-paper/2016/non-performing-loans-regulatory-and-accounting-treatments-of-assets.pdf>.
- Häring W., Heuer D., „Implementation of the Credit Servicers Directive in Germany: A game-changer in the NPL-market“, 3 August 2023, <https://www.whitecase.com/insight-alert/implementation-credit-servicers-directive-germany-game-changer-npl-market>.
- Jankovec I., *Privredno pravo*, 4. izdanje, Službeni list SRJ, Beograd 1999.
- Schluck-Amend A., „Non Performing Loans nach der EU-Richtlinie: Zur Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. 6. 2019“, *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung – Beilage*, 2017.
- Vasiljević Z., *Pravna teorija kredita*, Banja Luka, 2013.
- Vičić M., „Problematicni krediti u Republici Srbiji i strategija za njihovo prevazilaženje: evropske preporuke i modeli“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2015)* (ur. Radović V.), Beograd, 2015.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DORĐE ĐUKIĆ

INVERZNA KRIVA PRINOSA NA TRŽIŠTU DRŽAVNIH OBVEZNICA KAO INDIKATOR RECESIJE

Prisustvo inverzne krive prinosa na finansijskom tržištu označava stanje u kome su prinosi na kratkoročne državne hartije od vrednosti veći od prinosa na dugoročne državne hartije od vrednosti. Posle svetske finansijske krize 2008. godine taj fenomen je prisutan u SAD i evrozoni. U prvom delu rada su sumirane ključne prednosti korišćenja inverzne krive prinosa na tržištu državnih obveznica kao signala o verovatnom ulasku privrede date zemlje u recesiju. U drugom delu rada se navode argumenti za sadašnju atipičnost ponašanja inverzne krive prinosa na tržištu državnih obveznica. U trećem delu je akcenat na ponašanju inverzne krive prinosa na državne obveznice zemalja članica evrozone sa najvišim rejtingom (AAA). To se čini u kontekstu produženog dejstva geopolitičkih poremećaja i usporavanja i pada privredne aktivnosti tokom 2023. godine u Nemačkoj, kao njenoj najmoćnijoj članici. Nastavak restriktivne monetarne politike ECB-a u borbi protiv inflacije koja je daleko iznad ciljanih 2% godišnje bi mogao imati značajne posledice na državne obveznice sa dugim rokom dospeća. Ovo u smislu većih zahtevanih prinosa na te obveznice od strane investitora, što bi moglo da olakša vraćanje krive prinosa u normalu. Međutim, rastući prinosi na dugoročne državne obveznice vode rastućim rizicima za izbijanje dužničke krize kod prezaduženih zemalja. Sekvence inverzne krive prinosa daju dovoljno vremena nosiocima ekonomske politike da preduzmu preventivne mere radi ublažavanja ili sprečavanja recesije, kao i da speče veće poremećaje na finansijskom tržištu.

Ključne reči: inverzna kriva prinosa, državne obveznice, indikator, recesija

U V O D

U cilju sagledavanja mere u kojoj svet naginje ka novoj recesiji i ekonomskoj krizi, u uslovima rastućih geopolitičkih poremećaja, mogu se koristiti brojne

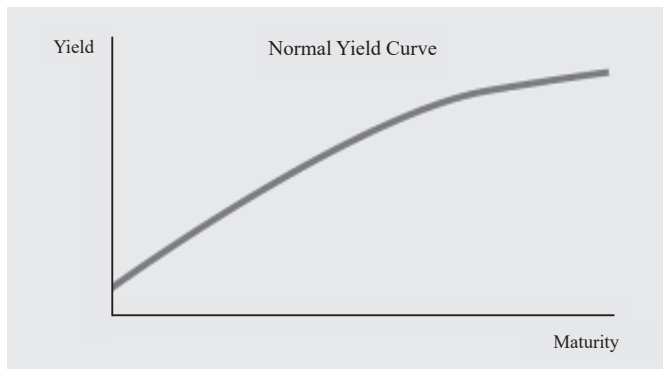
Prof. dr Đorđe Đukić, redovni profesor Ekonomskog fakulteta u Beogradu, e-mail: djordje.djukic@ekof.bg.ac.rs.

analitičke alatke. Jedna od njih jeste prisustvo inverzne krive prinosa na tržištu državnih hartija od vrednosti, kao izraz očekivanja tržišnih aktera o ulasku privrede date zemlje ili grupe zemalja u kratkotrajnu ili produženu recesiju. Šire obrazloženje za korišćenje različitih analitičkih alatki koje signaliziraju ulazak privrede u recesiju manjeg ili većeg intenziteta, sa verovatnoćom da produžena recesija kulminira u novoj ekonomskoj krizi autor je dao u posebnoj monografiji.¹

Pitanje inverzne krive prinosa je faktički u fokusu finansijera. Međutim, za većinu kompanija i domaćinstava, kada je reč o njihovom dnevnom funkcionisanju, inverzna kriva prinosa nema značajne efekte. Bez ulaženja u teorijsku elaboraciju ponašanja krive prinosa, u prvom delu ovog rada su sumirane ključne prednosti korišćenja inverzne krive prinosa na tržištu državnih obveznica kao signala o verovatnom ulasku privrede date zemlje ili grupe zemalja u okviru monetarne unije u recesiju. U drugom delu se navode argumenti za sadašnju atipičnost ponašanja inverzne krive prinosa na tržištu državnih obveznica. U trećem delu rada je akcentat na ponašanju inverzne krive prinosa na državne obveznice zemalja članica evrozone sa najvišim rejtingom (AAA).

INVERZNA KRIVA PRINOSA NA TRŽIŠTU DRŽAVNIH OBVEZNICA KAO INDIKATOR RECESIJE

Kada je kriva prinosa normalna (*Normal Yield Curve*) ona je okrenuta naviše (slika 1). To znači da što je duži rok dospeća (*maturity*) državnih obveznica, to je i prinos (*yield*) na te obveznice veći, i obrnuto.

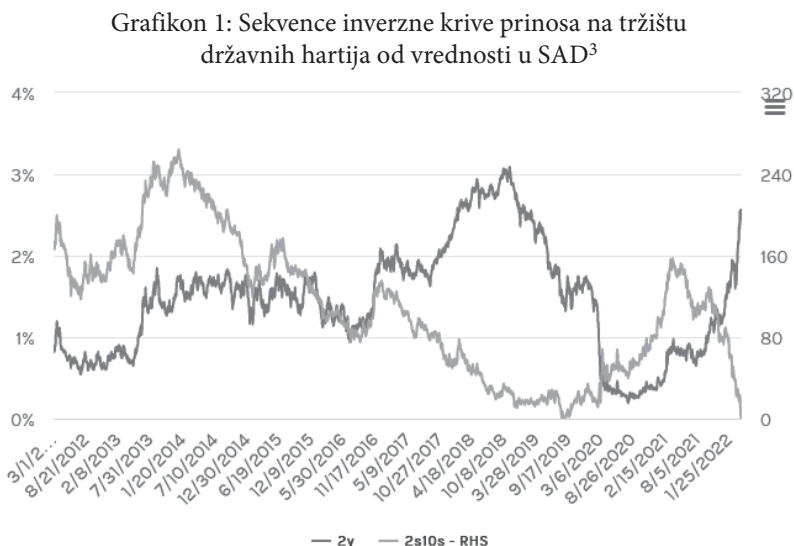


Slika 1: Normalna kriva prinosa²

¹ V. Đorđe Đukić Svetska finansijska kriza – deset godina posle, Ekonomski fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Beograd, 2019.

² Izvor: Marcus by Goldman Sachs, <https://www.marcus.com/us/en/resources/heard-at-gs/when-the-yield-curve-twists-and-turns>, 11. 5. 2022.

Kada nastupi slučaj inverzije krive prinosa, to postaje jasan signal da je percepcija rizika dominantnog broja investitora na tržištu državnih obveznica promenjena, u smislu da oni vide prisustvo većih rizika na tržištu kapitala u bliskoj budućnosti nego u dugom roku.



Na grafikonu 1 su prikazane sekvence inverzne krive prinosa na tržištu državnih hartija od vrednosti u SAD, u poslednja dva privredna ciklusa – pozitivne razlike između prinosa na državne hartije od vrednosti sa rokom dospeća od dve godine i državne hartije od vrednosti sa rokom dospeća od deset godina (kriva označena sa 3s10s). Očigledno je da su upravo očekivanja tržišnih aktera o rastućoj ključnoj kamatnoj stopi centralne banke – Sistema federalnih rezervi rezultirala u inverznoj krivi prinosa tokom 2019. godine, prvi put posle izbijanja svetske finansijske krize 2008. godine.

Uprkos određenih kritika u literaturi koncepta inverzne krive prinosa kao ranog signala recesije, u periodu nakon izbijanja svetske finansijske krize 2008. godine, najveći broj tržišnih aktera dalje koristi inverznu krivu prinosa kao pouzdan indikator nastupajuće recesije.⁴ Pri tom, očekivanja su da tokom recesije inverzija

³ Izvor: Morgan Stanley, „Yield Curve: Is This Recessary Signal Fleshing Read?“, <https://www.morganstanley.com/ideas/inverted-yield-curve-recession-outlook>, 13. 8. 2023.

⁴ Šire o kritici modela predviđanja recesije u SAD na osnovu krive prinosa v. Johannes Gräßl and Stephanie Titzack, „US yield curve inversion and financial market signals of recession“, Published

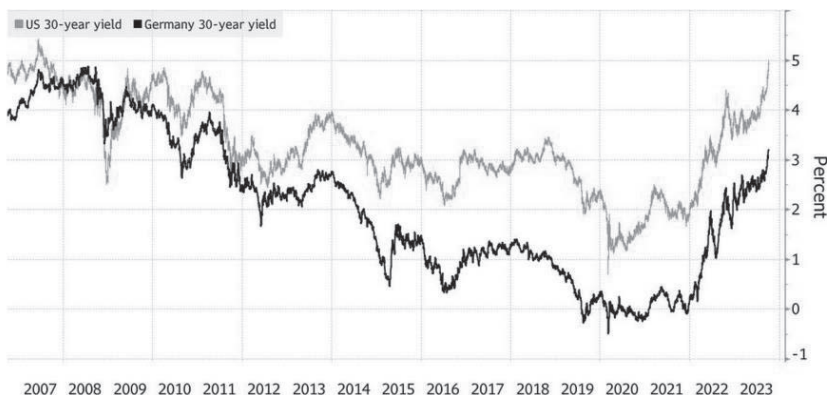
kod krive prinosa na državne obveznice nestane. Međutim, bitno je istaći da debata još traje oko pitanja da li se radi o uzročnosti ili samo o jednostavnoj korelaciji kod ispitivane veze između inverzne krive prinosa na državne obveznice i recesije.

DA LI JE SADAŠNJA INVERZNA KRIVA PRINOSA NA TRŽIŠTU DRŽAVNIH OBVEZNICA ATIPIČNA?

U drugoj polovini 2023. godine zahtevani prinosi na dugoročne državne obveznice od strane investitora, porasli su do nivoa koji nisu viđeni u poslednjih deset godina. Praktično, time se investitori brane od neizvesnosti u pogledu dinamike privredne aktivnosti i (ne)moći centralnih banaka razvijenih industrijskih zemalja da suzbiju rastuća inflatorna očekivanja i inflaciju na srednji rok.

Kao što se vidi na grafikonu 2, prinos na dugoročne državne obveznice sa rokom dospeća od 30 godina je početkom oktobra 2023. godine dostigao 5% u SAD. To je bilo karakteristično za period pre izbijanja svetske finansijske krize 2008 godine. U Nemačkoj prinos na dugoročne državne obveznice sa rokom dospeća od 30 godina, početkom oktobra 2023. godine, iznosio je 3,1%, što je najviši nivo u poslednjih deset godina.

Grafikon 2: Dinamika prinosa na dugoročne državne obveznice sa rokom dospeća od 30 godina u SAD i Nemačkoj⁵



as part of the *ECB Economic Bulletin, Issue 1, 2020*, https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2020/html/ecb.ebbox202001_02~20b7c9a04e.en.html, 11. 9. 2023.

⁵ Izvor: Bloomberg, https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-10-04/global-bonds-are-at-the-mercy-of-treasuries-in-echo-of-2020-rout?cmpid=BBD100423_MKT&utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_term=231004&utm_campaign=markets&leadSource=verify%20wall, 4. 10. 2023.

Nagli skok prinosa na dugoročne državne obveznice u SAD je rezultat simultanog dejstva dva faktora:

- prvo, očekivanja da će se nakon agresivnog povećanja visoke kamatne stope Centralne banke – Sistema federalnih rezervi održati u dužem periodu; i
- drugo, potrebe da se apsorbuje značajna ponuda državnih hartija od vrednosti usled velikog budžetskog deficita; udeo budžetskog deficita u BDP povećan je sa 3,8% u prvih jedanaest meseci fiskalne 2022. godine na 5,7% u prvih jedanaest meseci fiskalne 2023.godine.⁶

U takvom tržišnom ambijentu mogao bi se očekivati početak normalizacije krive prinosa. Međutim, inverzna kriva prinosa opstaje u praksi, što znači da se na neke kratkoročne dužničke hartije od vrednosti dalje nude veći prinosi nego na neke dužničke hartije od vrednosti sa dužim rokom dospeća. Neka empirijska istraživanja pokazuju da inverzna kriva prinosa u SAD izvedena na osnovu razlike prinosa na kratkoročne dužničke hartije od vrednosti sa rokom dospeća od dve godine i dugoročne dužničke hartije od vrednosti sa rokom dospeća od deset godina prethodi recesiji, u proseku za blizu dve godine. To daje dovoljno vremena nosiocima ekonomske politike da preduzmu preventivne mere u cilju ublažavanja ili sprečavanja recesije.⁷

INVERZNA KRIVA PRINOSA U EVROZONI

Za najrazvijenije zemlje članice evrozone karakteristično je prisustvo inverzne krive prinosa u dužem periodu, što koincidira sa izraženim recesionim pritiscima, naročito u Nemačkoj nakon izbijanja ratnog sukoba između Rusije i Ukrajine početkom 2022. godine. Na grafikonu 3 koji prikazuje spot stopu krive prinosa kod državnih obveznica zemalja članica evrozone sa najvišim rejtingom – AAA, vidi se da je tokom 2023. godine, u kojoj je Evropska centralna banka agresivnije pribegla povećanju ključne kamatne stope, prinos na državne obveznice sa rokom dospeća do jedne godine bio veći od prinosa na državne obveznice sa rokom dospeća od deset godina.

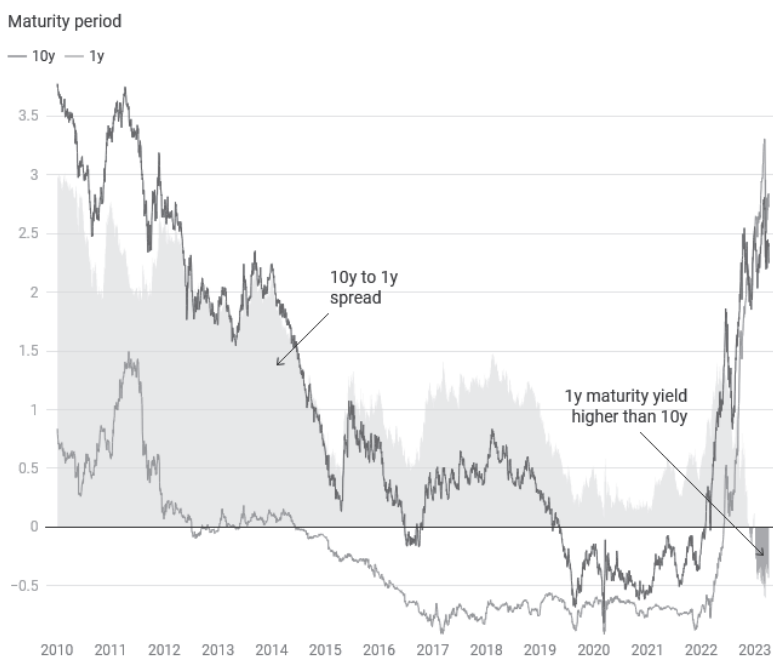
Poslednje prognoze Evropske komisije iz septembra 2023. godine ukazuju na to da će pad privredne aktivnosti da se nastavi u Nemačkoj i da će za celu 2023. godinu biti zabeležen pad realnog BDP-a za 0,4%, uz godišnju stopu inflacije od

⁶ Izvor: Luise Sheiner, „No need to panic about the budget deficit“, September 20, 2023, <https://www.brookings.edu/articles/no-need-to-panic-about-the-budget-deficit/>, 8. 10. 2023.

⁷ Izvor: Morgan Stanley, „Living with Yield Curve Inversion“, March 17, 2022, <https://www.morganstanley.com/ideas/inverted-yield-curve-recession-outlook>, 1. 10. 2023.

procenjenih 6,4% koja je daleko iznad ciljanog nivoa ECB-a – nešto ispod 2%.⁸ Zbog sumorne ekonomske perspektive u Nemačkoj kao najmoćnijoj privredi evrozone, kao i rastuće cene sirove nafte koja se približava nivou od 90 USD za barel zbog dogovora zemalja članica OPEK + da produže do kraja 2023. godine smanjenje proizvodnje sirove nafte, sve su veći strahovi da će nastupiti stagflacija u privredi evrozone u 2024. godini. Ovo utoliko pre ako se tome doda ispoljeno usporavanje rasta realnog BDP Kine sa kojom Nemačka i druge članice evrozone imaju dugogodišnju intenzivnu spoljnotrgovinsku razmenu.

Grafikon 3: Spot stopa krive prinosa kod državnih obveznica zemalja članica evrozone sa rejtingom AAA⁹



Da li može doći do obrnutog procesa u bliskoj budućnosti, u smislu normalizovanja krive prinosa – kao u periodu od 2010. do 2023. godine (sivo polje iznad X ose na grafikonu 3)?

⁸ Izvor: European Commission, „Economic forecast for Germany“ https://economy-finance.ec.europa.eu/economic-surveillance-eu-economies/germany/economic-forecast-germany_en, 6. 10. 2023.

⁹ Izvor: Kangan Halder, „Eurozone enters inverted yield-curve territory“, <https://delano.lu/article/euro-zone-enters-inverted-yiel>, 14. 9. 2023.

Nastavak restriktivne monetarne politike Evropske centralne banke (ECB-a) u borbi protiv inflacije bi mogao imati značajne posledice na državne obveznice sa dugim rokom dospeća, respektujući strukturu ročnosti kod dugoročnih državnih obveznica u portfelju ECB-a. Prema procenama tržišnih aktera to bi moglo da olakša vraćanje krive prinosa u normalu.¹⁰ Na drugoj strani, zbog prezaduženosti pojedinih zemalja članica evrozone to bi vodilo rastućim rizicima za ponovno izbijanje dužničke krize u nekoj od tih zemalja. Nema sumnje da sekvence inverzne krive prinosa daju dovoljno vremena nosiocima ekonomske politike da preduzmu preventivne mere radi ublažavanja i sprečavanja recesije, kao i da spreče veće poremećaje na finansijskom tržištu. Ovo naročito kada monetarne vlasti pribegavaju agresivnom povećanju ključne kamatne stope u borbi protiv inflacije koja pretila da poprimi karakteristike inercione inflacije.

Prof. Dr. ĐORĐE ĐUKIĆ
Full Professor, Faculty of Economics
University of Belgrade

INVERTED YIELD CURVE ON GOVERNMENT BONDS MARKET AS INDICATOR OF RECESSION

Summary

Inverted yield curve implies that the yield on short term government securities is higher than the yield on the long-term government bonds. Following the global financial crises this phenomenon occurred both in US and Eurozone. The first part of the paper summarizes the advantages of using inverted yield curve as an indicator of probable start of recession. The second part of the paper emphasizes the arguments explaining current anomalies with regards to inverted yield curve on government bond markets. The third part of the paper analyses the pattern on the inverted yield curve on euro area government bonds with highest (AAA) rating. The context is the extended impact of geopolitical tensions and slowing down of the German economy during 2023. The continuation of the ECB's restrictive monetary policy with an aim to curb inflation that is far beyond targeted 2% could have significant consequences on long-term government bonds. This could imply higher required yields by investors that could ease the return of the yield curve to its usual shape. However, growing yields on government bonds could lead to higher risks and possible outbreak of sovereign debt crises. The sequence of the inverted yield curve could provide sufficient time to policy makers to implement measures that would mitigate or prevent the recession as well as the possible turbulences on financial markets.

Key words: inverted yield curve, government bond, indicator, recession

¹⁰ Kangkan Halder, „Eurozone enters inverted yield-curve territory“, <https://delano.lu/article/euro-zone-enters-inverted-yiel>, 14. 9. 2023.

Literatura

- Đukić Đ., *Svetska finansijska kriza – deset godina posle*, Ekonomski fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Beograd, 2019.
- Gräb J., Titzck S., „US yield curve inversion and financial market signals of recession“, Published as part of the *ECB Economic Bulletin*, Issue 1, 2020, https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2020/html/ecb.ebbox202001_02~20b7c9a04e.en.html.
- Halder K., „Eurozone enters inverted yield-curve territory“, <https://delano.lu/article/eurozone-enters-inverted-yiel>.
- Sheiner L., „No need to panic about the budget deficit“, September 20, 2023, <https://www.brookings.edu/articles/no-need-to-panic-about-the-budget-deficit/>.
- Stanley M., „Yield Curve: Is This Recessary Signal Fleshing Read?“ <https://www.morganstanley.com/ideas/inverted-yield-curve-recession-outlook>.
- Stanley M., „Living with Yield Curve Inversion“, March 17, 2022, <https://www.morganstanley.com/ideas/inverted-yield-curve-recession-outlook>.

PREGLEDNI RAD

PREDRAG KNEŽEVIĆ
NATAŠA STOILJKOVIĆ PUCAR

PRIVREMENA MERA KOD UTVRĐIVANJA NIŠTAVOSTI UGOVORA O KREDITU

Autori u ovom radu ukazuju na značaj donošenja privremene mere u postupku utvrđivanja ništavosti ugovora o kreditu ili njegovih odredbi, kojom se zabranjuje realizacija sredstava obezbeđenja izvršenja ugovorne obaveze korisnika kredita i na zakonsku regulativu i sudsku praksu po ovom pitanju. Nesporno se privremene mere mogu usvajati u postupcima utvrđenja ništavosti ugovora o kreditu ili njegovih odredbi, bilo kada se radi o posebnoj tužbi ili se prigovor ništavosti iznosi u parnicama za naplatu duga po kreditu, u slučaju kada postupak izvršenja radi realizacije sredstava obezbeđenja duga iz kredita nije pokrenut. Naizgled je nesporno da se privremene mere ne mogu usvajati radi zabrane sprovođenja izvršenja shodno odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju kada paralelno teku izvršni postupak za realizaciju sredstava obezbeđenja i parnični postupak za utvrđivanje ništavosti ugovora o kreditu ili njegovih odredaba. Bez obzira na izričitost odredbe Zakona da se privremene mere ne mogu usvajati radi zabrane sprovođenja izvršenja, ova odredba je u kontradiktornosti sa drugom odredbom Zakona da sud može odrediti privremenu meru pre, tokom i nakon sudskog ili upravnog postupka, sve dok izvršenje ne bude sprovedeno. Neusvajanjem privremene mere dovodi se u pitanje pravičnost restitucije kao posedice ništavosti ugovora a posebno i prava na dom kada se radi o nekretnini u kojoj stanuje izvršni dužnik.

Ključne reči: ugovor o kreditu, ništavost ugovora, privremene mere, pravičnost, pravo na dom

Mr Predrag Knežević, advokat iz Beograda, e-mail: knezps@gmail.com.

Nataša Stoiljković Pucar, advokat iz Beograda, e-mail: stoiljkovicbgd@gmail.com.

PRIVREMENE MERE KAO SREDSTVO SPREČAVANJA
NASTANKA NENADOKNADIVE ŠTETE

Pojam privremene mere

Odredbe članova Zakona o izvršenju i obezbeđenju,¹ bliže su uredile pojam, uslove i dejstvo privremene mere. Poseban značaj ovog instituta ogleda se u mogućnosti da obezbedi potraživanje pre meritorne odluke suda ili upravnog organa. Odluka o privremenoj meri donosi se po hitnom postupku, što je od izuzetne važnosti s obzirom na to da sudski postupci mogu trajati dugo, i da može doći do štete po jednu stranu čiji nastanak nije sprečen privremenom merom. Shodno odredbi čl. 447, st. 1 ZIO sud može odrediti privremenu meru pre, tokom i nakon sudskog ili upravnog postupka, sve dok izvršenje ne bude sprovedeno.

Uslovi za određivanje privremene mere

Zakonsko rešenje polazi od dvostruke verovatnoće. Prvi uslov za određivanje privremene mere odnosi se na verovatnoću postojanja novčanog ili nenovčanog potraživanja poverioca, dok se drugi uslov odnosi na verovatnoću postojanja opasnosti po potraživanje. Kada je reč o novčanim potraživanjima, potrebno je učiniti verovatnim da bi bez određivanja privremene mere dužnik osujetio ili znatno otežao naplatu potraživanja time što će svoju imovinu ili sredstva otuđiti, prikriti ili na drugi način njima raspolagati, a ukoliko su predmet postupka nenovčana potraživanja, potrebno je učiniti verovatnim da bi bez određivanja privremene mere ispunjenje poveriočevog potraživanja bilo osujećeno ili znatno otežano ili da će biti upotrebljena sila ili nastati nenadoknadiva šteta, kako propisuje čl. 449, st. 2 i 3 Zakona.

Dejstvo privremene mere

Privremena mera određena odlukom nadležnog suda traje do pravnosnažnog okončanja postupka, s tim da se u svakom trenutku postupka može preispitivati na predlog dužnika, ukoliko on smatra da su se promenili uslovi na osnovu kojih je privremena mera rešenjem određena.

Predlog za određivanje privremene mere ne sme se iscrpljivati u tužbenom zahtevu.

Prema zakonskom rešenju, privremena mera nije osnov za sticanje založnog prava, a treća lica su je dužna poštovati, u suprotnom odgovaraju za naknadu štete.

¹ Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje, 113/17 – autentično tumačenje, 54/19, 9/20 – autentično tumačenje i 10/23 – dr. zakon.

PRAVNE POSLEDICE NIŠTAVOSTI UGOVORA
ILI NJEGOVIH ODREDBA

Ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima je ništav, ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo, regulisano je odredbom čl. 103, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima.² Pravo na isticanje ništavosti ima svako zainteresovano lice i javni tužilac i ovo pravo na isticanje ništavosti se ne gasi, a sud po službenoj dužnosti pazi na ništavost, kako je predviđeno odredbama čl. 109 i 110 Zakona. Odredba čl. 105 Zakona propisuje da Ništavost neke odredbe ugovora ne povlači ništavost i samog ugovora, ako on može opstati bez ništave odredbe, i ako ona nije bila ni uslov ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen.

U slučaju utvrđenja ništavosti ugovora, smatra se da ugovor nije ni nastao, te je glavna posledica restitucija, odnosno povraćaj datog, osim izuzetno ako to nije moguće ili, kako to Zakon definiše u čl. 104, ukoliko se priroda onog što je ispunjeno protivi vraćanju. U tom slučaju duguje se naknada u novcu, prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, osim ukoliko zakon šta drugo ne određuje.

Isticanje ništavosti i posledice kod ugovora sa valutnom klauzulom u CHF

Isticanje ništavosti kod ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom moguće je i pre dospelosti obaveza po kreditu, nakon njegovog raskida i pokretanja postupka naplate od strane banke, kao i nakon što banka pokrene izvršni postupak radi realizacije sredstava obezbeđenja. Realizacija sredstva obezbeđenja je pokretanje postupka namirenja hipoteke vansudskim putem ili putem suda.

U slučaju kada sud utvrdi ništavost ugovora o kreditu, odnosno valutne klauzule u CHF nastupaju posledice ništavosti. Korisnik kredita bi bio u obavezi da banci vrati celokupan iznos primljene glavnice u dinarima sa zakonskom zateznom kamatom od trenutka kada su mu sredstva isplaćena. Sa, druge strane, banka bi bila u obavezi da korisniku kredita vrati sve primljene iznose dinarskih anuiteta uvećane za zakonsku zateznu kamatu od dana isplate svakog pojedinačnog anuiteta. Nakon izvršenog prebijanja uglavnom je dug korisnika kredita višestruko umanjen a u nekim slučajevima je i u preplati. Ukoliko bi banka u međuvremenu realizovala hipoteku kao sredstvo obezbeđenja ne bi se adekvatno i pravično izvršila restitucija

² Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/20.

kao posledica ništavosti jer korisnik kredita ne bi mogao da povrati svoju nekretninu koja je neosnovano prodana. Vraćanje dinarske protivvrednosti prodane nekretnine nikako ne može nadomestiti izgublenu nekretninu pogotovo ako se radi o stanu ili kući u kojoj je stanovao korisnik kredita.

Kako bi se na neki način prevazišli ovakvi slučajevi Vrhovni kasacioni sud 2. 4. 2019. godine donosi stav Pravno shvatanje „Punovažnost valutne klauzule kod ugovora o kreditu u švajcarskim francima i konverzija“³ kojim je predviđeno da će u postupcima za utvrđenje ništavosti sud na predlog tužioca odrediti privremenu meru zabrane realizacije sredstava obezbeđenja ako već nije pokrenuto izvršenje, a u slučaju pokrenutog postupka izvršenja, sud odnosno javni izvršitelj će odložiti izvršenjena zahtev izvršnog dužnika.

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju

U trenutku kada su pokrenuti brojni postupci prinudnog izvršenja protiv korisnika kredita i kada mnogi od njih pokreću parnične postupke u pokušaju da ospore osnov potraživanja – ugovor o kreditu, dolazi do donošenja Zakona o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju, koji se primenjuje od 1. 1. 2020 godine.⁴

Navedenim Zakonom, između ostalog, uveden je st. 2, čl. 455 ZIO koji govori o nedozvoljenosti privremene mere, a koji glasi: „Nije dozvoljeno određivanje privremene mere kojom bi se zabranilo sprovođenje izvršenja.“ U Vodiču za primenu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju,⁵ nailazimo na iznošenje razloga za uvođenja ove zabrane jer su se u praksi sudova pojavljivale privremene mere kojima se javnim izvršiteljima zabranjivala prodaja nepokretnosti u izvršnom postupku polazeći od zauzetog stanovišta da javni izvršitelji ne vrše sudsku vlast.⁶ Nasuprot tome ne bi postojali uslovi za izdavanje privremene mere od strane suda kada sud sprovodi i izvršenje.

Dalje se navodi da je takva privremena mera imala smisla u vreme važenja Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine koji je izričito u čl. 6, st. 2 zabranjivao odlaganje izvršenja, a postojale su situacije u kojima je odlaganje bilo opravdano,

³ VKS, Pravno shvatanje „Punovažnost valutne klauzule kod ugovora o kreditu u švajcarskim francima konverzija“ od 2. 4. 2019.

⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 54/19.

⁵ Dr Nikola Bodiřoga, „Vodič kroz primenu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju“, Ministarstvo pravde, 2019, 95.

⁶ Rešenje Privrednog apelacionog suda u Beogradu Pž 3200/19 od 12. 6. 2019.

pa kako u režimu važećeg zakona postoji mogućnost odlaganja, to privremena mera, kojom se suštinski postiže odlaganje izvršenja, više nema nikakvog smisla. U praksi se ovakav stav pokazao diskutabilan zbog nedosledne primene odredbi o odlaganju izvršenja i upućivanju stranaka na zahtevanje privremene mere u parnici.

Novouvedeni st. 2, čl. 455 ZIO, kontradiktoran je odredbi čl. 447, st. 1 ZIO koji glasi: „Sud može odrediti privremenu meru pre, tokom i nakon sudskog ili upravnog postupka, sve dok izvršenje ne bude sprovedeno.“ Kontradiktornost se ogleda u mogućnosti da sud odredi privremenu meru sve dok izvršenje ne bude sprovedeno što znači i tokom sprovođenja izvršenja, dok druga odredba govori o nedozvoljenosti privremene mere kojom bi se zabranilo sprovođenje izvršenja. Razlozi pravičnosti nalažu da se ovo pitanje temeljno razmotri, s obzirom na to da su veća Apelacionog privrednog suda, pa i veća Privrednog suda u Beogradu kada odlučuju o Prigovoru protiv Rešenja javnog izvršitelja kojim je odbijen predlog za odlaganje postupka, zauzela suprotne stavove po ovom važnom pitanju.⁷ Primena prava, zakonitost i pravilnost odluka ne sme zavisiti od veća kome predmet dopadne, već svaka stranka mora imati jednak tretman pred sudom, jednake mogućnosti da u postupku zaštiti i ostvari svoja prava. *Ratio legis* sporne odredbe nije legitiman, zahvaćen je diskriminacijom dužnika naspram poverioca. Suprotan je jednakosti stranaka koja je kao ljudsko pravo uspostavljena i Ustavom.

Citirana odredba čl. 455 ZIO, pokazaće se u praksi kao izuzetno značajna i izuzetno sporna, sa više aspekata. Poslednično, danas gotovo da ne postoji mogućnost da se spreči prodaja nepokretnosti korisnika kredita koji su pred sudom pokrenuli pitanje ništavosti Ugovora o kreditu, tokom postupka prinudne naplate potraživanja pokrenutim od strane banaka. Pitanje ništavosti, kao jedno od pravnih pitanja sa dalekosežnim posledicama, naročito ukoliko pođemo od činjenice da se za ugovore kod kojih je utvrđena ništavost smatra da nisu ni nastali, što na konkretnom primeru znači da će korisnik kredita koji uspe da utvrdi ništavost ugovora, po pravilu morati da vodi novi postupak radi restitucije, odnosno naknade štete u slučaju da banka proda založenu nepokretnost. Pri tome treba imati u vidu da treće lice koje kupuje nepokretnost iz javne prodaje jeste savesno i kao takvo ne može snositi posledice, te nije dužnik povraćaja. Ovakav tok postupka, sledeći zakonsko rešenje i praksu koja se uspostavila, dovodi do nenadoknadive štete za tužioca, korisnika kredita.

Ukoliko tužilac uspe u postupku za utvrđivanje ništavosti ugovora i dokaže da duga nema, da je višestruko manji od potraživanog ili da je čak u preplati nakon preračuna, čega takođe ima u praksi, a nekretnina je u međuvremenu prodana

⁷ Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Gž 4280/22 od 9. 2. 2023. godine.

jer nije usvojena privremena mera, može se postaviti i pitanje povrede prava na dom kada je prodana nekretnina bila mesto stanovanja izvršnog dužnika. Pravo na dom zaštićeno je odredbom čl. 8 Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,⁸ koja propisuje u st. 1 da svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske, a u st. 2 da se javne vlasti neće mešati u vršenje ovog prava, sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

U jednoj od odluka Višeg suda u Novom Sadu,⁹ navodi se da sud treba da utvrdi da li sporna nekretnina predstavlja dom tužilaca, da li postoji pravni osnov za sprovođenje prinudne prodaje nepokretnosti koja za posledicu ima donošenje zaključka o predaji nepokretnosti koja je dom tužilaca. Potom je neophodno sprovesti test proporcionalnosti odmeravajući s jedne strane interes tužilaca da zaštite svoj dom i interes tuženog da ostvari legitimni cilj. Veliki broj povreda prava na dom Evropski sud je utvrdio upravo zbog nesprovođenja testa proporcionalnosti, primetivši da su nacionalni sudovi samo ispitali postojanje pravnog osnova tražene mere, čime je pitanje neohodnosti u demokratskom društvu ostalo neodgovoreno.

S tim u vezi, ukazuje se na nepravičnost važećeg zakonskog rešenja kojim se narušavaju osnovni principi prava, ograničava pravo na jednakost pred zakonom i pristup sudu, te pravo na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu prava stranaka, odnosno ravnopravnost stranaka koju ustanovljava Ustav. Svrha zakona nije i ne sme biti da zabranjuje, već da nađe način da omogući ostvarivanje i zaštitu građanskih prava.

(Ne)Mogućnost odlaganja izvršenja

Važeći ZIO poznaje institut odlaganja izvršenja, propisan čl. 122 kao mogućnost za one korisnike koji su pokrenuli parnični postupak utvrđenja ništavosti ugovora. Ovo rešenje ostaje na nivou mogućnosti jer javni izvršitelj nije u obavezi da usvoji predlog za odlaganje izvršenja. Na odbijajuću odluku javnog izvršitelja po predlogu za odlaganje izvršenja, izvršni dužnik ima pravo da izjavi prigovor o kom odlučuje veće suda. Privredni sud u Beogradu u jednom od postupaka, odlučujući o prigovoru na Rešenje kojim se odbija predlog za odlaganje izvršenja izvršnog dužnika, koji je pokrenuo protivtužbu za utvrđenje ništavosti Ugovora, upućuje da

⁸ Zakon o ratifikacije Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 I 7/05 – ispr. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10 i 10/15.

⁹ Rešenje Višeg suda u Novom Sadu, posl. broj Gž -5460/20 od 18. 1. 2021.

će sud na predlogu tužioca odrediti privremenu meru kojom se davaocu kredita zabranjuje realizacija sredstava obezbeđenja i izvršenje ugovorne obaveze korisnika kredita, te da veće nalazi da nisu ispunjeni uslovi za odlaganje izvršenja.¹⁰ Obrazloženje suda doslovice glasi:

„Naime, u parničnom postupku u kome se odlučuje o pravnoj valjanosti ugovora o kreditu, odnosno ugovorne klauzule o indeksciji duga u CHF, sud će na predlog tužioca odrediti privremenu meru kojom se davaocu kredita zabranjuje realizacija sredstava obezbeđenja i izvršenje ugovorne obaveze korisnika kredita, a kako je dužnik u prigovoru naveo da je podneo protiovtužbu 18. 10. 2021. godine, kojom traži utvrđenje apsolutne ništavosti Ugovora o namenskom kreditu br. 1624-9-75477/00 sa valutnom klauzulom CHF, to Veće nalazi da prema napred navedenim odredbama nisu ispunjeni uslovi za odlaganje izvršenja.“

Dakle Privredni sud u Beogradu direktno upućuje izvršnog dužnika da traži izdavanje privremene mere u parničnom postupku zbog koje mogućnosti ne usvaja predlog za odlaganje izvršenja. Sledom navedenog, Viši sud u Beogradu usvaja predlog tužioca i određuje privremenu meru zabrane realizacije sredstava obezbeđenja po ugovoru o kreditu.¹¹ Navedena odluka biće ukinuta odlukom Apelacionog suda u Beogradu Gž 4280/22, predmet vraćen na ponovni postupak uz nalog da se primenom čl. 455, st. 2 ZIO oceni dozvoljenost predloga, zanemarujući stav Privrednog suda u Beogradu da nema mesta odlaganju izvršenja zbog mogućnosti određivanja privremene mere u parničnom postupku.¹²

Posledica navedenog stav Apelacionog suda u Beogradu je da Viši sud u Beogradu ipak odbaci predlog tužioca kao nedozvoljen¹³ čime je tužilac onemogućen da zaštiti svoje pravo, odbijeno odlaganje, odbijena privremena mera, bez obzira što razlozi zakonitosti i pravilnosti, na kraju i pravičnosti, postupanja nalažu da se postupak izvršenja odloži dok se ne odluči o utvrđenju ništavosti, čime se osporava osnov potraživanja na osnovu kojeg je pokrenuto izvršenje.

Nedosledna primena čl. 455, st. 2 ZIO

Kroz praksu je приметно da sudovi ipak pokušavaju da ublaže restrikciju koja je uneta odredbom kojom se uvodi nedozvoljenost određivanja privremene mere kojom bi se zabranilo sprovođenje izvršenja. S tim u vezi, ukazujemo na Rešenje

¹⁰ Rešenje Privrednog suda u Beogradu, IPV (I)99/2022 od 10. 4. 2022.

¹¹ Rešenje Višeg suda u Beogradu, P 2780/21 od 7. 6. 2022.

¹² Rešenje Apelacionog sud u Beogradu, Gž 4280/22 od 9. 2. 2023.

¹³ Rešenje Višeg suda u Beogradu, P 2780/2021 od 5. 6. 2023.

Privrednog apelacionog suda u Beogradu Pž 2004/2020 od 4. 6. 2020. godine,¹⁴ kojim je potvrđeno Rešenje Privrednog suda u Beogradu P 6690/2019 od 20. 1. 2020. godine,¹⁵ kojim je određena privremena mera zabrana prodaje nepokretnosti u postupku prinudne naplate potraživanja pred javnim izvršiteljem do okončanja parnice. Iz navedenog obrazloženja proizlazi da je određivanje privremene mere dozvoljeno jer ne postoji drugi način da se obezbedi potraživanje iz tužbe, kako i činjenica da prodaja nije okončana te ima mesta određivanju privremene mere.

Sa druge strane, ne možemo da ne ukažemo da je i bez uvedene restrikcije prilikom određivanja privremene mere i uz ranije odredbe Zakona o izvršenjui obezbeđenju bilo prostora da se odbije predlog za određivanje privremene mere. Iz obrazloženja Rešenja Višeg suda u Valjevu Gž 844/2019 od 25. 7. 2019. godine,¹⁶ kojim se odbija predlog za određivanje privremene mere zabrana prodaje nepokretnosti proizlazi da se privremenom merom ne može uticati na tok izvršnog postupka.

Na osnovu svega iznetog u ovom radu autori zaključuju da sudovi ne treba da se drže jedne odredbe zakona van svake konkretne situacije i primene i univerzalnih načela, a posebno prava na pravično suđenje, kao i ostalih prava zaštićenih Evropskom Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

PREDRAG KNEŽEVIĆ, LL.M.

Attorney at Law, Belgrade

NATAŠA STOILJKOVIĆ PUCAR

Attorney at Law, Belgrade

TEMPORARY MEASURE WHEN DETERMINING THE NULLITY OF THE LOAN AGREEMENT

Summary

In this paper, the authors point to the importance of adopting a temporary measure in the procedure of determining the nullity of the loan agreement or its provisions, which prohibits the realization of the means of securing the performance of the contractual obligation of the loan beneficiary, and to the legal regulations and judicial practice in this matter. Indisputably, temporary measures can be adopted in procedures for establishing the nullity of the loan agreement or its provisions, whether it is a separate lawsuit or the objection of nullity is raised in lawsuits for the collection of the loan debt, in the case when the execution procedure for the realization of debt security funds from the loan

¹⁴ Rešenje Privrednog apelacionog suda u Beogradu Pž 2004/20 od 4. 6. 2020.

¹⁵ Rešenje Privrednog suda u Beogradu P 6690/2019 od 20. 1. 2020.

¹⁶ Rešenje Višeg suda u Valjevu Gž 844/2019 od 25. 7. 2019. godine.

is not launched. It seems to be indisputable that temporary measures cannot be adopted for the purpose of prohibiting execution in accordance with the provisions of the Law on Execution and Security when the enforcement procedure for the realization of collateral and the civil procedure for establishing the nullity of the loan agreement or its provisions are running in parallel. Regardless of the express provision of the Law that temporary measures cannot be adopted to prohibit execution, this provision is in contradiction with another provision of the Law that the court can order a temporary measure before, during and after the judicial or administrative proceedings, until the execution is carried out. Failure to adopt a temporary measure calls into question the fairness of restitution as a possession of the nullity of the contract, and especially the right to a home when it concerns real estate where the executive debtor resides.

Key words: loan agreement, nullity of contract, temporary measures, fairness, right to a home

STRUČNI RAD

ČETVRTA KATEDRA

**PRAVO
NA INTELEKTUALNU
TVOREVINU**

**Prava intelektualne svojine;
Pravo informaciono komunikacionih tehnologija**

NIKOLA MILOSAVLJEVIĆ

ORIGINALNOST KNJIŽEVNIH I UMETNIČKIH DELA STVORENIH OD STRANE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE

Stvaranje književnih i umetničkih dela od strane veštačke inteligencije predstavlja izazov za pravne sisteme u pogledu načina regulisanja. Književna i umetnička dela se tradicionalno štite autorskim pravom, za koje je kao osnovni uslov predviđena originalnost dela. Autor u radu nastoji da ispita da li i pod kojim uslovima književna i umetnička dela stvorena od strane veštačke inteligencije mogu zadovoljiti ovaj uslov originalnosti i samim tim biti zaštićena autorskim pravom. Budući da pojam originalnosti nije univerzalno definisan na isti način u svim državama sveta, autor u cilju davanja odgovora na postavljena pitanja vrši komparativnu analizu uporednog prava imajući u vidu različite definicije originalnosti. Na kraju rada autor ispituje i koji bi oblik zaštite u postojećim pravnim okvirima najviše odgovarao književnim i umetničkim delima stvorenim od strane veštačke inteligencije što zapravo predstavlja i cilj rada.

Ključne reči: originalnost, književna i umetnička dela, veštačka inteligencija, uporednopravna analiza, autorsko pravo

U V O D

Veštačka inteligencija (engl. *Artificial intelligence*, nem. *Künstliche intelligenz*) postavlja brojne izazove pred celokupan pravni sistem. Posebni problemi nastaju u oblasti zaštite stvaralaštva, budući da je ono ranije isključivo pripisivano ljudima. Međutim, svedoci smo da su već na nivou tzv. uske (engl. *narrow*) veštačke inteligencije

Nikola Milosavljević, master prava, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: nmilosavljevic@jura.kg.ac.rs.

sistemi veštačke inteligencije u mogućnosti da stvaraju nove tvorevine. Reč je o vrlo značajnom pitanju, imajući u vidu da celokupan napredak čovečanstva zavisi od razvoja ljudskog stvaralaštva, a samim tim i od njegove pravne zaštite. Otuda će sva prava intelektualne svojine morati da dožive reviziju kako bi se razvoj kroz veštačku inteligenciju mogao podvesti pod pravne okvire.

Posebno osetljivo u ovom pogledu čini se autorsko pravo. Naime, usled činjenice da autorsko pravo danas u većini pravnih sistema nastaje bez uslova u pogledu forme i prijave, kao i usled činjenica da sistemi veštačke inteligencije već sada mogu stvarati književna i umetnička dela, nastaje veoma aktuelan čak gorući problem u pogledu toga kako zaštititi dela stvorena od strane veštačke inteligencije. Budući da autorsko pravo nastaje samim činom stvaranja dela, može se postaviti pitanje kome treba priznati ovo pravo kao originernom sticaocu. Ovo pitanje se, međutim, može rešiti na nivou analize ekonomskih odnosa koja će onda implikovati pravnu politiku. Drugim rečima, pravo će biti priznato onom licu kome to bude ekonomski i društveno najopravdanije priznati, o čemu već sada postoje ekonomske analize.

Međutim, pravo iako predstavlja nadgradnju nad ekonomskim odnosima u državi, isto tako predstavlja i logički sistem normi. Književna i umetnička dela stvorena od strane veštačke inteligencije ne izazivaju problem samo sa aspekta ekonomske opravdanosti priznanja zaštite, već i sa aspekta pravičnosti i očuvanja pravnog sistema. U tom smislu je veoma interesantno na koji način nastanak ovih dela utiče na uslov originalnosti za priznanje autorskog prava. Budući da je reč o ključnom uslovu, od njega neposredno zavisi i opravdanost priznanja autorskopravne zaštite određenom licu.

Kako je reč o veoma značajnom pitanju, u radu koji sledi smo nastojali da ispitate da li i koje promene nastaju u pogledu uslova zaštite autorskim pravom, konkretno u pogledu uslova originalnosti. Stoga će analiza biti podeljena u tri celine. Najpre ćemo učiniti pregled način rada veštačke inteligencije i književna i umetnička dela koja ona stvara. Zatim će u drugom delu biti ispitan uslov originalnosti i način na koji je on uporednopravno shvaćen, s obzirom na odsustvo jedinstvenog rešenja u tom domenu. Konačno, na kraju će biti analizirana mogućnost primene uslova originalnosti na dela koja se stvaraju od strane veštačke inteligencije, kao i različite mogućnosti za zaštitu književnih i umetničkih dela stvorenih od strane veštačke inteligencije.

DELA STVORENA OD STRANE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE

Potrebno je da se na početku upoznamo sa načinom funkcionisanja veštačke inteligencije. Treba pre svega reći da na ovom nivou razvoja ona ne predstavlja u potpunosti repliku ljudske inteligencije, te termin nije u potpunosti odgovarajući.

Kod većine autora u naučnoj zajednici se pod veštačkom inteligencijom podrazumevaju sistemi kod kojih se imitiraju pojedine funkcije „prirodne“ inteligencije. U današnjem smislu reči, veštačka inteligencija se najviše vezuje za pojam mašinskog učenja (engl. *machine learning*) i sistema koji ga primenjuju, a koji se razlikuju od klasičnih softvera. Klasični softveri (engl. *rule based*) podrazumevaju da programer sastavi algoritam koji se nakon toga izvršava, čime se obavljaju pojedine logičke operacije (npr. sabiranje i oduzimanje) mnogo brže nego što to čini čovek.¹ Sa mašinskim učenjem je razvijena mogućnost da softver samostalno, na bazi postojećih informacija i klasifikacija, izvuče zaključak o pravilu postupanja u određenoj oblasti i zatim na osnovu tako izvedenog zaključka postupa. Sistem veštačke inteligencije se tako sastoji od algoritma „klasifikatora“ i algoritma „učenika“. „Klasifikator“ je i dalje pod punom kontrolom čoveka i ovde algoritam vrši klasifikaciju podataka po određenom pravilu koje zadaje programer. Drugi algoritam „učenik“ ima zadatak da prepozna pravilo po kome se vrši klasifikacija podataka i da isto pravilo primeni na nove podatke.²

Ovakve sisteme veštačke inteligencije nazivamo supervizovanim, jer programer mora da „objasni“ mašini preko algoritma „klasifikatora“ kako da vrši klasifikaciju. Međutim, postoje i tzv. nesupervizovani sistemi kod kojih algoritam „učenik“ na osnovu postojeće strukture podataka izvlači zaključak o klasifikaciji koju treba da izvrši, te je autonomniji u odnosu na prethodne sisteme.³ Osim toga razvijeni su i sistemi tzv. dubokog učenja (engl. *deep learning*) kod kojih dolazi do stvaranja veštačkih neuroloških veza između algoritama, što se još više približava „prirodnoj“ inteligenciji.⁴ Generalno gledano, ono što je postignuto kod svih ovih sistema jeste da je softver sposoban da sam izvodi zaključak na bazi podataka koji su mu predloženi. Ipak, uslov da softver izvede zaključak jeste da raspoláže

¹ Makoto Cheng Hong, Kuen Choon Hui, „Towards a Digital Government: Reflections on Automated Decision-Making and the Principles of Administrative Justice“, *Singapore Academy of Law Journal*, 31(2), 2019, 879, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/saclj31&collection=journals&id=512&startid=&endid=543>, 20. 9. 2023.

² Lindsey Barrett, „Deconstructing Data Mining: Protecting Privacy and Civil Liberties in Automated Decision-Making“, *Georgetown Law Technology Review*, 1(1), 2016, 155–156, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/gltr1&collection=journals&id=153&startid=&endid=159>, 20. 9. 2023.

³ Aziz Z. Huq, „A Right to a Human Decision“, *Virginia Law Review*, 106(3), 2020, 631, <https://www.jstor.org/stable/10.2307/27074704>, 20. 9. 2023.

⁴ Celine Castets-Renard, „Accountability of Algorithms in the GDPR and beyond: A European Legal Framework on Automated Decision-Making“, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 30(1), 2019, 98, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/frdipm30&collection=journals&id=97&startid=&endid=144>, 23. 9. 2022.

dovoljnom količinom podataka, koje drugačije nazivamo „velike grupe podataka“ (engl. *big data*).⁵ U zavisnosti od sadržine podataka ovi sistemi mogu izvesti najrazličitije moguće zaključke.

Ono što je za nas značajno jeste činjenica da stvaranje autorskih dela, suštinski predstavlja stvaranje kreativnih zaključaka. Zapravo kreativni proces kod čoveka prilikom stvaranja autorskih dela se dešava na sličan način. Na bazi postojećih podataka, odnosno iskustva ili informacija koje je čuo, čovek stvara nova književna ili umetnička dela. Ono što je već sada moguće konstatovati jeste da sistemi veštačke inteligencije nesumnjivo stvaraju književna i umetnička dela.⁶ Štaviše, u teoriji nailazimo na podatak da su softveri bili sposobni za samostalno generisanje književnih i umetničkih dela već od 90-ih godina prošlog veka.⁷ Danas je mnogo više takvih softvera. U oblasti slikarske umetnosti program pod nazivom *The next Rembrandt*, na bazi postojećih Rembrantovih slika stvara nove slike u stilu renesansnog umetnika. Iako je analiza ovih slika primarno izvedena od strane ljudi i predvedena u mašinski čitljiv oblik, algoritam je u potpunosti stvarao samostalno novo delo. Zatim, *Deep dream* je program koji stvara vizuelna umetnička dela slična vizuelnom doživljaju koja imamo prilikom sna. Slično programu *The next Rembrandt*, u oblasti muzike program AIVA (engl. *Artificial Intelligence Virtual Artist*) stvara dela klasične muzike na osnovu muzike Mocarta, Betovena i drugih umetnika. U oblasti književnosti se kao primer navodi roman „Dan kada će kompjuter napisati roman“ (engl. *The Day a Computer Writes a Novel*), koji je razvijen uz saradnju pisaca koji su birali reči i grupe reči koje će program koristiti. Softver je na osnovu toga samostalno razvio roman koji je prijavljen na takmičenje, gde je prošao prvu fazu takmičenja.⁸ Softver pod nazivom *Flow Machine* razvijen od strane Sonija je komponovao pesmu „Daddy’s car“ u potpunosti samostalno na bazi pesama Bitlsa, a postoji već i ceo album pesama „I AM AI“ komponovanih isključivo od strane veštačke inteligencije.⁹ Sličan softver je upotrebio i svetski poznati di-džej

⁵ L. Barrett, op. cit., 153–154.

⁶ Vincenzo Iaia, „To Be, or Not to Be ... Original Under Copyright Law, That Is (One of) the Main Questions Concerning AI-Produced Works“, *GRUR International*, NO. 9, Vol. 71, 2022, 795, <https://academic.oup.com/grurint/article/71/9/793/6665687>, 21. 9. 2023.

⁷ Victor M. Palace, „What If Artificial Intelligence Wrote This: Artificial Intelligence and Copyright Law“, *Florida Law Review*, NO. 1, Vol. 71, 2019, 220, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uflr71&collection=journals&id=225&startid=&endid=252>, 21. 9. 2023

⁸ Kalin Hristov, „Artificial Intelligence and the Copyright Survey“, *Journal of Science, Policy and Governance*, NO. 1, Vol. 16, 2020, 2–4, <https://www.researchgate.net/publication/337387886>, 20. 9. 2023.

⁹ Jean-Marc Deltorn, Franck Macrez, „Authorship in the Age of Machine learning and Artificial Intelligence“, *The Oxford Handbook of Music Law and Policy* (ed. Sean M. O’Connor), 2019, 3, <https://ssrn.com/abstract=3261329>, 20. 9. 2023.

David Guetta, generišući muzičku numeru na bazi Eminemovog glasa.¹⁰ Step en autonomije se kod svih ovih sistema razlikuje, te kod nekih većinu podešavanja i dalje preuzima čovek, dok su drugi gotovo u potpunosti autonomni.¹¹

POJAM I UPOREDNOPRAVNA ANALIZA ORIGINALNOSTI U SVETU

Autorsko pravo nije uređeno na jedinstven način u čitavom svetu. Iako je Bernska konvencija doneta još u XIX veku to ne znači da je to doprinelo približavanju pravnih sistema u pogledu uređivanja materijalnog autorskog prava. Zapravo, razlog uvođenja Bernske konvencije jeste bila zaštita prava autora u stranim državama zbog razlika koje su postojale među državama u regulisanju autorskog prava. Kolike su razlike bile između država svedoči između ostalog i kompleksnost i trajanje uvođenja svake nove revizije u Bernsku konvenciju, kao i odsustvo regulisanja većine pitanja materijalnog autorskog prava.

Jedno od pitanja materijalnog prava koje se nije moglo regulisati konvencijom je bilo i pitanje pojma originalnosti autorskog dela.¹² Razlog za ovo je bio taj što, iako su sve države predviđale originalnost kao uslov zaštite, svaka država je drugačije pristupala određivanju pojma originalnosti. Na jednoj strani su shvatanja kontinentalnoevropskih zemalja kod kojih možemo primetiti izvesne sličnosti mada su sva rešenja načelno specifična, a na drugoj su anglosaksonska prava koja originalnosti, kao i autorskom pravu uopšte pristupaju na jedan drugačiji način. Ipak, pre analize različitih sistema potrebno je ukazati na jednu zajedničku crtu svih rešenja, a koja se tiče razloga propisivanja originalnosti kao uslova zaštite. Cilj autorskog prava nije kao u patentnom pravu da ubrza tehnološki razvoj, jer stvaranje autorskog dela suštinski zavisi od umetničkog izraza autora koji ne može biti „ubrzan“. Umesto toga, imajući u vidu cikličnost kulturnog razvoja, cilj autorskog prava jeste da omogući razvoj što je moguće većeg broja autorskih dela, koja će poslužiti za razvoj drugih autorskih dela.¹³ Otuda delo koje nije originalno, odnosno ne izražava vezu ličnosti autora sa delom, nije opravdano izdvojiti iz javnog domena. Dela koja ne grade vezu sa ličnošću autora suštinski ne mogu biti drugačija

¹⁰ Mark Fenwick, Paulius Jurcys, „Originality and the Future of Copyright in an Age of Generative AI“, 2023, 3, <https://ssrn.com/abstract=4354449>, 21. 9. 2023.

¹¹ K. Hristov, op. cit., 2–4.

¹² Kanchana Kariyawasam, „Artificial intelligence and challenges for copyright law“, *International Journal of Law and Information Technology*, 28, 2020, 281, <https://academic.oup.com/ijlit/article/28/4/279/6220289>, 25. 9. 2023.

¹³ Slobodan Marković, *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Beograd, 2014, 120.

i samim tim ne mogu obogatiti kulturni fond i omogućiti inspiraciju za dalji razvoj kulture. Samim tim i dela koja ne ispunjavaju minimum uslova kreativnosti ne mogu u dovoljnoj meri biti značajna kao inspiracija za dalji razvoj i ne mogu ostvariti autorskopravnu zaštitu.¹⁴

Francusko shvatanje originalnosti polazi od ideje posebne veze autora sa njegovim delom, te nije bilo dovoljno da se delo ne smatra kopijom drugog dela. Da bi delo bilo originalno neophodno je da postoji „lični pečat autora“ (fran. *l'empreinte de la personnalité d'auteur*). Slično ovome, navodi se da je potreban „lični otisak“ ili „lično viđenje“ autora, da bi delo bilo originalno, kao i da ono mora predstavljati „izraz autorove ličnosti“. Ovakav stav je prenet i na Belgiju i Holandiju, u kojima je takođe originalnost shvatana kao „izraz intelektualnog napora“ autora, odnosno da je delo originalno ukoliko iskazuje ličnost autora ili je otisak njegove ličnosti. Ipak belgijski sudovi su povremeno originalnost cenili i objektivno, odnosno u poređenju sa postojećim delima u toj oblasti, kombinujući tu ocenu sa subjektivnom ocenom izraza ličnosti autora. Nemačko pravo je u osnovi primenjivalo sličan pristup, prema kome je originalnost podrazumevala „ličnu intelektualnu delatnost“, „kreativnu individualnost“, „pečat ličnosti ili individualnosti“ i sl., ali uz jednu bitnu modifikaciju. Naime, u nemačkom pravu se vodi računa o stepenu slobode koju autor ima u stvaranju dela (nem. *Spielraum*), te se ona kao objektivni kriterijum uzima u obzir prilikom primene subjektivnog kriterijuma. Iako je u odnosu na dela industrijskog dizajna bilo neophodno da pokažu određeni viši stepen kreativnosti (nem. *Gestaltungshöhe*), nivo kreativnosti koji je bio zahtevan je bio poslovično nizak u skladu sa teorijom o tzv. malom novčiću (nem. *kleine Münze*), odnosno doprinosu. Prema italijanskom pravu se zahteva takođe da delo koje je originalno izražava autorov kreativni karakter, s tim da se test originalnosti može sprovesti objektivno ili subjektivno, ali će u svakom slučaju delo kod koga je prisutan minimum kreativnosti ostvariti zaštitu.¹⁵ Kao što vidimo, svaki od pravnih sistema ima zaseban pristup u ocenjivanju originalnosti, ipak možemo primetiti da postoji zajednička karakteristika po kojoj se originalnost shvata kao izraz autorove ličnosti, odnosno da će delo biti originalno ukoliko ono predstavlja izraz autorove ličnosti koja je jedinstvena i specifična, te je samim tim i delo koje nastaje specifično.

Anglosaksonsko pravo međutim pristupa nešto drugačije pojmu originalnosti. Naime da bi delo bilo originalno po ranijem britanskom pravu, potrebno je pre svega da nije kopirano, odnosno da ne sadrži originalne elemente drugog dela.

¹⁴ Lionel Bently, Brad Sherman, Dev Gangjee, Phillip Johnson, *Intellectual property law*, Oxford, 2018, 94–95.

¹⁵ Uma Suthersanen, *Design law in Europe*, London, 2000, 144, 119, 177, 213.

Zatim neophodno je da delo potiče od autora. Iako ovaj poduslov podseća na kontinentalno pravo, to nije slučaj, jer je neophodno samo da delo zaista svoje poreklo vodi od autora, a ne da postoji bilo kakva veza dela i njegove ličnosti kod ovog uslova. Konačno treći uslov se tiče veze između autora i dela i prema ovom uslovu da bi delo bilo originalno ono mora predstavljati izraz autorove „veštine, ocene i rada“ (engl. *skill, judgement, and labour*) ili „selekcije, ocene ili iskustva“ (engl. *selection, judgement, and experience*) ili „rada, veštine i uloženi sredstava“ (engl. *labour, skill, and capital*).¹⁶ Pod pojmom „veština“ treba shvatati korišćenje znanja, razvijenu sposobnost u obavljanju posla, a pod pojmom ocena korišćenje sposobnosti za stvaranje mišljenja ili evaluacije poređenjem različitih opcija u stvaranju dela.¹⁷ Takođe, smatra se da neće svi oblici „veštine, rada i ocene“ predstavljati originalnost, već to mora biti pravi oblik „veštine, rada i ocene“ koji vodi stvaranju autorskog dela. Uz to „veštine, rad i ocena“ moraju biti određenog nivoa, odnosno biti dovoljno značajni kako bi se ostvarila zaštita.¹⁸ Drugim rečima, autor mora pokazati određeni minimum napora kako bi delo ostvarilo zaštitu.¹⁹ Ovaj kriterijum minimalnog nivoa kreativnosti je u američkoj literaturi slikovito predstavljan kao „znoj na obrvama“ (engl. *sweat of the brow*), što ukazuje da potreban izvestan napor. Potrebno je da je radom autora početni materijal dobio neki novi kvalitet koji nije pre toga sadržao.²⁰ Pojam originalnosti je donekle izmenjen u pravu SAD nakon odluke *Feist Publ. Inc. v. Rural Telephone Service* iz 1991. godine Vrhovnog suda SAD, kojom je određeno da delo da bi bilo originalno mora biti stvoreno nezavisno od strane autora i da poseduje određeni minimalni nivo kreativnosti.²¹ U teoriji se, međutim, smatra da između ovog kriterijuma i kriterijuma „veštine, rada i ocene“ iz britanskog prava, nema velike razlike.²²

Među navedenim sistemima je moguće uočiti neke zajedničke karakteristike. Prvo, originalnost se kod svih sistema tiče veze autora sa delom, a ne ceni se u odnosu na postojeća dela, stanje nauke, umetnosti i sl., premda ovo nije bez izuzetka. Ipak kod svih sistema se insistira na tome da postoji neki oblik veze autorove

¹⁶ Paul Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford, 178.

¹⁷ James Wagner, „Rise of the Artificial Intelligence Author“, *Advocate*, No. 4, Vol. 75, 2017, 528, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/advba0075&collection=journals&id=541&startid=&endid=548>, 21. 9. 2023.

¹⁸ L. Bently, B. Sherman, D. Gangjee, P. Johnson, op. cit., 96–97.

¹⁹ P. Torremans, op. cit., 180.

²⁰ U. Suthersanen, op. cit., 246.

²¹ Graeme Dinwoodie, Mark Janis, *Trade Dress and Design Law*, Austin, Boston, 2010, 434; M. Fenwick, P. Jurcys, op. cit., 20; K. Hristov, op. cit., 6.

²² P. Torremans, op. cit., 186.

ličnosti i dela koje je on stvorio. Takođe kod svih sistema se insistira na tome da se originalnost tiče izraza autora, odnosno da se originalnost utvrđuje imajući u vidu umetnički izraz autorske ličnosti koji zapravo predstavlja autorsko delo. Dalje, nivo kreativnosti je u svim sistemima kao što smo videli postavljen veoma nisko. Drugim rečima veoma mali stepen kreativnosti je dovoljan kako bi se ostvarila zaštita. Konačno zajednička karakteristika jeste i to što se pojam originalnosti kroz vreme menjao i u svim sistemima dobijao različite oblike. Stoga originalnosti nije univerzalna kategorija, već zavisi od kulturnih, društvenih i političkih okolnosti koje postoje u određenom vremenu i prostoru. Međutim, pored sličnosti među sistemima se mogu primetiti i značajne razlike. Osnovna razlika se tiče kvaliteta rada i napora koje autor treba da izvrši da bi stvorio autorsko delo. Prema anglosaksonskom shvatanju dovoljno je da autor izvrši „bilo kakav rad“ (engl. *mere labour*) pa da se delo smatra originalnim.²³ Ovo znači da će delo biti originalno ukoliko je autor uložio bilo kakav napor i ukoliko je on dovoljan da bi se delo smatralo originalnim. Tako prema ovoj koncepciji pravljenje spiska stanara jedne zgrade ili spiska advokata na području jednog suda, ukoliko je zahtevalo povećani napor onoga ko stvara taj spisak (npr. zbog velikog broja članova na spisku) može proizvesti originalnost, odnosno takav spisak će biti smatran originalnim delom. Prema kontinentalnoj koncepciji nije moguće da bilo kakav rad dovede do originalnog dela, već samo onaj rad koji omogućava autoru da izrazi svoju ličnost. Isto tako po anglosaksonskom shvatanju je dovoljno da je autor pokazao „bilo kakvu veštinu“ (engl. *mere skill*) u stvaranju dela, bez obzira kakvu po kvalitetu. Da li je i koliko veštinu autor pokazao prilikom stvaranja autorskog dela nije od značaja za kontinentalno pravo. Sem toga nije od značaja ni kako je kreativnost bila usmerena, već samo da li je autor imao mogućnosti da se kreativno izrazi. Takođe, prema anglosaksonskom shvatanju, stvaranje i ređanje podataka se može smatrati autorskim delom budući da se u njega ulažu sredstva, rad i veštine, dok to do skora nije bio slučaj sa kontinentalnim pravom. Takođe, po anglosaksonskom shvatanju originalnošću su obuhvaćeni i pripremni radovi u izradi dela, dok to po kontinentalnoj koncepciji to nije slučaj.²⁴ Uopšte gledano anglosaksonski koncept više insistira na uloženom trudu ili sredstvima u stvaranje dela u skladu sa teorijom rada Džona Loka (*John Locke*), dok je po kontinentalnom pravu daleko važnija sloboda autora i način na koji se on izrazio primenjujući tu svoju slobodu.²⁵

²³ Ovo je donekle upitno za američko pravo nakon odluke *Feist*.

²⁴ L. Bently, B. Sherman, D. Gangjee, P. Johnson, op. cit., 93–95, 102–107.

²⁵ Gyandeep Chaudhary, „Artificial Intelligence: Copyright and Authorship/Ownership Dilemma?“, *Indian Journal of Law and Justice*, No. 2, Vol. 13, 2022, 217, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ijlj13&collection=journals&id=673&startid=&end=699>, 25. 9. 2023.

Ovako različiti koncepti u shvatanju originalnosti dela su, između ostalog, onemogućili harmonizaciju autorskog prava na nivou Evropske unije. Zbog ovog ali i drugih razloga nikada nije doneta jedna direktiva kojom bi bila obuhvaćena celokupna oblast autorskog prava, već su pojedinačnim direktivama rešavana pojedina pitanja u oblasti autorskog prava, poput roka trajanja zaštite, zaštite softvera autorskim pravom ili baza podataka. Pojam originalnosti nije bio definisan ovim direktivama. Ipak ovo nije sprečilo Sud pravde Evropske unije da u predmetu *Infopaq* tumačenjem zaključi da iz sadržine teksta navedenih direktiva proizilazi jedinstveni pojam originalnosti. Prema ovoj presudi delo će biti originalno ukoliko predstavlja ličnu intelektualnu kreaciju autora.²⁶ Očigledno je da je ovakav pojam bio znatno bliži kontinentalnoj koncepciji originalnosti, budući da se insistira na izražavanju ličnosti autora u delu, a ne njegovom radu kojim delo nastaje. Ovaj pojam će biti prihvaćen i u kasnijim presudama Suda pravde Evropske unije i Opšteg suda, što će uticati da i države članice prihvate ovaj pojam originalnosti, uključujući tu i Veliku Britaniju. Na ovaj način će Sud pravde izvršiti posrednu harmonizaciju pojma originalnosti, koji će se sada shvata kao evropski pojam originalnosti.²⁷ U kasnijim odlukama Sud pravde Evropske unije će dodatno pojasniti da delo predstavlja intelektualnu tvorevinu autora ukoliko ono izražava njegovu ličnost, odnosno ukoliko je autor imao mogućnosti da izrazi svoje kreativne sposobnosti u stvaranju dela kroz slobodne i kreativne izbore.²⁸

ORIGINALNOST DELA STVORENIH OD STRANE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE

Ranije je ustanovljeno da je veštačka inteligencija sposobna da stvara književna i umetnička dela, koja se, shodno nabranju Bernske konvencije mogu smatrati autorskim. Međutim da bi se delo smatralo autorskim delom, ono mora ispunjavati uslove zaštite, između ostalih i uslov originalnosti. Postavlja se pitanje na koji način pristupiti ovoj originalnosti, imajući u vidu da je originalnost u obe varijante izražena kao postojanje veze autora sa autorskim delom. Kako kod dela stvorenih putem veštačke inteligencije kreativni zaključak donosi softver, postavlja se pitanje mogu li ovakva dela uopšte biti originalna.

²⁶ Court of Justice of European Union, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, C-5/08 od 16. 7. 2009. godine, tač. 37.

²⁷ V. Iaia, op.cit., 797.

²⁸ Court of Justice of European Union, *Painer v. Standard Verlags GmbH*, Case C145/10 od 1. 12. 2011. godine tač. 89.

Jedan deo teorije smatra da autor dela u svakom slučaju ostaje čovek, imajući u vidu da navedeni sistemi veštačke inteligencije, iako mogu kreativno delovati, ne mogu delovati ukoliko ih nije podstakao čovek, bar na ovom nivou razvoja. Takođe, čovek je taj koji obezbeđuje *input* podatke bez kojih veštačka inteligencija ne može delovati, pa samim tim pojedinac zaista usmerava i kreativno delovanje sistema. Ima i shvatanja da originalnost treba prilagoditi novom hibridnom autoru koji se sastoji od mešavine čoveka i mašine.²⁹ S druge strane prisutni su i autori koji smatraju da kreativnu delatnost isključivo vrši softver, odnosno veštačka inteligencija. Ovaj stav temelje na činjenici da je teško odnosno nemoguće predvideti kakav će rezultat veštačka inteligencija nakon obrade podataka dati budući da nije moguć uvid u način njenog zaključivanja, zbog čega se kaže da veštačka inteligencija predstavlja „crnu kutiju“ (engl. *black box*). Iz tog razloga je diskutabilno da li uopšte treba ljudima priznati autorstvo na takvom delu. Ima i stavova da bi ovakva dela, trebala odmah da pređu u javni domen budući da ne postoji priznati subjektivitet veštačke inteligencije.³⁰ Kod drugih teoretičara uglavnom vlada dilema u pogledu toga da li autorsko pravo treba priznati vlasniku ili korisniku sistema veštačke inteligencije ili pak tvorcu samog sistema veštačke inteligencije.³¹

Generalno gledano, možemo smatrati da svi navedeni stavovi imaju donekle opravdanje. Zapravo pitanje originalnosti koje neminovno utiče i na pitanje subjekta kome će autorsko pravo biti priznato zavisi od konkretnog sistema veštačke inteligencije koji se upotrebljava.³² Naime, kod sistema kod kojih korisnik dostavlja i bira podatke, i u okviru sistema može vršiti veći broj izbora u pogledu karaktera dela, opravdano je sistem veštačke inteligencije posmatrati kao još jedno sredstvo za stvaranje

²⁹ M. Fenwick, P. Jurcys, op. cit., 32.

³⁰ O različitim stavovima u pogledu ljudskog učešća u stvaranju dela veštačke inteligencije v. V. Iaia, op. cit., 798–799.

³¹ Ana Ašković, Razvoj veštačke inteligencije i autorsko pravo“, *Intelektualna svojina u digitalno doba* (ur. Dušan Popović), Beograd, 2020, 50 i dalje; J. Deltorn, F. Macrez, op. cit., 12; Swapnil Tripathi, Chandni Ghatak, „Artificial Intelligence and Intellectual Property Law“, *Christ University Law Journal* No. 1, Vol. 7, 2018, <https://heionline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/chulj7&collection=journals&id=93&startid=&end=10>, 21. 9. 2023, 88, Kalin Hristov, „Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma“, *IDEA: The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property* No. 3, Vol. 57, 2017, 443 i dalje, <https://heionline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/idea57&collection=journals&id=449&startid=&end=472>, 25. 9. 2023; K. Kariyawasam, op. cit., 285. i dalje. i V. M. Palace, op. cit., 231 i dalje.

³² U teoriji se navodi podela na tri vrste književnih i umetničkih dela koja stvara veštačka inteligencija: dela potpuno stvorena od strane veštačke inteligencije (engl. *AI-generated*), dela stvorena uz asistenciju veštačke inteligencije (*AI-assisted*) i kao međurešenje dela stvorena uz delimičnu asistenciju čoveka (engl. *AI-genssited*). V. V. Iaia, op. cit, 799–801.

autorskog dela.³³ Slična dilema je postojala i prilikom stvaranja fotoaparata, ali su sudovi pravilno zaključili da autor zadržava autonomiju izbora u pogledu scene, svetlosti i drugih izbora koje je moguće načiniti. U ovim situacijama je moguće primeniti pravilo britanskog prava prema kome je opravdano priznati autorsko pravo korisniku kompjuterskog sistema koji je zadao vrednosti prema kojima je sistem stvorio autorsko delo.³⁴ Načelno smatramo da ovde ne bi trebalo da ima bilo kakvog uticaja na uslov originalnosti. Ovi sistemi daju dovoljno slobode autoru da se izrazi, dok on može, uz asistenciju sistema brže i bolje stvarati autorska dela. Otuda je rešenje britanskog prava u potpunosti prihvatljivo kada je reč o ovim sistemima.

Međutim, svedoci smo da već danas postoje sistemi kod kojih se celokupna sloboda korisnika sistema veštačke inteligencije svodi na zadavanje komande za stvaranje autorskog dela. Neki od tih sistema poput *ChatGPT*-a su već dostupni široj javnosti. Kod ovih sistema korisnik uopšte ne snabdeva sistem veštačke inteligencije podacima, jer je to ili već učinio tvorac sistema veštačke inteligencije, ili sistem podatke crpi sa interneta.³⁵ Takođe u okviru samog programa pojedinac nema mogućnosti ocene, izbora ili modifikacije stvorenog dela. Dovoljno je zadati komandu i sistem će sam generisati pesmu, priču ili drugo delo. Otuda je kod ovih sistema originalnost na daleko većem ispitu. U ovim situacijama ne možemo reći da korisnik vrši bilo kakav kreativan izbor, te samim tim ne postoji izražavanje ličnosti autora putem autorskog dela. S druge strane, rad tvorca sistema veštačke inteligencije ili drugog lica koje obezbedilo podatke, pod uslovom da nije korisnik, takođe se ne može u dovoljnoj meri smatrati originalnim budući on ne može ni pretpostaviti na bazi opštih podataka koje on unosi u sistem koja će dela sistem moći da proizvede. Otuda ne možemo smatrati da ovde postoji bilo kakvo izražavanje ličnosti ili je ono barem diskutabilno.³⁶ Stoga je zapravo ključno pitanje kako

³³ Suprotno A. Ašković, op. cit., 46, tvrdi da, iako čovek značajno učestvuje u stvaranju ovih dela, ne postoji direktna veza sa rezultatom odnosno sa stvorenim književnim i umetničkim delom, te da se iz tog razloga ni ova dela ne mogu smatrati originalnim.

³⁴ Britanski Zakon o autorskom pravu, pravu na neregistrovani dizajn i patentima – Copyright, Designs and Patents Act (United Kingdom), čl. 9. st. 3, ima shvatanja da ovo pravilo zapravo upućuje na to da isključiva prava na sve tvorevine veštačke inteligencije treba da ima programer koji je stvorio veštačku inteligenciju budući da je on taj koji je zadao početne parametre, te da originalnost treba ceniti u odnosu na njega. K. Hristov (2020), op. cit., 7; K. Kariyawasam, op. cit., 289. Međutim u Velikoj Britaniji mnogi smatraju da je ova odredba neprilagođena novonastalom razvoju veštačke inteligencije, te da bi je eventualno trebalo modifikovati. V. Iaia, op. cit, 801.

³⁵ M. Fenwick, P. Jurcys, op. cit., 34.

³⁶ J. Deltorn, F. Macrez, op. cit., 10–13, Sonja Lučić, „Veštačka inteligencija i pravo“, *Zbornik XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Dragan Vujisić), Knjiga XIII, Kragujevac, 2022, 189; V. Iaia, op. cit, 805.

odrediti uslov originalnosti u slučaju kada korisnik nema mogućnost ili ne vrši uopšte kreativne izbore. Pritom, treba naglasiti da uslov da autorsko delo predstavlja delo čoveka načelno nije sporan, budući da delo, iako potpuno generisano od strane veštačke inteligencije, nastaje voljom čoveka koji zadaje komandu. Stoga je i ovo posredno delo čoveka, ne životinje ili nebeskog tela.³⁷ Sporno je međutim da li i na koji način moguće utvrditi postojanje originalnosti, imajući u vidu odsustvo kreativnog izbora pojedinca.

Prvo rešenje koje se ovde nameće, bilo bi napuštanje uslova originalnosti. Videli smo da je uslov originalnosti značajan kako bi se obezbedio progres u oblasti kulturnog stvaralaštva. Kako bi umetnost i kultura napredovali neophodno je da se stvaraju nova drugačija dela, a za ovo je neophodno da imamo različite ličnosti koje će se na različit način izražavati. Međutim, upravo u ovom istorijskom trenutku postali smo svesni činjenice da za stvaranje književnih i umetničkih dela po prvi put nije neophodno postojanje ličnosti i njenog izražavanja kako bi delo nastalo. Ovo međutim ne znači da je ovo prvi ovakav slučaj. Već u predmetu *Naruto v David John Slater et al.*, u kome je društvo za zaštitu životinja pokušalo da zaštiti prava šimpanze na fotografijama koje je načinila na stalku, suočili smo se sa mogućnošću da životinja, koja je sa stanovišta prava stvar, stvara delo. Ipak, usled činjenice da delo nije bilo stvoreno od čoveka kao svesnog bića, nije bilo priznato svojstvo autorskog dela, a ni delo se stoga nije moglo smatrati originalnim.³⁸ Drugim rečima autorsko delo mora predstavljati izraz različitih ljudskih svesti, kako bi autorsko pravo ostvarivalo svoju ulogu.

Druga mogućnost bi podrazumevala da se uslov originalnosti preoblikuje tako da odgovara novonastaloj situaciji, budući da se, kao što smo videli, pojam originalnosti menja kroz vreme. Na prvi pogled, anglosaksonski pojam originalnosti pokazuje izvesno preimućstvo budući da se njime može obuhvatiti stvaranje autorskog dela od strane mašine. Naime, kod ovog pojma kao što smo videli ne insistira se na izražavanju autorove ličnosti već na uloženom trudu i radu. Drugim rečima, ukoliko je lice uložilo značajniji trud i rad u stvaranje dela ili je pak uložilo značajna sredstva moguće je priznati originalnost delu. Ovo bi onda značilo da bi se originalnost mogla priznati ukoliko je korisnik uložio značajna sredstva u razvijanje ili pribavljanje sistema veštačke inteligencije te da je zbog toga opravdano priznati mu autorsko pravo. Ipak i u ovom sistemu se vodi računa o vrsti rada ili sredstava koja su uložena u stvaranje autorskog dela, te otuda pribavljanje mašine

³⁷ Suprotno mišljenje A. Ašković, op. cit., 42.

³⁸ US District Court, Northern District Court of California, *Naruto v David John Slater et al.*, od 28. 1. 2016. godine.

za stvaranje autorskog dela teško bi se moglo podvesti pod rad ili ulaganje koje je neophodno za stvaranje dela. Drugim rečima potrebno je da je uloženi rad takvog karaktera da se materiji daje novo svojstvo koje do tada nije imalo. Osim toga, ovaj pristup anglosaksonskog prava je nastao u vreme kada ličnopravna ovlašćenja autoru nisu bila priznata i kada se anglosaksonski *copyright* značajno razlikovao od *droit d'auteur* (fran. autorsko pravo) kontinentalne koncepcije, što sada više nije slučaj. I američko pravo sada zahteva postojanje kreativnih izbora autora, kako bi delo bilo originalno.³⁹ Potvrdu ovog stava nalazimo i u praksi budući da je američki Zavod za autorsko pravo (engl. *US Copyright office*) odbio da registruje književno delo pod naslovom *Creativity Machine's a Recent Entrance to Paradise* stvoreno od veštačke inteligencije, budući da je prema stavu ovog organa delu nedostajala originalnost.⁴⁰

U pogledu modifikacije bi bila moguća i objektivizacija testa originalnosti. Drugim rečima, originalnost bi bilo moguće ispitati u odnosu na postojeća autorska dela, test originalnosti bi se tako približio testu novosti iz patentnog prava ili još više individualnog karaktera iz prava industrijskog dizajna. Ovakvo rešenje bi bilo povoljno imajući u vidu karakter veštačke inteligencije kao autora. Naime, veštačka inteligencija ne izražava svoju ličnost koja, barem na ovom nivou razvoja ne postoji, već na bazi učenog šablona iz postojećih autorskih dela stvara novo autorsko delo koristeći se podacima koji su joj dostupni. U ovoj situaciji ona je zapravo dvostruko ograničena, s jedne strane „naučenim“ šablonom, a s druge strane dostupnim podacima. Ovo izaziva opasnost da nakon više zadatih komadi za npr. stvaranje pesme, veštačka inteligencija da sličan ili isti odgovor, odnosno da stvori slično ili isto delo kao postojeće. Otuda je objektivni test ovde daleko prihvatljiviji od subjektivnog. Iz tog razloga će zapravo biti mnogo manje problema zaštititi tvorevinu veštačke inteligencije npr. pravom na industrijski dizajn nego autorskim pravom imajući u vidu objektivnost testa u oceni.

Ipak, uvođenje objektivnog testa u autorsko pravo bi vodilo podrivanju samog sistema autorskog prava i razlozima zbog kojih ono postoji. Naime, kao i u slučaju ukidanja testa originalnosti i u slučaju ovakve temeljne modifikacije smatramo da bi došlo do toga da autorsko pravo izgubi svoju osnovnu svrhu zbog koga je ustanovljeno. Radi obezbeđivanja napretka kulturnog ciklusa potrebno je da autorstvo bude priznato pojedincu kako bi ostali iz ideja koje je on razvijao mogli graditi nove ideje. Sem toga, činjenica je da ljudi neće prestati da stvaraju književna i umetnička dela iako je veštačka inteligencija to počela da čini, te bi ovo

³⁹ V. M. Palace, op. cit., 230.

⁴⁰ V. Iaia, op. cit, 806.

podrilo kako postojeća priznata autorska prava, tako i ona buduća. Dalje, objektivni test bi u velikoj meri onemogućio stvaranje dela prerade, jer se pretežno oslanjaju na ranije delo. Imajući u vidu da je institut izvedenih dela veoma značajan za umetničko stvaranje, ovo bi izazvalo značajne poremećaje u autorskopравnim odnosima. Stoga smatramo da ni modifikacija testa originalnosti ne bi predstavljalo dobro rešenje.

Konačno poslednja mogućnost bi se sastojala u zadržavanju postojećeg rešenja. Drugim rečima, originalnost, predstavlja osnovu na kojoj počiva autorsko pravo kakvim ga znamo i svaka izmena u tom pogledu dovela bi do turbulencija u postojećem sistemu. Dalje, originalnost mora ostati u manjoj ili većoj meri vezana za ličnost pojedinca, odnosno mora postojati kao spona između ličnosti pojedinca i stvorenog autorskog dela, kako bi se postojeći sistem održao. Veštačka inteligencija na ovom nivou razvoja ne raspolaže svešću. Drugim rečima, slično papagaju ona imitira klasifikaciju podataka koja se vrši, ali ne razume značenje dela koje stvara, već samo slepo primenjuje „naučeno“ na nove podatke.⁴¹ Stoga, smatramo zapravo da književna i umetnička dela koja stvara veštačka inteligencija bez asistencije i kreativnog izbora čoveka, ne mogu biti smatrana autorskim delima i zaštićena autorskim pravom.

Međutim, ni rešenje prema kome ove tvorevine prelaze u javni domen po njihovom stvaranju ne smatramo adekvatnim. Neophodno je zaštititi investiciju u razvoj i pribavljanje veštačke inteligencije, jer bi u suprotnom njen razvoj bio usporen.⁴² Iz tog razloga smatramo da bi najbolje bilo predvideti posebno srodno pravo kojim bi se štitile tvorevine veštačke inteligencije, a ovaj stav je podržan i od strane drugih teoretičara.⁴³ Naime, razlog priznanja srodnih prava se sastoji u zaštiti investicije, što je i ovde slučaj. Dalje, na ovaj način bi bilo omogućeno da korisnici ili vlasnici veštačke inteligencije pribave isključiva prava na tvorevinama koja veštačka inteligencija stvori, a koja ne bi morala biti neposredno vezana za njihove ličnosti. Ovo bi bilo u skladu i sa jednim istraživanjem koje je pokazalo da je ekonomski najopravdanije priznati isključiva prava na tvorevinama koje veštačka

⁴¹ J. Wagner, op. cit., 531.

⁴² Anushka Dwivedi, „Convergence of Artificial Intelligence with IP Laws“, *Jus Corpus Law Journal*, No. 2, Vol. 3, 2022, 797–798, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/juscrp3&collection=journals&id=4031&startid=&enddid=4055>, 21. 9. 2023; K. Hristov (2017), op. cit., 438; V. M. Palace, op. cit., 239.

⁴³ V. Iaia, op. cit., 812; S. Lučić, op. cit., 192; K. Kariyawasam, op. cit., 293. Poslednji od autora čak navodi da je australijski Komitet za autorsko pravo u svom izveštaju još 1994. godine predlagao uvođenje „komputerski generisanog dela“ (engl. *computer generated material*), kao kategorije koja bi se štitila srodnim pravima u slučajevima kada se ne bi moglo utvrditi ljudsko autorstvo.

inteligencija stvori korisniku veštačke inteligencije.⁴⁴ Zatim, priznanje ovog prava bi moglo biti uslovljeno objektivnim testom, poput testa individualnog karaktera iz prava industrijskog dizajna, kojim bi bilo sprečen nastanak dvostrukih isključivih prava na identičnim ili veoma sličnim delima veštačke inteligencije. Kako bi se navedeno što uspešnije ostvarilo smatramo da bi bilo potrebno uvesti i postupak registracije ovakvih dela. On ne mora biti nužan, te je neophodno ispitati kakvi bi bili efekti uvođenja ovakvog registra. Konačno, kako bi se sprečilo da fizička lica preuzimaju zasluge za književna i umetnička dela stvorena od strane veštačke inteligencije, smatramo da bi trebalo priznati ista imovinskoppravna ovlašćenja koja ima i autor u okviru autorskog prava, kao i rok trajanja koji će odgovarati trajanju autorskog prava.⁴⁵ *Ratio* ovakvog rešenja nije da korisnike i vlasnike liši pojedinih ovlašćenja već da zaštitu književnih i umetničkih dela koja stvara veštačka inteligencija, a koja ne ispunjavaju uslove da budu priznata kao autorska dela. Stoga im u ekonomskom smislu treba priznati sva ovlašćenja, kao i autorima, ali pritom isključiti ličnoppravnu komponentu koja ne može biti opravdana. Jedina razlika u odnosu na autorsko pravo bi se ticala različitog obima zaštite, imajući u vidu različite uslove za priznanje.

Uvođenje novog srodnog prava bi prema našem mišljenju bilo najviše u interesu očuvanja stabilnosti postojećeg sistema autorskog prava, očuvanju odnosa između različitih prava intelektualne svojine, ali i unapređenju i zaštiti investicije u veštačku inteligenciju, što bi moglo omogućiti još brži kulturni razvoj. U slučajevima u kojima veštačka inteligencija nije delovala samostalno već je i korisnik vršio kreativne izbore smatramo da treba priznati autorsko pravo budući da je u ovim situacijama veštačka inteligencija delovala samo kao sredstvo za stvaranje dela. U ostalim situacijama, kada ovakvih kreativnih izbora nema, smatramo da delo ne može biti originalno te samim tim ni zaštićeno autorskim pravom, te bi tada trebalo priznati ovu zaštitu kroz srodno pravo.⁴⁶ Ovakvo rešenje pritom nije bez presedana, jer slična situacija postoji kod baza podataka kod kojih je moguće ostvariti autorskoppravnu zaštitu ukoliko je delo originalno, a u suprotnom zaštitu

⁴⁴ Tim W. Dornis, „Artificial Intelligence and Innovation: The End of Patent Law as We Know It“, *Yale Journal of Law and Technology*, No. 1, Vol. 23, 2020, 155, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/yjolt23&collection=journals&id=97&startid=&endid=159>, 21. 9. 2023.

⁴⁵ U teoriji se smatra da je vrlo teško, ako ne nemoguće, razlikovati književna i umetnička dela stvorena od strane veštačke inteligencije i književna i umetnička dela stvorena od strane čoveka. Manasvita Sharma, „Intellectual Property Rights and Artificial Intelligence“, *Indian Journal of Law and Legal Research*, 5, 2023, 15, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/injlohw11&collection=journals&id=4211&startid=&endid=4234>, 21. 9. 2023.

⁴⁶ Navedeni stav je podržan i od strane drugih teoretičara G. Chaudhary, op. cit., 233; V. Iaia, op. cit., 812.

u okviru *sui generis* srodnog prava kojim se štite baze podataka. Smatramo stoga da nema razloga da takav sistem zaštite ne bude primenjen i u ovoj situaciji.

ZAKLJUČAK

Iz sprovedene analize mogli smo zaključiti da je veštačka inteligencija već danas na takvom nivou razvoja da je moguće da sama stvara književna i umetnička dela, koja će sa razvojem biti sve bliža kvalitetu dela koja stvaraju ljudi, iako je jedan deo njih već na tom nivou. Ipak, za pravni sistem kvalitet ovih dela nije od značaja te se kao pitanje postavlja način njihove zaštite. Književna i umetnička dela se po pravilu štite autorskim pravom, a za koje je osnovni uslov originalnost. Pojam originalnosti se s druge strane uporednopravno gledano razlikuje, te ne postoji jedan jedinstveni svetski pojam originalnosti koji bi važio za sva vremena i na svim meridianima. Reč je o fluidnom pojmu koji je u različitim pravnim sistemima dobijao različit oblik. Tek je u novije vreme na evropskom nivou postignut neki viši stepen usklađenosti kroz praksu Suda pravde Evropske unije prema čijem stavu originalnost podrazumeva da autorsko delo mora predstavljati ličnu intelektualnu kreaciju autora. Nasuprot ovom shvatanju stoje shvatanja anglosaksonskih država gde je akcenat na radu koji je autor sproveo i u kome je pokazao određeni stvaralački napor, pri čemu nivo kreativnosti ne mora biti veliki.

Međutim, bez obzira na različite pristupe u regulisanju originalnosti, i kod jednog i kod drugog rešenja se insistira na postojanju veze između autora i stvorenog dela. Ovo zapravo predstavlja glavni kamen spoticanja mogućnosti da se književna i umetnička dela veštačke inteligencije podvedu pod pojam autorskog dela u onim situacijama kada korisnik ne upotrebljava veštačku inteligenciju kao sredstvo za stvaranje dela, već veštačka inteligencija u potpunosti stvara delo samostalno po komandi koju zadaje korisnik. Budući da postoji odsustvo kreativnog izbora autora, nije opravdano ova dela štititi autorskim pravom. Međutim, kako investicije u razvoj veštačke inteligencije ne bi ostale nezaštićene i kako bi se očuvao sistem autorskog prava u radu je *de lege ferenda* predloženo formiranje posebnog srodnog prava kojim bi bila šticeana književna i umetnička dela stvorena od strane veštačke inteligencije, u onim slučajevima kada ne ispunjavaju uslov originalnosti i ne mogu biti smatrana autorskim delom. S druge strane ukoliko je korisnik veštačke inteligencije u dovoljnoj meri učestvovao u formiranju književnog ili umetničkog dela, tako da se ono može smatrati izrazom njegove ličnosti, nesumnjivo treba priznati autorskopravnu zaštitu. Na ovaj način smatramo da bi bilo najoportunije odgovoriti na novonastalu situaciju, čime bi postojeći sistem bio očuvan i istovremeno pružena dovoljna zaštita za dalji razvoj veštačke inteligencije.

NIKOLA MILOSAVLJEVIĆ, LL.M
Assistant, Faculty of Law
University of Kragujevac

ORIGINALITY OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS
CREATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Summary

The creation of literary and artistic works by artificial intelligence presents a new regulation challenge for legal systems. Literary and artistic works are traditionally protected by copyright, for which the prerequisite of originality is the most important. In this paper, the author examines whether and how literary and artistic works created by artificial intelligence can satisfy the originality prerequisite and thus be protected by copyright. Since the concept of originality is not universally defined in the same way in all countries of the world, the author, in order to answer the raised questions, performs an analysis of comparative law focusing on different definitions of originality. At the end of the paper, the author examines which form of protection in the existing legal framework would be most suitable for literary and artistic works created by artificial intelligence, which represents the goal of the paper.

Key words: originality, literary and artistic works, artificial intelligence, comparative analysis, copyright law

Literatura

- Ašković A., „Razvoj veštačke inteligencije i autorsko pravo“, *Intelektualna svojina u digitalno doba* (ur. Dušan Popović), Beograd, 2020.
- Barrett L., „Deconstructing Data Mining: Protecting Privacy and Civil Liberties in Automated Decision-Making“, *Georgetown Law Technology Review*, No. 1, Vol. 1, 2016, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/gtltr1&collection=journals&id=153&startid=&end=159>.
- Bently L., Sherman B., Gangjee D., Johnson P., *Intellectual property law*, Oxford, 2018.
- Deltorn J., Macrez F., „Authorship in the Age of Machine learning and Artificial Intelligence“, *The Oxford Handbook of Music Law and Policy* (ed. Sean M. O'Connor), 2019, <https://ssrn.com/abstract=3261329>.
- Dinwoodie G., Janis M., *Trade Dress and Design Law*, Austin, Boston, 2010.
- Dornis, T. W., „Artificial Intelligence and Innovation: The End of Patent Law as We Know It“, *Yale Journal of Law and Technology*, No. 1, Vol. 23, 2020, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/yjolt23&collection=journals&id=97&startid=&end=159>.
- Dwivedi, A., „Convergence of Artificial Intelligence with IP Laws“, *Jus Corpus Law Journal* No. 2, Vol. 3, 2022, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/juscrp3&collection=journals&id=4031&startid=&end=4055>.

- Iaia V., „To Be, or Not to Be ... Original Under Copyright Law, That Is (One of) the Main Questions Concerning AI-Produced Works“, *GRUR International*, No. 9, Vol. 71, 2022, <https://academic.oup.com/grurint/article/71/9/793/6665687>.
- Lučić, S., „Veštačka inteligencija i pravo“, *Zbornik XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Dragan Vujisić), Knjiga XIII, Kragujevac, 2022.
- Kariyawasam, K., „Artificial intelligence and challenges for copyright law“, *International Journal of Law and Information Technology*, 28, 2020, <https://academic.oup.com/ijlit/article/28/4/279/6220289>.
- Marković, S., *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Beograd, 2014.
- Palace V. M., „What If Artificial Intelligence Wrote This: Artificial Intelligence and Copyright Law“, *Florida Law Review*, No. 1, Vol. 71, 2019, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uflr71&collection=journals&id=225&startid=&enddid=252>.
- Suthersanen U., *Design law in Europe*, London, 2000.
- Sharma, M., „Intellectual Property Rights and Artificial Intelligence“, *Indian Journal of Law and Legal Research*, 5, 2023, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/injllw11&collection=journals&id=4211&startid=&enddid=4234>.
- Torremans P., *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford.
- Tripathi S., Ghatak C., „Artificial Intelligence and Intellectual Property Law“, *Christ University Law Journal*, No. 1, Vol. 7, 2018, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/chulj7&collection=journals&id=93&startid=&enddid=10>.
- Fenwick M., Jurcys P., „Originality and the Future of Copyright in an Age of Generative AI“, 2023, <https://ssrn.com/abstract=4354449>.
- Hristov K., „Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma“, *IDEA: The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, No. 3, Vol. 57, 2017, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/idea57&collection=journals&id=449&startid=&enddid=472>.
- Hristov, K., „Artificial Intelligence and the Copyright Survey“, *Journal of Science, Policy and Governance*, No. 1, Vol. 16, 2020, <https://www.researchgate.net/publication/337387886>.
- Huq A. Z., „A Right to a Human Decision“, *Virginia Law Review*, 106(3), 2020, <https://www.jstor.org/stable/10.2307/27074704>.
- Castets-Renard C., „Accountability of Algorithms in the GDPR and beyond: A European Legal Framework on Automated Decision-Making“, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, No. 1, Vol. 30, 2019, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/frdipm30&collection=journals&id=97&startid=&enddid=144>.
- Chaudhary G., „Artificial Intelligence: Copyright and Authorship/Ownership Dilemma?“, *Indian Journal of Law and Justice*, No. 2, Vol. 13, 2022, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ijlj13&collection=journals&id=673&startid=&enddid=699>.

Cheng Hong M., Hui K. C., „Towards a Digital Government: Reflections on Automated Decision-Making and the Principles of Administrative Justice“, *Singapore Academy of Law Journal*, No. 2, Vol. 31, 2019, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/saclj31&collection=journals&id=512&startid=&endid=543>.

Wagner J., „Rise of the Artificial Intelligence Author“, *Advocate*, No. 4, Vol. 75, 2017, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.barjournals/advvba0075&collection=journals&id=541&startid=&endid=548>.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VALENTIN PEPELJUGOSKI

**UTICAJ PRESPANSKOG SPORAZUMA IZMEĐU
REPUBLIKE GRČKE I REPUBLIKE SEVERNE MAKEDONIJE
NA NAZIVE ZA KOMERCIJALNU UPOTREBU,
ŽIGOVE I ZAŠTITNE ZNAKE**

Osnovni cilj ovog rada jeste da prikaže da odredbe Prespanskog sporazuma jasno utiču na režim prava intelektualne svojine, posebno na komercijalna imena, žigove i brendove. Upotrebljeni izrazi posebno u prevodu Prespanskog sporazuma na makedonski jezik nisu precizirani i mogu stvoriti zabunu između korisnika obe zemlje (Grčke i Severne Makedonije). Za sprovođenje ovih odredbi formirana je Međunarodna grupa eksperata u kojoj učestvuju stručnjaci iz obe zemlje. Iako Međunarodna grupa eksperata podržava i ohrabruje svoje poslovne zajednice da institucionalizuju iskren, strukturiran i u dobroj veri dijalog, u okviru kojeg će se tražiti i doći do obostrano prihvaćenih rešenja po pitanjima koja proističu iz komercijalnih imena, žigova, brendova i o svim relevantnim pitanjima na bilateralnom i međunarodnom nivou, nije održan nijedan sastanak. Postoji nekoliko sporova između makedonskih i grčkih kompanija zbog upotrebe reči Makedonija/Makedonski. Međutim, možemo očekivati povećanje broja sporova, posebno u završnoj fazi pristupanja Severne Makedonije EU. Zbog toga preporučujemo reviziju makedonskog zakonodavstva i njegovo usklađivanje sa zakonodavstvom EU.

Ključne reči: geografski nazivi, intelektualna svojina, komercijalni nazivi, prespanski sporazum, žigovi

Prof. dr Valentin Pepeljugoski, Amerikanski univerzitet na Evropa FON – Skopje; advokat osnivač, Advokatsko društvo Pepeljugoski, Skoplje, Severna Makedonija, e-mail: vpeljugoski@unet.com.mk.

U V O D

Dana 17. juna 2018. godine, u malom selu Nivici (*Psarades*) na obali Prespanskog jezera na grčkoj strani, Republika Grčka i Republika Makedonija potpisale su Konačni sporazum za rešavanje razlika opisanih u Rezolucijama 817 (1993) i 845 (1993) Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija, za prestanak važenja Privremenog sporazuma iz 1995. godine i za uspostavljanje strateškog partnerstva između strana (u daljem tekstu: Prespanski sporazum), kojim je zatvoren dugogodišnji spor između dve zemlje. Dogovoru su prethodili pregovori koji su trajali 27 godina. Mnogi smatraju da je ovaj sporazum istorijski, ali i model za mirno rešavanje sporova između dve susedne države.

Osam meseci nakon potpisivanja i ratifikovanja u Sobjranju Severne Makedonije¹ i u grčkom parlamentu, Prespanski sporazum je zvanično stupio na snagu 12. februara 2019. godine. Sporazum je konačan i njegovim stupanjem na snagu prestaje da važi Privremeni sporazum između strana od 13. septembra 1995. godine iz Njujorka.

SADRŽAJ I NAJZNAČAJNIJE ODREDBE PRESPANSKOG SPORAZUMA

Prespanski sporazum se sastoji od preambule i tri (3) dela završnih odredbi, odnosno od 20 članova. Prvi deo se odnosi na rešavanje razlika oko imena, neresenih pitanja u vezi sa istim i jačanje dobrosusedskih odnosa. Drugi deo govori o načinima i metodama intenziviranja i obogaćivanja saradnje između strana, a treći deo o rešavanju sporova.

Prema sporazumu, Republika Makedonija je promenila Ustav² i preimenovana je u Republiku Severnu Makedoniju, ili skraćeno Severna Makedonija, državljanstvo je postalo makedonsko/državljanin Republike Severne Makedonije, a jezik makedonski. Dve zemlje su se saglasile da će nastojati da ojačaju i prošire bilateralnu saradnju u poljoprivredi, privredi, energetici, industriji, investicijama, turizmu, trgovini, transportu itd.

U skladu sa čl. 1 st. 3 (d) Prespanskog sporazuma, izrazi „Makedonija“ i „Makedonski“ imaju značenje dato u čl. 7. Izrazi „Makedonija“ i „Makedonski“ odnose se na različite istorijske kontekste i kulturno nasleđe. Prihvaćeno je da se istorija, kultura i nasleđe posebno razlikuju u obe zemlje. Ovi pojmovi za nas označavaju našu teritoriju, jezik (makedonski), narod (makedonski) i njihove karakteristike.

¹ Zakon o ratifikaciji Prespanskog sporazuma, *Služben vesnik na RM*, br. 18/18.

² *Služben vesnik na RM*, br. 6/19.

Važno je napomenuti da Prespanski sporazum nema za cilj da promeni ili utiče na njegovu upotrebu od strane građana bilo koje ugovorne strane (Republike Grčke ili Severne Makedonije).

Članom 1 st. 3 (f) Prespanskog sporazuma, predviđena je upotreba prideva u odnosu na privatna lica i aktere *koji nisu povezani sa državom i javnim subjektima, koji nisu osnovani zakonom i ne dobijaju finansijsku podršku države za aktivnost van države*, mogu biti u skladu sa čl. 7 st. 3 i 4. Ovo ne utiče na proces ustanovljen čl. 1 st. 3 (h) i postojeće složene nazive gradova na dan potpisivanja ovog sporazuma. Iz ove odredbe proizilazi da čak i javni entiteti, koji su osnovani na osnovu zakona (npr.: Makedonska radio televizija, Makedonski radio, Makedonska televizija, Makedonska akademija nauka i umetnosti, Makedonski aerodromi, Makedonska filharmonija i dr.) i koji dobijaju finansijsku podršku od države za aktivnosti van zemlje moraće da prestanu da koriste reč „Makedonija“ (ne reč Severna Makedonija i/ili Republika Severna Makedonija) i „makedonski“. Ne odnosi se na udruženja građana, fondacije, udruženja, saveze,³ itd., koji ne dobijaju pomoć od države za nastup u inostranstvu.

Pitanje upotrebe koda takođe je rešeno Prespanskim sporazumom. Upotreba koda (od dva i tri slova) naše zemlje, koja je bila sporna za Republiku Grčku, regulisana je prema Međunarodnoj organizaciji za standardizaciju i ostaje MK i MKD, a numerički kod je 3166. Jedina izmena, odnosno izuzetak, izvršena je u kod države na registarskim tablicama vozila. On se menja i sada glasi NM ili NMK. Za sve ostale svrhe kod zemlje ostaje MK i MKD kako je odredila Međunarodna organizacija za standardizaciju (ISO).

Za ove i mnoge druge aspekte implementacije Prespanskog sporazuma, Vlada Severne Makedonije je usvojila Smernice za izvršavanje obaveza Republike Severne Makedonije koje proizilaze iz konačnog sporazuma i ustavnih amandmana i ustavnog zakona.

PRESPANSKI SPORAZUM I PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE

Član 1 st. 3 (h) je najvažniji za zaštitu prava intelektualne svojine i ne sme se posmatrati izolovano, kako od ostalih odredaba sporazuma, tako i od međunarodnih konvencija i sporazuma koji regulišu ovu oblast, a naravno i od EU legislative.

Sa aspekta prava intelektualne svojine, čl. 1 st. 3 (h) Prespanskog sporazuma koristi neprecizne termine. Naime, Prespanskim sporazumom je predviđeno da

³ <https://faktor.mk/alexis-cipras-site-komentatori-na-evropskoto-prvenstvo-velat-severna-makedonija-ffm-ne-mora-da-go-menuva-logoto>, 20. 9. 2023.

će se u dobroj nameri voditi iskren dijalog u cilju pronalaženja obostrano prihvatljivih rešenja za pitanja koja proizilaze iz naziva za komercijalnu upotrebu, žigova i zaštitnih znakova na bilateralnom i međunarodnom planu. Naime, pojam „nazivi za komercijalnu upotrebu“ (*commercial names*) je veoma širok i neprecizan i uključuje, odnosno može uključivati i pojmove „žigovi“ (*trademarks*) i „zaštitni znaci“ (*brand names*), koji su posebno ili taksativno navedeni. Stoga možemo sa sigurnošću tvrditi da je u pitanju neprecizna i veoma široka formulacija, jer se mešaju pravni i ekonomski/komercijalni pojmovi. Osim toga, makedonski prevod termina *brand names*, koji glasi „zaštitni znaci“, nije precizan i bilo bi bolje kada bi se prevodio bukvalno kao „imena brendova“ ili samo „brendovi“. Zanimljivo je da Prespanski sporazum ne sadrži objašnjenja/definicije korišćenih termina, što dodatno otežava njegovu primenu. Kao primer, Konvencija o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu, u čl. 2(viii) daje definiciju na šta se odnosi intelektualna svojina.

Nazivi za komercijalnu upotrebu

U komparativnoj teoriji i praksi autoru nije poznat pojam/pojam „nazivi za komercijalnu upotrebu“, za razliku od pojma „komercijalni nazivi“. U stvari, smatramo da bi bilo bolje da se u makedonskoj verziji ugovora koristi termin „komercijalni nazivi“, a ne „nazivi za komercijalnu upotrebu“.

Uopšteno govoreći, komercijalni nazivi su imena čija je funkcija da usmeravaju izbore potrošača i investitora i koja imaju ekonomske svrhe u svojoj upotrebi. Obično postoji zakonski vlasnik komercijalnog imena koji određuje njegova prava i ograničenja upotrebe. Komercijalna imena se razlikuju od mnogih drugih imena po tome što se sama imena mogu trgovati i imaju novčanu vrednost.⁴

Komercijalni nazivi, u pravnoj teoriji i praksi, obično označavaju ime i naziv firme. Zato, ispravno grčki istraživač Ioannis Armakolas⁵ koristi termin „*trade names*“ umesto termina „*commercial names*“, koji se koristi u Prespanskom sporazumu, za označavanje naziva za komercijalnu upotrebu.

Ali svi znakovi razlikovanja, kao što su žigovi, industrijski dizajn, korisni modeli, geografski nazivi, tradicionalni nazivi, a odnedavno i naziv domena, takođe

⁴ Paula Sjöblom, „Commercial names and unestablished terminology“, 93, *chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcgleclfindmkaj/http://www.genocat.cat/llengua/BTPL/ICOS2011/012.pdf*, 20. 9. 2023.

⁵ Ioannis Armakolas, „The implementation of the Prespa Agreement in commercial transactions“, ELIAMEP Hellenic Foundation for European & Foreign Policy, <https://www.eliamep.gr/en/activity/η-εφαρμογή-της-συνθήκης-των-πρεσπών-σ/>, 20. 9. 2023.

se mogu koristiti kao komercijalna imena. Iako ređe, kao komercijalni nazivi, mogu se koristiti i određena autorska dela, odnosno njihova imena.

Vrlo često postoji tendencija da se pomeša „komercijalni naziv“ sa „brendom ili žigom“. Naime, najčešće se pod „komercijalnim nazivom“ podrazumeva ime, naziv, skraćenica ili oznaka koja identifikuje i razlikuje kompaniju ili poslovni poduhvat, posao u njenoj komercijalnoj delatnosti.⁶ Komercijalni naziv razlikuje kompaniju koja kreira ili komercijalizuje proizvode ili pruža usluge, a zaštitni znak razlikuje proizvode ili usluge koje kompanija proizvodi, komercijalizuje ili pruža.⁷ Komercijalni nazivi mogu biti patronimska imena,⁸ registrovana imena, nazivi pravnih lica, fantazijska imena, nazivi koji se odnose na predmet korporativne delatnosti, anagrami i logotipi, slike, figure i crteži. Komercijalni nazivi, kao prava industrijske svojine, nezavisni su od naziva firme registrovanih u komercijalnom registru.⁹ Prema određenim teoretičarima, komercijalna imena se mogu podeliti u četiri potkategorije, a to su: naziv kompanije, žig, naziv proizvoda i brend.¹⁰

Naziv kompanije (takođe naziv firme). – Izraz je koji se dosledno odnosi na određeni posao. Ovaj naziv identifikuje kompaniju i razlikuje njene aktivnosti od drugih kompanija. U nemačkoj teoriji i pravu, termin *Unternehmensname*, na švedskom *foretagsnamn* i na finskom *irttisnimi* („naziv kompanije“) se često koriste u istom smislu. Finski Zakon o trgovačkim imenima koristi termin *toiminimi* („aktivno ime“, na švedskom „firma“) koji se odnosi na imena svih vrsta finansijskih participijenata, od privatnih preduzetnika do zadruga i korporacija na berzi (Toiminimilaki, 1979). Da stvar bude još komplikovanija, engleski izraz „*company name*“ ne odgovara, u bukvalnom smislu, terminima na ovim drugim jezicima. Smatramo da je engleski izraz „*trade names*“ najadekvatniji za označenje naziva kompanije/firme. Ovaj izraz se koristi i u čl. 8 i 9 Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine.¹¹ Za razliku od Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine, Konvencija o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu,¹² u čl. 2(viii) koristi termin komercijalna imena (*commercial names*).

⁶ Némesis Escalante – Associate in Honduras, „The Commercial Name and its importance“, <https://latinalliance.co/en/2020/09/04/the-commercial-name-and-its-importance/>, 20. 9. 2023.

⁷ Arcade & Asociados, „Trademarks and Commercial Names“, <https://www.arcadeasip.es/en/services/trademarks-and-commercial-names>, 20. 9. 2023.

⁸ Ime izvedeno iz imena sopstvenog oca, prema rečniku *off.net.mk*

⁹ P. Sjöblom, op. cit., 93, *chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/http://www.gencat.cat/llengua/BTPL/ICOS2011/012.pd*, 20. 9. 2023.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/287556>, 25. 9. 2023.

¹² <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283833>, 25. 9. 2023.

Nazivi kompanija podležu zakonu o trgovini i zakonima o trgovačkim imenima, pošto zakon određuje koje kompanije mogu postojati, postavlja ograničenja za nazive kompanija i reguliše rad i upotrebu trgovačkih imena. Makedonsko zakonodavstvo koristi termin „naziv kompanije/trgovačko ime i kompanija“. Prema Zakonu o trgovačkim društvima u daljem tekstu: ZTD),¹³ (obeležja trgovačkih društava su: firma, sedište i predmet poslovanja. Prema čl. 44 ZTD, „firma“ je naziv pod kojim društvo posluje i pod kojim učestvuje u pravnom prometu. Firma sadrži oznaku koja se odnosi na predmet poslovanja društva i oblik društva. Firma može sadržati dodatke (crteže, slike, simbole, oznake i sl.) koji služe za bliže obeležavanje firme, osim onih koji stvaraju ili mogu stvoriti zabunu u vezi sa predmetom poslovanja trgovačkim društvom, utiskom identiteta ili veze sa drugim trgovačkim društvom ili ako dovode do povrede prava industrijske svojine ili drugih prava drugih trgovačkih društava, odnosno lica registrovanih u zemlji i inostranstvu.¹⁴ Prema čl. 46 st. 3 i čl. 59 ZTD, firma se može koristiti kao žig, na način i pod uslovima utvrđenim zakonom. Naime, ovom odredbom ZTD upućuje na primenu odredaba Zakona o industrijskoj svojini,¹⁵ (u daljem tekstu: ZIS) koje se odnose na žig.¹⁶ Firma ne sme da sadrži imena, zastave, grbove ili druge državne ambleme drugih država ili međunarodnih organizacija bez njihove dozvole, niti se smeju oponašati u njihovom heraldičkom smislu.

Firma koja je ista kao i registrovana firma ili firma koje se jasno ne razlikuje od registrovane firme ne može se upisati u trgovački registar. Naime, pod jasnom razlikom, prema odredbi čl. 56 st. 4 ZTD, podrazumeva se ona koja se uočava sa pažnjom koja je uobičajena u poslovanju. Prema čl. 57 ZTD, ako se radi upisa u privredni registar registruju iste firme ili firme koje se međusobno jasno ne razlikuju, registrovaće se firma koja se prva prijavila. Pod uticajem nekadašnje jugoslovenske prakse registarskih sudova, i danas postoji praksa¹⁷ da se registruju firme

¹³ *Služben vesnik na RM*, br. 28/04; 84/05; 25/07; 87/08; 42/10; 48/10; 24/11; 166/12; 70/13; 119/2013; 120/13; 187/13; 38/14; 41/14; 138/14; 88/15; 192/15, 6/16, 61/16.

¹⁴ „Sud prima kao *notorni fakt* da je *Google* jedna od najvećih i najprepoznatljivijih kompanija na svetu koja nudi internet usluge i da je to nesporno među strankama“ (Presuda Osnovnog suda Skopje 2 Skopje, PS. br. 3448/07).

¹⁵ *Služben vesnik na RM*, br. 21/09, 24/11, 21/14.

¹⁶ „Prema utvrđenom faktičkom stanju pravilan je zaključak sudova da je Centralni registar, prilikom upisa osnivanja tuženog, postupio u saglasnosti sa zakonskim propisima i da se u konkretnom slučaju ne radi od povredi odredbe iz čl. 58 Zakona o trgovačkim društvima jer je reč o zaštiti naziva ustanove, a ne firme trgovačkog društva, koja zaštita je regulisana st. 2 čl. 11 Zakona o ustanovama“ (Presuda Vrhovnog suda Republike Makedonije, Rev. 1, br. 107/11).

¹⁷ Pred Osnovnim sudom Skopje 1 Skopje bili su zavedeni sporovi: PSS. br. 702/00, 703/00 i 704/00 između „Kompasa“ Skopje i „Kompas Holidejs“ Skopje, „Kompas“ Skopje i „Makedonski tu-roperator Kompas“ Skopje, „Kompas“ Skopje i „Kompas turs“ Skopje.

koja se razlikuju po jednom slovu¹⁸ ili uz dodatak određenog broja kao znaka razlikovanja, a imaju istu ili srodnu delatnost.¹⁹

Zakon protiv neloyalne konkurencije (u daljem tekstu: ZPNK),²⁰ koristi termin „posebna oznaka“. Pod posebnom oznakom, po našem mišljenju, treba uneti znakovne razlikovanja koje predviđa ZIS, uključujući nazive domena, etikete itd., bez obzira na to da li su prijavljeni ili registrovani. Ovakvu odredbu treba koristiti kao dopunu zaštite prema Zakonu o industrijskoj svojini, posebno kada se koristi za renomirane kompanije, oznake porekla proizvoda, geografske oznake, dobro poznate žigove, industrijski dizajn (model ili uzorak). Takođe smo vezani odredbama čl. 1(2) i čl. 9(1) Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine, čl. 22, 23 i čl. 40 TRIPS sporazuma, čl. 5–9 Direktive 2005/29/EZ, ali i prema odredbama ZIS-a, prema kojima se prilikom procene da li je znak podoban za razlikovanje robe ili usluga u prometu uzimaju u obzir sve okolnosti, a posebno vreme i obim prethodne upotrebe znaka u prometu roba ili usluga u Severnoj Makedoniji.²¹ Međutim, u slučaju spora kada se radi o povredi prava na znak razlikovanja, a posebno za povredu prava na žig, prednost ima onaj ko ima pravo prvenstva prijave ili registracije. Izuzetak od ovog pravila su dobro poznati žigovi²² i naziv firme, gde se za prioritet smatra dan upisa u trgovački registar. Dakle, kad god postoji očigledna zloupotreba nečije posebne oznake,²³ treba koristiti ovu odredbu ZPNK i tražiti zaštitu prava po principima neloyalne konkurencije.²⁴

¹⁸ Brend „БАБЕЛ“ preduzeća PP „Doner“ Skopje izaziva zabunu kod potrošača u pogledu porekla i kvaliteta alkoholnog pića jer neovlašćeno koristi slični znak sa žigom „BADEL“ brenda firme „Badel“ Zagreb, Hrvatska. V. pregled izvršenih inspeksijskih nadzora i preuzetih mera na osnovu neloyalne konkurencije Ministarstva za privredu Republike Makedonije – Republički tržišni inspektorat, br. 1619/3764/1, 7. 4. 1997.

¹⁹ Primer: „Sileks“ i „Siteks“, „Teteks“ i „Teteks 97“.

²⁰ *Služben vesnik na RM*, br. 80/99.

²¹ Prema čl. 176 ZIS-a, znak je podoban za razlikovanje u koliko proizvodima i uslugama, u poređenju sa istovrsnim ili sličnim proizvodima i uslugama, daje posebni, distinktivni karakter. Prilikom ocenjivanja da li je neki znak podoban za razlikovanje, uzimaju se u obzir sve okolnosti, a posebno vreme i obim njegove dotadašnje upotrebe u prometu.

²² „Radna organizacija koja upotrebljava svoje oznake na proizvodu proizvedenom od strane renomiranog proizvođača, vrši delo neloyalne konkurencije, jer stvara utisak da ta radna organizacija proizvodi robu istog kvaliteta kao i renomirani proizvođač i time čini privredni prestup“ (Presuda Vrhovnog privrednog suda PKŽ. br. 16/70), 1. 2. 1970.

²³ „Jedan od oblika neloyalne konkurencije je poslovanje koje predstavlja zloupotrebu tuđeg imena i tuđih spoljnih obeležja“, Odluka Vrhovnog privrednog suda 23. 3. 1972. Citirano prema Vesna Besarović, *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1984, 168.

²⁴ Takvi su bili slučajevi u makedonskoj praksi „Toblerone“ protiv „Piramida“, „Toblerone“ protiv „Toble Wia“, „Citroen“ protiv „Citroen Laze“, „Closs“ protiv „Glass“, „Versace“ protiv „Дани Версаче“, „Argeta“ protiv „Aneta“.

Ime domena je zamena za ime internet adrese. Stvarna internet adresa je broj sličan međunarodnim telefonskim brojevima. Da bi se lakše zapamtile adrese izražene brojevima, one se pretvaraju u „imena domena“. Donedavno, ovi nazivi domena mogli su biti izraženi samo latiničnim slovima i nisu mogli biti prikazani grafički. Ime domena je tekstualna adresa koju koriste pojedinci i pravna lica za pristup i usmeravanje drugih na svoje veb-stranice na internetu.²⁵ Što se tiče naziva domena, u Severnoj Makedoniji se primenjuje pravilo „prvi došao – prvi uslužen“ (first come / first served), što je u skladu sa svetskom praksom. U praksi postoji nekoliko slučajeva povrede prava na žig,²⁶ zbog neovlašćene registracije domena.²⁷

Naziv proizvoda. – Nemački *Markenname* ili *Produktname*; švedski *produktnamn* ili *tarakosnamn*; fi. *tuotenimi* „ime proizvoda“, jeste jezički izraz koji se odnosi na koncept proizvedenog ili razvijenog proizvoda za komercijalnu upotrebu. Proizvodi mogu biti predmeti, usluge, događaji itd. Naziv proizvoda je često uključen u registrovani žig i zbog toga može biti teško razlikovati žig i naziv proizvoda jedan od drugog (na primer „pivo“, „brandi“, „lozova rakija“, „komova rakija“, „vino“, „vino šardone“, „sir“). Nisu svi nazivi proizvoda deo žiga. Proizvod se takođe može identifikovati po nazivu proizvoda iz šire grupe proizvoda izraženih žigom.

Žigovi

Žig (nem. *Varenzeichen* ili *Geschäftsmarke*; švedski *varumärke*; fi. *tavaramerkki* „oznaka opreme“, na srpskom i hrvatskom „žig“, na makedonskom „ТРГОВСКА МАРКА“) može se definisati kao znak koji služi za razlikovanje određenih

²⁵ Opširnije za domen nazive: Jadranka Dabović Anastasovska, Valentin Pepeljugin, *Pravo na intelektualna sopstvenost*, Akademik, Skopje, 2012, 284–292.

²⁶ U ovom slučaju tuženi u svojoj poslovnoj delatnosti koristi i firmu i posebnu oznaku i time izaziva zabunu u javnosti u vezi firme i posebne oznake koje tužitelj zakonski koristi, jer internet korisnici, pristupajući internet portalu *Google.com.mk* smatraju da pristupaju makedonskoj verziji portala tužitelja, a ne tuženog. Iz ovih razloga sud smatra da su ispunjeni uslovi čl. 149 st. 3 ZIS-a i uslovi čl. 12 Zakona protiv neloyalne konkurencije.

²⁷ „Članom 20 st. 2 Pravilnika MARNET-a, gde je tuženi registrirao svoj domen, jasno je predviđeno da nije dozvoljeno da naziv domena korisniku omogućava lažno prisvajanje identiteta trećih lica. U konkretnom slučaju tuženi je prvi put registrovao domen u okviru MARNET-a 2004. godine, u vreme kada je tužitelj već bio dobro poznati subjekt ne samo u relevantnoj javnosti kojoj tužitelj pripada, već i u celokupnoj javnosti. Time jasno proizilazi da je tuženi zloupotrebio naziv tužitelja prilikom registracije svog domen imena“ (Presuda Osnovnog suda Skopje 2 Skopje, PS. br. 3448/07).

proizvoda i usluga iste ili slične vrste, koji se može grafički prikazati. Postoje i žigovi koji su netradicionalni, kao što su, na primer, muzika ili zvuk, mirisni žigovi, hologrami, itd. Važna funkcija žiga je da označi poreklo proizvoda ili usluge i da funkcioniše kao alat u marketingu.

Prema čl. 175 ZIS-a Severne Makedonije, koji je usklađen sa Pariskom konvencijom za zaštitu industrijske svojine,²⁸ TRIPS sporazumom,²⁹ žig štiti znak koji se može grafički prikazati i koji ispunjava uslove za razlikovanje dobara ili usluga učesnika u prometu dobara ili usluga drugog učesnika u prometu. Žig štiti znakove koje su podobni za razlikovanje kao što su: reči, slova, brojevi, slike, crteži, kombinacije boja, trodimenzionalni oblici, uključujući oblike robe ili njene ambalaže (boca koka-kole, trokraka Mercedes zvezda, itd.), kao i kombinacije svih gorenavedenih znakova. Prema odredbi čl. 176 ZIS-a, prilikom procene da li je znak podoban za razlikovanje dobara ili usluga u prometu, uzimaju se u obzir sve okolnosti, a posebno vreme i obim prethodne upotrebe znaka u prometu robe ili usluge u Severnoj Makedoniji. Međutim, u slučaju spora kada se radi o povredi prava na znak razlikovanja, a posebno za povredu prava na žig, prednost ima onaj ko ima pravo prvenstva prijave ili registracije. Izuzetak od ovog pravila su dobro poznati žigovi³⁰ i firme, kod kojih se prioritet smatra od dana upisa u trgovački registar.

Prema makedonskom ZIS-u, apsolutni razlog za odbijanje prijavljenog žiga je ako znak ukazuje samo na geografsko poreklo, ako njegov izgled može da stvori zabunu u prometu, a posebno da obmane prosečnog potrošača u pogledu geografskog porekla, ili ako je reč o znaku koji sadrži ili se sastoji od geografske oznake koja služi za označavanje vina ili alkoholnih pića, ako je podnosilac zahteva znao da se odnosi samo na vina i žestoka pića koja nisu sa tog geografskog područja i znak koji sadrži naziv ili skraćenicu naziva, državnog grba, zastave ili drugog zvaničnog znaka Severne Makedonije, kao i njihove imitacije, osim uz dozvolu nadležnog organa državne uprave.

Pored apsolutnih razloga za odbijanje registracije znaka kao žiga, ZIS navodi i relativne razloge. Među njima, relativni uzrok je ranije stečena reputacija, čin neloyalne konkurencije, prethodno zaštićeno pravo industrijske svojine i autorsko pravo na delo koje je identično ili slično objavljenom znaku.

²⁸ V. čl. 10-bis i 10-ter.

²⁹ V. čl. 22, 23 i čl. 40.

³⁰ „Radna organizacija koja stavlja svoje oznake na proizvod proizveden od renomiranog proizvođača, vrši delo neloyalne konkurencije jer ostavlja utisak da je ta radna organizacija proizvela robu istog kvaliteta kao i renomirani proizvođač i time čini privredni prestup“ (Presuda Vrhovnog privrednog suda PKŽ. br. 16/70, 1. 2. 1970).

Zaštitni znaci (brendovi)

Pod komercijalnim imenima većina ljudi prvenstveno misli na brendove. Termin brend se delimično preklapa sa nazivom kompanije i žigom. Brend je opštepriznato, finansijski vredno ime koje uključuje sliku viška vrednosti koju nude proizvodi. Žig se obično odnosi na mnoge grupe proizvoda (Nokia, Canon) i često se zasniva na nazivu kompanije (Ford) ili registrovanom žigu kompanije (Pepsodent®). Brendovi se kupuju i prodaju i njihova vrednost može drastično da poraste od vrednosti faktičke fabrike i profesionalaca koji tamo rade (Majkrosoft, Dizni, Gugl). Žig je, pre svega, ime, a iz perspektive vlasnika, ovo ime ima ključnu, jedinstvenu ulogu: sve može da se promeni, od pakovanja do proizvođača i marketinga ali ime brenda će ostati isto. Ime je suština brenda.³¹

U finskoj onomastici, uzajamna reč brändi (žig) se koristi na isti način kao i u marketinškoj literaturi pisanoj na engleskom jeziku. Međutim, u Nemačkoj i Švedskoj onomastici reč „brend“ nije tako uobičajena.³² U Severnoj Makedoniji reč „brend“, kako u stručnim i naučnim krugovima, tako i u svakodnevnom govoru, koristi se sve češće i veoma često i netačno, ali kao transliteracija engleskog izraza na makedonskom jeziku i ćiriličnom pismu. Čini se da su termini „*Markenname*“ i „*varumärke*“ tipični u takvim kontekstima u kojima se zapravo govori o brendovima i imenima. Tačno je da se pojmovi naziva proizvoda i brenda na neki način preklapaju, ali s druge strane, korišćenje oba može ponuditi mogućnost preciznije terminologije i uspešnog dijaloga sa istraživačima marketinga.³³

U široj javnosti, a ako hoćete i u stručnoj javnosti, uobičajeno je brkati ova dva pojma, međutim, veoma je važno identifikovati njihove razlike. Čini se da stručnjaci koji su radili na tekstu Prespanskog ugovora nisu imali dovoljno znanja o ovoj materiji i pobrkali su ove pojmove. Još veću zabunu stvara činjenica da Prespanski sporazum ne sadrži objašnjenje ili definiciju, posebno pojmova žigova (*trademarks*) i zaštitnih znakova (*brand names*).

Geografski nazivi

Pored navedenih potkategorija, rekli smo da se geografski nazivi (geografska oznaka i oznaka porekla proizvoda) često koriste kao komercijalni nazivi ili

³¹ P. Sjöblom, op. cit., 93, *chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/http://www.gencat.cat/llengua/BTPL/ICOS2011/012.pdf*, 20. 9. 2023.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

žigovi. Prema čl. 227 ZIS-a, oznaka porekla je geografski naziv zemlje, regiona ili mesta kojim se označava proizvod koji potiče sa tog područja i čiji su kvalitet i posebna svojstva isključivo ili pretežno uslovljeni geografskim okruženjem, uključujući i prirodne i ljudske faktore, a čija se proizvodnja, prerada i priprema uglavnom odvijaju na određenom ograničenom području porekla. Izuzev vina i drugih alkoholnih pića, proizvod može biti označen oznakom porekla kada sirovine za njegovu proizvodnju potiču sa šireg područja ili van područja prerade. Geografski naziv se može koristiti za označavanje prirodnih proizvoda, poljoprivrednih proizvoda, industrijskih proizvoda, zanatskih proizvoda i proizvoda domaće radinosti.

Prema odredbi čl. 228 ZIS-a, oznakom porekla, odnosno geografskom oznakom, može se zaštititi i geografski naziv određene zemlje, regiona ili mesta, koji je dugotrajnom upotrebom u prometu postao opšte poznat kao naziv proizvoda poreklom sa te teritorije, kao i tradicionalnu geografsku ili negeografsku oznaku koja se odnosi na određeno poreklo proizvoda, a ispunjava uslove.

Ako su oznake dva ili više mesta porekla proizvoda jednake ili skoro jednake u pisanoj formi, zaštita će biti dodeljena svim kvalifikovanim licima, ako se koristi u skladu sa dobrim poslovnim običajima, principima jednakosti i pravim informacijama. potrošača, osim ako to može dovesti do zabune javnosti u pogledu geografskog porekla. Takvi nazivi u pravu industrijske svojine poznati su kao „homonimi“.

Geografsko ime može biti zaštićeno u korist stranog fizičkog ili pravnog lica, kao i registracija ovlašćenog korisnika zaštićenog geografskog naziva samo ako su ta prava priznata u zemljama porekla i ako ispunjavaju uslove propisane ZIS-om. Ova prava mogu da uživaju strana fizička i pravna lica u slučaju da proizilaze iz međunarodnih ugovora koje je ratifikovala Severna Makedonija ili na osnovu bilateralnog sporazuma o uzajamnoj zaštiti, ako je to predviđeno propisima zemlje iz koje lice potiče. Iz ove odredbe proizilazi da će naša zemlja morati da prizna ova prava ovlašćenim korisnicima koji su poreklom iz zemlje članice Lisabonskog ugovora i sa onima sa kojima ima potpisan bilateralni sporazum, kao što je slučaj sa Republikom Grčkom.

Geografsko ime koje je već zaštićeno geografskom oznakom, odnosno oznakom porekla u Republici Severnoj Makedoniji, može biti zaštićeno u inostranstvu na osnovu bilateralnih ili međunarodnih sporazuma koje je ratifikovala naša država. Zahtev za zaštitu van zemlje mogu podneti samo korisnici geografskih naziva koji su upisani u odgovarajući registar Državnog zavoda za industrijsku svojinu (DZIS).

Prema međunarodnom registru geografskih oznaka „E-Bachus“, Albanija ima 36 geografskih oznaka, Crna Gora 9, Srbija 29, BiH 7, Moldavija 5, Gruzija 18, Ukrajina 2, a Grčka 156. Nažalost, Severna Makedonija nije registrovala nijednu geografsku oznaku.

Međutim, u Lisabonskom sistemu za međunarodnu registraciju oznake porekla proizvoda, Severna Makedonija ima registrovane 4 (četiri) oznake porekla proizvoda, kao zemlja porekla, i to: „makedonski ajvar“, registrovan u Međunarodnom registru pod brojem 894; „krivopalanečki med“, upisan u Međunarodni registar pod brojem 895; „disan“, upisan u Međunarodni registar pod brojem 896 i „kočanski oriz“, upisan u Međunarodni registar pod brojem 897.

Republika Grčka u okviru EU registrovala je geografsku oznaku „Makedonija“ za vino. (PGI Macedonia (ΠΙΓΕ Μακεδονία)). Prema zvaničnom objašnjenju, ova geografska oznaka ima sledeće karakteristike:

„Ogromna površina vinograda odgovara čitavom regionu Makedonije u severnom delu Grčke. Tačnije, geografska oznaka Makedonija (ΠΙΓΕ Μακεδονία) se prostire, od istoka ka zapadu, na sva vinogradarska područja prefektura Kavala, Drama, Seres, Kukuš, Solun, Halkidiki, Pela, Imatija, Pijerija, Lerin, Kožani, Kastoria i Grevena. Karakteristično je da se prošireni region Makedonije, u severnoj Grčkoj, pogodno može podeliti u tri glavne geografske grupe, koje odgovaraju istočnom, centralnom i zapadnom delu regiona. To je u velikoj meri razvijeno vinogradarsko područje i zbog svoje ogromne veličine ima raznolik i nepravilnu topografiju.“

Smatramo da je ovakva geografska oznaka neodrživa jer sam region, klima i vrsta grožđa koje se gaji imaju različite karakteristike. U stvari, sama Grčka to navodi kao obeležje navedene geografske oznake. Da bi se ispravile navedene nepravilnosti, vinska industrija Severne Makedonije treba da insistira u pregovorima sa grčkom industrijom vina iz regiona Makedonije u severnoj Grčkoj da se neke od ovih nepravilnosti isprave na nivou stručnjaka i u duhu dobrosusedske saradnje. Ovo tim pre ako se zna da Prespanski sporazum nema retroaktivno dejstvo niti utiče na sadašnju komercijalnu upotrebu, dok se ne postigne zajednički dogovor. Rešenje treba tražiti u jasnom razlikovanju proizvođača vina koji dolaze iz severnog područja Republike Grčke – Makedonije, od onih koji dolaze iz Republike Severne Makedonije. Po našem mišljenju, može se prihvatiti da jedni (iz severne Grčke) uvek koriste „plavo-belu kombinaciju“³⁴, a drugi iz Republike Severne Makedonije „crveno-žutu kombinaciju“³⁵. Istovremeno, i jednima i drugima

³⁴ Plava i bela boja su boje grčke zastave.

³⁵ Crvena i žuta boja su boje makedonske zastave.

moraće biti dozvoljeno da koriste izraz „makedonsko vino“, „makedonska vina“, ali sa jasnim razlikovanjem zemlje porekla.

SPROVOĐENJE ODREDBI PRESPANSKOG SPORAZUMA I FORMIRANJE
MEĐUNARODNE GRUPE EKSPERATA SASTAVLJENE OD PREDSTAVNIKA
REPUBLIKE GRČKE I SEVERNE MAKEDONIJE

Što se tiče komercijalne upotrebe žigova i zaštitnih znakova, sporazum predviđa da će obe zemlje podržavati i podsticati svoje poslovne zajednice da uspostave iskren, strukturiran i dobronamerni dijalog, u okviru kojeg će tražiti i postići obostrano prihvatljiva rešenja za pitanja koja proističu iz trgovačkih imena, žigova i zaštitnih znakova i sva ostala relevantna pitanja, bilateralno i međunarodno.

Kako je predviđeno sporazumom, tokom juna 2019.³⁶ godine formirana je Međunarodna grupa eksperata (u daljem tekstu: MGE), a posao je završila u roku od tri godine. Nažalost, MGE je održala samo dva sastanka, 22. juna 2019. u Skoplju,³⁷ i 20. decembra 2019. u Atini.³⁸ Na sastanku u Atini 20. 12. 2019. godine, usvojena su Pravila o proceduri za rad MGE. Pravila su napravljena samo na engleskom. Iako je prema čl. 4.3 Pravila o proceduri za rad MGE bilo predviđeno da se MGE sastaje najmanje dva puta godišnje, zbog pandemije kovida 19, MGE nije održavala nove sastanke.³⁹

³⁶ Vlada Severne Makedonije Odlukom/Rešenjem broj 45-4657/1 imenovala je 18. juna 2019. godine članove MGE – makedonski članovi: prof. dr Đorđi Filipov kopredsedavač, i članovi prof. dr Valentin Pepeljugoski, prof. dr Jadranka Dabović Anastasovska, prof. dr Arta Bilali i prof. dr Neda Zdraveva. Vlada Republike Grčke je imenovala sledeće članove MGE – grčki članovi: prof. dr Photeini Pazartzis – ko-predsedavač i članovi gđa Dimitra Chalikia, gđa Panagotia Georgopoulou, g. Charslampos Moulkitios, dr Efstathios Kousochinas. Kasnije je došlo do izmene u makedonskom delu, na mesto prof. dr Arte Bilai nakon njenog izbora u Parlament Severne Makedonije, naimenovan je g. Artin Spahiu. U grčkom delu MGE na mesta gđe Dimitre Chalikia i g. Charslampos Moulkitiosa naimenovani su gđa Christina Christopoulou i prof. dr Cherkos Charoutounian.

³⁷ V. <https://www.mfa.gr/en/current-affairs/statements-speeches/joint-statement-following-the-proceedings-of-the-first-plenary-meeting-of-the-international-group-of-experts-established-pursuant-to-art-par-subpar-of-the-prespa-agreement-skopje-22062019.html> i <https://mfa.gov.mk/en/page/1759/post/1847/odrzhan-prvot-sostanok-na-megjunarodnata-grupa-na-eksperti-megju-republika-severna-makedonija-i-hel>, 20. 9. 2023.

³⁸ V. <https://www.mfa.gr/en/current-affairs/news-announcements/second-meeting-of-the-international-group-of-experts-on-commercial-names-trademarks-and-brand-names-20-december-2019.html>; <https://mfa.gov.mk/mk/page/1759/post/2068/odrzhan-vtoriot-sostanok-na-megjunarodnata-grupa-na-eksperti-megju-republika-severna-makedonija-i-helenskata-republika>, 20. 9. 2023.

³⁹ Iako su se u oficijalnom saopštenju najavljivani novi sastanci, to se nije desilo... Obe delegacije su razmenile mišljenja i ohrabrine poslovne zajednice u obe zemlje da intenziviraju svoj dijalog u duhu Prespanskog sporazuma. Oba kopredsednika su se sporazumeli da se sledeći sastanak

Nažalost, tokom postojanja MGE, ni grčka ni makedonska poslovna zajednica nisu imale aktivnosti koje bi rezultirale njihovim zvaničnim sastankom, iako je bilo pokušaja da se takav sastanak održi. Postoji mišljenje da je na polju žigova potrebno imati konstruktivni pristup između dve strane, kako što sam sporazum nudi „pozitivnu agendu“, koja još nije uistinu postignuta u celosti, zbog nedostatka političke volje, uglavnom sa grčke strane.⁴⁰ Zanimljivo je da je osim jednog direktnog spora, koji je još aktivan i koji se vodi u Republici Sloveniji, samo makedonskoj kompaniji „Kožuvačanka“ EUIPO 2021. godine odbio/odbacio priznanje žiga „Makedonsko pivo“ prema čl. 7(1)(b) EUTMR i čl. 7(1)(c), zbog nedostatka distinktivnosti.⁴¹ Razlog za nezainteresovanost makedonske poslovne zajednice za ovaj deo sporazuma jeste mišljenje da neće imati problema zbog malog preklapanja proizvoda i usluga privreda Grčke i Severne Makedonije. Nažalost, čini se da makedonska poslovna zajednica nije svesna posledica u ekonomskim oblastima u kojima postoji preklapanje sa Republikom Grčkom, a to su poljoprivreda i posebno vino. Potvrda ove tvrdnje je i spor koji je Udruženje izvoznika iz Grčke – (SEVE) pokrenulo za poništenje žigova Udruženja „Vina Makedonije“ registrovanih u Republici Sloveniji. Ovo udruženje je registrovalo dva žiga u Republici Sloveniji i to: „Wines of Macedonia, Republic of North Macedonia“ (TM, br. 201970810) i „Wines of Macedonia“ (TM br. 201970811), obe sa pravom prvenstva od 24. 7. 2019. i registrovana 2. 6. 2020. Spor se vodi pred Osnovnim sudom u Ljubljani, pod brojem IV.Pg. 455/2022, koji još nije doneo prvostepenu odluku.

Udruženje izvoznika iz Grčke – (SEVE) podnelo je prijavu za kolektivni žig „M Macedonia The Great“ pred EUIPO, sa pravom prvenstva od 18. 11. 2019. Ovaj kolektivni žig registrovan je 27. 9. 2022. godine pod brojem 018153874, iako je podneto nekoliko zahteva za opservaciju. Naime, 8 opservacija⁴² i žalbe su podnela udruženja i kompanije iz Severne Makedonije, Bugarske i Austrije. U upravnom postupku odbijene su sve opservacije i žalbe. Po našem mišljenju, ovaj kolektivni žig nije u duhu Prespanskog sporazuma i EUIPO nije trebalo da ga registruje. Razlog je u pogrešnoj asocijaciji koju stvara kod prosečnog potrošača, što je lako

održi u Skoplju, u proleće 2020. godine i da se datum naknadno utvrdi. V.: <https://mfa.gov.mk/mk/page/1759/post/2068/odrzhan-vtoriot-sostanok-na-megjunarodnata-grupa-na-eksperti-megju-republika-severna-makedonija-i-helenskata-republika>; <https://www.mfa.gr/en/current-affairs/news-announcements/second-meeting-of-the-international-group-of-experts-on-commercial-names-trademarks-and-brand-names-20-december-2019.html>, 20. 9. 2023.

⁴⁰ I. Armakolas, „The implementation of the Prespa Agreement in commercial transactions“, ELIAMEP Hellenic Foundation for European & Foreign Policy, <https://www.eliamep.gr/en/activity/η-εφαρμογή-της-συνθήκης-των-πρεσπών-σ/>, 20. 9. 2023.

⁴¹ O ovome opširnije na: EUTMR<https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/017967530>, 20. 9. 2023.

⁴² Privredna komora Makedonije je 17. juna 2020. godine podnela opservaciju.

uočljivo. Boldirani deo sa kodom Grčke (GR) označava da je Makedonija Grčka, odnosno grčka. Uostalom, zato je na engleskom stavljen prefiks „the“. S druge strane, može se tumačiti i da je *Makedonija Velika* (*Macedonia The Great*) isto što i Grčka, odnosno da je grčka. Jedini element koji po našem mišljenju ima distinktivan karakter jesu plava i bela,⁴³ boje koje tradicionalno koristi Republika Grčka. Ove dve boje takođe dominiraju zastavom Republike Grčke.

Istovremeno, nekoliko grčkih kompanija je početkom 2020. godine podnelo prijave za žigove preko Madridskog sporazuma, odnosno Protokola Madridskog sporazuma za međunarodnu registraciju žigova, koji je sadržao reč „Makedonija“.⁴⁴ Iako postoji obaveza, prema čl. 177 ZISa Severne Makedonije, DZIS iz nama nepoznatih razloga nije tražio od podnosilaca da dostave odobrenje za upotrebu reči „Makedonija“ od makedonskog Ministarstva pravde.⁴⁵

Severna Makedonija će morati da se pridržava zakonodavstva EU, koje je zapravo postavljeno i kao pitanje u Evropskom parlamentu 19. 6. 2020,⁴⁶ pod brojem P-003679/2020. Prema odgovoru od 30. 7. 2020, „Evropska komisija je izrazila spremnost da da savet u kontekstu člana 1(3)h Prespanskog sporazuma. Od zemalja kandidata se očekuje da se postepeno usklađuju sa pravom EU, što uključuje priznavanje svih geografskih oznaka zaštićenih u EU, do datuma njenog pristupanja.“

Istovremeno, napominjemo da je EU već ratifikovala Ženevski akt Lisabonskog ugovora i da se sada mogu očekivati određeni problemi prilikom međunarodne registracije geografskih imena iz naše zemlje. Iz tog razloga, u okviru DZIS-a i Ministarstva poljoprivrede i vodoprivrede, mora se formirati radna grupa koja će svakodnevno pratiti sprovođenje ovog sporazuma, ali i podsticati makedonske subjekte da uspostavljaaju nove geografske oznake i oznake porekla.

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu odredbe Prespanskog sporazuma koje utiču na režim prava intelektualne svojine, preporučujemo reviziju makedonske regulative i usklađivanje sa propisima EU za žigove i nazive firmi, imena/nazive udruženja građana,

⁴³ Za Severnu Makedoniju to su crvena i žuta boja. Potreban je bilateralni sastanak na nivou eksperata između Grčke i Severne Makedonije da bi se rešilo pitanje „nacionalnih boja“.

⁴⁴ Jedna od tih prijava je Međunarodna prijava pod brojem IR 1490425 od 14. jula 2019. godine za žig „M Makedonija Palace“.

⁴⁵ U toku 2020. godine izdato je 97 odobrenja za korišćenje imena i/ili skraćenice reči „Makedonija, makedonsko, Mak, MK, MKD“ i slično.

⁴⁶ Parliamentary question | Answer for question P-003679/20 | P-003679/2020(ASW) | European Parliament (*europa.eu*), 20. 9. 2023.

institucije, nacionalne ustanove, javna preduzeća i dr., kao i propise o upotrebi državnih simbola i imena poznatih istorijskih ličnosti. Potrebna je državna strategija da li da se zauzme stav stroge kontrole i davanja dozvole za bilo kakvu upotrebu imena „Makedonija“, „Makedonac“, „mak“, MKD, MK, NMK i upotrebu nacionalnih simbola (zastave i grba), ili će se izvršiti puna liberalizacija po uzoru na neke evropske zemlje i SAD. U drugom slučaju, ostavljena je mogućnost sankcionisanja upotrebe suprotno dobroj poslovnoj praksi i principu savesnosti i poštenja, ali i zabrana korišćenja komercijalnih naziva, žigova i geografskih naziva koji mogu stvoriti zabunu na tržištu oko porekla proizvoda/usluga. U tom pravcu, poslovne zajednice Republike Grčke i Severne Makedonije će morati da se dogovore kako bi imale jasnu razliku između proizvoda i usluga koji dolaze iz ovih oblasti, da se ne bi stvarala zabuna posebno na stranim tržištima oko porekla proizvoda/usluga i kako bi se sprečili eventualni sporovi.

Prof. Dr. VALENTIN PEPELJUGOSKI
American University of Europe - FON
Law Office Pepeljugoski, Skopje

LEGAL EFFECT OF THE PRESPA AGREEMENT
BETWEEN THE REPUBLIC OF GREECE AND THE REPUBLIC
OF NORTH MACEDONIA, ONTO COMMERCIAL NAMES,
TRADEMARKS AND BRANDS

Summary

The main goal of this paper is to present that provisions of the Prespa Agreement clearly impact the regime of intellectual property rights, especially onto commercial names, trademarks and brand names. The used expressions especially into Macedonian translation of the Prespa Agreement are not precised and may create confusion between users of both countries (Greece and North Macedonia). For implementation of these provisions International group of experts was established, where participate experts from both countries. Although International group of experts supports and encourages their business communities to institutionalize sincere, structured and in good faith dialogue, in the context of which will seek and reach mutually accepted solutions on the issues deriving from the commercial names, the trademarks, the brand names and all relevant matters at bilateral and international level, no one meeting was held. There are few disputes between Macedonian and Greek companies for using the word Macedonia/Macedonian. However, we can expect the number of disputes to be increased especially in the final stage of accession of North Macedonia to EU. Because of that we recommend revision of Macedonian legislation and its harmonization with EU legislation.

Key words: commercial names, geographical names, intellectual property, Prespa agreement, trademarks

Literatura

- Armakolas I., „The implementation of the Prespa Agreement in commercial transactions“, ELIAMEP Hellenic Foundation for European & Foreign Policy, <https://www.eliamep.gr/en/activity/η-εφαρμογή-της-συνθήκης-των-πρεσπών-σ/>.
- Besarović V., *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1984.
- Dabović Anastasovska J., Pepeljugoski V., „Pravo na intelektualna sopstvenost“, Akademik, Skopje, 2012.
- Sjöblom P., „Commercial names and unestablished terminology“, <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/http://www.gencat.cat/llengua/BTPL/ICOS2011/012.pdf>.

PREGLEDNI RAD

SNEŽANA ŠARBOH
SAŠA ZDRAVKOVIĆ

TEHNIČKA UNAPREĐENJA I NJIHOVA PRAVNA ZAŠTITA U NAŠOJ ZEMLJI U PERIODU POSLE DRUGOG SVETSKOG RATA

Tehnička unapređenja su po svom stvaralačkom doprinosu najbliža pronalascima, sa kojima dele izvesne zajedničke karakteristike, a pre svega tehničku prirodu. Međutim, za razliku od pronalaska, tehničko unapređenje ne zadovoljava uslove patentibilnosti, jer nije novo ili nema inventivni nivo. Nasuprot tome, dok se za pronalazak ne vrši ispitivanje korisnosti, u slučaju tehničkog unapređenja njegova korisnost je od presudnog značaja. Iz navedenih razloga tehnička unapređenja po pravilu ne predstavljaju predmet industrijske svojine i nisu predmet zakonskih propisa kojima se reguliše zaštita pronalazaka, već je njihovo pitanje prvenstveno regulisano u okviru privrednog i radnog prava. Sledstveno tome, tehničko unapređenje svom autoru ne obezbeđuje isključiva prava koja su karakteristična za prava industrijske svojine. Ipak, uprkos tome, postojao je jedan period kada su tehnička unapređenja bila inkorporirana u patentno zakonodavstvo određenih zemalja uključujući i našu zemlju u posleratnom periodu.

Ključne reči: tehničko unapređenje, industrijska svojina, pronalazak, socijalizam

U V O D

Iako u literaturi postoje različite definicije pojma „inovacija“ i podele prema njihovoj vrsti, u ovom radu će biti korišćene definicije koje su date u Zakonu

Dr Snežana Šarboh, Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd, e-mail: ssarboh@zis.gov.rs.
Saša Zdravković, Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd, e-mail: szdravkovic@zis.gov.rs.

o inovacionoj delatnosti.¹ Shodno tome, prema odredbama ovog zakona inovacija jeste primena novog ili značajno poboljšanog proizvoda, procesa ili usluge sa ciljem stvaranja nove dodate vrednosti, i kao takva može biti inovacija proizvoda, inovacija procesa, inovacija organizacije ili marketinška inovacija.²

Kao što se vidi iz gorenavedenog, postoji više različitih vrsta inovacija, ali samo je izvestan broj karakterisan svojom tehničkom prirodom. Među njima posebnu vrstu inovacija predstavljaju tehnološke inovacije, koje obuhvataju posebnu grupu tvorevina koju karakteriše njihova tehnička priroda. Tehnološke inovacije omogućavaju poboljšanje kvaliteta proizvoda, osvajanje novih tržišta, povećanje i obima i fleksibilnosti proizvodnje, smanjenje troškova radne snage, smanjenje potrošnje materijala, energije i štetnog uticaja na životnu okolinu i slično.³

Ovo su samo neki od osnovnih razloga koji ukazuju zašto su tehnološke inovacije neophodne budući da je održanje konkurentne prednosti postalo zajednički imenitelj za sva preduzeća širom sveta i imperativ njihovog opstanka i prosperiteta. Treba posebno istaći da postoje različite vrste tehnoloških inovacija, koje se u zavisnosti od svog stvaralačkog doprinosa nalaze u kategorijama od korisnih ideja, korisnih rešenja, odnosno predloga, preko tehničkih unapređenja, pa sve do pronalazaka.⁴

Tehnička unapređenja su po svom stvaralačkom doprinosu najbliža pronalascima, sa kojima dele izvesne zajedničke karakteristike, a pre svega tehničku prirodu. Naime, poznato je da pronalazak predstavlja novo tehničko rešenje određenog problema koje ima inventivni nivo i koje je industrijski primenljivo. Ukoliko zadovoljava navedene uslove, poznate i kao uslovi patentibilnosti, pronalazak može biti zaštićen patentom kao pravom industrijske svojine koje svom nosiocu daje isključiva imovinska prava da spreči svako treće lice da pravi, koristi, odnosno da stavlja u promet zaštićeni pronalazak bez njegove saglasnosti; osim toga on obezbeđuje i odgovarajuća moralna prava pronalazaču.⁵

Sa druge strane tehničko unapređenje takođe predstavlja tehničko rešenje određenog problema koje je industrijski primenljivo. Međutim, za razliku od pronalaska, tehničko unapređenje nije novo ili nema inventivni nivo, što znači da ne zadovoljava gorenavedene uslove patentibilnosti. Osim toga, dok se za pronalazak

¹ Zakon o inovacionoj delatnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 129/21.

² Zakon o inovacionoj delatnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 129/21, čl. 2, st. 1, tač. 3–7.

³ Snežana Šarboh, „Upravljanje patentima projektnim konceptom u uslovima međunarodne harmonizacije“ doktorska disertacija, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Fakultet za menadžment malih i srednjih preduzeća, Beograd, 2013, 30–33.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

ne vrši ispitivanje korisnosti, u slučaju tehničkog unapređenja njegova korisnost je od presudnog značaja. Naime, tehnička unapređenja kao takva predstavljaju tehnička rešenja kojima se postiže povećanje produktivnosti rada, poboljšanje kvaliteta proizvoda, ušteda materijala, ušteda energije, bolje iskorišćavanje mašina ili instalacija, poboljšanje tehničke kontrole proizvoda, poboljšanje zaštite na radu ili unapređenje životne sredine i slično, što uslovljava korisnost kao svrhu njihove kreacije i primene.⁶ Iz navedenih razloga tehnička unapređenja po pravilu ne predstavljaju predmet industrijske svojine. Zbog toga tehnička unapređenja po pravilu nisu predmet zakonskih propisa kojima se reguliše zaštita pronalazaka, već je njihovo pitanje prvenstveno regulisano u okviru privrednog i radnog prava. Sledstveno tome, tehničko unapređenje svom autoru ne obezbeđuje isključiva prava koja su karakteristična za prava industrijske svojine.⁷ Ipak, uprkos tome, postojao je jedan period kada su tehnička unapređenja bila inkorporirana u patentno zakonodavstvo određenih zemalja.

ZAŠTITA TEHNIČKIH UNAPREĐENJA U SVETU

Uključivanje odredbi vezanih za zaštitu tehničkih unapređenja u propise koji pripadaju pravu industrijske svojine, konkretno u patentno zakonodavstvo, vezano je za period koji je usledio posle Oktobarske revolucije u Rusiji, do koje je došlo 1917. godine, i formiranja Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika (SSSR) 1922. godine. Novo društveno uređenje – socijalizam – koje je zamenilo Rusku imperiju, imalo je dijametralno suprotan odnos prema privatnoj svojini, čiji jedan oblik takođe predstavlja i industrijska svojina. Naime, budući da je socijalizam bio baziran na zajedničkom vlasništvu nad sredstvima za proizvodnju, koje kao takvo ima prednost nad privatnom svojinom, prava industrijske svojine kao isključiva, odnosno monopolska prava bila su u suprotnosti sa osnovnim načelima socijalizma kao takvog.⁸

Iz tih razloga u Sovjetskom Savezu se pristupilo stvaranju novog sistema zaštite industrijske svojine za koji se smatralo da bi bio primereniji izgradnji socijalističkog društva i koje se odvijalo kroz više faza. U prvoj fazi neposredno posle pobe- de Oktobarske revolucije (1918–1921) već postojeća prava industrijske svojine bila su nacionalizovana; tako je, na primer, bilo koji pronalazak koji bi bio koristan za državu postao državna svojina. U narednoj fazi, u vreme Nove ekonomske politike

⁶ Miodrag Janić, *Industrijska svojina i autorsko pravo*, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1973, 5–20.

⁷ *Ibidem*.

⁸ The Soviet Law of Inventions and Copyright, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=flr>, 12. 8. 2022.

(1921–1928) došlo je do delimičnog vraćanja privatne svojine u oblasti industrijske svojine, a pre svega nad patentima, uključujući i pravo na iskorišćavanje pronalaska.

Ova faza okončana je Staljinovim preuzimanjem vlasti i ponovnom dominacijom državne nad privatnom svojinom. U oblasti industrijske svojine ona je 1931. godine rezultovala donošenjem Zakona o pronalascima i tehničkim unapređenjima, u čijoj preambuli se navodi da davanje isključivih prava pronalazaču za njegove pronalaskе nije u skladu sa aspiracijama pronalazača koji su svesni svog položaja kao graditelja socijalističkog društva, te da je iz ovog razloga neophodno kreirati nove oblike za zaštitu pronalazaka koji će definisati odnose između pronalazača-trudbenika i socijalističkih vlasti tako da budu „u skladu sa ulogom pronalazača kao neposrednog učesnika u izgradnji socijalizma“.⁹ Mada nije došlo do ukidanja patenata, pomenutim zakonom je kao glavni oblik zaštite za pronalaskе i formalno uvedeno pronalazačko svedočanstvo.

Pored patenata i pronalazačkih svedočanstava, pomenuti zakon je sadržao i odredbe koje su se odnosile na tehnička unapređenja i racionalizacije.¹⁰ Mada je u početku bio ograničen na teritoriju Sovjetskog Saveza, po završetku Drugog svetskog rata ovakav sistem zaštite pronalazaka i tehničkih unapređenja proširio se na zemlje Istočne Evrope u kojima je došlo do uvođenja socijalističkog uređenja, ali i na neke druge vanevropske zemlje u kojima je takođe bilo uvedeno takvo uređenje. Njegov konačni nestanak i povratak na zakonska rešenja svojstvena kapitalističkom društvenom uređenju i tržišnoj ekonomiji usledio je posle promene društvenog uređenja u bivšim socijalističkim zemljama tokom devedesetih godina dvadesetog veka.¹¹

TEHNIČKA UNAPREĐENJA I NJIHOVA ZAŠTITA U POSLERATNOJ JUGOSLAVIJI

Što se tiče naše zemlje, od donošenja Uredbe o zaštiti industrijske svojine, koja je stupila na snagu 15. novembra 1920. godine, u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca (kasnije: Kraljevina Jugoslavija),¹² pa sve do kraja Drugog svetskog rata, tehnička unapređenja nisu bila uključena u zakonodavstvo u oblasti industrijske svojine.

⁹ The Soviet Law of Inventions and Copyright, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=flr>, 12. 8. 2022.

¹⁰ The Soviet Law of Inventions and Copyright, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=flr>, 12. 8. 2022.

¹¹ The Soviet Law of Inventions and Copyright, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=flr>, 12. 8. 2022.

¹² Snežana Šarboh, *Patenti Nikole Tesle – ka konačnoj listi*, Muzej Nikole Tesle, Beograd, 2006, 17–18.

Međutim, kako je u toku Drugog svetskog rata, uporedo sa borbom protiv okupatora, započela promena društvenog uređenja zemlje iz kraljevine u socijalističku republiku, do čega je konačno došlo 1945. godine proglašavanjem Federativne Narodne Republike Jugoslavije (FNRJ), ovaj zakon više nije bio kompatibilan sa novim društvenim uređenjem zemlje. U periodu između 1945. i 1948. godine FNRJ, kao jedna od novouspostavljenih socijalističkih država u Istočnoj Evropi, blisko je saradivala sa Sovjetskim Savezom i u mnogim oblastima je sledila teorijska i praktična rešenja koja su se razvila u SSSR-u.¹³

Do ovoga je došlo i u oblasti industrijske svojine, a naročito patentnog prava, što je rezultiralo donošenjem Zakona o pronalascima i tehničkim usavršavanjima¹⁴ 1. decembra 1948. godine. Ovaj zakon je predviđao zaštitu prava kako na pronalasku, tako i na tehnička usavršavanja (odnosno tehnička unapređenja i racionalizatorske predloge). U smislu ovog zakona tehničko unapređenje je nova stvaralačka primena poznatih metoda i pronalazaka na postojeći tehnološki proces koja predstavlja racionalnije rešenje određenog tehničkog problema, pri čemu je posebno naglašeno da tehničko unapređenje predstavlja novatorstvo. Iako tehnička unapređenja po svojoj prirodi ne ispunjavaju uslov apsolutne novosti, ipak je bilo predviđeno da se ona smatraju novim ako dotle nisu bila poznata ili primenjivana u određenoj grani privrede, što po svojoj suštini predstavlja jednu vrstu koncepta relativne novosti.¹⁵ Pored toga, različita lica u raznim privrednim granama mogla su istovremeno steći pravo na isto tehničko unapređenje, ako su ga stvorila nezavisno, što je u potpunosti u skladu sa karakteristikom tehničkih unapređenja da ona ne obezbeđuju isključiva prava koja su karakteristika prava industrijske svojine.

Prema odredbama ovog zakona bilo je predviđeno da se zaštita prava na tehničko unapređenje potvrđuje izdavanjem diplome o tehničkom unapređenju, takozvane novatorske diplome, čijim dobijanjem se sticao naziv novatora, koji je obavezno upisivan u diplomu zajedno sa ličnim imenom nosioca toga prava, iz čega proizilazi da su moralna prava na tehničko unapređenje pripadala njegovom autoru – novatoru.¹⁶

Međutim, situacija u vezi materijalnih prava bila je drugačija. Naime, izdavanjem diplome o tehničkom unapređenju ono je postajalo opštenarodna imovina i država je time neposredno sticala pravo njegovog iskorišćavanja. Izdavanjem diplome država je preuzimala na sebe staranje o ostvarenju tehničkog unapređenja,

¹³ M. Janić, op. cit., 5–20.

¹⁴ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 108/48

¹⁵ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 108/48, čl. 5–7.

¹⁶ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 108/48, čl. 35.

dok je njegovom autoru država obezbeđivala naknadu i druge povlastice.¹⁷ Sa druge strane, u pogledu obaveza i ovlašćenja za iskorišćavanje tehničkih usavršenja važila su odgovarajuća načela pomenutog zakona propisana za pronalaska za koje se izdaje pronalazačko svedočanstvo.¹⁸ To znači da je predviđeno da se visina naknade određuje u zavisnosti od tehničkog značaja i stepena društvene korisnosti tehničkog unapređenja, uštede i drugih korisnih efekata koje primena tehničkog unapređenja proizvodi za narodnu privredu, stepena njegove dovršenosti pronalaska, trajanja njegove primene pronalaska i značaja tehničkog unapređenja za kompleksni privredni plan. Visinu naknade i način njene isplate određivao je nadležni republički, odnosno savezni ministar ili predsednik komiteta, kao i rukovodeći organ ustanove, preduzeća ili druge jedinice koja je dobila tehničko unapređenje na iskorišćavanje.¹⁹ Pravo novatora na tehničko unapređenje nije bilo vremenski ograničeno, ali je moglo prestati da važi usled tehničkog prevazilaženja.²⁰ Mada ovo pravo nije moglo biti predmet prenosa na drugog, pravo na naknadu ipak je moglo preći na naslednike novatora.²¹

Postupak za izdavanje diplome o tehničkom unapređenju razlikovao se i od onoga za izdavanje patenta, i od onoga za izdavanje pronalazačkog svedočanstva.²² Naime, autor je prijavu tehničkog unapređenja podnosio nadležstvu, ustanovi, preduzeću ili drugoj jedinici čijem delokrugu je ono pripadalo (u nastavku: primalac prijave), pri čemu je prijava podnošena pisano, mada je izuzetno mogla biti podneta i usmeno. Ukoliko je autoru tehničkog unapređenja bila potrebna tehnička i stručna pomoć pri formulisanju prijave, preduzeća, ustanove, biroi, laboratorije, naučno-istraživački instituti, opitne stanice, zadružne i druge društvene privredne organizacije bili su dužni da mu takvu pomoć ukažu. Rokovi za ispitivanje podnete prijave iznosili su maksimalno do mesec dana (u slučaju da je prijava podneta ministarstvu), a sam postupak je okončavan prihvatanjem tehničkog unapređenja radi iskorišćavanja, odbijanjem ili preuzimanjem radi daljeg ispitivanja ili eksperimentisanja. U slučaju prihvatanja tehničkog unapređenja diplomu o tehničkom unapređenju izdavalo je nadležstvo, ustanova, preduzeće ili jedinica koja je prijavu

¹⁷ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 108/48, čl. 35.

¹⁸ Snežana Šarboh, Saša Zdravković, „Pronalazačka svedočanstva kao oblik zaštite pronalazaka“, *Pravni život*, br. 11, tom III, Beograd, 2022, 143–156.

¹⁹ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 108/48, čl. 12 i čl. 39–44.

²⁰ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 108/48, čl. 48.

²¹ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 108/48, čl. 47.

²² S. Šarboh, S. Zdravković, op. cit., 143–156.

primila i ispitala izvodljivost podnetog unapređenja ili predloga, koji su pre izdavanja diplome upućivali rešenje o prihvatanju tehničkog unapređenja zajedno sa njegovim opisom upravi za pronalazaštvo odgovarajuće narodne republike ili Saveznoj upravi za pronalazaštvo. Ukoliko su pomenute uprave imale prigovor u pogledu pravilnosti donetog rešenja, one bi upućivale ceo predmet nadležnom republičkom, odnosno saveznom ministarstvu ili komitetu, koji bi donosio konačno rešenje. Posle prijema potvrdnog mišljenja uprave za pronalazaštvo narodne republike, odnosno Savezne uprave za pronalazaštvo ili rešenja ministra ili predsednika komiteta kojim se potvrđuje njihovo rešenje o davanju prava na tehničko unapređenje primalac prijave je autoru – podnosiocu prijave izdavao diplomu o tehničkom unapređenju.²³

Nakon raskida sa Sovjetskim Savezom 1948. godine, a u vreme tranzicije FNR Jugoslavije iz državnog socijalizma prema novoj, specifičnoj varijanti socijalističkog uređenja, koju nije karakterisala državna, već društvena svojina nad sredstvima za proizvodnju i stvaranje takozvanog samoupravnog socijalizma, 1960. godine došlo je do usvajanja novog Zakona o patentima i tehničkim unapređenjima,²⁴ koji je doneo značajne promene u odnosu na zakon iz 1948. godine.²⁵ Prema ovom zakonu patent je zadržan kao jedini oblik zaštite pronalaska, dok su pronalazačka svedočanstva ukinuta, jer se smatralo da pripadaju nasleđu državnog socijalizma i da se kao takva ne uklapaju u novo društveno uređenje.²⁶ Nasuprot tome, ovaj zakon je i dalje sadržao odredbe koje se odnose na zaštitu tehničkih unapređenja, ali su one bile prilagođene novonastalom sistemu radničkog samoupravljanja.²⁷

Ovo se pre svega odnosi na činjenicu da autor tehničkog unapređenja rešava pitanja njegovog korišćenja i odgovarajuće naknade neposredno sa organizacijom (prvenstveno privrednom organizacijom), koja koristi to tehničko unapređenje. Naime, ovaj zakon je predviđao da odluku o priznanju prava na naknadu za tehničko unapređenje donosi organ samoupravljanja organizacije, a na zahtev samog autora. U tom cilju pomenuti organ bio je dužan da obrazuje stručnu komisiju koja će ispitati podneti zahtev i pisano podneti nalaz sa svojim predlogom.²⁸ U slučaju prihvatanja tehničkog unapređenja visina naknade utvrđivala se ugovorom

²³ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 108/48, čl. 78–83.

²⁴ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 44/60.

²⁵ M. Janić, op. cit., 5–20.

²⁶ Stojan Pretnar, *Pronalasci i tehnička unapređenja*, Informator, Zagreb, 1961, 71–79.

²⁷ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 44/60, čl. 1–3 i čl. 82.

²⁸ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 44/60, čl. 83–85.

između autora tehničkog unapređenja i organizacije koja ga je primenjivala, s tim što je pravo na naknadu autoru pripadalo najduže za tri godine primene tehničkog unapređenja.²⁹ Međutim, ukoliko bi pomenuti organ doneo odluku kojom odbija da prizna pravo na naknadu, ili u roku od tri meseca od dana podnošenja zahteva ne bi doneo odluku, onda je autor tehničkog unapređenja mogao tražiti da tročlano arbitražno veće odluči o tom zahtevu, pri čemu su autor i organizacija kojoj je podnet zahtev imenovali po jednog člana ovog veća, dok je predsednika veća imenovao okružni privredni sud nadležan prema sedištu organizacije, a koji je inače bio nadležan i za odlučivanje po eventualnoj tužbi za poništaj odluke arbitražnog veća.³⁰

Ovaj zakon takođe je predvideo da su privredne organizacije dužne da donesu pravilnike o tehničkim unapređenjima kojima će bliže regulisati postupak i uslove za ispitivanje i primenjivanje tehničkih unapređenja, kao i za određivanje naknade za ista. Pored toga ovim pravilnicima moglo je biti predviđena i mogućnost ustanovljavanja diplome za lica koja su ostvarila tehničko unapređenje, što nalikuje odgovarajućim odredbama iz prethodnog zakona iz 1948. godine.³¹

Posle punih dvadeset godina važenja ovaj zakon zamenio je Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja.³² Iako je samoupravni socijalizam i dalje predstavljao osnovu društveno-ekonomskog uređenja zemlje, novi zakon je imao i nekoliko dodatnih ciljeva čije ostvarivanje je trebao da omogućiti: podsticaj razvoja savremene domaće tehnologije, proširivanje materijalne osnove udruženog rada, kao i stvaranje uslova za proširivanje tehnološke saradnje sa drugim zemljama na ravnopravnoj osnovi i veće uključivanje u međunarodnu podelu rada u oblasti tehnološkog stvaralaštva.³³ Za razliku od prethodnog zakona, ovaj zakon je istovremeno regulisao sva prava industrijske svojine budući da se odnosio i na žigove, modele i uzorke, kao i na oznake porekla.

Prema njegovim odredbama tehničko unapređenje se štitilo pod uslovima i na način uređenim samoupravnim opštim aktom organizacije udruženog rada ili opštim aktom drugog društvenog pravnog lica.³⁴ Problemi koji su se pojavili

²⁹ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 44/60, čl. 85–86.

³⁰ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 44/60, čl. 88–89.

³¹ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 44/60, čl. 95.

³² Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 34/81.

³³ Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 34/81, čl. 1.

³⁴ Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 34/81, čl. 2. st. 3 i čl. 159.

tokom primene prethodnog zakona naveli su zakonodavca da pokuša da jasnije razgraniči kriterijume za određivanje patentibilnog pronalaska i tehničkog unapređenja, na šta ukazuje odredba da se tehničkim unapređenjem smatra i rešenje tehničkog problema kome nije priznata zaštita patentom, a što je još više naglašeno odredbom da se tehničko unapređenje ne može zaštititi patentom.³⁵ Sa druge strane, radi lakšeg razlikovanja od drugih tvorevina koje imaju tehnički karakter (kao što je, na primer, racionalizacija) propisano je da se pod tehničkim unapređenjem ne smatra rutinsko primenjivanje poznatih tehničkih sredstava i tehnoloških postupaka u procesu rada.³⁶

Autor tehničkog unapređenja bio je dužan da o tehničkom unapređenju pismeno obavesti organizaciju udruženog rada (OUR) u kojoj radi i u kojoj je tehničko unapređenje stvoreno, kao i da uz njega dostavi opis, podatke i crteže potrebne za razumevanje tehničkog unapređenja, kao i predlog za njegovu primenu. Sa druge strane, OUR je bio dužan da u roku od tri meseca od dana prijema obaveštenja o tehničkom unapređenju ispita tehničko unapređenje i da u pismenom obliku obavesti autora da li prihvata predlog tehničkog unapređenja. U slučaju prihvatanja predloga tehničkog unapređenja, OUR je bio dužan da sa njegovom primenom otpočne najkasnije u roku od godinu dana od dana prihvatanja predloga. Ukoliko OUR ne bi prihvatio dostavljeni predlog, onda je autor imao pravo da svoj predlog podnese drugom OUR-u na gore navedeni način. Isto tako, ukoliko bi OUR prihvatio predlog, ali ne bi otpočeo sa njegovom primenom u roku od godinu dana od njegovog prihvatanja, pravo na njegovu primenu sticali su svi OUR-i, ali uz obavezu plaćanja naknade autoru.³⁷

Za razliku od zakona iz 1948. godine, prema kome su evidencije o tehničkim unapređenjima vodile republičke i Savezna uprava za pronalazaštvo, ova obaveza je sada prešla na regionalne privredne komore. U slučaju spora o uslovima i načinu korišćenja tehničkog unapređenja, kao i o visini naknade, odlučivao je nadležni sud udruženog rada.³⁸

Pod uticajem ekonomske krize, kraj osamdesetih godina XX veka u Jugoslaviji doneo je zaokret od samoupravnog socijalizma u pravcu reformi čiji konačni

³⁵ Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 34/81, čl. 160.

³⁶ Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 34/81, čl. 159.

³⁷ Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 34/81, čl. 161–164.

³⁸ Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 34/81, čl. 165 i čl. 169.

cilj je bio pristupanje zemlje Evropskoj ekonomskoj zajednici (EEZ). Jugoslavija se našla na putu tranzicije prema tržišnoj privredi, što je zahtevalo opsežne promene domaćeg zakonodavstva, između ostalog, i u oblasti industrijske svojine. Zbog toga su 1990. godine usvojene Izmene i dopune Zakona o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja iz 1981. godine,³⁹ sa ciljem njegovog bar delimičnog prilagođavanja novonastalim okolnostima. Među najznačajnije izmene spadaju uvođenje pojma „preduzeće“, koji se kao alternativa pridružio pojmu „organizacija udruženog rada“, kao i brisanje kompletnog poglavlja IV o samoupravnom određivanju prava na korišćenje pronalazaka stvorenih u udruženom radu.⁴⁰

Uprkos svojoj nekompatibilnosti sa pravima industrijske svojine koja su bila predmet ovog zakona, odredbe o tehničkih unapređenjima su i dalje ostale njegov deo, iako je došlo do njihovih izvesnih izmena. Jedna od njih, do koje je došlo na zahtev brojnih udruženja pronalazača i novatora, odnosi se na preciznije utvrđivanje načina zaštite tehničkog unapređenja, što je ostvareno dodavanjem odredbe da se tehničko unapređenje štiti rešenjem o prihvatanju tehničkog unapređenja.⁴¹

Ovaj zakon je ujedno bio i poslednji koji je posle Drugog svetskog rata u svom nazivu sadržao pojam tehničkog unapređenja. Događaji koji su usledili posle njegovog donošenja, a pre svega raspad Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije koji je usledio 1991. godine, doveli su do toga je on ostao na snazi samo još u novoformiranoj Saveznoj Republici Jugoslaviji, dok su osamostaljene druge bivše jugoslovenske republike donele sopstvene zakone iz oblasti industrijske svojine. Međutim, harmonizacija nacionalnog prava sa međunarodnim standardima u oblasti prava industrijske svojine uslovlila je potrebu za još jednom izmenom važećih zakonskih rešenja. Iz ovih razloga, 1995. godine donet je novi set zakona iz oblasti intelektualne svojine koji je, između ostalog, obuhvatao i Zakon o patentima.⁴² U ovom zakonu tehničkim unapređenjima bio je posvećen samo jedan član – čl. 109⁴³ – koji je predviđao da se na tehničko rešenje koje u pogledu novosti i inventivnog nivoa ne ispunjava uslove patentibilnosti propisane za pronalazak,

³⁹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 3/90.

⁴⁰ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 3/90, čl. 1 i čl. 27.

⁴¹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, *Službeni list SFRJ*, br. 3/90, čl. 69.

⁴² Zakon o patentima, *Službeni list SRJ*, br. 15/95.

⁴³ Zakon o patentima, *Službeni list SRJ*, br. 15/95, čl. 109.

a kojim se postiže povećanje produktivnosti rada, poboljšanje kvaliteta proizvoda, ušteda materijala, ušteda energije, bolje iskorišćavanje mašina ili instalacija, poboljšanje tehničke kontrole proizvoda, poboljšanje zaštite i unapređenje životne sredine (odnosno tehničko unapređenje) shodno primenjuju odredbe zakona o pronalascima iz radnog odnosa, s tim što prava autora tehničkog unapređenja traju pet godina od početka primenjivanja.

Ovaj član zakona predstavlja ujedno poslednje pominjanje tehničkog unapređenja u našem pravu industrijske svojine, kome inače po svojoj suštini ni ne pripada. Iako nisu postojale u prvobitnom nacrtu zakona, ove odredbe su naknadno unete na insistiranje udruženja pronalazača i novatora, kojima se na ovaj način ipak izašlo u susret. Konačno, prisustvo odredbi o tehničkim unapređenjima u našim propisima iz oblasti industrijske svojine okončano je donošenjem Zakona o patentima iz 2004. godine,⁴⁴ koji više nije sadržao nijednu odredbu vezanu za tehnička unapređenja, čime je okončano višedecenijsko prisustvo tehničkih unapređenja, dugo čak 56 godina, u našim zakonima iz oblasti industrijske svojine.

ISTRAŽIVANJE TEHNIČKIH UNAPREĐENJA PRIJAVLJENIH SAVEZNOJ UPRAVI ZA PRONALAZAŠTVO

Rezultati višegodišnjeg prikupljanja podataka o tehničkim unapređenjima, odnosno novatorstvima (sprovedenog u periodu 2020–2023. godine)⁴⁵ pokazali su da su u periodu između 1949–1954. godine u Registru novatorstva Savezne uprave za pronalazaštvo (dalje: Uprava) bila upisana ukupno 294 registrovana novatorstva. Inače, podnošenje zahteva za registraciju novatorstava započelo je već 1949. godine, dakle odmah nakon donošenja Zakona iz 1948. godine, a završilo se zaključno sa 1954. godinom, kada su podnete poslednje prijave za registraciju novatorstva. Za razliku od patenata i pronalazačkih svedočanstava, registrovana novatorstva nisu objavljivana, već su samo upisivana u pomenuti registar odmah po pristizanju u Upravu.

Prve dve godine od uvođenja ovog sistema za registraciju novatorstava karakteriše veliki broj prijava – 89 novatorstava u 1949. godini i 125 novatorstava u 1950. godini. Međutim, u naredne četiri godine usledio je nagli pad broja prijava – od 36 novatorstava u 1951. godini, preko 26 novatorstava u 1952. godini i 15 novatorstava u 1953. godini, do samo 3 novatorstva prijavljena Saveznoj upravi za pronalazaštvo u 1954. godini.

⁴⁴ Zakon o patentima, *Službeni list Srbije i Crne Gore*, br. 32/04.

⁴⁵ Istraživanje je sprovedeno na arhivskoj građi Saveznog zavoda za patente (1921–1988) koja se čuva u Arhivu Jugoslavije u Beogradu.

Zanimanja podnosilaca koja su navedena u registru novatorstva bila su raznovrsna, a uključivala su, između ostalih, i sledeća: profesor doktor, inženjer, hemičar, stolar, doktor, tokar-majstor i limarski majstor. Od toga najveći broj činili su inženjeri (njih 86), od kojih je najviše bilo inženjera elektrotehnike i mašinskih inženjera, dok se pored njih pojavljuju i doktori nauka (16) sa svojim tehničkim unapređenjima, kao i određeni broj magistara nauka (6), iz čega proizilazi da je među autorima novatorstava bilo ukupno 108 eksperata iz različitih oblasti tehnike.

Takođe je zanimljiv i podatak da je većina novatorstava imala samo jednog autora (ukupno 235), što čini čak 80% od ukupnog broja, dok je broj novatorstava sa dva autora znatno manji (ukupno 39, odnosno 13%), kao i broj novatorstva sa tri ili više autora (ukupno 20, odnosno 7%). Među registrovanim novatorstvima postojalo je čak i jedno sa šest autora, što je ujedno i najveći broj autora koji su radili zajedno na jednom novatorstvu.

Najveći broj registrovanih novatorstava pripadao je sledećim oblastima tehnike: telefonija, elektrotehnika, mašinstvo, farmacija, hemija, građevinarstvo, rudarstvo, saobraćaj, stomatologija, grejanje, železnice, štamparstvo i poljoprivreda.

Sa druge strane, najveći broj tehničkih unapređenja (tj. novatorstava) potekao je iz sledećih republika: Srbija (133), Hrvatska (81), Slovenija (51), Bosna i Hercegovina (17) i tako dalje.

U novatorstvu učesće je uzeo i određeni broj žena – ukupno šest – doprinoseći mu svojim ostvarenim tehničkim unapređenjima. Od ukupno 294 novatorstva, žene su učestvovala u ukupno 10 novatorstava, što iznosi samo 3,4% od njihovog ukupnog broja. Novatorstva čiji su autori bile žene odnosila su se na oblast hemije, farmacije, tekstila i proizvoda od gume i linoleuma.

Pored toga, treba istaći da je postojala i mogućnost pretvaranja dokumentacije podnete za novatorstvo u neku drugu vrstu prijave. Tako je npr. utvrđeno postojanje slučajeva pretvaranja novatorstava u tehnička unapređenja i obratno, zatim iz varije u novatorstvo, iz novatorstva u pronalazačka svedočanstva i obratno, racionalizatorstva u novatorstvo i drugo, što jasno ukazuje na određenu fleksibilnost procedura njihove registracije, sa jedne strane, kao i na specifičnost tadašnjeg koncepta industrijske svojine, prema kome su u nju, pored pronalazaka, bila uključena tehnička unapređenja i racionalizacije, sa druge strane.

Ukoliko se analizira broj tehničkih unapređenja prema gradovima iz kojih potiču autori i/ili preduzeća u kojima su radili, uočava se da je najveći broj potekao iz Beograda (ukupno 82), potom iz Zagreba (35), zatim Maribora (18), Rijeke (13), Novog Sada (11), Pule (9), Ljubljane (8), Jesenica (8), potom Osijeka, Zemuna, Sarajeva, Pančeva, Splita, Zenice, Niša, Skoplja, itd.

Postojao je i jedan mali broj tehničkih unapređenja – ukupno dva – za koja nisu bila navedena imena novatora, već samo preduzeća u kojima su oni bili zaposleni.

Prijave za registraciju novatorstava prvenstveno su podnosila preduzeća u kojima su novatori radili ili su pak prijave podnošene preko ministarstava koja su imala odgovarajuće nadležnosti. Međutim, u određenom broju slučajeva prijave su podneli sami novatori. Po broju registrovanih novatorstava najviše su istakle pojedine fabrike lekova (24 novatorstva), pojedine tvornice električnih strojeva (14 novatorstava), izvestan broj železara (7 novatorstava), zatim i fabrike aviona (6 novatorstava) i drugi. Kada se uzme u obzir broj tehničkih unapređenja prijavljenih preko ministarstava, uočava se da ih je najviše podneto preko sledećih: Ministarstvo teške industrije (16), Ministarstvo pošte (13), Ministarstvo železnica (12), Ministarstvo elektroprivrede (11), Generalna direkcija crne metalurgije (8), Ministarstvo lake industrije (6), Ministarstvo građevina (5), itd.

Takođe, postojao je i određeni broj poverljivih tehničkih unapređenja, koja su upisana bez naziva tehničkog unapređenja, kao npr. 1949. godine (ukupno 4) i 1952. (1), što čini ukupno pet.

Zanimljivo je i da su postojala i tehnička unapređenja sa dva naziva novatorstva. Otkrivena su ukupno tri takva tehnička unapređenja, kao što su mašinski alati u poljoprivredi i zatim projekti u topionicama, kao i plutinizirani gumeni ulošci i ploče za obuču.

Novatorstva nisu bila zavedena pod registarskim brojevima, već pod rednim brojem i uz navođenje godine u kojoj su upisana u registar prijave tehničkih unapređenja. Interesantno je da određeni broj novatora bio iz naučno-istraživačkih institucija i preduzeća koja su imala sopstvena odeljenja za istraživanje i razvoj, što se može videti na osnovu njihovih zvanja, titula i rezultata stvorenih tehničkih unapređenja kojima su obeležili razdoblje u kome su radili i stvarali, nakon Drugog svetskog rata.

Sprovedeno istraživanje u cilju prikupljanja podataka o tehničkim unapređenjima u FNR Jugoslaviji predstavlja verovatno prvi pokušaj da se sistematizuje postojeća arhivska građa sa ciljem da se identifikuju sva novatorstva registrovana kod Savezne uprave za pronalazaštvo. Sistematizacija je izvršena na osnovu njihovih naziva i drugih sačuvanih bibliografskih podataka. Međutim, nepostojanje objavljenih opisa tehničkih unapređenja, koji su neophodni za njihovo otkrivanje u tehničkom smislu, onemogućava njihovo uključivanje u nacionalnu bazu podataka, kao i u inostrane baze patentnih dokumenata. Iz ovog razloga prikupljeni podaci o tehničkim unapređenjima prvenstveno imaju ulogu dodatnog izvora za praćenje razvoja industrije, nauke i tehnike, kao i inovacione politike u FNR Jugoslaviji u periodu između 1949. i 1954. godine.

ZAKLJUČAK

Tehnička unapređenja, koja kao takva takođe predstavljaju intelektualnu tvorevinu, po svom stvaralačkom doprinosu najbliža su pronalascima, sa kojima dele izvesne zajedničke karakteristike, a pre svega tehničku prirodu. Međutim, zbog nedostatka novosti i/ili inventivnosti, tehnička unapređenja po pravilu ne predstavljaju predmet industrijske svojine i nisu predmet zakonskih propisa kojima se reguliše zaštita pronalazaka, već je njihovo pitanje prvenstveno regulisano u okviru privrednog i radnog prava. Ipak, uprkos tome, postojao je jedan period kada su tehnička unapređenja bila inkorporirana u patentno zakonodavstvo određenih, uglavnom socijalističkih zemalja uključujući tu i našu zemlju. Prisustvo odredbi o tehničkim unapređenjima u našim propisima iz oblasti industrijske svojine, koje je započelo još 1948. godine, okončano je tek donošenjem Zakona o patentima iz 2004. godine, tako da je trajalo čak 56 godina. Pored toga, istraživanjem sprovedenim u Arhivu Jugoslavije utvrđeno je da su kod Savezne uprave za pronalazaštvo u periodu 1948–1954. bila registrovana 294 novatorstva.

Dr. SNEŽANA ŠARBOH
Senior Counselor, Intellectual Property Office
Belgrade
SAŠA ZDRAVKOVIĆ
Senior Counselor, Intellectual Property Office
Belgrade

INVENTOR'S CERTIFICATES AS A FORM OF PROTECTION OF INVENTIONS

Summary

In terms of their creative contribution, technical improvements are closest to inventions, with which they share certain common characteristics, such as their technical nature. However, unlike an invention, a technical improvement does not meet the requirements of patentability, because it is not new or it does not involve inventive step. In addition, while the utility of the invention is not being examined, in the case of technical improvement its utility is of crucial importance. For the aforementioned reasons, technical improvements are not, as a rule, the subject of industrial property and they are not the subject of legal regulations regulating the protection of inventions, but their matter is primarily regulated within the framework of commercial and labour law. Consequently, a technical improvement does not provide its author with the exclusive rights that are characteristic of industrial property rights. Nevertheless, despite this, there was a period when technical improvements were included in the patent legislation of certain countries including our country in the post-war period.

Key words: technical improvement, industrial property, invention, socialism

Literatura

- Janić M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*, Novinska ustanova „Službeni list SFRJ“, Beograd, 1973.
- Pretnar S., *Pronalasci i tehnička unapređenja*, Informator, Zagreb, 1961.
- Šarboh S., *Patenti Nikole Tesle – ka konačnoj listi*, Muzej Nikole Tesle, Beograd, 2006.
- Šarboh S., „Upravljanje patentima projektnim konceptom u uslovima međunarodne harmonizacije“, doktorska disertacija, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Fakultet za menadžment malih i srednjih preduzeća, Beograd, 2013.
- Šarboh S., Zdravković S., „Pronalazačka svedočanstva kao oblik zaštite pronalazaka“, *Pravni život*, br. 11, tom III, Beograd, 2022.

STRUČNI RAD

JELENA TEŠIĆ

RAZLIKE U GREJS PERIODU U RAZLIČITIM PATENTNIM SISTEMIMA I RAZLOZI ZA NJEGOVO UVOĐENJE

Grejs period, koji omogućava da se pronalazak otkrije od strane pronalazača ili podnosioca, najčešće šest do dvanaest meseci pre podnošenja prijave patenta, postoji u velikom broju zemalja kao što su Sjedinjene Američke Države (SAD), Rusija, Kina, Australija, i druge. Ovakav period ne postoji u Evropskoj patentnoj konvenciji (EPC) kao ni u nacionalnim zakonima o patentima većine zemalja članica Evropske patentne organizacije (EPO), uključujući i Republiku Srbiju, što predstavlja jedan od problema za harmonizaciju patentnog prava na međunarodnom nivou. Iako za sada nema naznaka da će EPO menjati svoju regulativu i uvesti grejs period, EPO je uključen u diskusije koje se vode da bi se procenila korist i posledice od eventualnog uvođenja grejs perioda u EPC. Postoje različiti razlozi za uvođenje mogućnosti da se pronalazak otkrije od strane pronalazača ili podnosioca šest ili dvanaest meseci pre podnošenja prijave, u Republici Srbiji ono zavisi i od eventualnog uvođenja grejs perioda u EPC.

Ključne reči: grejs period, otkrivanje pronalaska bez štetnih posledica, podnošenje prijave patenta

U V O D

Grejs period u patentnim sistemima može da ima različito značenje. U najužem smislu grejs period je vreme koje protekne do datuma podnošenja prijave patenta ili datuma prioritarnog dokumenta tokom kog pronalazač ili podnosilac

Jelena Tešić, magistar bioloških nauka, Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd, e-mail: jtesic@zis.gov.rs.

može da otkrije svoj pronalazak bez narušavanja novosti onoga što želi da štiti patentom. Period koji protekne od trenutka otkrivanja pronalaska javnosti do podnošenja prijave patenta je najčešće 6 ili 12 meseci. U širem značenju grejs period obuhvata sva otkrivanja pronalaska javnosti bez štetnih posledica, uključujući, osim od strane pronalazača ili podnosioca, i otkrivanja kao što su na primer očigledna zloupotreba u odnosu na podnosioca prijave ili njegovog pravnog prethodnika. Otkrivanje uključuje i izlaganje pronalaska, od strane podnosioca prijave ili njegovog pravnog prethodnika, na zvaničnoj ili zvanično priznatoj izložbi. Dva načina otkrivanja pronalaska bez štetnih posledica obuhvaćena su čl. 11. Zakona o patentima Republike Srbije.¹ Ovaj član zakona omogućava da se pronalazak koji je bio sadržan u stanju tehnike (odnosno otkriven pre podnošenja patentne prijave) smatra novim (u periodu do šest meseci pre dana podnošenja prijave), zbog ili kao posledica bilo podnošenja prijave za zaštitu pronalaska od strane drugog lica koje je došlo do pronalaska zloupotrebom (na primer prethodnim potpisivanjem ugovora o poverljivosti kojim se obavezao da ne sme da otkrije pronalazak) ili zbog izlaganja pronalaska od strane podnosioca prijave ili njegovog pravnog prethodnika, na zvanično priznatoj izložbi u smislu Konvencije o međunarodnim izložbama.

PREGLED STATUSA GREJS PERIODA U ZAKONIMA O PATENTIMA
ZEMALJA ČLANICA SVETSKE ORGANIZACIJE
ZA INTELEKTUALNU SVOJINU (WIPO)

Sekretarijat Stalnog komiteta za patentno pravo (*Standing Committee on the Law of Patents*) WIPO je pripremio pregled² članova iz primarne legislative zemalja članica WIPO (npr. Zakon o patentima) koji su bili na snazi u junu 2023, a koji se odnose na grejs period. WIPO je u ovom pregledu koristio izraz za grejs period u širem značenju odnosno pokazani su i članovi onih zakona koji ne predviđaju otkrivanje od strane podnosioca ili pronalazača šest ili 12 meseci pre podnošenja prijave.

Od 157 zemalja članica PCT (Patent Cooperation Treaty) sistema, podaci za grejs period, odnosno prevod člana zakona koji se odnosi na grejs period, dati su za 111 zemalja članica i pet regionalnih organizacija. Kada su u pitanju regionalne organizacije one imaju različitu regulativu vezanu za grejs period. Evroazijska patentna organizacija (EAPO) dozvoljava otkrivanje pronalaska od strane pronalazača

¹ Zakon o patentima, *Službeni glasnik RS*, br. 99/11, 113/17 – dr. zakon, 95/18, 66/19 i 123/21.

² WIPO SCP Secretariat, Certain Aspects Of National/Regional Patent Laws, Status as of June 2023, Revised Annex II of document SCP/12/3 Rev. 2, https://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/national_laws/grace_period.pdf, 28. 8. 2023.

ili podnosioca ili osobe koja je direktno ili indirektno došla do informacije od strane pronalazača ili podnosioca, ali samo u periodu od šest meseci pre podnošenja prijave. Ostale regionalne patentne ili organizacije za intelektualnu svojinu dozvoljavaju samo otkrivanje kao posledicu izlaganja na zvanično priznatoj međunarodnoj izložbi (Afrička regionalna organizacija za intelektualnu svojinu [ARIPO] i to u roku od šest meseci) ili kao posledicu izlaganja na zvanično priznatoj međunarodnoj izložbi i/ili kao posledicu zloupotrebe (Afrička organizacija za intelektualnu svojinu [OAPI] daje vreme od 12 meseci, a Evropska patentna organizacija [EPO] šest meseci). Patentni zavod saveta za saradnju arapskih zemalja golfskog zaliva (GCC) za slučaj zloupotrebe daje 12 meseci, a za izlaganje pronalaska na izložbi pre podnošenja prijave patenta daje grejs period od šest meseci.

Kada je reč o pojedinačnim zemljama, prikazane su odredbe nacionalnih zakona 111 zemalja članica PCT ugovora. Grejs period se za ove zemlje može grupisati u tri veće grupe. U prvoj grupi onih koje dozvoljavaju samo otkrivanje pronalaska od strane podnosioca i/ili pronalazača (ili osoba koje su preko njih došle do pronalaska) šest ili 12 meseci pre podnošenja prijave patenta nalazi se 18 zemalja. U drugoj grupi, ukupno 43 zemlje dozvoljavaju da se pronalazak otkrije u periodu do šest ili 12 meseci usled očigledne zloupotrebe i/ili usled izlaganja na izložbi. U trećoj grupi, u kojoj se, pored otkrivanja pronalaska od strane pronalazača/podnosioca, šest ili 12 meseci pre podnošenja prijave patenta, pronalazak ne smatra da je u stanju tehnike i ako je otkriven usled zloupotrebe i/ili izlaganja na izložbi, odnosno grupi koja predstavlja neku vrstu kombinacije prve i druge grupe, nalaze se 44 zemlje. Iz ovoga proizilazi da najveći broj zemalja daje širu mogućnost podnosiocu/pronalazaču da otkrije svoj pronalazak pre podnošenja prijave patenta bilo izlaganjem na izložbi ili nekim drugim putem, a štiti ga i od zloupotrebe trećih lica. Međutim, duplo je veći broj zemalja koje ne dozvoljavaju bilo kakvo otkrivanje pronalaska, osim izlaganja na međunarodno priznatoj izložbi ili očiglednoj zloupotrebi (druga grupa) u odnosu na one koje ne pominju mogućnost da otkriveni pronalazak usled zloupotrebe u odnosu na podnosioca ne bude stanje tehnike već dozvoljavaju samo otkrivanje pronalaska od strane podnosioca i/ili pronalazača (prva grupa). Postoje i drugi razlozi za ne uzimanje otkrivenog pronalaska kao stanja tehnike. Među ovih 111 zemalja, 19 zemalja kao mogućnost da pronalazak bude objavljen, a da se ne uzima kao stanje tehnike, uzima i moguću grešku zavoda koji je objavio prijavu patenta bez saglasnosti podnosioca. Dalje, u Južnoj Africi i Zambiji se ne uzima u obzir korišćenje pronalaska od strane podnosioca radi tehničke probe ili eksperimenta. U Ekvadoru pronalazak može da bude otkriven kao posledica zvanične naredbe, dok su u Indiji izuzeta i otkrivanja kao posledica komunikacije sa vladom koja vrši istragu vezanu za pronalazak. U Singapuru je

dozvoljeno da se do 12 meseci ranije otkrije pronalazak udruženjima čiji je glavni cilj promocija učenja ili nauke, dok u Kini pronalazak može, do šest meseci ranije, da bude otkriven na akademskom ili tehnološkom sastanku, itd. U Kini prva tačka člana zakona o patentima, koji se odnosi na grejs period, kaže da kada je pronalazak/kreacija otkrivena javnosti po prvi put u svrhu javnog interesa u uslovima vanrednog stanja u zemlji ili neke izuzetne situacije u zemlji do šest meseci pre datuma podnošenja, ovo neće osporiti novost takvog pronalaska. Ova odredba je uneta u kineski zakon u oktobru 2020, u vreme vanrednog stanja koje je uvedeno zbog epidemije izazvane kovidom 19. Na taj način je omogućeno da se zbog vanrednih okolnosti otkrije pronalazak, radi sveopšteg dobra, a za koji će zatim moći da se podnese i prijava patenta. Dakle, nacionalni zakoni, osim najčešćih, mogu imati i različite specifične odredbe vezane za otkrivanje pronalaska bez štetnih posledica pre podnošenja prijave patenta.

S druge strane, postoje zemlje koje nemaju nikakve odredbe vezane za grejs period kao što su Kipar, Mongolija i Sveta Lucija.

DOKUMENTI KOJI MORAJU DA SE DOSTAVE U SLUČAJU KORIŠĆENJA GREJS PERIODA

U nekim sistemima, kao na primer u SAD, nije obavezno dostavljati dodatne dokumente kojima se, za podnesenu prijavu patenta, daje informacija o korišćenju grejs perioda (deklaracija) ili dostaviti sama dokumenta kojima je pronalazak otkriven pre podnošenja prijave (na primer objavljeni naučni rad, poster na simpozijumu, itd.). Međutim, da bi podnosilac ili pronalazač mogao da koristi pravo na grejs period, on na određenim teritorijama mora da dostavi različite dodatne dokaze, npr. deklaraciju. Tako na primer u Republici Koreji podnosilac u prijavi mora da navede da je otkrio pronalazak u periodu do 12 meseci pre podnošenja prijave i da, u roku od 30 dana od dana podnošenja prijave podnese dokument kojim se dokazuju relevantni podaci. Ovaj period može u određenim slučajevima da se produži ako podnosilac plati dodatnu taksu. U Japanu mora pri podnošenju prijave da dostavi i pisanu izjavu da je otkrio pronalazak do godinu dana pre podnošenja prijave, i da, u roku od 30 dana, dostavi dokaz o tom otkrivanju. U Zimbabveu pronalazač mora pre izlaganja pronalaska na zvaničnoj izložbi ili pre čitanja rada pred stručnom javnosti ili davanja dozvole da se takav rad objavi, da notar u pisanu napomenu o nameri da tako postupi.

U Srbiji podnosilac mora pri podnošenju prijave patenta da navede ukoliko je pronalazak otkriven na zvanično priznatoj izložbi i da, u roku od četiri meseca od datuma podnošenja, dostavi zavodu potvrdu o takvom izlaganju.

PRAVO RANIJEG KORISNIKA

U sistemima koji omogućavaju da se pronalazak od strane pronalazača otkrije do godinu dana pre podnošenja patentne prijave, postavlja se pitanje mogućnosti korišćenja takvog pronalaska od strane trećeg lica. Pravo ranijeg korisnika (*Prior user rights*) je pravo trećih lica da koriste pronalazak ukoliko je takvo korišćenje započelo pre podnošenja prijave patenta za isti pronalazak. Australija je zemlja koja dozvoljava zaštitu prava ranijeg korisnika. Ovo je još jedan od razloga zbog koga bi podnosioci trebalo da budu stimulisani da prvo podnesu prijavu patenta, a zatim objave svoj pronalazak. Osim na osnovu otkrivanja pronalaska od strane budućeg podnosioca prijave patenta, korišćenje zasnovano na nezavisnom dolasku do istog pronalaska može takođe da predstavlja osnovu za pravo ranijeg korisnika. Teret dokazivanja postojanja osnova za pravo ranijeg korisnika je na trećem licu koje to pravo želi da koristi. Ovakve odredbe ne postoje u EPC, kao ni u nekim zemljama kao što su Japan, Republika Koreja i SAD. U takvim zemljama treća strana ne može da stekne pravo ranijeg korisnika tokom grejs perioda. Čak i otkrivanje trećeg lica koje se dogodilo u periodu između otkrivanja pronalaska od strane budućeg podnosioca prijave patenta i podnošenja prijave (*intervening disclosures*) u nekim zemljama neće uticati na novost i inventivnost pronalaska. U drugim nacionalnim zakonima postoje odredbe koje štite treća lica kao što je to i slučaj u domaćem zakonu o patentima. Prema čl. 23. Zakona o patentima, patent ili mali patent ne deluje prema savesnom licu koje je pre datuma priznatog prava prvenstva prijave na teritoriji Republike Srbije već otpočelo korišćenje u proizvodnji zaštićenog pronalaska ili izvršilo sve neophodne pripreme za otpočinjanje takvog korišćenja. Takvo lice ima pravo da nastavi korišćenje pronalazaka isključivo u proizvodne svrhe, u svom sopstvenom pogonu ili u tuđem pogonu za sopstvene potrebe, i ono može preneti svoje pravo na korišćenje pronalaska drugom licu, samo sa proizvodnim pogonom u kome je pripremljeno ili otpočelo korišćenje tog pronalaska.

EVROPSKI PATENTNI SISTEM I GREJS PERIOD

EPO je u 2022. godini objavio analizu uticaja eventualnog uvođenja grejs perioda u evropski patentni sistem.³ EPO u ovoj analizi izraz za grejs period koristi u užem smislu, odnosno za ona otkrivanja koja su dozvoljena pronalazaču/podnosiocu u roku od šest meseci ili godinu dana pre podnošenja prijave patenta.

³ Yann Ménière, Sylvie Strobel, *The European Patent System And The Grace Period: An Impact Analysis*, (EPO), june 2022, [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/319885A87F357435C12588620043B592/\\$File/the_european_patent_system_and_the_grace_period_study_en.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/319885A87F357435C12588620043B592/$File/the_european_patent_system_and_the_grace_period_study_en.pdf), 28. 8. 2023.

Sumirani su rezultati sprovođenja ankete među korisnicima evropskog patentnog sistema kako bi se procenila svrsishodnost sadašnjeg patentnog sistema (EPC), a u svetlu zahteva za harmonizacijom grejs perioda na međunarodnom nivou. Ovakve sveobuhvatne ankete se koriste pri diskusijama koje se vode kako bi se procenilo kako patentni sistem utiče kako na podnosiocima, tako i na društvo u celini, a rade se već više godina unazad. Zaključeno je da od strane korisnika nisu prijavljeni veći problemi pri korišćenju EPC, a manje poteškoće se javljaju u univerzitetskom sektoru kao i kod podnosilaca iz SAD. Procenjeno je da bi uvođenje grejs perioda bilo korisno za oko 6% prijave patenata.

Iako je procena, na osnovu problema sa kojima se susreću podnosioci evropskih prijave patenata, da uvođenje grejs perioda može da dovede do ekonomske koristi, veliki broj zahteva za korišćenje grejs perioda bi doveo do pravne nesigurnosti i kompleksnosti koja ne bi bila stimulatívna za pronalazaštvo. Procenjuje se da bi grejs period najviše koristile američke kompanije i da bi pravna nesigurnost pogodila većinom evropske kompanije. Samo ukoliko bi se grejs period koristio kao sigurnosna mreža koja se ne bi previše koristila i koja bi omogućila npr. evropskim istraživačkim organizacijama da ga iskoriste da razviju i komercijalizuju svoj pronalazak proizašao iz naučnih istraživanja, onda bi uvođenje grejs perioda bilo svrsishodno.

Prema podacima iz Japana i Koreje, do kojih je EPO došao, korišćenje grejs perioda opada za 40% ukoliko postoji obaveza podnošenja deklaracije (tj. izjave o prethodnom otkrivanju pronalaska), dok kombinovanje obaveze dostavljanja deklaracije i prava prethodnog korisnika ili samo prava prethodnog korisnika (kao npr. u Australiji) dovodi do dve trećine manje prijave koje koriste ovu mogućnost. Ukoliko bi u evropski patentni sistem bio uveden grejs period bez ograničenja (obaveza podnošenja deklaracije kao i pravo prethodnog korišćenja), povećala bi se pravna nesigurnost. Uvođenje ove dve dodatne obaveze za podnosioca dovele bi do uspostavljanja ravnoteže u sistemu.

Većina evropskih zemalja je usklađena sa EPC, odnosno nemaju grejs period od 12 meseci, ali postoje i evropske zemlje koje ga imaju, a članice su EPO. To su Estonija, Letonija i Turska, dok San Marino ima šestomesečni grejs period. Među zemljama koje nisu članice EPO, ali u kojima može da se validira evropski patent, takođe postoje one koje u svojim nacionalnim zakonima predviđaju mogućnost priznavanja novosti pronalasku koji je već bio otkriven od strane podnosioca. Među četiri zemlje sa kojima je EPO potpisao sporazum o validaciji evropskog patenta, Maroko i Kambodža imaju klauzulu u svom zakonu koja omogućava da pronalazak bude otkriven od strane podnosioca 12 meseci pre podnošenja prijave patenta.

ZALAGANJE ČLANICA EVROPSKE PATENTNE KONVENCIJE ZA UVOĐENJE IZMENA U GREJS PERIODU

Izlaskom Ujedinjenog Kraljevstva (UK) iz Evropske unije, ova zemlja je u mogućnosti da potpisuje ugovore koji se ne odnose i na ostale članice Evropske unije. Međutim, UK je i dalje članica EPO i njen grejs period je za sada usklađen sa EPC. Pri potpisivanju protokola o pristupanju Ujedinjenog Kraljevstva CPTPP partnerstvu (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*),⁴ koji je objavljen u avgustu 2023, UK se sporazumela sa članicama ovog partnerstva u vezi sa primenom čl. 18.38 Sporazuma (*Trans-Pacific Partnership Agreement*) koji je deo CPTPP. CPTPP je sporazum o slobodnoj trgovini (FTA) između 11 zemalja širom Pacifika: Kanade, Meksika, Perua, Čilea, Novog Zelanda, Australije, Bruneja, Singapura, Malezije, Vijetnama i Japana. Član 18.38 sporazuma se odnosi na grejs period i kaže da svaka strana neće uzeti u obzir za određivanje novosti ili inventivnosti pronalaska informaciju koja je javno otkrivena (a) od strane podnosioca ili osobe koja je dobila informaciju direktno ili indirektno od podnosioca i (b) ako se desila do 12 meseci pre datuma podnošenja prijave na teritoriji zemlje članice. Potpisivanjem sporednih pisama (*side letters*) sa svih 11 članica CPTPP, UK se obavezala da promoviše harmonizaciju na međunarodnom nivou u skladu sa čl. 18.38 ovog sporazuma kao i na nivou Evropske patentne konvencije (*European Patent Convention*) i Strazburške patentne konvencije (*Strasbourg Patent Convention*) kako oni ne bi bili u suprotnosti sa čl. 18.38 sporazuma. Ovo s jedne strane omogućava UK da se čl. 18.38 TPP inkorporisan u CPTPP, ne primenjuje dok se ne primene izmene EPC, ali s druge strane obavezuje UK da radi na promovisanju izmena EPC kada je reč o grejs periodu. UK je u obavezi i da dostavlja godišnji pisani izveštaj u vezi sa konkretnim radnjama koje je preduzela da promoviše harmonizaciju i usvajanje pravila grejs perioda na međunarodnim forumima, uključujući Evropsku organizaciju za patente.

ZAKLJUČAK

Iako se u svetu već godinama zagovara harmonizacija prava u oblasti patenata, uključujući i pitanje grejs perioda, i dalje postoje značajne razlike koje se odnose pre svega na to da li pronalazač ili podnosilac mogu da otkriju svoj

⁴ The Accession of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: Agreement Summary, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1178187/cptpp-agreement-summary.pdf, 22. 9. 2023.

pronalazak šest ili 12 meseci pre podnošenja prijave patenta. S jedne strane su zemlje koje daju takvu mogućnost svojim podnosiocima, koje su u većini, dok su s druge strane zemlje koje primenjuju tzv. striktno pravilo novosti koje podrazumeva da podnosilac jedino može da otkrije pronalazak na zvanično priznatoj izložbi šest meseci pre podnošenja prijave, ili da je takvo otkrivanje urađeno kao posledica očigledne zloupotrebe. EPO se već duži niz godina bavi procenom korisnosti uvođenja grejs perioda koji imaju SAD, Japan, Koreja, Australija i druge zemlje. EPO je trenutno na stanovištu da bi balans između preteranog korišćenja ove pogodnosti od strane podnosioca, i pravne nesigurnosti za treća lica s jedne strane i mogućnosti da se zaštite neki otkriveni pronalasci, posebno u univerzitet-skim krugovima, koji su prerano otkriveni, s druge strane, bilo uvođenje dodatnih ograničenja za takve pronalaskes. Ta ograničenja su obaveza podnošenja deklaracije i pravo prethodnog korisnika. Ukoliko bi se uz ovakva ograničenja korišćenje grejs perioda svelo na obezbeđivanje sigurnosne mreže, tj. dozvoljavanje da se takvo otkrivanje u ograničenom vremenskom roku ne uzima kao stanje tehnike, za slučajeve kada je iz nekih posebnih razloga objavljivanje pronalaska urađeno pre podnošenja prijave patenta, onda bi njegovo uvođenje bilo opravdano. Bez ovakvih ograničenja došlo bi do velikog broja zahteva za korišćenje grejs perioda što bi umanjilo pravnu sigurnost i povećalo kompleksnost sistema. Iako EPO pitanje grejs perioda razmatra pre svega sa aspekta značaja za korišćenje sopstvene intelektualne svojine od strane podnosilaca, pitanja vezana za grejs period se razmatraju i imajući u vidu da takvi propisi mogu biti nametnuti kao posledica trgovinskih ugovora (na primer između Evropske komisije i SAD). Uticaj trgovinskih pregovora na pitanja intelektualne svojine je stalno prisutan. U Japanu i Koreji je na primer grejs period od 12 meseci uveden nakon potpisivanja sporazuma o slobodnoj trgovini sa SAD. Učešće UK u CPTPP partnerstvu je takođe uslovljeno delovanjem UK u smislu favorizovanja pravila za grejs period koja nisu na snazi ni u UK ni u EPC.

Pravna nesigurnost za one koji bi koristili prerano otkrivene pronalaskes je bitan nedostatak sistema u kome podnosilac može da otkrije bilo kojim putem svoj pronalazak pre podnošenja prijave patenta. Treća lica ne znaju da li će za takvo otkrivanje biti podnesena prijava ili ne i da li će na kraju biti odobren patent za takav pronalazak. U Republici Srbiji ovakva pravna nesigurnost je dodatno povećana time što je Srbija zemlja članica EPO i što evropski patenti mogu da se validiraju na našoj teritoriji onda kada su priznati u Evropskom zavodu. S obzirom na to da ispitivanje prijave patenta u EPO može da traje i do nekoliko godina kao i da nosilac evropskog patenta ne mora da validira evropski patent na našoj teritoriji, dodavanje još jedne godine na ovaj vremenski period bi

dodatno onemogućilo da se neki pronalasci, koji na kraju neće imati važnost na teritoriji Srbije, jer nije validiran na našoj teritoriji evropski patent, slobodno koriste. Prema statistici, u poslednjih pet godina preko 1.000 evropskih patenata se godišnje validira na teritoriji Republike Srbije. Na primer u 2022. je podneseno 1.046 zahteva za upis evropskog patenta u Registar patenata Republike Srbije. Imajući u vidu da je EPO u 2020. godini objavljeno čak 81.754 odobrenih evropskih patenata,⁵ proizilazi da na kraju samo oko 1% evropskih patenata ostane da važi na našoj teritoriji, odnosno ne može da se koristi bez dozvole nosioca prava. Ukoliko se izmene za grejs period unesu u EPC, osim pravne nesigurnosti, za Srbiju će takođe bitno pitanje biti i usklađivanje regulative i metodologije rada pri ispitivanju novosti pronalaska, imajući u vidu da je Republika Srbija posvećena pridruživanju Evropskoj uniji. Pored toga biće potrebno i upoznavanje javnosti sa izmenama.

Pitanje harmonizacije grejs perioda u svetu je još uvek otvoreno i, mada se rade procene korisnosti njegovog uvođenja, usklađivanje sa drugim sistemima se često vrši usled potrebe za sklapanjem trgovinskih sporazuma, odnosno iz ekonomskih razloga, zatim iz političkih, ali i unutrašnjih, ili razloga koji se tiču javnog zdravlja, a mogu da budu presudni za uvođenje grejs perioda.

JELENA TEŠIĆ, M.A.
Counselor, Intellectual Property Office
Belgrade

DIFFERENCES IN GRACE PERIOD OF DIFFERENT PATENT SYSTEMS AND REASONS FOR ITS INTRODUCTION

Summary

A grace period, which allows the invention to be disclosed by the inventor or applicant six to twelve months before the filing of a patent application, exists in a large number of countries such as the United States of America (USA), Russia, China, Australia, and others. Such a period does not exist in the European Patent Convention (EPC) nor in the national patent laws of the most member countries of the European Patent Organization (EPO), including the Republic of Serbia, which represents one of the problems for the harmonization of patent law at the international level. Although there is currently no indication that the EPO will change its regulations and introduce a grace period, the EPO is involved in ongoing discussions to assess the benefits and consequences of the eventual introduction of a grace period into the EPC. There are various

⁵ Source: EPO, Patent Index 2022, Statistics at a glance, Status: 30. 1.2023, https://link.epo.org/web/Patent_Index_2022_statistics_at_a_glance_en.pdf, 22. 9. 2023.

reasons for the introduction of the possibility for the inventor or applicant to disclose the invention six or twelve months before filing the application, in the Republic of Serbia it depends also on the eventual introduction of a grace period in the EPC.

Key words: grace period, non-prejudicial disclosure of invention, filing a patent application

Literatura

Ménière Y., Strobel S., „The European Patent System And The Grace Period: An Impact Analysis“, (EPO), june 2022, [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/319885A87F357435C12588620043B592/\\$File/the_european_patent_system_and_the_grace_period_study_en.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/319885A87F357435C12588620043B592/$File/the_european_patent_system_and_the_grace_period_study_en.pdf).

STRUČNI RAD

DORĐE KRIVOKAPIĆ
ANDREA NIKOLIĆ

APPLICATION OF DATA PROTECTION STANDARDS TO ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS: AUTOMATED DECISION MAKING AND PROFILING

Personal data became an essential part of the AI development and use, serving as the foundation for training AI models to recognise patterns, enhance accuracy, and enable personalisation, used across the industries. Even in the post-development phase, AI constantly relies on data to function, produce results, and refine its learning. The General Data Protection Regulation sets a harmonised set of standards in order to ensure a high level of protection of personal data in the EU, while many national laws follow the same standards. On the other hand, the artificial intelligence (AI) is still regulated through soft law instruments, like Ethics guidelines for trustworthy AI. In this paper, the shared values of both legislative approaches would be explored. Further, the paper analyses three different concepts: automated decision making, profiling, and using the AI in the context of data protection regulation, offering some guidelines for better understanding the data controller's obligations and the data subject's rights, as well as better undertaking the mandatory risk assessment.

Key words: data protection, GDPR, artificial intelligence, artificial intelligence systems, automated decision-making, profiling

Dr. Đorđe Krivokapić, Associate Professor, Faculty of Organizational Sciences, University of Belgrade, Masaryk University, Brno, Czech Republic, e-mail: djordje.krivokapic@fon.bg.ac.rs.

Andrea Nikolić, Teaching Assistant, Faculty of Organizational Sciences, University of Belgrade, e-mail: andrea.nikolic@fon.bg.ac.rs. This article is supported by the European Regional Development Fund (ERDF) project "CyberSecurity, CyberCrime and Critical Information Infrastructures Center of Excellence" (No. CZ.02.1.01/0.0/0.0/16_019/0000822).

SETTING THE CONTEXT

In the age of digital transformation, while immense benefits await organisations across the private and public sectors, it is the data that stands at the forefront as the foundational pillar. For businesses navigating the digital era, data is not merely an asset - it became an essential fuel driving the development of artificial intelligence (hereinafter: AI) and positioning it as the linchpin of modern economic resources.¹

Personal data is pivotal for AI development and use, serving as the foundation for training AI models to recognise patterns, enhance accuracy, and enable personalisation, used across the industries. AI thrives on personal data sourced from various channels like social media, news sources, and mobile apps. During its development, data trains machines to enhance their learning abilities. Even in the post-development phase, AI constantly relies on data to function, produce results, and refine its learning. A significant portion of this data is personal.² But, personal data and AI are a two-way street: personal data feeds AI, while AI produces more inferred data, which can be qualified as personal data.³ Therefore, personal data have increasingly become both the source and the target of AI applications.⁴

In practice, in various situations AI systems make complex and hard-to-verify predictions about individual behaviours and personal lives using vast and varied data, which can lead to biased and invasive decisions. While data protection laws aim to safeguard privacy and identity, they presently fall short in addressing the unique challenges posed by AI: for example, that individuals are granted little control or oversight over how their personal data is used to draw inferences about them.⁵

¹ Đorđe Krivokapić, Andrea Nikolić, “Regulisanje informacionih dobara kao resursa digitalne ekonomije”, *Surveillance Capitalism - Collection of works from the scientific conference*, SANU, 2021, 143–161.

² Bureau Européen des unions de consommateurs, “Automated Decision Making and Artificial Intelligence - A Consumer Perspective”, *BEUC Position Paper*, available at: www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf, 10. 10. 2023.

³ Giovanni Buttarelli, “Privacy in an age of hyperconnectivity”, *keynote speech at the Privacy and Security Conference 2016*, Rust am Neusiedler, available at: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/speeches/privacy-age-hyperconnectivity_en, 10. 10. 2023.

⁴ Council of Europe, Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108) - Report on Artificial Intelligence: Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies, available at: <https://rm.coe.int/artificial-intelligence-and-data-protection-challenges-and-possible-re/168091f8a6>, 10. 10. 2023.

⁵ Sandra Wachter, Brent Mittelstadt, “A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI”, *Columbia Business Law Review*, No. 2, 2019.

Given the sheer volume, source diversity, need for accuracy, processing complexity, and at times the unpredictable and non-transparent results, numerous data protection and privacy concerns arise.

INTRODUCTION TO KEY CONCEPTS: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PERSONAL DATA

One of the early definitions of artificial intelligence encompassed a combination of science and engineering in the development of intelligent systems in order to define the concept of AI.⁶ Contemporary definitions mostly portray AI as the simulation of human intelligence processes using appropriate algorithms, code, or techniques with the assistance of machines or computer systems.⁷ Thus, artificial intelligence can be generally explained as the simulation of intelligent computer behaviour and the ability of a machine to mimic intelligent human behaviour.⁸

Some definitions of AI are even proposed in certain legal documents, including the Ethics guidelines for trustworthy AI,⁹ the OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence,¹⁰ etc. One of the definitions proposed within the European Commission's Communication on AI said that "artificial intelligence refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals".¹¹ So, we can see that definitions of AI generally agree that AI systems have varying levels of autonomy, can have a variety of outputs including predictions, recommendations, decisions, and content, that humans play a role in defining the objectives of a system and providing data or inputs, that influence physical or

⁶ John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester, Claude Shannon, "A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence (1955)", *Artificial Intelligence: What Everyone Needs to Know* (ed. Jerry Kaplan), Oxford University Press, 2016.

⁷ Dragan Prlja, Gordana Gasmi, Vanja Korać, *Veštačka inteligencija u pravnom sistemu EU*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2021, 65.

⁸ Merriam-Webster Dictionary, available at: www.merriam-webster.com/dictionary/artificial%20intelligence, 10. 10. 2023.

⁹ Ethics guidelines for trustworthy AI, available at: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419, 10. 10. 2023.

¹⁰ The OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence, available at: <https://legal-instruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>, 10. 10. 2023.

¹¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25.4.2018 COM(2018) 237 final, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>, 10. 10. 2023.

virtual environments, and can take a variety of forms, but there is a lack of agreement on which systems fall under the scope of AI.

Generally speaking, artificial intelligence involves the use of machines that learn from data, process natural language, and develop intelligence comparable to human intelligence. It encompasses six disciplines: natural language processing, knowledge representation, automated reasoning, machine learning, computer vision, and robotics.¹² Machine learning is understood as any methodology and set of techniques that can employ data to come up with novel patterns and knowledge, and generate models (e.g. profiles) that can be used for effective predictions.¹³ An algorithm is a broader concept than AI, encompassing any set of clear instructions for a specific task, ranging from simple to complex functions. While algorithms can be expressed in programming languages for computers to execute, not all algorithms involve AI. However, every AI system contains algorithms which may involve different kinds of epistemic or practical reasoning (detecting patterns and shapes, applying rules, making forecasts or plans), as well as different ways of learning.¹⁴

As explained above, AI systems are fed with data, but when personal data is used for training of machine learning models, it intensifies specific challenges related to data protection. Specifically, there's an escalating trend to accumulate "all data" or vast amounts of it. Such extensive data collection is often repurposed for myriad applications beyond its original purpose, and potentially clashes with both minimisation and the purpose limitation principles central to data protection.¹⁵ Personal data is any information relating to an identified or identifiable natural person, directly or indirectly, that is protected by a special regulation that will be explained in detail in the next section of the paper.¹⁶ Personal data can include any data that identifies a human being, including name, address, ID number,

¹² Stuart J. Russell, Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, 2010, 3.

¹³ Martijn van Otterlo, "A machine learning view on profiling", *Privacy, Due Process and the Computational Turn-Philosophers of Law Meet Philosophers of Technology* (Eds. Hildebrandt M. and De Vries K.), Routledge, 2013, 46.

¹⁴ See "The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence", STUDY Panel for the Future of Science and Technology, available at: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU\(2020\)641530_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU(2020)641530_EN.pdf), 10. 10. 2023.

¹⁵ Lilian Mitrou, "Data Protection, Artificial Intelligence and Cognitive Services: Is the General Data Protection Regulation (GDPR) 'Artificial Intelligence-Proof'?", 2018, available at: <https://ssrn.com/abstract=3386914>, 10. 10. 2023.

¹⁶ View more on concept of personal data in Đorđe Krivokapić, Jelena Adamović, Dunja Tasić Krivokapić, Andrea Nikolić, *Handbook: Personal Data Protection in Business*, Faculty of Organizational Sciences, Belgrade, 2023, 67–71.

phone number, bank account number, but also data that reveals something about a certain human being, like hair colour, favourite movie, political view, habits, regular activities, etc.

OVERVIEW OF RELEVANT LEGAL FRAMEWORK:
SHARED KEY STANDARDS OF DATA PROTECTION REGULATION
AND AI REGULATION

The right to protect personal data represents one of the fundamental rights in the European Union regulated by the Treaty on the Functioning of the European Union¹⁷ and the EU Charter of Fundamental Rights¹⁸ with the aim to safeguard the privacy and personal information of individuals.

General Data Protection Regulation (hereinafter: GDPR) was adopted in April 2016 and came into effect in May 2018. It aims to establish a legal framework and strict standards for collection, processing, storage, and sharing of personal data to ensure that individuals have control over their data and that organizations processing the personal data do so in a responsible and secure manner. In 2018, Serbia adopted the Law on Personal Data Protection¹⁹ (hereinafter: ZZPL) whose text is largely an adapted translation of the GDPR and the so-called Police Directive.²⁰

Both GDPR and ZZPL provide key rules of personal data processing that have normative significance. The principles serve as a general barrier against unauthorised and excessive processing of personal data, regardless of the context. In order for the personal data processing to be compliant, it is necessary to respect the logic established by the principles during its development in a responsible manner. Specifically, the principles dictate that it is necessary to first determine the purpose of processing, define the set of personal data and processing operations

¹⁷ Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union, available at: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>, 10. 10. 2023.

¹⁸ Article 8 of the EU Charter of Fundamental Rights, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT>, 10. 10. 2023.

¹⁹ See Serbian Law on Personal Data Protection (Zakon o zaštiti podataka o ličnosti), *Službeni glasnik RS*, br. 87, 2018.

²⁰ Directive (EU) 2016/680 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 by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0680>, 10. 10. 2023.

that enable the achievement of the purpose, and select an appropriate legal basis in order to make decisions that will determine the data retention period, design and implement the processing operation in a way that ensures accuracy, integrity, and confidentiality of the data, and then establish fair and transparent relationships with the data subjects. The principles also practically guide the interpretation of specific provisions that may be unclear. Therefore, if a data controller or processor is uncertain about how to apply a particular provision, they should always rely on the interpretation that is in line with these principles.

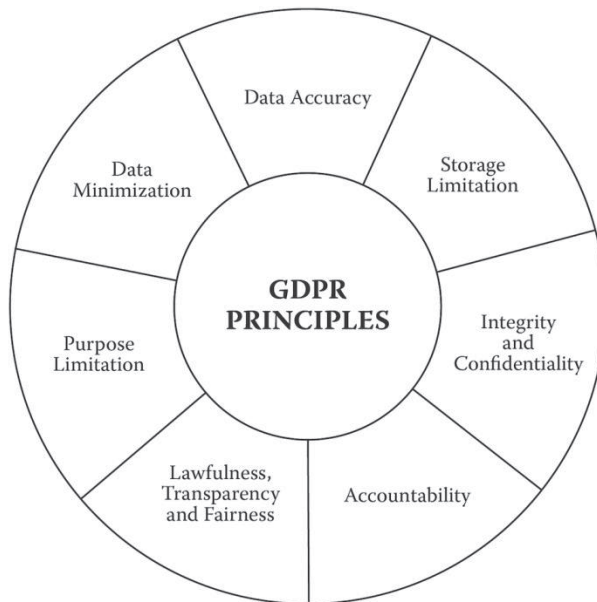


Figure 1: Principles of personal data processing

Lawfulness of processing means that data can only be processed if there is a proper legal basis for the specific processing. Thus, after making a decision to initiate the processing of personal data and determining the purpose, the data controller must identify the most appropriate legal basis for the processing out of six available legal bases prescribed by the law: consent of the data subject, execution of a contract with the data subject, compliance with legal obligations of the data controller, protection of vital interests, performance of tasks carried out in the public interest, and legitimate interests pursued by the data controller or a third party. If the processing for the intended purpose cannot be based on any of the available six legal bases, such processing is prohibited.

The significance of legal bases is manifold. In addition to the fact that different legal bases are established and documented in different ways, they establish different relationships between controllers and data subjects. Depending on the legal basis chosen, individuals have different rights, considering that the rights are generally not absolute. The legal bases create a relationship that grants varying degrees of authority to individuals in order to protect their interests.

On the other hand, artificial intelligence is still regulated through soft law instruments, like Ethics guidelines for trustworthy AI. Ethical Guidelines were drafted by many international organisations and governmental bodies, including European Commission,²¹ Council of Europe,²² UNESCO,²³ OECD,²⁴ etc. Serbia was one of the first countries that adopted its national Ethical guidelines for the development, implementation and use of trustworthy and responsible artificial intelligence.²⁵ However, the EU took a further step and the European Commission proposed the first EU regulatory framework for AI in April 2021 (hereinafter: the AI Act).²⁶ In June 2023, the European Parliament approved its negotiating position on the proposed AI Act, while currently the Parliament negotiates with the EU Council and the European Commission in the trialogue process in order to reach an agreement on a final legislative text.

²¹ See Ethics guidelines for trustworthy AI, available at: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419, 10. 10. 2023.

²² See A legal framework for AI systems, available at: www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ethical-frameworks, 10. 10. 2023.

²³ See UNESCO Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, available at: <https://en.unesco.org/artificial-intelligence/ethics>, 10. 10. 2023.

²⁴ See the OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence, available at: www.oecd.org/digital/artificial-intelligence/#:~:text=The%20OECD%20Principles%20on%20Artificial,Council%20Recommendation%20on%20Artificial%20Intelligence, 10. 10. 2023.

²⁵ See the Ethical guidelines for the development, implementation and use of trustworthy and responsible artificial intelligence adopted by the Republic of Serbia, available at: <https://www.ai.gov.rs/extfile/sr/591/%D0%95%D1%82%D0%B8%D1%87%D0%BAe%20%D1%81%D0%BC%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B8%D1%86e%20%D0%B7%D0%B0%20%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%B2%D0%BE%D1%98,%20%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%83%20%D0%B8%20%D1%83%D0%BF%D0%BE%D1%82%D1%80%D0%B5%D0%B1%D1%83%20%D0%BF%D0%BE%D1%83%D0%B7%D0%B4%D0%B0%D0%BD%D0%B5%20%D0%B8%20%D0%BE%D0%B4%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%80%D0%BD%D0%B5%20%D0%92%D0%98%20-%20%D1%83%D1%81%D0%B2%D0%BE%D1%98%D0%B5%D0%BD%D0%B8%20%D1%82%D0%B5%D0%BA%D1%81%D1%82.pdf>, 10. 10. 2023.

²⁶ See more on the process of the adoption of the AI Act at “BRIEFING of the EU Legislation in Progress”, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI\(2021\)698792_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)698792_EN.pdf), 10. 10. 2023.

The GDPR and the AI Act have many common values and shared core standards. Firstly, both the GDPR and the AI Act have an extensive scope of application. Namely, regardless of where processing takes place, if it relates to activities conducted by data controller in the EU, the GDPR would be applied. Moreover, the GDPR would be applicable even in cases when the controller is not established in the EU, but its processing activities are related to the offering of goods or services in the EU or the monitoring of people's behaviour within the Union.²⁷ The AI Act applies to users of AI systems who are located in the EU, but also to providers that place or put AI systems into service in the EU market, irrespective of the place where they are established, as well as to providers and users of AI systems that are located in a third country, where the output produced by the system is used in the EU.²⁸

Secondly, GDPR introduced an innovative risk-based approach, which provides that the data controller has to consider the nature, scope, context, and purposes of processing, as well as the potential risks for data subjects' rights and consequently to implement technical and organisational measures compliant with the GDPR.²⁹ Similarly, the AI Act proposes an AI risk based approach providing four different categories of possible risks, including unacceptable risk, high risk, limited risk, and low risk. Different regulatory approaches are applied based on the category to which an artificial intelligence system belongs, with the general rule that more obligations would be provided for the producer and user of the AI system of a high risk.³⁰ Finally, both legislations require an appropriate risk management system that would be aligned with the data protection impact assessment prescribed in Article 35 GDPR³¹ and compliant to requested obligations in relation to establishing, implementing, documenting, and maintaining high-risk AI systems as prescribed in Article 9 AI Act.³²

One of the obligations prescribed to the controller is to carry out a Data Protection Impact Assessment (hereinafter: DPIA) in certain situations. The goal of this process is to assist controllers in identifying and mitigating the risks associated with the processing of personal data, particularly concerning the rights and freedoms

²⁷ See Article 3 GDPR on Territorial scope.

²⁸ See Article 2 AI Act on Scope.

²⁹ See Article 24 GDPR on Responsibility of the controller.

³⁰ See more on risk-based approach in: Johanna Chamberlain, "The Risk-Based Approach of the European Union's Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective", *European Journal of Risk Regulation*, No. 1, Vol. 14, 2023; Jonas Schuett, "Risk Management in the Artificial Intelligence Act", *European Journal of Risk Regulation*, 2023.

³¹ See Article 35 GDPR on Data protection impact assessment.

³² See Article 9 AI Act on Risk management system.

of the data subjects. The law requires that the controller, before commencing processing, conducts a DPIA if it is likely that a certain type of processing, especially using innovative technologies and considering the nature, scope, context, and purposes of the processing, would result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons. GDPR establishes three specific situations where conducting the DPIA is necessary, while supervisory authorities have competence to establish and make public a list of the kind of processing operations which are subject to this requirement.³³ If the impact assessment indicates that the intended processing actions will pose a high risk to the data subjects unless measures are taken to mitigate the risk, the controller is obligated to seek the Data Protection Commissioner's opinion before commencing with the processing.

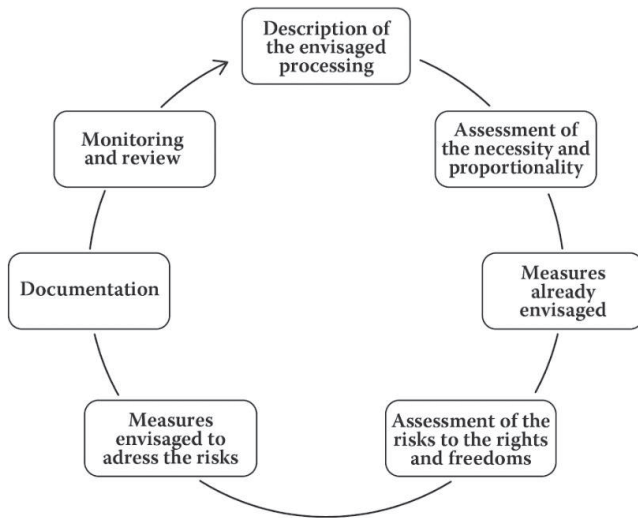


Figure 2: Data protection impact assessment process

As both the controller and processor play fundamental roles in personal data processing, their responsibilities are particularly regulated in the GDPR. The controller, in accordance with its predominant role, holds a broader spectrum of legal obligations, while the processor is also required to fulfil a range of obligations stipulated by the law. In case they are not able to demonstrate compliance with the GDPR, controller and processor could be held responsible. Implementing adequate technical and organisational measures to comply with the legal framework

³³ See Article 35.3 and 35.4 GDPR on Data protection impact assessment.

for personal data protection is the responsibility of all parties involved in the processing. Among other things, the controller and processor are required to prepare documentation and adopt and implement internal policies and guidelines that will determine how personal data is handled within the organisation. Depending on the circumstances, this documentation may include mapping of data processing, records of processing activities, data protection impact assessments, etc. Technical measures primarily involve establishing a processing system in line with the principles of privacy by design and by default and then implementing specific technical and organisational measures such as pseudonymisation and data encryption, using and regularly changing access codes to data storage, and similar practices.

The AI Act lists a set of obligations to providers of high-risk AI systems, requiring them to ensure that their high-risk AI systems are compliant with provided requirements, to have a quality management system in place, to prepare the appropriate technical documentation of the high-risk AI system, to ensure that the high-risk AI systems are in conformity with the assessment procedure, prior to their placing on the market or putting into service. The obligations are prescribed for all operators involved in the supply chain, including not just producers, but product manufacturers, importers, distributors, users, and any other third-party.³⁴

The focus of the further research would be on the principles of trustworthy AI. According to the Ethical Guidelines, trustworthy artificial intelligence should be lawful, ethical, and robust, respecting four provided fundamental principles: respect for human autonomy, prevention of harm, fairness, and explicability. Finally, the Ethical Guidelines establish some key requirements of trustworthy AI, which AI systems must be complied with, including: human agency and oversight, technical robustness and safety, privacy and data governance, transparency, diversity, non-discrimination and fairness, societal and environmental well-being and accountability.

Finally, it is useful to emphasise the overlap between the key requirements for trustworthy AI with the GDPR principles, as each requirement for trustworthy AI has its resemblance in GDPR standards. To start with human agency and oversight, it is echoing the legitimate interests inspection, as well as the right to be informed³⁵ and the right to obtain human intervention, especially when having in mind automated decision making.³⁶ Secondly, technical robustness and safety

³⁴ See Chapter III AI Act on Obligations of providers and users of high-risk AI systems and other parties.

³⁵ See Article 13-14 GDPR on Information to be provided where personal data are collected from the data subject and Information to be provided where personal data have not been obtained from the data subject.

³⁶ See Article 22 GDPR on Automated individual decision-making, including profiling.

has its counterpart standard in GDPR in the form of the principle of security of processing.³⁷ Thirdly, privacy and data governance of trustworthy AI relies heavily on data protection principles,³⁸ legal grounds for processing,³⁹ and rights of the data subject prescribed in the GDPR.⁴⁰ Fourthly, transparency as a requirement for trustworthy AI is linked with the right to be informed in general,⁴¹ as well as the right to be informed in relation to automated decision making. The fifth requirement is diversity, non-discrimination, and fairness of AI systems that is closely linked with the fairness data protection principle⁴² that provides that personal data should be processed lawfully, fairly, and in a transparent manner in relation to the data subject. The sixth requirement for trustworthy AI is societal and environmental well-being that represent risk assessment obligation and data protection impact assessment.⁴³ Finally, accountability ensures responsibility and accountability of AI systems and their outcomes before and after their development, deployment, and use. As explained, the GDPR provides that the controller would be responsible if not able to demonstrate compliance with the legislation.⁴⁴

THE INTERPLAY BETWEEN AI, AUTOMATED DECISION MAKING AND PROFILING

The processing of personal data

The processing of personal data includes any action (automated or non-automated) taken in relation to personal data, such as collection, recording, organisation, retrieval, erasure, destruction, storage, and many others. Although the term “processing” implies active behaviour, passive actions such as keeping and storing data are generally also considered as data processing. The intention of the legislator was not to exhaustively list the actions that can be considered as processing of personal data, but rather to enumerate the most common and typical processing actions.

³⁷ See Article 32 GDPR on Security of processing.

³⁸ See Article 5 GDPR on Principles relating to processing of personal data.

³⁹ See Article 6 GDPR on Lawfulness of processing.

⁴⁰ See Articles 12-23 GDPR on Rights of the data subject.

⁴¹ Articles 13-14 GDPR on Information to be provided where personal data are collected from the data subject and Information to be provided where personal data have not been obtained from the data subject.

⁴² See Article 5 GDPR on Principles relating to processing of personal data.

⁴³ See Article 35 GDPR on Data protection impact assessment.

⁴⁴ See Article 5 GDPR on Principles relating to processing of personal data.

Therefore, it is important to bear in mind that any interaction with personal data represents their processing, while it is difficult to imagine a situation where someone comes into contact with personal data without it being considered as processing.

Hence, any use or handling of personal data by AI systems, including collection for establishing training datasets or producing predictions, recommendations, decisions, and content by using personal data as an input, regardless of the duration or nature of such processing, will be deemed as processing under the GDPR.

Automated decision making and profiling are two distinguished types of personal data processing highlighted by the GDPR, each defined with its unique parameters. Automated decision making refers to decisions made without human intervention, primarily based on algorithmic processes. On the other hand, profiling involves the use of personal data to evaluate certain aspects of an individual, such as predicting their behaviour, preferences, or abilities. The distinction between these two processes is crucial, as they present different challenges and considerations for data protection. By setting them apart, the GDPR emphasises the need for transparency, fairness, and accountability in both, ensuring that individuals' rights are safeguarded in the rapidly evolving digital landscape.

Automated decision making

In the context of data protection regulation, automated decision making refers to any decision making process that is entirely carried out without human involvement and which produces legal effects or similarly significantly affects individuals.⁴⁵ It can involve various types of decisions, such as determining the amount of tax or tax refund based on data provided by an individual, automated approval of loans, issuing fines for improper parking through a traffic enforcement camera system, evaluating students' within an information system that autonomously reviews and grades student work, etc. The controller cannot avoid the specific rules that apply to this type of processing by mere intentional or fictitious involvement of a human in the processing. For example, if an employee of the controller routinely applies automatically generated profiles to individuals without any real impact on the processing outcome, it would still be a decision based solely on automated processing. Human involvement in the processing of personal data entails meaningful oversight of the decision, rather than just a symbolic gesture, carried out by someone who possesses the necessary knowledge, authority, and competence to change the decision, taking into account the available data and the logic of the processing.

⁴⁵ See Article 22 GDPR on Automated individual decision making, including profiling.

The legal effects produced by the automated processing must be substantial, affecting fundamental rights, for example the right to assembly and association, voting rights, etc. Additionally, decisions with legal consequences should include decisions that can lead to a contract termination, denial of legally guaranteed assistance, refusal of visas, or entry into a country. Decisions that can significantly affect someone's position are the ones with lasting consequences, capable of leading to discrimination, or influencing an individual's choices and behaviour. Such decisions can impact access to healthcare, credit assessment, labour rights, or the right to education.⁴⁶

These data are often sensitive, thus enjoying additional protection. Rights traditionally associated with personal data must be in effect when it comes to automated processing as well, including informed consent, access, rectifying, or deletion, and all prescribed principles of processing. An individual whose data is used in automated data processing must have the opportunity to express their opinion regarding a specific decision and to seek legal remedies if they believe the decision is not lawful or accurate. For instance, if an insurance company uses an algorithm to decide the amount of an insurance premium, the data subject must be informed, have the chance to express their opinion, potentially challenge the decision, and request a human review of the decision made by the algorithm.

The application of the results of automatic data processing cannot be avoided in three cases: when a decision is made based on a specific law allowing automatic data processing, when automatic data processing is necessary for the conclusion and execution of a legal relationship between the data subject and the controller, and when explicit consent for automated processing has been given by the data subject. For example, in cases of performing certain socially significant tasks aimed at national security and public health protection, automated processing of personal data will be allowed, provided there is a prior specific justification based on legitimate expectations. Furthermore, in the case of announcing a job vacancy with a large number of applicants, the employer has the right to use special software to select a shortlist of candidates based on predefined criteria. It will be considered that candidates have implicitly given consent to automated data processing by applying, as their intention is to enter into an employment relationship with the employer.

When it comes to automated data processing, particular attention should be paid to respecting all prescribed standards of personal data protection – lawfulness, fairness, transparency, purpose limitation, data minimisation, accuracy, and data

⁴⁶ Guidelines on Transparency, op.cit.

retention periods. The principle of transparency can be challenged not only because data subjects are unaware of the methods and purposes of processing, but also because they may struggle to understand complex techniques used for profiling and automated decision making. In this sense, it is essential to provide clear, transparent, easily accessible, and comprehensible information about the processing of personal data. The Guidelines on transparency by the Article 29 Working Party can also be helpful in this regard.⁴⁷

Profiling

Profiling refers to any form of automated data processing used to evaluate certain personal characteristics and predict future behaviour. The legal framework for personal data protection explicitly provides examples of such processing, including predicting the work performance of an individual, their economic situation, health status, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location, movement, etc.⁴⁸ Although profiling in practice usually involves processing large amounts of personal data by AI systems using advanced processing technologies like machine learning, the qualification of profiling is not determined by the volume and sensitivity of personal data or the sophistication of the technology used, but rather by the effect - the evaluation of personal characteristics of an individual. Hence, merely restructuring data or making certain classifications based on age, gender, or height does not represent profiling.

Difference between automated decision making and profiling

Although it is not explicitly stated in the regulatory framework, profiling does not solely refer to automated data processing, as it can be based on the analysis of statistical data or processed in other ways. The Guidelines on Automated Decision-Making and Profiling issued by the Article 29 Working Party⁴⁹ provide that automated decisions can be made with or without profiling, as well as that profiling can take place without making automated decisions. The Guidelines include

⁴⁷ The working party on the protection of individuals with regard to the processing of personal data, Article 29, Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679, available at: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227/en>, 10. 10. 2023 (hereinafter: Guidelines on Transparency).

⁴⁸ Recital 71 GDPR.

⁴⁹ Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (hereinafter: Guidelines on ADM and Profiling), available at: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, 10. 10. 2023.

examples, such as a bank profiling an individual's creditworthiness to assess their eligibility for a mortgage, with the final decision made by the bank's risk analysis department after further analysis, which is not automated decision making.⁵⁰ The example of Serbian parking management system known as "Falcon's eye" (in Serbian: "Oko sokolovo") imposes parking fines purely on the basis of evidence obtained from cameras and represents an automated decision-making process that does not necessarily involve profiling.⁵¹

However, profiling and automated decision making are usually connected. Something that starts off as a simple automated decision-making process could easily become a decision based on profiling, depending upon how the data is used.⁵²

Consequently, profiling can be categorised into three scenarios: general profiling, which involves the mere creation of a profile; decision making based on the profile; and purely automated decision making that incorporates profiling.⁵³ While the first scenario, general profiling, serves for a variety of purposes and does not inherently lead to decision making, the subsequent two scenarios rely on a previously established profile to make a decision. The key distinction between these latter scenarios lies in the decision-making process: in one, a decision is made by an individual drawing from a profile generated through automated processes; in the other, the decision emerges automatically without any prior and meaningful assessment by a human.

In emphasising the distinction between different data processing operations, the Austrian supervisory authority⁵⁴ has pointed out that the GDPR draws a clear line between profiling, as defined under Article 4(4) GDPR, and automated individual decision making, as detailed in Article 22 GDPR. According to the authority, in order for an activity to be classified as profiling, it does not mandate the process to be carried out in a solely automated fashion. This stance illuminates the nuanced approach of the GDPR towards profiling, especially in the context of marketing purposes.

There are also situations where the data processing operation has different legal classifications in this respect. The Finnish supervisory authority issued an opinion in 2022 at the request of a healthcare provider regarding the compliance

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ See the website: <https://okosokolovo.com/>, 10. 10. 2023.

⁵² Guidelines on Transparency, op. cit.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ GDPR Hub, DSB, Austria, Case number: 2020-0.436.002, available at: [https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_\(Austria\)_-_2020-0.436.002](https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_(Austria)_-_2020-0.436.002), 10. 10. 2023.

of a planned patient data processing system for disease diagnosis and prevention.⁵⁵ The system would process patients' medical records to identify those at risk and invite them for preventive check-ups. The supervisor assessed whether the processing of personal data would lead to automated individual decision making, but also noted the differences depending on whether patients would be invited for preventive check-ups. For individuals identified as at-risk through profiling, the profiling result would only be considered as one element in the decision-making process. The final decision would be made by a competent person, ensuring significant human involvement. However, for the other group, the competent person would not conduct further assessment. Therefore, the supervisor assessed whether profiling would have legal or other effects on the position of these patients: not being invited for preventive check-ups could have significant adverse consequences on their health.

ILLUSTRATIVE EXAMPLES OF AI, AUTOMATED DECISION MAKING AND PROFILING

AI is not explicitly mentioned in the GDPR, but many provisions in the GDPR are relevant to AI systems, and some are indeed challenged by the new ways of processing personal data that are enabled by AI.

Profiling can be performed without using AI. While AI and machine learning are considered to be modern and sophisticated tools for profiling, traditional statistical methods, rule-based systems and simpler algorithms can also be used in order to make a profile. For instance, credit scoring systems have been in place for decades, using predefined rules and criteria to profile individuals' creditworthiness before the advent of AI-driven systems.

Automated decision making can be performed without profiling and use of AI technologies. For instance, consider a basic online form that approves or denies an application based on certain criteria entered by a user. If an applicant enters an age below a certain threshold, the system might automatically deny the application. This is a form of automated decision making that doesn't require profiling or the use of AI technologies. Before the widespread adoption of AI, many automated systems relied on rule-based algorithms and straightforward criteria for decision making.

Eventually, it is possible to process personal data using AI technologies without performing automated decision making or profiling. Several illustrative examples are outlined below:

⁵⁵ GDPR Hub, Tietosuojavaltuutetun toimisto, Finland, Case number: 3895/83/22, available at: [https://gdprhub.eu/index.php?title=Tietosuojavaltuutetun_toimisto_\(Finland\)_-_3895/83/22](https://gdprhub.eu/index.php?title=Tietosuojavaltuutetun_toimisto_(Finland)_-_3895/83/22), 10. 10. 2023.

1. **Data Analysis and Insights:** AI can be used to analyse vast amounts of personal data to extract patterns, trends, and insights. This analysis does not necessarily lead to decisions being made about an individual or profiling. For instance, an organisation might use AI to analyse customer feedback for sentiment without making any automated decisions or profiling individuals.

2. **Data Cleansing:** AI can help in data preprocessing tasks like detecting and correcting errors in datasets, filling in missing values, or identifying outliers. Such tasks don't involve decision making or profiling but are crucial for maintaining data quality.

3. **Recommendation Systems:** While recommendation systems might usually use profiling, that is not always the case. For instance, an online music platform might use AI to suggest songs based on a user's current listening activity, without building a long-term profile or making automated decisions about the user.

4. **Natural Language Processing (NLP):** AI-powered chatbots or virtual assistants process personal data when users interact with them. These systems might not be making decisions or creating profiles, but simply providing information or facilitating tasks based on user queries.

AI, automated decision making, and profiling can interact in various configurations, such that a given processing might incorporate only two of these three concepts. For example, in amusement parks, advanced AI tools are now being utilised to enhance safety measures, especially for attractions like roller coasters. These AI systems are equipped with sensors and algorithms that assess the individuals intending to board the rides. Before entry, the system quickly evaluates whether a person meets the height criteria set by safety standards. If an individual is shorter than the specified requirement, the gate remains closed, preventing access. It's essential to understand that in this application, the AI is purely making an automated decision based on a single piece of data – the person's height. There is no profiling involved because the system doesn't analyse or predict broader aspects of the individual's personal attributes, preferences, or behaviours. The sole purpose is a straightforward assessment of height to ensure safety, without creating a comprehensive or enduring profile of the individual.

These descriptions clarify the intricate interplay between AI, automated decision making, and profiling, emphasising that these processes, though interrelated, can function independently. Profiling, while often enhanced by AI, can function with traditional processing technologies. Similarly, automated decision making doesn't mandate the use of profiling or AI. AI's capabilities stretch far beyond just decision making and profiling, with applications ranging from data analysis and cleansing to recommendation systems and image analysis. Yet, the overarching principle is clear: the potential intersections of AI, automated decision making, and profiling vary, but each application demands careful attention to data protection and individual rights.

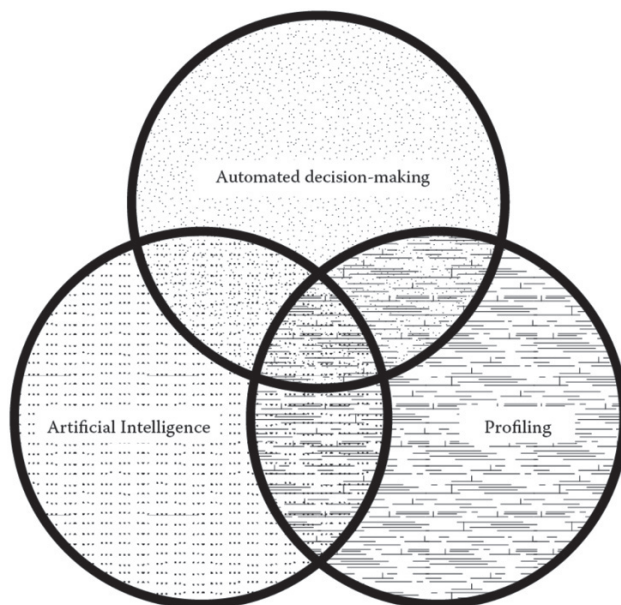


Figure 3: Intersection between automated decision making, profiling and AI

DATA PROTECTION REGIME FOR PROFILING AND AUTOMATED DECISION MAKING

As there is an increased risk of violating the rights and freedoms of individuals in profiling, data protection framework requires the appropriate measures of protection to be taken. These requirements are also applicable to the processing which involves automated decision making, when relevant.

The data protection principles are relevant for all profiling operations. Data subjects should be informed of the existence of profiling and the consequences of such profiling.⁵⁶ It is common for individuals whose data is being processed to be unaware of the data collection and analysis for profiling purposes, leading to a breach of transparency principles. Profiling often involves the use of personal data that was originally collected for other purposes and whether such processing is compatible with the original purposes will depend upon a range of factors, including what information the controller initially provided to the data subject, quality of consent, whether large amounts of personal data are processed or combined with other

⁵⁶ See Recital 60 GDPR.

data, and if such operations were not foreseeable at the time of collection.⁵⁷ Taking into account that profiling is often designed to gather as much data as possible, it appears to be contradictory to the aim of data minimisation.⁵⁸ In addition to the storage limitation principle, in relation to profiling operations the controllers have the duty to clearly explain and justify the need to collect and hold personal data as well as consider using anonymised or pseudonymised data. To ensure transparent and fair processing, as well as accuracy, controllers ought to apply proper mathematical or statistical methods for profiling.⁵⁹ Additionally, they should introduce robust technical and organisational measures to verify the quality of databases used both for training and profiling, rectify inaccuracies, and reduce error risks. This includes preventing discriminatory effects on individuals based on characteristics like race, political stance, religion, union membership, genetics, health, or sexual orientation.⁶⁰ Regular monitoring of algorithms and other profiling methods is recommended to ensure that there is no discrimination or incorrect decision making.

It is possible to rely on all available legal bases when performing profiling, but with certain limitations. When relying on explicit consent as the legal basis for profiling, data controllers must demonstrate that individuals accurately understand what they are consenting to and must also bear in mind that consent is not always an appropriate basis for processing.⁶¹ In addition, it would be difficult for controllers to justify using legitimate interests as a lawful basis for intrusive profiling and tracking practices for marketing or advertising purposes.⁶² Finally, it should be noted that the applicable legal framework grants data subject with the right to object, at any time, to processing based on vital interests, performance of a task carried out in the public interest, or exercise of official authority and legitimate interests, including profiling based on those provisions.⁶³

⁵⁷ Opinion 03/2013 on purpose limitation, Article 29, Opinion 03/2013 on purpose limitation, available at: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf, 10. 10. 2023.

⁵⁸ Daniel Rücker, Tobias Kugler (eds.), *New European General Data Protection Regulation, a practitioner's guide: ensuring compliant corporate practice*, C.H. Beck, München, Hart, Oxford, United Kingdom, Nomos, Baden-Baden, 2018, 266.

⁵⁹ See Recital 71 GDPR

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Guidelines on ADM and Profiling.

⁶² Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, available at: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf, 10. 10. 2023.

⁶³ Article 21 GDPR on Right to object.

In all cases, individuals should have sufficient relevant information about the automated decision making and profiling that use special personal data categories should only be permissible under strict conditions.⁶⁴

GDPR explicitly establishes DPIA requirement when a processing operation includes a systematic and extensive evaluation of personal aspects relating to natural persons which is based on automated processing, including profiling, and on which automated decisions are based that produce legal effects concerning the natural person or similarly significantly affect the natural persons.⁶⁵ However, many other situations including solely profiling should be classified as “likely to result in a high risk” processing operations requiring DPIA.⁶⁶ In order to provide a more concrete set of processing operations that require a DPIA due to their inherent high risk, Guidelines on DPIA establish nine criteria that should be considered. Those are, among others: evaluation or scoring, including profiling and predicting, automated decision making, matching or combining datasets, and innovative use or applying new technological or organisational solutions.⁶⁷ Data controller can consider that a processing meeting two criteria would require a DPIA to be carried out, while in certain instances, meeting just one of these criteria might suffice. Under certain conditions additional requirements might apply such as privacy by design and by default, designation of a data protection officer, and others.⁶⁸

DATA PROTECTION REGIME SOLELY FOR AUTOMATED DECISION MAKING

While the legal framework governing personal data protection does not expressly forbid automated decision making, it regulates it by providing certain rights upon individuals. These rights can be seen as an implicit restriction on such processing methods, in cases when such practices produce legal effects concerning individuals or similarly significantly affect them.⁶⁹ Data subjects can demand exemption from these practices except in situations when such processing is:

⁶⁴ Recital 71 GDPR.

⁶⁵ See Article 35.3(a) GDPR on Data protection impact assessment.

⁶⁶ See Recital 75 GDPR on Risks to the Rights and Freedoms of Natural Persons.

⁶⁷ Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679, available at: https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=47711.

⁶⁸ See Article 25 GDPR on Data protection by design and by default, Article 37 GDPR on Designation of the data protection officer.

⁶⁹ See Article 22(1) GDPR.

1. Necessary for the conclusion or performance of a contract between the data subject and the data controller;
2. Based on a requirement stipulated by the law to which the controller is subject that provides for appropriate safeguards for the rights, freedoms, and legitimate interests of the data subject; or
3. Based on the explicit consent of the data subject.⁷⁰

Consequently, unless one of the first two conditions is met, such practices are not allowed without obtaining explicit consent from the data subject.

However, the term ‘right’ in this context does not mean that it applies only when actively invoked by the data subject. According to the Guidelines, the data protection framework establishes a general prohibition for decision making based solely on automated processing. This prohibition applies whether or not the data subject takes action regarding the processing of their personal data.⁷¹

Furthermore, the controller is obliged to implement appropriate measures to protect the rights, freedoms, and legitimate interests of individuals. The minimum of these rights includes the right to ensure the involvement of a human under the controller’s authority in decision making, the right of the data subject to express their opinion regarding the decision, and finally, the right of the data subject to contest the decision before an authorised person of the controller.⁷²

Finally, automated decisions cannot be based on special categories of personal data, apart from exceptional situations when cumulative conditions from GDPR Article 22(2) and point (a) or (g) of Article 9(2) are met.⁷³ Consequently, such processing would be possible only in cases of processing necessary for reasons of substantial public interest or when explicit consent of the data subject is obtained.

Data protection framework establishes special elements of the right to be informed and the right to access, and mandates the provision of explicit information about automated decision making processes, emphasising transparency in logic, significance, and potential consequences.⁷⁴ This is critical because the data subject will only be able to challenge a decision or express their view if they fully understand how it has been made and on what basis.

⁷⁰ See Article 22(2) GDPR.

⁷¹ Guidelines on ADM and Profiling, op.cit.

⁷² See Article 22(3) GDPR.

⁷³ See Article 22(4) GDPR.

⁷⁴ See Articles 13(2)(f), 14(2)(g) and 15(1)(h) GDPR.

CONCLUSION

The core principles of the GDPR and the AI Act are intertwined, and it is not surprising that there is a big overlap between key requirements for a trustworthy AI and the prescribed GDPR principles. However, the GDPR does not explicitly reference AI, but it contains provisions that are highly relevant in cases of personal data processing by AI systems, including automated decision making and profiling that can be done with the use of AI systems. In these cases, specific obligations such as the right to be informed and the right to object come into force. Even if AI isn't being used for automated decision making or profiling, any processing of personal data should adhere to relevant data protection regulations and principles, ensuring that individuals' privacy rights are upheld.

The controllers should pay special attention to the notable tension between traditional data protection principles – such as purpose limitation, data minimisation, the special categorisation of 'sensitive data', and the restriction on automated decisions – and the expansive capabilities of AI. Nonetheless, it would be possible to interpret and evolve data protection principles in ways that align with the advantageous applications of AI. For that purpose, application of requirements applicable to the automated decision making or profiling should be taken into account, even when these processing operations are not recognised in particular cases.

Dr ĐORĐE KRIVOKAPIĆ

Vanredni profesor Fakulteta organizacionih nauka
Univerziteta u Beogradu, Univerzitet *Masaryk*, Brno

ANDREA NIKOLIĆ

Asistent Fakulteta organizacionih nauka
Univerziteta u Beogradu

PRIMENA STANDARDA ZAŠTITE PODATAKA O LIČNOSTI NA SISTEME VEŠTAČKE INTELIGENCIJE: AUTOMATIZOVANO DONOŠENJE ODLUKA I PROFILISANJE

Rezime

Lični podaci postali su neizostavan deo razvoja i upotrebe veštačke inteligencije, gde služe kao osnova za obuku sistema veštačke inteligencije u prepoznavanju obrazaca, poboljšanju tačnosti i omogućavanju personalizacije koja se koristi u različnim industrijama. Čak i nakon razvoja, rad sistema veštačke inteligencije zavisi od podataka bez kojih ne bi mogli da se primene, niti bi proizvodili

željene rezultate i usavršavali svoje učenje. Opšta uredba o zaštiti podataka (GDPR) postavlja niz standarda u cilju obezbeđivanja visokog nivoa zaštite ličnih podataka u EU, dok mnogi nacionalni zakoni prate te standarde. S druge strane, veštačka inteligencija (AI) se i dalje reguliše putem instrumenata mekog prava, kao što su Etičke smernice za pouzdanu veštačku inteligenciju. U radu će biti istražene zajedničke vrednosti oba ova zakonodavna okvira. Zatim, rad analizira tri različita koncepta: automatizovano donošenje odluka, profilisanje i korišćenje veštačke inteligencije u kontekstu regulative o zaštiti podataka, nudeći smernice za bolje razumevanje obaveza rukovoca i prava lica čiji se podaci obrađuju, kao i za bolje sprovođenje procene uticaja rizika.

Ključne reči: zaštita podataka, GDPR, veštačka inteligencija, sistemi veštačke inteligencije, automatizovano donošenje odluka, profilisanje

Bibliography

- Bureau Européen des unions de consommateurs, “Automated Decision Making and Artificial Intelligence – A Consumer Perspective”, *BEUC Position Paper*, available at: www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf.
- Buttarelli G., “Privacy in an age of hyperconnectivity”, *keynote speech at the Privacy and Security Conference 2016*, Rust am Neusiedler, available at: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/speeches/privacy-age-hyperconnectivity_en.
- Chamberlain, J. “The Risk-Based Approach of the European Union’s Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective”, *European Journal of Risk Regulation*, No. 1, Vol. 14, 2023.
- Council of Europe, Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108) – Report on Artificial Intelligence: Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies, available at: <https://rm.coe.int/artificial-intelligence-and-data-protection-challenges-and-possible-re/168091f8a6>.
- Krivokapić Đ., Adamović J., Tasić Krivokapić D., Nikolić A., *Handbook: Personal Data Protection in Business*, Faculty of Organizational Sciences, Belgrade, 2023.
- Krivokapić Đ., Nikolić A., “Regulisanje informacionih dobara kao resursa digitalne ekonomije”, *Surveillance Capitalism – Collection of works from the scientific conference*, SANU, 2021.
- McCarthy J., Minsky M., Rochester N., Shannon, C. “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence (1955)”, *Artificial Intelligence: What Everyone Needs to Know* (ed. Jerry Kaplan), Oxford University Press, 2016.
- Mitrou L., “Data Protection, Artificial Intelligence and Cognitive Services: Is the General Data Protection Regulation (GDPR) ‘Artificial Intelligence-Proof?’”, 2018, available at: <https://ssrn.com/abstract=3386914>.
- Prlja D., Gasmi G., Korać V., *Veštačka inteligencija u pravnom sistemu EU*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2021.

- Rücker, D., Kugler T. (eds.), *New European General Data Protection Regulation, a practitioner's guide: ensuring compliant corporate practice*, C.H. Beck, München, Hart, Oxford, United Kingdom, Nomos, Baden-Baden, 2018.
- Russell S.J., Norvig P., *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, 2010.
- Schuett J., "Risk Management in the Artificial Intelligence Act", *European Journal of Risk Regulation*, 2023.
- Van Otterlo M., "A machine learning view on profiling", *Privacy, Due Process and the Computational Turn-Philosophers of Law Meet Philosophers of Technology* (Eds. Hildebrandt M and de Vries K), Routledge, 2013.
- Wachter S., Mittelstadt B., "A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", *Columbia Business Law Review*, No. 2, 2019.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

DINO GLIHA
CARLA BUŠIĆ

THE RIGHT TO THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE PRODUCTION – WHO OWNS WHAT? –

The emergence of artificial intelligence is not a novelty anymore. It was only a matter of time before the technological development would change the user perspective for the derivatise of artificial intelligence. The continuous progress of artificial intelligence technology has pushed the boundaries of people's creativity to make platforms which will later be used by users who could have the right to the generative artificial intelligence output. However, there are many unresolved questions about generative artificial intelligence, especially regarding who owns what, in this case, who has the right to generative artificial intelligence production.

Key words: *artificial intelligence, generative artificial intelligence, artificial intelligence production, EU law, copyright*

INTRODUCTION – THE HUMAN RIGHT TO THE AI OUTPUT

AI is undeniably present in our daily activities. From the moment we leave our home in the morning to wrapping our heads in the work environment, until coming home in the late-night hours, we use, see and feel artificial intelligence

Dr. Sc. Dino Gliha, Attorney at Law, Joint Law Office dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac and dr. sc. Dino Gliha, e-mail: dino.gliha@mgg-law.eu.

Mag. Iur. Carla Bušić, Associate, Joint Law Office dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac and dr. sc. Dino Gliha, e-mail: carla.busic@mgg-law.eu.

products. Not only does AI help us in reading our emails or getting music and movie recommendations or driving directions, but it also influences solving some of the world's biggest problems, such as climate change or reducing traffic accidents. All in all, AI is changing our world, our society and our industry.¹

The present hype and widespread interest and fascination with artificial intelligence (hereinafter: "AI") came with the broader recognition of generative AI models. In particular, the release of a large language model-based chatbot – ChatGPT – in late 2022 ignited the flame around the broad public interest in AI happening nowadays.

However, AI is not a novelty. Some theoretical descriptions of what is nowadays perceived as AI can be found in the transition of the 19th and 20th centuries,² while concrete developments were made during the mid-20th century.³

One particular part of AI is generative artificial intelligence. There is no official definition of generative AI, but, in essence, it refers to artificial intelligence capable of generating text, images, or other media using generative models. Generative AI models learn the patterns and structure of their input training data and then generate new data with similar characteristics.⁴ In other words, generative AI has the ability to make unique creations.

During the 1950s and 1960s, scientists and researchers introduced the concept of machine learning,⁵ which would later play a central role in creating generative AI. However, unlike generative AI, at that time, researchers were focused on developing rule-based systems that could simulate human thinking and decision-making without the ability to create new data. The first AI program was presented and discussed at the 1956 Dartmouth College conference,

¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; *Artificial Intelligence for Europe*, Brussels, 25. 4. 2018, COM (2018) 237 final, 1.

² Nikola Tesla, *The Problem of Increasing Human Energy*, Nikola Tesla Museum, Belgrade, 2015, 29–31: "Whether the automation be of flesh and bone, or wood and steel, it mattered little, provided it could perform all the duties required of it like an intelligent being. To do so, it had to have an element corresponding to the mind, which would effect the control of all its movements and operations, and cause it to act, in any unforeseen case that might present itself, with knowledge, reason, judgment, and experience."

³ Daniel Crevier, *The tumultuous history of the search for artificial intelligence*, BasicBooks, New York, 1993, 39–45.

⁴ George Lawton, *What is generative AI? Everything you need to know*, TechTarget, September 2023.

⁵ See *infra* 3.

so in the world of AI, the Dartmouth conference is commonly considered the commencement of the AI discipline.⁶

Although generative models had significant improvements after the rise of deep learning,⁷ the first generative AI can be attributed to the Hidden Markov Models (HMM) and Gaussian Mixture Models (GMM) that marked the 1950s by producing successive pieces of data, such as speech recognition. Years later, in the 1970s, Harold Cohen created and exhibited works generated by the computer program designed to generate paintings, better known as AARON.⁸

It took a while for neural networks, an essential element of deep learning systems, to start impacting the development of generative rather than discriminative models.⁹ Nevertheless, generative AI began to develop rapidly in the 2010s. As a result, in 2014, Generative Adversarial Networks (GANs) were created, which are typically implemented using neural networks. It was created in the sense of game theory, between two machine learning models – one is a generative model that generates content, and the other is discriminative, which tries to figure out whether it is an authentic sample or not.¹⁰

After another generative AI development in 2017, recurrent transformer neural networks (RNNs) that process sequences such as natural language text, generative AI has experienced a breakthrough and the era of large language models began. In 2018, OpenAI introduced the first pre-trained transformer language model (ChatGPT) that can write human-like text with minimal prompting.¹¹ It was not long before GPT-2 and GPT-3 appeared. In 2022, the AI platform DALL-E, created for generating digital images or videos from natural language descriptions,

⁶ See Council of Europe, *History of Artificial Intelligence*, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/history-of-ai>, 9. 9. 2023.

⁷ Deep learning improves in performance for a specific task such as image or speech recognition etc.; Artificial Intelligence for Europe, 10.

⁸ See Deloitte, *Generative AI, Dichotomies: Navigating towards a better future*, Iss. 2, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/consulting/us-gen-ai-dichotomies.pdf>, 1. 9. 2023.

⁹ See Josef Drexel *et al.*, *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Research Paper, No. 19-13, 2019, 8.

¹⁰ Ian Goodfellow, Jean Pouget-Abadie, Mehdi Mirza, Bing Xu, David Warde-Farley, Sherjil Ozair, Aaron Courville, Youshua Bengio, “Generative Adversarial Networks”, *Communications of the ACM*, No. 11, Vol. 63, 2020, 139–144, 140.

¹¹ See Dipankar Dasgupta, Deepak Venugopal, Kishor Gupta Datta, *A review of generative AI from historical perspectives*, No. 3–4, Vol. 9, https://www.techrxiv.org/articles/preprint/A_Review_of_Generative_AI_from_Historical_Perspectives/220979, 12. 9. 2023, 2.

was introduced. As this is a constantly evolving industry, GPT-4 was released in March 2023, expanding the ability to generate longer texts up to 25.000 words,¹² as well as many other generative AI systems that have been developed in the meantime.¹³

Regardless of the significant development of generative AI, there are still many unresolved questions coming along with this burning issue. One of the most vital issues is who has the right to the production of the generative AI system¹⁴ (hereinafter: “the AI production”).¹⁵

The result of a generative AI system is a particular content. At the current state of the art, such content is mainly digital, although the technology already exists that can materialise AI production in the material shape.¹⁶ Thus, an AI production is a digital asset or a thing that can be considered an object of ownership in a broader conventional sense. Ownership is recognised as a human right.¹⁷ Therefore, it is vital to establish who is a rightful holder of ownership rights over an AI production and on which grounds.

The question of ownership of an AI production is undoubtedly intertwined with intellectual property rights, particularly copyright. AI productions are most commonly texts, images, videos and other media that would otherwise (if created by a human) be considered copyright works if they fulfil all of the necessary requirements.¹⁸ Therefore, in the context of the discussion on who has the right to a particular AI production, it is also essential to consider possible intellectual

¹² *Ibidem*.

¹³ See Stefan Feuerriegel, Jochen Hartmann, Christian Janiesch, Patrick Zschech, “Generative AI”, *Business & Information Systems Engineering*, 2023.

¹⁴ Term „AI system“ refers to a computer system that allows, with a certain autonomy, automated decision making or predictions influencing real or virtual environments; See ALAI 2023, *Artificial intelligence, copyright and related rights*, June 22–23, 2023, Questionnaire, <https://alai-paris2023.org/en/questionnaire/>, 1.

¹⁵ Term “AI production” refers to content generated by an artificial intelligence system, *ibidem*.

¹⁶ See Stefania Druga, Keith Hammongm, “Generative AI for makers: AI has truly arrived — and it’s here to help you make and craft”, *MIT Media Lab*, available at: <https://makezine.com/article/craft/fine-art/generative-ai-for-makers-ai-has-truly-arrived-and-its-here-to-help-you-make-and-craft/>.

¹⁷ Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 1 Protection of property, Council of Europe, Paris, 1952.

¹⁸ An original intellectual creation in the literary, scientific, and artistic domain, having an individual character, irrespective of the manner and form of its expression, its type, merit, or purpose.; Croatian Copyright Act (*Official Gazette*, No. 111/21) in accordance with Article 2 of the Berne Convention (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Sept. 9, 1886, as revised at Paris on July 24, 1971 and amended in 1979, S. Treaty Doc. No. 99–27, 1986.

property rights concerning AI production. The right to an intellectual creation is also a human right, protected as an international and constitutional human right of ownership right in a broader sense.¹⁹

At the current state of the art, there is no clear legislative framework dealing with this matter. Hence, among stakeholders, there is confusion and uncertainty that should be plainly resolved. Therefore, this research deals with the issue of who or what has the right to AI-generated production. One could take several approaches to dealing with this issue, each with a particular rationale. It is vital to discuss the possible approaches and identify the proper ones.

THE CURRENT DEVELOPMENTS WITH GENERATIVE AI – THE EUROPEAN UNION’S PERSPECTIVE

AI provided the possibility of pushing the boundaries of people’s creativity to make platforms which will later be used by users who could be entitled to the generative AI output. However, regulation of user rights remains open, and as well as AI in general, it still needs to get appreciation regulation within the EU.

Therefore, in the initial phase of developing a European form of protection, the European Council invited the Commission to put forward the European approach to artificial intelligence.²⁰ With the appearance of the Digital Single Market strategy²¹ in May 2017 an era dedicated to the AI began. The idea was to ensure a high level of data protection, digital rights and ethical standards.²² We can easily say that the development of the Digital Single Market strategy had a significant impact, as its appearance encouraged the Commission to propose a European

¹⁹ See Dino Gliha, “Autorsko pravo kao ustavno i međunarodno temeljno ljudsko parvo”, *Liberal Amicorum Mladen Žuvela: Život posvećen vladavini prava* (eds. Tatjana Josipović, Danko Špoljarić), Organizator, Zagreb, 2022, 669–696.

²⁰ It was essential to address emerging trends such as AI; Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of The Regions, *Artificial Intelligence for Europe*, COM/2018/237 final, 3.

²¹ The Commission will consider the possible need to adapt the current legal framework to take account of new technological developments (including robotics, Artificial Intelligence and 3D printing), especially from the angle of civil law liability and taking into account the results of the ongoing evaluation of the Directive on liability for defective products and the Machinery Directive. See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy, *A Connected Digital Single Market for All*, COM/2017/0228 final.

²² Artificial Intelligence for Europe, 3.

approach to artificial intelligence. As Europe became increasingly involved in the development of AI, it was essential for the EU to find an appropriate framework that promotes innovation and respects the values and fundamental rights of the Union, as well as ethical principles such as accountability and transparency.²³

Currently, within the EU, there is an ongoing legislative procedure with regard to the AI Act. In 2021, the European Commission made a proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts²⁴ (hereinafter: “Proposal”). In the 2020s and 2021s, the European Parliament intervened and adopted various resolutions related to AI, including ethics, copyright, criminal matters, culture, robotics, and intellectual property^{25,26}. Most recently, in June 2023, in the first reading, the Parliament has adopted negotiating position on the AI Act, so the next step is to discuss with the EU Member States the final shape of the law.²⁷

The legal basis for the Proposal is Article 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which provides for the adoption of measures to ensure the establishment and functioning of the internal market. So, it would be safe to say that the idea behind the AI Act is to improve the functioning of the internal market with a uniform legal framework, in particular for the development, marketing and use of AI in accordance with the values of the Union and a high level of protection of health, safety and fundamental rights, which in June 2023 was extended to a high level of protection of democracy, the rule of law and the environment from harmful effects of artificial intelligence.^{28, 29} The Proposal

²³ Artificial Intelligence for Europe, 2.13.

²⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, COM/2021/206 final.

²⁵ The Proposal for the AI Act, 2.

²⁶ Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, COM(2021)0206 –C9-0146/2021 – 2021/0106(COD).

²⁷ European Parliament, Artificial Intelligence Act, 2021/0106(COD) – 14/06/2023 – Text adopted by Parliament, partial vote at 1st reading/single reading.

²⁸ See Amendment 3, Proposal for a regulation, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html.

²⁹ In Article 1, under title General provisions it is prescribed what does this proposed Regulation regulate. It regulates mainly different kind of rules for placing, using and practice of artificial

also relied on the consistency with existing policies, ensured by the EU Charter of Fundamental Rights and the existing secondary Union legislation as an important part of enforcement.³⁰

When it comes to the main purpose of this regulation, it would be most likely be that, in addition to all the protections mentioned above, it would prevent Member States from imposing restrictions on the development, marketing and use of AI systems unless explicitly authorised by this regulation.

Although the Proposal looked promising, the European Commission ignored many unresolved issues around user protection in general and focused on defining transparency obligations of AI for specific systems.³¹ Thus, until today, the issue concerning generative AI models remains omitted from the regulation. We still need a clear answer as to who has the right to AI production.

AI PRODUCTION – THE PROCESS OF CREATION

Before further discussing on who has the right to AI production, it is vital to understand the general process of generating AI production and the roles of humans. The idea here is not to go deep into the technical details but to provide a general understanding of how AI production occurs.

The rapid development of generative AI within the last decade has been possible mainly due to the emergence of large data sets and increased computing power.³² A generative AI system is constructed by applying machine learning. Machine learning is a subfield of artificial intelligence, and it refers to the automated detection of meaningful patterns in data.³³ It focuses on creating algorithms and models that allow computers to perform tasks without being explicitly programmed.³⁴ In traditional programming, developers write explicit instructions for a computer to follow. In contrast, machine learning techniques enable computers

intelligence and harmonising the way of protecting fundamental rights. See Proposal for Regulation, 16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.

³⁰ The Proposal for the AI Act, 4.

³¹ The Proposal for the AI Act, 50, 69.

³² See J. Drexler *et. al.* (2019), *op. cit.*, 4; Furman, Jason, Robert Seamans, „AI and the Economy“, *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 19, January 2019, 161–191, 164.

³³ See Shai Shalev-Shwartz, Shai Ben-David, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*, Cambridge University Press, 2014, vii.

³⁴ See Anthony Man Cho-So, “Technical Elements of Machine Learning for Intellectual Property Law”, *Artificial Intelligence and Intellectual Property* (eds. Jyh-An Lee, Reto M. Hilty, Kung-Chung Liu), Oxford University Press, 2021, 11.

to learn from data and make decisions or predictions based on that data. In other words, through machine learning AI models learn to identify the patterns and structure of their input training data and apply that knowledge to new data, generating an output.³⁵

Generative models are mainly developed using unsupervised learning techniques,³⁶ although other types of machine learning techniques can be used as well, i.e. supervised learning, reinforcement learning, and semi-supervised learning.³⁷ In general, the information extracted from the training data is used to build a model (in the form of an algorithm) for generating new data samples that resemble or are highly likely related to the training data (an AI production).³⁸

Thus, in the process of creation of a generative AI system, firstly developers set grounds for the development of an AI system. This first phase includes feasibility studies, algorithm selection, code implementation etc. Next, developers ought to handle data (data collection and pre-processing) on the basis of which they run the training process. The training process involves feeding the prepared data into the model and adjusting the model's parameters. After fine-tuning the model and evaluation, developers deploy the trained generative AI model, which commonly also requires continuous maintenance. Considering all mentioned, developers undoubtedly play a crucial role in the end-to-end process of creating a generative AI system, often including creative work.

The role of a user in the context of generative AI, on the other hand, can vary significantly depending on the application, its complexity, and the user's own level of expertise. When acting actively in the process of generating an AI production, users typically provide initial prompts, questions, or parameters to activate and instruct the generative AI system on what to produce. Such generative AI systems designed to produce output based on user input, indeed follow user input; however, they are limited on the data and patterns it was trained on.

³⁵ See Artificial Intelligence for Europe, 10.

³⁶ In unsupervised learning there is no distinction between training data and test data. The goal of processing the input data is to come up with a summary or a compressed version of that data.; See Shai Shalev-Shwartz, Shai Ben-David (2014), op. cit., 23; Alec Radford, Jeffrey Wu, Rewon Child, David Luan, Dario Amodei, Ilya Sutskever, *Language Models are Unsupervised Multitask Learners*, https://cdn.openai.com/better-language-models/language_models_are_unsupervised_multitask_learners.pdf, 27. 9. 2023.

³⁷ Hao Yu, Yunyun Guo, "Generative artificial intelligence empowers educational reform: current status, issues, and prospects", *Frontiers in Education*, Vol. 8, 2023, 3.

³⁸ See Anthony Man Cho-So (2021), op. cit., 21; Open AI, *Generative models*, <https://openai.com/research/generative-models>, 2. 9. 2023.

Hence, users also inevitably play an integral role in the process of generating an AI production from such generative AI systems.

THE DEVELOPER'S PERSPECTIVE

Within the context of this research, from now on, the term developer is used in a broader sense, meaning not only a person factually developing the AI system but also an investor, a licensee, or any other person legitimately holding rights to the AI system. The term is used in such a broader sense to avoid confusion with a rightsholder of an AI production, which is also a term used in this paper.

In that sense, the developer has rights and responsibilities with regard to a particular AI system capable of generating a production. Therefore, it is rational to consider that the developer is the one entitled to enjoy all fruits occurring as a result of the functionality of his/her AI system.

However, things are not necessarily that simple. Indeed, AI production is produced by an AI system on which a developer has ownership (in a broader sense) rights. However, the developer does not have control over the production of an AI production. The characteristic of an AI system in general, as well as a generative AI system, is that it has a certain unpredictability in the production process. At the current state of the art, people, even the ones who have developed an AI system, cannot comprehend the entire process of how AI production is produced. Thus, AI production cannot be directly attributed to the developer, as is the case with computer programmes.

Also, in the process of generating an AI production, a third party is actively involved – a user instructing the AI system what to produce commonly by entering prompts. Following the prompts the user entered, the AI system produces an output reproducing the result from a vast amount of data it was trained.

Therefore, it is surely debatable whether the result of such a process can be (entirely) attributed to the developer.

THE USER'S PERSPECTIVE

A user is a person using an AI system. The user commonly gives instructions to the generative AI system by giving the system specific inputs on what to produce. Naturally, such instructions are optimised in a prompt.³⁹ Thus, the user initiates the functioning of an AI system, resulting in what we refer to here as AI production.

³⁹ To prompt – “to give an instruction to an artificial intelligence (= a computer system or machine that has some of the qualities that a human brain has, such as the ability to interpret and

Therefore, there is also certainly some rationale in considering the user as a rightful holder of an AI production. He/she is the one who decides when an AI production is going to be produced and gives instructions on what that AI production should be.

However, he/she does not have control over what is actually going to be produced and how exactly it will be formulated, regardless of whether an AI production is text, image, sound or something else, irrespective that the output is, in principle deterministic and traceable – if a trained machine learning model is confronted with the same data, it should produce the same output.⁴⁰ However, due to the complexity of the calculations, which are not human-explainable, commonly, the entry of the exact same instructions does not result in exactly the same AI production.

The developer is the one who developed a complex system capable of producing the AI production, while the AI system has the factor of inexplicability in generating an AI production. Hence, it is highly questionable whether the user's efforts are higher than the developer's efforts or the AI system's "efforts" in generating the AI production, and consequently, should the user be the one entitled to enjoy the rights on the AI production.

THE AI SYSTEM'S "PERSPECTIVE"

The broad perception of AI systems is that they are autonomous and can reason independently. Although it is probably easier to comprehend AI systems in such a way, that is incorrect.

In essence, the trained machine learning model is an algorithm based upon a (nonlinear) mathematical function that generates output based on the learned patterns in the training data. It is the immediate output of the training process during which the model evolves, unlike the case with computer programmes, which are entirely developed by humans.⁴¹ Traditional computer programs execute operations following a pre-determined set of rules and logic meticulously defined by programmers; they are incapable of learning or adapting unless modified or reprogrammed. In contrast, generative AI models dynamically acquire knowledge

produce language in a way that seems human, recognize or create images, solve problems, and learn from data supplied to it) using natural language rather than computer language", *Cambridge Dictionary*, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/prompt>, 22. 9. 2023.

⁴⁰ See J. Drexler (2019), *op. cit.*

⁴¹ See J. Drexler (2019), *op. cit.*, 5–6.

from data, continually adjust and refine their understanding over time, and are capable of generating novel, unseen content. It operates under a probabilistic framework, rendering the potential for varied outputs in response to identical input, all contingent upon the patterns it has learned.

Thus, although AI models cannot be considered intelligent and do not reason independently,⁴² still they do go beyond traditional computer programmes. AI models functioning cannot be entirely comprehended by humans (i.e. why an AI model generated a concrete output based on a given input), so the results of their functioning cannot be entirely attributed to humans.

Some may be sceptical about such an idea,⁴³ but due to their complexity and inexplicability, there is also some rationale to consider granting a specific legal personhood for AI.⁴⁴ Non-human personhood was acknowledged centuries ago. The most common examples are companies and particular organisations. Thus, it would not be such an “innovation” to provide legal personhood to AI, acknowledging the *sui generis* status of AI models in legal and economic systems. With legal personhood, AI system could become a rightsholder of AI productions, while relationships with developers and users can be solved in the following way. Developers would hold shares on the particular AI system; the AI system would have its rights and obligations, while relationships with the users of AI could be regulated through licences and legal presumptions. For instance, if not agreed otherwise (e.g. within terms of service and licenses), it is presumed that the user who initiated the creation of the product of AI is granted a license to use it. Such a system would also require the establishment of an AI registry.⁴⁵

LEGISLATIVE FRAMEWORK FOR GENERATIVE AI

At the moment, in the European Union, there is no specific legislative framework regulating generative AI. The EU has decided to regulate transparency obligations with regard to the generative AI system (see *supra* 2). However, the question

⁴² *Ibidem*, 11.

⁴³ See Andres Guadamuz, „Do Androids Dream of Electric Copyright?: Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works“, *Artificial Intelligence and Intellectual Property* (eds. Jyh-An Lee, Reto M. Hilty, Kung-Chung Liu), Oxford University Press, 2021, 154–155.

⁴⁴ See Aviv H. Gaon, *The Future of Copyright in the Age of Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 36-41.

⁴⁵ AI register for stand-alone high-risk AI systems has been already predicted within the Proposal for AI Act; Proposal for AI Act, Art. 60.

of the rights over the AI production has been overlooked, nor has been resolved on the national level of Member States.

Nonetheless, the widespread use of generative AI technologies requires legal security and clarity on who is entitled to what concerning AI productions and which laws govern the relationship of the parties involved. Hence, in finding the answers to the questions concerning the relationships between the involved subjects and rights and obligations towards AI production, one must look, before all, to national obligations law rules and rules on particular intellectual property rights if such rights exist on particular AI production.

For the purpose of this discussion, it is helpful to consider a simplified hypothetical case of a generative AI text-to-image model, i.e. DALL-E or Mindjourney. In that situation, some developers developed an AI model. That can be a developer company which also holds the rights regarding the AI system. Then, we have an AI system capable of generating images. Finally, a user must enter natural language description (prompts) into the AI model to initiate the AI system to generate an AI production, in this case, a picture. The user is interested in using the AI-generated image.

As we have already indicated, in the EU or most Member States, no clear rules would govern this situation plainly. Hence, one must look into the existing legal framework to understand who owns what and what are the relationships between the involved parties. The focus of this research is to provide an understanding of who has the right to AI production.

First, the developer is the one whose involvement is crucial for developing an AI system. The development and training of AI models involve numerous algorithms and techniques to optimize the AI model's ability to learn from the data and generate outputs. In other words, generative AI is developed, implemented, and deployed using computer programs and software. Creating generative AI models involves writing extensive computer code to define the architecture of the model, its learning process, and how it generates new content. Computer programmes are generally protected by copyright as literary works within the meaning of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.⁴⁶ Therefore, with regard to particular computer programmes, the developer enjoys copyright protection. However, AI models go beyond computer programmes, so under the current legal regime, an AI system *per se* cannot be the subject of copyright.

⁴⁶ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) (Text with EEA relevance), *OJ L*, No. 111, 5. 5. 2009, 16–22, Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, *OJ L*, No. 122, 17. 5. 1991, 42–46; Croatian Copyright Act, Art. 14.

Still, the AI system, with its software code, algorithms, methodologies, and other intellectual creations, is an intangible property and has substantial value. So, even if it is highly questionable whether an AI model per se can be protected by copyright, nevertheless, the developer is the holder of rights regarding such an AI system.

Thus, when a user triggers an AI system to generate an AI production, it is highly debatable who has the right with regard to such AI production – the developer, the user or the AI system personally. Within the hypothetical situations we mentioned, we can use the example of a user entering prompts into the AI system, such as Dall-e 2. For instance, when a user enters prompts “a stern-looking lagotto romagnolo dog in a smart suite with glasses holding books, digital style”, one of the images the AI model generates is the following:⁴⁷



Who has the right to use this image?

One possibility is that the AI system gets legal personhood and becomes entitled to hold the rights over the image it generates (see *supra* 6). Although this idea is interesting and should be discussed, there is currently no acknowledgement of AI system’s personhood within legal systems. Hence, the idea of an AI system having rights and obligations towards AI production can immediately be crossed out.

The question that remains is whether the developer or the user has the right to use this picture – the developer is the one who has the rights with regard to the AI system that generated the image, while the user is the one who initiated the AI model to generate this image.

The United Kingdom is an interesting example of how that question is resolved. The issue of computer-generated works is regulated within Article 9 Paragraph 3 of the Copyright, Design and Patents Act (CDPA):⁴⁸

⁴⁷ Image generated by Dalle-2 AI system.

⁴⁸ Copyright, Design and Patents Act (CDPA), 1988 c. 48., <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>, 28. 9. 2023.

“In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.”

Having defined “computer-generated” as “in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work”⁴⁹, in the UK, it seems straightforward that AI productions are treated as computer-generated works.⁵⁰ Hence, the author of such a work is considered the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken. Similar regulation exists in Hong Kong, India, Ireland and New Zealand.⁵¹

In the case of AI productions, it seems that the person making necessary arrangements would be the user, giving vital instructions on what the AI system should generate. Although not an entirely accurate example, in comparison to the creation of a painting, the developer of an AI system would be the one making the paintbrush, while the user would be the one painting the picture with the paintbrush.⁵² However, what on the first sight might seem obvious, actually, in those legislations, it is not yet clear whether the user is indeed a person making the necessary arrangements.⁵³

Such regulation is generally not known in other copyright legislations. Thus, if there is no required degree of creative human contribution in the creation process, such creation does not enjoy copyright protection regardless of a particular human intervention. That is commonly the case with AI productions – human intervention is necessary; however, considering the complexity and inexplicability of the process of creation of an AI production, the human factor is questionably low that an AI production could be attributed to humans as a copyright. Such interpretation

⁴⁹ The UK CDPA, sec. 178.

⁵⁰ See A. Guadamuz, op. cit., 157.

⁵¹ Hong Kong The Copyright Ordinance (Cap 528), https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap528?xpid=ID_1438403328304_001, 25. 9. 2023, Art. 11. Para 3.; India The Copyright Act 1957, <https://copyright.gov.in/documents/copyrightrules1957.pdf>, 25. 9. 2023, Art. 2; Irish Copyright and Related Rights Act, 2000, <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2000/act/28/enacted/en/html>, 25. 9. 2023), sec. 21(f); New Zealand, Copyright Act 1994, <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345634.html>, 25. 9. 2023, Art. 5.

⁵² See Barry Scannell, „When Irish AIs are smiling: could Ireland’s legislative approach be a model for resolving AI authorship for EU member states?“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, No. 9, Vol. 17, 2022, 727–740, 734–735.

⁵³ See A. Guadamuz, op. cit., 158; B. Scannell, op. cit., 737–738. See also *Express Newspapers Plc. v. Liverpool Daily Posts*, 1985 3 All ER 680.

aligns with the concept that only a human can be the author, particularly in legislations following the civil-law tradition, such as Croatia.^{54,55} From the civil-law perspective, copyright is a natural right arising from the very creation of the work.⁵⁶ Even the common-law tradition, which had already shifted in the mid-18th century to the utilitarian concept, has a natural rights approach in its foundations, and recently, is more and more acknowledging natural rights and personality concepts in view of moral rights.

Hence, in most legislations, the ownership of an AI production cannot be grounded in copyright law. There is still an ongoing discussion over the copyrightability of an AI-generated production.⁵⁷ The issue of the ownership of an AI production is left to rely on the general obligation law rules,⁵⁸ considering that such relationships are not explicitly regulated. On the one side, the developer provides an AI system capable of generating content. On the other side, the user provides inputs to the AI system that generates output based on the user's input. Such arrangements can be onerous and gratuitous.

Without an appropriate legal framework, many providers of generative AI services formulate terms of service and use of their AI systems.⁵⁹ Thus, the relationship between the developer and the user, including the rights over the AI production, is regulated through such terms of service and use. Such an approach is undoubtedly recommendable. Without it, it would be highly questionable what the relationship is between the developer and the user and who owns rights over the generated AI production.

CONCLUSION – A WAY FORWARD

There is undoubtedly legal insecurity about the treatment of AI productions and the relationship between the involved parties. Most of the countries have yet to

⁵⁴ Croatian Copyright and Related Rights Act, *Official Gazette*, No. 111/21, Art. 19 Para. 1.

⁵⁵ See Ivan Henneberg, *Autorsko pravo*, Informator, Zagreb, 1996, 78–79.

⁵⁶ See Paul Goldstein, P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010, 6, 20.

⁵⁷ See ALAI, Questionnaires, Paris, 2023, <https://alai-paris2023.org/en/questionnaire/>, 28. 9. 2023.

⁵⁸ In Croatia Obligations Law Act, *Official Gazette*, No. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/2) applies.

⁵⁹ See for instance OpenAI Terms of use, <https://openai.com/policies/terms-of-use>, 29. 9. 2023, MindJourney Terms of Service, <https://docs.midjourney.com/docs/terms-of-service>, 29. 9. 2023.

attempt to regulate this burning issue. The European Union has taken the initiative to provide rules governing artificial intelligence. However, the issues surrounding generative AI remain outside the scope of the EU legislation currently in the legislative procedure.

Countries such as the United Kingdom, Hong Kong, India, Ireland and New Zealand have taken an interesting approach by lowering the human involvement factor for acknowledging computer-generated content as copyright work. With regard to AI productions, the factor of human creative contribution is highly questionable. Unlike computer-generated art and literature that depends heavily on the programmer's input and creativity, AI systems generate AI productions without being specifically programmed for that particular production but based on the learning from the data input and autonomous decisions. Thus, vital creative decisions are not made by humans, but they are expressions of a computer learning by itself based on a set of parameters pre-determined by programmes.⁶⁰ Hence, such an approach does not seem like an appropriate solution, particularly for the legislations following the civil-law tradition.

Still, the UK and others' approaches can be considered for inspiration for dealing with this issue in the EU and within national legislations. That approach might not align with the fundamental copyright principles, but one solution to dealing with the issue of generative AI production is to consider introducing a new sui generis intellectual property right concerning generative AI production. Similar regulation of intellectual property was made for semiconductors⁶¹ and plant variety protection⁶² when the need occurred. In such a way, the issues surrounding generative AI productions could be elegantly solved, resolving the existent legal insecurity.

The issues surrounding generative AI productions are only one of many issues intertwined with the development of AI. The EU has taken particular legislative initiatives. However, the current AI Act proposal needs to be more comprehensive to deal with all AI issues necessary to be regulated, including the generative AI issue. Therefore, further discussion is needed, and it will surely be interesting to observe the future developments.

⁶⁰ See A. Guadamuz, *op. cit.*, 148–150.

⁶¹ Washington Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits, <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/295136>, 25. 9. 2023.

⁶² International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, of December 2, 1961, as Revised at Geneva on November 10, 1972, on October 23, 1978, and on March 19, 1991, https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/upov/trt_upov_3.pdf, 25. 9. 2023.

Dr DINO GLIHA

Advokat, Zajednički odvjetnički ured
dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac
& dr. sc. Dino Gliha, Zagreb

Mag. iur. CARLA BUŠIĆ

Advokatski pripravnik, Zajednički odvjetnički ured
dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac
& dr. sc. Dino Gliha, Zagreb

PRAVO NA TVOREVINU UMJETNE INTELIGENCIJE

– TKO IMA PRAVO NA ŠTO? –

Rezime

Pojava umjetne inteligencije više nije novost. Bilo je samo pitanje vremena kad će tehnološki razvoj utjecati na promjenu korisničke perspektive u odnosu na iskorištavanje umjetne inteligencije. Kontinuirani napredak tehnologije umjetne inteligencije, omogućio je pomicanje granica ljudske kreativnosti u cilju stvaranja različitih platformi kojima će se kasnije koristiti korisnici, koji bi eventualno mogli imati pravo na tvorevine generativne umjetne inteligencije. Međutim, ostalo je mnogo nerazjašnjenih pitanja o generativnoj umjetnoj inteligenciji, posebno kad se dovodi u pitanje tko ima pravo na što, u konkretnom slučaju tko ima pravo na tvorevine generativne umjetne inteligencije.

Ključne riječi: *umjetna inteligencija, generativna umjetna inteligencija, tvorevine umjetne inteligencije, zakon EU, autorsko pravo*

Bibliography

Crevier D., *The tumultuous history of the search for artificial intelligence*, BasicBooks, New York, 1993.

Dasgupta D., Venugopal D., Gupta Datta K., *A review of generative AI from historical perspectives*, https://www.techrxiv.org/articles/preprint/A_Review_of_Generative_AI_from_Historical_Perspectives/2209794.

Deloitte, *Generative AI, Dichotomies: Navigating towards a better future*, Iss. 2, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/consulting/us-gen-ai-dichotomies.pdf>.

Drexel J. et al., *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Research Paper, No. 19-13, 2019.

Druga S., Hammongm K., “Generative AI for makers: AI has truly arrived – and it’s here to help you make and craft”, *MIT Media Lab*, available at: <https://makezine.com/article/craft/fine-art/generative-ai-for-makers-ai-has-truly-arrived-and-its-here-to-help-you-make-and-craft/>.

Feuerriegel S., Hartmann J., Janiesch C., Zschech P., “Generative AI”, *Business & Information Systems Engineering*, 2023.

- Furman J., Seamans R., “AI and the Economy”, *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 19, January 2019.
- Gaon A. H., *The Future of Copyright in the Age of Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- Gliha D., “Autorsko pravo kao ustavno i međunarodno temeljno ljudsko parvo”, *Liber Amicorum Mladen Žuvela, Život posvećen vladavini prava* (eds. T. Josipović, D. Špoljarić.), Organizator, Zagreb, 2022.
- Goldstein P., Hugenholtz P. B., *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Goodfellow I., Pouget-Abadie J., Mirza M., Xu B., Warde-Farley D., Ozair S., Courville A., Bengio Y., “Generative Adversarial Networks”, *Communications of the ACM*, No. 11, Vol. 63, 2020.
- Guadamuz A., „Do Androids Dream of Electric Copyright?: Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works“, *Artificial Intelligence and Intellectual Property* (eds. Jyh-An Lee, Reto M. Hilty, Kung-Chung Liu), Oxford University Press, 2021.
- Henneberg I., *Autorsko pravo*, Informator, Zagreb, 1996.
- Lawton G., *What is generative AI? Everything you need to know*, TechTarget, September 2023.
- Man Cho-So, A., “Technical Elements of Machine Learning for Intellectual Property Law”, *Artificial Intelligence and Intellectual Property* (eds. Jyh-An Lee, Reto M. Hilty, Kung-Chung Liu), Oxford University Press, 2021.
- Radford A., Wu, J., Child, R., Luan, D., Amodei, D., Sutskever I., “Language Models are Unsupervised Multitask Learners”, https://cdn.openai.com/better-language-models/language_models_are_unsupervised_multitask_learners.pdf.
- Scannell B., “When Irish AIs are smiling: could Ireland’s legislative approach be a model for resolving AI authorship for EU member states?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, No. 9, Vol. 17, 2022,.
- Shalev-Shwartz S., Ben-David S., *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*, Cambridge University Press, 2014.
- Tesla N., *The Problem of Increasing Human Energy*, Nikola Tesla Museum, Belgrade, 2015.
- Yu H., Guo Y., “Generative artificial intelligence empowers educational reform: current status, issues, and prospects”, *Frontiers in Education*, Vol. 8, 2023.

SANDRA MARKOVIĆ

ANA ŽAGAR

UMJETNA INTELIGENCIJA I PRAVO NA ZDRAV OKOLIŠ

Cilj je ovog rada predstaviti postojeća i otvoriti nova pitanja o izrazito aktualnim i relevantnim temama prava na zdrav okoliš i umjetne inteligencije, kao i trenutnu regulaciju, preporuke i očekivanja za budući razvitak. U radu će se elaborirati povezanost dviju tema, kao i ideja da se na uređenju prava na zdrav okoliš, kao ranije upoznatom konceptu, mogu pronaći jasne upute za buduću regulaciju umjetne inteligencije. Drugim riječima, teza je ovog rada da je upravo tromost u pravnoj regulaciji uzrok trenutnog stanja okoliša, što predstavlja primjer i motivaciju za drukčije postupanje kod regulacije novog koncepta umjetne inteligencije.

Ključne riječi: umjetna inteligencija, pravo na zdrav okoliš, regulacija, preporuke, učinci

U V O D

Cilj je ovog rada predstaviti postojeća i otvoriti nova pitanja o izrazito aktualnim i relevantnim temama prava na zdrav okoliš i umjetne inteligencije, smjerovima u budućem razvoju i regulaciji novih odnosa u pravnom poretku. Objasniti će se pojam prava na zdrav okoliš, ideja priznavanja prava na zdrav okoliš kao

Dr Sandra Marković, advokat, specijalista iz oblasti ustavnog prava, Zajednički odvjetnički ured dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac & dr. sc. Dino Gliha (MGG Law Office), e-mail: sandra.markovic@mgg-law.eu.

Mag. iur. Ana Žagar, advokatski pripravnik, Zajednički odvjetnički ured dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac i dr. sc. Dino Gliha (MGG Law Office), e-mail: ana.zagar@mgg-law.eu.

ljudskog prava, trenutno uređenje i prateće izazove. Objasniti će se i pojam umjetne inteligencije, mogućnosti njezine upotrebe, ali i rizici koje takva upotreba neminovno donosi, ponajprije u odnosu na zaštitu ljudskih prava. Izložiti će se trenutna regulacija, preporuke i očekivanja za budući razvitak. Uvodno će se napomenuti, a kroz rad elaborirati, povezanost dviju tema. Naime, prvenstveno je lako uočiti već napomenutu činjenicu da obje teme predstavljaju trenutno intrigantne koncepte o kojima je nužno pisati. Druga, ne tako očita povezanost, proizlazi iz izravnog utjecaja upotrebe umjetne inteligencije na pravo na zdrav okoliš, čiji će se pozitivni i negativni aspekti detaljno razložiti u nastavku rada. Konačno, u radu će se predstaviti i ideja o sličnosti u problemu i posljedicama problema regulacije dvaju konceptata. Premda je u oba slučaja riječ o novinama u pravnom poretku, ideja je rada da se na uređenju prava na zdrav okoliš, kao ranije upoznatom konceptu, mogu pronaći jasne upute za buduću regulaciju umjetne inteligencije. Drugim riječima, teza je ovog rada da je upravo tromost u pravnoj regulaciji uzrok trenutnog stanja okoliša, što predstavlja primjer i motivaciju za drukčije postupanje kod regulacije novog koncepta umjetne inteligencije.

PRAVO NA ZDRAV OKOLIŠ

Pojam okoliša

Sve do početka sedamdesetih godina 20. stoljeća pravo i politika okoliša bili su nepoznati pojmovi.¹ Pojam okoliša među prvima je definirao estonski znanstvenik u području teorijske biologije, *Jakob von Uexküll*, kao cjelinu koju čovjek vidi kroz svoje specifično, antropogeno stajalište i koju čine okružujući mediji, kao i svi drugi živi organizmi.² Slična je definicija preuzeta i u hrvatsko zakonodavstvo, prema kojemu je okoliš „prirodno i svako drugo okruženje organizama, njihovih zajednica uključivo i čovjeka, koje omogućuje njihovo postojanje i njihov daljnji razvoj: zrak, vodu, tlo, zemljinu kamenu koru, energiju te materijalna dobra i kulturnu baštinu kao dio okruženja kojeg je stvorio čovjek; sve u svojoj raznolikosti i ukupnosti uzajamnog djelovanja“.³ Kada je riječ o pravu na kvalitetu tako opisanog okoliša, valja spomenuti Brundtlandovu definiciju održivog razvoja, koja veoma dobro odražava temeljnu obvezu današnje populacije u vezi

¹ Marijana Kolednjak, Martina Šantalab, „Ljudska prava treće generacije“, *Tehnički glasnik*, No. 3, Vol. VII, 2013, 324.

² *Ibidem*.

³ Zakon o zaštiti okoliša, *Narodne novine*, br. 80/13, 153/13, 78/15, 12/18, 118/18, čl. 4. st. 34.

s njezinim osiguranjem. Održivi je razvoj, naime, razvoj koji istovremeno omogućava sadašnjoj generaciji da zadovoljava svoje potrebe, ne ugrožavajući mogućnost budućih generacija da zadovolje svoje.⁴ Drugim riječima, sastavnice okoliša kako ih nabraja hrvatski zakonodavac (zrak, voda, energija, materijalna dobra, itd.) predstavljaju resurse koje ljudi od davnina iskorištavaju za zadovoljenje svojih svakim danom sve većih potreba. Takvim je iskorištavanjem dakako došlo do ugroze kvalitete tih resursa te rasprave o načinu njezinog očuvanja. Razlog zašto u vezi postojanja prava na određenu kvalitetu okoliša i njegove regulacije još uvijek nema konsenzusa nalazimo upravo u gorenavedenoj definiciji održivog razvoja – takvo pravo podrazumijeva određene obveze i odricanja. Nepostojanje konsenzusa oko potrebe i načina regulacije takvog prava i pripadajućih obveza predstavlja vjerojatan razlog za trenutno stanje okoliša, zbog čega su ovakvi radovi, u kojima se razmatra postojeća i buduća regulacija i njihove mogućnosti, nužni.

Regulacija

Trenutna regulacija. – Pravo okoliša danas obuhvaća sve pravne norme u materijalnopravnom, organizacijskom i postupovnom smislu koje se odnose na zaštitu okoliša.⁵ Pravnu osnovu legislative prava okoliša u Europskoj zajednici (u daljnjem tekstu: EZ) omogućio je 1987. godine Jedinostveni europski akt (SEA).⁶ U to vrijeme čl. 174. Ugovora o EZ govorio je o tri glavna cilja: „očuvanju, zaštiti i poboljšanju kvalitete okoliša, doprinosu zaštiti ljudskog zdravlja, osiguranju mudrog i racionalnog korištenja prirodnih izvora“.⁷ Uspostava te pravne osnove za usvajanje sekundarne legislative bilo je zapravo rođenje prava okoliša Zajednice, pa mnogi ističu da prije SEA nije bilo prava okoliša.⁸ Prema čl.37. Povelje EU o temeljnim pravima visoka razina zaštite i poboljšanje kvalitete okoliša moraju biti integrirani u politike Unije i osigurani u skladu s načelom održivog razvoja,⁹ dok Europski odbor za socijalna prava u zaključcima i odlukama utvrđuje da okolišna pitanja mogu

⁴ Sustainable development <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/sustainable-development.html>, 24. 9. 2023.

⁵ Dinka Šago, „Ekološka tužba kao instrument građanskopravne zaštite okoliša“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, No. 4, Vol. 50, 2013, 895.

⁶ Arsen Bačić, „Ustavni temelji i problemi zaštite okoliša u hrvatskom i europskom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, No. 4, Vol. 45, 2008, 738.

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Povelja EU o temeljnim pravima* (2016/C 202/02, *Službeni list Europske unije*, 7. lipnja 2016).

utjecati na ostvarivanje prava zajamčenih Europskom socijalnom poveljom.¹⁰ Očuvanje prirode i čovjekova okoliša je u čl. 3. Ustava Republike Hrvatske izdvojeno kao jedna od najviših vrednota ustavnog poretka RH, dok u čl. 70. stoji da „Svatko ima pravo na zdrav život. Država osigurava uvjete za zdrav život. Svatko je dužan, u sklopu svojih ovlasti i djelatnosti, osobitu skrb posvećivati zaštiti zdravlja ljudi, prirode i ljudskog okoliša.“¹¹ U skladu s načelom 1. Stockholmske deklaracije UN-a čovjek ima temeljno pravo na slobodu, jednakost, primjerene uvjete života, u okruženju kvalitete koje dopušta dostojanstven i dobar život, a on nosi odgovornost da kao takvo to okruženje očuva i za buduće generacije.¹² Na konferenciji u Švedskoj usvojena je Deklaracija o čovjekovom okolišu koja se sastojala od 26 načela za zaštitu, očuvanje i poboljšanje čovjekova okoliša, te Akcijski program koji je sadržavao 109 preporuka za konkretne akcije država. Ovaj „Program za 21. stoljeće“, popularno nazvan Agenda 21, predlaže međusobno usklađene akcije koje će razvoj učiniti gospodarsko, društveno i ekološki održivim.¹³

Preporuke. – Bergenska deklaracija govori da kako bi se osigurao održivi okoliš, mjere moraju biti bazirane na predostrožnom načelu, to jest, okolišne krize se moraju predvidjeti i spriječiti.¹⁴ Cilj se države mora proširivati od ekonomskih i socijalnih blagodati na ekološko blagostanje, temeljna prava se moraju dopuniti temeljnim dužnostima i ekološkim pravima, a institucije se moraju otvoriti prema reprezentaciji okolinskih interesa. Okoliš i svekolika briga o njemu po svemu je noviji element *materiae constitutionis*.¹⁵ Iako ustavno utemeljenje nije apsolutno nužno za efikasnu implementaciju mjera nove javne politike, pokazuje se da sve veći jaz između ustavne i zakonodavne strukture političkih ciljeva utječe i na ranjivost i eroziju određenih područja prava i to kroz okoštavanje, marginalizaciju ili asimilaciju.¹⁶

Pravo na zdrav okoliš kao ljudsko pravo. – Značajna prekretnica u razvoju prava na zaštitu okoliša dogodila se 8. listopada 2021, kada je Vijeće za ljudska

¹⁰ Pravo na zdrav život i zdrav okoliš, <https://www.ombudsman.hr/hr/pravo-na-zdrav-zivot-i-zdrav-okolis-pravo-na/>, 24.9.2023.

¹¹ Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, no. 56/90, 135/97, 113/2000, 28/01, 76/10, 5/14, Art. 3, Art. 70.

¹² James T. McClymonds, „Human Right to Healthy Environment: An International Legal Perspective“, *The New York Law School Law Review*, 1992, No. 4, Vol. 37, 583.

¹³ M. Kolednjak, op. cit., 325.

¹⁴ *Ibidem*, 614.

¹⁵ A. Bačić, op. cit., 732.

¹⁶ *Ibidem*.

prava UN-a usvojilo Rezoluciju 48/13, kojom je priznalo pravo na zdrav okoliš kao ljudsko pravo. Vijeće je usvojilo i Rezoluciju 48/14, uspostavivši funkciju posebnoga izvjestitelja za klimatske promjene i ojačavši time svoj fokus na temu utjecaja klimatskih promjena na ljudska prava.¹⁷

Praksa Europskog suda za ljudska prava također sve više ide u smjeru zaštite prava na zdrav okoliš. Iako prema Konvenciji ne postoji izričito pravo na zdrav okoliš kao ljudsko pravo (*Hatton i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, st. 96), Sud u Strasbourgu takva pitanja podvodi pod čl. 8. Konvencije.¹⁸ Riječ je o pristupu rješavanja ovoga problema prema kojemu se pravo na zdrav okoliš priznaje kao ljudsko pravo kroz takozvanu „treću generaciju ljudskih prava“.¹⁹

Valja upozoriti i na postojanje kritika u priznavanju prava na zdrav okoliš kao ljudskog prava. Ističe se kako bi ljudska prava trebala reflektirati temeljnu i važnu društvenu važnost, biti relevantna, neizbježna, prikladna za prepoznavanje, spojiva s drugim pravima, prikladna da steknu međunarodno priznanje, u skladu s općim načelima države te jasno i precizno formulirana.²⁰ Naravno, prigovara se kako se ne mogu sva prava promatrati kroz ove kriterije.

Nema dvojbe o postojanju dvaju proceduralnih uvjeta koje pravo mora zadovoljiti: mora postojati službena rasprava u Općoj skupštini o priznavanju njegovog statusa. Osim toga, mora postojati specifično opće prepoznavanje o novom ljudskom pravu ili se ono mora formulirati kroz običajno pravo.²¹ Trebalo bi postići ravnotežu između integriteta i kredibiliteta tradicije dosadašnjih ljudskih prava te potrebe dinamičkog pristupa koji simbolizira mijenjajuću perspektivu i nove prijetnje ljudskom dostojanstvu i blagostanju.²² Previše priznavanja bi oslabilo ideju ljudskih prava, a dodatni je problem što po mišljenju većine ovo pravo ne zadovoljava uvjete da bi se ono kao takvo priznalo.²³

Neki teoretičari govore o problemu priznavanja ovoga prava kao ljudskog prava upravo zbog činjenice postojanja pregršta različitih kultura u svijetu.

¹⁷ Vijeće za ljudska prava UN-a: zdrav okoliš je ljudsko pravo, <https://www.ombudsman.hr/hr/vijece-za-ljudska-prava-un-a-zdrav-okolis-je-ljudsko-pravo/>, 24.9.2023.

¹⁸ V. i Pavlov i drugi protiv Rusije (br. 31612/09, 11. listopada 2022), *Kotov i drugi protiv Rusije* (br. 6142/18 i dr., 11. listopada 2022).

¹⁹ J. T. McClymonds, op. cit., 583.

²⁰ Noralee Gibson, „The Right to Clean Environment“, *Saskatchewan Law Review*, 1990, No. 1, Vol. 54, 6.

²¹ *Ibidem*, 8.

²² *Ibidem*, 7.

²³ *Ibidem*, 10.

Takvo bi priznavanje zahtijevalo barem najmanji konsenzus oko onoga što se od ljudi, država i drugih entiteta očekuje u zaštiti ili suzdržanju od zadiranja u ovo pravo. Osim toga, poneki prigovaraju činjenici da se kao najbolji put zaštite prava okoliša smatra priznati ga *ljudskim* pravom. Upravo su ljudska arogancija i bespogovorna težnja zadovoljavanju svake potrebe jedan od faktora koji uništavaju okoliš. Kada i govorimo o okolišu, treba se prisjetiti kako govorimo o apsolutno svim živim bićima, stoga ovakvo razmišljanje odaje dojam ponovnog pokušaja uspostavljanja ljudske superiornosti te prioritizaciji ljudske vrste.²⁴

Rješenje koje se nudi je da se ovo pravo ipak ne smatra ljudskim, već nekim univerzalnim pravom.²⁵ Ponavlja se kako je besmisleno smatrati pravo okoliša ljudskim pravom kao da je to jedina vrsta prava koju međunarodno pravo poznaje, a još je više besmisleno smatrati da bi ono pod takvim statusom imalo najbolju moguću zaštitu.²⁶

Dakle, premda se o klimatskim promjenama govori i njihovo događanje nije moguće poreći već dugi niz godina, i dalje ne postoji konsenzus o regulaciji prava na zdrav okoliš i sankcija za njegovo uništenje. Upravo je nejasnost koncepta te nevoljkost glavnih aktera za regulaciju područja od kojega mogu profitirati dovela do situacije u kojoj se resursi nekontrolirano i nepravedno iskorištavaju, a zbog toga nitko ne trpi nikakve posljedice. Moguće je govoriti o opasnosti od ponavljanja ove greške na potpuno novom i jednako nejasnom konceptu umjetne inteligencije, kod kojega je također teško očekivati postizanje konsenzusa i odricanje aktera od mogućnosti maksimalnog iskorištavanja novootkrivene tehnologije.

UMJETNA INTELIGENCIJA

Koncept umjetne inteligencije

Upitan da u jednoj rečenici izloži definiciju umjetne inteligencije (*artificial intelligence*, AI), servis *ChatGPT* je odgovorio kako slijedi: „Umjetna inteligencija je grana računalne znanosti koja se bavi stvaranjem računalnih sustava koji mogu izvršavati zadatke koji inače zahtijevaju ljudsku inteligenciju, poput učenja, razumijevanja prirodnog jezika, rasuđivanja i prepoznavanja slika.“²⁷

²⁴ *Ibidem*, 34.

²⁵ *Ibidem*, 5.

²⁶ *Ibidem*, 17.

²⁷ Mišo Mudrić, „Pregled novije poredbene sudske i zakonodavne prakse“, Europski pristup regulaciji tzv. umjetne inteligencije, 2023, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/pregled-novije>

Unatoč širokoj rasprostranjenosti umjetne inteligencije, ne postoji široko prihvaćena definicija, već je riječ o „krovnom“ pojmu, koji uključuje različite računalne tehnike i povezane procese posvećene poboljšanju mogućnosti strojeva da rade stvari koje zahtijevaju inteligenciju.²⁸

Učinci upotrebe AI-a na ljudska prava

Iako je doživjela značajan proboj tek nedavno, problemom umjetne inteligencije čovječanstvo se bavi od trenutka izuma računala.²⁹ Kroz književnost i film zamišljeni su već mnogi fascinantni scenariji koji pokazuju svijet u kojem su ljudska prava izgubila status općih načela u djelovanju, a ponekad i svijet u kojem je nekontrolirani razvoj umjetne inteligencije doveo do globalne kataklizme.³⁰ Ipak, postoje i drugi razlozi zabrinutosti, kao što su nepravедnost, diskriminacija, opasnost za život i sl., a do kojih bi svakako moglo doći ne postave li se neki zaštitni mehanizmi.³¹

Prednosti upotrebe

Općenito. – Utjecaj AI-a na ljudska prava očituje se u činjenici da se ista ne razvija u vakuumu, već se njezin učinak promatra u odnosu na ljude.³² Bezbroj je realiziranih i nerealiziranih mogućnosti, kao i prednosti upotrebe AI-a. Primjerice, upotrebom umjetne inteligencije u pravu želi se učiniti pravo razumljivijim, lakšim za manevriranje, korisnijim, pristupačnijim i predvidljivijim. Ideja se može pripisati Leibnizu, koji je htio istražiti mogućnosti primjene matematike u pravu.³³ Umjetna se inteligencija primjerice rabi u administraciji (upravnom pravu) ili kod

poredbene-sudske-i-zakonodavne-prakse-10-2023-poseban-broj-europski-pristup-regulaciji-tzv-umjetne-inteligencije, 24.9.2023.

²⁸ Filippo A. Raso, Hannah Hilligoss, Vivek Krishnamurthy, Christopher Bavitz, Levin Kim, „Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks“, *Berkman Klein Center Research Publication*, No. 6, 2018, 11.

²⁹ Marija Bošković Batarello, „Etika i nove tehnologije“, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/web-etika-i-nove-tehnologije>, 24.9.2023.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² F. Raso, H. Hilligoss, V. Krishnamurthy, C. Bavitz, L. Kim, op. cit., 15.

³³ Harry Surden, „Artificial Intelligence and Law: An Overview“, *Georgia State University Law Review*, No. 19–22, Vol. 35, 2019, 23.

procjene rizika od ponavljanja kaznenog djela.³⁴ Također se upotrebljava i u radu policije, budući da je njezinim korištenjem moguće predvidjeti lokaciju i vrijeme budućeg pokušaja počinjenja kaznenog djela, kao i prepoznati lice osobe.³⁵ Randall Davis s MIT-a kaže da je umjetna inteligencija sposobna riješiti problem, objasniti rezultat, učiti iz iskustva, strukturirati znanje, itd.³⁶

Utjecaj na okoliš. – Premda umjetna inteligencija kao takva sama po sebi ne može biti rješenje za klimatske promjene, svakako djelomično može pomoći i pomaže u borbi protiv ovog krucijalnog problema današnjice.³⁷ Umjetna inteligencija se već uvelike koristi za prepoznavanje učinaka klimatskih promjena. Sustavi umjetne inteligencije koji su već danas u značajnoj upotrebi mogu predvidjeti odakle su emisije, pomoći borbi protiv klimatskih promjena izradom klimatskih modela i formiranju pretpostavki, pomoći povećanju učinkovitosti električne mreže, njezinoj otpornosti i pouzdanosti.³⁸

Nedostatci upotrebe

Općenito. – Ipak, postoje mnogi rizici i opasnosti u rastućoj upotrebi ovih sustava. Izdvojit će se još neka promišljanja o opasnostima u različitim aspektima života pojedinca na koje ovaj sustav može utjecati i utječe. Vjerojatno najočitiiji utjecaj je onaj na pravo na privatnost. Sustav s lakoćom može pristupiti velikoj količini podataka i obrađivati ih nevjerojatnom brzinom, može predvidjeti ponašanje osobe, čak i shvatiti kako se osjeća gledajući izraz lica, puls, lokaciju i drugo te nekada može izazvati da se osoba ponaša drukčije samo zato što misli da ju se promatra.³⁹ Negativan utjecaj sustava u području slobode i pravednosti posebice je uočljiv u kaznenim postupcima, u vidu uklanjanja odgovornosti sa sudbene vlasti.⁴⁰ Može se govoriti i o utjecaju na slobodu izražavanja, udruživanja, okupljanja. Naime, demokracija zahtijeva otvoren društveni i politički diskurs, minimizaciju nepravednog utjecaja, manipulacije i sl. Ako se društvene stranice promatraju i analiziraju, onda osobe imaju

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Ingrid Ileana Nicolau, „Human Rights and Artificial Intelligence“, *Journal of Law and Administrative Sciences*, 2019, 12.

³⁷ Amy L. Stein, „Artificial intelligence and climate change“, *Yale Journal on Regulation*, No. 3, Vol. 37, 2020, 893.

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ David Leslie, Christopher Burr, Mhairi Aitken, Josh Cows, Mike Katell, Morgan Briggs, *Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and Rule of Law*, The Council of Europe, 2021, 15.

malo veći strah pričati slobodno i politički se angažirati. AI koji upotrebljavaju društvene mreže odlučuje koje objave će se prikazivati, što može rezultirati iskrivljenim pogledom na svijet. Često ga se zloupotrebljava za izradu lažnih video-zapisa, profila i drugog.⁴¹ Javlja se i problem lakšeg plasiranja lažnih vijesti (*fake news*). Analizira se ponašanje pojedinaca, prikuplja podatke i utječe na njihova politička stajališta.⁴² Problem s pametnim oružjem dovodi u pitanje utjecaj na pravo na život, dok je utjecaj na jednakost i zabranu diskriminacije očit u tome da sustav može biti odgovoran za stvaranje obrazaca diskriminatornog ponašanja, stereotipa te podložan shvaćanjima ljudi koji pišu program.⁴³ Postoje socijalni i etički izazovi s kojima se AI tehnologija suočava – nepravednost, diskriminacija i teškoće u odlučivanju.⁴⁴ Kada je riječ o utjecaju na društvena i ekonomska prava, valja upozoriti da su poslodavci sada u mogućnosti koristiti tehnologiju kako bi nadzirali rad, odlučivali o plaći i zapošljavanju. Nekada ljudima upravlja algoritam, a ne čovjek, što rezultira zanemarivanjem brige o zdravstvenoj zaštiti i povlasticama te nedovoljnim nadzorom.⁴⁵ Vezano za to, očit je i utjecaj na pravo na rad. Govori se o tome kako će nam roboti uzeti poslove, s obzirom na to da postoje različiti oblici umjetne inteligencije, od najjednostavnijih do nekih sofisticiranih.⁴⁶ Treba spomenuti i utjecaj na autorsko pravo. Nedavna popularizacija AI-a nas je podsjetila da ljudi više nisu jedini sposobni proizvoditi kreativni rad.⁴⁷ Treba spomenuti i utjecaj na pravo na pravično suđenje i to da neki smatraju kako je pravo na ljudskog suca dio prava na pravično suđenje. Korištenje AI-a od strane sudova, u kaznenom postupku (koristi se u svim fazama kaznenog postupka), pitanje odgovornosti, utjecaj na sudsku praksu.⁴⁸ Upozorava se i na činjenicu da ljudi često pretpostavljaju da zato što je AI uspješno izvršio neki zadatak – igranje šaha, vožnju, igranje video-igrica, da može izvršiti i druge komplicirane stvari, međutim, upozorava se da je riječ o „uskoj“ inteligenciji, ne može se prilagoditi s jedne aktivnosti na drugu jer svaki je problem drukčiji, zahtijeva druga znanja.⁴⁹ AI i dalje ne može odraditi one najteže zadatke, samo one koji su repetitivni i automatski.⁵⁰

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² I. Nicolau, op. cit., 12.

⁴³ D. Leslie, C. Burr, M. Aitken, J. Cowls, M. Katell, M. Briggs, op. cit., 16.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ A. L. Stein, op. cit., 3.

⁴⁷ D. Leslie, C. Burr, M. Aitken, J. Cowls, M. Katell, M. Briggs, op. cit., 4.

⁴⁸ H. Surden, op. cit., 19.

⁴⁹ *Ibidem*, 28.

⁵⁰ A. L. Stein, op. cit., 29.

Utjecaj na okoliš. – Za potrebe ovog rada najvažnije je spomenuti rizike koje sustav predstavlja u odnosu na pravo na okoliš. Negativnu stranu predstavlja velika potrošnja električne energije⁵¹ i problemi onečišćenja okoliša kada su u pitanju pokusi.⁵² Iako upotreba AI-a u kontekstu klimatskih promjena donosi nekoliko manje ozbiljnih etičkih rizika nego kada ga se upotrebljava za zdravlje i u kaznenom postupku, važno je izbjeći i minimizirati etičke rizike koji se mogu naći.⁵³ Prva grupa rizika proizlazi iz načina na koji su AI modeli dizajnirani i razvijeni, većina sustava je „trenirana“ na postojećim podacima kao bazi iz koje su učili klasificirati, predviđati, odlučivati. To omogućava stvaranje neželjene pristranosti, diskriminacije i nepravednom tretmanu ljudi i grupa.⁵⁴ Druga grupa rizika se tiče erozije ljudske autonomije koje bi neki klimatski orijentirani AI sustavi mogli nametnuti. Naime, borba s klimatskim promjenama zahtijeva široku koordinaciju, akciju, uključujući sustavne promjene individualnog ponašanja. Stoga se mora ograničiti „*psychological distance*“ od klimatske krize kod ljudi, treba im pomoći da vizualiziraju njene učinke, ohrabriti ih da krenu činiti nešto za klimu.⁵⁵ Konačno, javlja se i rizik od povrede privatnosti. Ovaj bi sustav, naime, u situaciji upotrebe u borbi protiv klimatske promjene, bio u mogućnosti prikupljati se i obrađivati velik broj informacija o obrascima ljudskog ponašanja, pohranjivanju energije, uzgoju.⁵⁶ Važno je upozoriti i na *ugljični otisak (Carbon Footprint)* umjetne inteligencije, i u smislu izrade pokusnih modela i u smislu prave upotrebe. Sustav može konzumirati velike količine energije i generirati stakleničke plinove,⁵⁷ zbog čega je nužno pozabaviti se tim problemom i osigurati da šteta proizašla od upotrebe ne preraste korist.⁵⁸ Ipak, i dalje se naglašava da bez obzira koliko energije se možda troši na proizvodnju/trening AI modela, krajnji je cilj njihove izrade smanjenje upotrebe resursa.⁵⁹

⁵¹ Dino Gliha, Sandra Marković, „Smart contracts and the evolution of a legal perspective on the protection of human rights“, *Digital Technologies and the Law of Obligations*, Routledge, 2021, 11.

⁵² Josh Cows, Andreas Tsamados, Mariarosaria Taddeo, Luciano Floridi, „The AI gambit: leveraging artificial intelligence to combat climate change—opportunities, challenges, and recommendations“, *AI & Society*, No. 38, 2023, 7.

⁵³ *Ibidem*, 7.

⁵⁴ *Ibidem*, 8.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, 13.

⁵⁸ *Ibidem*, 15.

⁵⁹ *Ibidem*, 15.

Umjetna inteligencija nalik je naftnoj industriji: kad se jednom izvade i obrađe, podaci mogu postati vrlo unosna roba, poput nafte, no ispada i da proces dubokog učenja ima veliki utjecaj na okoliš, baš kao i eksploatacija fosilnih goriva.⁶⁰

Regulacija

Trenutna regulacija. – Potrebno je sagledati trenutnu regulaciju kako bi se uočile i mogućnosti za napredak. Na službenim internetskim stranicama Europske komisije moguće je vidjeti kronološki tijek regulacije.⁶¹ Otkako je Europska komisija (EK) u travnju 2021. godine objavila prvi nacrt Prijedloga Uredbe o utvrđivanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji (Akt o umjetnoj inteligenciji, AUI), u Europskom parlamentu (EP) i široj javnosti ne smanjuje se intenzitet žustre rasprave u vezi zakonodavnih rješenja koje AUI nacrt nudi.⁶² AUI nacrt počiva na principu *pristupa utemeljenog na stupnju rizika (risk-based approach)*, dok je ubačena i odredba kojom se izričito propisuje obveza da svi generativni AI sustavi ispunjavaju sve zakonodavne uvjete i zahtjeve kojima se štite temeljna prava i vrijednosti EU-a, što dovodi do zaključka kako će se takvi alati redovito svrstavati u više kategorije rizičnih AI sustava.⁶³ Moguće je da će konačni AUI nacrt sadržavati i posebnu odredbu kojom se određuju opći principi korištenja AI sustava, a koji se temelje na dokumentu EU *Smjernice za pouzdani AI (EU Guidelines for Trustworthy AI)*, koji je u 2018. (prvi nacrt) odnosno 2019. godini sastavila posebno oformljenja skupina stručnjaka u sklopu nastojanja EK da se pripremi pravna i etička podloga za nadolazeće AI zakonodavstvo.⁶⁴ U rujnu 2022. godine EK je predstavila i nacrt *Direktive o prilagodbi pravila o izvanugovornoj građanskopravnoj odgovornosti s obzirom na umjetnu inteligenciju (DOUI)*. Nadolazeći europski pravni instrumenti koji se obrađuju u ovom tekstu pokrivaju isto područje, pri čemu se AUI prvenstveno orijentira na problematiku sigurnosti i kvalitete, dok se DOUI primarno usmjerava na problematiku odgovornosti u izvanugovornom kontekstu.⁶⁵

⁶⁰ Napredak je skup sport: „Svaki model umjetne inteligencije zagađuje okoliš kao pet automobila“, <https://www.tportal.hr/tehnolo/clanak/napredak-je-skup-sport-svaki-model-umjetne-inteligencije-zagaduje-okolis-kao-pet-automobila-foto-20190618>, 30. 9. 2023.

⁶¹ A European approach to artificial intelligence, Important milestones <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>.

⁶² M. Mudrić, op. cit.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

Regulativa na području Europske unije pojavila se u području pravila građanskog prava o robotici te je donesena Rezolucija Europskog parlamenta od 16. veljače 2017. s preporukom Komisiji o pravilima građanskog prava o robotici (2015/2103/INL)1.⁶⁶

Kodeks etičkog ponašanja za inženjere robotike donesen je u sklopu *Povelje o robotici*, koja je osnova za utvrđivanje temeljnih etičkih načela i nadzor njihova poštovanja te za usklađenost s etičkim načelima i to već u fazi istraživanja, projektiranja i razvoja robota. Navedenim Kodeksom pozvani su svi istraživači i projektanti na odgovorno djelovanje, poštovanje dostojanstva, privatnosti i sigurnosti ljudi te na blisku suradnju svih disciplina kako bi se zajamčilo da se istraživanja u području robotike u EU provode na siguran, etički prihvatljiv i učinkovit način.⁶⁷ Standard uključivosti pretpostavlja da inženjeri robotike jamče transparentnost i poštovanje legitimnog prava na pristup informacijama za sve sudionike, a standard odgovornosti predmnijeva odgovornost inženjera robotike za društvene i ekološke posljedice robotike, kao i za njezine posljedice na ljudsko zdravlje sadašnjih i budućih generacija.⁶⁸ Inženjeri robotike dužni su osigurati privatnost osobnih podataka i njihovo ispravno (zakonito) korištenje, u što pripada jamčenje nemogućnosti prepoznavanja i identifikacije pojedinaca, osim u slučaju izvanrednih okolnosti, no i tada uz jasan, nedvojben i informirani pristanak svake osobe koji je potrebno zatražiti i dobiti prije bilo kakve interakcije između osobe i robota.⁶⁹ Kod izvanugovorne odgovornosti za štetu propisane Direktivom 85/374/EEC obuhvaćena je samo šteta koja nastane zbog greške u proizvodnji robota i pod uvjetom da oštećena osoba može dokazati stvarnu štetu, neispravnost proizvoda i uzročnu vezu između štete i neispravnosti, što izvjesno neće biti dostatan okvir koji uključuje strogu (objektivnu) odgovornost, odnosno odgovornost bez krivnje.⁷⁰ Hrvatsko zakonodavstvo odgovornost za štetu nastalu od opasne stvari (strojeva, robota), što je najbliži propis kojim se sankcionira šteta nastala robotskim djelovanjem, normira čl. 1063. do 1072.⁷¹ Naglašava se problematičnost preopćenitih odredaba ZOO-a o odgovornosti za opasnu stvar i činjenice da kaznena odgovornost nije propisana.⁷²

⁶⁶ Ivana Đuras, „Sigurnost čovjeka u vladavini umjetne inteligencije“, *Sigurnost*, No. 2, Vol. 63, 2021, 237.

⁶⁷ *Ibidem*, 238.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*, 239.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*, 4.

Preporuke. – Preporuke povjerenika Vijeća Europe svrstavaju se u deset koraka koji bi trebali osigurati optimalnu zaštitu ljudskih prava pred potencijalnim opasnostima koje donose sustavi AI.⁷³ Kako postojeće norme ne bi ostale na razini teoretskog i iluzornog, suvremena zakonodavstva morala bi kontinuirano pratiti znanost robotske tehnologije i redovito *de lege ferenda* popunjavati normativne pravne praznine pravovremenim izmjenama, dopunama ili sustavnim uvođenjem novih pravila koja moraju imati kvalitetu stvarne i učinkovite zaštite ljudskih prava pred novim generacijama AI.⁷⁴ Vijeće Europe je tako uspostavio *ad hoc* odbor za umjetnu inteligenciju (CAHAI).⁷⁵ Problem s regulacijom predstavljaju i zahtjevi vladavine prava u vezi zakonodavstva, prema kojima zakoni moraju biti precizni, sustavni, praktični, predvidljivi i dr.⁷⁶ Upozorava se da postojeća regulativa ne zadovoljava ove uvjete, propisi su preopćeniti i upitno je jesu li primjenjivi.⁷⁷

ZAKLJUČAK

Najvažnija je preporuka za regulativu i zaključak ovog rada da je nove koncepte potrebno regulirati hitno, paralelno s njihovom pojavom. Pravo ne smije biti tromo i čekati na postizanje konsenzusa oko definicije pojma, načina njegove upotrebe, volje za regulacijom. Pravo mora biti prilagodljivo i ići ukorak s novinama. Jasno je da je zakonodavstvo u slučaju prava na zdrav okoliš zakasnilo, zbog čega se takva pogreška ne smije ponoviti. Također, ideja je rada da je prepoznavanje prava na okoliš i dalje nužno te u ovom trenutku ključno, s obzirom na utjecaj koji bi (i)racionalna upotreba tehnologije umjetne inteligencije na njega mogla imati. Njegovo prepoznavanje bi u pozitivnom smislu moglo utjecati na način da se tehnologija razvija i istražuje u kontekstu traženja alata za borbu protiv njegovog osiguranja, poboljšanja kvalitete života, očuvanja planeta i smanjenja utjecaja i sprječavanja daljnjih klimatskih promjena. S druge strane, njegovo bi prepoznavanje onemogućilo

⁷³ „Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights“, <https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64>, 30. 9. 2023. Riječ je o procjeni učinka na ljudska prava, provođenju javnih konzultacija, obvezi država članica EU da omoguće primjenu standarda ljudskih prava u privatnom sektoru, informiranju i transparentnosti, neovisnom nadzoru država članica, nediskriminaciji i jednakosti, zaštiti podataka i privatnosti, slobodi izražavanja, okupljanja i udruživanja te pravu na rad, implementaciji pravnih lijekova u normativne sustave te promidžbi AI pismenosti.

⁷⁴ *Ibidem*, 7.

⁷⁵ D. Leslie, C. Burr, M. Aitken, J. Cowls, M. Katell, M. Briggs, op. cit., 5.

⁷⁶ *Ibidem*, 6.

⁷⁷ *Ibidem*, 7.

istraživanje i razvoj koji nisu u skladu s najboljim interesom okoliša. Posebice ako se uzme u obzir „ekološka nepravda“, gdje bi nakon godina istraživanja od trenutnih najbogatijih aktera, kompanija i država, takvo pravo nauštrb prava na okoliš mogli zahtijevati siromašniji akteri, koji bi tek tada došli u fazu razvoja u obliku digitalizacije i modernizacije.

Dr. SANDRA MARKOVIĆ

MGG Law Office, Zagreb

Mag. iur. ANA ŽAGAR

MGG Law Office, Zagreb

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT

Summary

This paper aims to introduce new highly topical subjects of the right to a healthy environment and artificial intelligence, as well as current regulations, recommendations, and expectations of future development. The relatedness of the two subjects will be elaborated throughout the paper, as well as the idea of the paper that clear instructions for future regulation of artificial intelligence can be found in regulations concerning the right to a healthy environment, considering it as a previously familiar concept. In other words, the thesis of the paper states that precisely the inertia of legal regulation is the cause of the current state of the environment, which presents an example and motivation for a different approach to regulating the new concept of artificial intelligence.

Key words: artificial intelligence, right to a healthy environment, regulation, recommendations, effects

Literatura

Bačić A., „Ustavni temelji i problemi zaštite okoliša u hrvatskom i europskom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, No. 4, Vol. 45, 2008.

Bošković Batarelo M., „Etika i nove tehnologije“, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/web-etika-i-nove-tehnologije>.

Cowls J., Tsamados A., Taddeo M., Floridi L., „The AI gambit: leveraging artificial intelligence to combat climate change – opportunities, challenges, and recommendations“, *AI & Society*, No. 38, 2023.

Duras I., „Sigurnost čovjeka u vladavini umjetne inteligencije“, *Sigurnost*, No. 2, Vol. 63, 2021.

Gibson N., „The Right to Clean Environment“, *Saskatchewan Law Review*, No. 1, Vol. 54, 1990.

Gliha D., Marković S., „Smart contracts and the evolution of a legal perspective on the protection of human rights“, *Digital Technologies and the Law of Obligations*, Routledge, 2021.

- Kolednjak M., Šantalab M., „Ljudska prava treće generacije“, *Tehnički glasnik*, No. 3, Vol. VII, 2013.
- Leslie D., Burr C., Aitken M., Cowls J., Katell M., Briggs M., *Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and Rule of Law*, The Council of Europe, 2021.
- McClymonds J. T., „Human Right to Healthy Environment: An International Legal Perspective“, *The New York Law School Law Review*, No. 4, Vol. 37, 1992.
- Mudrić M., „Pregled novije poredbene sudske i zakonodavne prakse“, *Europski pristup regulaciji tzv. umjetne inteligencije*, 2023, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/pregled-novije-poredbene-sudske-i-zakonodavne-prakse-10-2023-poseban-broj-europski-pristup-regulaciji-tzv-umjetne-inteligencije>.
- „Napredak je skup sport: Svaki model umjetne inteligencije zagađuje okoliš kao pet automobila“, <https://www.tportal.hr/tehnolo/clanak/napredak-je-skup-sport-svaki-model-umjetne-inteligencije-zagaduje-okolis-kao-pet-automobila-foto-20190618>.
- Nicolau I., „Human Rights and Artificial Intelligence“, *Journal of Law and Administrative Sciences*, 2019.
- Raso F., Hilligoss H., Krishnamurthy V., Bavitz C., Kim L., „Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks“, *Berkman Klein Center Research Publication*, No. 6, 2018.
- Stein A. L., „Artificial intelligence and climate change“, *Yale Journal on Regulation*, No. 3, Vol. 37, 2020
- Surden H., „Artificial Intelligence and Law: An Overview“, *Georgia State University Law Review*, No. 19–22, Vol. 35, 2019.
- Šago D., „Ekološka tužba kao instrument građanskopravne zaštite okoliša“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, No. 4, Vol. 50, 2013.
- „Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights“, <https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64>.

PREGLEDNI RAD

IVONA ŽIVKOVIĆ
DANILO KRIVOKAPIĆ

POTENCIJAL ZEMALJA ZAPADNOG BALKANA ZA IMPLEMENTACIJU SISTEMA VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U CILJU KONTROLE PRISILNIH MIGRACIJA

Cilj ovog rada je da razmotri potencijal zemalja Zapadnog Balkana, sa posebnim akcentom na Srbiju, da razvije sisteme veštačke inteligencije u svrhu kontrole prisilnih migracija. U uvodnom poglavlju definišaćemo ključne koncepte vezane za migracije, opšte trendove migracija. Zatim ćemo analizirati trendove praćenja i kontrole migracija, kao i rizike koje ovakvi trendovi nose po osnovna prava građana, odnosno migranata, zemalja u susedstvu, pre svega Hrvatske i Grčke. Potom ćemo analizu usmeriti na usklađenost postojećih regulativa sa načinima kontrole i nadzora migracija. Razmotrićemo potencijal zemalja Zapadnog Balkana za implementaciju ovakvih sistema. Analiziraćemo postojeće dokumente kojima zemlje Zapadnog Balkana raspolažu u pogledu implementacije pametnih sistema. Zatim ćemo analizirati međunarodnu pozicioniranost zemalja Zapadnog Balkana u pogledu razvijenosti i primene veštačke inteligencije, pre svega u javnom sektoru. Na samom kraju, pokušaćemo da uokvirimo institucionalnu i tehničku spremnost zemalja Zapadnog Balkana za implementaciju pametnih sistema praćenja i kontrole migracija.

Ključne reči: prisilne migracije, veštačka inteligencija, nadzor, kontrola granica, Zapadni Balkan

U V O D

Veliki broj zemalja Evropske unije poslednjih godina radi na razvijanju veštačke inteligencije (u daljem tekstu: VI) čija se primena ogleda u praćenju i

Ivona Živković, asistent Fakulteta organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu, e-mail: ivona.zivkovic@fon.bg.ac.rs.

Danilo Krivokapić, advokat, Share Fondacija, e-mail: danilo@sharedefence.org.

kontroli migracija, naročito onih prisilnih. Kako bi se ovakvi sistemi uopšte stavili u upotrebu neophodno je donošenje standardizovanih propisa i regulativa, koje su između ostalog u skladu sa etičkim standardima i koji poštuju neotuđiva ljudska prava. Sa druge strane, pored kontrole i upravljanja određenih segmenata javnog prostora, kao što su granični prelazi, ovakvi sistemi mogu poslužiti i za pružanje neophodne institucionalne podrške prisilnim migrantima. Generalno govoreći u zemljama Evropske unije implementacija sistema veštačke inteligencije, u bilo kom segmentu javnog života, u velikoj meri je jasno definisana i ograničena propisima i regulativama. Međutim postavlja se pitanje kakva je situacija u zemljama sa upitnim stanjem demokratije, koje nemaju dovoljno ili uopšte razvijenu regulativu i koje se suočavaju sa brojnim socijalnim i ekonomskim problemima. U ovu kategoriju možemo uvrstiti gotovo čitav region Zapadnog Balkana, stoga je jedan od osnovnih ciljeva ovog rada da sveobuhvatnom analizom ovog pitanja dođemo do zaključka postoji li potencijal među zemljama Zapadnog Balkana za implementaciju sistema veštačke inteligencije u cilju kontrole prisilnih migracija.

PRISILNE MIGRACIJE

Objašnjenje pojma

Petersen je jedan od prvih teoretičara koji se detaljnije bavio problemom prisilnih migracija.¹ Pomenuti autor je priredio i jednu od prvih klasifikacija migracija i to na primitivne, prisilne, nametnute, slobodne i masovne. Kako Miladinović navodi ovo je prvi put da su u klasifikaciju uvršćene migracije koje su rezultat neke vrste prinude, tačnije prisilne i nametnute migracije.² Nailazimo na još neke klasifikacije poput podele na anticipatorne i akutne migracije.³ Prve podrazumevaju spremnost da se napusti zemlja, sa izvesnim krajem putovanja, koji je unapred organizovan i isplaniran. Dok se u drugom slučaju radi o migracijama u kojima su pojedinci ili grupe primorani da napuste određeno mesto pod, najčešće vojnim pritiskom, ili u izbegličkom talasu. Pod prisilnim migracijama

¹ William Petersen, „A general typology of migration“, *American sociological review*, No. 3, Vol. 23, 1958, 256.

² Slobodan Miladinović, „Prinudne migracije i njihove socijalne implikacije“, *Savremene migracije i društveni razvoj: interdisciplinarna perspektiva* (ur. Zoran Lutovac, Slobodan Mrđa), Srpsko sociološko društvo, Institut društvenih nauka, Institut za sociološka istraživanja Filozofskog fakulteta, Beograd, 2018.

³ Egon F. Kunz, „The refugee in flight: Kinetic models and forms of displacement“, *International migration review*, No. 2, Vol. 7, 1973, 125; Tufon Mason Otis, „Migration and the food quest: a study in the peopling of America“, *American Anthropologist*, No. 3, Vol. 7, 1894, 275.

određeni autori podrazumevaju izbeglice, tražioce azila kao i interno raseljena lica usled izbijanja konflikta, gladi, razvojnih projekata, hemijskih ili nuklearnih ratova ili prirodnih katastrofa.⁴

Opšti trendovi prisilnih migracija

Poslednja decenija 20. veka na našim prostorima, ali i u ostatku sveta, pokazala nam je koliko promene izazvane političkim i ratnim sukobima mogu biti dramatične. Masovne prisilne migracije koje su se odvijale u regionu Zapadnog Balkana kao posledice rata, još jednom su nas podsetile na razorne efekte ovakvih događaja. Međutim, geopolitičke promene koje su karakteristika navedenog, ali i trenutnog perioda, preoblikovale su dinamiku modernih migracija u svakom smislu, donoseći sa sobom nove nalete migrantskih i humanitarnih kriza. Čini se da se raspad Sovjetskog Saveza i nestabilnosti u regionu Bliskog istoka mogu okarakterisati kao početak ere masovnih prisilnih migracija, koje se u talasima, iznova ponavljaju.⁵ Rat, kršenje ljudskih prava, individualni i masovni progoni nisu nova pojava, međutim razmere koju su ove katastrofe dosegle poslednjih godina su nezabeležene. Tako je prema izveštaju UNHCR-a za 2022. godinu,⁶ 108,4 miliona ljudi prinudno raseljeno širom sveta, što je preko 20 miliona ljudi više nego u 2020. godini⁷ kada je taj broj iznosio 82,4 miliona. Među raseljenim licima se nalazi 35,3 miliona izbeglica, 62,5 miliona interno raseljenih lica i 5,4 miliona tražioca azila. Većina njih (76%) svoj put završava u zemljama u razvoju, nedaleko od konflikta, nasilja, kršenja ljudskih prava od kojih su pokušali da pobegnu. Dakle, razvijene zemlje ostaju nedostižne za većinu njih što sa jedne strane možemo objasniti neizvesnošću, dužinom i finansijskim opterećenjem koje sa sobom donosi putovanje u zemlje koje su udaljene. Sa druge strane, reč može biti i o post kolonijalističkoj politici modernog sveta koja pretenduje da migrante drži podalje od globalnog severa i zapada.⁸

⁴ Alice Bloch, Donà Giorgia, „Forced migration: Setting the scene“, *Forced Migration*, Routledge, 2018, 1.

⁵ Mary Kaldor, *New and old wars: Organised violence in a global era*, John Wiley & Sons, 2013.

⁶ Global Trends – Forced Displacement in 2022, www.unhcr.org/global-trends-report-2022, 28. 9. 2023.

⁷ Global Trends- Forced Displacement in 2020, www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/60b638e37/global-trends-forced-displacement-2020.html, 28. 9. 2023.

⁸ Bhupinder S. Chimni, „The birth of a ‘discipline’: From refugee to forced migration studies“, *Journal of Refugee studies*, No. 1, Vol. 22, 2009, 11–29.

Pitanje bezbednosti i kontrole migracija

Migrantska kriza koja je pogodila veći deo Evrope početkom 2015. godine za sobom je pokrenula veliki broj socijalnih i ekonomskih, ali i bezbednosnih pitanja. Događaji poput terorističkog napada na Svetski trgovinski centar 11. septembra, ali i niz incidenata koji su se događali u zemljama Zapadne Evrope, u mnogim javnim debatama su pokrenuli pitanja o očuvanju opšte bezbednosti na starom kontinentu. Za većinu pomenutih terorističkih napada bili su optuženi migranti, te je ubrzano počela da se širi neizvesnost kako će masovni priliv migranata, iz većinom muslimanskih zemalja, doprineti opštoj bezbednosti većinski hrišćanske Evrope. Ovakva postavka stvari rezultirala je stvaranjem novih podela, i to pretežno sa fokusom na „mi“ i „oni“, a u političkom smislu podelom na „građane“ i „strance“.⁹ Podele, naročito one koje jednu stranu stavljaju u submisivan položaj, najčešće doprinose stvaranju i rastu netolerancije, ksenofobije, a nadalje i konflikata koji veoma često mogu doprineti kršenju nekih od zagarantovanih ljudskih prava i sloboda.

Kontrola migracija se danas ostvaruje kroz implementaciju različitih mehanizama, među kojima pametne tehnologije imaju ogroman značaj. Sa druge strane, masovne migracije su stvorile potrebu za osnivanjem regulatornih tela čiji zadatak jeste pretežno kontrola migracija kroz takozvano upravljanje migracijama.¹⁰ Inicijative za povećanje opšte bezbednosti, u kontekstu migracija, veoma često podrazumevaju i korišćenje intruzivnih sistema praćenja i nadzora, što za sobom povlači i pitanje zaštite ljudskih prava i podataka o ličnosti. Neretko su zato, ali i zbog drugih problema koje sa sobom donosi upravljanje migracijama, u javnosti prisutne debate u čijem centru su suprotstavljene teme sekuritizacije i humanitarizma.¹¹ Promene koje je sa sobom donela migrantska kriza i stvaranje takozvane Balkanske rute, dovele su i do zastupanja dvostrukih aršina u pogledu obezbeđivanja opšte sigurnosti. Strane koje su uključene u ovaj proces, pokušavaju da nađu balans između upravljanja migracijama i njihovog stavljanja „pod kontrolu“, što u praksi najčešće znači gotovo potpuno zatvaranje granica i otklon od pružanja pomoći onima kojima je ona najpotrebnija.¹²

⁹ Mirjana Bobić, Stefan Janković, „Introduction: A New Spectre Haunting Europe?“, *Towards Understanding of Contemporary Migration: Causes, Consequences, Policies, Reflections* (ur. Mirjana Bobić, Stefan Janković), Institute for Sociological Research, Faculty of Philosophy, University of Belgrade, Belgrade, 2017, 13–26.

¹⁰ *Ibidem*, 16.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

Pitanje nadzora samo je jedno od mnogih koje se pokreće kada je reč o bezbednosti, kontroli migracija i graničnih prelaza. Sistemi koji se primenjuju su različiti, međutim imaju jednu zajedničku karakteristiku, postaju sve intruzivniji, napredniji i omogućavaju sakupljanje velikog broja podataka. U svetlu obezbeđivanja opšte sigurnosti i veće kontrole, veliki broj zemalja primenjuje različite sisteme, koji sve češće zasnivaju svoj rad na upotrebi veštačke inteligencije. Primena ovakvih sistema naročito je karakteristična za Evropsku uniju. Ovi sistemi se smatraju legitimnim bezbednosnim merama „odbrane“ granica EU od invazije migranata.¹³ Kroz čitavu istoriju postojala je potreba da se granice nacionalnih država brane, na različite načine, najčešće od političkih neprijatelja koji su imali za cilj da pokore narod unutar tih granica, pokažu dominaciju i ostvare ekonomsku dobit. Danas nailazimo na paradoksalnu situaciju u kojoj se granice štite, a neretko i nasilno brane, od onih koji mirnim pute žele da ih pređu i potraže azil unutar njih. Ovakva promena diskursa je dovela do situacija u kojima se granice vide kao „ranjive“, te je neophodna njihova zaštita, dok su ljudi koji ih prelaze označeni kao pretnja.¹⁴ Pomenuta retorika doprinela je da se pitanje migracija poistovećuje sa problemom bezbednosti granica.¹⁵

Treba napomenuti da uramljivanje prisilnih migracija u okvir bezbednosnog rizika dovodi do ozbiljnih socijalnih problema. Ovako postavljena paradigma prisilnih migracija dovodi do produbljivanja podela, koje su verske, etničke i demografske prirode. Nadalje ovo dovodi do stvaranje slike o migrantima kao strancima koji nemaju prava kao i svi ostali građani neke zemlje, što može predstavljati polaznu osnovu za stvaranje netrpeljivosti, ksenofobije, a posledično i intenzivnije primene tehnologija za nadzor i kontrolu. Situacija u kojoj se pojedine kategorije migranata, na primer mlađi muškarci, percipiraju kao faktor rizika predstavlja osnovu bezbednosnog pristupa u objašnjavanju odnosa prema migrantima. Ovaj pristup akcenat stavlja na osiguranju opšte bezbednosti, dok su migranti targetirani kao oni koji tu bezbednost ugrožavaju.¹⁶ U zemljama u kojima je priliv migranata velik, naročito onih koji ilegalno prelaze granicu, država je ta koja, u najvećoj meri, utiče na profilisanje migranata kao javnih

¹³ Maja Korac-Sanderson, „Bordering and rebordering Security: Causes and Consequences of Framing refugees as a 'Threat' to Europe“, *Towards understanding of contemporary migration Causes, Consequences, Policies, Reflections*, Službeni glasnik, ISI FF, Beograd, 2017, 25–40.

¹⁴ Thomas Spijkerboer, „Wasted lives. Borders and the right to life of people crossing them“, *Nordic Journal of International Law*, No. 1, Vol. 86, 2017, 1–29.

¹⁵ M. Korac-Sanderson, op. cit., 28.

¹⁶ Jelisaveta Petrović, Jelena Pešić, „Između integracije, bezbednosti i humanitarnosti: stavovi građana Srbije o migrantima“, *Stanovništvo*, No. 2, Vol. 55, 2017, 32.

„neprijatelja“.¹⁷ Ovako kreirana retorika ostavlja dosta prostora za aktivnosti koje u osnovi predstavljaju kršenje zagarantovanih ljudskih prava. U ovoj tački ponovo se vraćamo na već iznet zaključak da prethodno stvoren osećaj nesigurnosti kod većinskog stanovništva, predstavlja dovoljan činilac za opravdavanje korišćenja alata i sistema kojima se migracije mogu lakše kontrolisati, tačnije sistema za praćenje i nadzor baziranih na veštačkoj inteligenciji.

Na kraju treba istaći i da većina država poseduje informacije i saznanja o realnim mogućnostima ugrožavanja opšte bezbednosti usled masovnog priliva migranata. Međutim, umesto da te informacije koristi u svrhu opšteg podizanja svesti i usmeravanja pažnje građana na stvarne pretnje, one ih najčešće, svesno ili nesvesno, kanališe ka stvaranju pogrešne slike u javnosti koja dodatno produbljuje podele i konfrontira manjinsku grupa sa većinom.¹⁸ U veštačko proizvedenoj klimi nebezbednosti i ugrožene javne sigurnosti, od strane vidljivog „neprijatelja“, pretpostavka je da je implementacija intruzivnih sistema praćenja i kontrole granica, baziranih na veštačkoj inteligenciji, dobrodošla.

PROCES DIGITALIZACIJE I PRAĆENJE MIGRACIJA

Digitalizacija je proces koji neumitno napreduje poslednjih decenija. Gotovo svi aspekti svakodnevnog života obuhvaćeni su ovim procesom pa tako ni migracije nisu izuzetak. Ulaganjem u digitalizaciju procesa i aktivnosti vezanih za migracije kao što su kontrola granica, praćenje zahteva za podnošenje azila i upravljanje migracija, prema navodima Evropskog parlamenta, mogu dodatno poboljšati navedene procese.¹⁹ Pandemija korona virusa umnogome je uticala na potrebu za ubrzanom digitalizacijom i upotrebom digitalnih tehnologija u praćenju i upravljanju procesom migracija. Većina imigracionih službi država članica EU povećala je upotrebu digitalnih tehnologija i to pre svega u pogledu razvoja onlajn usluga vezanih za zakazivanje termina za dobijanje državljanstva i portala za korisničku podršku. Takođe sve prisutnija je u upotreba veštačke inteligencije u različite svrhe kao i primena tehnologije blokčejna.²⁰ Nekoliko država EU trenutno koristi blokčejn tehnologiju za upravljanje migracijama, kako bi omogućile sigurnu razmenu

¹⁷ M. Korac-Sanderson, op. cit., 29.

¹⁸ *Ibidem*, 33.

¹⁹ Digital transformation, *Digital transformation (europa.eu)*, 28. 9. 2023.

²⁰ „The use of digitalisation and artificial intelligence in migration management“, *EMN-OECD-INFORM-FEB-2022-The-use-of-Digitalisation-and-AI-in-Migration-Management.pdf*, 28. 9. 2023.

veoma osetljivih informacija, povezale različite usluge i sisteme, te poboljšale protok informacija između različitih organa koji su uključeni u upravljanje migracijama.²¹ Upotreba sistema veštačke inteligencije je takođe veoma prisutna, ona se najčešće primenjuje za identifikaciju i ocenjivanje jezika; za otkrivanje prevare sa ličnim ispravama; za upravljanje predmetima; i za interakciju sa klijentima. Treba napomenuti da korišćenje ovih sistema, kao i različitih tehnologija, pokreće i pitanje zaštite podataka o ličnosti, te su sve članice Evropske unije obavezane da svoje delovanje usklade sa Opštom uredbom o zaštiti podataka (*engl. General Data Protection Regulation – GDPR*).

Proces podnošenja zahteva za državljanstvo je u potpunosti digitalizovan, čime je, makar teorijski, znatno olakšan proces podnošenja zahteva i tražiocima azila u zemljama Evropske unije. U velikom broju istraživanja dokazana je važnost digitalnih tehnologija za migrante, naročito informaciono-komunikacionih.²² Masovna upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija, primena sistema za praćenje i nadzor kao i veštačka inteligencija, očekivano bi trebalo da olakšaju proces migracija. Pored toga dostupnost uređaja koji podržavaju upotrebu pomenutih tehnologija, migrantima značajno olakšava proces samog putovanja i snalaženja u zemljama koje su odredili kao konačnu destinaciju. Različite aplikacije kao i sama dostupnost velikog broja informacija u digitalnom prostoru mogu značajno olakšati i ubrzati ovaj proces. Paradoks nastaje onda kada ovi sistemi rade, uslovno rečeno, protiv ljudi sa vrlo upitnom brigom za očuvanje osnovnih ljudskih prava. Čini se da trenutno najveći problem nastaje kod upotrebe veštačke inteligencije, s obzirom na to da je reč o relativno novoj tehnologiji čija primena u velikom broju zemalja nije dovoljno jasno definisana. Dodatno, postavlja se i pitanje poštovanja etičkih principa prilikom razvoja pomenutih tehnologija, kao i rodne i rasne ravnopravnosti. Treba napomenuti da se migranti suočavaju i sa kulturološkim barijerama, poput jezika koji se koristi u ovim sistemima, a zatim i manjkom digitalne pismenosti koja je neophodna za popunjavanje ovakvih zahteva. Pored toga i tehničke barijere mogu biti problem, kao što je nedostatak opreme ili interneta.

Podjednako važan aspekt jeste i proces kontrole graničnih prelaza gde se neretko koriste nedozvoljena sredstva, odnosno primenjuju tehnologije čiji legitimitet je upitan. U javnosti su osvanule informacije među kojima se tvrdi da je

²¹ *Ibidem*.

²² Heather A. Horst, „The blessings and burdens of communication: Cell phones in Jamaican transnational social fields“, *Global networks*, No. 2, Vol. 6, 2006; Newell Bryce Clayton, Ricardo Gomez, „Informal networks, phones and Facebook: Information seeking and technology use by undocumented migrants at the US–Mexico border“, *Phones and Facebook: Information Seeking and Technology Use by Undocumented Migrants at the US–Mexico Border*, *iConference*, 2015.

EU finansirala određeni broj projekata kojima se u centar interesovanja stavlja lični interes i profit iznad javnog dobra, a sve to pod izgovorom povećanja građanskih sloboda i na račun demokratizacije društva.²³ Pod izgovorom zaštite bezbednosti evropske javnosti, sredstva EU distribuiraju se inicijativama koje imaju za cilj iskorišćavanje ličnih podataka, analizu izraza lica, opšteg izgleda i onlajn aktivnosti u svrhu kreiranja profila pojedinaca i njihove kategorizacije.²⁴ Jedan od primera koji je izazvao široku polemiku među akademskom javnošću, ali i u široj javnosti, vezan je za projekat iBorderCtrl.²⁵ Ovaj projekat zamišljen je da radi po principu detektora laži, tačnije da detektuje mikro gestove na licu ispitanika kako bi potencijalno otkrio kada ispitanik namerno izbegava davanje tačnih iskaza. Zamisao jeste da se putnici/migranti koji nameravaju da uđu na teritoriju Evropske unije prethodno ispituju od strane avatara programiranog po principima veštačke inteligencije i mašinskog učenja. U isto vreme, sistem je programiran da proverava informacije iz baze podataka organa za sprovođenje zakona i prikupljanje informacija o potencijalnom putniku dostupne na njihovim Tviter nalozima, a sve u cilju pravljenja procene rizika. Suvislo je pomenuti i da se na ovaj način, kroz zadiranje u privatnost i analiziranjem gestova lica putnika uz pomoć softvera koji nakon toga predviđa kriminalni potencijal pojedinaca, direktno krši povelja o neotuđivim pravima pojedinaca²⁶ doneta od strane Evropske unije. U kontekstu prisilnih migracija za ljude koji su pod stresom, nervozni ili umorni, ovakva mašina, koja radi po principu otkrivanja sumnje, može predstavljati nepremostivu prepreku na putu ka boljoj budućnosti.

IMPLEMENTACIJA PAMETNIH SISTEMA U KONTROLI I PRAĆENJU PRISILNIH MIGRACIJA

Iako se na putu ka krajnjoj destinaciji suočavaju sa različitim fizičkim preprekama većini migranata nepremostivu prepreku predstavlja administracija, odnosno birokratske prepreke na koje nailaze u pokušaju prelaska graničnih prelaza i kasnijeg legalnog boravka u zemlji. Još jedan važan faktor jeste i činjenica da granice više ne predstavljaju samo pitanje kojim se bave nacionalne države.

²³ „EU-funded technology violates fundamental rights“, <https://aboutintel.eu/transparency-lawsuit-iborderctrl/>, 28. 9. 2023.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ „Intelligent Portable Border Control System“, <https://cordis.europa.eu/project/id/700626>, 28. 9. 2023.

²⁶ „EU Charter of Fundamental Rights“, <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/1-human-dignity>, 28. 9. 2023.

Kontrola granica je danas višestruka i u nju je uključen veliki broj aktera koji imaju interesa u ovom pitanju. Kada je reč o evropskim granicama jedan od najvažnijih aktera, koji nadilazi okvire nacionalne države, jeste EU. Pored toga u upravljanju graničnim prelazima učestvuju i drugi akteri, poput transportnih kompanija, javnih institucija, a ponekad i sami građani.²⁷

Iako većina zemalja EU ima veoma razvijenu infrastrukturu kada je u pitanju praćenje i kontrola graničnih prelaza poput pametnih granica (*smart borders*), veliki broj praksi koje ove zemlje primenjuju vrlo su upitne u pogledu nehumanog tretmana prisilnih migranata i pojedinaca koji tragaju za azilom.²⁸ *Fortress Europe* bavio se implementacijom novih, naprednih sistema kontrole granica.²⁹ Prema ovom izveštaju vlade nacionalnih država poput Grčke, Mađarske, Hrvatske i Poljske počele su sa primenom sistema kontrole granica koji uključuju vojne tehnologije koji se koriste za odvracanje i potiskivanje izbeglica od prelaska granica Evropske unije. Ovi sistemi uključuju korišćenje dronova, senzora, kamera i „detektora laži“ koji rade na principu veštačke inteligencije. U upotrebi su takođe i zvučni topovi, koje Grčka koristi u odvracanju migranata koji dolaze preko granice sa Turskom. Suvišno je raspravljati koliko su ovi sistemi zastrašujući u pogledu stvaranja distopijske budućnosti, u čijem središtu se nalaze gotovo u potpunosti obespravljani pojedinci.

U procesu „odbrane“ svojih granica nedavno je zabeležen veoma problematičan slučaj u kome je Hrvatska koristila visokorazvijene tehnološke sisteme prilikom kojih je na ilegalan način odvracala migrante u prelasku svojih nacionalnih granica. U ovom procesu „odvracanja“ migranata sa svojih granica Hrvatska policija je koristila dronove, helikoptere opremljene noćnom optikom, skenerima za detekciju ljudi u vozilima kao i noćnu i termalnu optiku koja je korišćena u opažanju pokreta, odnosno prelaska preko hrvatske teritorije.³⁰ Još jedan od primera kontrole granica uz pomoć veštačke inteligencije beležimo u Grčkoj. Ova zemlja koristi biometrijski nadzor svojih granica koji uključuje i prepoznavanje lica, kao i otiske prstiju. Pored navedenog opremljena je i tehnološkim sistemima koji

²⁷ A. Bloch, G. Donà, op. cit., 4.

²⁸ Privacy by design and the digital border, <https://www.eticasconsulting.com/privacy-by-design-and-the-digital-border/>, 28. 9. 2023.

²⁹ „Fortress Europe: the millions spent on military-grade tech to deter refugees“, *Fortress Europe: the millions spent on military-grade tech to deter refugees | European Union | The Guardian*, 28. 9. 2023.

³⁰ „OHCHR Submission: The role of technology in illegal pushbacks from Croatia to Bosnia-Herzegovina and Serbia“, *OHCHR Submission: The role of technology in illegal pushbacks from Croatia to Bosnia-Herzegovina and Serbia – BVMN (borderviolence.eu)*, 28. 9. 2023.

uključuju simulaciju tehno-policije odnosno specifičnih sistema kontrole granica naročito u kontekstu kontrole priliva migranata na teritoriju Evropske unije.³¹ Grčka policija odnedavno koristi uređaje, koji raspoložu tehnologijom za prepoznavanje lica i čitačima otisaka prstiju. Pored toga ovi uređaju prikupljaju navedene podatke i skladište ih, stvarajući na taj način bazu podataka i informacija o migrantima. Grčka je takođe krajem 2019. godine posebnim predsedničkim dekretom dozvolila upotrebu dronova u policijske svrhe nadzora i kontrole graničnih prelaza. U pomenutoj Uredbi nema stavki koje se odnose na zaštitu ličnih podataka koji se sakupljaju korišćenjem dronova.³² U istoj zemlji su zabeleženi i primeri problematične upotrebe naprednih tehnologija nad tražiocima azila. Pominju se slučajevi u kojima se koriste tehnologije koje detaljno analiziraju pokrete i ponašanja. Jedan od primera jeste upotreba sistema Iperion čija svrha jeste identifikacija i kontrola kretanja tražioca azila unutar prihvatnih centara.³³ Identifikacione kartice sadrže biometrijske podatke o osobi, kao i otiske prstiju. Još jedan sličan sistem je Kentauros, postavljen unutar prihvatnih objekata za migrante i njegovoj okolini.³⁴ Ovaj sistem predstavlja integrisanu upotrebu dronova i pametnih CCTV tehnologija, u čijoj osnovi su sistemi veštačke inteligencije i algoritmi za analizu ponašanja.

PRIMENA VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U ZEMLJAMA ZAPADNOG BALKANA

U cilju pružanja šire slike kada su u pitanju informacione tehnologije i veštačka inteligencija u zemljama Zapadnog Balkana (u daljem tekstu: ZB) u delu koji sledi biće predstavljeni podaci iz već postojećih istraživanja koja jasno ukazuju na stepen razvijenosti pomenutih zemalja u pogledu primene informacione tehnologije i veštačke inteligencije. Kako bismo mogli da obezbedimo detaljniji uvid u potencijal zemalja ZB za implementaciju sistema VI u cilju kontrole migracija, analiziraćemo nekoliko pokazatelja. Započecemo sa indeksom koji, najkraćem rečeno, meri spremnost vlada da implementiraju sisteme veštačke inteligencije u javnom sektoru.³⁵ Crna Gora, Severna Makedonija, Albanija, Bosna i Hercegovina

³¹ „Greece: Technology-led policing awakens“, *Greece: Technology-led policing awakens – about:intel* (aboutintel.eu), 28. 9. 2023.

³² *Ibidem*.

³³ „Digital Transformation Bible 2020–2025“, <https://digitalstrategy.gov.gr/project/yperion>, 28. 9. 2023.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Government AI Readiness Index, <https://www.oxfordinsights.com/government-ai-readiness-index-2020>, 28. 9. 2023.

imaju pokazatelj koji je manji od prosečnog,³⁶ dok su pokazatelji za Srbiju nešto viši od proseka.³⁷ Sledeći indikator odnosi se na spremnost javnog sektora da se razvija u skladu sa standardima digitalne transformacije.³⁸ Na samom dnu ovog rangiranja nalazi se Bosna i Hercegovina. Severna Makedonija nije uključena u analizu. Sledeći analizirani indikator predstavlja kompozitne indekse koji se sastoji od četiri različite dimenzije: tehnologija, ljudski resursi, upravljanje i uticaj u 130 država sveta.³⁹ Ponovo se Srbija nalazi na najvišem mestu među zemljama Zapadnog Balkana.⁴⁰ Odmah iza nje, nalazi se Crna Gora, zatim Severna Makedonija. Nailazimo na dve zemlje kod kojih je ovaj indeks najmanje razvijen, to su Bosna i Hercegovina i Albanija.⁴¹ Posmatrajući sve analizirane podatke možemo zaključiti da se Srbija ističe kao lider u pogledu potencijala za implementaciju pametnih sistema i naprednih tehnologija. Treba uzeti u obzir da su podaci za određene zemlje ZB izostaju što nas sprečava da iznesemo precizne zaključke o spremnosti posmatranih zemalja za implementaciju ovakvih sistema. Međutim, činjenica jeste da Bosna i Hercegovina, kao i Albanija zaostaju za ostalim zemljama Zapadnog Balkana u pogledu potencijala za implementaciju pametnih sistema i tehnologija generalno. U svakom slučaju u svim posmatranim zemljama postoji mnogo prostora za poboljšanje u pogledu implementacije pametnih sistema i tehnologija.⁴²

Treba napomenuti da je u procesu implementacije pametnih sistema, naročito VI, za praćenje migracija veoma važan akter javni sektor. Tačnije spremnost državnih organa koji imaju nadležnost u procesu praćenje migracija i podrške migrantima da ovakve sisteme prihvate i pokušaju da implemetiraju. U većini javnih

³⁶ Od ukupno 172 zemlje koje su bile uključene u analizu prosečan broj bodova bio je 44,25.

³⁷ Srbija je jedina zemlja od svih uključenih u analizu ima skor koji je veći od prosečnog i nalazi se na četrdeset i šestom mestu sa prosečnim skorom od 53,431, u rangu sa najvećim brojem zemalja Evropske unije.

³⁸ GovTech Maturity Index: The State of Public Sector Digital Transformation, <https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/5b2c81db-9bd3-5a41-b05d-14f878abe03d>, 28. 9. 2023.

³⁹ Network Readiness Index, <https://networkreadinessindex.org/nri-2021-edition-press-release/>, 28. 9. 2023.

⁴⁰ U ukupnom rangu na 57. mestu.

⁴¹ Đorđe Krivokapić, Ivona Živković, Andrea Nikolić, „Artificial Intelligence Regulation in the Areas of Data Protection, Information Security, and Anti-discrimination in Western Balkan Economies“, *45th Jubilee International Convention on Information, Communication and Electronic Technology*, 2022.

⁴² *Ibidem*.

sektora u zemljama ZB beležimo pozitivne pomake u pogledu implementacije sistema VI, međutim oni su većinski u službi pružanja, tačnije zadovoljavanja osnovnih administrativnih potreba onih građana koji imaju status državljana. Na primer, u saradnji sa tehnološkim gigantima poput Gugla (*Google*) i Majkrosofta (*Microsoft*) Srbija je uvela sistem E-uprave koji uključuje i implementaciju veštačke inteligencije.⁴³ Budući da nijedna od zemalja Zapadnog Balkana, osim Srbije, nema razvijene strateške dokumente u oblasti veštačke inteligencije, a većina nije preduzela čak ni pionirske korake u pogledu donošenja posebnih propisa u ovoj oblasti, nailazimo i na potpuni izostanak propisa i etičkih smernica za primenu VI. Srbija je razvila i etički okvir koji se bavi specifičnim etičkim pitanjima i zaštitom prava pojedinaca u procesu razvoja i primene VI.⁴⁴

Pitanje etičke primene VI od izuzetne je važnosti u procesu kontrole i upravljanja granicama, kao i praćenja migracija ali i podrške migrantima, jer kao što je već pomenuto kroz pređašnje primere, migranti su neretko žrtve primene tehnologija koje na neetičkih način pokušavaju da ih odvrte od namera da pređu granice određenih zemalja. U tom pogledu neophodno je postojanje etičkih okvira kojima će se obezbeđivati i zaštita prava onih koji se podvrgavaju različitim vrstama provera koje rade na principu veštačke inteligencije.

Zaštita ljudskih prava – zaštita ličnih podataka i antidiskriminacija

Na samom kraju neophodno je pozabaviti se i pitanjem zaštite prava migranata, pre svega u procesu korišćenja sistema nadzora i praćenja migrantskih tokova. Kada je reč o korišćenju naprednih tehnologija, kao i bilo kojih drugih koje podrazumevaju rukovođenje podacima o ličnosti pojedinaca, neophodno je postojanje jasnih regulativa koje će ograničavati zloupotrebu istih. Iako većina zemalja ima jasnu regulaciju ove oblasti i dalje veliki broj zemalja, naročito Zapadnog Balkana izuzev Srbije i Severne Makedonije, nema razvijene strategije zaštite ličnih podataka.⁴⁵

Nadležne institucije u Albaniji najavile su da će biti usvojena strategija zaštite podataka za period od 2021–2023. godine, međutim ova strategija i dalje nije

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ Od ovoga odstupaju Severna Makedonija, koja je još 2017. godine usvojila nacionalnu strategiju zaštite ličnih podataka, koja je na snazi do kraja 2022. godine, https://dzlp.mk/sites/default/files/dzlp_strategija_mk.pdf, i Srbija, https://www.poverenik.rs/images/stories/dokumentacija-nova/Strategije/Strategija_ZPL_2023-2030/Strategija_zastite_podataka_o_licnosti.pdf, 28. 9. 2023.

ugledala svetlost dana. Hrvatska, kao jedina članica Evropske unije od svih posmatranih zemalja, uskladila je svoje propise sa Opštom uredbom o zaštiti podataka (GDPR). Takođe, određeni broj zemalja, koje formalno nisu članice ovog saveza, uskladile su svoje propise i zakone po pitanju zaštite podataka o ličnosti sa ovom univerzalnom legislativom Evropske unije. Među njima se ističu Severna Makedonija i Srbija. Kada je reč o Crnoj Gori, usvojen je nacrt zakona o zaštiti podataka o ličnosti koji je u velikoj meri usklađen sa propisima GDPR-a.⁴⁶

Jedan od važnih GDPR odrednica je obaveza sprovođenja Procene uticaja na zaštitu podataka (DPIA) u određenim slučajevima obrade. Većina zemalja koje su uskladile svoje zakonodavstvo sa GDPR-om usvojile su smernice u vezi sa sprovođenjem DPIA. Takve smernice su usvojila nacionalna tela za zaštitu podataka, praćena primerima u kojima je DPIA neophodna. Takvi primeri uglavnom uključuju profilisanje, automatizovano donošenje odluka, korišćenje novih tehnologija (kao što je veštačka inteligencija) za obradu ili korišćenje mogućnosti koje će služiti za analizu ili predviđanje ekonomske situacije, zdravlja, interesovanja, ponašanja, lokacije ili kretanja, praćenje lokacije ili ponašanje osobe u sistemskoj obradi komunikacionih podataka generisanih korišćenjem telefona, interneta ili drugih sredstava komunikacije.⁴⁷ Postavlja se pitanje da li lica odnosno institucije koji se bave poslovima obrade podataka o ličnosti zaista poseduju odgovarajuća znanja za sprovođenje odgovarajućeg DPIA. Još važnije pitanje jeste da li su institucije u zemljama Zapadnog Balkana dovoljno stručne i spremne da se pozabave i pitanjem podataka o ličnosti koji bi se potencijalno dobijali o licima koja prelaze granice nacionalnih država. Posebno, u kontekstu ovog rada, očuvanjem i zaštitom podataka o ličnosti prisilnih migranta, za koje je već navedeno nebrojeno slučajeva u kojima se njihova osnovna prava brutalno narušavaju i ugrožavaju.

Hrvatska, kao jedina članica Evropske unije, u obavezi je da primenjuje direktive ove zajednice o rasnoj⁴⁸ i radnoj⁴⁹ jednakosti. Sve ostale posmatrane zemlje, koje nisu članice Evropske unije, ratifikovale su glavne konvencije o ljudskim pravima i imaju svoje zakone protiv diskriminacije. Treba napomenuti da se veštačka inteligencija ne pominje ni u jednom zakonu koji se odnosi na

⁴⁶ Đ. Krivokapić, I. Živković, A. Nikolić, op. cit., 4.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Direktiva Saveta Evrope – načelo jednakog postupanja među osobama bez obzira na rasno ili etničko poreklo, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0043&from=EN>, 28. 9. 2023.

⁴⁹ Direktiva Saveta Evrope za jednak tretman u zapošljavanju i zanimanju, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0078&from=EN>, 28. 9. 2023.

diskriminaciju ni u jednoj od dotičnih zemalja. Međutim, Strategija razvoja veštačke inteligencije u Srbiji prepoznaje rizike njenog potencijalnog diskriminisanja, a Akcioni plan⁵⁰ za njenu primenu predviđa određene aktivnosti u vezi sa sprečavanjem diskriminatornih praksi veštačke inteligencije.⁵¹ Svaka država takođe ima najmanje jedno nacionalno telo za ravnopravnost koje je deo evropske mreže institucija koje se bave diskriminacijom – *Equinet*,⁵² koje je imalo različite aktivnosti vezane za vezu tehnologije i diskriminacijer.⁵³

ZAKLJUČAK

Uzimajući u obzir sve navedene činjenice, rezultate različitih istraživanja, stanje u zemljama EU, možemo zaključiti da zemlje ZB i dalje daleko zaostaju kada je u pitanju implementacija sistema veštačke inteligencije za praćenje i upravljanje prisilnim migracijama. Pre svega najveći broj država, sa izuzetkom Srbije, uopšte nema razvijene nacionalne strategije kojima bi trebalo regulisati upotrebu veštačke inteligencije i naprednih tehnologija. Dodatno, u analiziranim zemljama delimično su razvijeni i implementirani propisi i regulative kojima bi trebalo zaštititi ljudska prava onih koji su obuhvaćeni upotrebom ovakvih tehnologija. Nedostatak standardizovanih regulativa neminovno ostavlja širok delokrug za potencijalno kršenje ljudskih prava, ili parcijalnu primenu i svojevolsno korišćenje podataka koji se dobijaju upotrebom naprednih tehnologija. Sa druge strane oblast koja je gotovo potpuno nerazvijena, a neophodna, jeste upotreba naprednih tehnologija u olakšavanju i pružanju podrške migrantima koji se nađu na teritoriji zemlja. Dakle, generalno gledano u zemljama ZB, uz minorne razlike, i dalje nedostaju regulative i opšti propisi kojima bi se unifikovala upotreba naprednih tehnologija. Pored toga jedan od glavnih problema jeste i nedostatak inicijative iz javnog sektora koji bi potencijalno doprineo primeni sistema veštačke inteligencije kontrole prisilnih migracija. Na samom kraju, uočen je apsolutni izostanak primene naprednih tehnologija u procesu pružanja podrške i adaptacije prisilnim migrantima koji pristižu u zemlje ZB. Pored tehnološkog zaostatka za zemljama EU, stiče se utisak da nedostaje i svest o potencijalu koji implementacija ovih sistema, i njihova etična i propisna primena, može

⁵⁰ Akcioni plan za period 2020–2022. godine za primenu Strategije razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period 2020–2025. godine, Službeni glasnik RS, br. 81/20, <https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/vlada/drugiakt/2020/81/1/reg>, 28. 9. 2023.

⁵¹ Đ. Krivokapić, I. Živković, A. Nikolić, op. cit., 4.

⁵² The European Network of Equality Bodies, <https://equineteurope.org/>, 28. 9. 2023.

⁵³ Đ. Krivokapić, I. Živković, A. Nikolić (2022), op. cit., 5.

doprineti svim strana koje su uključene u ovo pitanje. Veoma jaka bezbednosna perspektiva takođe može biti jedan od mogućih razloga usled kojih se ne mogu u potpunosti sagledati benefiti koje VI i napredni tehnološki sistemi mogu imati.

IVONA ŽIVKOVIĆ

Assistant, Faculty of Organizational Sciences
University of Belgrade

DANILO KRIVOKAPIĆ

Lawyer, Share Fondation

THE POTENTIAL OF WESTERN BALKAN COUNTRIES
FOR IMPLEMENTING ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS
TO CONTROL FORCED MIGRATIONS

Summary

The aim of this paper is to analyze the potential of Western Balkan countries, with a special focus on Serbia, to develop artificial intelligence systems for the purpose of controlling forced migrations. In the introductory chapter, we will define key concepts related to migrations and general migration trends. Then, we will analyze the trends in monitoring and controlling migrations, as well as the risks that such trends pose to the basic rights of citizens and migrants, especially in neighboring countries, primarily Croatia and Greece. Next, we will assess the compliance of existing regulations with methods of migration control and surveillance. We will consider the potential of Western Balkan countries for implementing such systems. Then we will analyze existing documents available to Western Balkan countries regarding the implementation of smart systems. Furthermore, we will analyze the international positioning of Western Balkan countries in terms of the development and application of artificial intelligence, primarily in the public sector. Finally, we will attempt to frame the institutional and technical readiness of Western Balkan countries for the implementation of smart migration monitoring and control systems.

Key words: forced migration, artificial intelligence, surveillance, border control, Western Balkans

Literatura

Bloch A., Donà G., „Forced migration: Setting the scene“, *Forced Migration*, Routledge, 2018.

Bobić M., Janković S., „Introduction: A New Spectre Haunting Europe?“, *Towards Understanding of Contemporary Migration: Causes, Consequences, Policies, Reflections* (ur. Mirjana Bobić, Stefan Janković), Institute for Sociological Research. Faculty of Philosophy University of Belgrade, 2017.

Chimni B. S., „The birth of a 'discipline': From refugee to forced migration studies“, *Journal of Refugee studies*, No. 1, Vol. 22, 2009.

- Horst H. A., „The blessings and burdens of communication: Cell phones in Jamaican transnational social fields“, *Global networks*, No. 2, Vol. 6, 2006; Newell Bryce Clayton, Ricardo Gomez, „Informal networks, phones and Facebook: Information seeking and technology use by undocumented migrants at the US–Mexico border“, *Phones and Facebook: Information Seeking and Technology Use by Undocumented Migrants at the US–Mexico Border*, iConference, 2015.
- Kaldor M., *New and old wars: Organised violence in a global era*, John Wiley & Sons, 2013.
- Korac-Sanderson M., „Bordering and rebordering Security: Causes and Consequences of Framing refugees as a 'Threat' to europe“, *Towards understanding of contemporary migration Causes, Consequences, Policies, Reflections*, Službeni glasnik, ISI FF, Beograd, 2017.
- Krivokapić Đ., Živković I., Nikolić A., „Artificial Intelligence Regulation in the Areas of Data Protection, Information Security, and Anti-discrimination in Western Balkan Economies“, *45th Jubilee International Convention on Information, Communication and Electronic Technology*, 2022.
- Kunz E. F., „The refugee in flight: Kinetic models and forms of displacement“, *International migration review*, No. 2, Vol. 7, 1973, 125; Tufton Mason Otis, „Migration and the food quest: a study in the peopling of America“, *American Anthropologist*, No. 3, Vol. 7, 1894.
- Miladinović S., „Prinudne migracije i njihove socijalne implikacije“, *Savremene migracije i društveni razvoj: interdisciplinarna perspektiva* (ur. Lutovac Z., Mrđa S.), Srpsko sociološko društvo, Institut društvenih nauka, Institut za sociološka istraživanja Filozofskog fakulteta, Beograd, 2018.
- Petersen W., „A general typology of migration“, *American sociological review*, No. 3, Vol. 23, 1958.
- Petrović J., Pešić J., „Između integracije, bezbednosti i humanitarnosti: stavovi građana Srbije o migrantima“, *Stanovništvo*, No. 2, Vol. 55, 2017.
- Spijkerboer T., „Wasted lives. Borders and the right to life of people crossing them“, *Nordic Journal of International Law*, No. 1, Vol. 86, 2017.

PREGLEDNI RAD

PETA KATEDRA

PRAVO NA PRAVDU

**Sud u koneksitetu pravde; Međunarodni odnosi i pravda:
Međunarodno pravo; Pravo Evropske unije**

Sud u koneksitetu pravde

GORDANA STANKOVIĆ

PREVENCIJA ZLOUPOTREBE PROCESNIH OVLAŠĆENJA

Preventivne mere radi sprečavanja zloupotrebe procesnih ovlašćenja treba da osujete i onemoguće stranke da u parnici preduzimaju dozvoljene parnične radnje radi ostvarivanja nedozvoljenih ciljeva i da na taj način šikaniraju parničnog protivnika, odugovlače postupak i sprečavaju sud u efikasnom i efektivnom sprovođenju postupka. Preventivne mere preduzimaju i zakonodavac i sudija, svako u svom domenu. Prilikom svake procesne reforme zakonodavac vodi računa o mogućnoj zloupotrebi pojedinih procesnih ovlašćenja i na osnovu saznanja iz sudske prakse propisuje normativna rešenja kojima prevenira eventualnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja, dok sudija ima zadatak i dužnost da spreči svaki pokušaj zloupotrebe procesnih ovlašćenja u svakoj konkretnoj parnici odbacivanjem abuzivne parnične radnje.

Ključne reči: načelo zloupotrebe procesnih ovlašćenja, abuzivna parnična radnja, prevencija zloupotrebe procesnih ovlašćenja

U V O D

Zabrana zloupotrebe prava, kao opšti princip pravnog regulisanja pravnih odnosa, jasno obeležava i karakteriše posebnu etapu u evoluciji pravne svesti u svakoj pojedinoj državi i prožima sve grane njenog prava. Građanska subjektivna prava koja su priznata pravnim subjektima pravnim normama, kao pravilima društvenog ponašanja, ne treba da budu vršena ili korišćena na antidruštveni način. Vršanjem prava ili pojedinih ovlašćenja koja čine sadržinu subjektivnih prava, titulari prava treba redovno da zadovoljavaju svoje pravom priznate potrebe i interese i, istovremeno,

Prof. dr Gordana Stanković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, u penziji,
e-mail: gordanastankovic10@gmail.com.

da ostvaruju zakonima projektovane i dopuštene društvene interese i ciljeve. Ukoliko se određeno pravo ili pravno ovlašćenje ne vrši u skladu sa njegovom društvenom ili ekonomskom namenom, evidentno dolazi do zloupotrebe prava.

Zloupotreba prava predstavlja asocijalnu pojavu u pravnim odnosima suprotnu osnovnim principima prava, pravnog poretka i pravilima morala.¹

Ideja o zabrani zloupotrebe prava, imanentna samom pravu, omogućila je da institut zabrane zloupotrebe prava ima univerzalnu primenu, čak i kad pozitivno pravo određene države ne sadrži izričita pravila o tome i kad ovu ideju plasira i razvija jurisprudencija. Zabrana zloupotrebe prava, zbog svoje pravne prirode i pravno-političkog cilja, predstavlja univerzalno prihvaćen pravni princip koji je ugrađen, kao opšta ideja vodilja, u sve delove pravnog sistema. Zbog toga je ona pravni standard koji služi kao opšti i osnovni pravni kriterijum po kome se ocenjuje ispravnost u ostvarivanju i vršenju subjektivnih prava u svim oblastima jednog pravnog sistema.

Princip zabrane zloupotrebe prava predstavlja jedan od osnovnih pravnih principa i u civilnoj proceduri,² koji je izričito predviđen odredbama Zakona o parničnom postupku,³ i koji važi i u drugim granama građanskog sudskog postupka s obzirom na shodnu primenu pravila parnične procedure.

Postupak građanskopravne zaštite, kao pravni fenomen, postoji da bi se ostvarila i pružila pravna zaštita i omogućilo vršenje onih građanskih subjektivnih prava koja se na redovan i uobičajen način nisu spontano ostvarila u faktičkim životnim odnosima. Eventualna zloupotreba procesnih ovlašćenja predstavlja patološku i nepoželjnu pojavu u postupku za zaštitu prava jer šteti ugledu sudova kao organa državne vlasti, izaziva sumnju u ispravno vršenje sudske funkcije, dovodi u pitanje ugled i objektivnost suda, prouzrokuje, zbog odugovlačenja postupka, neefikasnost suda, i, u krajnjoj liniji, predstavlja izigravanje zakona i sprečava funkcionisanje pravne države. Zakonodavac zbog toga zabranjuje da stranke delaju u postupku

¹ Detaljno: Milivoje Marković, *Teorija zloupotrebe prava*, Pariz, 1936, Beograd–Niš, 1996. V. i: Milivoje Marković, „Zloupotreba prava“, *Enciklopedija imovinskih prava i prava udruženog rada*, Beograd, 1978, Tom 3, 1003; Milivoje Marković, „Zloupotreba prava u građanskom parničnom postupku“, *Arhiv*, br. 1, 1937, 52.

² O tome: Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, deveto izdanje, Univerzitet Megatrend Beograd, 2013, 248; Gordana Stanković, *Leksikon građanskog procesnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 178; Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2023, 231, Gordana Stanković, „Načelo zabrane zloupotrebe procesnih ovlašćenja u parničnom postupku Republike Srpske“, *Pravo – teorija i praksa*, Novi Sad, br. 11, 2004, 47; Gordana Stanković, „Nesavesno parničenje i mere za sprečavanje zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Srpsko pravo – nekad i sad*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2007, 119; Marija Salma, „Zabrana zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2009, 281.

³ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – US, 74/13 – US, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 – dr. zakon. U daljem tekstu ZPP (2011).

nasuprot ciljevima postupka kao institucije za zaštitu prava i pravnog poretka, te nije dozvoljeno da se procesna ovlašćenja koriste zlonamerno, šikanozno ili iz osвете jer na taj način dolazi do pravne profanacije, koju nijedan ni zakonodavac, ni sudija, kao njegova produžena ruka, ne bi mogao da dozvoli i trpi.

Do zloupotrebe procesnih ovlašćenja može da dođe u svim građanskim sudskim postupcima,⁴ i u raznim i različitim vidovima i formama. Ipak, do nje najčešće dolazi u parničnom postupku, kao primarnom, redovnom i opštem metodu pravne zaštite građanskih subjektivnih prava. Proklamovanjem principa zabrane zloupotrebe procesnih ovlašćenja, kao fundamentalnog procesnog principa, i njegovom normativnom konkretizacijom zakonodavac nije imao nameru da titularu prava „zatvori sudska vrata“, već je nastojao da se, pre svega, spreči šikaniranje lojalnih i korektnih stranaka, a nesavesnim, neskrupuloznim i obesnim parničarima onemogućiti uspeh u parnici i spreči korišćenje institucije sudskog postupka suprotno njegovoj društvenoj nameni.⁵

Da bi sprečio eventualnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja, zakonodavac je u odredbama ZPP (2011) predvideo preventivne i represivne mere zbog eventualne zloupotrebe procesnih ovlašćenja.⁶

PREVENTIVNE MERE ZA SPREČAVANJE ZLOUPOTREBE PROCESNIH OVLAŠĆENJA

Prevenција na planu sprečavanja zloupotrebe procesnih ovlašćenja sastoji se, pre svega, u proklamovanju principa savesnog korišćenja procesnih ovlašćenja⁷ i principa zabrane zloupotrebe prava.⁸ Ove fundamentalne procesne principe zakonodavac je operacionalizovao kroz različite procesne institute⁹ ili kroz propisivanje izričitih pravila kojima se iz preventivnih razloga ograničavaju pojedina procesna ovlašćenja strankama ili se za sud propisuju široka procesna ovlašćenja koja mu omogućavaju da kontroliše vršenje procesnih ovlašćenja i sprečava njihovu zloupotrebu.

⁴ V. Gordana Stanković, „Zloupotreba prava stranaka u izvršnom postupku“, *Zbornik Kopaoničke škole prirodnog prava „Pravo i načelo savesnosti i poštenja“*, Pravni život, br. 12, 2014, 5.

⁵ O tome detaljno: Gordana Stanković, „Naknada štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Zbornik „Zloupotreba prava“*, Pravni fakultet, Niš, 1996, 313.

⁶ V. i: Gordana Stanković, „Represivni merki poradi zloupotreba na procesnite ovlastuvanja“, *Zbornik na trudovi od međunaroden simpozium „Sovremenoto pravo, pravната nauka i Justinijanovata kodifikacija“*, Tom 2, Skopje, 2004, 255.

⁷ Odredba čl. 9. st. 1 ZPP (2011).

⁸ Odredba čl. 9. st. 2 ZPP (2011).

⁹ Detaljno: G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 230–232.

Preventivne mere u cilju sprečavanja zloupotrebe procesnih ovlašćenja preduzimaju i zakonodavac i sudija, svako u svom domenu. Prilikom svake procesne reforme zakonodavac vodi računa o mogućnosti da dođe do zloupotrebe pojedinih procesnih ovlašćenja i na osnovu saznanja do kojih dolazi iz sudske prakse propisuje određene preventivne mere, dok sudiji stavlja u zadatak i dužnost da otkrije i spreči svaku eventualnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja u svakoj konkretnoj parnici.

Načelo zabrane zloupotrebe procesnih ovlašćenja operacionalizovano je kroz pojedine procesne institute normiranjem procesnih pravila kojima se iz preventivnih razloga ograničavaju pojedina procesna ovlašćenja stranaka ili predviđaju široka ovlašćenja suda u upravljanju postupkom i odlučivanjem koja mu omogućavaju da vrši kontrolnu funkciju kad posumnja na abuzivno ponašanje da bi mogao da spreči eventualnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja.

NORMATIVNA PREVENCIJA ZLOUPOTREBE PROCESNIH OVLAŠĆENJA

Preventivne mere radi sprečavanja eventualne zloupotrebe procesnih ovlašćenja predviđene su u zakonskom tekstu nizom procesnih odredaba. Zakonodavac je nastojao da pojedinim zakonskim rešenjima suzi strankama manevarski prostor za eventualnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja.

Jedna od preventivnih normativnih mera sastoji se u implementaciji pojedinih pravnih standarda koji imaju za cilj efikasno rešavanje sporova u parnici i eliminaciju krize u sudskom rešavanju sporova koja se manifestovala u predugom trajanju sudskih postupaka. Predugo trajanje sudskih postupaka za pružanje pravne zaštite često je bilo posledica pojedinih normativnih rešenja koja su stvarala prostor za potencijalne zloupotrebe procesnih ovlašćenja u praksi. Zbog toga je, počev od donošenja prvog Zakona o parničnom postupku Republike Srbije (2004),¹⁰ proklamovanje principa o pravu na suđenje u razumnom roku¹¹ i efikasno odvijanje postupka za pružanje građanskopravne zaštite i predstavljalo konstantan prioritet svih reformskih pravopolitičkih poteza koji su preduzimani u domenu parničnog postupka. Isto tako, i drugi zakonodavni zahvati imali su za cilj ubrzano rešavanje sporova, ostvarivanje i zaštitu prava na suđenje u razumnom roku,¹² sprečavanje

¹⁰ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04 i 111/09. U daljem tekstu ZPP (2004).

¹¹ Odredba čl. 10. st. 1 ZPP (2004).

¹² Zaštita prava na suđenje u razumnom roku, kao ljudskog funkcionalnog prava, ostvarivana je u građanskom sudskom postupku i po pravilima vanparničnog postupka iz Zakona

odugovlačenja postupka i rasterećenje sudova kroz proces dejudifikacije ili kroz vansudski postupak posredovanja kao metod za alternativno rešavanje sporova.

Promene koje su vršene na zakonodavnom planu u domenu civilne procedure imale su za cilj da spreče da stranke ometaju sud u efikasnom, efektivnom i ekonomičnom sprovođenju postupka i da spreče šikaniranje parničnog protivnika preduzimanjem parničnih radnji koje imaju abuzivni karakter iako su inače dozvoljene pravilima procedure.

Preventivne mere na zakonodavnom planu manifestovale su se u pogledu nove operacionalizacije fundamentalnih procesnih principa, s jedne strane, a s druge, u pogledu redizajniranja pojedinih procesnih instituta.

Radikalne promene u pogledu osnovnih procesnih principa na kojima se zasniva parnična procedura i njihova operacionalizacija odnosile su se, pre svega, na osnovna metodska načela.

Dominacija raspravnog načela i sužavanje domašaja istražnog načela,¹³ kao osnovnih metodskih načela u pogledu prikupljanja procesnog materijala, bili su i u funkciji prevencije zloupotrebe procesnih ovlašćenja jer su te promene imale za cilj i jačanje procesne discipline u pogledu iznošenja procesnog materijala i efikasno odvijanje postupka. To je postignuto, između ostalog, razgraničenjem faze postupka u kojoj može biti iznošena procesna građa¹⁴ od faze postupka u kojoj se izvode dokazi radi provere istinitosti spornog činjeničnog supstrata,¹⁵ i uvođenjem prekluzije u pogledu iznošenja novota u prvostepenom i drugostepenom postupku. Prekluzija u pogledu iznošenja novota predstavljala je sredstvo za realizaciju koncentracije procesnog materijala i postupka, ali i lišavanje stranaka mogućnosti da doziranim iznošenjem činjenica i sukcesivnim predlaganjem dokaza u toku prvostepenog postupka namerno odugovlače postupak.

Sprečavanje odugovlačenja postupka postignuto je propisivanjem ne samo ograničenja u pogledu isticanja novih zahteva za presudu u pravnim lekovima,

o uređenju sudova (2008) sve dok nije donet Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku (*Službeni glasnik RS*, br. 40/15).

¹³ Sud postupa po službenoj dužnosti u pogledu utvrđivanja činjenica kad primenjuje procesno pravo, kad posumnja u nedozvoljene dispozicije i kad je to predviđeno posebnim propisima.

¹⁴ Stranka je dužna najkasnije na pripremnom ročištu ili na prvom ročištu za glavnu raspravu (ako pripremno ročište nije obavezno) da iznese sve činjenice kojima obrazlaže svoje predloge, da predloži dokaze kojima potvrđuje te činjenice, da se izjasni o navodima i predloženim dokazima protivne strane, kao i da predloži vremenski okvir za sprovođenje postupka – odredba čl. 308. st. 1 ZPP (2011).

¹⁵ Sud je dužan da na na pripremnom ročištu ili na prvom ročištu za glavnu raspravu (ako pripremno ročište nije obavezno) odlučiti koje će dokaze izvesti na glavnoj raspravi i rešenjem će odrediti vremenski okvir za sprovođenje postupka – odredba čl. 308. st. 3 ZPP (2011).

kao što je prigovor radi prebijanja, već i ograničenja u pogledu iznošenja novota u drugostepenom postupku isključenjem mogućnosti isticanja materijalno-pravnih prigovora kao sredstva odbrane u pravnom leku.¹⁶

Kao posledica operacionalizacije raspravnog načela i prekluzije u pogledu iznošenja novota ponovo je afirmisano načelo eventualnosti u pogledu iznošenja procesnog materijala bez obzira na to što se time sud u određenoj meri opterećuje povećanim angažovanjem u radu i postupanju. Načelo eventualnosti imalo je za cilj da zaštiti interese stranaka u uslovima prekluzije i spreči namerno odugovlačenje postupka sukcesivnim iznošenjem procesnog materijala.

Načelo koncentracije procesnog materijala,¹⁷ kao procesni princip i metodsko načelo, ima za cilj da se izvrši vremenska i sadržinska koncentracija procesnih radnji i time spreči odugovlačenje postupka. Operacionalizovano je pravilom o strogom zakonskom redu u pogledu preduzimanja procesnih radnji¹⁸ i kroz princip sudskog upravljanja parnicom kao dominantnim principom u pogledu kretanja parnice koji omogućava sudu ne samo aktivnu ulogu u razvijanju postupka postupanjem po službenoj dužnosti pri čemu se rukovodi postizanju racionalnih i celishodnih rezultata raspravljanja već i nastojanjem da sprečava eventualno abuzivne parnične radnje. Aktivna uloga suda u upravljanju postupkom predstavlja najznačajni preventivni procesni princip za sprečavanje zloupotrebe procesnih ovlašćenja u postupku.

Principi efikasnosti i princip suđenja u razumnom roku operacionalizovani su, između ostalog, i propisivanjem vremenskog okvira za preduzimanje parničnih radnji, koji sud određuje u saradnji sa strankama, da bi se omogućila koncentracija procesnog materijala i postigla efikasnost u postupanju, ali i povećala odgovornost stranaka u pogledu efikasnog i efektivnog odvijanja postupka.

Da bi prevenirao i sprečio potencijalnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja, zakonodavac je predvideo da se neke parnične radnje mogu preduzeti samo ako stranka ima pravni interes,¹⁹ ili ako postoje opravdani razlozi da ne bi došlo do odugovlačenja postupka.²⁰ Rasprava se može odložiti samo iz opravdanih razloga,²¹

¹⁶ Odredba čl. 372. st. 2 ZPP (2011).

¹⁷ V. G. Stanković (2018), op. cit., 183.

¹⁸ Zakonom je propisan strogi zakonski red u pogledu redosleda preduzimanja parničnih radnji u određenoj fazi postupka. Ni sud ni stranke ne mogu uticati na zakonom utvrđeni raspored preduzimanja parničnih radnji u svakoj fazi postupka. Na taj način zakonodavac je sprečio arbitrarlost suda i proizvoljno ponašanje stranaka radi abuzivnog odugovlačenja postupka.

¹⁹ Stranka koja je uspela u parnici nema pravni interes da izjavljuje pravne lekove.

²⁰ Na primer za incidentni postupak za vraćanje u pređašnje stanje ili za delegaciju nadležnosti.

²¹ Sud po službenoj dužnosti odlaže raspravu kad nisu ispunjeni uslovi da stranke raspravljaju na zakazanom ročištu. Rasprava se redovno odlaže kad nije završena delatnost zbog koje je

sudija može odgoditi ročište²² predviđeno rešenjem o vremenskom okviru za preduzimanje parničnih radnji samo izuzetno²³ i to zbog sprečenosti sudije ili ako je to potrebno radi izvođenja dokaza.²⁴ I predlog za vraćanje u pređašnje stanje, koji se u praksi često zloupotrebljava, stranka može da podnese iz opravdanih razloga i u kratkom subjektivnom i objektivnom zakonskom roku. Osim toga, stranka je dužna, da se postupak ne bi odugovlačio, da uz predlog za vraćanje u pređašnje stanje priloži podnesak koji sadrži propuštenu parničnu radnju.

Propisivanje niza prekluzivnih zakonskih rokova i pravilo o neproduživosti sudskih rokova bile su preventivne zakonodavne mere koje su znatno suzile mogućnost stranaka za abuzivno ponašanje. Posebno je značajno da je odugovlačenje postupka sprečeno isključivanjem mogućnosti da sudski rokovi budu produženi na traženje stranke.

Ako su stranke vezane strogim zakonskim rokovima u pogledu preduzimanja pojedinih parničnih radnji i ako određene parnične radnje mogu da preduzmu samo ako postoji opravdan razlog ili ako imaju pravni interes za njihovo preduzimanje, ako novote mogu da iznose samo ako nema krivice zbog propuštanja u pogledu iznošenja procesnog materijala, manevarski prostor za preduzimanje abuzivnih i šikanoznih radnji koje imaju za cilj odugovlačenje postupka ili uznemiravanje parničnog protivnika znatno je sužen.

Zakonodavac je suzio i mogućnost da kvalifikovani zastupnici podnose neuredne podneske, isključio je mogućnost da se strankama naknadno nalaže da podnesu dovoljan broj primeraka podnesaka i priloga, predvideo je blagovremeno podnošenje pripremljenih podnesaka u toku parnice u zakonskom roku i eliminisao

zakazano ročište. To se najčešće događa kad je to potrebno radi izvođenja dokaza, ali i ako postoje drugi opravdani razlozi. Na primer, ako je sud poučio neuku stranku koja ne može da se jasno i određeno izjašnjava na potrebu da angažuje punomoćnika ili ako je utvrdio da stranka nema parničnu sposobnost, ili da nije stigao u sud zapisnik o izvođenju dokaza pred zamoljenim sudom.

²² Odgoditi ročište znači da se već zakazano ročište pomera za neko drugo vreme, da se prolongira njegovo održavanje iz određenih razloga. Treba primetiti da je u ZPP (2011) zakonska odredba čl. 108 ZPP (2011) pogrešno formulisana i u jezičkom i u pravnotehničkom smislu. U ovoj odredbi upotrebljen je glagol *odlagati*, koji označava da se nešto prostorno pomera ili stavlja na stranu, umesto glagola *odgađati* koji označava vremensko pomeranje ili ostavljanje da se nešto uradi kasnije. U pravnotehničkom smislu odredba je pogrešna pošto se u njoj govori o odlaganju ročišta umesto o odlaganju rasprave jer su u pitanju različiti procesni instituti.

²³ U odredbi čl. 108. st. 1 ZPP (2011) nije predviđena mogućnost odgađanja ročišta na traženje stranke.

²⁴ Razlog za odgađanje ročišta može da bude opšta obustava rada advokata ili obaveštenje koje je sudu blagovremeno uputio sudski veštak pre zakazanog ročišta za izvođenje dokaza veštačenjem da veštačenje još uvek nije završeno zbog objektivnih okolnosti.

mogućnost namerne predaje podnesaka na ročištu koje je u sudskoj praksi redovno dovodilo do odlaganja rasprave da bi stranka mogla da se upozna sa sadržinom podneska i izjasni. Isto tako, isključena je i u potpunosti eliminisana mogućnost dopune žalbe po isteku roka za žalbu, koja je predstavljala abuzivnu parničnu radnju žalioaca, koju su punomoćnici advokati u vreme važenja jugoslovenskih zakona o parničnom postupku vrlo često zloupotrebljavali.

Sprečavanje abuzivnog ponašanja stranaka ostvareno je izmenama u zakonu u pogledu instituta isključenja i izuzeća sudije (i predsednika suda kad ne vrši funkciju sudije) s obzirom na masovnu zloupotrebu prava stranke da zahteva isključenje ili izuzeće prema zakonskim rešenjima koja su dugi niz godina bila u primeni. To je postignuto time što je, pre svega, predviđena sadržina predloga koji sadrži zahtev za isključenje, odnosno izuzeće, što je isključena mogućnosti da se isključenje, odnosno izuzeće ponovo zahteva iz istog razloga, što su izmenjena pravila postupanja u ovom incidentnom postupku zavisno od toga da li se zahteva isključenje ili izuzeće. Odugovlačenje incidentnog postupka povodom predloga stranke za izuzeće sudije prevenirano je i time što je predviđen vremenski trenutak u razvoju postupka do kog stranka može da zahteva isključenje ili izuzeće u prvostepenom i drugostepenom postupku, što je sudija ovlašćen da u ovom incidentnom postupku u roku od tri dana odbaci neblagovremene, nepotpune i nedozvoljene predloge, kao i da protiv te odluke nije dozvoljena posebna žalba. Posebnim zakonskim odredbama normativnim rešenjem sprečeno je i šikanozno ponašanje stranaka koje su isticanjem zahteva za izuzeće nastojale da izazovu odlaganje rasprave i odugovlačenje postupka. To je postignuto pravilom po kome se izjašnjenje sudije čije se izuzeće zahteva iz razloga efikasnosti ne dostavlja strankama.²⁵ Eventualno odugovlačenje postupka posle usvajanja zahteva za izuzeće ponavljanjem procesnih radnji koje su bile preduzete posle isticanja zahteva za izuzeće sudije sprečeno je na taj način što je predviđeno da stranke mogu da se saglase da se preduzete procesne radnje ne ponavljaju.

Izmenama u normiranju instituta delegacije nadležnosti i isključenjem mogućnosti da se stranka obraća direktno nadležnom sudu koji odlučuje o prenošenju nadležnosti sužena su ovlašćenja stranke koja su omogućavala zloupotrebu ovog instituta jer je predlog stranke za delegaciju nadležnosti redovno

²⁵ Na taj način uskraćuje se strankama pravo na izjašnjavanje, što nije u skladu s praksom Evropskog suda za ljudska prava koji smatra da stranka treba da bude upoznata sa svin radnjama koje je preduzeo sud i koji treba da se nalazi u spisima. O tome: Gordana Stanković, *Zakon o parničnom postupku, Objašnjenja, tumačenje i stvarni registar*, sedamnaesto izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2022, 36.

dovodio do privremenog obustavljanja procesne delatnosti dok se ne odluči o delegaciji nadležnosti.

Jedna od normativnih mera na planu prevencije zloupotrebe procesnih ovlašćenja bilo je, osim rešenja o vremenskom okviru postupka, i isključivanje mogućnosti da stranka predlaže odgađanje ročišta, tako što su odgađanje ročišta i odlaganje rasprave postali procesni instrumenti koji su, po pravilu, u rukama suda. Uvođenje ročišta u pripremnom postupku na kome tužilac treba da se izjasni u pogledu pojedinih procesnih smetnji imalo je za cilj skraćivanje trajanja postupka i sužavanje mogućnosti za eventualnu zloupotrebu prava na pravni lek u slučaju odbacivanja tužbe zbog procesnih smetnji.

Sprečavanje zloupotrebe procesnih ovlašćenja postignuto je i redizajniranjem pojedinih procesnih instituta. Uvođenjem obaveznog odgovora na tužbu u opštem parničnom postupku postignuta je, s jedne strane, trijaža procesnog materijala, a s druge strane, stvoreni su uslovi, ukoliko su ispunjene određene pretpostavke, za donošenje meritornih presuda – presude zbog propuštanja i presude bez usmene rasprave²⁶ u cilju povećanja efikasnosti i ekonomičnosti postupka. Isti cilj ostvaren je i time što je u incidentnom postupku za vraćanje u pređašnje stanje predviđeno izuzetno održavanje ročišta.

Da bi se sprečilo šikanozno preinačenje tužbe, a da se ne uskrati tužiocu pravo na pravnu zaštitu, zakonodavac je propisao određene uslove pod kojima je preinačenje tužbe dozvoljeno kao i odredbom da protiv rešenja kojim se dozvoljava ili odbija preinačenje tužbe nije dozvoljena posebna žalba. Normativnim regulisanjem instituta preinačenja tužbe zakonodavac je omogućio da se pravo na preinačenje tužbe koristi racionalno i lojalno, a pravilima o snošenju troškova postupka prevenirao je eventualnu zloupotrebu ovog procesnog prava.

Propisivanjem niza fikcija o povlačenju tužbe zakonodavac je nastojao da ojača procesnu disciplinu i spreči namerno odugovlačenje postupka izostajanjem tužioca sa raspravnih ročišta ili propuštanjem da preduzme očekivanu parničnu radnju kao što je na primer vraćanje sudu ispravljenog ili dopunjenog neurednog podneska neuke stranke.

Namerno odugovlačenje postupka izbegavanjem dostavljanja pismena postignuto je u određenoj meri izmenama u odredbama koje se odnose na dostavljanje i to posebno izmenama pravila o ličnom dostavljanju, pravilima o dostavljanju domaćim državljanima u inostranstvu, pravilima o dostavljanju putem sudskog

²⁶ Detaljno: Gordana Stanković, „Presuda bez održavanja rasprave“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 7–9, Novi Sad, 2013, 1.

pregratka i pravilima po kojima su i stranke postale, pod određenim uslovima, organi dostavljanja, kao i odredbama o punomoćnicima za prijem pismena.

Promene u pogledu instituta obaveštavanja trećeg lica o parnici propisivanjem obaveštavanja Državnog pravobranilaštva²⁷ ili nadležnog pravobranilaštva o dispozitivnim parničnim radnjama kojima stranka može da utiče na imovinska prava i obaveze Republike Srbije odnosno autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave imalo je za cilj, između ostalog, sprečavanje zloupotrebe slobode raspolaganja zahtevima. Predviđanje obaveštavanja organa koji zastupaju navedena treća pravna lica kao njihovi zastupnici po zakonu imalo je za cilj da spreči stranke u njihovoj nameri da izigraju materijalnopravna i procesna pravila i da abuzivnim preduzimanjem parničnih radnji povrede društvene interese.

Odredbe u zakonskom tekstu kojima je intenzivirano korišćenje informacione tehnologije u cilju ubrzanja postupka, kao što je elektronski podnesak, elektronsko dostavljanje podneska, korišćenje uređaja za tonsko i video snimanje rasprave, saslušanje svedoka putem video-konferencijske veze, indirektno su predstavljale i preventivnu meru u cilju sprečavanja abuzivnog ponašanja stranaka.

I propisivanje kazne zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja pored represivnog ima i preventivni karakter jer je zakonodavac imao u vidu da će mogućnost kažnjavanja odvrćati stranke od abuzivnog ponašanja u parnici.

ULOGA I AKTIVNOST SUDA U SPREČAVANJU ZLOUPOTREBE PROCESNIH OVLAŠĆENJA

Da bi sprečio zloupotrebu procesnih ovlašćenja zakonodavac je, pre svega, naložio sudiji da nastoji da otkrije i spreči svaku zloupotrebu prava u postupku i time iskazao da sud treba da vrši kontrolu primene procesnih ovlašćenja i da treba da parališe sve akcije nesavesnih parničara koje idu za tim da procesne forme iskoriste suprotno njihovoj socijalnoj nameni.

Zloupotreba procesnih ovlašćenja je jedan od pravnih standarda prema kome sud ocenjuje pravilnost u vršenju procesnih ovlašćenja. Abuzivna parnična radnja stranke predstavlja formalno korektnu parničnu radnju, radnju preduzetu u skladu sa zakonom. Međutim, zloupotreba procesnih ovlašćenja se javlja kad stranka procesne instrumente koje joj zakonodavac stavlja na raspolaganje ne upotrebljava u skladu sa objektivnim ciljem parnice i parničnog postupka. Abuzivno ponašanje stranke predstavlja, očigledno, povredu principa savesnog parničenja

²⁷ Detaljno: Gordana Stanković, Obaveštavanje državnog pravobranilaštva o parnici po službenoj dužnosti, *Savremena uprava*, br. 2, 2020, 97; G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 168.

i kogentne procesne norme i zato je abuzivna parnična radnja, iako se to na prvi pogled ne vidi, protivpravna radnja koja je preduzeta radi postizanja nemoralnih efekata, u nameri da se drugome nanese kakva šteta ili da se odugovlači sudski postupak da bi se šikanirao parnični protivnik.

Sud može da spreči potencijalnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja ako ne dozvoli da neka preduzeta parnična radnja, koja je formalno korektna i koja nije u neskladu sa zakonom, ostvari cilj radi koga je preduzeta i proizvede pravne posledice koje bi bile suprotne prinudnim propisima, javnom poretku, pravilima morala i dobrim običajima. Sud je dužan da spreči da nastupe takve posledice tako što će odbaciti abuzivnu parničnu radnju.

Od ponašanja sudije u parnici zavisi da li će vršiti kontrolnu funkciju koju ima u pogledu suzbijanja zloupotrebe procesnih ovlašćenja i dozvoliti i tolerisati preduzimanje abuzivnih parničnih radnji kojima se odugovlači postupak i dopustiti da stranka bude predmet šikane njenog parničnog protivnika.

Zakonodavac je nizom posebnih zakonskih odredaba omogućio sudu da spreči eventualnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja tako što je predvideo mogućnost da sud ne dozvoli raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti s prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima. U zakonu je predviđeno da sud po službenoj dužnosti neće dozvoliti sudsko poravnanje u pogledu zahteva kojima stranke ne mogu raspolagati, niti će doneti presudu na osnovu priznanja, presudu na osnovu odricanja ili presudu zbog izostanka ako zaključiti da se radi o zahtevima kojima stranke ne mogu raspolagati. Ili, prikriveno raspolaganje predmetom parnice priznanjem neistinitih činjenica na kojima parnični protivnik zasniva svoj zahtev sud može da spreči tako što će narediti da se dokazuje istinitost iskaza o priznatim činjenicama ako smatra da stranka tim priznanjem želi da ostvari nedopuštene ciljeve.

Zloupotreba procesnih ovlašćenja može se javiti prilikom preduzimanja mnogih parničnih radnji i zbog toga se može govoriti samo o tipičnim primerima evidentne zloupotrebe koji mogu nastati u praksi.²⁸ Sudija može da konstatuje da je konkretno procesno ovlašćenje zloupotrebljeno kad prilikom odmeravanja interesa u pitanju, oceni da preduzeta parnična radnja nije korisna za razvoj postupka i njegovo odvijanje ka krajnjem cilju – presudi kojom se rešava spor koji je bio povod konkretnoj parnici, kad parnična stranka prelazi granice društvene konvencije konsakrirane pravilima procedure. To se događa kad se na ročištu za glavnu raspravu ne iznosi nov procesni materijal, kad stranka na ročištu za glavnu raspravu

²⁸ O oblicima zloupotrebe procesnih prava videti: Aleksandar Markičević, *Poštenje i saveznost u građanskoj parnici*, Novi Sad, 1972, 68; Stefan Georgijevski, *Osnovni principi za građanskoto procesno pravo na Republika Makedonija*, Praven fakultet, Skopje, 1995, 85.

nije učinila verovatnim da bez svoje krivice nije mogla da ranije iznese novote, kad se u pravnom leku iznose novote iako žalilac nije učinio verovatnim da ih bez svoje krivice nije mogao izneti do zaključenja glavne rasprave.²⁹ Siguran i pouzdan znak za utvrđivanje eventualne zloupotrebe procesnih ovlašćenja uvek predstavlja nedostatak opravdanog pravnog interesa.³⁰

Prilikom kvalifikovanja ponašanja stranke kao abuzivnog sud treba da zaključi da postoje činjenice koje predstavljaju zloupotrebu procesnih ovlašćenja i da ga spreči.³¹ Tom prilikom sud nije dužan da utvrđuje postojanje subjektivnog elementa protivpravnog ponašanja stranke koja se abuzivno ponaša korišćenjem zakonite procesne radnje da bi izvršila zloupotrebu. Sud nije dužan da utvrđuje nameru stranke da konkretno procesno ovlašćenje zloupotrebi čime je olakšan posao sudije jer je dovoljno da o postojanju zloupotrebe zaključi kad preduzeta stranačka parnična radnja nema za cilj onu svrhu koja joj je zakonom namenjena.

Osnovno sredstvo za sprečavanje eventualne zloupotrebe procesnih ovlašćenja jeste dužnost suda da odbaci parničnu radnju koja predstavlja fakt zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Odbacivanje preduzete abuzivne parnične radnje predstavlja ne samo sredstvo prevencije, već i sredstvo sankcije zbog učinjene zloupotrebe jer se sprečavaju procesni efekti abuzivno preduzete parnične radnje.

Zahvaljujući preventivnoj kontrolnoj funkciji koju sudija po zakonu ima on postaje saradnik zakonodavca u prevenciji zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Zadatak sudije jeste da u svakoj konkretnoj parnici ili procesnoj situaciji, kad posumnja u abuzivne namere parničara, proveri da li stranka savesno koristi svoja procesna ovlašćenja. Sudija, međutim, ne može izvršiti taj zadatak ako se samo oslanja na svoju intuiciju ili osećanja jer bi u tom slučaju postao neobjektivan. Da bi ostvario ovaj zadatak, sudija treba, pre svega, da solidno poznaje pravo i da dobro poznaje parnični predmet. Pored solidnog poznavanja prava, sudija, nesumnjivo, treba da ima i veliko životno iskustvo i da poznaje ljude i njihovu psihologiju.³²

²⁹ Iznošenje novota u samoj žalbi predstavlja mogućnost za zloupotrebu prava na pravni lek koja se na prvi pogled ne može otkriti u samom instancionom postupku. Npr. kad se u žalbi predlaže da se izvede dokaz saslušanjem svedoka, a tek u ponovljenom postupku, posle ukidanja prvostrepe odluke, ispostavi se da konkretni predloženi svedok nije više među živima i da je to žaliocu bilo dobro poznato.

³⁰ V. Milivoje Marković, „Zloupotreba prava u građanskom sudskom postupku“, *Arhiv*, br. 1, 1937, 54.

³¹ Kad je nesumnjiv pravni osnov duga, a sporna je visina, tuženi se očigledno abuzivno ponaša kad izjavljuje da osporava pravni osnov ali ne iznosi argumente i razloge zbog kojih osporava pravni osnov. Sudija koji ne traži da iznese argumente zbog kojih osporava pravni osnov, dopušta da tuženi zloupotrebi svoje pravo na izjašnjavaње i faktički omogućava da se odugovlači postupak.

³² U tom smislu: S. Georgijevski, op. cit., 86.

ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Princip zabrane zloupotrebe procesnih ovlašćenja predstavlja princip koji sprečava izigravanje zakona, odugovlačenje postupka i omogućava njegovo efikasno, ekonomično i efektivno sprovođenje. Pojedina normativna rešenja kojima je operacionalizovan ovaj princip predstavljaju legalni mehanizam za sprečavanje zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Promene u pogledu pojedinih procesnih instituta za kojima poseže zakonodavac prilikom procesne reforme upravo imaju za cilj suzbijanje uočenih pojava zloupotrebe procesnih ovlašćenja u sudskoj praksi tako da nova zakonska rešenja predstavljaju normativna sredstva koja imaju za cilj da smanje manevarski prostor strankama za preduzimanje formalno korektnih parničnih radnji koje imaju abuzivan karakter i kojima bi postigle nedopuštene ili nemoralne ciljeve.

Poseban zadatak na planu suzbijanja zloupotrebe procesnih ovlašćenja ima sudija koji ima kontrolnu funkciju u parnici koji zakonske instrumente treba da koristi radi energičnog suzbijanja zloupotrebe procesnih ovlašćenja u toku upravljanja postupkom. Uspešno suzbijanje eventualne zloupotrebe procesnih ovlašćenja zavisi od sudije kome je povereno da vršenjem sudske funkcije sprovede u život zakonske norme.

Prof. Dr. GORDANA STANKOVIĆ
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Niš

PREVENTION OF ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS

Summary

Preventive measures to prevent the abuse of procedural powers should prevent and prevent the parties from taking permitted litigation actions in litigation to achieve illegal goals and thereby harass the litigation opponent, delay the proceedings and prevent the court from efficiently and effectively conducting the proceedings. Preventive measures are undertaken by both the legislator and the judge, each in their own domain. During each procedural reform, the legislator takes into account the possible abuse of certain procedural powers and, based on knowledge from court practice, prescribes normative solutions to prevent possible abuse of procedural powers, while the judge has the task and duty to prevent any attempt to abuse procedural powers in each specific litigation by rejecting abusive litigation actions.

Key words: principle of abuse of procedural powers, abusive litigation, prevention of abuse of procedural powers

Literatura

- Georgijevski S., *Osnovni principi za građansko procesno pravo na Republika Makedonija*, Praven fakultet, Skopje, 1995.
- Markičević A., *Poštenje i savesnost u građanskoj parnici*, Novi Sad, 1972.
- Marković M., *Teorija zloupotrebe prava*, Pariz, 1936, Beograd–Niš, 1996.
- Marković M., „Zloupotreba prava“, *Enciklopedija imovinskih prava i prava udruženog rada*, tom 3, Beograd, 1978.
- Marković M., „Zloupotreba prava u građanskom parničnom postupku“, *Arhiv*, br. 1, Beograd, 1937.
- Salma M., „Zabrana zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2009.
- Stanković G., „Represivni merki poradi zloupotreba na procesnite ovlastuvanja“, *Zbornik na trudovi od međunaroden simpozium „Sovremenoto pravo, pravната nauka i Justini-janovata kodifikacija“*, tom 2, Skopje, 2004.
- Stanković G., „Načelo zloupotrebe procesnih ovlašćenja u parničnom postupku Republike Srpske“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 11, Novi Sad, 2004.
- Stanković G., „Nesavesno parničenje i mere za sprečavanje zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Srpsko pravo – nekad i sad*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2007.
- Stanković G., „Naknada štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Zbornik „Zloupotreba prava“*, Pravni fakultet, Niš, 1996.
- Stanković G., „Presuda bez održavanja rasprave“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 7–9, Novi Sad, 2013.
- Stanković G., „Zloupotreba prava stranaka u izvršnom postupku“, *Zbornik Kopaoničke škole prirodnog prava „Pravo i načelo savesnosti i poštenja“*, *Pravni život*, br. 12, Beograd, 2014.
- Stanković G., „Obaveštavanje državnog pravobranioca o parnici po službenoj dužnosti“, *Savremena uprava*, br. 2, 2020.
- Stanković G., *Zakon o parničnom postupku, Objašnjenja, tumačenje i stvarni registar*, sedamnaesto izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2022.
- Stanković G., *Leksikon građanskog procesnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Stanković G., *Građansko procesno pravo*, deveto izdanje, Univerzitet Megatrend Beograd, 2013.
- Stanković G., Boranijašević, V., *Građansko procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2023.

O MOGUĆIM IZMENAMA ZAKONA O ZAŠTITI PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

Ustav Republike Srbije u čl. 32. st. 1. jemči pravo svakog lica da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega. U početku je zaštita prava na suđenje u razumnom roku ostvarivana podnošenjem ustavne žalbe Ustavnom sudu. Nekoliko godina kasnije, nakon što je uočeno da broj ustavnih žalbi izjavljenih zbog povrede ovog prava prete da onemogući normalno funkcionisanje Ustavnog suda i obavljanje njegovih ustavnih i zakonskih nadležnosti, zakonodavac se opredelio za drugačiji koncept. Odredbe o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku našle su svoje mesto u Zakonu o uređenju sudova. Usvajanjem Zakona o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova (Službeni glasnik RS, br. 101/13) dodati su čl. 8a–8v kojima je bila uređena zaštita tog prava, za šta su postali nadležni neposredno viši sudovi. Ubrzo se od ovog rešenja odustalo i 2015. godine usvojen je Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku (Službeni glasnik RS, br. 40/15) koji je stupio na snagu 1. januara 2016. godine. Nakon skoro osam godina primene ovog zakona, Ministarstvo pravde izradilo je Nacrt zakona o izmenama i dopunama zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. Predmet ovog rada jeste kritička analiza važećih zakonskih rešenja i predloženih izmena.

Ključne reči: razumni rok, pravna sredstva, problemi u praksi, izmene zakona

Prof. dr Nikola Bodiroga, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bodiroga@ius.bg.ac.rs. Rad je nastao u okviru strateškog istraživačkog projekta „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“, podtema „Pravosuđe i izazovi današnjice“ koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu u 2023. godini.

ZAŠTITA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU PREMA ODREDBAMA VAŽEĆEG ZAKONA

Donošenje Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku 2015. godine,¹ predstavljalo je izraz nastojanja da se ovo pitanje uredi na sistemski način. U čl. 1. st. 2. definisana je svrha Zakona, a to je da se pruži sudska zaštita prava na suđenje u razumnom roku i da se time predupredi nastajanje povrede ovog prava.² Sudska zaštita prava na suđenje u razumnom roku obuhvata i istragu koju u krivičnom postupku sprovodi javni tužilac.

Pravo na suđenje u razumnom roku ima svaka stranka u sudskom postupku, što uključuje i izvršni postupak, svaki učesnik po zakonu kojim se uređuje vanparnični postupak, a oštećeni u krivičnom postupku, privatni tužilac i oštećeni kao tužilac samo ako su istakli imovinskopravni zahtev. Javni tužilac kao stranka u krivičnom postupku nema pravo na suđenje u razumnom roku (čl. 2. Zakona).

Zakon ustanovljava nekoliko pravnih sredstava kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku. To su: prigovor, žalba i zahtev za pravično zadovoljenje. U interesu olakšavanja pristupa sudu i sudskoj zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, propisano je da je stranka oslobođena plaćanja sudske takse i da su postupci koji se vode po odredbama ovog zakona hitni, odnosno da imaju prvenstvo u odlučivanju (čl. 3. Zakona). Prilikom odlučivanja o pravnim sredstvima za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku uzimaju se u obzir sledeća merila: sve okolnosti predmeta suđenja, pre svega složenost činjeničnih i pravnih pitanja, celokupno trajanje postupka i postupanje suda, javnog tužilaštva ili drugog državnog organa, priroda i vrsta predmeta suđenja ili istrage, značaj predmeta suđenja ili istrage po stranku, ponašanje stranaka tokom postupka, posebno poštovanje procesnih prava i obaveza, zatim poštovanje redosleda rešavanja predmeta i zakonski rokovi za zakazivanje ročišta i glavnog pretresa i izradu odluka. U skladu sa čl. 4. Zakona ova merila se cene kumulativno i u međusobnoj vezi, u svakom konkretnom slučaju.³

Sam postupak pokreće se podnošenjem prigovora. Članom 6. Zakona uređena je sadržina prigovora, odnosno obavezni elementi koje prigovor mora da sadrži.

¹ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, br. 40/15.

² Sprovođenje postupka u razumnom roku u interesu je i stranaka i suda, v. Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Sven, Niš, 2020, 206. Zato je ovo pravo u procesnim zakonima regulisano kao osnovni procesni princip i pravni standard, v. Gordana Stanković, Ljubica Mandić, *Organizacino građansko procesno pravo*, Sven, Niš 2013, 32.

³ Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Sedamnesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union i Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2015, 176.

To su: 1) lično ili poslovno ime stranke i njeno prebivalište, boravište ili sedište; 2) lično ili poslovno ime zastupnika ili punomoćnika stranke i njegovo prebivalište, boravište ili sedište; 3) naziv suda koji vodi postupak ili pred kojim se vodi postupak, kao i naziv javnog tužilaštva koje sprovodi istragu; 4) poslovni broj sudskog predmeta ili predmeta javnog tužilaštva; 5) vreme trajanja postupka, uključujući i vreme trajanja istrage koju sprovodi javni tužilac; 6) podatke o predmetu suđenja koji ukazuju na to da sud nepotrebno kasni s odlučivanjem; 7) podatke o predmetu istrage koji ukazuju na to da javni tužilac odugovlači sprovođenje istrage; 8) svojeručni potpis stranke ili zastupnika ili punomoćnika stranke.

Prigovor se podnosi sudu koji vodi postupak ili sudu pred kojim se vodi postupak ukoliko stranka prigovara na postupanje javnog tužioca. Postupanje i odlučivanje o prigovoru u nadležnosti je predsednika suda,⁴ a sam predsednik suda može godišnjim rasporedom odrediti jednog ili više sudija koji će postupati u ovim predmetima. Sam postupak i odlučivanje odvija se bez održavanja usmene rasprave, a na ostala pitanja shodno se primenjuje zakon kojim se uređuje vanparnični postupak. Ovo pravilo sadržano u čl. 7. st. 3. Zakona stvorilo je brojne probleme, jer se za popunjavanje pravnih praznina koristi Zakon o vanparničnom postupku,⁵ a sam taj zakon ne uređuje pojedina procesna pitanja i situacije, već u tom pogledu upućuje na shodnu primenu Zakona o parničnom postupku.⁶ U pitanju je dvostruka shodna primena zakona, koja je imala za posledicu različito postupanje sudova.

Postupak po prigovoru na prvom mestu podrazumeva ispitivanje procesnih pretpostavki za njegovo izjavljivanje. Ishod te faze postupka može biti odbacivanje prigovora. Do toga će doći ako prigovor ne sadrži obavezne elemente, ako je podnet od strane neovlašćenog lica ili ako je preuranjen (čl. 8. st. 2. Zakona). Ne postoji zakonska odredba kojom je propisano da će prigovor biti odbačen ukoliko sud nađe da podnosilac nema pravni interes za izjavljivanje prigovora. Prema pojedinim shvatanjima to se izvodi iz shodne primene ZVP, odnosno ZPP, jer za izjavljivanje svakog pravnog leka (sredstva) mora postojati pravni interes. Prigovor može biti odbijen, bez sprovođenja ispitnog postupka, ukoliko sud zaključi da je prigovor očigledno neosnovan (čl. 8. st. 3. Zakona).

⁴ Predsednik suda je odgovoran za zakonito i blagovremeno funkcionisanje suda, v. Goran P. Ilić, *Pravosudno organizaciono pravo, Drugo izmenjeno izdanje, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2009, 57.

⁵ Zakon o vanparničnom postupku – ZVP, *Službeni glasnik SRS*, br. 25/82, 48/88, *Službeni glasnik RS*, 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14, 6/15, 106/15, 14/22.

⁶ Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13–odluka US, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 – dr. zakon.

Ukoliko prigovor ne bude odbačen zbog nedostataka procesnih pretpostavki ili odbijen kao očigledno neosnovan, sledi sprovođenje ispitnog postupka. Od sudije ili javnog tužioca se traži izveštaj koji mora biti dostavljen u roku od 15 dana ili u kraćem roku, ako se radi o hitnom postupku. Izveštaj sadrži izjašnjenje o razvoju postupka u vremenu i predlog roka u kome postupak može da se okonča. Predsednik suda može zahtevati da mu se dostave spisi predmeta ako, s obzirom na sadržinu prigovora, smatra da ih treba proučiti (čl. 9. Zakona).

Nakon sprovedenog ispitnog postupka predsednik suda odbija prigovor ili usvaja prigovor i utvrđuje povredu prava na suđenje u razumnom roku. Ako usvoji prigovor i utvrdi povredu prava na suđenje u razumnom roku, predsednik suda ukazuje sudiji ili javnom tužiocu na razloge zbog kojih je povređeno pravo stranke i nalaže sudiji da preduzme procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak. Istim rešenjem predsednik suda određuje i rok u kome je sudija dužan da preduzme naložene procesne radnje, a koji ne može biti kraći od 15 dana, niti duži od četiri meseca, i primeren rok u kome ga sudija izveštava o preduzetim radnjama. U zavisnosti od okolnosti, a posebno ako je postupak hitan, predsednik suda može odrediti prvenstvo u odlučivanju, zatim oduzeti predmet sudiji i dodeliti ga drugom, ako je pravo stranke povređeno zbog preopterećenosti ili dužeg odsustva sudije (čl. 11. Zakona). Kada je javni tužilac povredio pravo stranke na suđenje u razumnom roku tada predsednik suda dostavlja stranci i glavnom javnom tužiocu izveštaj javnog tužioca i rešenje kojim je utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku, a glavni javni tužilac donosi obavezno uputstvo kojim određuje procesne radnje koje moraju biti preduzete i rok za njihovo preduzimanje (čl. 12. Zakona).

Samo određena rešenja kojima je odlučeno o prigovoru mogu se pobijati žalbom. To su rešenje kojim je prigovor odbijen, kao i rešenje kojim je prigovor usvojen, ali glavni javni tužilac nije doneo obavezno uputstvo u propisanom roku ili ako predsednik suda, odnosno glavni javni tužilac nije naložio preduzimanje procesnih radnji kojima se ubrzava postupak, kao i ako sudija ili javni tužilac nije preduzeo naložene procesne radnje u roku koji je bio određen (čl. 14. Zakona). Propušteno je da se omogući pravo na izjavljivanje žalbe kada predsednik suda nije odredio rok u kojem treba preduzeti procesne radnje u cilju ubrzanja postupka. Žalbom se ne može pobijati rešenje kojim je prigovor odbačen, već se tada odmah može podneti novi prigovor. Protiv rešenja kojim je usvojen prigovor žalbu ne mogu izjaviti sudija i javni tužilac za koje je utvrđeno da se povredili pravo stranke na suđenje u razumnom roku.

Rok za žalbu iznosi osam dana i različito se određuje početak roka u zavisnosti od procesne situacije u kojoj se žalba izjavljuje. Postupak po žalbi odvija se

pred neposredno višim sudom. Nadležan za postupanje je predsednik suda koji može godišnjim rasporedom odrediti jednog ili više sudija radi postupanja u ovim predmetima. Ako se postupak po žalbi vodi pred Vrhovnim sudom, onda će po žalbi postupati veće troje sudija Vrhovnog suda (čl. 16. Zakona). Na postupak po žalbi shodno se primenjuju zakonske odredbe kojima se uređuje postupanje po prigovoru. To važi i za ovlašćenja koja ima predsednik neposredno višeg suda kada odlučuje o žalbi. Rešenje kojim je odlučeno o žalbi ne može se pobijati pravnim lekovima.

Zakonom su propisani i uslovi (vremenska ograničenja) za podnošenje novog prigovora. Ukoliko je prigovor stranke odbijen, a stranka nije izjavila žalbu protiv rešenja o odbijanju prigovora, ona ima pravo da podnese novi prigovor, nakon što proteknu četiri meseca od dana kada je primila rešenje o odbijanju prigovora. Ako je prigovor stranke odbijen, a stranka je izjavila žalbu protiv rešenja kojim je prigovor odbijen, ona može podneti novi prigovor i ako je njena žalba protiv rešenja o odbijanju prigovora odbijena. U tom slučaju stranka može da podnese novi prigovor nakon što protekne četiri meseca od dana kada je primila rešenje o odbijanju žalbe.

Stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije izjavila žalbu, ima pravo da podnese novi prigovor, nakon što protekne pet meseci od dana prijema rešenja o usvajanju prigovora. Stranka čiji je prigovor usvojen, a žalba odbijena, ima pravo da podnese nov prigovor, nakon što je protekao rok u kojem je sudija bio dužan da preduzme procesne radnje koje su mu naložene. Isto važi i za stranku čija je žalba usvojena. Ova ograničenja se ne primenjuju u postupku u kome su predloženi ili određeni pritvor ili privremena mera, u izvršnom postupku i postupku protiv maloletnika. Stranka čiji prigovor ili žalba budu odbačeni ima pravo da odmah podnese novi prigovor (čl. 13. Zakona).

U zavisnosti od ishoda odlučivanja o prigovoru i žalbi stranka stiče pravo na pravično zadovoljenje. To pravo ima stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu, zatim stranka čija je žalba odbijena uz potvrđivanje prvostepenog rešenja o usvajanju prigovora i stranka čija je žalba usvojena. Stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu i stranka čija je žalba odbijena uz potvrđivanje prvostepenog rešenja o usvajanju prigovora stiče pravo na pravično zadovoljenje kada istekne rok u kome je sudija ili javni tužilac bio dužan da preduzme naložene procesne radnje, a stranka čija je žalba usvojena – kada primi rešenje o usvajanju žalbe (čl. 22. Zakona).

Vrste pravičnog zadovoljenja jesu: 1) pravo na isplatu novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu koja je stranci izazvana povredom prava na suđenje u razumnom roku (u daljem tekstu: novčano obeštećenje); 2) pravo na objavljivanje

pismene izjave Državnog pravobranilaštva kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku; 3) pravo na objavljivanje presude kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku (čl. 23. Zakona). Država odgovara za neimovinsku štetu po pravilima o objektivnoj odgovornosti.

Pravo na pravično zadovoljenje može se ostvariti vansudskim putem i sudskim putem, u parničnom postupku. Stranka može da podnese Državnom pravobranilaštvu predlog za poravnanje u roku od šest meseci od dana kada je stekla pravo na pravično zadovoljenje. U predlogu za poravnanje stranka navodi da li traži isplatu novčanog obeštećenja ili izdavanje i objavljivanje pismene izjave Državnog pravobranilaštva kojom se utvrđuje da je bilo povređeno njeno pravo na suđenje u razumnom roku, ili i jedno i drugo. Državno pravobranilaštvo pokušava da postigne sporazum sa strankom u roku od dva meseca od dana prijema predloga za poravnanje. Ako sporazum bude postignut, Državno pravobranilaštvo zaključuje sa strankom vansudsko poravnanje koje predstavlja izvršnu ispravu. Državno pravobranilaštvo je dužno da se u postupku zaključenja poravnanja kreće u visini novčanog obeštećenja određenog ovim zakonom (300–3.000 evra), a rukovodeći se merilima za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku koja su propisana čl. 4. Zakona. Stranka je slobodna da u svako doba pismeno odustane od pokušaja zaključenja poravnanja (čl. 24. Zakona). Obraćanje Državnom pravobranilaštvu nije obavezno. Stranka se može obratiti Državnom pravobranilaštvu ali to ne mora učiniti. Njena tužba neće biti odbačena zbog toga što se prethodno nije obratila pravobranilaštvu, ali tužba nije dozvoljena dok traje pokušaj zaključenja poravnanja.

Državno pravobranilaštvo može, posle procene da li je pravično zadovoljenje za neimovinsku štetu moguće i ako se samo objavi pismena izjava kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, predložiti stranci da joj, umesto isplate novčanog obeštećenja, izda i objavi pismenu izjavu kojom se utvrđuje da joj je bilo povređeno pravo. Kod teže povrede prava na suđenje u razumnom roku, Državno pravobranilaštvo može, na zahtev stranke da izda i objavi pismenu izjavu, kao i da stranci isplati novčano obeštećenje. Pismena izjava kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku sadrži njeno lično ili poslovno ime i prebivalište, boravište ili sedište, lično ili poslovno ime zastupnika ili punomoćnika stranke i njegovo prebivalište, boravište ili sedište, naziv suda ili javnog tužilaštva koji su povredili pravo stranke na suđenje u razumnom roku, poslovni broj sudskog predmeta, odnosno predmeta javnog tužilaštva, i izričitu izjavu kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. U tom slučaju, Državno pravobranilaštvo

izdaje stranci pismenu izjavu u obliku vansudskog poravnanja i objavljuje je u *Službenom glasniku Republike Srbije* (čl. 25. Zakona).

Stranka može da podnese tužbu protiv Republike Srbije za novčano obeštećenje u roku od jedne godine od dana kada je stekla pravo na pravično zadovoljenje. Tužba nije dozvoljena dok traje pokušaj poravnanja s Pravobranilaštvom, niti ako su stranka i Pravobranilaštvo zaključili poravnanje (čl. 26. Zakona). Kada je reč o procesnim pitanjima, Zakon ih samo parcijalno uređuje. Stvarno nadležan za postupanje biće osnovni sud, a mesna nadležnost određuje se prema prebivalištu ili boravištu tužioca fizičkog lica, odnosno prema sedištu tužioca ako je u pitanju pravno lice. Ukoliko tužilac nema prebivalište, boravište ili sedište u Republici Srbije, mesno nadležan biće osnovni sud u sedištu suda koji je utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku. Sud koji odlučuje u parničnom postupku vezan je odredbama Zakona kojima se uređuje raspon novčanog obeštećenja (300–3.000 evra) i rukovodi se merilima za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku koja su određena ovim zakonom. U pogledu pravila postupka, propisana je primena odredaba ZPP kojima se uređuju pravila postupka o sporovima male vrednosti, nezavisno od visine tužbenog zahteva. Isključena je mogućnost izjavljivanja revizije (čl. 27. Zakona). Kod teže povrede prava na suđenje u razumnom roku sud može, na zahtev stranke da donese i objavi presudu kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo, kao i da joj dosudi novčano obeštećenje. Presuda kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku sadrži sledeće podatke o stranci: njeno lično ili poslovno ime, zatim prebivalište, boravište ili sedište stranke, lično ili poslovno ime zastupnika ili punomoćnika stranke i njegovo prebivalište, boravište ili sedište, i datum rođenja ako ga je stranka navela u tužbi. Sud, odnosno javno tužilaštvo koji su povredili pravo stranke objavljuju pravnosnažnu presudu suda u *Službenom glasniku Republike Srbije*, o svom trošku (čl. 29. Zakona).

Stranka može da podnese tužbu protiv Republike Srbije za naknadu imovinske štete izazvane povredom prava na suđenje u razumnom roku, u roku od jedne godine od dana kada je stekla pravo na pravično zadovoljenje. Odgovornost Republike Srbije za imovinsku štetu je objektivna. Pored odredaba zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi, sud primenjuje i merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku (čl. 31. Zakona). Novčano obeštećenje i naknadu imovinske štete isplaćuje sud ili javno tužilaštvo koji su povredili pravo na suđenje u razumnom roku (čl. 32. Zakona). Sredstva za isplatu novčanog obeštećenja i naknadu imovinske štete obezbeđuju se iz budžeta Republike Srbije, u okviru sredstava koja su namenjena pokriću tekućih rashoda sudova i javnih tužilaštava, od kojih se izuzimaju rashodi za zaposlene i tekuće održavanje objekata i opreme (čl. 33. Zakona).

PROBLEMI U PRIMENI ZAKONA

Na početku rada objasnili smo kako se menjao koncept zaštite prava na suđenje u razumnom roku. Prvobitno se ta zaštita ostvarivala podnošenjem ustavnih žalbi u postupku pred Ustavnim sudom. Nakon toga, 2013. godine donete su izmene i dopuna Zakona o uređenju sudova, kojima je postupanje preneto na neposredno više sudove.⁷ Taj zakonski režim nije dugo opstao jer je 2015. godine usvojen Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku koji je ovo pitanje pokušao da uredi na sistemski način. Skoro osam godina nakon početka primene ovog zakona (1. 1. 2016. godine) ne može se reći da su postignuti projektovani rezultati. Sudski postupci nisu ubrzani, ali je Zakon otvorio brojna sporna pitanja i izazvao štetne posledice po normalan rad samih sudova.

Pojavljivanje brojnih spornih pitanja bilo je očekivano, imajući u vidu opštu odredbu da se na pitanja postupka koji se vodi po prigovoru radi ubrzanja postupka shodno primenjuje Zakon o vanparničnom postupku, a sam taj zakon ne uređuje niz procesnih situacija već u tom domenu upućuje na shodnu primenu Zakona o parničnom postupku.

Jedno od prvih pitanja koje se postavilo jeste ovlašćenje za podnošenje prigovora radi ubrzanja postupka. Stranka u postupku čije se ubrzanje traži ima punomoćnika (najčešće advokata), pa se u praksi sudova postavilo pitanje da li je to punomoćje dovoljno za podnošenje prigovora i žalbe, u skladu sa Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. U parničnom postupku stranka često izdaje punomoćje za vođenje parnice bez navođenja konkretnih ovlašćenja. Ako je stranka izdala punomoćje za vođenje parnice, a nije bliže odredila ovlašćenja u punomoćju, punomoćnik advokat je na osnovu ovakvog punomoćja ovlašćen da: 1) vrši sve radnje u postupku, a naročito da podnese tužbu, da je povuče, prizna tužbeni zahtev ili se odrekne tužbenog zahteva, zaključi poravnanje, izjavi pravni lek i da se odrekne ili odustane od njega, kao i da predlaže izdavanje privremenih mera obezbeđenja; 2) podnosi predlog za izvršenje ili za obezbeđenje i preduzima potrebne radnje u postupku povodom takvog zahteva; 3) prenese punomoćje na drugog punomoćnika ili ovlasti drugog punomoćnika na preduzimanje samo pojedinih radnji u postupku; 4) od protivne strane primi i naplati dosuđene troškove. Ako stranka u punomoćju nije bliže odredila ovlašćenja punomoćnika, punomoćnik koji nije advokat može na osnovu ovakvog punomoćja da preduzima sve radnje u postupku, ali mu je uvek potrebno izričito ovlašćenje za povlačenje

⁷ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova – *Službeni glasnik RS*, br. 101/13. V. Ranko Keča, Marko S. Knežević, *Građansko procesno pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Devetnaesto izmenjeno izdanje*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2022, 160.

tužbe, za priznanje ili odricanje od tužbenog zahteva, za zaključenje poravnanja, za povlačenje ili odricanje od redovnog pravnog leka i za prenošenje punomoćja na drugo lice (čl. 89. ZPP). Analizirajući tekst čl. 89. ZPP ne može se zaključiti da je punomoćnik advokat na osnovu punomoćja izdatog za vođenje parnice, ovlašćen da podnosi prigovor radi ubrzanja postupka. Međutim, ovo ovlašćenje i nije moglo biti navedeno u čl. 89. ZPP, jer je osnovni tekst ZPP iz 2011. godine, a izmene koje su vršene u pogledu svojstva i ovlašćenja punomoćnika sprovedene su 2014. godine, dakle godinu dana pre usvajanja Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. Vrhovni kasacioni sud je u rešenju Rev 568/2019 od 18. 4. 2019. godine⁸ zauzeo stav da za podnošenje ovih pravnih sredstava nije potrebno novo ili posebno punomoćje punomoćniku koji zastupa stranku u postupku čije se ubrzanje traži. Međutim, onda se postavlja pitanje šta ako je punomoćje u međuvremenu prestalo, usled nastupanja neke činjenice koja po zakonu dovodi do prestanka punomoćja. Sud bi morao da ima ovlašćenje da u tim situacijama naloži punomoćniku da dostavi posebno punomoćje. Propust punomoćnika da po nalogu suda dostavi punomoćje imao bi za posledicu odbacivanje prigovora kao nedozvoljenog.

Drugo pitanje koje se postavilo vezano je za troškove postupka koji se vodi povodom prigovora radi ubrzanja postupka i povodom žalbe. To takođe nije Zakonom rešeno rešeno, već se odgovori traže shodnom primenom Zakona o vanparničnom postupku koji je troškovima posvetio samo jedan član. Pravi se razlika u zavisnosti od toga da li je reč o statusnim ili o imovinskim vanparničnim stvarima. O troškovima postupka u statusnim stvarima sud odlučuje slobodno, vodeći računa o okolnostima slučaja i o ishodu postupka, s tim što se u pogledu troškova postupka koji su prouzrokovani učešćem organa starateljstva u postupku primenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku o troškovima postupka u kome javni tužilac učestvuje kao stranka. U vanparničnim stvarima koje se odnose na imovinska prava učesnika, učesnici snose troškove na jednake delove, ali ako postoji znatna razlika u pogledu njihovog udela u imovinskom pravu o kome se odlučuje sud će prema srazmeri tog udela odrediti koliki će deo troškova snositi svaki od učesnika. U imovinskim vanparničnim stvarima sud može odlučiti da sve troškove postupka snosi učesnik u čijem interesu se postupak vodi, odnosno učesnik koji je isključivo svojim ponašanjem dao povod za pokretanje postupka (čl. 28. st. 2. ZVP). Na sva druga pitanja shodno se primenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku (čl. 30. st. 2. ZPP). Pojedini sudovi su smatrali da stranka

⁸ Sentenca iz rešenja Vrhovnog kasacionog suda Rev 568/2019 od 18. 4. 2019. godine, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja od 10. 12. 2019. godine, *Bilten VKS*, br. 4, 2019, 111–112.

nema pravo na naknadu troškova, jer je u pitanju jednostranački vanparnični postupak u kome je stranka inače oslobođena plaćanja sudske takse, pa joj zbog toga ne bi trebalo priznati troškove. Dodatno je isticano kako se postupak po prigovoru vodi u interesu podnosioca prigovora, pa bi u skladu sa čl. 28. st. 3. ZVP sam podnosilac prigovora trebalo da snosi troškove. S druge strane, VKS je u rešenju RŽ1 r 2/2021 od 9. 2. 2021. godine⁹ zauzeo stav da podnosilac prigovora i žalbe ima pravo da angažuje punomoćnika advokata i pravo na naknadu potrebnih i opredeljenih troškova kada su prigovor ili žalba usvojeni. Na ovom mestu treba se podsetiti da stranka podnosi prigovor u cilju ubrzanja postupka, te da ubrzanje postupka nije samo u interesu podnosioca prigovora već i Republike Srbije koja je objektivno odgovorna za povredu prava na suđenje u razumnom roku. Stranka ne može ostvariti svoje ustavno pravo na suđenje u razumnom roku bez podnošenja prigovora, a obaveza Republike Srbije jeste da obezbedi poštovanje tog prava. Zbog toga se ne može prihvatiti stav da podnosilac prigovora nema pravo na naknadu troškova, jer se postupak po prigovoru vodi u njegovom interesu. On ne može ishodovati ubrzanje postupka bez podnošenja tog prigovora. Zato ako je podnosilac prigovora angažovao advokata za sastav prigovora, a to važi i kada je žalba u pitanju, troškovi mu se moraju priznati. Kada je u pitanju primena pravila o kojima se odlučuje o zahtevu za naknadu troškova, u delu sudske prakse dosuđuju se troškovi prema pravilima postupka čije se ubrzanje traži, dok pojedini sudovi odlučuju o troškovima primenom pravila za vanparnične postupke u neprocenljivim predmetima. Dužina roka za dobrovoljnu isplatu troškova (paricioni rok), pre čijeg isteka se ne može podneti predlog za izvršenje radi prinudne naplate troškova nije Zakonom uređena.

Rešenjem kojim usvaja prigovor predsednik suda utvrđuje da je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku i nalaže sudiji da preduzme procesne radnje kojima se postupak delotvorno ubrzava. Rok za preduzimanje tih radnji ne može biti kraći od 15 dana niti duži od četiri meseca (čl. 11. Zakona). Ovde treba imati na umu da dužina trajanja nekog postupka ne zavisi samo od postupanja suda, već i od drugih državnih organa, organizacija i imalaca javnih ovlašćenja koji imaju obavezu da dostave određene isprave, da odluče o pojedinim pitanjima i slično. Davanje naloga sudiji da preduzme određene radnje u cilju ubrzanja postupka može dati rezultat ako je nerazumno dugo trajanje postupka isključivo posledica neblagovremenog postupanja suda. Ukoliko postupak traje nerazumno dugo zato što drugi organi ne donose odluke i ne preduzimaju radnje iz svoje nadležnosti, onda se davanjem naloga sudiji taj problem ne rešava.

⁹ Rešenje VKS RŽ1 r 2/2021 od 9. 2. 2021. godine, <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/r%C5%BE1-r-22021-1667>, 30. 9. 2023.

Zakonom su propisana ograničenja u pogledu prava na podnošenje novih prigovora radi ubrzanja postupka. Ta ograničenja zavise od toga kakav je bio ishod postupka odlučivanja o prvom podnetom prigovoru. Ukoliko je prigovor bio odbačen, rešenje o odbacivanju prigovora ne može se pobijati žalbom, ali se zato odmah može podneti nov prigovor. U drugim situacijama, pravo na podnošenje novog prigovora zavisi od toga da li je prigovor bio odbijen, u kom slučaju se nov prigovor može podneti po isteku četiri meseca od dana prijema rešenja o odbijanju prigovora, a ako je prigovor bio usvojen, onda se nov prigovor može podneti nakon što istekne rok u kom je sudija ili javni tužilac bio dužan da preduzme procesne radnje kojima se delotvorno ubrzava postupak. Ograničenja prava na podnošenje novog prigovora ne važe u postupku u kome su predloženi ili određeni pritvor ili privremena mera, u izvršnom postupku i u postupku protiv maloletnika (čl. 13. Zakona). U praksi su se pojavile zloupotrebe koje se svode na podnošenje novih prigovora, iako je stranka čiji je prigovor usvojen ostvarila pravo na naknadu imovinske štete u visini zahtevanog potraživanja. Tada je svaki novi prigovor nedozvoljen, odnosno treba ga odbaciti.

Razlozi za izjavljivanje žalbe protiv rešenja kojim je odlučeno o prigovoru nisu potpuno uređeni. Naime, dešava se da predsednik suda rešenjem usvoji prigovor, naloži sudiji preduzimanje procesnih radnji kojima se postupak delotvorno ubrzava, ali propusti da odredi rok za preduzimanje tih radnji. U čl. 14. Zakona, takav propust predsednika suda nije predviđen kao razlog za izjavljivanje žalbe protiv rešenja kojim je odlučeno o prigovoru. Posledično, rok za izjavljivanje žalbe protiv rešenja u tom slučaju mora početi da teče od dana kada je stranka primila rešenje kojim je usvojen prigovor (čl. 15. Zakona).

Poseban problem u primeni Zakona jeste ostvarivanje prava na pravično zadovoljenje, odnosno parnični postupci koji se vode radi ostvarivanja prava na pravično zadovoljenje. Zakon ustanovljava mogućnost da se ovo pravo ostvari mirnim putem, pregovorima sa Državnim pravobranilaštvom. Pokušaj postizanja sporazuma sa Državnim pravobranilaštvom nije obaveza stranke, tužba se može podneti i bez da je stranka prethodno pristupila ovom načinu realizacije svog prava. Međutim, ako se opredeli za taj put, dok traje pokušaj mirnog rešenja spora, stranka može u svakom trenutku da od toga odustane pisanim putem i da podnese tužbu u parničnom postupku. Ukoliko se stranka sporazume sa Državnim pravobranilaštvom, taj sporazum je vansudsko poravnanje koje ima snagu izvršne isprave (čl. 24. Zakona) i istovremeno predstavlja smetnju za podnošenje tužbe kojom bi se zahtevala isplata pravičnog zadovoljenja (čl. 26. Zakona).

Ukoliko se stranka opredeli da svoje pravo ostvari u parničnom postupku, prvo je neophodno odrediti stvarnu i mesnu nadležnost suda koji će postupati. Stvarna nadležnost pripada osnovnim sudovima, bez obzira na to u postupku pred

kojim sudom je utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku (čl. 28. Zakona). Primera, radi ako je do povrede ovog prava došlo u stečajnom postupku koji se vodi pred privrednim sudom, za postupanje po tužbi kojom stranka zahteva isplatu novčanog obeštećenja stvarno će biti nadležan osnovni sud. U pogledu mesne nadležnosti, Zakon propisuje da je mesno nadležan osnovni sud na čijem području tužilac ima prebivalište, boravište ili sedište. Ovako određena mesna nadležnost nije isključiva, što znači da se pored osnovnog suda prema mestu prebivališta, boravišta ili sedišta tužioca, tužba može podneti i osnovnom sudu čija je mesna nadležnost zasnovana na nekom drugom kriterijumu propisanom Zakonom o parničnom postupku. Ako tužilac nema prebivalište, boravište ili sedište u Republici Srbiji, mesno će biti nadležan osnovni sud koji ima sedište u mestu sedišta suda koji je utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku. Rok za podnošenje tužbe iznosi godinu dana od sticanja prava na pravično zadovoljenje, a na postupak po tužbi primenjuju se odredbe ZPP kojima se uređuju postupak o sporovima male vrednosti (čl. 27. Zakona).

Osim odstupanja od pravila opšteg parničnog postupka u interesu efikasnosti (neodržavanje pripremnog ročišta, kraći rokovi za preduzimanje parničnih radnji i slično), ovde treba imati na umu da će činjeničnu podlogu za presuđenje obrazovati one činjenice koje su utvrđene u prvostepenom parničnom postupku, jer se žalba protiv presude u sporu male vrednosti može podneti samo zbog apsolutno bitnih povreda odredaba parničnog postupka (čl. 374. st. 2. ZPP) i zbog pogrešne primene materijalnog prava. Činjenično stanje koje je utvrđeno u prvostepenom postupku ne može biti preispitivano niti izmenjeno u postupku pred drugostepenim sudom. Bez obzira na to što je propisana primena pravila postupka za sporove male vrednosti, zakonodavac je izričito isključio mogućnost izjavljivanja revizije, iako o tome postoji odredba u čl. 479. st. 6. ZPP. Ostaje dilema da li se to odnosi samo na reviziju ili i na posebnu reviziju, a imajući u vidu postupanje Vrhovnog suda. Novčano obeštećenje dosuđuje se u iznosu od 300 do 3.000 evra, što je prilično veliki raspon koji otvara prostor za neujednačeno postupanje prvostepenih i drugostepenih sudova. Polazeći od zakonskih odredaba o nedozvoljenosti revizije u ovom postupku, to znači da će se ujednačavanje prakse vršiti na nivou Ustavnog suda, prilikom odlučivanja o ustavnim žalbama izjavljenim protiv odluka drugostepenih sudova. Primena pravila o sporovima male vrednosti imaće posledice i na terenu izvršenja presuda kojima je usvojen tužbeni zahtev. Paricioni rok u sporovima male vrednosti iznosi osam dana (čl. 479. st. 5. ZPP), a osim toga ako je iznos dosuđenog obeštećenja manji od 1.000 evra, žalba protiv prvostepene presude neće odložiti njeno izvršenje, odnosno može se ići na izvršenje pre nastupanja pravno-snažnosti presude (čl. 368. ZPP).

Na kraju, najveća zamerka osnovnoj ideji Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku jeste to što se u cilju ostvarivanja ovog prava stranke potencijalno mogu voditi četiri postupka. To su postupak po prigovoru radi ubrzanja postupka, postupak po žalbi protiv rešenja kojim je odlučeno o prigovoru, parnični postupak po tužbi radi naknade neimovinske štete i parnični postupak po tužbi radi naknade imovinske štete. Konačan ishod biće isplata novčanih iznosa zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, ali ne i ubrzanje postupka. Cilj Zakona kako je definisan u čl. 1. jeste da pruži sudsku zaštitu pravu na suđenje u razumnom roku i da predupredi nastajanje povrede ovog prava. Nakon skoro osam godina od stupanja na snagu ovog zakona ne može se izvesti zaključak da su ovi ciljevi ispunjeni, a funkcionisanje sudova je otežano usled primene tog zakona.

NACRT ZAKONA O IZMENAMA I DOPUNAMA ZAKONA O ZAŠTITI PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

Ministarstvo pravde je tokom leta objavilo Nacrt zakona o izmenama i dopunama zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.¹⁰ Najvažnija novina u Nacrtu jeste to što se zaštita ovog prava u stečajnim i izvršnim postupcima koji se vode protiv dužnika preduzeća sa većinskim državnim ili društvenim kapitalom izmešta iz domena primene Zakona. Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u ovim postupcima poverava se Ustavnom sudu, a pravno sredstvo za zaštitu ovog prava biće ustavna žalba (čl. 1. Nacrta) Ova novina će se prema Nacrtu primenjivati ne samo kada stranka hoće da zaštiti svoje pravo nakon stupanja na snagu novih zakonskih rešenja, već i na postupke po prigovorima, žalbama i tužbama o kojima do dana stupanja na snagu novih zakonskih rešenja nije doneta odluka u skladu sa Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. U skladu sa čl. 16. Nacrta, prigovor radi ubrzanja postupka o kome nije doneta odluka do dana stupanja na snagu novih zakonskih rešenja smatraće se ustavnom žalbom o kojoj će odlučivati Ustavni sud, u skladu sa odredbama Zakona o Ustavnom sudu.¹¹ Isto važi i za žalbu protiv rešenja kojim je odbijen prigovor, a o kojoj nije doneta prvostepena odluka, kao i za tužbe radi isplate neimovinske i imovinske štete o kojima nije doneta prvostepena presuda do dana stupanja na snagu novih zakonskih rešenja. Sudovi su dužni da ove predmete ustupe Ustavnom sudu, u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu novih zakonskih rešenja i da o tome obaveste podnosioca prigovora.

¹⁰ Tekst Nacrta je dostupan na adresi <https://www.mpravde.gov.rs/sr/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 23. 9. 2023.

¹¹ Zakon o Ustavnom sudu – *Službeni glasnik RS*, br. 109/07, 99/11, 18/13 – odluka US, 40/15 – dr. zakon i 10/23.

U obrazloženju predloženih zakonskih izmena, Ministarstvo pravde se pozvalo na presudu Evropskog suda za ljudska prava donetu u predmetu *Kačapor i drugi protiv Srbije* od 7. jula 2008. godine, a u kojoj su zauzeti određeni pravni stavovi i formirana praksa u predmetima istih činjeničnih i pravnih obeležja. Suština se svodi na to da je Republika Srbija odgovorna za neizvršenje presuda protiv dužnika preduzeća sa većinskim državnim ili društvenim kapitalom, a koja ne uživaju dovoljno institucionalnu i poslovnu samostalnost od države. Nedostatak sredstava ne može biti razlog za neizvršenje ovih presuda. U tom smislu bilo je potrebno da Republika Srbija uspostavi delotvoran mehanizam zaštite prava na suđenje u razumnom roku u stečajnim i izvršnim postupcima koji se vode protiv dužnika preduzeća sa većinskim društvenim ili državnim kapitalom. Ministarstvo pravde je time priznalo da postojeći sistem zaštite, ustrojen Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, nije delotvoran, ali se to priznanje odnosi samo na izvršne i stečajne postupke protiv dužnika sa većinskim državnim ili društvenim kapitalom. Ovakvo stanje konstatovao je i Komitet ministara Saveta Evrope na sastanku održanom u periodu od 6. do 8. decembra 2022. godine. Istovremeno je evidentirano nastojanje Republike Srbije da se ovaj problem sistemski reši donošenjem Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, ali da postupanje redovnih sudova po pravnim sredstvima radi ubrzanja postupka ne dovodi do ostvarivanja prava stranaka. Ministarstvo pravde se pozvalo i na presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima *Marinković protiv Srbije* od 29. januara 2013. godine i *Ferizović protiv Srbije* od 26. novembra 2013. godine. U navedenim presudama Evropski sud za ljudska prava je zauzeo stav da ustavna žalba predstavlja delotvorno pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i prava na imovinu u stečajnim i izvršnim postupcima protiv dužnika sa većinskim društvenim ili državnim kapitalom.

Deset godina nakon što je Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova zaštita prava na suđenje u razumnom roku prebačena sa Ustavnog suda na redovne sudove, Ministarstvo pravde sada predlaže da Ustavni sud ponovo postane nadležan za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, ali samo kada su u pitanju izvršni i stečajni postupci koji se vode protiv dužnika preduzeća sa većinskim državnim ili društvenim kapitalom. To je samo još jedan dokaz neodrživosti postojećeg modela na kojem je zasnovan Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, ali da nije bilo intervencije Komiteta ministara Saveta Evrope, pitanje je da li bi i kada došla na dnevni red izmena ovog zakona.

Ukoliko se usvoje predložene izmene, odnosno ako Ustavni sud ponovo dobije nadležnost za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u izvršnim i stečajnim postupcima protiv dužnika sa većinskim društvenim ili državnim kapitalom,

to će imati određene prednosti. Umesto četiri postupka koje sada stranka mora da vodi da bi ostvarila pravo na pravično zadovoljenje i pravo na imovinsku štetu, postojaće samo jedan postupak, a to je postupak po ustavnoj žalbi koji će se voditi pred Ustavnim sudom. Time se skraćuje put stranke do konačne realizacije njenog prava, smanjuje se broj postupaka, ali i troškovi koji tim povodom nastaju. Već smo napomenuli da su parnični sudovi imali neujednačenu praksu po pitanju dosuđivanja pravičnog zadovoljenja jer je Zakonom definisan raspon od 300 evra do 3.000 evra. Usled toga, pored prvostepenog i drugostepenog parničnog postupka, bilo je neophodno da stranka podnese i ustavnu žalbu da bi Ustavni sud korigovao dosuđeni iznos obeštećenja. S druge strane, Ustavni sud ima ujednačenu praksu i u tom pogledu dosledno primenjuje standarde i stavove Evropskog suda za ljudska prava. Videli smo da je zakonodavac u predloženim izmenama predvideo da će se započeti postupci po prigovorima i žalbama, kao i postupci po tužbama za isplatu neimovinske i imovinske štete okončati pred Ustavnim sudom, a da će se podneti prigovori, žalbe i tužbe tretirati kao ustavne žalbe. Uzimajući u obzir da stranke već dugo čekaju na realizaciju svojih prava, neophodno bi bilo da Ustavni sud ove predmete uzme u prioritetno rešavanje. Konačno, isplata dosuđenih iznosa po osnovu povrede prava na suđenje u razumnom roku trebalo bi da ide na teret Ministarstva pravde, a ne na teret sudova u postupku pred kojima je utvrđena povreda ovog prava.

Ostale predložene izmene Zakona uglavnom se svode na otklanjanje nejasnoća i nepreciznosti u osnovnom tekstu iz 2015. godine. Ukoliko je stranka izdala punomoćje za preduzimanje svih radnji u postupku, onda takvom punomoćniku nije neophodno posebno punomoćje za podnošenje prigovora radi ubrzanja postupka, a isto važi i za žalbu protiv rešenja kojim je odlučeno o prigovoru. Ako je punomoćnik ovlašćen samo za preduzimanje pojedinih radnji, onda će mu biti potrebno posebno punomoćje za podnošenje prigovora i žalbe. Predlaže se davanje ovlašćenja sudu da, ukoliko posumnja da je nastupio neki od zakonom propisanih razloga za prestanak punomoćja, može rešenjem protiv kog nije dozvoljena posebna žalba naložiti punomoćniku da u roku od osam dana dostavi posebno punomoćje za izjavljivanje prigovora, a ukoliko to ne učini prigovor će biti odbačen kao nedozvoljen. Ovo pravilo će se primenjivati i u postupku po žalbi (čl. 2. i 13. Nacrta).

Nacrt sadrži i odredbu o pravu stranke na troškove postupka po prigovoru ukoliko je njen prigovor usvojen, a ovo pravilo se primenjuje i u postupku po žalbi (čl. 4. i 13. Nacrta). U pitanju je samo pravni stav Vrhovnog suda iz odluke koju smo na početku rada citirali, a koji će sada biti pretočen u zakonsku normu.

Prigovor će biti odbacivan ne samo ako ne sadrži sve obavezne elemente, ako je preuranjen, podnet od strane neovlašćenog lica, nego i ako je podnet nakon

okončanja postupka (čl. 3. Nacrta). Mada se ovo čini očiglednim, izgleda da je bilo neophodno to propisati, kako bi se izbeglo protivrečno postupanje sudova.

U čl. 7. Nacrta daje se ovlašćenje sudu da odbaci prigovor i u slučaju da je poverilac u celosti namirio zahtevano potraživanje tako što mu je dosuđena imovinska šteta u istom iznosu, pa ponovo podnosi prigovor radi ubrzanja postupka koji se vodi radi namirenja tog istog potraživanja. Ovim se samo sankcioniše jedna procesna zloupotreba koja je nažalost u praksi bila učestala.

Stranci će biti omogućeno i da izjavi žalbu protiv rešenja kojim je predsednik suda usvojio prigovor radi ubrzanja postupka, ali je propustio da u tom rešenju odredi rok u kom je sudija dužan da preduzme procesne radnje kojima se postupak delotvorno ubrza. Rok za žalbu se u tom slučaju računa od dana kada je stranci dostavljeno rešenje o usvajanju prigovora (čl. 8. i 9. Nacrta).

Izmene pojedinih zakonskih odredaba predložene su u kontekstu usklađivanja sa novim zakonima kojima se uređuje položaj i organizacija sudova i javnih tužilaštava (čl. 6, 9, 10, 11. i 12. Nacrta), a postoje i izmene u naslovu pojedinih članova, jer naslovi tih članova nisu usaglašeni sa njihovom sadržinom (čl. 5. Nacrta).

U pogledu parničnih postupaka koji će se i nakon usvajanja ovih zakonskih izmena voditi radi isplate imovinske i neimovinske štete, postojaće isključiva mesna nadležnost osnovnog suda na čijem području tužilac ima prebivalište, boravište ili sedište. U slučaju da tužilac nema prebivalište, boravište ili sedište na teritoriji Republike Srbije isključivo će biti mesno nadležan osnovni sud koji ima sedište u mestu sedišta suda koji je utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku, a ako ih ima više, tužba se može podneti bilo kom od tih sudova (čl. 14. Nacrta).

Kada je u pitanju izvršenje pravnosnažnih i izvršnih presuda kojima je usvojen zahtev za isplatu neimovinske, odnosno neimovinske štete, predlaže se da rok za dobrovoljnu isplatu iznosi četiri meseca od dana nastupanja pravnosnažnosti presude (čl. 15. Nacrta). Produženje roka sa osam dana na četiri meseca u skladu je sa odredbom čl. 89. st. 3. Zakona o Ustavnom sudu, a kojim je propisano da postupak za prinudno izvršenje radi isplate naknade materijalne ili nematerijalne štete ne može biti pokrenut pre protoka roka od četiri meseca od dana dostavljanja odluke kojom je usvojena ustavna žalba. U vezi sa predloženom izmenom treba napomenuti da rok za ispunjenje obaveze počinje da teče od dana dostavljanja odluke onom ko tu obavezu treba da izvrši (čl. 345. st. 3. ZPP i čl. 89. st. 3. Zakona o Ustavnom sudu). Dejstvo odluke prema stranci ne može nastupiti pre nego što joj ta odluka bude dostavljena.¹² Isto tako, produženje roka za dobrovoljnu isplatu sa

¹² Odluka Ustavnog suda Už – 2458/2015 od 8. 12. 2016. godine, navedeno prema: Nikola Bodiroga, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, 381–383.

osam dana na četiri meseca čini bespredmetnom odredbu čl. 300. st. 5. i 6. Zakona o izvršenju i obezbeđenju,¹³ a kojim je propisano obavezno obraćanje, odnosno najava podnošenja predloga za izvršenje Ministarstvu finansija, najkasnije 30 dana pre podnošenja predloga. Primenu ovih odredaba ZIO trebalo bi isključiti. Povezano s tim, čl. 368. ZPP propisano je da žalba protiv prvostepene presude kojom je fizičkom licu naloženo da isplati glavnicu potraživanja koja ne prelazi iznos od 300 evra prema srednjem kursu NBS na dan donošenja odluke, odnosno kojom je pravnom licu ili preduzetniku naloženo da isplati glavnicu potraživanja koja na prelazi iznos od 1.000 evra ne odlaže izvršenje. U skladu sa Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku dosuđeni iznosi novčanog obeštećenja zbog povrede ovog prava kreću se u rasponu od 300 evra do 3.000 evra, što znači da se može desiti da izvršenje presude potpada pod pravni režim iz čl. 368. ZPP, odnosno da se može ići na izvršenje pre pravnosnažnosti presude. To će imati za posledicu da paralelno teku postupak po žalbi protiv prvostepene presude i postupak izvršenja, a što u konačnom ishodu može povećati broj predloga za protivizvršenje ukoliko prvostepena presuda bude ukinuta ili preinačena. Zato bi i primenu ove zakonske odredbe trebalo isključiti.

Napomenuli smo da je Ministarstvo pravde predložilo da se svi prigovori, žalbe i tužbe koje su podnete pre stupanja na snagu novih zakonskih rešenja i o kojima do tog trenutka nije doneta odluka, tretiraju kao ustavne žalbe i ustupe Ustavnom sudu na odlučivanje (čl. 16. Nacrta). To znači da će postupci koji su inicijalno započeti po odredbama Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, a koje uređuju postupanje po prigovorima i žalbama, odnosno po odredbama tog zakona i odredbama ZPP koje uređuju postupanje po tužbama, biti završeni po procesnim odredbama Zakona o Ustavnom sudu. Pravilo koje se u našoj zakonodavnoj praksi ustalilo jeste da se postupak okončava po onim procesnim pravilima po kojima je i bio započet, ali postoje i drugačiji primeri. Tako je čl. 55. st. 1. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2009. godine,¹⁴ bila propisana primena odredaba tog zakona na neokončane postupke. Čl. 358. st. 1. Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine,¹⁵ bilo je propisano da će žalba izjavljena protiv rešenja o izvršenju ili obezbeđenju po odredbama prethodnog Zakona o izvršnom postupku iz 2005. godine,¹⁶ biti ustupljena sudu koji je po odredbama

¹³ Zakon o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, *Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje, 113/17 – autentično tumačenje, 54/19, 9/20 – autentično tumačenje, 10/23 – dr. zakon.

¹⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku – *Službeni glasnik RS*, br. 111/09.

¹⁵ Zakon o izvršenju i obezbeđenju – *Službeni glasnik RS*, br. 31/11.

¹⁶ Zakon o izvršnom postupku – *Službeni glasnik RS*, br. 125/04.

Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine nadležan za odlučivanje o prigovoru na rešenje o izvršenju ili obezbeđenju. Ustavni sud je u svojim odlukama IV₃ – 2/2010 od 14. 3. 2013. godine i IYo – 107/2020 od 30. 6. 2022. godine zauzeo stav da primena novog zakona na postupke koji su započeti pre njegovog stupanja na snagu ne predstavlja povredu ustavne zabrane retroaktivnosti.¹⁷ Ovo pitanje treba posmatrati iz ugla zaštite prava stranaka, odnosno izvesnosti u pogledu procesnopравnih pravila koja će se primeniti na odlučivanje o njihovim pravima i obavezama. Zakon o Ustavnom sudu sadrži i procesnopравne odredbe kojima se uređuju različiti postupci koji se pred tim sudom vode, uključujući i postupak po ustavnoj žalbi. O pitanjima postupka koja nisu uređena ovim zakonom primenjuju se odgovarajuće odredbe procesnih zakona. Ukoliko ni u procesnom zakonu ne postoji odredba koja je odgovarajuća za određenu procesnu situaciju, Ustavni sud će odlučiti u svakom pojedinačnom slučaju (čl. 8. Zakona o Ustavnom sudu). U postupku pred Ustavnim sudom taksa se ne plaća, a učesnici u postupku snose svoje troškove, ako Ustavni sud drugačije ne odluči. Ustavni sud može naknaditi troškove drugim pozvanim licima i odrediti naknadu za njihovo učešće u postupku (čl. 6. Zakona o Ustavnom sudu).

Uzimajući u obzir sve prethodno navedeno, ostaje da se vidi na koji način će predmeti koji se odnose na zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u stečajnim i izvršnim postupcima protiv preduzeća sa većinskim društvenim i državnim kapitalom biti rešavani u postupku pred Ustavnim sudom. To se odnosi kako na rokove u kojima će se o ustavnim žalbama odlučivati, tako i na pravila postupka koja će Ustavni sud primenjivati, a polazeći od citiranih odredaba Zakona o Ustavnom sudu.

UMESTO ZAKLJUČKA

Nacrt zakona o izmenama i dopunama zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku predstavlja pokušaj da se reše trenutno najveći problemi u primeni ovog zakona. To su u prvom redu izvršni i stečajni postupci koji se vode protiv preduzeća sa većinskim državnim ili društvenim kapitalom, odnosno zaštita prava na suđenje u razumnom roku i prava na imovinu u ovim postupcima. Na ozbiljnost ovog problema ukazao je i Komitet ministara Saveta Evrope. Predloženo rešenje ponovo uspostavlja nadležnost Ustavnog suda, samo za ove predmete, i to deset godina nakon što je nadležnost za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku

¹⁷ Odluke su dostupne u bazi Ustavnog suda, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudencije/35>, 24. 9. 2023, Nikola Bodiřoga, *Parnični postupak: Priručnik, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022, 53–54.

prebačena sa Ustavnog suda na redovne sudove. Ovakvo rešenje ima svoje pozitivne strane, pre svega što će stranke imati na raspolaganju delotvorno pravno sredstvo u vidu ustavne žalbe i što je praksa Ustavnog suda usklađena sa praksom Evropskog suda za ljudska prava u tom smislu. Umesto četiri postupka pred redovnim sudovima, vodiće se samo jedan postupak pred Ustavnim sudom. Rešenja sadržana u Nacrtu ne daju odgovore na sve probleme i dileme koji su se pojavili u primeni ovog zakona, zbog čega bi u budućnosti trebalo pristupiti temeljnijim i sveobuhvatnijim izmenama.

Prof. Dr. NIKOLA BODIROGA
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

ON POSSIBLE CHANGES TO THE LAW ON PROTECTION OF RIGHT TO TRIAL WITHIN REASONABLE TIME

Summary

The purpose of this paper was to tackle the possible changes to the Law on protection of right to trial within reasonable time. The application of this Law has started on January 1, 2016. Following almost eight years of implementation it would be fair to say that the Law has failed to deliver results. The duration of court proceedings is not in accordance with the standards set by European Court of Human Rights and the system of legal remedies for protection of right to trial within reasonable time has proven to be ineffective. Ministry of Justice has drafted some changes to this Law but these amendments are mostly related to bankruptcy and enforcement proceedings against legal entities in state or social ownership. The protection of rights of the parties in these proceedings shall be transferred from the courts to Constitutional Court, which is the opposite direction from the process that has been conducted ten years ago. This is the most important novelty to the Law and all others problems identified by the courts have been left out of the amendments.

Key words: reasonable time, legal remedies, problems in implementation of the law, proposed changes

Literatura

- Bodiroga N., *Parnični postupak: Priručnik, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022.
- Bodiroga N., *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.
- Ilić P. G., *Pravosudno organizaciono pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Drugo izmenjeno izdanje*, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2009.

Keča R., Knežević M. S., *Građansko procesno pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Devetnaesto izmenjeno izdanje, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2022.

Poznić B., Rakić-Vodinelic V., *Građansko procesno pravo, Sedamnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2015.

Stanković G., Boranijašević V., *Građansko procesno pravo*, Sven, Niš, 2020.

Stanković G., Mandić Lj., *Organizaciono građansko procesno pravo*, Sven, Niš, 2013.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

RANKA RAČIĆ

NEMOGUĆNOST SPROVOĐENJA PRINUDNOG IZVRŠENJA ODLUKE O ODRŽAVANJU LIČNIH ODNOSA DJETETA I RODITELJA

Perum est latam esse sententiam nisi mandetur exsecutioni.

Porodični zakon Republike Srpske iz 2023. godine regulisao je na potpuno nov način postupak radi održavanja ličnih odnosa djeteta sa roditeljem sa kojim ne živi. Za razliku od bivšeg zakonskog režima, po kojem je organ starateljstva donosio odluku o održavanju ličnih odnosa sa djetetom a izvršenje iste je sprovodio opštinski organ uprave, u aktuelnom zakonu je normirano da postupak u parnicama radi održavanja ličnih odnosa sa djetetom sprovodi parnični sud. Na promjenu nadležnosti uticali su problemi koji su se pojavljivali u praksi oko izvršenja ovih odluka. Prilikom redigovanja pravila o postupku u parnicama o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom, zakonodavac je zaboravio da normira na koji način će se izvršavati odluka iz ovog postupka, ako ne postoji saglasnost roditelja o tome. S ciljem prevazilaženja ovog problema u radu su dati prijedlozi kako bi trebalo urediti postupak prinudnog izvršenja odluke o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom. Zakonodavac, ne bi trebalo da izlaz iz ove „krizne situacije“ rješava na način da donese upućujuću odredbu na osnovu koje bi se prinudno izvršenje odluke o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom sprovodilo po pravilima izvršenja radi predaje djeteta.

Ključne riječi: održavanje ličnih odnosa, dijete, roditelj, organ starateljstva, prinudno izvršenje

Prof. dr Ranka Račić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu,
e-mail: rankaracic@t.com.me.

U V O D

Novi Porodični zakon Republike Srpske iz 2023. godine,¹ označen kao reformski, redefinisao je mnogobrojne institute² i regulisao pojedine pravne instrumente koji predstavljaju novinu u porodičnom zakonodavstvu.³ Reforma porodičnog zakonodavstva odvijala se u više „pravaca“. Određeni instituti porodičnog prava, koji su se u Republici Srpskoj primjenjivali više od 20 godina,⁴ definisani su na potpuno nov način, drugi su dopunjeni, a treći su uvedeni u porodično zakonodavstvo na način da su samo djelimično transponovani iz porodičnih zakona pojedinih postjugoslovenskih država.⁵

Jedan od važnijih zadataka koje je normotvorac imao u vidu prilikom izrade PZ, odnosio se na pravno uobličavanje postupka o održavanju ličnih odnosa sa djetetom,^{6,7} i na kreiranje pravila o sprovođenju prinudnog izvršenja odluke ukoliko ne postoji saglasnost roditelja o tome. Neizvršenje pojedinih odluka u praksi,⁸ koje su donesene u skladu sa pravilima koja su sadržana u PZ (2002) bilo je direktno

¹ Porodični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/23. U daljem radu PZ.

² U PZ na nov način je: definisana vanbračna zajednica, redefinisana su pravila o održavanju ličnih odnosa između djeteta i roditelja sa kojim ne živi i ostalih srodnika, postupak uređenja vršenja roditeljskog prava i održavanja ličnih odnosa sa djetetom, dato je pravo djetetu da saopšti svoje mišljenje u postupcima koji se vode u njegovom interesu, kada to njegov uzrast i zrelost dozvoljavaju, predviđeno je pravilo u kojem je normirano kada se roditelju može vratiti roditeljsko pravo, izmjenjena je odredba o dobnoj granici djeteta za potpuno usvojenje, korigovano je pravilo o minimalnom iznosu za izdržavanje djece, precizirana su pravila o zajedničkoj imovini bračnih supružnika. V. <https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/mpr/Documents>, 25. 8. 2023. godine.

³ Potpuno novi instituti koji su sadržani u PZ odnose se na: zajedničko vršenje roditeljskog prava i po prestanku braka, anticipirane izjave i pravo na porodični dom. Osnovna primjedba u pogledu novih instituta je fragmentarno regulisanje i nejasnost postojećih pravila.

⁴ V. Porodični zakon iz 2002, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 54/02, 41/08, 62/ 14, Odluka Ustavnog suda Republike Srpske br. 56/19. U daljem radu PZ (2002).

⁵ Tako, npr. iz hrvatskog Obiteljskog zakona preuzeta su samo djelimično pravila o anticipiranoj izjavi.

⁶ V. Branka Rešetar, *Pravna zaštita prava na susrete i druženje*, Osijek, 2011., https://www.academia.edu/11841510/PRAVNA_ZA%C5%A0TITA_PRAVA_NA_SUSRETE_I_DRU%C5%BDENJE, 20. 8. 2023.

⁷ U daljem radu će se koristiti sintagma „postupak za održavanja ličnih odnosa sa djetetom“, kako je ovaj postupak označen u PZ iako bi pravno-tehnički bilo ispravnije govoriti o postupku za održavanje ličnih odnosa djeteta sa roditeljem sa kojim ne živi.

⁸ Radi se o nesprovođenju odluka o održavanju ličnih odnosa sa djetetom.

u suprotnosti sa Konvencijom UN o pravima djeteta⁹,¹⁰ i odlukama Evropskog suda za ljudska prava.¹¹ U recentnim odlukama Suda je konstatovano da čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama uključuje pravo roditelja da se preduzmu mjere koje će im omogućiti da se ponovo spoje sa svojom djecom i obavezu državnih organa da takve radnje preduzmu.¹²,¹³

Jedan od osnovnih nedostataka bivšeg PZ (2002) jeste normativno određene po kojem je organ starateljstva bio nadležan da sprovodi postupak o održavanju ličnih odnosa sa djetetom¹⁴ i donosi odluku o tome. Odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom prinudno je sprovodio nadležni opštinski organ uprave. Prema tvrdnjama, koje su iznosili predstavnici centara za socijalni rad, jedan od glavnih razloga zbog kojih su ove odluke bile nesprovodive u praksi bio je nedostatak

⁹ Bivša SFRJ je ratifikovala Konvenciju o pravima djeteta 13. decembra 1990. Konvencija je objavljena u *Službenom listu SFRJ*, br. 15/90. Bosna i Hercegovina kao sukcesor ima obavezu da primjenjuju Konvenciju UN o pravima djeteta. „Konvencija o pravima djeteta sadržana je u Aneksu I Dejtonskog mirovnog sporazuma i, kao ostale konvencije koje je BiH ratifikovala, ima prioritet u primjeni u odnosu na domaće zakonodavstvo „s obzirom da ima snagu ustavne norme“. Osim toga, Bosna i Hercegovina je postala potpisnica dva fakultativna protokola, uz Konvenciju o pravima djeteta, i to: Fakultativnog protokola o uključivanju djece u oružane sukobe i Fakultativnog protokola o prodaji djece, dječijoj prostituciji i dječijoj pornografiji iz 2000. godine, a potpisala je i Milenijsku deklaraciju. Bosna i Hercegovina je u 2012. godini završila postupak pristupanja sljedećim konvencijama: Konvencija Savjeta Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualne zloupotrebe; Konvencija Savjeta Evrope o kontaktu koji se tiče djece; Konvencija (Haška) o međunarodnom ostvarivanju prava za izdržavanje djeteta i drugim oblicima izdržavanja porodice“. Akcioni plan za djecu 2015–2018, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 67/15.

¹⁰ U čl. 9, st. 3, Konvencije UN o pravima djeteta je normirano da će: „Strane ugovornice poštovati pravo djeteta odvojenog od jednog ili oba roditelja da redovno održava lične odnose i neposredne kontakte s oba roditelja, osim ako je to u suprotnosti s najboljim interesima djeteta.“

¹¹ Dalje u radu Sud.

¹² „Ova obaveza nije apsolutna – domaći organi moraju da preduzmu sve neophodne korake koji su u datim okolnostima mogu smatrati razumnim kako bi omogućili kontakt. Adekvatnost ovih koraka se djelimično procjenjuje na osnovu toga koliko se brzo sprovode, jer protok vremena može imati nepopravljive posljedice po odnose između roditelja i djeteta“. V. npr. *Mijušković protiv Crne Gore*, Predstavka br. 49337/07, 21. 9. 2010. st. 81, *K. B. i ostali protiv Hrvatske*, predstavka br. 36216/13, 14. 3. 2017, st. 144.

¹³ „Sud stoga mora da se uvjeri da su državni organi preduzeli sve potrebne korake da olakšaju ponovno spajanje djece i roditelja u granicama razumnog sa posebnim okolnostima svakog slučaja. *Šabota-Gajić protiv Bosne i Hercegovine*, Predstavka br. 27966/06, 6. 11. 2007, st. 53.

¹⁴ U čl. 83, st. 1 i 2, PZ (2002) bilo je izričito predviđeno da, ako dijete ne živi u zajednici sa oba roditelja, roditelji će se sporazumjeti o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom (posjete i sl.). Ako do takvog sporazuma ne dođe, odluku o tome donosi organ starateljstva.

odgovarajućeg „mehanizma za sprovođenje prinudnog izvršenja“.¹⁵ Dosadašnja praksa izvršenja ovih odluka pokazala je da je nužna zakonska intervencija kada je u pitanju postupak za održavanja ličnih odnosa sa djetetom. Na nužnost izmjena PZ (2002) ukazao je i Ombudsmen za Bosnu i Hercegovinu u Godišnjem izvještaju za 2021. godinu.¹⁶ Inicijativu za izmjenu PZ(2002) uputili su ombudsmeni¹⁷ Narodnoj skupštini Republike Srpske, tako što bi sudovi umjesto centara/službi za socijalni rad odlučivali o načinu održavanja ličnih odnosa djeteta s roditeljem s kojim dijete ne živi.¹⁸

Već na samom početku primjene PZ¹⁹ uočene su određene pravne praznine koje će svakako usporiti ili potpuno onemogućiti primjenu pojedinih pravnih instituta koji su doneseni sa namjerom da se unaprijede odnosi između roditelja i djece. Roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo je aktivno legitimisan za pokretanje postupka za održavanje ličnih odnosa sa djetetom. Ukoliko sud usvoji tužbeni zahtjev i odredi način održavanja ličnih odnosa sa djetetom ova presuda će ostati „mrtvo slovo na papiru“ pošto je zakonodavac uskratio mogućnost roditelju da u postupku egzekviture izvrši odluku koju je „izvojevao“ u parničnom postupku.²⁰

U fokusu pažnje autorke ovog rada je analiza novih zakonskih rješenja koje se odnose na postupak o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom i na nemogućnost prinudnog izvršenja odluke iz ovog postupka.²¹ Iako je PZ tek stupio na

¹⁵ V. Obrazloženje Nacrta Porodičnog zakona, Banja Luka, 2022, <https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/ Vlada/ Ministarstva/mpr/ Documents>, 25. 8. 2023.

¹⁶ Zakon o obudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 19/02, 35/04, 32/06, 38/06 – ispr., 50/08 – dr. zakon i 61/23.

¹⁷ U čl. 1, st. 2, tač. c Zakona o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine je normirano da, termin „ombudsmeni“ označava tri osobe koja čine instituciju.

¹⁸ Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Banja Luka, 2022, 154. https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obudsmen_doc2022041413104027_eng.pdf, 30. 8. 2023.

¹⁹ PZ je donesen 23. februara 2023. godine, a stupio je na pravnu snagu 1. septembra 2023. godine.

²⁰ V. Anđelija Tasić, *Izvršenje odluka iz odnosa roditelja i djece*, Niš, 2022, 88.

²¹ O izvršenju odluka radi predaje djeteta i izvršenju odluka radi održavanja ličnih odnosa sa djetetom u hrvatskom Obiteljskom zakonu, Slađana Aras Kramar, „Ovrha radi predaje djeteta i ostvarivanju osobnih odnosa s djetetom u svjetlu hrvatskih i europskih novina“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 88, Niš, 2020, 157–178; Marina Pavić, Ivan Šimović, Anica Čulo Margaletić, „Postupak ovrhe radi ostvarivanja osobnih odnosa roditelja i djece kao pretkazivač povrede prava iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, posebni broj, Vol. 8, 2017, 171–198.

pravnu snagu, i po prirodi stvari ovaj problem se nije pojavio u sudskoj praksi, smatrali smo opravdanim da analiziramo moguće izlaze iz ove „krizne situacije“. Još jedan razlog bio je povod za pisanje ovog rada, a to je bojazan da zakonodavac ovu prazninu ne popuni upućujući na shodnu primjenu pravila postupka za predaju djeteta. Ukoliko bi se to desilo, jedno loše zakonsko rješenje o izvršenju odluke radi održavanja ličnih odnosa sa djetetom, koje je bilo sadržano u bivšem zakonu, bilo bi zamjenjeno rješenjem koje u praksi ne bi suštinski dalo nikakve rezultate.

ODLUKA O ODRŽAVANJU LIČNIH ODNOSA SA DJETETOM

Odluka o održavanju ličnih odnosa sa djetetom može da potiče iz različitih porodičnopravnih postupaka. Roditelj koji ne živi sa djetetom, ili druga aktivno legitimisana lica, mogu podići tužbu u kojoj će istaći pored zahtjeva da sud odluči o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom i druge zahtjeve. Uz tužbeni zahtjev da sud uredi način održavanja ličnih odnosa sa djetetom tužilac može kumulativno postaviti zahtjev koji se odnosi na uređenje vršenja roditeljskog prava, razvod ili poništenje braka,²² utvrđenje ili osporavanje očinstva, utvrđenje ili osporavanje materinstva. U porodičnom zakonodavstvu Republike Srpske, zakonodavac je različito normirao ko su aktivno legitimisana lica za pokretanje postupka za održavanje ličnih odnosa sa djetetom. U čl. 86, st. 2 PZ je izričito predviđeno da zahtjev²³ za održavanje ličnih odnosa djeteta i roditelja sa kojim dijete ne živi može podnijeti taj roditelj i dijete, a o zahtjevu odlučuje sud u parničnom postupku presudom kojom utvrđuje pravo na održavanje ličnih odnosa i kontakata određujući vrijeme, mjesto i način održavanja ličnih odnosa sa djetetom. U skladu sa ovim zakonskim rješenjem mogli bismo zaključiti da tužbu ne može podići roditelj sa kojim dijete živi. Normotvorac u odredbi čl. 104, st. 1 PZ „napušta“ zakonsko rješenje po kojem samo roditelj koji ne živi sa djetetom i dijete mogu podići tužbu i proširuje krug aktivno legitimisanih lica na roditelja koji živi sa djetetom i organ starateljstva.

U PZ je održavanje ličnih odnosa sa djetetom normirano kao pravo djeteta²⁴ i kao pravo i dužnost roditelja da održava lične odnose sa djetetom.²⁵ Ukoliko se

²² Zakonodavac u novom PZ nije predvidio mogućnost podizanja deklarativne tužbe, u kojoj bi tužilac istakao zahtjev da sud utvrdi da li brak postoji ili ne.

²³ U pitanju je tužba a ne zahtjev.

²⁴ V. čl. 86, st. 1 PZ.

²⁵ Čl. 99, st. 5 PZ.

održavanje ličnih odnosa sa djetetom posmatra u kontekstu prava djeteta da živi sa roditeljima i da se roditelji o njemu brinu prije svih,²⁶ sasvim je logično da je i majka koja živi sa djetetom aktivno legitimisana za pokretanje postupka za održavanje ličnih odnosa sa djetetom.^{27, 28}

Kad organ starateljstva podigne tužbu i traži da sud donese odluku o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom, tad se on pojavljuje kao stranka u funkcionalnom smislu.

U skladu sa novim zakonskim rješenjima, roditelji se mogu sporazumjeti o vršenju roditeljskog prava. Ukoliko roditelji postignu sporazum o zajedničkom²⁹ ili o samostalnom vršenju roditeljskog prava,³⁰ tad taj sporazum mora obavezno sadržavati saglasnost roditelja o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom. Sporazum roditelja o vršenju roditeljskog prava sud će unijeti u izreku presude, ako sadrži sve obavezne elemente i ako je sastavljena u najboljem interesu djeteta. Kad roditelji postignu sporazum o zajedničkom³¹ ili samostalnom vršenju roditeljskog

²⁶ U čl. 85, st. 2 PZ je normirano da pravo djeteta da živi sa roditeljima može biti ograničeno samo sudskom odlukom kada je u odgovarajućem postupku utvrđeno da je to u najboljem interesu djeteta.

²⁷ Čl. 84, st. 5 PZ.

²⁸ „Pravo na ostvarivanje osobnih odnosa jest dio roditeljske skrbi, ali ono može postojati i u odnosu na roditelja koji nema roditeljsku skrb. Lišavanjem roditeljske skrbi se ne ukida automatski i pravo na ostvarivanje osobnih odnosa između roditelja i djeteta.“ B. Rešetar, op. cit., 192.

²⁹ U čl. 97, st. 1 PZ je normirano da sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava mora sadržavati: (1) saglasnost roditelja da će roditeljska prava i dužnosti obavljati zajednički, međusobnim sporazumijevanjem, koje mora biti u najboljem interesu djeteta, (2) saglasnost roditelja o tome šta će se smatrati prebivalištem djeteta, (3) saglasnost roditelja o održavanju ličnih odnosa djeteta i roditelja sa kojim dijete ne živi, (4) saglasnost roditelja o visini doprinosa za izdržavanje djeteta koji će uplaćivati onaj roditelj sa kojim dijete ne živi.

³⁰ U pravilu koje je sadržano u čl. 99, st. 1 PZ je izričito predviđeno da sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava obuhvata: (1) saglasnost roditelja o povjeravanju vršenja roditeljskog prava jednom roditelju, o visini doprinosa za izdržavanje djeteta od roditelja sa kojim dijete ne živi i o načinu održavanja ličnih odnosa djeteta sa roditeljem sa kojim ne živi. U čl. 99, st. 5, PZ je normirano da roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo ima pravo i dužnost da izdržava dijete, da sa djetetom održava lične odnose i da o pitanjima koja bitno utiču na život djeteta odlučuje sporazumno sa roditeljem koji samostalno vrši roditeljsko pravo.

³¹ U pravnoj književnosti se ističe da „sporazum roditelja o zajedničkom vršenju roditeljskog prava podrazumeva da dete ima isti pravni odnos prema oba roditelja. U praksi odnos ne mora biti isti i obično nije isti, ali je to pravni put da se ustanove isti uslovi za sličan odnos sa majkom i ocem, a to je detetu, po pravilu, neophodno. Postoje razlozi za prihvatanje zajedničkog roditeljskog staranja kao preovlađujućeg i na strani roditelja. Činjenica da su roditelji u jednakom pravnom položaju u odnosu na dete ima pozitivan psihološki efekat, oba roditelja osećaju da su

prava, u kojem je sadržan i sporazum o održavanju ličnih odnosa sa djetetom, i isti bude unesen u izreku presude, održavanje ličnih odnosa sa djetetom će se, po pravilu, nesmetano odvijati. Vrijeme koje roditelj i dijete provode zajedno predstavlja osnovni element „porodičnog života“ u okviru značenja čl. 8 Evropske konvencije. Od kvalitetnog sporazuma o zajedničkom ili samostalnom vršenju roditeljskog prava imaju najveći interes oni koji po pravilu nisu direktno uključeni u proces, a to su djeca.³² Prestanak zajednice života između bračnih supružnika uvijek se negativno odražava na dijete. Ukoliko roditelji ne mogu da prevaziđu konflikte koji se ispoljavaju oko svega što je nekad bilo zajedničko, najviše pati dete koje plaća cenu propasti odnosa odraslih.³³

Ako sud ocijeni da sporazum roditelja o zajedničkom ili o samostalnom vršenju roditeljskog prava nije zaključen u najboljem interesu djeteta ili ako roditelji nisu postigli sporazum o vršenju roditeljskog prava, sud će donijeti odluku o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom.³⁴ U toku postupka koji se vodi povodom tužbenog zahtjeva za održavanje ličnih odnosa sa djetetom, sud i nadležni organ dužni su omogućiti djetetu da izrazi svoje mišljenje,³⁵ osim ako se utvrdi da to nije u skladu sa najboljim interesom djeteta.³⁶

Način održavanja ličnih odnosa sa djetetom mora biti jasno određen u dispozitivu presude. U novom porodičnom zakonodavstvu je normirano da lični odnosi sa djetetom, obuhvataju neposredne i posredne kontakte.³⁷ Ovako redigovano pravilo neće puno pomoći sudu da uredi način održavanja ličnih odnosa sa djetetom. Samo izreka presude koja jasno određuje šta čini neposredne a šta posredne kontakte, može biti podobna za prinudno izvršenje. U pojedinim postjugoslovenskim državama detaljno je normirano šta treba da sadrži dispozitiv presude o načinu održavanja ličnih

detetu umnogome potrebni kao roditelji“. Gordana Kovaček Stanić, „Vršenje roditeljskog prava prema Porodičnom zakonu Srbije iz 2005“, *Zbornik radova, Novo porodično zakonodavstvo*, Kragujevac, 2006, 270–271.

³² Tako, Jelena Arsić, „Medijacija u porodičnim sporovima“, *Zbornik radova, Novo porodično zakonodavstvo*, Kragujevac, 2006, 76.

³³ Jelena Arsić, „The Role of the Mediator in Child Custody Disputes: Mediator Styles and Techniques, Independent Study“, University of Pittsburgh School of Law, 2005, 2, nav. pr. J. Arsić, op. cit., 75.

³⁴ Čl. 87, st. 3 PZ.

³⁵ Nevena Petrušić, „Pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja u novom porodičnom pravu Republike Srbije“, *Zbornik radova, „Novine u porodičnom zakonodavstvu*, Kragujevac, 2006, 99–119.

³⁶ Čl. 89, st. 2 PZ.

³⁷ Čl. 86, st. 8 PZ.

odnosa sa djetetom. Tako je u hrvatskom Obiteljskom zakonu³⁸ propisano da roditelji mogu sklopiti sporazum o ostvarivanju ličnih odnosa sa djetetom.³⁹ U skladu sa zakonskim naređenjem, sporazum mora sadržavati detaljne podatke o načinu, vremenu i mjestu preuzimanja odnosno povratku djeteta, kao i eventualnu nazočnost drugog roditelja ili treće osobe, te podjelu troškova u vezi sa ostvarivanjem osobnih odnosa sa djetetom, ako je to s obzirom na okolnosti slučaja potrebno.⁴⁰

Kad sud usvoji tužbeni zahtjev i donese presudu o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom, a roditelj sa kojim dijete živi nije saglasan da „drugi roditelj“ održava lične odnosa sa djetetom, izvršenje sudske odluke će, po pravilu, biti dovedeno u pitanje. Bez obzira na zakonsko naređenje po kojem je roditelj dužan da omogući i podstiče održavanje ličnih odnosa djeteta, u praksi se pokazalo da nepostojanje sporazuma između roditelja o tome, direktno utiče i na ponašanje djeteta prema roditelju sa kojim ne živi. Nesmetano izvršenje sudske odluke o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom je značajno, zbog kontinuiteta emocionalne veze između roditelja i deteta, mogućnosti roditelja da i sam doprinese vaspitanju deteta koje mu nije povereno, te pružanju materijalnih davanja. Ovo je značajno i sa stanovišta mogućnosti roditelja kome dete nije povereno da doprinosi pravilnom razvoju deteta.⁴¹ Često roditelj, sa kojim dijete živi, kod djeteta izaziva negativne emocije i podstiče ga da izbjegava susrete sa „drugim roditeljem“. Ukoliko su odnosi između bivših supružnika do te mere pogoršani da dete odbija susrete sa roditeljem samim tim i prinudna realizacija za održavanje ličnih odnosa predstavljaće izuzetno delikatan zadatak za sud koji treba da u što kraćem roku, uz neophodne stručne pripreme da omogući da se, u interesu deteta, fakta saobraze pravu, posebno ukoliko je usled proteka vremena došlo do emocionalne otuđenosti deteta i roditelja sa kojim treba da održava lične odnose.⁴²

³⁸ Obiteljski zakon, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 103/13, 98/19, 47 /20, 49/23.

³⁹ Tako npr. u pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 121 Obiteljskog zakona Republike Hrvatske je normirano da se osobni odnosi s djetetom mogu ostvarivati izravno u kraćim ili duljim razdobljima u obliku susreta i druženja ili boravkom djeteta kod osobe koja ima pravo ostvarivati osobne odnose sa djetetom. Osobni odnosi sa djetetom mogu se ostvarivati neizravno korištenjem različitih komunikacijskih sredstava, slanjem pisama, darova i slično. Osobni odnosi sa djetetom mogu se ostvarivati davanjem informacija u vezi sa osobnim pravima djeteta, osobi koja na to ima pravo i djetetu. Informacija u vezi sa osobnim pravima djeteta može se zahtjevati od svake osobe koja skrbi o djetetu, ako za to postoji pravni interes i ako to ne bi bilo na štetu djetetove dobrobiti.

⁴⁰ Čl. 122, st. 2 Obiteljskog zakona Republike Hrvatske.

⁴¹ Nebojša Šarkić, „Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porodičnih odnosa“, *Zbornik radova, Dvadeset godina Zakona o izvršnom postupku*, Niš, 1999, 161.

⁴² Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja*, Kosovska Mitrovica, 2017, 284, 285.

MOGUĆA RJEŠENJA ZA PRINUDNO IZVRŠENJE ODLUKE
O ODRŽAVANJU LIČNIH ODNOSA SA DJETETOM

Pošto PZ ne sadrži odredbu o načinu prinudnog izvršenja odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom, zakonodavac može ovu prazninu popuniti na različite načine. Moguće je da izvrši zakonodavnu intervenciju u novom PZ⁴³ ili u Zakonu o izvršnom postupku⁴⁴ na način da donese upućujuću normu po kojoj bi se ove odluke izvršavale po pravilima koja regulišu postupak za predaju djeteta ili da normira poseban postupak za izvršenje odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom. Zakonsku prazninu koja se odnosi na nepostojanje valjanih normativnih instrumenata za prinudno izvršenje odluka o održavanju ličnih odnosa sa djetetom treba što prije „popuniti“ kako bi se realizacijom prinudnog izvršenja nastavili prekinuti lični odnosi između djeteta i „drugog roditelja“. Bilo bi neophodno da postupak prinudnog izvršenja bude normiran na način da uspješno izvršenje sudske odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom roditelji doživljavaju kao zajednički uspjeh jer su postupili u najboljem interesu djeteta. To nije nimalo lagan zadatak jer dijete, pod uticajem roditelja koji se o njemu stara razvija često „neprijateljski odnos“ prema „drugom“ roditelju. Osim toga, zakonodavac je vrlo ograničen i u pogledu mogućnosti da primjeni prinudu u ovoj oblasti, jer interes, prava i slobode svih zainteresovanih lica, moraju biti uzeti u obzir a posebno najbolji interes deteta.⁴⁵ Takođe, sredstva prinude koja zakonodavcu stoje na raspolaganju za prinudno sprovođenje odluke radi održavanja ličnih odnosa sa djetetom su vrlo ograničena. Zbog takvih uslova neophodno je da su sva zainteresovana lica u ovom postupku pokažu, senzitivnost da bi se mogli stvoriti potrebni uslovi za izvršenje odluke i da se koliko god je moguće smanji trauma za dete.⁴⁶

U porodičnim zakonima pojedinih postjugoslovenskih država, koje su ranije napustile zakonska rješenja po kojim je organ starateljstva odlučivao o načinu

⁴³ U Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine regulisan je postupak za održavanje ličnih odnosa sa djetetom. U pravilu koje je sadržano u čl. 369 Porodičnog zakona, zakonodavac je predvidio da se izvršenje ovih odluka sprovodi shodnom primjenom pravila o predaji djeteta. V. Porodični zakon Federacije BiH, *Službene novine Federacije Bosne Hercegovine*, br. 35/05, 41/05 – ispr., 31/14 i 32/19 – odluka US. U daljem radu PZ FBiH.

⁴⁴ Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17 – odluka US, 58/18 – rješenje US BiH i 66/18. U daljem radu ZIP.

⁴⁵ Sanda Ćorac, „Pravo na poštovanje porodičnog života kao ljudsko pravo“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016, 152.

⁴⁶ *Ibidem*.

održavanja ličnih odnosa sa djetetom, sadržana su pravila da se na postupak izvršenja odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom shodno primjenjuju pravila o predaji djeteta.⁴⁷ Originalna zakonska rješenja o izvršenju odluke radi održavanja ličnih odnosa sa djetetom sadržana su u Obiteljskom zakonu Republike Hrvatske.⁴⁸ Interesantno je da u Republici Sjevernoj Makedoniji još uvijek centar za socijalni rad uređuje postupak za održavanje ličnih odnosa i neposrednih kontakata. Zakon vo samejstvoto⁴⁹ Republike Sjeverne Makedonije je u čl. 79, st. 2, predvidio da, ako roditelji ne postignu sporazum o održavanju ličnih odnosa i neposrednih kontakata, odluku o tome donijeće centar za socijalni rad. Ove odluke sprovodi nadležni opštinski organ uprave. Zakon o izvršbi in zavarovanju⁵⁰ Republike Slovenije normirao je u čl. 238f, ZIZ-a da se izvršenje odluke o ličnim kontaktima sprovodi po pravilima o izvršenju činidbe koju može izvršiti samo dužnik.

DA LI JE SHODNA PRIMJENA PRAVILA PRINUDNOG IZVRŠENJA
ODLUKE RADI PREDAJE DJETETA ADEKVATAN ZAKONSKI OKVIR
ZA IZVRŠENJE ODLUKE O ODRŽAVANJU LIČNIH ODNOSA
SA DJETETOM?

Kako bismo odgovorili na pitanje da li su postojeća pravila o prinudnom izvršenju radi predaje djeteta adekvatan pravni okvir za prinudno izvršenje odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom nužno se ukratko osvrnuti na aktuelna zakonska rješenja o predaji. Izvršni sud prilikom sprovođenja izvršenja radi predaje djeteta mora da vodi računa o potrebi da se u najvećoj mjeri zaštititi interes djeteta.⁵¹ Ovo je i logično jer je država posebno zainteresovana da zaštititi interese maloljetnog djeteta. Samo oduzimanje djeteta od jednog roditelja i predaja drugom roditelju ili drugom licu, odnosno organizaciji kojoj je dijete povjereno na čuvanje i vaspitanje izaziva niz komplikacija. Stoga se izvršenje mora sprovesti tako da ono bude što

⁴⁷ V. čl. 379, Zakona o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje, 113/17 – autentično tumačenje, 54/19, 9/20 – autentično tumačenje i 10/23 – dr. Zakon i čl. 241b, Zakona o izvršenju i obezbeđenju Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 36/11, 28/14, 20/15, 22/17, 76/17 – odluka US i 25/19.

⁴⁸ V. S. Aras Kramar, op. cit., 164–168.

⁴⁹ Zakon vo semejstvoto, *Službeni vesnik na Republike Makedonije*, br. 153/14.

⁵⁰ Zakon o izvršbi in zavarovanju, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 3/07 – uradno prečišćeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US, 11/18, 53/19 – odl. US, 66/19 – ZDavP-2M, 23/20 – SPZ-B, 36/21, 81/22 – odl. US in 81/22 – odl. US. U daljem radu ZIZ.

⁵¹ Čl. 227, st. 1 ZIP-a.

manje traumatično za maloljetno dijete. Za odlučivanje o prijedlogu za izvršenje, nadležan je sud koji je „opšte mjesno nadležan za stranku koja zahtjeva izvršenje“;⁵² kao i sud na čijem se području zatekne dijete.⁵³ Izberiva mjesna nadležnost je predviđena za pokretanje postupka. Za sprovođenje izvršenja mjesno je nadležan sud na čijem se području dijete zatekne. Aktivno legitimisano lice u postupku radi predaje djeteta je roditelj, drugo lice, odnosno organizacija kojoj je dijete povjereno na čuvanje i vaspitanje.

Prije sprovođenja prinude radi predaje djeteta, izvršeniku se ostavlja paricioni rok od tri dana da dobrovoljno preda djete. Cilj koji je zakonodavac želio postići ovakvim zakonskim rješenjem jeste izbjegavanje tenzija između roditelja i pokušaj da se dijete što bolje pripremi da nastavi život u novoj sredini. Rok od tri dana počinje teći od dana dostavljanja rješenja izvršenja o predaji djeteta izvršeniku. Po izričitom naređenju zakonodavca, izvršeniku se ostavlja rok od tri dana za dobrovoljnu predaju djeteta pod prijetnjom izvršenja novčane kazne,⁵⁴ pa se može zaključiti da će sud u rješenju o izvršenju istovremeno izreći i novčanu kaznu. Novčane kazne, u postupku radi predaje djeteta, se izriču i njihovo izvršenje se sprovodi prema odredbama ZIP-a kojima je regulisan postupak sprovođenja izvršenja na radnju koju može izvršiti samo izvršenik.⁵⁵

Ukoliko se izvršenje nije moglo sprovesti izricanjem i sprovođenjem novčanih kazni, dijete će se prinudno oduzeti od lica kod koga se nalazi i predati tražiocu izvršenja. U ovom slučaju dolazi do prinudnog oduzimanju djeteta uz asistenciju organa starateljstva. Zakonom nije predviđeno da li će sud postupiti po novom prijedlogu tražioca izvršenja ili će po službenoj dužnosti odlučiti o zamjeni samog sredstva izvršenja i prinudno sprovesti odluku o predaji djeteta.⁵⁶

⁵² Pravilo koje je sadržano u čl. 226, st. 1 ZIP-a je neprecizno redigovao. Zakon o parničnom postupku koji se shodno primjenjuje na osnovu čl. 21 ZIP-a i u izvršnom postupku ne poznaje opštu mjesnu nadležnost za tužioca, već samo opštu mjesnu nadležnost za tuženog. Primjena čl. 226, st. 1 u praksi može izazvati nedoumice jer nije jasno da li se pod tim podrazumjeva i opšta pravila ZPP o mjesnoj nadležnosti (prebivalište, boravište ili sjedište tuženog, tj. izvršenika), ili mjesna nadležnost prema prebivalištu, boravištu ili sjedištu tražioca izvršenja. Bez obzira na nepreciznost zakonske odredbe smatramo da je zakonodavac imao u vidu prebivalište, boravište ili sjedište tražioca izvršenja. V. Asaf Daupović, Rosa Obradović, Meliha Povlakić, Feđad Začiragić, Milorad Živanović, *Komentari zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Sarajevo, 2005.

⁵³ V. o prinudnom izvršenju radi predaje djeteta, Ranka Račić, *Izvršno procesno pravo*, Banja Luka, 2021, 233.

⁵⁴ Čl. 227, st. 2 PZ.

⁵⁵ Čl. 227, st. 3 PZ.

⁵⁶ R. Račić, op. cit., 233.

Ako se nakon sprovedenog postupka izvršenja, dijete zatekne kod lica od koga je oduzeto, sud će nastaviti izvršenje. Nastavljanje postupka izvršenja radi predaje djeteta sprovodi se ako se dijete u roku od 60 dana od dana predaje djeteta ponovo zatekne kod lica od koga je oduzeto. Lice kome je dijete povjereno ne mora podnositi novi prijedlog za izvršenje kojim bi tražio da mu se dijete povjeri na čuvanje i vaspitanje, već je dovoljno da podnese prijedlog za nastavljanje postupka izvršenja. ukoliko bi tražilac izvršenja pokrenuo novi postupak izvršenja, sud bi takav prijedlog trebalo da smatra prijedlogom za nastavak postupka po istom rješenju o izvršenju.⁵⁷

Pravila o predaji djeteta bi trebalo redefinisati i na potpun način odrediti način oduzimanja i predaje djeteta. Kratak prikaz zakonskih pravila o predaji djeteta, pokazuje da je dijete u ovom postupku „predmet izvršenja“. Zakonska rješenja o postupku za predaju djeteta nisu se mjenjala od stupanja na snagu ZIP-a. Osnovni nedostatak u ovom postupku tiče se načina oduzimanja djeteta. Ukoliko se izricanje i izvršenje novčane kazne pokaže da je bezuspješno sud će izvršiti rješenje „fizičkom predajom djeteta“. Organ starateljstva u ovom postupku je angažovan samo prilikom prinudnog oduzimanja i predaje djeteta. Zakonodavac ovom postupku nije posvetio dužnu pažnju i nije postupak koncipirao na način da upozna izvršenika sa činjenicom da se dobrovoljnom predajom djeteta izbjegava traumatičan osjećaj gubitka roditelja, koji proživljava dijete prilikom sprovođenja ovog postupka.

Ukoliko bi se zakonodavac odlučio da se prinudno izvršenje odluke radi održavanja ličnih odnosa sa djetetom sprovodi na ovaj način, a dijete se protivi sprovođenju izvršenja odluke, to bi ugrozilo ili potpuno dovelo u pitanje održavanje ličnih odnosa sa djetetom u budućnosti. Održavanja ličnih odnosa sa djetetom ne „iscrpljuje se jednom radnjom već se te radnje ponavljaju u kontinuitetu.“⁵⁸ Zbog toga, zakonska rješenja koja su normirana za predaju djeteta nisu primjenjiva u postupku prinudnog izvršenja odluke radi održavanja ličnih odnosa sa djetetom. Prilikom kreiranja pravila o održavanju ličnih odnosa sa djetetom zakonodavac bi trebalo da povede računa da „predmet izvršenja“ ne bude dijete jer se ovo izvršenje ne može „podvesti“ pod izvršenje radi namirenja nenovčane obaveze „jer se ne radi o spornom odnosu između stranaka tj. roditelja međusobno već je ovdje riječ o pravima i interesima njihova maloljetnog djeteta u vezi s kojim između njih kao roditelja ne postoji sporazum.“⁵⁹ U ovom specifičnom postupku izvršenja nužno

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ V. G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 285, tako i S. Aras Kramer, op. cit., 237.

⁵⁹ M. Pavić, I. Šimović, A. Čulo Margaletić, op. cit., 176.

je stvoriti preduslove da se izbjegne svaki otpor roditelja koji se stara o djetetu a i djeteta da održava lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi.

Po izričitom slovu zakona, roditelj sa kojim dijete živi dužan je da omogućiti i podstiče održavanje ličnih odnosa djeteta sa roditeljem sa kojim ne živi.⁶⁰ S ciljem da roditelj sa kojim dijete živi ispoštuje ovo zakonsko pravilo, zakonodavac je predvidio oduzimanje roditeljskog prava ako on sprečava održavanje ličnih odnosa djeteta sa „drugim roditeljem“.⁶¹ Ovo zakonsko pravilo ne rješava problem u potpunosti. Njegov značaj je u preventivnom djelovanju na roditelja koji osujećuje ili negativno utiče na dijete da formira stav da održavanje ličnih odnosa sa „drugim roditeljem“ nije dobro za njega. Ali, ako roditelj koji vrši roditeljsko pravo ne može da prevaziđe animozitet i mržnju prema bivšem supružniku pa mu bude oduzeto roditeljsko pravo a istovremeno postoji snažno protivljenje djeteta prema „drugom“ roditelju, štetne posljedice će se najviše reflektovati na dijete jer će krajnji rezultat biti gubitak oba roditelja. Stoga izlaz iz ove situacije treba tražiti u valjanom normativnom okviru za prinudno izvršenje odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom. Zbog specifičnog karaktera odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom i nužne potrebe da se postupa u najboljem interesu djeteta zakonodavac mora da obezbijedi adekvatan pravni okvir da se ova odluka nesmetano sprovede. U postupku egezekviture ne treba „otvarati novi parnični postupak“ ali bez obzira na načelo hitnosti, koje je imanentno u izvršnom postupku, a posebno postupku za izvršenje odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom, treba više voditi računa da nakon pokretanja izvršnog postupka dođe do sporazuma između stranaka i da shvate da je izvršenje ove odluke sprovedeno zbog brige i ljubavi prema djetetu a ne zbog zapriječene prinude. Stoga bi zakonodavac trebalo da razmisli o odlaganju sprovođenja izvršenja ali to odlaganje se mora vremenski ograničiti, kako bi se u izvršnom postupku postigao sporazum roditelja da se „sprovede“ odluka bez prinude. Ukoliko bi dijete, u ovom postupku, steklo uvjerenje da su roditelji prevazišli sukobe zarad ljubavi prema njemu, postupak za održavanje ličnih odnosa sa djetetom i prinudno ostvarenje odluke bi ostvarili svoj cilj. Međutim, ovaj cilj nije lako postići ni u odnosu između roditelja i djece kad već dođe do sukoba između supružnika a kamoli u postupku prinudnog izvršenja. Zakonske norme često u razorenim porodičnim odnosima ne proizvode nikakvo dejstvo. Kao i u mnogim drugim odnosima, tako i ovde pravo nije svemogućće, i teorijski dobro zakonsko rešenje ne mora uvek biti takvo i u praksi.⁶²

⁶⁰ Čl. 86, st. 5 PZ.

⁶¹ V. čl. 124, st. 2, tač. 3 PZ.

⁶² G. Stanić Kovaček, op. cit., 271.

Zakonodavac bi trebalo da izvrši izmjene i dopune aktuelnog ZIP-a ili PZ i odredi poseban pravni okvir za postupak izvršenja odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom a nikako da problem rješava na način da se postupak za održavanje ličnih odnosa sa djetetom sprovodi na osnovu shodne primjene pravila o predaji djeteta. Nužno je ustanoviti posebne mehanizme izvršenja i prilagoditi ih prirodi takvih odnosa.⁶³ Prije svega, mora se poći od činjenice da se održavanje ličnih odnosa sa djetetom vrši u kontinuitetu. Stoga je nužno da u ovom postupku učestvuju stručna lica koja će pomoći da se uspostavi odnos povjerenja i bliskosti između djeteta i roditelja koji ne živi sa njim, ukoliko je došlo do otuđenosti između njih. Nerijetko ovaj zadatak se neće moći postići jer „borba“ koja je počela prije razvoda između supružnika često se nastavlja poslije razvoda braka ali sada oko djece. Iako je načelo procesne efikasnosti jedno od osnovnih metodskih načela u izvršnom postupku bilo bi nužno da zakonodavac predvidi održavanje ročišta na kojem bi se utvrdilo da li bi se izvršenjem sudske odluke o održavanju ličnih odnosa ozbiljno ugrozila djetetova emocionalna i psihološka stabilnost.⁶⁴ Izvršni sudija nema znanja da sam sprovede ove radnje. Zato bi zakonodavac trebalo da normira, da u ovom postupku učestvuju socijalna služba, psiholozi ili dječiji psihijatri kako bi se ostvario kontakt između djeteta i roditelja koji ne živi sa njim.⁶⁵ Pošto odluku o održavanju ličnih odnosa sa djetetom nekad nije moguće momentalno izvršiti, zakonodavac mora „dati“ izvršnom sudu takve alatke da on sprovede sve pripremne radnje da bi se odluka sprovela. Smatramo da bi održavanje ročišta prije donošenja rješenja o izvršenju bilo od koristi u onom slučajevima kad sudija ocijeni da se dijete protivi održavanju ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi ali da je to posljedica pritiska na dijete a ne njegova stvarna volja. U ovom slučaju sud bi bio dužan da uputi dijete da obavi stručni razgovor kako bi se pripremilo da održavanje ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi.⁶⁶ Ukoliko nakon obavljenog razgovora djeteta i roditelja sa stručnim licima ne bi došlo do izvršenja

⁶³ V. Jelena Arsić, Milena Banić, „Analiza problema u zaštiti najboljeg interesa deteta u izvršenju sudskih odluka u porodičnom stvarima“, <https://www.ombudsman.rs/attachments/article/4540/Izvršenje%20sudskih%20odluka%20u%20porodičnim%20stvarima%20%282%29.doc>, 25. 8. 2023.

⁶⁴ U hrvatskom Obiteljskom zakonu je predviđeno održavanje ročišta u ovom postupku. Pojedini pravni pisci kritikuju ovo zakonsko rješenje i navode da održavanje ročišta ne doprinosi ostvarivanju načela hitnosti a umanjuje se i značaj parničnog postupka kao građanskog sudskog postupka koji pruža najviši nivo pravne zaštite. V. A. Tasić, op. cit., 56.

⁶⁵ Marija Draškić, „Pravo na poštovanje porodičnog života u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik radova, Novo porodično zakonodavstvo*, Kragujevac, 2006, 122, 123.

⁶⁶ Slično rješenje sadržano je i u hrvatskom Obiteljskom zakonu.

odluke u skladu sa postignutim sporazumom i obustave izvršnog postupka, tad bi se prinuda sprovedila prema roditelju kod kojeg se dijete nalazi.

U postupku izvršenja odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom jedino moguća sredstva izvršenja su novčane kazne koje bi se izricale po pravilima koja se odnose na izvršenje radi ostvarenja obaveze na radnju koju može preduzeti samo izvršenik. Ukoliko izricanje i sprovođenje novčanih kazni ne bi dovelo do sprovođenja odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom, zakonodavac bi kao drugo sredstvo izvršenja trebalo da predvidi kaznu zatvora. Kazna zatvora bi se vremenski trebala ograničiti dok izvršenik ne izvrši radnju ali najduže na 60 dana. Kazna zatvora je predviđena u Obiteljskom zakonu Republike Hrvatske za izvršenje odluke radi održavanja ličnih odnosa sa djetetom, ali i u srpskom⁶⁷ i crnogorskom zakonu o izvršenju i obezbjeđenju⁶⁸ za sprovođenje postupka za oduzimanje i predaju djeteta. Pravila ovog postupka, u Republici Srbiji i Crnoj Gori se shodno primjenjuju i na postupak radi održavanja ličnih odnosa sa djetetom. Bez obzira ne sve nedostatke koje ima kazna zatvora kao sredstvo izvršenja smatramo da bi ona preventivno djelovala na izvršenika.

UMJESTO ZAKLJUČKA

Zakonodavac bi u što skorije vrijeme morao donijeti valjane normativne instrumente kako bi se izvršna isprava o održavanju ličnih odnosa sa djetetom mogla prinudno ostvariti. U radu smo ukazali da postojeća pravila o predaji djeteta nisu adekvatno zakonsko rješenje za izvršenje odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom. Posebno bi bilo loše, ako bi jedno od sredstava izvršenja bilo „fizička predaja djeteta“. Bez obzira, što će prijedlog za uvođenje kazne zatvora u izvršni postupak naići na snažno protivljenje smatramo da značaj izvršenja odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom opravdava ovo sredstvo izvršenja. I pored toga što kazna zatvora i njena realizacija proizvodi niz negativnih posljedica, ona može preventivno djelovati na izvršenika a u određenim slučajevima biti jedino efikasno sredstvo izvršenja koje može fakta saobraziti sa pravom.

Nadamo se da će ovaj rad podstaknuti zakonodavca da ozbiljno razmisli o načinu na koji će regulisati prinudno izvršenje odluke o održavanju ličnih odnosa sa djetetom i da neće pribjeći rješavanju problema tako što će donijeti upućujuću normu o shodnoj primjeni pravila o predaji djeteta, koje u najskorije vrijeme trebalo da stavi zakonodavac na listu prioriteta za izmjene i dopune.

⁶⁷ Čl. 373, st. 1, tač. 3 ZIO RS.

⁶⁸ Čl. 239a, st. 1, tač. 3 ZIO CG.

Prof. Dr. RANKA RAČIĆ
Full professor, Faculty of Law
University of East Sarajevo

IMPOSSIBILITY OF ENFORCEMENT OF THE DECISION ON MAINTAINING THE PERSONAL RELATIONSHIPS OF THE CHILD AND PARENT

Summary

The Family Law of the Republic of Srpska from 2023 regulated in a completely new way the procedure for maintaining the personal relationship of a child with a parent who does not exercise parental rights. The former legal regime stipulated that the guardianship authority made a decision on the way to maintain personal relations with the child and the execution of the decision was carried out by the municipal administration body. In the current law it is provided that the litigation for the purpose of maintaining personal relations of the parent with the child is carried out by the civil court. The change in jurisdiction was influenced by problems that appeared in practice regarding the execution of these decisions. When redacting the rules on the procedure in litigation on the way to maintain personal relations with the child, the legislator forgot to regulate how the decision from this procedure will be executed, if there is no parental consent on this. With the aim of overcoming this problem, the paper presents proposals to regulate the procedure of forced execution of the decision on the way to maintain personal relations with the child. The legislator should not resolve the way out of this „crisis situation“ by making a reference provision on the basis of which the forced execution of the decision on the way to maintain personal relations with the child would be carried out according to the rules of execution for the purpose of handing over the child.

Key words: maintenance of personal relationships, child, parent, guardianship authority, forced execution

Literatura

- Aras Kramar S., „Ovrha radi predaje djeteta i ostvarivanju osobnih odnosa s djetetom u svjetlu hrvatskih i europskih novina“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 88, Niš 2020.
- Arsić J., „Medijacija u porodičnim sporovima“, Zbornik radova, Novo porodično zakonodavstvo, Kragujevac, 2006.
- Arsić J., Banić Milena „Analiza problema u zaštiti najboljeg interesa deteta u izvršenju sudskih odluka u porodičnom stvarima“, <https://www.ombudsman.rs/attachments/article/4540/Izvršenje%20sudskih%20odluka%20u%20porodicnim%20stvarima%20%282%29.doc>.
- Ćorac S., „Pravo na poštovanje porodičnog života kao ljudsko pravo“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016.
- Daupović A., Obradović R., Pvlakić M., Začiragić F., Živanović M., Komentari zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005.
- Draškić M. „Pravo na poštovanje porodičnog života u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, Zbornik radova, Novo porodično zakonodavstvo, Kragujevac, 2006.

- Kovaček Stanić G. „Vršenje roditeljskog prava prema Porodičnom zakonu Srbije iz 2005“, Zbornik radova, Novo porodično zakonodavstvo, Kragujevac, 2006.
- Pavić M., Šimović I., Čulo Margaletić A., „Postupak ovrhe radi ostvarivanja osobnih odnosa roditelja i djece kao pretkazivač povrede prava iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, posebni broj, Vol. 8, 2017.
- Petrušić N., „Pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja u novom porodičnom pravu Republike Srbije“, Zbornik radova, Novine u porodičnom zakonodavstvu, Niš, 2006.
- Račić R., Izvršno procesno pravo, Banja Luka, 2021.
- Rešetar B., Pravna zaštita prava na susrete i druženje, Osijek, 2011.
- Stanković G., Boranijašević V., Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja, Kosovska Mitrovica, 2017.
- Tasić A., Izvršenje odluka iz odnosa roditelja i djece, Niš, 2022.
- Šarkić N., „Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porodičnih odnosa“, Zbornik radova, Dvadeset godina Zakona o izvršnom postupku, Niš, 2001.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

BOŽIDAR V. STOJILJKOVIĆ

OSVRT NA SUMARNE GRAĐANSKE POSTUPKE

Na početku rada se nastoje dati relativno sažeti odgovori na pitanja šta je istina i kakav je odnos istine sa pravom. Nakon toga se opisuju različiti pravni instituti koji marginalizuju istinu u adjudikaciji, uključujući načelo ekonomičnosti i pravnu sigurnost. U radu se dalje izučavaju dva sumarna građanska postupka koji su izuzetno važni u Republici Srbiji: parnični postupak za izdavanje platnog naloga i postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave. Ovi postupci su međupovezani i predstavljaju efikasnije alternative za ostvarivanje novčanih potraživanja u odnosu na opšti parnični postupak. Kritička pažnja je usmerena na važeću regulativu prigovora izvršnog dužnika protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave. Umesto repetitivnog zaključka, rad se završava ekskursom o značaju slobode i načela svesnosti i poštenja, koje su od ključnog značaja u navedenim sudskim postupcima.

Ključne reči: istina, platni nalog, izvršni postupak, verodostojna isprava, načelo svesnosti i poštenja

U V O D

Primena prava jeste delikatan proces u okviru kojeg je neophodno urediti životnu situaciju u skladu sa relevantnim materijalnim i procesnim pravnim normama, i to na način kojim se afirmišu osnovna pravna načela iz kojih relevantne pravne norme (treba da) proizlaze. Pri tome, sud ili drugi organ koji primenjuje pravo je nesumnjivo sputan ograničenošću materijalnih resursa kojima raspolaže,

Božidar V. Stojiljković, master prava, saradnik u Privrednom sudu u Požarevcu, e-mail: bozidar.stojiljkovic@po.pr.sud.rs.

što uključuje ljudstvo, vreme, novac, pa i samu pažnju lica koje odlučuje. Usled toga, nije moguće težiti istini po svaku cenu prilikom primene prava, već je neophodno uskladiti odnos rešavanja činjeničnih pitanja u sudskom postupku sa različitim načelima. Načelo ekonomičnosti je najizraženije u posebnim sudskim postupcima koji su sumarizovani tako da se prvostepena autoritativna odluka donosi bez nesumnjivog utvrđivanja činjeničnog stanja, uz krajnje delikatnu koncepciju pravnih lekova. Time se baca senka na istinu i preispituje njen odnos sa pravom.

ISTINA I PRAVO

Istina se može ukratko definisati kao saglasnost tvrdnje sa stvarnošću. Prema teoriji korespondencije, činjenice ne mogu biti istinite, već ljudi ocenjuju tvrdnje kao istinite ili neistinite prema tome kako se njihova sadržina podudara sa činjenicama. Teoriju korespondencije su eksplicitno ili implicitno zastupali brojni mislioci počevši od Platona i Aristotela,¹ a što uključuje Tomu Akvinskog, Dekarta, Spinozu, Lajbnica, Kanta i mnoge druge.² Činjenice se pak mogu ukratko opisati kao pojedinačna stanja stvarnosti podobna za opisivanje, pri čemu se u domaćim propisima termin „okolnosti“ često koristi kao ne najadekvatniji sinonim. Činjenice se mogu odnositi na prirodne pojave koje postoje nevezano od ljudi, ali i na društvene konstrukte koji nisu ontološki ali jesu epistemološki konzistentni, tako da se o njima može steći proverljivo znanje.³

Istina i pravda često asociraju jedna na drugu pri laičkoj upotrebi ovih pojmova, a takođe se obilato koriste u politici i geopolitici kao oruđa orvelovskog dvogovora. Međutim, za razliku od igrača na političkim pozornicama koji svakodnevno dostižu nove sofističke ekstreme zahvaljujući dvosmislenosti svojih neobavezujućih izjava, pravo i pravna nauka su baš naprotiv u приметnoj meri razdvojili istinu od pravde i utvrdili njihova (ne)poklapanja. Štaviše, razvoj modernog procesnog prava je svojim većim delom kao nuspojavu imao upravo marginalizaciju

¹ „Onaj [govor] koji je istinit govori ono što jest kako je s obzirom na tebe [...] A lažan drukčije od onoga što jest.“ Platon, *Kratil, Teetet, Sofist, Državnik*, Plato, Beograd, 2000, 263b. „Reći za stvarnost da ne postoji, ili za ne-stvarnost da postoji, to je neistinito; reći za stvarnost da postoji, i za ne-stvarnost da ne postoji, to je istinito.“ Aristotel, *Metafizika*, Kultura, Beograd, 1971, 1011b.

² „Istinita ideja mora se slagati sa svojim predmetom.“ Baruh de Spinoza, *Etika: geometrijskim redom izložena i u pet delova podeljena (treće izdanje)*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, 1983, 4. V. dalje: Marian David, „The Correspondence Theory of Truth“, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 28. 5. 2015, <https://plato.stanford.edu/entries/truth-correspondence/>.

³ Goran Dajović, *Osnovi pravnog rasuđivanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2023, 65–66.

istine u korist pojedinih pravnih načela koja su očiglednije izražena u pozitivno-pravnim propisima. Važan (ali svakako ne jedini) princip u pravu koji ne negira direktno istinu, ali je ipak „skida sa pijedestala“, jeste očuvanje takozvane procesne ekonomije, pri čemu korišćena terminologija asocira da i u sudu deluju subjekti sa neograničenim potrebama „zatočeni“ u svetu sa ograničenim resursima. Resursi neophodni za primenu prava su krajnje raznovrsni: novac, vreme, fizički i mentalni kapaciteti lica koja učestvuju u postupku kao i njihova brojnost, pa i sam prostor.⁴ Iako se može primetiti da problem (pre)visokih troškova sudskih postupaka svakako nije podjednako izražen u svim državama širom sveta, a da stepen dostupnosti i osposobljenosti radne snage pri pravosuđu ekstremno varira ne samo na prostornoj već i na vremenskoj ravni, vreme je pak resurs čija ograničenost i protok uopšte ne variraju između različitih jurisdikcija. Usled toga univerzalni domašaj ima stara maksima nepoznatog porekla kako „odložena pravda jeste uskraćena pravda“ (*Justice delayed is justice denied*).⁵ Sa druge strane, upravo hitrina uzrokovana vremenskom ograničenošću najviše sputava čoveka u epistemološki perfektnoj potrazi za istinom.

U skladu sa navedenim, pozitivno pravo i pravno-politički ciljevi moraju biti usklađeni sa mnogostrukom ograničenošću svakog čoveka i organizacije ljudi u vezi otkrivanja istine. Prema Hefeu (*Otfried Höffe*) „sudije moraju da imaju tri savršenstva: sveznanje, kako u pogledu važećeg prava, tako i u pogledu onoga što se dogodilo; nenadmašnu pamet, koja je sposobna da sve što se dogodilo prosuđuje u svetlu važećeg prava; savršenu ličnu pravednost, koja i hoće da o svemu sudi pravedno“.⁶ Iako su navedene osobine nedostižne, pravo ipak oborivo pretpostavlja da sudije savršeno poznaju pravo (*Iura novit curia*)⁷ i da

⁴ „Postoji nedostatak sudnica u sudovima i kabineta u tužilaštvima. Mnogi akteri ističu loše radne uslove kao bitan razlog nižeg kvaliteta sudskih usluga.“ Multidonatorski poverenički fond za podršku sektoru pravosuđa u Srbiji, *Funkcionalna analiza pravosuđa u Srbiji*, Svetska banka, Beograd, 2014, 53, <http://www.mdtfjss.org.rs/data/pub/sjfr/sr/Funkcionalna-analiza-pravosudja-u-Srbiji.pdf>.

⁵ Ovu formulaciju je naročito popularizovao dugogodišnji premijer Ujedinjenog Kraljevstva Vilijam Gladstoun (*William Ewart Gladstone*, 1809–1898), iako je maksima o odloženoj i uskraćenoj pravdi svakako znatno starija od Gladstouna, te se između ostalog rani oblik javlja u jednom pamfletu na engleskom iz 1654. godine. Fred Shapiro, „You Can Quote Them“, *Yale Alumni Magazine*, No. 1, 2010, <https://yalealumnimagazine.org/articles/2967-you-can-quote-them>.

⁶ Otfried Hefe, *Pravda – filozofski uvod*, Akademska knjiga, Novi Sad, 2008, 56.

⁷ Zanimljiv je princip međunarodnog privatnog prava da se očekuje od suda savršeno (sa) zna ne samo domaće već i strano pravo, a u vezi retkih građanskopravnih odnosa u kojima je nadležan domaći sud ali domaće kolizione norme upućuju na strano materijalno pravo. Pravo RS se u potpunosti priklanja ovom principu, ni ne spominjući mogućnost da sud *de facto* ne može da sazna

nepriistrasno odlučuju, ali sa druge strane procesno pravo u znatno manjoj meri povezuje adjudikaciju sa potragom za istinom.

Adjudikaciju je neophodno uskladiti sa granicama materijalnih kapaciteta adjudikatora, što između ostalog može učiniti sam adjudikator donošenjem odluka procesnog karaktera u pojedinačnom slučaju (npr. odbijanjem predloga za izvođenje dokaza), a i sam zakonodavac na opštem planu udaljava adjudikaciju od istine donošenjem procesnih normi varijabilnog dometa i nivoa apstraktnosti čiji je cilj očuvanje procesne ekonomije i/ili zaštita raznovrsnih interesa. Istina sama po sebi ne može biti konačni cilj svakog sudskog, upravnog ili drugog adjudikativnog postupka, jer bi inače adjudikator u svakoj pojedinačnoj pravnoj stvari uvek nalazio kompleksnije objašnjenje koje adekvatnije opisuje stvarnost ma koliko god da je činjenično stanje već dovoljno rasvetljeno, tako da bi ova kontinuirana potraga za istinom onemogućila pravno uređivanje i najjednostavnije životne situacije (a ubrzo bi i ispraznila državnu kasu).⁸ Umesto toga, glavni zadatak sudova i organa uprave jeste primena prava u formi pravnog silogizma, u kojem je *praemissa maior* relevantna pravna norma, a *praemissa minor* utvrđeno činjenično stanje pojedinačnog slučaja.⁹ Usled toga, osporavano je da li nepotpuno činjenično stanje uopšte može predstavljati zaseban žalbeni razlog kako mu inače zakonodavac pristupa, s obzirom na to da može biti pravno relevantno samo ako se javlja kao uzrok i/ili posledica pogrešne primene materijalnog prava odnosno povrede pravila postupka.¹⁰

Pri tome, činjenično stanje u okviru pravnog silogizma se zavisno od slučaja utvrđuje bilo dokazivanjem, bilo samo na osnovu pravnih pretpostavki ili fikcija. Pretpostavke su pravne konstrukcije kod kojih pravna norma pretpostavlja (ne)postojanje određene pravno relevantne činjenice na osnovu nesumnjivog (ne)postojanja neke drugovrsne pravno relevantne činjenice koja je sa njom povezana prema uobičajenom toku stvari. Razlikuju se od pravnih fikcija, kod kojih je nepostojanje određene činjenice nesumnjivo utvrđeno, ali se usled drugih okolnosti fingiraju

merodavno strano pravo, dok se u uporednom pravu ovaj problem rešava na najraznovrsnije načine. V. Aleksandar Jakšić, *Međunarodno privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2021, 469–476.

⁸ Louis Kaplow, „Information and the Aim of Adjudication: Truth or Consequences?“, *Stanford Law Review*, No. 6, Vol. 67, 2015, 1305–1308.

⁹ Međutim, mala premisa se ne odnosi isključivo na činjenično stanje, sa obzirom da često prilikom silogističkog rešavanja jedno pravnog pitanja relevantno stanje slučaja već u sebi podrazumeva odgovor na neko drugo pravno pitanje. Radomir D. Lukić, *Teorija države i prava II Teorija prava*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, 1995, 308; Vanja Bajović, *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 35–38.

¹⁰ V. *inter alia*: Marko Knežević, „Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2014, 465–474.

pravne posledice koje bi inače proizašle iz izostale činjenice. Oborive pretpostavke dozvoljavaju da se u odgovarajućem postupku dokazuje suprotno, tj. da nesumnjivo utvrđena činjenica u spornom slučaju ipak nije dovela do pretpostavljene činjenice, što nije dozvoljeno ni kod neoborive pretpostavke ni kod fikcije.¹¹ Prema Radomiru D. Lukiću, pravne pretpostavke i fikcije „pokazuju da istina nije vrhovna pravna vrednost, a katkad – shodno fikcijama – uopšte nije vrednost“.¹²

Sam dokazni postupak je inače prožet brojnim kompromisnim rešenjima kojima se priznaju slabosti različitih dokaznih sredstava ili potpuno negira dokazni značaj određenim radnjama, bilo zato što su necelishodne i/ili nepouzđane, bilo zato što su u protivnosti sa drugim važnijim vrednostima koje pravo treba da štiti. Što se tiče pouzdanosti iza koje stoji naučni metod, iskazi svedoka načelno važe za nepouzđanije dokazno sredstvo, između ostalog zbog dokazane varljivosti sećanja i kognitivnih pristranosti, ali ipak mogu imati značaj za okvirno dokazivanje najbitnijih činjenica u sinergiji sa drugim dokazima ili pak radi rasvetljavanja motiva iza dokazanih ljudskih radnji. Pismene isprave su pak pouzđanije dokazno sredstvo u skladu sa maksimumom „izgovoreno odleti, zapisano ostaje“, pri čemu je nauka obezbedila relativno pouzđane metode putem kojih se može u izuzetnim slučajevima proveriti da li je određena isprava falsifikovana. Sa druge strane, famozni „polygraf“ uopšte nije zakonom priznat kao dokazno sredstvo, sa obzirom na to da su brojna istraživanja pokazala da dubiozni mehanizmi merenja fizioloških reakcija prilikom ispitivanja ostvaruju neodgovarajuće rezultate uz previše grešaka, a i u idealnim uslovima pružaju samo varljive indicije.¹³ Kao naročito važno dokazno sredstvo, pismene isprave obuhvataju svaki telesni predmet na kome je pisanim znacima izražena ljudska misao.¹⁴ Javne isprave su one isprave koje je u propisanoj formi izdao organ vlasti u okviru svoje nadležnosti, zbog čega pravo za njih vezuje oborivu pretpostavku istinitosti.

Pravna sigurnost takođe može imati primat u odnosu na istinu. Ključni pravni institut koji radi sigurnosti negira značaj istine u adjudikaciji jeste pravnosnažnost.

¹¹ „Ali ne treba nikad izgubiti iz vida da je pretpostavka samo tehničko sredstvo za postizanje određenih ciljeva – sigurnosti, brzine primene prava u nedostatku mogućnosti da se dođe brzo do sigurne istine.“ R. Lukić (1995), op. cit., 205.

¹² Radomir D. Lukić, *Uvod u pravo: Prvo prerađeno izdanje dvanaestog izmenjenog Lukićevog izdanja iz 1995*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 266.

¹³ V. *Inter alia*: Eleanor Cummins, „Polygraph tests don't work as lie detectors and they never have“, *Popular Science*, 20. 9. 2018, <https://www.popsci.com/polygraph-test-science/>.

¹⁴ Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku: prema tekstu zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 599–600; Gordana Stančević, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2023, 434–435.

Formalna pravnosnažnost znači da se određena adjudikativna odluka više ne može preinačiti putem redovnih pravnih lekova, što i nije dejstvo već nužna osobina raznih autoritativno donetih odluka, obuhvatajući pored meritornih odluka i procesna rešenja kojima se okončava postupak.¹⁵ Sa druge strane, materijalna pravnosnažnost znači da je autoritativnom odlukom definitivno uređena jedna životna situacija na način koji su svi dužni prihvatiti kao ispravan (*res iudicata pro veritate habetur*) i da uopšte nije dozvoljeno ponovno odlučivati o istoj stvari u bilo kom drugom postupku u okviru istog pravnog poretka (*ne bis in idem*).¹⁶ Diskutabilno je koje su sve odluke podobne za materijalnu pravnosnažnost, te se ista pretežno pripisuje kondemnatornim i negativno preobražujućim presudama.

Sa obzirom na strme puteve i krivudanja koje je celokupan sistem ljudskog znanja morao da pređe u zadnjih par vekova, zakonodavac i pravna nauka su morali da priznaju inkompatibilnost „čiste“ epistemologije sa pravom kao sredstvom uređenja ljudskih odnosa. Tako je Vladimir Bajer kritikovao postojeće pravničke definicije „istine“ zasnovane na teoriji korespondencije kao „beskorisne, tautološke i nenaučne parole“ koje ne doprinose razumevanju sudskog postupka i načela na kojima se zasniva.¹⁷ Ustaljena doktrinarna distinkcija između „formalne“ i „materijalne istine“ je sa pravom kritikovana, budući da, iako bi se mogla kvantitativno stepenovati istinitost nekih složenijih tvrdnji, svakako se ne može govoriti o kvalitativno različitim „vrstama“ istine, a naročito bi u sudskim postupcima bilo neadekvatno dozvoljavati mogućnost da ista tvrdnja bude istinita ili neistinita u zavisnosti od toga koju „vrstu“ istine zakon prihvata. Međutim, promišljeniji kritičari načela (materijalne) istine su pre svega predlagali da zakonodavac napusti neadekvatnu upotrebu apstraktnih filozofskih pojmova čije značenje nikada nije bilo ni blizu odredljivog u samoj filozofiji, a kamoli tek podobno za kategoričku zakonsku definiciju, što se pre svega odnosilo na prečesto deklamovano načelo istine.¹⁸

Uzimajući u obzir sveukupno zamršen odnos istine i prava, ne čudi da parnični postupak predstavlja naročito neplodan teren za potragu za istinom, pre svega ako se uzme u obzir princip „jednakosti oružja“ parničara, kao i priroda prava i interesa čija se zaštita ostvaruje u ovoj proceduri. Još je u poznoj epohi Starog Rima, u vezi tadašnjeg ekstraordinarnog postupka, nastala maksima *Idem est non probari*

¹⁵ Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, 11. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, 575–577.

¹⁶ B. Poznić, op. cit., 794; A. Jakšić (2019), op. cit., 580–586.

¹⁷ V. Bajović, op. cit., 90.

¹⁸ *Ibidem*, 92

et non esse; non deficit ius, sed probatio (Što nije dokazano, kao da ne postoji; ne znači da ne postoji pravo, nego da nije dokazano).¹⁹ Nije nikakva tajna da u parnici „svaka od stranaka, rukovodeći se svojim posebnim interesima, teži povoljnoj, a ne tačnoj presudi“.²⁰ Zbog toga su u parničnom postupku naročito važni teret tvrdnje (*onus proferendi*) i teret dokazivanja (*onus probandi*), kojima se odgovara na pitanja kako adjudikator postupa ako stranke uopšte ne iznesu tvrdnje u vezi pravno relevantnih činjenica odnosno ako činjenične tvrdnje stranaka ostanu nedokazane.²¹ Dalje se izdvajaju subjektivni teret tvrdnje i subjektivni teret dokazivanja, kojima se određuje od koje se stranke u postupku očekuje iznošenje činjeničnih navoda odnosno dokaznih predloga.

Promena državnog uređenja nakon Drugog svetskog rata, prihvatanje socijalizma u Jugoslaviji i donošenje Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije²² su neizbežno prouzrokovali između ostalog i donošenje nove kodifikacije parničnog postupka. Međutim, uprkos neumitnosti određene socijalizacije građanskog sudskog postupka, sporno je koliko je tadašnji zakonodavac zaista mogao da utiče na promenu gorenavedenih načela i instituta. Iako su konačno doneti Zakon o parničnom postupku FNRJ iz 1956.²³ i kasniji Zakon o parničnom postupku SFRJ iz 1976.²⁴ imali znatno više sličnosti sa predratnom regulativom nego što se to verovatno očekivalo, ipak su pažnju privlačile početne proklamacije iz čl. 6 st. 1 ZPP56 odnosno čl. 7 st. 1 ZPP76. Sud je bio dužan da potpuno i istinito utvrdi sporne činjenice od kojih zavisi osnovanost zahteva, što je tumačeno kao nesumnjiva afirmacija načela istine u parničnom postupku.²⁵ Ipak, ne sme se izgubiti iz vida da je u drugoj Jugoslaviji još

¹⁹ Snežana Brkić, „Teret dokazivanja u krivičnom i parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2012, 302.

²⁰ *Pravni leksikon: Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje* (ur. Borisav T. Blagojević), Savremena Administracija, Beograd, 1970, 757.

²¹ Odlučivanje na osnovu tereta dokazivanja podrazumeva da je u konkretnom slučaju prevaziđen problem tereta tvrdnje. M. Knežević, op. cit., 44–45.

²² Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, *Službeni list FNRJ*, br. 86/46, 105/46, 96/47 – obavezno tumačenje.

²³ Zakon o parničnom postupku, *Službeni list FNRJ*, br. 4/57, 52/61, *Službeni list SFRJ*, br. 12/65, 1/71, 23/72, 6/74. U daljem tekstu: ZPP56.

²⁴ Zakon o parničnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/77, 36/77 – ispravka, 6/80 – drugi zakon, 36/80, 43/82 – drugi zakon, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, *Službeni list SRJ*, br. 27/92, 24/94, 12/98, 15/98 – ispravka i 3/02. U daljem tekstu: ZPP76.

²⁵ V. *inter alia*: M. Knežević, op. cit., 236–256. Kad se uzme u obzir ogromna količina literature na ovu temu, koja obiluje prevaziđenim podacima i zastarelim shvatanjima, neuobičajeno oštroumnom deluje lakonska konstatacija iz B. Blagojević, 957, da „uvođenje u parnični postupak

i pre donošenja prve kodifikacije građanskog postupka Zakonom za ubrzanje parničnog postupka pred redovnim sudovima,²⁶ bila izričito regulisana presuda zbog izostanka, čime se svakako davala prednost kontumaciji u odnosu na utvrđivanje „materijalne istine“, iako se osporavanje tužbenog zahteva u praksi tumačilo toliko ekstenzivno da je zalazilo je u analogiju, tako da se čak smatralo da je tuženi propisno osporio tužbeni zahtev samim time što je sudu podneo molbu za odlaganje ročišta ili priložio punomoćje.²⁷ Dalje, i ZPP56 i ZPP76 su u sebi sadržali određene procesne mehanizme kojima je bila ostavljena mogućnost da potrebni dokazi ipak ostanu neizvedeni. Sud nije mogao izvoditi dokaze (što se odnosi prevashodno na veštačenja) ni *ex officio* ako stranke ne bi predujmile troškove, a takođe nije bilo moguće prinudno izvršavanje odluke kojom se stranci nalaže da priloži određenu ispravu.²⁸ I uprkos svim proklamacijama načela istine, nesumnjivo je da je i u pravnom sistemu SFRJ kao protivteža neograničenom (pre)ispitivanju činjenica ogroman značaj imao princip materijalne pravnosnažnosti, vremenska dimenzija odvijanja postupka i sveukupna ograničenost ljudskih sazajnih mogućnosti.²⁹

Za razliku od drugih zakona koji su na samom početku proklamovali načelo istine, Zakon o izvršnom postupku SFRJ iz 1978. godine³⁰ je naprotiv sadržao više odredbi kojima je omogućeno autoritativno odlučivanje o pravima i obavezama u okviru samog izvršnog postupka uz zaobilaženje pravila parničnog postupka i naročito načela neposrednosti, čime je omogućeno da se „zaista, brže i jeftinije dolazi do ostvarenja određenih prava“.³¹ Postalo je primetno da načelo istine „nema u izvršnom postupku ono značenje koje mu se inače pridaje u parničnom postupku“.³²

Početak novog milenijuma, zakonodavac i sudstvo su napustili „načelo istine“ onako kako je bilo postavljeno u ZPP56 i ZPP76, uz glavno obrazloženje

istražnog načela namesto raspravnog izazvalo bi utrošak vremena, truda i novca, koji ne bi bio u skladu sa značajem parnice u društvenom životu.“

²⁶ Zakon za ubrzanje parničnog postupka pred redovnim sudovima, *Službeni list FNRJ*, br. 19/55.

²⁷ M. Knežević, op. cit., 244–245.

²⁸ *Ibidem*, 401 i dalje.

²⁹ A. Jakšić (2019), op. cit., 465–466; Ranko Keča, „O teretu dokazivanja u parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, Novi Sad, 2013, 77.

³⁰ Zakon o izvršnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91. U daljem tekstu: ZIP78.

³¹ Stefan Georgievski, „Novine u postupku prinudnog izvršenja obligacija“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–5, 1978, 570.

³² Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo: opći dio, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Informator, Zagreb, 1984, 40.

da je pod njime parnični postupak postao „svojevrсна decenijska istraga za utvrđivanje materijalne istine, uz tolerisanje pasivnosti stranaka i njihovog maksimalno opuštenog ponašanja“.³³ Važeći Zakon o parničnom postupku,³⁴ kao i prethodni Zakon o parničnom postupku iz 2004. godine,³⁵ više ne propisuje obavezu suda da utvrđuje istinu.³⁶ Istina se u ZPP spominje tek sporadično, pretežno u odredbama koje se tiču istinitosti isprava ili iskaza svedoka, u kontekstu deklaratorne presude, kao i u nedorečenoj normi iz čl. 382 st. 2 da će sud prema potrebi proveriti istinitost navoda podnosioca žalbe. ZPP priznaje mogućnost da tokom postupka ne bude utvrđeno relevantno činjenično stanje i povodom toga u čl. 231 propisuje odlučivanje na osnovu tereta dokazivanja, u skladu sa „*non probari – non esse*“. Stranka koja tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava, ako zakonom nije drugačije propisano. Sa druge strane, stranka koja osporava postojanje nekog prava, snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarivanje prava ili usled koje je (priznato) pravo prestalo da postoji, ako zakonom nije drugačije propisano. Teret dokazivanja donekle ima utemeljenje u životnom iskustvu, jer ono što se ne može dokazati najčešće ni ne postoji.³⁷ Pravila o teretu dokazivanja ne uređuju sam dokazni postupak, već služe za popunjavanje praznina u utvrđenom činjeničnom stanju nakon sprovedenog dokaznog postupka, a koji može biti zasnovan bilo na zakonskoj bilo na slobodnoj oceni dokaza. Pri tome, samo postojanje rudimentarnog subjektivnog tereta tvrdnje i (objektivnog) tereta dokazivanja koji strankama nameću teret aktivnog parničnjenja nikako ne može voditi zaključku da u opštem parničnom postupku RS važi subjektivni teret dokazivanja kao generalno pravilo, sa obzirom na to da je sasvim moguće i u praksi često da sud presudi u korist jedne parnične strane upravo na osnovu dokaza koje je suprotna strana predložila.

Sa obzirom na navedene i druge specifičnosti primene prava kao i ograničenja adjudikatora, vredi pomenuti dihotomnu poddelu slučaja primene prava na lake i teške, prema kojoj se težak slučaj može ukratko opisati kao pojedinačni slučaj koji postavlja pravno relevantno pitanje, ali u kojem je sasvim moguće da se dva

³³ Ljubica Milutinović, „Primena pravila o teretu dokazivanja“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 3, 2007, 320.

³⁴ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – odluka Ustavnog suda, 74/13 – odluka Ustavnog suda, 55/14, 87/18, 18/20 i 10/23 – drugi zakon. U daljem tekstu: ZPP.

³⁵ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04 i 111/09.

³⁶ Ranko Keča, Marko S. Knežević, *Građansko procesno pravo: priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 162.

³⁷ *Ibidem*, 163.

ili više razumna i upućena pravniku ne slože o tome koji je odgovor na to pitanje pravno ispravan. Iako poprilično apstraktna, ova dihotomija ima značaj na procesnom planu pre svega zato što je postalo odveć očigledno da u životu nastaju brojni nesumnjivo teški slučajevi koji nikada ne završe pred sudom, ali da isto tako mnogi slučajevi koji zahtevaju autoritativno uređenje od strane suda uopšte nisu teški na pravnoj ravni, već ih sudovi rešavaju „na osnovu tek malo više od mehaničke primene postojećih pravila“.³⁸ Jedan od glavnih razloga zašto toliko mnogo lakih slučajeva zaokupira domaće sudove leži u tome što u mnogim građanskopravnim odnosima jedna strana u suštini ni ne osporava zahteve druge strane, već im ne udovoljava samo zato što joj nije u interesu da doprinese ishodu zasnovanom na pravu, a druga strana je ne sme sama prisiljavati da ispuni svoje pravno utemeljene obaveze usled zabrane samopomoći. U takvim situacijama nije bitno kako će sud urediti tu životnu situaciju, sa obzirom na to da je eventualni ishod krajnje verovatan, već su dva ključna pitanja da li će i kada će država autoritativno prinuditi subjekta koji nije u pravu da postupi prema pravnoj normi.

SUMARIZACIJA GRAĐANSKIH SUDSKIH POSTUPAKA U PRAVU RS

Procesna ekonomija se na zakonodavnom nivou najočiglednije manifestuje u posebnim sudskim postupcima (npr. skraćeni krivični postupak, parnični postupak za sporove male vrednosti) koji se razlikuju samo u kvantitativnom smislu od opštih procedura na koje se nadovezuju kao *specialis* norme, a kojima se propisuju kraći rokovi za preduzimanje određenih radnji, određuje nadležnost sudije pojedince umesto sudskog veća, odnosno eliminišu procesni mehanizmi čiji se efekti u većini slučajeva mogu supstituisati kroz druge procesne radnje (npr. odgovor na tužbu) ili čija je sveukupna svrsishodnost inače dubiozna (npr. raniji pripremni postupak)³⁹. Međutim, domaći zakonodavac je odavno prevazišao ovako rudimentarne i neizbežne modifikacije procedure time što je ustanovio i (u manjoj ili većoj meri) razradio specifične sudske i upravne postupke koji se suštinski izdvajaju po

³⁸ G. Dajović, op. cit., 95.

³⁹ Pripremni postupak je bio modifikacija postupka pred zbornim sudom uvedena Zakonom o sudskom postupanju u građanskim parnicama Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine, čiji je glavni cilj bio da se smanje tereti koje nameće kolegijalni sastav sudskog veća, tako što bi u makar manjem delu složenijih parničnih postupaka umesto nadležnog sudskog veća postupao samo jedan član tog veća. Međutim, prethodni postupak je svakako predstavljao samo opciono odstupanje a ne pravilo i prema slovu zakona i u praksi. Biljana Ž. Gavrilović, „Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama od 1929. godine“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2021, 110–112.

tome što u njima u potpunosti izostaje faza prvostepenog utvrđivanja činjeničnog stanja na nesumnjiv i autoritativan način, tako da se prvostepene pravno obavezujuće odluke donose prevashodno na osnovu samih podnesaka kojima su inicirani ti postupci, a eventualno i drugih procesnih radnji, kojima se ipak činjenična utemeljenost predmetnih zahteva ne utvrđuje na nesumnjiv način. U takvim postupcima, kao protivteža sumarnom inicijalnom postupku meritornog odlučivanja stoje pravni lekovi koja se mogu izjavljivati za širi krug razloga i kojima se po pravilu inicira znatno temeljniji drugostepeni odnosno povezani postupak sa ciljem da se na nesumnjiv način utvrdi relevantno činjenično stanje i osnovanost sumarno donete inicijalne autoritativne odluke.

Građanski sudski postupci koji u zadnje vreme najviše privlače pažnju javnosti usled svoje sumarne prirode jesu postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave i sa njim povezan posebni parnični postupak za izdavanje platnog naloga (mandatni postupak). Postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave je regulisan Zakonom o izvršenju i obezbeđenju,⁴⁰ dok je mandatni postupak pretežno regulisan u XXXII glavi ZPP, iako je sličniji i tesnije povezan sa postupkom izvršenja nego sa drugim posebnim parničnim postupcima. Dok bi opšta pravila parničnog i izvršnog postupka trebalo da predstavljaju temelje za zaštitu najraznovrsnijih subjektivnih prava i interesa, ova dva postupka za predmet imaju isključivo novčana potraživanja, zbog njihove generičke prirode i sveprisutnosti u životu.⁴¹

Mandatni postupak u pravu RS

Postupak za izdavanje platnog naloga je specifični građanski postupak koji makar u inicijalnoj fazi karakteriše naročita jednostranost i pismenost, a u kojem sud u parničnoj stvari donosi *sui generis* izvršivu meritornu odluku – rešenje i pre zasnivanja parnice, a sve radi ostvarenja načela ekonomičnosti.

Mandatni postupak inicira tužilac kondemnatornom tužbom koja se odnosi na dospelo novčano potraživanje, na osnovu koje sud donosi platni nalog kao izvršnu ispravu bez održavanja ročišta ili pozivanja tuženog. Iako je usled provizornosti postupka platni nalog po svojoj prirodi rešenje a ne presuda, ipak je podoban

⁴⁰ Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje, 113/17 – autentično tumačenje, 54/19, 9/20 – autentično tumačenje i 10/23 – drugi zakon. U daljem tekstu: ZIO.

⁴¹ „Sa novcem se može naređivati i đavolima, bez novca ne može se prizvati ni čovek“ – kineska poslovice. „Novac nema uši ali čuje. Novac nema noge ali trči“ – japanska poslovice. *Money Talks* (ed. Robert W. Kent), Facts On File Publications, New York, 1985, 49.

za sticanje materijalne pravnosnažnosti.⁴² Da bi dobio dokumentarni platni nalog, tužilac mora da uz tužbu priloži verodostojnu ispravu kojom dokazuje svoje potraživanje i dokaz da je tuženog prethodno pismeno opomenuo. ZPP ne definiše već u čl. 455 st. 2 samo navodi nekoliko primera šta se „naročito“ ima smatrati verodostojnom ispravom (fakture, privatne isprave sa overenim potpisom obveznika, menice i čekovi itd.), što nije od naročitog značaja ni za teoriju ni za praksu. Obavezno prilaganje dokaza o uručenoj opomeni za plaćanje pre utuženja je novina uvedena važećim ZPP,⁴³ „ali poznajući naš mentalitet i poslovno ponašanje mogu se očekivati problemi u vezi sa prilaganjem dokaza da je uručena opomena tuženom, jer će tuženi to, po pravilu, negirati“.⁴⁴ Zakonom nije predviđena forma niti način dostavljanja ove opomene.⁴⁵ Izuzetno je moguće i bez verodostojne isprave dobiti nedokumentarni platni nalog ako predmetno potraživanje ne prevazilazi iznos od 2.000,00 evra u dinarskoj protivvrednosti i ako su u tužbi navedeni osnov i iznos dugovanja i naznačeni dokazi na osnovu kojih može da se utvrdi istinitost tužbenih navoda. Prilikom poslovanja subjekti mogu doći do raznih isprava koje ne predstavljaju verodostojne isprave, ali koje mogu poslužiti kao dokazi koji potkrepljuju tužbene navode radi izdavanja nedokumentarnog platnog naloga (npr. izvodi iz poslovnih knjiga privrednih subjekata koji nisu vršiocima komunalnih delatnosti, fakture bez otpremnica). Ako su ispunjeni svi uslovi, sud će izdati dokumentarni platni nalog i ako tužilac to nije predložio u tužbi, dok nedokumentarni platni nalog sud izdaje samo na izričiti zahtev tužioca.⁴⁶

⁴² A. Jakšić (2019), op. cit., 581; R. Keča, M. Knežević, op. cit., 315.

⁴³ „Na ovaj način zakonodavac je nastojao da se, s jedne strane, smanji opterećenje sudova, a s druge strane, da tužilac preduzme potrebne korake u cilju rešavanja spora pre parnice tako što će opomenuti dužnika koji je u docnji. Ukoliko opomenuti dužnik plati dug, biće izbegnuti i parnica i parnični troškovi. S druge strane, može se ispostaviti da je dug već plaćen ili da je došlo do kompenzacije, tako da će i na taj način biti izbegnuta eventualna parnica.“ Gordana Stanković, *Zakon o parničnom postupku prema stanju zakonodavstva od 11. marta 2020. godine: objašnjenja, tumačenje i stvarni registar*, Službeni glasnik, Beograd, 2022, 172.

⁴⁴ Aleksandar Radovanov, „Bitne karakteristike novog zakona o parničnom postupku II deo“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 1, Novi Sad, 2012, 120.

⁴⁵ „Nakon neuspele dostave opomene tuženom putem pošte, tadašnji punomoćnik tužioca je tuženom na imejl adresu [...] poslao prepise predmetnih računa, kao i predlog sporazumnog rešenja spora sa ostavljenim naknadnim rokom za ispunjenje obaveza po fakturama. Kako se proverom podataka kroz elektronski registar APR ne može utvrditi da je označena imejl adresa zvanična adresa tuženog za primanje elektronske pošte, to sud nalazi da tužilac uz tužbu nije priložio dokaz o uručenoj opomeni za plaćanje dospelog potraživanja.“ Rešenje Privrednog suda u Požarevcu Pl. 1/2022 od dana 22. 2. 2022. godine.

⁴⁶ Odgovor na pitanje područnih sudova koji je utvrđeni na sednicama Građanskog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, br. 4, Beograd, 2012, 249–250.

Neispunjenje uslova za izdavanje platnog naloga neće samo po sebi dovesti do odbacivanja tužbe ili odbijanja zahteva, već će sud rešenjem protiv kojeg nije dozvoljena žalba samo odbiti predlog za izdavanje platnog naloga i nastaviti postupak po tužbi prema opštim pravilima parničnog postupka, budući da tužilac ne treba da trpi negativne posledice samo zato što je od suda zahtevao izdavanje platnog naloga umesto postupanja po opštoj proceduri. Ali od neispunjavanja uslova za izdavanje platnog naloga *per se* treba razlikovati nepostojanje pravnog interesa za izdavanje platnog naloga, u kom slučaju će tužba biti odbačena na osnovu drugih procesnih normi koje zabranjuju vođenje postupka i nevezano od toga da li su ispunjeni uslovi za izdavanje platnog naloga.

Sud ne pazi na zastarelost predmetnog potraživanja prilikom izdavanja platnog naloga, budući da iz čl. 360 st. 3 Zakona o obligacionim odnosima⁴⁷ proizlazi da nastupanjem zastarelosti ne prestaje da postoji potraživanje, već nastaje osnov da dužnik izjavi prigovor zastarelosti na koji sud ne pazi *ex offio*,⁴⁸ a u ovom slučaju tuženi nije ni u mogućnosti da pred sudom izjavljuje bilo kakve prigovore pre izdavanja platnog naloga. Nedokumentarni platni nalog je moguće dobiti samo protiv glavnog dužnika.⁴⁹ Nema mesta izdavanju platnog naloga ako se utužuje novčano potraživanje čije je ispunjenje uslovljeno istovremenim ispunjenjem uzajamnog potraživanja koje tereti poverioca.⁵⁰ Mandatni postupak je predviđen kao jedan od slučajeva iz čl. 83 Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja,⁵¹ u kojima tuženi nema pravo na aktorsku kauciju. U XXXII glavi ZPP nije izričito zabranjeno izdavanje platnog naloga protiv tuženog koji ima prebivalište/sedište u inostranstvu ili čije je prebivalište/sedište nepoznato (a što predviđa npr. §244(2) *öZPO*), ali se do ove zabrane može doći sistematskim tumačenjem ZPP.⁵² Pozitivno pravo više ne sadrži normu poput one iz čl. 501 st. 3 ZPP77, prema kojem nije bilo dozvoljeno izdavanje nedokumentarnih platnih naloga u privrednim sporovima.

⁴⁷ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka Ustavnog suda Jugoslavije i 57/89, *Službeni list SRJ*, broj 31/93, *Službeni list SCG*, broj 1/03 – Ustavna povelja, *Službeni glasnik RS*, broj 18/20. U daljem tekstu: ZOO.

⁴⁸ Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović (gl. red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima: knjiga prva*, Kulturni centar Gornji Milanovac, 1980, 903–904.

⁴⁹ Čl. 456 st. 2 ZPP.

⁵⁰ A. Jakšić (2019), op. cit., 728.

⁵¹ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – ispravka, *Službeni list SRJ*, br. 46/96, *Službeni glasnik RS*, broj 46/06 – drugi zakon.

⁵² A. Jakšić (2019), op. cit., 728.

„Da je tužen, to tuženik saznaje tek onda kad mu se dostavi osuda.“⁵³ Nakon što mu bude dostavljena tužba s platnim nalogom i priloženim ispravama prema pravilima ličnog dostavljanja, tuženi može da u celosti ili delimično pobija doneti platni nalog prigovorom koji istovremeno ima karakter i pravnog leka i odgovora na tužbu.⁵⁴ Prigovor protiv platnog naloga se može opisati kao remonstrativan redovni pravni lek, što „ima osnovu u specifičnostima postupka i nepristajanju tuženog na donošenje odluke bez njegovog izjašnjavanja o osnovanosti tužbenog zahteva“.⁵⁵ Rok za podnošenje prigovora i paricioni rok isto iznose osam dana od dostavljanja tuženom, odnosno samo tri dana u meničnim i čekovnim stvarima. Usled svoje hibridne prirode, u prigovoru protiv platnog naloga se mogu isticati ne samo opšti žalbeni razlozi iz čl. 373 ZPP već i načelno sve moguće materijalne odbrane i procesni prigovori koji bi se inače mogli istaći u odgovoru na tužbu, što izričito prema čl. 462 st. 2 ZPP uključuje i prigovor mesne nenadležnosti, koji svakako nije dozvoljeno izjavljivati u žalbi prema opštoj proceduri. Još jedna bitna zajednička karakteristika između prigovora protiv platnog naloga i odgovora na tužbu ogleda se u tome da prema čl. 465 st. 1 ZPP tužilac može da povuče tužbu bez pristanka tuženog samo do podnošenja prigovora, što prati opšte pravilo iz čl. 202 st. 1 ZPP da tužilac može jednostrano povući tužbu pre nego što se tuženi upusti u raspravljanje o glavnoj stvari. Međutim, ZPP sveukupno „prigovor ne upodobljava sa odgovorom na tužbu“.⁵⁶ Izuzetno je moguće protiv platnog naloga podneti žalbu, na koju su ovlašćeni i tuženi i tužilac, ali samo radi pobijanja odluke o naknadi troškova postupka koja je sadržana u platnom nalogu.

Sa obzirom na hibridnu prirodu prigovora protiv platnog naloga, nikako se ne može prihvatiti stav da nedokumentarni platni nalog predstavlja za tužioca nepovoljniji put ostvarivanja sitnijih novčanih potraživanja u odnosu na parnični postupak u sporovima male vrednosti, zato što tuženi „u prigovoru protiv platnog naloga može da istiche širi krug razloga nego protiv presude donete u maličnom sporu“.⁵⁷ Ovakva kritika nema utemeljenje budući da se prigovor protiv platnog naloga naročito u ovom kontekstu ni ne može porediti sa žalbom, pre svega zato

⁵³ Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Novo parnično procesno pravo*, Informator, Zagreb, 1977, 15.

⁵⁴ B. Poznić, op. cit., 1060; A. Jakšić (2019), op. cit., 729–730; G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 566.

⁵⁵ R. Keča, M. Knežević, op. cit., 320–321.

⁵⁶ Pravni stav Višeg trgovinskog suda utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove održanoj dana 19. i 20. 9. 2005. godine.

⁵⁷ Nikola Bodiroga, *Novi Zakon o parničnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 263.

što prigovor uopšte nije devolutivni pravni lek o kojem odlučuje drugostepeni sud. Naprotiv, ako bi se pravna sredstva poredila iz perspektive tužioca, prigovor protiv platnog naloga bi imao znatno više sličnosti sa odgovorom na tužbu ili sa neimenovanim podneskom iz čl. 351 st. 1 ZPP, kojim tuženi može da pred prvostepenim sudom pobija zahteve i tvrdnje tužioca u maličnom postupku iz načelno svih relevantnih razloga čim mu tužba bude dostavljena i pre dolaska na prvo ročište, što predstavlja „prvu liniju odbrane“ u parnici. Prema tome, uzak krug razloga zbog kojih se žalbom može pobijati presuda u maličnom postupku proizlazi iz činjenice da je obema stranama već bila pružena prilika da istaknu sve moguće odbrane i napade tokom prvostepenog postupka, bilo putem pismenih podnesaka bilo na ročištima na koja su obe strane pozivane, tako da je opravdano da se u skladu sa načelom ekonomičnosti i radi sprečavanja zloupotreba procesnih ovlašćenja znatno umanji manevarski postupak stranaka u drugostepenom postupku. Sa druge strane, pre nego što je donet i dostavljen platni nalog, tuženi uopšte nije morao ni znati da je tužen, a kamoli tek da je postojala mogućnost tužioca da se brani pred sudom, tako da bi nametanje bilo kakvih restrikcija karakterističnih za drugostepeni malični postupak bilo očigledno neprihvatljivo u kontekstu podnošenja prigovora na platni nalog, naročito ako nije dokumentaran.

U literaturi postoji sporenje o prirodi postupka koji sledi nakon uspešno izjavljenog prigovora protiv platnog naloga,⁵⁸ a sam ZPP ne pruža jasan odgovor na ovo pitanje. Postoji utemeljen stav da je usled jednostranosti inicijalne faze ovog postupka neophodno odstupiti od određenih pravila opšteg parničnog postupka i u kasnijoj, adverzijalnoj fazi po prigovoru. Obavezujuće dejstvo platnog naloga nužno onemogućava naknadno preinačenje tužbe u delu koji nije pobijan prigovorom, zato što bi suprotno podrazumevalo mogućnost stranaka da preinače pravnosnažnu sudsku odluku.⁵⁹ Dalje, u mandatnom postupku nije moguće podnošenje protivtužbe⁶⁰

⁵⁸ Stav da se mandatni postupak po prigovoru samo transformiše u opšti parnični postupak (odnosno malični postupak u zavisnosti od vrednosti predmeta spora), zastupaju, ali bez obrazloženja: B. Blagojević, op. cit., 381; G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 567; Veroljub Rajović, Vladimir Todorović, *Građansko procesno pravo sa tekstom Zakona o parničnom postupku*, Projuris, Beograd, 2018, 191.

⁵⁹ B. Poznić, op. cit., 1063; R. Keča, M. Knežević, op. cit., 401–402.

⁶⁰ A. Jakšić (2019), op. cit., 731. Naizgled suprotno: R. Keča, M. Knežević, op. cit., 401, gde se pak spominje neophodan „uslov“ razdvajanja postupka po protivtužbi (?); i G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 567, gde se navodi da je protivtužba u mandatnom postupku „inače dozvoljena“ ali se postupak po njoj ne može „spojiti“ sa mandatnim postupkom (?). Ideja nekakve hibridne kvaziprotivtužbe u mandatnom postupku nema nikakvog utemeljenja u krajnje lakonskoj pozitivno-pravnoj regulativi protivtužbe, a pritom se može ponoviti pitanje koje je postavio Mihajlo Solovjev još u prvj polovini XX veka: „Kakvih bi koristi imale onda parnične stranke?“ Ideja o *sui generis*

niti spajanje sa drugim postupkom.⁶¹ Usled specifičnosti inicijalne faze takođe se ne može smatrati da je tuženi odustao od prigovora protiv platnog naloga samo zato što je izostao sa ročišta za glavnu raspravu.⁶²

Članovi 460–465 ZPP regulišu relativno kazuistički kako sud treba da postupa u različitim procesnim situacijama, pri čemu se pravi distinkcija između odlučivanja o prigovoru protiv platnog naloga i o samom tužbenom zahtevu. Sud može ukinuti platni nalog zasebnim rešenjem i po pravnosnažnosti tog rešenja otpočeti raspravljanje o osnovanosti tužbenog zahteva, što se prevashodno čini u slučaju usvajanja procesnih prigovora, ili pak u presudi odlučiti i o tužbenom zahtevu i o pobijanom platnom nalogu. Tako npr. prema čl. 461 st. 3 ZPP, ako povodom prigovora nedospelosti sud nađe da je tužbeni zahtev dospeo posle izdavanja platnog naloga a pre zaključenja glavne rasprave, sud će presudom da ukine platni nalog i odluči o tužbenom zahtevu. To znači da je sasvim moguće da sud presudom usvoji tužbeni zahtev iako je ukinuo platni nalog koji je prethodno donet po istoj tužbi. Takođe je moguće da platni nalog bude ukinut u procesnom rešenju kojim se okončava parnični postupak, npr. zato što je tužilac u celosti povukao tužbu (uz pristanak tuženog kada je to potrebno), ili u rešenju koje sledi nakon što stranke zaključče sudsko poravnanje. Međutim, u praksi se ponekad ne pravi ova distinkcija i pogrešno se podrazumeva da samim time što je ukinut platni nalog znači da je odlučeno o glavnoj stvari, te tako „presuda Okružnog suda u Kraljevu Gž. 1103/06, kojom je preinačena odluka Opštinskog suda u Raški tako da se platni nalog tog suda Pl. broj 77/03 ukida u celosti, predstavlja pravnosnažnu odluku kojom je odlučeno samo o platnom nalogu, a ne i o tužbenom zahtevu podnositeljke ustavne žalbe, što iz izreke ove presude nesumnjivo proizlazi“.⁶³ U slučaju naknadnog odbacivanja tužbe nužno je da sud rešenjem ukine i platni nalog. Sa druge strane, ako tuženi do zaključenja glavne rasprave odustane od (svih) prigovora, sud treba da konstatuje da se platni nalog održava na snazi. U odluci kojom se platni nalog održava na snazi ne određuje se novi paricioni rok za tuženog. Sud će ukinuti platni nalog pre ustupanja predmeta nadležnom sudu ako utvrdi da je stvarno nenadležan, ali ne i ako utvrdi da je samo mesno nenadležan. U mandatnom postupku pred privrednim sudovima isprave ne moraju da budu priložene u izvorniku ili overenom prepisu, već je dovoljno da prepis isprave overi ovlašćeni radnik pravnog lica.

kompenzacionoj protivtužbi na osnovu koje bi sud donosio i potom međusobno prebijao platne naloge sa istim strankama, koju je zastupala starija literatura, deluje vrlo pravično, ali nema utemeljenja u pozitivnim propisima niti je ostvarljiva u praksi.

⁶¹ A. Jakšić (2019), op. cit., 731; R. Keča, M. Knežević, op. cit., 401.

⁶² B. Poznić, op. cit., 1069; A. Jakšić (2019), op. cit., 731.

⁶³ Odluka Ustavnog suda UŽ-133/2007 od dana 22. 12. 2009. godine.

Protiv formalno pravnosnažnog platnog naloga dozvoljen je predlog za ponavljanje postupka.⁶⁴

U odnosu na opšti parnični postupak, postupak za izdavanje platnog naloga je u prošlosti „dosta dugo imao izuzetan značaj za poslovanje i poslovne odnose jer je omogućavao da poverilac relativno brzo dođe do izvršne isprve i ostvari svoje potraživanje.”⁶⁵ Krajem dvadesetog veka ukazano je na to da se mandatni postupak ipak u mnogim slučajevima svodi na nekolicinu formalnosti koje ne obezbeđuju adekvatne procesne garancije već samo odlažu prinudnu naplatu predmetnog potraživanja za nekoliko dana, što na širem planu disproporcionalno preopterećuje pojedine sudove i znatno usporava poslovanje najvećih privrednih subjekata (npr. javnih komunalnih preduzeća).⁶⁶ Zato je prema važećem rešenju mandatni postupak postao tek supsidijarni pravni put u odnosu na postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave, što znači da je poverilac ovlašćen da ostvaruje novčana potraživanja koja dokazuje verodostojnim ispravama isključivo u izvršnom postupku, a samo izuzetno ima pravo da na osnovu tužbe dobije platni nalog ako učini verovatnim da za to ima poseban pravni interes, inače će tužba biti odbačena. Primer kada bi poverilac ipak imao interes da mu bude samo izdat platni nalog na osnovu verodostojne isprave jeste kada dužnik nema imovinu na kojoj bi se sprovelo izvršenje, u kom slučaju poverilac može više toga dobiti ako samo učvrsti svoje potraživanje za neki budući trenutak dobijanjem izvršne isprave sa novim rokom zastarelosti od 10 godina, umesto da nepotrebno inicira postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave koji bi bio obustavljen po službenoj dužnosti.⁶⁷

Postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave u pravu RS

Zakon o izvršenju i obezbeđenju kao impozantna kodifikacija najraznovrsnije sadržine reguliše postupak izvršenja na osnovu izvršne isprave, postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave i postupke obezbeđenja. Dok postupak izvršenja na osnovu izvršne isprave obezbeđuje pravo na prinudno ostvarenje dosuđenog, a postupak obezbeđenja pravo na provizornu zaštitu koju karakteriše izuzetnost, zakonska regulativa postupka izvršenja na osnovu verodostojne isprave prevashodno treba da obezbedi predvidljiv i pravičan put za meritorno uređenje

⁶⁴ R. Keča, M. Knežević, op. cit., 374; G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 541.

⁶⁵ G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 563.

⁶⁶ Vukašin Ristić, „Platni nalog i izvršenje na osnovu verodostojne isprave“, *Pravni život*, br. 11–12, Beograd, 1989, 274–278.

⁶⁷ N. Bodiřoga (2012), op. cit., 262.

određenog građanskopravnog odnosa, po čemu je ovaj postupak znatno blizak parničnoj proceduri, pre svega mandatnom postupku, ali ga ipak po svojim dejstvima prevazilazi i ostvaruje sinergiju sa postupkom egzekucije. Postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave je inicijalno prema ZIP78 bio subjektivno ograničen samo na organizacije udruženog rada,⁶⁸ novelama iz 1990. proširen je na sva pravna lica,⁶⁹ da bi prema važećem rešenju dostigao univerzalni domašaj, tako da je poput parničnog postupka primenjiv ne samo na sva fizička i pravna lica, već se kao stranke mogu javiti i organizacije koje nemaju pravni subjektivitet.

Podnošenje predloga za izvršenje na osnovu verodostojne isprave organu postupka (sudu ili javnom izvršitelju)⁷⁰ jeste po pravilu prvi korak ostvarivanja pravne zaštite od strane izvršnog poverioca u vezi specifičnih novčanih potraživanja, dok baš naprotiv podnošenje predloga za izvršenje na osnovu izvršne isprave sledi tek nakon što je određena životna situacija na nesumnjiv i autoritativan način meritorno rešena donošenjem izvršne isprave u parničnom, vanparničnom, upravnom ili drugom postupku pravne zaštite, ali se „izvršni dužnik nije dobrovoljno ponašao onako kako mu je naloženo“.⁷¹ Doduše, specifični primeri izvršnih isprava iz drugih zakona sve više odstupaju od ove konceptualne dihotomije (npr. obračun zarade).⁷² Ako se izuzme krajnje specifični koncept jednostranačkih

⁶⁸ I inicijalno je bila primećena besmislenost ovako restriktivnog polja primene procedure, te tako: Svetozar Dobrosavljev, „Izvršenje na osnovu verodostojne isprave“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 5, Novi Sad, 1980, 46. Objašnjenje za restriktivnost u vezi ovog postupka se mogla naći u tadašnjim „značajnim nedostacima u njegovoj zakonskoj redakciji i ozbiljnim praktičnim posledicama koje zbog toga mogu nastati.“ S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), op. cit., 157.

⁶⁹ Kosta M. Mesarović, „Izvršenja na osnovu verodostojne isprave prema odredbama novela Zakona o izvršnom postupku“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 3, Novi Sad, 1991, 32.

⁷⁰ Što se tiče podele nadležnosti, donekle važi generalizacija da kod novčanih potraživanja rešenje određuje sud, a sprovodi javni izvršitelj. Međutim, važeći ZIO predviđa znatan broj slučajeva kada je javni izvršitelj isključivo nadležan i da određuje i da sprovodi izvršenje. O ovom „trendu dejudicializacije“ v. Gordana Stanković, Dušica Palačković, Aleksandra Trešnjev, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju: drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 66–71.

⁷¹ *Ibidem*, 75–76.

⁷² Obračun zarade je dužan sačiniti sam poslodavac u skladu sa podzakonskim aktom. Kako ne predstavlja akt javne vlasti, jasno je da se na obračun zarade ne stavlja potvrda izvršnosti. Pridavanjem svojstva izvršne isprave obračunu zarade teži se najefikasnijem mogućem ostvarenju prava zaposlenih. V. Zoran N. Orelj, „Obračun zarade i naknade zarade kao izvršna isprava“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 10–12, Beograd, 2014, 84–90. „Kada se bliže analiziraju citirane zakonske odredbe jasno je da prema sadašnjem stanju zakonodavstva možemo razlikovati dve grupe izvršnih isprava: one kao nastaju kao rezultat vođenja odgovarajućeg sudskog, arbitražnog, upravnog ili drugog kognicijskog (ispitnog) postupka u kojem je na autoritativan i nesumnjiv način utvrđeno postojanje potraživanja, njegova dospelost i legitimacija stranaka u postupku, i one izvršne isprave koje nisu rezultat

postupaka izvršenja,⁷³ načelo dispozicije je inače vrlo izraženo u izvršnim postupcima, te je moguće da izvršni poverilac jednostrano povuče i ponovo podnese predlog za izvršenje i nakon pravnosnažnosti rešenja o izvršenju.⁷⁴

Na ravni utvrđivanja činjeničnog stanja, u postupku izvršenja na osnovu verodostojne isprave naročito je naglašeno načelo formalnog legaliteta, načelo jednostranosti i načelo pismenosti, dok je načelo obostranog saslušanja stranaka derogirano, a sve sa ciljem ostvarivanja principa hitnosti i efikasnosti.

Načelo formalnog legaliteta podrazumeva da se doneta odluka mora objektivno-subjektivno poklapati sa sadržinom priložene isprave, te da ni sud ni javni izvršitelj u načelu ne ispituju osnovanost priložene isprave niti se bave istinitošću u ispravi sadržanih navoda. Organ postupka priznaje materijalnopravni zahtev izvršnog poverioca i određuje njegovo izvršenje prema izvršnom dužniku isključivo na osnovu toga što zahtevano proizlazi iz priložene verodostojne isprave. Drugim rečima, u izvršnom postupku se materijalnopravno relevantne činjenice „dokazuju isključivo određenim ispravama“,⁷⁵ i to izvršnim odnosno verodostojnim ispravama. U pitanju je najrigorozniji vid zakonske ocene dokaza, i to upravo u pravnom sistemu koji se načelno opredelio za slobodnu ocenu dokaza, iako su i opšte pravilo i ovaj izuzetak motivisani krajnje racionalnim i pragmatičnim razlozima.

Načelo formalnog legaliteta u objektivnom smislu znači da se potraživanje čije se izvršenje zahteva mora poklapati sa potraživanjem opisanim u priloženoj izvršnoj ili verodostojnoj ispravi. Dok neprilaganje bilo kakve isprave uz predlog za izvršenje vodi odbacivanju podneska kao neurednog, prilaganje isprave čija se sadržina bitno ne podudara sa onim što je navedeno odnosno zahtevano u predlogu za izvršenje ima za rezultat donošenje meritornog rešenja kojim se odbija zahtev.⁷⁶ Iako načelo formalnog legaliteta u objektivnom smislu podrazumeva da *aliud*

odgovarajućeg kognicijskog postupka već najčešće nastaju kao dvostrani ili jednostrani akti samih stranaka izvršnog postupka.“ Nikola Bodioga, *Novi izvršni postupak: Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022, 200.

⁷³ V. G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, op. cit., 59–62.

⁷⁴ Sve dok izvršenje nije sprovedeno i poverilac namiren, o čemu se odlučuje posebnim zaključkom, izvršni poverilac može da povuče predlog za izvršenje u celosti ili delimično i bez pristanka izvršnog dužnika. U toj situaciji će se obustaviti postupak izvršenja bez posebnog pristanka izvršnog dužnika i ukinuti sve sprovedene radnje ako se time ne dira u stečena prava trećih lica. Izvršni poverilac u budućnosti može da ponovo podnese predlog za izvršenje. „U pravnoj normi nije propisano da će sud staviti van snage i rešenje o izvršenju u slučaju povlačenja predloga.“ Pravni stav Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda usvojen na sednici održanoj dana 26. 4. 2016. godine.

⁷⁵ R. Keča, M. Knežević, op. cit., 529.

⁷⁶ *Ibidem*, 545.

uopšte nije dopušten kod rešenja o izvršenju, kao ni kod platnog naloga, sa druge strane opšti temelji procesnog prava dopuštaju da i u ovim postupcima sud dosudi kvantitativno manje nego što je stranka tražila, za šta su novčana potraživanja u stvari i naročito podobna. Načelo formalnog legaliteta u subjektivnom smislu znači da stvarna legitimacija obe stranke mora proizlaziti iz izvršne ili verodostojne isprave, ali je prema čl. 48 ZIO moguće dokazivati materijalnopravnu sukcesiju prilaganjem javne isprave ili „po zakonu overene isprave“, čime se misli na privatnu ispravu sa javnobeležnički overenim potpisom.⁷⁷ Načelo formalnog legaliteta u subjektivnom smislu između ostalog podrazumeva da će izvršni sud ceniti formalnu urednost ugovora o ustupanju potraživanja kojim izvršni poverilac dokazuje da je predmetno potraživanje preneto na njega, ali da nije nadležan da ocenjuje da li je ustupanje učinjeno protivno čl. 5 st. 1 Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost,⁷⁸ iako je u pitanju imperativna norma koja za sankciju ima ništavost ustupanja potraživanja.⁷⁹ Neprilaganje „aneksa“ o materijalnopravnoj sukcesiji kad je potreban dovodi do meritornog odbijanja zahteva rešenjem, sa obzirom na to da nije propisno dokazano postojanje stranačke legitimacije kao jedne od materijalnopравnih pretpostavki za određivanje izvršenja.⁸⁰

Kada donosi rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave kao meritornu odluku, sud u okviru svog pravnog silogizma premisu činjeničnog stanja formira isključivo na osnovu priložene isprave i navoda iz inicijalnog podneska, i to u postupku koji je usled svoje jednostranosti i hitnosti naročito neadekvatan za rešavanje spornih životnih situacija. Međutim, načelo formalnog legaliteta se prevashodno ispoljava u kontekstu meritornog odlučivanja o glavnom materijalnopравnom zahtevu, dok sa druge strane sud može utvrđivati činjenice od značaja za sporedna, većinom procesna pitanja (nadležnost, troškovi postupka itd.) i na druge načine. Prema tome, može se zaključiti da prilikom donošenja platnog naloga ili rešenja

⁷⁷ G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, 284. Inače je u zadnje vreme primetna tendencija zakonodavca da formu javnobeležnički overenog potpisa na privatnoj ispravi priznaje kao maksimum forme koja je u svakom slučaju dovoljna za razne „anekse“ pravnim aktima (saglasnosti, punomoćja), pa i ako sam pravni akt ima formu javne isprave.

⁷⁸ Zakon o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost, *Službeni glasnik RS*, broj 68/15.

⁷⁹ „Držeći se odredbe člana 5. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, odnosno načela formalnog legaliteta, izvršni sud nema ovlašćenja da u ovom postupku, kao vanparničnom, utvrđuje činjenice relevantne za ocenu ništavosti kod notara overenog ugovora o cesiji, odnosno da li je ugovor zaključen u momentu kada je račun ustupioca bio u blokadi, te da li se na taj način zaobilazi red namirenja u prinudnoj naplati.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda Iž 433/2022 od dana 25. 5. 2022. godine.

⁸⁰ R. Keča, M. Knežević, op. cit., 549.

o izvršenju na osnovu verodostojne isprave važi raspravno načelo (ili bolje rečeno načelo iznošenja) u rudimentarnom obliku, tako da sud odlučuje na osnovu navoda izvršnog poverioca sadržanih u predlogu za izvršenje i na osnovu priloženih isprava kao jedinih dokaza. Međutim, u fazi sprovođenja izvršenja je naprotiv sve više naglašeno istražno načelo,⁸¹ postupanje po službenoj dužnosti, slobodna ocena dokaza,⁸² kao i tendencija da upravo same stranke imaju najmanje uticaja na utvrđivanje dužnikove imovine.⁸³ Štaviše, ranija koncepcija prema kojoj je sprovođenje izvršenja znatno više zavisilo od radnji samih stranaka je bila kritikovana, između ostalog i zato što „izvršni poverilac može namerno odugovlačiti sa dostavljanjem određenih podataka o izvršnom dužniku, kako bi uvećao iznos duga na ime kamate koja teče do trenutka naplate potraživanja ili neracionalno iznoseći nove procesne predloge uvećavati troškove postupka, na štetu izvršnog dužnika“.⁸⁴ Ipak, načelo formalnog legaliteta važi i tokom sprovođenja izvršenja u tom smislu da svakako nije dozvoljeno kasnijim izvršnim radnjama postići efekte koji su u direktnoj suprotnosti ili prevazilaze ono što je određeno rešenjem o izvršenju.

U predlozima za izvršenje po pravilu se postavljaju i sporedni zahtevi o kojima nije celishodno odlučivati na isti način kao o glavnom zahtevu, što se prevashodno odnosi na zahtev za naknadu troškova postupka. Štaviše, izvršenje na osnovu verodostojnih isprava zahteva naročito „čitanje između redova“, te tako sud u rešenju o izvršenju na osnovu verodostojne isprave ili u dokumentarnom platnom nalogu može da prizna tužiocu zakonsku zateznu kamatu na predmetno potraživanje iako o kamati nema pomena u samoj verodostojnoj ispravi, samo zato što je kamata postavljena kao sporedni zahtev u predlogu za izvršenje, a sa osnovom direktno u zakonskim odredbama o kamati, kao što se kamata akcesorno dosuđuje i presudom u opštem parničnom postupku. Sa druge strane, u postupku izvršenja na osnovu izvršne isprave nije moguće ostvariti zakonsku zateznu kamatu na novčano potraživanje ako u samoj izvršnoj ispravi nije pomenuta kamata.⁸⁵

⁸¹ N. Bodiřoga (2022), op. cit., 237–238.

⁸² S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), op. cit., 41.

⁸³ Do promene odnosno ograničenja predmeta i sredstava izvršenja može doći bilo na predlog stranke, bilo po službenoj dužnosti javnog izvršitelja. ZIO je napustio model obaveze izvršnog dužnika da daje izjavu o svojoj imovini („prokaznu zakletvu“) i umesto toga prešao na model načelne obaveze svih ostalih subjekata osim izvršnog dužnika da daju podatke o imovini izvršnog dužnika. V. R. Keča, M. Knežević, 553–558.

⁸⁴ Zdravko Petrović, Slobodan Stošić, „O osnovnim načelima izvršnog postupka“, *Pravo i pravda*, br. 1–3, Beograd, 2016, 36.

⁸⁵ Rešenje osnovnog suda u Novom Sadu IPV I 1038/2013 od dana 5. 11. 2013. godine; Rešenje Višeg suda u Čačku Gž. 207/2010 od dana 3. 3. 2010. godine. Ranija sudska praksa je takođe

Specifično pravo poverioca koje po svojoj prirodi predstavlja krajnji ekstrem novčanog potraživanja podobnog da se ostvari na osnovu akcesornog zahteva u predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave, koje nastaje u vezi verodostojne isprave ali ne proizlazi direktno iz njene sadržine, jeste naknada za kašnjenje u ispunjavanju novčane obaveze iz čl. 5 Zakona o rokovima izmirenja novčanih obaveza u komercijalnim transakcijama.⁸⁶ U pitanju je građanska kazna kao sredstvo učvršćenja⁸⁷ koju je poverilac ovlašćen zahtevati od dužnika ako ovaj ne ispuni svoju novčanu obavezu iz komercijalne transakcije u rokovima predviđenim ovim zakonom, u vezi koje je Vrhovni kasacioni sud u postupku za rešavanje spornog pitanja zauzeo stav da ovo potraživanje poverioca nastaje na osnovu zakona i dospeva samim padanjem u docnju izvršnog dužnika, tako da se zahtev za ovu naknadu/kaznu može postavljati kao akcesorni u predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave bez prilaganja dodatne verodostojne ili izvršne isprave.⁸⁸ Sa druge strane, nije dozvoljeno zahtevati ovu naknadu/kaznu mimo sadržine isprave pozivanjem na sam zakon u predlogu za izvršenje na osnovu izvršne isprave.⁸⁹

Načelo formalnog legaliteta nije najadekvatnije formulisano u važećem čl. 5 st. 1 ZIO, gde ima reči samo o tome da su sud i javni izvršitelj „vezani“ izvršnom odnosno verodostojnom ispravom „pri odlučivanju“. Ovako okrnjen opis formalnog legaliteta više asocira na princip materijalne pravnosnažnosti sudskih odluka nego na načelo formalnog legaliteta, naročito ako se uzme u obzir da se drugi stav istog člana ZIO bavi samo materijalnom pravnosnažnošću izvršnih isprava.

većinom stajala na stanovištu da, ako već drugačije nije izričito predviđeno zakonom, nepominjanje kamate na troškove postupka koji su dosuđeni u izvršnoj ispravi znači da izvršni poverilac nema pravo na kamatu već samo na fiksnu glavnica dosuđenih troškova, ali važeći čl. 47a ZIO je baš naprotiv zauzeo suprotno stanovište. G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, op. cit., 280–281.

⁸⁶ Zakon o rokovima izmirenja novčanih obaveza u komercijalnim transakcijama, *Službeni glasnik RS*, br. 119/12, 68/15, 113/2017, 91/19, 44/21 – drugi zakon, 44/21, 130/21 i 138/22. U daljem tekstu: ZRINOKT.

⁸⁷ Sredstva učvršćenja su pravne ustanove koje su manje-više akcesorne u odnosu na potraživanja, ali se njima ne povećava mogućnost poverioca da namiri svoje potraživanje, već se stvara dodatna pretnja da će usled dužnikove nediscipline nastupiti po dužnika nepovoljniji imovinski efekti od onih koji bi proizašli iz urednog ispunjenja obaveze, sa ciljem da se vrši dodatan pritisak na dužnika da uredno ispuni svoju obavezu. Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd, 2015, 17–18.

⁸⁸ Pravni stav Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda Srbije usvojen u postupku rešavanja SPP 34/13, utvrđen na sednici Odeljenja od dana 13. 5. 2014. godine, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Pravni%20stav%20u%20gra%C4%91anskoj%20materiji_0.pdf.

⁸⁹ Rešenje Privrednog apelacionog suda Iž 362/2022 od dana 18. 5. 2022. godine.

Usled toga se može nategnuto objasniti suprotan stav da u postupku izvršenja na osnovu verodostojne isprave ne važi načelo formalnog legaliteta⁹⁰ time da uistinu čl. 5 ZIO nema skoro nikakav značaj u postupku izvršenja na osnovu verodostojne isprave, ali da se navedeni zakonski član uprkos svom rubrumu ni ne bavi načelom formalnog legaliteta, već principom materijalne pravnosnažnosti.⁹¹ Potreba za redefinisanjem načela formalnog legaliteta u ZIO i nesumnjivo važenje ovog načela u postupku izvršenja na osnovu verodostojne isprave bi bili očigledniji ako bi u literaturi prestale da se ponavljaju floskule koje neopravdano poistovećuju ovo načelo sa principom materijalne pravnosnažnosti ili ga označavaju kao „posledicu“ pravnosnažnosti izvršnih isprava.

Načelo pismenosti znači da se sva komunikacija stranaka sa sudom vrši preko pisanih podnesaka i da je zabranjeno održavanje ročišta za usmenu raspravu. Malobrojni slučajevi iz čl. 14 st. 2 ZIO kada je održavanje ročišta obavezno ili dozvoljeno nemaju veze sa materijom izvršenja na osnovu verodostojne isprave.⁹² Načelo jednostranosti znači da organ postupka po pravilu odlučuje o zahtevu jedne stranke a da prethodno nije omogućio suprotstavljenoj stranci da se o istom zahtevu izjasni. Jednostranost ovog postupka je opravdana predvidljivošću koja proizlazi iz rudimentarne zakonske ocene dokaza, dok je sa druge strane načelo obostranog saslušanja u sinergiji sa slobodnom ocenom dokaza. Načelo hitnosti se ogleda u naročito kratkim rokovima u okviru kojih su i stranke i sud dužne postupati. Neblagovremenost pogađa stranke prekluzivnom prirodom rokova, dok nepostupanje sudija u zakonom propisanim rokovima predstavlja „disciplinski prekršaj sudije“.⁹³

⁹⁰ A. Jakšić (2019), op. cit., 881; Z. Petrović, S. Stošić, op. cit., 35; Ranko Keča, „O osnovnim načelima Zakona o izvršenju i obezbeđenju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2012, 161.

⁹¹ Ipak, ovakvo zaključivanje već podseća na oslikavanje meta gdegod pogodi strela i svakako prevazilazi zakonodavčeve intencije.

⁹² Ročište je neophodno održati radi sporazumnog zasnivanja založnog prava, a može da se održi u postupku izvršenja u porodičnim stvarima ili u postupku određivanja privremene mere. Zanimljivo je da ZIO pominje „raspravu“ samo u kontekstu disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja i jednom u vezi parničnog postupka za utvrđivanje nedozvoljenosti rešenja (čl. 81 st. 5), ali ne u okviru samog izvršnog postupka.

⁹³ „Ostajemo u uverenju da zakonodavac nije izabrao dobro rešenje kada je [...] uveo disciplinsku odgovornost sudija umesto da radnu i moralnu odgovornost sudija za nesavesno i nestručno obavljanje ove uzvišene funkcije uredi na primereniji način. Uostalom, smatramo da izraz „disciplinska povreda“, kako stoji u naslovu ovog člana, ne bi mogao u potpunosti da se poistoveti sa izrazom „disciplinski prekršaj sudije“, koji se koristi u tekstu ovog člana i matičnom Zakonu o sudijama!“ Vukašin Ristić, Tatjana Matković Stefanović, Svetlana Ristić, *Praktikum za izvršenje*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 35.

Usled načela hitnosti u izvršnom postupku nisu dozvoljeni revizija niti ponavljanje postupka,⁹⁴ ali ostaje nejasno da li se ova zabrana odnosi i na posebnu reviziju.⁹⁵

Prema važećem zakonskom rešenju, tri ključne razlike između postupka izvršenja na osnovu izvršne isprave i postupka izvršenja na osnovu verodostojne isprave jesu: a) isprave na osnovu kojih se postupak inicira, b) sadržina rešenja o izvršenju, i v) pravni lekovi koji su dostupni izvršnom dužniku. Ranije (brojnih kritika zaslužno) pravilo da poverilac sa verodostojnom ispravom ne sme zahtevati izvršenje na celokupnoj imovini dužnika već u predlogu mora navesti predmet i sredstvo izvršenja je na sreću uklonjeno zakonskim novelama iz 2019. godine.⁹⁶

Zakonodavac nije pružio izričitu definiciju verodostojne isprave, već je pod ovaj pojam u kontekstu izvršnog postupka samo taksativno svrstao raznovrsne javne i privatne isprave podobne za dokazivanje svih bitnih elemenata kod onih novčanih potraživanja koja se u praksi pokazuju najčešćim, najverovatnijim i najpodobnijim za dokazivanje pomoću pismena, iako neka od tih potraživanja nisu ni nastala sastavljanjem bilo kakvih isprava već na osnovu drugih pravnih činjenica (npr. pružanje komunalnih usluga). Zakonski katalog verodostojnih isprava se relativno često proširuje, a sve sa ciljem maksimizacije načela efikasnosti i postizanja što brže pravne zaštite. Prema važećem čl. 52 st. 2 ZIO pod verodostojne isprave spadaju *numerus clausus*: 1) menica odnosno ček, sa protestom ako je potreban za zasnivanje potraživanja, 2) izvod iz Centralnog registra hartija od vrednosti o stanju na računu zakonitog imaoca obveznica ili instrumenta tržišta novca (trezorski, blagajnički i komercijalni zapisi), odnosno odluka o njihovom izdavanju; 3) račun domaćeg ili stranog lica – tzv. faktura, sa otpremnicom ili drugim pismenim dokazom o tome da je izvršni dužnik obavешten o njegovoj obavezi; 4) izvod iz poslovnih knjiga o izvršenim komunalnim ili srodnim uslugama; 5) obračun ili izvod iz poslovnih knjiga za potraživanje takse za javni medijski servis (najnedavnije dodato); 6) javna isprava koja stvara izvršivu novčanu obavezu; 7) bankarska garancija; 8) akreditiv; 9) „overena“⁹⁷ izjava izvršnog dužnika kojom ovlašćuje banku da s njegovog računa prenese novčana sredstava na račun izvršnog poverioca; 10) obračun kamate sa dokazom o osnovu dospelosti i visini potraživanja; 11) privremena ili okončana situacija o izvršenim građevinskim radovima i 12) obračun o nagradi

⁹⁴ Čl. 27 ZIO.

⁹⁵ N. Bodiřoga (2022), op. cit., 103–104.

⁹⁶ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 54/19.

⁹⁷ Misli se na „malu“ overu potpisa kod javnog beležnika, a svakako ne na solemnizaciju isprave ili sastavljanje javnobeležničkog zapisa, koji su izvršne isprave.

i naknadi troškova advokata. Za razliku od izvršnih isprava, nije moguće posebnim zakonima predviđati druge verodostojne isprave osim onih nabrojanih u čl. 52 ZIO. Po ovom pitanju znatno se odmaklo od prvobitne, „eksperimentalne“ koncepcije ovog postupka iz ZIP78, prema kojoj je katalog verodostojnih isprava u stvari bio znatno uži od onog u mandatnom postupku iz čl. 446 ZPP77, obuhvatajući samo menicu, ček i fakturu, iako je pionirska sudska praksa ipak određivala izvršenje i na osnovu drugih verodostojnih isprava u smislu čl. 446 ZPP77 (npr. obračuna kamate).⁹⁸ ZIO pominje i „strane“ verodostojne isprave, što nije najadekvatnije sa obzirom da verodostojne isprave nisu akti javne vlasti, već su u pitanju privatne isprave koje mogu biti sačinjene i na jeziku koji nije u službenoj upotrebi u RS.

Prema čl. 53 st. 1 ZIO, isprava je podobna da se na osnovu nje donese rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave ako sadrži podatke o izvršnom poveriocu i izvršnom dužniku, o predmetu, vrsti, obimu (iznosu) i dospelosti obaveze. Ako rok za ispunjenje dužnikove obaveze ne proizlazi iz priložene isprave, izvršni poverilac je dužan priložiti i dokaz da je ostavio dužniku naknadni rok za ispunjenje. Bitno je od pismenog dokaza da je poverilac ostavio dužniku naknadni rok iz čl. 53 st. 2 ZIO razlikovati dokaz o uručenoj opomeni za plaćanje dospelog potraživanja iz čl. 455 st. 1 ZPP, čiji je glavni cilj da zaštiti dužnika u mandatnom postupku, a koji uopšte nije potreban da bi se odredilo izvršenje na osnovu verodostojne isprave prema važećem ZIO.⁹⁹ Prema tome, slučajevi kada je neophodno dopuniti verodostojnu ispravu sa nekim drugim naknadno nastalim pismenim dokazima ne služe da dodatno zaštite izvršnog dužnika naknadnim opomenama, već je njihov smisao da popune praznine u vezi definisanja novčanog potraživanja, što između ostalog obuhvata rok dospelosti kao fundamentalni element obligacionog potraživanja bez čijeg definisanja ostvarivanje pravne zaštite ne bi bilo moguće.

Rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave nalikuje platnom nalogu, ali ga po dejstvima i znatno prevazilazi. Prvi deo rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave ima kondemnatorni karakter – njime se kao kod platnog naloga nalaže izvršnom dužniku da na ime predmetnog potraživanja i troškova postupka isplati izvršnom poveriocu određeni novčani iznos u određenom vremenskom roku. U drugom, određujućem delu rešenja o izvršenju određuje se prinudno izvršenje za slučaj da izvršni dužnik ne postupi kako mu je naloženo obavezujućim delom istog rešenja. Paricioni rok iznosi osam dana od dana dostavljanja, odnosno

⁹⁸ S. Dobrosavljev, op. cit., 46; K. M. Mesarović, op. cit., 31.

⁹⁹ Štaviše, prvobitno je prema ZIP78 izvršni poverilac dopunjavao verodostojnu ispravu iz koje ne proizlazi dospelost podnošenjem pisane izjave u kojoj sam izvršni poverilac navodi dan dospelosti.

samo pet ako je kao verodostojna isprava priložena menica. Dužnik može slobodno da postupi ili ne postupi prema prvom, kondemnatornom delu rešenja, ali ako ne postupi, po proteku paricionog roka aktivira se određujući deo istog rešenja o izvršenju. Prema tome, može se zaključiti da se prema pravilima ZIO izvršenje uvek sprovedi na osnovu izvršne isprave, te da je u postupku izvršenja na osnovu verodostojne isprave izvršni naslov u stvari obavezujući deo rešenja o izvršenju koji ima prirodu platnog naloga, a ne sama verodostojna isprava.¹⁰⁰ Opšteprihvaćeno je da je kondemnatorni deo rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave podoban da stekne materijalnu pravnosnažnost, s obzirom da isto važi i za platni nalog.¹⁰¹ Štaviše, na jednom stečenu materijalnu pravnosnažnost kondemnatornog dela rešenja nema nikakvog uticaja ako postupak izvršenja kasnije bude obustavljen zato što je izvršni poverilac povukao predlog za izvršenje.¹⁰² Sa druge strane, krajnje je sporno da li i kada mogu steći materijalnu pravnosnažnost određujući deo rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave odnosno rešenje o izvršenju na osnovu izvršne isprave. Nakon Novela 2019. ostaje mogućnost da sud u određujućem delu rešenja odredi ona sredstva i predmete izvršenja koje je predložio izvršni poverilac, ali je dovoljno i celishodnije da izvršni poverilac predloži a sud u određujućem delu rešenja o izvršenju odredi izvršenje na celokupnoj imovini, nakon čega će javni izvršitelj *ex offio* zaključkom odrediti sredstvo i predmet izvršenja u skladu sa principom srazmernosti.¹⁰³

Rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave ima „ekonomiziranu“ formu bez obrazloženja, tako da se najčešće donosi otiskivanjem odgovarajućeg štambilja na sam predlog za izvršenje i njegovim svojeručnim popunjavanjem

¹⁰⁰ „Ovde je verodostojna isprava samo početni dokaz o postojanju potraživanja i dovoljan da se donese suštinski platni nalog, koji, kad postane pravnosnažan, predstavlja svakako autoritativnu odluku o postojanju potraživanja u istim kapacitetima kao i presuda.“ R. Keča, M. Knežević, op. cit., 571.

¹⁰¹ „U konkretnom slučaju se radi o pokušaju tužioca (dužnika u postupku izvršenja) da u drugom sudskom postupku ostvari ono što nije ostvario u postupku izvršenja u kome je mogao da spreči da se protiv njega donese izvršna isprava. Pravnosnažnost pokriva sve eventualne nepravilnosti, te se ne može u drugom postupku tužbom tražiti da se pravilnost onoga što je pravilno presuđeno u jednom postupku preispituje u novom postupku. Na taj način bi se narušio princip pravne sigurnosti. Međutim, to ne znači da je tužba sa sadržinom kako je u postavljenom pitanju navedeno nedozvoljena. Ta tužba jeste dozvoljena, ali tužbeni zahtev treba odbiti kao neosnovan.“ Odgovor na pitanje privrednih sudova koji je utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanoj dana 8. 11. 2011. godine, *Bilten Privrednog apelacionog suda*, br. 4, 2011, 49–50.

¹⁰² Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj dana 26. 4. 2016. godine, <https://tinyurl.com/pravnistav26042016>.

¹⁰³ G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, op. cit., 389–390.

i potpisivanjem.¹⁰⁴ Pored načela ekonomičnosti, ovime se maksimizira i načelo formalnog legaliteta, sa obzirom na to da se znatno sužava prostor da dođe do nepoklapanja između zahtevanog i dosuđenog. Sa druge strane, rešenja kojima se odbija odnosno odbacuje predlog za izvršenje na osnovu verodostojne isprave moraju imati formu obrazloženog pismena, a isto važi i za rešenja o izvršenju kojima je izvršenje ograničeno na manje nego što je izvršni poverilac postavio kao glavni zahtev.¹⁰⁵ Iako je rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave meritorna odluka kojom se odlučuje o nečijim pravima i obavezama, načelo formalnog legaliteta i dostavljanje same verodostojne isprave izvršnom dužniku čine obrazlaganje rešenja nepotrebnim.

Što se tiče pravnih lekova dostupnih izvršnom dužniku, opšte pravilo da se u izvršnom postupku radi pravne sigurnosti ne smeju osporavati činjenice čije je postojanje već utvrđeno u prethodnom kognicionom postupku ovde ne važi. Umesto toga, izvršni dužnik može da prigovorom u potpunosti ili delimično pobija rešenje o izvršenju iz više široko definisanih razloga, što uključuje i „najjači“ materijalno-pravni prigovor da predmetno potraživanje uopšte nije ni nastalo. Štaviše, važeći osnovi za podnošenje prigovora u čl. 87 ZIO su možda i preširoko postavljeni, budući da ni teorija ni praksa nisu uspele da utvrde šta sve tačno obuhvata osnov da je „u verodostojnu ispravu unet neistinit sadržaj“ i po čemu se razlikuje od osnova da potraživanje nije nastalo,¹⁰⁶ s obzirom na to da ovakva formulacija više priliči opisu radnje krivičnog dela nego osnovu za pravni lek u građanskom postupku. U praksi je opšteprihvaćeno shvatanje da je materijalno-pravni prigovor *non adimpleti* (ne najadekvatnije) obuhvaćen širim osnovom da potraživanje nije nastalo. Za razliku od pravnih lekova protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave, prigovor protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave uvek ima suspenzivno dejstvo,¹⁰⁷ izuzev ako je rešenje o izvršenju doneto na osnovu menice kao „najjače“ verodostojne isprave (čl. 86 st. 3 ZIO) ili ako se rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave pobija samo u delu kojem su određeni sredstvo i predmet izvršenja (čl. 90 ZIO). Rok u kojem izvršni dužnik može da izjavi prigovor jeste osam

¹⁰⁴ V. Ristić, T. Matković Stefanović, S. Ristić, op. cit., 70; R. Keča, M. Knežević, op. cit., 562; Dušan Protić, *Kad izvršitelj pokuca na vrata*, Centar za evropske politike, Beograd, 2020, 11–12, <https://otvorenavratapravosudja.rs/media/kad-izvršitelj-pokuca-na-vrata.pdf>.

¹⁰⁵ V. Ristić, T. Matković Stefanović, S. Ristić, op. cit., 70.

¹⁰⁶ R. Keča, M. Knežević, op. cit., 591.

¹⁰⁷ „Predviđanje suspenzivnog dejstva izjavljenih pravnih lekova u interesu je pravne sigurnosti i efikasnosti jer se na taj način eliminiše vođenje postupka postupka protivizvršenja i eventualne parnice zbog sticanja bez osnova ukoliko bi se uspostavilo da potraživanje koje je prinudnim putem namireno ne postoji.“ G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, op. cit., 474.

dana od dana dostavljanja predloga sa rešenjem o izvršenju. Analogno ovlašćenju izvršnog dužnika da prigovorom pobija rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave stoji ovlašćenje izvršnog poverioca da prigovorom pobija rešenje o odbacivanju ili odbijanju predloga za izvršenje na osnovu verodostojne isprave, na koji prigovor se prema čl. 85 st. 3 ZIO shodno primenjuju odredbe o prigovoru izvršnog dužnika. Stranke takođe mogu prigovorom da pobijaju rešenje samo u delu kojim je odlučeno o troškovima postupka. Dozvoljeno je da stranka u slučaju propuštanja roka za prigovor predloži vraćanje u pređašnje stanje.

Nevezano od predmetnih podela nadležnosti između suda i javnog izvršitelja, za odlučivanje o pravnim lekovima u izvršnom postupku uvek je nadležan sud. Jedini i krajnje marginalni izuzetak od ovog opšteg pravila postoji prema čl. 399 ZIO ako u postupku namirenja novčanih potraživanja nastalih iz komunalnih i srodnih delatnosti izvršni poverilac prizna navode iz prigovora izvršnog dužnika, u kom slučaju će sam javni izvršitelj rešenjem usvojiti prigovor izvršnog dužnika i staviti van snage u celini ili delimično svoje rešenje o izvršenju, protiv kojeg rešenja je dozvoljen prigovor sudu.¹⁰⁸

Nadležnost izvršnog sudije pojedinca koji je doneo rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave je u potonjoj fazi postupka mahom ograničena na dostavljanja, kao i na obaveštavanje javnog izvršitelja da su ispunjeni uslovi za sprovođenje izvršenja za slučaj da izvršni dužnik uopšte ne podnese prigovor u roku. Sudija pojedinac više nije nadležan da odlučuje o dopuštenosti, blagovremenosti i urednosti podnetog prigovora, već je za to nadležno tročlano izvršno veće istog suda.¹⁰⁹ U ovoj podfazi postupka javlja se izuzetak od naglašenog načela jednostranosti, budući da izvršni sudija pojedinac prigovor izvršnog dužnika dostavlja izvršnom poveriocu na odgovor, tako da se spisi predmeta dostavljaju izvršnom veću tek narednog dana od prijema odgovora na prigovor ili od isteka roka za odgovor na prigovor. Međutim, dok je prigovor protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave ključna tačka celokupnog postupka (ako ne i jedan od najvažnijih i najdelikatnijih instituta građanskog procesnog prava), odgovor na prigovor naprotiv ima vrlo mali značaj u praksi, budući da se nalazi „na pola puta“ između jednostranog postupka izvršenja i adverzijalnog parničnog postupka. Štaviše, izvršni poverilac ima pravo ali uopšte nije dužan da odgovori na prigovor, zbog čega je rok za odgovor na prigovor kraći od roka za prigovor (pet dana umesto osam).¹¹⁰

¹⁰⁸ N. Bodiřoga (2022), op. cit., 108–109.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 344; R. Keča, M. Knežević, op. cit., 591.

¹¹⁰ G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, op. cit., 482.

Izvršno veće o prigovoru odlučuje rešenjem u roku od 15 dana od kada mu sudija pojedinac dostavi spis predmeta, i potom otpavlja rešenje u roku od tri dana od donošenja. Ovde se javlja jedna od paradoksalnih kombinacija subjektivnog tereta tvrdnje i *ex offio* ispitivanja pobijane odluke u ZIO, sa obzirom na to da je prema čl. 88 st. 2 izvršni dužnik dužan da u prigovoru navede razloge (osnove) zbog kojih pobija rešenje i iznese činjenice, dok prema čl. 89 st. 4 izvršno veće ipak pazi po službenoj dužnosti na pravilnu primenu materijalnog prava, apsolutnu i stvarnu nadležnost, da li isprava na osnovu koje je doneto rešenje ima svojstvo verodostojne isprave i da li je izvršenje određeno na stvari koja je izvan pravnog prometa. Ako je izvršni dužnik prigovorom pobijao rešenje o izvršenje samo u određujućem delu, na dalji postupak će se shodno će se primeniti odredbe o žalbi protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave, tako da u slučaju da veće usvoji prigovor protiv obavezujućeg dela rešenja, sudija pojedinac će prema čl. 90 st. 2 ZIO obavestiti izvršnog poverioca da je kondemnatorni deo rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave postao – ili bolje rečeno „o(p)stao“ – izvršna isprava na osnovu koje može da se zahteva izvršenje u istom ili drugom postupku. Sa druge strane, pobijanje prigovorom rešenja u celosti ili u kondemnatornom delu znači da izvršni dužnik osporava materijalnopravni zahtev izvršnog poverioca, što predstavlja tipičnu parničnu stvar i zahteva specifičnu regulativu koja znatno odudara od ostatka izvršne procedure. Umesto usvajanja uredno podnetog prigovora po automatizmu, važeći ZIO predviđa da izvršno veće nakon utvrđivanja formalne urednosti ipak sumarno odlučuje i o osnovanosti prigovora na nivou verovatnoće. Ako usvoji prigovor izvršnog dužnika, izvršno veće će doneti rešenje kojim se istovremeno određuje i) zastoj postupka izvršenja i ii) da se po prigovoru protiv rešenja o izvršenju dalje postupka kao po prigovoru protiv platnog naloga, te će predmet biti dostavljen parničnom sudu na dalje postupanje u kognicionom postupku. Novelama 2019. je brisan prvobitni čl. 93 ZIO, prema kojem je usvajanje prigovora izvršnog dužnika za posledice imalo stavljanje van snage dela rešenja kojim su određeni sredstvo i predmet izvršenja i ukidanje sprovedenih radnji, umesto čega je u noveliranom čl. 90 ZIO predviđeno da se rešenjem veća određuje zastoj postupka, što je optimalno rešenje za ostvarenje hitnosti postupka jer se izbegavaju mogućnosti za podnošenje krajnje nepotrebni, „rekurzivnih“ pravnih lekova koji inače prate rešenje o prekidu postupka.¹¹¹ Međutim, time je takođe stvorena hermeneutička neusklađenost u kodifikaciji, jer je zastoj kategorički zabranjen u svim izvršnim postupcima prema čl. 15 st. 2 ZIO.¹¹² Od zastoja pak treba razlikovati zastajanje, koje znači privremeno

¹¹¹ *Ibidem*, 493.

¹¹² *Ibidem*, 113; N. Bodiřoga (2022), op. cit., 302.

prestajanje delatnosti određenih procesnih subjekata usled očekivanja određene radnje ili stanja od koje zavisi dalje nesmetano odvijanje postupka.¹¹³

Nastavljanje postupka kao po prigovoru protiv platnog naloga je specifični procesni konstrukt koji se oslanja na procesne fikcije i ima znatno neposrednije dejstvo nego puko upućivanje na parnični postupak do kojeg može doći tokom sprovođenja izvršenja ili u drugim postupcima (npr. krivičnom, ostavinskom, stečajnom postupku). Isključivo je izvršni sud nadležan da ispituje blagovremenost prigovora protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, tako da kada je učinjen propust i izvršno veće je donelo rešenje o usvajanju neblagovremenog prigovora koje je postalo pravosnažno, „dalje postupajući parnični sud ne može primeniti citirane odredbe člana 458. stav 1. Zakona o parničnom postupku, već mora sprovesti postupak po izjavljenom prigovoru na način koji je regulisan daljim odredbama Glave XXXII Zakona o parničnom postupku“.¹¹⁴

Posmatrajući prošlost „sa ramena divova“, doima se krajnje necelishodnom prvobitna konstrukcija iz ZIP78 prema kojoj bi sud po usvajanju prigovora izvršnog dužnika dalje postupao sa predlogom za izvršenjem kao sa tužbom samo ako je to izvršni poverilac zahtevao u samom predlogu za izvršenje, a inače bi se po usvajanju prigovora sve završilo stavljanjem van snage rešenja o izvršenju i ukidanjem svih sprovedenih radnji.¹¹⁵ Štaviše, izvršni dužnik prvobitno nije mogao ni izuzetno da zahteva da se pobijano rešenje o izvršenju tretira kao platni nalog, već jedino da se po predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave postupa kao prema tužbi u opštem (odnosno maličnom) postupku za slučaj da izvršni dužnik izjavi prigovor.¹¹⁶

Budući da u ZIO postoje zasebne norme o nadležnosti u izvršnom postupku koje se razlikuju od onih o nadležnosti u parničnom postupku prema ZPP, sud koji odlučuje o prigovoru protiv rešenja o izvršenju ne mora biti nadležan i za parnični postupak povodom istog materijalnopraavnog odnosa. Sa obzirom na to da je sporazumna prorogacija mesne nadležnosti dozvoljena u parničnom ali ne i u izvršnom

¹¹³ G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, op. cit., 113–114. Sa druge strane, G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 765–766 i dalje, pogrešno poistovećuju zastoj i zastajanje, što onda vodi do neodrživog zaključka da je prema čl. 15 st. 2 ZIO zabranjeno zastajanje, ali da je uprkos tome još u izvornoj verziji ZIO bilo bezbroj primera kada je zastajanje obavezno.

¹¹⁴ Rešenje Višeg trgovinskog suda Pž. 2954/06 od dana 24. 1. 2007. godine.

¹¹⁵ „Da li je ovo dovoljno da se zaštiti savestan poverilac, a samim tim i vrednost ovog instituta, svakako je stvar duže i detaljnije ocene, međutim, čini se da bi se i drugim zakonskim rešenjima mogla povećati i učvrstiti vrednost ovog instituta“, S. Dobrosavljev, op. cit., 45. Ne tako dugo nakon što je ovo pitanje postavljeno, praksa je dala ubedljivo odričan odgovor.

¹¹⁶ V. dalje: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), op. cit., 196–197.

postupku, prema čl. 62 st. 4 ZIO izvršni poverilac je ovlašćen tražiti da se postupak po eventualnom usvajanju prigovora nastavi pred izabranim sudom umesto onog koji je doneo rešenje o izvršenju jedino u samom predlogu za izvršenje uz koji je priložen sporazum o izabranom sudu, ali je ipak nužno dopustiti i izvršnom dužniku da se pozove na isti prorogacioni sporazum i priloži ga u prigovoru protiv rešenja o izvršenju.¹¹⁷ Što se tiče zakonske prorogacije nadležnosti, kako se isključiva nadležnost Višeg odnosno Privrednog suda u Beogradu u vezi intelektualne svojine¹¹⁸ odnosi samo na parnični postupak, to znači da su npr. za postupanje po zahtevima za izvršenje na osnovu verodostojnih isprava u vezi korišćenja intelektualne svojine koje propisno sačine organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava, nadležni sudovi prema pravilima mesne nadležnosti iz ZIO, ali u slučaju eventualnog parničnog postupka po usvajanju prigovora nadležnost je isto centralizovana kao kod postupka iniciranog tužbom.

Eventualni nastavak postupka izvršenja zavisi od odluke parničnog suda u postupku po usvojenom prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave. Kao kod mandatnog postupka, nužno je razlikovati odlučivanje o pobijanom rešenju o izvršenju i odlučivanje o kondemnatornom zahtevu iz inicijalnog akta, tako da parnični sud može doneti presudu kojom 1) održava na snazi rešenje o izvršenju delimično ili u celini, pri čemu je nepotrebno uneti u izreku presude da se odbija prigovor,¹¹⁹ a nakon čega se nastavlja postupak izvršenja, ili naprotiv 2a) ukida rešenje o izvršenju u celini i odbija tužbeni zahtev, odnosno 2b) ukida rešenje o izvršenju u celini i usvaja tužbeni zahtev delimično ili u celini. Iz razloga ekonomičnosti i celishodnosti, troškovi parničnog postupka koji rezultuje odbijanjem prigovora se ostvaruju po pravnosnažnosti u istom postupku izvršenja u okviru kojeg je podnet odbijeni prigovor.¹²⁰ Kao i platni nalog, rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave će biti ukinuto i u slučaju da stranke tokom postupka zakluče sudsko poravnanje. Ako rešenje o izvršenju bude u celosti ukinuto pravnosnažnom odlukom parničnog suda, postupak izvršenja će

¹¹⁷ G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, op. cit., 492.

¹¹⁸ Nažalost, budući da se nedavne intenzivne zakonodavne aktivnosti u oblasti organizacije pravosuđa nisu zanimale za elokventnost i nomotehničku usklađenost već su bile vođene krajnje drugačijim ciljevima, u važećem Zakonu o uređenju sudova *Službeni glasnik RS*, br. 10/23) i Zakonu o sedištima i područjima sudova i javnih tužilaštava (*Službeni glasnik RS*, br. 101/13) i dalje opstaje ista stara kombinacija skoro nerazumljivih normi u kojima se uopšte ni ne pominje intelektualna svojina, ali se zato uporno ponavljaju „prava oplemenjivača biljnih sorti“ (*sic*), tako da se ono što je i u praksi i u teoriji jednostavno i nesporno predstavlja kao komplikovano i neusaglašeno.

¹¹⁹ Rešenje Višeg trgovinskog suda u Beogradu Pž. 5063/04 od dana 8. 10. 2004. godine.

¹²⁰ N. Bodiroga (2022), op. cit., 345–346.

biti obustavljen rešenjem koje donosi javni izvršitelj, a protiv kojeg je dozvoljena žalba. ZIO naizgled pravi razliku između ukidanja rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave u celini i ukidanja kondemnatornog dela istog rešenja, ali ukidanje potonjeg u kvantitativnoj celosti nužno vodi obustavljanju postupka izvršenja, tako da u svakom slučaju određujući deo istog rešenja i pored svoje relativne samostalnosti ne može opstati nakon ukidanja kondemnatornog dela, kao što i rešenje o izvršenju na osnovu izvršne isprave ne može opstati ako bude ukinut sam izvršni naslov.

Nažalost, pozitivnopravno uređenje postupka izvršenja na osnovu verodostojne isprave ne samo da ne sadrži adekvatnu formulaciju preliminarog ispitivanja inicijalnog podneska, već je naprotiv Novelama 2019. uvedena izuzetno problematična regulativa postupka po prigovoru dužnika, kojom je ozbiljno narušena delikatna procesna ravnoteža stranaka i koja bi mogla poslužiti kao primer za izbegavanje u svim budućim procesnim zakonima. Naime, iako ZIO ne sadrži odredbe koje dovoljno jasno propisuju kako sud treba da ispituje verodostojnu ispravu na osnovu koje je predloženo izvršenje, isti zakon detaljno reguliše prigovor izvršnog dužnika i pri tome nameće izvršnom dužniku znatne procesne terete. Pored kratkih rokova za izjavljivanje prigovora i odlučivanja izvršnog veća na osnovu verovatnoće, izvršni dužnik je kategorički dužan da uz prigovor priloži „isključivo pismene dokaze“ kojima dokazuje verovatnost svojih navoda, inače će prigovor biti odbačen. Novelirani ZIO više ne sadrži ni izuzetak iz prvobitnog čl. 89 st. 3, prema kojem izvršni dužnik nije bio dužan da prilaže dokaze za tvrdnju da predmetno potraživanje nije nastalo, iako prema opštim pravnim načelima teret dokazivanja da imovinsko pravo postoji uvek treba padati na (navodnog) titulara tog prava, a ne na dužnika ili bilo koje treće lice koje tuđe neprovereno pravo tereti.¹²¹ Time je učinjen drastičan zaokret u odnosu na prvobitnu regulativu iz čl. 55 st. 2 ZIP78, prema kojem prigovor protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave uopšte nije morao ni da bude obrazložen, a što je sa relativnom lakoćom prihvaćeno i u literaturi i u sudskoj praksi.¹²²

Međutim, ovde je važno napomenuti da je sudska praksa sa ciljem obezbeđenja što veće pravne sigurnosti i sprečavanja najočiglednijih zloupotreba procedure korigovala postupak izvršenja dvojako. Prvo, u slučaju da se izvršenje zahteva na osnovu onih verodostojnih isprava koje po pravilu sastavlja sam poverilac, sudovi naročito paze da priložene isprave uvek sadrže izvesne elemente iz kojih prema

¹²¹ G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, op. cit., 479.

¹²² S. Georgievski, 566; S. Dobrosavljev, op. cit., 45; S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), op. cit., 323; Rešenje Višeg trgovinskog suda Iž. 580/2006 od dana 22. 3. 2006. godine; Rešenje Privrednog apelacionog suda Iž. 54/2010 od dana 10. 2. 2010. godine.

opštim pravilima obligacionog prava nedvosmisleno proizlazi dužnikova *animus contrahendi* – na primer, isprava se ne može smatrati otpremnicom u smislu ZIO iako je tako naslovljena, ako ne sadrži odgovarajuće elemente i naročito potpis izvršnog dužnika,¹²³ blanko-menica priložena uz zahtev za izvršenje mora biti potpisana od strane izvršnog dužnika itd.¹²⁴ Usled toga se javlja kao neizbežna *inter legem* podela verodostojnih isprava na one u čijem je sačinjavanju učestvovao izvršni dužnik i one koje sačinjava sam izvršni poverilac, pri čemu je potonje lakše osporavati u slučaju spora,¹²⁵ te tako npr. izvod iz poslovnih knjiga o izvršenim komunalnim uslugama jeste verodostojna isprava na osnovu koje se može dobiti rešenje o izvršenju, ali je u pitanju „verodostojna isprava koju sastavlja sam izvršni poverilac, usled čega u slučaju spora teret dokazivanja da je u njemu u svemu pravilno opisano postojeće potraživanje nužno pada na izvršnog poverioca“.¹²⁶

Drugo, sudska praksa je uprkos zakonskim izmenama decidirano ostala pri stavu da izvršni dužnik nije dužan da uz prigovor prilaže bilo kakve dokaze da predmetno potraživanje nije nastalo, budući da je u pitanju negativna činjenica koja nije podobna za preliminarno dokazivanje pismenim ispravama već se jedino može raspravljati u kognicionom postupku.¹²⁷ Zastarelost potraživanja koja se ističe prigovorom izvršnog dužnika takođe mora da se posmatra kao negativna činjenica koja nije podobna da se dokazuje pismenim ispravama, već upravo proizlazi iz samog nedostatka kasnijih isprava ili drugih dokaza. Održavanje ovog shvatanja o odbranama zasnovanim na negativnim činjenicama nema utemeljenje u važećem slovu čl. 88 ZIO, ali ipak proizlazi iz širih pravnih načela i iz sistematskog tumačenja ZIO. Naime, Novelama 2019. je ponovo kao *specialis* uveden skraćeni postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave, koji je bio predviđen i u Zakonu o izvršnom postupku iz 2004,¹²⁸ a koji je prema čl. 326a ZIO primenjiv

¹²³ Rešenje Privrednog apelacionog suda Iž 1230/17 od dana 20. 9. 2017. godine.

¹²⁴ V. dalje: Mladen Nikolić, Nebojša Šarkić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju: treće izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni glasnik, Beograd, 2021, 170–172.

¹²⁵ *Ibidem*, op. cit., 169.

¹²⁶ Presuda Privrednog suda u Požarevcu P. 126/2023. od dana 8. 6. 2023. godine.

¹²⁷ „Navodi izvršnog dužnika izneti u izjavljenim prigovoru suštinski predstavljaju navode izvršnog dužnika da potraživanje iz verodostojne isprave za izvršnog dužnika nije nastalo. Pri takvom stanju stvari, i pri činjenici da se iz samih verodostojnih isprava ne može utvrditi da li je izvršni poverilac zaista imao važeći pravni osnov za fakturisanje usluga, to je jedino moguće učiniti izvesnim navode izvršnog dužnika u parničnom postupku, kao vrsti sudskog postupka zasnovanom na raspravnom načelu, u kojem se mogu izvesti svi relevantni dokazi u cilju utvrđivanja činjenica koje su ovde iznetim navodima dovedene u pitanje.“ Rešenje Privrednog suda u Požarevcu IPV(iv) 4/2022 od dana 17. 1. 2022. godine. V. dalje: M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit., 270–271.

¹²⁸ Zakon o izvršnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04.

samo između stranaka „za rešavanje čijih sporova je u skladu sa zakonom stvarno nadležan privredni sud“¹²⁹ i to isključivo na osnovu užeg kataloga verodostojnih isprava iz čl. 326b ZIO. Pored još kraćih rokova, skraćeni postupak karakteriše uži krug osnova za podnošenje prigovora izvršnog dužnika, pri čemu je jasnije i minuciozno regulisan teret tvrdnje odnosno teret dokazivanja. Naime, izvršni dužnik u skraćenom postupku može podneti prigovor isključivo u sledećim slučajevima: 1) ako je u ispravu unet neistinit sadržaj; 2) ako je isprava potpisana od strane neovlašćenog lica; 3) ako obaveza iz isprave nije dospela; 4) ako je obaveza iz isprave ispunjena; 5) ako istovremeno dospela obaveza izvršnog poverioca nije ispunjena; 6) ako potraživanje iz isprave nije prešlo ili nije preneto na izvršnog poverioca ili ako obaveza nije prešla ili nije preneto na izvršnog dužnika ili 7) ako je potraživanje iz isprave zastarelo. Pri tome je u skladu sa načelom formalnog legaliteta minuciozno određeno koje pisane dokaze izvršni dužnik treba da priloži u vezi kojeg osnova za prigovor,¹³⁰ ali uz prigovore u skraćenom postupku koji se zasnivaju na tome da potraživanje nije dospelo ili da je zastarelo nije potrebno prilagati dodatne dokaze, budući da je izričito propisano da osnovanost ovih prigovora treba da proizlazi iz same verodostojne isprave na osnovu koje je određeno izvršenje.¹³¹ Poželjno je da se navedena koncepcija iz novouvedenog skraćenog postupka, kojom se negira subjektivni teret dokazivanja u opravdanim slučajevima, *de lege ferenda* proširi i na opšti postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave, koji je po ovom pitanju primetno nedorečen. Bilo bi krajnje nepravično i na duže staze neodrživo da se doslovnim tumačenjem čl. 88 ZIO izvršnom dužniku nameće jedan preopterećujući i veštački konstruisan subjektivni teret dokazivanja koji nema nikakvo utemeljenje u opštim načelima parničnog postupka. Sa ovim se pretežno slaže i sudska praksa, u okviru koje se iskristalisao i učvrstio stav da postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave jeste postupak u kojem

¹²⁹ „Karakter tih pravila u odnosu na privredne subjekte može biti drugačiji od pravila koja se odnose na fizička lica, jer su privredni subjekti sposobni da štite sami svoje interese s obzirom da imaju zaposlene koji su stručni u određenim oblastima.“ Miroslav Vrhovšek, Vladimir Kozar, „Skraćeni izvršni postupak u trgovinskim stvarima i privremene mere u sporovima sa elementom inostranosti“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 5–6, Beograd, 2006, 4.

¹³⁰ Pravnosnažna sudska odluka kojom je utvrđena neistinitost isprave ili izvod iz centralnog registra hartija od vrednosti dokazuju da je u ispravu unet neistinit sadržaj; izvod iz registra o licu ovlašćenom za zastupanje u momentu izdavanja isprave dokazuje da je isprava potpisana od strane neovlašćenog lica; nalog za plaćanje u pismenoj ili elektronskoj formi na osnovu koga je izvršen prenos sredstava dokazuje da je predmetna obaveza ispunjena. Međutim, novelirani ZIO ne predviđa kojom ispravom izvršni dužnik u skraćenom postupku može da dokaže da nije došlo do promene na strani poverioca ili dužnika kako je navedeno u predlogu za izvršenje. G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, op. cit., 1073.

¹³¹ Čl. 326d tač. 4–5 u vezi sa čl. 326g st. 2 ZIO.

može doći do izjavljivanja materijalnopравnih prigovora, ali da to nije postupak podoban za konačno odlučivanje o osnovanosti izjavljenih prigovora.¹³²

Treba napomenuti da sam princip prinudne naplate potraživanja na osnovu verodostojnih isprava nije naišao na značajnije kontroverze tokom svoje dugogodišnje primene, već najviše problema u praksi izazivaju disproporcionalno visoki troškovi postupka, koji često prevazilaze iznos glavnog duga, delom i zbog procesnih zloupotreba od strane pojedinih izvršnih poverilaca. Pri tome, senzacionalističko i pristrasno izveštavanje medija o visokim troškovima izvršnog postupka i drugim problemima procesnopravne prirode, koji se tek sporadično javljaju u praksi, u široj javnosti su stvorili iskrivljenu sliku o izvršnoj proceduri i javnoizvršiteljskoj delatnosti.¹³³ Vredan je razmatranja predlog *de lege ferenda* da se izvršnom dužniku više ne nameće obaveza naknade troškova angažovanja advokata za sastavljanje predloga za izvršenje radi namirenja potraživanja na osnovu komunalnih usluga, sa obzirom da su pružaoci komunalnih usluga očigledno ekonomski jača strana za koju podnošenje ovakvih podnesaka predstavlja svakodnevnu rutinu u vezi koje im nije potrebna pravna pomoć,¹³⁴ makar kad su u pitanju potraživanja koja su po iznosu znatno ispod gornjeg praga od početne advokatske tarife.

Za razliku od problema u vezi visine troškova postupka, teško je sporiti samu opravdanost generalne obaveze izvršnog dužnika da naknadi troškove postupka izvršenja na osnovu verodostojne isprave, sa obzirom na to da ova obaveza počiva na dužnikovoj krivici. Ako je izvršni dužnik dobrovoljno ispunio svoju obavezu nakon što mu je dostavljeno rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, to ne znači da uopšte nije bilo potrebno vođenje postupka, već da je doneto rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave ispunilo svoju svrhu već u svom kondemnatornom delu koji odgovara platnom nalogu. Međutim, „izvršni dužnik nije skrivio plaćanje troškova izvršenja iako je glavni dug platio nakon podnošenja predloga za izvršenje

¹³² „U postupku po predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave izvršni sud odlučuje o osnovanosti predloga, a ne odlučuje o osnovanosti potraživanja. Kada odlučuje o prigovoru izvršnog dužnika, ne odlučuje o osnovanosti istaknutih materijalnopравnih prigovora, ni o osnovanosti potraživanja poverioca, već da li je izvršni dužnik naveo zakonom predviđene razloge i da li je tvrdnje u vezi sa postojanjem tih razloga učinio verovatnim.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda Iž 92/17 od dana 26. 1. 2017. godine.

¹³³ Dušan Protić, *Problemi i prepreke za pristup pravdi u izvršnom postupku iz perspektive zaštite potrošača sa modelima kontinuiranog praćenja prakse izvršenja*, Centar za evropske politike, Beograd, 2019, 4–6 i dalje.

¹³⁴ „Ugovaranje i pružanje advokatskih usluga za jednostavne, tipizirane poslove kao što je sastavljanje formularnog predloga za izvršenje na osnovu verodostojne isprave u komunalnim stvarima, sa svim podacima koje sastavljaju službe za naplatu JKP, predstavlja i koruptivni rizik, naročito imajući u vidu da su ovde poverioci preduzeća u javnoj svojini.“ *Ibidem*, 37.

ukoliko nije imao saznanja da je izvršni poverilac podneo predlog za izvršenje i nije bio opomenut od strane izvršnog poverioca na izvršenje dugovane obaveze.¹³⁵

UMESTO ZAKLJUČKA – NEKOLIKO REČI O SLOBODI I NAČELU SAVESNOSTI I POŠTENJA

Navedena pozitivnopravna regulativa pokazuje kako je domaći zakonodavac vođen očuvanjem procesne ekonomije svakako stavio istinu u drugi plan u parničnom postupku za izdavanje platnog naloga i s njim povezanim postupkom izvršenja na osnovu verodostojne isprave. Ispod obimnih i nesavršenih pozitivnopravnih normi,¹³⁶ navedeni građanski sudski postupci u svojoj suštini afirmišu i apeluju na slobodu subjekata koji u njima učestvuju. Na prvi pogled, pravo se čini kao jedno od najvažnijih ograničenja ljudske slobode, prevashodno zasnovano na prinudi koju država primenjuje, mada nije ni sva državna prinuda zasnovana na pravu. Međutim, upravo su određeni periodi ekscesivne državne prinude nevezane pravom ukazali da postoji nešto više (i složenije) od fizičke prinude što primorava (manje ili više slobodne) subjekte da se povinuju pravnim normama. Umesto da suzbija slobodu, pravo treba da se ističe kao garant slobode i da iz toga vuče svoj legitimitet. Pravna odgovornost subjekata se vezuje za njihovu savesnost i poštenje.¹³⁷ Podsetimo se reči osnivača Kopaoničke škole Slobodana K. Perovića – „Sloboda je neka vrsta pretpostavke savesnosti i poštenja.“¹³⁸ Pravno načelo savesnosti i poštenja istovremeno i pretpostavlja i ojačava slobodu, nalažući da država i pravo uvek polaze od (oborive) pretpostavke da će svi subjekti „živeti pošteno“ (*honeste vivere*),¹³⁹ a da su zloupotrebe prava i procesnih mehanizama tek izuzeci u životu slobodnih subjekata.¹⁴⁰

¹³⁵ Rešenje Višeg suda u Novom Sadu Gž. 586/2015 od dana 15. 3. 2016. godine.

¹³⁶ „Pozitivno pravo je nesavršeno i nezavršeno pravo, što za sobom povlači stalnu potrebu njegovog prilagođavanja zahtevima društvenog fakta u vidu većitih izmena i dopuna, bilo da je reč o evolutivnom ili revolucionarnom preobražaju sistema prava.“ Slobodan Perović, „Kultura prirodnog prava“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2000, XXX.

¹³⁷ „Savesnost i poštenje, taj plemeniti glas Univerzuma i njegov odjek u opredeljenom Individualitetu, čini pravni poredak svake organizovane zajednice bogatijim za još jednu dimenziju ljudskosti, humanijim za jedan viši stepen moralne dispozicije, za još jedan krug kulture mira i vrline pravde.“ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018, 965.

¹³⁸ *Ibidem*, 984.

¹³⁹ „Onaj pravni poredak koji sopstvenim činom ili agresijom drugih liši sebe epiteta savesnosti i poštenja, pretvara podnošljivo polje prava u nepodnošljivo 'zakonsko nepravo', i koji na taj način briše prvu zapovest Digesta – *honeste vivere*.“ *Ibidem*, 1052.

¹⁴⁰ *Bona fides semper praesumitur, nisi mala adesse probetur* (Dobra vera se uvek pretpostavlja, osim ako se dokaže zla), poručuje glosa Dina Mugelana (*Dinus Mugellanus*), Dyni Muxellani, *Commentaria in regulas iuris pontificii*, apud ant. Vincentium, Lugdunum, 1551, 272.

Načelo savesnosti i poštenja ima svoju materijalnu dimenziju, koja se odnosi na postupanje subjekata u raznolikim odnosima građanskog prava,¹⁴¹ i procesnu dimenziju, koja se odnosi na postupanje procesnih subjekata u okviru određenog sudskog postupka. Načelo savesnosti i poštenja ima više funkcija,¹⁴² a čvrsto utemeljeno pravo na pravni lek jeste jedan od najboljih puteva za ostvarenje ograničavajuće funkcije ovog načela prema titularu prava. Zbog toga je neophodno posmatrati pravo na pravno sredstvo i pravni lek kao krucijalna subjektivna prava koja zahtevaju kategorički definisane procedure u okviru kojih je suprotstavljenim strankama pružena „jednakost oružja“. Pri tome, načelo savesnosti i poštenja može da se manifestuje u prekluzivnim rokovima u okviru kojih stranke mogu preduzimati procesne radnje, zabrani ponovnog ili nepotrebnog isticanja činjenica radi prolongacije postupka, kao i u obavezi naknade troškova postupka.¹⁴³ Sa druge strane, preterano ocenjivanje same dopuštenosti određenog pravnog lek od slučaja do slučaja jeste jedan od primera kako se pozivanjem na načelo savesnosti i poštenja stvara „veliki rizik da bude povređena pravna sigurnost i podrivena zgrada zakonskog prava“.¹⁴⁴ Nema naročitu težinu kritika kako mogućnost stranke u postupku da podnese pravni lek sa različitim ciljevima, pa i samo da bi odložila nastupanje pravnosnažnosti odluke, predstavlja jedan od primera koji „pokazuju svu poroznost ovog načela jer ne postoji nijedan objektivizovan korektiv kojim bi se stranke primorale na navedeni vid postupanja“.¹⁴⁵ Naprotiv, navedeni primer pokazuje kako je zakonodavac koristio kategoričku odredbu da uredi bez izuzetaka onu situaciju u kojoj je pravna sigurnost najpotrebnija.

Kao ustavom zajemčeno subjektivno pravo, „pravo na zakonitu, jednaku i pravičnu pravnu zaštitu priznaje se svakom licu koje smatra da ima potrebu za pravnom zaštitom, bez obzira na to da li je ono pokrenulo postupak pravne zaštite ili je postupak pokrenut protiv njega“.¹⁴⁶ Zbog toga se treba zapitati koji je smisao i odakle potiče opravdanost preterano strogog sudskog postupka u kojem se ne pruža skoro nikakvo inicijalno poverenje tvrdnjama određene stranke, i to upravo u vezi onih obligacionih odnosa koje na supstancijalnoj ravni naročito karakteriše

¹⁴¹ V. *inter alia*: Slobodan Panov, Miloš Stanković, „Načelo savesnosti i poštenja u nekim ugovornim odnosima naslednog i porodičnog prava“, *Zbornik radova „Pravo i vrijednosti“*, Istočno Sarajevo, 2019, 307–328.

¹⁴² V. S. Perović, D. Stojanović, op. cit., 110–131.

¹⁴³ G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 230–231.

¹⁴⁴ S. Perović, D. Stojanović, op. cit., 109.

¹⁴⁵ R. Keča, M. Knežević, op. cit., 165.

¹⁴⁶ G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 21.

načelo jednakosti učesnika, prema kojem je svaki učesnik u obligacionom odnosu „jednak među jednakima i opšti samo sa onima koji su mu ravni“.¹⁴⁷ Iako je odveć napušteno starije shvatanje da je pravo na pravnu zaštitu samo derivat određenog materijalnog subjektivnog prava, ipak je neophodno posmatrati ona ovlašćenja koja pripadaju subjektu kao titularu subjektivnog materijalnog prava u pravnom životu i ona procesna ovlašćenja koja pripadaju subjektu kao stranci u postupku kao „lice i naličje jednog istog društvenog fenomena“.¹⁴⁸

Da nema poverenja u savesnost i poštenje slobodnih subjekata, opisani sumarni postupci bi bili nedopustivi, a koncept verodostojne isprave besmislen. Ali to što navedeni postupci postoje uz sve veći značaj u praksi pokazuje da ni ljudi ni organi vlasti ne mogu da se u svemu vode maksimumom „*homo homini lupus est*“, niti je moguće da sud prevrne kamen svakog imovinskog prava u vezi kojeg se traži sudska zaštita. U skladu sa prirodom predmetnih obligacionih prava i načelom jednakosti, glavni korektiv disponiranja tužioca odnosno izvršnog poverioca u ovim postupcima jesu disponiranja suprotne strane (tuženog odnosno izvršnog dužnika) kojem zakon i naročito sudska praksa nastoje pružiti „jednakost oružja“, dok je inicijalna aktivnost suda ograničena na preliminarna ispitivanja podnesaka. Umesto oslanjanja na preteranu autoritativnu kontrolu, zakonodavac u ovoj sferi pravi legislativni „skok vere“ i prihvata da su subjekti slobodni da propisno ili nepropisno vrše svoja prava, ali ipak pruža veru da će većina slobodnih subjekata u većini slučajeva postupati savesno i pošteno, bez zloupotreba subjektivnih prava ili procesnih mehanizama za njihovo ostvarenje.¹⁴⁹

Doduše, ne manjkaju slučajevi kada je *homo physicus* nastojao da ospori svaku vrednost i da uskrati poverenje i nomosu i slobodi, negirajući čak i konzistentnost svojim neprijateljstvima, antagonizujući celokupne populacije kroz apsurdne i na duže staze neodržive mere kontrole, te gradeći panoptikonske arene na granicama, aerodromima, utakmicama¹⁵⁰ i drugim manifestacijama. Ali, sa obzirom da

¹⁴⁷ S. Perović, D. Stojanović, op. cit., 107.

¹⁴⁸ „Tek njihova sinteza predstavlja potpun pravni izraz društvenog odnosa reguliranog pravnim poretom.“ Siniša Triva, *Rječnik građanskog procesnog prava*, Informator, Zagreb, 1968, 84.

¹⁴⁹ „Pravda nije lepo da je čovek bez uzroka i preko razloga niti podozriteljan niti neuvjeriteljan, no s onima koje poznaje. A one koje ne poznaje, ne misleći o njima nikakvo zlo, dozvoljeno je ne nagliti se, no čekati za moći po njihovom postupku i načinu življena o njima suditi. Dobronaravan i pravoserdčan čovek lasno veruje, al' se lasno i prevvari, pak ako je u malenoj vešti, nek ide. Bolje se kadgod i prevariti nego za svaku bezdelicu i bagatelu podozrenije imati. Koliko se zamršeni-ji i potajeniji jedan posao vidi, toliko više valja stajati na oprezu.“ Dositej Obradović, *Basne*, Ringier Axel Springer doo, Beograd, 2013, 18.

¹⁵⁰ Jedan od najpoznatijih primera današnje prevlasti fizisa jeste problem takozvanog „obezbeđenja“ na fudbalskim utakmicama u RS. Angažovanje policije na utakmicama koje nisu ni naročito

razuđena pena postmoderne ne dopušta pravi totalitarizam,¹⁵¹ vremenom se iznova pokazuje da čovek može da sumnja, ali ne može da potpuno negira savesnost i poštenje.¹⁵² Prema tome, neka *homo physicus* nastavi da bije svoje bitke, ali neka pritom ostavi makar građanski sudski postupak da se neometano razvija u skladu sa načelom savesnosti i poštenja.

BOŽIDAR V. STOJILJKOVIĆ, LL.M.
Associate at the Commercial Court in Požarevac

OBSERVATIONS REGARDING SUMMARY CIVIL PROCEDURES

Summary

Adjudication is a delicate process that should be done in accordance with certain basic legal principles, but also without ignoring the numerous physical limitations of adjudicators. This article starts with an attempt to give relatively brief answers to questions on what truth is and how truth is related to law, after which several legal institutes that limit the importance of truth in adjudication are described, including procedural economy and legal certainty. The article then analyzes two summary civil procedures that are very important in the Republic of Serbia: proceedings for the issue of payment order and enforcement proceedings based on credible documents. These procedures are tightly interconnected and both serve as more efficient ways to enforce monetary civil obligations instead of regular litigation. Critical attention is given to the current regulation regarding the debtor's objection against the writ of execution based on a credible document. Instead of a repetitive conclusion, the article ends with an excursus on the significance of freedom, conscientiousness and honesty, acknowledging their fundamental importance in the aforementioned summary procedures.

Key words: truth, order for payment, enforcement procedure, credible document, conscientiousness and honesty

važne u svetu sporta često priliči opštoj ratnoj mobilizaciji, ali su sami učinci krajnje dubiozni. V. *inter alia*: Branislav Babić, Anja Koprivica, „Violence at sports events – phenomenological characteristics and practical problems“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 2, 2021, 85–97.

¹⁵¹ „Vidimo kako i zašto je nepovratno prošlo doba velikih, sveobuhvatnih ujedinjujućih krugova, kao i egzegeta koji im se klanjaju. Morfološki uzor polisferičkog sveta u kome danas živimo nije više kugla, nego pena. Strukturno posmatrano, današnja umreženost čitavog sveta, sa svim njegovim izručivanjem u virtuelno, manje je globalizacija, a više penjenje.“ Peter Sloterdijk, *Sfere I: Mehurovi*, Fedon, Beograd, 2010, 72–73.

¹⁵² „Razume se sve to ne treba da nas obeshrabri, jer istorija naše civilizacije očito govori da je organizovana umnost čovečanstva sposobna i snažna da nas oslobodi raznih okova prinude i da nas izvede na put života i slobode kao osnovnih prirodnih prava i kao činjenice da svi dolazimo i odlazimo na isti način.“ S. Perović (2018), op. cit., 984–985.

Literatura

- Aristotel, *Metafizika*, Kultura, Beograd, 1971.
- Babić B., Koprivica A., „Violence at sports events – phenomenological characteristics and practical problems“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 2, Beograd, 2021.
- Bajović V., *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Bodiroga N., *Novi Zakon o parničnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Bodiroga N., *Novi izvršni postupak: drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022.
- Brkić S., „Teret dokazivanja u krivičnom i parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2012.
- Cummins E., „Polygraph tests don't work as lie detectors and they never have“, *Popular Science*, 20. 9. 2018, <https://www.popsoci.com/polygraph-test-science/>.
- Dajović G., *Osnovi pravnog rasuđivanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2023.
- David M., „The Correspondence Theory of Truth“, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 28. 5. 2015, <https://plato.stanford.edu/entries/truth-correspondence/>.
- Dobrosavljev S., „Izvršenje na osnovu verodostojne isprave“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 5, Novi Sad, 1980.
- Gavrilović B. Ž., „Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama od 1929. godine“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2021.
- Georgievski S., „Novine u postupku prinudnog izvršenja obligacija“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–5, 1978.
- Hefe O., *Pravda – filozofski uvod*, Akademska knjiga, Novi Sad, 2008.
- Hiber D., Živković Miloš, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd, 2015.
- Jakšić A., *Građansko procesno pravo, 11. izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.
- Jakšić A., *Međunarodno privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2021.
- Kaplow L., „Information and the Aim of Adjudication: Truth or Consequences?“, *Stanford Law Review*, No. 6, Vol. 67, 2015.
- Keča R., „O osnovnim načelima Zakona o izvršenju i obezbeđenju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2012.
- Keča R., „O teretu dokazivanja u parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, 2013.
- Keča R., Knežević M. S., *Građansko procesno pravo: priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.

- Knežević M., „Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2014.
- Lukić R. D., *Teorija države i prava II Teorija prava*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, 1995
- Lukić R. D., *Uvod u pravo: prvo prerađeno izdanje dvanaestog izmenjenog Lukićevog izdanja iz 1995*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Mesarović K. M., „Izvršenja na osnovu verodostojne isprave prema odredbama novela Zakona o izvršnom postupku“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 3, Novi Sad, 1991.
- Milutinović Lj., „Primena pravila o teretu dokazivanja“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 3, Beograd, 2007.
- Money Talks* (ed. Kent R. W.), Facts On File Publications, New York, 1985.
- Muxellani D., *Commentaria in regulas iuris pontificii*, apud ant. Vincentium, Lugdunum, 1551.
- Nikolić M., Šarkić Nebojša, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju: treće izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni glasnik, Beograd, 2021.
- Obradović D., *Basne*, Ringier Axel Springer doo, Beograd, 2013.
- Orelj Z. N., „Obračun zarade i naknade zarade kao izvršna isprava“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 10–12, Beograd, 2014.
- Panov S, Stanković M, „Načelo savesnosti i poštenja u nekim ugovornim odnosima naslednog i porodičnog prava“, *Zbornik radova „Pravo i vrijednosti“*, Istočno Sarajevo, 2019.
- Perović S., Stojanović D. (gl. red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima: knjiga prva*, Kulturni centar Gornji Milanovac, 1980.
- Perović S., „Kultura prirodnog prava“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2000.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018.
- Petrović Z., Stošić S., „O osnovnim načelima izvršnog postupka“, *Pravo i privreda*, br. 1–3, Beograd, 2016.
- Platon, *Kratil, Teetet, Sofist, Državnik*, Plato, Beograd, 2000.
- Poznić B., *Komentar Zakona o parničnom postupku: prema tekstu zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- Pravni leksikon: Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje* (ur. Blagojević B. T.), Savremena Administracija, Beograd, 1970.
- Protić D., *Problemi i prepreke za pristup pravdi u izvršnom postupku iz perspektive zaštite potrošača sa modelima kontinuiranog praćenja prakse izvršenja*, Centar za evropske politike, Beograd, 2019.
- Protić D., *Kad izvršitelj pokuca na vrata*, Centar za evropske politike, Beograd, 2020, <https://otvorenavratapravosudja.rs/media/kad-izvršitelj-pokuca-na-vrata.pdf>.
- Radovanov A., „Bitne karakteristike novog zakona o parničnom postupku II deo“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 1, Novi Sad, 2012.

- Rajović V., Todorović V., *Građansko procesno pravo sa tekstom Zakona o parničnom postupku*, Projuris, Beograd, 2018.
- Ristić V., „Platni nalog i izvršenje na osnovu verodostojne isprave“, *Pravni život*, br. 11–12, Beograd, 1989.
- Ristić V., Matković Stefanović T., Ristić S., *Praktikum za izvršenje*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Shapiro F., „You Can Quote Them“, *Yale Alumni Magazine*, No. 1, 2010, <https://yalealumni-magazine.org/articles/2967-you-can-quote-them>.
- Sloterdijk P., *Sfere I: Mehurovi*, Fedon, Beograd, 2010.
- Spinoza B. de, *Etika: geometrijskim redom izložena i u pet delova podeljena (treće izdanje)*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, 1983.
- Stanković G., Palačković D., Trešnjev A., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju: drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Stanković G., *Zakon o parničnom postupku prema stanju zakonodavstva od 11. marta 2020. godine: objašnjenja, tumačenje i stvarni registar*, Službeni glasnik, Beograd, 2022.
- Stanković G., Boranijašević V., *Građansko procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2023.
- Triva S., *Rječnik građanskog procesnog prava*, Informator, Zagreb, 1968.
- Triva S., Belajec V., Dika M., *Novo parnično procesno pravo*, Informator, Zagreb, 1977.
- Triva S., Belajec V., Dika M., *Sudsko izvršno pravo: opći dio, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Informator, Zagreb, 1984.
- Vrhovšek M., Kozar V., „Skraćeni izvršni postupak u trgovinskim stvarima i privremene mere u sporovima sa elementom inostranosti“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 5–6, Beograd, 2006.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

UPOTREBA VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U PRAVOSUDNOM SISTEMU I NJEN UTICAJ NA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA

Sistem veštačke inteligencije je usko vezan za tehnološki razvoj i iako je u pojedinim sferama poslovanja javnog i privatnog sektora, dostigao svoj pun značaj i uživa veliki oslonac, u pravosudnom sistemu je još uvek u začetku, uprkos tome što je potencijal inovativnih tehnologija u poboljšanju efikasnosti pravosuđa, neupitan. Snažan sektor pravne tehnologije u pravosudnom sistemu doprinosi digitalnom suverenitetu i od velikog značaja je za bolji pristup pravdi i približavanju građana sudu. Da bi se to postiglo, važno je otvoriti pristup „pravnim“ informacijama, što se smatra kamenom temeljcem prava na pravično suđenje i sredstvom za unapređenje pravosudnog sistema. Upravo unapređenje pristupa „pravnim“ podacima i omogućavanje njihove upotrebe, od suštinskog je značaja za stvaranje snažnog sektora veštačke inteligencije u pravosudnom sistemu. S druge strane, napetost između prednosti tehnologije i rizika za naša ljudska prava postaje sve očitija, pa je potrebno uspostaviti ravnotežu između tehnološkog razvoja i zaštite ljudskih prava, tako prevenirati podrivanje ljudskih prava favorizovanjem veštačke inteligencije.

Ključne reči: *veštačka inteligencija, VI pravosudni sistem, ljudska prava*

POJAM VEŠTAČKE INTELIGENCIJE

Veštačka inteligencija (u daljem tekstu: VI) je simulacija procesa ljudske inteligencije pomoću mašina, posebno računarskih sistema. Specifičnost primene veštačke inteligencije uključuje ekspertske sisteme, obradu prirodnog jezika,

prepoznavanje govora i mašinski vid. VI predstavlja kombinaciju nauke, teorije i tehnika posvećenih unapređenju sposobnosti mašina da obavljaju radnje za koje je potrebna inteligencija, a sve u cilju postizanja konkretnog cilja.¹ Sistem veštačke inteligencije (VI sistem) predstavlja sistem obrade podataka, koji mašina koristi, a koje podatke je prethodno uneo čovek, da bi se napravio određeni model odluke, sagledalo okruženje, a najčešće da bi se zamenio čovek u izradi takvih odluka ili projekcija. Za VI sistem, ključan je model, odnosno prikaz spoljašnjeg okruženja, a ono što na kraju omogućava da se od unetih podataka dobije rezultat, predstavlja algoritam.² S obzirom na dinamiku razvoja ove oblasti, efekti VI na ljudska prava su dalekosežni i potrebno je uspostaviti ravnotežu između njenog razvoja i zaštite osnovnih prava.

DIGITALIZACIJA PRAVOSUĐA

Potencijal inovativnih tehnologija u poboljšanju efikasnosti pravosuđa je značajan. Može se reći da je sektor pravne tehnologije mlad, ali izuzetno brzo raste. Ulaganja u pravnu tehnologiju su najznačajnija u SAD i očekuje se da će samo globalno tržište legalnog VI softvera imati rast od 30% i dostići 1,8 milijardi dolara u 2026. godini.³ Evropska unija je savršeno prikladna da takođe iskoristi ovu priliku. Naime, SAD i Azija ulažu masovno u ovaj sektor, ali Evropa ima dobro uspostavljenu pravnu tradiciju koja je pozicionira kao prirodnog lidera u ovoj oblasti.⁴

Snažan sektor pravne tehnologije doprinosi digitalnom suverenitetu i konkurentnosti EU. Dostupnost efikasnih alata u toj oblasti, važan je podsticaj za multinacionalne kompanije u njihovom izboru destinacija za investiranje. Ovi alati će oblikovati budućnost pravnog sistema. Razvoj snažnog pravnog tehnološkog sektora je od velikog značaja da bi se obezbedio bolji pristup pravdi i očuvala demokratija približavanjem građana javnom sektoru. Pristup „pravnim“ informacijama se smatra kamenom temeljcem prava na pravično suđenje i sredstvom za unapređenje pravosudnog sistema. Otvaranje pravnih i administrativnih podataka ka javnosti takođe doprinosi javnoj transparentnosti i unapređenju javne odgovornosti. Prema tome, potrebno je promovisati razvoj i implementaciju inovativnih

¹ V. više: „Veštačka inteligencija: Deset koraka za zaštitu ljudskih prava“, Preporuke Saveta Evrope, www.coe.int

² *Ibidem.*

³ Comments regarding the Roadmap on the digitalisation of justice in the EU Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), 4. 9. 2020.

⁴ *Ibidem.*

tehnologija za sudije i advokate, zasnovanih na veštačkim obaveštajnim rešenjima koja će potencijalno pojednostaviti i ubrzati procedure (na primer uvođenjem lako dostupnih, jasnih i preglednih aplikacija).⁵

Kriza izazvana kovidom 19, naglasila je potrebu da se vodi digitalna transformacija pravde kako bi se osigurao pristup sudu i kontinuitet sudskih postupaka, kako je naglasio komesar za pravosuđe Didije Reijnders u svom pismu upućenom Udruženju pravnika i advokata EU.⁶

Digitalizacija u pravosuđu bi mogla da se identifikuje i unapređuje u tri pravca. Naime, potrebna je veća dostupnost podataka u predmetnom sektoru, zatim veća podrška razvoju VI rešenja, najzad obezbeđenje finansijske i operativne podrške za digitalnu transformaciju pravosuđa, kao i obuka osoblja.

Unapređenje pristupa „pravnim“ podacima i omogućavanje njihove upotrebe je od suštinskog značaja za stvaranje snažnog sektora veštačke inteligencije u pravosudnom sistemu. Potrebne su velike količine podataka u pravcu izgradnje inovativnih i efikasnih modela mašinskog učenja, a posebno je važno da postoji pristup relevantnim pravnim izvorima, odnosno sudskoj praksi svih sudova konkretne države, tim pre što je priroda ovih izvora javna. Ipak se u nekim državama i to pokazalo kao nedostižno, pa je tako u Francuskoj, na primer, samo 1% odluka sudova i tribunala besplatno dostupno na internetu.⁷ Ograničavanje upotrebe relevantnih pravnih podataka, sprečava inovacije u pravosudnom sistemu, pa tako nedostatak harmonizacije između nacionalnih režima u pogledu pristupa informacijama, otežava sprovođenje prekogranične saradnje i narušava cilj jedinstvenog digitalnog „pravosudnog tržišta“ dostupnosti internacionalnih pravnih izvora. Da bi se stvorio zajednički, recimo, evropski prostor pravosudnih podataka i mogućnost međudržavne upotrebe istih, neophodno je osposobiti inovativne pravno – tehnološke aplikacije koje istovremeno pomažu pravnim stručnjacima i podstiču pristup pravdi za građane, što sve, kako je napred ukazano, zahteva otvaranje podataka na polju pravde. Proširenje dostupnosti skupova pravnih podataka visoke vrednosti je imperativ za postizanje što obimnije baze podataka u cilju ustanovljavanja konkurentnog sektora pravne tehnologije, u vezi sa čim je radna

⁵ COM (2018) 434 „Annexes to the Proposal for a Regulation establishing the Digital Europe programme for the period 2021–2027“.

⁶ „Ova kriza manifestuje važnost digitalnog pravosuđa. Moramo pojačati naše napore da osiguramo punu digitalizaciju sudskih postupaka i siguran digitalni kanal za sve postupke pravosudne saradnje.“ https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/didier-reynders-letter-to-ccbe-re-concerns-covid-19-measures-doc_0.pdf.

⁷ Francuska je na 22. mestu u pogledu dostupnosti sudske prakse, v. EU Justice Scoreboard 2020, prikaz 28, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2020_en.pdf.

grupa Saveta EU za e-pravo svojoj belešci zaključila: „Čini se da je sudska praksa vrhunski primer skupova podataka visoke vrednost.“⁸ Podrazumeva se da je, kada je reč o ličnim podacima i privatnosti, pravilo o dostupnosti pravnorelevantnih informacija, isključeno.

Digitalizacija pravosudnog sistema posebno zahteva razvoj inovativnih alata dizajniranih za ovaj sektor, uzimajući u obzir potrebe kako pravnika, tako i građana, odnosno potencijalnih ili aktuelnih stranaka u sporu. Tehnološke kompanije širom sveta masovno ulažu u istraživanje i unapređenje ovih alata, koji su često zasnovani na tehnologijama veštačke inteligencije. S obzirom na napore potrebne za ovu svrhu, potrebno je ustrojiti i regulativu na polju VI, potom ustanoviti kriterijume za procenu rizika, što je ključno za primenu ovih alata u sektoru pravde, kako bi u konačnici korisnici imali poverenje u verodostojnost traženih podataka.⁹ Tek na ovako sveobuhvatan način, pruža se operativna podrška za digitalnu transformaciju pravosuđa. Osim toga, valja pomenuti da je kriza izazvana kovidom 19 bila „prilika“ da se izvrši tranzicija u načinu funkcionisanja pravde i u mnogim državama su pravni stručnjaci i profesionalci u oblasti prava (advokati, sudije, administrativno osoblje) podstaknuti da budu digitalno obučeni, a sudovi digitalno opremljeni.

ZADIRANJE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U LJUDSKA PRAVA

Veštačka inteligencija je jedna od najvažnijih strateških tehnologija 21. veka i takođe bi mogla da ima sve veći uticaj na pravosudne sisteme. Digitalizacija pravosudnih sistema može rezultirati obiljem podataka koji mogu hraniti sisteme veštačke inteligencije. Što je više podataka dostupno, to više VI usavršava modele poboljšavajući njihovu sposobnost predviđanja.¹⁰

Tehnološki razvoj vođen veštačkom inteligencijom ulazi u sve više aspekata života svakog pojedinca, od pametnih kućnih aparata do društvenih medija, aplikacija, a sve više se primenjuje i na državnom nivou, u cilju procene kompetencija ličnosti i veština ljudi, dodeljivanja resursa i donošenja odluka, gde može imati stvarne i ozbiljne posledice po ljudska prava pojedinaca. U tom smislu je potrebno

⁸ Projekti vezani za otvaranje podataka u e-pravda Akcionom planu (12091/4/19 REV 4) <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12091-2019-REV-4/en/pdf>, 9. 9. 2023.

⁹ Na primer, prediktivni rad policije može predstavljati velike rizike, kao što pokazuju postojeći slučajevi upotrebe. S druge strane, inovacije usmerene na pomoć pravnim stručnjacima, kao što je sastavljanje ugovora ili rešenja za pametna pravna istraživanja, verovatno neće predstavljati posebne rizike.

¹⁰ *Ibidem.*

uspostaviti ravnotežu između tehnološkog razvoja i zaštite ljudskih prava i prevenirati podrivanje ljudskih prava favorizovanjem veštačke inteligencije. Kako bi uticaj veštačke inteligencije bio ublažen na ljudska prava, potrebno je obezbediti da svi koji imaju posredan ili neposredan uticaj na razvoj ili primenu sistema veštačke inteligencije, imaju neophodno znanje i razumevanje uticaja veštačke inteligencije na ljudska prava.¹¹

Etička povelja o upotrebi veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima i njihovom okruženju, predviđa pet principa.

1. Princip poštovanja osnovnih prava: obezbediti projektovanje i implementaciju alata veštačke inteligencije, a usluge učiniti kompatibilnim sa osnovnim pravima.

2. Princip nediskriminacije: posebno sprečiti razvoj ili intenziviranje bilo kakve diskriminacije između pojedinaca ili grupa pojedinaca.

3. Princip kvaliteta i sigurnosti: u pogledu obrade sudskih odluka i podataka koristiti sertifikovane izvore i nematerijalne podatke sa modelima razrađenim na multidisciplinarni način, u bezbednom tehnološkom okruženju.

4. Princip transparentnosti, nepristrasnosti i pravičnosti: učiniti pristupačnim i razumljivim metode obrade podataka i ovlastiti eksterne revizije.

5. Princip „pod kontrolom korisnika“: isključuje nepredvidiv pristup i obezbeđuje korisnicima informisanost i kontrolu izbora.¹²

Poštovanjem ovih principa, upotreba VI u pravosudnim sistemima, bila bi bezbedna.

Ključno je ojačati ljudska prava i sprečiti da ih podriva veštačka inteligencija, u kom pravcu je nužno pronalaženje prave ravnoteže između tehnološkog razvoja i zaštite ljudskih prava.¹³

Napetost između prednosti tehnologije i rizika za naša ljudska prava postaje najočitija u oblasti prava na privatnost i prava na ravnopravnost. Privatnost je osnovno ljudsko pravo, neophodno za dostojanstven i bezbedan život. Naime, u digitalnom okruženju, dok koristimo aplikacije i platforme društvenih medija,

¹¹ V. više: „Algorithms and Human Rights“, Council of Europe Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications, <https://rm.coe.int/0900001680795680>, 11. 9. 2023.

¹² European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment, koju je usvojila Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (CEPEJ) na plenarnoj sednici u Strazburu, 3–4 Decembra 2018. godine.

¹³ <https://www.coe.int/en/web/commissioner/thematic-work/artificial-intelligence>

prikupljaju se velike količine ličnih podataka – sa ili bez našeg znanja – i mogu se koristiti za profilisanje i anticipiranje našeg ponašanja. Dajemo podatke o svom zdravlju, političkim idejama i porodičnom životu, a da ne znamo ko će, u koju svrhu te podatke koristiti i zašto. Jer, tehnika funkcioniše na osnovu onoga što joj ljudi govore. Ako se sistem hrani ljudskim predrasudama (svesnim ili nesvesnim), rezultat će neizbežno biti pristrasan. Nedostatak raznolikosti i uključenosti u dizajn sistema veštačke inteligencije je stoga ključna briga: umesto da naše odluke učini objektivnijim, VI bi mogla da pojača diskriminaciju i predrasude dajući im privid objektivnosti. Tako često žene, etničke manjine, osobe sa invaliditetom posebno pate od diskriminacije zbog pristrasnih algoritama. Kada donošenje odluka zasnovano na podacima, odražava društvene predrasude, ono reprodukuje – pa čak i pojačava – predrasude toga društva. Ovaj problem često su pokretali i akademska zajednica i nevladine organizacije, koje su usvojile Torontsku deklaraciju,¹⁴ pozivajući na zaštitne mere kako bi se sprečilo da sistemi mašinskog učenja doprinesu diskriminatornoj praksi. U tom smislu neophodno je ojačati polje na „VI pismenosti“ ljudi, tako što će države uložiti više u inicijative za podizanje svesti javnosti i obrazovanje, u pravcu razvoja relevantnih kompetencija građana, a posebno mlađih generacija, da se pozitivno angažuju sa VI tehnologijama i bolje razumeju njihove implikacije na naše živote. Konačno, nacionalne strukture za ljudska prava treba da budu opremljene da se nose sa novim vrstama diskriminacije koje proističu iz upotrebe VI.¹⁵

Odluke donete bez dovođenja u pitanje rezultata pogrešnog algoritma, mogu imati ozbiljne posledice po ljudska bića. Na primer, ako softver koji se koristi za donošenje odluka o zdravstvenim ili drugim socijalnim, ekonomskim beneficijama, bude opremljen oprečnim podacima i isključi ljude koji su na njih imali pravo, ono ima posledice širokih razmera na socijalno-ekonomsku politiku tog društva, a naročito za pojedince koji su nosioci tih beneficija. Isto može zadesiti i sudske odluke, donete primenom alata VI sistema, ako se rizici ne razmotre sa posebnom stručnom pažnjom.

Sa kontinuiranom ekspanzijom vladavine veštačke inteligencije, napetost između veštačke inteligencije i ljudskih prava se sve više manifestuje kako tehnologija postaje centralna u našem svakodnevnom životu i funkcionisanju društva. Pošto se veštačka inteligencija doživljava kao poboljšanje modernog društva, nedostatak

¹⁴ Deklaracija iz Toronta je značajan pravni akt o zaštiti ljudskih prava u doba veštačke inteligencije, objavljena je 16. 5. 2018. godine. Deklaraciju je naširoko podržala globalna zajednica za ljudska prava. <https://www.torontodeclaration.org/>, 12. 9. 2023.

¹⁵ https://www.coe.int/en/web/commissioner/view/-/asset_publisher/ugj3i6qSEkhZ/content/in-the-era-of-artificial-intelligence-safeguarding-human-rights/pop_up?inherentRedirect=true, 1. 8. 2023.

strogih politika zaštite podataka nudi tehnološkim kompanijama društvo spremno za digitalnu eksploataciju. Sa malo regulative ili odgovornosti, ove kompanije slobodno ulaze u živote građana i više krše ljudska prava. Od podsticanja diskriminacije do invazivnih nadzora, VI se pokazala kao pretnja jednakoj zaštiti, ekonomskim pravima i osnovnim slobodama. Da bi se ovi trendovi preokrenuli, u našim društvima koja se digitalno transformišu treba primeniti odgovarajuće pravne standarde. Veća transparentnost u procesima donošenja odluka VI, bolja odgovornost za tehnološke gigante i sposobnost civilnog društva da izazove implementaciju novih tehnologija u društvu su preko potrebni. „Pismenost veštačke inteligencije“ takođe treba podsticati kroz ulaganje u javnu svest i obrazovne inicijative, koje bi pomogle zajednicama da nauče ne samo o funkcijama veštačke inteligencije, već i o njenom uticaju na naš svakodnevni život. Ukoliko se ne primene odgovarajuće mere za zaštitu interesa ljudskog društva, budućnost ljudskih prava u ovoj eri tehnologije ostaje neizvesna.¹⁶ U tom smislu, potrebno je podići svest o implikacijama VI sistema na ljudska prava, tako da svi oni koji su direktno ili indirektno uključeni u razvoj ili primenu sistema veštačke inteligencije, imaju neophodno znanje i razumevanje uticaja veštačke inteligencije na ljudska prava.¹⁷ Imajući u vidu da talas VI revolucije može negativno uticati na ekonomska i socijalna prava, pre svega prava na rad, s obzirom na to da direktno utiče na smanjenje broja dostupnih i potrebnih radnih mesta, postoji potreba da se razvije socijalni sistem upravljanja koji može zaštititi prava na zapošljavanje ljudi u eri veštačke inteligencije.

U svim sistemima javnih usluga nameće se imperativ obezbeđivanja visokokvalitetnih usluga u kratkom roku, što, podjednako, važi i za pravosudne sisteme. Upotreba informacionih i komunikacionih tehnologija (IKT) u pravosudnim sistemima, uključujući digitalizaciju, može doprineti povećanju kvaliteta pravosudnog sistema, na šta je ukazala i Varšavska deklaracija.¹⁸ Naime, dostupnost elektronskih sredstava tokom sudskog postupka može poboljšati pristup pravdi i smanjiti kašnjenja i troškove. IKT sistemi u sudovima mogu olakšati primenu

¹⁶ Sahajveer Baweja, Swapnil Singh, „Beginning of Artificial Intelligence, End of Human Rights“, July 16th, 2020, <https://blogs.lse.ac.uk/humanrights/2020/07/16/beginning-of-artificial-intelligence-end-of-human-rights/>.

¹⁷ „Responsibility and AI“, Prepared by the Expert Committee on human rights dimensions of automated data processing and different forms of artificial intelligence (MSI-AUT), Council of Europe study DGI (2019)05, Rapporteur: Karen Yeung, <https://rm.coe.int/responsability-and-ai-en/168097d9c5>.

¹⁸ Generalna skupština Evropske mreže saveta za pravosuđe u Varšavi je donela Varšavsku deklaraciju o budućnosti pravde u Evropi, 1–3 juna 2016, kojom su predviđene smernice za unapređenje pravosudnih sistema u Evropi. https://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Warsaw/encj_war_saw_declaration_final.pdf

zakonodavstva EU i igrati sve veću ulogu u prekograničnoj saradnji između pravosudnih organa. Obezbeđivanje pristupa presudama na mreži povećava transparentnost pravosudnih sistema i može doprineti doslednosti sudske prakse i ukupnoj efikasnosti pravosudnih sistema. Stoga, prelazak na digitalnu tehnologiju u pravosudnim sistemima mora biti dobro pripremljen, postepen i praćen adekvatnim resursima i obukom.¹⁹

U svom Saopštenju o veštačkoj inteligenciji za Evropu,²⁰ Evropska Komisija je objasnila važnost ulaganja u ključne oblasti primene kao što je javni sektor, uključujući pravosuđe. Studija koju je naručila Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (SEREJ) pokazala je da upotreba algoritama veštačke inteligencije u evropskim pravosudnim sistemima ostaje prvenstveno komercijalna inicijativa privatnog sektora usmerena na pravna odeljenja kompanija (posebno osiguravajućih društava), kod advokata i kod pojedinaca. Glavne oblasti u kojima je VI već primenjena, uključuju napredne pretraživače sudske prakse, rešavanje sporova na mreži, pomoć u izradi akata, analizu u konkretnim slučajevima, kategorizaciju ugovora prema različitim kriterijumima, otkrivanje divergentnih ili nekompatibilnih ugovornih klauzula i „čet-botove“ da obaveštavaju stranke u postupku ili ih podržavaju u njihovim pravnim postupcima. Zahvaljujući svojoj sposobnosti da prođe kroz velike skupove podataka i informacija, VI bi se mogla koristiti kao alat za analizu sudskih odluka sa ciljem da pomogne u identifikaciji presedana i srodnih slučajeva i da pruži preliminarni input sudiji o određenom pravnom pitanju. Tu istu osobinu bi eventualno mogli da koriste i advokati u pripremi sudskih predmeta ili za savetovanje klijenata, što bi na kraju moglo voditi smanjenju troškova postupka za klijenta. Štaviše, veštačka inteligencija bi mogla da se pokaže kao dragoceno sredstvo u rukama građana da ih osnaži u odnosu na javni sektor i pomogne u ponovnom balansiranju asimetrije informacija i resursa. Međutim, ne treba potceniti da obrada sudskih odluka u strukturiranim kompjuterskim bazama podataka može predstavljati određene rizike i zahteva odgovarajuće mere zaštite kroz adekvatnu procenu rizika. Isto se može odnositi na poverljivost, privatnost, zaštitu ličnih podataka, diskriminaciju i rangiranje i drugo. U dizajniranju i primeni veštačke inteligencije u sudovima, od suštinskog je značaja garancija poštovanja

¹⁹ Dokument o rizicima i mogućnostima digitalizacije u pravosuđu, Konferencija o efikasnosti pravosudnih sistema, Beč, 30 novembar 2018.

²⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions, Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25. 4. 2018 COM(2018) 237 final, *file:///C:/Users/USER/Downloads/com2018237_DA6A9B35-FB19-8BFE-A6F51E2EA6BA900B_51625.pdf*, 12. 9. 2023.

prava na pravično suđenje (čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda²¹ i čl. 47 Povelje EU o osnovnim pravima²²).²³

Korišćenje veštačke inteligencije za anticipiranje sudskih odluka, takođe može dovesti do rizika da bi određeni normativni efekat, mogao biti u suprotnosti sa zakonom. Pošto se predviđanja zasnivaju na podacima koji se koriste za obuku algoritma, bilo kakva pristrasnost u tim podacima može dovesti do neobjektivnih predviđanja. Moguća pristrasnost samih algoritama može potkopati poverenje javnosti kada je u pitanju njihova primena u pravosudnom sistemu.²⁴

Brzo usvajanje tehnologija veštačke inteligencije i povećano oslanjanje na istu od strane i javnog i privatnog sektora, doveli su do rastuće zabrinutosti zbog potencijalnih negativnih implikacija na ljudsko dostojanstvo, demokratsku odgovornost i temeljne principe slobodnih društava. Potreban nam je globalni okvir upravljanja da bismo odgovorili na širok spektar društvenih izazova povezanih sa veštačkom inteligencijom, uključujući pretnje privatnosti, pristup informacijama, pravo na jednaku zaštitu i nediskriminaciju. U tom pravcu celishodno je, pored oslonca na postojeći međunarodni okvir za zaštitu ljudskih prava, raditi na razvoju novog, koji bi odgovorio izazovima povezanim sa veštačkom inteligencijom.²⁵ Veštačka inteligencija stvara izazove za ljudska prava. Pretnje koje tehnologija predstavlja drugim oblastima ljudskih prava već su prisutne. Nepovredivost ljudskog života je centralna ideja iza ljudskih prava, a osnovna implicitna pretpostavka je hijerarhijska superiornost čovečanstva u odnosu na druge oblike života koji zaslužuju manju zaštitu. Ove osnovne pretpostavke se dovode u pitanje kroz očekivani

²¹ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjen u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10 i 10/15).

²² Povelja o ljudskim pravima EU proglašena je 7. decembra 2000. godine, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=RO>, (2016/C 202/02).

²³ Povelja o ljudskim pravima EU, dokument o rizicima i mogućnostima digitalizacije u pravosuđu.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Eileen Donahoe, Megan MacDuffee Metzger, „Artificial Intelligence and Human Rights“, *Journal of Democracy*, No. 2, Vol. 30, Apr. 2019, 115–126.

dolazak entiteta koji iako nije živ, ipak je razuman i intelektualno, a možda, u određenom smislu, i moralno, superiorniji od ljudi.²⁶

ZAKLJUČAK

Korišćenje veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima je još uvek na nivou istraživanja, najviše u pravcu ispitivanja automatizacije procesa donošenja odluka. Uzimajući u obzir brz razvoj u ovoj oblasti, izazovi i mogućnosti u vezi sa korišćenjem veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima i njihove implikacije na ljudska prava i vladavinu prava, moraju da budu deo diskusija među zainteresovanim stranama iz celokupnog pravosudnog sistema. Da bi pravosudni sistem uspeo da sustigne korak sa vremenom, potrebno je ubrzano raditi na promociji „VI pismenosti“, podizanjem svesti, obukama u obrazovnom sistemu, što bi uključilo i njene implikacije na ljudska prava. Potrebno je imati u vidu da, pored brojnih rizika koje nosi, VI može olakšati pristup pravdi i doprineti izvesnosti ustavnog i konvencijskog prava na pravično suđenje i jednako presuđenje u sporovima sa sličnim činjenicama. Dakle, upravo okolnost da tehnološki razvoj kontinuirano kreće uzlaznom putanjom, nameće pravosudnom sistemu složen zadatak da ovakav trend prati, u cilju pružanja adekvatne pravne zaštite ljudskih prava, kom zadatku treba adekvatno i u primerenom roku odgovoriti.

Dr. BILJANA LEPOTIĆ
Judge of the Higher Court of Novi Sad

USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE JUDICIAL SYSTEM AND ITS IMPACT ON THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Summary

The system of artificial intelligence is closely related to technological development and, although in certain spheres of public and private sector business, it has reached its full importance and enjoys a great support, in the judicial system it is still in its infancy, despite the potential of innovative technologies in improving efficiency of the judiciary, unquestionable. A strong legal technology sector in the judicial system contributes to digital sovereignty and is of great importance for better access to justice and bringing citizens closer to the court. To achieve this, it is important to open access to

²⁶ Mathias Risse, „Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda“, Faculty Research Working Paper Series, HKS Working Paper No. RWP18-015, May 2018, <https://www.hks.harvard.edu/publications/human-rights-and-artificial-intelligence-urgently-needed-agenda>.

„legal“ information, which is considered a cornerstone of the right to a fair trial and a means to improve the judicial system. Improving access to “legal” data and enabling its use is essential for creating a strong artificial intelligence sector in the justice system. On the other hand, the tension between the advantages of technology and the risks for our human rights is becoming more and more obvious, so it is necessary to establish a balance between technological development and the protection of human rights, thus preventing the undermining of human rights by favoring artificial intelligence.

Key words: artificial intelligence, AI judicial system, human rights

Literatura

- S. Baweja, S. Singh, „Beginning of Artificial Intelligence, End of Human Rights, LSE Human Rights, 2020.
- Donahoe E., MacDuffee Metzger M., „Artificial Intelligence and Human Rights“, *Journal of Democracy*, No. 2, Vol. 30, April 2019.
- Risse M., „Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda“, *Faculty Research Working Paper Series*, HKS Working Paper No. RWP18-015.

PREGLEDNI RAD

FINANSIRANJE SPOROVA SREDSTVIMA TREĆE STRANE: PRISTUP PRAVDI ILI KOMODIFIKACIJA PRAVDE

Posljednjih decenija svjedočimo transformaciji koncepta pravde kako bi obuhvatio različite metode rješavanja sporova. Ovaj pristup proširuje prirodu i karakteristike građanskog pravosudnog sistema, ali uobičajene prepreke – troškovi i dugotrajni postupci – i dalje otežavaju pristup pravdi. Postepeno ograničavanje javnih sistema pravne pomoći podstaklo je razvoj privatnog sektora u finansiranju sudskih postupaka i kreiranju i promociji različitih modela privatnog finansiranja. Različiti modeli privatnog finansiranja osmišljeni su sa svrhom da se poveća pristup pravdi za stranke s ograničenim sredstvima, iako istovremeno izazivaju zabrinutost u odnosu na komodifikaciju pravde, sukob interesa različitih strana u sporazumu o finansiranju, nedostatak transparentnosti, odsustvo pravnog interesa u konkretnim sporovima i opšti nedostatak regulative. Finansiranje sredstvima treće strane može biti koristan alat za izjednačavanje položaja parničnih stranaka i omogućavanje pristupa pravdi, naročito u slučajevima povrede kolektivnih interesa. Ipak, ovaj oblik finansiranja nameće složene etičke, normativne i praktične izazove, jačajući potrebu za regulacijom i/ili proaktivnom sudijskom aktivnošću.

Ključne riječi: pristup pravdi, privatni modeli finansiranja, finansiranje sudskih sporova sredstvima treće strane, transparentnost, sukob interesa

Dr Dženana Radončić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, e-mail: dzenana.radoncic@unze.ba.

U V O D

Pristup pravdi je osnovno ljudsko pravo¹ i temeljni ustavni princip u većini demokratskih država.² Ovo pravo je neraskidivo vezano za princip vladavine prava i iako predstavlja pravo samo za sebe, ima nezamjenjivu ulogu u zaštiti svih drugih (građanskih) prava i sloboda. Izraz *pristup pravdi* nije jednostavno definisati,³ zbog čega i nije uobičajeno da se koristi kao pravna terminologija.⁴ U literaturi se navode dva osnovna pristupa u definisanju *pristupa pravdi*, restriktivniji pristup, iz primarno proceduralne perspektive, i širi pristup,⁵ uzimajući u obzir sadržaj koncepta pravde.⁶ Uži pristup u interpretaciji pristupa pravdi, od interesa za temu ovog rada, tiče se pravnih sredstava za obezbjeđivanje stečenih prava, posebno korištenjem sudova i tribunala⁷ i vezan je za pojam *proceduralnog pristupa pravdi*,⁸ što uglavnom znači mogućnost korištenja postupka pred sudom. U razmatranju proceduralnog pristupa pravdi, fokus je na preprekama sa kojima se subjekti prava suočavaju kada pokušavaju da se obrate sudu. Proceduralna pravila ukazuju na ciljeve koje građanska pravda treba da ostvari,⁹ od kojih

¹ Čl. 6. st. 1. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Također i čl. 47. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije. Za detaljniju analizu v. Deborah L. Rhode, „Access to Justice“, *Fordham Law Review*, br. 69, 2001, 1785–1819. Dostupno putem linka: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss5/11>, 15. 7. 2023.

² U Bosni i Hercegovini je pravo na pristup pravdi inkorporirano u Ustav u vidu generalne odredbe da se „Prava i slobode predviđene Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima direktno (se) primjenjuju u Bosni i Hercegovini“, a u čl. 3. Ustava BiH su pojedinačno nabrojana ljudska prava i slobode, uključujući i *pravo na pravičan postupak u građanskim stvarima*.

³ Mauro Cappelletti i Bryant Garth, „Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective“, *Buffalo Law Review*, br. 2, Vo. 27, 1987, 181.

⁴ Agencija Evropske unije za temeljna prava (Fundamental Rights Agency), *Access to Justice in Europe: An Overview of Challenges and Opportunities*, Imprimerie Centrale, 2010, 14.

⁵ Širi pristup u tumačenju pristupa pravdi ne obuhvata samo pristup (pravnom) postupku, već i ishod postupka ili mjere. Konkretnije, pojam se odnosi na pitanje da li je ishod „pravedan i pravičan“ i pomaže li ostvarivanju „materijalne pravde“. Pristup pravdi stoga postaje „proces i cilj“.

⁶ Umjesto više drugih v. Janneke H. Gerards i Lize R. Glas, „Access to justice in the European Convention on Human Rights system“, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, br. 1, Vol. 35, 2017, 11–30. <https://doi.org/10.1177/0924051917693988>, 14. 7. 2023.

⁷ Jeremy McBride, „Access to Justice for Migrants and Asylum-seekers in Europe“, *CDCJ*, br. 2, 2009, t. 6.

⁸ David A. Larson, „Access to Justice“, *Encyclopaedia of Law and Economics*, 2015, 1–2.

⁹ O ciljevima savremene građanske pravde v. zbirku eseja: *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, (ur. Alan Uzelać), IUS GENTIUM, Comparative Perspectives on Law and Justice, Vol. 34, Springer, 2014.

neki mogu – makar djelomično – biti suprotstavljeni, e. g. djelotvornost i efikasnost procedure nasuprot pravičnosti (ishoda) postupka. Opšti trend u reformama građanskih sudskih postupaka jeste smanjivanje troškova, skraćivanje trajanja postupka uz istovremeno osiguravanje pravičnosti postupka.¹⁰ U razmatranju proceduralnog aspekta pristupa pravdi, jedno od ključnih pitanja jeste *imaju li zainteresovana lica na raspolaganju pravna sredstva koja su učinkovita, a istovremeno dostupna i prihvatljiva u pogledu troškova*. Djelotvornost ili učinkovitost pravosudnog sistema se uobičajeno¹¹ konceptualizira kao sudska učinkovitost iz perspektive vremenskog trajanja postupka, a ne kao ekonomska učinkovitost.¹² U vezi sa ekonomskom učinkovitošću se javlja pitanje od značaja za ovaj rad: *koja je prava cijena pravosuđenja?*

TROŠKOVI POSTUPKA KAO OGRANIČENJE PRAVA NA PRISTUP PRAVDI

Pristup građanskoj pravdi je predmet naučno-stručnog istraživanja i strateških dokumenata javne politike već nekoliko decenija. Ipak, uobičajene prepreke, uključujući troškove¹³ i dugotrajnost postupaka i dalje otežavaju pristup pravdi, dok promjene u pravosudnom sistemu i društvu, prvenstveno brz tehnološki napredak, stvaraju nove izazove i prilike.¹⁴ Pravo na pristup pravdi i dalje je ozbiljno ograničeno kao posljedica nesrazmjernih parničnih troškova, te složene prirode

¹⁰ Takozvani trodimenzionalni koncept (građanske) pravde čiji je zastupnik bio Adrian Zuckerman. V. Adrian A. S. Zuckerman, „A Reform of Civil Procedure: Rationing Procedure Rather Than Access to Justice“, *Journal of Law and Society*, br. 2, Vol. 22, 1995, 155–188. Takođe: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (ur. A. A. S. Zuckerman), Oxford University Press, 1999.

¹¹ Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (CEPEJ) svake druge godine objavljuje izvještaje o evaluaciji evropskih pravosudnih sistema. Zadnji izvještaj je objavljen 2022. godine, a njime su obuhvaćeni podaci za 2020. godinu. <https://www.coe.int/en/web/cepej/special-file-report-european-judicial-systems-cepej-evaluation-report-2022-evaluation-cycle-2020-data->, 16. 7. 2023.

¹² Adriani Dori, „The Supply and Demand of Justice: What Policy Implications from the EU Justice Scoreboard?“, *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions 2022: Funding of Justice* (ur. E. Storskrubb), br. 1, 2022, 1–34. https://doi.org/10.1007/16495_2023_51, 16. 7. 2023.

¹³ Victoria S. Sahani, „Rethinking the Impact of Third-Party Funding on Access to Civil Justice“, *DePaul Law Review*, DePaul University, br. 69, 2020, 612–622.

¹⁴ Alexandre Biard, Jos Hoevenaars, Xandra Kramer, Erlis Themeli, „Introduction: The Future of Access to Justice – Beyond Science Fiction“, *New Pathways to Civil Justice in Europe* (ur. Alexandre Biard, Jos Hoevenaars, Xandra Kramer, Erlis Themeli), Springer, 2021 https://doi.org/10.1007/978-3-030-66637-8_1, 20. 7. 2023.

i dugotrajnosti građanskog sudskog postupka.¹⁵ Tome dodatno doprinosi trend smanjivanja (javne) pravne pomoći¹⁶ u mnogim zemljama, rezultirajući time da su lica sa ograničenim sredstvima sve manje u stanju da zaštite i ostvare svoja zakonska prava. Ovakva vrsta pomoći je od ključne važnosti u parničnom postupku, jer, podržavajući principe pravičnosti, jednakosti i zaštite prava, osigurava da je pravda dostupna svima.¹⁷

Pravna pomoć je u vezi sa percipiranim i stvarnim troškovima učestvovanja u određenim (van)sudskim postupcima za zaštitu prava i pristupa pravdi. Evoluirajući koncept *pravde* se shvata na način da integriše različite metode alternativnog rješavanja sporova. Ovakav razvoj je uslijedio kao posljedica priznavanja značaja medijacije i *online* rješavanja sporova ponajprije za potrošačke sporove u Evropskoj uniji (dalje: EU).¹⁸ Sada se metode alternativnog rješavanja sporova smatraju sastavnim dijelovima javnih politika usmjerenih ka unapređenju pristupa pravdi za sve vrste sporova.¹⁹ Ipak, atraktivnost konkretnih metoda rješavanja sporova varira i uslovljena je, između ostalog, očekivanim troškovima. Određene analize²⁰ pokazuju da je cijena rangirana kao treća najvažnija stvar u odabiru mehanizma za rješavanje sporova. Medijacija se smatra najisplativijim mehanizmom za rješavanje sporova, s obzirom na visoke troškove drugih

¹⁵ Masood Ahmed, Xandra Kramer, „Global Developments and Challenges in Costs and Funding of Civil Justice“, *Erasmus Law Review*, br. 4, Rotterdam, 2021, 181.

¹⁶ Pravna pomoć može obuhvatati savjetovanje prije početka parničnog postupka radi postizanja vansudske nagodbe, pravnu pomoć za pokretanje parničnog postupka pred sudom, zastupanje pred sudom i pomoć u podmirivanju ili oslobađanju od troškova postupka. V. tač. 11. Preambule *Direktive EU o unapređenju pristupa pravosuđu u prekograničnim sporovima utvrđivanjem minimalnih zajedničkih pravila o pravnoj pomoći u takvim sporovima* od 27. januara 2003. godine, *Službeni glasnik Europskih zajednica*, br. L 26/41.

¹⁷ V. Vijeće Evrope, *The Efficiency and the Effectiveness of Legal Aid Schemes in the areas of Civil and Administrative Law*, Guidelines and explanatory memorandum, usvojeno od strane Vijeća ministara Vijeća Evrope, 31. mart 2021. godine. Ove smjernice pružaju konkretne smjernice za reformske procese država u pogledu sistema pravne pomoći kako bi se omogućio bolji pristup pravdi, posebno najugroženijima. One uključuju generička rješenja za povećanje efikasnosti i efektivnosti nacionalnih šema pravne pomoći u oblastima građanskog i upravnog prava.

¹⁸ *New Pathways to Civil Justice in Europe* (ur. A. Biard, J. Hoevenaars, X. Kramer, E. Thémeli), Springer, 2021.

¹⁹ Evropska komisija, „Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law“, COM, 2002, 196, paragraf 9.

²⁰ Izvještaj povodom provedene ankete Singapurske međunarodne akademije za rješavanje sporova <https://sidra.smu.edu.sg/sites/sidra.smu.edu.sg/files/survey/14/index.html>, 4. 8. 2023.

mehanizama rješavanja sporova – arbitraže i sudskih sporova.²¹ Stoga ne iznenađuju tendencije kombinovanja sudskih i vansudskih metoda rješavanja sporova, poput predviđanja obaveznog provođenja medijacije prije otpočinjanja sudskog postupka i davanje ovlaštenja sudijama da aktivno podstiču stranke na korištenje alternativnih metoda rješavanja sporova.²²

Nije sporno da su sudski sporovi često skupi i uključuju razne troškove kao što su advokatski troškovi, sudske takse, troškovi vještaka, troškovi izrade dokumenata, putni troškovi i još mnogo toga. Visoki troškovi parničnog postupka mogu odvratiti pojedince i privredna društva od traženja sudske zaštite svojih prava, što potencijalno može rezultirati nedostatkom pristupa pravdi. Visoki troškovi postupka, ograničen domašaj sistema besplatne pravne pomoći i rigorozni uslovi za oslobađanje od troškova postupka stvorili su potrebu za korištenjem eksternih izvora finansiranja. Uočljiva su dva konceptualna trenda, od kojih svaki nastoji ublažiti probleme povezane sa troškovima i finansiranjem sudskih sporova, i, na taj način, povećati pristup pravdi.²³ Jedan je pojava *privatnih oblika finansiranja troškova parničnog postupka* u svjetlu postepenog opadanja državnih sistema pravne pomoći u građanskim stvarima. U ovu grupu se ubrajaju različiti modeli privatnog finansiranja troškova popusta, poput osiguranja troškova postupka, finansiranje troškova parničnog postupka sredstvima treće strane (eng. *third-party funding*), sporazumi o advokatskim naknadama po učinku (eng. *contingency fees agreements*), sporazumi o advokatskim naknadama zasnovani na odšteti (eng. *damages-based agreements*).²⁴ Drugi trend je pokušaj kreatora politike da provedu *reformu pravila o troškovima parničnog postupka* kako bi ih učinili predvidljivijim, transparentnijim i proporcionalnijim. Tu spadaju različiti oblici osiguranja troškova postupka (eng. *legal expenses insurance*),²⁵ fiksni nadoknadiivi troškovi (eng. *fixed recoverable costs*), pravila o prebacivanju troškova postupka

²¹ *Ibidem*.

²² Primjera radi v. Dorcas Quek Anderson, „Counting the Cost of Enlarging the Role of ADR in Civil Justice“, *Erasmus Law Review*, br. 4, 2021, 256–269.

²³ Za detaljniji pregled, v. M. Ahmed, X. Kramer, op. cit.

²⁴ Tipični za anglo-američko pravo, prvenstveno Ujedinjeno Kraljevstvo, sporazumi o advokatskim naknadama zasnovani na odšteti su pravni aranžmani finansiranja u kojima advokati pristaju da zastupaju klijente u građanskim parnicama pod uslovom da prime procenat odštete dodijeljene klijentu, ako slučaj bude uspješan. Ovi sporazumi se često koriste u slučajevima kao što su tjelesne povrede i različiti oblici nematerijalne štete, radni sporovi i privredni sporovi. *Ibidem*.

²⁵ V. John Sorabji, „Legal Expenses Insurance and the Future of Effective Litigation Funding“, *Erasmus Law Review*, br. 4, 2021, 189–197.

(eng. *costs shifting rules*) i povećano korištenje troškova kao sudskih sankcija.²⁶ Fokus ovog rada je ograničen na finansiranje sredstvima treće strane kao zaseban model privatnog finansiranja parničnih postupaka.

POJAM FINANSIRANJA SREDSTVIMA TREĆE STRANE

Finansiranje troškova parničnog ili drugog postupka sredstvima treće strane je vrsta finansiranja u kojoj treća strana, obično specijalizovana kompanija za finansiranje, pruža finansijsku podršku parničnoj stranki u zamjenu za udio u dosuđenoj dobiti u konkretnom sudskom postupku.²⁷ U ovom aranžmanu, kompanija za finansiranje (dalje: treća strana) preuzima finansijski rizik tužbe i plaća pravne troškove i druge troškove vezane za slučaj. Ako je slučaj uspješan i dođe do nagodbe ili presude, treća strana ima pravo na dio tako ostvarenih prihoda.

Obje parnične stranke mogu koristiti ovaj mehanizam, iako je tipičnije da se koristi na strani tužitelja. Finansiranje troškova postupka na strani tužitelja je uobičajno riješeno kroz ugovor o finansiranju kojim se predviđa postotak ili dio dosuđenog iznosa kao naknada trećoj strani, pod pretpostavkom da tužitelj uspije u postupku.²⁸ Ukoliko tužitelj ne uspije sa tužbenim zahtjevom, neće imati obavezu vraćanja uloženi sredstava trećoj strani koja je finansirala postupak.²⁹ Treća strana snosi rizik neuspješnog ishoda postupka i u tom slučaju neće dobiti ništa, zbog čega treće strane, u pravilu, pažljivo biraju postupke koje će finansirati. Upravo u tom dijelu se ugovor o finansiranju troškova postupka sredstvima treće strane, kao *sui generis* ugovor, razlikuje od ugovora o kreditu ili drugog oblika pozajmice.³⁰ Tuženi, sa druge strane, rjeđe imaju priliku za finansiranje troškova, a kada do toga dođe, obično se ugovara suma koju će tuženi platiti trećoj strani,³¹ a može se i ugovoriti dodatno plaćanje, ako tuženi uspije u sporu i tužbeni zahtjev

²⁶ M. Ahmed, X. Kramer, op. cit., 181.

²⁷ O konceptu, v. više: Jérôme Saulnier, Klaus Müller, Ivona Koronthalyova, „Responsible private funding of litigation. European Added Value Assessment“, EPRS, mart 2021.

²⁸ Svakako da bi ugovorom trebalo regulisati i situacije koje obuhvataju djelimični uspjeh u postupku.

²⁹ Za detaljniji pregled osnovnih pojmova i tipova finansiranja sredstvima treće strane, v. Lisa Bench Nieuwveld, Victoria Shannon Sahani, *Third-Party Funding in International Arbitration*, drugo izdanje, Kluwer Law International, 2017, 4–11.

³⁰ Victoria Shannon Sahani, „Judging Third-Party Funding“, *UCLA Law Review*, br. 388, 2016, 5.

³¹ Slično premiji osiguranja.

bude odbijen.³² Finansiranje troškova na strani tuženog je naročito značajno u slučajevima kada se nađu na meti obijesnog parničenja ili strateških tužbi protiv učešća javnosti.³³

Prema dostupnim podacima, treće strane odnosno pružatelji finansiranja u sporovima u određenim državama članicama EU mogu zahtijevati neproporcionalan udio prihoda koji premašuje tipičan povrat drugih vrsta ulaganja i obično variraju od 20% do 50% dodijeljene naknade,³⁴ dok izvan EU ta potraživanja mogu u nekim slučajevima predstavljati povrat ulaganja i u visini do 300%. Raznolikost, pa čak i zelenaška priroda pomenutih praksi, pojačava potrebu za uvođenjem pravila kojima će se osigurati proporcionalnost naknada koje se isplaćuju trećim stranama, te kojima će se osigurati da se dodijeljena naknada prvo isplati podnositeljima zahtjeva/tužiteljima, a da se tek onda isplati naknada trećoj strani, odnosno pružatelju finansiranja u sporovima.

Finansiranje sporova sredstvima treće strane, pod pretpostavkom adekvatnog normativnog uređenja, moglo bi se češće upotrebljavati kao sredstvo za podršku pristupu pravosuđu, posebno u zemljama u kojima su pravni troškovi visoki ili za marginalizovane grupe koje se suočavaju sa dodatnim preprekama u pogledu finansiranja prilikom pristupa pravdi. Kolektivna pravna zaštita je samo jedna vrsta sporova u kojima se trenutno primjenjuje finansiranje sporova sredstvima treće strane, a drugi su primjeri arbitražni postupci i postupci u slučaju insolventnosti, povrat ulaganja, antimonopolski zahtjevi i drugi.³⁵ Osim toga, finansiranje sporova sredstvima treće strane također bi moglo u većoj mjeri pridonijeti pokretanju sudskih postupaka u predmetima od javnog interesa i smanjenju značajne ekonomske neuravnoteženosti između korporacija i onih građana koji traže pravnu zaštitu, čime bi se doprinosilo odgovarajućoj korporativnoj

³² O hibridnim modelima za finansiranje troškova odbrane i protivtužbe tuženog, v. John H. Beisner, Jessica D. Miller, Jordan M. Schwartz, „Selling More Lawsuits, Buying More Trouble Third Party Litigation Funding A Decade Later“, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, 2020. https://instituteforlegalreform.com/wp-content/uploads/2020/10/Still_Selling_Lawsuits_-_Third_Party_Litigation_Funding_A_Decade_Later.pdf, 15. 9. 2023.

³³ O tzv. SLAPP tužbama v. više: Ranka Račić i Dženana Radončić, „Strateški postupci protiv učešća javnosti“, *Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom III, 2022, 261–276.

³⁴ Studija EPRS-a (2021), *Odgovorno privatno finansiranje sudskih sporova*, prilog – „Trenutno stanje okruženja za privatno finansiranje sudskih sporova u EU te postojećih pravila EU koja se primjenjuju na privatno finansiranje sudskih sporova“.

³⁵ Rezolucija Evropskog parlamenta od 13. septembra 2022. godine sa preporukama Komisiji o odgovornom privatnom finansiranju sporova (2020/2130(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308_HR.html, 1. 9. 2023.)

odgovornosti.³⁶ Ipak, valja imati na umu da ovaj oblik finansiranja, iako predstavlja značajnu novčanu pomoć, nije garancija uspjeha u postupku, niti oslobađanja troškova postupka u slučaju da finansirana stranka izgubi spor.

Pojava različitih modela privatnog finansiranja građanskih sudskih postupaka rasprostranjena je u Australiji,³⁷ Sjedinjenim Američkim Državama,³⁸ Kanadi,³⁹ Ujedinjenom Kraljevstvu,⁴⁰ a djelomično i u Holandiji⁴¹. U većini drugih evropskih država je i dalje, potpuno ili djelomično, neregulisano. Može se zaključiti da je finansiranje sredstvima treće strane nastalo iz nužde u pravnim sistemima u kojima je zabranjeno sklapati sporazume sa advokatima kojima se advokatske tarife određuju u zavisnosti od ishoda postupka i gdje se, prema tome, zainteresovani subjekti (potencijalni tužitelji, naročito u rizičnijim slučajevima) nisu mogli obratiti advokatima, ako nisu bili u mogućnosti da izdrže finansijski teret parničnog postupka.⁴² Neovisno o aranžmanima između klijenta i advokata, sudski sporovi mogu trajati godinama i izazvati značajne troškove za stranke. Kako bi izbjegli plaćanje tako visokih naknada i troškova povezanih sa sudskim sporovima, oni kojima su potrebne pravne usluge, počeli su se okretati alternativnim pravnim resursima.

Tržište finansiranja sredstvima treće strane u Evropi stalno raste, iako sporijim tempom u poređenju sa državama poput Sjedinjenih Američkih Država. Osim omogućavanja pristupa pravdi za tužitelje, koji inače ne bi imali sredstava da podnesu tužbe, finansiranje sredstvima treće strane se sve više koristi kako bi se tužiteljima i kvalificiranim zastupnicima omogućio veći izbor – ne samo u pogledu razmatranja da li bi mogli da ostvare svoje zahtjeve, nego i kako i kada to

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Za više, v. Michael Legg, „The Rise and Regulation of Litigation Funding in Australian Class Action“, *Erasmus Law Review*, br. 4, 2021, 221–234.

³⁸ Jarret Lewis, „Third-Party Litigation Funding: A Boon or Bane to the Progress of Civil Justice?“, *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, br. 33, 2020, 687–701, Austin T. Popp, „Federal Regulation of Third-Party Litigation Finance“, *Vanderbilt Law Review*, br. 72, 2019, 736.

³⁹ Jasminka Kalajdzic, Peter Cashman i Alana Longmoore, „Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding“, *The American Journal of Comparative Law*, br. 61, 2013, 95.

⁴⁰ Rachael Mulheron, „England’s Unique Approach To The Self-Regulation Of Third Party Funding: A Critical Analysis Of Recent Developments“, *The Cambridge Law Journal*, br. 73, 2014, 570–597.

⁴¹ Chambers Global Practice Guides: Litigation 2022 (Netherlands), *chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.florent.nl/wp-content/uploads/2022/01/035_NETHERLANDS-2022-Litigation.pdf*, 16. 9. 2023.

⁴² Slično: M. Ahmed, X. Kramer, op. cit., 184.

moгу učiniti.⁴³ Shodno tome, ovaj oblik finansiranja je doživio značajan rast i njegova upotreba se proširila posljednjih godina.⁴⁴ Kao što je pokazala studija istaknutih finansijera komercijalnih sporova iz 2019. godine, aktivnih na američkom tržištu, skoro 10 milijardi američkih dolara u kombinovanoj imovini je posvećeno pravnim finansijama SAD, a od toga je 2,3 milijarde dolara posvećeno transakcijama finansiranja komercijalnih sudskih sporova povezanih sa Sjedinjenim Američkim Državama samo u 2019.⁴⁵ Nacrt izvještaja Komiteta za pravna pitanja Evropskog parlamenta iz juna 2021. (tzv. Izvještaj Voss) navodi da globalno tržište finansiranja sredstvima treće strane sada vrijedi između 40 i 80 milijardi eura.⁴⁶

Finansiranje sporova sredstvima treće strane može pružiti prijeko potrebnu finansijsku podršku strankama, omogućiti pristup pravdi i ublažiti finansijske rizike, ali također može izazvati određene etičke i pravne dileme, naročito u uslovima nedovoljne normativne uređenosti. Jedna od etičkih dilema jeste mogućnost da treća strana, rukovođena sopstvenim ekonomskim interesom, utiče na ishod slučaja, što dalje stvara sukob interesa između treće strane koja finansira, finansirane stranke i njenog advokata. Očigledno je da prihvatanje ovog oblika finansiranja može ima uticaj na parničnu strategiju. Treća strana može nastojati uticati na strategiju, primjerice, vršeći pritisak na finansirane stranke da prihvate – ili ponekad da ne prihvate – poravnanja ili podržavajući strategije koje maksimiziraju prihod finansijera, ali koje možda nisu u najboljem interesu stranke u parnici, naročito u slučajevima strateških parnica.⁴⁷ Budući da stranka zaključuje sporazum sa trećom stranom koja finansira, veoma je važno pažljivo razmotriti uslove sporazuma o finansiranju, jer isti može uključivati odredbe koje bi mogle

⁴³ Eric Blinderman, Patric Dempsey i Elizabeth Korchin, „The Third Party Litigation Funding Law Review: USA“, *The Law Review*, 2022, *Law Business Research Ltd.*, 15. 8. 2023.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Business Wire: <https://www.businesswire.com/news/home/20191119005098/en/2.3-Billion-of-Capital-Deployed-Over-12-Month-Period-Across-U.S.-Commercial-Litigation-Finance-Industry-According-to-First-of-Its-Kind-Study>, Westfleet Advisors, *Litigation Finance Buyer's Guide*, <https://advantage.westfleetadvisors.com/litigation-finance-buyers-guide>.

⁴⁶ Izvor informacija je Slingshot Capital, <https://www.slingshotcap.com/market-sizing>, 1. 9. 2023.

⁴⁷ Australijski parlament zaključio je da „nivo moći i uticaja koju pružatelji finansiranja u sudskim sporovima imaju u grupnim tužbama dovodi do situacija u kojima njihovi finansijski interesi prevladavaju nad interesima predstavnika tužitelja i članova grupe“. Australian Law Reform Commission (2019): *An Inquiry into Class Action Proceedings and Third-Party Litigation funders* (Australijska komisija za reformu zakona: Istraga postupka grupne tužbe i trećih strana koje finansiraju sudske sporove), 2019, 19.

značajno uticati na ishod slučaja. Pojedine države su donijele zakone ili propise za rješavanje ovih problema, uključujući *zahtjeve za otkrivanje podataka sadržanih u ugovorima o finansiranju i ograničenja iznosa sredstava koja se mogu obezbijediti na ovaj način*. Preliminarni empirijski podaci⁴⁸ pokazuju da pružatelji finansiranja u sporovima najčešće biraju predmete koji predstavljaju najbolje potencijalne povrate njihove investicije i ne ulažu u predmete koje smatraju prerizičnima ili nedovoljno isplativim.

Dodatni razlozi za zabrinutost jesu rizik od komodifikacije pravde i opšti nedostatak pravne regulative.⁴⁹ *Komodifikacija pravde* se odnosi na ideju da pravni sistem i težnja za pravdom postaju sve više pod uticajem komercijalnih interesa i finansijskih razmatranja. Čini se da se u određenim kontekstima principi pravde i sudski postupci tretiraju kao roba, kupuju se i prodaju radi profita, pri čemu se često gubi iz vida pravično rješavanje sporova. Finansiranje sredstvima treće strane utiče na ponašanje stranaka, ali i stvara zasebno tržište i jasan je pokazatelj kako novac, ekonomska moć i tržišne sile mogu uticati na pravni sistem. Možda pravo pitanje za ovu temu nije *treba li nam uopšte finansiranje sredstvima treće strane*, nego *kako uspostaviti ravnotežu u dinamičnom odnosu inovacija i investicija u pravosudnom sistemu tako da pravda ostane primarni cilj*.

Analiziranje potrebe i perspektive regulisanja prakse finansiranja sporova sredstvima treće strane je značajno iz najmanje tri razloga, čija pojedinačna važnost varira među državama.⁵⁰ Prvo, finansiranje sudskih sporova od strane trećih strana nudi novčana sredstva za pristup pravdi za subjekte koje nisu u mogućnosti da finansiraju (van)sudsko ostvarenje svojih potraživanja.⁵¹ Drugo, finansiranje sudskih sporova sredstvima treće strane pomaže razvoju i korištenju predstavničkih ili grupnih tužbi za zaštitu kolektivnih interesa u predmetima od javnog interesa za koje je tipična neravnoteža između suprotstavljenih stranaka.⁵² Treće, vrijednost ulaganja kroz mehanizam finansiranja sredstvima treće strane

⁴⁸ V. Australian Law Reform Commission (2019): *An Inquiry into Class Action Proceedings and Third-Party Litigation funders* (Australaska komisija za reformu zakona: Istraga postupka grupe tužbe i trećih strana koje finansiraju sudske sporove), 2019, 34.

⁴⁹ Tako i M. Ahmed, X. Kramer, op. cit., 184.

⁵⁰ European Law Institute, „Third Party Funding of Litigation“, <https://www.europeanlaw-institute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/third-party-funding-of-litigation/>, 7. 8. 2023.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

i broj slučajeva u kojima se koristi,⁵³ opravdava potrebu normativne regulacije i/ili odgovarajućeg oblika kontrole ovog mehanizma.⁵⁴

NOVIJI TRENDOVI U REGULISANJU FINANSIRANJA SREDSTVIMA TREĆE STRANE

Donedavno je pravna pozicija u evropskim građanskim sistemima kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog kruga bila dosta restriktivna u pogledu mogućnosti finansiranja parnice od strane trećih lica. U zemljama anglosaksonskog prava je finansiranje sudskih postupaka, iako poznato kao institut još od srednjeg vijeka,⁵⁵ donedavno bilo zabranjeno, štaviše, predstavljalo je krivično djelo.⁵⁶ Istorijski razlog za kriminaliziranje različitih oblika finansiranja od strane trećih lica bio je sprečavanje čestih zloupotreba. Ovaj institut se posljednjih dvadesetak godina razvio do neslučenih razmjera i jedno je od najvećih svjetskih tržišta na kojem treće strane nude finansiranje sudskih i arbitražnih postupaka u zamjenu za naknadu. To je dovelo do razvoja prava u zemljama anglosaksonskog pravnog kruga na način da se u većini tih zemalja finansiranje više ne smatra krivičnim djelom.⁵⁷ U zemljama kontinentalnog pravnog kruga taj institut većinom nije prepoznat i nije normiran, ali nije ni izričito zabranjen,⁵⁸ zbog čega je značajno istaći inicijativu EU da se finansiranje normativno uredi.⁵⁹

⁵³ Kao i sve veći broj područja u kojima se koristi, uključujući grupno finansiranje sudskih sporova i LegalTech.

⁵⁴ European Law Institute, Third Party Funding of Litigation, <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/third-party-funding-of-litigation/>, 7. 8. 2023.

⁵⁵ U srednjem vijeku je bila zastupljena praksa da bogati zemljoposjednici finansiraju parnice kako bi oteli zemlju od slabijih strana. Da bi se zaustavila ova zloupotreba pravnog postupka, plaćanje tuđih sudskih troškova i podsticanje parničenja su kriminalizirani prema anglosaksonskom pravu. Cento Veljanovski, „Third Party Litigation Funding in Europe“, *Journal of Law, Economics and Policy*, br. 8, 2012.

⁵⁶ Za više, v. Rachel Mulheron, *The Modern Doctrines of Champerty and Maintenance*, Oxford University Press, 2023.

⁵⁷ Cento Veljanovski, „Third Party Litigation Funding in Europe“, *Journal of Law, Economics and Policy*, br. 8, 2012.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Jadranka Osrečak, „Finansiranje troškova postupka od strane treće osobe u arbitražnim postupcima“, doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022, 7. <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:199:026118>, 12. 9. 2023.

Studija pojave finansiranja troškova sudskih postupaka sredstvima treće strane,⁶⁰ pripremljena na nivou EU, definiše ovaj institut kao profesionalnu praksu subjekata, koji nisu stranka u konkretnom postupku,⁶¹ a koja se ogleda u potpunom ili djelomičnom finansiranju troškova domaćih ili prekograničnih sudskih postupaka u zamjenu za nadoknadu „investicije“ i nadoknadu koja u cijelosti ili djelomično ovisi o ishodu postupka (tzv. postotni pristup) ili se osigurava kroz naknadu za uspjeh (tzv. višestruki pristup).⁶² Drugačija, iako srodna, praksa masovnog finansiranja parnica (eng. *litigation crowdfunding*)⁶³ obuhvata ulaganja, čak i manje svote novca, od strane veće grupe pojedinaca, čime se osigurava novac za finansiranje troškova postupka, sa većom disperzijom rizika i troškova po ulagače.

Definicija iz *Studije* izostavila je finansiranje troškova postupka koje nije usmjereno na dobivanje naknade za ulaganje, čime su isključeni oblici finansiranja u kojima ne postoji direktan ekonomski interes treće strane u postupku, iako treća strana finansiranjem troškova postupka može ostvarivati neki drugi, indirektan ekonomski interes.⁶⁴ Ponekad finansiranje troškova sredstvima treće strane nema za cilj dobiti treće strane, jer ovaj mehanizam uključuje i takozvano strateško finansiranje treće strane u kojem finansijski interes ili ne postoji, ili je indirektan.⁶⁵ Standardno finansiranje troškova sredstvima treće strane usmjereno je na ulaganje, dok je strateško finansiranje troškova sredstvima treće strane vođeno drugim motivima, pa se, suprotno standardnom modelu najčešće fokusiranom samo na finansiranje potraživanja velike novčane vrijednosti, strateško finansiranje troškova sredstvima treće strane može koristiti za finansiranje novčanih i nenovčanih potraživanja.⁶⁶

Studija je dala komparativni pregled stanja i podsticaj za intenziviranje normativne aktivnosti, koja je rezultirala preporukom Evropskog parlamenta Komisiji da predloži Direktivu o regulisanju finansiranja od strane trećih strana u EU pod

⁶⁰ J. Saulnier, K. Müller, I. Koronthalyova, op. cit., 43.

⁶¹ Postoje i organizovana umrežavanja ovih subjekata, e.g.: European Litigation Funders Association (<https://elfassociation.eu/>) i International Legal Finance Association (<https://www.ilfa.com/>), 21. 9. 2023.

⁶² J. Saulnier, K. Müller, I. Koronthalyova, op. cit., 62–63.

⁶³ J. H. Beisner, J. D. Miller, J. M. Schwartz, op. cit. Takođe v. J. Saulnier, K. Müller, I. Koronthalyova, op. cit., 43.

⁶⁴ J. Osrečak, op. cit., 17.

⁶⁵ Kaja Zaleska-Korziuk, „When the Good Samaritan Pays: the Phenomenon of Strategic Third-Party Funding“, *Asper Rev. of Int. Business & Trade Law*, Vol, 18, 2018, 165.

⁶⁶ *Ibidem*.

nazivom „Odgovorno finansiranje sudskih sporova“.⁶⁷ Ukoliko bude usvojena sa sadržajem iz Prijedloga, direktiva bi regulisala postupke finansiranja trećih strana u EU i vjerovatno bi obuhvatila sudske postupke, kao i komercijalnu i investicionu arbitražu. U očekivanju da će praksa finansiranja sredstvima treće strane imati sve veću ulogu u Evropi, logičan i opravdan naredni korak je postavljanje odgovarajućeg normativnog okvira, koji će omogućiti praćenje i nadzor nad praksom privatnog finansiranja postupaka. U trenutnim uslovima neregulisanosti, prijete svi prethodno navedeni rizici sukoba interesa, zloupotrebe (procesnih) ovlaštenja i netransparentnog djelovanja treće strane, koje omogućava disproportionalnu podjelu dosuđenih novčanih iznosa.

Prijedlog Direktive Evropskog parlamenta o odgovornom privatnom finansiranju sporova sadrži niz rješenja koja bi mogla pomoći u smanjivanju gore pobrojanih rizika, uz istovremeno naglašavanje korporativne odgovornosti trećih strana.⁶⁸ Jedno takvo rješenje se tiče regulacije položaja i nadzora nad ponašanjem trećih strana koje finansiraju troškove, tako što se predviđa mogućnost uvođenja sistema odobrenja i obavezivanje trećih strana da poštuju minimalne standarde u pogledu transparentnosti, neovisnosti, upravljanja i adekvatnosti kapitala.⁶⁹ Brojne etičke dileme se adresiraju sa predloženim rješenjima uvođenjem obaveze za treće strane da se pridržavaju standarda fiducijarne dužne pažnje i lojalnosti⁷⁰, čime se od njih zahtijeva da djeluju u najboljem interesu stranke koju finansiraju, uključujući i značajno ograničenje mogućnosti da treće strane napuste stranku koju finansiraju u bilo kojoj fazi postupka, prije okončanja postupka. Predviđa se i ništavost ugovornih odredbi kojima bi se trećoj strani dalo ovlaštenje da donosi odluke u vezi sa postupkom ili da utiče na njega, a izričito se uvode ograničenja udjela u dosuđenoj sumi koju treća strana ima pravo primiti, pri čemu se kao opšte pravilo postavlja ono prema kojem finansiranoj stranci treba isplatiti najmanje 60% bruto dosuđenog iznosa/odštete.⁷¹ U odnosu na problem nedostatka transparentnosti, prijedlog iz Direktive je da se uvede dužnost za treću stranu da obavijesti sud o postojanju komercijalnog finansiranja i identitetu treće strane.⁷²

⁶⁷ Rezolucija Evropskog parlamenta od 13. 9. 2022. godine sa preporukama Komisiji o odgovornom privatnom finansiranju sporova (2020/2130(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_EN.pdf, 21. 9. 2023.

⁶⁸ Član 1. Prijedloga Direktive.

⁶⁹ Čl. 4–6. Prijedloga Direktive.

⁷⁰ Čl. 7. Prijedloga Direktive.

⁷¹ Čl. 12–14. Prijedloga Direktive.

⁷² Čl.16. st. 1. Prijedloga Direktive.

I prije inicijative za davanje Prijedloga Direktive o odgovornom finansiranju sudskih sporova, formulisane su odredbe kojima se barem djelomično, i ograničeno na pojedine sektore, uređuje pitanje finansiranja sredstvima treće strane. Tako, Direktiva EU o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača,⁷³ sadrži odredbe koje ograničavaju korištenje mehanizma finansiranja sredstvima treće strane,⁷⁴ insistirajući na tome da tijela kvalificirana za podnošenje predstavničkih tužbi budu neovisna, izvan uticaja osoba koje nisu potrošači, a koje imaju ekonomski interes za podnošenje predstavničke tužbe, što obuhvata i slučaj finansiranja sredstvima treće strane.⁷⁵ I pravilo br. 237 ELI-UNIDROIT Evropskog model zakona o građanskom postupku,⁷⁶ dozvoljava finansiranje sporova treće strane, ali samo za kvalifikovanog tužioca. Ipak, usvajanjem Direktive o odgovornom finansiranju sudskih sporova uspostavio bi se konkretniji pravni okvir sa načelnim rješenjima primjenjivim u različitim oblastima u kojima se može praktikovati finansiranje sporova sredstvima treće strane.

ZAKLJUČAK

Posljednjih decenija svjedočimo transformaciji koncepta pravde koji sada obuhvata različite metode rješavanja sporova. Uprkos proširenom konceptu pristupa pravdi, uobičajene prepreke – troškovi i dugotrajni postupci – i dalje postoje. Postepeno ograničavanje javnih sistema pravne pomoći podstaklo je razvoj privatnog sektora finansiranja sudskih postupaka i kreiranje različitih modela privatnog finansiranja, sa svrhom da povećaju pristup pravdi za stranke s ograničenim sredstvima. Jedan od tih modela jeste finansiranje troškova postupka sredstvima trećih strana, kao vrijedan alat za izjednačavanje položaja parničnih stranaka i omogućavanje pristupa pravdi. Potencijal se naročito ispoljava u predmetima za zaštitu ljudskih prava i javnih interesa (ekološki, diskriminacioni i potrošački sporovi). Uprkos velikom potencijalu i sve većoj zastupljenosti u Evropi i svijetu, finansiranje sredstvima trećih strana nije dovoljno i adekvatno regulisano. Opšti nedostatak

⁷³ Direktiva (EU) 2020/1828 Evropskog parlamenta i vijeća od 25. novembra 2020. o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ, 4. 12. 2020, *Službeni list Evropske unije*, L 409/1.

⁷⁴ Tač. 25. Preambule i čl. 4. st. 3. Direktive o predstavničkim tužbama.

⁷⁵ Više o tome: Andrea Piletta Massaro, „The New Directive on an EU-wide Representative Action and Third-party Litigation Funding: An Opportunity for European Consumers?“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1, 2021, 102.

⁷⁶ <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf>.

regulacije održava složene etičke, regulatorne i praktične izazove u vezi sa sukobom interesa treće strane koja finansira i finansirane stranke, nedostatkom transparentnosti i nedostatkom pravnog interesa u konkretnom sporu. Strane koje razmatraju aranžmane finansiranja sredstvima trećih strana trebaju biti svjesne ovih izazova i pažljivo razmotriti njihove implikacije prije sklapanja takvih sporazuma. Zasad ostaje da vidimo kako će zakonodavci u regionu i na nivou EU pristupiti regulisanju ovakve prakse, ali se čini izvjesnim da će buduća normativna aktivnost biti oblikovana kombinacijom pravnih, ekonomskih i kulturnih faktora.

Dr. DŽENANA RADONČIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Zenica

THIRD-PARTY LITIGATION FUNDING: ACCESS TO JUSTICE OR COMMODIFICATION OF JUSTICE

Summary

In recent decades, we have witnessed a transformation of the concept of justice to include different methods of dispute resolution. This approach broadens the nature and characteristics of a civil justice system, but old hurdles – costs and delays – continue to burden access to justice. The gradual decline of civil legal aid has caused a major shift towards the private sector in financing litigation and creation of various private funding models. Different private funding models were designed with the purpose of increasing access to justice for litigants with limited means, but they also raise particular concerns including commodification of justice, conflict of interest between the various parties and the lack of regulation. Third-party funding can be a valuable tool for leveling the playing field in litigation and providing access to justice, in particular in cases of public interest litigation. Nonetheless, it also raises complex ethical, regulatory and practical challenges. The ethical and legal challenges surrounding third-party funding may persist, reinforcing the need for regulatory activity and/or jurisprudence in order to properly address concerns including conflicts of interest, lack of transparency and lack of (legal) interest in concrete dispute.

Key words: access to justice, private funding models, third-party litigation funding, transparency, conflict of interest

Literatura

- Beisner J. H., Miller J. D., Schwartz J. M., „Selling More Lawsuits, Buying More Trouble Third Party Litigation Funding A Decade Later“, *U.S. Chamber Institute for Legal Reform*, 2020.
- Biard A., Hoevenaars J., Kramer X., Themeli E., „Introduction: The Future of Access to Justice – Beyond Science Fiction“, *New Pathways to Civil Justice in Europe* (ur. A. Biard, J. Hoevenaars, X. Kramer, E. Themeli), Springer, 2021.

- Blinderman E., Dempsey P., i Korchin E., „The Third Party Litigation Funding Law Review: USA“, *The Law Review*, 2022.
- Cappelletti M., Garth B., „Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective“, *Buffalo Law Review*, br. 2, Vol. 27, 1987.
- Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (ur. A. A. S. Zuckerman), Oxford University Press, 1999.
- Dori A., „The Supply and Demand of Justice: What Policy Implications from the EU Justice Scoreboard?“, *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions 2022: Funding of Justice* (ur. E. Storskrubb), br. 1, 2022.
- Gerards J. H., Glas L. R., „Access to justice in the European Convention on Human Rights system“, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, br. 1, Vol. 35, 2017.
- Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems* (ur. Uzelac A.), IUS GENTIUM, *Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 34, Springer, 2014.
- Kalajdzic J., Peter Cashman P., Longmoore A., „Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding“, *Am. J. Comp. Law*, br. 61, 2013.
- Larson D. A., 'Access to Justice', *Encyclopaedia of Law and Economics*, 2015.
- Legg M., „The Rise and Regulation of Litigation Funding in Australian Class Action“, *Erasmus Law Review*, br. 4, 2021.
- Lewis j., „Third-Party Litigation Funding: A Boon or Bane to the Progress of Civil Justice?“, *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, br. 33, 2020.
- Masood A., Kramer X., „Global Developments and Challenges in Costs and Funding of Civil Justice“, *Erasmus Law Review*, br. 4, Rotterdam, 2021.
- McBride J., „Access to Justice for Migrants and Asylum-seekers in Europe“, *CDCJ*, br. 2, 2009.
- Mulheron R., „England's Unique Approach to the Self-Regulation of Third Party Funding: A Critical Analysis of Recent Developments“, *The Cambridge Law Journal*, br. 73, 2014.
- Mulheron R., *The Modern Doctrines of Champerty and Maintenance*, Oxford University Press, 2023.
- Nieuwveld L. B., Sahani V. S., *Third-Party Funding in International Arbitration*, drugo izdanje, Kluwer Law International, 2017.
- Osrečak J., „Finansiranje troškova postupka od strane treće osobe u arbitražnim postupcima“, doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2022.
- Piletta Massaro A., „The New Directive on an EU-wide Representative Action and Third-party Litigation Funding: An Opportunity for European Consumers?“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1, 2021.
- Popp A. T., „Federal Regulation of Third-Party Litigation Finance“, *Vanderbilt Law Review*, br. 72, 2019.

- Račić R., Radončić Dž., „Strateški postupci protiv učešća javnosti“, *Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom III, 2022.
- Quek Anderson D., „Counting the Cost of Enlarging the Role of ADR in Civil Justice“, *Erasmus Law Review*, br. 4, 2021.
- Rhode D. L., „Access to Justice“, *Fordham Law Review*, br. 69, 2001.
- Sahani V. S., „Judging Third-Party Funding“, *UCLA Law Review*, br. 388, 2016.
- Sahani V. S., „Rethinking the Impact of Third-Party Funding on Access to Civil Justice“, *DePaul Law Review*, br. 69, 2020.
- Saulnier J., Müller K., Koronthalyova I., „Responsible private funding of litigation. European Added Value Assessment“, EPRS, mart 2021.
- Sorabji J., „Legal Expenses Insurance and the Future of Effective Litigation Funding“, *Erasmus Law Review*, br. 4, 2021.
- Veljanovski C., „Third Party Litigation Funding in Europe“, *Journal of Law, Economics and Policy*, br. 8, 2012.
- Zaleska-Korziuk K., „When the Good Samaritan Pays: the Phenomenon of Strategic Third-Party Funding“, *Asper Rev. of Int. Business & Trade Law*, Vol. 18, 2018.
- Zuckerman A., „A Reform of Civil Procedure: Rationing Procedure Rather Than Access to Justice“, *Journal of Law and Society*, br. 2, Vol. 22, 1995.

PREGLEDNI RAD

VLADIMIR M. VRHOVŠEK
VLADIMIR V. KOZAR

TROŠKOVI PARNIČNOG POSTUPKA – OSVRT NA ODABRANA PITANJA

U radu se izlažu pojedina pitanja koja se odnose na troškove koji nastaju povodom i u toku parničnog postupka. Posebno je obrađen postupak za naplatu, snošenje i oslobađanje od plaćanja sudskih taksi s obzirom na to da država koja kroz plaćanje sudskih taksi prevaljuje na parnične stranke jedan deo sudskih troškova iz finansijskih i pravno-političkih razloga, iz socijalnih razloga oslobađa od njihovog plaćanja određeni krug lica. U radu se izlažu i pojedini problemi koji nastaju u postupku povodom zahteva stranke za naknadu parničnih troškova, obračuna parničnih troškova i prava i dužnosti stranaka na njihovu naknadu.

Ključne reči: *sud, pravda, pravičnost, pravosuđe, troškovi postupka*

U V O D

Utvrđivanjem činjeničnog stanja i tumačenjem i primenom propisa, sudije učestvuju u upravljanju pravdom. Veće dužnosti od te nema, pa ne čudi antička izreka: „Ići sudiji znači ići pravdi“.¹ Pružanje pravne zaštite svakako košta. U parničnom postupku, kao jednom od postupaka koji se vodi pred sudom plaćaju se

Vladimir M. Vrhovšek, sudija Višeg suda u Beogradu, e-mail: vladimirvrhovsek@gmail.com.

Prof. dr Vladimir V. Kozar, redovni profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sađu, e-mail: kozarv@pravni-fakultet.info.

¹ Slobodan Perović, „Ići sudiji znači ići pravdi“, *Pravni informator*, br. 10, Beograd, 2016, 14–16.

sudske takse, a troškovi postupka se naknađuju. Sud je dužan da pruži pravnu zaštitu svim subjektima čija su građanska prava povređena, osporena ili ugrožena, ali je isto tako dužan da pružanje pravne zaštite ostvari u što kraćem vremenskom periodu i sa što manje utroška sredstava. Ekonomično postupanje korisno je i za pravosuđe i za stranke. Stranke imaju više od pravne zaštite do koje dođu brzo i uz neznatno trošenje sredstava, a i društvo, odnosno država takođe ima koristi ukoliko se pravna zaštita pruži ažurno i efikasno. Pružanje pravne zaštite u razumnom roku i sa što manje troškova je imperativ savremenog suđenja, pa se načelu procesne ekonomije mora pokloniti dužna pažnja, jer u suprotnom to može naneti znatnu štetu čak i onim subjektima koji uspeju u parnici. To znači da deviza „pravda je spora ali dostižna“ mora da pretrpi određene korekcije u savremenim uslovima života, jer sve više dolazi do izražaja deviza „vreme je novac“. Ostvarivanje pravne zaštite u parničnom postupku treba da se sprovede na takav način da troškovi parnice ne nadmaše vrednost pravnog interesa, radi čije zaštite je i došlo do spora. U suprotnom, došlo bi do značajne povrede načela procesne ekonomije. Međutim, mora se imati u vidu da težnja u ostvarenju načela procesne ekonomije ne može da ide nauštrb nekih drugih načela, a pre svega načela zakonitosti i traženja istine. Sud je, dakle, dužan da ostvari harmonični sklad svih ovih načela koja su u određenom segmentu protivrečna, jer samo tako može se na optimalan način postići pravna zaštita koja je cilj svakog parničnog postupka. Sve navedeno znači da sud nastoji da pronađe kompromis između ovih oprečnih zahteva i ne treba dati prevagu načelu ekonomičnosti ako bi se time ugrozilo razborito ostvarivanje svih ostalih kvaliteta pravne zaštite. Načelo procesne ekonomije izričito je propisano odredbom čl. 10, st. 2. Zakona o parničnom postupku,² pa je sud dužan da nastoji da se postupak sprovede bez odugovlačenja i sa što manje troškova.³

Inače, naknada troškova u sudskim postupcima pripada svedoku, veštaku, stručnom savetniku, prevodiocu, tumaču i stručnom licu; nagrada veštaku, stručnom savetniku, prevodiocu, tumaču i stručnom licu; naknada troškova privatnom tužiocu, oštećenom kao tužiocu, oštećenom i okrivljenom u krivičnom postupku; naknada troškova stranci i umešaču u parničnom postupku; naknada troškova i nagrada braniocu, punomoćniku i zakonskom zastupniku u parničnom i krivičnom postupku; naknada troškova sudu za vršenje radnji van zgrade suda.⁴

² Zakon o parničnom postupku *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – US, 74/13 – US, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 – dr. zakon (u daljem tekstu: ZPP).

³ Aleksandar Radovanov, *Građansko procesno pravo*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, 2011, 45–46.

⁴ Čl. 1, st. 1 Pravilnika o naknadi troškova u sudskim postupcima, *Službeni glasnik RS*, br. 9/16, 62/16, 13/20.

Kako je u ovom konkretnom slučaju reč o troškovima u parničnom postupku, svaka stranka prethodno sama snosi troškove koje je prouzrokovala svojim radnjama, uz napomenu da je stranka koja u celini izgubi parnicu dužna da protivnoj stranci naknadi troškove koji su toj stranci bili potrebni radi vođenja parnice. Takođe je neophodno ukazati i na to da ukoliko je uspeh stranaka u parničnom postupku delimičan, sud može odlučiti da svaka stranka snosi svoje troškove, kao i na to da odgovor na žalbu, nije potreban trošak radi vođenja drugostepenog postupka, te isti kao takav neće biti dosuđen stranci koja je odgovor na žalbu i dala.

OBVEZNIK PLAĆANJA SUDSKE TAKSE

Sudske takse plaća lice po čijem predlogu ili u čijem interesu se preduzimaju radnje u postupku.⁵ Za podneske taksu je dužno da plati lice koje ih podnosi. Za odluku drugostepenog suda i za odluku po vanrednom pravnom sredstvu, sudsku taksu je dužan da plati podnosilac žalbe odnosno lice u čijem interesu je pokrenut postupak po vanrednom pravnom sredstvu.⁶ Kada su sudsku taksu dužna da plate dva lice zajedno, njihova obaveza je solidarna.⁷ Lica koja su dužna da plate sudsku taksu su takseni obveznici. Obaveza plaćanja takse (taksena obaveza) nastaje:

– za podneske – kada se predaju sudu odnosno kada se izvrši obračun takse, ako njen iznos zavisi od vrednosti predmeta spora, a za podneske predate na zapisnik – kada je zapisnik sastavljen;⁸

– za sudske prepise – kada se zatraže od suda;⁹

– za sudske odluke – kada se objave, a ako stranka nije prisutna objavljivanju ili ako odluka nije javno objavljena – kada se stranci ili njenom zastupniku dostavi prepis odluke;¹⁰

– za sudska poravnanja – kada se zakluče;¹¹

– za ostale radnje – kada se zatraži njihovo preduzimanje;¹²

⁵ Čl. 2, st. 1 Zakona o sudskim taksama *Službeni glasnik RS*, br. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01-1 (dr. zakon), 9/02, 29/04, 61/05, 116/08-11 (dr. zakon), 31/09, 101/11, 93/12, 93/14, 106/15-63, 95/18.

⁶ Čl. 2, st. 4 Zakona o sudskim taksama.

⁷ Čl. 2, st. 5 Zakona o sudskim taksama.

⁸ Čl. 3, st. 1, tač. 1 Zakona o sudskim taksama.

⁹ Čl. 3, st.1, tač. 2 Zakona o sudskim taksama.

¹⁰ Čl. 3, st. 1, tač. 3 Zakona o sudskim taksama.

¹¹ Čl. 3, st.1, tač. 4 Zakona o sudskim taksama.

¹² Čl. 3, st.1, tač. 7 Zakona o sudskim taksama.

– za tužbu i odgovor na tužbu taksena obaveza nastaje danom zaključenja prvog ročišta za glavnu raspravu, ukoliko postupak nije okončan posredovanjem, sudskim poravnanjem, priznanjem tužbenog zahteva ili odricanjem od tužbenog zahteva;¹³

– za podneske i odluke u stvarima penzijskog, invalidskog i zdravstvenog osiguranja, dečjeg dodatka, starateljstva, usvojenja i socijalne pomoći, taksa se plaća samo ako tužba bude pravosnažno odbijena ili odbačena. Ova taksena obaveza nastaje danom pravosnažnosti pomenutih odluka (odbijanje ili odbačaj).¹⁴

Naravno, sve pomenute takse plaćaju se u sudskim taksenim markama ili u gotovom novcu,¹⁵ uz napomenu da nedovoljno plaćena ili neplaćena taksa ne zadržava tok sudskog postupka.¹⁶

OSLOBAĐANJE OD PLAĆANJA SUDSKIH TAKSI I „SIROMAŠKO PRAVO“

Oslobođeni su od plaćanja sudske takse Republika Srbija, državni organi i posebne organizacije, organi autonomne pokrajine i organi jedinice lokalne samouprave, organizacije Crvenog krsta, kao i izdržavana lica u postupcima u vezi zakonskog izdržavanja i lica koja zahtevaju isplatu minimalne zarade.¹⁷ Takođe, taksu za podneske i radnje ne plaćaju lica koja Republici Srbiji, socijalno-humanitarnim, naučnim ili kulturnim organizacijama, ustanovama ili fondacijama poklanjaju svoju imovinu ili se u njihovu korist odriču prava svojine na nepokretnostima ili im bez naknade ustupaju druga stvarna prava na nepokretnostima.¹⁸ Strana država je oslobođena plaćanja takse ako je to predviđeno međunarodnim ugovorom ili pod uslovom uzajamnosti, a u slučaju sumnje o postojanju uzajamnosti mišljenje daje ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa.¹⁹

Stranke se oslobađaju od plaćanja takse ukoliko se parnični postupak okonča do dana zaključenja prvog ročišta za glavnu raspravu posredovanjem, sudskim poravnanjem, priznanjem tužbenog zahteva ili odricanjem od tužbenog zahteva.²⁰

¹³ Čl. 3, st. 2 Zakona o sudskim taksama.

¹⁴ Čl. 5 Zakona o sudskim taksama.

¹⁵ Čl. 6, st. 1 Zakona o sudskim taksama.

¹⁶ Čl. 7, st. 1 Zakona o sudskim taksama.

¹⁷ Čl. 9, st. 1 Zakona o sudskim taksama.

¹⁸ Čl. 9, st. 2 Zakona o sudskim taksama.

¹⁹ Čl. 9, st. 3 i 4 Zakona o sudskim taksama.

²⁰ Čl. 9, st. 6. Zakona o sudskim taksama.

Na ovom mestu valja ukazati na to da sud u parničnom postupku, upućuje stranke na medijaciju ili na informativno ročište za medijaciju, u skladu sa zakonom, odnosno sud ukazuje strankama na mogućnost za vansudsko rešavanje spora medijacijom ili na drugi sporazuman način,²¹ što je svakako između ostalog u duhu načela ekonomičnosti postupka.

Sud može osloboditi taksenog obveznika od plaćanja takse ako bi plaćanjem takse, imajući u vidu visinu sredstava iz kojih se obveznik i članovi njegovog domaćinstva izdržavaju, ta sredstva bila u tolikoj meri umanjena da bi time bila ugrožena njihova socijalna sigurnost.²² Reč je, dakle, o siromaškom pravu.

Prvostepeni sud odluku o oslobađanju taksenog obveznika od plaćanja sudske takse, donosi na predlog taksenog obveznika, s tim što će prvostepeni sud pre donošenja navedene odluke oceniti sve okolnosti, a naročito će uzeti u obzir vrednost merodavnu za naplatu takse, ukupan prihod taksenog obveznika i članova njegovog domaćinstva, broj lica koje takseni obveznik izdržava (maloletna deca, usvojenici, nezaposlena lica do navršene 26. godine života, unuci, koje roditelji ne izdržavaju, a žive u domaćinstvu sa taksenim obveznikom, bračni drug, roditelji i usvojioci²³).²⁴ Pod domaćinstvom se, u smislu ovog zakona, podrazumeva zajednica života, privređivanja i trošenja ostvarenih prihoda.²⁵ Stranka koja zahteva oslobađanje od troškova dužna je da uz predlog navede činjenice i podnese dokaze kojima se te činjenice potvrđuju.²⁶ „Pri tome, zakon ne propisuje koji su to dokazi, već uopšteno navodi da je stranka dužna da navede činjenice i podnese dokaze kojima se činjenice potvrđuju.“²⁷ Dakle, „stranka uz predlog za oslobađanje od troškova parničnog postupka ne podnosi uverenje nadležnog organa o imovnom stanju“²⁸, u kome bi se naznačio iznos poreza koji plaća domaćinstvo i pojedini članovi domaćinstva, kao i drugi izvori njihovih prihoda i uopšte imovno stanje stranke kojoj se izdaje uverenje i sl. Za razliku od stranke sud može po službenoj dužnosti da pribavi

²¹ Čl. 11 ZPP.

²² Čl. 10, st. 1 Zakona o sudskim taksama.

²³ Čl. 10, st. 4 Zakona o sudskim taksama.

²⁴ Čl. 10, st. 2 Zakona o sudskim taksama.

²⁵ Čl. 10, st. 3 Zakona o sudskim taksama.

²⁶ Čl. 169, st. 2 ZPP.

²⁷ Vladimir Kozar, Milan Počuča, *Komentar Zakona o parničnom postupku sa novelama iz 2014. godine, sudskom praksom i registrom pojmova*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Poslovni biro, Beograd, 2014, 270.

²⁸ Aleksandar Radovanov, *Građansko procesno pravo*, 4. izmenjeno izdanje, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, 2014, 157.

potrebne podatke i obaveštenja o imovnom stanju stranke koja traži oslobađanje, a može o tome da sasluša i stranku.²⁹ Protiv rešenja prvostepenog suda kojim se usvaja predlog nije dozvoljena posebna žalba.³⁰ Oslobođenje od plaćanja troškova postupka obuhvata oslobođenje od plaćanja takse i oslobođenje od polaganja predjuma za troškove svedoka, veštaka, uviđaja i sudskih oglasa.³¹ Dakle, sud stranku ne može osloboditi od naknade troškova parničnog postupka, koje je ta stranka (koja je oslobođena od plaćanja troškova postupka od strane suda) eventualno duuguje suprotnoj stranci, koja je uspela u postupku. Ako, međutim, u parničnom postupku po privatnoj tužbi lice oslobođeno od plaćanja takse uspe u postupku, takse koje bi ono bilo dužno da plati da nije bilo oslobođeno, platiće suprotna stranka koja ne uživa oslobođenje i to u srazmeri u kojoj je oslobođena stranka uspela u postupku.³² Navedeno se ima primeniti i u slučaju zaključenja poravnanja.³³ Oslobođenje od plaćanja takse koristi samo licu kome je to oslobođenje priznato. Oslobođenje od plaćanja takse dato u parničnom, vanparničnom i krivičnom postupku, kao i u postupku u upravnim sporovima važi i u postupku izvršenja odluka donetih u tim postupcima, ako se izvršenje zahteva u roku od tri meseca po pravosnažnom okončanju postupka.³⁴ Ako sudski postupak traje duže od dve godine lice oslobođeno od plaćanja sudske takse dužno je da po isteku druge i svake sledeće godine trajanja postupka podnese novo uverenje o svom imovnom stanju.³⁵ Sud može u toku postupka ukinuti rešenje o oslobađanju od plaćanja takse ako utvrdi da je takseni obveznik u stanju da plati taksu i tom prilikom će odlučiti da li će obveznik u potpunosti ili delimično platiti takse od kojih je bio ranije oslobođen.³⁶

Činjenica da se u građanskim parnicama svi troškovi prevaljuju na stranku koja izgubi parnicu, od velikog je uticaja na odluku nekog lica hoće li tražiti zaštitu pred sudom.³⁷

U vezi sa oslobađanjem stranke od plaćanja troškova postupka, u sudskoj praksi zauzeti su stavovi o upoređivanju materijalnog stanja stranke sa troškovima

²⁹ Čl. 169, st. 3 ZPP.

³⁰ Čl. 11, st. 6. Zakona o sudskim taksama.

³¹ Čl. 168, st. 2 ZPP.

³² Čl. 19, st. 1 Zakona o sudskim taksama.

³³ Čl. 19, st. 2 Zakona o sudskim taksama.

³⁴ Čl. 13, st. 1 Zakona o sudskim taksama.

³⁵ Čl. 16. Zakona o sudskim taksama.

³⁶ Čl. 15. Zakona o sudskim taksama

³⁷ Viljem Daglas (William Douglas), „Siromaško pravo (*in forma pauperis*) u Sjedinjenim Američkim Državama“, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2, Vol 10, Beograd, 1962, 104.

postupka,³⁸ kao i o nemogućnosti obavezivanja druge stranke da plati taksu, u slučaju kada parnicu izgubi stranka koja je oslobođena od plaćanja sudskih taksi.³⁹

NAPLATA I ZASTARELOST POTRAŽIVANJA SUDSKE TAKSE

Taksa se plaća najkasnije u roku od osam dana od dana nastanka taksene obaveze. Ako stranka prisustvuje sudskoj radnji za koju je dužna da plati taksu, a ne plati je odmah, sud će je upozoriti da je dužna da taksu plati u roku od osam dana i upozoriće je na posledice neplaćanja takse. Ako stranka ne prisustvuje sudskoj radnji za koju je dužna da plati taksu, sud će joj poslati nalog da plati taksu koju duguje u roku od osam dana od dana dostave naloga i upozoriće je na posledice neplaćanja takse u roku. Za podnesak primljen preko pošte, a za koji taksa nije plaćena ili je plaćena nedovoljno, sud će podnosiocu poslati opomenu da plati taksu u roku od osam dana od dana dostave opomene i upozoriće je na posledice neplaćanja takse u roku. Ukoliko stranka u postupku ima punomoćnika, nalog, odnosno opomena za plaćanje takse dostaviće se njenom punomoćniku, jer se stranci u postupku, koja ima zakonskog zastupnika odnosno punomoćnika svo dostavljanje vrši njenom zakonskom zastupniku odnosno punomoćniku.

Po stavu sudske praske žalba na opomenu za plaćanje sudske takse, nije dozvoljena, te će posledica po takvu žalbu biti odbacivanje iste.⁴⁰ Takođe, po stavu

³⁸ „Pre donošenja odluke po zahtevu stranke, sud utvrđuje samo faktičko materijalno stanje stranke, odnosno članova njenog porodičnog domaćinstva i isto stavlja u relaciju sa stvarnim troškovima postupka, odnosno visinom sudske takse, na osnovu čega zaključuje da li je stranka u mogućnosti da te troškove plati bez ugrožavanja svoje i materijalne sigurnosti svog porodičnog domaćinstva ili ne“ – Odgovori utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda, od 18. 3. 2021. godine, Intermex, Beograd.

³⁹ Kada parnična stranka koja je oslobođena od plaćanja sudskih taksi ne uspe u sporu, nema osnova da se druga stranka obaveže da plati sudske takse za radnje koje je preduzelo lice oslobođeno od plaćanja sudskih taksi. Stranka (tuženi) nije trebalo da plati sudske takse za radnje, koje je preduzela suprotna stranka (tužilac), kao lice oslobođeno od sudskih taksi, jer pomenuta suprotna stranka (tužilac) nije uspeła u sporu. Ovo stoga, što samo stranka koja izgubi spor plaća i one takse koje bi bila dužna da plati druga strana, da nije oslobođena od plaćanja taksi i to prema popisu taksi, koje je sud dužan da vodi i zaključi po završetku postupka. Stranka (tuženi) nije izgubila spor. Reč je o troškovima, koji se odnose na slučaj koji se stranci (tuženom) dogodio shodno čl. 155 Zakona o parničnom postupku, pa stoga isti pravilno nisu priznati stranci (tuženom)“ – iz rešenja Privrednog apelacionog suda Pž. 4836/18 od 20. 9. 2018. godine, *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, br. 1/19, Intermex, Beograd, 2019.

⁴⁰ „U nalogima – opomenama ne stoji pravna pouka i to da takseni obveznik ima pravo žalbe u roku koji je određen zakonom, s obzirom da zakonom i nije propisana žalba na ovakav nalog – opomenu, već tuženi može uložiti žalbu tek na rešenje kojim će se naložiti organu nadležnom za

sudske prakse, prvostepeni sud je dužan da taksenom obvezniku dostavi rešenje o prinudnoj naplati sudske takse, čime se poštuje raspravno načelo.⁴¹

Ako fizičko lice, kao takseni obveznik, ne plati taksu u roku od osam dana, sud u narednih pet dana donosi rešenje o izvršenju u kome obavezuje taksenog obveznika da u roku od pet dana od dana prijema rešenja plati dugovanu taksu i kaznenu taksu od 50% od visine takse i u kome ne određuje sredstvo i predmet izvršenja, i rešenje o izvršenju dostavlja izvršitelju, a u spisu zabeležava da je rešenje dostavljeno izvršitelju.⁴² Uz rešenje o izvršenju sud prilaže i dokaz o tome da je taksenom obvezniku dostavljen nalog, odnosno opomena o plaćanju takse. Javni izvršitelj dostavlja rešenje o izvršenju taksenom obvezniku. Redovni pravni lek protiv rešenja o izvršenju, koji može da se izjavi u roku od osam dana od dana dostavljanja rešenja, ne odlaže izvršenje rešenja.⁴³ Postupak izvršenja sprovodi se prema zakonu kojim se uređuje izvršenje i obezbeđenje.⁴⁴ Izvršitelja koji sprovodi izvršenje određuje predsednik suda, tako što rešenje o izvršenju dostavlja izvršitelju čije se sedište nalazi na području suda koji je doneo rešenje o izvršenju, a ako više izvršitelja ima sedište na području tog suda, rešenja o izvršenju dostavljaju se ravnomerno, prema redosledu po kome su izvršitelji upisani u Imenik izvršitelja i zamenika izvršitelja.⁴⁵ Kaznena taksa ne može biti manja od dvostrukog iznosa najniže takse propisane Taksenom tarifom.⁴⁶ Od sredstava ostvarenih naplatom takse izvršitelj na ime nagrade zadržava za sebe 10% naplaćene vrednosti takse i kaznene takse, ostatak uplaćuje na račun propisan za naplatu sudskih taksi, a troškove

poslove javnih prihoda prinudna naplata sudske takse. Iz navedenih razloga, odbačena je žalba na opomenu za plaćanje sudske takse.“ – Iz rešenja Privrednog apelacionog suda, Iž. 335/2011 od 24. 8. 2011, Intermex d.o.o. Beograd.

⁴¹ „Pobijano prvostepeno rešenje o prinudnoj naplati sudske takse nije pravilno, kada je zahvaćeno bitnom povredom odredaba ZPP iz čl. 374, st. 2, tač. 7 ZPP, koje se primenjuju i u ovom konkretnom slučaju na osnovu čl. 39 ZIO, jer je prvostepeni sud pre donošenja pobijanog propustio da taksenom obvezniku dostavi pobijano rešenje o prinudnoj naplati sudske takse prvostepenog suda, čime je taksenom obvezniku propuštanjem dostavljanja uskraćena mogućnost da raspravlja pred sudom. S toga će prvostepeni sud u ponovnom postupku, otkloniti pomenutu učinjenu bitnu povredu postupka, na koju mu je ukazano ukidnim rešenjem drugostepenog suda, tako što će pobijano rešenje prvostepenog suda uredno dostaviti taksenom obvezniku, te pošto navedeno učini, doneće novu, jasnu, pravilnu i na zakonu zasnovanu odluku.“ – Iz rešenja Višeg suda u Beogradu, Gž 2764/22 od 24. 8. 2022. godine.

⁴² Čl. 40, st. 1 Zakona o sudskim taksama.

⁴³ Čl. 40, st. 2 Zakona o sudskim taksama.

⁴⁴ Čl. 40, st. 3 Zakona o sudskim taksama.

⁴⁵ Čl. 40, st. 4 Zakona o sudskim taksama.

⁴⁶ Čl. 40, st. 5 Zakona o sudskim taksama.

izvršenja naplaćuje od taksenog obveznika.⁴⁷ Na ovaj način, neplaćanjem sudskih taksi, za stranke se „cena pravde“ uvećava za troškove izvršnog postupka koji je bio potreban da bi se takse prinudno naplatile.

Odredbom čl. 3 Zakona o sudskim taksama propisano je da taksena obaveza nastaje u zavisnosti od procesne radnje za koju se plaća sudska taksa. Tako, obaveza plaćanja sudske takse na podneske (tužbe, odgovore na tužbe, žalbe i druga pravna sredstva) nastaje kada se podnesci predaju sudu, odnosno kada se izvrši obračun takse, pod uslovom da njen iznos zavisi od vrednosti predmeta spora. Obračun takse u srazmeri sa vrednošću spora je pravilo u parničnom i izvršnom postupku, dok je paušalni obračun sudske takse pravilo u vanparničnom postupku i upravnom sporu. Obaveza plaćanja takse na sudske prepise i zapisnike nastaju u trenutku kada se zatraže od suda. U pogledu nastanka taksene obaveze za sudske odluke važe drugačija pravila. Naime, sudska taksa na odluke nastaju kada se objave, a ako stranka nije prisutna njenom objavljivanju ili ako odluka nije javno objavljena, taksena obaveza nastaje kada se stranci ili njenom zastupniku dostavi prepis odluke. U slučaju da se postupak okonča sudskim poravnanjem, taksena obaveza nastaje njegovim zaključenjem. Paušalna taksa u postupku raspravljanja zaostavštine nastaje kada rešenje o nasleđivanju postane pravnosnažno. U svim ostalim slučajevima, taksena obaveza nastaje kada se traži njeno preduzimanje.

Pitanje dospelosti navedenih taksenih obaveza je predviđeno na jedinstven način. Svaka taksena obaveza se ima platiti u roku od osam dana od dana kada je taksena obaveza nastala, osim ako Zakonom o sudskim taksama nije drugačije određeno.⁴⁸

Naplata takse u skladu sa čl. 8 Zakona o sudskim taksama zastareva u roku od tri godine po isteku kalendarske godine u kojoj je nastala taksena obaveza. Ovde se radi o zastarelosti koja sprečava prinudnu naplatu takse, što odgovara opštem pravilu obligacionog prava da zastarelošću prestaje pravo zahtevati ispunjenje obaveze.⁴⁹ Međutim, postoji odstupanje od opšteg pravila obligacionog prava o tome da rok zastarelosti teče od dospelosti, već se primenjuje pravilo iz poreskog prava da se početak roka zastarelosti računa od isteka kalendarske godine u kojoj je nastala taksena obaveza. Zastarelost ima za posledicu da jedna civilna (utuživa) obligacija izgubi to svojstvo i pretvori se u naturalnu (neutuživu) obligaciju,

⁴⁷ Čl. 40, st. 6 Zakona o sudskim taksama.

⁴⁸ Iz *Biltena Višeg suda u Beogradu*, br. 88/2017, Intermex, Beograd.

⁴⁹ Čl. 360 Zakona o obligacionim odnosima *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 (Uredba – za vreme ratnog stanja: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99, *Službeni glasnik RS*, br. 18/20).

ali produžava svoju egzistenciju iako u tom transformisanom obliku.⁵⁰ Međutim, sud se ne može obazirati na zastarelost ako se dužnik nije na nju pozvao. Prigovor zastarelosti u skladu sa navedenom odredbom Zakona o sudskim taksama, može se isticati u pravnom leku protiv rešenja o izvršenju (rešenje doneto na osnovu čl. 40 Zakona o sudskim taksama) imajući u vidu specifičnu prirodu ovog rešenja koju treba definisati kroz odredbe Zakona o sudskim taksama (donošenju ovog rešenja prethodi dostavljanje naloga i opomene za plaćanje sudske takse protiv kojih nije predviđen pravni lek).⁵¹ Ako je dužnik ispunio zastarelu obavezu, dužnik nema pravo da zahteva da mu se vrati ono što je dao, čak i ako nije znao da je obaveza zastarela (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 367).⁵²

NAKNADA TROŠKOVA POSTUPKA

„Svaka stranka prethodno snosi svoje parnične troškove u sopstvenom interesu, želeći da uspe u parnici. Troškovi postupka nastaju sukcesivno, a stranka ih podmiruje onako kako nastaju i u trenutku kada nastanu.“⁵³ Za razliku od plaćanja sudskih taksi, koje nastaju pošto stranka u postupku preduzme radnje, koje podležu plaćanju sudske takse i koje (sudske takse) se mogu naplatiti prinudnim putem, naknada troškova postupka pripada onoj stranci koja je uspela u postupku. Dakle, stranka koja u celini izgubi parnicu dužna je da protivnoj stranci naknadi troškove. Stranka koja u celini uspe u postupku ima pravo samo na one troškove koji su toj stranci bili potrebni radi vođenja tog postupka u kojem je uspela. Naravno, pomenuti troškovi jesu izdaci, koje je stranka, koja je uspela u već navedenom postupku učinila u toku tog postupka ili povodom istog. Navedeno, podrazumeva i nagradu za rad advokata i drugih lica kojima zakon priznaje pravo na nagradu.

Po sudskoj praksi, a u vezi sa nagradom za rad drugih lica, kojima zakon priznaje pravo na nagradu je punomoćnik koji nije advokat, a stranka ga je sama izabrala. Naime, taj „punomoćnik ima pravo samo na naknadu za nužne izdatke“⁵⁴. Zahtev za naknadu troškova stranka je dužna da podnese najkasnije do završetka raspravljanja koje prethodi odlučivanju o troškovima, a ako se radi o donošenju

⁵⁰ Živomir Đorđević, Vladan Stanković, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1986, 708.

⁵¹ Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu od 5. 3. 2018, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, br. 10, Beograd, 2018.

⁵² Marijana Dukić Mijatović, *Stečajno pravo*, Pravni fakultet Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, 2010, 161.

⁵³ Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Sven, Niš, 2020, 290.

⁵⁴ Odgovor usvojen na sednicama odeljenja Privrednog apelacionog suda od 8. i 22. 11. 2011, Intermex, Beograd.

odluke bez prethodnog raspravljanja stranka je dužna da zahtev za naknadu troškova podnese u predlogu o kome sud treba da odluči.

U odnosu na odredbe prethodnog zakona, odredbom čl. 163, st. 7 Zakona o parničnom postupku proširena je primena odredbe o roku od osam dana za podnošenje zahteva za troškove kada povlačenje tužbe ili pravnog leka nije izvršeno na ročištu, i na sve druge slučajeve kada je odluka doneta izvan ročišta (npr. rešenje o odbacivanju tužbe, presuda na osnovu odricanja, ili presuda na osnovu priznanja). Pri tome, i rešenje kojim sud konstatuje povlačenje tužbe može predstavljati „obaveštenje o povlačenju tužbe“. Pored toga, ova odredba može se analogno primeniti i u slučajevima fikcije povlačenja tužbe zbog izostanka tužioca, odnosno stranaka, na pripremno ročište ili ročište za glavnu raspravu,⁵⁵ kao i kod donošenja presude bez rasprave i presude zbog propuštanja.⁵⁶

Stranka je dužna da u pomenutom zahtevu opredeli vrstu i iznos troškova za koje traži naknadu.⁵⁷ O naknadi troškova odlučuje sud na određeni zahtev stranke, bez raspravljanja.⁵⁸ Dakle, sud o zahtevu za naknadu troškova odlučuje u presudi ili rešenju kojim se okončava postupak pred tim sudom.⁵⁹ Navedena odluka suda (presuda ili rešenje) može biti doneta i izvan ročišta, uz napomenu da se odluka o troškovima u presudi smatra rešenjem, *kao i* da se sud kreće u okvirima tog zahteva, koji je u vezi sa naknadom troškova na već opisani način postavljen u postupak.

Zakonom je predviđeno da je stranka dužna da u zahtevu opredeli vrstu i iznos troškova za koje traži naknadu,⁶⁰ što znači da je neophodno navesti ne samo vrstu i broj parničnih radnji, već i iznos troškova. Reč je dakle o sporednom tužbenom zahtevu. Prema tome, nije obavezno da za svaku vrstu parnične radnje bude naveden iznos troškova, već je dovoljno da stranka navede zbir, dakle ukupan iznos troškova.⁶¹ U vezi sa opredeljenim zahtevom za naknadu sudske takse, u sudskoj praksi postoje dva mišljenja. Po prvom mišljenju, „stranka je dužna da zahtev za naknadu troškova podnese u predlogu o kome sud treba da odluči, što je zapravo tužba, i taj zahtev za naknadu troškova je trebalo da bude opredeljen po vrsti i visini

⁵⁵ Problem je posebno složen kad su u pitanju troškovi u slučaju fikcije o povlačenju tužbe posebno ako u podnescima nema opredeljenog zahteva, a sud propusti da obavesti tuženog da je tužba povučena.

⁵⁶ Vladimir Kozar, *Vodič za primenu novog Zakona o parničnom postupku – najvažnije novine u odnosu na prethodni zakon*, Poslovni biro, Beograd, 2012, 103.

⁵⁷ Čl. 163, st. 2 ZPP.

⁵⁸ Čl. 163, st. 1 ZPP.

⁵⁹ Čl. 163, st. 4 ZPP.

⁶⁰ Čl. 163, st. 2 ZPP.

⁶¹ V. Kozar (2012), op. cit., 103.

troškova za koje se potražuje naknada. Kako je stranka u tužbi samo paušalno navela da potražuje naknadu troškova parničnog postupka, sa zakonskom zateznom kamatom od dana presuđenja, pa do konačne isplate, odnosno svoj zahtev za naknadu troškova istaknut u tužbi nije opredelila po vrsti i iznosu troškova, već je to učinila tek naknadno u podnesku od 4. 9. 2015. godine, pomenuti zahtev stranke za naknadu troškova nije osnovan jer je podnet suprotno odredbi čl. 163, st. 2 ZPP.⁶² Potrebno je istaći da i tuženi ima pravo da predloži da mu se naknade troškovi. On to najpre može da učini u obaveznom odgovoru na tužbu i kasnije u toku parnice.

Po drugom mišljenju, u kome je objašnjena sadržina tzv. troškovnika i način na koji stranka opredeljuje troškove, dovoljno je opredeljen zahtev stranke, kada naknadu troškova zahteva samo po vrsti, ali ne i po visini, npr. kada stranka traži taksu na tužbu, presudu, žalbu i drugostepenu presudu „po odmerenju suda“, što se opravdava time što stranka ne zna da obračune te sudske takse ili bi mogla da utvrdi njihovu visinu samo sa nesrazmernim teškoćama.

*Sadržina izreke odluke kojom delimično usvaja
zahtev za troškove postupka*

U sudskoj praksi zauzet je stav o sadržini izreke odluke kojom delimično usvaja zahtev za troškove postupka: „Prilikom donošenja odluke o troškovima postupka, sud nije u obavezi da u izreku tog rešenja unosi i odbijajući deo koji se odnosi na deo zahteva preko dosuđenog, pa do traženog iznosa na ime tih troškova.“⁶³

OBRAČUN NAKNADE TROŠKOVA PARNIČNOG POSTUPKA
U PARNICAMA O NEMATERIJALNOJ ŠTETI

Cilj naknade nematerijalne štete nije restitucija i izjednačavanje štete i naknade (kao kod materijalne štete kada su veličine poznate ili mogu biti poznate), već satisfakcija, zadovoljenje i ublažavanje bolova i patnji. Pravična visina naknade zavisi od svih okolnosti slučaja i odmerava se najčešće po slobodnoj oceni suda u smislu čl. 232 ZPP. Ta visina nije poznata ni sudu u momentu podnete tužbe, a pogotovo strankama koje u najvećem broju slučajeva i ne znaju za stavove sudske prakse. „Po ideji satisfakcije nemoguće je nematerijalnu (idealnu) štetu naknaditi u novcu pošto su povređena lična dobra nemerljiva u novcu i stoga se između njih

⁶² Iz rešenja Višeg suda u Novom Sadu, Gž. 3605/15 od 27. 1. 2016, kojim je preinačeno rešenje Osnovnog suda u Novom Sadu P. 6192/15 od 11. 9. 2015.

⁶³ Iz rešenja Višeg suda u Novom Sadu Gž br. 546/2015 od 15. 3. 2016, *Bilten Višeg suda u Novom Sadu*, br. 7, Beograd, 2016.

ne može uspostaviti odnos vrednosti.⁶⁴ „Satisfakcija nije ni naknada ni kazna već jedna činidba zadovoljenja – kako kaže Jering.“⁶⁵ U normalnom i očekivanom stranka dobija satisfakciju i zadovoljenje ako joj sud dosudi i manje od traženog. Praksa sudova kod naizgled delimičnog uspeha je neujednačena, pa u primeru naizgled jednakog uspeha prema visini tužbenog zahteva (50% : 50%) prisutna su sledeća rešenja:

- a) tužiocu se priznaju svi troškovi s obzirom na visinu zahteva istaknutom u tužbi;
- b) tužiocu se priznaju troškovi s obzirom na dosuđenu visinu zahteva u pogledu naknade štete.
- v) svaka stranka snosi svoje troškove i
- g) vrši se prebijanje i dosuđuje razlika.

Pravičnost kod ove vrste sporova zahteva da ne treba uspeh stranaka vezivati samo za novčani izraz vrednosti spora i vršiti prosto upoređenje između visine usvojenog i odbijenog tužbenog zahteva, iako opšti parnični postupak izričito ne predviđa princip pravičnosti.⁶⁶ Gipkost i elastičnost pravila iz čl. 149 sadašnjeg ZPP dopušta da se uspeh u parnici vrednuje ne samo kvantitativno već i kvalitativno. Sagledajući sve okolnosti, a imajući u vidu i dopunski princip krivice u određivanju troškova koji je sadašnji ZPP zadržao, čini se da bi trebalo tužiocu priznati troškove u celini kada je u sudskom postupku utvrđen (od strane suda priznat) osnov njegovog potraživanja (tuženi je osporavao i osnov i visinu), na način izložen pod b), jer se tako postiže srazmernost koju zakon traži. To znači da tužiocu ne mogu biti priznati troškovi advokatske tarife prema vrednosti postavljenog zahteva u tužbi, već prema vrednosti spora sa kojom je uspeo u parnici (isto se odnosi na plaćanje sudske takse za tužbu i odluku).⁶⁷

Sve što je rečeno važi za sporove o naknadi deliktne nematerijalne štete. S druge strane, prevladava mišljenje da naš pravni sistem ne priznaje postojanje

⁶⁴ Dragoljub Stojanović, „Komentar uz čl. 200 ZOO“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga prva (ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Kulturni centar, Gornji Milanovac, Pravni fakultet, Kragujevac, 1980, 600.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Treba, međutim, primetiti da pravičnost, kao princip prilikom odlučivanja o troškovima, poznaje samo Porođični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, 72/11, 6/15, a ne i opšti parnični postupak. Naime, prema čl. 207 Porođičnog zakona, o naknadi troškova postupka u vezi sa porođičnim odnosima sud odlučuje po slobodnoj oceni, vodeći računa o razlozima pravičnosti.

⁶⁷ Predrag Trifunović, „Kako vršiti obračun i naknadu troškova parničnog postupka kod odlučivanja o nematerijalnoj šteti“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 2, Beograd, 2005, 641–643.

ugovorne odgovornosti⁶⁸ za neimovinsku štetu zbog povrede dobrog poslovnog ugleda, a koju trpi strana verna ugovoru usled povrede – neizvršenja ugovorne obaveze druge ugovorne strane,⁶⁹ koja u postoji u drugim pravnim sistemima postoji,⁷⁰ a ostvaruje se kroz pravičnu naknadu neimovinske štete, koju je dužnik u vreme sklapanja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora. Tako npr. kada su u pitanju zemlje u okruženju, može se navesti primer Republike Hrvatske, gde je u čl. 346, st. 1 Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine,⁷¹ predviđena mogućnost pravične naknade neimovinske štete, koju je dužnik u vreme sklapanja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate.

PRIMENA ADVOKATSKE TARIFE VAŽEĆE U VREME ODLUČIVANJA

U vezi sa vremenom dosuđivanja naknade za rad advokata, u sudskoj praksi postoje dva mišljenja. Po prvom mišljenju naknada za rad advokata utvrđuje se prema važećoj tarifi „u vreme obračuna troškova od strane suda – Odlukom o izmenama Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad advokata, *Službeni list SRJ*, br. 75/99 i čl. 9 broj '2 dinara' zamenjen je sa '5 dinara'. Kako se naknada za rad advokata utvrđuje prema važećoj tarifi u vreme obračuna saglasno čl. 8, to troškovi obračunati prema navedenoj tarifi primenjenoj na vrednost predmeta spora, za koji je tužilac uspeo u sporu, iznose ukupno 43.793,64 dinara (za sastav 3 podniska po 2.000 dinara, za zastupanje na 5 ročišta po 4.000 dinara, troškove izvršenja 14.508,48 dinara i taksa na presudu 3.285,16 dinara). Iz izloženog sledi da je žalba tužioca delimično osnovana te je rešenje o troškovima primenom čl. 380, st. 1, tač. 3 preinačeno i tužiocu su pored dosuđenih troškova dosuđeni i troškovi u iznosu od 19.472,85 dinara“.⁷² Naime, izmena pomenute tarife dovodi do revalorizacije – popravljjanja vrednosti novca⁷³ između *stare* i nove tarife. Po drugom mišljenju naknada za rad advokata utvrđuje se prema važećoj tarifi *u vreme obavljanja parnične*

⁶⁸ Postoje i mišljenja da kod nas država više vodi računa o interesima privatnih profesija nego o građanima, dok cenu dejudifikacije plaćaju građani.

⁶⁹ Vladimir Kozar, „Dejstvo stečaja na osiguranje i naknadu štete“, doktorska disertacija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna Akademija u Novom Sadu, 2009, 125.

⁷⁰ Petar Klarić, „O ugovornoj odgovornosti za neimovinsku štetu“, *Odštetno pravo*, 4. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2003, 231.

⁷¹ Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, pročišćeni tekst zakona, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22.

⁷² Iz presude Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 3716/2000 od 8. juna 2000.

⁷³ *Rečnik srpskog jezika* (ur. Mato Pižurica), Matica srpska, Novi Sad, 2007, 1124.

radnje, pa se već navedena revalorizacija postiže zahtevanjem zakonske zatezne kamate na dosuđene troškove postupka od izvršnosti do isplate.

U čl. 11 nove Tarife o nagradama i naknadama troškova za rad advokata, *Službeni glasnik RS*, broj 43/23, recepcijom sudske prakse, prihvaćeno je prvo mišljenje: „Sudovi, javna tužilaštva, javni beležnici, javni izvršitelji, organi državne uprave i lokalne samouprave i drugi organi kada odlučuju o troškovima postupka, primenjuju tarifu koja važi u vreme donošenja odluke o troškovima postupka.“

(ZAKONSKA) PRIRODA TROŠKOVA POSTUPKA I NJIHOV „ZNAČAJ“ ZA PARNIČNI POSTUPAK

Značaj troškova postupka u odnosu na glavno potraživanje može biti jači i usled toga može da „nadjača“ isto. S obzirom na navedeno troškovi mogu da budu odlučujući faktor za okončanje postupka, u kojem su nastali. U prilog navedenom idu „bankarski sporovi, radi utvrđenja i neosnovanog obogaćenja usled unapred naplaćenih troškova za obradu kredita“, koji su s obzirom na svoju brojnost opštepoznati u Republici Srbiji. Naime, odlučujući faktor za okončanje velikog broja tih parnica su upravo troškovi postupka. Podsećanja radi, nakon javnog poziva Udruženja banaka Srbije korisnicima kredita da se odreknu tužbenog zahteva u tužbama podnetim protiv banaka zbog naplate obrade kredita, pod naslovom „Neće biti naplaćivanja sudskih troškova“, usledio je veliki broj povlačenja tužbi i odricanja od tužbenih zahteva korisnika kredita, kao tužilaca, usmerenih prema bankama, kao tuženima. Dakle, neplaćanje sudskih troškova „nadvladalo“ je glavni zahtev iz tužbe.

U vezi sa navedenim valja ukazati da je u sudskoj praksi zauzet stav o tome da, ukoliko se tužilac u toku žalbenog postupka odrekao od tužbenog zahteva, nisu ispunjeni uslovi za odlučivanje po ranije izjavljenoj žalbi na prvostepenu presudu, već će se shodno primeniti pravila o sudskom poravnanju i doneti rešenje kojim se utvrđuje da je presuda bez dejstva i da je žalba povučena.⁷⁴

⁷⁴ „U postupku prethodnog ispitivanja spisa predmeta Trećeg osnovnog suda u Beogradu P 000/19, dostavljenih Višem sudu u Beogradu radi odlučivanja o žalbi tuženog izjavljenoj protiv presude tog suda P 000/19 od 26. 10. 2021. godine, viši sud je našao da nisu ispunjeni uslovi za odlučivanje o žalbi, imajući u vidu da se tužilac podneskom od 15. 12. 2022. godine odrekao tužbenog zahteva. Prvostepenom sudu je od strane višeg suda ukazano da prilikom odlučivanja o pomenutom odricanju tužioca od tužbenog zahteva, postavljanjem pitanja razjasni da li je navedeno odricanje posledica javnog poziva Udruženja banaka Srbije korisnicima kredita, među kojim (korisnicima) je i ovde tužilac, u slučajevima kakav je i predmetni, da se odrekne tužbenog zahteva, jer u tom slučaju Banka, ovde tuženi, neće zahtevati troškove postupka u ovoj pravnoj stvari. Ukoliko je tužioc ev odgovor na to pitanje suda pozitivan, u tom slučaju ima mesta shodnoj primeni odredbe čl. 388 ZPP,

ZAKLJUČAK

S obzirom na sve navedeno, zahtev stranke mora biti određen i kao takav postavljen u parničnom postupku bez obzira da li je reč o glavnom zahtevu ili o zahtevu za naknadu troškova postupka uz glavni zahtev, jer sud upravo odlučuje o zahtevu koji je postavljen u parničnom postupku i koji je određen.⁷⁵ Dalje, stranke nastoje da uspeju u parničnom postupku, o kojem odlučuje sud i to tužilac sa svojim tužbenim zahtevom postavljenim u parničnom postupku, a tuženi sa odbijanjem istog. Sud međutim nastoji da odluka u tom postupku bude tačna, kako u vezi sa glavnim zahtevom, tako i u vezi sa zahtevom za naknadu troškova postupka, jer sudska pravna zaštita u parničnom postupku saglasno svemu već pomenutom košta (snošenje svih parničnih troškova koji su učinjeni u toku parničnog postupka i povodom istog).⁷⁶ U tom postupku odlučivanja, sud ne može da bude samo tumač propisa, posebno ne bukvalni tumač. On, mora da bude stvaralac pravde,⁷⁷ pa i kada odlučivanje zavisi od troškova postupka, koji s obzirom na svoj značaj „nadvladavaju“ glavno potraživanje.

VLADIMIR M. VRHOVŠEK

Judge of the High Court in Belgrade

Prof. Dr. VLADIMIR V. KOZAR

University Business Academy in Novi Sad

COSTS OF LITIGATION PROCEDURE – REVIEW OF SELECTED ISSUES

Summary

The paper presents some issues related to the costs incurred on the occasion of and during the civil proceedings. The procedure for collecting, paying and exempting from payment of court fees has been specially processed, considering that the state which, through the payment of court fees, transfers a part of the court costs to litigants for financial and juridical-political reasons, exempts a certain group of persons from paying them for social reasons. The paper also presents certain problems that

a iz razloga što sudsko poravnanje za razliku od odricanja od tužbenog zahteva u smislu čl. 349 ZPP, može biti zaključeno i u žalbenom postupku, a posledica toga je donošenje rešenja od strane suda, kojim se utvrđuje da je presuda bez dejstva i da je žalba povučena.“ – Iz rešenja Višeg suda u Beogradu Gž 17099/22 od 2. 8. 2023. godine.

⁷⁵ Čl. 3, st. 1 i čl. 192, st. 1 ZPP.

⁷⁶ Čl. 150 i 151 ZPP.

⁷⁷ Božidar Vujačić, „O minimalnoj zaradi, naknadi troškova ishrane i regresa“, *Propisi u praksi*, br. 1, Beograd, 2023, 10.

arise in the procedure regarding the party's request for reimbursement of litigation costs, the calculation of litigation costs and the rights and duties of the parties to their compensation.

Key words: court, justice, equity, judiciary, costs of proceedings

Literatura

- Dukić Mijatović M., *Stečajno pravo*, Pravni fakultet Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, 2010.
- Daglas V., „Siromaško pravo (*in forma pauperis*) u Sjedinjenim Američkim Državama“, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2, Vol. 10, Beograd, 1962.
- Dorđević Ž., Stanković V., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1986.
- Klarić P., *Odštetno pravo*, 4. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2003.
- Kozar V., Počuca M., *Komentar Zakona o parničnom postupku sa novelama iz 2014. godine, sudskom praksom i registrom pojmova, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Poslovni biro, Beograd, 2014.
- Kozar V., *Vodič za primenu novog Zakona o parničnom postupku – najvažnije novine u odnosu na prethodni zakon*, Poslovni biro, Beograd, 2012.
- Kozar V., „Dejstvo stečaja na osiguranje i naknadu štete“, doktorska disertacija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna Akademija u Novom Sadu, 2009.
- Perović S., „Ići sudiji znači ići pravdi“, *Pravni informator*, br. 10, Beograd, 2016.
- Radovanov A., *Građansko procesno pravo*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, 2011.
- Radovanov A., *Građansko procesno pravo*, 4. izmenjeno izdanje, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, 2014.
- Rečnik srpskog jezika*, grupa autora, (ur. Mato Pižurica), Matica srpska, Novi Sad, 2007.
- Stanković G., Boranijašević V., *Građansko procesno pravo*, Sven, Niš, 2020.
- Stojanović D., „Komentar uz čl. 200 ZOO“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), tom 1, Kulturni centar, Gornji Milanovac, Pravni fakultet, Kragujevac, 1980.
- Trifunović P., „Kako vršiti obračun i naknadu troškova parničnog postupka kod odlučivanja o nematerijalnoj šteti“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 2, Beograd, 2005.
- Vujačić B., „O minimalnoj zaradi, naknadi troškova ishrane i regresa“, *Propisi u praksi*, br. 1, Beograd, 2023.

IVANA KRSTIĆ

MANJINSKA PRAVA U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Evropska konvencija o ljudskim pravima je jedan od najvažnijih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, kojim se primarno štite individualna prava i slobode. Konvencija nije bila predviđena kao instrument zaštite manjina. Postojao je pokušaj 1961. godine da se uz Konvenciju donese i dodatni protokol o zaštiti nacionalnih manjina, ali je ova inicijativa odbačena kao nepotrebna. Vremenom je Evropski sud za ljudska prava počeo da se bavi i kolektivnom dimenzijom pojedinih prava, pružajući implicitno zaštitu i nacionalnim manjinama. Ovo se činilo pre svega kroz prizmu zabrane diskriminacije, a u kontekstu ostvarivanja političkih prava, prava u oblasti obrazovanja i prava privatnosti. U međuvremenu, pod okriljem Saveta Evrope, doneta je Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina. U radu će biti reči o ovom međunarodnom instrumentu, kao i o sve češćoj praksi Evropskog suda za ljudska prava koji se direktno oslanja na ovaj međunarodni izvor kada odlučuje u predmetima koji se tiču nacionalnih manjina. Biće data ocena ove prakse i uloge koju Okvirna konvencija ima u praksi Evropskog suda.

Ključne reči: manjinska prava, Evropska konvencija za ljudska prava, Evropski sud za ljudska prava, Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina

U V O D

Pitanje nacionalnih manjina i njihovog položaja predstavlja jedno od najbitnijih pitanja u međunarodnom pravu zbog čega je i Završni akt iz Helsinkija iz

Prof. dr Ivana Krstić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ikrstic@ius.bg.ac.rs. Rad predstavlja prilog strateškom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“.

1975. godine ovom pitanju posvetio značajno mesto. Rešenja sadržana u ovom aktu predstavljala su čvrst osnov stabilnosti i bezbednosti u Evropi jer su se temeljila na suverenoj jednakosti država i pravilu da se granice nepromenljive i da se mogu menjati samo mirnim putem i sporazumno, u skladu sa međunarodnim pravom. S druge strane, manjinama je priznato pravo na jednakost pred zakonom, kao i stvarno uživanje ljudskih prava i sloboda.

Najvažniji instrument u oblasti evropske zaštite ljudskih prava jeste Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Evropska konvencija).¹ Konvencija je usvojena 1950. godine, neposredno nakon Drugog svetskog rata, i dve godine nakon Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima. Međutim, za razliku od Univerzalne deklaracije, Evropska konvencija garantuje samo građanska i politička prava i uvodi mehanizam zaštite u vidu Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu Evropski sud).² Konvencija se bavi zaštitom individualnih prava i nema za cilj zaštitu kolektivnih prava. Zbog toga je već 50-ih godina prošlog veka Parlamentarna skupština Saveta Evrope predložila da se manjinska prava uključe u Evropsku konvenciju, imajući u vidu da Konvencija predstavlja „samo prvi korak u kolektivnom obezbeđenju izvesnih prava iz Univerzalne deklaracije“.³ Uskoro je pripremljen nacrt Opcionog protokola uz Evropsku konvenciju, koji je uveo odredbu o nacionalnim manjinama, vodeći računa da kolektivni interesi nacionalnih manjina budu zadovoljeni u meri koja je u skladu sa očuvanjem suštinskih interesa država u kojima manjine žive.⁴ Ta odredba priznavala je pravo pripadnicima nacionalnih manjina da, u zajednici sa ostalim članovima grupe, i u meri koja je u skladu sa javnim poretkom, uživaju svoju kulturu, da koriste svoj jezik, da osnivaju svoje škole i organizuju nastavu na jeziku po svom izboru, kao i da ispovedaju i praktikuju sopstvenu veru. Ova inicijativa je odbačena zbog apstraktnosti i nepreciznosti samog koncepta zaštite nacionalnih manjina,⁵ kao i zbog nesaglasnosti oko prirode i domašaja pojedinih prava.⁶

¹ *Službeni glasnik SCG*, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr.

² Marie-Benedicte Dembour, *Who Believes in Human Rights?, Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, 2010, 20.

³ V. Parliamentary Assembly, Recommendation 234, 22 January 1960.

⁴ V. Parliamentary Assembly, Recommendation 285, 28 April 1961.

⁵ Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, An additional Protocol to the European Convention on Human Rights on National Minorities, 8 November 2011, para. 26.

⁶ Recommendations of the Assembly, Replies from the Committee of Ministers, Doc. 8306, 26 January 1999, 4.

Ovo pitanje ponovo je pokrenuto početkom 90-ih godina, kada je zaštita nacionalnih manjina postala aktuelna u tranzicionim zemljama centralne i istočne Evrope.⁷ Tako je doneta nova rezolucija Parlamentarne skupštine kojom se ponovo preporučuje donošenje dodatnog protokola uz Evropsku konvenciju, ili donošenje posebnog instrumenta za zaštitu nacionalnih manjina.⁸ Potom je doneta odluka da to ipak bude specijalizovani instrument, te se pristupilo izradi posebne konvencije koja je usvojena 1995. godine u formi Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina (u daljem tekstu Okvirna konvencija). Ova konvencija je vremenom postala značajan izvor za Evropski sud za ljudska prava, kada odlučuje o pitanjima koja se odnose na zaštitu nacionalnih manjina. Cilj ovog rada je da analizira praksu Evropskog suda u predmetima u kojima se Sud poziva na Okvirnu konvenciju i da oceni ovu praksu.

OKVIRNA KONVENCIJA ZA ZAŠTITU NACIONALNIH MANJINA

Okvirna konvencija je stupila na snagu 1998. godine, tri godine nakon usvajanja samog instrumenta.⁹ Danas postoji 39 država ugovornica i ona predstavlja prvi obavezujući međunarodni instrument koji je posvećen zaštiti nacionalnih manjina i ima krucijalnu ulogu u arhitekturi evropskog prava ljudskih prava.¹⁰ Već sam naziv „okvirna“ ukazuje na to da odredbe Konvencije ne sadrže detaljna i specifična prava i da su fluidne upravo zbog različite situacije i izazova koje države ugovornice imaju sa manjinama.¹¹ U Preambuli Konvencije ukazuje se na značaj stabilnosti, sigurnosti, mira, tolerancije i dijaloga čije ostvarivanje zavisi od zaštite manjina i poštovanja, očuvanja i razvijanja kulturnog, jezičkog i verskog identiteta svakog pripadnika nacionalne manjine. Konvencija priznaje da su prava nacionalnih manjina i njihova zaštita sastavni deo međunarodne zaštite ljudskih prava.¹² Takođe, Konvencija određuje principe na kojima se zasniva njena primena, a to su dobra vera, razumevanje, tolerancija, dobrosusedstvo, prijateljski odnosi

⁷ Frank Steketee, „The Framework Convention: A Piece of Art or a Tool for Action“, *International Journal on Minority and Group Rights*, No. 1, Vol. 8, 2001, 1; Tove H. Malloy, *National Minority Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, 51–54.

⁸ V. Parliamentary Assembly, Recommendation 1134, 1 October 1990.

⁹ *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/98.

¹⁰ Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Strasbourg, 28 May 2008, para. 2.

¹¹ Catherine Barnes, Manon Olsthoorn, *The Framework Convention on the Protection of National Minorities*, Minority Rights Group International, 1999, 5.

¹² Čl. 1. Okvirne konvencije.

i saradnja među državama.¹³ Manjinama se priznaje pravo prekogranične saradnje sa pripadnicima koji dele njihovo nasleđe, ukoliko je ta saradnja miroljubiva, kao i saradnja sa nacionalnim i međunarodnim nevladinim organizacijama.¹⁴ Od država se naročito traži da podstiču duh tolerancije i međukulturnog dijaloga i da preduzimaju efikasne mere za unapređenje uzajamnog poštovanja, razumevanja i saradnje među svim pojedincima.¹⁵

Okvirnom konvencijom se garantuje pravo svakog lica da slobodno izabere da li će se izjašnjavati kao pripadnik manjine i koristiti pogodnosti takvog opredeljenja, a ostavljena im je mogućnost i da garantovana prava vrše pojedinačno ili u zajednici sa drugima.¹⁶ Međutim, Okvirna konvencija ne pruža definiciju manjine, jer je u trenutku njenog donošenja odlučeno da se zauzme pragmatičan pristup kako bi tekst usvojio što veći broj država.¹⁷ Jedino se koncept nacionalnih manjina vezuje za nacionalne, verske, kulturne i jezičke manjine, odnosno za tradicionalne grupe koje su priznate i čl. 27. Pakta o građanskim i političkim pravima, kao prvom obavezujućom univerzalnom odredbom kojom se štite manjine.¹⁸

Države moraju preduzimati adekvatne mere zaštite ukoliko je lice izloženo pretnjama, diskriminaciji, neprijateljstvima ili nasilju zbog svog etničkog, kulturnog, jezičkog ili verskog identiteta.¹⁹ Potom sledi katalog garantovanih prava, među kojima su: načelo jednakosti, zabrana diskriminacije i priznanje posebnih mera radi postizanja suštinske jednakosti manjina; pravo na identitet; zabrana asimilacije; sloboda mirnog okupljanja, sloboda udruživanja, sloboda misli, savesti i veroispovesti; sloboda veroispovesti; sloboda izražavanja, uključujući i pravo informisanja na sopstvenom jeziku; pravo na korišćenje svog jezika; upotreba imena na maternjem jeziku i topografskih naziva; pravo na obrazovanje i učenje na manjinskom jeziku. Konačno, Okvirnom konvencijom vrši se povezivanje sa Evropskom konvencijom u smislu da će se primeniti samo ona ograničenja ili ukidanja prava, kada je to nužno i utvrđeno Evropskom konvencijom.²⁰

Jedan poseban set odredbi (glava III) treba da obezbedi zabranu zloupotrebe prava, kao i da nametne odgovornost pripadnicima nacionalnih manjina. Tako se

¹³ Čl. 2. Okvirne konvencije.

¹⁴ Čl. 17. Okvirne konvencije.

¹⁵ Čl. 6. st. 1. Okvirne konvencije.

¹⁶ Čl. 3. Okvirne konvencije.

¹⁷ Explanatory Report, st. 10.

¹⁸ *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/71.

¹⁹ Čl. 6. st. 2. Okvirne konvencije.

²⁰ Čl. 19. Okvirne konvencije.

od manjina traži da dok vrše navedena prava poštuju nacionalno zakonodavstvo i prava drugih, posebno većinskog stanovništva.²¹ Okvirnom konvencijom se ne priznaju akti koji su suprotni međunarodnom pravu i kojima se krši suverena jednakost, teritorijalni integritet i politička nezavisnost država.²²

Za razliku od Evropske konvencije, Okvirna konvencija ne predviđa sudsku zaštitu. Ipak, neka vrsta nadzora nad implementacijom Okvirne konvencije uvedena je osnivanjem Savetodavnog komiteta, ekspertske tela Saveta Evrope, a sastoji se u razmatranju državnih izveštaja i drugih relevantnih izvora.²³ Savetodavni komitet traži od država da nastave sa njim dijalog o učinjenom progresu i između dva izveštaja, kao i da ga redovno informišu o merama koje su preduzele kao odgovor na zaključke i preporuke koje je Savet usvojio.²⁴

EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA I ZAŠTITA MANJINA

Iako Evropska konvencija nije usmerena na zaštitu manjina, veliki broj predmeta o kojima je Evropski sud odlučivao, odnosio se upravo na zaštitu pripadnika manjinskih grupa. Uprkos tome, u svega tridesetak predmeta, Evropski sud se pozivao na relevantne odredbe Okvirne konvencije, ili na mišljenja Savetodavnog komiteta doneta povodom izveštaja konkretne države. U nekim slučajevima Evropski sud samo navodi Okvirnu konvenciju zajedno sa drugim izvorima, ne fokusirajući se isključivo na njene odredbe.²⁵ Štaviše, ima predmeta u kojima se Evropski sud nije oslonio na Okvirnu konvenciju, i pored toga što su njene odredbe invocirane bilo od stranaka u postupku,²⁶ bilo od intervenijenata.²⁷ Ilustrativan primer je

²¹ Čl. 20. Okvirne konvencije.

²² Čl. 21. Okvirne konvencije.

²³ Savetodavni komitet ima 18 nezavisnih eksperata, koji se biraju prema kriterijumima sa držanim u Rezoluciji 97 (10) Komiteta ministara. V. više o Savetodavnom Komitetu na <https://www.coe.int/en/web/minorities/advisory-committee>, 1. 10. 2023.

²⁴ Alan Phillips, *The Framework Convention for the protection of National Minorities: A Policy Analysis*, Minority Rights Group International, 2002, 4.

²⁵ V. na primer, *Chiragov and Others v. Armenia*, ESLJP (VV), predstavka br. 13216/05, presuda od 16. juna 2015.

²⁶ V. na primer, *The United Macedonian Organisation Ilinden and Others v. Bulgaria* (No. 2), ESLJP, predstavka br. 34960/04, presuda od 18. oktobra 2011; *Beganović v. Croatia*, ESLJP, predstavka br. 46423/06, presuda od 25. juna 2009.

²⁷ V. na primer, *Ciorcan and Others v. Romania*, ESLJP, predstavke br. 29414/09, 44841/09, presude od 27. januara 2015; *S. A. S. v. France*, ESLJP (VV), predstavka br. 43835/11, presuda od 1. jula 2014; *Kovačević v. Bosnia and Herzegovina*, ESLJP, predstavka br. 43651/22, presuda od 29. avgusta 2023.

jedan u nizu slučajeva koji su se odnosili na ograničenje mogućnosti kandidovanja na izborima za Predsedništvo u Bosni i Hercegovini. Tako je u predmetu *Pilar*, podnosiocu predstavke odbijena kandidatura jer se izjašnjavao kao Bošnjak, dok je kandidat iz Republike Srbije morao biti Srbin.²⁸ Iako je Evropski sud smatrao da se radi o diskriminaciji na osnovu etničkog porekla i prebivališta,²⁹ nije se osvrnuo i na intervenciju treće strane, gde je ukazano na značaj čl. 15. Okvirne konvencije, kao i na stvarno učešće pripadnika nacionalnih manjina u svim oblastima javnog života.³⁰ Posebno je podvučeno da glasačka struktura koja je zasnovana po principu etničke pripadnosti, tretira glasove etničke manjine kao manje vredne. Takođe, u jednom predmetu je oslanjanje na odredbe Okvirne konvencije dovelo do podizanja optužnice protiv dva univerzitetska profesora koja su optužena za pronošenje mržnje jer su se zalagala za multietničku, multikulturalnu, demokratsku, liberalnu i pluralističku Tursku.³¹ Međutim, Evropski sud se nije osvrnuo na ovaj međunarodni instrument u analizi predmeta, iako je to bilo očekivano. Ponekad na Okvirnu konvenciju referišu sudije u svojim izdvojenim mišljenjima, što je još jedan pokazatelj da Evropski sud neće spomenuti Okvirnu konvenciju uvek kada je to neophodno kako bi se naglasila kolektivna dimenzija problema.³²

Ipak, u ovom radu je fokus na onim predmetima u kojima se Evropski sud pozvao na Okvirnu konvenciju i Mišljenja Savetodavnog komiteta. U prvom takvom predmetu, *Čepmen* iz 2001. godine,³³ podnosilac predstavke je pozvao Sud da prihvati da je polje slobodne procene država manje kada se radi o zaštiti naročito osetljivih grupa, poput Roma. Sud je prihvatio da je neophodno priznati posebne potrebe manjina i obavezu zaštite njihove bezbednosti, identiteta i načina života.³⁴ Od tada, Evropski sud se sve češće poziva na Okvirnu konvenciju. Predmeti u kojima je to pozivanje bilo direktno i značajno predstavljani su u daljem tekstu i grupisani u predmete koji se odnose na etnički identitet, pravo na obrazovanje,

²⁸ *Pilar v. Bosnia and Herzegovina*, ESLJP, predstavka br. 41939/07, presuda od 9. juna 2016.

²⁹ *Pilar v. Bosnia and Herzegovina*, ESLJP, predstavka br. 41939/07, presuda od 9. juna 2016, st. 48.

³⁰ *Pilar v. Bosnia and Herzegovina*, ESLJP, predstavka br. 41939/07, presuda od 9. juna 2016, st. 37.

³¹ *Kaboğlu and Oran v. Turkey*, ESLJP, predstavke br. 1759/08 *et al.*, presuda od 30. oktobra 2018, st. 9.

³² *V. na primer, V. M. and Others v. Belgium*, ESLJP, predstavka br. 60125/11, presuda od 7. jula 2015; *Király and Dömötör v. Hungary*, ESLJP; predstavka br. 10851/13, presuda od 17. januara 2017.

³³ *Chapman v. UK*, ESLJP, predstavka br. 27238/95, presuda od 18. januara 2001.

³⁴ *Chapman v. UK*, ESLJP, predstavka br. 27238/95, presuda od 18. januara 2001, st. 93.

politička prava i predmete u kojima je država propustila da donese posebne mere kako bi se zaštitili pripadnici manjina.

Predmeti koji se odnose na etnički identitet

Pitanje identiteta odnosi se na osećaj sopstvenosti, nečije razumevanje i pozicioniranje unutar društvenih grupa, dok je etnički identitet merilo osećanja pripadnosti određenoj etničkoj grupi.³⁵ Ne iznenađuje činjenica da se Evropski sud bavio pitanjima etničkog identiteta u nekoliko značajnih predmeta. U jednom predmetu protiv Severne Makedonije,³⁶ objavljen je konkurs za radna mesta u Državnom savetu sudstva koja je trebalo da popune sudije izabrane iz redova svojih kolega. Etnička pripadnost nije bila među navedenim uslovima za radna mesta. Podnosilac predstave, sudija, koji je pokušao da se kandiduje, zatražio je da se njegova etnička pripadnost u biračkom spisku promeni sa bugarskog u makedonski. Ministarstvo pravde i sudovi na dva nivoa nadležnosti odbili su da udovolje tom zahtevu jer je podnet nakon objavljivanja oglasa o izboru novih članova Državnog saveta sudstva. Takođe, zahtev se odnosio na izborna prava podnosioca predstave na predstojećim izborima, te se smatralo da bi dozvoljavanje promene stavilo druge sudije uključene u izbore u nepovoljniji položaj. Evropski sud se u odlučivanju oslonio na Okvirnu konvenciju, posebno na čl. 3, kojim se garantuje slobodan izbor svakog lica da bude tretiran kao manjina.³⁷

Sudija se žalio na povredu čl. 6. Evropske konvencije (pravo na pravično suđenje) zato što mu nije data mogućnost da ispita i prigovori biračkim spiskovima koje je Ministarstvo pravde dostavilo kao dokaz njegove etničke pripadnosti. Žalio se i na povredu čl. 8. Evropske konvencije (prava privatnosti) jer je smatrao da je njegov etnički identitet njegovo lično pravo i da od njega ne treba tražiti da dokazuje svoju etničku pripadnost. On je tvrdio da je njegovo samoidentifikovanje kao etničkog Makedonca bilo istinito. S druge strane, Vlada je smatrala da on zloupotrebljava svoje pravo da utvrdi sopstveni etnički identitet kako bi povećao svoje šanse na izborima. Kao dokaz za to izneli su tvrdnju da se prilikom izbora za sudiju izjašnjavao kao etnički Bugarin, kao i da nije uspeo da dokaže da je bio etnički Makedonac.

Evropski sud se oslonio na čl. 3. Okvirne konvencije i prihvatio da se pitanje identiteta podvodi pod domašaj čl. 8. Evropske konvencije, kao i da je bilo mešanja

³⁵ Gil S. Epstein, Odelia Cohen Heizler, „Ethnic identity: a theoretical framework“, *IZA Journal of Migration*, Vol. 4, 2015, 1.

³⁶ *Tasev v. North Macedonia*, ESLJP, predstavka br. 9825/13, presuda od 16. maja 2019.

³⁷ V. i Explanatory Report, st. 34.

u uživanje ovog prava. Sud je zatim ispitao zakonit osnov za ograničenje samog prava i pronašao da su domaći propisi dali pravo sudiji da zatraži ispravku zabeleženih informacija, uključujući i njihovu etničku pripadnost i to u bilo kom trenutku. Zato je sud pronašao da ovo odbijanje nije bilo zakonito, a time je predstavljalo i kršenje čl. 8. Evropske konvencije.³⁸ Po oceni Suda, slobodan izbor pripadnika manjine ne znači da pojedinac može proizvoljno da bira da li će pripadati nacionalnoj manjini, ukoliko objektivni kriterijumi to ne potkrepljuju, kao i da slobodan izbor ne nanosi štetu.³⁹ Sud je podvukao da samoidentifikacija podrazumeva i pravo pripadnika nacionalne manjine da napravi izbor da li će koristiti specijalna prava rezervisana za manjine.⁴⁰ Posebno je važan nalaz Suda da pravo na samoidentifikaciju obezbeđuje manjinama slobodu da ih vlasti ne kvalifikuju kao takve, protivno njihovoj volji.⁴¹

U jednom predmetu protiv Moldavije,⁴² takođe se postavilo pitanje etničkog identiteta. Naime, u periodu dok je teritorija Moldavije bila deo Sovjetskog Saveza, sovjetske vlasti su obeležile etničko poreklo pojedinaca u njihovim ličnim dokumentima. Većina predstavnika glavne etničke grupe Republike Moldavije registrovani su kao Moldavci. Podnosilac predstavke je tražio od matične službe da se njegova etnička pripadnost promeni iz moldavske u rumunsku. U odgovoru mu je rečeno da je to nemoguće jer nijedan od njegovih roditelja nije upisan kao etnički Rumun u izvodu iz matične knjige rođenih ili venčanih. Savetovano mu je da u Nacionalnom arhivu potraži tragove rumunskog porekla među svojim precima. Podnosilac predstavke je tada pokrenuo postupak protiv države, ali je njegov zahtev odbijen jer nije dokazao da su mu roditelji bili rumunskog etničkog porekla. Evropski sud se u ovom predmetu isto bavio povredom čl. 8. Evropske konvencije (prava privatnosti). Vlada se osvrnula na Okvirnu konvenciju kojom se priznaje pravo na etnički identitet kada je praćen i objektivnim kriterijumima, zbog čega je Evropski sud smatrao prihvatljivim da države zahtevaju objektivne dokaze prilikom registracije etničkog identiteta pojedinca.⁴³ Međutim, Sud je ocenio da je tvrdnja podnosioca predstavke bila zasnovana na više od subjektivnog opažanja njegove sopstvene etničke pripadnosti, jer je bio u prilici da obezbedi objektivno proverljive veze sa rumunskom

³⁸ Explanatory Report, st. 39–41.

³⁹ Explanatory Report, st. 35–36.

⁴⁰ *V. Molla Sali v. Greece*, ESLJP (VV), predstavka br. 20452/14, presuda od 19. decembra 2018, st. 157–159.

⁴¹ Kristin Henrard, „*Tasev v. North Macedonia: (Blurry) Dimensions and Boundaries of the Right to Free Self-Identification*“, *Strasbourg Observers*, 1 August 2019.

⁴² *Ciubotaru v. Moldova*, ESLJP, predstavka br. 27138/04, presuda od 27. aprila 2010.

⁴³ *Ciubotaru v. Moldova*, ESLJP, predstavka br. 27138/04, presuda od 27. aprila 2010, st. 57.

etničkom grupom kao što su jezik, ime, empatija i drugo.⁴⁴ Prema domaćem zakonu, od podnosioca predstavke se tražilo da pruži dokaz da su njegovi roditelji pripadali rumunskoj etničkoj grupi. S obzirom na istorijske okolnosti u Moldaviji, takav zahtev je stvorio nepremostivu barijeru za registrovanje etničkog identiteta, zbog čega je država propustila da ispuni svoju pozitivnu obavezu da podnosiocu predstavke obezbedi efikasno poštovanje njegovog privatnog života.⁴⁵ Ova presuda isprovocirala je dalje rasprave na temu izbora etničkog identiteta, koji se ne smatra autonomnim pravom u okviru međunarodnog prava.⁴⁶

Pravo na obrazovanje

Pravo na obrazovanje spada u oblast koja je obuhvaćena Okvirnom konvencijom i koja je često bila invocirana od strane pripadnika nacionalnih manjina pred Evropskim sudom.

Ilustrativan je primer etničkih Mađara, koji su pohađali školu na svom maternjem jeziku u Rumuniji.⁴⁷ Zbog toga su morali da polažu dva dodatna ispita na maturi, kako bi se ocenilo njihovo znanje maternjeg jezika. Niko od njih nije uspeo da položi maturu jer nisu stekli potrebne ocene za polaganje ispita iz rumunskog jezika i književnosti, odnosno mađarskog jezika i književnosti, dok su ostale ispite položili. Žalili su se da su imali manje vremena od svojih rumunskih vršnjaka da se pripreme za ispite, ili jednostavno da se odmore između njih, i manje šanse za uspeh na maturi. Ovo su tvrdili zbog toga što je Ministarstvo prosvete utvrdilo raspored za maturu, tako da su pisani ispiti organizovani tokom uzastopnih dana: rumunski jezik (pisani), maternji jezik (pisani) i prvi ispit iz predmeta nastavnog plana i programa. Učenici koji su polagali dodatne ispite iz maternjeg jezika imali su tri uzastopna dana pisanog ispita, dok su ostali učenici imali dan odmora između ispita. Prema podacima Vlade, u periodu od pet godina, uspeh na završnim ispitima iznosio je 58,1–73,9% za sve učenike i 58,4–70% za učenike sa nastavom na mađarskom jeziku, dok je stopa uspeha na ispitima iz rumunskog jezika i književnosti bila za 17–18% niža za učenike mađarskog jezika nego za njihove rumunske vršnjake.⁴⁸

⁴⁴ *Ciubotaru v. Moldavia*, ESLJP, predstavka br. 27138/04, presuda od 27. aprila 2010.

⁴⁵ *Ciubotaru v. Moldavia*, ESLJP, predstavka br. 27138/04, presuda od 27. aprila 2010, st. 59.

⁴⁶ V. više o tome u Andras L. Pap, „Ethno-racial identity (politics) by law: 'Fraud' and 'choice'“, *Nationalities Paper*, No. 5, Vol. 45, 2018, 968–987.

⁴⁷ *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020.

⁴⁸ *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020, st. 8.

Evropski sud se u ovom predmetu osvrnuo na sledeće odredbe Okvirne konvencije: pravo na održavanje i razvijanje sopstvene kulture (čl. 5), pravo na korišćenje sopstvenog jezika (čl. 10), pravo na obrazovanje (čl. 12) i pravo na učenje i korišćenje maternjeg jezika i pisma (čl. 14).⁴⁹ Sud je naglasio da međunarodni okvir izričito priznaje da zaštita i podsticanje manjinskih jezika ne treba da bude na štetu službenih jezika i potrebe njihovog učenja.⁵⁰ Istovremeno, Sud je priznao da postoji konsenzus među državama ugovornicama Saveta Evrope koji ukazuje na značaj posebne potrebe manjina i obavezu zaštite njihove bezbednosti, identiteta i načina života i to ne samo u svrhu zaštite interesa samih manjina, već i radi očuvanja kulturne raznolikosti koja je od vrednosti za celu zajednicu.⁵¹ Sud se potom bavio razmatranjem slučaja sa stanovišta opšte zabrane diskriminacije (čl. 1. Prvog protokola). Da bi utvrdio da li je došlo do nejednakog tretmana, Sud je prvo pošao od toga da su podnosioci predstavke morali da polažu iste ispite kao i njihovi rumunski vršnjaci, ali i dodatne ispite, kako bi proverili svoje znanje mađarskog jezika i književnosti.⁵² Tako su dovedeni u nepovoljniji položaj, ali je ostalo pitanje i da li je ovo razlikovanje opravdano. Sud je smatrao da u planiranju i organizovanju obrazovnog plana državama treba ostaviti određeno polje slobodne procene, uključujući i potrebu da manjine uživaju pravo na pohađanje nastave na maternjem jeziku.⁵³ Tako su rumunske vlasti omogućile obrazovanje na maternjem jeziku manjina, istovremeno tražeći dovoljno znanja rumunskog jezika i književnosti. Način na koji su vlasti odabrale da provere to znanje i nivo težine ispita, koji su podnosioci zahteva podneli, bio je visok ne samo za njih, već i za njihove rumunske vršnjake i nesumnjivo je spadao u okvir polja slobodne procene države. Sud je uzeo u obzir i da su podnosioci predstavke morali da polože dva ispita više od učenika koji studiraju na rumunskom.⁵⁴ To je, međutim, bila direktna i neizbežna posledica svesnog i dobrovoljnog izbora podnosilaca predstavke da studiraju na drugom jeziku i države koja im je

⁴⁹ *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020, st. 26.

⁵⁰ *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020, st. 28.

⁵¹ *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020, st. 94.

⁵² *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020, st. 92.

⁵³ *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020, st. 93.

⁵⁴ *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020, st. 98.

nudila takvu mogućnost. Štaviše, raspored polaganja maturalnih ispita bio je određen odlukom Ministarstva prosvete na početku svake školske godine i nije se činilo da se značajno razlikuje od godine do godine.⁵⁵ Tako su, po oceni Suda, podnosioci predstavke imali dovoljno vremena da se akademski i psihički pripreme za ispite.⁵⁶ Pored toga, raspored mature, posmatran u celini, nije nametnuo preveliko opterećenje podnosiocima predstavke, pa Sud nije prihvatio da su podnosioci predstavke imali u proseku znatno manje vremena za odmor od svojih rumunskih vršnjaka.

U nekim drugim predmetima koji se tiču obrazovanja Roma, Evropski sud ide dalje jer se oslanja ne samo na odredbe Okvirne konvencije, već i na izveštaje Savetodavnog komiteta date konkretnoj državi. Tako su u *D. H. i drugi protiv Češke Republike*,⁵⁷ romska deca upisivana u specijalne škole jer su na testu za upis u školu pokazivala loše rezultate. Problem je bio u tome što testovi nisu bili individualizovani i prilagođeni romskoj manjini, već su bili prilagođeni isključivo većinskoj populaciji. Odluku o upisu dece je donosio direktor škole na osnovu rezultata merenja inteligencije deteta i uz saglasnost zakonskog staratelja. Evropski sud je uzeo u obzir nekoliko izveštaja podnetih Savetodavnom komitetu, u kojem je Vlada priznala da su Romi naročito izloženi diskriminaciji, kao i da su preduzete posebne mere kako bi se unapredila situacija sa romskom decom.⁵⁸ Vlada je čak smatrala neodrživom praksu upućivanja velikog broja romske dece u specijalne škole. Potreba za posebnim merama nastala je ne samo zbog sociokulturnog ograničenja nametnutog romskoj deci, već i zbog prirode celokupnog obrazovnog sistema i njegove nesposobnosti da u dovoljnoj meri odražava kulturne razlike.⁵⁹ Savetodavni komitet je primetio da su romska deca smeštena u ove škole zbog stvarnih ili percipiranih jezičkih i kulturnih razlika između Roma i većine.⁶⁰ Veliko veće Evropskog suda je razmatrajući ovaj slučaj pronašlo da postoji posredna diskriminacija jer Romi čine između 80% i 90% đaka u specijalnim školama, a to je upravo podatak koji je

⁵⁵ *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020, st. 102.

⁵⁶ *Ádám and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2020, st. 103, 108.

⁵⁷ *D. H. and Others v. the Czech Republic*, ESLJP (VV), predstavka br. 57325/00, presuda od 13. novembra 2007.

⁵⁸ *D. H. and Others v. the Czech Republic*, ESLJP (VV), predstavka br. 57325/00, presuda od 13. novembra 2007, st. 67.

⁵⁹ *D. H. and Others v. the Czech Republic*, ESLJP (VV), predstavka br. 57325/00, presuda od 13. novembra 2007.

⁶⁰ *D. H. and Others v. the Czech Republic*, ESLJP (VV), predstavka br. 57325/00, presuda od 13. novembra 2007, st. 68.

Vlada iznela u jednom od svojih izveštaja.⁶¹ Sud je zaključio da Češka Republika nije jedina evropska zemlja koja je naišla na poteškoće u školovanju romske dece: druge evropske države su imale slične poteškoće, te je Češka Republika priznala da se u svojim pokušajima da postigne društvenu i obrazovnu integraciju ugrožene grupe koju čine Romi, suočavala sa brojnim poteškoćama, između ostalog zbog kulturnih specifičnosti te manjine i određenog stepena neprijateljstva od strane roditelja neromske dece.⁶² Važno je da je Veliko veće donelo ovakvu odluku, jer je odluka veća Evropskog suda⁶³ u kojoj nije bila prepoznata diskriminacija, po mnogima predstavljala ozbiljan „zastoj“ u razvoju antidiskriminacionog prava u Evropi.⁶⁴ U sličnom predmetu protiv Mađarske, Evropski sud se takođe osvrnuo na mišljenje Savetodavnog komiteta u kojem je izražena zabrinutost zbog smeštanja romske dece u specijalne škole, koje su navodno rezervisane za decu sa posebnim potrebama. Savetodavni komitet je podvukao da smeštanje dece u specijalne škole ne sme da bude zasnovano na kulturološki pristrasnom testiranju.⁶⁵ Evropski sud se u analizi predmeta osvrnuo i na situaciju u Češkoj Republici i pronašao da u konkretnom slučaju aranžmani za školovanje romskih podnosilaca predstavljanje nisu bili praveći adekvatnim zaštitnim garancijama koje bi obezbedile da država vodi računa o njihovim posebnim potrebama kao pripadnicima ugrožene grupe.⁶⁶ Kao posledica ovakve upisne politike, romski učenici su izolovani od drugih učenika i dobili su obrazovanje koje je ugrozilo njihov lični razvoj, umesto da im omogući razvijanje veština koje će im olakšati život među većinskom populacijom.⁶⁷ Sud je ovde posebno naglasio dugogodišnju diskriminaciju Roma u oblasti obrazovanja, ali je ukazao i na poteškoće dece sa smetnjama u razvoju, u čemu je poseban kvalitet ove presude.⁶⁸

⁶¹ *D. H. and Others v. the Czech Republic*, ESLJP (VV), predstavka br. 57325/00, presuda od 13. novembra 2007, st. 192.

⁶² *D. H. and Others v. the Czech Republic*, ESLJP (VV), predstavka br. 57325/00, presuda od 13. novembra 2007, st. 205.

⁶³ *D. H. and Others v. the Czech Republic*, ESLJP, predstavka br. 57325/00, presuda od 7. februara 2006.

⁶⁴ V. na primer, Morag Goodwin, *D. H. and Others v. the Czech Republic: a major set-back for the development of non-discrimination norms in Europe*, *German Law Journal*, No. 4, Vol. 7, 2006, 421–431.

⁶⁵ *Horváth and Kiss v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 11146/11, presuda od 29. januara 2013, st. 73.

⁶⁶ *Horváth and Kiss v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 11146/11, presuda od 29. januara 2013, st. 127.

⁶⁷ *Horváth and Kiss v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 11146/11, presuda od 29. januara 2013.

⁶⁸ Alexandra Timmer, *Horváth and Kiss v. Hungary: A strong new Roma school segregation case*, *Strasbourg Observer*, 6 February 2013.

U predmetu *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*,⁶⁹ romska deca nisu upisivana u posebne škole, već u posebna odeljenja u okviru redovnih škola jer nisu dovoljno poznavala hrvatski jezik da bi pratila nastavu u mešovitim razredima. Međutim, dete koje je jednom upisano u poseban razred, uglavnom je u njemu ostajalo do kraja školovanja, dok je bilo i romske dece koja su napuštala školu. Hrvatske vlasti su smatrale da je kriterijum za formiranje razrednih odeljenja u ovim osnovnim školama bilo neutralan – poznavanje hrvatskog jezika, a ne etničko poreklo učenika. I ovde je uzeto u obzir mišljenje Savetodavnog komiteta povodom izveštaja Hrvatske, gde je ukazano na propust hrvatskih vlasti da obezbede punu i delotvornu jednakost između većinskog stanovništva i Roma.⁷⁰ Takođe, Savetodavni komitet je izrazio zabrinutost što su u pojedinim školama romska deca upisana u odvojena odeljenja, čime se ona dodatno stigmatizuju. Posebno je naglašeno da se ovakvo odvajanje može vršiti samo kada je apsolutno neophodno i uvek na osnovu doslednih, objektivnih i sveobuhvatnih testova.⁷¹ Evropski sud je na osnovu svega pronašao da se privremeno raspoređivanje dece u specijalne razrede u praksi primenjivalo samo na jednu etničku grupu – Rome, zbog čega je utvrdio postojanje posredne diskriminacije.⁷²

Konačno, u jednom predmetu protiv Hrvatske, podnosilac predstavke je etnički Srbin koji je otpušten sa radnog mesta nastavnika u srednjoj školi u istočnoj Slavoniji, jer zbog godina nije bio u stanju da se prilagodi i koristi standardni hrvatski jezik u nastavi.⁷³ U trenutku kada je otpušten, nastavnik je imao 55 godina života i 29 godina staža. Evropski sud se oslonio na čl. 5. Okvirne konvencije, kojim se države obavezuju da unapređuju uslove za održavanje i razvijanje kulture pripadnika nacionalnih manjina, uključujući i jezik.⁷⁴ Sud je naglasio da jezik čini deo etničkog identiteta te osobe, što čini suštinski aspekt njegovog privatnog života, dok njegove godine čine deo njegovog fizičkog identiteta. Otpuštanje sa posla predstavljalo je mešanje u privatni život podnosioca predstavke, koje je bilo zakonito i legitimno jer je težilo zaštititi prava drugih, odnosno pravu učenika da pohađaju

⁶⁹ *Orsus and Others v. Croatia*, ESLJP, predstavka br. 15766/03, presuda od 17. jula 2008.

⁷⁰ *Orsus and Others v. Croatia*, ESLJP, predstavka br. 15766/03, presuda od 17. jula 2008, st. 68.

⁷¹ *Orsus and Others v. Croatia*, ESLJP, predstavka br. 15766/03, presuda od 17. jula 2008.

⁷² V. o predmetu u Idaver Memedov, „European Court Denounces Segregated Education Again: *Oršuš and Others v. Croatia*“, *Roma Rights Quarterly*, Vol. 1, 2010, 75–79.

⁷³ *Mile Novaković v. Croatia*, ESLJP, predstavka br. 73544/14, presuda od 17. decembra 2020.

⁷⁴ *Mile Novaković v. Croatia*, ESLJP, predstavka br. 73544/14, presuda od 17. decembra 2020, st. 28.

školu na hrvatskom jeziku.⁷⁵ Međutim, u to vreme, pojedine škole u istočnoj Slavoniji izvodile su nastavu na jezicima manjina, uključujući i srpski. U konkretnoj školi, mesec dana pre otpuštanja nastavnika, doneto je usmeno uputstvo da se sva nastava izvodi isključivo na hrvatskom jeziku. Inspekcija je izvršena samo u odnosu na nastavnike srpske nacionalnosti, po anonimnoj pritužbi učenika hrvatskog porekla.⁷⁶ Takođe, prosvetna inspekcija je imala mogućnost da naloži nastavniku da u određenom roku otkloni nepravilnosti u radu. Štaviše, škola je odbacila mogućnost da nastavniku omogući dodatno obrazovanje ili obuku kako bi prilagodio svoj nastavni plan i mogao da predaje na standardnom hrvatskom jeziku.⁷⁷ Zbog svega navedenog Evropski sud je pronašao da ometanje prava privatnosti nije bilo proporcionalno cilju, što je dovelo i do kršenja čl. 8. Evropske konvencije.

Politička prava

Učešće manjina u političkom životu, kao i njihovo pravo na okupljanje i udruživanje, predstavlja važan segment njihovog uključivanja u društveni život zajednice. Tako se i Evropski sud bavio ovim pitanjima, potvrđujući važne standarde sadržane i u Okvirnoj konvenciji.

Podnosioci predstavke su u jednom predmetu protiv Turske bili kandidati na parlamentarnim i opštinskim izborima.⁷⁸ Oni su osuđeni na zatvorske kazne u trajanju od 6 meseci do godinu dana, kao i na novčane kazne zbog toga što su govorili kurdski na skupovima, kršeći time zakonsku zabranu korišćenja nezvaničnih jezika u predizbornoj kampanji. Drugim rečima, jedini jezik koji se mogao koristiti u predizbornoj kampanji bio je turski. Razmatrajući ovaj predmet, Evropski sud se osvrnuo na komentar Savetodavnog komiteta o efektivnom učešću pripadnika nacionalnih manjina u kulturnom, društvenom i ekonomskom životu i javnim poslovima. Savetodavni komitet je tražio od država da pripadnicima nacionalnih manjina obezbede adekvatne mogućnosti u predizbornoj kampanji, koja podrazumeva i pravo predizbornog oglašavanja na jezicima manjina. Takođe, od država se traži da obezbede mogućnosti za upotrebu manjinskih jezika u javnim televizijskim

⁷⁵ *Mile Novaković v. Croatia*, ESLJP, predstavka br. 73544/14, presuda od 17. decembra 2020, st. 59–60.

⁷⁶ *Mile Novaković v. Croatia*, ESLJP, predstavka br. 73544/14, presuda od 17. decembra 2020, st. 62–63.

⁷⁷ *Mile Novaković v. Croatia*, ESLJP, predstavka br. 73544/14, presuda od 17. decembra 2020, st. 68.

⁷⁸ *Şükran Aydın and Others v. Turkey*, ESLJP, predstavke br. 49197/06 *et al.*, presuda od 22. januara 2013.

i radijskim programima posvećenim izbornim kampanjama i na glasačkim listićima i drugom izbornom materijalu u područjima u kojima tradicionalno ili u većem broju žive pripadnici nacionalnih manjina.⁷⁹

Evropski sud je smatrao da je zabrana turskih vlasti u ovom konkretnom predmetu predstavljala ometanje slobode izražavanja podnosioca predstavke. Sud je dalje pronašao da je mešanje bilo zakonito, ali da nije jasno da li je bilo i legitimno, odnosno da li je ovakva zabrana vodila ka sprečavanju nereda.⁸⁰ Ipak, Sud se time nije dalje bavio, već se fokusirao na ispitivanje da li je ovakvo ometanje slobode izražavanja bilo neophodno u demokratskom društvu. Da bi odgovorio na ovo pitanje, Evropski sud je posebno uzeo u obzir da se ovde nije radilo o upotrebi nezvaničnog jezika pred državnim institucijama, već u komunikaciji sa drugim privatnim licima.⁸¹ Evropski sud je prihvatio da država ima diskreciono pravo da određuje svoju jezičku politiku i upotrebu jezika tokom izbornih kampanja, jer ona zavisi od specifičnih istorijskih, lingvističkih, religijskih i kulturnih faktora.⁸² Međutim, opšta zabrana upotrebe nezvaničnih jezika, zajedno sa krivičnim sankcijama, nije bila kompatibilna sa slobodom izražavanja. Štaviše, Sud je naročito uzeo u obzir da je podnosiocima predstavke maternji jezik bio kurdski. Neki od podnosioca predstavke su naglasili da veći broj građana, koji je učestvovao na skupovima, naročito stariji i žene, nisu razumeli turski. Sud je zaključio da bi pravo na prenošenje svojih političkih stavova i ideja i pravo drugih da ih primaju bilo potpuno besmisleno ako bi se zbog pretnje krivičnim sankcijama umanjila mogućnost upotrebe jezika koji bi te stavove i ideje mogao pravilno preneti.⁸³

U drugom predmetu, podnosioci predstavke su osnovali udruženje „Savez osoba šleske nacionalnosti“, čiji su glavni ciljevi bili buđenje i jačanje nacionalne svesti Šlezijanaca i obnavljanje šleske kulture.⁸⁴ Podnet je zahtev Okružnom sudu za registraciju udruženja, ali se lokalni guverner usprotivio registraciji, smatrajući

⁷⁹ *Şükran Aydın and Others v. Turkey*, ESLJP, predstavke br. 49197/06 *et al.*, presuda od 22. januara 2013, st. 34.

⁸⁰ *Şükran Aydın and Others v. Turkey*, ESLJP, predstavke br. 49197/06 *et al.*, presuda od 22. januara 2013, st. 47.

⁸¹ *Şükran Aydın and Others v. Turkey*, ESLJP, predstavke br. 49197/06 *et al.*, presuda od 22. januara 2013, st. 52.

⁸² *Şükran Aydın and Others v. Turkey*, ESLJP, predstavke br. 49197/06 *et al.*, presuda od 22. januara 2013, st. 51.

⁸³ *Şükran Aydın and Others v. Turkey*, ESLJP, predstavke br. 49197/06 *et al.*, presuda od 22. januara 2013, st. 55.

⁸⁴ *Gorzelik and Others v. Poland*, ESLJP, predstavka br. 44158/98, presuda od 20. decembra 2001.

da ne postoji posebna šleska nacionalnost i da bi priznanje šleske nacionalne manjine podrazumevalo davanje određenih prava i privilegija, uključujući privilegovan položaj u pogledu raspodele mesta u parlamentu. Predložio je da se promeni naziv udruženja i da se izmeni njegov osnivački akt, kako bi se izostavilo pominjanje udruženja kao „organizacije šleske nacionalne manjine“. Okružni sud je odobrio zahtev za registraciju, ali je na žalbu guvernera Apelacioni sud poništio ovu odluku i odbio zahtev za registraciju jer šleska etnička grupa nije nacionalna manjina. Po njegovoj oceni, svrha zahteva je bila da se zaobiđu oni statuti koji daju privilegije nacionalnim manjinama, što je potvrdio i Vrhovni sud.

U ovom predmetu, vlasti Poljske pozivale su se na činjenicu da Okvirna konvencija još uvek nije ratifikovana,⁸⁵ kao i da sama konvencija ne pruža definiciju manjine, zbog čega se primenjuje nacionalna definicija.⁸⁶ Evropski sud se bavio pitanjem postojanja povrede čl. 11. Evropske konvencije (sloboda udruživanja), naglašavajući da je najvažniji aspekt ovog prava da građani mogu da osnuju pravno lice kako bi zajednički delovali u oblasti od zajedničkog interesa.⁸⁷ Sud je smatrao da nije njegov zadatak da izrazi mišljenje o tome da li su Šležani „nacionalna manjina“, niti da formuliše definiciju tog pojma, posebno uzimajući u obzir da nijedan međunarodni ugovor, pa ni Okvirna konvencija, ne definiše pojam „nacionalne manjine“.⁸⁸ Zato se Sud ne bavi definicijom, već procenom da li je podnosiocima predstavke legitimno uskraćena mogućnost osnivanja udruženja. Sud smatra da podnosioci predstavke nisu bili spremni na kompromis – promenu naziva udruženja i pojedinih ciljeva, iako su „pluralizam i demokratija, po prirodi stvari, zasnovani na kompromisu koji zahteva različite ustupke pojedinaca i grupe pojedinaca“,⁸⁹ naročito kada je potrebno osigurati veću stabilnost u zemlji. Zbog toga je Evropski sud zauzeo stav da su vlasti razumno postupile, kako bi zaštitile izborni sistem države. Ovaj predmet završio je pred Velikim većem Evropskog suda, koji je takođe potvrdio odluku veća da nema povrede čl. 11. Evropske konvencije.⁹⁰

⁸⁵ *Gorzelik and Others v. Poland*, ESLJP, predstavka br.44158/98, presuda od 20. decembra 2001, st. 13.

⁸⁶ *Gorzelik and Others v. Poland*, ESLJP, predstavka br.44158/98, presuda od 20. decembra 2001, st. 32.

⁸⁷ *Gorzelik and Others v. Poland*, ESLJP, predstavka br.44158/98, presuda od 20. decembra 2001, st. 55.

⁸⁸ *Gorzelik and Others v. Poland*, ESLJP, predstavka br.44158/98, presuda od 20. decembra 2001, st. 62.

⁸⁹ *Gorzelik and Others v. Poland*, ESLJP, predstavka br.44158/98, presuda od 20. decembra 2001, st. 66.

⁹⁰ *V. Gorzelik and Others v. Poland*, ESLJP (VV), predstavka br.44158/98, presuda od 17. februara 2004.

Konačno, u predmetu protiv Mađarske, predstavku Evropskom sudu podneo je predsednik Udruženja mađarskih gardista, koje je osnovano radi očuvanja mađarske tradicije i kulture.⁹¹ Ubrzo nakon osnivanja, u okviru Udruženja počeo je da deluje pokret koji je sprovodio aktivnosti koje nisu bile u skladu sa njenim statutom. Njeni članovi su obučeni u uniforme držali skupove i demonstracije širom Mađarske, uključujući i sela sa velikom populacijom Roma, pozivajući na odbranu etničkih Mađara od takozvanog „ciganskog kriminala“. Nakon jednog incidenta, kada policija nije dozvolila da prođe marš ulicom u kojoj žive romske porodice, vlasti su zatražile sudski nalog za raspuštanje pokreta. Nakon još nekoliko održanih demonstracija, on je i raspušten. Odlučujući o ovom predmetu, Evropski sud se oslonio na mišljenje Savetodavnog komiteta o situaciji u Mađarskoj, gde je izrazio zabrinutost što je pokret organizovao brojne javne skupove širom zemlje, uključujući i ruralne oblasti naseljene Romima, tokom kojih su pripadnici Mađarske garde paradirali u crnim čizmama i uniformama paravojnog stila, sa nacističkim obeležjima i zastavama.⁹² Evropski sud je pošao od toga da je zabrana udruženja predstavljala ometanje čl. 11. Evropske konvencije (sloboda udruživanja). Takođe, ovo mešanje je bilo zakonito i bilo je usmereno na obezbeđenje javne bezbednosti, sprečavanja nereda i zaštitu prava i sloboda drugih.⁹³ Sud je smatrao da je država imala pravo da preduzima preventivne mere za zaštitu demokratije, posebno nakon što je pokret sprovodio aktivnosti koje su suprotne Evropskoj konvenciji.⁹⁴ Iako tokom skupova nije bilo nasilja, uzeto je u obzir da su članovi pokreta marširali po selima u vojničkim uniformama nalik mađarskom nacističkom pokretu (Krst strelica), koji je predstavljao stub režima odgovornog za masovno istrebljenje Roma u Mađarskoj.⁹⁵ Tako je ponašanje članova udruženja moglo da podstakne sprovođenja politike rasne segregacije i predstavljalo je dovoljan i relevantan razlog za njegovu zabranu.⁹⁶ Drugim rečima, poseban značaj presude leži u činjenici da su aktivnosti pokreta ugrozile dostojanstvo romske populacije i da su im mogle naneti štetu. Ovo je prvi put da je Evropski sud zauzeo čvrst stav protiv aktivnosti koje mogu da izazovu segregaciju Roma.⁹⁷

⁹¹ *Vona v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 35943/10, presuda od 9. jula 2013.

⁹² *Vona v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 35943/10, presuda od 9. jula 2013, st. 28.

⁹³ *Vona v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 35943/10, presuda od 9. jula 2013, st. 51–52.

⁹⁴ *Vona v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 35943/10, presuda od 9. jula 2013, st. 46, 53–56.

⁹⁵ *Vona v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 35943/10, presuda od 9. jula 2013, st. 61.

⁹⁶ *Vona v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 35943/10, presuda od 9. jula 2013, st. 57, 69.

⁹⁷ „*Vona v. Hungary: Freedom of Association and Assembly can be Restricted to Protect Minority Rights*“, *Strasbourg Observer*, 7 August 2013.

Posebne mere

U pojedinim predmetima, Evropski sud je naglasio neophodnost uvođenja posebnih mera, kako bi se ostvarila suštinska jednakost u društvu i prihvatilo posebno osetljiv položaj određene manjinske grupe. Tako je u jednom predmetu podnositeljka predstavke bila španska državljanka romske nacionalnosti, koja se udala za Roma po obredima i tradiciji te zajednice.⁹⁸ Imali su šestoro dece, koja su sva upisana u matične knjige. Kada joj je suprug umro, podnositeljka predstavke je podnela zahtev za porodičnu penziju, jer joj je suprug devetnaest godina plaćao doprinose za socijalno osiguranje. Njen zahtev je odbijen na osnovu toga što njihov brak nije bio upisan u matične knjige. Domaći sudovi nisu uzeli u obzir da u vreme zaključenja braka nije bilo moguće stupiti u brak, osim po pravilima Katoličke crkve. Tek nekoliko godina kasnije je omogućeno sklapanje građanskog braka, ali je podnositeljka predstavke smatrala da njen brak proizvodi efekte i da za tim nema potrebe.

Evropski sud je posmatrao predmet kroz prizmu čl. 14. Evropske konvencije (zabrana diskriminacije) u vezi sa čl. 1. Prvog protokola (pravo na imovinu). Sud je trebalo da razmotri da li je podnositeljka diskriminisana na osnovu etničkog porekla zbog načina na koji su zakonodavstvo i praksa tretirali osobe koje nisu zvanično sklopile brak.⁹⁹ Sud je smatrao da su domaći sudovi morali da uzmu u obzir da ovako sklopljen brak nikad nije bio sporan i da im je u određenim aspektima priznat bračni status, te da su podnositeljki predstavke izdata dokumenta o socijalnom osiguranju, posebno isprave o registraciji tzv. velike porodice. Sud je smatrao da je odbijanje vlasti da podnositeljka predstavke bude priznata kao supruga pokojnika za potrebe porodične penzije bilo u suprotnosti sa prethodnim priznanjem takvog njenog statusa od strane vlasti, kao i da nisu uzete u obzir njene konkretne društvene i kulturne okolnosti. Sud se posebno osvrnuo na Okvirnu konvenciju, koja traži od država ugovornica da uzmu u obzir specifične okolnosti u kojima se nalaze nacionalne manjine i da unapređuju uslove za održavanje i razvijanje njihove kulture.¹⁰⁰ Dakle, iako Sud nije zauzeo stav da pripadnost nacionalnoj manjini stvara izuzeće od poštovanja zakona koji uređuju brak, ranjivi položaj Roma znači da treba posvetiti posebnu pažnju njihovim potrebama i njihovom drugačijem načinu života, kako u relevantnom regulatornom okviru, tako i u donošenje odluka u pojedinim slučajevima.¹⁰¹

⁹⁸ *Muñoz Díaz v. Spain*, ESLJP, predstavka br. 49151/07, presuda od 8. decembra 2009.

⁹⁹ *Muñoz Díaz v. Spain*, ESLJP, predstavka br. 49151/07, presuda od 8. decembra 2009, st. 54.

¹⁰⁰ *Muñoz Díaz v. Spain*, ESLJP, predstavka br. 49151/07, presuda od 8. decembra 2009, st. 33, 64.

¹⁰¹ *Muñoz Díaz v. Spain*, ESLJP, predstavka br. 49151/07, presuda od 8. decembra 2009, st. 61.

U drugom predmetu, podnositeljka predstavke, takođe Romkinja, živela je u kući sa roditeljima, kada se porodila i dobila ćerku.¹⁰² Ubrzo je otac izbacio iz kuće i ona se preselila u socijalnu ustanovu, gde se više puta vraćala. Jednom prilikom je njen otac napravio incident zbog čega je devojčica prebačena u hraniteljski dom za hitne slučajeve na tajnoj adresi i odlučeno je da će podnositeljka predstavke imati jedan sat nadgledanog kontakta nedeljno zbog rizika da bi dete moglo biti oteto. Nekoliko meseci kasnije, odluka je izmenjena i onemogućen im je bilo kakav kontakt sa detetom zbog rizika od otmice i radi ostvarenja najboljeg interesa deteta. Evropski sud se, odlučujući u ovom predmetu, oslonio i na nekoliko odredbi Okvirne konvencije: pravo na održavanje i razvijanje sopstvene kulture (čl. 5), pravo na korišćenje sopstvenog jezika (čl. 10) i pravo na učenje i korišćenje maternjeg jezika i pisma (čl. 14).¹⁰³ Sud je smatrao da su odluke vlasti bile zasnovane na primeni principa najboljeg interesa deteta, ali da nisu dobro razmotrene potencijalne negativne dugoročne posledice gubitka kontakta sa majkom devojčice, kao i da država nije preduzela pozitivne obaveze kako bi omogućila spajanja porodice kada je to bilo razumno izvodljivo.¹⁰⁴

ZAKLJUČAK

Iako je pitanje manjinske zaštite jedno od najvažnijih pitanja u Evropi, još uvek su retki predmeti u kojima se Evropski sud direktno oslanja i poziva na odredbe Okvirne konvencije,¹⁰⁵ pre svega kao relevantno međunarodno pravo koje treba uzeti u obzir prilikom odlučivanja, ili na mišljenja koja Savetodavni komitet donosi povodom izveštaja konkretne države.¹⁰⁶ Ipak, broj predmeta u kojima se Evropski sud poziva na ovaj međunarodni instrument se vremenom povećao, posebno kada se radi o političkim pravima, pravu na obrazovanje i pravu na etnički identitet, koji se podvodi pod prava privatnosti. U presudi donetoj polovinom septembra, Evropski sud je prvi put naglasio da je Okvirna konvencija prvi obavezujući multilateralni instrument koji je posvećen zaštiti nacionalnih manjina i koji donosi sveobuhvatne

¹⁰² *Jansen v. Norway*, ESLJP, predstavka br. 2822/16, presuda od 6. septembar 2018.

¹⁰³ *Jansen v. Norway*, ESLJP, predstavka br. 2822/16, presuda od 6. septembar 2018, st. 72.

¹⁰⁴ *Jansen v. Norway*, ESLJP, predstavka br. 2822/16, presuda od 6. septembar 2018, st. 104.

¹⁰⁵ V. na primer, *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, ESLJP, predstavka br. 72596/01, presuda od 4. novembra 2008; *Makhashevy v. Russia*, ESLJP, predstavka br. 20546/07, presuda od 31. jula 2012.

¹⁰⁶ V. na primer, *Savickis and Others v. Latvia*, ESLJP, predstavka br. 492701/11, presuda od 9. juna 2022; *Burlyta and Others v. Ukraine*, ESLJP, predstavka br. 3289/10, presuda od 6. novembra 2018; *Boacă and Others v. Romania*, ESLJP, predstavka br. 40355/11, presuda od 12. januara 2016.

međunarodne standarde u oblasti zaštite manjina,¹⁰⁷ čime je priznao njen značaj i za predmete o kojima odlučuje. Ipak, već je rečeno da ima i slučajeva gde Evropski sud samo navodi Okvirnu konvenciju zajedno sa drugim izvorima, ne fokusirajući se isključivo na njene odredbe. Štaviše, ima predmeta u kojima se Evropski sud nije oslonio na Okvirnu konvenciju, i pored toga što su njene odredbe invocirane bilo od stranaka u postupku, bilo od intervenijenata. Ponekad na Okvirnu konvenciju referišu sudije u svojim izdvojenim mišljenjima, što je još jedan pokazatelj da Evropski sud neće spomenuti Okvirnu konvenciju uvek kada je to neophodno kako bi se naglasila kolektivna dimenzija problema.

Evropski sud za ljudska prava nedavno je doneo presudu protiv Republike Srbije, u kojoj je pronašao povredu čl. 1. Dvanaestog protokola (opšta zabran diskriminacije) i čl. 6. st. 1. Evropske konvencije (pravo na pravičnu raspravu) vezano za upotrebu jezika u postupku.¹⁰⁸ Naime, advokat stranke je na javnoj raspravi u krivičnom postupku pred Osnovnim sudom u Boru govorio ijekavicu tokom direktnog postavljanja pitanja svedoku. Iz transkripta proizlazi da je sudija upozorila advokata da koristi zvaničan jezik, iako je on naglasio da govori srpski jezik sa ijekavskim dijalektom i to kao etnički Crnogorac. Advokat je podneo ustavnu žalbu Ustavnom sudu, žaleći se da mu sudija nije dozvolio da koristi slobodno ijekavicu, iako ona ima isti status kao i ekavica u Republici Srbiji. Ustavni sud je odbio ustavnu žalbu. Evropski sud je prilikom odlučivanja pošao od toga da je zvaničan jezik u Srbiji srpski jezik koji ima dve varijante: ekavicu i ijekavicu, kako je to definisala Matica srpska, najstarija srpska književna, kulturna i naučna institucija.¹⁰⁹ Takođe, uzeto je u obzir da Crnogorci dominantno koriste ijekavicu, dok se u Srbiji koristi ekavska varijanta. Sud je pošao od relevantnih odredaba Ustava, Zakona o Ustavnom sudu, Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisma i Zakonika o krivičnom postupku. Zanimljivo, Evropski sud se neopravdano nije pozvao i na relevantne odredbe Okvirne konvencije koje obavezuju Republiku Srbiju. Prilikom odlučivanja, Evropski sud je zaključio da Evropska konvencija ne garantuje jezičku slobodu kao takvu, odnosno pravo na upotrebu jezika po sopstvenom izboru.¹¹⁰ Sud je ipak pronašao da nije jasno zašto je advokat opomenut, čime je doveden u nejednak tretman u odnosu na advokata žrtve koji je koristio ekavicu. Iako je legitimno da država reguliše upotrebu zvaničnog jezika u postupcima, ovde se i radilo o jednom

¹⁰⁷ *Valiullina and Others v. Latvia*, ESLJP, predstavka br. 56928/19, presuda od 14. septembra 2023, st. 5.

¹⁰⁸ *Paun v. Jovanović v. Serbia*, ESLJP, predstavka br. 41394/15, presuda od 7. februara 2023.

¹⁰⁹ *Paun v. Jovanović v. Serbia*, ESLJP, predstavka br. 41394/15, presuda od 7. februara 2023, st. 16.

¹¹⁰ *Paun v. Jovanović v. Serbia*, ESLJP, predstavka br. 41394/15, presuda od 7. februara 2023, st. 79.

dijalektu zvaničnog jezika.¹¹¹ Takvo postupanje ne može spadati u domen polja slobodne procene države kada ona ima pravo da odredi moguće jezičke politike, jer se radi o propustu sudije da adekvatno primeni domaće zakonske odredbe.¹¹² Ovaj predmet govori o potrebi adekvatne primene ne samo Evropske konvencije, već i Okvirne konvencije, posebno imajući u vidu da politika upotrebe manjinskih jezika u sudskim postupcima u Republici Srbiji takođe nije u skladu sa zakonskim okvirom.¹¹³ Ova praksa mora biti unapređena i mora dosledno poštovati principe sadržane u Okvirnoj konvenciji i zakonskom okviru.

Prof. Dr. IVANA KRSTIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

MINORITY RIGHTS IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The European Convention on Human Rights is one of the most important instruments for the protection of human rights, which primarily protects the rights and freedoms of an individual. When the text of the Convention was adopted in 1950, it was not intended as an instrument for the protection of minorities. In 1961, an attempt was made to adopt an additional protocol on the protection of national minorities alongside the Convention, but this initiative was rejected as unnecessary. Over time, the European Court of Human Rights began to deal with the collective dimension of certain rights, providing implicit protection to national minorities as well. This was done primarily through the prism of the prohibition of discrimination and in the context of exercising political rights, the right to education and the right to privacy. Meanwhile, under the auspices of the Council of Europe, the Framework Convention for the Protection of National Minorities was adopted. The paper will discuss this international instrument and the increasingly frequent practice of the European Court of Human Rights, which directly relies on this international source when deciding on cases concerning national minorities. An assessment of this practice and the role of the Framework Convention in the jurisprudence of the European Court will be provided.

Key words: minority rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Framework Convention for the Protection of National Minorities

¹¹¹ *Paun v. Jovanović v. Serbia*, ESLJP, predstavlka br. 41394/15, presuda od 7. februara 2023, st. 90.

¹¹² *Paun v. Jovanović v. Serbia*, ESLJP, predstavlka br. 41394/15, presuda od 7. februara 2023, st. 92.

¹¹³ V. više o upotrebi manjinskih jezika u sudskim postupcima u Stefan Oeter, Ivana Krstić, *Izveštaj o upotrebi jezika nacionalnih manjina u vezi sa pravosuđem u Republici Srbiji*, Savet Evrope, Beograd, septembar 2017; V. o upotrebi manjinskih jezika u upravnim postupcima u Vladimir B. Đurić, „Službena upotreba jezika nacionalnih manjina u radu organa uprave“, *Strani pravni život*, 2019, br. 3, 49–68.

Literatura

- Barnes C., Olsthoorn M., *The Framework Convention on the Protection of National Minorities*, Minority Rights Group International, 1999.
- Dembour M. B., *Who Believes in Human Rights?, Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, 2010.
- Đurić V. B., „Službena upotreba jezika nacionalnih manjina u radu organa uprave“, *Strani pravni život*, 2019.
- Epstein G. S., Odelia Cohen Heizler, „Ethnic identity: a theoretical framework“, *IZA Journal of Migration* Vol. 4, 2015.
- Goodwin M., „*D. H. and Others v the Czech Republic*: a major set-back for the development of non-discrimination norms in Europe“, *German Law Journal*, No. 4, Vol. 7, 2006.
- Henrard K., „*Tasev v. North Macedonia*: (Blurry) Dimensions and Boundaries of the Right to Free Self-Identification“, *Strasbourg Observers*, 1 August 2019.
- Malloy T. H., *National Minority Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005.
- Memedov I., „European Court Denounces Segregated Education Again: *Oršuš and Others v. Croatia*“, *Roma Rights Quarterly*, Vol. 1, 2010.
- Oeter S., Krstić I., *Izveštaj o upotrebi jezika nacionalnih manjina u vezi sa pravosuđem u Republici Srbiji*, Savet Evrope, Beograd, septembar 2017.
- Pap A. L., „Ethno-racial identity (politics) by law: 'Fraud' and 'choice'“, *Nationalities Paper*, No. 5, Vol. 45, 2018.
- Phillips A., *The Framework Convention for the protection of National Minorities: A Policy Analysis*, Minority Rights Group International, 2002.
- Steketee F., „The Framework Convention: A Piece of Art or a Tool for Action“, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 8, no. 1, 2001.
- Timmer A., „*Horváth and Kiss v. Hungary: A strong new Roma school segregation case*“, *Strasbourg Observer*, 6 February 2013.
- „*Vona v. Hungary*: Freedom of Association and Assembly can be Restricted to Protect Minority Rights“, *Strasbourg Observer*, 7 August 2013.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ

KA PRAVEDNIJEM SVETSKOM EKONOMSKOM PORETKU – OD IDEJE DO REALIZACIJE

Razvoj savremenih međunarodnih odnosa uslovljen je svetskom političkom i ekonomskom krizom koja podstiče ubrzano geopolitičko pregrupisanje na ravni između zemalja Globalnog severa i Globalnog juga. Budući da kompromis između ove dve grupe zemalja nije postignut, inicirana je ideja o Novom svetskom ekonomskom poretku koju promovišu regionalne sile u usponu okupljene oko BRIKS-a kao međuvladinog foruma za saradnju koji treba da posluži ostvarivanju interesa različitih zemalja bez obzira na njihovu civilizacijsku pripadnost, ekonomske ili društveno-političke sisteme kojima inkliniraju. Realizacija ove ideje, mogla bi da dovede do zamene još uvek vladajućeg neoliberalnog poretka, a za šta su potrebne reforme međunarodnih ekonomskih institucija, uspostavljanje alternativnog međunarodnog finansijskog sistema, konsolidacija i progresivni razvoj međunarodnog ekonomskog prava i reafirmacija uloge Ujedinjenih nacija (UN). Ideja o Novom svetskom ekonomskom poretku nije nova i prati duh ranije proklamovanog koncepta Novog međunarodnog ekonomskog poretka (NMEP), koji je bio u fokusu rada UN i Pokreta nesvrstanih decenijama unazad, a čijem razvoju ova studija posvećuje posebnu pažnju.

Ključne reči: *Novi svetski ekonomski poredak, NMEP, UN, Pokret nesvrstanih, BRIKS*

U V O D

Kao što je poznato, transformacija međunarodne zajednice uticala je na ulogu i značaj sistema međunarodnih odnosa nakon završetka Drugog svetskog rata.

Dr Duško Dimitrijević, naučni savetnik u Institutu za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, e-mail: dimitrijevicd@diplomacy.bg.ac.rs. Rad je nastao u okviru projekta „Srbija i izazovi u međunarodnim odnosima 2023. godine“, kojeg finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnoloških inovacija Republike Srbije, a realizuje Institut za međunarodnu politiku i privredu tokom 2023. godine.

Ovaj sistem bio je direktno uslovljen promenama u sferi državne vlasti. Posledice ovih promena bile su u funkciji uspostavljanja novog poretka globalnog upravljanja koji je proizašao iz političko-teritorijalnih modifikacija, internacionalizacije svetske privrede i naučno-tehnoloških revolucija. Novi poredak imao je važan zadatak da legitimise status međunarodne strukture nastale nakon velikih ratnih zbivanja, političkog urušavanja i destabilizacije. Da bi se pravilno razumeo značaj tog fenomena, dovoljno je podsetiti se koncepta međuzavisnosti koji je postojao u ranijoj fazi istorijskog razvoja međunarodne zajednice. Međuzavisnost je bila društveni koncept koji je prvenstveno odražavao odnos saradnje i saobraćaja između dve ili više država. Danas se značenje pojma međuzavisnosti znatno proširilo. Savremenu međunarodnu zajednicu karakteriše povezivanje najrazličitijih oblasti ljudskog delovanja ne samo kroz različite oblike međudržavnih odnosa koji su usloženi povećanim brojem novih država na međunarodnoj sceni, već generalno i multiplikacijom međunarodnih političkih aktera od međuvladinih i nevladinih organizacija do transnacionalnih korporacija i drugih tzv. nedržavnih subjekata međunarodnih odnosa. Stvaranje savremenog sistema međunarodnih odnosa sledstveno odlikuje transnacionalna međuzavisnost (transnacionalizacija), koja je dovela do holističkog pristupa u uspostavljanju novih struktura globalnog poretka koji u svetskim razmerama vodi ka sve većoj političkoj i ekonomskoj integraciji i zavisnosti.¹ Ova društvena transformacija posledica je procesa globalizacije koja ima direktne reperkusije na postepeno ograničavanje i preoblikovanje državne vlasti, pa time i na promenu klasičnog koncepta međunarodne zajednice.²

Dok se koncept međunarodne zajednice tradicionalno opisivao kao „evropski pravni poredak“ (*Ius publicum Europaeum*), koji je inaugurisao suverenost i pravnu jednakost Vestfalskim mirom iz 1648. godine, kao važnim događajem u istoriji međunarodnih odnosa, dotle se u novim okolnostima koncept međunarodne zajednice sve više tretira kao sistem koji teži eliminaciji geografskih razlika, brisanju kulturnih isključivosti i prihvatanju i primeni zajedničkih vrednosti i pravila ponašanja. Novi koncept međunarodne zajednice koji je nastao je u 20. veku, ne predstavlja veštačko ideološko opravdanje realpolitičke teorije međunarodnih odnosa koja promovise državu kao isključivog i najvažnijeg aktera ovih odnosa i jedinog imaoca političke moći u svetu prožetom anarhičnim i totalitarnim vrednostima.³ Naprotiv, ovaj koncept počiva na (neo)liberalnoj teoriji koja smatra da

¹ Joseph S. Nye, Robert O. Keohane, „Transnational Relations and World Politics: An Introduction“, *International Organization*, No. 3, Vol. 25, 1971, 329–349.

² Boris Krivokapić, *Međunarodno pravo – koreni, razvoj, perspektive*, Megatrend univerzitet, Beograd, 2006, 159–163.

³ Radovan Vukadinović, *Izabrana djela: Teorije međunarodnih odnosa, teorije spoljne politike*, CID, Fakultet političkih nauka, Podgorica, 2009, 144 i dalje.

država nije jedini akter međunarodnih odnosa, te da međunarodnu zajednicu čine još i međunarodne organizacije i nevladini akteri (privredne korporacije i pojedinci), gde svaki od njih ima svoj delokrug aktivnosti i interesa koji odražava transnacionalni okvir odnosa uzajamne međuzavisnosti.⁴ Samo u jednoj takvoj konstelaciji bilo bi moguće i shvatiti razvoj integrisanog sistema upravljanja koji postepeno evoluirao počev od Prvog svetskog rata, pa sve do danas.

Uloga međunarodne zajednice pored održavanja univerzalnog mira i bezbednosti, otud se postepeno širi i na povezivanje nacionalnih ekonomija u globalizovani sistem upravljanja tržištima kroz međunarodnu podelu rada, uvođenjem novih tehnologija i izgradnjom novih međunarodnih režima koji obuhvataju posebne norme, principe i standarde u različitim pravnim oblastima (npr. u oblastima ljudskih prava, međunarodnog ekonomskog prava, zaštite životne sredine, i dr.). Njene aktivnosti koje su podložne stalnim promenama, pokrivaju različite prostorno-funkcionalne dimenzije – od regionalnih, preko transnacionalnih, pa sve do nadnacionalnih. Sa tim aktivnostima, nužno dolaze do izražaja i naponi na ojačavanju veza koje udružuju različite međunarodne aktere na rešavanju različitih svetskih problema. Novi stepen integrisanosti manifestovan je tako, još tokom Drugog svetskog rata. Težeći za mirom i bezbednošću, kao idejom vodiljom u uspostavljanju pravednijeg svetskog poretku, progresivniji deo međunarodne zajednice usvojio je Atlantsku povelju 1941. godine, proklamujući principe saradnje i solidarnosti. Princip saradnje je, prema vladajućem mišljenju, predstavljao međunarodnu obavezu država koja proizilazi iz povećanog obima međuzavisnosti u ekonomskoj i drugim sferama društvenog života. Princip solidarnosti s druge strane, smatran je međunarodnom obavezom država da sarađuju u postizanju opšteg dobra kroz formulisanje javnih politika koje implicitno ili eksplicitno vode računa o zajedničkim vrednostima čitave međunarodne zajednice. Oba navedena principa, predstavljala su u stvari začetke stvaranja novog koncepta međunarodnog ekonomskog poretku čiju je realizaciju trebalo ostvariti kroz multilateralne oblike institucionalne saradnje.

Tako su u julu 1944. godine, zaključeni Bretonvudski sporazumi između 44 vlade na čelu sa SAD, a u cilju stvaranja širih i stabilnijih ekonomskih odnosa. Istovremeno su osnovane i međunarodne finansijske institucije – Međunarodna banka za obnovu i razvoj (*International Bank for Reconstruction and Development* – IBRD) i Međunarodni monetarni fond (*International Monetary Fund* – IMF), koje će kasnije postati glavni stubovi međunarodnog finansijskog sistema (u okviru sistema Svetske banke). Međutim, razvoj koncepta novog međunarodnog

⁴ R. O. Keohane, J. S. Nye, op. cit., 329–349.

ekonomskog poretka nije započeo sve do završetka Drugog svetskog rata. Njegovo osmišljavanje i realizacija bila je deo napora sistema UN koji je kroz usvajanje niza rezolucija i deklaracija programskog karaktera proklamovao pravne, političke i ekonomske principe.⁵ Ti principi bili su modelirani s ciljem da doprinesu uspostavljanju alternativnog modela međunarodnih ekonomskih odnosa, ili pak, unapređenju i restrukturiranju postojećeg kako bi se otklonio ogromni ekonomski jaz između razvijenih zemalja Severa i nerazvijenih zemalja Juga (tj. zemalja u razvoju i manje razvijenih zemalja okupljenih u okviru Pokreta nesvrstanih i političkih platformi za saradnju zemalja južne hemisfere Jug-Jug i Grupe 77). U tom smislu, ovaj koncept (koncept NMEP-a), nametnuo se i kao ozbiljna ekonomska doktrina zemalja Trećeg sveta čija je realizacija u međunarodnoj praksi trebalo da dovede do sveukupnog društvenog razvoja i ekonomskog blagostanja. Ustanovljavanje NMEP-a ostalo je međutim, do samog kraja uslovljeno mnogobrojnim političkim i ekonomskim determinantama, a njegovo sprovođenje bilo je u direktnoj korelaciji sa procesom konsolidacije i progresivnog razvoja principa i pravila međunarodnog ekonomskog prava.

RAZVOJ NMEP-a

Osmišljavanje koncepta NMEP-a

Odmah nakon Drugog svetskog rata, UN su preuzele ulogu vodećeg aktera u razvoju savremenih međunarodnih odnosa. One su bile ključni faktor u naporima nerazvijenog dela sveta da osmisli i izgradi pravedniji i demokratskiji međunarodni ekonomski poredak. Kao progresivni politički koncept ovaj poredak bio je određen opštim ciljevima i principima UN. Budući da su opšti ciljevi i principi UN obuhvatili najširi dijapazon pitanja bitnih za unapređenje ekonomskog i društvenog razvoja, ali i očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti, bilo je jasno da stvaranje novog međunarodnog ekonomskog poretka mora biti sinhronizovano sa njima. Ova sinhronizacija pretpostavljala je jačanje međunarodnih nadležnosti na račun državnog suvereniteta, kao i podelu ovih nadležnosti između različitih aktera međunarodnih odnosa. Na doktrinarnom planu, pomenuta tendencija opravdavala se neoliberalnim konceptom složene međuzavisnosti prema kojem saradnja različitih međunarodnih aktera treba da dovede do otklanjanja

⁵ Christian Tomuschat, „New International Economic Order“, *Encyclopedia of Public International Law* (Ed. R. Bernhardt), Elsevier, Amsterdam, 1997, 578 i dalje; Jerzy Makarczyk, *Principles of a New International Economic Order: A Study of International Law In the Making*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2001, 123.

kolizije između nacionalnih i međunarodnih nadležnosti vezanih za regulisanje društveno-ekonomskih odnosa. Navedeni koncept bio je od naročitog značaja u oblasti međunarodne trgovine koja je zbog protekcionizma prisutnog pre Drugog svetskog rata dovela do paralize svetske privrede. Složena međuzavisnost manifestovala se najpre u pokušaju stvaranja prve međunarodne trgovinske organizacije 1947. godine. Ova inicijativa je međutim, doživela krah, pa je sklopljen Opšti sporazum o carinama i trgovini (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*), koji je imao zadatak da promovise pravo na ekonomski razvoj i trgovinu bez diskriminacije.

Pomenuti pokušaji uspostavljanja posleratnog međunarodnog ekonomskog poretka izražavali su interese industrijski razvijenih zemalja zbog čega su nerazvijene zemlje i zemlje u razvoju 1952. godine, pokrenule pitanje trajnog suvereniteta nad prirodnim resursima tokom rasprave pred UN o nacrtu Međunarodnog pakta o ljudskim pravima. Tom prilikom, potvrđeno je da pravo na samoopredeljenje spada u korpus osnovnih ljudskih prava, i da pored političkog, ovo pravo ima i ekonomski i socijalni aspekt. Oslanjajući se na Povelju UN i Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima, 14. decembra 1960. godine, Generalna skupština je usvojila istorijski važnu Deklaraciju 1514 (XV) o davanju nezavisnosti kolonijalnim narodima i državama.⁶ Sledilo je potom i usvajanje Rezolucije 1803 (XVII) od 14. decembra 1962. godine, kojom je potvrđeno suvereno pravo svake države (nacije i naroda) da raspolaže svojim bogatstvom i prirodnim resursima.⁷

Neposredno pre usvajanja ovih odluka, nove emancipovane države Azije i Afrike, tek oslobođene od kolonijalnog jarma, održale su konferenciju u Bandungu 24. aprila 1955. godine, na kojoj su usvojile Deklaraciju o unapređenju svetskog mira i saradnje.⁸ Deklaracija je sadržala „Dekalog principa“ koji *inter alia*, obuhvata principe poštovanja osnovnih ljudskih prava, poštovanja suvereniteta i teritorijalnog integriteta svih nacija, priznavanja jednakosti svih rasa i jednakosti svih velikih i malih naroda, uzdržavanje od intervencije ili mešanja u unutrašnje stvari drugih država i poštovanje prava svake nacije da se brani pojedinačno ili kolektivno u skladu sa Poveljom UN (što pretpostavlja uzdržavanje od upotrebe aranžmana kolektivne odbrane koji služe posebnim interesima velikih sila, kao i odricanje od vršenja pritiska na druge zemlje). Pored toga, ova Deklaracija obuhvata i zabranu agresije ili pretnje agresijom, rešavanje svih međunarodnih sporova mirnim putem,

⁶ United Nations General Assembly Resolution 1514 (XV): Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples, 974th Plenary Meeting, 14 December 1960.

⁷ United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII): Permanent sovereignty over natural resources, 1194th Plenary Meeting, 14 December 1962.

⁸ Dragan Bogetić, *Nesvrstanost kroz istoriju*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2019, 31.

kao i principe unapređenja zajedničkih interesa i saradnje, poštovanja pravde i međunarodno preuzetih obaveza.⁹ Navedena ideološka platforma trebalo je da posluži za radikalnu demokratizaciju međunarodnih odnosa uz očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti.

Međutim, u uslovima oštre blokovske podeljenosti sveta između Istoka i Zapada (komunističkog i kapitalističkog bloka zemalja okupljenih oko NATO pakta i Varšavskog ugovora), bilo je jasno da je velike sile neće podržati. U takvim uslovima alternativu je predstavljao Pokret nesvrstanih (*Non-Aligned Movement*), koji je bio duboko posvećen unapređenju mirne koegzistencije svih naroda sveta, kao i otklanjanju ekonomskih razlika koje su objektivno postojale između razvijenih zemalja i zemalja u razvoju.¹⁰ Iako je bio izložen povremenim krizama, Pokret je imao svoj „zlatni period“ uspona kada je njegova doktrina u domenu međunarodne politike pokazala veliku progresivnu snagu u promociji nezavisnosti i borbi protiv imperijalizma i neokolonijalizma, odnosno protiv svih vidova agresije, okupacije, rasizma, dominacije i torture.

U pogledu razvoja i transformacije međunarodnih ekonomskih odnosa, strateško opredeljenje Pokreta nesvrstanih bila je borba za prevazilaženje sve izraženije tendencije da „bogati postaju sve bogatiji, a siromašni sve siromašniji“. S tim u vezi, otklanjanje jaza koji je postojao između industrijski razvijenog Severa i nerazvijenog Juga bila je vodeća paradigma u osmišljavanju i sprovođenju koncepta NMEP-a donetog na inicijativu Pokreta nesvrstanih i pod pokroviteljstvom UN.

Osnivanje i sprovođenje NMEP-a

Nova faza razvoja koncepta NMEP-a započela je 1961. godine, kada je Generalna skupština UN u cilju stvaranja uslova stabilnosti i blagostanja koji su bili neophodni za održavanje mirnih i prijateljskih odnosa između država promovisala deceniju razvoja i program međunarodne ekonomske saradnje. Tokom plenarne sesije održane 19. decembra iste godine, Generalna skupština je usvojila i Rezoluciju 1720 (XVI), kojom je potvrdila pravo naroda na trajni suverenitet nad prirodnim izvorima i bogatstvima.¹¹ U junu 1964. godine, UN su uspostavile Konferenciju o trgovini i razvoju (*Conference on Trade and Development*

⁹ Leo Mates, *Nesvrstanost, teorija i savremena praksa*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1970, 249 i dalje.

¹⁰ Mohammed Bedjaoui, „Non-alignment et Droit international“, *Recueil des Cours*, Vol. 151 (1976/III), La Haye, Springer, Netherlands, 1978, 337 i dalje.

¹¹ United Nations General Assembly Resolution 1720 (XVI): Permanent Sovereignty over natural resources, 1084th Plenary Meeting, 19 December 1961.

– UNCTAD), kao svoje stalno telo i forum za strateško promišljanje o pitanjima međunarodne trgovine i razvoja i kao protivteže GATT-u.¹² Istovremeno je usvojena zajednička deklaracija zemalja u razvoju kojom je formirana Grupa 77 koja je dobila značajnu ulogu u stvaranju NMEP-a (naročito od usvajanja Alžirske povelje 1967. godine, kojom je došlo do institucionalizacije ove međuvladine organizacije unutar sistema UN).

Za razvoj NMEP-a od posebnog važnosti bila je Prva sednica UNCTAD-a održana 1964. godine, na kojoj su usvojeni strateški značajni principi. Ovaj regulatorni okvir obuhvatio je principe slobodne trgovine i industrijalizacije, zatim principe preferencijalne zaštite i nereciprociteta, ograničavanja cenovnih podsticaja za neekonomske aktivnosti, pružanja tehničke i multilateralne pomoći nerazvijenim zemljama, pružanja pomoći kroz razmenu proizvoda i kompenzaciono finansiranje razmene, potom principe raspolaganja viškovima dobara po međunarodnim standardima, zabranu dampainga, davanja kredita kroz otplatu u nacionalnim valutama ili u robi, principe podsticanja platnobilansnih aranžmana među zemljama u razvoju, itd. Uopšte uzev, svi navedeni principi uključivali su zahteve za suverenu jednakost i nediskriminaciju, uz uvažavanje razlika koje postoje u stepenu ekonomskog razvoja, što je bio jedan od glavnih razloga borbe Trećeg sveta protiv neokolonijalizma u međunarodnim ekonomskim odnosima.¹³

Kad je svetska trgovina počela dramatično da se širi, zemlje u razvoju uočile su potrebu za ujednačavanjem pravnih standarda koji su do tada regulisali međunarodnu trgovinu. Na zahtev ovih zemalja, 1966. godine, formirana je Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo (*United Nations Commission for International Trade Law – UNCITRAL*), kao pomoćno telo UN odgovorno za razvoj i kodifikaciju međunarodnog trgovinskog prava. Budući da nije bilo u stanju postići pravovremenu i adekvatnu zaštitu ekonomskih interesa zemalja u razvoju (čemu je delom doprineo i nov oblik sredstva plaćanja u međunarodnom platnom prometu u vidu specijalnih prava vučenja), na Trećoj konferenciji UNCTAD-a održanoj u maju 1972. godine, usvojena je Rezolucija 45 (III) kojom je potvrđena namera pomenutih zemalja da uspostave „opšteprijhvatljiv normativni sistem za regulisanje međunarodnih ekonomskih odnosa i smanjenje prepreka međunarodnoj trgovini“.¹⁴

¹² Massoud Karshenas, „Power, Ideology and Global Development: On the Origins, Evolution and Achievements of UNCTAD“, *Forum* 2016, No. 4, Vol. 47, 2016, 664 i dalje.

¹³ Vijay Prashad, *The Darker Nations: A People's History of the Third World*, The New Press, New York, 2007, 34 i dalje.

¹⁴ Jelena Vilus, „Međunarodno privredno pravo i novi međunarodni ekonomski poredak“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 3, Beograd, 1976, 286.

Ova Rezolucija insistirala je na zahtevu za izradu Povelje o ekonomskim pravima i obavezama država, koji je kasnije, na Četvrtom samitu Pokreta nesvrstanih održanom u Alžiru 1973. godine, podržan preporukom Generalne skupštine UN. Međutim, pre njene izrade pod pokroviteljstvom UN, na Šestoj specijalnoj sednici Generalne skupštine od 1. maja 1974. godine, usvojena je Deklaracija o „osnivanju NMEP-a, kao i Akcioni program za njegovo sprovođenje”.¹⁵

Donošenju navedenih dokumenata prethodila je velika ekonomska kriza u svetu, izazvana odlukom američkog predsednika Ričarda Niksona iz 1971. godine, da ukine konvertibilnost američke valute prema zlatu (tzv. zlatno-devizni standard), što je dovelo fluktuirajućih deviznih kurseva u odnosu na dolar, čime je Bretonvudski međunarodni monetarni sistem, u formi u kojoj je nastao, prestao da postoji. Uz ovaj tzv. Niksonov šok, dodatni problem je izazvao naftni embargo država članica Organizacije zemalja izvoznica nafte (*Organization of the Petroleum Exporting Countries* – OPEC), prema zapadnim zemljama koje su podržavale Izrael u Jomkipurskom ratu protiv arapskih zemalja u oktobru 1973. godine. Zemlje u razvoju iskoristile su te događaje kao zgodan trenutak da upute zahtev za suštinskim promenama svog položaja u međunarodnim ekonomskim odnosima. Kako su se pregovori oko implementacije Deklaracije o osnivanju NMEP-a i Akcionog programa odvijali otežano (zbog velikog neslaganja o obimu i načinu njihove implementacije između razvijenih i nerazvijenih zemalja), iznet je predlog za usvajanje Povelje o ekonomskim pravima i obavezama država.¹⁶

Povelja o ekonomskim pravima i obavezama država usvojena je na 29. zasedanju Generalne skupštine UN 12. decembra 1974.¹⁷ Usvajanje Povelje pokazalo je

¹⁵ Deklaracija poziva na uspostavljanje poretka zasnovanog na suverenoj jednakosti država i na najširoj saradnji koja bi se temeljila na pravičnosti. Ona potvrđuje potpunu i trajnu suverenost država nad prirodnim resursima i nacionalnim bogatstvima i jemči pravo na restituciju i punu nadoknadu za njihovu eksploataciju i oštećenje. Primena Akcionog programa trebalo je da doprine se uravnoteženom ekonomskom razvoju, kroz bolje razumevanje (solidarnost), između razvijenih zemalja i zemalja u razvoju. V. United Nations General Assembly Resolution 3201 (S-VI): Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, 2229th plenary meeting, New York, 1. May 1974; United Nations General Assembly Resolution 3202 (S-VI): Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order, 2229th plenary meeting, New York, 1. May 1974.

¹⁶ Milan Bulajić, *Međunarodno pravo ekonomskog razvoja*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1980, 68.

¹⁷ Povelja potvrđuje pravo svake države nad prirodnim resursima i nacionalnim bogatstvima. U tu svrhu, svaka država ima pravo i dužnost da bira sredstva i ciljeve razvoja i da mobilize i koristi svoje bogatstvo i resurse za sprovođenje progresivnih ekonomskih i društvenih reformi koje često

želju većine članica međunarodne zajednice da se izvrši kodifikacija i progresivni razvoj regulatornog okvira NMEP-a. Ideje koje se promovišu u Povelji odnose se na unapređenje ravnopravnih međunarodnih ekonomskih odnosa, koji treba da budu zasnovani na suverenoj jednakosti, međuzavisnosti, zajedničkom interesu i saradnji svih država bez obzira na njihov ekonomski i društveni sistem. Povelja je u suštini značila prekretnicu u načinu normativnog regulisanja tokova NMEP-a koji su imali za cilj da doprinesu stvaranju uslova za postizanje opšteg ekonomskog i društvenog napretka. Povelja je promovisala nekoliko značajnih principa koji reafirmišu principe i ciljeve sadržane u Povelji UN (od prava na samoopredeljenje, preko principa suverene jednakosti, zabrane kršenja teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti, zabrane intervencije u unutrašnje stvari država, mirne koegzistencije, poštovanja ljudskih prava, unapređenja međunarodne saradnje, ispunjavanja međunarodnih obaveza u dobroj veri, mirnog rešavanja sporova i postizanja socijalne pravde), a koji su suštinski razrađeni u Deklaraciji o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu sa Poveljom UN usvojenom Rezolucijom Generalne skupštine 2625 (XXV) 24. oktobra 1970. godine.¹⁸ Uz princip mirne koegzistencije, u Povelji je proklamovano i pravo na ekonomsko samoopredeljenje koje omogućava svakoj državi da se bez ikakve diskriminacije angažuje u različitim oblastima međunarodne ekonomske saradnje. Konačno, univerzalnost i globalna međuzavisnost unutar NMEP-a trebalo je da počiva na obavezi država da međusobno saraduju i doprinose uravnoteženoj ekspanziji svetske ekonomije, uzimajući u obzir blisku međuzavisnost između blagostanja razvijenih zemalja i rasta i razvoja nerazvijenih zemalja.¹⁹ Budući da Povelja insistira na uspostavljanju ravnopravnosti u uslovima nejednakosti u ekonomskim odnosima, razvijene zemlje doživljavale su Povelju kao prinudnu kompenzaciju za svoju raniju kolonijalnu politiku. Štaviše, ona je po njima bila izraz „tiranije većine“ u UN koja je dovela do ozbiljnog ugrožavanja njihovih ekonomskih interesa u saradnji sa Trećim svetom.²⁰

uključuju pravo na eksproprijaciju i prenos vlasništva nad stranom imovinom, kao i pravo kontrole nad stranim investicijama. V. United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX): Charter of Economic Rights and Duties of States, Twenty-Ninth Session, Supplement No. 31 (A/9631), New York, 12 December 1974.

¹⁸ United Nations General Assembly Resolution 2625 (XXV): Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with Charter of the United Nations, Twenty-Fifth Session, New York, 24 October 1970.

¹⁹ M. Bulajić, op. cit.

²⁰ Jovan Čavoški, „Za jedan pravedniji svet: Jugoslavija, nesvrstani, i borba za Novi međunarodni ekonomski poredak (1973–1976)“, *Tokovi istorije*, br. 2, INIS, Beograd, 2022, 217.

Stagnacija NMEP-a

Završetkom ekonomske krize izazvane naftnim embargom, razvijene zemlje krenule su sa novim taktikama u odnosima sa zemljama u razvoju. Iako su nastavile da se protive delovanju Pokreta nesvrstanih, one su takođe učinile i određene ustupke tokom svojih izlaganja na Sedmoj specijalnoj sednici Generalne skupštine UN održanoj 1975. godine, na kojoj su iznele predloge za unapređenje saradnje na subregionalnom i međuregionalnom nivou, kao i inicijative o sprovođenju reformi međunarodnih finansijskih institucija, podsticanju ekonomskog razvoja kroz strane investicije, transferu tehnologija, pružanju ekonomske pomoći, regulisanju duga, uspostavljanju posebnog trgovinskog tretmana za nerazvijene zemlje, itd. Pomenuti predlozi pokazali su volju razvijenih zemalja za postizanjem napretka u sprovođenju ekonomskih reformi. U izvesnom smislu, to je bio i pomak u međusobnim odnosima sa zemljama u razvoju, što se pokazalo usvajanjem Rezolucije 3362 (S-VII) koja je bila posvećena razvoju i međunarodnoj ekonomskoj saradnji.²¹ Suštinski međutim, navedeni pomak nije doveo do pomirenja antagonističkih stavova u vezi sa sprovođenjem ciljeva NMEP-a. Situacija se još više pogoršala nakon Petog samita Pokreta nesvrstanih u Kolombu 1976. godine, na kojem je Pokret nesvrstanih usvojio Program akcije za ekonomsku saradnju između nesvrstanih i zemalja u razvoju sa razvijenim zemljama. Iako je na ovom samitu naglašena neophodnost da treća decenija UN bude u potpunosti posvećena sprovođenju odluka o uspostavljanju uravnoteženijeg ekonomskog poretka zasnovanog na pravdi i poštovanju dostojanstva svih učesnika, to se nije desilo. Transformacija postojećeg poretka nije bila moguća bez restrukturiranja celokupnih međunarodnih ekonomskih odnosa (a za šta su konkretni predlozi izneti prethodne godine na ministarskom sastanku u Limi). U nedostatku saglasnosti, NMEP je doživeo svoj prvi ozbiljan neuspeh.

Oštra ideološka podela koja se tih godina dogodila unutar Pokreta nesvrstanih odrazila se i na Šestom samitu održanom u Havani 1979. godine, gde su izneti oprečni stavovi država članica o načinima ostvarivanja NMEP-a.²² Međutim, na Sedmom samitu Pokreta nesvrstanih održanom u Nju Delhiju 1983. godine, potreba za NMEP-om ponovo je bila naglašena pošto je preovlađujući međunarodni sistem bio u sukobu sa osnovnim interesima zemalja u razvoju. Pokret nesvrstanih upozorio je da bi neuspeh u uspostavljanju NMEP-a zasnovanog na jednakosti i pravdi proizveo ozbiljne negativne posledice za sve zemlje.

²¹ United Nations General Assembly Resolution 3362 (S-VII): Development and international economic co-operation, Seventh Special Session, New York, 16 September 1975.

²² D. Bogetić, op. cit., 47.

Sličan zaključak donesen je i na Petoj konferenciji UNCTAD-a održanoj 1979. godine, kada je formalno pokrenuta inicijativa za usvajanjem multilateralne konvencije zasnovane na principima Povelje o pravima i dužnostima država, kojom bi se revidirala postojeća pravila međunarodne trgovine. Usvajanjem Rezolucije 34/142 Generalne skupštine UN od 17. decembra 1979. godine, zatraženo je da se na ovom planu napravi određeni napredak preko UNCITRAL-a kao koordinatora tih aktivnosti.²³ Time je bitka za NMEP nastavljena, iako na nešto drugačijoj ideološkoj osnovi, postajući sve više deo borbe za promenu celokupnog svetskog sistema.²⁴ U tom smislu, razvijen je potpuno novi koncept tzv. prava treće generacije kojim su suštinski potvrđena prava naroda na samoopredeljenje i trajni suverenitet nad nacionalnim bogatstvima i prirodnim resursima (kao *lex lata*), a istovremeno je promovisano i pravo na razvoj (kao *lex ferenda*), kroz ostvarivanje solidarnosti kao jedne od obaveza prihvaćenih NMEP-om.²⁵

Reafirmacija NMEP-a

Nakon urušavanja svetskog političkog bipolarnog poretka početkom poslednje decenije 20. veka, došlo je do izvesnog zasićenja, a što je dovelo do formiranja novog postbipolarnog svetskog poretka sa samo jednom supersilom – SAD, i sa novom podelom sveta na Globalni sever i Globalni jug. Širenje regionalnih ekonomskih blokova i jačanje ekonomskih i političkih snaga potaklo je geopolitičku preorijentaciju na međunarodnoj političkoj sceni.²⁶ Sa finansijskim sistemom Breton Vudsa i plasmanom stranih investicija, opštom deregulacijom svetske trgovine, s ciljem liberalizacije trgovinskih tokova, Treći svet se našao u veoma nezavidnoj ekonomskoj situaciji prouzrokovanoj dužničkom krizom. Posebno težak ekonomski status imale su i bivše socijalističke zemlje koje su sa različitih polaznih pozicija morale da se nose sa ekonomskom i političkom tranzicijom. Suočeci se sa

²³ United Nations General Assembly Resolution 34/142: Co-ordination in the field of International Trade Law, New York, 105th Plenary Meeting, 17 September 1979.

²⁴ Giovanni Arrighi, „The World Economy and the Cold World (1970-1990)“, *The Cambridge History of the Cold War* (Eds. M. P. Leffler, O. A. Westad), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 1–22.

²⁵ Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 615 i dalje; United Nations General Assembly Resolution: Declaration on the Right to Development, 97th Plenary Meeting, 4 December 1986.

²⁶ Charles W. Kegley, Eugene R. Wittkopf, *World Politics: Trend & Transformation*, Thompson Learning inc., Wadsworth, 2002; Roy Allison, *The Soviet Union and the Strategy of Non-Alignment in the Third World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 308.

globalizacijskim problemima, privrede ovih zemalja suočile su se i sa dubokom krizom zbog grešaka u ekonomskoj politici koje su dovele do disproporcija u proizvodnim sistemima, do odsustva realno usklađenih budžeta, te do povećanja domaće i spoljne zaduženosti. Primena modela liberalnog međunarodnog poretka koji je promovisao nove oblike društvenih integracija, u praksi je prouzrokovala još veće siromaštvo i ekonomsku zavisnost pomenutih zemalja. Otud je bilo važno stvoriti bazične elemente za rešavanje krucijalnih ekonomskih problema. Naročito se to odnosilo na regulisanje dugova prezaduženih zemalja, a što je zahtevalo odlučnost i istrajnost svih uključenih međunarodnih aktera (od Pariskog i Londonskog kluba poverilaca do međunarodnih finansijskih organizacija).

Prvi pokušaj rešavanja nagomilanih ekonomskih problema došao je od strane UNCTAD-a pod čijim okriljem je 1988. godine, zaključen Sporazum o globalnom sistemu trgovinskih preferencijala koji je imao za cilj smanjivanje tarifa i uklanjanje trgovinskih barijera između zemalja u razvoju. Potom je usledila intervencija Bretonvudskih institucija i SAD, koje su formulacijom predloga i smernica u tzv. Vašingtonskom konsenzusu iz 1989. godine, promovisale već dobro poznati neoliberalni koncept međunarodnih ekonomskih odnosa (počev od uvođenja fiskalne discipline, preusmeravanja javnih rashoda, poreske reforme, liberalizacije kamatnih stopa, uvođenja konkurentnog deviznog kursa, liberalizacije trgovine i stranih investicija, deregulacije, privatizacije i zaštite imovinskih prava). Treći pokušaj rešavanja ekonomskih problema desio se nakon Urugvajске runde pregovora GATT-a održane od 1986. do 1994. godine, iz koje je proizašla Svetska trgovinska organizacija (*World Trade Organization* – WTO). Rad STO na daljoj liberalizaciji međunarodne trgovine i normiranju pravila o rešavanju trgovinskih i investicionih sporova (uz poštovanje principa nediskriminacije, nacionalnog tretmana i najpovoljačnije nacije), započet u okviru runde multilateralnih trgovinskih pregovora 2001. godine u Dohi, završio se kolapsom koji je doveo do još veće podele između razvijenih i nerazvijenih zemalja.²⁷ Sledstveno, svi navedeni pokušaji rešavanja globalnih ekonomskih problema nisu ishodovali neke veće pomake na planu rešavanja zaostalih ekonomskih problema, već su se naprotiv, negativno odrazili na oporavak, održivi ekonomski rast i stabilizaciju zemalja Trećeg sveta i zemalja u tranziciji.

Kako su u međuvremenu zemlje grupisane u okviru Globalnog juga povezale svoju budućnost za zemlje Globalnog severa (a što je bila posledica nepovoljnih

²⁷ Izvestan pomak napravljen je tek 2013. godine, kada je na Devetoj konferenciji STO usvojen tzv. Paket sa Balijsa, koji sadrži sporazum i niz odluka usmerenih na olakšavanje međunarodne trgovine, što suštinski nije promenilo poziciju zemalja u razvoju. V. Sanja Jelisavac Trošić, Aleksandra Tošović Stevanović, Vladimir Ristanović, *Kriza svetske ekonomije na početku 21. veka*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2021, 80–83.

geopolitičkih i ekonomskih prilika), došlo je do diskreditacije ranije promovisanog egalitarnog pristupa Pokreta nesvrstanih. Njegova diskreditacija međutim, nije značila i kraj borbe Trećeg sveta za izgradnju pravednijeg i demokratskijeg međunarodnog ekonomskog poretka. Na tom planu upućeni su zahtevi za jačanjem uloge UN kroz reformu njenih institucionalnih i funkcionalnih kapaciteta, kako bi ova univerzalna organizacija i dalje bila ključni faktor u postizanju mira u svetu i rešavanju najvažnijih političkih, ekonomskih, socijalnih i humanitarnih problema. S obzirom na fundamentalna geopolitička pomeranja do kojih je došlo nakon Hladnog rata, sistem UN imao je značajnu ulogu u realizaciji procesa globalizacije, ali i internacionalizacije međunarodnih odnosa sve u cilju razvoja sistema globalnog upravljanja. Ova dva procesa imala su zadatak da omoguće državama da ostvare sopstvene interese u oblastima u kojima nisu bile kadre da samostalno deluju i donose odluke.²⁸ U tom smislu, sva dostignuća Pokreta nesvrstanih ostvarena u prethodnom periodu nisu smela da izmaknu duhu vremena. Usled nasleđenih odnosa u svetu oličenih u nepomirljivim težnjama razvijenih i nerazvijenih zemalja, nepodudarnosti interesa zemalja Globalnog severa i Globalnog juga, i uopšteno govoreći, zbog nedovoljne zrelosti političkih i društvenih uslova, te snažnog uticaja političkog oportunitizma u međunarodnim odnosima, UN su se našle na raskrsnici kada je trebalo doneti važne odluke o budućim pravcima razvoja međunarodnog ekonomskog poretka. S obzirom na kontinuitet njihovog delovanja, moglo se samo pretpostaviti da će se UN vratiti sopstvenim korenima i proklamovanim ciljevima u budućnosti.²⁹ U konstelaciji novih međunarodnih odnosa na početku novog milenijuma, to je značilo da bi UN trebalo da unaprede svoj institucionalni sistem kroz unapređenje funkcionalnih ovlašćenja koja se tiču međunarodne ekonomske saradnje (pre svega onih iz domena nadležnosti Ekonomskog i socijalnog saveta).³⁰

²⁸ Duško Dimitrijević, Mihajlo Vučić, „Globalisation and the new world order“, *Globalized World: Advantage or Disadvantage*, (Eds. B. Đorđević, T. Tsukimura, I. Lađevac), Global Resource Management, Doshisha University, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, 2016, 9–28.

²⁹ Duško Dimitrijević, *Reforma Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2009, 9–10.

³⁰ U Agendi za razvoj iz 1994. godine, Generalni sekretar UN Kofi Anan formulisao je niz prioriteta za reformu svetske organizacije koji su se odnosili na ekonomska, socijalna i humanitarna pitanja. U izveštaju pripremljenom za Generalnu skupštinu, 2000. godine, pod nazivom: „Mi narodi: Uloga Ujedinjenih nacija u 21. veku“ (tzv. Milenijumska deklaracija), Generalni sekretar se nadovezao na analizu tri velike teme – oslobađanja od nemaštine, oslobađanja od straha i obezbeđenje budućnosti. Na jubilarnom samitu UN održanom u septembru 2005. godine, Generalna skupština pozabavila se problemima u vezi sa sprovođenjem Milenijumskih ciljeva. Tom prilikom posebno je apostrofirana potreba daljeg jačanja Ekonomskog i socijalnog saveta, kao i adaptacija njegovih

Slična situacija bila je i sa Pokretom nesvrstanih, čija je uloga u ovom isto-rijskom periodu, zbog unutrašnjih ideoloških nesuglasica stavljena na marginu međunarodnih političkih zbivanja. To naravno nije značilo odsustvo volje nesvrstanih zemalja da revitalizuju svoje institucionalne kapacitete u pravcu reafirmacije NMEP-a. Kao respektabilni predstavnik Globalnog juga, Pokret nesvrstanih imao je nezavisnu ulogu u afirmaciji principa koji predstavljaju njegovu „kvintesenciju“ u okviru sistema UN. Pokret je ulagao velike napore da reši ključne svetske probleme u ekonomskoj i socijalnoj sferi kao što su održivi ekonomski razvoj, iskorenjivanje siromaštva i gladi, predupređenje pandemija, prirodnih katastrofa, zagađenja životne sredine, klimatskih promena i migracija, potom prevencije širenja oružja za masovno uništenje i nuklearnog razoružanja, borbe protiv terorizma i međunarodnog kriminala i zaštite ljudskih prava. Zbog promenjenih međunarodnih okolnosti primetno je da se Pokret nesvrstanih na svojim samitima sve više okretao političkim pitanjima međunarodnih odnosa, zbog čega je ekonomskim pitanjima posvetio manje pažnje u odnosu na prethodni period. To međutim, nije sprečilo Pokret da nastavi da reafirmiše svoje obaveze prihvaćene u Deklaraciji o osnivanju NMEP-a i u Povelji o ekonomskim pravima i obavezama država.³¹ U tom smislu, na samitima Pokreta nesvrstanih, često se raspravljalo o konkretnim ekonomskim i socijalnim pitanjima kojima su se inače bavile UN u svom univerzalnom

funkcionalnih nadležnosti u svrhu ispunjavanja zacrtanih „ciljeva razvoja“, kao i promocije globalnog dijaloga u ekonomskoj, socijalnoj i humanitarnoj sferi. Kako bi Ekonomsko-socijalni savet mogao da odgovori narastajućim potrebama zemalja u razvoju, Generalna skupština je 2006. godine, usvojila Rezoluciju 61/16 o jačanju Ekonomskog i socijalnog saveta. Na konferenciji održanoj u julu 2009. godine, od Ekonomsko-socijalnog saveta zatražila je da uputi preporuke u skladu sa odredbama Deklaracije iz Dohe koja je usvojena 2. decembra 2008. godine, a povodom jačanja procesa finansiranja razvoja. Takođe je zatražila i da ispita mogućnost jačanja institucionalnih aranžmana za unapređenje međunarodne saradnje u oblasti fiskalne politike i saradnje sa međunarodnim finansijskim institucijama. Usvajanjem Rezolucije 63/303, Generalna skupština je preporučila osnivanje *ad hoc* panela eksperata za analizu i pružanje tehničke ekspertize za prevazilaženje globalne ekonomske krize. V. An Agenda for Development, Report of the Secretary-General, UN Doc. A/48/935, 6 May 1994; United Nations Millennium Declaration, UN Doc. A/RES/55/2, 18 September 2000; World Summit Outcome Document, UN Doc. A/RES/60/1, 24 October 2005; Strengthening of the Economic and Social Council, UN.Doc. A/RES/61/16, 20 November 2006; Outcome of the Conference on the World Financial and Economic Crisis and Its Impact on Development, UN Doc. A/RES/63/303, 9 July 2009.

³¹ Konkretno, to je očitovano kroz usmerenost Pokreta nesvrstanih na ostvarivanju ciljeva ekonomskog i društvenog razvoja koji su potvrđeni kroz deklaracije i akcione programe počev od Osmog samita u Harareu – 1986. godine, do Osamnaestog samita u Bakuu – 2019. godine. V. Duško Dimitrijević, „The Non Aligned Movement and Reform Tendencies in the United Nations“, *The 60th Anniversary of the Non-Aligned Movement* (Eds. D. Dimitrijević, J. Čavoški), Institute of International Politics and Economics, Belgrade, 2021, 429–462.

reformskom programu ostvarivanja tzv. Milenijumskih ciljeva i ciljeva iz Agende o održivom razvoju 2030, čija bi realizacija trebalo da doprinese uspostavljanju pravednijeg i uravnoteženijeg Novog svetskog ekonomskog poretka.³²

NARASTANJE IDEJE O NOVOM SVETSKOM EKONOMSKOM PORETKU

Težnje nesvrstanih zemalja za istinskom jednakošću, stvarnom nezavisnošću i nespuntanim ekonomskim i društvenim razvojem bile su u velikoj meri ograničene delovanjem vodećih zemalja Globalnog severa. Pokret nesvrstanih kao politički forum zemalja Trećeg sveta stoga je nastavio da produbljuje i širi dinamične odnose sa drugim svetskim akterima kao što je Grupa G77, sa kojom inače deli identitet i istorijsku sudbinu zasnovanu na jedinstvenoj borbi protiv imperijalizma. U saradnji sa ovom grupom (koja je u međuvremenu proširila sastav na 132 država članica), Pokret nesvrstanih preuzeo je katalitičku ulogu u promovisanju ciljeva NMEP-a. Nakon niza finansijskih kriza koje su pogodile svetska tržišta krajem devedesetih godina 20. veka (počev od meksičke monetarne krize, finansijske krize u Aziji i Rusiji, i kolapsa hedž fondova u SAD-u), Pokret nesvrstanih uspostavio je saradnju sa Grupom G20, koja okuplja 19 visoko razvijenih industrijskih zemalja (Argentinu, Brazil, Kinu, Kanadu, Nemačku, Indiju, Indoneziju, Italiju, Francusku, Saudijsku Arabiju, Južnoafričku Republiku, Južnu Koreju, Tursku, Veliku Britaniju, SAD, Japan, Meksiko i Rusiju). Sve ove države (uključujući Evropku i Afričku uniju), rade na usaglašavanju ekonomskih i finansijskih politika razvijenih i manje razvijenih zemalja i na rešavanju globalnih ekonomskih i socijalnih pitanja. Premeštanje pomenutih nadležnosti van sistema UN, bilo je podstaknuto i od određenih zemalja u razvoju, što je u izvesnom smislu minorizovalo ulogu svetske organizacije u sve globalizovanijem sistemu međunarodnih ekonomskih odnosa. Navedena situacija ukazala je na potrebu da se podrži koordinirana odgovornost sistema UN na postizanju ranije promovisanih razvojnih ciljeva, a za šta Grupa G7 zemalja sa najvećim naprednim privredama na svetu (Kanada, Francuska, Nemačka, Italija, Japan, Velika Britanija i SAD), i Bretonvudski sistem, nisu pokazali dovoljno spremnosti.

³² Rezolucijom 70/1 Generalne skupštine iz 2015. godine, formulisano je 17 mogućih ciljeva koji se odnose na svet bez gladi, siromaštva, dobrog zdravstva i obrazovanja, svet jednakih i rodno ravnopravnih, svet dostojanstvenog rada i ekonomskog rasta sa dostupnom i obnovljivom energijom, sa industrijom, inovacijama i infrastrukturom, odgovornom proizvodnjom i potrošnjom, održivim gradovima i zajednicama, svet koji garantuje život na zemlji i pod vodom, svet usmeren protiv klimatskih promena, svet miroljubivih društava i snažnih institucija, jednom rečju svet partnerskih odnosa. V. United Nations General Assembly Resolution: Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 70th Session, A/RES/70/1, 25 September 2015.

Osmišljavanje ideje Novog svetskog ekonomskog poretka nadošlo je iz objektivne nužnosti socijalnog i ekonomskog razvoja sveta koji se odvija uporedo sa procesom globalizacije koja je dovela do izvesne „kompresije sveta“ kroz ukidanja ograničenja u pogledu kretanju roba, usluga, ljudi i kapitala, ali i do „intenziviranja svesti“ koja je ubrzala protok informacija, ideja i kulturnih vrednosti.³³ Sa globalizacijom je pojačana prekogranična trgovinska saradnja i razvoj svetskih tržišta, što je za posledicu imalo intenziviranje svetske privrede, a time i poboljšanje opštih uslova života. Međutim, krucijalni problemi globalne ekonomije, ostali su i dalje nerešeni, zbog čega je podstaknuta rasprava o novom konceptu međunarodnih ekonomskih odnosa. Sledstveno, koncept Novog svetskog ekonomskog poretka nije proizašao iz potrebe da se sveobuhvatnim globalnim sistemom liberalne ekonomije zamene regionalni obrasci slobodne trgovine (čemu inače teže Svetska trgovinska organizacija i Bretonvudske institucije), već da bi se uspostavili pravedniji međunarodni ekonomski odnosi koji mogu pružiti koristi za sve učesnike. Zato je bilo potrebno prethodno obezbediti socijalno inkluzivnije, ekonomski održivije i finansijski stabilnije međunarodne ekonomske uslove. Budući da to nije moguće ostvariti u kratkom roku i u okolnostima globalne ekonomske krize, u svetu je naraslo nezadovoljstvo nefunkcionalnošću svetskih ekonomskih i finansijskih institucija, a što je dodatno izazvalo i nova geoekonomska prestrojavanja na drugačijoj geopolitičkoj ravni i ideološkoj osnovi nego što je to bilo u doba Hladnog rata. Ovo prestrojavanje jasno je personifikovalo postojeću podelu između razvijenih zemalja Globalnog severa i nerazvijenih zemalja Globalnog juga, kao i između regionalnih sila u usponu i zapadnih zemalja predvođenih SAD-om kao jedinom preostalom supersilom čija je moć, uprkos jakoj vezi sa transatlantskim saveznicima u vidljivom opadanju. Takva međunarodna situacija međutim, pružila je nove mogućnosti za jači, umreženiji i otvoreniji multilateralni sistem usidren u UN i alternativnim geopolitičkim i geoekonomskim formacijama država.³⁴

ULOGA BRIKS-A U REALIZACIJI IDEJE O NOVOM SVETSKOM EKONOMSKOM PORETKU

U nepovoljnoj konstelaciji međunarodnih odnosa, Brazil, Rusija, Indija, Kina i Južna Afrika (kao regionalne sile u usponu i članice grupe G20), napravile su izvestan otklon od postojećeg neoliberalnog međunarodnog poretka dogovorom

³³ Ronald Robertson, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage Publications Ltd., London, 1992, 1–224.

³⁴ Duško Dimitrijević, „The Struggle for a New International Economic Order“, *Revista Política Internacional*, No. 3, Vol. 5, 2023, 6–21.

o međusobnoj saradnji na ekonomskom, finansijskom i političkom planu u formi BRIKS-a, kao jednoj aalternativnoj međunarodnoj političkoj platformi koja treba da služi ne samo njihovim interesima, već i interesima drugih zainteresovanih zemalja. BRIKS kao skraćenica ili akronim od prvih slova naziva država osnivača, predstavlja međuvladin forum za saradnju zamišljen da okuplja većinu zemalja u razvoju, zemalja Globalnog juga, ali i zemalja koje pripadaju Globalnom severu, zemalja Istoka i Zapada, zemalja sa različitim ekonomskim i političkim sistemima, sopstvenim i prefinjenim vrednostima i civilizacijskim orijentacijama koje efikasno rade u korist demokratizacije međunarodnih odnosa i unapređenja ekonomskog razvoja.³⁵ Kao forum „globalne većine“ (*Global Globe*), BRIKS ima za cilj da kroz koordiniranu akciju uspostavi multilateralnu organizaciju koja bi oblikovala konture novog sistema međunarodnih odnosa.³⁶ Ovim bi BRIKS-ova uloga bila jasno profilisana budući da bi bila usmerena na realizaciju ideje o Novom svetskom ekonomskom poretku sa sopstvenim i karakterističnim skupom pravila, institucija i valuta moći, što podrazumeva odbacivanje ključnih principa vladajućeg neoliberalnog poretka.³⁷

Lideri zemalja BRIKS-a počev od 2009. godine, održavaju redovne godišnje samite na najvišem nivou na kojima dogovaraju mere i akcije o ostvarivanju postavljenih ciljeva na planu globalnog upravljanja i zamene postojećeg međunarodnog ekonomskog poretka. U uslovima kada su SAD i njene saveznice protiv dve vodeće zemlje BRIKS-a uvele unilateralne sankcije (ekonomske sankcije protiv Rusije zbog vojne intervencije u Ukrajini i restriktivne trgovinske mere protiv Kine zbog neloyalne konkurencije), ove zemlje su se odvažile da se suprotstave zapadnoj hegemoniji težeći da BRIKS transformišu u novi geopolitički blok. Istovremeno su se međusobno strateški zbližile formirajući na neformalnoj osnovi Grupu 2, koja bi u perspektivi mogla da parira uglavnom prozapadno orijentisanim članicama Grupa G7 i G20. Ostale članice BRIKS-a (Brazil, Indija i Južnoafrička Republika), svaka iz svojih razloga održavaju bliske odnose sa Rusijom i Kinom, što ih međutim, ne udaljava suviše od zapadnih centara moći. One ne žele nove podele u svetu i to ih

³⁵ Akronim BRIK, vezuje se za Džima O'Nilu, renomiranog ekonomistu investicione banke Goldman Saks koji je još 2001. godine, predvideo da će do 2050. godine, Brazil, Rusija, Indija i Kina postati vodeće svetske ekonomske sile. Pet godina kasnije, 2006. godine, ove četiri zemlje odlučile su da udruže snage i formiraju BRIKS. Njima se 2010. godine, pridružila Južna Afrika, čime je ovaj međuvladin forum dobio naziv BRIKS.

³⁶ Pepe Escobar, „Welcomme to BRIKS!“, *The Cradle*, 2023, <https://new.thecradle.co/articles/welcome-to-the-brics-11>, 15. 9. 2023.

³⁷ Oliver Stuenkel, *The BRICS and the Future of Global Order*, Lexington Books, Washington, 2020, 1–272.

na izvestan način čini „neutralnim“ prema njihovim međusobnim sukobima, ali ne i sasvim ravnodušnim zbog čega teže ujednačavanju stavova o ključnim političkim pitanjima unutar BRIKS-a, ne dovodeći pritom u pitanje svoj neblagonaklon stav prema nepravdi koju je iznedrio neoliberalni ekonomski poredak.

Iako nema uobičajenu institucionalnu strukturu koju poseduju druge međuvladine organizacije, BRIKS je uspeo da postigne konsenzus oko nekih bitnih pitanja institucionalnog funkcionisanja koja se odnose na prijem novih članica. Ne čudi zato, to što su na ovogodišnjem samitu BRIKS-a održanom u Johannesburgu, 23 države zatražile i formalno članstvo (Egipat, Alžir, Argentina, Bahrein, Bangladeš, Belorusija, Bolivija, Kuba, Etiopija, Honduras, Indonezija, Iran, Kazahstan, Kuvajt, Maroko, Nigerija, Palestina, Saudijska Arabija, Senegal, Tajland, UAE, Venecuela i Vijetnam), dok je njih šest zaista i primljeno (Argentina, Egipat, Etiopija, Iran, Saudijska Arabija i UAE), s tim da će se njihova članska prava efektivirati počev od 1. januara 2024. godine. Broj zainteresovanih država za prijem u BRIKS, ovim nije iscrpljen, već se naprotiv, sve više povećava. BRIKS je time postao prestižan geopolitički faktor čiji se uticaj u svetu svakim danom snaži, a na šta uostalom ukazuje i Deklaracija „Johannesburg II“ sa ovogodišnjeg petnaestog po redu samita BRIKS-a u kojoj se *inter alia*, konstatuje da članice BRIKS-a ostaju „posvećene jačanju međusobnog poštovanja i razumevanja, poštovanju suverene jednakosti, solidarnosti, demokratije i otvorenosti, te jačanju saradnje i političkog jedinstva (konsenzusa)“.³⁸

U pomenutom smislu, BRIKS ne odstupa od svojih izvornih ideja, a vidljivije napretke postigao je na planu rešavanja nekih od ključnih svetskih problema u oblasti međunarodne trgovine, međunarodne energetske bezbednosti, klimatskih promena, i naročito u oblasti reformisanja međunarodnih finansijskih institucija (u pogledu reformi kvota MMF-a i Svetske banke). Osnivanjem Nove razvojne banke sa kapitalom od 50 milijardi američkih dolara, BRIKS je dao novi podsticaj investicionim ulaganjima u finansijske i realne sektore zemalja Trećeg sveta. Njome je stvoren alternativni izvor finansiranja održivog razvoja, što će u perspektivi omogućiti podsticanje konkurentnosti različitih oblika multilateralne saradnje. Uspostavljanjem Aranžmana za kontingentne rezerve BRIKS je pružio finansijske garancije svojim članicama za slučaj nelikvidnosti i izbijanja ekonomskih

³⁸ Deklaracijom se potvrđuju obaveze na jačanju okvira uzajamno korisne saradnje BRIKS-a u okviru tri stuba: političkog i bezbednosnog, ekonomskog i finansijskog i kulturnog i međuljudskog. Unapređenje strateške saradnje obuhvata sklapanje partnerstava radi zajedničke dobrobiti, a kroz promociju mira, reprezentativnijeg, pravednijeg međunarodnog poretka, osnaženog i reformisanog multilateralnog sistema, održivog razvoja i inkluzivnog rasta. V. XV BRICS Summit: Johannesburg II Declaration BRICS and Africa: Partnership for Mutually Accelerated Growth, Sustainable Development and Inclusive Multilateralism, Sandton, Gauteng, South Africa, 23 August 2023.

kriza. Pošto Bretonvudski finansijski sistem više nije privlačan zemljama u razvoju (nakon što su sa njim imale bolna iskustva u vezi sa programima restrukturiranja i štednje), BRIKS se sve više okreće stvaranju saveza zemalja koje bi mogle da ostvare monetarnu nezavisnost od američkog dolara i da se na taj način oslobode finansijskih uticaja koji negativno utiču na njihov ekonomski i društveni razvoj. U tom pogledu su dati i konkretni predlozi o stvaranju novog svetskog monetarnog poretku oslonjenog na lokalne valute koji bi smanjio monopol američkog dolara u međunarodnim trgovinskim i finansijskim transakcijama (tzv. dedolarizacija). Takođe su izneti i predlozi za povezivanjem Nove razvojne banke BRIKS-a sa Azijskom bankom za infrastrukturna ulaganja, Fondom za investicionu saradnju Kine i zemalja Centralne i Istočne Evrope i Fondom Puta svile koji predstavljaju pandan transatlantskom sistemu monetarnih ekonomija.³⁹

BRIKS danas čini 42% svetske populacije (3,24 milijarde), oko 30% površine Zemlje, više od 16% svetske trgovine i 23% globalnog BDP-a sa nezaustavljivom tendencijom rasta pariteta kupovne moći. Najnoviji podaci pokazuju superiornost BRIKS-a nad grupom G7, industrijski najrazvijenijih zemalja sveta nakon što je doprinos BRIKS-a u globalnoj ekonomiji dostigao 31,5%, u poređenju sa grupom G7 koja ima udeo od 30,7%. Otud nije strano očekivati, da bi BRIKS do 2040. godine, mogao doprineti sa više od 50% globalnog BDP-a, budući da bi sa novim proširenjem članstva u okviru BRIKS Plus, BRIKS postigao nivo od 50% globalne proizvodnje roba i usluga.⁴⁰ Ako se tome dodaju i zvanični podaci CEIC i Svetske banke o ekonomskim indikatorima zemalja BRIKS Plus (sada BRIKS 11), proizilazi da prošireni BRIKS ima ukupan BDP od 29,2 biliona dolara, ukupan BDP (mereno paritetom kupovne moći) od 59,8 biliona dolara i dug od 8,9 biliona dolara, što nadilazi zemlje iz grupe G7 koje imaju ukupan BDP od 43,5 biliona dolara, BDP (mereno paritetom kupovne moći) od 48,5 biliona dolara i ukupan dug od 55,5 milijardi dolara.⁴¹ Ako se pritom uzmu još u obzir i podaci da BRIKS 11 poseduje polovinu svetskih zlatnih i deviznih rezervi i skoro polovinu

³⁹ Helga Zepp-LaRouche, „The New Silk Road Leads to the Future of Mankind! The New Silk Road becomes the World Land-Bridge“, *Executive Intelligence Review*, E.I.R., News Service Inc., Washington, 2015; Duško Dimitrijević, „China’s New Silk Road: The Opportunity for Peaceful World Development“, *Development of Trade in Modern World: Inovation and Challenges* (Eds. S. Chizhikov, A. Dmitirev, B. Kabylnski), Russian Academy of National Economy and Public Administration, North West Institute of Management, Publishing House NWIM, Saint-Petersburg, 2018, 68–82.

⁴⁰ BRICS to discuss dollar alternatives at August summit: Russia, *Global Times*, 23 July 2023, www.globaltimes.cn/page/202307/1294900.shtml, 15. 9. 2023.

⁴¹ „Geopolitical Confrontation Must End!“, *EIR Daily Alert*, No. 239, Vol. 9, Washington, 28 August 2023.

svetskih rezervi nafte, jasno je da će njegova moć vremenom rasti i da će svet novim pregrupisavanjem regionalnih sila u usponu i zemalja u razvoju (Globalnog juga), pokrenuti novu epohu promena u međunarodnim odnosima uspostavljanjem pravednijeg svetskog ekonomskog poretka koji neće biti zasnovan isključivo na ultimatumima Bretonvudskih institucija koje su sa velikim entuzijazmom sprovodile politiku slobodnog tržišta i strukturalnog prilagođavanja, ali i razorne procese liberalizacije, deregulacije i privatizacije, ostavljajući tako, štetne posledice na privrede zemalja u razvoju.

Sama realizacija ideje o Novom svetskom ekonomskom poretku stoga bi trebalo da dovede do novog ciklusa međunarodne ekonomske saradnje koja bi prepoznala važnost zaštite sopstvenih nacionalnih interesa i koja ne bi bila distancirana od svih racionalnih opcija koje mogu dovesti do značajnih i uzajamnih koristi. Međutim, sa novim odnosom snaga koje karakterišu konfrontacije između alijanse regionalnih sila (zemalja u usponu) i visokorazvijenih kapitalističkih država predvođenih SAD (tzv. kolektivnog Zapada), ne nazire se kraj neoliberalne hegemonije, narušavanja i paralisanja postojećih međunarodnih institucija, kao i relativizacije i fragmentacije međunarodnog pravnog poretka. U takvim, gotovo entropijskim okolnostima, na jubilarnoj Konferenciji Pokreta nesvrstanih održanoj u Beogradu 2021. godine, Pokret je podsetio na ranije potvrđene vrednosti NMEP-a, njegove principe i vizije sa kojima bi bilo moguće oživeti multilateralni dijalog o budućnosti sveta i uspostavljanju Novog svetskog ekonomskog poretka. Ovaj poredak bi, prema Pokretu nesvrstanih, trebalo da dovede do novog sistema međunarodnih ekonomskih odnosa koji bi bili izgrađeni na pravednijem, ravnopravijem, efikasnijem i uravnoteženijem konceptu međunarodnog ekonomskog razvoja. Ovakav razvoj omogućio bi veću inkluzivnost i održivost svim zemljama bez obzira na stepen njihove ekonomske moći i izbor društveno-političkog sistema.⁴²

⁴² Pokret je ostao dosledan u svojoj poziciji odbrane i promocije vrednosti NMEP-a, o čemu svedoče i zajednički stavovi nesvrstanih zemalja formulisani na poslednjem Samitu održanom u Bakuu 2019. godine, na kojem je apostrofirana potreba podeljenom odgovornošću u vezi sa uspostavljanjem Novog svetskog ekonomskog poretka i preuzimanja uloge u multilateralnom regulisanju globalnih problema. Pokret je preuzeo konkretne pravne obaveze proklamovane u nizu značajnih dokumenata usvojenih na Svetskom samitu za društveni razvoj iz 1995. godine, na Milenijumskom samitu UN iz 2000. godine, na Svetskom samitu o održivom razvoju iz 2002. godine, na Svetskom samitu o Milenijumskim ciljevima razvoja iz 2005. godine, na Konferenciji o održivom razvoju Rio + 20 iz 2012. godine, na Trećoj međunarodnoj konferenciji UN o smanjenju rizika od katastrofa iz 2015. godine, potom i obaveze iz Agende o održivom razvoju do 2030. godine, iz Akcione agende Treće međunarodne konferencije o finansiranju razvoja održane u Adis Abebi 2015. godine, iz Pariskog sporazuma kao dela Okvirne konvencije UN o klimatskim promenama iz 2015. godine, iz Nove urbane agende iz 2016. godine (Habitat III) i obaveze utvrđene na Konferenciji UN o saradnji Jug-Jug održanoj u Buenos Ajresu 2019. godine. V. D. Dimitrijević (2021), op. cit.

Uspostavljanje Novog svetskog ekonomskog poretka uz distanciranje od vladajućeg neoliberalnog ekonomskog poretka (*decoupling*), postavlja se otud kao istorijska nužnost i jedini mogući put za postepenu institucionalizaciju novih formi globalnog upravljanja koje bi bile sposobne da delotvorno rešavaju nagomilane ekonomske, političke i socijalne probleme u svetu. Ukoliko bi ova ideološka platforma postala i stvarnost, to bi omogućilo BRIKS-u da preuzme ulogu jednog od najuticajnijih aktera u međunarodnim odnosima. Zasad se međutim čini, da BRIKS ima veće potencijale negoli što poseduje realnu snagu kojom bi planirane ciljeve mogao da sprovede u delo. Pod pretpostavkom da se njegovi ciljevi u doglednoj budućnosti ipak realizuju, to bi sasvim sigurno dovelo do novih međunarodnih integracija i strateških partnerstava sa regionalnim savezima poput Zajednice država Latinske Amerike i Kariba (*Community of Latin American and Caribbean States* – CELAC), Asocijacijom nacija jugoistočne Azije (*Association of Southeast Asian Nations* – ASEAN), Afričkom unijom (*African Union* – AU), Savetom za saradnju arapskih država Zaliva (*Gulf Cooperation Council* – GCC), itd. U svakom slučaju, ako BRIKS ne bi primenio širi pristup u ovom procesu, njegov bi uticaj mogao proizvesti nove međunarodne podele kroz stvaranje novih i antagonističkih regionalnih blokova (moguće i vojno-političkih saveza), što bi imalo negativne efekte u realizaciji ideje o uspostavljanju pravednijeg i uravnoteženijeg Novog svetskog ekonomskog poretka. Pritom bi ove limitirane regionalne integracije sasvim sigurno izazvale i talas „minilateralizma“ tj. diplomatskih angažmana koji daju značaj malim i srednjim koalicijama istomišljeničkih država sa kojima bi bilo moguće ugroziti planirane međunarodne akcije na rešavanju globalnih svetskih problema i bezbednosnih pretnji.⁴³ Uzimajući u obzir postojeću konkurenciju među velikim silama koja je dovela do ubrzane tranzicije moći (a time i do oblikovanja multipolarnog ili policentričnog međunarodnog poretka), kao i vidljiv gubitak poverenja između zemalja Globalnog severa i Globalnog juga, jasno je da bi ovakvu situaciju trebalo izbeći. Pritom bi valjalo imati u vidu da se svet još uvek nalazi na raskrsnici na kojoj u stalno promenljivim okolnostima mora da proceni šta treba sačuvati, a šta promeniti kroz osmišljavanje novih ciljeva i principa (ili recipiranje onih starih koji su se pokazali svrsishodnim), kako se ne bi vratio ranijim ideološkim vrednostima i modelima koji su u prethodnom istorijskom periodu uzrokovali velike političke i ekonomske krize doprinoseći urušavanju globalnog međunarodnog poretka.

⁴³ Andrew Cheatham, Adam Gallagher, „Why the BRICS Summit Could Be a Big Deal“, United States Institut of Peace, 23 August 2023, <https://www.usip.org/publications/2023/08/why-brics-summit-could-be-big-deal>, 15. 9. 2023.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Sukob u Ukrajini, strašne humanitarne katastrofe, državni udari širom Afrike, migraciona kriza u Centralnoj Americi, mnogobrojne klimatske katastrofe, ali i borba za prirodne resurse i bogatstva samo su neka od otvorenih pitanja koja frustriraju današnju međunarodnu zajednicu. Njena nesposobnost da se suoči sa globalnim ekonomskim izazovima, da koordinira adekvatne odgovore na probleme pandemije kovida 19 i rastućih dugova zemalja u razvoju, dovela je do ozbiljne egzistencijalne krize postojećeg međunarodnog ekonomskog poretka. Sve što je međunarodna zajednica uradila u proteklom periodu nije bilo dovoljno da se sačuva stabilnost i održivost ovog poretka, zbog čega su inicirani zahtevi za njegovu transformaciju, pa čak i zamenu Novim međunarodnim ekonomskim poretkom. Tim pre, jer se globalna ekonomija pokazala nepravičnom budući da je globalno upravljanje međunarodnim ekonomskim odnosima prepušteno malom broju visoko razvijenih država i Bretonvudskim institucijama koje, uprkos proklamovanim ciljevima, nisu pratile stvarne potrebe zemalja u razvoju, a što je u posthladnoratovskom periodu kulminiralo novom podelom na geopolitičkoj ravni – Globalni sever i Globalni jug (umesto ranije hladnoratovske podela između Istoka i Zapada).

Nadovezujući se na koncept NMEP-a (koji je nastao na inicijativu zemalja Trećeg sveta okupljenih oko Pokreta nesvrstanih, a pod okriljem Ujedinjenih nacija), ideja o Novom svetskom ekonomskom poretku takođe insistira na poštovanju suverene jednakosti, međuzavisnosti i saradnji svih država u cilju ravnomernijeg ekonomskog razvoja i uspostavljanja pravednijeg ekonomskog poretka koji bi bio zasnovan na eliminisanju enormnih ekonomskih razlika između razvijenih zemalja i zemalja u razvoju. Budući da ovaj poredak ne može biti monolitan, već naprotiv, višeslojan kroz delovanje na makro, mezo i mikro političkom nivou, jasno je da će u njemu biti manifestovane centrifugalne i centripetalne snage kroz polarizujuće odnose velikih sila, regionalnih saveza i različitih zemalja bez obzira na njihov geografski položaj, ekonomski i društveno-politički sistem kojem inkliniraju. Realizacija ideje o Novom svetskom poretku otud će zavisiti od spremnosti međunarodne zajednice da uspostavi složenu strukturu međunarodnih odnosa između različitih međunarodnih aktera koji imaju jednake interese za ojačavanjem međunarodne ekonomske saradnje i koji gaje iste ili slične civilizacijske vrednosti. Po svoj prilici, ta realizacija će zahtevati i dodatne napore radi prevazilaženja antagonističkih odnosa između SAD i njenih saveznika i sila u usponu (Rusije, Kine, Indije, Brazila i Južnoafričke Republike okupljenih u okviru BRIKS-a), koje podržavaju zemlje Globalnog juga čije interese inače one delom i zastupaju. Dogovor o sprovođenju ideje Novog svetskog ekonomskog poretka u delo otud neće biti nimalo

lak zadatak, budući da bi tokom pregovora dominantniju ulogu imali predstavnici Globalnog severa reprezentovani u različitim grupama ekonomski razvijenih zemalja (pre svega u grupama G20 i G7), te vodećim međunarodnim finansijskim i ekonomskim organizacijama (Bretonvudskim institucijama, STO, i dr.). Međutim, uz posredničku akciju UN, bilo bi ipak moguće uspostaviti određenu ravnotežu u pregovorima koja bi poslužila ostvarenju ideje o pravednijem i uravnoteženijem Novom svetskom ekonomskom poretku. Ovakvim pristupom bila bi reafirmisana uloga UN u međunarodnim odnosima, a što bi dalje doprinelo realizaciji njenih Milenijumskih ciljeva i ciljeva iz Agende o održivom razvoju 2030. Istovremeno, to bi mogla biti i idealna prilika da se međunarodni ekonomski odnosi usklade sa principima solidarnosti i saradnje, ali i sa potrebama održivosti, inkluzivnosti i otpornosti globalne privrede čije jačanje može osnažiti sistem globalnog upravljanja, toliko nužnog za sadašnje, ali i za buduće generacije.⁴⁴

Dr. DUŠKO DIMITRIJEVIĆ
Professorial Fellow, Institute of International
Politics and Economics, Belgrade

TOWARDS A FAIRER WORLD ECONOMIC ORDER – FROM IDEA TO REALIZATION

Summary

The development of modern international relations is conditioned by the world political and economic crisis, which encourages accelerated geopolitical regrouping on the level between the countries of the Global North and the Global South. Since a compromise between these two groups of countries was not reached, the idea of a New World Economic Order was initiated, which is promoted by rising regional powers gathered around BRICS as an intergovernmental forum for cooperation that should serve to realize the interests of different countries, regardless of their civilization affiliation and economic or socio-political systems to which they tend. The realization of this idea could lead to the replacement of the still ruling neoliberal order, which requires reforms of international economic institutions, the establishment of an alternative international financial system, the consolidation and progressive development of international economic law and the reaffirmation of the role of the UN. The idea of a New World Economic Order is not new and follows the spirit of the previously proclaimed concept of the New International Economic Order (NIEO), which was the focus of the work of the UN and the Non-Aligned Movement decades ago, and whose development this study pays special attention to.

Key words: New World Economic Order, NIEO, UN, Non-Aligned Movement, BRICS

⁴⁴ United Nations General Assembly: Our Common Agenda, Report of Secretary General, A/75/982, 75th Session, 5 August 2021.

Literatura

- Allison R., *The Soviet Union and the Strategy of Non-Alignment in the Third World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Arrighi G., „The World Economy and the Cold World (1970–1990)“, *The Cambridge History of the Cold War* (Eds. M. P. Leffler, O. A. Westad), Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Bedjaoui M., „Non-alignment et Droit international“, *Recueil des Cours* (1976/III), Vol. 151, La Haye, Springer, Netherlands, 1978.
- Bogetić D., *Nesvrstanost kroz istoriju*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2019.
- Bulajić M., *Međunarodno pravo ekonomskog razvoja*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1980.
- Čavoški J., „Za jedan pravedniji svet: Jugoslavija, nesvrstani, i borba za Novi međunarodni ekonomski poredak (1973–1976)“, *Tokovi istorije*, br. 2, INIS, Beograd, 2022.
- Cheatham A., Gallagher, A., „Why the BRICS Summit Could Be a Big Deal“, United States Institut of Peace, 23 August 2023, <https://www.usip.org/publications/2023/08/why-brics-summit-could-be-big-deal>.
- Dimitrijević D., *Reforma Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2009.
- Dimitrijević D., Vučić, M., „Globalisation and the new world order“, *Globalized World: Advantage or Disadvantage* (Eds. B. Đorđević, T. Tsukimura, I. Lađevac), Global Resource Management, Doshisha University, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, 2016.
- Dimitrijević D., „China’s New Silk Road: The Opportunity for Peaceful World Development“, *Development of Trade in Modern World: Inovation and Challenges* (Eds. Chizhikov S., Dmitirev A., Kabylini B.), Russian Academy of National Economy and Public Administration, North West Institute of Management, Publishing House NWIM, Saint-Petersburg, 2018.
- Dimitrijević D., „The Non Aligned Movement and Reform Tendencies in the United Nations“, *The 60th Anniversary of the Non-Aligned Movement*, Institute of International Politics and Economics (Eds. D. Dimitrijević, J. Čavoški), Belgrade, 2021.
- Dimitrijević D., „The Struggle for a New International Economic Order“, *Revista Política internacional*, No. 3, Vol. 5, 2023.
- Escobar P., „Welcomme to BRIKS!“, *The Cradle*, 2023, <https://new.thecradle.co/articles/welcome-to-the-brics-11>.
- Jelisavac Trošić S., Tošović Stevanović, A., Ristanović V., *Kriza svetske ekonomije na početku 21. veka*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2021.
- Karshenas M., „Power, Ideology and Global Development: On the Origins, Evolution and Achievements of UNCTAD“, *Forum 2016*, No. 4, Vol. 47, 2016.

- Kegley C. W., Wittkopf E. R., *World Politics: Trend & Transformation*, Thompson Learning INC, Wadsworth, 2002.
- Keohane R. O., Nye, J. S., „Transnational Relations and World Politics“, *International Organization*, No. 3, Vol. 25, 1971.
- Kreća M., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Krivokapić B., *Međunarodno pravo – koreni, razvoj, perspektive*, Megatrend univerzitet, Beograd, 2006.
- Makarczyk J., *Principles of a New International Economic Order: A Study of International Law In the Making*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2001.
- Mates L., *Nesvrstanost, teorija i savremena praksa*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1970.
- Nye J. S., Keohane, R. O., „Transnational Relations and World Politics: An Introduction“, *International Organization*, No. 3, Vol. 25, 1971.
- Prashad V., *The Darker Nations: A People's History of the Third World*, The New Press, New York, 2007.
- Robertson R., *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage Publications Ltd., London, 1992.
- Stuenkel O., *The BRICS and the Future of Global Order*, Lexington Books, Washington, 2020.
- Tomuschat C., „New International Economic Order“, *Eyclopedia of Public International Law* (Ed. R. Bernhardt), Elsevier, Amsterdam, 1997.
- Vilus J., „Međunarodno privredno pravo i novi međunarodni ekonomski poredak“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 3, Beograd, 1976.
- Vukadinović R., *Izabrana djela: Teorije međunarodnih odnosa, teorije spoljne politike*, CID, Fakultet političkih nauka, Podgorica, 2009.
- Zepp-LaRouche H., „The New Silk Road Leads to the Future of Mankind! The New Silk Road becomes the World Land-Bridge“, *Executive Intelligence Review, E.I.R.*, News Service Inc., Washington, 2015.

JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ
RADOVAN D. VUKADINOVIĆ

DEJSTVO NIŠTAVIH RESTRIKTIVNIH SPORAZUMA U PRAVU EU

U skorijoj odluci donetoj u predmetu Repsol¹ Sud pravde Evropske unije (EU) je ponovio raniji stav da ništavost pojedine odredbe u restriktivnom sporazumu po pravilu ne povlači ništavost celog sporazuma, osim ako sporna odredba i restriktivni sporazum nisu neodvojivo povezani. Pitanje „metastaze“ zabranjenih ništavih klauzula i njihovog uticaja na sudbinu ugovora u kome se nalaze u pravu EU je aktuelno, pre svega, kod restriktivnih sporazuma iz člana 101(1) Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU). Osim toga, ono je značajno i zbog sve većeg broja sporazuma koji se zaključuju između strana koje su u asimetričnoj pregovaračkoj poziciji, te je njihova saglasnost volja često rezultat različitih pritisaka. Imajući to u vidu, svrha rada je da analizira rešenja koja postoje u pogledu zabranjenih restriktivnih sporazuma u pravima nekih država članica Evropske unije i u EU sudskoj praksi. U tom cilju su u prvom delu rada dati pojmovi restriktivnog ponašanja i ništavog sporazuma. Nakon toga su u drugom delu navedene posledice postojanja i dejstva ništavih restriktivnih sporazuma iz člana 101(2) UFEU.

Ključne reči: restriktivni sporazum, EU pravo konkurencije, ništavost, privatnopravna primena, sud

Dr Jelena Vukadinović Marković, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: jelena_vuk83@yahoo.com.

Akademik prof. dr Radovan Vukadinović, redovni profesor Univerziteta u Kragujevcu, u penziji, e-mail: radevuk2010@gmail.com.

¹ C-25/21, ZA i dr. protiv Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA, presuda od 20. aprila 2023. ECLI:EU:C:2023:298.

UVODNA RAZMATRANJA

Postojanje i pravno dejstvo ništavih restriktivnih sporazuma iz čl. 101(1) UFEU su regulisani nacionalnim pravima država članica EU. Sud pravde je kroz odluke o prethodnim pitanjima i u postupcima sudske kontrole odluka Evropske komisije (EK) odredio karakteristike ništavih restriktivnih sporazuma, ali se ugovorne strane i treća lica u slučaju sporova za njihovu primenu moraju obratiti nadležnim nacionalnim sudovima. U primeni nacionalnog prava sudovi država članica su dužni da postojeća rešenja tumače u skladu sa tumačenjem Suda pravde ili osnovnog suda EU.

Pregled sudske prakse i postojećeg zakonodavstva pokazuju da postoje izvesne razlike između rešenja koja u pogledu ništavosti postoje u pravima država članica.

U radu se polazi od pretpostavke da, bez obzira na izvesne osobenosti, pre svega u pogledu nastanka i dejstva, restriktivni sporazumi iz čl. 101. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU) spadaju u kategoriju građanskih ugovora privatnog prava,² koji su u Evropskoj uniji (EU) prilagođeni ostvarivanju posebnog cilja – fer konkurenciji na unutrašnjem tržištu EU. Za uspostavljanje i nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta podjednako su zainteresovane države članice i EU, sa jedne strane i, pojedinci: fizička lica i preduzeća (kompanije), sa druge strane. Ovakav cilj je uticao na dualnu sadržinu i prirodu restriktivnih sporazuma. Budući da su ugovori građanskog prava, od restriktivnih sporazuma se očekuje da obuhvate i regulišu unutrašnju strukturu transakcije učesnika na tržištu, tj. da izraze potpunu saglasnost volja ugovornih strana, ali i da, kao upravni sporazumi uzmu u obzir spoljne prepreke nesmetanoj konkurenciji. Otuda se o njihovoj primeni staraju upravni i sudski organi u postupcima koji zahtevaju primenu pravila ne samo privatnog, već i upravnog prava i prava konkurencije.

Tako se, na primer, u pogledu nastanka, smatra da restriktivni sporazumi postoje i kad nije postignuta potpuna i perfektna saglasnost volja,³ kao na primer kod tzv. džentlmenskih sporazuma. U pogledu dejstva, restriktivni sporazumi ne proizvode samo relativno dejstvo između neposrednih učesnika, već i prema trećim licima koja se nalaze nizvodno u lancu povezanih ugovora. U tom obimu ništavi restriktivni sporazumi deluju ne samo *inter partes*, već i *erga omnes*.

U dodirna pitanja koja su na različite načine regulisana u pravu konkurencije i u ugovornom pravu spada i pitanje prava ugovornih strana kao učesnika na

² Kati J. Cseres, „Competition law and contract law“, https://www.researchgate.net/publication/241888513_Competition_and_contract_law, 20. 9. 2023.

³ Radovan Vukadinović, Jelena Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Beograd 2020, 311; Nikolina Tomović, „Primjena pravila ugovornog prava pri tumačenju trenutka zaključenja restriktivnih sporazuma na tržištu“, *Pravo i privreda*, No. 4, Vol. 60, Beograd, 2022, 823.

tržištu da se pozivaju na ništave sporazume kao na izvinjavajući razlog za neizvršavanje svojih obaveza, ili da od druge strane zahtevaju izvršenje ugovorom preuzetih obaveza iz takvih poslova,⁴ o čemu će kasnije biti reči.

Sa stanovišta opštih načela, restriktivni sporazumi se mogu posmatrati kao ugovori koji su nastali kao rezultat kompromisa u primeni načela slobode ugovaranja i slobode preduzetništva na unutrašnjem tržištu. U tom smislu postoje shvatanja da su pravo konkurencije i pravo preduzetništva posvećeni istom cilju: ostvarivanju slobode ugovaranja.⁵ Međutim, načelo preduzetništva i načelo autonomije mogu biti u koliziji sa pravom konkurencije. Dok načelo autonomije i preduzetništva podstiču slobodu ugovaranja i izbora ugovornih partnera, pravila konkurencije ih mogu ograničavati zahtevom da se primenom takvih sporazuma ne narušava konkurencija kao viši i javni cilj i mogu braniti zaključivanje pojedinih ugovora, ili naložiti njihovo zaključivanje. Zbog toga se nastanak takvih ugovora, njihova punovažnost i dejstvo cene ne samo prema opštim pravilima građanskog prava o nepunovažnim ugovorima, već i prema posebnim pravilima prava konkurencije. Ocenu vrše sudski i upravni organi država članica, kao i Evropska komisija i osnovni sud i Sud pravde EU, u sudskim i upravnim postupcima. Pri tome, u postupku javnopravne primene nacionalna regulatorna tela (NRT) i Evropska komisija (EK) cene da li postoje restriktivni sporazumi iz čl. 101(1) UFEU, dok nacionalni sudovi u postupku privatnopravne primene donose odluku o ništavosti i o ostalim privatnopravnim sankcijama.

Ovakav složen sistem tumačenja i primene restriktivnih sporazuma posledica je podele nadležnosti između država članica i EU, primene principa delotvornosti, supsidijarnosti i proporcionalnosti, i principa nacionalne proceduralne autonomije. Prema poslednjem načelu, u slučaju kad ne postoje pravila EU koja regulišu konkretno pitanje, države članice su dužne da obezbede adekvatna pravna sredstva i odrede sudove za njihovu primenu,⁶ ali tako da ona ne budu nepovoljnija od onih koja se koriste u unutrašnjem pravu.

TERMIN I POJAM RESTRIKTIVNOG SPORAZUMA U PRAVU EU

U državama članicama se u pravnoj teoriji koja se bavi ovim pitanjem, a delimično i u praksi Suda pravde EU (SPEU), koristi više termina za označavanje ništavosti restriktivnih sporazuma iz čl. 101(1) UFEU. Najčešće se koriste engleski

⁴ V. presudu Suda pravde u predmetu C-453/99, *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297.

⁵ K. J. Cseres, op. cit., 1.

⁶ C/33/76, *Rewe-Zentralfinanz EG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland (Rewe I)*, [1976] ECR 1989, para 5.

izrazi *illegal, illicit contracts, void, void and voidable, null and void*, kojima se označavaju različite vrste i stepeni nepunovažnosti,⁷ kao što su nezakornost, ništavnost ili rušljivost. Osim toga, u nacionalnim pravima država članica EU ništavnost se određuje na različite načine a nastaje zbog različitih nedostataka.⁸ Primera radi, prava Italije i Španije prate francuski kazuistički pristup i ništavnost izvode iz nepostojanja valjane *kauze* ugovora (*cause illicite*).⁹ Nemačko pravo se oslanja na opšte klauzule (*Generalklauseln*) ako su u koliziji sa javnim moralom (*gute Sitten*) i pravom (*gesetzliches Verbot*)¹⁰ čiju sadržinu u svakom konkretnom slučaju određuje sud. U Engleskom opštem pravu ograničenje slobode ugovaranja može biti nametnuto ili samim zakonom čijom povredom nastupa *statutory illegality*, ili principima opšteg prava (*comon law illegality*). U domaćem pravu (pravu Srbije), ništavnost se vezuje za nepostojanje nekog od uslova koji je potreban za nastanak ugovora ili njegovo dejstvo, a manifestuje se kao neusklađenost ugovora sa prinudnim popisima, javnim poretkom i dobrim običajima.¹¹ U suštini, ugovor nastaje i bez tog elementa, ali mu pravni sistem ne priznaje pravno dejstvo zato što nije ispunjen neki od bitnih uslova.

Zakon o obligacionim odnosima (ZOO) ništave ugovore definiše kao ugovore koji su protivni ustavom utvrđenim načelima, prinudnim propisima i moralu.¹² U praksi problemi nastaju ne samo zbog toga što se kao razlozi ništavnosti navode različiti nedostaci, već i zbog toga što su prisutni različiti oblici ništavnosti. Tako se u nekim pravima i pravnoj teoriji pravi razlika između tri vrste ništavih ugovora: nepostojećih, ništavih i rušljivih. U drugim pravima postoje samo ništavi i rušljivi ugovori. ZOO pravi razliku između ništavih i rušljivih ugovora, a obe vrste tretira kao *nepunovažne* ugovore. U pravnoj teoriji se ništavi ugovori označavaju i kao apsolutno ništavi, a rušljivi kao relativno ništavi ugovori. U teoriji je poznata i treća kategorija, tzv. nepostojeći ugovori.¹³ Razlika između ništavih i rušljivih, sa jedne strane, i nepostojećih ugovora, sa druge strane, je u tome što su prve vrste ugovora nastale (oni su zaključeni), dok nepostojeći nisu ni nastali. Otuda ništavi ugovori proizvode dejstvo od momenta nastanka, makar i protivzakornitog, dok ne bude

⁷ Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998, 380.

⁸ Francisco Jose Infante Ruiz, Francisco Oliva Blasquez, „Contracts contrary to fundamental principles and mandatory rules of European Contract Law“, *InDret*, Vol. 2, 2022, 3.

⁹ Čl. 1133 CC, pre refome od 2016, i novi čl. 1162 CC.

¹⁰ Paragraf 134 BGB.

¹¹ V. Slobodan Perović, *Zabranjeni ugovori*, Beograd, 1975; Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, 450.

¹² Čl. 103(1).

¹³ V. Sanja Radovanović, Nikolina Mišćević, „O podeli na nepostojeće i ništave ugovore u domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, br. 1, Vol. 54, 2020, 267.

konstatovano da su zabranjeni. Nepostojeći ugovori nisu ni nastali pa ne mogu da proizvode bilo kakvo dejstvo, jer ništa ne može proizvesti nešto.¹⁴

U pravu EU, restriktivni sporazumi su regulisani u čl. 101. UFEU. Prema odredbama čl. 101(1) UFEU, nespojivi su sa unutrašnjim tržištem, pa samim tim i zabranjeni, sporazumi između preduzeća, odluke preduzeća i dogovorna praksa udruživanja kojima se može uticati na trgovinu između država članica i čiji je cilj ili posledica sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije unutar unutrašnjeg tržišta. Ovakvom opisnom definicijom u suštini su određeni subjekti, vrste i ciljevi restriktivnih sporazuma, ali ne i definicija. Subjekti ili ugovorne strane su „preduzeća“ koja su u sudskoj praksi vrlo široko tumačena. Kao vrste ili modaliteti restriktivnih sporazuma su, osim samih sporazuma, navedene i „odluke udruženja preduzeća“ i „dogovorna ravnanja“, koja predstavljaju oblik usaglašenog ponašanja subjekata na tržištu. Kod dogovornih ravnanja saglasnost volja, kao bitan element za nastanak i postojanje ugovora, nije ostvarena ili dovedena do kraja, ali se i takva stanja tretiraju kao „sporazumi“.¹⁵ Kao i kod ugovora u građanskom pravu i kod restriktivnih sporazuma se zahteva da se saglasnošću volja može zasnovati, promeniti ili ukinuti neki pravni odnos, tj. da saglasnost proizvodi dejstvo. Otuda za nastanak ugovora nije dovoljno samo da ugovorne strane postignu saglasnost kojom se konstatuje neko stanje, već da takvo stanje mogu saglasnošću menjati. U tom smislu saglasnost volja mora imati određeni nivo pravne moći (potencijal ili kapacitet, sposobnost) za delovanje. Ako toga nema, saglasnost volja ne može biti transformisana u ugovor, već ostaje na nivou razgovora ili sporazumevanja.¹⁶ U slučaju restriktivnih sporazuma, saglasnost štetno deluje na trgovinu između država članica i na konkurenciju. Pri tome, nije potrebno da se štetni uticaj zaista i ostvario: da je nastala šteta ili da je došlo do poremećaja trgovine i konkurencije, već da do toga može doći. U tom smislu valja razumeti formulaciju iz čl. 101(1) UFEU, prema kojoj se kao restriktivni smatraju i oni sporazumi koji potencijalno mogu naneti štetu i čiji je cilj narušavanje konkurencije.

Odredbama st. 1. čl. 101. UFEU takvi sporazumi su *zabranjeni*. Pravna posledica za nepoštovanje ove zabrane ili povrede prava konkurencije je njihova ništavost. Ništavost je pravna sankcija kojom se pravni sistem brani od onih ugovora u kojima nisu poštovana osnovna društvena i ekonomska pravila, u kojima su pređene granice ugovorne slobode (*Grenze der Vertragsfreiheit*) sadržane u zakonima, moralu, dobrim običajima ili javnom poretku. Takvi ugovori se označavaju i kao

¹⁴ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo, Opšti deo*, Beograd, 1979, 146.

¹⁵ R. Vukadinović, J. Vukadinović Marković, op. cit., 245.

¹⁶ V. Miloš Živković, *Obim saglasnosti volja naophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, 55 i dalje.

nezakoniti i nedozvoljeni jer ugovorne strane žele da ostvare neki nezakoniti cilj. Osnov za sankcionisanje ove povrede, tj. za njihovu zabranu, u nacionalnim pravima se može tražiti ili u opštim pravilima deliktne ili ugovorne prava.¹⁷ Ipak, nisu svi restriktivni sporazumi zabranjeni i ništavi, već samo oni kojima se može uticati na trgovinu između država članica i koji se ne mogu podvesti pod dozvoljene izuzetke iz čl. 101(3) UFEU. Ovim dodatnim uslovima se u suštini „sužava opseg nezakonitog osnova“¹⁸ kao nedostatka koji dovodi do ništavosti.

U Predlogu zajedničkog referentnog okvira (DCFR) uslovi za postojanje nezakonitih poslova su opisno i generički označeni kao povreda „osnovnih principa i mandatornih pravila“,¹⁹ koja postoje u državama članicama i u pravu EU. U prvom slučaju reč je ugovorima koji su suprotni javnom poretku i moralu, a u drugom nevažeći ugovori koji su u koliziji sa mandatornim pravilima.²⁰ Sud pravde kao osnovni princip navodi i princip slobodne nenarušene konkurencije.²¹

KARAKTERISTIKE NIŠTAVIH UGOVORA U PRAVU EU

Iako se u literaturi navodi da je ništavost autonomni pojam prava EU,²² njegova sadržina nije određena u Ugovoru o osnivanju, ni u drugim pisanim izvorima prava EU, već je Sud pravde u više odluka naveo osnovne principe ili karakteristike ništavih restriktivnih sporazuma,²³ čime je „otpočeo izgradnju ništavosti kao autonomnog pojma komunitarnog prava“.²⁴ Kao karakteristike

¹⁷ Hanns Ullrich, „Private Enforcement of the EU Rules on Competition - Nullity Neglected“, *IIC – Special Issue*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, No. 21-09, <https://ssrn.com/abstract=3802368>, 7, 25. 9. 2023.

¹⁸ Miloš Leković, „Ništavost restriktivnih sporazuma iz člana 101. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije“, master rad, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2016, 16.

¹⁹ V. knj. II-7:301. U Predlogu se ne koristi termin nezakonitost (*illegality*) jer povreda može biti više nemoralna nego nezakonita.

²⁰ DFCR II 7:302.

²¹ V. odluku Suda pravde u predmetu *Eco Swiss*, u kome je Sud pravde zauzeo stav da su odredbe čl. 81. Ugovora (101 UFEU), fundamentalnog i suštinskog značaja za ostvarivanje zadataka koji su povereni Zajednici, posebno za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. *C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* [1999] ECR I-3055, para 36.

²² Assimakis Komninou, *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Bloomsbury, 2008, 150.

²³ Alfonso Lamadrid de Pablo, Luis Ortiz Blanco, *Nullity/Voidness: An overview of EU and national case law e-Competitions*, N4919, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/nullity-voidness/new-article-no91987>, 15. 9. 2023.

²⁴ M. Leković, op. cit., 32.

ništavosti Sud navodi: *erga omnes* dejstvo, *ex tunc* dejstvo i odvojivost ništavih klauzula od ugovora u kome se nalaze. U državama članicama ništavost restriktivnih sporazuma je regulisana opštim pravilima građanskog prava i posebnim pravilima prava konkurencije. Budući da ova pravila nisu harmonizovana, niti EU raspolaže nadležnostima za harmonizaciju, Sud pravde vrši indirektno ujednačavanje prakse u skladu sa svrhom EU prava konkurencije,²⁵ kroz postupke po žalbama na presude osnovnog suda i u postupku odlučivanja o prethodnom pitanju.

POSLEDICE NIŠTAVOSTI

Proglašavanjem ništavosti nastaju posledice koje, pre svega, pogađaju interese pojedinaca: ugovornih strana i povezanih trećih lica. Oštećeni pojedinci u takvoj situaciji mogu koristiti pravna sredstva koja su predviđena nacionalnim pravom. Uglavnom su to restitucija i naknada štete. Međutim, da bi pojedinci mogli da pokrenu odgovarajući postupak pred nacionalnim sudovima za ostvarivanje ovih prava, potrebno je prethodno priznati direktno dejstvo konkretnoj odredbi propisa EU. O tome kojim odredbama će biti priznato direktno dejstvo odlučuje Sud pravde.

Sud pravde je relativno rano nakon stupanja na snagu Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (EEZ), bio pozvan da u formi odluke o prethodnom pitanju zauzme stav da li odredbe čl. 101. UFEU (raniji čl. 81. UEEZ), proizvode direktno horizontalno dejstvo, tj. da li neposredno stvaraju prava i obaveze na koja se pojedinci mogu pozvati pred nacionalnim sudovima. U odluci donetoj u predmetu *Société Technique Minière*,²⁶ Sud je priznao direktno dejstvo odredbama čl. 101. i 102. i time omogućio pojedincima da se pozovu na ništavost restriktivnih sporazuma.²⁷ U konkretnom slučaju, u pitanju

²⁵ H. Ullrich, op. cit., 10; Iris Benöhr, „The Impact of Competition Law on the Private Law Concepts of Nullity and Damages“, *Primary EU Law and Private Law Concepts*, (eds Hans Hans-Wolfgang Micklitz, Carla Sieburgh), Cambridge University Press, 2018, 3.

²⁶ C-56/65, *Société Technique Minière (LTM) v Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, ECLI:EU:C:1966:38.

²⁷ *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm*, [1966] ECR 239; *Grundig and Consten v. Commission*, [1966] ECR 450.; *Béguelin Import*, 22/71, [1971] ECR 949, paras 25, 26, 29.; *Brasserie De Haecht (II)*, 48/72 [1973] ECR 77, paras 25–27; *Société de Vente de Ciments et Bétons*, 319/82 [1983] ECR 4173, para. 11.

Skanska Industrial Solutions i dr., C-724/17, EU:C:2019:204, t. 24. za primenu čl. 81. UEZ-a posebno u sporovima privatnog prava nadležni nacionalni sudovi, s obzirom na to da ta nadležnost proizlazi iz posebnog učinka tog člana.

je bio sporazum o izvozu (prodaji) građevinske opreme između francuske kompanije *Technique Minière* koja je dobila isključivo pravo prodaje određenog broja građevinskih mašina i nemačkog preduzeća *Maschinenbau Ulm*, kao proizvođača. Francuski kupac se sporazumom obavezao da pomenute proizvode neće na francuskom tržištu prodavati francuskim konkurentima. Nakon što je prekršio ovu zabranu, kupac je u nastalom sporu tražio od Apelacionog suda da deklariše da je sporazum bio „apsolutno ništav“, jer je bio suprotan EU pravu konkurencije. Apelacioni sud se obratio Sudu pravde zahtevom da u formi preliminarne presudu da svoje tumačenje. Postupajući po zahtevu Apelacionog suda, Sud pravde je našao da se *automatska* ništavost primenjuje samo na one delove sporazuma koji su pogođeni zabranom, a na sporazum u celini samo ako ovi delovi nisu odvojivi od sporazuma. U odluci donetoj u predmetu *Karpen*, Sud je objasnio da se odvojivost odnosi i na prateće povezane sporazume.²⁸ U praksi je ovaj odnos različito tumačen. Pojedini sudovi su smatrali da antikonkurentske klauzule čine suštinu sporazuma i da su sposobne da deformišu samu prirodu takvog sporazuma pa se ne mogu razdvojiti od njega.²⁹ Tako pojedini nacionalni sudovi princip odvojivosti primenjuju samo na ništavost pojedinih klauzula u sporazumu,³⁰ dok drugi smatraju da su antikonkurentske klauzule od suštinskog značaja za ceo sporazum koji zbog toga mora biti u potpunosti ništav. Odredbe koje nisu pogođene zabranom i koje stoga ne uključuju primenu Ugovora o osnivanju, ostaju izvan komunitarnog prava³¹ i važeće su u preostalom ugovoru.

Prema odredbama čl. 105. ZOO, ništavost neke odredbe ne povlači ništavost i samog ugovora, ako on može opstati bez ništave odredbe i ako ona nije bila ni uslov ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen. Prednost u tumačenju takvih ugovora se daje volji ugovornih strana i maksimi da „korisno štetnim ne kviri“. ³² I u DFCR je poznata delimična ništavost kao „stepen nevažnosti“ koji može smanjiti sud ako povređenim pravilom nije regulisano dejstvo.³³ Ništave odredbe će uticati na punovažnost ostalog ugovora ako ugovor ne bi bio zaključen u odsustvu tih odredbi. Moguće je i rešenje, prema kome su sudovi

²⁸ 319/82, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG*, [1983] ECR 4173.

²⁹ A. Lamadrid de Pablo, op. cit., 3.

³⁰ V. presude koje navode I. Benöhr, op. cit., 15.

³¹ V. odluku u sporu *Maschinenbau Ulm*.

³² S. Perović (1975), op. cit., 229.

³³ F. José Infante Ruiz, F. Oliva Blázquez, op. cit., 40.

ovlašćeni da ne uzmu u obzir nepunovažne ugovorne klauzule da bi se sačuvao ostatak ugovora posle njihovog brisanja (doktrina „plave olovke“)³⁴ ili da sud zameni ništave odredbe u skladu sa prinudnim propisima. U tom slučaju ostatak ugovora ima „nezavisni život“.³⁵

Automatska i apsolutna ništavost. – Prema odredbama čl. 101(2) UFEU, „svi sporazumi i odluke udruženja preduzeća koji su zabranjeni članom 101. stav 1. UFEU, su *automatski ništavi*“. Na automatsku ništavost upućuje i Uredba 1/2003 u kojoj se ponavlja da su sporazumi suprotni čl. 101(1) UFEU zabranjeni „o čemu nije potrebno donositi prethodnu odluku“.³⁶ Iz navedenih formulacija proizilazi da ništavost nastaje *ex lege* ili *ex treaty*, samim ispunjenjem uslova iz čl. 101(1) UFEU.³⁷ Retroaktivno dejstvo se smatra automatskom ili *ipso jure* posledicom primene čl. 101. UFEU.³⁸ Eventualna sudska odluka o tome ima samo deklarativno dejstvo. Iako za nastupanje automatske ništavosti nije potrebna bilo kakva odluka, strane iz takvog sporazuma ili povezana treća lica mogu zbog pravne sigurnosti tražiti da sud donese deklaratornu odluku. I u tom slučaju sporazum je ništav od momenta nastanka, a ne od dana donošenja odluke.

Neki engleski sudovi govore o tzv. privremenoj ili prolaznoj ništavosti, koja postoji u slučaju kad je restriktivni sporazum bio ništav u momentu nastanka, ali je kasnije konvalidiran. U tom slučaju bi priznanje retroaktivnog dejstva bilo inkompatibilno sa automatskom ništavošću.³⁹ Prema nemačkom pravu, moguće je da zaključeni punovažni ugovor kasnije postane ništav, ali ne i obrnuto.⁴⁰

Osim o automatskoj ništavosti koja se svodi na dejstvo sporazuma u vremenskoj dimenziji, Sud pravde govori i o *apsolutnoj* ništavosti,⁴¹ pod kojom podrazumeva da takav sporazum ne proizvodi dejstvo ne samo između ugovornih strana, nego se odnosi i na punovažnost povezanih ugovora koje zaključuje

³⁴ I. Benört, op. cit., 4.

³⁵ F. J. Infante Ruiz, F. Oliva Blázquez, op. cit., 40.

³⁶ Čl. 1(1) Uredbe o primeni pravila o tržišnoj konkurenciji propisanih u čl. 81. i 82. Ugovora o EZ.

³⁷ V. odluku u sporu *Brasserie de Haecht II*, paras 6 i 25.

³⁸ A. Komninos, op. cit., 151.

³⁹ *Ibidem*, 152, navodi odluku Apelacionog suda Engleske u predmetu *Passmore v. Morland plc et al* [1999] 1 CMLR 1129; [1999] EuLR 501 (CA).

⁴⁰ I. Benöhr, op. cit., 7.

⁴¹ *Société de Vente de Ciments et Bétons*, 319/82 [1983] ECR 4173.

ugovorne strane sa trećim licima.⁴² Na apsolutnu ništavost se mogu pozvati sva lica, kao i sudije po službenoj dužnosti.⁴³

Budući da je ništavost na koju upućuje čl. 101(2) UFEU apsolutna, sporazum koji je ništav na osnovu ove odredbe ne proizvodi dejstvo između ugovornih strana i ne može se isticati kao osnov prava i obaveza između ugovornih strana i trećih lica.⁴⁴ Apsolutni karakter znači da se sporazumi smatraju kao da nisu ni zaključeni.⁴⁵ Praktično, apsolutna ništavost proizvodi *erga omnes* dejstvo – i prema trećim licima.⁴⁶ Sud je u tom pogledu bio izričit u odluci donetoj u predmetu *Karidž (Courage)*,⁴⁷ u kojoj je zauzeo stav da *svaki* pojedinac može pred nacionalnim sudom da se pozove na kršenje čl. 85. st. 1. UFEU, čak i ako je on sam strana u ugovoru koji je podoban da u smislu te odredbe ograniči ili naruši konkurenciju.⁴⁸

Prema tumačenju Suda, čl. 85. (101. UFEU), isključuje primenu pravila nacionalnog prava po kome je jednoj strani u ugovoru koji je podoban da ograniči ili naruši konkurenciji, zabranjeno da zahteva naknadu štete nastalu neispunjenjem tog (antikompetitivnog) ugovora samo zbog činjenice da je tužilac jedna od ugovornih strana (*in pari delicto potior est conditio defendentis*). U istoj odluci Sud je razjasnio da ništavost proizvodi *ex tunc* dejstvo, tj. da će svaki sporazum biti deklarisan kao ništav od momenta nastanka.

Restitucija

Pravo na povraćaj u pređašnje stanje je redovna posledica apsolutne ništavosti.⁴⁹ S obzirom da pravo ne priznaje da su ništavi sporazumi nastali, eventualna davanja i činjenja se moraju vratiti ako je to moguće, jer su izvršena bez punovažnog osnova, kako bi se uspostavila ništavim ugovorom poremećena ravnoteža interesa ugovornih strana. Osnov za pokretanje postupka za povraćaj se nalazi u povređi načela zabrane sticanja bez osnova i institutu neosnovanog obogaćenja koji je

⁴² *Société de Vente de Ciments et Bétons*, 319/82 [1983] ECR 4173, para 11.

⁴³ *V. C-127/73 BRT v SABAM* [1974] ECR 51; *Joined Cases C-430/93 and C-431/93 Van Schijndel and van Veen* [1995] ECR-I4705; *Case C-126/97 Eco Swiss* [1999] ECR -I 3055; *C-295/04 to C-298/04 Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Others* [2006] ECR para 57–59.

⁴⁴ *22/71 Béguelin Import Co v SAGL Import Export* [1971] ECR 949, tač. 25, 26. i 29.

⁴⁵ Walter Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, Springer, 2016, 620, marg. br. 1775.

⁴⁶ *C-22-71, Béguelin Import Co v SAGL Import Export*, ECLI:EU:C:1971:113, para 29.

⁴⁷ *C- 453/99 Courage Ltd v Crehan and Inntrepreneur Pub Company v Crehan*, 2001.

⁴⁸ Tač. 24. Odluke.

⁴⁹ S. Perović (1980), op. cit., 463.

poznat u svim pravima država članica. U odluci donetoj u predmetu *Masdar*,⁵⁰ Sud pravde je institut neosnovanog obogaćenja prihvatio kao opšti komunitarni princip koji je zajednički pravima svih država članica. Prema ovom principu „... lice koje je pretrpelo gubitak, koji je bez ikakvog pravnog osnova uvećao imovinu drugog lica, ima pravo, i to kao opšte pravilo, na restituciju⁵¹ sredstava od tog lica u iznosu u kome je pretrpeo gubitak“.⁵² Ali, „da bi tužba zbog neosnovanog obogaćenja bila usvojena, neophodno je da ne postoji punovažan pravni osnov obogaćenja.“⁵³ Pravo da zahteva vraćanje datog ima strana koja je izvršila neku prestaciju iz ugovora. To mogu biti jedna ili obe strane iz ništavog sporazuma, tako da se razlikuje jednostrana i dvostrana restitucija.

U slučaju delimične ništavosti, strane su dužne da vrate samo ono što je izvršeno prema klauzulama koje su proglašene ništavim. Obaveze koje su izvršene u preostalom delu sporazuma se prihvataju kao valjane.

Do neosnovanog obogaćenja i restitucije po pravilu ne dolazi kod tzv. horizontalnih kartela, kao sporazuma koje zaključuju preduzeća koja posluju na istom nivou, jer ne dolazi do uzajamnog davanja ugovarača, već kod vertikalnih sporazuma ako je davanje izvršeno na osnovu ništave odredbe.

Naknada štete

Ništavi restriktivni sporazumi nanose dve vrste štete: jednu vrstu, trgovini između država članica zbog narušavanja konkurencije, a drugu, ugovornim stranama i sa njima povezanim licima. O prvoj šteti odlučuju NRT i EK u postupku javnopravne primene i o njoj neće biti reči. Drugu vrstu štete trpe privatni učesnici na tržištu: ugovorne strane ništavog sporazuma, njihovi konkurenti i lica koja sa njima imaju povezane ugovore. Doduše, ugovorne strane ne moraju trpeti štetu zaključivanjem ništavog sporazuma, jer se one upravo dogovaraju pod kojim će uslovima nastupati na tržištu jedni prema drugima i prema dobavljačima ili kupcima. Restriktivni sporazumi su usmereni na treća lica: konkurente i kupce ili korisnike kartelisane robe ili usluga, tako što na njihovu štetu dogovaraju cene i druge uslove. Međutim oni se nalaze u različitom položaju. Strane koje su zaključile restriktivni sporazum su, po pravilu, aktivno učestvovalе u pregovorima i same doprinele njemu ili, u krajnjem slučaju, pristale na takav sporazum.

⁵⁰ C-47/07 *Masdar (UK) Ltd. v Commission of the European Communities*, 2008.

⁵¹ Tač. 44. Odluke.

⁵² C-47/07 *Masdar (UK) Ltd. v Commission of the European Communities*, 2008.

⁵³ Tač. 46. Odluke.

Konkurenti stranama iz restriktivnog sporazuma i kupci kartelisane robe ili usluga nisu u tome učestvovali, već im je on nametnut.

Prema opštem pravilu ugovornog prava, pravo na naknadu štete ima ona ugovorna strana koja je pretrpela štetu zbog toga što je verovala da je ugovor zakonit, a nije znala, niti morala znati za razloge nezakonitosti i ništavosti. U pravu Republike Srbije, ovo pravo je izričito propisano.⁵⁴ Kod restriktivnih sporazuma je, međutim, reč o deliktnoj odgovornosti čiji je osnov u samom restriktivnom sporazumu iz čl. 101(1) UFEU.⁵⁵ Otuda pravo na naknadu štete uzrokovane restriktivnim sporazumom ne potiče od odredbi o ništavosti (čl. 101(2) UFEU) već direktno od odredbi čl. 101(1) UFEU.

UTICAJ NIŠTAVIH SPORAZUMA NA POVEZANE UGOVORE

Pod povezanim ugovorima se razumeju ugovori koje zaključuju ugovorne strane i treća lica radi realizacije koristi ili pogodnosti koje su ugovorene u osnovnom sporazumu. U nacionalnim pravima postoji tendencija da se sporazumi sa trećim licima smatraju punovažnim bez obzira što su povezani sa antikompetitivnim sporazumima.⁵⁶ U praksi nastaju problemi zbog toga što se kao povezani smatraju različiti sporazumi.⁵⁷ Tako se u nemačkom pravi razlikuju ugovori o izvršenju i naknadni ugovori. Ugovori s trećim licima se, primera radi, u nemačkom pravu označavaju kao prateći ili naknadni ugovori (*Folgeverträge*). Zabranjeni ugovori iz čl. 101(1) UFEU se označavaju kao ugovori o izvršenju (*Ausführungsverträge*). *Ausführungsverträge* se smatraju neraskidivim od sporazuma koji krši čl. 101(1) UFEU i stoga se smatraju ništavim na osnovu samog čl. 101(1) UFEU.

Naknadni ugovori (*Folgeverträge*) se u principu smatraju punovažnim, čak i ako povezani naknadni ugovor predstavlja svrhu zbog koje je zabranjeni ugovor zaključen, a strana sa kojom je vezani ugovor zaključen je stranka koja je zaštićena zabranom kartela. Činjenica da takva strana zna za kršenje čl. 101(1) UFEU, ne čini *Folgeverträge* ništavim prema čl. 101(2) UFEU. *Folgeverträge* će, međutim, biti nevažeći kada oni sami krše čl. 101(1) UFEU ili kada su pogodeni drugim

⁵⁴ Čl. 108. 300.

⁵⁵ Opširno u Vladimir Vukadinović, „Naknada štete kao građanskopravna sankcija u pravu konkurencije Evropske unije“, doktorski rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2019.

⁵⁶ I. Benöhr, op. cit., 9; A. Lamadrid de Pablo, L. Ortiz Blanco, op. cit., kao primer navode pravo Nemačke, par 138, 823(2) BGB.

⁵⁷ Opširno u Caroline Cauffman, „The impact of voidness for infringements of Article 101 TFEU on related contracts“, *European Competition Journal*, April 2012, 95–121.

osnovama ništavosti.⁵⁸ Prema praksi engleskih sudova,⁵⁹ činjenica da je jedan kišobran sporazum ništav zbog povrede čl.101(2) UFEU, ne čine ništavim ugovore o prodaji koji su zaključeni radi njegovog izvršenja.

POZIVANJE NA NIŠTAVOST

Strane u restriktivnom sporazumu mogu se u sudskim postupcima pozvati na ništavost kao na svoj „štit“ (prigovor) protiv primene takvog sporazuma – isticanjem tzv. evro odbrane. Strane se mogu pozvati na ništavost i kao na mač, kako bi se dobila deklaratorna presuda o ništavosti ugovora i naknada pretrpljene štete.⁶⁰

Da bi se neko lice pozvalo na ništavost i iz toga na sledujuća prava na restituciju i naknadu štete, potrebno je da postoji ništavost, tj. da postoji zabranjeni sporazum iz čl. 101(1) UFEU. Pri tome je potrebno razlikovati postupak za utvrđivanje da postoji restriktivni sporazum iz čl. 101(1) UFEU, i postupak za oglašavanje njegove ništavosti.

Za utvrđivanje da postoji restriktivni sporazum nadležni su EK i nacionalna regulatorna tela. Za proglašenje ništavosti restriktivnog sporazuma i za posledice koje tima nastaju nadležni su sudovi država članica u skladu sa unutrašnjim propisima. Otuda se razlikuje javnopravna i privatnopravna primena prava konkurencije.

Postupak javnopravne primene je kao upravni postupak ustanovljen radi zaštite javnih interesa, dok se privatnopravna primena ostvaruje u građanskom (parničnom) postupku i ima za cilj da zaštiti interese pojedinaca kao privatnih lica. Shodno tome, razlikuju se i sankcije koje se izriču. U slučaju da EK ili NRT nađu da postoji povreda, tj. da postoji zabranjeni sporazum iz čl. 101(1) UFEU, izreći će novčanu kaznu učesnicima sporazuma i doneti mere prestanka sa povredom prava konkurencije ili mere zabrane određenog ponašanja. U postupku privatnopravne primene nacionalni sud oglašava sporni sporazum ništavim i odlučuje o restituciji i naknadi štete. Kako bi se izbegli paralelni postupci ili različite odluke, posebnom Uredbom 1/2003. propisan je mehanizam saradnje tela pred kojima se ovi postupci sprovode.⁶¹

Postupak oglašavanja ništavim zabranjenog restriktivnog sporazuma može da pokrene svako zainteresovano lice. Sud pazi na ništavost po službenoj dužnosti. Postupak se može pokrenuti ili nakon što bude okončan postupak javnopravne

⁵⁸ C. Cauffman, op. cit., 6.

⁵⁹ V. odluku u predmetu *Crehan v Courage*.

⁶⁰ Alexandro Di Gio, „Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law“, *World Competition (WC)*, br. 2, 2009, 201.

⁶¹ V. V. Vukadinović, op. cit., 104.

primene u kome je ustanovljena povreda, tj. postojanje zabranjenog sporazuma, ili nezavisno od toga da li je pokrenut ili okončan postupak javnopravne primene.

U prvom slučaju reč je o postupku po pratećoj tužbi (*follow on action*). Odluka EK i NRT obavezuje sud koji donosi deklaratornu presudu kojom konstatuje da je sporni sporazum ništav, nakon čega odlučuje o restituciji i naknadi štete.

Kad postupak javnopravne primene nije okončan ili nije pokrenut, zainteresovana lica mogu pred nacionalnim sudom pokrenuti postupak za oglašavanje ništavosti, tzv. samostalnom tužbom (*stand-alone action*). U ovom slučaju, da bi mogao da o tome odlučuje nacionalni sud će prvo morati da utvrdi da je došlo do povrede, tj. da li su ispunjeni uslovi iz čl. 101. (1. i 3) UFEU. Sud se može obratiti za pomoć NRT ili EK sa zahtevom da oni odluče o postojanju povrede kao o prethodnom pitanju, ili će o tome odlučiti sam. Teret dokazivanja je na tužiocu. Prilikom odlučivanja o postojanju ništavosti, sud će odlučiti i o ostalim posledicama ništavosti. U presudi u kojoj je konstatovao ništavost sud navodi koje konkretne odredbe sporazuma su ništave i kako se to odražava na sudbinu celog sporazuma. Rešenja u nacionalnim pravima su, kao što je ranije rečeno, različita. U većini prava zabranjene odredbe se smatraju kao da ne postoje, a takvi ugovori/sporazumi u preostalom delu ostaju na snazi.

U pogledu lica koja su ovlašćena da pokrenu postupak u nacionalnim pravima, zavisno od toga kako se shvata maksima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (niko se neće slušati ko navodi sopstvenu sramotu), rešenja se razlikuju. Prema ovoj maksimi, na pravo na povraćaj se ne mogu pozivati strane koje su doprinele ništavosti bez obzira da li su za to znale ili nisu. Takvo tumačenje je bilo prisutno u ranijoj praksi engleskih sudova.⁶² Dilemu je rešio Sud pravde u odluci donetoj u predmetu *Courage* (Karidž) stavom da se svaki pojedinac može pred nacionalnim sudom pozvati na kršenje čl. 101. UFEU.⁶³ Što se tiče mogućnosti traženja naknade štete, koja je nastala zbog ugovora ili postupka koji je podoban da ograniči ili naruši konkurenciju, u odsustvu pravila Zajednice/Unije koja regulišu to pitanje, domaći pravni sistemi država članica imaju zadatak da odrede nadležne sudove i da postave detaljna procesna pravila za tužbe za zaštitu prava pojedinaca.⁶⁴ Konkretno, na nacionalom sudu je da utvrdi da li je stranka koja tvrdi da je pretrpela štetu zato što je zaključila antikompetitivni ugovor došla u toliko izrazito slabiju poziciju u odnosu na drugu stranu da je ozbiljno ugrožena ili čak eliminisana njena sloboda da pregovara o uslovima ugovora.⁶⁵

⁶² A. Komninas, op. cit., 169.

⁶³ Tač. 2. Odluke.

⁶⁴ Tač. 29. Presude.

⁶⁵ Tač. 33. Presude.

Dr. JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ
Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

Academician Prof. Dr. RADOVAN VUKADINOVIĆ
Full Professor, retired, University of Kragujevac

EFFECT OF NULL AND VOID RESTRICTIVE AGREEMENTS IN EU LAW

Summary

In a recent decision rendered in the case *ZA et al. v. Repsol Comercial de Productos Petroliferos SA.*, the Court of Justice of the European Union (EU) reiterated its earlier position that the nullity of a particular provision in a restrictive agreement does not, as a rule, invoke the nullity of the entire agreement, unless the disputed provision and the restrictive agreement are inseparably linked. The matter of the „metastasis“ of prohibited null and void clauses and their impact on the fate of treaties in which they exist in EU law is relevant, first of all, to the restrictive agreements referred to in Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). In addition, it is also significant due to the increasing number of agreements that are concluded between parties in an asymmetric negotiating position, and their agreement is often the result of various pressures. With this in mind, the purpose of the paper is to analyze the solutions that exist regarding prohibited restrictive agreements in some Member States of the European Union and in EU case law. To this end, the first part of the paper provides the concepts of restrictive behavior and null agreement. After that, the second part lists the consequences of the existence and effect of null and void restrictive agreements referred to in Article 101(2) TFEU.

Key words: restrictive agreement, EU competition law, nullity, private law application, court

Literatura

- Benöhr I., *The Impact of Competition Law on the Private Law Concepts of Nullity and Damages*, <http://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/3854>.
- Cauffman C., „The impact of voidness for infringements of Article 101 TFEU on related contracts“, *European Competition Journal*, April 2012.
- Cseres K. J., *Competition law and contract law*, https://www.researchgate.net/publication/241888513_Compensation_and_contract_law.
- Di Gio A., „Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law“, *World Competition (WC)*, br. 2, 2009.
- Infante Ruiz F. J., Oliva Blasquez F., „Contracts contrary to fundamental principles and mandatory rules of European Contract Law“, *InDret*, Vol. 2, 2022.
- Lamadrid de Pablo A., Ortiz Blanco L., „Nullity/Voidness: An Overview of EU and National Case Law“, *e-Competitions*, No. 49199.
- Leković M., „Ništavost restriktivnih sporazuma iz člana 101. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije“, master rad, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016.

- Perović S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980.
- Perović S., *Zabranjeni ugovori*, Beograd, 1975.
- Radišić J., *Obligaciono pravo, Opšti deo*, Beograd, 1979.
- Radovanović S., Mišćević N., „O podeli na nepostojeće i ništave ugovore u domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, br. 1, Vol. 54, Novi Sad, 2020.
- Tomović N., „Primjena pravila ugovornog prava pri tumačenju trenutka zaključenja restriktivnih sporazuma na tržištu“, *Pravo i privreda*, br. 4, Vol. 60, Beograd, 2022.
- Ullrich H., „Private Enforcement of the EU Rules on Competition – Nullity Neglected“ (March 8, 2021), *IIC – Special Issue*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-09, <https://ssrn.com/abstract=3802368>.
- Vukadinović R., Vukadinović Marković J., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Vukadinović V., „Naknada štete kao građanskopravna sankcija u pravu konkurencije Evropske unije“, doktorski rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2019.
- Walter F., *Handbook of EU Competition Law*, Springer, 2016.
- Zweigert K., Kötz H., *Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998.
- Živković M., *Obim saglasnosti volja neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ANDREA PILETTA MASSARO

THE LEGITIMACY OF THE COMPLEMENTARY APPLICATION OF COMPETITION AND DATA PROTECTION PROVISIONS: THE CLARIFICATIONS OF THE COURT OF JUSTICE IN THE FACEBOOK JUDGEMENT

The Facebook decision issued by the German Bundeskartellamt in 2019 marked a significant shift in the application of competition rules in digital markets. Indeed, this decision made clear to everyone the importance of personal data as assets for the business model of the majority of the so-called tech giants or digital gatekeepers. In this decision the German Competition Authority adopted a brave and innovative approach by using the non-compliance with data protection provisions – more precisely the GDPR – in order to ascertain an abuse of dominant position in the German market for online social networks. The Bundeskartellamt's approach appeared particularly commendable also because it introduced a complementary and cross-fertilising approach between two of the main European body of legislations, namely competition law and data protection provisions. After this interpretation by the Bundeskartellamt important developments have characterised the issue of competition law in digital markets, but the Facebook decision left some points opened, like the possibility for a competition Authority to also make use of data protection provisions or to use the consent given by users as a parameter for establishing market dominance. The Court of Justice provided a matured and complete answer which will for sure represent a fundamental guidance for future enforcement initiatives and which contributed to the fine-tuning of the competition law system vis-à-vis the challenges brought by digital gatekeepers.

Key words: competition law, data protection, judicial proceeding, digitalisation, European Union

Dr. Andrea Piletta Massaro, adjunct professor, Department of Sociology and Business Law, University of Bologna, Italy; teaching assistant, Department of Law, University of Torino, e-mails: andrea.piletta@unibo.it; andrea.piletta@unito.it.

INTRODUCTION

The academic debate in the competition law field has recently been characterised almost entirely by the role that competition rules have to play vis-à-vis the big companies active in the digital sector, the so-called *tech giants* or *digital gatekeepers* (i.e., Google, Facebook, Amazon, Apple, Microsoft). Lawmakers took this issue very seriously, especially in the European Union, where in September 2022 Regulation 1925/2022 (the so-called Digital Markets Act or DMA)¹ has been adopted. Recently, the European Commission, according to the newly enacted Regulation, approved a list of the companies which have to be qualified as gatekeepers, being this the necessary step in order to be subject to the application of the rules contained in the DMA. More precisely, these companies are Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta and Microsoft.² Through the lines of the mentioned Regulation, one key point can be found, and it is the importance of data as a key factor for competition in digital markets. In fact, companies active in this sector store a huge amount of data regarding users and they use them in order to provide – directly or indirectly – personalised advertisement or services.³ Anyway, this will not be the focus of the present article, since in this Conference, during the years, we already had the occasion to explain the close tie between competition and data protection and their reciprocal correlations,⁴ together with the main features of the DMA.⁵

¹ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) published in the *OJ of the EU* 12 October 2022, L 165/1.

² European Commission, Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers, 6 September 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_4328, 8 October 2023.

³ See, *inter alia*, Maurice Eitel Stucke and Ariel Ezrachi, *Competition Overdose. How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, HarperCollins, New York, 2020; Maurice Eitel Stucke, *Breaking Away. How to Regain Control Over Our Data, Privacy, and Autonomy*, Oxford University Press, Oxford, 2023; Maurice Eitel Stucke and Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2016; Jack M. Balkin, “Fixing Social Media’s Grand Bargain”, Hoover Institution Aegis Series Paper No. 1814, 2018, https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/balkin_webready.pdf, 8 October 2023; Samson Y. Esayas, “Privacy-as-a-quality parameter of Competition”, in *Competition Law for the Digital Economy* (Eds. Björn Lundqvist and Michal S. Gal), Edward Elgar, Cheltenham, 2019; Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, PublicAffairs, New York, 2019; Tim Wu, *The Attention Merchants*, Atlantic Books, London, 2017.

⁴ Andrea Piletta Massaro, “Competition Law and Data Protection: The Need for Legal Certainty in a Necessary Relationship”, in *Primena prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava “Slobodan Perović”*, tom IV, Beograd, 2021, 49 ff.

⁵ Andrea Piletta Massaro, “Seeking Justice and Fairness in Competition Law: The Regulation of Digital Platforms in the European Union”, in *Sudski Postupak – Pravda i Pravičnost, Zbornik*

Therefore, the aim of the present paper is that of going deeper in the relationship between competition law and data protection, especially on the enforcement side, in order to understand how a fair proceeding can be conducted in the field of competition law in digital markets. This need stems from the request for preliminary ruling that the Oberlandesgericht Düsseldorf referred to the Court of Justice in 2021.⁶ The mentioned referral was raised in the context of the appeal judgement on the merits of the well-known *Facebook* decision issued by the German Competition Authority (Bundeskartellamt) in 2019.⁷ What was controversial in this case was the innovative approach used by the Bundeskartellamt for the purpose of assessing a violation of competition provisions. In particular, the German watchdog elaborated what we can call an innovative theory of harm which linked the dominant position enjoyed by Facebook in the German market for online social networks with the consequent abuse committed by Facebook in its data policy. In particular, the Bundeskartellamt used data protection rules, namely the General Data Protection Regulation (GDPR),⁸ as a parameter to prove the abuse of dominant position perpetrated by Facebook. This, of course, appeared not ordinary in the ‘traditional course of business’ in competition law, as normally competition authorities are empowered to enforce and apply

radova 35. *Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom II, Beograd, 2022, 515 ff. See also Andrea Piletta Massaro, “The Rising Market Power Issue and the Need to Regulate Competition: A Comparative Perspective Between the European Union, Germany, and Italy”, *Concorrenza e Mercato*, 2023, in the process of publication.

⁶ 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, 8 October 2023). See also Matthias Inverardi, *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/>, 8 October 2023) Samuel Stolton, “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/>, 8 October 2023.

⁷ Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The decision is available in English at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=58A8D2259D8362F34C21EB0870B963CA.2_cid508?__blob=publicationFile&v=5, 8 October 2023. 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, 8 October 2023.

⁸ 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 L 119/1.

competition law provisions, and no other bodies of legislation, such as data protection rules, especially since other independent authorities are established for this duty. Therefore, an analysis of the decision – published in July 2023 – by means of which the Court of Justice addressed this question⁹ is of particular importance to understand the future development of the enforcement of competition rules in digital markets, especially for Countries, such as Serbia, where a competition regime was introduced under European stimulus and it needs to be enforced according to the praxis developed by the Court of Justice in the context of the *acquis communautaire*.

THE FACEBOOK SAGA – THE STEPS BEFORE REACHING THE COURT OF JUSTICE

The importance of the Bundeskartellamt's *Facebook* decision, as anticipated, lies in the innovative approach it introduced with regard to the enforcement of competition law in digital markets. In particular, the German competition authority had the merit of not only recognising data as a fundamental parameter for competition in the digital world, but it went further, by integrating data protection rules into the assessment of a case investigated through the lens of competition law. Of course, as we will analyse further in this article, this innovative and *holistic* approach posed some questions about its legitimacy, its correctness under a competition law perspective, together with the concern that by making reference to rules other than competition provisions, the Bundeskartellamt exceeded the limits of its mandate.

The investigation was conducted by the Bundeskartellamt on the basis of the German Competition Act (GWB)¹⁰ with regard to the data policy adopted by Facebook in the course of its operations. The relevant market concerned was the private online social networks market in the German territory,¹¹ and – for the purpose of the market definition task – the German Authority relied on the new paragraphs 18(2a), (3a) and (3b) of the GWB, added in 2017. In particular, paragraph 18(2a) states that a market can be assumed notwithstanding the fact that

⁹ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*.

¹⁰ Available in English at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/, 8 October 2023.

¹¹ Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The decision is available in English at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=58A8D2259D8362F34C21EB0870B963CA.2_cid508?__blob=publicationFile&v=5, 8 October 2023, points 212, 230, 274, 344.

a product or service is offered for free,¹² as it is generally the case with big digital platforms and, in this circumstance, of Facebook. As anticipated, given the dominant position of Facebook in the relevant market, the abuse of this dominant position concretised by means of the data policy applied by the social network to its users. In particular, with reference to a single user profile on the social network, Meta not only collected the data generated by the relevant user on the social network (*on-Facebook* data), but it also merged into the same user profile the data gathered through other services offered by the same Meta, but outside the perimeter of the social network (*off-Facebook* data), such as Instagram, WhatsApp and also the so-called Facebook Business Tools used in various external websites, for example where a 'like' or 'share' button is present. The problem of this conduct is that Meta operated this 'merger' in the same Facebook user account of data gathered from different sources without a valid consent given by the user her/himself. In detail, this consent is deemed not valid as Meta obliged the users to accept the terms and conditions in which this data policy was contained, without the possibility to use the social network by agreeing to the collection of *on-Facebook* data only. Therefore, Meta was deemed to have abused of its dominant position on the German market for private online social networks as it imposed to users a sort of 'take it or leave it' condition: If they wanted to use the social network, they had to accept Facebook's conditions about the collection of data, and since Facebook is dominant on this market the users had no other viable and valid alternatives on the market in order to use a social network without agreeing with Facebook's data policy. In fact, here emerges the prominent role played by network effects in digital markets: Users were stacked on Facebook as it was the only social network with a solid and large user base, and no other social networks could have offered the same service in terms of users' amount, which is what attracts customers of a platform (in a nutshell, in the case of social networks like Facebook: users attract users for what are called direct network effects and users attract publishers for what are defined indirect network effects). In this context, the Bundeskartellamt used the rules about consent of data subjects contained in the GDPR as a parameter for inferring an abuse of dominant position. In particular, Article 6 GDPR provides, *inter alia*, that data processing is lawful insofar as the data subject has given her/his consent on the treatment of her/his data for a specific purpose. In addition, the following Article 7 GDPR sets forth that *when assessing whether*

¹² Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The decision is available in English at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=58A8D2259D8362F34C21EB0870B963CA.2_cid508?__blob=publicationFile&v=5, 8 October 2023, points 238–242.

consent is freely given, utmost account shall be taken of whether, inter alia, 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 this contract. This is, evidently, the case under the scrutiny of the Bundeskartellamt with regard to Meta's conduct.

Another matter solved by the German Federal Cartel Office is to what extent a competition Authority may apply data protection rules during the assessment of a case. On this point, the Bundeskartellamt stated that although data protection agencies have been established, nothing deny the possibility of applying data protection rules to competition authorities. Contrariwise, such additional application may well pursue the scope of a better implementation of data protection provisions and their consequent development. Moreover, the Authority kept regular contact with data protection Agencies, which did not rule out the possibility that another Authority could apply data protection rules. Moreover, for instance, the Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information explicitly sustained the Bundeskartellamt's case.¹³

In the end, the Bundeskartellamt – and this marks a significant shift vis-à-vis 'normal' competition cases – did not impose a pecuniary fine on Meta but ordered the firm to stop and change its current data processing policy. In particular, it urged Facebook not to aggregate data gathered through means other than the social network itself (e.g., Instagram, WhatsApp, cookies or Facebook Business Tools) without the specific users' consent. Consequently, users should afterwards have had the possibility of using the social network by agreeing to the gathering of *on-Facebook* data only.¹⁴ In a nutshell, the collection of *off-Facebook* data cannot constitute a necessary condition for users willing to use Facebook.

¹³ Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The decision is available in English at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=58A8D2259D8362F34C21EB0870B963CA.2_cid508?__blob=publicationFile&v=5, 8 October 2023, point 548. Interestingly, the Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information stated that *abusive market behaviour which violates data protection rules and leads to a situation where fair competition is no longer possible in digital markets, must be stopped. In this respect, data protection and competition law are two sides of the same coin. The activities of the Bundeskartellamt strive to ensure that it will no longer pay off to violate data protection rules in order to gain market power. The authority can be sure of the support of the Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information.*

¹⁴ Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The decision is available in English at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=58A8D2259D8362F34C21EB0870B963CA.2_cid508?__blob=publicationFile&v=5, 8 October 2023, point 949.

The Bundeskartellamt 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 2019.¹⁵ In brief, the Düsseldorf Court sustained first that no damages to competition were caused by Facebook's conduct, as no financial loss was suffered by the users, who, on the contrary received appreciated services from Facebook.¹⁶ Accordingly, the Court affirmed that causality between Facebook's conduct and its market dominance was not demonstrated, and also the exclusionary conduct vis-à-vis competitors was not proved, because the anticompetitive effect was not demonstrated.¹⁷ Moreover, users were not harmed by Facebook's terms, because they could freely have chosen not to give their consent and, therefore, not to use Facebook's services.¹⁸ Finally, also the 'special responsibility' requirement for dominant firms¹⁹ was not deemed useful for the case at stake, as it is necessary for conducts regarding competition law, but not in relation to data protection provisions, as it was in the case at stake.²⁰

The Oberlandesgericht Düsseldorf's judgement was then overruled by the Bundesgerichtshof on 23 June 2020.²¹ Of course, this decision, which arises from an interim proceeding, did not define the matter, but it clearly gave an insight into what the definitive opinion of the same Court could be.

¹⁵ Oberlandesgericht Düsseldorf, decision 26 August 2019, VI-Kart 1/19 (V).

¹⁶ Roberto Pardolesi and Cristoforo Osti, "L'antitrust ai tempi di Facebook", *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, 2, 204; 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, 51, 1170.

¹⁷ R. Pardolesi and C. Osti, op. cit., 206.

¹⁸ *Ibidem*; K. Wiedemann, op. cit., 1170.

¹⁹ According to Court of Justice, decision 9 November 1983, case 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission (Michelin)*, point 57.

²⁰ R. Pardolesi and C. Osti, op. cit., 206.

²¹ Bundesgerichtshof, decision 23 June 2020, KVR 69/19, *Facebook*. An English courtesy translation of the decision has been provided by the Bundeskartellamt and is available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.pdf?__blob=publicationFile&v=3, 8 October 2023. The relevant press release's English courtesy translation has been provided by the Bundeskartellamt and is available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 8 October 2023. See, *inter alia*, Rachel Scheele, "Facebook: From Data Privacy to a Concept of Abuse by Restriction of Choice", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, 12, 1, 34. See also DLA Piper, *Germany: Federal Court summary judgement: FCO achieves stage victory against Facebook*, 25 June 2020, <https://blogs.dlapiper.com/privacymatters/germany-federal-court-summary-judgment-fco-achieves-stage-victory-against-facebook/>, 8 October 2023.

First, the Bundesgerichtshof – and this point is quite significant – recognised the role that data have as a counter-performance between Facebook and its users.²² The Court, as already done by the Bundeskartellamt, analysed the characteristics of Facebook's business model and its structure as a multi-sided market, and considered the relationships among these sides. Moreover, the Bundesgerichtshof stuck with the Bundeskartellamt and rejected the Oberlandesgericht approach about causality and the market power exercised by Facebook. In particular, it followed the Bundeskartellamt's normative approach.²³ As pointed out by Wiedemann, here the Court adopted the requirement used at European level for exclusionary abuses, rather than those for exploitative ones.²⁴ In this context it is the overall harm to competition (quite an ordoliberal idea) caused by the dominant company's exercise of market dominance that matters.²⁵ Indeed, the fact that competition is harmed by Facebook's conduct is also shown by the fact that users did not behave as they would have acted in a competitive market. As pointed out also by the Federal Cartel Office, users were worried about giving consent also to the processing of *off-Facebook* data, but they did, as Facebook did not propose an alternative option. But this was possible only in a market where Facebook was not facing any competitive pressure, because in a different scenario users could have preferred a less invasive option for their personal information and Facebook, in order to maintain its dominant position, should have provided this qualitative increase to users.

Having regard to the profile concerning data protection, the Bundesgerichtshof did not rule on the validity of users' consent according to the GDPR,²⁶ but it discussed around the role that influent private entities shall have with respect

²² Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The decision is available in English at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=58A8D2259D8362F34C21EB0870B963CA.2_cid508?__blob=publicationFile&v=5, 8 October 2023, points 28–29, 62.

²³ Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The decision is available in English at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=58A8D2259D8362F34C21EB0870B963CA.2_cid508?__blob=publicationFile&v=5, 8 October 2023, points 65–83.

²⁴ K. Wiedemann, op. cit., 1172. See Court of Justice, decision 21 February 1973, case 6-72, *Europemballage Corporation and Continental Can Inc. v. Commission (Continental Can)*, points 26–27 and Court of Justice, decision 13 February 1973, case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, point 91.

²⁵ K. Wiedemann, op. cit., 1172.

²⁶ *Ibidem*, 1174.

to fundamental rights according to the *mittelbare Drittwirkung* doctrine,²⁷ which involves third-party effect of fundamental rights.²⁸ In detail, the Bundesverfassungsgericht *Stadionverbot* precedent cited by the Court²⁹ recognised that in certain cases also private entities are bound by the Constitutional principles and fundamental rights contained in the *Grundgesetz*. Given that Facebook is a sort of ‘agora’ for public debate and opinion sharing, it was deemed subject to this doctrine.³⁰ Consequently, as already pointed out by the Bundeskartellamt, the rules enshrined in the GDPR as well the right to informational self-determination come into play and Section 19 of the GWB, as a general clause of German private law, shall be interpreted accordingly.

In conclusion, the Court confirmed the Bundeskartellamt’s sanction, but it reached this conclusion from a more genuine competition law perspective, based on the principle of user autonomy, rather than on purely data protection consideration.³¹ In particular, as argued by the Author, the Bundesgerichtshof decision *puts the role of users as market participants at the forefront, not their role as data subjects*.³²

Anyhow, the described decisions – which deserved scrutiny for the purpose of understanding the judgement delivered in 2023 by the Court of Justice – represent only the beginning of the *Facebook* ‘saga’: We have described here the Bundeskartellamt’s decision and the subsequent interim judgements. Nevertheless, in the context of the proceeding on the merits, pending in front of the Oberlandesgericht Düsseldorf, a referral to the Court of Justice has been raised on 24 March 2021, in order to understand the limits of the application of data protection rules by the Bundeskartellamt, together with an evaluation around the abusive nature of Facebook’s data policy.

²⁷ Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The decision is available in English at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=58A8D2259D8362F34C21EB0870B963CA.2_cid508?__blob=publicationFile&v=5, 8 October 2023, point 102.

²⁸ K. Wiedemann, op. cit., 1173. On this doctrine see also 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.

²⁹ Bundesverfassungsgericht, decision 11 April 2018, 1 BvR 3080/09, *Stadionverbot*, whose English summary translation is available at https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2018/04/rs20180411_1bvr308009en.html, 8 October 2023.

³⁰ K. Wiedemann, op. cit., 1179.

³¹ *Ibidem*, 1176.

³² *Ibidem*.

It is also curious to notice that a similar conduct by the same Meta is still under investigation by the Bundeskartellamt in the context of the *Facebook/Oculus* case, always – having regard to the part of the case that is of interest in the context of this article – for the aggregation and processing of data through different services offered by the same company (in particular, in this case, the aggregation of data generated through the use of the Quest VR headset with data gathered from other Meta services).³³ Therefore, it appears evident how the answer provided by the Court of Justice in its Facebook ruling is of fundamental importance for the future enforcement of competition provisions in digital markets.

THE INTERPRETATION PROVIDED BY THE COURT OF JUSTICE

The questions submitted by the Oberlandesgericht Düsseldorf to the Court of Justice were multiple and centred on the interplay between competition law and data protection rules, both from a substantial viewpoint and from an enforcement perspective. In particular, the German Court asked for a clarification with regard to:

– The possibility, according to the GDPR, that a competition authority, in the context of an investigation for abuse of dominant position, can find that the investigated company's terms related to data processing are not consistent with the GDPR;

– The fact that in case a user of a social network visits a website referred to the categories of data mentioned in Article 9(1) GDPR (*i.e.*, data related to racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophic beliefs) the linking of the data entered by the user whilst operating in these websites (for instance by registration or placement of an order) with the user's social network account is to be considered 'processing of special categories of personal data' according to the same Article 9 GDPR. In case of positive answer to this question, if Article 9(2)(e) GDPR must be interpreted in the sense that if such a user operates on these websites by providing sensitive information (the ones referred to in Article 9(1) GDPR), s/he is presumed to have manifestly made public these information;

– Whether the gathering of personal data by the operator of a social network outside the main social network and the connection of these data in the main user

³³ Bundeskartellamt, *Meta (Facebook) responds to the Bundeskartellamt's concerns – VR headsets can now be used without a Facebook account*, 23 November 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/23_11_2022_Facebook_Oculus.html, 8 October 2023. A summary of the case in English, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B6-55-20.pdf?__blob=publicationFile&v=4, 8 October 2023.

account may be considered a legitimate interest as far as it is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party (Article 6(1)(b) GDPR) or for a legitimate interest pursued by the controller or by a third party (Article 6(1)(f) GDPR);

– Whether, according to the same Article 6(1) GDPR (paragraphs from (c) to (e)) the processing of users' data as performed by Facebook can be deemed necessary for compliance with a legal obligation to which the data controller is subject (Article 6(1)(c) GDPR), in order to protect the vital interests of the data subject or of another natural person (Article 6(1)(d) GDPR) or for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller (Article 6(1)(e)), in case such a processing is performed in order to respond to a legitimate request for certain data, to combat harmful behaviour and promote security, and to research for social good and promote safety, integrity and security;

– Whether, according to Articles 6(1) and 9(2)(a) GDPR, the consent given by the user to the operator of a social network satisfies the validity conditions contained in Article 4(11) GDPR, and, in particular, if it has to be considered as freely given in case the operator holds a dominant position on the market for online social networks.

As it can be seen, the matter to be solved by the Court of Justice presents various aspects of complexity, but it is of particular interest as the questions raised by the Oberlandesgericht Düsseldorf contemplates the whole spectrum of issues related to the joint enforcement of competition law and data protection rules.

Starting from the profile regarding the application of data protection provisions by a competition authority, the Court of Justice notices that the GDPR addresses the authorities empowered to apply the provisions contained in the same Regulation (Article 51 and following GDPR) and it provides that the various supervisory authorities are required to cooperate and provide mutual assistance to one another in order to ensure a consistent enforcement of data protection rules across the Union. Anyway, the Court recognises that the GDPR does not contemplate competition authorities in this mechanism. Indeed, the latter ones *perform different functions and pursue their own objectives and tasks*.³⁴ Anyway, the Court affirms that the compliance or non-compliance of a conduct *with the provisions of the GDPR may, depending on the circumstances, be a vital clue among the relevant circumstances of the case in order to establish whether that conduct entails resorting*

³⁴ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 44.

to methods governing normal competition.³⁵ As a consequence, in the context of the examination of an abuse of dominant position by an undertaking on a particular market, it may be necessary for the competition authority of the Member State concerned also to examine whether that undertaking's conduct complies with rules other than those relating to competition law, such as the rules on the protection of personal data laid down by the GDPR.³⁶ Indeed, as stressed by the Court, data had become a significant parameter for competition and not allowing competition authorities to assess cases related to the digital economy also by taking into consideration this parameter would of course not be in line with the structure of these markets, where data plays a prominent role.³⁷ Anyway, the Court of Justice specified that in doing so the competition authority concerned must cooperate with the competent data protection regulator, as required by the duty of sincere cooperation laid down in Article 4(3) of the Treaty on the European Union (TEU).³⁸ In the case at stake – as reported *supra* – the Bundeskartellamt complied with this requirement.

Having regard to the profile concerning the linking of the data referred to in Article 9(1) GDPR and gathered through third party services into the user's social network account, the principle provided for by Article 9(1) GDPR is that the processing of this group of data is prohibited, irrespective of the purpose for which they are treated.³⁹ According to the Court, the linking of these data (for instance entered into by the user in the moment of registration to a website to which one or more categories of data referred to in Article 9(1) GDPR relate) has to be considered as 'processing of special categories of personal data', which is in principle prohibited, save the derogations listed in Article 9(2) GDPR.⁴⁰

Consequently, the Court answered to the question regarding the derogation to the above referred prohibition contained in Article 9(2)(e) GDPR, by sustaining that these special categories of data can be processed only in case they are *data*

³⁵ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 47.

³⁶ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 48.

³⁷ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 51.

³⁸ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 53.

³⁹ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, points 68–70. See also opinion of Advocate General Rantos in the same proceeding, 20 September 2022, points 40–41.

⁴⁰ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 73.

which are manifestly made public 'by the data subject'.⁴¹ The Court decided to adopt a restrictive interpretation of the provision at stake, as *it cannot be inferred from the mere visit to such websites or apps by a user that the personal data in question were manifestly made public by that user within the meaning of Article 9(2)(e) of the GDPR*.⁴² According to the Court, the only circumstance in which the user, for instance by clicking on a 'like' button or by providing data pertaining to this category falls within the exception provided for by Article 9(2)(e) GDPR is in case the same user, through individual settings chosen with her/his full knowledge, agreed to make data relating to her or him accessible to an unlimited number of people.⁴³

The following question addressed by the Court of Justice has regard to the legitimacy of the processing of users' data according to one of the possibilities provided for by Article 6(1) GDPR.

On this point the Court of Justice provides an interesting clarification, useful for the case in which the dataset collected and processed by the concerned firm contains both 'ordinary' data and 'sensitive' ones (in the meaning explained above). In that case, if the two categories of data cannot be separated, Article 9 GDPR prevails, and this processing is prohibited.⁴⁴

Anyhow, after this clarification, the Court returns on the question raised by the Oberlandesgericht Düsseldorf and it first analyses the profile concerning the necessity of the processing operated by the social network (so, with the merger of the data *off-Facebook* into the Facebook user account) for the performance of the contract entered into between the two parties, as provided for by Article 6(1)(b) GDPR. The Court details that this processing, in order to be allowed under this condition, must be *objectively indispensable* and the data controller must *demonstrate how the main subject matter of the contract cannot be achieved if the processing in question does not occur*.⁴⁵ In other words, this processing must be essential.⁴⁶

⁴¹ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 75.

⁴² Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 79.

⁴³ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, points 82, 85.

⁴⁴ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 89.

⁴⁵ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 98.

⁴⁶ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 99. And,

By transposing this concept into Facebook's business model, the Court therefore deems that in its opinion the processing of *off-Facebook* data appears not to be essential or necessary for providing the main social network service.⁴⁷

Having regard to the profile referred to in Article 6(1)(f) GDPR, which allows the processing in case a legitimate interest of the data controller (or a third party) is present,⁴⁸ the Court specifies that this requires a balancing exercise that must be carried out by the judge *a quo*.⁴⁹ This balancing exercise, as specified by the Court of Justice, has to be performed bearing in mind the principle of *data minimisation* provided for by Article 5(1)(c) GDPR, according to which data must be *adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed*.⁵⁰ Moreover, the Courts also affirms that this processing has to be performed in the less restrictive way with regard to the principles contained in Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.⁵¹ The balancing exercise has to be conducted in particular with regard to Facebook's business model, which, as we saw, is centred on personalised advertisement. The processing of *off-Facebook* data for the purpose of providing personalised advertisement could be deemed a legitimate interest of the social network, as exemplified also by Recital 47 of the GDPR. Anyway, in this balancing exercise becomes essential the 'expectation' of the data subject with regard to the processing of her/his data operated by the data controller. In fact, as provided by the same Recital 47 of the GDPR, *the interests and fundamental rights of the data subject could in particular override the interest of the data controller where personal data are processed in circumstances where data subject do not reasonably expect further processing*. By putting this principle into the context of the case at stake, the Court of Justice therefore concludes that – according to the principle explained – personalised advertising does not constitute a legitimate interest, as *despite the fact that*

as underlined by the AG at point 54 of his conclusions, in case the contract consists of various services, this indispensability needs to be assessed with regards to each service separately.

⁴⁷ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 104.

⁴⁸ Anyway, this legitimate interest is overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject, in particular where s/he is a child.

⁴⁹ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 110.

⁵⁰ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 109.

⁵¹ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 108.

the services of an online social network such as Facebook are free of charge, the user of that social network cannot reasonably expect that the operator of the social network will process that user's personal data, without his or her consent, for the purposes of personalised advertising⁵² and in a way that can give to the user the impression that his or her private life is being continuously monitored.⁵³

Having regard to the last prong of this question, for the Court was finally easy to also address the issue regarding the possibility of allowing the data processing at stake according to Article 6(1)(d) GDPR, which authorises the processing of data in case it is necessary to protect *vital interests of the data subject or of another natural person*. Correctly, the Court notices that the activity carried out by Facebook is mainly economic and therefore it is highly unlikely that the processing of data the social network carries out can be related to the provision just mentioned.⁵⁴

The final issue addressed by the Court is probably the most interesting with regard to the intersection between competition law and data protection, as it focuses on the validity of the consent given – according to the GDPR requirements – by the user to the social network in case the latter holds a dominant position in the market for online social networks.

For this purpose, it is worth recalling two recitals and a provision contained in the GDPR. First, Recital 42 of the GDPR states that *consent should not be regarded as freely given if the data subject has no genuine or free choice or is unable to refuse or withdraw consent without detriment*. Accordingly, and in a more precise way, Recital 43 of the GDPR affirms that *consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data in a specific case where there is a clear imbalance between the data subject and the controller [...]. Consent is presumed not to be freely given if it does not allow separate consent to be given to different personal data processing operations despite it being appropriate in the individual case*. Finally, Article 7(4) GDPR provides that *when assessing whether consent is freely given, utmost account shall be taken of whether, inter alia, 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 that contract*.

Firstly, it is worth specifying that the fact that the data controller holds a dominant position on the relevant market does not in itself give rise to the fact

⁵² Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 117.

⁵³ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 118.

⁵⁴ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 137.

that the data subject's consent is not freely given, as this needs to be evaluated in the specific circumstances of the case.⁵⁵ Anyway, by analysing the reported provisions in the context of the present case, it is clear first how Facebook unified in a unique consent (the one related to the usage of the main social network) also the collection of *off-Facebook* data. In addition, as pointed out by the Court of Justice in its decision (and analysed above), the 'merging' of all these data into the user's Facebook account is not seen as indispensable for Facebook in order to carry out its activities.⁵⁶ Therefore, the Court concludes that users should have the possibility to refuse to provide their consent to specific processing of their data which are not necessary for the performance of the contract they concluded with the social network. This without facing a take it or leave it choice – as in the case at stake – to accept every data processing or not to use the service. This means, according to the Court, that *users are to be offered, if necessary for an appropriate fee, an equivalent alternative non accompanied by such data processing operations.*⁵⁷ The profile regarding alternative services offered in exchange of a monetary fee is of particular interest and it will be analysed in the following conclusions. Having regard to this final question the Court therefore concludes that the fact that the firm operating a social network service holds a dominant position on the relevant market does not, by definition, mean that the user's consent is not freely given, but it constitutes an important parameter to establish if the user's consent was validly and freely provided. Particularly important, the burden to prove the latter lies on the firm.⁵⁸

CONCLUSION: A MILESTONE DECISION IN AN EVOLVING LEGAL SCENARIO

When the *Facebook* decision was issued by the Bundeskartellamt in 2019 it marked a significant shift in the enforcement of competition rules in digital markets. Since then, big steps have been made and much more awareness of the problems related to *tech giants*' market power has been acquired. This decision was seen as 'disruptive' because only the two decisions against Google issued by the European

⁵⁵ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 147.

⁵⁶ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 150.

⁵⁷ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 150.

⁵⁸ Court of Justice, decision 4 July 2023, case C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd and Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt (Facebook)*, point 154.

Commission – namely *Google Shopping*⁵⁹ and *Google Android*⁶⁰ – tried to face the challenges posed by digital gatekeepers, which seemed practically impossible to be regulated and brought into the boundaries of normal and workable competition. The *Facebook* decision's significant innovation was in particular the fact of enforcing competition law by means of using data protection provisions, and in particular the GDPR, as a parameter for establishing an abuse of dominant position. Also from the enforcement viewpoint the decision was particularly 'brave', as the Bundeskartellamt, a competition authority, decided to take into consideration rules formally falling outside its mandate. This decision was welcomed with great attention and for sure contributed to the evolution of the debate and the legislation on the issue at stake. After this pronouncement a lot of innovations were brought: Germany posed itself again at the forefront and in January 2021 introduced Section 19a of its GWB and started investigations according to this new piece of legislation against all the *tech giants*;⁶¹ in addition, a new reform is expected to be adopted very soon, enabling the Bundeskartellamt to adopt behavioural measures following a sector inquiry in a market in case a disturbance of competition is found; also, this reform is expected to ease – with particular reference to the quantification profile – the disgorgement of profits gained by companies as a result of a competition law infringement.⁶² In a similar vein, the Italian legislator, after the proposal

⁵⁹ European Commission, decision 27 June 2017, case AT.39740, *Google Search (Shopping)*, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf, 8 October 2023. The relevant press release is available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784, 8 October 2023 and a summary of the decision has been published in the *Official Journal of the EU*, 12 January 2018, C 9/11. See, *inter alia*, Konstantina Bania, "The European Commission's decision in Google Search", in *Competition Law for the Digital Economy* (Eds. Björn Lundqvist and Michal S. Gal), Edward Elgar, Cheltenham, 2019, 264–301; Beata Mäihäniemi, *Competition Law and Big Data*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, 110–272.

⁶⁰ European Commission, decision 18 July 2018, case AT.40099, *Google Android*, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf, 8 October 2023. The relevant press release is available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581, 8 October 2023 and a summary of the decision has been published in the *Official Journal of the EU*, 28 November 2019, C 402/19.

⁶¹ Bundeskartellamt, *Amendment of the German Competition Act against Restraints of Competition*, 19 January 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html, accessed 10 October 2023.

⁶² White and Case, *The new German Competition enforcement act – a true paradigm shift?*, 10 August 2023, <https://www.whitecase.com/insight-alert/new-german-competition-enforcement-act-true-paradigm-shift>, 10 October 2023; Allen & Overy, "11th Amendment of German Competition Act enters into force, introducing significant reforms", 18 July 2023, <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/11th-amendment-of-german-competition-act-enters-into-force-introducing-significant-reforms>, 10 October 2023.

submitted by the Italian Competition Authority (AGCM) in March 2021,⁶³ in August 2022 introduced a reform aimed at strengthening the abuse of economic dependence tool and at making easier for the AGCM the control over mergers in the digital sector, especially where innovative startups are involved (the so-called *killer acquisitions*).⁶⁴ Anyway, from the legislative standpoint, for sure the biggest game changer is represented by the enactment (after a long debate) of the Digital Markets Act Regulation (DMA) in September 2022. How this Regulation will impact on the market, together with its effectiveness, is still to be analysed after the first phase of its enforcement. Doubts can be casted on the feasibility for the Commission to effectively control *ex ante* the behaviours of the digital gatekeepers recently designated as such. In fact, this requires a day-by-day and very demanding control task, which also implies the use of a high amount of both financial and human resources. Moreover, it is still to be seen how the gatekeepers will react to the DMA provisions and whether they will find a way to ‘circumnavigate’ the obstacle. Quite curiously, a viable strategy that they can adopt in order to – at least in part – defuse the DMA rules is mentioned exactly among the lines of the *Facebook* decision of the Court of Justice and it consists in offering to users the choice between a free service financed by advertisement and by a deep processing of users’ data or the same service in exchange of a monetary payment and without advertisement (and consequently less exploitative of users’ personal information). At this point, however, a question raises spontaneously: Would the users – especially in a period of crisis and high prices hikes – choose the expensive but privacy-friendly service? Quoting Manzoni in the piece of poetry *Il Cinque Maggio, ai posteri l'ardua sentenza* (to the future generations the hard judgement), but it seems highly likely that users – also if we think about the scarce awareness towards data policies and the related issues among the general population – would continue to choose the free service, in exchange of a massive exploitation of their personal data. What result at this point? That everything must change in order nothing to change, because in this scenario gatekeepers would maintain their market power, thus being formally compliant with the law. This said, the opinion on the DMA, as already expressed in other

⁶³ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), *AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, 22 March 2021, 56, available (in Italian only) at [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/\\$File/AS1730.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/$File/AS1730.pdf), 8 October 2023. See also Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, *Italian Antitrust Authority’s proposed reform of the national antitrust rulebook: what’s in it for digital players?*, 29 March 2021, <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102guad/italian-antitrust-authoritys-proposed-reform-of-the-national-antitrust-rulebook>, 8 October 2023.

⁶⁴ Law 5 August 2022, no. 118, published in OJ 12 August 2022, no. 188.

works and during the precedent edition of this Conference, remains positive, with a suspended judgement whilst waiting for the very first enforcement steps. Indeed, the adoption of *ex ante* quasi regulatory provisions represents for sure a significant positive initiative in contrasting the excessive market power of digital gatekeepers and for sure the numerous obligations contained in the DMA will have an impact on these companies' businesses. Anyhow, we have to be aware that this is only the first act of a long challenge for maintaining markets contestable and competitive.

From the judicial and enforcement point of view, the recent period saw a growing number of decisions issued by national competition authorities: Reference can be made to the *Google/Enel X*⁶⁵ and the *Amazon FBA*⁶⁶ decisions by the Italian AGCM, the already mentioned investigations started by the Bundeskartellamt against all the tech giants and based on the new Section 19a GWB (and here is also included the referred *Facebook/Oculus* investigation),⁶⁷ together with some probes carried out by the European Commission⁶⁸ and the almost total confirmation of the Commission's *Google Shopping*⁶⁹ and *Google Android*⁷⁰ decisions through the judgements on these cases by the General Court. As already sustained, these initiatives and achievements shows an increased consciousness and awareness about the importance of maintaining digital markets competitive, on their functioning and structure and on the necessity of preventing the *tipping* of such markets, together

⁶⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), decision 27 April 2021, case A529, *Enel X – Android Auto*, available (in Italian only) at https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf, 8 October 2023). The relevant press release (in Italian only) is available at <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/5/A529>, 8 October 2023.

⁶⁶ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), decision 9 December 2021, case A528, *Amazon*, available (in Italian only) at https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A528_chiusura%20istruttoria.pdf, 8 October 2023. The relevant press release is available at <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528>, 8 October 2023.

⁶⁷ A complete list (updated to October 2023) is available on the Bundeskartellamt's website at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Downloads/Liste_Verfahren_Digital-konzerne.pdf?__blob=publicationFile&v=18, 10 October 2023.

⁶⁸ European Commission, Commission accepts commitments by Amazon barring it from using marketplace seller data, and ensuring equal access to Buy box and Prime, 20 December 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7777, 10 October 2023; European Commission, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google over abusive practices in online advertising technology, 14 June 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207, 10 October 2023.

⁶⁹ EU General Court, decision 10 November 2021, case T-612/17, *Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping)*.

⁷⁰ EU General Court, decision 14 September 2022, case T-604/18, *Google LLC and Alphabet, Inc. v. Commission (Google Android)*.

with an improved insight into the gatekeepers' business model. Anyhow, notwithstanding the paramount importance of the Bundeskartellamt's *Facebook* decision, some points it treated remained unclear and the Court of Justice, by means of the judgement analysed in this paper, took what we can for sure define a wise approach. In doing so, it confirmed the innovative interpretation inaugurated by the Bundeskartellamt, thus providing a fundamental guidance – together with legal certainty – to other competition authorities or courts called to enforce competition rules in market in which personal data represent the main asset. Therefore, it can be said that the Court of Justice 'rewarded' the approach followed by the Bundeskartellamt, and in doing so it also launched an important message: Innovative and complementary application of European legislation is welcomed and the approach to be followed is a flexible one, called at adapting the various rules to the market structure at stake. Also from a purely normative viewpoint, the decision of the Court of Justice showed how European Union law is not constituted by separate body of provisions, but it forms a system, in which all the pieces of legislation can cross-fertilise themselves in order to pursue the fundamental objectives of the Union, as contained in the Treaties and in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The clarification provided by the Court of Justice and this consistency interpretation of the EU rules can for sure be very useful for Countries, such as Serbia – hosting Country of this Conference – which are seeking to join the internal market and the economic growth it implies through the progressive shaping of their systems along the lines of the *acquis communautaire*.

Dr ANDREA PILETTA MASSARO

angažovan kao profesor na Katedri za sociologiju i poslovno pravo
Univerziteta u Bolonji

Asistent na Katedri za pravo Univerziteta u Torinu

LEGITIMITET DOPUNSKE PRIMENE PRAVILA O ZAŠTITI
KONKURENCIJE I PRAVILA O ZAŠTITI PODATAKA:
POJAŠNJENJE SUDA PRAVDE U ODLUCI *FACEBOOK*

Rezime

Odluka doneta 2019. godine od strane nemačkog Saveznog kartelnog zavoda u slučaju *Facebook* predstavlja značajan pomak u primeni prava konkurencije na digitalnim tržištima. Odlukom je naglašen značaj zaštite ličnih podataka kao imovine u poslovnom modelu tzv. tehnoloških giganata. Nadležni nemački upravni organ za zaštitu prava konkurencije usvojio je hrabar i inovativni pristup zaštite konkurencije, pozivajući se na nepoštovanje odredbi o zaštiti podataka, kako bi utvrdio postojanje

zloupotrebe dominantnog položaja na *online* tržištu društvenih mreža. U procesu donošenja odluke, Zavod je koristio komplementarni, uporedni pristup tumačenja pravila o konkurenciji i pravila o zaštiti podataka. Odluka doneta u sporu *Facebook* otvorila je brojna pitanja ali i pružila potvrdu da nadležni nacionalni organi prilikom odlučivanja o povredi konkurencije mogu primenjivati pravila o zaštiti podataka. Odluka Suda pravde predstavlja zreo i potpun odgovor i može se tumačiti kao temeljno uputstvo za buduće postupke tumačenja povrede pravila konkurencije, istovremeno doprinoseći finom podešavanju pravila konkurencije izazovima digitalnog tržišta.

Ključne reči: pravo konkurencije, zaštita podataka, sudski postupak, digitalizacija, Evropska unija

Bibliography

- Allen & Overy, “11th Amendment of German Competition Act enters into force, introducing significant reforms”, 18 July 2023, <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/11th-amendment-of-german-competition-act-enters-into-force-introducing-significant-reforms>.
- Balkin J. M., „Fixing Social Media’s Grand Bargain“, Hoover Institution Aegis Series Paper No. 1814, 2018, https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/balkin_wereadypdf.pdf.
- Bania K., “The European Commission’s decision in Google Search”, in *Competition Law for the Digital Economy* (Eds. Björn Lundqvist and Michal S. Gal), Edward Elgar, Cheltenham, 2019.
- Esayas S.Y., “Privacy-as-a-quality parameter of Competition”, in *Competition Law for the Digital Economy* (Eds. Björn Lundqvist and Michal S. Gal), Edward Elgar, Cheltenham, 2019.
- 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/>.
- Mäihäniemi B., *Competition Law and Big Data*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020.
- Mataia M., *Private Regulation and the Internal Market: Sports, Legal Services, and Standard Setting in EU Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Pardolesi R. and Osti C., *Lantitrust ai tempi di Facebook*, Mercato Concorrenza Regole, 2019.
- Piletta Massaro A., “Competition Law and Data Protection: The Need for Legal Certainty in a Necessary Relationship”, in *Primena prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom IV, Beograd, 2021.
- Piletta Massaro A., “Seeking Justice and Fairness in Competition Law: The Regulation of Digital Platforms in the European Union”, in *Sudski Postupak – Pravda i Pravičnost, Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom II, Beograd, 2022.
- Piletta Massaro A., *The Rising Market Power Issue and the Need to Regulate Competition: A Comparative Perspective Between the European Union, Germany, and Italy*, Concorrenza e Mercato, 2023, in the process of publication.

- Scheele R., “Facebook: From Data Privacy to a Concept of Abuse by Restriction of Choice”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021.
- 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. and Ezrachi A., *Competition Overdose. How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, HarperCollins, New York, 2020.
- Stucke M. E. and Grunes A., *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Stucke M. E., *Breaking Away. How to Regain Control Over Our Data, Privacy, and Autonomy*, Oxford University Press, Oxford, 2023.
- Wiedemann 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*, 2020.
- Wu T., *The Attention Merchants*, Atlantic Books, London, 2017.
- Zuboff S., *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, PublicAffairs, New York, 2019.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

DUŠKO LOPANDIĆ

TRANSFORMACIJA POLITIKE PROŠIRENJA EVROPSKE UNIJE POD UTICAJEM RATA U UKRAJINI – OD POLITIKE USLOVLJAVANJA DO GEOPOLITIČKOG PROŠIRENJA EU –

Pitanje proširenja Evropske unije, odnosno ranijih Evropskih zajednica uvek je bilo blisko povezano sa gledanjima na prirodu i perspektive razvoja ove ključne evropske organizacije. Svaka od sedam etapa proširenja EU je bila specifična i sadržala je elemente političkog izbora u kombinaciji sa različitim tehničkim i pravnim preduslovima. Faze proširenja EU u ovom veku su bile karakteristične po povećanju političko-pravnih preduslova za ulazak novih kandidata za članstvo. Praktično udvostručavanje broja članica EU u kraćem periodu dovelo je do „zamora od proširenja“ u prvoj deceniji ovoga veka, koja je, kombinovana sa „multikrizama“ EU tokom prošle decenije proizvela de facto paralizu procesa proširenja EU na zemlje Zapadnog Balkana. Naredni krug proširenja bi trebalo da obuhvati, kako Ukrajinu, tako i region ZB, što će predstavljati poseban izazov za EU. U tom okviru, pojavljuje se i niz novih predloga zasnovanih na „novoj metodologiji“ proširenja EU. U ovom procesu, od značaja će biti novi institucionalni ciklus u Uniji, koji će započeti sa izborima za Evropski parlament 2024. godine, pregovori o dugoročnom budžetu EU od 2027. godine, kao i 2030. godina kao okvirni rok koji se pominje kao predlog za narednu fazu proširenja EU.

Ključne reči: proširenje, Zapadni Balkan, reforma EU

Prof. dr Duško Lopandić, redovni profesor, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, e-mail: dulopand@yahoo.com.br.

U V O D

*Između produblivanja i širenja evropske integracije:
sedam krugova proširenja EU*

Pitanje proširenja Evropske unije, odnosno ranijih Evropskih zajednica uvek je bilo blisko povezano sa gledanjima na prirodu i perspektive razvoja ove ključne evropske organizacije.

Nakon osnivanja i tokom šezdesetih godina prošloga veka, pitanja (ne)uključivanja Ujedinjenog Kraljevstva u EEZ bilo je jedno od važnih tema političke debate između šestoro članica tadašnje „Male Evrope“. Poznate su prvobitne rezerve UK u odnosu na učešće u stvaranju Evropske ekonomske zajednice, kao i kasnije otpor generala De Gola, kada je u pitanju kandidatura UK. Otpor Francuske je prevaziđen tek nakon odlaska predsednika De Gola sa vlasti, pa su UK uz Irsku i Dansku primljene u EEZ 1974. godine, što je znatno proširilo kontekst ekonomskog delovanja kao i sam značaj Zajednice, koja se postepeno od „Male Evrope“ pretvarala u integraciju većeg dela Zapadne Evrope.¹

„Mediterransko proširenje“ EEZ imalo je, ne samo ekonomski nego i poseban politički značaj, jer je članstvo u Zajednici direktno osnažilo tadašnje relativno nove demokratije koje su izlazile iz decenijskog perioda desničarskih ili vojnih diktatura (drugo i treće proširenje 1981, 1985 – Grčka, Španija i Portugalija). Mediteransko proširenje je takođe predstavljalo i period kada paralelno dolazi do prve institucionalne revizije osnivačkih ugovora, sa tzv. Jedinstvenim evropskim aktom. Radilo se o konsolidaciji zajednice tadašnje „Dvanaestorice“ koja se na neki način pripremala za mnogo ambicioznije korake koji će doći tokom naredne decenije, sa kompletiranjem tzv. jedinstvenog tržišta (pod sloganom „Evropa 92“), a istovremeno revolucionarnim geopolitičkim zbivanjima: ujedinjenjem Nemačke (koje je *de facto* predstavljalo „nevidljivo proširenje“ EEZ ulaskom istočnonemačkih landera u SRN), raspadom Istočnog bloka i orijentacijom većine nekadašnjih socijalističkih država centralne i istočne Evrope na ulazak u EU.

Poslednja decenija prošlog veka bez sumnje je predstavljala najveću kvalitativnu i kvantitativnu transformaciju evropske integracije: „Dvanaestorica“ postaju „Petnaestorica“ (ulazak tri neutralne zemlje – Švedske, Austrije i Finske) u potpuno

¹ O istorijatu Evropskih zajednica i Evropske unije, kao i proširenjima EU v. Desmond Dinan, *Menjanje Evrope – Istorija Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, 344; Elisabeth du Réau, *L'idée d'Europe qu XXe siecle*, Ed. Complexe, Paris, 1995, 371; Sylvie Kahn, *Histoire de la construction de l'Europe depuis 1945*, PUF, Paris, 2011, 327; Žorž Anri Sutu, *Neizvestan savez – Istorija Evropske zajednice*, CLIO, Beograd, 2001, 407; Duško Lopandić, *Evropska integracija između nacije i globalizacije*, Arhipelag, Beograd, 2017, 222.

novom kontekstu zaključenja Ugovora iz Mاستrihta (1992. godina) kojim se tadašnja prvenstveno ekonomska integracija transformisala u političku zajednicu i ekonomsko-monetarnu uniju. Tako je EU postala projekt koji je od zapadnoevropske integracije prerastao u mnogo ambiciozniju panevropsku integraciju.

Ugovor iz Mاستrihta, kasnije dograđen amandmanima iz ugovora iz Amsterdama (1997) i Ugovora iz Nice (2001), postao je osnov za do sada najambiciozniji projekt proširenja Evropske unije: „veliki prasak“ kojim je 2004. godine EU od integracije 15 država povećana na 25–27 država članica iz centralne i istočne Evrope i sa Mediterana. Veliki prasak je završen sa ulaskom Bugarske i Rumunije u EU 2007. godine.²

Ova ekspanzija je, međutim predstavljala novu prekretnicu EU koja od tog vremena ulazi u dugotrajan period internih „multikriža“. Osim „zamora od proširenja“ povezanog sa velikim praskom, EU se suočila sa institucionalnom krizom nakon negativnih referenduma u Francuskoj i Holandiji (2005. godine) kojima je praktično odbačena ambiciozna pro-federalistička reforma u obliku „ugovora o ustavu Evrope“.³ Mogućnost institucionalne paralize Unije ipak je izbegnuta zaključenjem ugovora iz Lisabona (2007) koji je dobrim delom, u nešto skromnijem obliku zamenio ugovor o ustavu Evrope. Međutim, serija dubokih kriza se nastavila, prvo kao finansijska i dužnička kriza pojedinih država članica (Grčka, Portugalija, Irska, Baltičke zemlje – 2008–2012), zatim kao kriza političkog poverenja i jačanja populističkih evroskeptičkih pokreta u državama članicama, zatim kao migrantska kriza (vrhunac je dostignut 2015. godine), a potom i u formi neočekivanog „bregzita“, kojim je Ujedinjeno Kraljevstvo, nakon oko četiri decenije aktivnog članstva izašlo iz EU (2016/2020). U ovom periodu dolazi i do postepene promene politike proširenja Unije.

PROMENA STRATEGIJE PROŠIRENJA TOKOM DRUGE DECENIJE XXI VEKA

Kao što je poznato, Hrvatska je bila poslednja zemlja koja je ušla u EU 2013. godine, dakle još pre deset godina. Pišući još sredinom 2006. godine esej pod naslovom „Naredne evropske granice“, tadašnji evropski komesar za proširenje Oli Ren je zabeležio:

² O velikom prasku i elementima pregovora sa zemljama centralne i istočne Evrope v. Andrea Ott et Krzstian Inglis, *Handbook on European Enlargement*, Asser Press, The Hage, 2002, 1110.

³ V. Duško Lopandić, *Moguća Evropa i godine pred nama*, IES, Beograd, 2018, 45. V. takođe Klaus Ofe, *Evropa u zamci*, Službeni glasnik, Beograd, 2016, 127; Ivan Krastev, *Posle Evrope*, Samizdat, Beograd, 2018, 106; Slobodan Zečević, *Ispričaj mi priču o Srbiji i EU*, Akademaska knjiga, Novi Sad, 2018, 183.

„Hrvatska bi trebalo da bude spremna (za pristupanje u EU) pri kraju ove dekade. Neki od njenih suseda bi mogli da završe pregovore u narednim godinama. Sve zemlje (regiona) bi mogle da pristupe pre 2015. godine, ukoliko budu uporno radile na reformama i poboljšanju svoje uprave i privrede.“⁴ Tadašnji komesar po-reklom iz Finske nije bio poznat po nerealnom optimizmu ili preterivanju. Iako je pisao u vreme kada su se već navlačili sivi oblaci nad perspektivama daljeg institucionalnog napretka Evropske unije, Ren je samo konkretnije formulisao očekivanje koje je na najvišem nivou bilo izraženo još u junu 2003. godine, na samitu EU – Zapadni Balkan u Solunu. Tada je svečano zaključeno da su sve zemlje Zapadnog Balkana potencijalni kandidati za članstvo u EU i da „budućnost Balkana leži unutar Evropske unije“.⁵

Već nakon 2006. godine (tj. paralelno sa odlukom o uključivanju Bugarske i Rumunije u EU), a posebno sa drugom decenijom ovoga veka, došlo je do pooštravanja i usložnjavanja kriterijuma odnosno praktično usporavanja procesa proširenja EU. Iako su i dalje u načelu važila tri osnovna „kriterijuma iz Kopenhagena“ za članstvo u EU (demokratski politički sistem i pravna država, ekonomska liberalizacija i mogućnost konkurencije u privredi i odgovarajući administrativni kapaciteti države kandidata) zaključci Evropskog saveta iz 2006. godine o „obnovljenom konsenzusu o proširenju“ stavili su naglasak na tzv. 3K: „*konsolidovanje* obaveza, fer i strogu *uslovljenost* (conditionality) i bolju *komunikativnost*“ (proces) – uz preduslov koji se odnosi na „sposobnost EU“ da integriše nove članice. *Stroga (rigorous) uslovljenost* je bila ključni izraz koji će uticati na suštinsko usporavanje i razvlačenje pregovora o članstvu država Zapadnog Balkana tokom druge decenije XXI veka.

„Obnovljeni konsenzus“ i „novi pristup“ politici proširenja EU, dodati na mehanizme uslovljavanja EU ojačali su ulogu nacionalnih država u samom procesu (posebno u okviru procedura koje omogućavaju veto u raznim fazama postupka). Ceo proces je postao rigidniji i više tehnički. „Umesto da približe proces proširenja građanima regiona ZB, ove tehnikalije su usitnile ceo proces pristupanja, dajući iluziju kretanja dok su istovremeno stvarnu perspektivu članstva zadržale na što daljoj distanci.“⁶

Predsednik Evropske komisije Junker izneo je 2014. godine u svom govoru o stanju Unije pred Evropskim parlamentom (jul 2014), da tokom njegovog petogodišnjeg mandata „neće biti novog širenja Evropske unije“. „Kako stvari trenutno

⁴ Olli Rehn, *Europe's next frontier*, CAP, Nomos, Munchen, 2006, 87.

⁵ https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/misc/76291.pdf, 27. 6. 2023.

⁶ Florent Marciaque, „The EU and the Western Balkans after the Berlin Process Reflecting on the EU Enlargement in Times of Uncertainty“, *Dialogue Sudosteuroopa*, FES, Sarajevo, 2017, 19. V takode V. Medak, „Institucionalne promene u EU i nove procedure u procesu proširenja“, *Spoljnopolitičke sveske*, br. 1, EPUS, Beograd, 2019, 19–23.

stoje“, istakao je Juncker, „nezamislivo je da bilo koja od zemalja kandidata ispune kriterije za proširenje do 2019. godine.“⁷ Istakavši da će tekući pregovori biti nastavljani, Juncker je svoj stav donekle ublažio konstatacijom da evropske države, a posebno Zapadni Balkan, treba da imaju „kredibilnu evropsku perspektivu“. Ovo bez sumnje nije pomoglo jačanju entuzijazma za reforme u zemljama kandidatima i potencijalnim kandidatima na Zapadnom Balkanu. To nije promenio ni kasniji Junckerov predlog (iz 2018) da se utvrdi vremenski cilj (2025. godina) kao okvirni datum za ulazak u članstvo „vodećih kandidata“ za članstvo (Srbija i Crna Gora). Ovaj datum su države članice prećutno odbacile na samitu EU – Zapadni Balkan, održanom u Sofiji 2018. godine.⁸

Umesto da na stogodišnjicu atentata u Sarajevu i početka I svetskog rata zemlje Zapadnog Balkana budu potpuno integrisane u EU (kako je to nekada najavljivano), nemačka kancelarka je 2014. godine pokrenula tzv. Berlinski proces, koji je predstavljao jednu vrstu političkog koloseka za zemlje ZB, u širem kontekstu ali sasvim odvojeno od pregovora sa EU o proširenju.

„Nova metodologija“ u okviru još jedne strategije proširenja EU Evropske komisije, koju je na inicijativu Francuske usvojila komisija predsednice Van der Lajen 2020, nije dovela do bitnijeg ubrzanja u pregovorima.⁹ Dokument o „novoj metodologiji“ je dodatno preusmerio pristupne pregovore, od konačnog cilja (tj. punopravnog članstva) na tehničku metodologiju kojom bi se mogla ostvariti neka vrsta delimične (sektorske, fazne) integracije zemalja kandidata u pojedinim sektorima (*phasing-in*). Vizija ili mapa puta za punopravni ulazak u članstvo država ZB (uključujući i tzv. vodeće zemlje, tj. Crnu Goru i Srbiju) u slučaju strategije sa novom metodologijom, bile su izostavljene.¹⁰

⁷ Jean Claude Juncker, A new start for Europe Opening Statement in the European Parliament Plenary Session Strasbourg, 15 July 2014, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_en.pdf, 12. 9. 2023.

⁸ European Commission, Communication, A credible enlargement perspective for and enhanced EU engagement with the Western Balkans, Strasbourg, 6.2. 2018 COM(2018) 65 final, 19. V. takođe Duško Lopandić, „Evropska unija i Srbija: Nes/završena integracija“, *Srbija, zarobljeno društvo, Izveštaj Helsinškog odbora* (ur. Sonja Biserko), 2023, 318–341.

⁹ European Commission, Communication, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, Brussels, 5. 2. 2020 COM(2020) 57 final, 8; Komentar u Marko Milenković, „EU Enlargement Strategy 2020 – Paving the Way for Differentiated Integration?“, SIOI, Bologna, https://www.osorin.it/uploads/model_4/files/54_item_2.pdf?v=1608022440, 18. 12. 2022.

¹⁰ Nevena Prolović, „Srbija u odnosu sa EU“, *EU i Zapadni Balkan, izazovi i perspektive* (ur. Dragan Đukanović, Vladimir Trapara), IMPP, Beograd, 2014, 174. Andrea Matijević, „Stavovi država članica o proširenju EU i nova metodologija politike proširenja“, *Politička revija*, br. 2, Vol. 64, Beograd, 2020, 151–175.

Iako su Severna Makedonija (podneta kandidatura 2004), Crna Gora (2008), Albanija (2009) i Srbija (2009), podnele zvanične kandidature za članstvo tokom prve ili druge decenije XXI veka, ni cela decenija nije bila dovoljna da se proces pristupanja ovih zemalja konkretizuje, a još manje da se otvori perspektiva kraja pregovora. Do 2023. godine, u pregovorima o proširenju sa EU Crna Gora je otvorila praktično sva poglavlja, ali ih je zatvorila samo tri; Srbija je otvorila 22 od 35 poglavlja (kao i dva od šest „klastera“) a zatvorila samo dva poglavlja; Severna Makedonija i Albanija su samo formalno otvorile pregovore; Bosna i Hercegovina je tek dobila formalni status države kandidata. Ni za jednu od ovih država nije verovatno da bi mogle postati punopravne članice EU pre kraja ove decenije.

Navedena lutanja u strategijama proširenja i suštinska (iako neiskazana zvanično) politička rezerva u EU prema bilo kakvoj perspektivi srednjoročnog širenja Unije, imala je vrlo negativne efekte po interne reforme u nekim zemljama kandidatima, koje su, ne samo pokazivale „zamor od reformi“ kao odgovor na zamor od proširenja, već i suštinsku regresiju demokratskog političkog sistema, institucionalne autonomije, kao i nekih politički osetljivih sektora (medijske slobode, borba protiv korupcije i sl.). Evropska komisija je u nekim od svojih dokumenata već pre pola decenije ukazala na pojavu „zarobljene države“ (*captured state*) čiji je dobar primer i stanje u Srbiji (od sredine prošle decenije do danas).

Prema analizi godišnjih izveštaja Evropske komisije u kojima se daju ocene (od 0 do 4) pripremljenosti zemalja kandidata i potencijalnih kandidata za EU, u odnosu na ukupan zbir poena od 99 koliko bi iznosio prosek za sva poglavlja u visini ocene 3 („dobar nivo pripremljenosti“ za 33 poglavlja), Crna Gora ima zbir 70, Srbija i S. Makedonija su na zbiru 67, Albanija 54, Ukrajina 37, Moldavija 23 i BiH 22. Od 2015. godine, prosek ocena Srbije praktično stagnira, kako u celini (za sva poglavlja prosek ocena stagnira na 2) tako posebno i za oblast vladavine prava (gde je prosek ocena posebno nizak – 1). Drugim rečima, „ocene Komisije pokazuju da sadašnji proces pristupanja ne uspeva da podstakne reforme“.¹¹

U celini, moglo bi se konstatovati da druga decenija XXI veka predstavlja neku vrstu izgubljene decenije kada je u pitanju politika proširenja EU na Zapadni Balkan.¹² Ovolikim otežanjem celog procesa, dobrim delom je obesmišljen politički značaj pregovora o proširenju a EU je u jednoj meri izgubila onu „transformacionu

¹¹ European Stability Initiative, Scoreboard The true state of accession What the Commission assessments reveal, ESI Background Paper 17 March 2023, <https://www.esiweb.org/sites/default/files/reports/pdf/>, 2. 9. 2023.

¹² V. Maja Kovačević, „Politika proširenja EU u potrazi za reformom“, *Politička revija*, br. 2, Vol. 64, Beograd, 2020, 133–150.

moć“ na države kandidate koja je bila očigledna krajem prošlog veka u periodu kandidature država iz centralne i istočne Evrope.¹³

RAT U UKRAJINI I PROMENA NARATIVA O PROŠIRENJU EVROPSKE UNIJE NAKON 2022. GODINE

Ruska agresija na Ukrajinu, koja je otpočela 24. 2. 2022. predstavlja „vododelnicu“ u geopolitičkoj slici Evrope, koja je vraćena u stanje kontinentalnih ratnih napetosti, čime je i sam mirovni projekt koji je predstavljala Evropska unija pretrpeo, s jedne strane težak šok i udarac, a s druge strane ušao u fazu potencijalne nove transformacije.¹⁴

Evropska unija je na ruski napad odgovorila serijom sankcija prema Rusiji, odlukom o prijemu ukrajinskih izbeglica, kao i merama ekonomske i finansijske pomoći Kijevu, koje, po prvi put u istoriji EU, pored mera mirnodopske podrške obuhvataju i sredstva namenjena kupovini oružja (i municije) namenjenog ukrajinskoj vojsci.

Već četiri dana nakon ruskog napada, Ukrajina je (28. 2. 2022) podnela zvaničan zahtev za članstvu u Evropskoj uniji. Nekoliko dana kasnije, isto su učinile i Moldavija i Gruzija (3. 3. 2022). Evropska komisija je, neobično brzo za njene standard,¹⁵ već 17. juna 2023. godine objavila zvanično mišljenje sa predlogom o davanju statusa zvaničnih kandidata za članstvo Ukrajini i Moldaviji. S druge strane, predloženo je da Gruzija postane „potencijalni kandidat“, ali da zvaničnu kandidaturu za članstvo dobije tek nakon ispunjenja dodatnih internih reformi. Kao odgovor na predlog Komisije, Evropski savet je par meseci nakon podnošenja kandidature – 23. juna 2022. godine – doneo odluku o davanju statusa zvaničnog kandidata za članstvo Ukrajini i Moldaviji. Predlog o početku pregovora o članstvu ovih zemalja u EU Evropski savet će razmatrati u decembru 2023. godine, nakon novog izveštaja Evropske komisije o napretku u procesu prilagođavanja

¹³ *Razvojni pravci EU nakon pandemije COVID 19* (ur. Nevena Stanković i dr.), IMPP, Beograd, 2021, 9 i dalje.

¹⁴ O efektima rata u Ukrajini na Zapadni Balkan v. *A Year Later: War in Ukraine and Western Balkan (Geo)Politics* (ed. Jelena Džankić et al.), European University Institute, Florence, 2023; Ivan Damjanovski et al., *The new reality, The Russian war on Ukraine and the Western Balkans EU Accession Process*, IDSCS, Skopje, 2023, <https://idscs.org.mk/en/2023/09/06/the-new-reality-the-russian-war-on-ukraine-and-the-western-balkans-eu-accession-process/>, 15. 9. 2023.

¹⁵ Obično se ovakva mišljenja, koja obuhvataju i obimnu analizu političkih, ekonomskih i zakonodavnih preduslova zemlje kandidata da postane članica EU, pripremaju najmanje godinu dana ili duže.

tekovinama EU. Treba ukazati na izuzetan obrt u položaju pomenutih zemalja u odnosu na mogućnost članstva u Evropskoj uniji. Uoči rata u Ukrajini, ove zemlje su činile deo tzv. istočnog partnerstva, a mogućnost njihovog članstva u Uniji, čak i u vrlo dugom periodu, bila je vrlo sporna. Tako je 2016. godine predsednik EK Ž. K. Junker naveo rok od 20 do 25 godina kao najkraći mogući horizont članstva Ukrajine u EU.¹⁶

Očigledan je izazov koji se pred EU postavlja sa kandidaturama Ukrajine i Moldavije, odnosno Gruzije u EU, nevezano na pitanje njihove realne interne pripremljenosti i stanja u kojim se u uslovima rata ili zamrznutih konflikta ove zemlje zaista nalaze.¹⁷ Kako je to navela N. Toči, „evropska politička dinamika se promenila“ što u praksi znači da ideja o članstvu ovih zemalja nije samo načelna. „Sa bezbednosnom arhitekturom u raspadu, nekima se sada čini da novi politički, ekonomski i bezbednosni poredak u Evropi može počivati samo na proširenju“ (EU i NATO).¹⁸ Međutim, neke nezavršene teme koje su proizašle kao posledica multikrizne iz poslednje decenije, i dalje nisu rešene: s jedne strane, to je pitanje interne adaptacije EU (posebno institucionalne) na dalje širenje EU na preko 30 država članica. S druge strane, očigledan je „nezavršeni posao“ politike proširenja kada je u pitanju region Zapadnog Balkana.

Bez dubljeg ulaženja u temu internog prilagođavanja EU na članstvo dodatnih šest do devet članica (ili 30 plus članica), treba ukazati da se u prvom redu radi o pitanju donošenja odluka u organima Unije. I pored serije predloga oko reforme EU koji su podneseni u okviru „Konferencije o budućnosti Evrope“ (maj 2023),¹⁹ postoji i dalje jak otpor jednog broja (pretežno manjih) država članica u odnosu na

¹⁶ RadioFreeEurope/RadioLiberty. 4 March 2016, <https://web.archive.org/web/20161117030510/http://www.rferl.org/a/junker-says-ukraine-not-likely-join-eu-nato-for-20-25-years/27588682.html>, 10. 9. 2023.

¹⁷ Da podsetimo da su, pored mnogih drugih problema, spoljne granice sve tri zemlje sporne, posebno kada su u pitanju granice Ukrajine (Krim itd.) i Gruzije (Južna Osetija i Abhazija). Moldavija takođe praktično ne kontroliše jedan deo svoje teritorije (Transdnistija) iako formalno još uvek nije proglašena secesija ove oblasti. Treba uporediti ovo stanje, s jedne strane, sa odnosom EU prema Srbiji, od koje se očekuje da pre ulaska u članstvo „normalizuje“ odnose sa Prištinom, pod čim pojedine države članice (poput Nemačke) podrazumevaju međunarodno priznanje Kosova.

¹⁸ Nathalie Tocci, „Enlargement’s back on the political agenda“, <https://www.politico.eu/article/enlargements-back-on-the-political-agenda/>, 1. 9. 2023. Michael Emerson *et al.*, „Opinion on Ukraine’s application for membership of the European Union“, *CEPS Policy Insights*, No 2022-16, April 2022, 17.

¹⁹ Adrijana Lazarević, Andrea Matijević, „Konferencija o budućnosti Evrope: značaj za region Zapadnog Balkana“, *Politička revija*, br. 4, Vol. 70, Beograd, 2021, 69–84. Evropski parlament, Konferencija o budućnosti Evrope: pregled konačnih prijedloga, Briefing, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/738214/EPRS_BRI\(2022\)738214_HR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/738214/EPRS_BRI(2022)738214_HR.pdf), 3. 9. 2023.

bilo kakvu novu institucionalnu reformu Unije. Ovaj otpor se odnosi i na predloge o promenama načina odlučivanja (odustajanje od načela konsenzusa) u pitanjima zajedničke spoljne i bezbednosne politike EU čak i kada to ne podrazumeva promenu postojećeg ugovora o funkcionisanju EU (primena tzv. klauzule o „pasareli“ prema ugovoru iz Lisabona).²⁰

Kada se radi o međunarodnom kontekstu kandidature Ukrajine i Moldavije, prvi odgovor nekih uticajnih zemalja članica EU (Francuske) bila je inicijativa o osnivanju Evropske političke zajednice (EPZ). EPZ je predstavljena kao širi politički okvir za diskusiju o pitanjima od interesa svih evropskih zemalja (osim Rusije i Belorusije) – sa EU kao glavnim koordinatorom – u pitanjima kao što su bezbednost, energetika, klima, ekonomija i sl. Prvi samit EPZ je održan u Pragu oktobra 2022, a drugi u Moldaviji u julu 2023. godine.²¹ EPZ nema nikakvu institucionalnu strukturu (poput sekretarijata), dok svu organizaciju obavlja zemlja domaćin, uz asistenciju tela EU (Evropska komisija ili EEAS).²²

RAZLIČITI PREDLOZI ZA DEBLOKIRANJE PROCESA PRISTUPANJA UNIJI

Kada je u pitanju način prevazilaženja pitanja postojeće *de facto* blokade procesa ulaska u članstvo u EU, postoji niz zvaničnih, poluzvaničnih ili neformalnih ideja i predloga oko mogućnosti dublje integracije država kandidata u periodu dok se ne završe u potpunosti pregovori o pristupanju. Značajno je da su se, u kontekstu novih kandidatura za članstvo kancelar Nemačke Olaf Šolc, kao i predsednik Francuske Emanuel Makron izjasnili da podržavaju proširenje Unije na preko 30 članica. Obojica su, međutim povezali pitanje proširenja sa potrebom da EU bude institucionalno pripremljena, dakle da dođe do „produbljivanja“ zajedno sa proširenjem integracije.²³ Makron je u tom smislu sugerisao da se razmotri neophodnost izgradnje „Evrope u više brzina“.

²⁰ Nicole Koenig, „Towards QMV in EU Foreign Policy Different Paths at Multiple Speeds“, Hertie School, Jacques Delors Centre, 14 October 2022, https://www.delorscentre.eu/fileadmin/2_Research/1_About_our_research/2_Research_centres/6_Jacques_Delors_Centre/Publications/20221014_Koenig_QMV_V1.pdf, 10. 9. 2023.

²¹ Domaćin trećeg samita EPS biće Španija.

²² Corina Stratulat, *The beginning of the European Political Community*, Discussion Paper, 3. 10. 2022, EPC, Brussels, 12.

²³ <https://www.politico.eu/article/scholz-eu-enlargement-reform-prague-charles-university/>. Pristupljeno 3. 9. 2023. <https://www.politico.eu/article/france-president-emmanuel-macron-multi-speed-europe-enlargement-ukraine-moldova-balkans/>, 4. 9. 2023.

Evropski savet je u kontekstu primene tzv. nove metodologije proširenja, na sastanku od 23. juna 2022. godine pozvao EK da predloži mere koje se odnose na „postepenu integraciju“ (*gradual integration*) tokom procesa pristupanja, „imajući u vidu mogućnost reverzibilnosti i individualnih zasluga“ svake zemlje u procesu pregovora.²⁴

U redovnom govoru o stanju Unije septembra 2023. godine, predsednica EK Ursula fon der Lajen se takođe izjasnila za rad na institucionalnim promenama EU, uključujući, ako je potrebno, i promene osnivačkih ugovora. Ona je takođe najavila da će službe EK u narednom periodu analizirati uticaj proširenja na pojedine važne politike EU (poput npr. budžeta, poljoprivredne politike, kohezionih politika i dr.), a da će zemlje kandidati biti uključene u redovne godišnje izveštaje EK o vladavini prava u zemljama članicama EU. U. fon der Lajen je nešto ranije, najavila i plan u četiri tačke za Zapadni Balkan, koji sadrži ideju sektorske integracije „zajedničkog regionalnog tržišta ZB“ u jedinstveno tržište EU, uz dodatnu finansijsku podršku i insistiranje na pitanju poštovanja vladavine prava.²⁵

Predsednik Evropskog saveta Šarl Mišel je u govoru na Bledskom forumu, avgusta 2023. pozvao na dodatni napor u EU i državama kandidatima u vidu „postepenog i faznog napretka“ (u prvom redu u jedinstveno tržište kao i spoljnu i bezbednosnu politiku) kako bi proširenje EU moglo biti realizovano oko 2030. godine. U međuvremenu, države kandidati bi na primer, mogle učestvovati kao posmatrači na sastancima Saveta ministara u oblastima (poglavljima) u kojima su bilateralni pregovori o pristupanju sa njima zaokruženi.²⁶

Neke od država članica, među kojima posebno Austrija, posebno su se angažovale na planu podsticaja diskusije oko izrade nove metodologije za proširenje, uključujući ideju sektorskog i faznog pristupanja.²⁷ Austrija je inicirala i formiranje tzv. grupe prijatelja Zapadnog Balkana sa ciljem ubrzanja procesa pristupanja.²⁸

²⁴ European Council, Conclusions, Brussels, 24 June 2022, EUCO 24/22, <https://www.consilium.europa.eu/media/57442/2022-06-2324-euco-conclusions-en.pdf>, 7. 9. 2023.

²⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/AC_23_3008, 10. 9. 2023.

²⁶ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/08/28/speech-by-president-charles-michel-at-the-bled-strategic-forum/>, 11. 9. 2023.

²⁷ https://www.euractiv.com/section/politics/short_news/austria-does-not-want-to-change-eu-accession-process-says-foreign-minister/, 15. 9. 2023.

²⁸ U grupi su uz Austriju i Grčka, Italija, Hrvatska, Slovačka, Slovenija i Češka. <https://www.euractiv.com/section/politics/news/austria-unveils-friends-of-the-western-balkans-group-wants-speedy-eu-accession/>, 3. 9. 2023.

Najzad, treba pomenuti i novi francusko-nemački izveštaj stručnjaka pripremljen na traženje ministarstava SRN i Francuske.²⁹ Ovaj dokument predstavlja korak ka postepenom postizanju mogućeg konsenzusa u EU oko internih reformi i pitanja proširenja. On sadrži niz ideja i predloga u vezi sa mogućim načinom prilagođavanja EU za članstvo od preko 30 država članica. S jedne strane, radi se o predlozima internih reformi kao što su: ograničenje broja članova EP i smanjenje broja članova Evropske komisije, uvođenje većinskog glasanja u svim pitanjima u EU i dr. I u ovom dokumentu 2030. godina se navodi kao mogući okvirni datum novog širenja Unije, uz ideju razvoja fleksibilne integracije (diferencijacija članstva) koja bi se ostvarivala u više koncentričnih krugova : 1. „jezgro integracije“ (poput sadašnjih evrogrupe i Šengen zone), 2. sve članice EU, 3. „pridruženo članstvo“ i 4. Evropska politička zajednica. Ideja „pridruženog članstva“ je novi koncept. Ona bi podrazumevala različite oblike fleksibilnog, delimičnog ili sektorskog članstva zemalja (kandidata za članstvo i drugih) koje iz političkih ili strukturnih razloga još nisu postigle nivo pripremljenosti za punopravno članstvo (ovde se, uz zemlje kandidate sa ZB i one iz istočnog partnerstva, ostavlja i mogućnost novog specifičnog aranžmana sa Ujedinjenim Kraljevstvom VB).

Najzad, uz raznovrsne predloge predstavnika zvaničnih institucija EU ili država članica, postoji i na desetine predloga raznih ekspertskih centara i *think tankova*, koji sugerišu dopune metodologije proširenje u cilju njegove deblokade, odnosno ubrzanja procesa. Mi smo, na primer, još u tekstu s početka 2017. sugerisali ideju fazne ili sektorske integracije u EU: „Mogu se teorijski zamisliti i razni oblici učešća kandidata sa Zapadnog Balkana na sastancima EU u svojstvu posmatrača. Osim toga, politika sektorske integracije Zapadnog Balkana u pojedine politike EU (energetika, transport i dr) mogla bi biti proširena i na brojna druga pitanja poput internih programa EU, politike kohezije, trgovinske politike, digitalne politike i dr. Najzad, mogu se zamisliti i oblici uslovnog članstva ili članstva u etapama pri čemu bi novoprimitljene države mogle da dobiju punopravni status (punopravno glasanje i sl.) paralelno sa ispunjavanjem nekih od zacrtanih pristupnih ciljeva i sl.“³⁰

²⁹ „Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century“, Report of the Franco-German working group on EU institutional reform, Paris–Berlin, 18. 9. 2023, <https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2020/11/Paper-EU-reform.pdf>, 19. 9. 2023.

³⁰ Duško Lopandić, „Budućnost politike proširenja EU – da li je moguća ubrzanija integracija zemalja Zapadnog Balkana u EU?“, *Spoljnopolitičke sveske*, EPUS, Beograd, br. 3, 2017, 12: „U ovom procesu, mogli bismo zamisliti i neke nove oblike integracije, tj. članstva u Uniji, poput članstva u više koraka, delimičnog, nepotpunog ili sektorskog članstva. Na primer, EU bi mogla da unapredi status pridruženih članica sa Zapadnog Balkana tako što bi „formalizovala“ niz neformalnih multilateralnih skupova koji su se do sada održavali na *ad hoc* osnovi (npr. skupovi ministara pravde

Različiti inovativni predlozi novih oblika pristupanja u EU su najvećim delom rezimirani u članku Emersona i Blokmana.³¹ Oni su uglavnom zasnovani na ideji tzv. faznog ili etapnog pristupanja u nekoliko koraka (predlozi nekadašnjeg generalnog direktora za proširenje u EK Pjera Mirela,³² kao i beogradskog CEP-a i briselskog EPC-a³³), ili u uključivanju na jedinstveno tržište EU, slično onome što su nekada ostvarile zemlje EFTA, formirajući sa Unijom „Evropski ekonomski prostor“ (predlog *European Stability Initiative* iz Berlina).³⁴ Ostali predlozi uglavnom predstavljaju manje ili veće varijacije ovih osnovnih predloga, u kojima se obrađuju neki od detalja u institucionalnoj proceduri ulaska (npr. ideja posmatračkog statusa u radnim grupama Saveta ministara ili Evropske komisije, posmatrački status u Evropskom parlamentu i slično).

ZAKLJUČAK

Ka evropskoj integraciji u više krugova?

Sa ratom u Ukrajini Evropska unija se našla pred novim izazovom rekonstrukcije poremećene evropske institucionalne (posebno odbrambene) arhitekture, a u prvom redu pred izazovom sopstvenog prilagođavanja na sasvim nove međunarodne uslove obeležene geopolitikom i povratkom gole sile u međunarodnim (evropskim) odnosima. U ovom okviru, iznova se otvara i pitanje koncepcije i strategije proširenja EU. Svaka od sedam etapa proširenja EU je bila specifična i sadržala je elemente političkog izbora u kombinaciji sa različitim tehničkim i pravnim preduslovima. Faze proširenja EU u ovom veku su bile karakteristične po povećanju

i unutrašnjih poslova EU – Zapadni Balkan, skupovi ministara ekonomije i finansija, skupovi ministara poljoprivrede i sl). U ovom okviru, mogu se teorijski zamisliti i razni oblici učešća kandidata sa Zapadnog Balkana na sastancima EU u svojstvu posmatrača...“ Takođe v. studiju EPUS: Vladimir Medak *et al.*, *Twelve proposals for EU enlargement from the Western Balkans*, EMINS, Beograd, 2018, 36.

³¹ Michel Emerson, Steven Blockmans, „*Next Steps for EU Enlargement – Forwards or Backwards?*“ SCEEUS Guest platform for Eastern Europe Policy NO. 12, <https://www.ui.se/globalassets/ui.se-eng/publications/sceeus/next-steps-for-eu-enlargement-forwards-or-backwards.pdf>, 5. 9. 2023.

³² Pierre Mirel, „In support of a new approach with the Western Balkans: Staged accession with a consolidation phase“, Robert Schumann Foundation, *Policy paper*, European issues, No. 633, 24 May 2022, <https://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-633-en.pdf>, 12. 9. 2023.

³³ Milena Mihajlović *et al.*, *Template 2.0 for Staged Accession to the EU*, EPC, CEPS, Brussels/Belgrade, August 2023, <https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2023/08/Template-2.0-for-Staged-Accession-to-the-EU.pdf>, 5. 9. 2023.

³⁴ <https://www.esiweb.org/proposals/offer-four-freedoms-balkans-ukraine-and-moldova>, 2. 9. 2023.

političko-pravnih preduslova za ulazak novih kandidata za članstvo. Praktično udvostručavanje broja članica EU u kraćem periodu dovelo je do „zamora od proširenja“ u prvoj deceniji ovoga veka, koja je, kombinovana sa „multikrizama“ EU tokom prošle decenije proizvela jednu vrstu *de facto* paralize procesa proširenja EU na zemlje Zapadnog Balkana. Realna paraliza pristupnih pregovora uticala je na gubitak entuzijazma za reforme u zemljama ZB, kao i pad uticaja (transformacione moći) EU na zemlje kandidate.

Sa geopolitičkom neophodnošću brže integracije Ukrajine i drugih zemalja „istočnog partnerstva“ (Moldavija, Gruzija) u evropsku integraciju, ponovo je otvorena i debata oko „nezavršenog posla“ – uključanja Zapadnog Balkana u EU – koji se produžio na više od dve decenije. U tom okviru, podneseno je i niz novih predloga zasnovanih na dopunjavanju „nove metodologije“ proširenja EU, koji razmatraju mogućnosti fazne ili sektorske integracije država kandidata u pojedine politike EU, kao i njihovog delimičnog uključivanja u svojstvu posmatrača u neke od organa, odnosno radnih tela Unije. Naredni krug proširenja bi trebalo da obuhvati, kako Ukrajinu, tako i region ZB. U ovom procesu, od značaja će biti novi institucionalni ciklus u Uniji, koji će započeti sa izborima za Evropski parlament 2024. godine. Nakon toga najvažniji datum su pregovori o dugoročnom (sedmogođišnje finansijske perspektive) budžetu EU u 2027. godini. Godina 2030. bi trebalo da predstavlja okvirni rok za narednu fazu proširenja EU.

Prof. Dr. DUŠKO LOPANDIĆ
Full Professor, Faculty of Law for Commerce and Judiciary
University Business Academy
Novi Sad

TRANSFORMATION OF THE EUROPEAN UNION ENLARGEMENT POLICY
UNDER THE INFLUENCE OF THE WAR IN UKRAINE
FROM THE POLICY OF CONDITIONALITY TO THE
GEOPOLITICAL ENLARGEMENT OF THE EU

Summary

The question of the enlargement of the European Union, that is, of the former European Communities, has always been closely related to views on the nature and development perspectives of this key European organization. Each of the seven stages of EU enlargement was specific and contained elements of political choice combined with different technical and legal prerequisites. The phases of EU enlargement in this century were characterized by the increase in political and legal conditionalities for the entry of new candidates for membership. The practically doubling of the number

of EU members in a short period of time led to „enlargement fatigue“ in the first decade of this century, which, combined with the „multi-crises“ of the EU during the last decade, produced a *de facto* paralysis of the EU enlargement process to the countries of the Western Balkans. The next circle of expansion should include both Ukraine and the Western Balkans region. A number of new proposals based on the „new methodology“ of EU enlargement appear. In this process, the new institutional cycle in the Union will start with the elections for the European Parliament in 2024. It will be followed by the negotiations for the long-term EU budget in 2027. The year 2030 is an indicative deadline for the next phase of EU enlargement.

Key words: enlargement, Western Balkans, EU reform

Literatura

- A Year Later: War in Ukraine and Western Balkan (Geo)Politics* (ed. J. Džankić *et al.*), European University Institute, Florence, 2023.
- Damjanovski I. *et al.*, *The new reality, The Russian war on Ukraine and the Western Balkans EU Accession Process*, IDSCS, Skopje, 2023, <https://idscs.org.mk/en/2023/09/06/the-new-reality-the-russian-war-on-ukraine-and-the-western-balkans-eu-accession-process>
- Dinan D., *Menjanje Evrope; Istorija Evropske unije*, Službeni Glasnik, Beograd, 2010.
- Du Réau E., *L'idée d'Europe qu XXe siecle*, Ed. Complexe, Paris, 1995.
- Emerson M. *et al.*, *Opinion on Ukraine's application for membership of the European Union*, CEPS Policy Insights, No. 2022-16, April 2022.
- Emerson M. and Blockmans S., „Next Steps for EU Enlargement – Forwards or Backwards?“ SCEEUS Guest platform for Eastern Europe Policy NO. 12, <https://www.ui.se/globalassets/ui.se-eng/publications/sceeus/next-steps-for-eu-enlargement-forwards-or-backwards.pdf>.
- Kahn S., *Histoire de la construction de l'Europe depuis 1945*, PUF, Paris, 2011.
- Koenig N., „Towards QMV in EU Foreign Policy Different Paths at Multiple Speeds“, Hertie School, Jacques Delors Centre, 14 October 2022, https://www.delorscentre.eu/fileadmin/2_Research/1_About_our_research/2_Research_centres/6_Jacques_Delors_Centre/Publications/20221014_Koenig_QMV_V1.pdf.
- Kovačević M., „Politika proširenja EU u potrazi za reformom“, *Politička revija*, br. 2, Vol. 64, Beograd, 2020.
- Krastev I., *Posle Evrope*, Samizdat, Beograd, 2018.
- Lazarević A., Matijević A., „Konferencija o budućnosti Evrope: značaj za region Zapadnog Balkana“, *Politička revija*, br. 4, Vol. 70, Beograd, 2021.
- Lopandić D., *Evropska integracija između nacije i globalizacije*, Arhipelag, Beograd, 2017.
- Lopandić D., *Moguća Evropa i godine pred nama*, IES, Beograd, 2018.
- Lopandić D., „Evropska unija i Srbija: Nes/završena integracija“, *Srbija, zarobljeno društvo, Izveštaj Helsinškog odbora* (ur. Sonja Biserko), Beograd, 2023.
- Lopandić D., „Budućnost politike proširenja EU – da li je moguća ubrzanija integracija zemalja Zapadnog Balkana u EU?“, *Spoljnopolitičke sveske*, br. 3, EPUS, Beograd, 2017.

- Marciaque F., „The EU and the Western Balkans after the Berlin Process Reflecting on the EU Enlargement in Times of Uncertainty“, *Dialogue Sudosteuroopa*, FES, Sarajevo 2017.
- Matijević A., „Stavovi država članica o proširenju EU i nova metodologija politike proširenja“, *Politička revija*, br. 2, Vol. 64, Beograd, 2020.
- Međak V., „Institucionalne promene u EU i nove procedure u procesu proširenja“, *Spoljnopolitičke sveske*, br. 1, EPUS, Beograd, 2019.
- Međak V. et al., *Twelve proposals for EU enlargement from the Western Balkans*, EMINS, Beograd, 2018.
- Mihajlović M. et al., *Template 2.0 for Staged Accession to the EU*, EPC, CEPS, Brussels/Belgrade, August 2023, <https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2023/08/Template-2.0-for-Staged-Accession-to-the-EU.pdf>.
- Milenković M., „EU Enlargement Strategy 2020 – Paving the Way for Differentiated Integration?“, SIOI, Bologna, https://www.osorin.it/uploads/model_4/files/54_item_2.pdf?v=1608022440.
- Mirel P., „In support of a new approach with the Western Balkans: Staged accession with a consolidation phase“, *Policy paper*, European issues, No. 633, Robert Schumann Foundation, 24 May 2022, <https://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-633-en.pdf>.
- Ofe K., *Evropa u zamci*, Službeni glasnik, Beograd, 2016.
- Ott A., Inglis K., *Handbook on European Enlargement*, Asser Press, The Hage, 2002.
- Prolović N., „Srbija u odnosu sa EU“, *EU i Zapadni Balkan, izazovi i perspektive* (ur. Đukanović D, Trapara V.), IMPP, Beograd, 2014.
- Razvojni pravci EU nakon pandemije COVID 19* (ur. Nevena Stanković i dr.), IMPP, Beograd, 2021.
- Rehn O., *Europe's next frontier*, CAP, Nomos, Munchen, 2006.
- Stratulat C., „The beginning of the European Political Community“, *Discussion Paper*, EPC, Brussels.
- Sutu Ž. A., *Neizvestan savez – Istorija Evropske zajednice*, CLIO, Beograd, 2001
- Tocci N., „Enlargement's back on the political agenda“, *Politico*, <https://www.politico.eu/article/enlargements-back-on-the-political-agenda>.
- Zečević S., *Ispričaj mi priču o Srbiji i EU*, Akademska knjiga, Novi Sad, 2018.

ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA
PRAVNU DRŽAVU**

**Pravna država – teorijska i praktična iskustva;
Pravna država – ustavno-pravna pitanja**

SAŠA BOVAN

MIHAJLO VUKOVIĆ – JEDAN PRIMER ZRELE PRAVNOHERMENEUTIČKE MISLI

U ovom radu se obrađuje teorija tumačenja prava M. Vukovića, profesora građanskog i obligacionog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zagrebu. Pravnohermeneutičke ideje M. Vukovića ovde se posmatraju kao razvijena teorija tumačenja prava. Više je razloga iz kojih ova koncepcija zaslužuje takav idejni tretman. Radi se pre svega o tome da su stavovi ovog autora o tumačenju prava formulisani i izloženi u posebnom monografskom radu. Međutim, i važnije, postoje razlozi sadržinskog karaktera zbog kojih ova pravnohermeneutička koncepcija zaslužuje posebnu pažnju. Onaj najvažniji, krije se u činjenici da je M. Vuković detaljno i pregledno, na osnovu zavidne literature, izložio jednu mešovitu teoriju pravnog rasuđivanja u kojoj su skladno uklopljene subjektivna i objektivna teorija tumačenja prava.

Ključne reči: teorija tumačenja prava, subjektivna i objektivna teorija tumačenja prava, sociološka teorija tumačenja prava, teorija tumačenja prava M. Vukovića

UVODNE NAPOMENE

Zahvaljujući jednom autoru, profesoru M. Simiću sa Pravnog fakulteta u Nišu, koji je inače izradio magistarski rad iz oblasti tumačenja prava,¹ i ima monografiju iz ove oblasti,² naša akademska javnost je dobila priliku da se upozna sa radovima

Prof. dr Saša Bovan, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bovan@ius.bg.ac.rs. Ovaj rad je deo projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“ za 2023. godinu.

¹ Miroljub D. Simić, „Teorija tumačenja prava Živojina M. Perića i Đorđa Tasića“, magistarski rad, Beograd, 1978.

² Miroljub D. Simić, Svetislav M. Jarić, *Teorija značenja i tumačenja prava*, Niš, 2000.

iz tumačenja prava objavljenih u periodu pre Drugog svetskog rata.³ S obzirom na značaj tadašnjeg Arhiva može se reći da je to skoro pa potpuna bibliografija iz ove oblasti. Opšti pogled na te radove pokazuje živo interesovanje za oblast pravnog rasuđivanja. Međutim, posle Drugog svetskog rata posustaje interesovanje za ovu oblast. Opet zahvaljujući M. Simiću imamo pregled radova iz ove oblasti koji pokazuje, do 80-ih godina XX veka, tek nekoliko članaka i ukupno tri monografska rada.⁴ Od te tri monografije, dve su dosta poznate i komentarisane. Radi se o knjigama R. Lukića i O. Mandića.⁵ Međutim, ona poslednja, prof. M. Vukovića, sa Pravnog fakulteta u Zagrebu, nije dobila onaj odjek u akademskim krugovima, bar se tako čini, kakav zaslužuje. Koliko nam je poznato, postoje samo dva rada posvećena teoriji tumačenja prava M. Vukovića, a u oba slučaja se zapravo radi o kratkim prikazima njegove knjige: jedan je od M. Lanovića iz 1953. godine, a drugi od strane R. Lukića iz 1954. godine.⁶

Mihajlo Lanović u svom prikazu i kritici obrađuje široku lepezu problema koji inače čine sadržaj knjige M. Vukovića: od njegovog shvatanja običaja i pravnih običaja, preko Vukovićevo određivanja pravnih i društvenih odnosa i pojma prava, do problematike tumačenja prava *stricto sensu*, kada se najviše zadržava na pitanjima popunjavanja pravnih praznina, značaja teleološkog tumačenja i tumačenja na osnovu prirodnog prava.⁷ Tada, u skladu sa potrebama, kako Lanović kaže „napredne nam otadžbine“,⁸ dozvoljeno je primenjivati teleološku metodu u jednoj slobodnijoj, može se čak reći volontarističkoj varijanti, dok se Vuković zalaže, pa ga u tom smislu Lanović i kritikuje, za primenu ciljnog tumačenja u jednom pragmatičkom (čitaj opreznijem) obliku.

³ Miroljub D. Simić, „Bibliografija radova o tumačenju prava objavljenih u Arhivu za pravne i društvene nauke od februara 1906. do marta 1941 godine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 14, Niš, 1974, 329–337.

⁴ *Ibidem*, 330.

⁵ Radomir D. Lukić, *Tumačenje prava*, Beograd, 1961; Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Zagreb, 1971. U Srbiji, osim pomenutog koautorskog teksta (Simić–Jarić) i dve knjige autora ovog rada, praktično nema monografije iz oblasti tumačenja prava. Otkrivamo tek doktorsku disertaciju B. Spaića sa Pravnog fakulteta u Beogradu (o E. Betiju) i disertaciju J. Hasanbegović o mogućnostima topičkog pristupa u postupku tumačenja prava, koja, zapravo, na svega dvadesetak strana od ukupnog i obimnog teksta (oko 450. str.) govori o odnosu topike i tumačenja prava, a da pritom samo ponavlja opšta mesta o postupku pravnog rasuđivanja: V. Jasminka Hasanbegović, *Topika i pravo*, Beograd, 2005, 402–419.

⁶ Mihajlo Lanović, „Mihajlo Vuković, Interpretacija pravnih propisa“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3, 1953, 159–163. Radomir D. Lukić, „Mihajlo Vuković; Interpretacija pravnih propisa“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* br. 1, Beograd, 1954, 110–134.

⁷ M. Lanović, op. cit., 161–163.

⁸ *Ibidem*, 163.

Radomir Lukić se takođe pohvalno izjasnio o knjizi M. Vukovića.⁹ Ipak, njegov sud o teoriji tumačenja prava ovog autora je stroži od onog M. Lanovića. Po Lukiću, tu se radi o jednoj rekapitulaciji postojećih gledišta na ovu temu bez neke originalnosti.¹⁰ Lukić zamera Vukoviću i nepotrebne terminološke inovacije u označavanju postojećih kanona tumačenja prava, a držeći se standardne terminologije još od Savinjija (jezičko, logičko, sistematsko, istorijsko i ciljno tumačenje).¹¹ Dalje mu zamera sistematiku knjige (na primer, to što Vuković govori o analogiji pre nego je obradio tipične kanone tumačenja prava). Još jedna zamerka, možda i ključna po Lukiću, odnosi se na korišćenu literaturu. Naime, Lukić kritikuje Vukovića što u popisu inače obimne literature ne koristi onu francusku, kao i to što u toj literaturi nisu zastupljeni naši autori između dva rata, naročito opus Đ. Tasića, koji je imao najviše radova iz oblasti pravne hermeneutike i to sa velikom dozom originalnosti (Vuković u spisku literature pominje samo Ž. Perića).¹²

Kao što je već rečeno, osim ova dva kratka prikaza, nema niti jednog posebnog izvornog rada koji bi podrazumevao detaljnu i dubinsku analizu Vukovićevih pravnohermeneutičkih stavova. Treba pomenuti i to da se u novijem periodu sporadično citiraju njegovi radovi iz ove oblasti ali bez nekog ozbiljnijeg zalaženja u pitanja koja se obrađuju, zapravo, Vuković se pominje uzgred i više protokolarno, kada se pojedini autori pozivaju na njega, ali bez ozbiljnijih komentara ili analize njegovih stavova.¹³ Ponekad se čak njegovi radovi iz ove oblasti neprecizno svrstavaju u druge istraživačke oblasti.¹⁴

⁹ R. Lukić, op. cit., 111.

¹⁰ *Ibidem*, 110–111.

¹¹ *Ibidem*, 112.

¹² *Ibidem*, 111.

¹³ Stefan Andonović, Dragan Prlija, *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Beograd, 2020, 54; Hrvoje Kačer, Blanka Ivančić Kačer, „O rešavanju antinomija i pravnih praznina na primeru odnosa Zakona o sportu i Zakona o obligacionim odnosima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, Split, 2017, 411; Marijan Pavčnik, „Lukićeva razloga prava“, *Zbornik ob stoletnici akad. Antona Vratuše* (ur. P. Štih, B. Teržan, S. Sigichal), Ljubljana, 2015, 164; Koraljka Sansović, „Teleološki pristup u interpretaciji europskog prava“, *Informator*, br. 6276–6277, 2014, 3–4; Snežana Brkić, „Discretionaty Estimate as a Criterion of Delimiting the Principles of Legality and Opportunity of Criminal Prosecution“, *Journal of Criminal Law and Public Prosecution*, No. 1, 2011, 11. M. Vuković se najviše citira u jednom radu B. Ristivojevića, sa Pravnog fakulteta u Novom Sadu, gde se daje pregled postojećih metoda tumačenja prava. Međutim, ni kod ovog autora nema kritičke analize ideja M. Vukovića već se radi samo o učestalom citiranju ovog potonjeg. V. Branislav Ristivojević, „Upotreba metoda tumačenja u krivičnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2009, 348, 349, 354, 357, 358–359, 363, itd.

¹⁴ Tako na primer kod I. Pađena, koji u svojoj monografiji iz metodologije prava Vukovićevu knjigu svrstava u opštu metodologiju prava koja se bavi saznavnim a ne interpretativnim metodama pravne nauke. Kod: Ivan Pađen, *Metodologija pravne znanosti: Pravo i susedne discipline*, Rijeka, 2015, 119.

PARADIGMATSKI OKVIR ANALIZE

Odmah na početku ove diskusije treba reći da se pravnohermeneutičke ideje M. Vukovića posmatraju u kontekstu spora između objektivne i subjektivne teorije tumačenja prava. Takođe, ključna paradigma za ocenu njegovih stavova, a s obzirom na to da je on zagovornik objektivne teorije, biće naša hipoteza koju smo razvili i testirali (nadamo se i dokazali) u brojnim radovima iz ove oblasti, gde tvrdimo da je objektivna teorija tumačenja prava primer jednog nedorečenog pragmatizma i neosvešćenog sociologizma. U tom pravcu, pokušaćemo da otkrijemo da li teorija M. Vukovića ima elemente sociološkog pristupa ovoj problematici, makar u obliku tog sputanog (neosvešćenog) sociologizma, ili pak, predstavlja primer sociološkog pristupa tumačenju prava u punom kapacitetu, kao na primer kod Ž. Spasojevića.¹⁵

Najzad, možda i najvažnije, u svakom slučaju najpreciznije, teorija tumačenja prava M. Vukovića posmatra se imajući u vidu kako ovaj autor uspostavlja odnos između velike i male premise jurističkog zaključka. Ova poslednja formulacija, zapravo paradigma na temelju koje se sprovodi naše istraživanje, ispostavlja se kao najpogodniji okvir za analizu logičke strukture pravnog rasuđivanja s obzirom na neke tendencije prisutne kod autora iz ove oblasti kod nas. Ovde mislimo na pokušaj G. Dajovića sa Pravnog fakulteta u Beogradu, koji, čini se, sledeći R. Aleksija i još neke autore (uzgred, koji mahom nisu pravnici), problem tumačenja prava svodi (samo) na rešavanje pravnih pitanja, a to znači na analizu velike premise. Tako na primer, ovaj autor kaže: „Pravno rasuđivanje je osobeni način praktičkog rasuđivanja, budući da je, u principu, ograničeno na manje ili više limitiran skup premisa, odnosno autoritativnih razloga i ono podrazumeva racionalno donošenje i opravdanje odluka o pravnim pitanjima putem interpretativne argumentacije.“¹⁶

Bez ulaženja u dublju diskusiju po ovom pitanju, najveća manjkavost izloženog pristupa, najblaže rečeno, jeste u pojednostavljivanju ove tematike. Naime, subjektivna i objektivna teorija tumačenja prava, u odnosu na pitanje odnosa velike i male premise jurističkog zaključka, pokušavaju da proniknu u prirodu tog odnosa u pokušaju da budu operativne, odnosno da formulišu pouzdan kriterijum tumačenja zakona, a imajući u vidu sve teškoće koje tada iskrsavaju (namerna nedovršenost opštih pravnih normi, sadržinska neodređenost pravnih vrednosti, promenljivost, složenost i ideološkičnost društvenih odnosa koji se regulišu

¹⁵ V. o tome: Saša Bovan, *Pravna hermeneutika između filozofije i logike*, Beograd, 2016, 92–96.

¹⁶ Goran Dajović, *Osnovi pravnog rasuđivanja*, Beograd, 2023, 38–39.

pravnim normama), Pomenuti autor, i pristup koji se zagovara, idu korak nazad u obradi ove problematike jer se u pokušaju razumevanja i objašnjenja postupka tumačenja prava ovo svodi na rešavanje pravnih pitanja, to jest na rad unutar velike premise, kada se do krajnjih granica zanemaruje značaj, priroda i hermeneutički status male premise.

No, vratimo se predloženom paradigmatiskom pristupu na početku ovog odeljka. Subjektivna i objektivna teorija tumačenja prava, istražujući logičku strukturu pravničkog rasuđivanja, tj. odnos velike i male premise jurističkog zaključka, imaju jedan zajednički imenitelj, a to je da tumačenje prava posmatraju kao rasuđivanje (odlučivanje) polazeći od ciljeva regulisanja (ciljevi zakonodavca – subjektivna teorija, ili ciljevi zakona – objektivna teorija. Ovaj pristup podrazumeva favorizovanje, tj. aksiomatizaciju velike premise sudske odluke. Međutim, epistemološka diskriminacija male premise manje dolazi do izražaja u objektivnim teorijama tumačenja prava. Uz izuzetak idealističke teorije tumačenja prava, kao one objektivnog tipa, na primer kod K. Larenca, koji tumačenje prava posmatra kao otkrivanje objektivne volje zakona,¹⁷ one realistične, tj. pragmatičke, i dominantne, tumačenje prava posmatraju kao traganje za realnom voljom zakona. U tipičnom obliku, na primer kod F. Bidlinskog, shodno rečenom, dobijamo definiciju gde se kaže da je tumačenje prava „otkrivanje relevantne sadržine zakona tako što se stručno i sa dužnom pažnjom ocenjuje objavljeni tekst u kontekstu sadašnjih odnosa“.¹⁸ Slično postupa i R. Cipelius tvrdnjom da onda kada jasno prepoznatljive zakonodavne odluke o ciljevima i svrsishodnosti više ne odgovaraju socijalno-etičkim predstavama koje danas važe, sasvim je legitimno zakon interpretirati shodno savremenim predstavama.¹⁹

Međutim, u realističkim varijantama objektivne teorije tumačenja prava vaskrs male premise praćen je jednim hendikepom. Naime, problematičan postaje ontološki status male premise. Izložene definicije Bidlinskog i Cipelijusa zapravo podrazumevaju neku vrstu aksiologizacije male premise (premise činjeničnog stanja), s obzirom na to da se slučaj tumačenja umesto životno, u svom potpunom, užem ili širem faktičkom kapacitetu, posmatra kroz neodređene kategorije kao što su realni društveni odnosi, potrebe zajednice, aktuelne kulturne vrednosti, itd. Upravo zbog izloženog, u realističkim (pragmatičkim) teorijama tumačenja prava ne vidi se u potpunosti značaj i priroda male premise jurističkog zaključka. Stoga smo objektivnu teoriju tumačenja prava (u realističkoj varijanti) označili kao primer nedorečenog pragmatizma i neosvešćenog sociologizma.

¹⁷ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1960, 239–240.

¹⁸ Franc Bidlinski, *Pravna metodologija*, Podgorica, 2011, 31–32.

¹⁹ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München, 2003, 51–52.

Sociološka teorija tumačenja prava koju smo formulisali i dalje izgrađujemo u više radova i dve knjige unazad desetak godina, ukazuje na sociološku prirodu postupka tumačenja prava. Prema izloženom u ovom odeljku, više je nego očigledno da ovaj pristup podrazumeva hipostaziranje male premise jurističkog zaključka.

Ovaj pristup ima uporište u filozofskom relativizmu H. G. Gadamera,²⁰ koji smo zbog toga označili kao svojevrstnu „hermeneutiku sadašnjosti“. Dve su uporišne tačke zbog čega se njegova teorija tumačenja može označiti kao hermeneutika sadašnjosti. Prva, Gadamerovo shvatanje prestrukture razumevanja koja podrazumeva neposrednu, tj. sopstvenu hermeneutičku situaciju.²¹ Druga, njegov pojam stapanja horizonata koji podrazumeva sagledavanje prošlosti u njenom kontinuitetu sa sadašnjošću.²² Međutim, upravo juristička hermeneutika predstavlja najtvrdi dokaz ovako shvaćene hermeneutičke teorije H. G. Gadamera. Naime, polazeći od dva prethodna međaša, on uporno tvrdi i ponavlja da je slučaj tumačenja a ne zakonski tekst početna tačka pravnog tumačenja. Na primer, kada kaže da jurista smisao zakona uvek shvata polazeći od slučaja tumačenja, i radi tog datog slučaja,²³ ili kada kaže da je pred sudijom uvek neki konkretan zadatak koji se mora obaviti,²⁴ ili kada tvrdi da pravedna presuda podrazumeva puno udubljanje u konkretno stanje stvari.²⁵

Sve ovo, preneto na teren pravne hermeneutike, podrazumeva da početna i ključna tačka pravnog rasuđivanja nije velika već mala premisa jurističkog zaključka. To dalje znači da je tumačenje prava vaganje interesa polazeći od vagnja činjenica (a ne obrnuto, kao najčešće u sudskoj praksi – skraćeni silogizam), zapravo, da je izricanje pravde pre svega jedan kauzalno-normativni a ne teleološko-normativni postupak. Konačno, i najpreciznije, sve ovo znači da tumačenje prava podrazumeva pre svega jedan skrupulozan rad na činjenicama slučaja, tj. jednu mikrosociološku analizu, kada se odvija utvrđivanje, povezivanje i objašnjenje činjenica slučaja, na osnovu čega se vrši preciziranje zakonske norme, odnosno, za potrebe konkretnog slučaja, ispunjavaju sadržinom neodređene

²⁰ Može se reći da je Gadamerova hermeneutika sadašnjosti utemeljena na Hajdegerovoj ontologiji faktičnosti i Bultmanovoj hermeneutici slučaja. V. Martin Hajdeger, *Ontologija: hermeneutika faktičnosti*, Novi Sad, 2007, Rudolf Bultman, „Problem hermeneutike“, *Filozofska hermeneutika* (ur. Ž. Pavić), Zagreb, 1998, 263–265.

²¹ Hans Georg Gadamer, *Istina i metoda*, Sarajevo, 1978, 358 i dalje.

²² *Ibidem*, 361 i dalje.

²³ *Ibidem*, 359.

²⁴ *Ibidem*, 362.

²⁵ *Ibidem*, 364.

vrednosti iz opšte pravne norme. Ovo je razlog zašto H. Kantorovič tvrdi da je sudija zapravo sociolog pravne prakse, odnosno najdirektnije da je sudija pre svega specijalista činjeničnog stanja.²⁶ Sve ovo je razlog zašto izloženu koncepciju tumačenja prava, sa početnom tačkom u maloj premisi, i sa izloženim konsekvencama, nazivamo sociološkom teorijom tumačenja prava, koja je, zapravo, do kraja izvedena objektivna teorija tumačenja prava u svom punom, a to znači sociološkom kapacitetu, i koja odslikava ono što se zaista odigrava (ili bi trebalo da se odigrava) u sudnici.

Inače, osim u teoriji tumačenja prava slobodnopravnog pokreta (pre svega kod H. Kantoroviča), neposredna inspiracija izložene, sociološke teorije tumačenja prava, jeste i u velikoj meri zaboravljena teorija tumačenja prava američkih pravnih realista,²⁷ kao i skandinavska teorija prava, pre svega teorija izricanja pravde A. Rosa.²⁸

Dodajmo na kraju izlaganja izloženog paradigmatškog okvira za razmatranje teorije tumačenja prava M. Vukovića, da se sociološki pristup ovoj tematici i dalje posmatra kao jeretička zamisao. Pravno rasuđivanje se povezuje sa moralnim i filozofskim rasuđivanjem, ali kada se radi o naučnom pristupu gotovo unisono se negiraju bilo kakve veze između pravnog i naučnog rasuđivanja bez nekih dubljih objašnjenja.²⁹ Među pokušajima da se obrazloži ovaj stav zaslužuje pažnju M. Heke koji smatra da je pravno rasuđivanje kao praktično i konkretno potpuno suprotno naučnom rasuđivanju s obzirom na to da nauka teži da otkrije obrasce tj. pravilnosti u ljudskom ponašanju.³⁰ Ovo je naravno tačno kada se pravničko i naučno rezonovanje uporede sa stanovišta svojih ciljeva: nauka teži otkrivanju zakonitosti, a sudija ima zadatak da donese odluku i reši jedan konkretan problem (slučaj koji se našao pred njim). Međutim, kada se naučni i pravnički pristup uporede sa stanovišta metodologije kojom pristupaju svom zadatku pravničko rezonovanje se može upodobiti onom naučnom stoga što izricanje presude, s obzirom na sve teškoće koje stoje na putu uspešnog tumačenja zakona, podrazumeva rad na maloj premisi koji se ispoljava (prema izloženom u ovom odeljku) kao model

²⁶ Herman N. Kantorovič, *Borba za pravnu nauku*, Beograd, 2006, 85.

²⁷ Karl N. Llewelyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, 1962, 28–29; Herman Olophant, „A return to stare decisis“, *American Bar Association Journal*, No. 14, 1928, 71; Max Radin, „The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think“, *American Bar Association Journal*, No. 11, 1925, 357–358.

²⁸ Alf Ros, *Pravo i pravda*, Podgorica, 1996, 140, 143, 144, 161–166.

²⁹ Tako na primer: Jasminka Hasanbegović, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd, 2006, 101–102.

³⁰ Mark van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford, Portland, 2002, 126.

jedne mikrosociološke analize i kao ključni, i to faktički, kriterijum tumačenja opštih pravnih normi (po logici: tumačenje prava je vaganje interesa polazeći od vaganja činjenica, tj. tumačenje prava je ispunjavanje sadržinom trebanja iz opšte pravne norme polazeći od objašnjenja činjenica slučaja tumačenja koji se našao pred sudijom).

No, posvetimo se konačno pravnohermeneutičkim idejama M. Vukovića kako bi istražili u kojoj meri je njegovo stanovište prožeto jednim sociološkim pristupom, ili u izloženom kontekstu, ili bar na ravni jednog neosvećenog sociologizma.

TEORIJA TUMAČENJA PRAVA MIHAJLA VUKOVIĆA

Monografija M. Vukovića zasluhuje jedan dublji prikaz i temeljnu kritičku analizu, pre svega jer dolazi iz pera specijaliste za pozitivno pravo, i to iz oblasti građanskog prava, a nekako se pokazalo da najvredniji prilozi teoriji tumačenja prava dolaze upravo od autora ove grane prava. Osim toga, pre profesure M. Vuković je dugo radio kao sudija, pa mu je ovo iskustvo, što je pokazala i njegova knjiga, bilo pouzdan putokaz u razvijanju ideja iz ove oblasti. Najzad, iako donekle stoji kritika upućena sa starne R. Lukića o deficitu francuske literature iz tumačenja prava, treba znati da je na prelazu iz XIX u XX vek nemačka škola slobodnog prava izazvala najveće potrebe i polemike u ovoj oblasti, a M. Vuković obilato citira ključna dela dva najznačajnija autora ove škole (ili bolje reći pokreta), koji su se izjašnjavali na teme iz pravne hermeneutike (Eugen Erlih, Herman Kantorovič).³¹

Imajući u vidu paradigmatški okvir ove diskusije, krećemo od samog početka knjige M. Vukovića. Naime, već tu se otkriva suptilni osećaj za ovu materiju jer autor knjige ukazuje na to da prirodu postupka tumačenja prava moramo vezati za prirodu pravnih normi, odnosno da su težina i odgovornost pravne interpretacije posledica osobnosti opštih pravnih normi. Zato je sasvim ispravna odluka M. Vukovića da se odmah na početku izjasni o teškoćama tumačenja koje su posledica apstraktnosti, statičnosti i hipotetičnosti pravnih normi.³² Apstraktnost pravnih normi, koja je sasvim nuhuza kako bi se pod pravno pravilo podveo neograničeni broj slučajeva, čini da su pravne norme neodređene po sadržini, a time je, kako kaže M. Vuković, „veća mogućnost da primena pravila zastrani“.³³ Neodređenost pravnih normi izaziva i njihova statičnost, odnosno činjenica

³¹ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Zagreb, 1953, 135.

³² *Ibidem*, 1–7.

³³ *Ibidem*, 2.

da one ne prate dinamiku društvenih odnosa. Isti je slučaj sa hipotetičnošću pravnih pravila gde njihovu sadržinsku neodređenost dodatno indukuje okolnost da je u njima (naročito u krivičnom i građanskom pravu) činjenično stanje apstraktno izloženo.

Posmatrano u izloženom kontekstu, deluje neopravdano Lukićeva kritika sistematike knjige M. Vukovića, po kojoj je popunjavanje praznih praznina trebalo izložiti nakon pregleda teorija tumačenja i konkretnih kanona tumačenja prava. Naime, kod Vukovića se praznine u pravu pojavljuju kao još jedna teškoća u interpretaciji, pored prirode pravnih normi kao osnovne teškoće, pa stoga ima opravdanja što su obrađene u uvodnim delovima knjige kada se govori o predradnjama za interpretaciju.³⁴

U sistematizaciji Vukovićeve knjige, nakon uvoda i opštih pitanja, razmatraju se teorije tumačenja prava a potom pojedini kanoni tumačenja. Što se tiče klasifikacije teorija, čini se ispravnim što ovaj autor, a prema izvorima tumačenja, sve teorije pravnog rasuđivanja deli na subjektivne i objektivne.

No, pre obrade tih teorija treba reći da sociološki naboj u oblasti interpretacije pravnih propisa kod M. Vukovića otkrivamo već u prvoj rečenici predgovora njegove knjige gde se konstatuje da favorizovanje logičkog metoda u tumačenju prava dovela do toga da se primena pravnih propisa „shvatila kao neumoljiv rezultat unutrašnje logičke zakonitosti, kojoj se društveni odnosi naprosto moraju podrediti“. Takođe u predgovoru, sociološki pristup pravnoj hermeneutici izbija kada se teleološka interpretacija odmah izdvaja kao najpouzdanija jer „povezuje pravo s razvojem društva, odakle je ono i poteklo“, ili odmah nakon toga gde se kaže: „Time što se na pravo gleda kao na sredstvo za ostvarenje društvenih ciljeva, dolazi u primjeni pravnih pravila sve više do izražaja teleološki element, tj. element društvene celishodnosti.“³⁵ Sociološki pristup se ukazuje i u konstataciji M. Vukovića da se objektivističko gledište (objektivna teorija tumačenja prava) mora označiti kao sociološko stanovište.³⁶

Značaj koji se pridaje teleološkoj interpretaciji (tumačenju pomoću društvenog cilja) vidljiv je i čisto na kvantitativnom planu, jer uporedbom sa delovima teksta koji obrađuju pojedinačno ostale tehnike (kanone) tumačenja prava najviše prostora je posvećeno upravo teleološkom metodu interpretacije. Po tome se Vukovićev pregledni prikaz pravnohermeneutičkih kanona razlikuje od onog Lukićevog iz 1961. godine za koji se može reći da je nekako izbalansirani. Međutim, nije

³⁴ *Ibidem*, 22–34.

³⁵ *Ibidem*, 6.

³⁶ *Ibidem*, 38.

poenta u tome, već, kako je istaknuto u prethodnom odeljku, da li u pristupu M. Vukovića ima originalnih elemenata, i dalje, da li ima elemenata jednog osvešćenog sociologizma, tj. sociološkog pristupa u punom kapacitetu, da se tako izrazimo.

U tom pravcu, čini se, ipak ne možemo dati potvrđan odgovor. Naime, nesporno je da se favorizovanje teleološke interpretacije vrši sa ukazivanjem da se u njoj ogleda čvrsta veza društva i prava, što u svakom slučaju predstavlja dimenziju sociologizacije ove materije. Odgovarajuće izjave u tom pravcu su, na primer, kada se kaže „da su pravni propisi ideološki instrument, bez koga se stanoviti društveni i odnosi ne bi mogli regulirati“,³⁷ ili tvrdnja da „s obzirom na povezanost propisa s društvenim ciljevima imaju ciljevi naročitu važnost za razumijevanje propisa“. ³⁸ Isti je slučaj kada se konstatuje da se teleološka interpretacija vrši pomoću elemenata koji postoje izvan propisa, itd.³⁹

Međutim, kada se Vukovićevo gledište posmatra sa stanovišta odnosa koji postoji između velike i male premise, ispoljava se ono što smo nazvali neosvešćenim sociologizmom i nedorečenim pragmatizmom objektivne teorije, što je nedostatak koji dolazi do izražaja i kod ovog autora. Naime, traganje za voljom zakona, kako nastupa objektivna teorija tumačenja prava, kada znamo da je sadržina zakona neodređena i ne otkriva volju zakonodavca, čini ovu teoriju subjektivnijom od subjektivne (gde je tumačenje traganje za voljom zakonodavca), odnosno unosi veliku dozu arbitrarnosti i prevelike slobode u sudijskom odlučivanju. O tome B. Ritters kaže „da ne postoji jedna zasebna volja zakona. Takva fikcija vodi u svet pravnih bajki. Ako se prizivaju volja i duh zakona, onda se ne pojavljuje ništa drugo nego volja prizivača“. ⁴⁰ Tada, čini se da objektivna teorija rešenje problema arbitrarnosti (sudskog stvaranja prava) pronalazi u formi već pomenutih Bidlinskog i Cipelijusa gde se kaže da je tumačenje prava otkrivanje volje zakona polazeći od realnih, sadašnjih društvenih odnosa.

Tako postupa i M. Vuković kada kaže, kao malopre, da se teleološko tumačenje vrši preko elemenata izvan propisa, ili u drugoj formulaciji gde se tvrdi da „sudac treba da se oslobodi zakonodavčeva tutorstva i da rješava sporove onako, kako ga na to upućuje aktuelni društveni život“. ⁴¹

Ovaj pristup, na prvi pogled podrazumeva afirmaciju male premise i sociologizaciju postupka tumačenja prava jer se u formulu tumačenja uključuju realni

³⁷ *Ibidem*, 97.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, 98.

⁴⁰ Bernd Rütters, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie*, No. 3, 2009, 262.

⁴¹ M. Vuković, op. cit., 102.

društveni odnosi na temelju kojih se preciziraju zakoni, po logici: tumačenje prava kao vaganje interesa polazeći od vaganja činjenica. Međutim, u objektivnim teorijama tumačenja prava pod „realnim društvenim odnosima“ ne podrazumevaju se činjenice koje tvore slučaj tumačenja u njegovom faktičkom kapacitetu (određenom empirijskom okviru) već se vrši aksiologizacija male premise putem kategorija kao što su savremene predstave zajednice, dominantne kulturne vrednosti, konkretan poredak, itd.

Na taj način objektivna teorija tumačenja upada u jednu teleološku zamku i ispostavlja se konačno kao rasuđivanje polazeći od ciljeva regulisanja, što je ujedno i formula tumačenja prava subjektivne teorije. Time se početni i potencijalni sociološki elementi objektivne teorije (realni društveni odnosi) gube u nedorečenom i nedoslednom pragmatizmu kada dobijaju izgled jedne teleološke fikcije, i kada se, konačno, opet hipostazira velika premisa jurističkog zaključka, kao u subjektivnim teorijama. Ovo je i zajednički nedostatak subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava zbog čega su one i dalje u sporu i začaranom hermeneutičkom krugu iz kojeg nema izlaska.

Sve ovo dolazi do izražaja, u punom obimu, i kod M. Vukovića. Evo nekoliko primera u tom pravcu. On kaže: „Kako je propis samo sredstvo za ostvarenje društvenog cilja, to svaka interpretacija, koja ne uzima u obzir društveni cilj, mora biti subordinirana teleološkoj interpretaciji, za koju je cilj bitan. Cilj se ne uzima u obzir pri logičkoj interpretaciji. Prema tome, bit će teleološka interpretacija korektiv logičkoj, a to ona ne bi mogla biti, kad bi spadala u područje logičkog zaključivanja“,⁴² i dalje, gde se tvrdi: „Kod teleološke interpretacije ustanovljava se najprije društveni cilj, kome propis služi, a zatim se ispituje, koji rezultat interpretacije odgovara najbolje ostvarenju tog cilja. Prema tome, teleološka interpretacija ima dva dijela: ustanovljenje društvenog cilja i uspoređenje pojedinih rezultata interpretacije s obzirom na njihovu društvenu vrijednost.“⁴³ U još jednoj formulaciji, više filozofskoj, Vuković kaže kako je afirmacija uzročnosti kao epistemološkog principa potisnula problematiku celishodnosti, koja ipak, nužno opstaje u pravu.⁴⁴ Polazeći od terminologije iz ove njegove izjave tvrdimo upravo suprotno: sociološki pristup problematici tumačenja prava podrazumeva jedan kauzalno-teleološko-normativni postupak gde se skladno prožimaju uzročnost i celishodnost.

Na kraju, tvrdi teleologizam M. Vukovića dolazi do izražaja u seriji njegovih drugih izjava gde se zaključuje da početna tačka postupka tumačenja jeste cilj

⁴² *Ibidem*, 98.

⁴³ *Ibidem*, 99.

⁴⁴ *Ibidem*, 107.

zakona, čime se zapravo hipostazira velika premisa, odnosno narušava prirodna veza velike i male premise juridičkog zaključka. On kaže: „Cilj propisa je najsigurniji putokaz, da se ustanovi njegov sadržaj“,⁴⁵ i dalje: „Teleološka interpretacija ograničena je samom strukturom propisa, dakle, okolnostima, koje se nalaze u samom propisu.“⁴⁶

Konačno, bez obzira na izvesne sociološke elemente, teorija tumačenja prava M. Vukovića primer je standardnog oblika objektivne teorije tumačenja prava. To znači da nije iskorišćen njen sociološki potencijal koji leži u dubljem sagledavanju prirode i strukture male premise (premise činjeničnog stanja). Zato teorija ovog autora predstavlja oblik neosvećenog sociologizma i nedorečenog pragmatizma.

Naravno, treba ukazati na vrline ove monografije. Mihajlo Vuković oštro brani objektivnu teoriju tumačenja prava što njegovoj koncepciji daje dimenziju modernosti, pogotovo u tadašnjem stanju u kome se nalazila pravna hermeneutika. Osim toga, njega krasi izvanredan stil, a njegovu koncepciju čvrsta sistematika praćena obiljem primera iz pravne prakse i literature.

Prof. Dr. SAŠA BOVAN
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

MIHAJLO VUKOVIĆ – AN EXAMPLE OF MATURE LEGAL HERMENEUTICAL THOUGHT

Summary

This paper presents the theory of legal interpretation of M. Vuković, a long-time judge and professor of civil law between and after World War II. The paradigmatic framework of this analysis starts from the dispute between the subjective and objective theory of legal interpretation with regard to the key criteria of the interpretation of legal norms. In addition, part of that framework is the dilemma of the relationship between the major and minor premises of legal reasoning. The final conclusion of this analysis is that M. Vuković did not sufficiently use the sociological potential of this theory, which lies in a deeper understanding of the importance, nature and structure of the small premise of legal reasoning.

Key words: theory of legal interpretation, subjective and objective theory of legal interpretation, sociological theory of legal interpretation, M. Vuković's theory of legal interpretation

⁴⁵ *Ibidem*, 103.

⁴⁶ *Ibidem*, 111.

Literatura

- Andonović S., Prlja D., *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Beograd, 2020.
- Bidlinski F., *Pravna metodologija*, Podgorica, 2011.
- Bovan S., *Pravna hermeneutika između filozofije i logike*, Beograd, 2016.
- Brkić S., „Discretionary Estimate as a Criterion of Delimiting the Principles of Legality and Opportunity of Criminal Prosecution“, *Journal of Criminal Law and Public Prosecution*, No. 1, 2011.
- Bultman R., „Problem hermeneutike“, *Filozofska hermeneutika* (ur. Pavić Ž.), Zagreb, 1998.
- Dajović G., *Osnovi pravnog rasuđivanja*, Beograd, 2023.
- Gadamer H.- G., *Istina i metoda*, Sarajevo, 1978.
- Hajdeger M., *Ontologija: hermeneutika faktičnosti*, Novi Sad, 2007.
- Hasanbegović J., *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd, 2006.
- Hasanbegović J., *Topika i pravo*, Beograd, 2005.
- Kačer H., Ivančić Kačer B., „O rešavanju antinomija i pravnih praznina na primeru odnosa Zakona o sportu i Zakona o obligacionim odnosima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, Split, 2017.
- Kantorović H. N., *Borba za pravnu nauku*, Beograd, 2006.
- Lanović M., „Mihajlo Vuković, Interpretacija pravnih propisa“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3, 1953.
- Larenz K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1960.
- Llewelyn K. N., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, 1962.
- Lukić R. D., „Mihajlo Vuković; Interpretacija pravnih propisa“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 1954.
- Lukić R. D., *Tumačenje prava*, Beograd, 1961.
- Mandić O., *Sistem i interpretacija prava*, Zagreb, 1971.
- Olophant H., „A return to stare decisis“, *American Bar Association Journal*, No. 14, 1928.
- Pađen I., *Metodologija pravne znanosti: Pravo i susedne discipline*, Rijeka, 2015.
- Pavčnik M., „Lukićeva razloga prava“, *Zbornik ob stoletnici akad. Antona Vratuše* (ur. Štih P., Teržan B., Sigichal S.), Ljubljana, 2015.
- Radin M., „The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think“, *American Bar Association Journal*, No. 11, 1925.
- Ristivojević B., „Upotreba metoda tumačenja u krivičnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2009.
- Ros A., *Pravo i pravda*, Podgorica, 1996.
- Rüthers B., „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie*, No. 3, 2009.

- Sansović K., „Teleološki pristup u interpretaciji europskog prava“, *Informator*, br. 6276–6277, 2014.
- Simić M. D., „Bibliografija radova o tumačenju prava objavljenih u *Arhivu za pravne i društvene nauke* od februara 1906. do marta 1941. godine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 14, Niš, 1974.
- Simić M. D., „Teorija tumačenja prava Živojina M. Perića i Đorđa Tasića“, magistarski rad, Beograd, 1978.
- Simić M. D., Jarić S. M., *Teorija značenja i tumačenja prava*, Niš, 2000.
- Vuković M., *Interpretacija pravnih propisa*, Zagreb, 1953.
- Zippelius R., *Juristische Methodenlehre*, München, 2003.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VLADO KAMBOVSKI

ETIČKI MINIMUM GLOBALNE PRAVDE

U najkrhčijoj situaciji od kraja Drugog svetskog rata, izazvanoj ruskom agresijom na Ukrajinu i sve žešćim ratnim sukobima na Bliskom istoku, međunarodni poredak zasnovan na postulatu pravde, koji sublimira s jedne strane jednakost suverenih država, a sa druge strane koncept univerzalnih ljudskih sloboda i prava, klimav je i suočava se sa velikim izazovima. Ugroženi su svi osnovni principi međunarodnog javnog, a posebno međunarodnog krivičnog prava. Ljudska prava i suverenitet su dva glavna koncepta od kojih je satkana savremena debata o međunarodnoj pravdi, a sinergija hegemonizma i konstitucionalizma je njen glavni stub. Međunarodno pravo i međunarodna pravda su u krizi globalnih razmera i intenziteta koja preti potpunim uništenjem sveta. Koncept univerzalnih ljudskih prava kao suštine pravde potisnut je sukobljenim interesima svetih hegemonu. U takvim uslovima međunarodno krivično pravo i međunarodne institucije krivičnog pravosuđa (MKS) ostaju kao etički minimum međunarodne pravde, kao mehanizmi koji su krajnja instanca zaštite ljudskih prava, bez kojih svet pada u potpuno ništavilo. Fiat justitia, pereat mundus – jeste najvažnija poruka koja može dovesti do trajnog mira i međunarodne pravde.

Ključne reči: Tukidid, međunarodno pravo, međunarodna pravda, univerzalna ljudska prava, međunarodno krivično pravo, Međunarodni krivični sud

U V O D

Od Tukidida do danas glavna sumnja u postojanje međunarodne pravde zasnovana je na uverenju da je ona nemoguća jer svetom vladaju moćni, čijoj moći

Akademik prof. dr Vlado Kambovski, Makedonska akademija nauka i umetnosti, e-mail: vladok@manu.edu.mk.

slabiji moraju da se pokore, „Jaki rade ono što mogu i hoće, dok slabi trpe ono što moraju“, Tukidid, 460–400. pre n. e. U različitim varijantama mišljenje da meru pravde i nepravde određuju moćni nije ostalo samo na ravništu definisanja prirode međunarodnog prava, ili onoga što se smatra takvim (prema izreci da je ono „pravo, koliko je i vojna muzika – muzika“, jer je nepostojanje međunarodnog zakonodavca, vlade i sudova koji će provoditi zakone nadomešteno decentralizovanim poretom normi i standarda koji u velikoj meri počiva na dobroj veri suverenih država u njihovom poštovanju i primeni. Iznad tog načelnog odbacivanja ideje pravde, kao jednako postupanje sa jednakima i različito postupanje sa nejednakima, čiji je smisao da kao vodeća ideja i esencija prava ima upravo funkciju obuzdavanja moći i poravnanja dominacije jačih sa idealom prirodnih i jednakih prava slabijih, stajalište o instrumentalnoj prirodi prava kao produžene ruke volje moćnijih nije bez uticaja u filozofiji i teoriji prava. Podsetimo se različitih učenja o pojmu i prirodi prava: od teorije o pravnom realizmu, imperativne koncepcije prava, marksističkog učenja, do neomarksističkih i kritičkih teorija.

U globalnim razmerama krajnje napregnutih međunarodnih odnosa, koji se posle ruske agresije nad Ukrajinom opasno približavaju trećem svetskom ratu, ugroženi su svi osnovni principi međunarodnog javnog i, posebno, međunarodnog kaznenog prava – poštovanje jednakosti, suvereniteta i teritorijalnog integriteta država, mira i mirnog rešavanja konflikata, zabrana upotrebe nuklearnog i drugog oružja za masovno uništavanje života, poštovanje trgovačkih odnosa, saradnje u suzbijanju globalnih pretnji kao što su klimatske promene i drugi globalni izazovi (pandemija), kao i poštovanje i zaštita ljudskih sloboda i prava i njihova jednakost – uz sve opasnije situacije u uslovima produblivanja ekonomskih razlika i siromaštva u nerazvijenim zemljama. Svetski poredak je u velikoj, do sada neviđenoj krizi, o čemu dovoljno svedoči nemoć ključnih supranacionalnih institucija, pre svega OUN ili regionalne organizacije (Savet Evrope, Evropska unija), da pokrenu mehanizme obustavljanja rata u Ukrajini i geopolitičkih tenzija i ponovnog uspostavljanja mira i saradnje među državama na principima međunarodnog prava.

U takvoj situaciji postavlja se pitanje, da li kao minimum može da funkcioniše sistem međunarodne kaznene pravde u zaštiti univerzalnih i prirodnih ljudskih sloboda i prava, ili i on zapada u sve dublje sukobe ideja kosmopolitizma i konstitucionalizma, sa jedne, i međunarodnog etatizma i hegemonizma sa druge strane.

KRIZA SVETSKOG PORETKA

Savremeni svetski poredak je zasnovan na principima prihvaćenim na kraju Drugog svetskog rata, koji su konceptu suverenosti države kao ključne odrednice

položaja svake države u međunarodnim odnosima, priključili vertikalnu prirodnu ljudskih sloboda i prava. Na tom snažnom i najvitalnijem osnovu razvoja ljudskog društva, koji je ojačao međunarodnu solidarnost i saradnju među državama, uzdignuta je zgrada međunarodnog prava i međunarodnih institucija (UN, Svetska trgovinska organizacija, Svetska banka itd.) i usvojene su kogentne i druge obavezujuće međunarodne norme o poštovanju ljudskih prava, koje određuju današnju prirodu međunarodnog kaznenog prava. Nastup „ere postsuvereniteta“ (prema Kisindžeru)¹ karakteriše se probijanjem međunarodnog prava o ljudskim pravima i međunarodnog kaznenog prava, koje je emanacija stava da međunarodna kaznena pravda nije u suprotnosti sa principom suvereniteta države, već njegova rezervna pozicija koja nastupa kada država ne može da ostvari svoje funkcije u primeni međunarodnih normi o povredama ljudskih prava.² Razvoj ovih područja međunarodne saradnje, solidarnosti i poštovanja zajedničkih interesa svih ljudi kao „građana sveta“, potaknut je redukcijom „vestfalskog modela“ suverenih država i njegovim otiskivanjem „modela Povelje“ („pravom UN“), koji odbacuje svaki legitimitet upotrebe sile, sa striktno propisanim dozvoljenim odstupanjem od te zabrane.³

U novoj konstelaciji međunarodnih odnosa su time stvoreni uslovi za ubrzan proces ekonomske globalizacije, koji je nužno morao da se bude praćen i afirmacijom univerzalnog koncepta ljudskih prava. Nijedna savremena država, naime, ne može sama, i pored svoje ekonomske ili vojne moći, da odgovori na sve ozbiljnije pretnje, kao što su terorizam, sajber-kriminal, organizovani kriminal, korupcija, ekološki kriminal i drugi oblici ugrožavanja osnovnih ljudskih sloboda i prava. Podizanjem zaštite osnovnih ljudskih prava na ravni međunarodnih normi i standarda, postavljeni su osnovi za afirmaciju međunarodnog konstitucionalizma kao principa koji moraju da usvoje nacionalni pravni sistemi, otvaranjem dvostranog procesa uspostavljanja novih međunarodnih normi i standarda i njihovog inkorporiranja u nacionalne zakone. Od prvobitnog ekonomskog povezivanja tržišta, globalizacija potaknuta brzim napretkom tehnologije, transporta i komunikacija, prerasta u sve veću interkonekciju društva i kultura, nametnuvši potrebu za uspostavljanje razgranatog sistema međunarodnih normi o ljudskim pravima i njihovoj zaštiti. Međunarodne konvencije o ljudskim pravima i o izazovima sa kojima se susreću sve države sveta – od klimatskih promena i zaštite životne sredine do

¹ Henry Kissinger, *Svjetski poredak*, Školska knjiga, Zagreb, 2015.

² *State Sovereignty and International Criminal Law* (eds Bergsmo, Morten and Yan, Ling), TOAEP, 2012, 1.

³ Weil Prosper, „Rakopisi od oblata na međunarodno pravo“, Skopje, *WJP Rule of Law Index*, 2021, World Justice Project, 2013, 10.

masovnih pandemija, terorizma, masovnih migracija, ratova itd., tako su brojne i tangiraju gotovo sva područja društva, da je danas teško dati kratak odgovor na sledeće pitanje: Šta je pravo? – Da li je to sistem nacionalnih normi, ili i međunarodnih normi i standarda, koje sve snažnije utiču na jačanje transnacionalne prirode prava?

Na principu solidarnosti među svim narodima sveta, potaknutog otrežnjenjem usled u ljudskoj istoriji neviđenih užasa izazvanih Drugim svetskim ratom, uspostavljeni su temelji međunarodne pravde stvaranjem sinergije između principa suvereniteta država i univerzalnih i prirodnih sloboda i prava pojedinca.

Prvi stub je uspostavljen Poveljom UN (1945) i stvaranjem OUN i Međunarodnog suda pravde. Povelja je proglasila kao glavne ciljeve čovečanstva mir i očuvanje bezbednosti, kao i poštovanje ljudskog dostojanstva i jednakih sloboda i prava, zabranu upotrebe oružane sile izuzev u opštem interesu, poštovanje suverene jednakosti, teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti svake države, razvijanje prijateljskih odnosa među nacijama, zasnovanih na poštovanju načela ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda, i rešavanje međunarodnih sporova mirnim načinima, tako da međunarodni mir i bezbednost kao ni pravda ne budu povređeni (čl. 2). Ostvarivanje ovih postulata je, pored drugih organa OUN, dato u nadležnost Međunarodnom sudu pravde, čija je glavna funkcija rešavanje pravnih sporova između država i davanje pravnih saveta međunarodnim organima.

Drugi stub međunarodne pravde, utemeljen je na „nirnerškom pravu“ i na presudama Nirnerškog tribunala (1945–1946) glavnim nacističkim ratnim zločincima Trećeg rajha, kojima su na eksplicitan način pojedinac i zaštita njegovih prava podignuti na ravnište subjekta međunarodnog prava i međunarodne pravde. U formalnom smislu, individualna i liberalna dimenzija međunarodne pravde je uspostavljena Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima UN (1948), dalje razvijena kroz Konvenciju UN o genocidu (1948), Ženevsku konvenciju o zaštiti žrtava rata (1949) i do danas brojne konvencije o ljudskim pravima. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima je najznačajniji pravni spomenik savremenog prava, koji je ugaoni kamen izgradnje savremenog društva na postulatima univerzalnih, prirodnih i urođenih sloboda i prava, i snažan pokretač kosmopolitizma kao nove ideologije, suprotstavljene tendencijama hegemonizma i nametanju volje jačih koju „slabiji moraju da trpe“.

Tokom posleratnog perioda do pada Berlinskog zida, uspostavljeni balans dvaju potpornih stubova koncepta međunarodne pravde, u osnovi se održavao i pored dugotrajnog „hladnog rata“, zahvaljujući sa jedne strane „ravnoteži straha“ između blokovski podeljenih država i određene multipolarnosti koju je obezbeđivao „treći svet“. Početkom 90-ih godina prošlog veka, Fukujama (*Francis Fukuyama*)

stekao je svetsku slavu optimističkim proglašavanjem kraja istorije posle pada Be-rinskog zida, završetka hladnog rata i trijumfa liberalne demokratije, koja je od svih režima 20. veka jedina ostala netaknuta.⁴ Kraj istorije je trebalo da označi po-bedu kapitalizma, liberalne demokratije i tržišta kao konačno ostvarene utopije o vladavini opšteg blagostanja, slobode, svetskog mira, pravde i poštovanje ljudskih prava. Međutim, u njegovim novijim knjigama,⁵ njegova vizija savremenog društva postaje depresivna i sadrži priznanje da je slika savremenog društva mnogo sumor-nija, jer koncept liberalne demokratije i kosmopolitskog ideala pravde i jednakosti podbacuje u mnogim delovima sveta. Kina razvija mešoviti model autoritarizma i slobodnog tržišta, demokratizacija ne napreduje u zemljama u tranziciji, u mnogim zapadnim zemljama dolazi do snažnog državnog intervencionizma, naročito na-stupom globalne ekonomske krize, a demokratija je ugrožena jačanjem populizma i nacionalističkih desničarskih pokreta. Fukujama smatra da je glavni razlog zašto se istorija pokazala komplikovanijom nego što je ranije mislio, slab kvalitet poli-tičkih institucija i nekompetentnost država, što je uzrokovalo pogrešnu primenu neoliberalnog koncepta i rezultiralo globalizacijom koja je u stvari povećala nejed-nakost i dovela do nestabilnosti u globalnom ekonomskom i finansijskom sistemu. Zalažući se za jačanje demokratskih procesa, ljudskih vrednosti i ideala pravde i jednakosti, kao jedinog načina prevazilaženja takvih retrogradnih tendencija, on u stvari priznaje da izlaz iz stvorenog *circulus vitiosus* ne mogu da ponude faktori koje drže zarobljenim savremeno društvo.

Odbacujući i ideju globalnog komunizma i liberalne vizije globalnog gra-đanskog društva, Bodrijar (*Baudrillard*), koji pripada krugu francuske škole po-ststrukturalizma (*Deleuze, Lyotard, Foucault, Derrida, Lacan*), polazi od stava da su ciljevi kojima su se oni nadali, uvek bili iluzije. Danas je došlo do kraja istorije, kao kraja smetlišta istorije, jer nema više đubriva za odlaganje starih ideologija, starih režima, starih vrednosti, tako da ako više nema kante istorije, to je zato što je sama istorija postala smetlište, kao što je i sama planeta postaje sopstveno smetlište. Sve je običan simulakrum, danas izražen kroz model beskrajne ponovljivosti, a kojim vladaju pohlepa i strah kao jedini pokretači društvenih odnosa i njihovih promena. Imaginarno je bilo alibi stvarnog u svetu kojim vlada princip realnosti; danas je stvarno postalo alibi modela u svetu kojim vlada princip simulacije.⁶ I Markuze (*Herbert Marcuse*), „guru“ Nove levice, smatra da savremeno industrijsko društvo

⁴ Fukujama, Frensis, *Krajot na istorijata i posledniot čovek*, Skopje, 1994, 70.

⁵ V. Francis Fukuyama, *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalisation of Democracy*, Farrar, Straus and Giroux, 2014; *Liberalism and Its Discontents*, Macmillan, 2022.

⁶ Žan Bodrijar, *Simulakrumi i simulacija*, Novi Sad, 1991, 26.

tendira da bude totalitarno i postiže to šireći preko masovnih medija ubeđenje da su građani slobodni i da imaju osećaj jedinstva, jednakosti i pravde, jer gledaju iste TV programe, navijaju za iste sportske timove itd., dok u javnoj retorici prevladavaju teške reči kao „nacionalni interesi“ i „nacija“.⁷ Značajan doprinos u toj igri ima tehnološki razvoj, za koji je stvorena apriorna predstava da je u suštinskoj uzročnoj vezi sa ljudskom emancipacijom, slobodom i boljim životom. Zapostavljene su njegove refleksije u odnosu na pojedinca, posebno činjenice da nove tehnologije predstavljaju novi vid proizvodnje, novi model organizacije i novu dominaciju određenog tipa razmišljanja ili ponašanja, kao i novu kontrolu ličnosti i njene privatnosti.

Kosmopolitski pristup ljudskim pravima, koji je nužna komponenta funkcionisanja međunarodnog prava kao izbalansiranog sistema normi koji pomiruje postulate jednake suverenosti država sa poštovanjem univerzalnih i jednakih ljudskih sloboda i prava, danas je ugrožen višestranim izazovima globalne krize. Svet je danas suočen sa činjenicama da nikada u ljudskoj istoriji nisu postojale veće pretnje za bezbednost ljudi, pa i za opstanak čovečanstva. Kazaljke na satu „Sudnjeg dana“ *Biltena svetske asocijacije nuklearnih naučnika* su zadnjih godina napredovale na 100 sekundi do propasti, upozoravajući na jasno nadolazeću apokalipsu. Velike sile odustaju od sporazuma o kontroli nuklearnog oružja i naoružanja, dok druge teže da se naoružaju. Kriza savremenog društva je kulminirala pojavom svetske pandemije kovida 19 koja je ugrozila građane svih država i koja je od teško rešivog problema očuvanja zdravlja i života ljudi prerasla u najtežu ekonomsku, socijalnu i političku krizu u zadnjih sto godina. Ona je izbacila na površini sve duboke suprotnosti globalnog sistema, kao i sve slabosti međunarodnog poretka i nacionalnih država da reaguju na pojave masovnog ugožavanja osnovnih ljudskih vrednosti.

Proces globalizacije pogoduje ambicijama neodgovornih političara, koje se ostvaruju ekonomskim, vojnim i političkim sredstvima i održavanjem stalnih i novih žarišta sukoba, od sajber-ratovanja do razvijanja svemirskog oružja. Globalnom katastrofom prethodi već nastupajuća ekološka kriza, uzrokovana klimatskim promenama koje su daleko odmakle u odsustvu zajedničkih politika ekonomskog razvoja i eksploatacije prirode. Umesto restrikcija upotrebe štetnih materija i devastacije životne sredine, velike sile podstiču proizvodnju fosilnih goriva i krčenje šuma, multinacionalne naftne kompanije planiraju veliko povećanje eksploatacije energenasa, istraživanja i proizvodnje, a nivo stakleničkih gasova u atmosferi nastavlja da ubrzano raste. Glavni faktor globalne krize postaje upravo porast ekonomske nejednakosti, koja dovodi do toga da se iscrpljivanje svih prirodnih resursa, na šta se

⁷ Herbert Marcuse, *One-Dimensional Man: Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, Boston, 1964, 3.

uglavnom svodi uspešnost savremenog globalnog kapitalizma, pretače u benefite koji se sve više koncentrišu u sve užem krugu bogatih i moćnih. Svetska populacija prema svim predviđanjima biće udvostručena u naredne dve generacije sa sedam na 13–14 milijardi ljudi sa opadajućim stopama ekonomskog rasta. Shodno tome se povećava i potrošnja resursa, sirovina i energije. Svetska ekonomija i finansije su blizu potpune katastrofe jer nisu poštovani prirodni zakoni termodinamike i entropije koji važe za privredu, na šta je nauka ukazivala još pre sto godina. Svaki dolar i evro štampan za smanjenje svetskih dugova bez ikakve „dodate vrednosti“ ozbiljno ugožava globalnu ekonomiju, vodeći je do njenog potpunog sloma. Mediji i različite globalne komunikacijske mreže, ne poznajući nikakve nacionalne granice, imaju glavnu ulogu u širenju nove ideologije konsumerizma i korporativizma i pretvaranja građana u pasivne subjekte i potrošače ekstremnih, krajnje desnih i sličnih političkih ponuda i programa.⁸

Pored uticaja na državni suverenitet, ograničavajući njegov apsolutni karakter u odnosu na ostvarivanje klasičnih državnih funkcija, proces globalizacije je otvorio veoma provokativna pitanja o konceptu države. Klasične teorije posmatraju državu kao politički totalitet koji ima zadatak da omogući ostvarivanje interesa njenih građana. Učenje o prirodnim ljudskim pravima (od *Grotiusa* do danas) zauzima stav da država ima univerzalističku etičku funkciju, čiji je minimalni princip bar jedan od elemenata „zlatnog pravila“ – *neminem laede*: vestfalska koncepcija priznavanja suverene jednakosti država podrazumeva zabranu da jedna država nanosi štetu drugoj državi. Upravo poštovanje te obaveze uvodi celokupno čovečanstvo u njegovo prirodno stanje, koje je suprotno Hobsovoj tezi (*Thomas Hobbes, Leviathan*) o *bellum omnium contra omnes*. Pored ovog osnovnog etičkog postulata, pozivanje na kosmopolitizam ili na etatizam, kao mogućeg ili realnog osnova univerzalne pravde, sapliće se oko pitanja da li država ne samo što ne treba da nanosi štetu drugoj, već i da treba da igra pozitivnu ulogu u svetskim poslovima, postupajući kao „lokalni agent svetskog dobra“. Diskurs o međunarodnoj pravdi u kontekstu sukoba etatizma i kosmopolitizma se komplikuje upravo na određivanju pojma „opšteg svetskog dobra“ i pravde kao takvog dobra. Prema ideji kosmopolitizma, obaveza pravde se odnosi prema svim ljudskim bićima, dok za etatiste ona se odnosi samo prema onima sa kojima smo slučajno supripadnici iste države, na osnovu određene moralno relevantne činjenice o karakteru zajedničkog članstva. Uloga principa pravde je da obezbedi fer uslove saradnje i ostvarivanja zajedničkih interesa, uzajamnih prava i dužnosti unutar države. Tamo gde te činjenice nema,

⁸ „Slobodno tržište je ideal koji zaslužuje da se veliča kada su njegovi rezultati u saglasnosti sa percipiranim potrebama domaće moći i privilegiranosti“, Noam Čovski, *Nužni iluzii – Kontrola na mislata vo demokratskite opštestva*, Skopje, 2003, 63.

postulat pravde nema nikakvog značaja. Kosmopoliti, s druge strane, zanemaruju svaku ideju da članstvo u određenoj državi stvara moralno značajne odnose koji ograničavaju obim pravde, ističući da svako ljudsko biće ima univerzalni status kao krajnja jedinica moralnog uvažavanja, tako da se dužnosti pravde moraju primenjivati između svih ljudi, bez obzira na pripadnost državi ili drugoj grupi, tako da se obim pravde proteže na čitavo čovečanstvo.⁹ Globalizacija je pojačala kritike teorije pravnog realizma, posebno rigoroznom analizom pravednih pristupa u odgovoru na izazove klimatskih promena, dok sa druge strane ekonomska nejednakost tendira ka stalnom rastu kao rezultat hegemonije neo-liberalnih koncepata društva i ekonomije.¹⁰ Sa druge strane zaslugom i postmodernističke relativizacije apsolutnih vrednosti slobode i pravde, te apsolutne ideje prava polako gube svoj realni ljudski sadržaj, zajedno sa pražnjenjem koncepta liberalne demokratije, vladavine prava i drugih temeljnih vrednosti savremenog društva.

Globalna kriza danas kulminira ruskom agresijom nad Ukrajinom, koja preti da od „specijalne operacije“ i ratnog konflikta koji se vodi na teritoriji te zemlje sa nebrojenim žrtvama, eskalira gomilanjem oružja i uvlačenjem sve većeg broja zemalja u Treći svetski rat, sa nesagledivim posledicama po čovečanstvo i njegovo postojanje. Ta agresija je već do danas postala neposredni uzrok jedne od najtežih ekonomskih, humanitarnih i političkih kriza. Saglasno „Finagleovom zakonu“ dinamičkih negativa (nešto manje poznatog derivata *Murphy*-evog zakona), koji sugeriše da će se najgori ishodi desiti u najnepovoljnijem vremenu („sve što može poći po zlu, poći će u najgorem mogućem trenutku“), rat u Ukrajini iznosi na površini i sve slabosti međunarodnog poretka, međunarodnog prava i kapaciteta nacionalnih država da odgovore na pojave masovnih ugrožavanja osnovnih ljudskih vrednosti.

Ruska agresija nad Ukrajinom, kojom je nastavljen kontinuitet sve žešćih međunarodnih sukoba uključivši skorašnji napad Hamasa na Izrael, predvidljiv je ishod gomilanja uzajamne netrpeljivosti velikih država i njihovih suprotstavljenih geostrateških, političkih i ekonomskih interesa. Jačanje hegemonističke pozicije velikih država, posebno SAD, Kine, Rusije, Brazila, Indije i Južne Afrike, kao i EU, je nesumnjivo jedna od najozbiljnijih posledica procesa globalizacije, koja preti da sruši krhi poredak međunarodnog prava i međunarodne pravde. Hegemonija velikih i moćnih država i međunarodna konstitucionalizacija ljudskih prava kao dominantni globalni trendovi današnjice, upadaju u kompleksne odnose čija je

⁹ Matt Sleat, „The Value of Global Justice: Realism and Moralism“, *Journal of International Political Theory*, No. 2, Vol. 12, 2016, 169.

¹⁰ Andrew Linklater, „The evolving spheres of international justice“, *International Affairs*, No. 3, Vol. 75, 1999, 473.

budućnost krajnje neizvesna, usled paradoksalne činjenice da je njihov uzajamni odnos više odnos antinomije, nego suprotstavljanja i odbacivanja. Poredak zasnovan na hegemoniji ne može da opstane bez stabilnosti koju obezbeđuje konstitucionalizam, dok konstitucionalizam ne može da se razvija bez dinamike koju nameće hegemonija velikih država.¹¹ Procesi međunarodne hegemonije i međunarodnog konstitucionalizma su inovativni po tome što oba predstavljaju izraze političke moći, izdignute iznad horizontalne strukture međunarodne zajednice. Ostaje otvoreno pitanje da li će svetom vladati velike države, postizanjem saglasnosti o podeli moći i uspostavljanjem opšteobavezujućih pravila za ostali deo sveta, ili će pobediti težnja ka konstitucionalizaciji ljudskih prava i njihove zaštite, kao glavni postulat koji nalaže da se međunarodni pravni poredak bazira na principu vladavini prava, pravde i ograničavanja moći velikih država.

Jedini racionalni odgovor na to pitanje jeste stav da ljudska prava nisu deo problema, već deo rešenja u trenutnom „sukobu velikih“ i da se priroda zapleta u odnosima moćnih može promeniti shvatanjem da ljudska prava ipak bolje služe interesima globalne većine.¹² U prilog ove teze idu i analize vodećih ekonomista u svetu, koji upozaravaju da jačanje transnacionalnog kapitala (transnacionalne kompanije i finansijske institucije) u procesu globalizacije ne samo da potiskuje nacionalne ekonomije i suverenitet država, već stvara i situaciju dvovlašća i dinamičke ravnoteže u kojoj je otežano funkcionisanje mehanizama uspostavljanja i regulisanja svetskog poretka. Bez odgovarajućeg ograničavanja ekonomskih interesa, ostaje da važi princip da tržište, uspostavljeno od strane moćnih, priznaje samo novac i dobit, a ne i ostvarivanje ljudskih prava, stvarajući ekonomsku realnost u kojoj je potisnuta uloga međunarodnih političkih i pravnih institucija (OUN, regionalne organizacije) koje nastoje da savremenom kapitalizmu daju ljudski sadržaj. U knjizi poznatog grčkog ekonomiste (i ministra finansija u Sirizinoj liberalnoj vladi) Varufakisa (*Yanis Varoufakis*), *And the Weak Suffer What They Must?: Europe's Crisis and America's Economic Future*,¹³ („Slabi trpe ono što moraju“, Tukidid), autor na sjajnoj analizi krize svetskog kapitalizma i evropskih integracija reafirmiše ideje Kejnza (*John Maynard Keynes*) da uvažavanje samo interesa jakih i moćnih, uz zapostavljanje interesa slabih, vodi u ekonomske katastrofe.

¹¹ Andraž Zidar, *The World Community between Hegemony and Constitutionalism*, The Hague, 2019.

¹² Anthony Woodiwiss, „Human Rights and the Challenge of Cosmopolitanism Theory“, *Culture and Society*, Issue 1–2, Volume 19, 2002, 13.

¹³ Yanis Varoufakis, *And the Weak Suffer What They Must?: Europe's Crisis and America's Economic Future*, Bold Type Books, 2016.

Poslednjih godina, u teoriji međunarodnog prava je uočljiva tendencija ka promeni standardnog tumačenja realizma, koji nalazi obrazloženje za svođenje međunarodne pravde i međunarodnog prava na grubu činjenicu ispoljavanja apsolutne moći i volje velikih država. Posebno je uticajna Morgentauova (*Hans J. Morgenthau*) kritika realizma izražena stavom da je od centralne važnosti zaštita ljudskog života i slobode kao „transcendentni etički standard“. On ne odbacuje tezu da su države akteri orijentisani na moć, ali u isto vreme priznaje da bi međunarodna politika bila pogubnija nego što zapravo jeste da nije bilo moralnih ograničenja i zaslugom međunarodnog prava. Realizam ne može da se posmatra kao statična, amoralna teorija u okviru pozitivističke interpretacije međunarodnih odnosa, već kao praktično učenje koje se razvija i zavisi od stvarnih istorijskih i političkih uslova i o kojem se na kraju sudi na osnovu etičkih standarda i relevantnosti u donošenju razboritih političkih odluka.¹⁴ Komplementarno prisustvo pravnog realizma u pragmatičnom rasuđivanju u pravu, koje se gradi na osnovu iskustva, omogućava relaksaciju tvrdog dogmatskog stajališta pozitivistički orijentisanih pravnika fokusiranih na državnu moć i volju kao centralnu karakteristiku međunarodnog prava, prihvatanjem činjenice da globalno kreiranje međunarodnih normi i standarda postaje delotvorno kroz rekurzivne procese koji uključuju tvrdo i meko pravo, i državne i nedržavne aktere, na transnacionalnom nivou, tako da se značenje i praksa međunarodnih normi prilagođavaju promenljivim kontekstima.¹⁵ Sa druge strane, neorealizam ima korisnu ulogu, jer upozorava na iluzornost progresivizma, moralizma, legalizma i drugih orijentacija koje gube dodir sa realnošću interesa i moći. Otuda, neorealistički preokret se može smatrati kao razumni korektiv preoptimističkog liberalnog verovanja u uspostavljanju međunarodne pravde na principima međunarodne saradnje, ali ostaje osnovna primedba da se pre naglašavje samo politike moći i nacionalnih interesa može zloupotrebiti i zloupotrebljava se da se opravda i agresija.

Zastupnici koncepcije o „slabima, koji moraju da trpe jake“, ipak treba da priznaju da je neophodno trezveno razumevanje dinamike moći, prihvatanjem činjenica da su upravo svetske revolucije potaknute postulatima ljudskih prirodnih prava transformisale svetsku politiku, između ostalog i prelaskom sa velikih imperija na međunarodni poredak suverenih država. Odnos između ljudskih prava i moći treba da se posmatra sa osloncem na teoriju o njihovoj „proteanskoj moći“

¹⁴ Hans J. Morgenthau, „The Intellectual and Political Functions of a Theory of International Relations“ in *Politics in the 20th Century, The Decline of Democratic Politics*, Vol. I, University of Florida Libraries, 2011, 79.

¹⁵ Shaffer Gregory, „Legal Realism and International Law“, *University of California Irvine School of Law Legal Studies Research Paper Series*, No. 2018-55, 2018, 17.

(kao neuhvatljivih, promenljivih, svestranih i fleksibilnih, prema grčkom mitološkom bogu voda Proteju, koji simbolizuje konstantnu promenu prirode mora ili kvaliteta vode i može predviđati budućnost.¹⁶ Isto tako, nemoguće je obustaviti proces jačanja univerzalnog koncepta ljudskih sloboda i prava, koji je duboko inkorporiran i u pravne sisteme svih država, uključivši i one koje imaju dominantnu poziciju u međunarodnim odnosima, i stvara sve uticajnije mrežu protagonista i pristalica principa međunarodne pravde. Rezultat njihovog delovanja, često suprotstavljenog interesima vladajućih političkih elita, jeste osnivanje i stalno proširivanje kompetencija supranacionalnih tela, tribunala (*ad hoc* međunarodni kazneni tribunali, stalni Međunarodni kazneni sud, Evropski sud za ljudska prava) i drugih institucija međunarodne pravde, kao i inkorporisanje međunarodnih normi i zabrana u nacionalna zakonodavstva.

UGROŽENA PODRUČJA MEĐUNARODNE PRAVDE: KAZNENA PRAVDA KAO ETIČKI MINIMUM

Postulat međunarodne pravde, koji treba da korespondira sa principima i vrednostima formiranih oko univerzalnog koncepta ljudskih sloboda i prava, danas je više nego ikada suočen sa aporijom izazvanom gotovo nepremostivim socijalnim, ekonomskim i kulturnim razlikama u globalizovanom svetu. U svetlu globalne ekonomske nejednakosti, koja se produbljuje i dovodi do sve većih dispariteta u korist velikih i ekonomski jačih država, uspostavljanje transnacionalne pravde, kao pravde među pojedincima u međunarodnoj zajednici, kao i međudržavne pravde, je moguće samo u prostoru ustupljenom dobrom voljom država, koje uvek vode više računa o svojim ekonomskim i drugim interesima, nego o imaginarnim zahtevima pravičnog korišćenja, pristupa i raspodele prirodnih bogatstava. Umesto pre nekoliko dekada promovisanog koncepta ekonomske pomoći siromašnim zemljama od strane velikih država, u današnjem neo-liberalnom kontekstu uspostavljanje pravednih odnosa je reducirano na aktivnosti transnacionalnih kompanija i pojedinih međunarodnih organizacija kao što su Svetska banka ili MME. UN upozoravaju da su 52 zemlje u svetu u dužničkom ropstvu iz kojeg nikada neće izaći bez pomoći. Svetski javni dug je 2022. narastao na rekordna 92 biliona dolara, što je petostruko više nego 2000. godine. Otprilike 40 posto svetskog stanovništva, odnosno 3,3 milijarde ljudi, živi u zemljama gde kamate za zajmove premašuju izdvajanja za zdravstvo ili obrazovanje.

¹⁶ V. Christian Reus-Smit, „Being a Realist about Human Rights“, *The Limits of Human Rights* (eds Fassbender Bardo, Traisbach Knut), Oxford, 2019, 121.

Ne postoji vidljivi napredak i u drugim područjima, koja se dotiču razvijanja međunarodnih odnosa na zahtevu uvažavanja transnacionalne pravde i suverene jednakosti država, kao što su, na primer, klimatske promene i zaštita životne sredine, uspostavljanje globalnih institucija koje su po svojoj prirodi demokratske i treba da se suočavaju sa globalnim demokratskim deficitom, migracije i azil, priznavanja kulturnih i identitetskih razlika itd.¹⁷

Pojačavanje tenzija sve više navodi i na razmišljanja da se svet nalazi pred „post-zapadnim“ periodom i upozorava na mogućnost da Zapad i njegov liberalni poredak prestanu da postoje. U prilog takvog strahovanja idu produbljavanje nejedinstva među državama članicama EU i slabljenje liberalnih vrednosti, kao što su mir, pravda, demokratija, sloboda i ljudska prava, jačanjem desnih, neofašističkih i sličnih pokreta i formiranjem vlada od protivnika otvorenog društva. Brojne studije u razvijenim zapadnim državama (SAD, Nemačka, Španija) pokazuju da danas sve više ljudi veruje da je autoritativna vladavina bolje političko rešenje od demokratije. Svet je zapljusnut kolektivnim osećajem zbunjenosti, gubljenja poverenja, razočaranja i bespomoćnosti pred zlom, nepravdom i besmislenošću (nem. *Weltschmerz*), potaknutih i sve većom poplavom lažnih vesti, koje otežavaju postizanje saglasnosti oko toga šta je uopšte istina sa događajima i odnosima na međunarodnom planu. Međunarodna liberalno orijentisana javnost postaje sve više inhibirana i bezvoljna, gotovo mireći se sa stanjem poraza pred iracionalnim ponašanjem političkih elita i njihovih planova i metoda vođenja međunarodne politike.

Međunarodna pravda može da bude uspostavljena jedino na principu međunarodne vladavine prava, shvaćenom u njegovom supstancijalnom značenju pravnog okvira međunarodnih odnosa izvedenog iz korpusa univerzalno priznatih ljudskih sloboda i prava. U postojećim uslovima relativizacije apsolutnih ideja pravde, istine i drugih humanih vrednosti i njihovog potiskivanja grubim pragmatizmom i egoizmom, taj ideal je teško ostvariv. Postoji opšta saglasnost da je ostvarivanje vladavine prava postalo globalni problem, koje se širi u svim, nerazvijenim i razvijenim zemljama. Prema *Indeksu vladavine prava 2021. (WJP Rule of Law Index for 2021)*, koji kao vodeći izvor nezavisnih i objektivnih pokazatelja predstavlja sliku vladavine prava u 139 zemalja tako što daje rezultate rangiranja uglavnom oslonjenog na primarne podatke, u više zemalja, četvrtu godinu zaredom dolazi više do pada, nego do poboljšanja ukupnog učinka vladavine prava. U godini kojom je dominirala globalna pandemija kovida 19, u 74,2% posmatranih zemalja je došlo do pada učinka vladavine prava, dok je do poboljšanja došlo samo u 25,8% zemalja. Ali posebno je značajno to, da 74,2% zemalja koje su te godine doživele

¹⁷ V. A. Linklater, op. cit., 474.

pad čini 84,7% svetske populacije, ili približno 6,5 milijardi ljudi. Do pada nije došlo u državama koje su među prvorangiranim na listi zemalja (Danska –1, Norveška – 2, Finska – 3, Švedska – 4, Nemačka – 5, Holandija – 6, Luksembourg – 7 itd.).

U krugovima EU, pogoršanje vladavine prava izaziva sve veću zabrinutost, jer je prema WJP Indexu vladavine prava za 2021. godinu u 14 država članica došlo do pada. U poređenju sa prethodnom godinom, pad je kod pojedinih segmenata koji su osnova za ocenjivanje bio najznačajniji u Poljskoj, Mađarskoj, Bugarskoj i Hrvatskoj, ali i u Rumuniji, Sloveniji i nekim zapadnoevropskim zemljama, uključujući Austriju, Francusku i Portugal. Na pitanje – šta je pošlo naopako, odgovori su uglavnom fokusirani na nezavisnost pravosuđa, koja je i dalje jedan od ključnih izazova vladavine prava, što je potvrđeno u Izveštaju Komisije za vladavinu prava EU. Prema Izveštaju, nezavisnost sudstva i pristup pravdi su posebno ugroženi u Poljskoj i Mađarskoj, a problemi su ostali i u Rumuniji, Bugarskoj i Slovačkoj. Istraživanja Eurobarometra sprovedena među širom javnošću takođe su pokazala da je u Hrvatskoj, Poljskoj i Slovačkoj nivo percipirane nezavisnosti pravosuđa ostao veoma nizak (ispod 30%). Isto tako, indeks slobode medija pokazuje značajno pogoršanje stanja, izazvanog napadima na novinare, proizvoljnim hapšenjima i pritiscima na novinare, uočenih u nekoliko zemalja, uključujući Nemačku, Francusku, Italiju, Poljsku i Bugarsku, Mađarsku, Češku i Sloveniju.¹⁸ Priznaje se, u suočavanju sa trendom slabljenja vladavine prava, da je ponovno oživljavanje autoritarizma u samoj EU bilo neočekivano i da nije lako sukobljavati se sa nazadovanjem nacionalnih vlasti uključenih u vladavinu prava, kada Evropski savet (šefovi država i vlada), Savet ministara EU i Evropska komisija nisu priznali taj problem ili pustili da bude potisnut snažnom retorikom o vladavini prava i nepreduzimanjem stvarnih akcija. Tek poslednje dve-tri godine je ovaj problem u državama članicama stavljen na sto, donošenjem posebnih propisa koji omogućavaju pokretanje postupaka o povredi prava EU, saglasno čl. 7 i 2 Lisabonskog ugovora (Ugovora o EU), donošenjem odluka Suda pravde EU u slučajevima Poljske i Mađarske i usvajanjem (negativnih) izveštaja o vladavini prava u Rumuniji i Bugarskoj od strane Evropske komisije i Evropskog parlamenta. U svom Izveštaju o napretku Rumunije,¹⁹ Evropska komisija konstatuje da u reformi pravosuđa i borbi protiv korupcije postoji „odstupanje od napretka ostvarenog u prethodnim godinama“ i, ako rumunske vlasti ne poboljšaju stanje vladavine prava ili nastave da preduzimaju negativne

¹⁸ Jakub Jaraczewski, Nino Tsereteli, „The rule of law in the EU in 2021: What went right? What went wrong“, Democracy Reporting International, 2021.

¹⁹ V. Final Report From The Commission To The European Parliament And The Council On Progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism (SWD(2019) 393 final) Brussels, 22. 10. 2019, COM(2019) 499, 17.

korake, Komisija će primeniti odgovarajuće mere. U svojoj Rezoluciji o vladavini prava i osnovnim pravima u Bugarskoj od 8. oktobra 2020, Evropski parlament izražava (u tač. 1) „duboko žaljenje“ zbog činjenice da je razvoj događaja u Bugarskoj doveo do značajnog pogoršanja poštovanja principa vladavine prava, demokratije i osnovnih prava, uključujući nezavisnost pravosuđa, podelu vlasti, borbu protiv korupcije i slobodu medija.²⁰ Konstatuje se, pri tome, da institucije EU nisu reagovale na vreme i nisu primenjivale odgovarajuće instrumente o vladavini prava usled pristrasnosti i ekonomskih interesa.²¹

Iz ovih razloga, promovisanje mira i pravde (cilj 16 – mir, pravda i snažne institucije) proglašeno je za jedan od 17 Globalnih ciljeva Programa održivog razvoja (SDG) UN do 2030. godine. Ovaj cilj obuhvata promovisanje miroljubivih i uključivih društva za održivi razvoj, osiguranje pristupa pravdi za sve i izgradnju delotvornih, odgovornih i uključivih institucija na svim nivoima. Jačanje vladavine prava i promovisanje ljudskih prava jesu ključni za ovaj proces, koji sadrži, posebno, zahtev za aktivnijim učešćem zemalja u razvoju u institucijama globalnog upravljanja, značajno smanjenje nezakonitih tokova novca i oružja, pojačavanje borbe protiv svih oblika organizovanog kriminala, značajno smanjenje korupcije u svim njihovim pojavnim oblicima, razvijanje delotvornih, odgovornih i transparentnih institucija na svim nivoima i osnaživanje relevantnih nacionalnih institucija, između ostalog i preko međunarodne saradnje, za izgradnju kapaciteta na svim nivoima, posebno u zemljama u razvoju, radi sprečavanja nasilja i borbe protiv terorizma i kriminala.

Postojeći međunarodni poredak, stvaran je pod snažnim uticajem velikih svetskih sila – pobednica u Drugom svetskom ratu, kao mirovni projekat, zasnovan na vladavini prava i na priznavanju prirodnih i univerzalnih ljudskih sloboda i prava, kao esencijalnih postulata savremenog konstitucionalizma. To je opšti kontekst u kome su postavljeni temelji i međunarodnog kaznenog prava, danas čvrsto etabliranog kao uticajne grane prava – putem brojnih konvencija (od Konvencije o genocidu iz 1948. godine do Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda iz 1998. godine i kasnijih kaznenopravnih konvencija) – kao i međunarodnog prava o ljudskim pravima (na tlu Evrope – od Evropske konvencije o ljudskim pravima (1950) do Povelje o osnovnim pravima EU (2007)). U takvom kontekstu međunarodnog konstitucionalizma i sve veće simbioze sa nacionalnim sistemima pravde,

²⁰ V. European Parliament resolution of 8 October 2020 on the rule of law and fundamental rights in Bulgaria (2020/2793(RSP)), 2020, 1.

²¹ Laurent Pech, *The Commission's Rule of Law Report and the EU Monitoring and Enforcement of Article 2 TEU Value*, European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2022, 124.

vladavina prava je danas i na međunarodnom ravništu ideal koji štiti osnovne pravne vrednosti kao što su opštost imperativnih i prohibitivnih normi, pravdu, jednakost pred zakonom, nezavisnost sudova i prava na pravičan proces, kao i garancije za zaštitu osnovnih prava na međunarodnom ravništu. U tom smislu i jedan od glavnih ciljeva međunarodne vladavine prava u funkciji međunarodne pravde treba da bude zaštita i daljnji razvoj već stečenih pozicija statusa ljudskih prava i njihove zaštite, kao i individualne i državne autonomije od proizvoljnog mešanja moćnih država, kroz ustavna pravila koja određuju domet međunarodnog prava u unutrašnji pravni sistem države.²² Granica tako shvaćene međunarodne vladavine prava mora da bude postavljene toliko široko, koliko to zahtevaju prirodna ljudska prava kada se nađu u sukobu sa nacionalnom državom u kojoj građani teže da ih ostvare i zaštite.

Postulat međunarodne pravde nesumnjivo računa na jačanje međunarodnih garancija koje može da pruži međunarodno kazneno pravo.²³ Pre svega, ono utiče na suverenitet države zabranama koje su bile izvan delokruga nacionalnog prava (genocid, ratni zločini itd.), ali podrivaju interes međunarodne zajednice za mir i bezbednost i svojom izuzetnom ozbiljnošću „šokiraju savest čovečanstva“, tako da ne mogu da budu stvar samo pojedinih država. To je „pozitivno“ ograničenje suvereniteta države, jer je vezano za univerzalni sadržaj neprikošnovanih ljudskih prava, čiji nepovredivi i neoktroisani status ne treba da zavisi od priznavanja države. Međutim, sprečavanje međunarodnih zločina mora da se naslanja na priznavanje suvereniteta država i njenu ulogu garanta za zaštitu osnovnih ljudskih prava. I stvaranje međunarodnih institucija kaznene pravde, kao što je stalni MKS, jeste emanacija suvereniteta država, jer nijedan drugi entitet osim države nema ovlašćenje da formira takve institucije. Suprotno bi značilo napuštanje osnovnog principa međunarodnog prava o jednakosti država, prema kojem nijedna država ne može da bude sudija drugoj državi (*par in parem non habet iudicium*).

Međunarodno kazneno pravo ograničava suverenitet država kroz svoje materijalne norme i nametanjem obaveza da se takve norme, koje imaju karakter zabrane povreda ljudskih prava, integrišu u nacionalni pravni sistem, ali ono takođe proširuje ovlašćuje države u odnosu na njihovu represivnu vlast i jurisdikciju. U tom smislu, prihvatanjem univerzalne jurisdikcije i ograničavanjem materijalnih

²² Pavel E. Carmen, „The international rule of law“, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, No. 3, Vol. 23, 2020, 332.

²³ V. Robert Cryer, „International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?“, *The European Journal of International Law*, No. 5, Vol. 16, 2005, 985.

imuniteta, ono omogućava državama da prošire svoju suverenu kaznenu vlast (*ius puniendi*) na teške povrede ljudskih prava koje se događaju izvan njihovih granica, kroz potvrđivanje širokog oblika univerzalne jurisdikcije, odnosno univerzalnog principa primene nacionalnog kaznenog zakonodavstva.

Na tim principima je konstituisan i stalni Međunarodni kazneni sud (MKS), čijim su osnivanjem države potpisnice Rimskog statuta iz 1998. godine, prihvatile da on može vršiti njihova suverena ovlašćenja kaznene vlasti u odnosu na međunarodne inkriminacije, iza kojih stoje supranacionalne *ius cogens* zabrane. Sa druge strane, nadležnost MKS-a je uređena tako, da štiti i suverenitet država principom komplementarne jurisdikcije, koji znači i podsticaj da države koriste svoju izvornu represivnu vlast u kažnjavanju najtežih zločina protiv ljudskih prava. Pri tome, propisivanjem univerzalne jurisdikcije Suda, koji može da vodi postupke za zločine stavljene u njegovu nadležnost počinjene bilo gde i prema bilo čijim državljanima, ovaj efekat proširivanja represivne vlasti nije nužno ograničen na države ugovornice. Međutim, kao što brojni autori priznaju, MKP funkcioniše ne samo i pravnoj, već i u političkoj sferi, u kojoj, prema pristupu pravnog realizma, odnosi na međunarodnoj sceni nisu uređeni prema nekim idealnim principima jednakosti i uzajamnog poštovanja država, već su pod snažnim uticajem grubih političkih, ekonomskih i geostrateških interesa moćnih država i njihove hegemonije, tako da praktične mogućnosti za vršenje univerzalne jurisdikcije nisu podjednako raspoređene. Drugim rečima, iako je univerzalna jurisdikcija pojmovno jednako dostupna svim državama i uređena Rimskim statutom na principijelnoj osnovi, moramo uzeti u obzir da se u praksi primenjuje kao oružje moćnih država. Sa pravom se ističe da ne treba bežati od realnosti da je jedna bi stvar bila da Francuska, na primer, traži gonjenje nekog šefa Andore pred domaćim sudovima ili pred MKS, a druga kada bi situacija bila obrnuta. Pristalice univerzalne jurisdikcije, koja je emanacija ideala međunarodne pravde, moraju da traže dovoljno prihvatljive argumente za rešavanje složenih sukoba ideje pravde kao ideje vodilje prava uopšte i političkih vrednosnih sudova sa kojima se ona suočava u stvarnom svetu. Činjenica je da u globalnoj i regionalnoj politici posvećenost međunarodnoj pravdi nekih država veća je od drugih, što dovodi do nekih nezgodnih zaključaka: na primer, kao što ističe *Cryer*, „moglo bi se spekulirati da bi, da je MKS podigao optužnice protiv osoblja NATO-a zbog incidenata u ratu na Kosovu, to moglo ozbiljno potkopati podršku Zapada Sudu i verovatno kompromitovati ceo projekat međunarodnog krivičnog pravosuđa, uključujući MKS“.²⁴ Međutim, sa MKP se ne događa ništa drugo, što se ne događa sa pravom uopšte i sa večnom potragom za pravdom: još antički filozofi su formulisali skeptički stav, koji je na najeksplicitniji način izrazio

²⁴ *Ibidem*, 987.

Trazimah (5. vek p. n. e.), da u politici u kojoj se stvaraju zakoni, ne caruju, nažalost, vrline i ideali, već suprotno, tako da se kažnjava mali prestupnik koji je nešto ukrao, dok veliki prestupnik može da učini teške nepravde i ostaje nekažnjen (Juvenal: *dat veniam corvis, vexat censura columbas* – „vranama se oprašta, golubovi se stavljaju na muke“).

Otuda, kao što je suverena jednakost država pravni, a ne empirijski koncept, tako je i međunarodna pravda koju treba da otelotvori međunarodno kazneno pravo i MKS pod snažnim uticajem utilitarističkih elemenata. Međunarodno kazneno pravo ima ulogu zaštite suvereniteta države putem inkriminisanja agresije u Rimskom statutu (čl. 8 bis, koji je usvojen na konferenciji o MKS u Kampali, 2010 godine), ali kod utvrđivanja da li postoji takav zločin koji je stavljen u nadležnost MKS, ipak su odlučujući spoljni, politički elementi ocenjivanja, uslovljeni odnosom snaga u Savetu bezbednosti UN. Isto tako, međunarodno kazneno pravo ostavlja prostor za razlikovanje unutrašnjih i međunarodnih oružanih sukoba, kao i druge praznine, dovoljno velike da se omoguće masovne povrede osnovnih ljudskih prava, zahvaljujući političkoj arbitrarnosti u nametanju geopolitičkih, ekonomskih i drugih interesa velikih i moćnih država. Emanacija tog stava je, na primer, nepostojanje opšte saglasnosti da se nadležnost MKS proširi i na procesuiranje međunarodnog terorizma, oko čijeg definisanja i pored brojnih konvencija, još postoje različite politički argumentovane kvalifikacije.

Prema Rimskom statutu MKS-a kao minimalnog kodeksa međunarodne pravde, Sud je zamišljen kao institucija, pred kojom bi trebalo da se podižu optužnice i protiv najviših zvaničnika država, jer Statut otklanja sve moguće primedbe koje su bile stavljene na Nirnberški tribunal sa aspekta principa zakonitosti i primene *ex post* zakona u presuđivanju najtežih međunarodnih zločina. Materijalno pravo sadržano u Rimskom statutu je više orijentisano na gonjenje „glavnih“ ratnih zločinaca, i njegov cilj nije toliko proširivanje međunarodne kaznene pravde na širi spektar međunarodnih zločina *stricto sensu*, već stvaranje snažne institucije koja će sprovoditi već postojeće međunarodne *jus cogens* norme. Dosadašnja iskustva sa ostvarivanjem jurisdikcije međunarodnih *ad hoc* sudova – Haškog tribunala za zločine u bivšoj Jugoslaviji i Tribunala za zločine u Ruandi, ocenjuju se kao uspešan korak ka uspostavljanju sistema kaznene odgovornosti za najteže povrede ljudskih prava, koja ne bi mogla da bude obezbeđena na nivou nacionalnih sistema kaznene pravde. Ali ostaju i brojni prigovori o selektivnoj pravdi i niza odstupanju od načela vladavine prava.

Ove ocene se odnose i na stalni MKS, koji je naročito u afričkom krugu zemalja optužen za pristrasnost i za preuzimanje uloge oruđa zapadnog imperijalizma, kažnjavajući samo lidere malih, slabih država, a ignorišući zločine koje su

počinile bogatije i moćnije države. Zbog navodnog neproporcionalnog fokusiranja na procese pokrenute protiv pojedinih lidera Kenije, ta zemlja je pozvala druge 33 afričke države članice MKS da se povuku iz Rimskog statuta, što je pitanje o kojem se raspravljalo na specijalnom samitu Afričke unije (AU) u oktobru 2013. godine. Slične reakcije su došle i od vlada Ruande, Etiopije, Egipta i drugih afričkih država. Interesantno je da primedbe na postupanje Suda dolaze i iz SAD, koje inače nisu ratifikovale Rimski statut. Tako, *State department* SAD tvrdi da MKS „ne obezbeđuje dovoljnu zaštitu od politizovanog kaznenog gonjenja ili drugih zloupotreba“, čime obrazlaže i zakon koji sprečava uspostavljanje nadležnosti Suda na američka ili saveznička službena lica (nazvan „Hague Invasion Act“), koji je prosleđen zaključivanjem bilateralnih ugovora sa pojedinim državama o nesaradnji sa MKS u postupanju prema američkim državljanima. Upamćeno ja obraćanje *J. Boltona*, američkog savetnika za nacionalnu bezbednost (10. septembra 2018. godine), koji je ponovio da je MKS „suvišan“ i da ne obezbeđuje kontrolu i ravnotežu, jer ima „jurisdikciju nad zločinima čije su definicije sporne i dvosmislene“. Američki predsednik Tramp (*Donald Trump*) je 11. juna 2020. godine najavio sankcije zvaničnicima uključenim u istragu zločina protiv čovečnosti koje su počinile američke oružane snage u Avganistanu, što je naišlo na žestoke osude grupa za ljudska prava u SAD. Sankcije, koje su bile naložene protiv tužioca MKS i šefa odeljenja za nadležnost, komplementarnost i saradnju MKS, zbog istrage o navodnim ratnim zločinima američkih snaga i CIA u Avganistanu od 2003. godine, naknadno su ukinute od državnog sekretara SAD A. Blinkena u aprilu 2021. godine.

Osnovni princip komplementarnosti Rimskog statuta, koji računa na vladavinu prava i efikasnost nacionalnih sistema kaznene pravde, često se uzima kao unapred dat i funkcionalan mehanizam univerzalne jurisdikcije za procesuiranje međunarodnih zločina. Ali ovaj princip se u zadnjoj dekadi dovodi pod pitanje naglašavanjem prioriteta postupanja od strane nacionalnih sudova (tako, na primer, glavni tužilac MKS se 2017. godine pozvao na princip komplementarnosti u sukobu između Rusije i Gruzije u regionu Osetije, kao i na njegov značaj kao suštinski princip nadležnosti MKS povodom inicijativa pojedinih afričkih država za povlačenje ratifikacije Rimskog statuta 2016. godine). Nije mali broj autora koji smatraju da princip komplementarnosti treba da se transformiše tako što bi se uloga MKS više svodila na sistematsku podršku nacionalnih institucija kaznene pravde, nego na neposredno preuzimanje nadležnosti za presuđivanje.

Novu perspektivu razmatranja uloge međunarodnih institucija kaznene pravde otvara pitanje o njihovoj legitimnom osnovu. Nesporno je, naime, da je međunarodno kazneno pravo nastalo na potrebi postavljanja međunarodnih instrumenata za zaštitu univerzalnih ljudskih sloboda i prava i da je stalni MKS

jedan od instrumenata podređenih tom cilju. Njihov legitimni osnov je prirodno pravo, sa svim atributima koje impliciraju poštovanje i zaštitu univerzalnih ljudskih prava. Oni nisu plodovi političkih, ekonomskih ili drugih interesa država. Najsnažniji izvor međunarodnog kaznenog prava jesu ljudske slobode i prava, koje Univerzalnom deklaracijom UN od 1948. godine imaju priznati status „prirodnih i urođenih prava“. Time je opravdavana i Nirnberška presuda, upravo pozivanjem na pravdu kao kriterijum za utvrđivanje neprava, iznad pozitivnih zakona (Radbruchova formula „zakonskog neprava i nadzakonskog prava“). Usvajanje supranacionalnih zabrana (prema glavnom tužiocu na Nirnberškom procesu, Robertu Džeksonu (*Robert Jackson*) – „dela koja su se smatrala kaznenim još iz Kainovog vremena i kao takva su bila zapisana u svakom civilizovanom kodeksu“), i stvaranje međunarodnih kaznenih tribunala – od Nirnberškog tribunala, preko *ad hoc* sudova 90-ih godina prošlog veka do stalnog MKS, prirodna su reakcija na nemogućnosti ili sprečenosti nacionalnih sistema kaznene pravde da obezbede poštovanje i zaštitu osnovnih ljudskih prava, tako da je njihov primarni cilj da pomognu „posrnulim“ društvima da pređu sa arbitrarne represivne funkcije na vladavinu prava.²⁵

Ali, postavlja se pitanje da li samo propisivanjem *jus cogens* zabrana i kažnjavanjem najtežih zločinaca od strane MKS može da se postigne cilj međunarodne pravde, i da li se ona svodi samo na izricanje „pravedne i zaslužene kazne“? I u kom smislu takvo funkcionisanje pravde pomaže izgradnji međunarodne vladavine prava, mira i demokratije, koji su suštinski postulati prava i njegove vladavine. Jer legitimne zabrane, koje se naslanjaju na prirodna ljudska prava, mogu da dobiju puni sadržaj samo u uslovima mira, demokratije i ostvarivanja ciljeva prava uopšte. Takav veoma značajan cilj međunarodnog kaznenog prava jeste pomirenje, koje u savremenom kaznenom pravu dolazi do izražaja kroz ideje resocijalizacije kao cilja kažnjavanja i restorativne pravde: pomirenje da bi se osigurala dugotrajna pravda. Nesumnjivo je da, kao i Nirnberški tribunal, i MKS ima značajnu ulogu u procesu političkog pomirenja, donošenjem korisnih presuda koje utiču na prihvatanje principa vladavine prava, postajući simbol trijumfa pravde nad običnom odmazdom. Ali, utemeljujući doktrinarni legitimitet u prirodnom pravu – međunarodno kazneno pravo, stalno suočeno je sa interpretativnim izazovima MKS, od kojeg se zahteva ne samo da primenjuje, već i da „stvora“ nova pravna pravila. Radi toga, moraju da se postave granice tumačenja međunarodnog kaznenog prava, koje je ipak, između ostalog, ugovorno pravo država članica. „Dinamizam“ koji je svojstven Sudu kao rezultat njegove „otvorenosti za pravosudni aktivizam“, može da

²⁵ Kerstin Bree Carlson, „International Criminal Law and Its Paradoxes: Implications for Institutions and Practice“, *Journal of Law and Courts*, No. 1, Vol. 5, 2017, 34.

se izrodi u osporavanje temeljnog principa zakonitosti i zabrane retroaktivne kriminalizacije.²⁶ Preterani „aktivizam“ Suda, potaknut idejom o proširivanju pojma međunarodnih zločina „protiv čovečnosti“ i konstruisanju idealizovane globalne zajednice iznad nacionalnih sistema, u kojoj vlada jednakost, pravda, mir itd., krije opasnost od utopijskog zaobilaženja realne situacije i velikih razlika koje postoje među državama (razvijene i nerazvijene, polukolonijalne itd.). Polazeći od idealizovanog objektivnog shvatanja pravde, pod uticajem tradicija razvijenih zapadnih država, međunarodno kazneno pravo unapred odbacuje činjenicu da postoji određeni stepen relativizacije i subjektivne konstrukcije pravde, determinisan društvenim odnosima i političkim, ekonomskim i drugim uslovima konkretne države.²⁷

Posebno je značajna i perspektiva koju otvara komparativni pristup u posmatranju međunarodnog kaznenog prava i njegovu nužnu povezanost sa nacionalnim sistemima kaznenog prava, jer su njegovi izvori i „opšta pravna načela“ koja su prihvaćena u nacionalnim sistemima.²⁸ Kao disciplina koja odražava interese i imperatve koji prožimaju njegovu konstrukciju, ono mora da obuhvata i instrumentalističku svrhu (mir i bezbednost) i moralističku agendu (zaštita „čovečanstva“).

Usled različitih presedana u primeni međunarodnog kaznenog prava od strane međunarodnih kaznenih sudova, uključivši MKS, koji potvrđuju saznanje da je i pravda koju isporučuju veoma često selektivna, ne postoji opšta saglasnost o efektivnosti međunarodnog sistema kaznene pravde, što umanjuje šanse različitih predloga o proširivanju nadležnosti MKS. Tako, i debata o tome da li MKS treba da ima jurisdikciju nad korporacijama koje krše međunarodno pravo, ostaje na ravništu iznošenja uopštenih argumenata *pro et contra*.²⁹ Pristalice tvrde da korporacije mogu i da vrše povrede ljudskih prava, kao što su ratni zločini povezani sa sirovinama u zonama sukoba, dok kritičari tvrde da bi kazneno gonjenje korporacija ugrozilo princip komplementarnosti, ili da bi kompromitovalo dobrovoljne inicijative kompanija. Ipak, na posredan način MKS uvodi i korporacije u svoju sudbenu vlast, najpre razvijajući najnoviji oblik odgovornosti na osnovi indirektnog izvršenja zločina putem zločinačke organizacije, odnosno organizovanog poduhvata. Specijalni sud za Sijera Leone je u jednom slučaju obuhvatio korporacije

²⁶ *Ibidem*, 36.

²⁷ Antony R. Duff, „Relational Reasons and the Criminal Law I“, *Oxford Studies in Legal Philosophy* (eds B. Leiter, L. Green), Vol. 2, Oxford, 2013, 175.

²⁸ Iryna Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law – A Comparative Law Analysis*, Heidelberg, New York; Dordrecht, London, 2014, 4.

²⁹ Joanna Kyriakakis, „Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes“, *International Review of the Red Cross*, No. 887, Vol. 94, Autumn 2012, 981.

doktrinom pomaganja i podržavanja. Isto tako, započete su debate o proširivanju nadležnosti MKS na zločine ilegalne eksploatacije resursa ili degradacije životne sredine uzrokovane korporativnim aktivnostima. Ova debata napreduje u meri u kojoj na međunarodnom planu i u nacionalnim kaznenim zakonima dolazi do prodora koncepta „ekološke pravde“ i inkriminisanja zločina ekocida, za koji bi odgovarale korporacije, kao i vlade pred domaćim sudovima i pred MKS.

ZAKLJUČAK

U najfragilnijoj situaciji od završetka Drugog svetskog rata, izazvanoj ruskom agresijom na Ukrajinu i sve žešćim ratnim sukobima na Bliskom istoku, međunarodni poredak koji počiva na postulatu pravde koja sublimira sa jedne strane jednakost suverenih država i sa druge strane koncept univerzalnih ljudskih sloboda i prava, poljuljan je i stoji pred velikim izazovima. Ugroženi su svi osnovni principi međunarodnog javnog i, posebno, međunarodnog kaznenog prava: poštovanje jednakosti, suvereniteta i teritorijalnog integriteta država, mira i mirnog rešavanja konflikata, zabrana upotrebe nuklearnog i drugog oružja za masovno uništavanje života, saradnje u suzbijanju globalnih pretnji kao što su klimatske promene i drugi globalni izazovi (pandemija), kao i poštovanja i zaštite ljudskih sloboda i prava i njihove jednakosti u sve opasnijim situacijama njihovog ugrožavanja u uslovima produbljanja ekonomskih razlika i siromaštva u nerazvijenim zemljama. O dubini njegove krize dovoljno svedoči nemoć ključnih supranacionalnih institucija, pre svega OUN ili regionalne organizacije (Savet Evrope, Evropska unija), da pokrenu mehanizme uspostavljanja mira, koji je glavni preduslov pravde i zaštite prirodnih ljudskih sloboda i prava u sve širim područjima sveta.

Spuštanje međunarodnog prava i pravde na najniže grane predcivilizacijskog stanja u kojem „jaki rade ono što mogu i hoće, dok slabi trpe ono što moraju“ (Tukidid) strahoviti je poraz koji pretilo da preraste u potpuno uništenje ljudske vrste. U takvoj katastrofičnoj perspektivi, svaka rasprava o suverenoj jednakosti država, hegemonizma velikih i konstitucionalizma, realizma ili neorealizma, kosmopolitizma i etatizma, ostaje na ravništu bezglasnog pozivanja na imperativ razuma aktera krize međunarodnog prava i pravde, gluvih od grmljavine topova. U takvoj situaciji postavlja se pitanje, da li kao etički minimum međunarodne pravde može da funkcioniše međunarodna kaznena pravda, ili je i ona u krizi pod snažnim uticajem međunarodnog hegemonizma. Njeno potpuno paralisanje ne bi smelo da se dogodi, jer bi svi ljudi sveta izgubili svaku nadu za budućnost čovečanstva. Danas je više nego ikad značajan Kantov poziv (*Immanuel Kant u Večitom miru*): *Fiat justitia, pereat mundus*.

U svetlu takvog upozorenja, razmišljanja o stvaranju „novog svetskog poretka“, izraz koji se pojavio posle „hladnog rata“ sa punim obećanjima trajnog mira među narodima, imaju smisla samo ako se ne svode samo na preraspodelu moći najvećih država, zanemarujući univerzalne ljudske slobode i prava. Koncept „novog međunarodnog pravnog poretka“ prihvatljiv je samo ako jačanjem konstitucionalizma stvara šire i stabilnije okvire za međunarodnu pravdu, zalaganjem za suočavanje sa hitnim globalnim izazovima, kao što su klimatske promene, siromaštvo i oružani sukobi, promovisanjem saradnje među narodima i obezbeđivanjem mehanizama za mirno i pravedno rešavanje sporova.

Academician Prof. Dr. VLADO KAMBOVSKI
Macedonian Academy of Sciences and Arts

THE ETHICAL MINIMUM OF GLOBAL JUSTICE

Summary

In the most fragile situation since the end of the Second World War, caused by the Russian aggression against Ukraine and increasingly fierce war conflicts in the Middle East, the international order based on the postulate of justice, which sublimates on the one hand the equality of sovereign states and on the other hand the concept of universal human freedoms and rights, is shaky and facing great challenges. All the basic principles of international public and, especially, international criminal law are threatened. Human rights and sovereignty are the two main concepts from which the contemporary debate on international justice is woven, and the synergy of hegemonism and constitutionalism is its main pillar. International law and international justice are in crisis on a global scale and intensity that threatens the complete destruction of the world. The concept of universal human rights as the essence of justice has been suppressed by the conflicting interests of sacred hegemons. In such conditions, international criminal law and international institutions of criminal justice (ICC) remain as the ethical minimum of international justice, as mechanisms that are the ultimate instance of human rights protection, without which the world falls into complete nothingness. *Fiat justitia, pereat mundus* – is the most important message that can lead to lasting peace and international justice.

Key words: Thucydides, international law, international justice, universal human rights, international criminal law, International Criminal Court

Literatura

State Sovereignty and International Criminal Law (eds Bergsmo M. and Yan L.), TOAEP, 2012.

Bodrijar Ž., *Simulakrumi i simulacija*, Novi Sad, 1991.

Carlson K. B., „International Criminal Law and Its Paradoxes: Implications for Institutions and Practice“, *Journal of Law and Courts*, No. 1, Vol. 5, 2017.

- Čomski N., *Nužni iluzii – Kontrola na mislata vo demokratskite opštества*, Skopje, 2003.
- Cryer R., „International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?“, *The European Journal of International Law*, No. 5, Vol. 16, 2005.
- Duff R. A., „Relational Reasons and the Criminal Law I“, *Oxford Studies in Legal Philosophy* (eds B. Leiter, L. Green), Vol. 2, Oxford, 2013.
- Fukujama F., *Krajot na istorijata i posledniot čovek*, Skopje, 1994.
- Fukuyama F., *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalisation of Democracy*, Farrar, Straus and Giroux, 2014.
- Fukuyama F., *Liberalism and Its Discontents*, Macmillan, 2022.
- Jaraczewski J., Tsereteli N., „The rule of law in the EU in 2021: What went right? What went wrong“, *Democracy Reporting International*, 2021.
- Kissinger H., *Svjetski poredak*, Školska knjiga, Zagreb, 2015.
- Kyriakakis J., „Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes“, *International Review of the Red Cross*, No. 887, Vol. 94, Autumn 2012.
- Linklater A., „The evolving spheres of international justice“, *International Affairs*, No. 3, Vol. 75, 1999.
- Marchuk I., *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law – A Comparative Law Analysis*, Heidelberg, New York; Dordrecht, London, 2014.
- Marcuse H., *One-Dimensional Man: Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, Boston, 1964.
- Morgenthau H. J., „The Intellectual and Political Functions of a Theory of International Relations“ in *Politics in the 20th Century, The Decline of Democratic Politics*, Vol. I, University of Florida Libraries, 2011.
- Radbruch Gustav, „Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht“, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 1, No. 5, 1946,
- Pavel C. E., „The international rule of law“, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, No. 3, Vol. 23, 2020.
- Pech L., „The Commission’s Rule of Law Report and the EU Monitoring and Enforcement of Article 2 TEU Value“, *European Parliament’s Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs*, 2022.
- Reus-Smit C., „Being a Realist about Human Rights“, *The Limits of Human Rights* (ed. Fassbender B., Traisbach K.), Oxford, 2019.
- Shaffer G., „Legal Realism and International Law“, *University of California Irvine School of Law Legal Studies Research Paper Series*, No. 2018-55, 2018.
- Sleat M., „The Value of Global Justice: Realism and Moralism“, *Journal of International Political Theory*, No. 2, Vol. 12, 2016.

- Prosper W., „Rakopisi od oblata na međunarodno pravo“, Skopje, *WJP Rule of Law Index*, 2021, World Justice Project, 2013.
- Varoufakis Y., *And the Weak Suffer What They Must?: Europe's Crisis and America's Economic Future*, Bold Type Books, 2016.
- Woodiwiss A., „Human Rights and the Challenge of Cosmopolitanism Theory“, *Culture and Society*, Issue 1–2, Volume 19, 2002.
- Zidar A., *The World Community between Hegemony and Constitutionalism*, The Hague, 2019.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PROBLEM PREDAVANJA ĐORĐA TASIĆA NA HAŠKOJ AKADEMIJI MEĐUNARODNOG PRAVA 1938. GODINE

Originalan pristup problemu međunarodnih odnosa, koji je došao do izražaja u predavanju o međunarodnoj pravnoj svesti Đorđa Tasića na Haškoj akademiji za međunarodno pravo 1938. godine, u ovom radu prikazan je u vezi s potrebom promene aktuelnog stanja svesti o vrednosti sopstvene tradicije bez koje nije moguća razmena s drugim kulturama. Tasićeve sudbina, kao i sudbina njegove naučne zaostavštine, koriste se kao primer zanemarivanja jednog nesvakidašnjeg potencijala za održivi razvoj kulturnih razmena na svim nivoima i u svim uslovima, uključujući i razmene u okviru međunarodnih odnosa, kojima je on dao značajan doprinos. Omeđen ratovima, njegov nasilno prekinuti život bio je u celosti posvećen miru, a ovaj rad, koji je napisan njemu u čast, nastao je kao rezultat potrebe za primerenim učešćem u obeležavanju osamdesete godišnjice njegove smrti i za afirmacijom autentične kulture sećanja na tragu njegovog nastojanja.

Ključne reči: Đorđe Tasić, predavanje, Haška akademija za međunarodno pravo

PROLOG UMETO UVODA

Okolnost da naučna zaostavština Đorđa Tasića (1892–1943) javnosti još uvek nije dostupna u formi sabranih dela, iako je od njegove smrti proteklo već osamdeset godina, govori u prilog teze da je u vezi s tim evidentno postojanje kontinuiteta izvesnog problema za koji se ne nazire mogućnost iznalaženja odgovarajućeg

Dragica Plečaš, dipl. pravnik, savetnik u Pokrajinskom sekretarijatu za urbanizam i zaštitu životne sredine, e-mail: dragica.plecas@vojvodina.gov.rs.

rešenja. Namera da se identifikaciji toga problema doprinese podsećanjem na njegova predavanja o međunarodnoj pravnoj svesti, koja je održao na Haškoj akademiji za međunarodno pravo 1938. godine,¹ direktno je podstaknuta informacijom o temi 36. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava, koja se spontano povezala s osećanjima u vezi s činjenicom da je prevod tih predavanja na srpski jezik objavljen tek 2002. godine,² i da ni tada, kao ni pre i posle toga, nisu izazvala očekivano interesovanje naše javnosti, iako je njihov sadržaj postajao izuzetno aktuelan, a treba da se napomene da su bila dostupna „na francuskom jeziku u izdanju same Akademije 1939, u Parizu, pod naslovom *La conscience juridique internationale*, Paris, (Sirey)³ i da se ni o tome kod nas nije preterano pisalo. Uverenje da bi slična ocena o aktuelnosti i o srazmerno nedovoljno adekvatnoj zainteresovanosti mogla da se održi i u vezi sa svim ostalim izdanjima Tasićevih radova u periodu posle Drugog svetskog rata, koja su se najčešće analizirala samo povodom obeležavanja značajnijih godišnjica,⁴ stopila se s uverenjem da su međunarodni pravni odnosi i pravda ključ za razumevanje potrebe za očuvanjem kulture sećanja kroz koju se afirmišu tradicija mirnog rešavanja sporova između naroda i država uz pomoć specifične metodologije rada, koja je u tim predavanjima došla do punog izražaja.

Shvaćena kao dodirna tačka predstavnika različitih skupina u populaciji koja je tokom dugog istorijskog perioda često tretirana kao vezivno tkivo ili kao seme

¹ Georges Tassitch, *La conscience juridique internationale, Collected Courses of the Hague Academy of International Law* Consulted, Vol. 65, First published 1938, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdr_A9789028610224_04, 30. 9. 2023.

² Đorđe Tasić, *Međunarodna pravna svest*, (prevod: Dijana Ivošević, ur. Jovica Trkulja), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2002, 27–93.

³ Radomir D. Lukić, „Predgovor“, *Rasprave iz filozofije i teorije prava: prevodi sa stranih jezika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dom kulture „Studentski grad“, Beograd, 1992, 7.

⁴ Pošto prostor ne dozvoljava da se obrade ili čak i samo nabroje sva ta izdanja, na ovom mestu se izdvajaju samo četiri naslova za koje bi se moglo reći da su i posebno značajni, a koji se posebno navode zbog činjenice da su ovde korišćeni i kao neposredni izvori kako sledi:

1. Đorđe Tasić, *Izbor Rasprava i članaka iz teorije prava* (pr. Radomir D. Lukić), Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 1984.

2. Đorđe Tasić, *Rasprave iz filozofije i teorije prava: prevodi sa stranih jezika* (preveli: Dušica Guteša, Dragoljub Popović, Božidar S. Marković, Danilo N. Basta; priredili: Radomir D. Lukić, Danilo N. Basta, Dragan M. Mitrović), 1. izdanje: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dom kulture „Studentski grad“, Beograd, 1992, 2. izdanje: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2011.

3. Đorđe Tasić, *Odgovornost države po principu jednakosti tereta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dom kulture „Studentski grad“, Beograd, 1996.

4. Đorđe Tasić, *Problem opravdanja države; Uvod u pravne nauke – Enciklopedija prava*, (priredio Danilo Basta), Službeni list SRJ, Beograd, 1995.

razdora, napred naznačena potreba za očuvanjem kulture sećanja kroz koju se afirmiše tradicija mirnog rešavanja sporova, kao i ideja o prirodnoj evoluciji međunarodnog prava, postala je uporište za održivi razvoj jednog autentičnog istraživačkog životnog stila u uslovima nedovoljno ili neadekvatno integrisanog socijalnog postojanja kroz koje se problematizuju različiti sistemi prava u vezi s kojima je Tasićev internacionalizam nudio rešenja za potpunije razumevanje pojmova „koji su vrlo često korišćeni ali čija sadržina nije precizno razgraničena“.⁵ Mnoštvo takvih pojmova nastalo je i u periodu mira kakav je bio uspostavljen i između dva velika svetska rata dvadesetog veka kada je izgledalo da se „sasvim prirodno i objašnjivo pridaje veliki značaj problemu međunarodne bezbednosti“.⁶ Nalazeći da je i pojam svesti jedan od takvih pojmova, posebno one koja ima aspiracije da se smatra pravnom, pa još i međunarodnom, Tasić je iskoristio priliku da napomene kako su to pojmovi koje je Ženi (Gény) nazvao „tekućim novcem“ i potrudio se da sve to objasni na sebi svojstven način, koji je bio podjednako usmeren na doprinos teoriji prava, kao i na „svakodnevni život i ljude u njihovom delovanju“, jer je u tome bila sadržana suštinska motivacija njegove lične aktivnosti na planu razvoja pravne svesti u okviru međunarodnog društva za koje bi, prema njegovom uverenju, takva svest „možda mogla imati još veći značaj“.⁷ Uveren da je to društvo „u kome“, po njemu „nedostaje jedna organizacija kakva postoji unutar svake države i gde obaveze nastaju putem sporazuma ili običaja“, Tasić je svoja predavanja započeo tezom o mogućnosti „da se u vezi s tom svešću otkriju dve karakteristike koje posebno treba naglasiti“⁸ i od kojih je prvu vezao uz „međunarodno javno mnjenje“⁹, a drugu je sveo na „neophodnost da se zauzme određen stav o međunarodnim odnosima: bilo pretežno nacionalni ili individualistički, bilo pretežno međunarodni i solidaristički.“¹⁰ Bio je potpuno svestan da je to mogućnost kakvu bi mogla da dozvoli samo „jedna dublja analiza“,¹¹ kojoj se savesno posvetio i u vezi s kojom nije žalio truda da joj takvoj pripremi teren za odgovarajući razvoj. Zaključak da se iz takvog truda logično formirala originalna sinteza njegovog kritičkog realizma u poimanju društvene stvarnosti, aktivističkog idealizma u nastojanju da

⁵ Đ. Tasić (2002), op. cit., 27.

⁶ Stevan Ćirović, *Međunarodni pacifizam i njegovi protivnici*, Narodna misao, Beograd, 1929, 1.

⁷ Đ. Tasić (2002), op. cit., 27.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*, 27–28.

¹¹ *Ibidem*, 27.

se postojeća stvarnost prilagodi aktuelnim potrebama jednog novog sveta u vezi s kojim se osećao pozvanim da doprinese njegovoj izgradnji, relativnog pacifizma u kome je nalazio jednu od najvažnijih tendencija ukupnog razvoja čoveka i čovečanstva i didaktičkog utilitarizma na kojem se zasnivala kumulacija znanja zbog koje je verovao u jedan budući „divni svet u kome će vladati, usko povezane, volja za mirom i volja za pravdom“,¹² proistekao je iz tridesetogodišnjeg nastojanja da se stvore uslovi za merodavnu identifikaciju njegove zaostavštine u jednom fluidnom prostoru sveta prava i sveta pravnih nauka u koji je prodrila spoznaja o potrebi ukla-panja u šire komplekse pojava i u vezi s kojim se Tasić kretao na terenu jedne opšte teorije prava, koja je, po njemu, trebalo „da utvrdi šta je to pravo (njegov pojam), njegovu vrednost, cilj i smisao (ideju prava), kao i njegovu socijalnu funkciju, i da utvrdi osnovne pravne pojmove“.¹³ Činjenica je, međutim, da uslovi „za potpunije sagledavanje potrebe za naročitom vrstom diferencijacije pravnih, socioloških, sociološko – pravnih i pravno – socioloških potencijala Tasićevog stvaralaštva, kroz koje se ogleda njegovo poimanje međusobnog odnosa čoveka, društva, države i prava“¹⁴ još uvek nisu stvoreni ili se nisu održali, kao što je činjenica da ni u ovom radu, već i zbog toga, kao i zbog njegovog obima, nije moguća sveobuhvatna obra- da predmetnog problema. Oslobođen takvih ambicija, ovaj rad se, otuda, svodi na još jedno prigodno podsećanje na nešto što je u svakom pogledu veće i značajnije od njega samoga i što se, kao takvo, a sledom Tasićeve metodologije rada, utapa u kontinuitet nastojanja na očuvanju autentične kulture sećanja, koja se spontano prepliće s jednom dužom serijom akcionih istraživanja u kojoj se takva metodolo- gija rada koristi od 1993. godine.

Koncipiran na opisani način, rad je podeljen u dva dela od kojih je prvi na- menjen podsećanju na Tasićev naučni lik, život, delo i sudbinu, a u drugom delu akcenat je na analizi njegovog pristupa problemu međunarodne pravne svesti, koju je shvatao „kao emanaciju međunarodne solidarnosti, kao izraz volje uprav- ljene ka traženju pravičnosti i objektivnosti, kao izraz volje u potpunosti posveće- ne službi mira“.¹⁵

¹² *Ibidem*, 93.

¹³ Đ. (1995). op. cit., 135.

¹⁴ Dragica Plećaš, „Akciono istraživanje naučne zaostavštine Đorđa Tasića u Programu 'SPEKTA' (Sociozofski Postupak Emancipacije Kroz *Telos* Asocijacije)“, *Zbornik sažetaka*, Međuna- rodna naučna konferencija „Profesoru Đorđu Tasiću u slavu“, Vranje 24–25. 9. 2022. – *Book of ab- stracts* (ur. Milica M. Marjanović, Teodora Lj. Jakšić), Srpsko Sociološko društvo, Beograd; Filozofski fakultet Univerziteta u Prištini s privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica; Pedagoški fakultet u Vranju, Univerzitet u Nišu, Vranje, 2022, 66.

¹⁵ Đ. Tasić (2002), op. cit., 28.

NAUČNI LIK, ŽIVOT, DELO I SUDBINA ĐORĐA TASIĆA

Za naučni lik, život, delo i sudbinu Đorđa Tasića, koji su se tokom proteklih decenija afirmisali kao celovita istraživačka tema „u graničnom prostoru između prava i sociologije“,¹⁶ može se reći da bi trebalo da postanu zaseban predmet potencijalno plodnih istraživanja u pogledu mogućnosti rešavanja problema povezanih s potrebom razvoja timskog rada u kojem se efekti pojedinačnog entuzijazma manifestuju na kolektivnom planu, kao što i svaki pojedinac unutar grupe kojoj pripada prinosi žrtvu ili plaća cenu. Tasić je u tome video potrebu da se angažuje na afirmaciji principa jednakosti tereta, na kome je problem odgovornosti države postavio u drugi okvir u odnosu na problem njene odgovornosti po drugim osnovima, posebno po osnovu rizika. „U oba slučaja ona odgovara po tome što su radnje učinjene radi nje.“¹⁷ Pa ipak, njena odgovornost po ta dva osnova značajno se razlikuje. Tasić je to detaljno objasnio, kako teorijski, tako i kroz primere iz prakse.

Ocena o nedovoljnoj ili neadekvatnoj zainteresovanosti za izuzetno bogato naučno nasleđe Đorđa Tasića, koje je ostavio čovečanstvu i nama u njemu, mogla bi da se posebno problematizuje ili da se osporava u okviru odgovarajućih istraživanja multidisciplinarnog ili interdisciplinarnog karaktera kroz koja bi se, ako bi se koristio njegov način rada, potpunije zadovoljila „potreba za saradnjom među naukama, za znanjem kao produktom timskog rada“¹⁸, koja je u našim uslovima još uvek dosta zanemarena. Tasićev primer mogao da nam bude izuzetno poučan, jer je on mogućnost zadovoljavanja takve potrebe proširio i izvan naučnih okvira, pružajući podršku različitim društvenim projektima. Bliži uvid u rezultate njegovog učešća u različitim kolektivnim poduhvatima mogao da nam razjasni mnoge nepoznanice. Prvi broj časopisa *Sociološki pregled* iz 1938. godine, kome je Tasić bio mnogo više od prostog urednika, a koji je zahvaljujući entuzijazmu grupe pojedinaca postao dostupniji savremenom čitaocu, izvesno je prva stanica

¹⁶ Dragica Plećaš, „Tasićev pristup podeli nadležnosti između sociološke i pravne sfere ljudske delatnosti“, *Zbornik apstrakata – Book of abstracts*, Međunarodna naučna konferencija „Sociologija u XXI veku: izazovi i perspektive“, 10–11. 11. 2018, Niš, Filozofski fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2018, 32–33, i *Sociology in XXI century: challengers and perspectives* (ed. Jasmina S. Petrović, Vesna D. Milojević, Irina V. Trotsuk), University of Niš, Faculty of philosophy; Serbian Sociological Association, Niš, Beograd, 2019, 109.

¹⁷ Đ. Tasić (1996), op. cit., 24.

¹⁸ Jasmina Petrović, Dragoljub Đorđević, „Multidisciplinarni i interdisciplinarni pristup u proučavanju društvenih pojava: konkretizacija na primeru skice jednog projekta“, *Proučavanje društvenih pojava: metodološka razmatranja* (priredili: Dragoljub B. Đorđević, Jasmina Petrović), Filozofski i Mašinski fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2014, 2.

na putu upoznavanja s Tasićevim doprinosom kolektivnim akcijama, delom i zbog toga što su se priređivači potrudili da ga dopune izuzetno vrednim informacijama za koja skromno navode da su samo „minimalna objašnjenja“.¹⁹ Ma koliko da je ponovno pojavljivanje ove publikacije bilo praćeno mnoštvom teškoća, deluje da se trud isplatio, jer se već pokazuje da su se na tom poduhvatu stekli uslovi za potpuniji uvid u širinu Tasićevih nastojanja. „Konstantno se osvrtao i pisao o tadašnjim aktuelnim društvenim i političkim pitanjima.“²⁰ Za mogućnost takvog pisanja, izvesno, bio je neophodan odgovarajući društveni angažman. Činjenica je, međutim, da mnoge od njegovih beleški izgledaju tako da bi se mogla pokazati osnovana i teza da je češće pisao u okviru odgovarajućeg društvenog angažmana, nego da se angažovao u praksi radi pisanja. Bio je u stalnoj oskudici s vremenom, a mnogo je naznaka da je toga bio čak i dovoljno svestan, jer je na sve strane sejavao različite kratke zabeleške za koje se, kada se pristupi njihovoj analizi, ispostavlja da u sebi sadrže više korisnog materijala od mnogih ozbiljnih traktata. Moguće je da je i to, uz sve ostalo, jedan od najozbiljnijih razloga zbog kojih je njegova zaostavština još uvek nedovoljno obrađena.

Uverenje na kom je zasnovana napred naznačena ocena o nedovoljnoj zainteresovanosti za Tasićevu naučnu zaostavštinu dodatno se komplikuje činjenicom da su sva prigodna sećanja na na njega prepuna pozitivnih emocija i da se u njima najčešće ističe njegovo mučeništvo, koje je tek od obeležavanja petnaeste godišnjice njegove smrti počelo da se zamenjuje „isticanjem naučnih rezultata trajne vrednosti“²¹ kao i činjenicom da je do ponovnog objavljivanja jednog od njegovih radova u tom periodu trebalo da prođe dosta vremena. Uslovi za to stekli su se tek 1976. godine. Tada je objavljen njegov članak iz 1932. godine pod naslovom „Zakon nema povratne sile“.²² Tako je polako počelo da se odmotava zamršeno klupko zaborava ovog velikana, koji je stvorio osnovu na kojoj je moguće pozitivno prevladavanje brojnih životnih problema među kojima je i problem antinomije evropskog socijalnog prava i američke socijalne psihologije, koja se neminovno oseća i u drugim krajevima sveta, jer je svet celina, a to je osnova Tasićevog uverenja i u domenu međunarodnih odnosa.

¹⁹ *Sociološki pregled*, br. 1/1938, 80 godina, 2. fototipsko izdanje (pr. Jovica Trkulja, Uroš Šuvaković), Srpsko sociološko društvo i Institut društvenih nauka, Beograd, 2018, VII.

²⁰ Mile Tasić, „Đorđe Tasić: 1892–1943“, *Luča: časopis za kulturu, umetnost i nauku*, br. 1, godina XXXI, Srpski kulturni centar „Sveti Sava“, Subotica, januar 2022, 106.

²¹ Momir Milojević, „Internacionalizam i pacifizam Đorđa Tasića“, u: Đorđe Tasić, *Međunarodna pravna svest* (ur. Jovica Trkulja), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2002, 25.

²² Đorđe Tasić, „Zakon nema povratne sile“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, sveska za decembar 1932. i br. 1–2, Beograd, 1976, 77–94.

TASIĆEV PRISTUP PROBLEMU MEĐUNARODNE PRAVNE SVESTI

*Originalna metodologija dubinske analize na osnovu uvida
u tipične teorije*

Tasićeva sudbina stradalnika tokom Drugog svetskog rata, koja je manje-više poznata u granicama (ne)dostupnih informacija i o kojoj, zbog toga, nije bilo više govora u prethodnom delu ovog rada, kao i razvoj sveta u kojem je kultura sećanja postala jedna izuzetno problematična kategorija, zajedno sa svešću o nemogućnosti rešavanja problema vezanih za očuvanje sećanja na njegov doprinos svemu tome, koja izvesno nije i najmanje važna, obavezuje na napor da se sve to preispita u svetlu specifične metodologije rada kakva je njemu bila svojstvena tokom čitave njegove akademske karijere i za kakvu se zalagao u svim ostalim segmentima svoje javne delatnosti. Ukratko je opisujući već u svojoj doktorskoj tezi pod naslovom „Problem opravdanja države“, on je toj metodologiji ostao veran do kraja života, jer je bio uveren „da se samo tako može videti jasno vrednost ideje u svim pravcima.“²³ Svedena na jednu rečenicu, koja samo otvara postavljeni problem, ova metodologija mogla bi da se opiše kao vesno „rukovanje samo tipičnim teorijama“ za koje je posebno naglasio da „ne čine uvek jedan sistem realno dat u nauci, već pre sistem koji bi trebalo da postoji, logički dat“.²⁴

Savesno primenjena tokom proučavanja problema međunarodne pravne svesti, koji ni u naše vreme još uvek nije rešen na zadovoljavajući način, ova osobena metodologija dubinske analize, koja u mnogo čemu podseća i na prirodu slovenske antiteze, a u koju je u konkretnom slučaju – radi potpunijeg razumevanja analiziranog problema – uveo i poređenje između međunarodnog i unutrašnjeg prava, omogućila je Tasiću da svoje gledište objasni na način koji se odlikuje posebnom egzaktnošću samo naizgled jednostavnih kriterijuma kao što su pravo na opstanak, stepen ograničavanja slobode i konkurencije ili odnos prema ratu u kome je nalazio „jedan od najbrutalnijih oblika konkurencije“²⁵, a u vezi s kojim je, u konkretnom slučaju, posebno naglasio problem autarhije.

Problem autarhije

Rastući problem autarhije, koji je, po Tasiću, „došao zajedno sa ekonomskom krizom nakon rata“, jer su „države počele da vode jednu autarhičnu politiku“,²⁶

²³ Đ. Tasić (1995), op. cit., 38.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Đ. Tasić (2002), op. cit., 69.

²⁶ *Ibidem*, 33.

nije baš sasvim nova pojava modernog doba i u vezi s tim bi moglo da se postavi pitanje o razlozima zbog kojih on nije osetio potrebu da se posebno osvrne i na stavove po pitanju uverenja „da su spoljni odnosi država samo prirodna i logična posledica unutrašnjeg stanja i razvitka dotične grupe država odn. naroda“.²⁷ Mogućnost da se i odgovor na ovo pitanje skriva u domenu napred naznačene metodologije u ovom kontekstu dodatno obavezuje. Izgleda, naime, da je on u vezi s prirodom međunarodnih odnosa slutio neke nove vetrove, koji ne dolaze samo od unutrašnje snage država i u vezi s kojima je i te kako primetan i sve dublji jaz između siromašnih i razvijenih zemalja. Problem autarhije, na mestu tog jaza, spaja se i s problemom anarhije „u kojoj još mnogo štošta nije stavljeno na pravo mu mesto“²⁸ i u vezi s kojom, osim nedostatka organizacije, treba posebno da se istaknu i razlika između različitih uzroka pobuna, ratova, revolucija i svih drugih nereda u kojima uvek dešava i neka vrsta socijalne dezintegracije. Sve to dodatno podstiče razvoj jednom uspostavljenog autarhičnog sistema u čiju je vrednost Tasić iskreno sumnjao, „ne samo u ekonomskom već i u vojnom pogledu“.²⁹ Suprostavljajući ga profitnom i imperijalističkom sistemu, koji mu je prethodio, a s kojim se autarhični sistem suštinski nikad nije potpuno izborio, niti mu se prilagodio, Tasić je pokazao kako „države koje slede autarhičnu politiku nipošto ne odustaju od širenja svoje ekonomske aktivnosti u svetu“ i kako – prestajući trajno ili povremeno da budu autarhične i sve se više pretvarajući u kontradiktorne sisteme – postaju sklone da idu „za raspirivanjem nacionalizama i stvaranjem jedne atmosfere nepoverenja posezanjem za jednom izuzetno individualističkom metodom“, koja im se nameće zbog toga što su prestale da traže „rešenja putem internacionalnih i solidarističkih metoda“³⁰ a u vezi s tim je i jedna Tasićeva izuzetno precizna prognoza u odnosu na njegovo vreme budućih događaja, koji su za našu stvarnost postali prošlost, koja nam se uporno ponavlja. S osloncem na procenu F. Delezija (Delaisi), koji je „u takvoj postavci stvari“, a prema Tasićevom svedočenju, video „kontradiktornost između političkih i ekonomskih činilaca, između nacionalnog mita i ekonomske realnosti čiji je osnov internacionalni“ i u vezi s kojim „politika ima prvenstvo nad ekonomijom“³¹ Tasić je u svoje vreme vizionarski sagledao fatalna sukobljavanja budućih nacionalnih ekonomija u kojima „se političari kreću u

²⁷ Milenko Vesnić, *Međunarodno pravo u odnosima Južnih Slovena*, Štamparija kraljevine Srbije, Beograd, 1895, 5.

²⁸ M. Vesnić (1895), op. cit., 11.

²⁹ Đ. Tasić (2002), op. cit., 33.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

začaranom krugu³² i u vezi s čim je, između ostalog, zaključio i sledeće: „Autarhija bi mogla da dovede do mira samo ukoliko se ljudi moralno promene, postanu ravnodušni prema bogatstvima i zadovoljniji skromnijim životom. Samo u tom slučaju, mogao bi se zamisliti razvoj intelektualnih i kulturnih veza između naroda uprkos ekonomskom sistemu autarhije.“³³

Sagledano iz ove perspektive, a u odnosu na činjenicu da su se ovakve ideje kasnije ispoljavale i u formi različitih političkih eksperimenata, koji su nam ostavljali trajne posledice, deluje gotovo nevažan odgovor na pitanje o tome da li je i sam Tasić verovao da je tako nešto i stvarno moguće. Mnogo važnijom pokazuje se činjenica da se u vezi s tim još i danas susrećemo s problemima na koje je upozoravao, a koji nam sve značajnije određuju okvire za implementaciju različitih planova razvoja u širokom rasponu prostornog, urbanističkog, geostrateškog i geopolitičkog organizovanja svetske populacije na relaciji od usamljenih pojedinaca, koji se sve brže i u sve značajnijem broju približavaju jednom za sve potencijalno problematičnom prostoru autističnog ili ma kako drugačije označenog spektra nedovoljno ili neadekvatno integrisanog socijalnog postojanja relativno teško vidljivih i gotovo hermetički zatvorenih svetova nepremostivih prepreka, sve do kosmopolitski opremljenih predstavnika transnacionalne organizacije sveta bez krutih granica. U uslovima kada izgleda kako ovaj drugi svet praktično poništava vrednost političkih granica svojim ekonomskim moćima, kao i postavkom „da je sistem slobodnog preduzetništva najbolji oblik ekonomske i društvene organizacije i da je njegovo širenje poželjno i korisno takođe i u međunarodnim razmerama“³⁴, postaje izuzetno značajno Tasićevo upozorenje povezano s utvrđivanjem cilja prava kao kriterijuma za definisanje kosmopolitizma ili internacionalizma o kojem će biti više reči u delu pod naslovom „Problem kriterijuma za diferencijaciju individualističkog i solidarističkog prava“.

Smeštena u širok prostor na relaciji od različitih mesnih zajednica u okviru opština i regija ili ma kako drugačije nazvanih zajednica lokalnog karaktera, sve do globalne međunarodne zajednice u kojoj su se već i u Tasićevo doba manje ili više skladno preplitali različiti kapitalni i ugovorni odnosi, ova postavka o neprikosnovenoj vrednosti sistema slobodnog preduzetništva, postaje višestruko značajna, kako sa stanovišta politike i ekonomije, tako i u oblaci istorije, filozofije, umetnosti, prava, pedagogije, religije, sociologije i u mnogim drugim oblastima ljudskog delovanja u kojima njen upliv ne mora da bude vidljiv i na prvi

³² Đ. Tasić (2002), op. cit., 34.

³³ *Ibidem*, 47.

³⁴ Marjan Svetličić, *Zlatne niti transnacionalnih preduzeća*, Ekonomika, Beograd, 1986, 506.

pogled. Sagledana u svetlu Tasićeve dubinske analize, koja nemilosrdno razobličava mnoštvo zabluda za koje je očigledno da su i dalje aktuelne i da uporno odoljevaju zubu vremena, a u kojima se skrivaju i mnoge tajne zbog kojih se ne stiže do analiza kao što je njegova, ona dodatno naglašava aktuelnost potrebe da se pozicija pojedinca kao apriori utvrđenog cilja prava, za koji je Tasić izričito naglasio da ga ne osporava, dodatno precizira traženjem i pojašnjenjem odgovora na pitanje „o kom je pojedincu reč: o svakom, bez obzira na grupu, ili o pojedincu koji pripada posebnim grupama?“³⁵

Svako potencijalno pojašnjenje postavljenog pitanja, kao i mogućnost davanja preciznog odgovora, pa bio on i rezultat samo jednog načelnog određenja, koje ne mora da ima i svoje naučno utemeljenje, pokazuje da su sve to samo naizgled prostori paralelnih svetova kroz koje se, između ostalog, razvija i nepregledno mnoštvo novih pojmova, kao što je, primera radi samo, pojam subkontraktinga, koji nije postojao u Tasićevo vreme i koji postaje popularan počev od polovine šezdesetih godina, a koji ovde samo ilustruje relaciju s jasnoćom pojmova za kakvom je Tasić tragao. Ne ulazeći u modalitete prevođenja naš jezik u kojem se najčešće i koristi u tom obliku, ovaj pojam upućuje na jednu kompleksnu strukturu međunarodnih odnosa, koja „nije tako jasan oblik kao drugi oblici translociranja proizvodnje, koji se grubo dele na kapitalne i ugovorne“³⁶, a pri čemu, kod ovog oblika, takva podela više nije tako dosledna, mada su ugovorni elementi dominantni. U svakom slučaju, ma kako da se pristupa rešavanju problema povezanih s eventualnim nedostatkom razumevanja ovog pojma, ako se pri tome koristi Tasićeve metodologija, evolucija međunarodnih odnosa u kojima se gube granice značaja i značenja različitih procesa „integracije zemalja u razvoju u svetsko tržište“³⁷, postaje očigledna. Aktuelne realokacije proizvodnje industrijskih proizvoda u zemlje u razvoju i izvoz radne snage iz tih zemalja u razvijene zemlje, na tom svetskom tržištu, pojavljuju se kao „dve strane iste medalje“³⁸ u okviru permanentne krize svetske privrede „čiji se epicentar seli iz područja u područje i iz grane u granu“³⁹, a pri čemu se za migracije radne snage dugo smatralo da su „jedan od najznačajnijih oblika

³⁵ Đ. Tasić (2002), op. cit., 47.

³⁶ Marjan Svetličić, „Transnacionalne kompanije i njihovo delovanje na privredu zemalja u razvoju“, doktorska disertacija, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1979, 107.

³⁷ M. Svetličić (1979), op. cit., 133.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Đorđe Popov, „Uvodna razmatranja o razvoju marksističke teorije imperijalizma“, *Savremeni imperijalizam i proces ekonomske emancipacije zemalja u razvoju I knjiga* (ruk. projekta Đorđe Popov), Pravni fakultet u Novom Sadu, Institut privrednih i ekonomskih nauka, Novi Sad, 1981, 2.

tehnološkog transfera⁴⁰. Svedoči o tome, između ostalog, evolucija prirode radnih odnosa u kojoj se najpotpunije ogleda i „problem regionalnog međunarodnog prava“,⁴¹ koji je u Tasićevo vreme postajao naročito aktuelan povodom pitanja o mogućnosti opredeljenja između univerzalizma i regionalizma za koje je Tasić pokazao da nije samo stvar gledišta i slobodne volje. Uveren u delovanje zakonitosti koje u društvu nije ništa slabije nego u prirodi, a u vezi s čim je nedvosmisleno identifikovao i determinizam tehnološkog razvoja, Tasić je u tom pogledu bio uveren u mogućnost regionalizacije sveta na principima „univerzalnosti međunarodnog poretka“⁴² koji nije nužno i unifikacija prava.

Činjenica je, međutim, da je sve to sada već i jedno savim drugo pitanje, koje značajno nadrasta obim ovog rada, kao što je drugo pitanje i procena o tome koliko je aktuelna međunarodna svest još uvek pravna i u skladu s Tasićevim kriterijumima identifikacije solidarističkog prava, a koliko se još uvek, zajedno s političarima, krećemo „u začaranom krugu“⁴³ autarhije, koja uporno odoleva, baš kao i ratovi, štrajkovi, pobune, revolucije, migracije i sve drugo što se po Tasićevom mišljenju nalazi na putu s(a)vesne izgradnje jedne poželjne organizacije, koja je usmerena na obezbeđivanje uslova za koegzistenciju na bazi solidarnosti i za održivi razvoj svih i svakoga u jedinstvenoj celini beskrajsne konačnosti pojavnog sveta.

Problem kriterijuma za diferencijaciju individualističkog i solidarističkog prava

Kao da je sve to što je napred opisano jasno slutio ili predviđao, a u vezi s čim je značajno da se posebno napomene kako je u tom opisu korišćena sociometrijska metodologija razvijana na tragu njegovog učenja, Tasić se smelo kretao na relaciji između Risenovog (Ruyssen) skoro potpunog poistovećivanja problema međunarodne svesti sa „problemom postojanja samog Međunarodnog društva“ i Bergsonove (Bergson) stvaralačke evolucije s kojom je povezao zanimljivo razmišljanje o mogućnosti voljne regulacije tokova prirodne evolucije međunarodnog prava, „naročito ukoliko se radi o najboljem i najracionalnijem prilagođavanju“.⁴⁴ Svojom kritičkom analizom realnih istorijskih činjenica, koja

⁴⁰ Milorad Unković, Budimir Stakić, *Međunarodni ekonomski odnosi*, Fakultet spoljne trgovine Bijeljina, Bijeljina, 1979, 66.

⁴¹ Borislav Iv. Blagojević, „Međunarodno uređivanje radnih odnosa“, doktorska teza branjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 14. 11. 1939, Beograd, 1940, 31.

⁴² Đ. Tasić (2002), op. cit., 67.

⁴³ *Ibidem*, 34.

⁴⁴ Đ. Tasić (2002), op. cit., 28.

se u mnogo čemu ne podudara s tradicijom kriticizma na tragu Kantovog kategoričkog imperativa, kao ni s kritikama u okviru marksističke teorije imperijalizma, Tasić je – kroz izuzetno precizne i jasne istorijske osvrtne i kroz nedvosmislene ocene stanja tokom različitih vremenskih perioda u razvoju međunarodne pravne svesti – ukazivao na kontinuitet razvoja međunarodnih odnosa, precizno navodeći najznačajnije momente tokom kojih je „postojao ideal o ujedinjenom čovečanstvu *civitas maxima* republike duhova, začete i zasnovane na pravu i organizovane prema demokratskom i federativnom sistemu“.⁴⁵ Precizno pokazujući kako je kosmopolitizam utemeljen u tom idealu pružio duboko korenje u okviru evropske filozofske tradicije, gotovo istovremeno, primenom istovetne metodologije, nedvosmisleno je ukazao i na naučnu tendenciju da se „internacionalizam suprotstavlja kosmopolitizmu“⁴⁶, kao i na činjenicu da nam istorija „pokazuje različite oblike u kojima se manifestuje internacionalizam“⁴⁷, stvarajući tako uslove za potpunije razumevanje razlika „između individualističkog i solidarističkog prava“⁴⁸, koje se odlikuje posebnom egzaktnošću naizgled jednostavnih kriterijuma.

Bio je duboko svestan da su svi ti njegovi kriterijumi, ma koliko da je nastojao da ih savesno bira i da bude objektivan, uvek podložni pritisku različitih interesa, kao što su, istovremeno, uvek bivali i odraz različitih gledišta i osećanja, koja su u pravilu uslovljena pozicijom posmatranja, kao i iskustvom posmatrača. Deluje, zbog toga, dosta osnovano i uverenje da je čak i njegovo isticanje mogućnosti da se jednom dubljom analizom razotkriju i one dve karakteristike međunarodne pravne svesti, za koje je u uvodnom delu ovog rada navedeno kako je smatrao da ih treba posebno naglasiti, najverovatnije namenjeno samo mogućnosti primene istovetne metodologije, koja mu je omogućila da ih provodi kroz tipične teorije, učenja ili ideje svoga vremena i da ih dosledno rasčlanjuje po istom sistemu jednog neprekidnog niza jasnih granica. S obzirom na svest da te granice nikad nisu dovoljno vidljive i da se pomeraju u skladu s prilikama aktuelnog okruženja, nastojao je da se što više približi koncepciji jednog dinamičnog i elastičnog prava koje „priznaje život iznad principa“⁴⁹ i koje se – prilagođavajući se životu u sve složenijim uslovima – nikad ne odriče života, niti se poriče u njemu, a u vezi s kojim je izuzetno važno da se posebno naglasi

⁴⁵ *Ibidem*, 29.

⁴⁶ *Ibidem*, 46.

⁴⁷ *Ibidem*, 29.

⁴⁸ *Ibidem*, 68.

⁴⁹ Đ.Tasić (1996), op. cit., 31.

kako to nije dinamično pravo za koje je pokazao da „ne može služiti kao osnova međunarodnog prava“⁵⁰.

Osnovne karakteristike međunarodne pravne svesti

Opisujući je kao težnju „da dokaže da se pravna svest sastoji u postojanju zajedničkih predstavništava, zajedničke koncepcije koja se tiče uzajamnih odnosa između naroda i država“⁵¹, Tasić je u vezi s prvom od dve napred navedene karakteristika međunarodne pravne svesti, za koje je u uvodnom delu ovog rada naznačeno kako je on smatrao da bi trebalo da se posebno naglase, spretno iskoristio mogućnost da se pozove na predavanje o sociološkim i psihološkim faktorima u međunarodnom pravu, koje je pre njega, na istom mestu, 1932. godine, održao prof. Šindler (Schindler), a koje je do danas postalo dostupno i na internetu.⁵² Ocenjujući ga kao interesantno, on je u vezi s ovim predavanjem naveo podatak da je ono delom bilo posvećeno temi javnog mnjenja na koju je i sveo ovu prvu karakteristiku međunarodne pravne svesti i to je za njega bilo sasvim dovoljno da se sam, pozivajući se na to predavanje, više posebno ne bavi i tom temom, koju je tako doveo u poziciju da je tretira kao dovoljno obrađenu na načina da može da se nadoveže na nju i da se pozabavi problemom koji je u vezi s njom sledeći na dnevnom redu. Takav postupak, koji je koristio gde god je mogao, jer je za njega svaki posao u koji se upuštao bio samo jedan deo ukupne kolektivne delatnosti namenjene čovečanstvu u celini, a zbog čega je njegova naučna zaostavština posebno vredna i kao nesvakidašnji izvor bibliografskih podataka, omogućio mu je da se u konkretnom slučaju više posveti objašnjavanju druge karakteristike međunarodne pravne svesti za koju je već naglašeno da se odnosi na neophodnost zauzimanja određenog stava po pitanju međunarodnih odnosa i u vezi s kojom je, na isti način, sledom napred opisane metodologije, precizno postavljena dilema između mogućnosti da taj stav bude „bilo pretežno nacionalni ili individualistički, bilo pretežno međunarodni i solidaristički“.⁵³

Nepokolebljivo uveren u ispravnost međunarodnog i solidarističkog stava o međunarodnim odnosima, Tasić se na samom početku svoga predavanja

⁵⁰ Đ. Tasić (2002), op. cit., 71.

⁵¹ *Ibidem*, 27.

⁵² Dietrich Schindler, „Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international“, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* Consulted, Vol. 46, Première publication en ligne: 1933, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028608320_03, 30. 9. 2023.

⁵³ Đ. Tasić (2002), op. cit., 28.

o problemu međunarodne svesti decidno opredelio za solidarističko poimanje međunarodnih odnosa. Uviđajući, pri tome, kako međunarodna svest u svakom od konkretnih momenta istorijskog razvoja tokom evolucije međunarodnih odnosa ne mora da bude nužno i pravna, jer je i u međunarodnim odnosima, kao i u svim drugim odnosima između ljudi, osim prava, još uvek prisutna i sila, koja deluje i izvan prava ili mimo prava, a koju on nikad nije poistovećivao s pravom, usmerio se na razobličavanje nacionalnog i individualističkog stanovišta u međunarodnim odnosima, jer je smatrao da se svet u kojem je živeo, makar u vreme kada je on u njemu stvarao, nalazio pred dilemom između nacionalizma i internacionalizma. S obzirom na okolnost da je on svoje shvatanje internacionalizma nedvosmisleno vezao uz solidarizam, pravna svest u njegovoj koncepciji mogla je da bude istinski međunarodna samo u svojoj solidarističkoj varijanti. Pa ipak, svodeći nacionalizam na jedno čisto individualističko stanovište, koje je imalo svoje vreme i svoj pozitivni smisao u njemu tokom uobličavanja principa narodnosti, Tasić je ostao dosledan i u naglašavanju potrebe da se u svakoj teorijskoj analizi ide do kraja i da se, istovremeno, nikad ne zanemaruje beskrajna složenost života u kome krajnosti u praksi retko dovode do cilja.

Budući da se svesno opredelio za razmatranje problema međunarodne pravne svesti „sa istorijskog i sociološkog stanovišta“⁵⁴, a uvažavajući i mnoštvo činjenica vezanih uz njene biološke i psihološke osnove, koje je povezao s prirodom solidarnosti za koju je pokazao kako se u „prirodnim zajednicama“ manifestuje i kao „solidarnost vuka i jagnjeta“,⁵⁵ Tasić je posebno uvažavao i rezultate modernih etnoloških i socioloških istraživanja, koja „ističu međunarodni karakter civilizacije“⁵⁶. Polazeći, pri tome, od Politijeve (Politis) skice „koja se odnosi na razvoj društva i međunarodne zajednice“ i kroz koju je vidljivo kako u tom razvoju dolazi do prelaza „koji se odvija od nižih ka višim grupacijama jednim sukcesivnim nizom i nataloženim reformama“ posebno se zadržao na momentima tokom kojih postaje vidljivo kako se formira jedna superiorna grupa, jer mu je bilo potrebno da na taj način dokaže kako to „ne dovodi neizostavno i do nestajanja nižih grupacija iz kojih ona proizilazi“ i u kojima „čovek nastavlja da živi“, a u vezi s čim je nastojao da pokaže kako ne prihvata „zakon evolucije kao zakon sukcesivnog razvoja prema dogmatskoj metodi“,⁵⁷ i kako je sklon da veruje u mogućnost svesnog i voljnog stvaranja uslova za nastanak i razvoj okolnosti u kojima je moguća realizacija različitih tendencija, kao i implementacija progresivnih

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*, 63.

⁵⁶ *Ibidem*, 34.

⁵⁷ *Ibidem*, 28.

planova razvoja koji čoveku omogućavaju da se lakše snalazi u sve brojnijim ulogama i u sve složenijim uslovima.

Dosledno koristeći ustaljenu metodologiju rada, a sledom napred naznačenog shvatanja međunarodne pravne svesti, Tasić je nedvosmisleno ukazao na korisnost poređenja s unutrašnjim pravom u kojem se ograničenja svojine i konkurencije kod individualističkog sistema svode na minimum, dok je za solidarističko pravo karakteristična „situacija u kojoj je cilj kome se teži socijalna jednakost i jedan životni minimum za svakog pojedinca“.⁵⁸ U vezi s tim je formulisao sledeću analogiju: „U međunarodnom pravu prvome bi odgovaralo pravo gde je rat jedan priznat fenomen, a drugome pravo gde je rat zabranjen fenomen.“⁵⁹

Objašnjavajući razloge zbog kojih se odlučio da baš ratom objasni ovu razliku, Tasić je pokazao „da za narode i države nema značajnije činjenice od rata“⁶⁰ i da je za ovakvo razlikovanje daleko bolji kriterijum rat, nego demokratija, interesi, suverenitet države ili ma koja druga civilizacijska tekovina od kojih ni jednu nije potpuno zanemario i za svaku je pokazao kako može da se ogleda i u svetlu dileme između individualističkog i solidarističkog prava, kao što je prisutna i u svakoj drugoj pojavi modernog sveta za koji je karakteristično da se sve te pojave međusobno prepliću. Zbog toga je logično što se uz njegovu tezu „da rat čini deo individualističkog prava“ i da „samim tim miroljubiva rešenja koja služe obezbeđenju i zaštiti prava svih podrazumevaju solidarnost“ pojavljuje i upozorenje da sve to „ne treba bukvalno shvatiti jer individualističko pravo podrazumeva takođe određena stremljenja ka miroljubivom rešavanju, baš kao što solidarističko pravo nije dostiglo stepen gde je rat zabranjen na jedan apsolutan način.“⁶¹

DILEMA UMEMSTO ZAKLJUČKA

Teško je da se proceni da li je i koliko današnji svet rezultat razvoja međunarodne pravne svesti za kakvu se Tasić zalagao, postavljajući problem solidarnosti u međunarodnim odnosima kao dužnost za koju je iskreno priznao da „nije u potpunosti odgovarajuća stvarnost“⁶² i da „naprotiv“, makar za sada, samo „pokazuje onaj put koji vodi procesu racionalnog prilagođavanja, ideal koji, uz velike napore, može biti ostvaren počev od sadašnjih odnosa“.⁶³

⁵⁸ *Ibidem*, 69.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Đ. Tasić (2002), op. cit., 65.

⁶³ *Ibidem*.

U svakom slučaju, sve to što je napred naznačeno samo u fragmentima, a što bi trebalo da predstavlja otvoreni poziv za svestranije istraživanje Tasićeve zaoštavštine, ukazuje na potrebu da se tome posveti odgovarajuća pažnja. Spojena sa Lajbnicovim (Leibniz) stavom da je sadašnjost „osnov budućnosti“⁶⁴, koji je Tasić iskoristio da i u vezi s njom posebno naglasi kako „pravo poseduje stalnu težnju da se prilagođava stvarnosti u stalnoj evoluciji“⁶⁵, ova potreba upućuje i na mogućnost istraživanja uslova za polazak na putovanje kakvo nam on predlaže, a u vezi s kojim bi, izvesno, trebalo da se uvaži i njegovo lično iskustvo. Činjenica da je trasa tog puta postala predmet interesovanja mnogobrojnih stratega i projektanata različitih interesa, kao i različitih ljudi prostijih osećanja, koji ne raspolažu naročitim kompetencijama, pojačava znatijelju u vezi s osobinama toga puta. Sagledan iz jedne posebne perspektive u koju je, između ostalog, uključena i mogućnost decentracije u okvir Tasićeve sudbine ili ulazak u njegovu ulogu na nekoj od socionometrijskih scena normodramskog istraživanja kroz koje se povlači relacija između stvarnosti, ideje, vrednosti i norme, ovaj put ukazuje na mnogobrojne zanimljive perspektive, a sam Tasić, u vezi s njim, naglasio je sledeće: „Put prilagođavanja je dug, zamoran i težak, ali ne i nedokučiv.“⁶⁶

Pokazujući kako su na njemu skretanja, kao i znakovi upozorenja, uvek dovoljno vidljivi, nudio je čvrstu osnovu za zauzimanje stavova o mogućnosti donošenja racionalne odluke o svakom koraku na tom putu, precizno ukazujući i na posledice odluke da se takav put odlaže ili da se na njega nikad ni ne ode. U tom smislu dao je dovoljno precizno uputstvo, koje glasi: „Prilagoditi se znači savladati mnogobrojne otpore i otkloniti brojne prepreke; izgraditi na širokim osnovama jednu novu međunarodnu organizaciju koja stremlji novoj psihološkoj i moralnoj realnosti“⁶⁷, a sledom pravne logike, uz takvo uputstvo, dao je i odgovarajuće upozorenje u pogledu sankcije za slučaj da se to uputstvo nedovoljno poštuje, koje glasi: „Neprilagođavanje ima za posledicu protivurečnosti, što će reći da dovodi do rezultata suprotnih onima koji su se očekivali.“⁶⁸

Dajući ovako precizno uputstvo ili instrukciju, s jasnim upozorenem u pogledu posledica ili sankcije za slučaj kršenja pravila iz njega, Tasić nam je pravnički pokazao šta je po njemu pravo i kako ono deluje u svakom sistemu, ako je taj sistem pravni.

⁶⁴ *Ibidem*, 76.

⁶⁵ *Ibidem*, 67.

⁶⁶ *Ibidem*, 37.

⁶⁷ Đ. Tasić (2002), op. cit., 36.

⁶⁸ *Ibidem*.

DRAGICA PLEĆAŠ

Advisor, Provincial Secretariat

for Urban Planning and Environmental Protection

THE PROBLEM OF THE ĐORĐE TASIĆ'S LECTURE AT THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW IN 1938

Summary

The original approach to the problem of international relations, which is prominent in the lecture on international legal consciousness, by Đorđe Tasić at the Hague Academy of International Law in 1938, is presented in this paper in relation with the need to change the current state of awareness of the value of own tradition, without which exchange with other cultures is not possible. Tasić's fate, as well as the fate of his scientific legacy, are used as an example of neglecting an extraordinary potential for the sustainable development of cultural exchanges at all levels and in all conditions, including exchanges within international relations, to which he made a significant contribution. Bounded by wars, his violently interrupted life was entirely dedicated to peace, and this paper, which was written in his honor, arose because of necessity for an appropriate participation in the commemoration of the eightieth anniversary of his death and for the affirmation of an authentic culture of memory following his efforts.

Key words: Đorđe Tasić, lecture, Hague Academy of International Law

Literatura

- Blagojević B. Iv., „Međunarodno uređivanje radnih odnosa“, doktorska teza branjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 14. 11. 1939, Beograd, 1940.
- Ćirović S., *Međunarodni pacifizam i njegovi protivnici*, Narodna misao, Beograd, 1929.
- Lukić R. D., „Predgovor“, *Rasprave iz filozofije i teorije prava: prevodi sa stranih jezika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dom kulture „Studentski grad“, Beograd, 1992.
- Milojević M., „Internacionalizam i pacifizam Đorđa Tasića“, u: Đorđe Tasić, *Međunarodna pravna svest* (ur. J. Trkulja), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2002.
- Petrović J., Đorđević D., „Multidisciplinarni i interdisciplinarni pristup u proučavanju društvenih pojava: konkretizacija na primeru skice jednog projekta“, *Proučavanje društvenih pojava: metodološka razmatranja* (prir. D. B. Đorđević, J. Petrović), Filozofski i Mašinski fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2014.
- Plećaš D., „Akciono istraživanje naučne zaostavštine Đorđa Tasića u Programu 'SPEKTA' (Sociozofski Postupak Emancipacije Kroz Telos Asocijacije)“, *Zbornik sažetaka, Međunarodna naučna konferencija „Profesoru Đorđu Tasiću u slavu“*, Vranje 24–25. 9. 2022. – *Book of abstracts* (ur. M. M. Marjanović, T. Lj. Jakšić), Srpsko Sociološko društvo, Beograd; Filozofski fakultet Univerziteta u Prištini s privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica; Pedagoški fakultet u Vranju, Univerzitet u Nišu, Vranje, 2022.

- Plećaš D., „Tasićev pristup podeli nadležnosti između sociološke i pravne sfere ljudske delatnosti“, *Zbornik apstrakata – Book of abstracts*, Međunarodna naučna konferencija „Sociologija u XXI veku: izazovi i perspektive“, 10–11. 11. 2018, Niš, Filozofski fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2018.
- Popov Đ., „Uvodna razmatranja o razvoju marksističke teorije imperijalizma“, *Savremeni imperijalizam i proces ekonomske emancipacije zemalja u razvoju I knjiga* (ruk. projekta Đorđe Popov), Pravni fakultet u Novom Sadu, Institut privrednih i ekonomskih nauka, Novi Sad, 1981.
- Schindler D., „Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international“, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law Consulted*, Vol. 46, Première publication en ligne: 1933, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028608320_03.
- Sociology in XXI century: challengers and perspectives* (ed. J. S. Petrović, V.D. Milojević, I. V. Trotsuk), University of Niš, Faculty of philosophy; Serbian Sociological Association, Niš, Beograd, 2019.
- Sociološki pregled, br. 1/1938, 80 godina, 2. fototipsko izdanje* (pr. J. Trkulja, U. Šuvaković), Srpsko sociološko društvo i Institut društvenih nauka, Beograd, 2018.
- Svetličić M., „Transnacionalne kompanije i njihovo delovanje na privredu zemalja u razvoju“, doktorska disertacija, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1979.
- Svetličić M., *Zlatne niti transnacionalnih preduzeća*, Ekonomika, Beograd, 1986.
- Tasić Đ., „Zakon nema povratne sile“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, sveska za decembar 1932. i br. 1–2, Beograd, 1976.
- Tasić Đ., *Izbor Rasprava i članaka iz teorije prava* (pr. R. D. Lukić), Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 1984.
- Tasić Đ., *Međunarodna pravna svest*, (prevod: D. Ivošević, ur. J. Trkulja), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2002.
- Tasić Đ., *Odgovornost države po principu jednakosti tereta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dom kulture „Studentski grad“, Beograd, 1996.
- Tasić Đ., *Problem opravdanja države; Uvod u pravne nauke – Enciklopedija prava*, (priredio Danilo Basta), Službeni list SRJ, Beograd, 1995.
- Tasić Đ., *Rasprave iz filozofije i teorije prava: prevodi sa stranih jezika* (prir. R. D. Lukić, D. N. Basta, D. M. Mitrović), 1. izdanje: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dom kulture „Studentski grad“, Beograd, 1992, 2. izdanje: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2011.
- Tasić M., „Đorđe Tasić: 1892–1943“, *Luča: časopis za kulturu, umetnost i nauku*, br. 1, godina XXXI, Srpski kulturni centar „Sveti Sava“, Subotica, januar 2022.
- Tassitch G., *La conscience juridique internationale*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law Consulted*, Vol. 65, First published 1938, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028610224_04.

Unković M., Stakić B., *Međunarodni ekonomski odnosi*, Fakultet spoljne trgovine Bijeljina, Bijeljina, 1979.

Vesnić M., *Međunarodno pravo u odnosima Južnih Slovena*, Štamparija kraljevine Srbije, Beograd, 1895.

PREGLEDNI RAD

VLADAN PETROV

KONTROLNA LISTA VLADAVINE PRAVA I NJEN UTICAJ NA PRAVOSUDNU REFORMU U SRBIJI

U ovom radu, autor prevashodno ima nameru da upozna širu naučnu javnost sa sadržinom i ulogom jednog, u poslednjih nekoliko godina, važnog dokumenta koji spada u međunarodno „meko pravo“ (soft law instrument), koji se naziva Kontrolna lista vladavine prava i donela ga je Venecijanska komisija. On smatra da je uloga ovog dokumenta važna i preovlađujuće pozitivna kad je reč o implementaciji međunarodnih standarda vladavine prava u nacionalnoj državi i evaluaciji stepena ostvarenosti iste. On tu ulogu konkretizuje na primeru pravosudne reforme u Srbiji, koju karakteriše dobar normativni (ustavni i zakonski) okvir, ali koja u narednom periodu ulazi u težu i zahtevniju fazu – sprovođenja novih normativnih rešenja. Autor zaključuje da će upravo u taj fazi uloga Kontrolne liste vladavine prava moći da dođe još više do izražaja.

Ključne reči: vladavina prava, Venecijanska komisija, Kontrolna lista vladavine prava, pravosudna reforma, nezavisno sudstvo

U V O D

Četiri „ključne reči“ predstavljaju „lajt-motiv“ ovog rada. Tri su eksplicitno navedene u naslovu. Jedna je „sakrivena“. Tri navedene reči ili izraza su: Kontrolna lista vladavine prava, vladavina prava i pravosudna reforma (u Srbiji).

Prof. dr Vladan Petrov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije, e-mail: vpetrov@ius.bg.ac.rs. Rad je prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom „Savremeni problemi pravnog sistema Republike Srbije“.

O vladavini prava napisani su tomovi knjiga. Premda ne postoji nijedna opšteprihvaćena definicija vladavine prava, o njoj se, i u teoriji i u praksi, dosta zna ili, usled učestalog ponavljanja opštih mesta i fraza, barem postoji takvo uverenje.

Pravosudna reforma uopšte, a naročito u Srbiji, jedan je od, bez sumnje, najviše „eksploatisanih“ pojmova od početka 90-ih godina prošlog veka, uz, gotovo nezaobilazni, dodatak: ona se sprovodi u cilju jačanja nezavisnosti i efikasnosti pravosuđa, naročito sudstva. Prečesta upotreba ovih pojmova i fraza, takođe, dovela je do njihovog svojevrstnog obezvređivanja. Kad se o nečemu previše govori, pa se još na tome i prečesto pogrešno radi, onda jedan legitimni cilj kao što je jačanje vladavine prava putem obezbeđenja nezavisnosti sudstva gubi svoju specifičnu težinu i svoj smisao.

Izraz „Kontrolna lista vladavine prava“ verovatno je nepoznat široj stručnoj i naučnoj javnosti, iako je reč o dokumentu koji je u poslednjih sedam godina (donet 2016. godine) postao jedan od najvažnijih instrumenata koji služe za evaluaciju stepena ostvarenosti međunarodnih standarda vladavine prava u konkretnoj državi. Iza naziva tog dokumenta, krije se „četvrta ključna reč“ našeg rada – Komisija za demokratiju putem prava, poznatija kao Venecijanska komisija (*Venice Commission*), jer ona je usvojila ovaj dokument na svojoj plenarnoj sednici marta 2016. godine.¹ Od tada, ovaj dokument, tačnije merila vladavine prava, koja su u njemu precizno definisana, postao je nezaobilazan segment u proceni ustavnih amandmana i zakonskih akata država članica Komisije (taj broj je znatno veći od država članica Saveta Evrope i obuhvata mnoge vanevropske države) sa stanovišta koncepta vladavine prava i „evropskog ustavnog nasleđa“ (*Common European heritage*), koncepta koji od svog osnivanja propagira i razvija Venecijanska komisija.

O Venecijanskoj komisiji literatura nije ni približno tako bogata kao o vladavini prava, iako se ona poslednjih desetak godina uvećava i postaje sve više naučno utemeljena.² Naša stručna javnost, međutim, i dalje je podeljena na dve struje. Jednu čine oni pravници koji aktivnost Komisije vide kao „atak“ na suverenost države i suverenost građana. Oni su strogi protivnici bilo kakvog konsultovanja Komisije od strane države kad ova menja svoj ustav ili izrađuje neke važne zakonske akte ustavnog karaktera.³

¹ Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016), CDL-AD(2016)007-e.

² Doprinos tome dala je i Kopaonička škola prirodnog prava. V. Vladan Petrov, Maja Prelić, „Venecijanska komisija i ustavna reforma pravosuđa u Republici Srbiji“, *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava*, tom III, Beograd 2020, 523–540; Vladan Petrov, „Postupak za promenu Ustava Republike Srbije u Venecijanskom ogledalu, *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava*, tom III, Beograd 2021, 491–508.

³ Profesor Vladan Kutlešić je bio jedan od najvećih pristalica ovakvog pogleda na Venecijansku komisiju, a danas, među ustavnim pravnicima, na primer, profesor Slobodan Orlović. V. Vladan

Drugu struju čine pravници koji, po našem mišljenju ispravno, shvataju da je uloga Venecijanske komisije u procesu ustavnih i zakonskih reformi nužna i korisna posledica procesa internacionalizacije ustavnog prava, koji se razvija još od Drugog svetskog rata. U tom smislu poučne su reči profesora Ratka Markovića, izrečene 2017. godine: „Ustav više nije isto što je bio u XIX veku, čak i pre ovih svetskih i evropskih integracija država. On je prestao biti pravni Herkules, kakav je u nacionalnom pravnom sistemu bio nacionalni ustav. Daleko od toga da je on postao David, ali je, umesto njega, vrh pravnog sistema zaposeo novi Golijat. Tek, danas nacionalni ustavotvorac nema više potpuno određene ruke kao nekad kad odlučuje o ustavu.“⁴

U ovom radu, *primarni cilj je da bliže upoznamo našu stručnu javnost sa sadržinom i ulogom Kontrolne liste vladavine prava Venecijanske komisije, kao i da tu ulogu, koju smatramo važnom i preovlađujuće pozitivnom, konkretizujemo na primeru pravosudne reforme u Srbiji*, koja je otpočela donošenjem ustavnih amandmana u delu o pravosuđu 2022, nastavila se usvajanjem seta pravosudnih zakona 2023. godine i koja je, posle toga, ušla u fazu tzv. implementacije.⁵ U ostvarenju navedenog cilja, događaje nećemo predstavljati hronološkim redosledom, već prema našem osećaju njihove važnosti u kontekstu pravosudne reforme u Republici Srbiji (2021–2023).

METODOLOGIJA RADA VENECIJANSKE KOMISIJE I USTAVNI AMANDMANI O PRAVOSUĐU IZ 2022.

Venecija, 15. oktobar 2021. godine. *Scuola Grande San Giovanni Evangelista*, katolička građevina iz XIV veka, u kojoj se redovno, četiri puta godišnje, po pravilu, u martu, junu, oktobru i decembru, održavaju plenarne sednice Venecijanske komisije.⁶ Na tim sednicama usvajaju se mišljenja Komisije o predloženim,

Kutlešić, „Da li je promena Ustava Srbije ‘izuzetno teška i vrlo složena – uporedna analiza 38 ustava‘, *Ustav i iskušenja, Nova srpska politička misao*, posebno izdanje, br. 2, 2008, 7–24; V. Slobodan Orlović, emisija „Zašto menjamo Ustav, stručnjaci za RTS o razlozima za i protiv“, <https://www.rts.rs/lat/vesti/politika/4653722/ustav-izmene-referendum-cetvrtkom-u-9.html>.

⁴ Ratko Marković, „Ka budućem Ustavu Republike Srbije““, *Dileme ustavnih promena u Republici Srbiji, Srpska politička misao*, posebno izdanje, 2017, 264.

⁵ O revizionom procesu i osnovnim sadržinskim promenama u ustavnim amandmanima iz 2022. godine, v. Vladan Petrov, „Sudska vlast u Srbiji – novo poglavlje?“, *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava*, tom III, Beograd 2022, 589–606.

⁶ „Kao opšte pravilo, Komisija održava sednice četiri puta godišnje. Datumi sednica će biti utvrđeni od strane Komisije najkasnije na poslednjoj sednici prethodne godine.“ Čl. 4. *Revised Rules of Procedure*, Adopted by the Venice Commission at its 50th Plenary Session and amended at the 53rd, 61st, 96th, 101st, 105th, 116th and 134th Plenary Session of the Commission.

ređe već donetim, ustavnim i zakonskim aktima u državama članicama Komisije. Pored *konkretnih mišljenja za države (country-specific opinions)*, usvajaju se i drugi dokumenti: *izveštaji (reports) – posebni i opšti, studije* o pojedinim pravnim pitanjima (na primer, o referendumu, vanrednom stanju, bikameralizmu itd.) i *uputstva (guidelines)*, na primer, o političkim partijama ili o slobodi okupljanja). Aktivnost u zgradi oživljava dan ranije kada se održavaju različiti sastanci i sednice, poput sednica potkomisija (na primer, za fundamentalna prava, sudstvo, demokratske institucije itd.), na kojima se razmatraju amandmani na nacрте mišljenja koje su prethodno sačinili izvestioci (stručnjaci, po pravilu, članovi Komisije iz različitih država) uz tehničko-administrativnu pomoć Sekretarijata Komisije.⁷

Tog 15. oktobra 2021. Venecijanska komisija je usvojila mišljenje o ustavnim amandmanima na Ustav Republike Srbije u delu o pravosuđu. Komisija je ocenila da su gotovo sva predložena rešenja u skladu sa njenim i drugim međunarodnim standardima u toj oblasti, a dala je i određene preporuke za poboljšanje pojedinih rešenja.⁸ Tih preporuka je bilo neuobičajeno malo i većinu je bilo moguće lako i brzo usvojiti. Inače, *preporuke su sastavni, može se čak reći, i glavni deo svakog mišljenja*. One ne izostaju ni kad je Komisija u celini zadovoljna saradnjom sa konkretnom državom i sa predloženim ustavnim ili zakonskim rešenjima.

Šta god mislili, a uglavnom malo znamo, o Venecijanskoj komisiji, nijedna država koja ne spada u kategoriju tzv. stabilnih ili starih zapadnih demokratija, poput UK, Nemačke, Francuske, Italije, ne može da menja svoj ustav, a da se prethodno ne konsultuje sa Venecijanskom komisijom. To telo je, uostalom, i osnovano 1990. godine *sa specifičnim, relativno autonomnim statusom u Savetu Evrope* i sa specifičnom ulogom – da pomaže post-komunističkim državama u njihovoj ustavnoj tranziciji, odnosno izradi novih ustava na principima poštovanja ljudskih prava, demokratije i vladavine prava.⁹ U literaturi, ta uloga naziva se možda i ne sasvim adekvatno: „ustavna prva pomoć“ (*constitutional first aid assistance*).¹⁰

Danas i druge države, članice Saveta Evrope i šire, jer su vremenom članovi Komisije postale i države širom sveta, poput Kanade, Brazila, Republike Koreje, čak i SAD, neretko traže mišljenje Komisije o ustavnim i zakonskim reformama koje

⁷ V. čl. 7. *Revised Rules of Procedure*.

⁸ Opinion on the draft Constitutional Amendments on the Judiciary and draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments, adopted by the Venice Commission at its 128th Plenary Session (Venice and online, 15–16 October 2021), CDL-AD(2021)032.

⁹ Rudolf Schnitz Dür, „The Venice Commission“, Chapter 2, Council of Europe, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2010, 151–156.

¹⁰ *Ibidem*, 159.

planiraju ili su krenule da preduzimaju. Države koje nisu članice Saveta Evrope to čine uglavnom zato što žele da pribave svojim pravnim reformama autoritet jednog unikatnog međunarodnog, pravno-ekspertskog kolegijuma, koji svoja mišljenja daje zasnivajući ih na standardima i principima tzv. zajedničkog evropskog, pa čak i svetskog ustavnog nasleđa (uobičajeni izrazi su: *common european constitutional heritage* i *transnational constitutional heritage*). Za državu članicu je svakako bolje kad ona traži mišljenje Komisije o njenim pravnim reformama, nego kad to čini neko drugo ovlašćeno telo ili međunarodna organizacija (na primer, Savet ministara ili Parlamentarna skupština Saveta Evrope). U ovom drugom slučaju, to najčešće znači da država nije baš previše voljna da ulazi u dijalog sa Venecijanskom komisijom i da najverovatnije mnogo i ne mari za njeno mišljenje.¹¹

Mišljenja Venecijanske komisije nisu apstraktni i opšti dokumenti. Ona su korisna samo ukoliko se standardi Komisije u određenoj oblasti (sudstva, ustavnog sudstva, izbora itd.) prilagođavaju konkretnim nacionalnim, društveno-političkim prilikama, a predložena rešenja i nacionalnim prilikama i venecijanskim standardima. Ona treba da budu proizvod dijaloga, a osnovna metodologija rada Komisije zasnovana je na principima fleksibilnosti i dobrovoljnosti (tzv. *non directive dialog approach*).¹² Otvorenog dijaloga nema bez obostranog poverenja. Ono izostaje, bilo zato što država traži mišljenje od Venecijanske komisije forme radi, nemajući nameru da kasnije usvoji i primeni dobijene preporuke, bilo zato što u unutrašnjoj javnosti preovlađuje stav nepoverenja prema Komisiji. Komisija se katkad olako kvalifikuje kao kvazipolitičko telo, što ona, u svojoj prirodi, nije, iako, poput nacionalnih ustavnih sudova, funkcioniše na „preseku prava i politike“.¹³

¹¹ U izradi jednog takvog mišljenja učestvovali smo pre nešto više od godinu dana. U pitanju je mišljenje o najnovijim ustavnim reformama u Belorusiji (2022) koje je Komisija izradila prvo kao urgentno (hitno) mišljenje, a potom kao redovno mišljenje (*ordinary opinion*) usvojila na plenarnoj sednici na zahtev Parlamentarne skupštine Saveta Evrope. Vlasti u Belorusiji na čelu sa predsednikom Lukašenkom nisu želele da sarađuju i mi, kao izvestioci, zajedno sa članovima Sekretarijata Komisije, nismo išli u posetu Belorusiji, koja je inače uobičajena i važna faza u procesu pripreme nacrtu mišljenja. U takvim posetama, izvestioci se upoznaju sa stavovima različitih zainteresovanih subjekata o predloženim amandmanima (pored predstavnika resornog ministarstva i vlade, to su i predstavnici drugih državnih organa – parlamenta, pravosudnog saveta, sudova itd., ali i civilnog društva – nevladinih organizacija i sl.). Smisao ovih poseta jeste da se najpre izvestioci dobro upoznaju sa pravnim i društveno-političkim okvirom u kojem se donose predložena rešenja, a potom i da uspostave otvoren dijalog sa svim relevantnim subjektima, tzv. *stake holderima*.

¹² V. Simona Granata-Menghini, Martin Kuier, „Advisory or de facto binding? Follow up to Venice Commission’s opinions: between reality and perception“, *Venice Commission Thirty years quest for democracy through law*, Lund 2020, 281–297.

¹³ *Ibidem*.

Mišljenje Venecijanske komisije pravno ne obavezuje nijednu državu. Drugim rečima, *preporuke Komisije nemaju snagu imperativne pravne norme*, odnosno ne predstavljaju strogo pravo (*hard law*).¹⁴ Faktički, mišljenje obavezuje u meri u kojoj trenutni status i potrebe konkretne države to nalažu. Na primer, Komisija će se izjasniti i o Ustavu Francuske, što je učinila pre nekoliko meseci u vezi sa čuvenim čl. 49. st. 3. francuskog Ustava koji omogućava da zakonski predlog Vlade postane zakon bez rasprave u parlamentu.¹⁵ Ipak, Francuska će, u najboljem slučaju, uzeti u obzir to mišljenje. Istine radi, ne mora čak ni to. Kada se, međutim, Komisija izjašnjava o ustavnim rešenjima jedne Srbije ili bilo koje države na putu evropskih integracija, onda njene preporuke imaju veću težinu za konkretnu državu. Ili bi, barem, morale imati ako država ima ozbiljnu nameru da, usklađivanjem svog ustava i zakonodavstva sa međunarodnim standardima, stvori uslove za dalji napredak u političkom procesu pridruživanja. Da pojasnimo. *Mišljenja Komisije nisu ili, nisu najvećim delom, politički dokumenti. Ona su izrađena primenom pravne metodologije i pravne argumentacije.* Njihova politička uloga je posledica toga što se ova mišljenja uzimaju u obzir kada nadležni organi Evropske Unije ocenjuju na godišnjem nivou napredak jedne države u evropskim integracijama. Dakle, standardi Venecijanske komisije nisu politički pojmovi i kategorije. To su standardi vladavine prava, kao što su jednakost pred zakonom, ustavnost i zakonitost, pravna sigurnost, jemstva sudske i sudijske nezavisnosti itd. Što se ti standardi tumače od strane političara, na globalnom i regionalnom nivou, političkim merilima i aršinima, to je najveći problem, ili, kako se to u savremenom svetu kojeg odlikuje verbalna pristojnost kaže, to je najveći izazov: izazov i za samu vladavinu prava, koja je na globalnom, regionalnom i nacionalnom nivou u velikoj krizi, najvećoj od Drugog svetskog rata.

Nacrt amandmana na Ustav Srbije u oblasti pravosuđa zadovoljio je najviše standarde Venecijanske komisije. Drugim rečima, prošao je najviši nivo međunarodno-pravne ekspertske evaluacije. Zato je istina da smo tog 15. oktobra 2021. godine postigli kao država zavidan uspeh na putu jačanja vladavine prava. Ni Evropska komisija nije mogla a da ne podvuče da ustavna reforma jeste relevantan napredak na evropskom putu Srbije,¹⁶ ali njen način rezonovanja i sagledavanja stvari je politički, te stoga uvek postoji ono „ali“.

¹⁴ V. Wolfgang Hoffmann-Riem, „The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact“, *The EJIL*, No. 2, Vol. 25, 2014, 580–584.

¹⁵ V. Interim opinion on the Article 49.3 of the Constitution, adopted by the Venice Commission at its 135th Plenary Session (Venice, 9–10 June 2023), CDL-AD(2023)024.

¹⁶ Godišnji izveštaj EK za 2021, 19–20, https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_oktobar_21.PDF.

TEORIJSKI „IZVORI“ – DAJSIJEV KONCEPT VLADAVINE PRAVA

Teorijski koncept vladavine prava vezuje se za čuvenog engleskog pravnika A. V. Dajsija i njegovo kapitalno delo *Uvod u studiju prava Ustava (An Introduction to the Study of the Law of the Constitution)*, prvi put objavljeno 1885. godine. Prema Dajsiju, vladavinu prava odlikuju tri bitna obeležja. Prvo je odsustvo arbitrarne vlasti; drugo, pravna jednakost, odnosno jednakost svih građana pred zakonom i treće, sudska zaštita ljudskih prava i sloboda.

Kad je reč o prvom obeležju vladavine prava, Dajsi je smatrao „da nijedan čovek ne može biti kažnjen ili zakonito primoran da ispašta telesno ili imovinski, osim za određenu povredu prava ustanovljenu u zakonom propisanom postupku pred redovnim zemaljskim sudovima. U tom smislu, vladavina prava suprotstavljena je svakom sistemu vlasti koji daje javnim službenicima široka, arbitrarna ili diskreciona ovlašćenja“. ¹⁷ U modernom ustavnom pravu ovo načelo o kojem je pisao Dajsi naziva se pravna sigurnost. Ono, za razliku od Dajsijevog shvatanja, isključuje arbitrnost i samovolju nosilaca vlasti, a naročito sudova i sudija koji moraju da sude na osnovu objektivnog prava – nekad zakona, danas ustava, zakona, ali i potvrđenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava. Ono, međutim, ne isključuje vršenje diskrecione vlasti koja podrazumeva da nadležni organ ima određenu meru slobode u odabiru jedne od dozvoljenih alternativa za donošenje odluke koju smatra najadekvatnijom za ostvarivanje javnog interesa, u okvirima koje mu je odredio zakon. Diskrecionarnost može lako skliznuti u arbitrnost, ali se sa njom ne može izjednačiti. U savremenoj državi, diskreciona ovlašćenja su nužna pri donošenju mnogih odluka, na primer, organa unutrašnjih poslova ili službi bezbednosti.

Drugo obeležje vladavine prava Dajsi je objašnjavao sledećim rečima: „Smatramo... kad govorimo o vladavini prava kao obeležju naše zemlje, ne samo da kod nas niko nije iznad zakona, već (što je različita stvar) da je ovde svaki pojedinac, bez obzira na zvanje i položaj, podređen pravu zemlje i podložan nadležnosti redovnih tribunala.“ ¹⁸ Dakle, pravna jednakost podrazumeva primenu pozitivnog prava podjednako kako na obične građane tako i na državne službenike i nosioce vlasti.

Treće obeležje vladavine prava Dajsi je shvatao ovako: „Možemo reći da je ustav prožet vladavinom prava na osnovu toga što su opšta načela ustava (primera radi, pravo na ličnu slobodu, pravo javnog okupljanja) kod nas rezultat sudskih odluka kojima se određuju prava privatnih lica u konkretnim slučajevima koji se nađu pred sudovima...“ ¹⁹

¹⁷ Albert V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1979, 188.

¹⁸ *Ibidem*, 193.

¹⁹ *Ibidem*, 195–196.

Definicije vladavine prava do današnjih dana predstavljaju ili pokušaj da se pokaže kako je Dajsijevo shvatanje tipično englesko, a ne opšte, kao i da je prevaziđeno, ili su nastojanje da se Dajsijeva definicija unapredi, razvije u skladu sa činjenicom da je koncept vladavine prava dinamičkog karaktera i podleže promenama. *U svojoj suštini, Dajsijev koncept je primenjiv i u savremeno doba. Vladavina prava nije samo formalni koncept, nije samo jednakost svih pred zakonom. Ona makar, u svom minimalističkom značenju, pretpostavlja odsustvo arbitrarnosti, ne i diskrecionarnosti pri odlučivanju državnih organa. Vladavina prava nije teorijsko-apstraktni koncept, jer nje nema bez delotvorne sudske zaštite ljudskih prava, a ove, opet, nema, bez nezavisnog sudstva i nepristrasnih, kompetentnih i odgovornih sudija. Takođe, vladavina prava jeste univerzalni koncept. Ona je danas fundamentalno ustavno načelo bez kojeg nema moderne ustavne demokratije. Njena sadržina, međutim, nije univerzalna. Ona ne može biti svuda ista, jer države žive u različitim društveno-političkim, istorijskim, kulturološkim i ekonomskim prilikama. To što vladavina prava može biti delotvorna, odnosno ostvarivati se u praksi samo ukoliko je izvorno nacionalna, ne znači, međutim, da ona ne treba da ispunjava određene međunarodnopravne standarde, one koji moraju postojati u svakoj savremenoj ustavnoj državi. Ti standardi nisu gotove norme niti unapred definisana rešenja, jer inače ne bi ni bili standardi. Oni predstavljaju okvire i smernice koje države treba da slede i poštuju, prilagođavajući ih nacionalnim prilikama.*

KONTROLNA LISTA VLADAVINE PRAVA – PRAKTIKUM SA MERILIMA VLADAVINE PRAVA

Ključni izazov je, dakle, delotvorno ostvarivanje i zaštita vladavine prava. Prvi korak jeste pronalaženje „operativne“ ili „funkcionalne“ definicije, koja ne sme biti „hermetična“ i „imperijalistička“. Ona mora biti otvorena za osavremenjivanje ne samo *in abstracto*, već i *in concreto*, s obzirom na prilike konkretnog društva i konkretnog nacionalnog pravnog poretka. Istovremeno, ona ne sme biti „nametnuta“ nacionalnim državama od bilo kojeg spoljnog autoriteta, ma koliko ovaj, prividno ili stvarno, imao demokratske karakteristike i počivao na saglasnosti država članica (na primer, Evropska Unija).

Pronalaženje jedne takve „operativne“ i „funkcionalne“ definicije vladavine prava nije bio zadatak samo za Venecijansku komisiju, ali se čini da je ona bila među najpozvanijima da odgovori jednom takvom zadatku. Nju je, u izvesnom smislu, prozvala Parlamentarna skupština Saveta Evrope, kada je u Rezoluciji o principu vladavine prava iz 2007. ocenila da „pitanje zaslužuje dalju refleksiju uz asistenciju Evropske komisije za demokratiju putem prava“.²⁰

²⁰ Resolution 1594 (2007), „The principle of the Rule of Law.

U Izveštaju „Vladavina prava i pravna država“ iz 2008, čiji je autor bio Evgeni Tančev, tadašnji član Komisije iz Bugarske, identifikovano je nekoliko izazova pred kojima se vladavina prava nalazi.²¹ Prvo, u tzv. novim demokratijama prisutna je „nerazvijena pravna kultura“ nosilaca vlasti i građana, koja je posledica nepostajanja razvijenog civilnog društva i shvatanja kao što su pravni nihilizam i fetišizam. Drugi izazov ogledao se u pojavi konstitucionalizma na više nivoa. Taj supranacionalni konstitucionalizam nije homogen. Njega, na primer, čini sistem standarda Saveta Evrope, Evropskog suda za ljudska prava i Evropske konvencije, s jedne strane, i tzv. ustavni poredak EU, s druge strane. Odnosi između ovih nivoa daleko su od savršenog sklada. Treći izazov predstavljaju terorizam i transnacionalni kriminal.

Izveštaj Venecijanske komisije o vladavini prava iz 2011.²² je, prema rečima počasne predsednice Venecijanske komisije, profesorke Hane Suhocke, neposredni odgovor na „nerazumevanja vladavine prava“ i na „vrlo opasne simptome ... slabljena vladavine prava“, u pojedinim državama Evropske unije (na primer, u Mađarskoj i Poljskoj).²³ U Izveštaju, Komisija podvlači da nema definicije vladavine prava koja bi „u potpunosti bila prihvatljiva i u kontinentalnoj Evropi i u zemljama opšteg prava“.²⁴ Definicija vladavine prava stoga treba da bude „takve prirode da omogućava praktičnu primenu“.²⁵ Komisija vladavinu prava shvata kao koncept koji se izvorno i primarno vezuje za nacionalni državno-pravni poredak, ali da taj koncept ima sve izraženiji internacionalni karakter, obuhvat i značaj. „Vladavina prava u svom pravom smislu je sastavni deo svakog demokratskog društva i pojam

²¹ Evgeni Tanchev, Report „Rule of Law and State Governed by Law“, CDL-JU(2008)036.

²² Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 26–26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev.

²³ Suhocka na ovom mestu navodi primer izmena Osnovnog zakona Mađarske, iako mnogi autori navode u još negativnijim smislu Poljsku. U stvari, jedan objektivniji pristup izazovima vladavine prava, ove individualne slučajeve ne bi mogao tretirati kao uzročnike krize vladavine prava, već pre kao posledične odgovore država sa jakom nacionalnom ustavnom tradicijom, koje u vremenu opšte institucionalne konfuzije koja je nesumnjivo zahvatila EU, pokušavaju da pronađu sopstvene ustavne odgovore, koji, ma koliko, odstupali od uobičajene prakse, nisu u potpunosti nesaglasni sa konceptom evropskog ustavnog nasleđa. Druga dekada 21. veka na dnevni red stavlja vrlo visoko pitanje odnosa evropski *versus* nacionalni ustavni identitet. V. Hanna Suchocka, „Are the VC’s standards on the Rule of Law still valid?“, *Venice Commission Thirty years quest for democracy through law*, Lund, 2020, 645–646.

²⁴ Simona Granata-Menghini, Report „Measuring the immeasurable: the Venice Commission’s Rule of Law Checklist“, CDL-JU(2017)011, 4.

²⁵ Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 26–26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev, 3.

vladavine prava zahteva da svi na koje se odluke odnose budu tretirani dostojanstveno, jednako i racionalno i da u skladu sa zakonom imaju priliku da osporavaju odluke pred nezavisnim sudovima zbog njihove nezakonitosti, uz garancije pravičnog postupka. Vladavina prava se stoga bavi vršenjem vlasti i odnosom između pojedinca i države. Međutim, važno je prepoznati da poslednjih godina usled globalizacije i deregulacije postoje međunarodni i transnacionalni javni akteri, kao i hibridni i privatni akteri sa velikom moći nad državnim organima, kao i privatnim građanima.²⁶

U ovom izveštaju Komisija je ustanovila sledeće „neophodne“ ili „ključne“ elemente vladavine prava kao materijalnog i supstancijalnog a ne samo formalnog koncepta. To su: 1) legalnost (uključujući transparentan, odgovoran i demokratičan proces primene prava); 2) pravna sigurnost; 3) zabrana arbitrarnosti; 4) pristup sudu, uključujući sudsku kontrolu upravnih akata; 5) poštovanje ljudskih prava; 6) nedeskriminacija i jednakost pred zakonom.

Venecijanska komisija je nastavila sa radom na istom zadatku razrađujući praktičnu definiciju vladavine prava posredstvom brojnih parametara. Ti parametri, s jedne strane, moraju biti dovoljno konkretni, jasni i razumljivi, da bi se mogli primeniti, odnosno da bi poslužili za evaluaciju stepena ostvarenosti vladavine prava u konkretnoj državi. S druge strane, oni moraju biti dovoljno apstraktni da bi mogli da se odnose na neodređeni broj slučajeva u različitim državnim i društveno-političkim kontekstima. Tako je nastala Kontrolna lista vladavine prava (*Checklist of the Rule of Law*), usvojena na plenarnoj sednici Komisije u martu 2016. godine.

U uvodu ovog dokumenta stoji: „Ova kontrolna lista ima za cilj (...) da pruži alat za procenu vladavine prava u datoj zemlji sa stanovišta njenih ustavnih i zakonskih struktura, zakona na snazi i postojeće sudske prakse. Kontrolna lista ima za cilj da omogući objektivnu, temeljnu, transparentnu i jednaku procenu.“²⁷ Kontrolna lista nije zatvorena, ona „nije ni iscrpna ni konačna: ima za cilj da pokrije ključne elemente vladavine prava“. „Venecijanska komisija će stoga obezbediti redovno ažuriranje kontrolne liste.“²⁸

Iako se Kontrolna lista preovlađujuće sastoji od pravnih garantija, vladavina prava zavisi, podjednako, ako ne i više, od pravne kulture u društvu. Stoga, ona

²⁶ Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 26–26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev,5.

²⁷ Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 26–26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev, 12.

²⁸ Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 26–26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev, 13.

vredi u meri u kojoj se koristi u konkretnoj državi – ne kao formula, nego kao otvoreni sistem parametara koje država zadovoljava u konkretnom momentu da bi se moglo oceniti koliko je, u kvalitativnom smislu, pravna država. „Kontekstualni elementi vladavine prava nisu ograničeni na pravne faktore. Prisustvo (ili odsustvo) zajedničke političke i pravne kulture u društvu i odnos između te kulture i pravnog poretka pomažu da se utvrdi u kojoj meri i na kom nivou konkretnosti različiti elementi vladavine prava moraju biti eksplicitno izraženi u pisanom zakonu (...) Važno je da u svakoj državi snažna politička i pravna kultura podržava određene mehanizme i procedure vladavine prava, koje treba stalno proveravati, prilagođavati i unapređivati.“²⁹

Kontrolna lista određuje merila (benchmarks) vladavine prava, koji se raščlanjavaju na više elemenata. Prvo merilo je zakonitost. Elementi zakonitosti su: 1) suprematija prava; 2) poštovanje prava; 3) odnos međunarodnog i domaćeg prava; 4) zakonodavna ovlašćenja izvršne vlasti; 5) zakonodavni postupak; 6) izuzeci u vanrednim situacijama; 7) obaveza sprovođenja zakona 8) privatni akteri zaduženi za javne poslove.

Drugo merilo je pravna sigurnost. Elementi pravne sigurnosti su: 1) dostupnost zakonodavstva; 2) procena sudskih odluka; 3) predvidljivost zakona; 4) stabilnost i doslednost zakona; 5) legitimna očekivanja; 6) neretroaktivnost; 7) *nullum crimen sine lege and null poena sine lege* principi; 8) *res judicata*.

Treće merilo je sprečavanje zloupotrebe ovlašćenja, a četvrto jednakost pred zakonom i nediskriminacija. Peti pokazatelj je pristup pravdi (access to justice). Njegovi elementi su: 1) nezavisnost i nepristrasnost sudstva i sudija; 2) pravično suđenje; 3) ustavno sudstvo (ako postoji). *Šesto merilo je definisano kroz primere konkretnih izazova za vladavinu prava.* To su: 1) *korupcija i sukob interesa*; 2) *prikupljanje podataka i nadzor nad njima*.

Kontrolna lista za vladavinu prava jeste pokušaj da se pruži sveobuhvatna funkcionalna ili operativna definicija vladavine prava. To nije dokument akademskog i doktrinarnog karaktera. To je, kako se s pravom ističe, „alat koji je dostupan svim zainteresovanim stranama, uključujući međunarodne organizacije, nacionalne vlasti i civilno društvo“. Dakle, ako neko u Kontrolnoj listi pokuša da pronađe jedinstvenu definiciju vladavine prava, ostaće razočaran. Neće je naći čak ni pažljivo čitajući između redova. Biće podjednako razočaran i zaljubljenik u teoriju vladavine prava. Sigurno je da neće obogatiti svoja teorijska znanja. Iz ugla teorije, ovo je jedno prilično dosadno štivo. Kontrolna lista, međutim,

²⁹ Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 26–26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev, 16.

i nije sačinjena kao doprinos teoriji, i u sklopu toga, teorijskoj definiciji vladavine prava. Ona je izraz svesti o tome da se vladavina prava ne može definisati, ali da bi mogla biti, u izvesnom smislu, merljiva. Zato Simona Granata-Mengini, direktorka Venecijanske komisije kaže da: „... Kontrolna lista ima za cilj da omogućiti procenu koja je:

- *temeljna*, baveći se svim suštinskim dimenzijama vladavine prava;
- *objektivna i transparentna*, jer se izričito poziva na nacionalne i međunarodne standarde, uključujući sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava;
- *jednaka*: isti pokazatelji i standardi se primenjuju u svakoj situaciji, u bilo kojoj zemlji.“³⁰

Granata-Mengini još upozorava i na to da „Kontrolna lista ne treba da se primenjuje mehanički. Procena ne bi trebalo da se sastoji samo od brojanja tačnih odgovora; to ne bi trebalo da bude aritmetički zbir označenih kvadratića.“³¹ Ona s pravom zaključuje da „vladavina prava nije sve ili ništa. Teško da postoje zemlje u kojima se ona u potpunosti realizuje i zemlje u kojima je uopšte nema. Vladavina prava se ostvaruje na više nivoa, na progresivan način. Potpuno ostvarenje ostaje ideal, stalni zadatak čak i u dobro uspostavljenim demokratijama. Ali, što je niži nivo poštovanja vladavine prava, veća je potražnja i potreba za njom. Usklađenost sa vladavinom prava je prioritet našeg vremena“.³²

U svakom slučaju, Venecijanska komisija, uz sva ograničenja koja proizlaze iz metodologije njenog rada i šireg, neminovno političkog okvira, uložila je sistemski intelektualni napor da se „izmeri nemerljivo“, da se napravi „otvorena knjiga“ i praktikum vladavine prava. To predstavlja izuzetan doprinos ostvarivanju vladavine prava na nacionalnom i međunarodnom nivou u čitavom svetu.

STANDARDI VENECIJANSKE KOMISIJE I USTAVNA REFORMA PRAVOSUĐA 2022.

Posle stupanja na snagu ustavnih amandmana februara te godine, godinu dana kasnije doneti su i pravosudni zakoni (februara 2023).³³ *Ustavni amandmani iz 2022. u potpunosti zamenjuju deo Ustava Srbije iz 2006. koji uređuje pravosuđe.*

³⁰ S. Granata-Menghini, op. cit., 6.

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ Zakon o Visokom savetu sudstva, Zakon o Visokom savetu tužilaštva, Zakon o sudijama, Zakon o uređenju sudova, Zakon o javnom tužilaštvu, *Službeni glasnik RS*, broj 10/23.

U svojoj suštini, oni su pokušaj pronalaženja ravnoteže između političkih vlasti i sudske vlasti. To je i razlog što su i pisci ustavnih amandmana ostali pri formulaciji odnosa tri grane vlasti, kojoj se, iz čisto teorijskog ugla, mogu uputiti određene zamerke: „Odnos tri grane vlasti zasniva se na međusobnom proveravanju i *ravnoteži*“ (obeležio, V. P.).³⁴

Nezavisnost sudstva je izričito proklamovano ustavno načelo. „Sudska vlast pripada sudovima koji su nezavisni.“³⁵ Odustalo se od ranije formulacije, prema kojoj su sudovi samostalni i nezavisni.³⁶

Definisana je personalna nezavisnost sudija: „Sudija je nezavisan i sudi na osnovu Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora, zakona, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i drugih opštih akata, donetih u skladu sa zakonom. – Zabranjen je svaki neprimeren uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije.“³⁷ Važno je što se ostalo pri izrazu „neprimereni uticaj na sudiju“, jer nije svaki uticaj neprimeren, pa sledstveno zabranjen. Postoje uticaji na sudiju koji su ne samo dozvoljeni, nego su legitimni. Na primer, uticaj predavanja univerzitetskog profesora ili izlaganja sudije na stručnom skupu, uticaj naučnog članka ili u stručnom časopisu izraženog stava o pitanju od značaja za donošenje konkretne sudske odluke itd., dozvoljen je, štaviše poželjan. U tom smislu je reagovala i Venecijanska komisija, pa je ovakva formulacija preovlađujuće njena zasluga.³⁸

Još jedno ustavno načelo o sudstvu korigovano je tako da se ono više ne može dovesti u pitanje. Reč je o stalnosti sudijske funkcije: „Sudijska funkcija je stalna.“³⁹ Sudijska funkcija traje od izbora za sudiju dok sudija ne navrši radni vek. Ukinut je tzv. probni mandat lica koja se prvi put biraju na sudijsku funkciju, što je

³⁴ Amandman I na Ustav Srbije, „*Službeni glasnik RS*, br. 16/22).

³⁵ Amandman IV na Ustav Srbije, „*Službeni glasnik RS*, br. 16/22).

³⁶ Ova formulacija je takođe zasluga neformalno komunikacije vođene tokom pripreme nacrtu Akta o promeni Ustava sa direktorkom Venecijanske komisije Simonom Granatom-Mengini i izvestiocima za mišljenje o ustavnim amandmanima.

³⁷ Amandman VI na Ustav Srbije, „*Službeni glasnik RS*, br. 16/22).

³⁸ Drugi stav Nacrta amandmana VI glasi: „Zabranjen je svaki uticaj na sudiju tokom obavljanja sudijske funkcije. Trebalo bi razmotriti dodavanje reči 'neprikladno' ili 'neopravdano' ispred reči 'uticaj', inače bi se moglo pogrešno tvrditi da, na primer, izveštavanje u vestima tokom suđenja potencijalno utiče na sudiju. Dodavanje reči 'neprikladno' ili 'neopravdano' ispred reči 'uticaj' bi razjasnilo da se materijalni obim odredbe ne proteže na takve situacije.“ Opinion on the draft Constitutional Amendments on the Judiciary and draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments, adopted by the Venice Commission at its 128th Plenary Session (Venice and online, 15–16 October 2021) CDL-AD(2021)032, 7.

³⁹ Amandman VIII na Ustav Srbije, „*Službeni glasnik RS*, br. 16/22).

takođe u skladu sa odavno izraženim stavovima Venecijanske komisije.⁴⁰ Osnovi za prestanak sudijske funkcije pre navršenja radnog veka određeni su u Ustavu, kako je to bilo i u Ustavu Srbije iz 1990. *Povratak stalnosti sudijske funkcije kao apsolutnog ustavnog načela i konstitucionalizacija osnova za prestanak sudijske funkcije je prva sistemska promena u sudstvu izvršena amandmanima iz 2022. godine.*

Komponenta stalnosti sudijske funkcije je i nepremestivost sudije, koja podrazumeva da sudija sudijsku funkciju vrši u sudu u koji je izabran. Samo uz svoju saglasnost može biti trajno premešten ili privremeno upućen u drugi sud. Ustav predviđa slučajeve u kojima je to dozvoljeno i bez saglasnosti sudije, što je takođe u skladu sa stavom Venecijanske komisije.⁴¹ Prvo, u slučaju ukidanja suda, sudija se premešta u sud koji preuzima nadležnost ukinutog suda. Drugo, u slučaju ukidanja pretežnog dela nadležnosti suda, sudija može izuzetno bez svoje saglasnosti biti trajno premešten ili privremeno upućen u drugi sud istog stepena koji je preuzeo pretežan deo nadležnosti. Sudija protiv odluke o trajnom premeštaju ili privremenom upućivanju, koju donosi VSS, ima pravo na žalbu Ustavnom sudu i ona isključuje pravo na ustavnu žalbu.⁴²

Druga sistemska promena u ustavnim amandmanima je način izbora sudija. Prema aktuelnom ustavnom tekstu iz 2022, sudije se biraju na stalnu funkciju i to je nadležnost VSS.⁴³ Ne samo da su isključeni predstavnici izvršne i zakonodavne vlasti iz sastava, nego je VSS, *bar na papiru, postao ustavno potentan organ. To je i treća sistemska promena, bez koje bi ova druga, o načinu izbora sudija, bila samo kozmetička.*

„Visoki savet sudstva je nezavisan državni organ koji obezbeđuje i jemči nezavisnost sudova, sudija, predsednika sudova i sudija porotnika.“⁴⁴ VSS nije organ sudske vlasti, jer ne vrši sudsku vlast. Nije ni organ sudske samouprave, jer ga ne čine isključivo sudije niti sve članove Saveta biraju sudije. Takođe, poslovi pravosudne uprave dele se između tog organa i ministarstva pravde. VSS pripada kategoriji

⁴⁰ V. Draft Report on the Independence of the Judicial System: Part I: The Independence of Judges revised following discussions at the Sub-Commission on the Judiciary (Venice, 10 December 2010), by the Plenary Session (Venice, 11–12 December 2009) and including further proposals made by members, CDL(2010)006 *, 9.

⁴¹ „Iako se premeštaj sudija u drugi sud bez saglasnosti u nekim slučajevima može zakonično primeniti kao sankcija, može se koristiti i kao svojevrsno politički motivisano oruđe pod maskom sankcije. Međutim, takav transfer je u principu opravdan u slučajevima legitimne institucionalne reorganizacije.“ *Checklist of the Rule of Law*, 35.

⁴² Amandman IX na Ustav Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 16/22.

⁴³ Amandmani VIII, XII na Ustav Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 16/22.

⁴⁴ Amandman XII na Ustav Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 16/22.

nezavisnih državnih organa. Time je ispunjen još jedan standard Venecijanske komisije – nezavisnost organa nadležnog za statusna pitanja sudija.

Nadležnosti VSS nisu isključivo ustavna kategorija. U načelu, nadležnosti u vezi sa odlučivanjem o pitanjima položaja sudija, predsednika sudova i sudija porotnika su navedene u Ustavu („Visoki savet sudstva bira sudije i sudije porotnike i odlučuje o prestanku sudijske funkcije, bira predsednika Vrhovnog suda i predsednike ostalih sudova i odlučuje o prestanku njihove funkcije, odlučuje o premeštaju i upućivanju sudija, određuje potreban broj sudija i sudija porotnika, odlučuje o drugim pitanjima položaja sudija, predsednika sudova i sudija porotnika i vrši druge nadležnosti određene Ustavom i zakonom“).⁴⁵ Ostale nadležnosti VSS propisane su Zakonom.⁴⁶

VSS ima 11 članova: šest sudija koje biraju sudije, četiri istaknuta pravnik koji bira Narodna skupština i predsednik Vrhovnog suda.⁴⁷ Standard Venecijanske komisije o uravnoteženom sastavu pravosudnog saveta, koji neće biti sastavljen samo od sudija, nego u kom će biti „adekvatno predstavljene sudije kao i pravnici i javnost“, u potpunosti je ispunjen. Ustav prepušta zakonu regulisanje načina izbora članova VSS-a iz reda sudija, ali nalaže da se prilikom njihovog izbora u VSS vodi računa o najširoj predstavljenosti sudija. Izborni članovi VSS-a iz reda sudija biraju se iz sledećih sudova: jedan iz Vrhovnog suda, jedan iz apelacionih sudova i Upravnog suda, jedan iz viših sudova, jedan iz privrednih sudova i Privrednog apelacionog suda, jedan iz osnovnih sudova, jedan iz prekršajnih sudova i Prekršajnog apelacionog suda. Kandidat za člana VSS-a iz reda sudija može biti svaki sudija. Predsednik suda i vršilac funkcije predsednika suda ne mogu biti kandidati za članove VSS-a.

Kad je reč o članovima VSS-a iz reda istaknutih pravnik, njih bira Narodna skupština između osam kandidata koje predloži nadležni odbor Narodne skupštine, posle javnog konkursa, glasovima dve trećine svih narodnih poslanika, u skladu sa zakonom. Cilj ovakvog rešenja jeste da se makar delimično zadrži veza sa Skupštinom koja oličava narodnu suverenost, ali da se spreči politizacija izbora ovih članova i obezbedi njihova maksimalna nezavisnost i nepristrasnost. Pojam istaknuti pravnik jeste pravni standard, što znači da se njegova sadržina određuje u svakom konkretnom slučaju. Ustav dodaje da istaknuti pravnik mora imati najmanje 10 godina iskustva u pravnoj struci, da mora biti dostojan te funkcije,

⁴⁵ Amandman XII na Ustav Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 16/22.

⁴⁶ Zakon o VSS iz 2023. navodi 29 nadležnosti Saveta, uključujući one propisane Ustavom, i ostavlja mogućnost da se zakonom odrede i druge nadležnosti i poslovi ovog organa (čl.17. ZVSS).

⁴⁷ Amandman XIII na Ustav Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 16/22.

kao i da ne može biti član političke stranke. Ustav predviđa da „ostali uslovi za izbor i nespojivost sa funkcijom člana Visokog saveta sudstva kojeg bira Narodna skupština uređuju se zakonom“.⁴⁸

Ako Narodna skupština ne izabere sva četiri člana u roku određenom zakonom, posle isteka zakonom određenog roka, preostale članove između svih ostalih kandidata koji ispunjavaju uslove za izbor bira Komisija. Tu komisiju čine: predsednik Narodne skupštine, predsednik Ustavnog suda, predsednik Vrhovnog suda, Vrhovni javni tužilac i Zaštitnik građana, većinom glasova. Tzv. *antideadlock* mehanizam ne predstavlja definisani standard Venecijanske komisije, jer o njemu nema reči ni u ranijim referentnim dokumentima, ni u Kontrolnoj listi o vladavini prava.

VSS ima predsednika i potpredsednika. Predsednika bira VSS među članovima koji su sudije, a potpredsednika među članovima koje bira Narodna skupština, na pet godina. Ustav izričito zabranjuje da predsednik Vrhovnog suda bude izabran za predsednika VSS-a.⁴⁹

ZAKLJUČAK

Kontrolna lista vladavine prava kao „praktikum sa merilima“ za ocenu ostvarenosti stepena vladavine prava u svakoj konkretnoj državi predstavlja izuzetan doprinos „operacionalizaciji“ nacionalne vladavine prava. Kako vladavina prava, i pored nesporne teorijske komponente, može biti prava, samo ako se ostvaruje

⁴⁸ Amandman XIII na Ustav Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 16/22. Prema čl. 44. Zakona o VSS, dodatni uslovi koje mora ispunjavati istaknuti pravnik su: 1) opšti uslovi za rad u državnom organu; 2) stečeno visoko obrazovanje na osnovnim akademskim studijama na Pravnom fakultetu u obimu od najmanje 240 ESPB bodova ili visoko obrazovanje stečeno na osnovnim studijama na Pravnom fakultetu u trajanju od najmanje četiri godine; 3) iskustvo i znanje od značaja za rad pravosuđa; 4) dostojnost za obavljanje funkcije člana Saveta (Zakon posebno definiše šta je dostojnost, V. P.); 5) nije navršio 65 godina života; 6) ne obavlja sudijsku ili javnotužilačku funkciju; 7) nije izabran na javnu funkciju neposredno od građana, da ne obavlja funkciju na koju ga bira Narodna skupština, odnosno da ne obavlja funkciju sudije Ustavnog suda ili državnog sekretara; 8) snažno ne utiče na donošenje političkih odluka; 9) nije vršio neprimeren uticaj na rad sudije, suda ili nosioca javnotužilačke funkcije i javnog tužilaštva; 10) u javnom istupanju nije zastupao stav koji ugrožava nezavisnost sudstva ili samostalnost javnog tužilaštva.

⁴⁹ Venecijanska komisija je preporučivala da se iz sastava VSS izostavi predsednik Vrhovnog suda kao funkcioner, tako da bude šest sudija i pet istaknutih pravnika. Rešenje koje je srpski ustavotvorac usvojio je, ipak, bila prihvatljiva opcija za Komisiju. Argumentacija je bila da predsednik Vrhovnog suda tradicionalno personifikuje sudsku vlast u Srbiji i da je teško zamisliti VSS bez njega u sastavu. S druge strane, predsednik Vrhovnog suda neće biti predsednik VSS, što je standard Venecijanske komisije.

u praksi, Kontrola lista vladavine prava je dokument koji će na putu pravosudne reforme u Srbiji mnogo više biti od uticaja u fazi koja predstoji, u fazi tzv. implementacije normativnog okvira, koji je, bez sumnje, kako smo pokazali, usklađen sa standardima Venecijanske komisije. Zahvaljujući ovom dokumentu, koji neprestano evoluirá, i dobija još više na značaju sa krizom vladavine prava na globalnom, regionalnom i nacionalnom nivou, svaka država, pa tako i Srbija, moći će da „meri ono što nije merljivo“ (Simona Granata-Mengghini), tačnije da konkretna normativna rešenja (naročito podzakonske akte) i njihovu primenu (pojedinačne akte uprave i odluke sudova) proverava sa stanovišta pojedinih elemenata koji čine merila (*benchmarks*) vladavine prava. To je proces sa neizvesnim ishodima, ali upravo Kontrolna lista daje priliku svakoj državi da se u tom procesu „proverava“. To „proveravanje“ (samoevaluacija) ne sme da bude takvo da forma zameni sadržinu, odnosno suštinu. Drugim rečima, ne treba „krojiti“ normativna rešenja prema Kontrolnoj listi, nego ovu koristiti, da još jednom naglasimo, kao praktikum, kao sistem otvorenih i fleksibilnih smernica i uputstava za primenu vladavine prava. Autentično nacionalno u konceptu vladavine prava kao takvom nalaže da njeno jačanje u konkretnoj državi zavisi na prvom mestu od nacionalnih, i to pre svega, pravno-kulturoloških i ekonomskih uslova. Ako se to zanemari, svi prethodno dobro urađeni „koraci“ biće anulirani usled licemerne potrebe za „venecijanskom“, „EU“ ili sličnom mimikrijom. I sam koncept „evropskog ustavnog nasleđa“, kojeg baštini Venecijanska komisija, potpuno je suprotan takvoj političkoj pragmi, koja lako može da sruši i najbolju normativnu građevinu.

Prof. Dr. VLADAN PETROV
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

CHECKLIST OF THE RULE OF LAW AND ITS IMPACT ON JUDICIAL REFORM IN SERBIA

Summary

In this paper, the author primarily intends to acquaint the wider scientific public with the content and role of one, in the last few years, important document that belongs to the international „soft law“), which is called the Rule of Law Checklist and adopted by the Venice Commission. He believes that the role of this document is important and predominantly positive when it comes to the implementation of international standards of the rule of law in the national state and the evaluation of the degree of its realization. He concretizes this role on the example of judicial reform in Serbia, which is characterized by a good normative (constitutional and legal) framework, but which in the

coming period enters a more difficult and demanding phase – the implementation of new normative solutions. The author concludes that it is precisely at that stage that the role of the Rule of Law Checklist will be able to come to the fore even more.

Key words: rule of law, Venice Commission, Rule of Law Checklist, judicial reform, independent judiciary

Literatura

- Dicey, A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1979.
- Hoffmann-Riem, W., „The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact“, *The EJIL*, No. 2, Vol. 25, 2014.
- Granata-Menghini, S., Report „Measuring the immeasurable: the Venice Commission’s Rule of Law Checklist“, CDL-JU(2017)011, 2017.
- Granata-Menghini, S., Kuier, M., „Advisory or de facto binding? Follow up to Venice Commission’s opinions: between reality and perception“, *Venice Commission Thirty years quest for democracy through law*, Lund, 2020.
- Kutlešić, V., „Da li je promena Ustava Srbije ’izuzetno teška i vrlo složena’ – uporedna analiza 38 ustava“, *Ustav i iskušenja, Nova srpska politička misao*, posebno izdanje, br. 2, 2008.
- Marković, R., „Ka budućem Ustavu Republike Srbije“, *Dileme ustavnih promena u Republici Srbiji, Srpska politička misao*, posebno izdanje, 2017.
- Petrov, V., Prelić M., „Venecijanska komisija i ustavna reforma pravosuđa u Republici Srbiji“, *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava*, tom III, Beograd, 2020.
- Petrov, V., „Postupak za promenu Ustava Republike Srbije u Venecijanskom ogledalu“, *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava*, tom III, Beograd, 2021.
- Petrov, V., „Sudska vlast u Srbiji – novo poglavlje?“, *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava*, tom III, Beograd, 2022.
- Schnutz’ Dürr, R., „The Venice Commission“, Chapter 2, Council of Europe, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2010.
- Suchocka, H., „Are the VC’s standards on the Rule of Law still valid?“, *Venice Commission Thirty years quest for democracy through law*, Lund, 2020.
- Tanchev, E., „Report Rule of Law and State Governed by Law“, CDL-JU(2008)036, 2008.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ZEHRA ODYAKMAZ
KADIRCAN BERKAY ÇAKIRALP

A HUMAN RIGHTS APPROACH TO UNIVERSITY STUDENTS' EXERCISE OF THE “RIGHT TO BE FORGOTTEN”

The fact that there is no regulation on the erasure of records of disciplinary penalties received by university students makes it impossible for individuals in this status to benefit from the right to be forgotten. In the first part of the study, the concept of the right to be forgotten will be examined, and in this context, the definition and elements of the right to be forgotten, its grounding, its legal nature, and its historical development in Continental European and Turkish legal systems will be examined respectively. In the second part, primarily the relationship between the right to be forgotten and human rights will be emphasized, and finally, the necessity of university students' enjoyment of the right to be forgotten, especially in terms of human rights, will be discussed.

Key words: right to be forgotten, personal data protection, Google decision, right to erasure, university students

INTRODUCTION¹

How long records of disciplinary penalties taken by university students should be kept? Is it right for these records to be kept indefinitely and to be confronted individuals throughout their lives?

The “right to be forgotten”, which seeks answers to such questions, has emerged as a result of the weakening of the position of individuals in the face of developments

Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, Lecturer in Administrative Law, Head of Public Law Department, Ufuk University Faculty of Law, Turkey, e-mail: odyakmaz.zehra@gmail.com.

Attn. Kadircan Berkay Çakiralp, Ankara Bar Association, e-mail: kadircanberkay@gmail.com.

¹ Abbreviations: CJEU: Court of Justice of the EU; EU: European Union; GDPR: General Data Protection Regulation; OG: Official Gazette.

in information storage techniques. Since “it is impossible to exercise power without information, and it is impossible for information not to generate power”,² it makes more sense to focus on the holder of control over data. The right to be forgotten proposes a model shift where privacy is the norm, not the exception, and where individuals, rather than business and governmental bodies, have the right to choose.³

The *subject* of this article; is to examine how advancing technology, which can store all information, can sometimes conflict with the privacy of human beings, violate the most natural human rights and harm human beings.

The *objective* of our study; is to demonstrate that it should be possible for a person who has been punished for wrongdoing at one stage of his life to benefit from the right to be forgotten and to preserve his career, family life and reputation in the later stages of his life and to contribute to the elimination of the gap in the legal systems of various countries in this context. Thus, a young person will not be lost at an early age due to a trivial mistake and his/her future will not be damaged.

In this study, we have preferred to *narrowly* examine the “right to be forgotten” and *limit* the subject to “university students” in our article.

Consequently, an international instrument that will regulate the right to be forgotten for students studying in countries other than one’s own country and countries that exchange students within the framework of various international programs will both improve international relations and ensure justice.

What we would like to *emphasize* in this article; is to consider the right to be forgotten together with human dignity and to highlight the importance of the “right to be forgotten” especially in relation to the present and future of young people, who are the most valuable assets of a country, to benefit from the international accumulation on the right to be forgotten by following the developments in various legal orders and thus to ensure that it is used in judicial decisions as much as possible.

CONCEPT OF “RIGHT TO BE FORGOTTEN”

Definition and elements of right to be forgotten

Definitions of the right to be forgotten mostly cover digital content and ignore information in physical media.⁴ However, the right to be forgotten, as some

² Michel Foucault, “Prison Talk”, *Power/Knowledge Selected Interviews and Other Writings* (eds Colin Gordon and others), Pantheon Books, 1972–1977, 52.

³ Paul Alexander Bernal, “A Right to Delete?”, *European Journal of Law and Technology*, (2011) 2, <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/75>, 7. 9. 2023.

⁴ For example, see. Serdar Güleler, “Dijital hafızadan silinmeyi istemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı (Requesting To Be Erased From Digital Memory: The Right To Be

Turkish scholars put it, is “the right of the individual to demand that information that has been disseminated in accordance with the law in the past and that is accurate be removed from access or not brought up due to the passage of time”.⁵ The right to be forgotten is composed of the elements of “publicized information” and “time”,⁶ and this definition more accurately reflects the distinctive elements of the right to be forgotten. According to the “publicized information” element, the information subject to the request for oblivion is not limited to digital content. Data in non-digital, physical media are also within the scope of the right, as well as data in digital media. From the Turkish doctrine, Ms. Sözüer’s definition is important in this respect. In addition, according to this element, the information subject to the request for forgetfulness must be true and the publication of this information is initially lawful.⁷ This includes both the information provided by the person with his/her own consent and the information created, processed and disseminated by third parties without his/her knowledge.⁸ In cases where the correct information that has become public, becomes out-dated after a while and does not or cannot meet the interest that requires learning, the fact that it is still public requires the data owner to be granted a right to be forgotten. Therefore, the right to be forgotten does not, in principle, cover allegations of untruthful information and unlawful publicizing activities.⁹ The “time element” of the right to be forgotten functions as a balancing

Forgotten as a Fundamental Human Right”, (2012) 25, *Journal of the Union of Turkish Bar Associations*, 219, 226; Şebnem Ahi, “Kişilere Kişisel Verileri Üzerinde Kontrol Yetkisi Veren Hak (The Right Giving Individuals the Authority to Control Their Personal Data)”, 2014, 42, 98, 99.

⁵ Eren Sözüer, *Unutulma Hakkı – İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme (The Right to be Forgotten – A Review from the Perspective of Human Rights Law)*, 1st Edition, On İki Levha Yayıncılık, 2017, 8.

⁶ The right to be forgotten consists of three elements: person, information and time, see: Ramazan Çağlayan, Mahmut Koca, Rıza Saka, *Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası (Destruction of Personal Data in terms of European Union Law, Administrative Law and Criminal Law)*, 2nd Edition, Seçkin Yayıncılık, 2022, 235–237.

⁷ Cemile Turgut, *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten as an Aspect of the Right to Personality)*, 1st Edition, On İki Levha Yayıncılık, 2021, 239.

⁸ Yeşim Çelik, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı (Protection of Personal Data as a Reflection of Privacy of Private Life and the Right to be Forgotten in this Context)”, *Journal of the Turkish Justice Academy* 391, 2017, 401.

⁹ E. Sözüer, op. cit., 8; Olcay Karacan, “Unutulma Hakkı ve Cinsel Saldırı Failleri (The Right to be Forgotten and Sexual Assault Perpetrators)”, *Yeditepe University Journal of Law Faculty* 191, (2022) 19, 197; C. Turgut, op. cit., 239; For the opposing view, see: Serdar Çelikel, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri (The Obligations of the Data Controller and Data Controller within the Scope of Personal Data Protection Law)*, 1st Edition, 2022, 170. ÇELİKEL, stating that the right to erasure under Art. 7 of the Law on the Protection

factor between different values.¹⁰ In order for the right to be claimed, it is natural to require that a certain period of time has passed since the information became public, that the public has lost interest in the data subject to the claim, and that there has been a change in the data subject's situation or consent.¹¹ The exercise of the right to be forgotten in relation to information that the public has a current interest in knowing may indeed constitute a disproportionate interference with the exercise of certain fundamental rights, in particular the freedoms of expression and of the press.¹²

It is argued that legal entities as well as natural persons can benefit from this right.¹³ Search engines are shown as the obligor of the right. However, the state should not be ignored here, as it is charged with positive and negative duties arising from the right to privacy. The state is ultimately responsible for creating the conditions for individuals to fully enjoy this right. Self-regulation, which implies that companies make and enforce the rules themselves, may not always be sufficient to protect the right.¹⁴

It should be noted that the right to be forgotten includes “the right to have data about oneself erased and not to be remembered” due to the trend of shifting control over data from legal entities such as companies or governments to individuals.¹⁵ Therefore, the removal of the relevant information alone does not fulfil the right to be forgotten. At the same time, it is necessary to always comply with the prohibition on reprocessing the data subject to the request.¹⁶

of Personal Data is not regulated as a way specific only to unlawfully processed data, argues that the distinction between the right to be forgotten and the right to erasure based on the initial lawful processing of the data subject to the request is dysfunctional in practice, it equates the right to be forgotten with the “erasure” method, which is one of the means of exercising the right to be forgotten, and therefore reaches an erroneous conclusion.

¹⁰ C. Turgut, op. cit., 243.

¹¹ E. Sözüer, op. cit., 8, 45–46; C. Turgut, op. cit., 242–246; R. Çağlayan, M. Koca, R. Saka, op. cit., 237.

¹² R. Çağlayan, M. Koca, R. Saka, op. cit., 237.

¹³ S. Çelikel, op. cit., 171–172; Can Yavuz, *İnternet'teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı (Removal of Personal Data from Search Results on the Internet and the Right to be Forgotten)*, 3rd Edition, Seçkin Yayıncılık, 2020, 53–57.

¹⁴ For a similar view, see: Hasan Elmalıca, “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten as a Fundamental Human Right Arising from the Information Age)”, (2016) 65, *Ankara University Journal of the Faculty of Law*, 1603, 1621.

¹⁵ Napoleon Xanthoulis: “The Right to Oblivion in the Information Age: A Human-Rights Based Approach”, (2013) 10, *US-China Law Review*, 84, 87.

¹⁶ Y. Çelik, op. cit., 401.

Grounding of the right to be forgotten

„Rights-based approaches“ to the concept of the right to be forgotten are varied.

According to the first approach, in order to re-establish the disturbed balance between remembering and forgetting, users should create some kind of expiration date and thus ensure that the data is deleted after this date.¹⁷ This proposal has been criticized on the grounds that it could perpetuate the existing power asymmetry or create new areas of asymmetry, with corporations and states, rather than individuals, assuming the dominant role in determining the expiry date.¹⁸ It has also been stated that such a date would not only be technically extremely difficult to determine, but would also negatively affect digital data archives, which are especially important for scientific research activities.¹⁹ The starting point of the proposal, however, is suitable for revealing the need for the right to be forgotten.

A second approach to the idea that the right to be forgotten should be recognized as a right is based on the idea of a clean slate in the aftermath of situations such as juvenile delinquency and is more community-oriented. It is aimed at ensuring that society does not remember the person with the past that is the subject of the request for oblivion.²⁰ The last approach similarly emphasizes the possibility of making a new start, but here it highlights the individual. This approach therefore focuses on ensuring that the person concerned has no fear of being reminded of their past.²¹ The last two approaches are complementary and it can be said that both of them aim to “remove the obstacles that prevent people from reshaping their social and economic lives”.²²

As a result, the fact that remembering and therefore the preservation of data has become the rule, makes the question of who has control over the data important and leads to the discussion of a new right called the right to be forgotten.

¹⁷ Victor Mayer Schönberger, *Delete: The Virtue of Forgetting In The Digital Age*, July 25 2011, Revised Edition, Princeton University Press, 169–99; İrem Laçın, “Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten)”, (2015) I, A Tribute to the Memory of Assoc. Prof. Dr. Melike Batur Yamaner, *Galatasaray University Journal of Law Faculty* 391, 404; C. Yavuz, op. cit., 226.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ İ. Laçın, op. cit., 46–47.

²¹ *Ibidem*.

²² N. Xanthoulis, op. cit., 85.

Legal nature of the right to be forgotten

There are different opinions on the legal nature of the right to be forgotten.

Some characterize this right not as a new and independent right, but as a reconsideration of the principles already in place for the protection of personal data.²³ Indeed, both the right to be forgotten and the protection of personal data are based on the idea of being able to freely dispose of personal data.

It has also been argued that the right to be forgotten is a different version of the right to erasure.²⁴ According to Bernal, who does not use the concept of the right to be forgotten because it refers to the obligor of the duty arising from the right instead of the subject of the right, individuals have the right to request that the data concerning them be deleted by those who control the data. Terwangne points out that the scope of the right to be forgotten is broader than the scope of the right to erasure. This is because the right to be forgotten includes the right to object to data processing processes as well as the right to request erasure of data, and also imposes a legal responsibility on those who control the data in these processes.²⁵ Indeed, erasure corresponds to only one of the means of exercising the right to be forgotten.

The increasingly weakened position of the individual in the face of the dangers created by the technological developments we have emphasized has caused the requests for the erasure of personal data to be insufficient to protect privacy and personal rights.²⁶ As it has become commonplace for legal entities, especially the state, to process data in an almost unlimited manner, the need to reconsider the existing regulations has emerged.²⁷ In addition, since the information subject to the request to be forgotten must be accurate and the publicization activity must be in accordance with the law, the principles of personal data protection, which seek

²³ Aydın Akgül, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı’ (A New Right in the Protection of Personal Data: ‘Right to be Forgotten’ and the ‘Google Decision’ of the Court of Justice of the EU)”, (2015) 0, *Journal of the Union of Turkish Bar Associations* 1, 16; Y. Çelik, op. cit., 400.

²⁴ P. A. Bernal, op. cit.

²⁵ De Terwangne Cecile, “The Right to Be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment”, *Publications Office of the European Union* 2013, *Scientific analysis or review* LB-NA-26434-EN-N, 196, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86750/jrc86750_cecile_fv.pdf, 13. 9. 2023). For differentiation of legal responsibilities see also: Murat Volkan Dülger, *Personal Data Protection Law*, 3rd Edition, Hukuk Akademisi, 2020, 490.

²⁶ H. Elmalıca, op. cit., 1611–1612.

²⁷ İ. Laçın, op. cit. 399.

the inaccuracy of the relevant information or the unlawfulness of the data processing activity, are not always sufficient for the request.

However, it should be emphasized that the right to be forgotten is not a completely separate human right like the right to protection of personal data, but a requirement of the right to privacy. The right to privacy requires the individual to be treated with human dignity in the physical and digital spheres.²⁸ Therefore, measures to be taken to ensure that the individual is in control of his/her personal data are in fact aimed at protecting the right to privacy²⁹. It has also been stated that while the right to privacy is conceptualized as a fundamental right, the protection of personal data, which is a requirement of this right, as well as the right to be forgotten, is considered as a separate fundamental right, which has the risk of creating a border problem between the “right to privacy” and the aforementioned rights. It is rightly stated that this may sometimes lead to areas where both rights cannot be protected by both rights.³⁰

Historical development of the right to be forgotten

The current meaning of the right to be forgotten is the product of a gradual historical development. It is accepted that the intellectual origins of this right can be traced back to the concepts of “droit à l’oubli” in French law and “diritto all’oblio” in Italian law, which became established in the 1970s. In the first stage, the scope of the right to be forgotten was limited to official records of criminal convictions for which the execution phase had been completed.³¹

The right to be forgotten has been then explained through the right to protection of personal data and with a broader scope. The right to be forgotten, which focuses on the question of who is in control of the data, is in this sense closely

²⁸ O. Karacan, op. cit., 200.

²⁹ Gökçe Çobansoy, “İnsan Hakları Açısından Kişisel Verilerin Korunması Sorunu (The Problem of Personal Data Protection from a Human Rights Perspective)”, Unpublished Master’s Thesis, *Maltepe University Institute of Graduate Studies*, 2020, 64–65; O. Karacan, op. cit., 200.

³⁰ G. Çobansoy, op. cit., 70; For the opposing view, see Baran Can Kaya, “Gelişen Teknolojiler Işığında Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten in the Light of Developing Technologies)”, (2023) 97, *Istanbul Bar Association Journal* 198, 214.

³¹ P. A. Bernal, op. cit. In SÖZÜER’s study, the term analogue right to be forgotten is used to meet this limited meaning, and the digital right to be forgotten is examined in two separate views as the right to be forgotten online and the right to erasure. However, within the scope of our study, the right to be forgotten is used to cover the physical environment as well, and this distinction is not adopted since it may cause confusion between the terms. E. Sözüer, op. cit., 23–42.

related to the right to protection of personal data. Both rights aim to enable individuals to freely dispose of their personal data. As the German Constitutional Court ruled in 1983,³² the rights to the protection of human dignity and to the development of one's material and spiritual existence include also the "right to informational self-determination".³³

The "right to informational self-determination" refers to the individual's authority to determine the future of information about him or herself.³⁴ In justifying this concept, the German Constitutional Court has adopted an approach that focuses on both society and the individual, similar to our approach above.³⁵ Thus, although not directly under the name of the right to be forgotten, the recognition of the right to determine the future of information about oneself as early as 1983 was an important development and paved the way towards the recognition of the right to be forgotten. As a matter of fact, the concept of the "right to informational self-determination" was reflected in various decisions of the European Court of Human Rights immediately after the decision of the German Constitutional Court. This concept, which initially found its place in the concurring opinions, was adopted by the majority in time and became the subject of the court's evaluations.³⁶

The right to be forgotten became a permanent item on the agenda in early 2012 with a statement by Viviane Reding, European Commissioner for Justice, Fundamental Rights and Citizenship.³⁷ While there were some national efforts to

³² [1983] Federal Constitutional Court of Germany 65 BVerfGE 1 (known in the doctrine as the Census/Population judgement).

³³ A. Akgül, op. cit., 15; Yaşar Salihpaşaoğlu, Burcu Değirmencioglu, "Unutulma Hakkının Bir 'İnsan Hakkı' na Dönüşme Yolculuğu (The Journey of the Right to be Forgotten into a 'Human Right')", (2020) 24, *Ankara Hacı Bayram Veli University Journal of Faculty of Law* 361, 369–370.

³⁴ Elif Küzeci, "İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı (Statistical Units and the Right to Determine the Future of Information)", (2014) 32, *Human Rights Yearbook I*, 369–370.

³⁵ Julie Ringelheim, "Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality with the Right to Privacy?" (2007), <https://papers.ssrn.com/abstract=983685>, 13. 9. 2023, 25.

³⁶ For concurring opinions, see: *Malone v the United Kingdom* [1984] ECtHR 8691/79; Youth Initiative for *Human Rights v Serbia* [2013] ECtHR 48135/06; *Magyar Helsinki Bizottság v Hungary* [2016] ECtHR [GC] 18030/11. On the Court's assessment, see. *M.L and W.w v Germany* [2018] ECtHR 60798/10, 65599/10, p. 87; *Benedik v Slovenia* [2018] ECtHR 62357/14, 103; *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v Finland* [2017] ECtHR [GC] 931/13, 137.

³⁷ Viviane Reding, "The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age" (2012), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26, 13. 9. 2023.

recognize the right during this process,³⁸ the decisive event was the European Union (EU) Commission's proposal to revise Directive 95/46/EC on the Protection of Personal Data. The right to be forgotten is regulated in the third part of the proposal to the European Parliament and the Council of Europe entitled "Correction and Erasure" in Article 17.

While the draft text had not yet entered into force, the *Google v. Costeja Gonzalez* judgment of May 13, 2014 by the Court of Justice of the EU (CJEU) gave legal basis to the right to be forgotten for the first time. Upon the request of a person who faced foreclosure proceedings due to his inability to pay his social security debts, the local court ordered the deletion of news articles from 1998 from the Google search engine, and upon Google's objection, the higher court hearing the dispute requested an opinion from the CJEU. The CJEU has stated that the right to privacy overrides the economic interests of search engines and the public's right to information, with the exception of cases where there is a dominant interest for the public to obtain retrospective information. If the data subject to the request is "invalid, incomplete, completely irrelevant or subsequently rendered irrelevant", upon request search engines are obliged – as "controllers" – to remove the links containing the data from the search results.³⁹ However, this right is not absolute and must be balanced with the freedoms of expression and the press in light of the specific circumstances of each concrete case.⁴⁰ During this balancing the nature of the information subject to the request, what it means for the data subject and the public's interest in accessing the information will be taken as basis.⁴¹

After the CJEU's decision, the right in question was regulated under the title of "Right To Be Forgotten and To Erasure" in Article 17 of the General Data Protection Regulation (GDPR) dated 14. 6. 2016 and numbered 2016/679. Thus, for the first time, a legal basis at the norm level for the right to be forgotten has been established. Accordingly, in the cases stipulated in the Article, the data subject has the right to request the erasure of personal data concerning him/her without undue delay. When this right is evaluated together with Article 13 of the GDPR, it is seen that the scope of the right to be forgotten includes not only the request to erase the data, but also the request not to process it again.

³⁸ İ. Laçın, *op. cit.*, 396–397.

³⁹ *Google Spain SL and Google Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* [2014] ECJ Case C-131/12, 41.

⁴⁰ *Google Spain SL and Google Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* [2014] ECJ Case C-131/12, 74, 76, 81.

⁴¹ *Google Spain SL and Google Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* [2014] ECJ Case C-131/12, 81, 97, 99; H. Elmalca, *op. cit.*, 1616.

However, it is stated that requests regarding the right to be forgotten will not be accepted to the extent necessary for the exercise of the right to freedom of expression and the right to information, the obligation to process data under EU or Member State law to which the data controller is subject, the performance of a task carried out in the public interest, the exercise of an official authority, the exercise of public health, public interest, archiving or statistical purposes in scientific or historical research, and the establishment, exercise or defence of legal claims.

Although the CJEU decision is specific to data in digital media, the GDPR does not distinguish between digital and physical media, and the right to be forgotten is recognized for both. The CJEU decision and the regulation in question set a general framework, while the details of the implementation of the right were left to a working group. As a matter of fact, the Article 29 Data Protection Working Party,⁴² guidelines dated November 26th 2014⁴³ attempted to fill this gap. Thus, the criteria that search engines should take as basis when evaluating incoming requests have been determined and “legal predictability” regarding the exercise of the right to be forgotten has been ensured.

In conclusion, it can be said that the right to be forgotten has been established in Continental Europe with the effect of the EU’s motivation to reorganize the relationship between digital service providers and users on a rights-based basis in order to eliminate the differences in practice caused by out-dated regulations and to protect the economic interests of the EU.⁴⁴ On the contrary, in the United States the right to be forgotten was perceived as a potential threat to freedom of expression and was not embraced to the same extent.⁴⁵

⁴² The Article 29 Working Party is an independent authority established pursuant to EU Directive 95/46/EC to address data protection and privacy issues until 25. 5. 2018, the effective date of the GDPR.

⁴³ Article 29 Data Protection Working Party, “Guidelines on the Implementation of The Court Of Justice of the European Union Judgment on ‘Google Spain and Inc v. Agencia Española De Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González’ C-131/12”, 14/EN WP 225, 26. 11. 2014.

⁴⁴ S. Güleler, *op. cit.*, 232–233. Similarly, it has been stated that the motivation to remove the obstacles to global trade, especially electronic trade, as well as the aim of protecting fundamental rights and freedoms is strong in the establishment of rules on the protection of personal data in Continental Europe. Y. Çelik, *op. cit.*, 399.

⁴⁵ A. Akgül, *op. cit.*, 26; S. Güleler, *op. cit.*, 226–228; Sinan Sami Akkurt, “17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde ‘Unutulma Hakkı’ (7.06.2015 Date, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Numbered Supreme Court of Appeals General Assembly of Civil Chambers Decision and ‘Right to be Forgotten’ within the Framework of Comparative Law)”, (2016) 65, *Ankara University Journal of Faculty of Law* 2605, 2618; Selda Akgül Yücesoy, “Teknoloji ve İnternetin Gelişimiyle Yaşanan Hukuki Bir Sorun Kişisel

Development Process of the Right to be forgotten in Turkish Law

The development process of the right to be forgotten in Turkish law is gradual, as in continental Europe. It was first regulated as the right to erasure and destruction in Article 12 of the 2008 Draft Law on the Protection of Personal Data,⁴⁶ which later became obsolete. While the provision was still at the drafting stage, with the amendment dated 12. 9. 2010 to Article 20 of the Turkish Constitution of 1982,⁴⁷ it took the form of the right to request the erasure of personal data.

The first legal basis on which the concept of the right to be forgotten is directly used is a decision of the General Assembly of the Turkish Court of Cassation dated 17. 6. 2015.⁴⁸ In a dispute where a victim of sexual harassment objected to the inclusion of her name and surname in a scientific work, the Court of Cassation defined the right to be forgotten for the first time in Turkish law. Accordingly; “The right to be forgotten can be expressed as the right to request that the negative events of the past in the digital memory be forgotten after a period of time, and that the personal data that one does not want others to know be deleted and prevented from being disseminated, unless there is a superior public interest. On the one hand, this right provides the person with the ‘right to control his/her past’, ‘the right to request that certain matters be deleted from his/her past and not to be remembered’, and on the other hand, it imposes an obligation on the addressees to take measures to ensure that certain information about the person is not used by third parties or remembered by third parties.”

The decision, in which the effects of the CJEU decision can be observed, unlike the CJEU, states that the right to be forgotten does not only cover the data in

Verilerin Dijital Hafızalardan Silinmesi Talebi: Unutulma Hakkı (Request for Deletion of Personal Data from Digital Memories as a Legal Problem Experienced with the Development of Technology and the Internet: Right To Be Forgotten)”, [2016] *Yeni Türkiye* 785, footnote 24.

⁴⁶ Draft Law on the Protection of Personal Data numbered B.02.KKG.0.10/101-902/1812 and dated 22. 4. 2008, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D23/Y2/T1/WebOnergeMetni/7d2ffff0-9704-49a8-a725-bb1530c31c2c.pdf>, 13. 9. 2023.

⁴⁷ Law on the Amendment of Certain Articles of the Constitution of the Republic of Turkey, Law No: 5982, Date of Adoption: 7. 5. 2010, OG. 13 May 2010/27580.

“All individuals have the right to request the protection of their personal data. This right includes being informed of, having access to and requesting the correction and deletion of their personal data and to be informed whether these are used in consistency with envisaged objectives. Personal data can be processed only in cases envisaged by law or by the individual’s own consent. The principles and procedures regarding the protection of personal data are laid down in law.”

⁴⁸ [2015] Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers E. 2014/4-56, K. 2015/1679.

the digital environment, but also the data in the physical environment. Thus, the scope of the right to be forgotten in Turkish law has been broadened from the very beginning to include both digital and physical data. The Turkish Constitutional Court, in its decision dated 3. 3. 2016 on the request for the removal of the news on the website that the person concerned had been sentenced to pay a judicial fine as a result of criminal proceedings in 1998 and 1999, referred to the decisions of the CJEU and the Turkish Supreme Court and considered the right to be forgotten as an element of the right to privacy. It emphasized that a balance must be struck between this right and the freedoms of expression and the press.⁴⁹

After the right to be forgotten was recognized at the constitutional level and its basic principles were determined and defined by the judiciary, the Law on the Protection of Personal Data was adopted in Turkey on 24. 3. 2016.⁵⁰ Article 11 of the Law grants individuals the right to request the erasure or destruction of personal data, and the exercise of the right is conditional upon the disappearance of the reasons for data processing.

However, it should be noted that the aforementioned legal sources do not guarantee the right to be forgotten, but the “erasure” method, which refers to the deletion of unlawfully processed or incorrect information, and which is actually an instrument of the right to protection of personal data. The concept of “right to be forgotten” is not used in any of the aforementioned norms, and in the decision of the Turkish Court of Cassation, the dispute, which should be seen as related to personal rights and privacy,⁵¹ is evaluated under the concept of “right to be forgotten”. The right to be forgotten in the real sense is included in the Constitutional Court’s decision. Nevertheless, it is a positive development that the normative gap regarding the right to be forgotten in Turkish law has been filled by judicial decisions.⁵²

Thus, the details regarding the implementation of the right to be forgotten are not determined by strict rules as in EU law and left to practice. As a matter of fact, similar to the Article 29 Working Group, the Personal Data Protection Board, with its decision dated 23. 6. 2020, listed the criteria that search engines should take

⁴⁹ N.B.B. Application [2016] Constitutional Court 2013/5653, 24/8/2016-29811 OG. The decision on the N.B.B. application is important as it is the first decision of the Constitutional Court to address the right to be forgotten. The Court subsequently renewed and stabilised the criteria in this decision. See: Ali Kılık Application [2017] Constitutional Court 2014/5552, 14/12/2017-30270 OG; CK Application [2018] Constitutional Court 2014/19685, 17/5/2018-30424 OG.

⁵⁰ Law on the Protection of Personal Data, Law no: 6698, Adoption Date: 24. 3. 2016, OG 7 April 2016/29677.

⁵¹ For similar opinion see, C. Turgut, *op. cit.*, 240.

⁵² For similar opinion see, Y. Çelik, *op. cit.*, 403.

into account in the balance between the fundamental rights and freedoms of the data subject and the public's right to information when evaluating requests for the right to be forgotten. While some of these criteria are specific to the data subject, some of them are directly related to the information subject to the request.

Following this process, the right to be forgotten has also been reflected in the decisions of the Turkish Ombudsman Institution.⁵³ Until recently, the Ombudsman's Office did not use the concept of the "right to be forgotten" in its evaluations of applications requesting clear regulations on student disciplinary records.⁵⁴ Recently, it has been issuing advisory opinions on the grounds that it is unacceptable for university students to keep disciplinary penalties for their momentary mistakes in their student files for almost a lifetime, and that students should benefit from the right to be forgotten.⁵⁵

EVALUATION OF UNIVERSITY STUDENTS' "RIGHT TO BE FORGOTTEN" IN TERMS OF HUMAN RIGHTS

Right to be forgotten and human rights

It has already been stated that the right to be forgotten, which arises from the fact that out-dated data about the individual can be stored,⁵⁶ is not a completely independent human right, but a legal right brought by the right to privacy among human rights. Here, it is necessary to examine the relationship between the right to be forgotten and human rights.

The right to privacy is based on the values of autonomy and human dignity and aims to provide a space in which individuals can freely develop their material and spiritual being. The right to be forgotten is a precondition for the exercise of other fundamental rights, such as the right to freedom of expression, freedom of peaceful assembly and association, and freedom of belief, as it is unlikely that

⁵³ The Ombudsman Institution is an authority established to examine, investigate and make recommendations on all kinds of actions and transactions, attitudes and behaviours of the administration in terms of compliance with law and equity, within the understanding of justice based on human rights, by establishing an independent and effective complaint mechanism in the functioning of public services.

⁵⁴ 2020/13099 [2020] Ombudsman Institution 2020/77235-S.20.84021; 2020/3042 [2020] Ombudsman Institution 2020/7273-S.20.11515; 2019/16150 [2020] Ombudsman Institution 2020/4060-S.20.6491.

⁵⁵ 2022/9421 [2022] Ombudsman Institution 2022/15246-S.22.23349.

⁵⁶ Leyla Şenel, *Anayasalarda İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Tanınması Sorunu (The Problem of Recognition of Human Rights and Freedoms in Constitutions)*, 1st Edition, On İki Levha Yayıncılık, 2020, 235.

a person can freely move on with his or her life when other authorities, such as states or companies, control data about him or her.

However, the right to be forgotten and these rights are not always in harmony. Sometimes these rights may be in conflict. In such cases, the right to be forgotten must be interpreted in balance with other fundamental rights and freedoms, in particular with the right to information, freedom of expression and freedom of the press. In this search for balance, the instruments of the right to be forgotten are of particular importance. As stated in the decision of the Turkish Personal Data Protection Board dated 23. 6. 2020, in order to fulfil the right to be forgotten, the method that best suits the conditions of the concrete event should be adopted.

In Turkish positive law, methods of erasure, destruction or anonymization are adopted under the Law on the Protection of Personal Data, and methods of removal of content and blocking access are adopted under the Law No. 5651 dated May 4, 2007 on the Regulation of Publications on the Internet and Combating Crimes Committed through These Publications. With the 29. 7. 2020 amendment to the law, the method of de-indexation, i.e. not being associated with search engines, was added to these.⁵⁷

The Turkish Constitutional Court has stated that different means may be adopted to fulfil the right to be forgotten, but that a fair balance must be struck with other freedoms.⁵⁸ The method to be adopted as a result of the evaluation to be made for this purpose should not be contrary to the “principle of proportionality”. For example, if it is not mandatory, the method of partial blocking of access should be preferred instead of blocking access to the entire internet publication.⁵⁹

Finally, in the context of the relationship between the right to be forgotten and human rights, the obligations of the state should be mentioned. According to Article 5 of the 1982 Turkish Constitution titled “The fundamental aims and duties of the State”, the State, which has the duty to “endeavour to provide the necessary conditions for the

⁵⁷ As can be seen, the term “right to be forgotten” is not included in the Personal Data Protection Law. The reason for this is that, as of the date of its drafting, the Law was based on Directive 95/46/EC, not the GDPR, which also includes this expression. This deficiency has not been eliminated in the subsequent amendments to the Law.

⁵⁸ NBB Application, op. cit., 52, 66.

⁵⁹ However, it is emphasised that the implementation of the right in Turkey has mostly continued in the form of blocking access to news and content, removing them from publications and archives, and thus completely destroying them, and has turned into a means of censorship. Yaman Akdeniz, “Hafızamız Siliniyor: İnternet Sansürlerinin Unutulma Hakkı Boyutu (Our Memory is Being Erased: The Right to be Forgotten Dimension of Internet Censorships)”, *Freedom of Expression Association*, 2022, 3, 94; C. Yavuz, op. cit., 166–172.

development of individual's material and spiritual existence", has a number of negative and positive obligations in the context of the right to protect and develop his material and spiritual existence and the right to privacy as expressed in Articles 17 and 20.

The state, which is obliged to comply with the prohibition of unlawful interference with the private lives of individuals in accordance with its negative obligations, must create and maintain an environment in which individuals can effectively exercise their right to privacy in accordance with its positive obligations. The main requirement of this duty is to ensure by establishing effective legal remedies that individuals can freely continue their lives without being subjected to prejudices that may arise in others due to their data in digital or physical media.

Right to be forgotten and university students

In terms of the right to be forgotten, the situation of university students is special. It is stated that the potential risks regarding personal data are quite high for young people.⁶⁰ Since authority is the exception and lack of authority is the rule in administrative law, administrations must be explicitly authorised in order to protect young people from possible risks by fulfilling the requests within the scope of the right to be forgotten.⁶¹ However, as revealed in the decisions of the Turkish Ombudsman Institution, there is a legal gap regarding the erasure of university students' disciplinary penalties from the relevant registry.

Actually, The Higher Education Law No. 2547, the Regulation on Student Discipline of Higher Education Institutions⁶² and the Regulation on the Registry of Higher Education Institutions and Higher Education Institutions,⁶³ which regulate the disciplinary regime of university students, do not regulate the retention period of the records of disciplinary penalties to be imposed on students, the conditions of submission to other institutions and organisations and the erasure of the records. These records can only be erased by an amnesty law enacted by the legislature, which eliminates legal predictability.

The data on student disciplinary penalties are accurate as of the date they were entered into the relevant registry, and the activity of entering these data into

⁶⁰ S. Güleler, op. cit., 230.

⁶¹ For a similar view, see Çağla Tansuğ, "İdare Hukuku Perspektifinden Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten from the Perspective of Administrative Law)", (2021) 0, *Galatasaray University Journal of Law Faculty* 1565, 1580.

⁶² OG. 13 August 2012/28388.

⁶³ OG. 25 April 1984/18382.

the registry is lawful since it is forced by the relevant law. Therefore, the registry records, both physically kept and digitally stored,⁶⁴ can constitute the subject of the right to be forgotten. Therefore, it is necessary to ensure that data subjects benefit from the right to be forgotten when the records in question become out-dated after a certain period of time has passed since the date of registration in the registry. One of the state's positive obligations under the right to privacy is to make this authorisation. The state should define the scope and procedures for the exercise of the right with sufficient clarity without leaving it to the initiative of universities; it should make public, accessible and foreseeable regulations.⁶⁵ Regulations of this nature should be applied equally to all university students.

Individuals should not spend their future in fear because of a bad incident they were involved in once when they were young, and they should be able to live freely. It is possible for them to make mistakes in the process of adapting to a foreign country they are visiting for the first time in their lives. In these cases, a simple disciplinary penalty, which the student no longer remembers, does not want to remember, and has no current benefit in remembering, in a postgraduate education or scholarship application or a job interview years after graduating from university, may violate not only his/her reputation but also his/her economic freedom.⁶⁶

Not preventing young people from using the opportunity to turn over a new leaf in their lives is in line with an approach that considers the right to be forgotten not only from an individual but also from a social perspective. It is one of the most important tasks of the state today to develop an understanding⁶⁷ that protects the individual together with society, not at the expense of society, without overemphasising the privacy of the individual. Article 58 of the 1982 Turkish Constitution, titled "Protection of the youth", as a programme provision, envisages the protection of the youth, to whom our Republic is entrusted, from possible risks. Although the right to be forgotten had not yet been considered at the time the provision was written, it is now clear that young people should also be protected from the risks created by technology in accordance with the purposive interpretation. Moreover, the values protected by the right to be forgotten are not only for the future; they also relate to

⁶⁴ Student disciplinary penalties are also transferred to the digital environment named Higher Education Information System (YÖKSİS).

⁶⁵ On the elements of publicity, accessibility and foreseeability, see. *The Sunday Times v the United Kingdom (no 1)* [1980] ECHR 57583/10, 1245/11, 4189/11, 49; *Necmiye Çiftçi and Others Application* [2014] Constitutional Court 2013/1301, 55.

⁶⁶ S. S. Akkurt, op. cit., 2616.

⁶⁷ David Vincent, *Mahremiyetin Kısa Tarihi (A Short History of Privacy)*, Orhan Düz tr, 1. Edition, Fol Kitap, 2022, 232.

the present.⁶⁸ According to Article 24 of the Regulation on Student Discipline of Higher Education Institutions, disciplinary penalties are notified to the institution that provides scholarships or loans to the student and to the higher education institution. In addition to these, the penalties of expulsion from the university are notified to all higher education institutions, the Council of Higher Education, the Student Selection and Placement Centre, the security authorities and the relevant military branches. In this case, the scholarship of the relevant person may be cancelled, perhaps leading to the termination of his/her student status. No sufficiently clear regulation has been made on such a potentially severe procedure, including the conditions under which the notification will be made and whether it will be deleted after a period of time. Only the names of the institutions are mentioned in a regulation.

Although it can be argued that records related to disciplinary penalties are relevant as of the moment they are entered into the registry, it is clear that these records may later become irrelevant in accordance with the “time element” of the right to be forgotten. Therefore, these records should be subject to requests for oblivion before they turn into “virtual criminal records”.⁶⁹

Although some universities have taken the initiative and tried to close the legal gap in question,⁷⁰ these efforts have led to the formation of an unequal system for those who are students at different institutions. First of all, it will not be possible for students at universities that do not have such a regulation to exercise the right to be forgotten regarding disciplinary penalties. In addition, since it cannot be expected that the universities that have made such regulations will always adopt the same principles and rules, the conditions for benefiting from the right will differ. These differences, which are not based on an objective and reasonable justification in terms of the recognition and exercise of rights for persons with the same legal status, are contrary to the prohibition of discrimination and the principle of equality.⁷¹

⁶⁸ Mehmet Bedii Kaya, *İnternet Hukuku (Internet Law)*, 2nd Edition, On İki Levha Publishing, 2021, 358.

⁶⁹ *Hurbain v Belgium* [2023] ECtHR [GC] 57292/16.

⁷⁰ For example, see. Üsküdar University Principles to be followed in Student Disciplinary Investigations and Examples of Correspondence <https://uskudar.edu.tr/assets/uploads/sayfa/18/file/uu-ogrenci-disiplin-sorusturmalarindauyulacak-esaslar-ve-yazisma-ornekleri.pdf?1>, 13. 9. 2023; Bilkent University Senate Decision on the Deletion of Disciplinary Penalties <https://w3.bilkent.edu.tr/www/disiplin-cezalarinin-silinmesi-konusunda-senatokarari-18-04-2018>, 13. 9. 2023.

⁷¹ Özge Didem Boulanger, “Disiplin Cezalarının Özlük Dosyalarından Silinmesi ve Cezalara İlişkin Bilgilerin Üçüncü Kişilere Verilmesi Meselesi (Deletion of Disciplinary Penalties from Personal Files and the Issue of Providing Information on Penalties to Third Parties)”, (2022) *Journal of the Turkish Justice Academy* 219, 234.

Pursuant to Article 53/G of the Turkish Higher Education Law titled “Retention in the personnel file”, disciplinary penalties of warning and reprimand to be applied to academic staff of state and foundation,⁷² higher education institutions can be erased from the personnel file after five years, and disciplinary penalties of salary or wage deduction and suspension of progression or multiple wage deductions can be erased from the personnel file after ten years upon request. Pursuant to Articles 9 and 12 of the Law No. 5352 on Judicial Records, it is also possible to erase judicial records. The contrary situation is incompatible with the principle of proportionality.⁷³

As can be seen, there are regulations for the erasure of penalties even in the judicial registry regime, which has a long-term status such as academic staff and has much more severe consequences for the individual compared to the disciplinary registry.⁷⁴ It is even stated that the failure to delete the judicial records *ex officio*, despite the expiry of the periods stipulated in the legislation, will lead to the responsibility of the administration.⁷⁵ In accordance with the principle of subsidiarity (*argumentum a fortiori*), which is based on the view that there is a

⁷² There are no privately owned universities in Turkey. Turkish law does not permit this. However, universities other than those established by the state are only allowed to be established by foundations through a law to be adopted by the Turkish Grand National Assembly. Thus, any Turkish foundation university can be established outside the state in Turkey by fulfilling some very difficult conditions. Foundation universities, which are fee-paying, are under the strict supervision of the Higher Education Council. In case of any financial difficulties, the students of that university are sent to the state university, which is indicated as a guarantor in the establishment law.

⁷³ Article 12 of the Law No. 5352 before it was amended by the Law No. 6290, which stipulates that “with the exceptions listed in Article 5 of the Law No. 5352, all convictions of citizens or foreigners by Turkish courts and recorded in the judicial registry shall be kept in the archive records for a period of eighty years after their execution until the death of the person concerned or from the date of entry of the record”, was cancelled by the Constitutional Court’s decision dated 20. 1. 2011. According to the Constitutional Court, “keeping archive records of all offences for such a long period of time is unconstitutional since it is not reasonable and proportionate to the purpose for which archive records are required, and a single period of time is determined for all offences without taking into account the nature or severity of the offences and penalties.”

⁷⁴ There are also regulations stipulating that the deletion of disciplinary penalties imposed on academic staff shall be kept in the personnel file. For example, see. Ankara University Legal Consultancy Investigation Guide Art. A/13, <http://hukukmusavirligi.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/115/2016/09/Soru%C5%9Fturma-Rehberi-1.pdf>, 13. 9. 2023. In such cases, it is not possible to talk about a real right to be forgotten. Article 160 of the Attorneyship Law is a positive example in this regard. Accordingly, if the person concerned has not received a disciplinary penalty for five years following the imposition of the penalty, the disciplinary penalty is decided to be deleted and the disciplinary section in the registry file is removed and a new one is issued.

⁷⁵ Çağlayan, Koca ve Saka, *op. cit.*, 295.

minority among the majority, student disciplinary records, which correspond to a very short and error-prone period of the individual's life and are of a milder nature, should also be erased.

CONCLUSION AND OUR SUGGESTIONS

As a result, since the state has not made any regulations contrary to its positive obligations arising from the right to privacy, university students, as a group at risk in terms of the security of personal data, may be prejudiced today and tomorrow due to the fact that a simple legal action such as a disciplinary penalty remains in their records for life. In terms of disciplinary penalties, the fact that university students cannot benefit from the right to be forgotten as a requirement of the right to privacy means a violation of the prohibition of discrimination. In view of the asymmetry of power and the need to intervene in the ambiguity of the rules, this deficiency should be remedied and young people should be liberated from possible risks to their past, present and future lives.

Our suggestion in this regard is that each state should immediately adopt and enact a law on how to exercise the right to be forgotten for its own students. If possible, states should even organise an international meeting to jointly regulate the right to be forgotten. Even those who do not participate in the meeting should be able to become parties to this document regulating the right to be forgotten. This instrument in the nature of an international convention should be applied both in the domestic law of their own countries and to the guest students they send to each other.

Prof. dr ZEHRA ODYAKMAZ

Redovni profesor Pravnog fakulteta

Univerziteta *Ufuk*, Ankara

KADIRCAN BERKAY ÇAKIRALP

Advokat, Advokatska komora Ankare

LJUDSKA PRAVA STUDENATA UNIVERZITETA U KONTEKSTU „PRAVA NA ZABORAV“

Rezime

Činjenica da ne postoji propis o brisanju evidencije o disciplinskim kaznama izrečenim studentima univerziteta onemogućava pojedincima u ovom statusu da ostvare „pravo na zaborav“. U prvom delu rada ispitan je pojam „prava na zaborav“ i u tim okvirima definicija i elementi ovog pojma, njegov osnov, pravna priroda i istorijski razvoj u kontinentalnoj Evropi. Analizirana su i relevantna

pravila u Turskoj. Drugi deo rada prvenstveno se bavi odnosom „prava na zaborav“ i ljudskih prava, dok je na kraju rada pažnja posvećena neophodnosti uživanja „prava na zaborav“ od strane studenata, posebno u svetlu ljudskih prava.

Ključne reči: pravo na zaborav, zaštita ličnih podataka, Google odluka, pravo na brisanje, studenti univerziteta

Bibliography

- Ahi Ş., “Kişilere Kişisel Verileri Üzerinde Kontrol Yetkisi Veren Hak (The Right Giving Individuals Control Over Their Personal Data)”, 2014.
- Akdeniz Y., “Hafızamız Siliniyor: İnternet Sansürlerinin Unutulma Hakkı Boyutu (Our Memory is Being Erased: The Right to be Forgotten Dimension of Internet Censorships)”, Freedom of Expression Association, 2022.
- Akgül A., “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: 'Unutulma Hakkı' ve AB Adalet Divanı'nın Google Kararı (A New Right in the Protection of Personal Data: 'Right to be Forgotten' and the Google Decision of the Court of Justice of the EU)”, (2015) 0, *Journal of the Union of Turkish Bar Associations 1*.
- Akkurt S.S., “17. 6. 2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Unutulma Hakkı (17. 6. 2015 dated E. 2014/4-56, K. 2015/1679 numbered Decision of the General Assembly of the Court of Cassation and the Right to be Forgotten within the Framework of Comparative Law), (2016) 65, *Ankara University Journal of Faculty of Law 2605*.
- Bernal P. A., “A Right to Delete?”, (2011) 2, *European Journal of Law and Technology*, <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/75>.
- Boulanger Ö. D., “Disiplin Cezalarının Özlük Dosyalarından Silinmesi ve Cezalara İlişkin Bilgilerin Üçüncü Kişilere Verilmesi Meselesi (Deletion of Disciplinary Penalties from Personal Files and the Issue of Disclosure of Information on Penalties to Third Parties), 2022, *Journal of Justice Academy of Turkey 219*.
- Çağlayan R., Koca M. ve Saka R., *Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası (Destruction of Personal Data in Terms of European Union Law, Administrative Law and Criminal Law)*, 2. Edition, 2022, Seçkin Yayıncılık.
- Cecile D. T., “The Right to Be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment”, Publications Office of the European Union 2013, *Scientific analysis or review LB-NA-26434-EN-N*.
- Çelik Y., “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı (Protection of Personal Data as a Reflection of Privacy of Private Life and the Right to be Forgotten in this Context)”, 2017, *Journal of Justice Academy of Turkey 391*.
- Çelikel S., “Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri (Obligations of the Data Controller and Data Controller under the Personal Data Protection Law)”, 1. Edition, *Inonu University Law Review*, 2022.

- Çobansoy G., “İnsan Hakları Açısından Kişisel Verilerin Korunması Sorunu (The Problem of Protection of Personal Data in terms of Human Rights)”, *Unpublished Master’s Thesis*, Maltepe University Graduate School of Education, 2020.
- Dülger M.V., *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Personal Data Protection Law)*, 3. Edition, Law Academy, 2020.
- Elmalica H., “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten as a Fundamental Human Right Emerging from the Information Age)”, (2016) 65, *Ankara University Journal of Faculty of Law* 1603.
- Foucault M., “Prison Talk”, *Power/Knowledge Selected Interviews and Other Writings* (eds Colin Gordon and others), 1972–1977, Pantheon Books.
- Gülener S., “Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı (Requesting Erasure from Digital Memory: The Right to be Forgotten as a Fundamental Human Right)”, (2012) 25, *Journal of the Union of Turkish Bar Associations* 219.
- Karacan O., “Unutulma Hakkı ve Cinsel Saldırı Failleri (Right to be Forgotten and Perpetrators of Sexual Assault)”, (2022) 19, *Yeditepe University Journal of Faculty of Law* 191.
- Kaya B. C., “Gelişen Teknolojiler Işığında Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten in the Light of Developing Technologies)”, (2023) 97, *Istanbul Bar Association Journal* 198.
- Kaya M. B., *İnternet Hukuku (Internet Law)*, 2. Edition, 2021, On İki Levha Yayıncılık.
- Küzeci E., “İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı (Statistical Units and the Right to Determine the Future of Information)”, (2014) 32, *Human Rights Yearbook* 1.
- Laçın İ., “Unutulma Hakkı (Right to be Forgotten)”, (2015) I, A Tribute to the memory of Assoc. Prof. Dr. Melike Batur Yamaner, *Galatasaray University Journal of Faculty of Law* 391.
- Mayer-Schönberger V., *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2009.
- Reding V., “The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age”, 2012, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26.
- Ringelheim J., “Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality with the Right to Privacy?”, 2007, <https://papers.ssrn.com/abstract=983685>.
- Salihpaşaoğlu Y., Değirmencioğlu B., “Unutulma Hakkının Bir İnsan Hakkına Dönüşme Yolculuğu (The Journey of the Right to be Forgotten into a Human Right)”, (2020) 24, *Ankara Hacı Bayram Veli University Journal of Faculty of Law* 361.
- Şenel L., *Anayasalarda İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Tanınması Sorunu (The Problem of Recognition of Human Rights and Freedoms in Constitutions)*, 1. Edition, 2020, On İki Levha Yayıncılık.
- Sözüer E., *Unutulma Hakkı – İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme (The Right to be Forgotten – An Analysis from the Perspective of Human Rights Law)*, 1. Edition, 2017, On İki Levha Yayıncılık.

- Tansuğ Ç., “İdare Hukuku Perspektifinden Unutulma Hakkı (Right to be Forgotten from the Perspective of Administrative Law)”, (2021) 0, *Galatasaray University Journal of Faculty of Law* 1565.
- Turgut C., *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten as an Aspect of the Right of Personality)*, 1. Edition, 2021, On İki Levha Yayıncılık.
- Vincent D., *Mahremiyetin Kısa Tarihi (A Short History of Privacy)*, Orhan Düz tr, 1. Edition, 2022, Fol Kitap.
- Xanthoulis N., “The Right to Oblivion in the Information Age: A Human-Rights Based Approach”, (2013) 10, *US-China Law Review* 84.
- Yavuz C., *İnternet’teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı (Removal of Personal Data from Internet Search Results Right to be Forgotten)*, 3. Edition, 2020, Seçkin Yayıncılık.
- Yücesoy S. A., “Teknoloji ve İnternetin Gelişimiyle Yaşanan Hukukî Bir Sorun Kişisel Verilerin Dijital Hafızalardan Silinmesi Talebi: Unutulma Hakkı (A Legal Problem Experienced with the Development of Technology and the Internet The Request for Deletion of Personal Data from Digital Memories: The Right to be Forgotten)”, 2016, *Yeni Türkiye* 785.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MARKO STANKOVIĆ

SLOBODNI IZBORI KAO TEKOVINA DEMOKRATSKOG POLITIČKOG SISTEMA

U radu se analizira značaj slobodnih izbora u savremenim demokratskim političkim sistemima uopšte, kao i osobine savremenog izbornog sistema u Republici Srbiji. Nakon uvodnih razmatranja, izložena su četiri osnovna obeležja slobodnih izbora – opštost i jednakost biračkog prava, neposredan izbor predstavnika i tajno glasanje. Zatim se ukratko analiziraju prednosti većinskog i proporcionalnog sistema raspodele mandata. Posle opštih teorijskih razmatranja, analiziran je savremeni izborni sistem u Republici Srbiji, nakon čega slede zaključna razmatranja, u kojima je data i ocena važećih rešenja.

Ključne reči: slobodni izbori, demokratija, politički sistem, opšte boračko pravo, jednako biračko pravo

UVODNA RAZMATRANJA

Rasprave o tome koji je oblik političkog sistema najbolji počele su još u antičko doba. Veliki starogrčki filozofi, Herodot, Platon i Aristotel delili su političke sisteme prema kriterijumu broja ljudi koji vrše vlast u njima i svima je bilo zajedničko to što su razlikovali sisteme u kojima vlada pojedinac (monarhija), sisteme u kojima vlada manjina (aristokratija odnosno oligarhija) i sisteme u kojima vlada

Dr Marko Stanković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: prof.marko.stankovic@gmail.com. Rad je rezultat strateškog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“ za 2023. godinu.

većina (demokratija). Većina se, razume se, ovde mora shvatiti uslovno, jer je zapravo reč o većini slobodnih građana tog vremena, koji su zapravo činili manjinu ukoliko se posmatra celokupno stanovništvo (robovi u starom veku nisu smatrani ljudima, nego „oruđima koja govore“). Aristotel je bio pristalica demokratije, a njegovo učenje je ostvarilo veliki uticaj na srednjovekovne hrišćanske mislioce (poput Svetog Avgustina i Svetog Tome Akvinskog), kao i na novovekovne filozofe, kakvi su bili Žan Bodin, Džon Lok, Žan-Žak Ruso i Šarl Monteskje. Demokratija je u njihovim delima prihvaćena kao najpoželjniji oblik političkog sistema koji može funkcionisati u nekoj državi.

I u savremenoj nauci o političkom sistemu, osnovna je podela sistema na demokratske i autokratske. Ona je izvedena prema političkom nosiocu suverene državne vlasti, a taj nosilac može biti većina ili manjina naroda. Prema rečima Radomira Lukića, „politički poredak u kome državna vlast pripada većini naroda, u kome ta većina bira nosioce državne vlasti, vrši kontrolu nad njihovim radom i postavlja pitanje njihove odgovornosti kako za nezakonit tako i za nesvrshodan rad, naziva se demokratijom. I obrnuto, ako državna vlast pripada manjini naroda, ako nosioci te vlasti ne izvode pravo na vlast iz volje većine naroda, niti podležu kontroli i odgovornosti pred narodnom većinom, takav politički poredak se naziva autokratijom“.¹

Treba, ipak, imati u vidu da ni demokratija nije savršen model političkog poretka i da, uopšteno posmatrano, ne postoji idealni oblik političkog sistema. Ali, takođe je nesporna činjenica da se demokratski politički sistem u političkoj praksi tokom vekova pokazao kao najbolje, ili, kako se ponekad kaže, najmanje loše rešenje. U tom smislu, ilustrativno je i pronicljivo zapažanje Vinstona Čerčila da je „demokratija najgori od svih mogućih poredaka, osim onih – nedemokratskih“.

Osnovni činioci demokratskog političkog sistema su, pre svega, tri načela na kojima je on utemeljen – suverenost naroda (građana, biračkog tela), pode-la vlasti (horizontalna i vertikalna) i vladavina prava. Iz tih načela proizlaze najznačajnije tekovine kojima se odlikuju savremeni demokratski politički sistemi: ljudska prava, slobodni izbori, institucije poluneposredne demokratije (narodna inicijativa i referendum), politički pluralizam i demokratska politička kultura.

Slobodni izbori su, dakle, jedna od pet glavnih tekovina demokratskog političkog sistema. Oni su, u suštini, osnova savremene predstavničke demokratije. Stoga je najvažnije da predstavnici naroda budu izabrani na slobodnim i demokratskim izborima, kako bi predstavništvo imalo legitimitet.

¹ Radimir Lukić, Budimir Košutić, Dragan Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd, 1999, 341.

OSNOVNA OBELEŽJA SLOBODNIH IZBORA

Imajući u vidu da je savremena demokratija najvećim delom predstavnička, slobodni i demokratski izbori su njen glavni preduslov. Od vremena kada su nastale teorije o narodnoj i nacionalnoj suverenosti i od kada je postepeno usvojeno načelo da je nosilac suverene vlasti u državi biračko telo, odnosno građani, izbori su postepeno evoluirali. Danas se smatra da su izbori demokratski ukoliko je biračko pravo opšte i jednako, izbor predstavnika neposredan, a glasanje tajno.

Opšte biračko pravo ne podrazumeva da ga imaju svi građani. Za njegovo uživanje se propisuju minimalni uslovi, a to su, po pravilu, državljanstvo, punoletstvo i poslovna sposobnost (sposobnost građanina da izjavama svoje volje zasniva, menja i gasi svoja prava i obaveze), mada u poslednje vreme postoji tendencija da se glasanje na izborima omogući i delimično poslovno sposobnim osobama. Takvo je rešenje, na primer, prihvaćeno u novom Zakonu o lokalnim izborima u Republici Srbiji, donetom 2022. godine.² Minimalni kriterijumi koji se zahtevaju za uživanje biračkog prava su objektivni kriterijumi, koje može svaki čovek da zadovolji. U suprotnom bi bilo reći o suženom odnosno ograničenom biračkom pravu. Opšte biračko pravo isključuje bilo kakvu diskriminaciju po osnovu ličnih osobina poput pola, rase, etničke pripadnosti, religijskih uverenja, imovinskog stanja i slično.

Jednako biračko pravo „znači da svaki birač ima samo jedan glas na jednim izborima, kao i da glas svakog birača ima jednaku vrednost“.³ Obično se kaže da jednako biračko pravo podrazumeva primenu pravila „jedan čovek, jedan glas“, ali to nije sasvim tačno. Jednakost biračkog prava znači da svaki glas ima jednak uticaj na izbor i formiranje narodnog predstavništva. Drugim rečima, jednakost biračkog prava „nije shvaćena prosto tako da svaki birač ima samo jedan glas, ne označuje taj princip, njegovu singularnost, već jednak uticaj svakog glasa, svakog birača, a prema načelu opštosti i svakog građanina, na formiranje predstavničkog doma“.⁴

² Zakon o lokalnim izborima, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 14/2022. Prema novom zakonu, biračko (izborno) pravo ima i punoletna osoba koja je delimično poslovno sposobna ako sud u rešenju o delimičnom lišenju poslovne sposobnosti nije izričito utvrdio da je nesposobna da vrši izborno pravo. Na taj način, delimično lišenje poslovne sposobnosti, samo po sebi, ne dovodi do gubitka izbornog prava. Takvim rešenjem uklanjaju se sva ograničenja izbornog prava po osnovu intelektualnih teškoća i psihosocijalnog invaliditeta i srpsko zakonodavstvo se usklađuje sa ciljevima Konvencije UN o pravima osobama sa invaliditetom.

³ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2010, 223.

⁴ Lazo M. Kostić, *Ustavno pravo*, Sabrana dela, I tom, Beograd, 2000, 492.

Neposredni izbori postoje kada građani sami biraju svoje predstavnike. Nasuprot tome, na posrednim izborima građani biraju telo (organ) koji će umesto njih izabrati predstavnike građana. Po pravilu, telo koje građani izaberu bira predstavnike iz svojih redova. Posredni izbori mogu biti jednostepeni i višestepeni. Kada birači biraju izbornu telo, a izbornu telo zatim bira predstavnike, reč je o jednostepenim posrednim izborima, ukoliko izbornu telo ne bira predstavnike, nego novo izbornu telo, koje zatim bira predstavnike, postoje višestepeni posredni izbori. U savremenim demokratskim političkim sistemima, neposredni izbori za predstavnike u parlamentu su standard od kojeg gotovo da nema odstupanja. „Posredni izbori se mnogo manje primenjuju, i to uglavnom kada se radi o izboru drugog doma parlamenta ili šefa države.“⁵

Tajnost glasanja je još jedan nesporni standard demokratskih izbora. Jedini način da dođe do izražaja stvarna volja birača jeste da niko ne može da vidi za koga je birač glasao. U suprotnom, birač je izložen različitim pritiscima – pritisku vlasti, pritisku onoga od koga ekonomski zavisi i slično. Osim toga, tajno glasanje štiti birače od odmazde onoga ko pobeđi na izborima, ukoliko nije za njega glasao. U svim predstavničkim demokratijama danas postoji tajno glasanje. Ipak, u prošlosti je bilo pristalica javnog glasanja, koji su iznosili zanimljive argumente, poput onih da javno glasanje „podiže kuraž u narodu i obezbeđuje moralni superiornost birača“ ili da javno glasanje „podiže karakternost i muško izjavljivanje svoga ubeđenja, a tajno glasanje pomaže da se ubija karakternost“.⁶ Zanimljivo je da je u Kraljevini Jugoslaviji prema Ustavu iz 1931. godine postojalo javno glasanje, zbog čega je taj Ustav, između ostalog, svrstavan među autoritarne ustave svog vremena.

SISTEM RASPODELE MANDATA

Volja biračkog tela utvrđuje se tako što se glasovi birača pretvaraju u mandate narodnih predstavnika. Način na koji se utvrđuje, odnosno izračunava kome će pripasti predstavnički mandati je jedno od najvažnijih pitanja u izbornom procesu. Dva su osnovna sistema raspodele mandata, sistem većine i sistem srazmernog predstavnštva (proporcionalni sistem).

Nije moguće utvrditi na opštem, apstraktnom planu koji je od dva izborna sistema bolji, već se moraju uzeti u obzir konkretne društvene okolnosti, politička tradicija, političke institucije i politička kultura u jednoj državi, ali i ciljevi koji se odabirom izbornog sistema žele postići. Tek tada se može odrediti koji je izborni

⁵ Zlatija Đukić Veljović, *Ogledi o političkom predstavnštvu i izborima*, Beograd, 1995, 105.

⁶ R. Marković, op. cit., 232.

sistem za nju pogodniji. Drugim rečima, „pitanje izbora između ova dva sistema, u svakom slučaju, ne može se posmatrati u praznom prostoru, tako što bi se svaki od njih vrednovao apstraktnom logičkom argumentacijom“.⁷ Ali i jedan i drugi sistem imaju svojih objektivnih prednosti i mana, pri čemu su prednosti jednog istovremeno i mane drugog i obratno.

Ukoliko bi trebalo sumirati raspravu o tome koji je sistem bolji, moglo bi se reći da većinski sistem dovodi do izbora kvalitetnijih predstavnika u parlamentu i kasnije do formiranja stabilne vlade u parlamentarnom i polupredsedničkom sistemu vlasti, dok, s druge strane, sistem srazmernog predstavnštva omogućava jednakost glasova i omogućava da i predstavnici manjine dobiju mandate u predstavnštvu. Najkraće rečeno, osnovna razlika između većinskog i proporcionalnog sistema ogleda se u tome što prvi više obezbeđuje efikasnost, a drugi više reprezentativnost.

IZBORI ZA NARODNE POSLANIKE U REPUBLICI SRBIJI

Biračko pravo i izbori za narodne poslanike u Republici Srbiji, uređeni su Ustavom i zakonima. Prvo će biti reči o biračkom pravu, zatim o sistemu raspodele mandata, da bi na kraju bilo govora o lošem iskustvu sa uspostavljanjem politički imperativnog mandata nakon donošenja Ustava iz 2006. godine.

Opšta obeležja biračkog prava u Republici Srbiji

U ustavnom i političkom sistemu Republike Srbije prihvaćeno je načelo narodne suverenosti. Prema Ustavu Srbije iz 2006. biračko pravo naziva se izborno pravo. Uslovi za uživanje izbornog prava prema Ustavu jesu državljanstvo Republike Srbije, punoletstvo i poslovna sposobnost, a Zakon o izboru narodnih poslanika dodaje i uslov prebivališta. Prema tom Zakonu, pravo da bira poslanika i da bude biran za poslanika ima punoletan poslovno sposoban državljanin Republike Srbije sa prebivalištem u Republici Srbiji. Biračko pravo je opšte i jednako, izbori su slobodni i neposredni, a glasanje je tajno i lično.

Organi nadležni za sprovođenje izbora u Republici Srbiji su Republička izborna komisija (RIK) i birački odbori. Republička izborna komisija u stalnom sastavu sastavljena je od predsednika i 16 članova koje bira Narodna skupština na predlog poslaničkih grupa, dok u proširenom sastavu u njen sastav ulazi i po jedan predstavnik izbornih lista. Članovi RIK-a i njihovi zamenici biraju se na četiri godine. Birački odbor u stalnom sastavu sačinjen je od predsednika i najmanje dva člana,

⁷ R. Marković, op. cit., 239.

a u proširenom sastavu pridružuje se i po jedan predstavnik podnosioca izborne liste. Birački odbor neposredno sprovodi glasanje na biračkom mestu, obezbeđuje pravilnost i tajnost glasanja, utvrđuje rezultate glasanja na biračkom mestu, stara se o održavanju reda na biračkom mestu za vreme glasanja i slično. Članovi biračkog odbora i njihovi zamenici biraju se za svake izbore.

Glasanje za poslanike održava se na biračkom mestu, koje može da obuhvata najviše 2.500, a najmanje sto birača. Za potrebe izbora narodnih poslanika Republika Srbija je jedna izborna jedinica. Na izborima mogu učestvovati sa svojim izbornim listama političke stranke, stranačke koalicije, druge političke organizacije i liste koje predlože grupe građana.

Zaštita biračkog (izbornog) prava ostvaruje se u postupku pred Republičkom izbornom komisijom u prvom i pred Upravnim sudom u drugom stepenu. Svaki birač, kandidat za narodnog poslanika ili podnosilac izborne liste ima pravo da podnese prigovor RIK-u zbog povrede izbornog prava. Rok za njegovo podnošenje je 24 časa od časa kada je doneta odluka, odnosno izvršena radnja koju podnosilac prigovora smatra nepravilnom, odnosno od časa kada je učinjen propust. Republička izborna komisija donosi rešenje u roku od 48 časova od prijema prigovora. Ako usvoji prigovor, poništiće odluku ili radnju, a ukoliko ne donese rešenje u zakonskom roku, smatraće se da je prigovor usvojen.

Protiv svakog rešenja Republičke izborne komisije po prigovoru može se u roku od 48 časova izjaviti žalba Upravnom sudu. On odlučuje po žalbi shodnom primenom odredaba zakona kojim se uređuje postupak u upravnim sporovima, u roku od 48 časova od prijema žalbe sa spisima. Ta odluka je pravnosnažna i protiv nje se ne mogu podneti vanredna pravna sredstva. Ukoliko Upravni sud usvoji žalbu i poništi izbornu radnju, odnosno izbore, odgovarajuća izborna radnja, odnosno izbori ponoviće se najdocnije za deset dana.

Poseban oblik zaštite biračkog prava jeste potvrđivanje (verifikacija) poslaničkih mandata. Tada se proverava da li su narodni poslanici stvarno izabrani i potvrđuje se ispravnost poslaničkog mandata. Na odluku o potvrđivanju mandata dopuštena je žalba Ustavnom sudu, koji po njoj odlučuje u roku od 72 sata.

Sistem raspodele mandata u Republici Srbiji

Ustav Srbije iz 2006. godine ne određuje izričito sistem raspodele mandata, već ga pretpostavlja. U pitanju je sistem srazmernog predstavnštva koji podrazumeva glasanje za izborne liste. Osim rešenja iz čl. 102, st. 2, iz kojeg proizlazi da se glasa za izborne liste, a ne za pojedinca, takav zaključak se zasniva i na ustavnoj normi koja ovlašćuje predsednika Republike da predloži Narodnoj skupštini

kandidata za predsednika Vlade, nakon što sasluša mišljenje predstavnika izabranih *izbornih lista* (kurziv, M. S.).

Počev od 2011. godine, Zakonom o izboru narodnih poslanika predviđen je sistem zatvorenih izbornih lista, umesto dotadašnjeg sistema otvorenih izbornih lista, koji je omogućavao da se posle utvrđivanja rezultata izbora menja redosled kandidata na listi. Republička izborna komisija najkasnije u roku od deset dana od dana objavljivanja ukupnih rezultata izbora sve dobijene mandate sa izborne liste dodeljuje kandidatima po redosledu na izornoj listi, počev od prvog kandidata sa liste.

Zakonom je određeno da na svakoj izornoj listi mora biti 40 odsto manje zastupljenog pola. Takvo rešenje važi od 2020. godine, kada je određeno da među svakih pet kandidata po redosledu na listi (prvih pet mesta, drugih pet mesta i tako do kraja liste) mora biti najmanje po dva kandidata koji pripadaju onom polu koji je manje zastupljen na listi. Navedeno rešenje u praksi treba da omogući veće učešće žena u sastavu Narodne skupštine. Ako izborna lista ne ispunjava taj uslov, predlagač liste se poziva da otkloni taj nedostatak, a ako predlagač liste to ne učini, Republička izborna komisija odbija proglašenje izborne liste.

Mandati se raspodeljuju u skladu sa pravilima sistema najvećeg količnika (D'Ontov sistem). Ukupan broj glasova dobijenih za svaku izbornu listu koja je prešla izborni cenzus deli sa brojevima od jedan do 250 (jer se deli 250 mandata). Izborni količnici raspoređuju se po veličini i u obzir se uzima 250 najvećih količnika, a svaka izborna lista dobija onoliko mandata koliko izbornih količnika na nju otpada.

Izborni cenzus u Republici Srbiji, počev od 2020. godine iznosi tri odsto. On se ne odnosi na političke stranke nacionalnih manjina i koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina. One učestvuju u raspodeli mandata i kad dobiju manje od tri odsto glasova od ukupnog broja birača koji su glasali, pri čemu se prilikom raspodele mandata primenom sistema najvećeg količnika količnici svih izbornih lista političkih stranaka nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina uvećavaju za 35 odsto. Za njih važi „prirodni prag“ – da osvoje onoliko glasova, uz pomenuto zakonsko uvećanje njihovog izbornog količnika za 35 odsto, koliko je neophodno za izbor jednog narodnog poslanika. Ukupan broj birača izašlih na izbore podeli se ukupnim brojem poslaničkih mandata (250) i tako se dobija broj glasova neophodan za jedan poslanički mandat.

Loše iskustvo sa mogućnošću izvođenja politički imperativnog mandata

Loše iskustvo sa mogućnošću oduzimanja poslaničkog mandata od strane političke stranke i njegove zamene drugim kandidatom sa stranačke izborne liste Republika Srbija je imala neposredno nakon donošenja Ustava iz 2006. godine, sve

dok izmenama i dopunama Zakona o izboru narodnih poslanika iz 2011. godine nije izričito isključena mogućnost podnošenja takozvanih *blanko ostavki*. Tome je prethodila odluka Ustavnog suda Srbije, koji je 2010. godine proglasio neustavnim odredbe Zakona o lokalnim izborima iz 2007. godine, koji je uveo model podnošenja blanko ostavki na lokalnom nivou, a taj model je kasnije u praksi primenjivan i na republičkom nivou.

Članom 47. Zakona o lokalnim izborima bila je predviđena mogućnost da podnosilac izborne liste i kandidat za odbornika, odnosno odbornik, mogu zaključiti ugovor kojim će regulisati međusobne odnose i predvideti pravo podnosioca izborne liste da u ime odbornika podnese ostavku na funkciju odbornika u skupštini jedinice lokalne samouprave. Prilikom zaključenja ugovora, kandidat za odbornika, odnosno odbornik, predavao je podnosiocu izborne liste svoju blanko ostavku. Na osnovu tog ugovora, podnosilac izborne liste sticao je pravo da slobodno raspolaže mandatom odbornika sa kojim je zaključio ugovor, tako što je samostalno mogao odlučiti da li će realizovati ovlašćenje koje je dobio i kada će to učiniti.

Primenjujući istovetan model, poslanici u Narodnoj skupštini Republike Srbije su u momentu dobijanja poslaničkog mandata svojoj političkoj stranci davali unapred potpisane ostavke, koje je stranka mogla da „aktivira“ u bilo kom trenutku i iz bilo kog razloga. Ustavni sud je potvrdio da je slobodni mandat narodnih predstavnika (narodnih poslanika i odbornika) osnovno načelo ustavne demokratije i da moderna uloga političkih stranaka ne dovodi u pitanje opstanak tog načela. „Slobodni mandat funkcioniše, početkom trećeg milenijuma, u svim zemljama stabilne demokratije i u većini bivših zemalja 'realnog socijalizma', pa nije preterano tvrditi da je postao neka vrsta civilizacijske tekovine.“⁸

Odluka Ustavnog suda o blanko ostavkama na lokalnom nivou je presudno uticala na to da se odustane od njihovog zakonskog uređivanja na republičkom nivou. Zakonskim rešenjem usvojenim 2011. godine delimično su otklonjene negativne posledice čl. 102, st. 2 Ustava, prema kojem je narodni poslanik „slobodan da, pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji predlog je izabran za narodnog poslanika“. Drugim rečima, ukinut je stranački imperativan mandat, koji je bio potpuno suprotan načelu narodne suverenosti. Prema tada usvojenom zakonskom rešenju, poslanik lično podnosi ostavku, overenu kod organa nadležnog za overu potpisa, predsedniku Narodne skupštine, u roku od tri dana od dana overe. Rešenjem prema kojem se ostavka može podneti samo lično i to u roku od tri dana od overe

⁸ Vladimir Goati, *Političke partije i partijski sistemi*, Podgorica, 2007, 106.

potpisa isključena je mogućnost da ostavka bude potpisana i deponovana u stranci na samom početku poslaničkog mandata.

UMESTO ZAKLJUČKA: OCENA PRIHVACENIH REŠENJA U VEZI SA BIRAČKIM PRAVOM I IZBORIMA U REPUBLICI SRBIJI

Budući da slobodni izbori danas predstavljaju jednu od najvažnijih tekovina demokratskog političkog sistema i da se putem izbora za narodne predstavnike suverenost prenosi sa svog izvornog nosioca – biračkog tela, na narodno predstavništvo, koje u njegovom interesu u određenom vremenskom razdoblju vrši suverenu vlast, od najveće je važnosti za demokratiju da biračko pravo bude valjano uređeno, a raspodela mandata pravična.

Biračko pravo u Republici Srbiji uređeno je Ustavom i zakonima. Izbori se odvijaju na osnovu opšteg i jednakog biračkog prava, a narodni predstavnici se biraju neposredno, tajnim glasanjem. U tom smislu, biračko pravo je definisano i uređeno u skladu sa savremenim demokratskim standardima.

Kada je reč o sistemu raspodele mandata, mogu se staviti određene zamerke. Zakon je propisao sistem srazmernog predstavnništva u kojem je čitava teritorija Republike Srbije jedna izborna jedinica. Uprkos tome što takav model na prvi pogled deluje pravično, on u praksi dovodi do određenih problema. Iskustvo je pokazalo da takav izborni sistem, u kojem se glasa za izborne liste i stranačke lidere, a ne za ličnost kandidata, dovodi do izbora velikog broja nepoznatih, takozvanih bezimernih kandidata. Takvi narodni predstavnici nemaju dovoljno ličnog i političkog integriteta da samostalno donose odluke. Najjednostavnije rečeno, oni postaju glasačka mašina svojih političkih stranaka, a ne istinski predstavnici naroda koji ih je izabrao. Na taj način Narodna skupština nije pravo narodno predstavništvo, već skup predstavnika političkih stranaka, a parlamentarna većina je skup nemih glasača za svaki predlog Vlade.

Poseban problem rešenja da je čitava Republika jedna izborna jedinica jeste u tome što u praksi preko 70 odsto narodnih poslanika dolazi iz Beograda, dok većina jedinica lokalne samouprave nema nijednog predstavnika iz svoje lokalne zajednice. Bez obzira na to što je svaki narodni poslanik formalno predstavnik svih građana, mnogo bi bolje bilo kada bi deo poslanika poticao iz manjih lokalnih zajednica i imao sluha za njihove potrebe. Na taj način bi se ostvarila mnogo bolja predstavljenost različitih društvenih interesa u parlamentu, što je jedan od osnovnih ciljeva narodnog predstavnništva.

Opredeljenje zakonodavca da ne iskoristi ustavnu mogućnost uvođenja politički imperativnog mandata, odnosno mogućnost da poslanik stavi mandat na

raspolaganje svojoj političkoj stranci, mora se oceniti kao ispravan potez, uprkos tome što ima i određenih negativnih posledica. Naime, načelo narodne suverenosti dobija svoj potpuni smisao jedino ako su poslanici predstavnici naroda (biračkog tela), a ne predstavnici svojih političkih stranaka. U slučaju kada politička stranka u svakom trenutku može svojevoljno da oduzme mandat poslaniku i dodeli ga drugom kandidatu, načelo narodne suverenosti je grubo povređeno. U tome se ogleda dobra strana važećeg rešenja. Uostalom, negativne posledice politički imperativnog mandata pokazala je i višegodišnja politička praksa, prekinuta nakon odluke Ustavnog suda o neustavnosti takvog rešenja na lokalnim izborima. S druge strane, u sistemu srazmernog predstavnništva koji funkcioniše u Srbiji, poslanici dobijaju mandate zahvaljujući podršci koje u biračkom telu imaju njihove političke stranke, što znači da su poslanici u najvećem broju biračima potpuno nepoznati kandidati, takozvani bezimeni kandidati. Važeće zakonsko rešenje omogućava takvim kandidatima, koji nemaju nikakvu podršku biračkog tela da budu akteri političke trgovine, da napuste političku stranku zahvaljujući kojoj su izabrani u parlament i da svoje delovanje nastave priklanjajući se drugom političkom taboru, bilo kao „samostalni“ poslanici, bilo kao novi članovi neke druge političke stranke. Ta pojava može biti naročito opasna kada vlada u parlamentu ima tesnu većinu i kada se političkim „preletanjem“ dva ili tri poslanika u opozicioni politički tabor može narušiti politička ravnoteža. Ali to je ipak manje zlo od rešenja u kojem političke stranke imaju potpunu kontrolu nad poslanicima, jer tada načelo narodne suverenosti potpuno nestaje.

Dr. MARKO STANKOVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

FREE ELECTIONS AS AN ASSET OF THE DEMOCRATIC POLITICAL SYSTEM

Summary

The paper analyzes the importance of free elections in modern democratic political systems in general, as well as the features of the modern electoral system in the Republic of Serbia. After the introductory discussions, four basic characteristics of free elections were presented – universality and equality of voting rights, direct election of representatives and secret ballot. Next, there is a brief analysis of the advantages of the majority and proportional system of distribution of mandates. After general theoretical considerations, there is an analysis of the modern electoral system in the Republic of Serbia, followed by concluding considerations.

Key words: free elections, democracy, political system, voting, equal suffrage

Literatura

- Đukić Veljović Z., *Ogledi o političkom predstavništvu i izborima*, Beograd, 1995.
- Goati V., *Političke partije i partijski sistemi*, Podgorica, 2007.
- Jovičić M., *Veliki ustavni sistemi – elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd, 1984.
- Kostić L. M., *Ustavno pravo*, Sabrana dela, I tom, Beograd, 2000.
- Lukić R., Košutić B., Mitrović D., *Uvod u pravo*, Beograd, 1999.
- Marković R., *Ustavno pravo*, Beograd, 2010.
- Orlović S., *Ustavno pravo*, Novi Sad, 2018.
- Pajvančić M., *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd, 2009.
- Spektorski E. V., *Država i njen život*, Beograd, 2000.
- Vlatković M., *Pravo lokalne samouprave*, Banja Luka, 2008.

PREGLEDNI RAD

ODNOS SLOBODE IZRAŽAVANJA I PRAVA NA UGLED U POSTUPKU PRED USTAVNIM SUDOM REPUBLIKE SRBIJE

Sloboda izražavanja i pravo na ugled su temelji demokratskog društva i ova prava zaslužuju jednako poštovanje. Sloboda izražavanja nema apsolutnu prednost u odnosu na prava na ugled, niti pravo na ugled ima apsolutnu prednost u odnosu na slobodu izražavanja. Sloboda izražavanja ne daje neograničeno pravo na izjave koje vređaju ugled pojedinca, ali pravo na ugled ne garantuje potpunu zaštitu od svih kritičkih izjava. Kada postoji sukob između slobode izražavanja i prava na ugled, zadatak Ustavnog suda jeste da uspostavi pravičnu ravnotežu između navedenih privatnih prava. U cilju ostvarivanja navedenog ustavnopravnog zadatka, Ustavni sud se u potpunosti oslanja na smernice i standarde izražene u dugogodišnjoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, a koja praksa predstavlja neiscrpni izvor odgovora na različite aspekte pravičnog odnosa između zaštite slobode izražavanja i prava na ugled pojedinca. Ustavnosudski aktivizam u navedenoj oblasti predstavlja oblast za koju se može reći da diskreciono pripada Ustavnom sudu, jer se sudovi u redovnom postupku, po pravilu, oslanjaju samo na građanske ili krivične aspekte spora utvrđujući samo postojanje uvrede i povrede časti i ugleda, a zanemarujući ustavne i konvecijske aspekte spora odnosno zasposstavljaju kriterijume za uspostavljanje pravičnog odnosa između ova dva prava.

Ključne reči: Ustavni sud, ustavna žalba, sloboda izražavanja, pravo na ugled, Evropski sud za ljudska prava, pravičan odnos

Besfort Ramadani, master prava, savetnik Ustavnog suda Republike Srbije, e-mail: besfort.ramadani@ustavni.sud.rs.

SLOBODA IZRAŽAVANJA I PRAVO NA UGLED

Sloboda izražavanja je ustavno pravo koje je zajemčeno odredbom čl. 46, st. 1 Ustava Republike Srbije,¹ ali istovremeno to je i konvencijsko pravo koje je utvrđeno odredbom čl. 10, st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.² Svako ima pravo na slobodu izražavanja (fizička lica, pravna lica, nevladine organizacije). Sloboda izražavanja predstavlja pravo da se neometano od bilo koga izražavaju mišljenja, informacije i ideje, bez obzira na sadržinu i njihovo dejstvo, nezavisno od toga da li informacija predstavlja činjenični, vrednosni ili mešoviti sud, da li je informacija politička, obrazovna, informativna, sa naučnom, umetničkom ili nekom drugom vrednošću. Navedena sloboda izražavanja važi ne samo za informacije ili ideje koje su povoljne ili se smatraju neuvredljivim, već i za one koje vređaju, šokiraju ili uznemiravaju. Ona se proteže na širenje nepristrasnih i korisnih informacija koje su u javnom interesu, čak i ako uključuju štetne izjave o pojedincima.³ Takvi su zahtevi pluralizma, tolerancije i otvorenosti uma, bez kojih nema demokratskog društva. Sloboda izražavanja je najdragocenije pravo u demokratskom društvu. Bez slobode izražavanja ne bi bilo moguće raspravljati o važnim pitanjima, a društvo bi se stoga zaglavilo u *statusu quo*. Izražavanje se odnosi na reči, slike, zvuk, radnje i na sve ono čiji je cilj da izrazi neku ideju ili da predstavi neku informaciju. Zato su ovim ustavnim članom zaštićeni štampani dokumenti, radio-emisije, slike, filmovi, poezija, romani, elektronski informacijski sistemi, performansi. Pod zaštitu slobode izražavanja ne spada govor kojim se podstiče na nasilje, govor mržnje i rasizam, poriče Holokaust i upućuje na nacističku ideologiju, kao ni informacije o zdravlju ili seksualnom životu osobe, koji su čisto privatne prirode.⁴

Posebnu zaštitu prava na slobodu izražavanja uživaju mediji zbog svoje naročito važne društvene uloge. Medij je sredstvo javnog obaveštavanja koje rečima, slikom, odnosno zvukom prenosi informacije, ideje i mišljenja namenjene neodređenom broju korisnika i pod medijem se naročito podrazumevaju novine, radio-program i televizijski program i elektronska izdanja tih medija,

¹ Službeni glasnik RS, br. 98/2006. U daljem tekstu: Ustav.

² Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, br. 9/03, 5/05, 7/05, Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori, br. 12/10 i 10/15. Srbija je potpisala Evropsku konvenciju 3. aprila 2003. godine, a ratifikovala 3. marta 2004. godine. U daljem tekstu: Evropska konvencija.

³ Odluka Ustavnog suda UŽ-868/2020 od 23. februara 2023. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

⁴ Odluka Ustavnog suda UŽ-7211/2013 od 19. maja 2016. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

kao i samostalna elektronska izdanja (internet portali) (čl. 29 Zakona o javnom informisanju i medijima).⁵ Iako mediji ne smeju da prekorače određene granice, posebno u vezi sa ugledom i pravima drugih, njihova dužnost je da saopštavaju, na način dosledan njihovim obavezama i odgovornostima, informacije i ideje o svim pitanjima od javnog interesa. Ne samo da su mediji dužni da saopštavaju takve informacije i ideje, već javnost ima pravo da ih prima. Da je drugačije, mediji ne bili u mogućnosti da vrše svoju ulogu „čuvara javnosti“. Svako ima pravo da istinito, potpuno i blagovremeno bude obavešten o pitanjima od javnog značaja, a sredstva javnog informisanja su dužna da to pravo i poštuju (čl. 51, st. 1 Ustava). Upravo je u praksi najčešći konflikt između slobode medijskog izražavanja i prava na ugled.

Sloboda izražavanja spada u relativne slobode, jer podleže određenim ograničenjima.⁶ Jedno od ograničenja slobode izražavanja jeste zaštita prava na ugled, a koje je utvrđeno čl. 46, st. 2 Ustava. Pravo na ugled neprikosnovenno pripada fizičkim licima, ali se navedeno pravo priznaje i pravnim licima (privatnim kompanijama). Postoji razlika između ugleda fizičkog i pravnog lica, u smislu da ugled fizičkog lica u sebi sadrži moralno-emosivnu dimenziju koja ne postoji kod ugleda pravnog lica. Ugled pravnog lica se vrednuje kroz ekonomsku aktivnost pravnog lica, te ozbiljni napad na ugled pravnog lica može imati štetne posledice na ukupnu ekonomsku aktivnost pravnog lica i njegovu održivost u poslovnom-finansijskom svetu. Međutim, pravo na ugled se ne priznaje organima javne vlasti (osim sudovima).⁷ Zaštita prava na ugled u ustavnosudskoj praksi ostvaruje se kroz poštovanje garancija prava na pravično suđenje iz čl. 32, st. 1 Ustava. Pravo na ugled (fizičkog lica) u ustavnosudskoj praksi, međutim, ne štiti se kroz zaštitu prava na ljudsko dostojanstvo iz čl. 23 Ustava. Ljudsko dostojanstvo je lični osećaj sopstvene vrednosti i tu vrednost niko ne može da uzme pojedincu. Stoga, dostojanstvo nije povezano sa vrednovanjem pojedinca u društvu, dok je kod poštovanja prava na ugled ta ocena odlučujuća. Neko može izgubiti poštovanje društva, možda s pravom, ali pravo na ljudsko dostojanstvo je neotuđivo.⁸ U praksi Evropskog suda za ljudska prava, pravo na ugled je zaštićeno čl. 8

⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 83/14, 58/15 i 12/16 – autentično tumačenje.

⁶ Dominika Bychawska-Siniarska, *Protecting the right to freedom of expression under the european convention on human rights*, Council of Europe, 2017, 7.

⁷ Presuda Evropskog suda u predmetu *OOO Memo protiv Rusije*, broj predstavke 2840/10, 15. marta 2022. godine, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

⁸ Presuda Evropskog suda u predmetu *Karakó protiv Mađarske*, broj predstavke 39311/05, od 28. jula 2009. godine, st. 23, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

Evropske konvencije kao deo prava na poštovanje privatnog života. Ugled osobe čini deo njegovog ličnog identiteta i psihološkog integriteta i stoga spada u delokrug njegovog privatnog života.⁹

SLOBODA IZRAŽAVANJA I PRAVO NA UGLED POLITIČARA I NOSILACA JAVNIH FUNKCIJA

Najviši nivo zaštite daje se govoru o političarima i visokim funkcionerima, odnosno mnogo manja zaštita biće data privatnosti i ugledu političara, posebno ako se informacije odnose na obavljanje njihove javne funkcije. Time što su političari i javni funkcioneri spremni da rade u javnoj sferi oni svesno svoju ličnost i ponašanje izlažu kritici javnosti i sebe dobrovoljno stavljaju u centar pažnje i samim tim treba da tolerišu više kritike. Ono što se možda zaboravlja jeste da mišljenje i stavovi političara utiču na formiranje mišljenja javnog mnjenja i javno mnjenje želi da ih čuje, te su njima lakše dostupna sredstva javnog informisanja, tako da oni u realnom vremenu mogu da odgovore na kritike koja su upućene na njihov račun. Stoga je Ustavni sud u odnosu na predsednika opštine i lokalnog odbornika, koje je tretirao kao nosioce političkih (javnih funkcija), utvrdio da su granice dopuštene kritike znatno šire u odnosu na političare, nosioce javne funkcije, nego u odnosu na druga lica, te da oni moraju da imaju veći stepen tolerancije na kritike koje se odnose na njih, u odnosu na pojedince čiji rad nije javan, niti izložen javnom mnjenju.¹⁰ U tim odlukama Ustavni sud se uvek poziva na presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Bodrožić protiv Srbije*,¹¹ koji predstavlja prvu presudu navedenog Suda protiv Republike Srbije u kojem se Sud izjasnio o granicama dopuštene kritike u odnosu na političare. Navedeno pravno stanovište je dobilo formu zakonske odredbe iz čl. 8 Zakona o javnom informisanju i medijima kojim je propisano da je izabran, postavljen, odnosno imenovan nosilac javne i političke funkcije dužan da trpi iznošenje kritičkih mišljenja, koja se odnose na rezultate njegovog rada, odnosno politiku koju sprovodi, a u vezi je sa obavljanjem njegove funkcije bez obzira na to da li se oseća lično povređenim iznošenjem tih mišljenja.

⁹ Presuda Evropskog suda u predmetu *Petrie protiv Italije*, broj predstave 25322/12, od 18. maja 2017. godine, st. 39, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

¹⁰ Odluke u predmetima UŽ-4162/2014 od 6. oktobra 2016. godine i UŽ-5497/2016 od 19. jula 2018. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

¹¹ Predstavka broj 32550/05, od 2. juna 2009. godine, st. 54, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

SLOBODA IZRAŽAVANJA I PRAVO NA UGLED
DRUGIH JAVNIH LIČNOSTI

U druge javne ličnosti spadaju na primer estradne zvezde (pevačice, glumci, jednom rečju *celebrity*). Zabava u današnjem modernom svetu ima značajnu ulogu u formiranju mišljenja pojedinca ili pojedinih društvenih grupa. Ona ne zadovoljava samo želju za opuštanjem ili razonodom. Kroz zabavu mogu da se prenesu informacije i ideje iz stvarnosti koje mogu da pokrenu proces diskusije u vezi sa filozofijom života, vrednostima i modelima ponašanja. Zato uloga zabave u medijima nije zanemarljiva. U centru zabave jesu poznate ličnosti. Personalizacija je važno novinarsko sredstvo za privlačenje pažnje. Vrlo često je to što prvo izaziva interesovanje za problem i stimuliše želju za činjeničnim informacijama. Poznate ličnosti zastupaju određene moralne vrednosti i način života. Mnogi ljudi svoj izbor načina života zasnivaju na svom uzoru. To je ono što objašnjava interesovanje javnosti za razne pomake i padove koji se dešavaju u njihovim životima. Kod ove kategorije javnih ličnosti stavlja se znak jednakosti između javnog interesa i javne radoznalosti. Održavanje statusa poznate ličnosti često zahteva zadovoljenje javne radoznalosti, drugim rečima, poznata (estradna) ličnost stvara privlačnost publike ne samo kroz suštinska dostignuća koja mu donose slavu, već i na račun privatnosti koju mora da preda da bi postao poznata estradna ličnost. Tako je Ustavni sud za pevačicu J. K. utvrdio da je „podnositeljka ustavne žalbe javna ličnost, i to poznata medijska ličnost, te je ona morala da ima veći stepen tolerancije prema spornom tekstu i spornim izrazima korišćenim u tekstu“ („krađa“, „maznula“ i „lopovluk“).¹²

U određenim situacijama pojedinci koji nisu javne ličnosti dobijaju status javne ličnosti zbog povezanosti sa događajem koji je medijski ispraćen. To je najčešće slučaj sa braniocima optuženih lica u krivičnim postupcima koji predstavljaju medijske događaje. Tako je Ustavni sud za podnositeljku ustavne žalbe koja je bila angažovana kao branilac jednog od okrivljenih u krivičnom postupku koji se vodio zbog ubistva primijera Zorana Đinđića, a koji postupak je sam po sebi izazivao veliku medijsku pažnju, utvrdio da je „postala poznata javnosti kao branilac okrivljenog u predmetnom postupku i u tom kontekstu ona nije obično fizičko-privatno lice“.¹³

Za održavanje statusa javne ličnosti bitna je i vremenska dimenzija. Naime, ne može se određeno lice smatrati javnom ličnošću, ako se potpuno povukao iz

¹² Odluka u predmetu UŽ-868/2020 od 23. februara 2023. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

¹³ Odluka u predmetu UŽ-7801/2012 od 8. oktobra 2015. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

javnog života pre više godina i nije nosilac nikakvih funkcija, te nije ni učesnik javnih debata o pitanjima od interesa za društvo. To što je pojedinac u jednom periodu svog života bio na javnim funkcijama, da je u nekom periodu bio aktivni učesnik javnih debata, ne čini ga trajno „javnom ličnošću“ koja je dužna da trpi dublje i grublje mešanje u lična prava. To je njegovo pravo na zaborav (*the right to be forgotten*). Pravo na zaborav ne predstavlja samostalno pravo zaštićeno Konvencijom ili Ustavom, ali to je pravo koje je povezano sa pravom na poštovanje ugleda.¹⁴ Pravo na zaborav je važno pravo koje može pomoći pojedincima da zaštite svoju privatnost i ponovo počnu svoje živote nakon što su napravili greške u prošlosti. Međutim, pravo na zaborav nije apsolutno i mora se težiti ravnoteži između prava na zaborav i drugih važnih prava, kao što su pravo na pristup informacijama i pravo na slobodu (medijskog) izražavanja. Određena lica koja duži vremenski period nisu u javnom prostoru i dalje mogu imati status javne ličnosti. Tako je Ustavni sud utvrdio „da je podnosilac ustavne žalbe bio generalni direktor RTS-a, koja je vrlo važna javna funkcija, i kako je u tom svojstvu oglašen krivim za krivično delo protiv opšte sigurnosti koje je za posledicu imalo smrt 16 radnika RTS-a, što je samo po sebi izazivalo veliku medijsku pažnju, to je, po oceni Ustavnog suda, podnosilac poznata javna ličnost.¹⁵ U navedenom slučaju njegovo svojstvo javne ličnosti bilo je vezano izvorno za funkciju, ali i za ono što se kasnije dešavalo, jer se mnogo piše i prave se televizijski prilozi o tom događaju. Svake godine se na godišnjicu emituju emisije, uvek se spomene njegovo ime. Znači, on je prisutan u medijima makar zbog toga što se istorijski to komentariše.

SLOBODA POLITIČKOG IZRAŽAVANJA ODBORNIKA U SKUPŠTINSKOJ RASPRAVI I PRAVO NA UGLED POJEDINCA

Ustavno ograničenje slobode izražavanja radi zaštite prava i ugleda drugih lica primenjuje se u punom kapacitetu kada su oštećena lica privatna fizička lica koja ne moraju da imaju veći stepen tolerancije na negativne komentare, kao što je to slučaj sa političarima ili drugim javnim ličnostima. Sa druge strane, sloboda izražavanja je posebno važna za izabrane predstavnike naroda. Oni predstavljaju biračko telo, skreću pažnju na njegove probleme i brane njegove interese. Odbornici, kao lokalni predstavnici građana, u vršenju odborničke funkcije u skupštini moraju biti slobodni da izražavaju mišljenja, odnosno da govore i da glasaju prema

¹⁴ Angelo Maietta, „The right to be forgotten“, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v12(2), 2020, 218–219, <https://doi.org/10.4013/rechtd.2020.122.03>.

¹⁵ Odluka u predmetu Už-1776/2018 od 20. maja 2021. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

svom uverenju. Ustavom zajemčena sloboda izražavanja je od posebne važnosti za izabrane predstavnike građana budući da oni predstavljaju građane i zastupaju njihove interese u skupštini.¹⁶ Sloboda političkog izražavanja, kao jedan vid slobode izražavanja, odnosi se na iznošenje mišljenja u vezi politike, političara, države (državnih institucija), kao i u pogledu svih pitanja od javnog interesa. Prilikom obavljanja svoje funkcije odbornik uživa imunitet koji omogućava odbornicima da se upuste u smislenu raspravu takom skupštinske rasprave i da predstavljaju svoje birače u pitanjima od javnog značaja, a da pritom ne moraju ograničiti svoja zapažanja ili prilagođavati mišljenja iz straha od suda ili drugog sličnog autoriteta. Tako je Ustavni sud utvrdio da je „podnosilac ustavne žalbe u vršenju odborničke funkcije za vreme skupštinske rasprave u vezi Izveštaja o radu Zdravstvene ustanove Doma zdravlja kritikovao rad ginekologa (tužioca) u Domu zdravlja, institucije od javnog značaja, da su kritike koje je izneo podnosilac u skupštinskoj debati bile ozbiljne, ali ne i uvredljive, jer njihov cilj nije bio nastupanje štetnih posledica za tužioca, već poboljšanje i unapređenje rada ginekološke službe u Domu zdravlja, dakle radilo se o pitanjima od javnog interesa za građane, a od odbornika se legitimno očekuje da prenosi probleme svojih birača i da brani njihove interese, te da u osporenim parničnim presudama nisu dati ubedljivi razlozi koji opravdavaju to da je ograničenje slobode političkog izražavanja podnosioca kao odbornika bilo neophodno u demokratskom društvu, te da je obavezivanje podnosioca na naknadu nematerijalne štete zbog povrede ugleda tužioca bilo ustavnopravno neprihvatljivo“.¹⁷

U ovom ustavnosudskom postupku pružena je zaštita slobodi odbornika da diskutuje na sednici skupštine opštine i da iznosi kao izabrani predstavnik građana svoje mišljenje o onome što je na dnevnom redu sednice. Međutim, suštinski ovde je data prednost jednom javnom interesu – zaštiti odbornika u vršenju svoje funkcije u odnosu na privatni interes – zaštiti ugleda pojedinca. Odbornici, baš kao i narodni poslanici, predstavljaju ustavnu kategoriju.¹⁸ Međutim, imunitet narodnog poslanika, za razliku od imuniteta odbornika, izričito je utvrđen Ustavom. Narodni poslanik ne može biti pozvan na krivičnu ili drugu odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje u vršenju svoje poslaničke funkcije.¹⁹ Njegov imunitet se odnosi na krivičnopravnu i građanskopravnu odgovornost. Sa druge strane, imunitet odbornika je

¹⁶ Odluka u predmetu IUz-52/08 od 21. aprila 2010. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

¹⁷ Odluka u predmetu UŽ-6600/2015 od 1. decembra 2016. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

¹⁸ Čl. 100, 180 Ustava.

¹⁹ Čl. 103, st. 2 Ustava.

propisan čl. 37 Zakona o lokalnoj samoupravi²⁰ – odbornik ne može biti pozvan na krivičnu odgovornost, pritvoren ili kažnjen zbog iznetog mišljenja ili davanja glasa na sednici skupštine i radnih tela. Jezičkim tumačenjem navedene zakonske odredbe može se doći do zaključka da se imunitet odbornika odnosi samo na kaznenopravnu odgovornost. Time što se Ustavni sud u svojoj odluci pozvao na institut odborničkog imuniteta, kao i na njegov cilj – regulaciju odnosa između zakonodavstva i sudstva, implicitno je priznao pravo na imunitet odbornika i kada je reč o građanskopravnoj odgovornosti, čime je istovremeno zaštitio slobodu govora odbornika u skupštini.

Odnos slobode izražavanja i prava na ugled je fluidan i konstantno se razvija. Tako je nekoliko godina kasnije nakon donošenja predmetne odluke Ustavnog suda, Evropski sud u predmetu *Mesić protiv Hrvatske*,²¹ u kojem je razmatran odnos između slobode izražavanja predsednika države (visokog državnog funkcionera) i prava na ugled pojedinca-advokata koji nije bio lice u javnom prostoru, uspostavio dodatni kriterijum o pravičnom balansu ova dva prava, a to je status i pozicija javnog funkcionera u društvu. Naime, izjave funkcionera imaju veću težinu i značaj za široku javnost i mogu da izazovu ozbiljnu štetu po ugled pojedinca koji nije lice u javnom prostoru i da predstavljaju smetnju pojedincu u daljem obavljanju njegove profesionalne delatnosti. Izjave funkcionera se brže šire putem medija (kao i putem socijalnih mreža), te dopiru do većeg broja ljudi. Sa druge strane, obično fizičko lice – pojedinac nema pristup sredstvima javnog informisanja, tako da on ne može da odgovori na kritiku funkcionera čime mu se uskrađuje pravo na odbranu, što predstavlja bitan element prilikom uspostavljanja pravičnog balansa između slobode izražavanja i prava na ugled. Pojedinac se, takođe, suočava i sa pravnim fenomenom u vidu prava na pristup sudu upravo zbog imuniteta funkcionera. Ako se dogodi da se ipak pokrene sudski postupak „zbog greške suda“ otvara se drugo pitanje u okviru prava na pravično suđenje, a to je pravo na nezavisan i nepristrasan sud.

SLOBODA IZRAŽAVANJA I PRAVO NA UGLED SUDA (AUTORITET I NEPRISTRASNOST SUDA)

Kao što je već navedeno, jedino je sudu kao organu vlasti priznato pravo na ugled. Ustav pravo na ugled suda prepoznaje kao posebnu kategoriju i posebno ga označava kao pravo na autoritet suda odnosno pravo na autoritet i nepristrasnost suda. Ustavni pojam autoritet suda podrazumeva da su sudovi prihvaćeni od strane javnosti kao odgovarajući organ za rešavanje pravnih sporova i za utvrđenje krivice

²⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 129/07, 83/14 – dr. zakon, 101/16 – dr. zakon, 47/18 i 111/21 – dr. zakon.

²¹ Broj predstavke 19362/18 od 5. maja 2022. godine.

osobe zbog učinjenog krivičnog dela, kao i to da javnost ima poverenje u sposobnost sudova da ispuni tu funkciju.²² Ipak, iako sudstvo uživa posebnu zaštitu ono ne funkcionise u vakuumu i pitanja o sprovođenju pravde mogu takođe da budu deo javne rasprave. Pitanja od javnog interesa nesumnjivo uključuju pitanja koja se odnose na funkcionisanje pravosudnog sistema koji je od suštinskog značaja za svako demokratsko društvo. Imajući u vidu da sudije obavljaju svoju profesiju u okviru državnih institucija, oni kao takvi mogu biti predmet lične kritike u dozvoljenim granicama u medijima.²³ S tim što je izveštavanje o sudskim postupcima diskreciono pravo novinara, ali ne i drugih lica, na primer advokata. Advokati se ne mogu izjednačiti sa novinarima, jer oni nisu eksterni svedoci sa zadatkom obaveštavanja javnosti, već su direktno uključeni u funkcionisanje pravosudnog sistema.²⁴

Ipak, prema stavu Ustavnog suda, sud odnosno sudije se ne mogu u potpunosti staviti u isti rang kao političari ili kao drugi nosioci javnih funkcija, jer sudija kao zaštitnik pravde i pravičnosti u jednom sistemu mora uživati autoritet i poverenje javnosti da bi pravosuđe uspešno funkcionisalo.²⁵ Stoga se autoritet suda mora zaštititi od ozbiljno štetnih i neosnovanih napada, a posebno imajući u vidu da sudije koje su kritikovane imaju obavezu da poštuju obavezu diskrecije koja ih sprečava da odgovore na negativne komentare na njihov rad. Za pravni sistem je ključno da podržava pravo na ugled i nepristrasnost suda kako bi se osigurali pravični i pravedni ishodi. Tako je Ustavni sud u jednom predmetu zaključio „da se vrednosna izjava podnositeljke N. K. da je tužilja kao postupajući sudija zaključila predmet po nekim političkim uputstvima, ne može smatrati generalnom kritikom nezavisnosti sudstva u postupcima za ratne zločine, a posebno imajući u vidu da je u novinskom članku podnositeljka navela ime i prezime tužilje, koja je bila postupajući sudija u predmetnom krivičnom postupku, čime je konkretizovala subjekt svoje kritike i kao i to da se predmetna izjava podnositeljke ne zasniva na dovoljnom činjeničnom osnovu, te da se može tretirati kao uvredljiva izjava koja predstavlja ozbiljno štetni napad na profesionalni ugled konkretnog sudije“.²⁶

²² Presuda Evropskog suda u predmetu *Worm protiv Austrije*, broj predstavke 83/1996/702/894, od 29. avgusta 1997, st. 40, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

²³ Presuda Evropskog suda u predmetu *Narodni list d.d. protiv Hrvatske*, broj predstavke 2782/12 od 18. marta 2019. godine. st. 59, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

²⁴ Presuda Evropskog suda u predmetu *Morice protiv Francuske*, broj predstavke 29369/10, od 23. aprila 2015. godine, stav 148, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

²⁵ Odluka u predmetu UŽ-3715/2011 od 3. jula 2014. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

²⁶ Odluka u predmetu UŽ-2481/2015 od 11. aprila 2017. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

Autoritet suda štiti se od neprihvatljivih kritika izrečenih i u samoj sudnici. Sloboda izražavanja u sudnici nije neograničena i zaštita autoriteta suda predstavlja merodavan razlog za ograničenje ove slobode. Tako je Ustavni sud izraze u podnesku advokata „da je sudija izvršio više težih disciplinskih prestupa koji predstavljaju razlog za razrešenje, ali da on (advokat) za sada neće podnositi inicijativu za razrešenje sudije, niti pritužbu Visokom savetu sudstva koji tek treba da odluči o izboru sudije na stalnu sudijsku funkciju, niti će koristeći lični i poslovni autoritet obavestiti društvene organizacije da osigura da politika ne obezbedi izbor onih koje treba razrešiti, da je sudija bezobziran i da mu je funkcija olako poverena“, tretirao kao uvredljivo izražavanje advokata prema postupajućem sudiji i da je na ustavno-pravno prihvatljiv način primenjena odredba iz čl. 186, st. 1 Zakona o parničnom postupku o novčanom kažnjavanju advokata.²⁷

U navedenom kontekstu treba navesti da se sloboda izražavanja jemči i advokatima koji imaju pravo da komentarišu sprovođenje pravde, s tim da njihova kritika ne sme da pređe određene granice.²⁸ Pitanje slobode izražavanja advokata vezano je za nezavisnost advokatske profesije. Dakle, ako se sloboda izražavanja garantuje i advokatima, onda se njima garantuje i određeni stepen preterivanja u podnescima. Da bi se nešto smatralo uvredom, a ne i prihvatljivom kritikom, nije dovoljno da jezik u podnesku bude samo oštar, polemičan ili sarkastičan, već mora da pređe „granice normalne, građanske i legitimne kritike“. To je jedna strazburška teorijska koncepcija čija se sadržina određuje u svakom konkretnom slučaju. Bitno je da se utvrdi da li se advokat u svom podnesku držao konkretnog predmeta, da li je sve ono što je napisano u podnesku bilo vezano za postupanje sudije u tom predmetu, da nisu korišćeni objektivno uvredljivi izrazi²⁹ i da li je za svoje tvrdnje dao činjenične argumente. Nije redak slučaj u praksi da se „revolt“ advokata u podnesku iskazuje zbog očiglednog arbitrarnog postupanja suda ili očigledne greške suda (*erreur manifeste d'appréciation*) u smislu da to nijedan razuman sud ne bi mogao počinuti, a što za krajnju posledicu ima narušavanje pravičnosti postupka (što nije bio slučaj u konkretnom predmetu). U svakom slučaju, ovaj ustavnosudski predmet

²⁷ Odluka u predmetu UŽ-9940/2021 od 16. juna 2023. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

²⁸ Presuda Evropskog suda u predmetu *Nikula protiv Finske*, broj predstavke 31611/96, od 21. marta 2002. godine, st. 46, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

²⁹ Tako je u predmetu *Tatjana Petrušić i Ivica Petrović protiv Srbije*, broj predstavke 59134/16 i 10385/17, od 10. januara 2023. godine, Evropski sud zaključio da upotreba izraza „idiot“ u podnesku advokata podnosioca predstavke mora smatrati uvredljivom, kao i neopravdanim i ličnim napadom na zastupnika tužene države Republike Srbije u toku postupka pred Sudom, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

može da predstavlja nagoveštaj kako će Ustavni sud postupati u ovoj materiji u smislu da će primarnu zaštitu imati autoritet suda u odnosu na izraze koji se koriste u podnesku advokata, a kojima se izlazi izvan uobičajnog pravnog sobračaja na relaciji sud–advokat i na implicitan ili eksplicitan način ukazuje, na primer, na nestručnost ili korupciju konkretne sudije, pod uslovom da su advokatima izrečene blage ili razumne novčane kazne.

ZAŠTITA PRAVA NA UGLED KROZ ZAŠTITU PRAVA NA FOTOGRAFIJU

Fotografija, kao zapis lika, predstavlja informaciju iz privatnog života. Ovo stoga što fotografija otkriva jedinstvene karakteristike osobe i razlikuju osobu od drugih lica i može da sadrži veoma lične odnosno intimne informacije o pojedincu ili njegovoj porodici. Stoga postoji pravo svakog lica na zaštitu sopstvene fotografije. Fotografija kao zapis lika ne može da se objavi bez pristanka lica čijeg se privatnog života informacija tiče, a ako je predmetno lice umrlo, pristanak daju, između ostalog, roditelji umrlog (čl. 80, st. 1 i čl. 81, st. 1 Zakona o javnom o informisanju i medijima). Čest je slučaj u praksi da interes javnosti opravdava da se objavi informacija o određenom licu, ali da istovremeno taj interes ne opravdava da se objavi fotografija o tom pojedincu. „Čin tragičnog gubitka života mlade osobe predstavlja informaciju koja šokira ili uznemirava društvo i pojedince, ali sloboda izražavanja primenjuje se ne samo na informacije koji se povoljno prihvataju, već takođe i na one koje šokiraju ili uznemiravaju, te je u konkretnom slučaju postojao nesumnjiv interes javnosti da sazna za smrt kćeri tužilaca kako bi se ukazalo na tragičan gubitak života jednog mladog i uspešnog člana zajednice, ali zato nije postojao opravdani interes javnosti da se objavi sporna fotografija njihove pokojne ćerke, niti su podnosioci ustavne žalbe tražili pristanak tužilaca za objavljivanje sporne fotografije njihove pokojne ćerke, što je dovelo do povrede prava na privatnost tužilaca i njihovo pravo na prijetet.“³⁰

Kada je reč o maloletnicima, u principu, postoji apsolutna zabrana objavljivanja njihovih fotografija, jer ne postoji interes javnosti da se objavi fotografija maloletnika. Naravno, postoji razlika između objavljivanja informacija o maloletnicima i objavljivanja fotografija. Objavljivanje informacija o maloletnicima u medijima može imati značajan uticaj na njihov život i može štetiti njihovom emocionalnom razvoju. Smatra se da je pravo na privatnost maloletnika važnije od prava na slobodu

³⁰ Odluka u predmetu UŽ-7211/2013 od 19. maja 2016. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

izražavanja. Međutim, primarni kriterijum koji se primenjuje i na maloletna lica jeste da li je u pitanju informacija od javnog interesa. Zaštita slobode izražavanja štampe obuhvata i otkrivanje imena maloletnika u informacijama od interesa javnosti sve dok se informacije pribavljaju zakonito i da se istinito izveštava.³¹ To znači da mediji mogu objavljivati imena maloletnika umešanih u različite situacije, kao što su zločini i sudski postupci. Međutim, fotografije maloletnog deteta ne mogu se objavljivati bez saglasnosti roditelja³² ili zakonskog zastupnika.³³ U određenim situacijama, objavljivanje fotografija maloletnika čija se lica ne vide ili su zamagljena, u principu, neće dovesti do narušavanja privatnosti maloletnika.³⁴ Izuzetno, objavljivanje fotografija maloletnika može biti opravdano, na primer, ako se fotografije koriste za identifikaciju nestalog deteta ili za prijavu odnosno sprečavanje zločina. Tako i u našem pozitivnom pravu, bez saglasnosti roditelja, može se objaviti fotografija maloletnog lica ako je objavljivanje potrebno radi pronalaženje nestalog lica i sprečavanja prevare (čl. 82, st. 2, tač. 8 Zakona o javnom o informisanju i medijima).

Odnos između slobode izražavanja i prava na ugled je složen i bio je predmet mnogih rasprava u ustavnosudskoj praksi. Uopšteno govoreći, Sud nastoji da uravnoteži ova dva suprotstavljena prava, priznajući da su oba ključna za demokratsko društvo. Odnos između slobode izražavanja i prava na ugled zahteva ravnotežu kako bi se osiguralo da su oba prava pravilno zaštićena i poštovana. S jedne strane, sloboda izražavanja je osnovno pravo koje štiti pravo pojedinaca da se slobodno izražavaju, bez straha od cenzure ili odmazde. Ovo pravo je neophodno za slobodan protok ideja i informacija, koje su neophodne za informisano građanstvo. S druge strane, pravo na ugled je takođe osnovno pravo koje štiti pojedince od lažnih i klevetničkih izjava koje mogu narušiti njihov ugled. Važno je napomenuti da se ova ravnoteža može razlikovati od slučaja do slučaja i zavisi od specifičnih okolnosti i konteksta svake pojedinačne situacije. Odnos slobode izražavanja i prava na ugled je fluidan i konstantno se razvija. U balansiranjju ova dva prava primenjuje se niz testova. Jedan uobičajeni test jeste da li se kritika odnosi na javnu ličnost. Ako jeste, onda je veća verovatnoća da će izraz biti zaštićen slobodom izražavanja, čak i ako je klevetnički.

³¹ Decisions the U.S. Supreme Court, *Smith v. Daily Mail*, 443 U.S. 97 (1979); *Oklahoma Publishing Co. v. District Court*, 430 U.S. 308 (1977).

³² Presuda Evropskog suda u predmetu *Bogomolova protiv Rusije*, broj predstave 13812/09, od 20. juna 2017. godine, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19. 8. 2023.

³³ Stefan Vetter, „Das Recht am eigenen Bild Minderjähriger in sozialen Netzwerken“, *AfP Zeitschrift für das gesamte Medienrecht*, vol 48, no. 2, Köln, 2017, 129.

³⁴ Presuda Evropskog suda u predmetu *Kahn protiv Nemačke*, broj predstave 16313/10, od 17. marta 2016. godine, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/, 19. 8. 2023.

BESFORT RAMADANI, LL.M.
Advisor at the Constitutional Court of Serbia

THE RELATIONSHIP OF FREEDOM OF EXPRESSION
AND THE RIGHT TO REPUTATION IN PROCEEDINGS BEFORE
THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Balancing the right to freedom of expression and the right to reputation is a complex task, and one that has been debated by for many years in constitutional judicial practice. Both rights are essential to a democratic society, but they can sometimes come into conflict. Freedom of expression protects the right of individuals to express themselves freely, without fear of censorship or reprisal. This right is necessary for the free flow of ideas and information, which is essential for an informed citizenry. The right to reputation protects individuals from false and defamatory statements that may harm their reputation. This right is important for protecting individuals from being unfairly stigmatized or ostracized. Court must balance these two competing rights on a case-by-case basis, taking into account the specific circumstances and context of each situation. One common test that courts use is to determine whether the criticism relates to a public figure. Public figures are generally held to a lower standard when it comes to defamation, because they are expected to be able to withstand more scrutiny and criticism. Ultimately, the goal of Constitutional Court is to strike a balance between these two important rights, ensuring that both are adequately protected and respected.

Key words: Constitutional Court, constitutional appeal, freedom of expression, right to reputation, European Court of Human Rights, fair relationship

Literatura

Bychawska-Siniarska D., *Protecting the right to freedom of expression under the european convention on human rights*, Council of Europe, 2017.

Maietta A., „The right to be forgotten“, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, No. 2, Vol. 12, 2020.

Vetter S., „Das Recht am eigenen Bild Minderjähriger in sozialen Netzwerken“, *AfP Zeitschrift für das gesamte Medienrecht*, No. 2, Vol. 48, Köln, 2017.

PREGLEDNI RAD

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

MEĐUNARODNI PRAVNI ODNOSI I PRAVDA – III tom

INTERNATIONAL LEGAL RELATIONS AND JUSTICE – Vol. III

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

5. Radni odnosi

Labour Relations

Promena radnopravnog koncepta očinstva: zaštita zaposlenih očeva
u evropskom radnom pravu

Changing the labour law concept of fatherhood: protection of employed
fathers as caregivers in European labour law

– *Kristina Balnožan*, master prava, sudijski saradnik

Apelacionog suda u Beogradu 5

Važnost borbe protiv ukrštene diskriminacije u svetu rada

– kontekst Evropske unije

The importance of combating intersectional discrimination
in the world of work - European Union context

– *Mina Kuzminac*, master prava, saradnik u nastavi

na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 23

6. Banke i bankarski poslovi

Banks and Banking Affairs

Posebno pravno uređenje prodaje nenaplativih kredita
u Evropskoj uniji i Srbiji

Special rules for the sale of non-performing loans
in the European Union and in Serbia

– *prof. dr Mirjana Radović*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu 47

Inverzna kriva prinosa na tržištu državnih obveznica
kao indikator recesije

Inverted yield curve on government bonds market
as indicator of recession

– *prof. dr Đorđe Đukić*, redovni profesor Ekonomskog fakulteta
u Beogradu 67

Privremena mera kod utvrđivanja ništavosti ugovora o kreditu

Temporary measure when detemining the nullity
of the loan agreement

– *mr Predrag Knežević*, advokat iz Beograda; *Nataša Stoiljković Pucar*,
advokat iz Beograda 75

Četvrta katedra

Fourth Department

PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU

RIGHT TO INTELLECTUAL CREATION

1. Prava intelektualne svojine

Intellectual Property Law

Originalnost književnih i umetničkih dela stvorenih od strane
veštačke inteligencije

Originality of literary and artistic works created
by artificial intelligence

– *Nikola Milosavljević*, master prava, asistent Pravnog fakulteta
Univerziteta u Kragujevcu 87

Uticaj Prespanskog sporazuma između Republike Grčke i Republike Severne Makedonije na nazive za komercijalnu upotrebu, žigove i zaštitne znake	
Legal effect of the Prespa agreement between the Republic of Greece and the Republic of North Macedonia, onto commercial names, trademarks and brands	
– <i>prof. dr Valentin Pepeljugoski</i> , Amerikanski univerzitet na Evropa FON – Skopje, advokat osnivač, Advokatsko društvo Pepeljugoski, Skoplje, Severna Makedonija	107
Tehnička unapređenja i njihova pravna zaštita u našoj zemlji u periodu posle Drugog svetskog rata	
Inventor's certificates as a form of protection of inventions	
– <i>dr Snežana Šarboh</i> , Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd; <i>Saša Zdravković</i> , Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd	125
Razlike u grejs periodu u različitim patentnim sistemima i razlozi za njegovo uvođenje	
Differences in grace period of different patent systems and reasons for its introduction	
– <i>Jelena Tešić</i> , magistar bioloških nauka, Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd	141

2. Pravo informaciono komunikacionih tehnologija

Information and Communications Technology Law

Application of data protection standards to artificial intelligence systems: automated decision making and profiling	
Primena standarda zaštite podataka o ličnosti na sisteme veštačke inteligencije: automatizovano donošenje odluka i profilisanje	
– <i>dr Đorđe Krivokapić</i> , vanredni profesor Fakulteta organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu, Univerzitet Masarik, Brno; <i>Andrea Nikolić</i> , asistent Fakulteta organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu	151
The right to the artificial intelligence production - Who owns what? –	
Pravo na tvorevinu umjetne inteligencije – Tko ima pravo na što? –	
– <i>dr Dino Gliha</i> , advokat, Zajednički odvjetnički ured dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac & dr. sc. Dino Gliha, Zagreb; <i>mag. iur. Carla Bušić</i> , advokatski pripravnik, Zajednički odvjetnički ured dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac & dr. sc. Dino Gliha, Zagreb	175

Umjetna inteligencija i pravo na zdrav okoliš Artificial intelligence and the right to a healthy environment	
– <i>dr Sandra Marković</i> , advokat, specijalista iz oblasti ustavnog prava, Zajednički odvjetnički ured dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac & dr. sc. Dino Gliha (MGG Law Office); <i>mag. iur. Ana Žagar</i> , advokatski pripravnik, Zajednički odvjetnički ured dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac i dr. sc. Dino Gliha (MGG Law Office)	193
Potencijal zemalja Zapadnog Balkana za implementaciju sistema veštačke inteligencije u cilju kontrole prisilnih migracija The potential of Western Balkan countries for implementing artificial intelligence systems to control forced migrations	
– <i>Ivona Živković</i> , asistent Fakulteta organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu; <i>Danilo Krivokapić</i> , advokat, Share Fondacija	209

Peta katedra
Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU
RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde

Court in Connexity of Justice

Prevenција zloupotrebe procesnih ovlašćenja

Prevention of abuse of procedural rights

– <i>prof. dr Gordana Stanković</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, u penziji	227
--	-----

O mogućim izmenama Zakona o zaštiti prava na suđenje
u razumnom roku

On possible changes to the Law on Protection of Right to Trial
within Reasonable Time

– <i>prof. dr Nikola Bodiroga</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	241
---	-----

Nemogućnost sprovođenja prinudnog izvršenja odluke o održavanju ličnih odnosa djeteta i roditelja Impossibility of enforcement of the decision on maintaining the personal relationships of the child and parent – <i>prof. dr Ranka Račić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu	261
Osvrt na sumarne građanske postupke Observations regarding summary civil procedures – <i>Božidar V. Stojiljković</i> , master prava, saradnik u Privrednom sudu u Požarevcu	279
Upotreba veštačke inteligencije u pravosudnom sistemu i njen uticaj na zaštitu ljudskih prava Use of artificial intelligence in the judicial system and its impact on the protection of human rights – <i>dr Biljana Lepotić</i> , sudija Višeg suda u Novom Sadu	321
Finansiranje sporova sredstvima treće strane: pristup pravdi ili komodifikacija pravde Third-party litigation funding: access to justice or commodification of justice – <i>dr Dženana Radončić</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici	333
Troškovi parničnog postupka – osvrt na odabrana pitanja Costs of litigation procedure - review of selected issues – <i>Vladimir M. Vrhovšek</i> , sudija Višeg suda u Beogradu; <i>prof. dr Vladimir V. Kozar</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu	351

2. Međunarodni odnosi i pravda

International Relations and Justice

a) *Međunarodno pravo*

International law

Manjinska prava u praksi Evropskog suda za ljudska prava Minority rights in the practice of the European Court of Human Rights – <i>prof. dr Ivana Krstić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	369
---	-----

Ka pravednijem svetskom ekonomskom poretku

– od ideje do realizacije

Towards a fairer world economic order

- from idea to realization

– *dr Duško Dimitrijević*, naučni savetnik u Institutu

za međunarodnu politiku i privredu, Beograd

391

b) *Pravo Evropske Unije*

European Union Law

Dejstvo ništavih restriktivnih sporazuma u pravu EU

Effect of null and void restrictive agreements in EU Law

– *dr Jelena Vukadinović Marković*, naučni saradnik

Instituta za uporedno pravo u Beogradu;

akademik prof. dr Radovan Vukadinović, redovni profesor

Univerziteta u Kragujevcu, u penziji

417

The legitimacy of the complementary application of competition and data protection provisions: the clarifications of the Court of Justice in the *Facebook* judgement

Legitimitet dopunske primene pravila o zaštiti konkurencije

i pravila o zaštiti podataka: pojašnjenje Suda pravde

u odluci *Facebook*

– *dr Andrea Piletta Massaro*, angažovan kao profesor

na Katedri za sociologiju i poslovno pravo

Univerziteta u Bolonji, Asistent na Katedri za pravo

Univerziteta u Torinu

433

Transformacija politike proširenja Evropske unije

pod uticajem rata u Ukrajini – od politike uslovljavanja

do geopolitičkog proširenja EU –

Transformation of the European Union enlargement policy under

the influence of the war in Ukraine from the policy of conditionality

to the geopolitical enlargement of the EU

– *prof. dr Duško Lopandić*, redovni profesor, Pravni fakultet

za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija,

Novi Sad

455

Šesta katedra
Sixth Department

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU
RIGHT TO A STATE RULED BY LAW

a) *Pravna država – teorijska i praktična iskustva*

State Ruled by Law - Theory and Practical Experience

Mihajlo Vuković – jedan primer zrele pravnohermeneutičke misli

Mihajlo Vuković - an example of mature legal hermeneutical thought

– *prof. dr Saša Bovan*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta
u Beogradu 473

Etički minimum globalne pravde

The ethical minimum of global justice

– *akademik prof. dr Vlado Kambovski*, Makedonska akademija nauka
i umetnosti 487

Problem predavanja Đorđa Tasića na Haškoj akademiji međunarodnog
prava 1938. godine

The problem of the Đorđe Tasic's lecture at the Hague Academy
of International Law in 1938

– *Dragica Plećaš*, dipl. pravnik, savetnik u Pokrajinskom sekretarijatu
za urbanizam i zaštitu životne sredine 511

b) *Pravna država – ustavno-pravna pitanja*

State Ruled by Law - Constitutional Law Issues

Kontrolna lista vladavine prava i njen uticaj na pravosudnu reformu u Srbiji

Checklist of the rule of law and its impact on judicial reform in Serbia

– *prof. dr Vladan Petrov*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije 531

A human rights approach to university students' exercise of the
“right to be forgotten”

Ljudska prava studenata univerziteta u kontekstu „prava na zaborav“

– *prof. dr Zehra Odyakmaz*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta *Ufuk*, Ankara; *Kadircan Berkay Çakiralp*, advokat,
Advokatska komora Ankare 549

Slobodni izbori kao tekovina demokratskog političkog sistema Free elections as an asset of the democratic political system – <i>dr Marko Stanković</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	571
Odnos slobode izražavanja i prava na ugled u postupku pred Ustavnim sudom Republike Srbije The relationship of freedom of expression and the right to reputation in proceedings before the Constitutional Court of the Republic of Serbia – <i>Besfort Ramadani</i> , master prava, savetnik Ustavnog suda Republike Srbije	583

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341(082)

КОПАОНИЧКА школа природног права Слободан Перовић. Сусрет (36 ; 2023 ; Копаноник)

Међународни правни односи и правда : zbornik radova 36. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović, Kopaonik, 13. – 17. decembar 2023 : međunarodna naučna konferencija. Tom 3 = International legal relations and justice : proceedings of the 36th Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović, Kopaonik, 13 - 17 December 2023 : international scientific conference. Vol. 3 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2023 (Novi Sad : Futura). - 604 str. ; 24 cm

Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 500. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries.

ISBN 978-86-81956-20-5

ISBN 978-86-81956-22-9 (za izdavačku celinu)

a) Међународно право -- Зборници

COBISS.SR-ID 130241801



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

KOPAONIKSCHOOL.ORG