

**INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW**

ISSN 0039 2138

UDK 34

**STRANI PRAVNI ŽIVOT
FOREIGN LEGAL LIFE**

**2/2018
Beograd, 2018.**

Izdavač/Publisher

**INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO/ INSTITUTE OF
COMPARATIVE LAW**

Beograd, Terazije 41
e-mail: institut@iup.rs, www.iup.rs
tel. + 381 11 32 33 213

Redakcija/ Editorial board

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

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

prof. dr Nataša Mrvić Petrović

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/ Deputy of editor in chief

doc. dr Jelena Čeranić

Sekretar redakcije/ Secretary of Editorial board

Aleksandra Višekruna

Tehnički urednik/ Technical editor

dr Miloš Stanić

Štampa/Print

GORAGRAF

Tiraž/Circulation

200 primeraka/200 copies

SADRŽAJ

<i>Boris Krivokapić</i> O RAZLIKOVANJU IZMEĐU MEĐUNARODNIH KRIVIČNIH DELA U UŽEM I U ŠIREM SMISLU	7
<i>Dijana Marković-Bajalović</i> VERTIKALNA OGRANIČENJA KONKURENCIJE U TEORIJI I SUDSKOJ PRAKSI SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA	29
<i>Jelena Vukadinović Marković</i> POLOŽAJ ARBITRAŽNIH TRIBUNALA U PRAVNOM SISTEMU EVROPSKE UNIJE	49
<i>Milena Kavarić</i> ODGOVORNOST UGOVORNIH STRANA KOD UGOVORA O FRANŠIZINGU	65
<i>Dragan Jovašević</i> TEŠKA UBISTVA U KRIVIČNIM ZAKONODAVSTVIMA POLJSKE, RUSIJE I BALTIČKIH DRŽAVA	85
<i>Dragoljub Todić</i> ZAKLJUČIVANJE I IZVRŠAVANJE MEĐUNARODNIH UGOVORA U PRAVNOM SISTEMU BOSNE I HERCEGOVINE, CRNE GORE I HRVATSKE	103
<i>Jelena Kostić</i> IZAZOVI HARMONIZACIJE KRIVIČNORAVNE ZAŠTITE TRŽIŠTA KAPITALA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE – PRIMER ITALIJANSKOG ZAKONODAVSTVA	119
<i>Biljana Lepotić</i> SAVETODAVNA MIŠLJENJA PREMA PROTOKOLU 16 UZ EVROPSKU KONVENCIJU ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA I PRETHODNE ODLUKE SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE	141

<i>Dijana Savić Božić</i> FAZE RAZVOJA INSTITUCIJE ZAŠTITNIKA GRAĐANA	155
<i>Marija Mijatović</i> AGENCIJE ZA FORMULISANJE – METODI RADA I SARADNJA SAVREMENIH SUBJEKATA HARMONIZACIJE MEĐUNARODNOG TRGOVINSKOG PRAVA	169
<i>Olga Tešović</i> ALTERNATIVNE KRIVIČNE SANKCIJE U PRAVIMA NORDIJSKIH DRŽAVA	185
<i>Stefan Andonović, Uroš Bajović</i> POSTUPAK PRED KOŠARKAŠKIM ARBITRAŽNIM TRIBUNALOM (BAT)	203
<i>Gordana Gasmī</i> Prikaz knjige Dr Ana Čović PRAVA DETETA – EVOLUCIJA, REALIZACIJA I ZAŠTITA	221

TABLE OF CONTENTS:

<i>Boris Krivokapic</i> ON DIFFERENCE BETWEEN INTERNATIONAL CRIMES <i>STRISTO SENSU</i> AND <i>LATO SENSU</i>	7
<i>Dijana Markovic-Bajalovic</i> VERTICAL RESTRAINTS IN THE US THEORY AND COURTS' PRACTICE	29
<i>Jelena Vukadinovic Markovic</i> POSITION OF THE ARBITRATION TRIBUNALS IN THE EU LEGAL ORDER	49
<i>Milena Kavacic</i> LIABILITY OF CONTRACT PARTIES IN THE FRANCHISING CONTRACT	65
<i>Dragan Jovasevic</i> MURDER UNDER AGGRAVATING CIRCUMSTANCES DEFINITIONS IN CRIMINAL LEGISLATIONS OF POLAND, RUSSIA AND BALTIC STATES	85
<i>Dragoljub Todic</i> CONCLUSION AND IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL TREATIES IN THE LEGAL SYSTEMS OF BIH, MONTENEGRO, AND CROATIA	103
<i>Jelena Kostic</i> CHALLENGES OF HARMONIZATION WITH EU STANDARDS IN CAPITAL MARKET PROTECTION BY CRIMINAL LAW - EXAMPLE OF ITALIAN LEGISLATION	119
<i>Biljana Lepotic</i> ADVISORY OPINIONS UNDER THE PROTOCOL 16 TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND PRELIMINARY DECISIONS OF THE COURT OF JUSTICE EUROPEAN UNION	141

<i>Dijana Savic Bozic</i> STAGES OF DEVELOPMENT OF THE INSTITUTION OF THE PROTECTOR OF CITIZENS	155
<i>Marija Mijatovic</i> FORMULATING AGENCIES – WORKING METHODS AND COOPERATION BETWEEN CONTEMPORARY SUBJECTS OF HARMONIZATION OF INTERNATIONAL TRADE LAW	169
<i>Olga Tesovic</i> ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS IN NORDIC COUNTRIES	185
<i>Stefan Andonovic, Uros Bajovic</i> PROCEEDINGS BEFORE BASKETBALL ARBITRAL TRIBUNAL (BAT)	203
<i>Gordana Gasmi</i> Book review: Ana Čović THE RIGHTS OF THE CHILD - EVOLUTION, REALIZATION AND PROTECTION	221

O RAZLIKOVANJU IZMEĐU MEĐUNARODNIH KRIVIČNIH DELA U UŽEM I U ŠIREM SMISLU

Apstrakt

Članak se bavi problemom podele međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i u širem smislu. U prvom delu ukazuje se na suštinu te podele i činjenicu da se ona javila na XIV Međunarodnom kongresu krivičara (Beč 1989) a zatim bila prihvaćena od jednog broja teoretičara. U drugom delu dat je osvrt na najvažnije kriterijume na kojima se zasniva ove podela. Premda ukazuje i na druge moguće kriterijume, autor primećuje da se na kraju sve uglavnom svodi na to da li je međunarodna zajednica precizno inkriminisanje, gonjenje i kažnjavanje izvršilaca dela prepustila državama ili su osnovani posebni međunarodni sudovi, nadležni za utvrđivanje krivične odgovornosti okrivljenih i, kada tome ima mesta, izricanje kazne. Treći, najvažniji deo predstavlja kritički osvrt. Autor na kraju, nakon što ukazuje na brojne konkretne razloge za to, zaključuje da nema razloga za pravljenje razlike između međunarodnih krivičnih dela u užem i širem smislu. On smatra da su razne podele međunarodnih krivičnih dela dobrodošle, ali da se ova ne čini opravdanom.

Ključne reči: *Međunarodno pravo, međunarodno krivično pravo, međunarodna krivična dela*

1. Uvod

Ovde se nećemo baviti pojmom međunarodnog krivičnog dela, jer je to tema za sebe. Stoga ćemo se za potrebe ovog rada zadovoljiti najopštijim određenjem prema kojem je međunarodno krivično delo -

* Akademik (RAEN), redovni profesor, naučni savetnik. Poslovni i pravni fakultet Univerziteta "Union – Nikola Tesla", Pravni fakultet Samarskog nacionalnog univerziteta "S. P. Koroljov", Samara, krivokapicboris@yahoo.com.

teška povreda međunarodnog prava koja za posledicu ima individualnu krivičnu odgovornost onih koji su je izvršili ili naredili.

Boljem razumevanju međunarodnih krivičnih dela pomažu njihove podele koje su česte u pravnoj literaturi. Ima ih mnoštvo i zasnivaju se na raznim, ne uvek precizno definisanim kriterijumima.¹ Jedna od njih je deoba međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i u širem smislu. Ovaj rad se bavi samo njom.²

2. Međunarodna krivična dela u užem i širem smislu

1. Suština podele. - Podela o kojoj je ovde reč usvojena je na XIV kongresu Međunarodnog udruženja za krivično pravo (Beč, 1989) kada je izvršeno razlikovanje između međunarodnih zločina *stricto sensu* i *lato sensu* (u užem odn. širem smislu). Pri tome je precizirano da se pod zločinima *stricto sensu* podrazumevaju ona krivična dela koje je priznala međunarodna zajednica u skladu sa opšteprihvaćenim pravilima za stvaranje međunarodnog prava, tako da se krivična odgovornost pojedinaca neposredno zasniva samo na ovom priznanju, s tim da se navedena dela ograničavaju na kršenje najviših vrednosti međunarodne zajednice, a ako su ti zahtevi ispunjeni, kao međunarodna krivična dela ove kategorije mogu se, pored već postojećih, priznati i druga dela. Sa druge strane, međunarodna krivična dela u užem smislu određena su kao ona koja su priznata pravilima međunarodne zajednice koja nisu opšte prihvaćena i koja se tiču povrede vrednosti, čija zaštita traži saradnju zainteresovanih država, s tim da je odgovornost za ta dela zasnovana na domaćem pravu.³

¹ Tako npr. K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press 2001, 47-229; Ch. Bassiouni, *Introduction to International Law*, Transnational Publishers 2003, 109-158; A. Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beograd 2005, 49-151; R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press 2010, 203-358; : A. V. Naumov, A. G. Kibaljnik, V.N. Orlov, P. V. Volosjuk, *Meždunarodnoe ugotovnoe pravo*, Москва 2014, 193-337.

² Analizom raznih klasifikacija međunarodnih krivičnih dela bavili smo se u: B. Krivokapić, "Vrste međunarodnih krivičnih dela", u: *Relevantna pitanja primene međunarodnog krivičnog prava u nacionalnom pravu*, Nogo S. (ur.), Tara 2012, 169-198. Tamo je na str. 174-175. dat i kratak osvrt na podelu međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i širem smislu, čime se bavimo ovde daleko potpunije.

³ J. L. de la Cuesta José Luis, *Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004)*, International Association of Penal Law 2007, 117, <http://www.penal.org/sites/default/files/files/RICPL.pdf>, 25.3.2018.

Navedena podela, bilo da je izričita, bilo da je posredna, proizlazi iz načina izlaganja zločina na koje se odnosi i javlja se kod jednog broja autora.⁴ Prostor ne dozvoljava da se bliže bavimo takvim pristupima jer ih je mnogo, sa mnoštvom varijacija. Ipak, ilustracije radi, ukazaćemo na neke autore i njihove stavove.

Tako se, na primer, precizira da se pod međunarodnim krivičnim delima u užem smislu podrazumevaju ona za koja su posle Drugog svetskog rata sudili međunarodni vojni sudovi u Nirnbergu i Tokiju, a koja su dobila potvrdu usvajanjem četiri Ženevske konvencije (ratni zločini, zločini protiv mira i zločin protiv čovečnosti) te da među njih spada i zločin genocida koji je uveden Konvencijom o genocidu (1948). Reč je o delima kojima se napadaju najvažnija dobra međunarodne zajednice. Naprotiv, u širem smislu međunarodna krivična dela su sva ona ponašanja za koja je međunarodna zajednica zainteresovana da budu suzbijana zbog njihovog međunarodnog karaktera, s tim da je neophodna pretpostavka za njihovo suzbijanje to da su nacionalnim krivičnim zakonodavstvima predviđena kao krivična dela. U tu kategoriju spadaju trgovina ljudima, aparthejd, gusarstvo,⁵ međunarodni terorizam, otmica vazduhoplova, ilegalni promet droge itd.⁶

Slično se izjašnjavaju i neki drugi teoretičari. Oni objašnjavaju da su međunarodna krivična dela u užem smislu ona koja su direktno inkriminisana pravilima međunarodnog krivičnog prava za koja to pravo predviđa jurisdikciju međunarodnih sudova, čime se štite vrednosti koje cela međunarodna zajednica smatra naročito važnim i čijim se kršenjem ugrožava i sam opstanak te zajednice -zločin genocida, zločini protiv čovečnosti, ratni zločini i zločin agresije. Naprotiv, u međunarodna krivična dela u širem smislu spadaju ona koja imaju osnovu u međunarodnim zakonima, ali je kažnjavanje predviđeno nacionalnim krivičnim zakono-

⁴ Npr. Ch. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Springer 2008; V. Nerlich, "Core Crimes and Transnational Business Corporations", *Journal of International Criminal Justice* 8/2010, 896; R. S. Clark, "The International Criminal Law System", *New Zealand Journal of Public and International Law*, 1/2010, 28-30; M. Bergsmo, W. L. Cheah (eds.) *Old Evidence and Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic, Beijing 2012; P. Gaeta, "International criminal law", in: *International Law for International Relations*, C. Basak (ed.), Oxford University Press 2010, 265; I. Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Law: A Comparative Law Analysis*, Springer 2014, 70-91; A. Chouliaras, "A Strategic Choice: The State Policy Requirement in Core International Crimes", *Leiden Journal of International Law* 4/2015, 953-975.

⁵ Očigledno se misli na piratstvo. Nije neuobičajeno da se u stručnoj javnosti poistovećuje sa gusarenjem, što je pogrešno. B. Krivokapić, *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd 2011, 635-716.

⁶ Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, Beograd 2006, 13-14.

davstvima, a krivični progon njihovih učinilaca ostavljen na volju državnim organima konkretne države. Aktivnost međunarodne zajednice ovde „nije usmerena na obezbeđenje represivnog supranacionalnog ravništa, već ka celovitoj primeni međunarodnih instrumenata, harmonizaciji krivičnih zakonodavstava i intenzivnoj uzajamnoj saradnji država“, kako navodi Kambovski.⁷ Tu spadaju krivična dela u vezi sa opojnim drogama ili nuklearnim materijama, bezbednošću vazdušnog ili pomorskog saobraćaja, u vezi sa prostitucijom, pornografijom, trgovinom ljudima, trgovinom oružjem, zaštitom životne sredine, ali i transnacionalna organizovana krivična dela i sl.⁸

Ukazuje se i na to da se međunarodna krivična dela u užem smislu od onih u širem smislu razlikuju: „a) po težini prouzrokovanih posledica, b) po načinu njihove inkriminacije i kažnjavanja, c) za njihovo kažnjavanje nisu nadležni međunarodni krivični sudovi, već nacionalni sudovi pojedinih država koje su ih i prihvatile kao krivična dela u svom nacionalnom zakonodavstvu, d) njima se ne povređuju najviše vrednosti međunarodne zajednice i e) pitanje nezastarevanja ovih dela se uopšte ne postavlja“.⁹

Ponekad se sve uprošćava i primećuje da je razlika u tome što su međunarodna krivična dela u užem smislu dovoljno precizno definisana međunarodnim pravom i suzbijaju se na međunarodnom nivou, dok su ostala, ona u širem smislu, „sva ponašanja koja međunarodna zajednica želi da suzbije na nacionalnom nivou propisujući obavezu za države da ih inkriminišu kao krivična dela i propišu za njihove učinioce određenu vrstu i meru kazne.“¹⁰

Ipak, najčešće se sve uglavnom svodi na isticanje da „uobičajena je podela na: 1) međunarodna krivična dela u užem smislu (prava ili čista) i 2) međunarodna krivična dela u širem smislu (neprava ili mešovita)“ i zatim na preciziranje da „kriterijum za ovo razlikovanje jeste nadležnost međunarodnih krivičnih sudova (koji postupaju samo u slučaju izvršenih međunarodnih krivičnih dela u užem smislu) odnosno istorija krivičnog pravosuđa.“¹¹

⁷ V. Kambovski, „Primena supranacionalnih normi međunarodnog kaznenog prava“, u: *Relevantna pitanja međunarodnog krivičnog prava*, S. Nogo (ur.), Tara 2003, 18

⁸ V. Kambovski, 18; B. Čejović, *Međunarodno krivično pravo*, Beograd 2006, 89; D. Jovašević, M. Simović, „Zločin genocida: međunarodno pravo i pravo Bosne i Hercegovine“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka - APEIRON* 6/2016, 178-179.

⁹ B. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo 2010, 136-142.

¹⁰ D. Jovašević, „Međunarodno krivično pravo – između prava i politike“, *Međunarodni problemi* 1/2013, 50.

¹¹ D. Jovašević, M. Simović, „Zločin genocida: međunarodno pravo i pravo Bosne i Hercegovine“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 6/2016, 178-179.

Sasvim u tom duhu, neki autori prave razliku između međunarodnih krivičnih dela *stricto sensu* (genocid, ratni zločini, zločini protiv čovečnosti, agresija) i ostalih, koja nazivaju transnacionalnim (prekograničnim) s tim da primećuju da je razlikovanje zasnovano na neposrednom odnosno posrednom mehanizmu. Prva dela koja nazivaju još i osnovnim (engl. *core crimes*) su u nadležnosti međunarodnih krivičnih tribunala i Međunarodnog krivičnog suda, dok je nacionalna jurisdikcija usmerena na borbu protiv transnacionalnih zločina, putem zaključenja konvencija o njihovom suzbijanju i međunarodne saradnje zasnovane na principu *aut dedere aut punire*.¹² Dakle, ovde je u pitanju samo nešto drugačija terminologija, dok je suštinski u pitanju istovrsna podela.

2. Kriterijumi podele. - Premda među onima koji podržavaju podelu međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i ona u širem smislu postoje razlike, među najvažnijim kriterijumima te podele uglavnom se navode neki od sledećih ili čak nekoliko njih odjednom: 1) dobra koja se štite najviše vrednosti međunarodne zajednice ili one za koje je neposredno zainteresovan samo određeni krug država;¹³ 2) težina posledica- više ili manje izražena; 3) način regulisanja- normama opšteg međunarodnog prava ili drugim međunarodnim pravnim normama; 4) preciznost regulisanja- precizno regulisanje na međunarodnom planu ili samo utvrđivanje da su određena dela kažnjiva uz prepuštanje državama da svojim propisima urede relevantna pitanja; 5) (ne)zastarevanje- tvrdnja da međunarodna krivična dela u užem smislu ne zastarevaju dok se kod onih u širem smislu to pitanje ne postavlja; 6) nadležnost za gonjenje i kažnjavanje- nadležnost međunarodnih sudova ili nacionalnih sudova država.

Opšta karakteristika je da se kao najvažnija obeležja međunarodnih krivičnih dela u užem smislu najčešće navodi to da su ona dovoljno precizno definisana međunarodnim pravom i da su za njihovo gonjenje i kažnjavanje obrazovani međunarodni krivični sudovi. Naprotiv, u međunarodna krivična dela u širem smislu svrstavaju se oni zločini za koje je međunarodna zajednica zainteresovana da budu suzbijani, ali se zadovoljava da međunarodnopravnim normama utvrđuje da su takvi akti zabranjeni i kažnjivi, dok državama ostavlja da ih svojim unutrašnjim propisi-

¹² H. Van der Wilt, "Expanding Criminal Responsibility in Transnational and International Organized Crime", *Groningen Journal of International Law*, vol. 4, 1/2016, 1. I sam autor, međutim, odmah u nastavku priznaje da razlikovanje međunarodnih krivičnih dela po tim kriterijumima nije do kraja precizno i pouzdano.

¹³ N. Boister, „Transnational Criminal Law?“, *European Journal of International Law* 5/2003, 968-974.

ma predvide kao krivična dela, preciznije ih definišu, propišu sankcije i krivično gone i kažnjavaju njihove izvršioce.

Na toj osnovi se u krug međunarodnih krivičnih dela u užem smislu po pravilu svrstavaju samo četiri najteža dela (agresija, ratni zločini, zločini protiv čovečnosti, genocid) dok se ostali međunarodni zločini shvataju kao međunarodna krivična dela u širem smislu.

3. Kritički osvrt

Premda na prvi pogled logična i zanimljiva, podela međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i širem smislu je veštačka i iz mnogo razloga nije prihvatljiva.

1. Načelne primedbe. – Pre svega, kada se govori o nečemu u užem i u širem smislu, onda se logički pretpostavlja da je i ono „u užem“, suštinski deo onog „u širem“. Ovde toga nema - međunarodna krivična dela u užem i ona u širem smislu doživljavaju se kao različite pojave.

Kod takvog pristupa, gde su te dve kategorije u izvesnom smislu međusobno suprotstavljene, sugeriše se, makar i prećutno, da postoje nekakva „prava“ međunarodna krivična dela (ona u užem smislu) i nešto što je slično, ali ipak nije isto (dela u širem smislu).¹⁴ Ispada da ovako shvaćena, međunarodna krivična dela u širem smislu zapravo i nisu međunarodna krivična dela. Sa druge strane, time se negira da u međunarodna krivična dela (u užem smislu) spadaju takvi tradicionalni međunarodni zločini kao što su piratstvo, trgovina robovima, zločini protiv diplomatskih predstavnika itd. ili neki drugi (npr. akti međunarodnog terorizma). Takav stav ne može se prihvatiti.

Ukazuje se prilika da u ovom radu objasnimo i to da podela međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i ona u širem smislu nije isto što i podela na najteža i ostala međunarodna krivična dela, premda može da izgleda tako. Podela na najteža i ostala međunarodna krivična dela ne podrazumeva suštinsku razliku među delima; sva ostaju podjednako krivična i podjednako međunarodna. Razlika je u drugim elementima, kao što su društvena opasnost, posledice, vrsta i visina propisane kazne i slično, čime se među međunarodnim zločinima uvodi jedna vrsta hijerarhije, ali bez dovođenja u pitanje međunarodnog karaktera bilo kojih među njima, pa i onih manje teških.

¹⁴ Već je ukazano da se ponekad i izričito kaže da su međunarodna krivična dela u užem smislu „prava ili čista“, a ona u širem smislu „neprava ili mešovita“. D. Jovašević, M. Simović, 178.

2. Dobra koja se štite. –Tvrđi se da međunarodna krivična dela u užem smislu štite najveće vrednosti međunarodne zajednice, dok međunarodna krivična dela u širem smislu štite vrednosti za koje je neposredno zainteresovan samo određeni krug država.¹⁵ To je, međutim, nepouzdan kriterijum, jer je značaj dobara koja se štite nedovoljno jasan, a uz to promenljiv. Vekovima je rat bio dozvoljen, a danas je agresija najteži međunarodni zločin; u prošlosti se trgovina robovima smatrala legalnom, a danas je međunarodni zločin itd. Uostalom, pristalice podele međunarodnih krivičnih dela na dela u užem i širem smislu terorizam svrstavaju u međunarodna krivična dela u širem smislu, premda bi trebalo da je jasno da međunarodni terorizam ugrožava najvažnija dobra (mir, bezbednost, ljudske živote, životnu sredinu itd.) pa i sam opstanak čitave međunarodne zajednice?¹⁶

3. Težina posledica. –Smatra se da su kod međunarodnih krivičnih dela u užem smislu posledice jače izražene (teže) nego kod ostalih međunarodnih krivičnih dela.

Navedeni kriterijum je, zapravo, u tesnoj vezi sa prethodnim i, kao i prethodni, nije pouzdan. Ne postoji merilo po kome bi se objektivno mogla vagati težina posledica. Uostalom, neki akt međunarodnog terorizma može imati neuporedivo teže posledice od mnogih ratnih zločina, pa čak u nekim slučajevima i od agresije.¹⁷

4. Način regulisanja. –Na kongresu Međunarodnog udruženja za krivično pravo (1989) istaknuta je ideja da su međunarodna krivična dela u užem smislu ona koja je priznala međunarodna zajednica u skladu sa opšteprihvaćenim pravilima za stvaranje međunarodnog prava, dok su međunarodna krivična dela u širem smislu ona koja su priznata pravilima međunarodne zajednice koja nisu opšte prihvaćena. Još preciznije ta misao je izražena kod onih koji sva međunarodna dela dele na ona po opštem međunarodnom pravu i konvencionalna dela.¹⁸

Ovde se sugeriše da postoje krivična dela koja, kao deo opšteg međunarodnog krivičnog prava, predstavljaju zabranu određenog ponašanja

¹⁵ N. Boister, 968-974.

¹⁶ Pored ostalog, upotreba biološkog oružja od strane terorista mogla bi da znači kraj ljudskog roda, pa i života na Zemlji.

¹⁷ Zabeleženi su teroristički napadi koji su odneli velike žrtve kao što je bilo ratova koji su kratko trajali i imali relativno malo žrtava. Tako je npr. u terorističkom napadu u SAD 11.9.2001. stradalo oko 3.000 ljudi, a u petodnevnom rusko-gruzijskom ratu (7-12.8.2008.) poginulo je ukupno oko 500 ljudi. Ne smemo ni da pomislamo šta bi bilo kada bi teroristi koristili oružje za masovno uništenje – hemijsko, a posebno nuklearno ili biološko.

¹⁸ I. I. Likašuk, A. V. Naumov, *Međunarodnoe ugotovnoe pravo*, Moskva 1999, 112-200.

za sve; u slučaju da ti akti budu izvršeni, podrazumevaju obavezu međunarodne zajednice i svih država da gone i kažnjavaju njihove učinioce. S druge strane, postoje dela koja vezuju samo države ugovornice sporazuma kojima su takva dela definisana. Međutim, termin “opšteprihvaćena pravila za stvaranje međunarodnog prava” ne govori koje su to norme opšte prihvaćene (obavezne za sve) već koji su to izvori međunarodnog prava, što je potpuno drugi problem.¹⁹

Ako se želelo reći da su u pitanju norme opšteg međunarodnog prava (kao što to neki autori, uostalom, jasno ističu) onda moramo podsetiti da je opšte međunarodno pravo samo univerzalno običajno međunarodno pravo, koje je kao takvo obavezno za sve države. Ali, običajna pravila su nedovoljno precizna, postoje samo u svesti ljudi, pri čemu svako ima donekle drugačiju sliku. Stoga, običajna pravila sama po sebi nisu podobna da se na njima zasniva kažnjavanje krivaca. A oni koji predlažu izdavanje međunarodnih krivičnih dela u užem smislu insistiraju upravo na tome da su ta dela precizno regulisana međunarodnim pravom i uz to da su u nadležnosti međunarodnih sudova. Ima smisla izdvajati običajna krivična dela kao takva, ali iz drugih razloga. Uostalom, ako se već govori o njima, onda u njih spadaju ne samo ona na koja ukazuju pristalice deobe o kojoj ovde govorimo, već i piratstvo, krivična dela protiv diplomatskih predstavnika, trgovina robovima itd.

Sa druge strane, ako se misli da opšte međunarodno pravo čine univerzalne konvencije, pa bi u međunarodna krivična dela u užem smislu spadala ona koja su utvrđena njima, dok bi krivična dela u širem smislu činila ona koja su regulisana drugim ugovorima (“pravilima međunarodne zajednice koja nisu opšte prihvaćena”), ni taj pristup nije dobar. Nema nijednog međunarodnog sporazuma koji je opšte prihvaćen u smislu da su u njegovom članstvu sve države, a posebno ga nema u materiji krivičnog prava. To važi i za Konvenciju o genocidu (1948.) koja ima 149 ili Rimski statut (1998.) koji ima 123 članice, premda je u svetu oko 200 država.²⁰ Sa druge strane, i ona dela koja se svrstavaju u međunarodna krivična dela u širem smislu uređena su univerzalnim međunarodnim sporazumima. Nekima je u njima odvojeno svega nekoliko članova, ali su zato drugima posvećene čitave konvencije, kao npr. o rasnoj diskriminaciji, aparthejdu, krivičnim delima protiv lica pod međunarodnom zaštitom, uzimanju talaca, krivičnim delima protiv bezbednosti civilnog vazduho-

¹⁹ B. Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2017, 125-191.

²⁰ *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, UNTC, https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en, 25.3.2018.

plovstva, krivičnim delima protiv bezbednosti pomorske plovidbe, itd.²¹

5. Preciznost regulisanja. –Tvrđi se da su međunarodna krivična dela u užem smislu dovoljno precizno definisana međunarodnim pravom, tako da se na osnovu tih opisa može zasnovati neposredna krivična odgovornost pojedinaca, dok kod međunarodnih krivičnih dela u širem smislu međunarodno pravo samo utvrđuje da su ti akti zabranjeni i kažnjivi i ostavlja državama da ih precizno urede svojim zakonima.

Mora se priznati, zaista, da u nekim slučajevima međunarodno pravo dovoljno precizno uređuje opisana pitanja. To se čini u prvom redu statutima međunarodnih krivičnih sudova, kojima se definiše njihova nadležnost. Naprotiv, ponekad se međunarodni ugovori stvarno zadovoljavaju samo time da utvrde da je neko delo zabranjeno i kažnjivo, ostavljajući državama da propišu zakonske opise tih krivičnih dela i da kazne krivce.

Istina je da često nema suštinske razlike između načina na koji su definisana neka krivična dela koja pristalice ove podele svrstavaju u razne kategorije. Dobar primer je poređenje genocida i piratstva. Genocid je definisan Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948.) a zatim je praktično ista formulacija uneta u krivične zakonike država²² i u statute međunarodnih krivičnih sudova.²³ Jedina razlika je što statuti ne predviđaju raspon kazne za svako konkretno delo (pa tako ni za genocid) kako to čine krivični zakonici, već na jednom mestu navode vrste kazni i najveće trajanje kazne zatvora. Tako, na primer, Rimski statut u čl. 77. propisuje da Međunarodni krivični sud može da izrekne kaznu zatvora na određeni broj godina, koja maksimalno može da iznosi 30 godina (s tim da je u ekstremnim slučajevima moguće izreći i kaznu doživotnog zatvora) te da kao sporednu kaznu uz kaznu zatvora može da izrekne novčanu kaznu ili konfiskaciju prihoda, imovine i dobara. Ali, strogo uzev, to nije dovoljno precizno regulisanje. Ne samo da predviđeni raspon kazne zatvora nije vezan za konkretno delo, već nema nikakvog raspona novčanih

²¹ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1966.), Međunarodna konvencija o ukidanju i kažnjavanju zločina aparthejda (1973.), Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju krivičnih dela protiv lica pod međunarodnom zaštitom, uključujući i diplomatske agente (1973.), Međunarodna konvencija protiv uzimanja talaca (1979.), Konvencija o krivičnim delima i nekim drugim aktima izvršenim u vazduhoplovima (1963.), Konvencija o suzbijanju nezakonite otmice vazduhoplova (1970.), Konvencija o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv bezbednosti civilnog vazduhoplova (1971.), Konvencija o suzbijanju nezakonitih dela protiv bezbednosti pomorske plovidbe (1988.) itd.

²² Npr. čl. 370. Krivičnog zakonika Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016).

²³ Npr. čl. 4. Statuta Haškog tribunala, čl. 6. Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda.

kazni niti dovoljno preciznih odredbi u vezi sa konfiskacijom. Pa ipak, svi koji prihvataju deobu međunarodnih krivičnih o kojoj je ovde reč, smatraju genocid međunarodnim krivičnim delom u užem smislu. Štaviše, takvim ga smatraju još od donošenja Konvencije o genocidu (1948) premda u njoj nigde nije predviđen nikakav raspon kazni.

Sa druge strane, piratstvo je definisano, i to na identičan način, u čl. 15. Konvencije o otvorenom moru (1958.) i čl. 101. Konvencije UN o pravu mora (1982.). Suštinski ista formulacija nalazi se u krivičnim zakonima država.²⁴ Stvar je, dakle, u tom pogledu skoro identična kao kod genocida. Pa ipak, pristalice deobe međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i širem smislu skoro bez izuzetka svrstavaju piratstvo u međunarodna krivična dela u širem smislu, dok je jedina razlika u tome što u pomenutim konvencijama nije propisana kazna za piratstvo, nego se to čini u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu. Međutim, suštinski piratstvo je jedan od najstarijih međunarodnih zločina, utvrđen još u dalekoj prošlosti međunarodnim običajnim pravom.²⁵

Uostalom, šta tačno znači kada se govori o preciznosti regulisanja? Svi tvrde da u međunarodna krivična dela u užem smislu spadaju ona iz Statuta Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu. Međutim, moglo bi se diskutovati da li su ona zaista dovoljno precizno definisana. To u prvom redu važi za zločine protiv mira, ali i za zločine protiv čovečnosti, pa delom i za ratne zločine.²⁶ Takođe i za način na koji su utvrđene kazne - Statut ne vezuje kazne za konkretna dela, niti daje bilo kakve bliže okvire, sem što u čl. 27. precizira: „Sud će imati pravo da optuženom, čija je krivica utvrđena, izrekne kaznu smrti ili drugu kaznu, koju on bude našao za shodno“.²⁷ Toliko o preciznosti regulisanja.

Ako se, međutim, pod preciznošću regulisanja misli na to da li se na osnovu normi međunarodnog prava može u stvarnosti neposredno odlučivati o krivičnoj odgovornosti ili ne, onda je tu zapravo u pitanju kriterijum podele nadležnosti između međunarodnih i nacionalnih sudova. Nema međunarodnih normi koje propisuju bilo kakve kazne, a da te

²⁴ Npr. čl. 294. Krivičnog zakonika Republike Srbije.

²⁵ Poznata maksima *Pirata est hostis humani generis* (pirat je neprijatelj čitavog ljudskog roda) pripisuje se Ciceronu. Zapravo i nije toliko važno ko je njen tvorac, koliko je bitna istina koju ona kazuje.

²⁶ U čl. 8/2/b Statuta propisano je da je reč o povredama ratnih zakona i ratnih običaja, koje obuhvataju u nastavku nabrojana dela, „ali se na njih ne ograničavaju“. Dakle, Sudu su date određene ruke da sudi i za dela koja nisu izričito pomenuta. To se, pored ostalog, kosi sa načelom zakonitosti u krivičnom postupku.

²⁷ *Nirnberška presuda*, Beograd 1948, 19.

norme nisu ugrađene u statut nekog od međunarodnih krivičnih sudova, s tim da važe samo za taj sud i postupke pred njim.

6. (Ne)zastarevanje. –Ponekad se ukazuje da, za razliku od međunarodnih krivičnih dela u širem smislu, krivična dela u užem smislu ne zastarevaju. Međutim, činjenica je da je ovde mnogo toga nedovoljno jasno, pa i sporno. Pomenućemo samo neke probleme.

Tačno je da postoji Konvencija o nezastarevanju ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti (1968.) ali nju je do sada, za pola veka, ratifikovalo samo 55 država.²⁸ Praksa pokazuje, uz to, da u nekim zemljama, u skladu sa njihovim zakonodavstvom, ratni zločini zastarevaju. Pitanje je i da li zastareva zločin agresije? Tačno je da čl. 29. Rimskog statuta predviđa da dela iz nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda (što znači i agresija) ne zastarevaju, ali to vezuje samo Sud i članice Statuta, a to su svega 123 države. Pitanje je i da li je u redu da ne zastareva neki manje težak ratni zločin, a da zastarevaju akti međunarodnog terorizma, koji mogu imati veliki broj žrtava. Uostalom, ovaj kriterijum se ne tiče suštine, te već zbog toga ne može biti prihvatljiv za osnovu deobe međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i širem smislu.

7. Nadležnost međunarodnog ili nacionalnog suda. –U najvećem broju slučajeva podela međunarodnih krivičnih dela kojom se ovde bavimo ima za osnovu puku formu, a u krajnjoj liniji svodi se na podelu stvarne nadležnosti između međunarodnih i nacionalnih sudova. A ta nadležnost je, opšte uzev, promenjiva kategorija.

Primera radi, ako bi se nadležnosti kao kriterijuma podele čvrsto držali, genocid bi, od momenta kada je uveden Konvencijom o genocidu (1948.) pa sve do 90-ih godina prošlog veka, kada su osnovani *ad hoc* međunarodni krivični tribunali i Međunarodni krivični sud, nadležni da sude i za taj zločin, i pored činjenice da je u pitanju jedan od najtežih međunarodnih zločina, spadao u međunarodna krivična dela u širem smislu²⁹.

²⁸ *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, UNTC, https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en, 25.3.2018.

²⁹ Čl. VI Konvencije o genocidu (1948) predviđa da će okrivljeni za taj zločin biti predati na suđenje nadležnim sudovima države na čijoj teritoriji je zločin izvršen “ili međunarodnom krivičnom sudu, koji će biti nadležan za one od ugovornica koje budu priznale njegovu nadležnost”. Međutim, decenijama niti je postojao takav sud, niti se znalo da li će ikada biti osnovan. A pošto iz stilizacije Konvencije proističe da se pod međunarodnim sudom ima u vidu onaj koji je osnovan međunarodnim ugovorom (a ne kao Haški tribunal ili Tribunal za Ruandu, rezolucijom Saveta bezbednosti) to, strogo uzev, znači da bi se po ovim kriterijumima genocid mogao smatrati međunarodnim krivičnim delom u užem smislu u najboljem slučaju tek od stupanja na snagu Rimskog statuta, dakle od 1.7.2002. godine

Naprotiv, u isto vreme u „prava“ međunarodna krivična dela, ona u užem smislu, spadali bi mnogi akti koji jesu nesumnjivi ratni zločini, ali su neuporedivo manje društveno opasni i imaju po intenzitetu manje izražene posledice, kao što su, na primer, ubistvo neprijatelja koji je položio oružje, nezakonito zadržavanje parlamentara, oduzimanje pokretnih stvari od ranjenih i poginulih na bojištu (maroderstvo) itd. Razume se da to niti je logično, niti je prihvatljivo.

Vezano za genocid javljaju se i neka druga pitanja. Da li je on, ako bi se prihvatilo da je merilo podele na međunarodna krivična dela u užem i širem smislu nadležnost međunarodnog suda, postao međunarodnim krivičnim delom u užem smislu osnivanjem Haškog tribunala kao prvog međunarodnog suda koji je bio nadležan da sudi za taj zločin, premda je teritorijalna i vremenska nadležnost Tribunala bila vrlo ograničena? Ili je to postao osnivanjem Međunarodnog krivičnog suda?³⁰ S tim što treba imati u vidu da i dalje oko polovine država, na čelu sa najvećim svetskim silama ne priznaju njegovu nadležnost?³¹

Sa druge strane, činjenica je da za ista dela (npr. genocid, ratne zločine) u raznim prilikama sude i međunarodni sudovi i unutrašnji (nacionalni) sudovi država. To bi onda značilo da isto krivično delo u raznim konkretnim slučajevima može da ima različiti karakter tj. da je jednom međunarodni zločin u užem, a drugi put u širem smislu?

Uostalom, prema izričitom slovu Rimskog statuta (1998.) Međunarodni krivični sud komplementaran je unutrašnjim sudovima država³² u smislu da prvenstvena odgovornost za krivično gonjenje učinilaca međunarodnih zločina, stavljenih u nadležnost Suda, i dalje leži na državama. Sud će preuzeti slučaj samo ako utvrdi da država koja je imala nadležnost nad datim slučajem nije voljna ili sposobna da na odgovarajući način sprovede istragu ili suđenje.³³ Dakle, ispada da su i dela iz nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda u stvari međunarodni zločini u širem smislu, a pretvaraju se u međunarodne zločine u užem smislu tek ako i kada postupak preuzme Međunarodni krivični sud.

Razni *ad hoc* međunarodni krivični sudovi, uostalom, sude samo neke od najvažnijih predmeta koji se odnose na dela iz njihove nadležnosti, dok ostale sude nadležni krivični sudovi država. Tako npr. Statut Me-

³⁰ Na ova pitanja smo već odgovorili, ali uvek su moguća i drugačija tumačenja.

³¹ Nije nam namera da osporavamo težinu i značaj zločina genocida, već da ukazemo ne probleme koji se javljaju u vezi sa pokušajima da se identifikuju međunarodna krivična dela u užem smislu.

³² Preambula, par. 10. Rimskog statuta (1998).

³³ Čl. 17. Rimskog statuta.

đunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju u čl. 9/1 precizira da Tribunal i nacionalni sudovi država „imaju uporednu nadležnost za krivično gonjenje osoba za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1. januara 1991. godine.“³⁴

Pošto pristalice podele na međunarodna krivična dela u užem i širem smislu pod krivičnim delom u užem smislu kvalifikuju ono koje je stavljeno u nadležnost međunarodnog suda, proizlazi da se to ne čini zbog prirode i obeležja samog dela, već zbog nadležnosti suda. Znači li to da bi u onim predmetima u kojima za isto delo sude nacionalni sudovi, navedeno krivično delosamo zbog nadležnosti nacionalnih sudova spadalo u međunarodna krivična dela u širem smislu? Naravno da ne.

Važno je primetiti i to da praksa pokazuje da stvarna nadležnost međunarodnih krivičnih sudova nije definisana na isti način. Tako, na primer:

- Međunarodni vojni sudovi u Nirnbergu i Tokiju sudili su za: 1) zločine protiv mira, 2) ratne zločine i 3) zločine protiv čovečnosti.
- Haški tribunal je nadležan za: 1) teške povrede Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava rata (1949.), 2) kršenja zakona i običaja rata, 3) genocidi, 4) zločine protiv čovečnosti.
- Tribunal za Ruandu je nadležan za: 1) genocid, 2) zločine protiv čovečnosti 3) povrede člana 3. zajedničkog za Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata (1949.) i Dopunskog protokola II uz njih (1977.).
- Mešoviti krivični sud za Istočni Timor bio je nadležan za: 1) genocid, 2) zločine protiv čovečnosti, 3) ratne zločine, 4) mučenje, 5) ubistvo i 6) seksualne zločine.
- Mešoviti krivični sud za Kambodžu nadležan je za: 1) najteža međunarodna krivična dela – genocid, zločine protiv čovečnost, ratne zločini, 2) neka druga međunarodna krivična dela–uništenje kulturnih dobara, zločine protiv lica pod međunarodnom zaštitom i 3) određena krivična dela predviđena krivičnim zakonom Kambodže – ubistvo, mučenje, progon po verskoj osnovi.
- Specijalni sud za Sijera Leone bio je nadležan za: 1) zločine protiv čovečnosti, 2) povredu člana 3. zajedničkog za Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata (1949.) i povredu Dopunskog protokola II (1977.), 3) za druge teške povrede međunarodnog humanitarnog prava - a) na-

³⁴ Istini za volju, shodno čl. 9/2 Tribunal ima primat nad nacionalnim sudovima i može u bilo kojoj fazi postupka zatražiti od nacionalnih sudova da mu ustupe nadležnost. Stogase, (čl. 10), okrivljenom može ponovo suditi pred Tribunalom ako postoje razlozi za sumnju da neki postupak pred nacionalnim sudom nije bio nepristrasan ili nezavisan, dok se, naprotiv, licu kojem je sudio Tribunal, ne može ponovo suditi pred nacionalnim sudom za isto delo. Međutim, ova pitanja nisu od značaja za problem kojim se ovde bavimo.

pad na civilno stanovništvo, b) napad na osoblje, instalacije, opremu ili vozila uključene u pružanje humanitarne pomoći ili mirovnu misiju i c) regrutovanje dece mlađe od 15 godina u oružane snage ili njihovo aktivno uključivanje u borbe, ali i za 4) određena krivična dela utvrđena pravom Sijera Leonea – zlostavljanje i otmica devojaka i bezobzirno uništavanje imovine (spaljivanje privatnih kuća, javnih i drugih zgrada).³⁵

- Specijalni sud za Liban nadležan je da sudi licima odgovornim za teroristički napad u Libanu 14.2.2005. u kojem je poginulo više od 20 lica, među kojima i predsednik vlade te zemlje; pod određenim uslovima, odlukom Tribunala ta nadležnost može biti proširena i na druge takve događaje koji su se dogodili u Libanu između 1.10.2004. i 31.12.2005, a koji su povezani ili analogni sa terorističkim napadom od 14.2.2005. Najprostije rečeno, ovaj sud nadležan je da sudi za konkretan teroristički akt.³⁶
- Međunarodni krivični sud (čl. 5-8 Rimskog statuta) nadležan je za: 1) genocid, 2) zločine protiv čovečnosti, 3) ratne zločine 4) agresiju.

S tim u vezi postavlja se nekoliko pitanja. Da li se kao nekakva međunarodna krivična dela u užem smislu, samo zbog toga što se pominju u statutima međunarodnih krivičnih sudova kao dela iz njihove nadležnosti, mogu formulisati takvi akti kao što su teške povrede Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava rata (1949.), povreda člana 3. zajedničkog za Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata (1949.) i Dopunskog protokola II uz njih (1977.), zatim mučenje, ubistvo i seksualni zločini, pa čak i određena dela predviđena nacionalnim zakonodavstvom država potpisnica? Svakako da ne. Konkretno povrede Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava rata odnosno Dopunskog protokola su, svaka za sebe, konkretni ratni zločini ili zločini protiv čovečnosti, ali teško da bi se moglo govoriti o novom međunarodnom krivičnom delu, pogotovu „u užem smislu“, koje bi se sastojalo u povredi tih dokumenata.

Može se zapaziti istovremeno da, sem Nirnberskog i Tokijskog suda i, u najnovije vreme, Međunarodnog krivičnog suda, nijedan od krivičnih sudova nije bio nadležan za zločin agresije. Da li onda zločin agresije spada u tzv. međunarodna krivična dela u užem smislu? Ako je odgovor potvrđan, a morao bi biti, odmah se rađa novo pitanje – da li u međunarodna krivična dela u užem smislu spadaju zločini protiv mira ili zločin agresije? Jer, to nisu iste stvari. Agresija je obuhvaćena zločinima protiv

³⁵ Čl. 4-5. Statuta Specijalnog suda za Sijera Leone.

³⁶ B. Krivokapić (2011), 493-563.

mira, ali oni su statutom Nirnberškog suda bili definisani mnogo šire.³⁷ Premda je, uostalom, u nadležnost Međunarodnog krivičnog suda agresija stavljena Rimskim statutom (1998.), ona je, za potrebe funkcionisanja Suda, definisana tek na sednici Skupštine država članica Statuta održanoj u Kampali 2010. godine.

Prihvatanje podele na međunarodna krivična dela u užem i širem smislu, koja bi za osnov imala to da li su za ta dela nadležni međunarodni ili nacionalni sudovi otvorilo bi i problem da li bi status međunarodnih krivičnih dela u užem smislu trebalo priznati svim zločinima koji se pominju u statutu bilo kog međunarodnog suda? Ili samo onim delima koja se javljaju u statutima svih međunarodnih sudova? Ili samo zločinima iz Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda?³⁸

Odmah se javlja i pitanje šta sa tzv. mešovitim krivičnim sudovima kod kojih u većini slučajeva prevladuje međunarodni element, pa se i oni smatraju međunarodnim?³⁹ Posebno, šta sa činjenicom da su neki od njih svojim statutima ovlašćeni da sude i za određena krivična dela predviđena domaćim zakonodavstvom određene države?

Dosledno pridržavanje kriterijuma prema koje se podela međunarodnih krivičnih dela vrši s obzirom na to da li je za suđenje nadležan međunarodni ili nacionalni sud, značilo bi da su i sva dela iz nadležnosti takvih sudova (pa i ona utvrđena nacionalnim pravom država) ne samo međunarodna, već međunarodna u užem smislu. I to samo zbog činjenice da je za njihovo suđenje nadležan međunarodni sud. Takvo rezonovanje, razume se, ne bi bilo ispravno. Krivična dela predviđena unutrašnjim propisima država ne mogu postati međunarodna samo zbog toga što su

³⁷ Zločini protiv mira definisani su u čl. 6/2/a Statuta Međunarodnog vojnog suda u Nimerbergu (1945) kao „planiranje, pripremanje, započinjanje ili vođenje agresorskog rata ili rata kojim se krše međunarodni ugovori, sporazumi ili garancije, ili učestvovanje u nekom zajedničkom planu ili zaveri za izvršenje ma kog od gore navedenih dela.“ Definicija je nedovoljno precizna, jer ne daje jasan odgovor na pitanje šta je to i kada postoji agresija, dok, sa druge strane, pored agresorskog rata u zločine protiv mira ubraja i, isto tako nedefinisano, planiranje, pripremanje, započinjanje ili vođenje rata kojim se krše međunarodni ugovori, sporazumi ili garancije, kao i učestvovanje u zajedničkom planu ili zaveri u vezi sa tim.

³⁸ Ponekad se međunarodna krivična dela u užem smislu identifikuju sa onima iz nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda. Za tim, međutim, nema potrebe, jer je najpreciznije i dovoljno nazivati ih delima iz nadležnosti tog suda. *Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court*, CMN, September 2017, 20, <https://www.legal-tools.org/doc/e05157/pdf/>, 25.3.2018; *Core Crimes Defined in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Coalition for the International Criminal Court, <http://www.iccnw.org/documents/FS-CICC-CoreCrimesinRS.pdf>, 25.3.2018.

³⁹ B. Krivokapić (2011), 524-542.

stavljena u nadležnost međunarodnog krivičnog suda. Čak i da se prihvati da time dobijaju nekakav međunarodni karakter, svakako ne mogu da pretenduju da uđu u krug međunarodnih krivičnih dela u užem smislu.

Za kraj navodimo jedan argument iz sasvim drugog ugla.

Postoje i druge pojave i instituti koji, uz međunarodne, imaju i više ili manje izražene nacionalne elemente, pa se ipak smatraju međunarodnim bez ikakvih podela na one u užem i one u širem smislu. Tako se, na primer, sankcije UN bez ikakve podele „u užem“ i u „širem smislu“ s pravom smatraju međunarodnim pored činjenice da neke od njih zaista sprovode same UN (npr. suspendovanje članskih prava, isključenje iz članstva itd.) ali da je znatno veći krug sankcija koje UN samo uvode, dok je njihova primena prepuštena državama. Ona podrazumeva bliže regulisanje, donošenje određenih konkretnih odluka, preduzimanje praktičnih koraka (npr. povlačenje ambasadora) itd. Pa ipak, sve te mere nazivaju se međunarodnim sankcijama. I to s pravom, jer osnov imaju u međunarodnom pravu.⁴⁰

Još bolji primer su ljudska prava. Govorimo o međunarodnim ljudskim pravima, onima koja su zajamčena međunarodnim pravom.⁴¹ Navedeni atribut se ističe i pored činjenice da međunarodno pravo samo više ili manje precizno jamči ta prava i međunarodni nadzor nad njihovim poštovanjem, ostavljajući državama da ih bliže pravno uredi, stvore uslove za njihovo nesmetano uživanje, obezbede mehanizme za njihovu zaštitu itd.

4. Zaključak

S obzirom na sve izloženo, čini se da nema razloga za pravljenje razlike između međunarodnih krivičnih dela u užem i širem smislu. I jedna i druga su međunarodna. Štaviše, mnoga od njih su i nastala prvo u međunarodnom pravu (ratni zločini, genocid, aparthejd itd.) pa su tek onda preneti u unutrašnje pravne poretke država. Razne podele međunarodnih krivičnih dela su dobrodošle, ali se ova ne čini opravdanom.

Ona je, zapravo, dobrim delom posledica činjenice da pola veka nakon suđenja u Nirnbergu i Tokiju nije bilo novog međunarodnog krivič-

⁴⁰ Moglo bi se prigovoriti da se sankcije nazivaju međunarodnim jer ih je doneo međunarodni organ. Međutim, međunarodne bi bile i sankcije koje bi zbog kršenja međunarodnog prava kolektivno usvojile i primenile države koje nisu institucionalno povezane kroz članstvo u nekoj međunarodnoj organizaciji.

⁴¹ M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2017.

nog suda. I onda su neki teoretičari zločine iz statuta tih sudova, kojima je iz razumljivih razloga pridodat zločin genocida, proglasili međunarodnim krivičnim delima u užem smislu, „pravim“ međunarodnim krivičnim delima. To je bilo utoliko lakše učiniti što nije bilo, a nema ni danas, nekakvog za sve obaveznog međunarodnog krivičnog kodeksa.

Ali, navedena podela je nepotrebna konstrukcija koja pre zamagljuje suštinu nego što doprinosi boljem razumevanju. Ne samo da nema pouzdanog kriterijuma po kome bi se pomenuto razlikovanje moglo dosledno sprovesti, već i kada bi se postigao nekakav konsenzus o tome šta ulazi u međunarodna krivična dela u užem smislu, on ne bi bio trajan. Dovoljno bi bilo, na primer, da se u Rimski statut uključe neka nova dela (npr. terorizam ili piratstvo, u pogledu kojih već postoje takve ideje) i krug tzv. međunarodnih krivičnih dela u užem smislu bio bi proširen. Da li je prihvatljivo da kategorija nekog dela koja govori o njegovoj suštini (u „užem“ ili „širem“ smislu) zavisi samo od (promene) nadležnosti međunarodnog suda? Svakako da nije.

Čak i kada se ima u vidu isto grupisanje zločina, mnogo je bolje govoriti o međunarodnim krivičnim delima iz nadležnosti međunarodnih sudova i ostalim međunarodnim krivičnim delima (onima iz nadležnosti država). Štaviše, ni ta podela ne bi bila dovoljno precizna, zato što se, kao što je već ukazano, isti zločini javljaju u nadležnosti i međunarodnih i nacionalnih sudova, dok se, sa druge strane, susreću velike razlike u tome šta spada u nadležnost konkretnih međunarodnih krivičnih sudova.

Premda se ponekad može naći i kod stručnjaka za međunarodno pravo,⁴² podela međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i ona u širem smislu mnogo je češća među stručnjacima koji se bave krivičnim pravom. Uostalom, nije čudo što je usvojena na kongresu Međunarodnog udruženja za krivično pravo. To je i razumljivo, pošto krivičari, po prirodi svog specifičnog pristupa, u fokus uzimaju konkretne predmete, konkretne postupke, doživljavajući međunarodno krivično pravo kao samo jednu varijaciju krivičnog prava. Za njih je važno da se raspravi konkretan slučaj, odluči o krivici i, kada tome ima mesta, izrekne kazna krivcima po zakonu. I dobro je što je tako, jer to i treba da bude suština njihovog pristupa.

Sa druge strane, i onda kada se bave međunarodnim krivičnim pravom, krivičari ga ne doživljavaju kao granu međunarodnog prava, već kao neku vrstu prekograničnog delovanja krivičnog prava. Oni neretko nemaju dovoljno dubok uvid u izvore, institute i funkcionisanje međunarodnog prava. Stoga se dešava da nemaju sasvim jasnu sliku u pogledu

⁴² Npr. B. M. Janković, Z. Radivojević, *Međunarodno javno pravo*, Niš 2014, 291-299.

toga šta je opšte međunarodno pravo, ne snalaze se najbolje kada je reč o izvorima tog prava, ne znaju njihov međusobni odnos, ne razumeju sasvim ulogu kogentnih normi u međunarodnom pravu, zamenjuju gusarenje i piratstvo, izjednačavaju krivična dela u užem smislu sa normama kojima se krše zakoni i običaji rata (premda se u ovom drugom slučaju radi samo o ratnim zločinima); koriste jedninu premda je reč o zbirnim nazivima za razne zločine, a ne o konkretnim zločinima (koriste izraze „zločin protiv mira“, „ratni zločin“ i „zločin protiv čovečnosti“);⁴³ izjednačavaju zločine protiv mira sa agresijom; ne uviđaju razliku između agresorskog i agresivnog rata;⁴⁴ itd.

Naprotiv, stručnjaci za međunarodno pravo doživljavaju međunarodno krivično pravo kao jednu od grana međunarodnog prava i fokusirani su pre na njene sistemske osobenosti i vezu sa ostalim granama međunarodnog prava, na specifične međunarodnopravne izvore te grane, na međunarodne sudske institucije kao takve itd., nego na razmišljanje o samim konkretnim sudskim postupcima. Oni su skloni da zaborave značaj konkretnih postupaka, problem radnje koja prouzrokuje određenu posledicu, pitanje krivice itd.

Pravo razumevanje međunarodnog krivičnog prava može se postići samo ako se to pravo i njegove norme i instituti posmatraju istovremeno iz oba ugla. Podela međunarodnih krivičnih dela na ona u užem i u širem smislu ne doprinosi tome.

Literatura

Bassiouni C. M., *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers 2003.

Bergsmo M., Ling Y., eds., *State Sovereignty and International Criminal Law*, Torkel Opsahl Academic, Beijing 2012.

Boister N., “Transnational Criminal Law?”, *European Journal of International Law* 5/2003, 953-976.

Chouliaras A., “A Strategic Choice: The State Policy Requirement in Core

⁴³ B. Čejović, 89.

⁴⁴ Kod agresije, reč je o *agresorskom ratu*, dok je *agresivan* (ofanzivan) onaj rat koji se vodi napadačkim dejstvima, bez obzira na to ko ga vodi. Agresivan rat može voditi i žrtva agresije kada pređe u kontranapad, kao što agresor može preći ili biti prinuđen na odbrambena dejstva (ako ne pokušava da prodiđe dalje, ukopa se, povlači se pod pritiskom protivnika itd.). Pored ostalog, i Krivični zakonik Srbije (2005, sa kasn. izm.) u čl. 386. pogrešno govori o agresivnom ratu, misleći na agresorski.

- International Crimes”, *Leiden Journal of International Law* 4/2015, 953-975.
- Clark R. S., “The International Criminal Law System”, *New Zealand Journal of Public and International Law*, 1/2010, 27-37.
- Cryer R., Friman H., Robinson D., Wilmshurst E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press 2010.
- Čejović B., *Međunarodno krivično pravo*, Beograd 2006.
- Damgaard C., *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Springer 2008.
- Gaeta P., “International criminal law”, in: Basak Cali (ed.): *International Law for International Relations*, Oxford University Press 2010, 258-280.
- Janković B. M., Radivojević Zoran, *Međunarodno javno pravo*, Niš 2014.
- Jovašević D., „Međunarodno krivično pravo – između prava i politike“, *Međunarodni problemi* 1/2013, 42-67.
- Jovašević D., Simović M.: „Zločin genocida: međunarodno pravo i pravo Bosne i Hercegovine“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 6/2016, 175-193.
- Kambovski V., “Primena supranacionalnih normi međunarodnog kaznenog prava”, u: Nogo S., *Relevantna pitanja međunarodnog krivičnog prava*, Tara 2003.
- Kaseze A., *Međunarodno krivično pravo*, Beograd 2005.
- Krivokapić B., *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd 2011.
- Krivokapić B., “Vrste međunarodnih krivičnih dela”, u Nogo Sreto (ur.): *Relevantna pitanja primene međunarodnog krivičnog prava u nacionalnom pravu*, Tara 2012, 169-198.
- Krivokapić B., *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2017.
- Lukašuk I.I., Naumov A.V. (1999), *Международное уголовное право*, Moskva 1999.
- Marchuk I., *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law*, Springer 2014.
- Naumov A.V., Кибальник А.Г., Орлов В.Н., Волосюк П.В, *Международное уголовное право*, Moskva 2014.
- Nerlich V., “Core Crimes and Transnational Business Corporations”, *Journal of International Criminal Justice* 8/2010, 895-908.
- Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2017.
- Petrović B., Jovašević D., *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo 2010.
- Stojanović Z., *Međunarodno krivično pravo*, Beograd 2006.
- Van der Wilt H., “Expanding Criminal Responsibility in Transnational and International Organized Crime”, *Groningen Journal of International Law*, vol. 4, 1/2016, 1-9.

Internet izvori

- Core Crimes Defined in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Coalition for the International Criminal Court, <http://www.iccnw.org/documents/FS-CICC-CoreCrimesinRS.pdf>, 25.3.2018.
- De la Cuesta J.L. (ed.) (2007), *Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004)*, International Association of Penal Law 2007, <http://www.penal.org/sites/default/files/files/RICPL.pdf>, 5.10.2017.
- Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court*, CMN, September 2017, 20, <https://www.legal-tools.org/doc/e05157/pdf/>, 25.3.2018.

Professor Boris Krivokapić, PhD

Business and Law Faculty “Union – Nikola Tesla” University, Belgrade
Law Faculty, Samara National University “S. P. Korolev”, Samara

ON DIFFERENCE BETWEEN INTERNATIONAL CRIMES *STRISTO SENSU AND LATO SENSU*

Summary

The article deals with the problem of dividing international criminal into those in the wider and broader sense. The first part points to the essence of this division and the fact that it appeared at the XIV International Association of Penal Law (Vienna, 1989) and was then accepted from a part of the theorist. The second part gives an overview of the most important criteria on which these divisions are based. Although also pointing to some other possible criteria, the author notes that in the end everything is mainly reduced to whether the international community precisely criminalizes, prosecutes and punishes the perpetrators, or establishes special international courts, responsible for determining the criminal responsibility of the defendants and, when there is appropriate, sentencing them. The third, most important part is a critical review. After

pointing out a number of specific reasons for this, the author concludes that there is no reason to make a difference between international crimes in the wider and broader sense. He believes that various divisions of international crimes are welcome, but this one does not seem justified.

Keywords: International law, International Criminal Law, International Crimes.

**VERTIKALNA OGRANIČENJA KONKURENCIJE U TEORIJI I
SUDSKOJ PRAKSI SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA***Apstrakt*

Čikaška škola ekonomske misli ima najveće zasluge za analizu efekata vertikalnih sporazuma na konkurenciju. Ukazujući na činjenicu da ograničenja konkurencije u vertikalnim sporazumima omogućuju proizvođaču da ponudi kupcima kvalitetniji proizvod i dodatne usluge pre, tokom i nakon prodaje, predstavnici Čikaške škole zalagali su se za ukiđanje apsolutne zabrane vertikalnih ograničenja u antimonopolskom pravu SAD. Prihvatajući njihovo stanovište, Vrhovni sud SAD je to i učinio u odlukama GTE Sylvania i Leegin. Empirijska istraživanja sprovedena poslednjih decenija 20. veka u SAD pokazala su da ne mogu sva vertikalna ograničenja imati jednak tretman u pravu konkurencije. Utvrđivanje prodajne cene u vertikalnim sporazumima može biti opravdano samo u malom broju slučajeva, jer se željeni ekonomski efekti mogu postići i ugovaranjem manje teških ograničenja. Pripadnici Post-čikaške škole potvrdili su stav da je potrebno analizirati konkurenciju na svakom tržištu u okviru jednog lanca proizvodnje i prodaje, kako bi se odmerili efekti ugovorenih vertikalnih ograničenja. Navedeno važi i kada je reč o tržištima posleprodajnih usluga (aftermarkets). Vrhovni sud SAD u slučaju Kodak izdvojio je tri faktora koji kumulativno doprinose jačanju tržišne pozicije proizvođača na tržištu posleprodajnih usluga.

Ključne reči: *vertikalni sporazumi, ograničenja konkurencije, utvrđivanje prodajne cene, posleprodajne usluge.*

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, e-mail: dijanamaryu@yahoo.com.

1. Uvodna razmatranja

Pravo konkurencije načelno zabranjuje sva sporazumna ograničenja konkurencije, jer slobodno tržišno privređivanje počiva na pretpostavci da svi učesnici tržišne utakmice samostalno donose svoje odluke o istupanju na tržištu. Uprkos načelnoj zabrani, pravni tretman horizontalnih i vertikalnih sporazumnih ograničenja je bitno različit.

Horizontalni sporazumi su sporazumi između privrednih subjekata koji posluju na istom nivou lanca proizvodnje, distribucije ili prodaje robe, odnosno usluga. To su sporazumi koji zaključuju proizvođači, veletrgovci, distributeri, zastupnici ili trgovci na malo među sobom. Budući da jedni drugima konkurišu, prodajući konkurentne proizvode, uzročno-posledična veza između sporazumnog ograničenja slobode njihovog tržišnog ponašanja i štete za konkurenciju, a time i potrošače, retko se dovodi u sumnju, jer konkurenti imaju zajednički interes da cena proizvoda koji nude na tržištu bude što viša.

Drugačije stoji stvar sa vertikalnim sporazumima. Pojam vertikalnih sporazuma u pravu konkurencije odnosi se na sporazume između privrednih subjekata koji posluju na različitim nivoima jednog lanca proizvodnje i prodaje. To su sporazumi između proizvođača na jednoj strani i njihovih zastupnika, distributera ili veletrgovaca, na drugoj strani, ili sporazumi između distributera i veletrgovaca, na jednoj strani, i trgovaca na malo, na drugoj. Različiti oblici vertikalnih aranžmana¹ su proizvođačima potrebni da bi brže i uz što manje troškova prodrli na nova tržišta. Proizvođač može pristupiti kupcu formiranjem sopstvene prodajne mreže (vertikalnom integracijom), ali to iziskuje velika ulaganja i dugotrajne napore. U slučaju neuspeha, proizvođač može imati značajne nepovratne troškove. Zbog toga često stupa u prodajne aranžmane sa samostalnim distributerima/trgovcima koji su već etablirani na određenim tržištima – imaju razvijenu prodajnu mrežu i poznaju lokalne prilike, navike i zahteve kupaca.

Vertikalni sporazumi, s jedne strane, donose koristi potrošačima, jer omogućuju raznovrsniju ponudu proizvoda ili ponudu kvalitetnijih usluga koje prate prodaju. S druge strane, uobičajene restriktivne klauzule u vertikalnim sporazumima mogu imati štetne efekte na konkurenciju, koji se ogledaju u smanjenju obima ponude i povećanju cene proizvoda.

¹ Odnosi poslovne saradnje između proizvođača i distributera mogu se uspostavljati putem sporazuma ili sticanjem učešća u kapitalu koje omogućuje značajan uticaj proizvođača na donošenje poslovnih odluka distributera ili obrnuto (koncentracije).

Odmeravanje pozitivnih i negativnih efekata vertikalnih sporazuma nije jednostavno, zbog čega nije moguće *a priori* zauzeti stav o njihovoj dozvoljenosti u pravu konkurencije. U ovom članku predstavljen je razvoj američke teorije i sudske prakse po pitanju efekata vertikalnih sporazuma na konkurenciju poslednjih decenija. Taj razvoj osvetljava svu kompleksnost problema sa kojim se pravo konkurencije suočava na polju analize vertikalnih sporazuma.

2. Oblici vertikalnih sporazuma

Prodajni aranžmani između proizvođača i distributera/trgovaca mogu imati različite pojavne oblike, od kojih su u praksi najčešći sledeći:

- *Ekskluzivna distribucija* – proizvođač distributeru poverava isključivo pravo prodaje njegovog proizvoda na određenoj teritoriji, a distributer se, po pravilu, obavezuje da neće prodavati konkurentske proizvode;
- *Ekskluzivno snabdevanje (nabavka)* – distributer zahteva od proizvođača da isključivo njega snabdeva ugovornim proizvodom, odnosno proizvođač obavezuje distributera ili prerađivača da isključivo od njega nabavlja ugovorni proizvod;
- *Selektivna distribucija* – proizvođač poverava prodaju svojih proizvoda samo distributerima koji ispunjavaju njegove unapred postavljene kriterijume, kvalitativne ili kvantitativne prirode, a koji se odnose na vrstu i nivo usluga krajnjim kupcima u toku i nakon prodaje, minimalni obim prodaje/prometa, teritorijalnu udaljenost prodajnih objekata i sl.;
- *Franšizing* – proizvođač daje pravo distributeru/trgovcu da istupa pod njegovim poslovnim imenom i da koristi njegove robne i uslužne žigove, čime se kod kupaca stvara privid da stupa u ugovorni odnos neposredno sa proizvođačem, pri čemu proizvođač od distributera/trgovca u ulozi franšizata zahteva da prilikom prodaje i pružanja pratećih usluga postupa u skladu sa njegovim uputstvima, te da nabavlja određene proizvode isključivo od njega.

Zajedničko za opisane oblike vertikalnih aranžmana jeste da distributeri/trgovci preuzimaju na sebe poslovni rizik prodaje, jer zadržavaju samostalnost u prodaji predmetnog proizvoda.² U isto vreme, distributeri/

² To je osnovna njihova razlika u poređenju sa trgovinskim zastupništvom, kod koga zastupnik radi u ime i za račun proizvođača, ne preuzimajući nikakav trgovački rizik.

trgovci ili, ređe, njihovi dobavljači, pristaju na ograničenja svog tržišnog ponašanja koja im nameće druga ugovorna strana. Ta ograničenja su, na prvi pogled, u neskladu sa odgovornošću za preuzeti komercijalni rizik.

Uprkostomešto sadrže ograničenja konkurencije, vertikalni aranžmani izazivaju manju pozornost u pravu konkurencije, iz više razloga. Prvi je taj što proizvođač i njegov distributer nisu prisutni na istom tržištu – oni međusobno nisu konkurenti, već nude proizvode koji su komplementarni (na primer, tako što distributer pruža usluge koje omogućavaju prodaju proizvoda proizvođača sa kojim je u vertikalnom odnosu). U ekonomskoj teoriji iznosi se stav da u vertikalnom aranžmanu nijedna strana nema interes da ona druga poveća cenu svog proizvoda, jer time smanjuje svoj profit.³ Otuda se logično nameće zaključak da ugovorna ograničenja slobode poslovnog ponašanja distributera ili proizvođača u vertikalnom odnosu po pravilu ne nanose štetu za konkurenciju. Drugi razlog je da vertikalni sporazumi, omogućujući proizvođačima da efikasnije prodru do krajnjih kupaca nego što bi to ostvarili putem vertikalne integracije, podstiču konkurenciju među njima, što je u interesu potrošača. Primera radi, ako na određenom tržištu već dominira jedan proizvođač, brži prodor konkurentskih proizvođača na isto tržište posredstvom vertikalnih sporazuma sa nezavisnim distributerima i trgovcima doprineće jačanju konkurencije i, posledično, većoj i raznovrsnijoj ponudi i nižim cenama.

3. Ograničenja konkurencije u vertikalnim sporazumima

Konkurencija među proizvođačima supstitutabilnih proizvoda⁴ po pravilu je razlog zbog kojeg proizvođači nameću u ugovorima sa svojim distributerima ograničenja u njihovom poslovanju, zbog čega takvi ugovori postaju predmet regulisanja u pravu konkurencije. Distributeri, sa svoje strane, takođe mogu nametati ograničenja proizvođaču u želji da se zaštite

³ S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London 2010., 191.

⁴ U pravu konkurencije, proizvodi su međusobno zamenljivi (supstitutabilni) ako ih takvim smatraju njihovi kupci, odnosno potrošači. Proizvođači bliskih supstituta konkurišu međusobno na istom relevantnom tržištu proizvoda. Supstitutabilnost proizvoda sa aspekta tražnje (supstitucija tražnje) redovno se ocenjuje na osnovu procene mogućnosti opredeljenja kupaca za kupovinu proizvoda koji su zamena za predmetni proizvod na osnovu faktora cene, fizičkih karakteristika i namene proizvoda. U ograničenom obimu, uzima se u obzir i mogućnost supstitucije proizvoda u ponudi (supstitucija ponude). V. R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, Oxford, Portland 2006, 69; J. Fall, A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford 2014, 43; F.J. Säcker, *The Concept of the Relevant Product Market*, Frankfurt am Main 2008, 32.

od konkurencije drugih distributera konkurentskih proizvoda. Ograničenja u vertikalnim sporazumima mogu biti cenovna i necenovna. Proizvođač i distributer se mogu sporazumeti da distributer prodaje proizvode po unapred utvrđenoj (minimalnoj) ceni u daljoj prodaji (eng. *Resale Price Maintenance – RPM*). Proizvođač može odrediti distributeru maksimalnu cenu u daljoj prodaji ili mu preporučiti prodajnu cenu. Ekskluzivitet u prodaji, odnosno nabavci je čest vid necenovnih ograničenja, kojim se ograničava pravo distributera da prodaje konkurentske proizvode, odnosno pravo proizvođača da prodaje konkurentskim distributerima. Ograničenja koja proizvođač nameće distributeru u daljoj prodaji se mogu odnositi na određenu teritoriju, određeni kanal prodaje ili određenu grupu kupaca. Kod selektivne distribucije, česta su ograničenja u pogledu kategorije maloprodajnih objekata u kojima trgovac može prodavati (npr. pravo prodaje samo u specijalizovanim prodavnicama, luksuzno opremljenim objektima ili izdvojenim i posebno opremljenim i označenim prostorima unutar velikih prodajnih objekata), minimalne međusobne udaljenosti prodajnih objekata, maksimalnog broja objekata na određenoj teritoriji i sl.

U ekonomskoj teoriji već dugo traje rasprava oko karaktera uticaja navedenih ograničenja u vertikalnim sporazumima na konkurenciju i dobit potrošača. Čikaška škola (*Chicago School*) je prva ponudila argumente zašto bi vertikalni sporazumi trebalo da budu izuzeti od zabrane u pravu konkurencije, tvrdeći da su oni u osnovi pro-kompetitivni. Jedan od vodećih predstavnika Čikaške škole, Robert Bork, izneo je stav da su vertikalni sporazumi podobni da ograniče konkurenciju između distributera proizvoda iste robne marke (eng. *intra-brand competition*), ali da nemaju nikakav efekat na konkurenciju između proizvoda različitih robnih marki –eng. *inter-brand competition*). Proizvođač tako ograničava slobodu distributera da samostalno određuju cenu njegovog proizvoda u daljoj prodaji ili ograničava broj distributera na određenoj teritoriji, čime eliminiše konkurenciju među distributerima njegove robne marke. Bork ističe da proizvođač nije motivisan da to čini zato da bi povećao profit svojih distributera, jer njega zanima samo njegov profit. Mogućnost proizvođača da naplati veću cenu i ostvari veći profit zavisi od njegove izloženosti konkurenciji proizvođača drugih robnih marki, tj. od snage *inter-brand* konkurencije. Prema tome, pravo konkurencije ne treba uopšte da se bavi ograničenjima koje proizvođač nameće unutar svog sistema prodaje, bez obzira o kojoj vrsti ograničenja da je reč.⁵ Na primer, ako

⁵ R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, With a New Introduction and Epilogue*, New York 1993, 290.

davalac franšize određuje minimalnu udaljenost između prodajnih objekata svojih fanšizata, on se ponaša na isti način kao kada otvara sopstvene prodajne objekte, jer nije ekonomski racionalno za jednog prodavca da otvori više prodajnih objekata na maloj udaljenosti. Ako proizvođač određuje distributerima cenu po kojoj oni dalje prodaju njegov proizvod, on to čini zato da bi ih naterao da se takmiče povećanjem obima prodaje i kvalitetom usluge koja se kupcu pruža prilikom i nakon prodaje, umesto cenom.⁶ Na taj način proizvođač eliminiše problem „švercera“ ili „slepeg putnika“ (eng. *free rider*), distributera koji kupcima nude njegov proizvod po nižoj ceni, zbog toga što nemaju troškove prilikom prodaje njegovog proizvoda, koji su potrebni za promociju proizvođača i izgradnju i očuvanje njegove reputacije u konkurenciji sa proizvođačima drugih robnih marki.⁷ Nametanjem vertikalnih ograničenja proizvođač ostvaruje ekonomske koristi u vidu rasta prodaje, pružanja dodatnih usluga kupcima i promotivnih napora.⁸

Bork je tvrdio da vertikalna ograničenja imaju pozitivan efekat na konkurenciju, bez obzira na to što kupci plaćaju veću cenu, jer distributeri zauzvrat obezbeđuju kupcima dodatne usluge: „Potrošaču se ne nudi više samo fizički proizvod, već kompozitni proizvod, čiji je jedan deo isti fizički proizvod a drugi deo se sastoji od informacija, izlaganja, usluga, pogodnosti itd. koje distributer sada pruža. Ove stvari se moraju računati

⁶ *Ibid.*

⁷ Navedeni problem (strategija „slepeg putnika“) prvi je u američkoj literaturi opisao Lester Tesler, koji je izneo argument da proizvođači nameću distributerima minimalnu cenu u daljoj prodaji, kako bi im omogućili veću marginu profita neophodnu za pokriće troškova pružanja preprodajnih i posleprodajnih usluga, kao što su reklama, promocija, isporuka, kreditiranje i opravka. Ukoliko proizvođač ne bi garantovao prodavcu minimalnu cenu, moglo bi se dogoditi da se kupac opredeli za kupovinu određenog proizvoda upravo zbog prodajnih napora koje je uložio jedan distributer, ali da kupovinu obavi kod drugog distributera, koji nije uložio adekvatne napore, zbog čega je u prilici da prodaje isti proizvod po nižoj ceni. L. Tesler, „Why Should Manufacturers Want Fair Trade“, *Journal of Law and Economics*, 1960, 86 i dalje, navedeno prema R. Pitořsky, *How the Chicago School Overshot the Mark*, Oxford 2008, 185. Kasnije je američka ekonomska teorija proširila njegovu argumentaciju. Za razliku od Teslera koji nabroja mahom materijalne činidbe koje povećavaju vrednost proizvoda i mogu se odvojeno naplaćivati kupcu (npr. opravka, zamena rezervnih delova), drugi autori navode i nematerijalna davanja koja povećavaju zadovoljstvo kupaca, a koje se obezbeđuju utvrđenom minimalnom cenom, kao što su prijatan ambijent i pogodna lokacija prodajnog objekta, ljubazno osoblje, duže radno vreme, favorizovanje proizvoda prilikom izlaganja na polici, itd. Ove nematerijalne činidbe grade i održavaju reputaciju proizvođača. Onamože biti narušena ako se proizvod prodaje po diskontnoj ceni kod trgovaca koji ne obezbeđuju slične usluge. Nematerijalne činidbe su signal kupcima da kupuju kvalitetan proizvod. Vid. H. Marvel, „The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1/1994, 65-67.

⁸ R. Bork, 297.

kao deo proizvoda, kao ekonomski rezultat, jer mi znamo da su potrošači voljni da plaćaju za njih kao alternativu za fizički proizvod bez njih. Prodavnice naplaćuju dekor u ceni odeće, restorani naplaćuju atmosferu i uslugu u ceni hrane, benzinske stanice naplaćuju za toalete, pranje stakala i pumpe za vazduh kroz cenu benzina. Bilo bi potpuno pogrešno reći da ovi dodaci nisu deo proizvoda, ili da potrošači plaćaju veću cenu za manje proizvoda, kada oni podržavaju takva preduzeća umesto onih koji nude isključivo fizički proizvod.⁹

Drugi vodeći predstavnik Čikaške škole, Ričard Pozner, podržao je Borka u napred iznetom stavu, ističući da distributeri obezbeđuju potrošačima dodatne usluge, koje potrošači plaćaju kroz veću cenu osnovnog proizvoda. Veća cena se ostvaruje ugovaranjem minimalne prodajne cene ili ekskluziviteta u prodaji na određenoj teritoriji, čime se distributeri štite od „slepih putnika“. Ipak, za razliku od Borka, Pozner uočava da razlog nametanja vertikalnih ograničenja može da bude i kartelni dogovor među distributerima da se cene na tržištu održavaju na određenom nivou. Ugovori distributera sa proizvođačem u tom slučaju su sredstvo realizacije kartelnog dogovora. Pozner priznaje da nijedno od navedenih teorijskih objašnjenja vertikalnih ograničenja nije empirijski dokazano, ali je to za njega argument da vertikalna ograničenja ne bi trebalo da budu niti apsolutno zabranjena ni apsolutno dopuštena u pravu konkurencije. Imajući u vidu aktuelnu situaciju na distributivnom tržištu SAD, Pozner je bio sklon da smatra da je kartel distributera manje verovatno objašnjenje za ugovaranje vertikalnih ograničenja u praksi.¹⁰ U svojim kasnijim razmatranjima, Pozner se zalagao za apsolutnu dopuštenost vertikalnih ograničenja u pravu konkurencije, objašnjavajući svoj stav sa dva argumenta: 1) ako je kartel distributera (ili proizvođača) razlog za nametanje vertikalnih ograničenja, taj problem se može jednostavno rešiti sankcionisanjem kartela kao horizontalnog sporazuma, 2) ako vertikalna ograničenja jednostrano nameće proizvođač, onda takva ograničenja uvek imaju pozitivan efekat na konkurenciju.¹¹

Podstaknuti navedenim teorijskim objašnjenjima, američki sudovi su ukinuli apsolutnu zabranu vertikalnih ograničenja u slučajevima *GTE*

⁹ *Ibid.*, 296.

¹⁰ R. Posner, „Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Mergers and Potential Competition Decisions“, *Columbia Law Review*, Vol. 75, 2/1975, 283-299.

¹¹ R. Posner, „The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: per se Legality“, *University of Chicago Law Review*, Vol. 48, 1/1981, 6-26.

*Sylvania*¹² i *Leegin*.¹³ U slučaju *GTE Sylvania*, Vrhovni sud SAD je opozvao svoj raniji stav da su vertikalna ograničenja apsolutno zabranjena, oslanjajući se na već iznetu argumentaciju da vertikalna ograničenja služe eliminaciji problema „slepeg putnika“ u distribuciji. Apsolutna zabrana opstala je nakon slučaja *GTE Sylvania* jedino u pogledu ugovaranja minimalne cene u daljoj prodaji. U slučaju *Leegin* i ova poslednja apsolutna zabrana je ukinuta, što znači da u pravu konkurencije SAD tužilac mora dokazati u svakom pojedinom slučaju da je restriktivna klauzula u vertikalnom sporazumu prouzrokovala štetne efekte na konkurenciju.¹⁴

Uprkos blagonaklonom odnosu američke sudske prakse prema svim vrstama vertikalnih ograničenja poslednjih decenija, rasprava o njihovim efektima na konkurenciju u ekonomskoj teoriji daleko je od toga da bude okončana. Argumenti Post-čikaške škole (*Post-Chicago School*) se mogu grupisati oko dva osnovna stava: 1) problem „slepeg putnika“ u distribuciji nema toliki značaj koliki mu pridaje Čikaška škola i sudska praksa SAD; 2) čak i tamo gde problem postoji, ugovaranje minimalne cene u daljoj prodaji je manje pogodno sredstvo da se on razreši u poređenju sa drugim formama vertikalnih ograničenja.

Jedan broj američkih ekonomista, s jedne strane, upozorava da je problem „slepeg putnika“ u distribuciji pre naglašen, jer je broj proizvoda čija prodaja zahteva pružanje dodatnih usluga kupcima u vidu, na primer, obuke kupaca, probnog korišćenja proizvoda, izložbenih salona, itd., relativno mali, a da je broj distributera koji zaista pružaju te usluge još manji. S druge strane, praksa vertikalnih ograničenja, uključujući i cenovnih, široko je raširena i obuhvata i prodaju onih proizvoda koji ne zahtevaju tu vrstu prodajnih usluga. Pitofski nabraja listu proizvoda široke potrošnje za koje je u američkoj praksi uočeno da se prodaju po ceni koju je utvrdio proizvođač, ističući da prodaja tih proizvoda evidentno ne zahteva dodatne usluge koje bi opravdavale zaštitu od strategije „slepeg putnika“. On takođe ukazuje da se nametanjem vertikalnih ograničenja ograničava sloboda distributera da sami biraju svoju prodajnu strategiju – umesto njih, odabir prodajne strategije vrši proizvođač. Oponirajući stavu Čikaške škole da je proizvođač zastupnik interesa kupaca u odnosu sa

¹² *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 1977.

¹³ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705, 2007.

¹⁴ Time se znatno otežava procesni položaj tužioca u američkom pravu, koji mora da dokazuje štetne posledice vertikalnih ograničenja, što je u praksi skopčano sa obavezom pribavljanja ekonomskih dokaza. To povećava troškove tužioca i spor radi utvrđivanja povrede antimonopolskih propisačini znatno kompleksnijim.

distributerom, Pitofski tvrdi da proizvođač i distributer imaju zajednički interes da cena proizvoda bude što viša kako bi obojica povećali marginu profita. Konačno, Pitofski čvrsto odbija stav da distributer koji prodaje po nižoj ceni uvek nudi manje usluga kupcima, ističući da se mora uzeti u obzir mogućnost da distributer koji prodaje jeftinije jednostavno ima manje troškove poslovanja.¹⁵

4. Utvrđivanje minimalnih cena u daljoj prodaji

Pojedini ekonomisti iznose argumente da najteža vertikalna organizacija, a pre svega utvrđivanje minimalne cene u daljoj prodaji, ne bi trebalo da budu dozvoljena čak i kada je reč o proizvodima čiji karakter nesporno opravdava pružanje dodatnih usluga kupcima pre i nakon prodaje (kompleksna tehnička roba, npr.). Kao potvrdu ispravnosti navedenog stava, oni ukazuju da je u američkoj praksi utvrđivanje minimalne cene u daljoj prodaji decenijama bilo apsolutno zabranjeno, ali da ta zabrana nije uticala da delatnost distribucije stagnira. *Argumentum a contrario*, utvrđivanje minimalnih cena u daljoj prodaji nije neophodno da bi se očuvala vitalnost distributera.¹⁶ Nekoliko empirijskih istraživanja koja su obavljena u poslednjim decenijama 20. veka ukazala su na činjenicu da su obim i raznovrsnost ponude rasli nakon ukidanja prakse utvrđivanja minimalne cene.¹⁷ Argument da minimalna cena omogućuje proizvođaču da očuva svoju reputaciju je prihvatljiv, ali korist od očuvanja reputacije brenda ima proizvođač, a ne kupac, budući da je proizvođač u prilici da naplati veću cenu na osnovu reputacije brenda. Zadatak prava konkurencije nije da štiti pojedinačne interese proizvođača, već blagostanje potrošača. Činjenica je da postoje potrošači koji su spremni da plate veću cenu da bi kupovali u prestižnim radnjama, ali to svakako nije generalna korist za potrošače kao društvenu grupu. Utvrđivanje minimalne cene u daljoj prodaji može biti opravdano u slučaju pojave novog proizvoda na tržištu, kako bi se distributerima obezbedio povrat troškova koje imaju

¹⁵ R. Pitofsky, „Why Dr. Miles Was Right?“, *Regulation*, January/February 1984, 27-30.

¹⁶ M. Lao, „Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance“, in: *How the Chicago School Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (ed. R. Pitofsky), Oxford 2008, 201.

¹⁷ M. Bennet, A. Fletcher, E. Giovanetti, D. Stallibrass, „Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy“, *Fordham International Law Journal*, 4/2011, 1295.

za promociju novog proizvoda. Ovaj argument, međutim, ne opravdava apsolutnu legalizaciju prakse utvrđivanja minimalnih cena.¹⁸

Utvrđivanje minimalnih cena u daljoj prodaji nije nužan mehanizam zaštite od strategije „slepog putnika“ u distribuciji. Čak i Bork, iako zagovara legalizaciju vertikalnih ograničenja, ukazuje da će distributeri koji pružaju dodatne usluge vrlo brzo ukazati proizvođaču na distributera koji to ne čini, tražeći zaštitu od njega.¹⁹ Zaštita se može postići tako što će proizvođač prekinuti da isporučuje proizvod distributeru koji kupcima ne obezbeđuje tražene dodatne usluge. Zaštita se može ostvariti i ugovaranjem drugih vrsta vertikalnih ograničenja, na primer, dodelom ekskluzivne teritorije ili ustanovljavanjem sistema selektivne distribucije. Tako proizvođač može ustanoviti sistem kojim će obavezivati sve distributere da promovišu njegov proizvod na određeni način, kako bi sprečio situaciju da jedan distributer ulaže značajna sredstva u promociju, a ostali distributeri povećavaju obim prodaje na bazi njegovih promotivnih aktivnosti. Sledeći argument koji se navodi je da praksa utvrđivanja minimalnih cena podstiče koordinaciju tržišnog ponašanja proizvođača (a nekada i distributera različitih brendova), smanjujući intenzitet *interbrand* konkurencije. To je razlog zbog koga praksa utvrđivanja minimalnih cena u daljoj prodaji zaslužuje stroži pravni tretman od ostalih vrsta vertikalnih ograničenja.²⁰

5. Ostala vertikalna ograničenja

Uticaj ostalih vrsta vertikalnih ograničenja na konkurenciju, a time i na blagostanje potrošača, takođe može biti pozitivan ili negativan. Karakter uticaja u konkretnom slučaju veoma mnogo zavisi od toga kako vertikalno ograničenje utiče na konkurenciju na horizontalnom nivou (konkurencija između proizvođača ili između distributera).²¹ Zbog toga procena efekata vertikalnih ograničenja u pravu konkurencije nužno pretpostavlja analizu konkurencije na horizontalnim nivoima lanca proizvodnje i prodaje.

Štetni efekti vertikalnih ograničenja mogu se ispoljiti kako u pogledu *interbrand*, tako i u pogledu *intrabrand* konkurencije, pri čemu su efekti na *interbrand* konkurenciju više u fokusu organa za zaštitu konkurencije. Vertikalna ograničenja mogu poslužiti da onemoguće ulazak novih konku-

¹⁸ M. Lao, 205-207.

¹⁹ R. Bork, 291.

²⁰ M. Bennet *et al.*, *op.cit.*, 1295.

²¹ S. Bishop, M. Walker, *op.cit.*, 194-195.

renata na tržište. Ako proizvođač ugovori ekskluzivitet sa distributerom, obavezujući ga da isključivo prodaje proizvode njegovog brenda, time onemogućava konkurentskim proizvođačima pristup tom distributivnom kanalu. Negativan efekat ograničenja je tim veći što je veći deo tržišta koji pokriva ekskluzivni distributer. Na isti način distributer može ograničiti ulazak na tržište novim distributerima, zahtevajući od proizvođača da zaključi sa njim ugovor o ekskluzivnom snabdevanju. Ukoliko su mogućnosti nabavke konkurentskih proizvoda za druge distributere ograničene, oni neće moći efikasno da konkurišu ekskluzivnom distributeru.

Vertikalna ograničenja slabe cenovnu konkurenciju unutar brenda, što posledično doprinosi slabljenju *interbrand* konkurencije. Na primer, ekskluzivna ili selektivna distribucija ograničava broj distributera na određenoj teritoriji, omogućujući distributerima istog brenda da povećaju cene. To dalje može doprineti da cene konkurentskih brendova na tržištu generalno rastu, naročito ukoliko *interbrand* konkurencija nije dovoljno jaka.

Konačno, vertikalna ograničenja mogu podsticati kartelne dogovore među proizvođačima različitih brendova, povećavajući transparentnost tržišta, čime se olakšava praćenje sprovođenja sporazuma (i time i njegovo poštovanje) od strane članova kartela. Navedeno posebno važi u uslovima oligopolskog tržišta sa malim brojem članova, tj. u uslovima nedovoljne *interbrand* konkurencije.

6. Ograničenja konkurencije na posleprodajnim tržištima (*aftermarkets*)

U sferi prodaje kompleksne tehničke robe sa dužim vekom trajanja (npr. automobili, motori, kompjuteri, medicinski uređaji, bela tehnika i dr.) kupac nakon obavljene kupovine ima potrebu za uslugama opravke i održavanja tokom čitavog veka trajanja proizvoda. Kako je napred napomenuto, jedan od razloga ugovaranja ograničenja u sporazumima između proizvođača i distributera jeste želja proizvođača da svojim kupcima obezbedi adekvatnu posleprodajnu uslugu opravke i održavanja kako bi povećao i očuvao ugled svog brenda. Ograničenja koja proizvođač nameće distributerima u tom cilju mogu biti različita: obaveza formiranja servisne mreže sa serviserima koji ispunjavaju određene standarde postavljene od strane proizvođača (npr. postupanje u skladu sa tehničkim uputstvima proizvođača, nabavka dijagnostičkih uređaja od proizvođača), obaveza držanja skladišta rezervnih delova, obaveza da se prilikom po-

pravke ili servisa ugrađuju rezervni delovi proizvođača ili trećeg lica koje poseduje sertifikat proizvođača („originalni rezervni delovi“), obaveza korišćenja potrošnog materijala originalne proizvodnje, itd.

Odnos prava konkurencije prema navedenim ograničenjima je ambivalentan. S jedne strane, kako je već napomenuto, razlog njihovog uvođenja može biti legitimna želja proizvođača da krajnjim kupcima obezbedi kvalitetnu posleprodajnu uslugu i time duži vek tehničke robe, u cilju stvaranja i očuvanja ugleda robne marke kod kupaca. S druge strane, navedena ograničenja mogu otežati ili onemogućiti pristup tržištu posle prodajnih usluga za nezavisne servisere i proizvođače rezervnih delova ili potrošnog materijala. Opasnost za konkurenciju naročito postoji ukoliko proizvođač ima značajnu tržišnu moć na tržištu osnovnog proizvoda. On tada može pribeći različitim taktikama kako bi svoju poziciju na tržištu osnovnog proizvoda iskoristio kao polugu za jačanje svoje tržišne pozicije na tržištu sporednog proizvoda, tj. za prenošenje tržišne moći sa jednog tržišta na drugo tržište (eng. *leverage, leveraging of market power*). Proizvođač, na primer, može uslovljavati pravo serviseru da istupa u prometu pod njegovim robnim žigom obavezom da upotrebljava isključivo originalni potrošni materijal i rezervne delove. On može odbiti da ustupi potrebne specifikacije nezavisnim proizvođačima rezervnih delova kako bi onemogućio njihovu proizvodnju delova kompatibilnih sa glavnim proizvodom. Proizvođač može sniziti cenu osnovnog proizvoda kako bi povećao obim prodaje, a povećati cenu rezervnih delova i usluga održavanja, kompenzirajući gubitak izazvan snižavanjem cene osnovnog proizvoda.²²

Uticaj navedenih ograničenja na dobrobit potrošača ne može se unapred odrediti kao pozitivan ili negativan. Ona mogu imati za rezultat bolju uslugu za potrošače, a ne moraju nužno dovesti do viših cena posleprodajnih usluga ili ukupne cene osnovnog i sporednog proizvoda, posebno ukoliko je konkurencija na tržištu osnovnog proizvoda dovoljno jaka. I ovde je na delu slična argumentacija kao i kod ostalih vrsta vertikalnih ograničenja. Bitno je analizirati konkurenciju na tržištu osnovnog proizvoda (*interbrand* konkurenciju), pre nego što se izvede bilo kakav zaključak o karakteru efekata obavezivanja kupaca osnovnog proizvoda da nabavljaju rezervne delove i potrošni materijal originalne proizvodnje i vrše opravke kod ovlašćenih serviseru. Ako je konkurencija na tržištu osnovnog proizvoda dovoljno jaka, velika je verovatnoća da proizvođač nameće ograničenja na tržištu posleprodajnih usluga zato da bi obezbedio

²² J. Bauer, „Antitrust Implications of Aftermarkets“, *Antitrust Bulletin*, 1/2007, 36-37.

bolji kvalitet usluga kupcima i na taj način uticao na kupce da se opredeljuju za kupovinu njegovog proizvoda, a ne zato da bi ostvario monopol-ski profit i u prodaji rezervnih delova i potrošnog materijala. Nedovoljna konkurencija na tržištu osnovnog proizvoda, nedovoljna informisanost kupaca osnovnog proizvoda o troškovima održavanja i opravke koje će imati nakon kupovine, te značajan udeo cene osnovnog proizvoda u budžetu kupca koji ga onemogućava da zameni osnovni proizvod drugim brendom (*switching costs*), činioци su koji doprinose da proizvođač prelije svoju tržišnu snagu sa tržišta osnovnog proizvoda i na tržište sporednih proizvoda, naplaćujući višu cenu.

Navedena argumentacija poslužila je kao osnov Vrhovnom sudu SAD prilikom rešavanja slučaja kompanije Kodak početkom devedesetih godina prošlog veka.²³ Kompanija Kodak bila je aktivna na tržištu proizvodnje fotokopir aparata. Na tom tržištu (tržištu osnovnog proizvoda) bila je izložena jakoj konkurenciji drugih proizvođača fotokopir aparata. Sa kupcima je zaključivala godišnje i višegodišnje ugovore o servisiranju svojih aparata. Zbog tehničkih specifičnosti njenih fotokopir uređaja, ostali proizvođači fotokopir aparata nisu joj mogli konkurisati sa uslugama servisiranja, ali je jačala konkurencija nezavisnih serviserā. Kompanija ITS pojavila se kao konkurent Kodaku na tržištu servisiranja Kodakovih aparata, nabavljajući rezervne delove direktno od Kodaka ili od drugih proizvođača. Pošto je usluga servisiranja koju je nudila kompanija ITS bila dosta jeftinija i često kvalitetnija od usluge samog Kodaka, Kodak je promenio svoju poslovnu politiku, odlučivši se da snabdeva rezervnim delovima samo kupce koji poseduju njegove uređaje i kojima on pruža uslugu servisiranja, odbivši da dalje snabdeva kompaniju ITS.

Vrhovni sud SAD je našao da Kodakova praksa može predstavljati povredu antimonopolskih propisa. Sud je smatrao da je kupcima Kodakovih fotokopir aparata oduzeta alternativa da koriste usluge servisiranja od konkurentskih serviserā i da je uskraćivanjem isporuke rezervnih delova nezavisnim serviserima Kodak otvorio prostor da naplaćuje monopol-sku cenu za usluge servisiranja fotokopir aparata sopstvene robne marke. Zbog dugog veka trajanja fotokopir uređaja i njihove razmerno velike cene, kupci su faktički bili onemogućeni da zamene Kodakov uređaj uređajem drugog proizvođača, uprkos visokoj ceni održavanja. Prema stanovištu Vrhovnog suda SAD, nedovoljna informisanost većine kupaca kopir aparata o troškovima njihovog održavanja onemogućavala je kupce

²³ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 1992.

da uzmu u obzir te troškove prilikom odluke o kupovini kopir uređaja.²⁴ Štaviše, Sud je zaključio da je Kodak promenio svoju poslovnu politiku i povećao cene usluga servisiranja aparata nakon njihove kupovine, što je značilo da njegovi kupci uopšte nisu imali mogućnost da novu, višu cenu održavanja uzmu u obzir prilikom donošenja odluke o kupovini.²⁵ Novi kupci kopir uređaja bi mogli imati u vidu višu cenu održavanja, što je moglo uticati na smanjenje obima prodaje aparata. Sud je našao da je Kodak mogao da kompenzuje gubitak izazvan padom obima prodaje novih uređaja povećanim prihodima od održavanja već prodatih aparata,²⁶ ali da niži sud nije utvrdio da li je do toga zaista došlo.²⁷

Sud je u slučaju Kodak posmatrao tržište servisiranja Kodakovih kopir aparata kao zasebno relevantno tržište. Zbog tehničkih specifičnosti Kodakovih uređaja, za opravku i održavanje bilo je moguće koristiti samo Kodakove rezervne delove. Vezanost kupaca za Kodakove usluge servisiranja bila je ojačana visokim troškovima zamene Kodakovog kopir aparata uređajem drugog proizvođača i nedovoljnom informisanošću kupaca prilikom kupovine kopir aparata o troškovima njihovog održavanja i popravke. Navedeni elementi ograničavaju domašaj slučaja Kodak u američkom pravu, jer štetnost efekata ograničavanja konkurencije na tržištu posleprodajnih usluga, premastavu američkih sudova, postoji samo ako su kumulativno ispunjeni navedeni uslovi: da su postojali visoki troškovi zamene osnovnog proizvoda drugim proizvodom, da su kupci nedovoljno informisani o troškovima koje će imati nakon kupovine osnovnog proizvoda i da je proizvođač iskoristio tu situaciju kako bi ostvario monopolni profit na sekundarnom tržištu.²⁸

Razlog zbog koga je presuda u slučaju Kodak osporavana od strane američkih teoretičara leži prvenstveno u tome što je Sud zanemario činjenicu da je Kodak bio izložen jakoj konkurenciji na tržištu osnovnog proizvoda. Po mišljenju predstavnika Čikaške škole, odsustvo tržišne snage na tržištu osnovnog proizvoda onemogućava naplatu monopolnih cena na tržištu održavanja i opravke, jer su tržište osnovnog proizvoda i tržište

²⁴ *Ibid.*, par. 473-474.

²⁵ *Ibid.*, par. 466.

²⁶ *Ibid.*, par. 470-471.

²⁷ Niži sudovi nisu se bavili ovim pitanjem, tako da slučaj Kodak ne nudi dokaze da li je praksa te kompanije bila isplativa. To je jedna od zamerki koju je Vrhovni sud SAD stavio nižim sudovima i razlog zbog kojeg je presuda nižeg suda u korist Kodaka bila ukinuta.

²⁸ V. D.A.J. Goldfine, K.M. Vorassi, „The Fall of the Kodak Aftermarket Doctrine: Dying a Slow Death in the Lower Courts“, *Antitrust Law Journal*, 1/2004, 209-231.

sporednog proizvoda (u ovom slučaju tržište servisiranja), međusobno povezani. Ukoliko proizvođač poveća cene na tržištu osnovnog proizvoda, opašće mu obim prodaje i u tom slučaju je nebitno po kojim cenama naplaćuje usluge servisiranja. Ukoliko snizi cenu osnovnog proizvoda, a poveća cenu usluga servisiranja, on je na taj način kompenzovao izgubljeni monopolski profit na tržištu osnovnog proizvoda. Čikaška škola smatra da postoji samo jedan monopolski profit koji proizvođač osnovnog proizvoda može ostvariti i on to čini ili naplatom monopolske cene na tržištu osnovnog proizvoda ili snižavanjem cene osnovnog proizvoda i naplatom monopolske cene na tržištu sporednog proizvoda. Ukoliko je konkurencija na tržištu osnovnog proizvoda dovoljno jaka, nema monopolskog profita. Zbog svega toga pravo konkurencije uopšte ne treba da se bavi ponašanjima proizvođača osnovnog proizvoda na tržištu posleprodajnih usluga.

Bork u potpunosti odbacuje argumente Suda o vezanosti kupaca zbog visokih troškova zamene osnovnog proizvoda i njihovoj nedovoljnoj informisanosti o troškovima održavanja i opravki. Po njemu, svaka eksploatacija monopolske moći na tržištu posleprodajnih usluga dovela bi do pada obima prodaje na tržištu osnovnog proizvoda.²⁹ Iako je njegov stav u osnovi tačan, faktičko je pitanje koliko bi se brzo to dogodilo, imajući u vidu troškove zamene osnovnog proizvoda, i da li bi proizvođaču bilo isplativo da gubitak izazvan padom obima prodaje osnovnog proizvoda kompenzira naplatom visokih cena usluga održavanja i popravke? Upravo na toj argumentaciji je zasnovana odluka Vrhovnog suda SAD u slučaju Kodak. Vrhovni sud nije smatrao da je praksa vezivanja osnovnog proizvoda i usluga održavanja i popravke sama po sebi nedopuštena, već da ona može biti štetna u situaciji kada su troškovi zamene osnovnog proizvoda visoki, a kupci nedovoljno informisani o troškovima održavanja prilikom kupovine osnovnog proizvoda.

Jedno od ponuđenih teorijskih obrazloženja prakse proizvođača trajnih dobara da tržište posleprodajnih usluga zadrže isključivo za sebe sastoji se u tome da proizvođači implicitno signaliziraju kupcima da je njihov proizvod visokog kvaliteta, ukoliko ne dozvoljavaju ugradnju rezervnih delova tuđe proizvodnje i usluge održavanja koje pružaju nezavisni serviseri. To je stoga što kupci intuitivno shvataju da proizvođači zadržavaju za sebe tržište servisa i opravki jer im je to isplativo, a biće im isplativo samo ako je osnovni proizvod dobrog kvaliteta tako da ima dug vek trajanja, tokom kog će kupci biti vezani za usluge servisa i opravke koje pruža sam

²⁹ R. Bork, *op.cit.*, 436-438.

proizvođač određenog brenda, odnosno lica koja je on ovlastio. Iako kupci plaćaju monopolsku cenu za usluge opravke i servisa, oni imaju koristi jer dobijaju kvalitetniji i trajniji proizvod, za koji se opredeljuju uprkos tome što znaju da će plaćati višu cenu održavanja.³⁰ Navedeno važi samo pod uslovom da je vezivanje osnovnog proizvoda i posleprodajnih usluga jedini način da proizvođač stavi do znanja kupcima da nudi kvalitetan proizvod. Ako je tržište osnovnog proizvoda konkurentno, proizvođači ne mogu da podignu cenu osnovnog proizvoda na visok nivo, čak i ako je njihov proizvod kvalitetan. U takvom slučaju, dug vek trajanja osnovnog proizvoda, kao rezultat njegovog boljeg kvaliteta, povećava tražnju za uslugama održavanja i opravke i time i profit proizvođača. Proizvođači možda zarađuju monopolski profit na uslugama servisiranja i opravke, ali potrošači ne trpe štetu zbog toga, jer kupuju kvalitetniji proizvod.³¹

U američkoj teoriji iznosi se još i stav da, paradoksalno, ograničenje konkurencije na posleprodajnim tržištima može da ojača konkurenciju na tržištu primarnog proizvoda. Za razliku od krajnjih kupaca, koji su često „kratkovidi“ i ne uzimaju u obzir troškove održavanja i opravke prilikom kupovine trajnih potrošnih dobara, proizvođači redovno kalkulišu profit od prodaje primarnog proizvoda i profit od usluga održavanja i opravke. Oni mogu biti spremni da snize cenu primarnog proizvoda u uslovima jake konkurencije na tom tržištu, ako procene da će izgubljeni profit od prodaje kompenzovati profitom od pruženih usluga na sekundarnom tržištu. Ocenjuje se da je uticaj ovakve prakse na blagostanje potrošača pozitivan ili, u najmanju ruku, neutralan, jer kupci plaćaju nižu cenu za primarni proizvod, ali zato mogu imati veće troškove održavanja i opravke.³²

Osim toga, zadržavanjem sekundarnog tržišta za sebe (sprečavanjem nezavisnih pružalaca usluga da servisiraju njegove proizvode, po pravilu produžavanjem roka trajanja proizvođačke garancije), proizvođač primarnog proizvoda može ojačati svoju poziciju i na tržištu primarnog proizvoda, povećavajući troškove ulaska za nove konkurente. Konkurentski proizvođači moraju ući na oba tržišta istovremeno (nuditi i osnovni proizvod i posleprodajne usluge).³³ To dugoročno može dovesti do slabljenja konkurencije i time, potencijalno, do umanjenja blagostanja potrošača.

³⁰ M. Schwartz, G. Werden, „A Quality Signaling Rationale for Aftermarket Tying“, *Antitrust Law Journal*, 2/1996, 387-404.

³¹ *Ibid.*, 398.

³² L. Schulz, „The Economics of Aftermarkets“, *Journal of Competition Law and Practice*, 2/2015, 126.

³³ *Ibid.*, 127.

Konačno, šteta za konkurenciju može nastati i u situaciji kada tržište sekundarnog proizvoda može funkcionisati kao samostalno tržište, na primer, kada se rezervni delovi ili potrošni materijal neophodan za funkcionisanje primarnog proizvoda mogu proizvoditi i prodavati samostalno. Ako proizvođač primarnog proizvoda zatvori tržište sekundarnog proizvoda, na primer, tako što uslovljava kupce da koriste rezervne delove ili potrošni materijal isključivo njegove proizvodnje (ili njegovih podgovarača), a preostali slobodan deo tržišta je suviše mali da bi samostalni proizvođači mogli da dostignu obim prodaje koji im omogućuje pokriće troškova (ekonomija obima), restriktivne prakse proizvođača primarnog proizvoda će imati za posledicu eliminaciju konkurencije na sekundarnom tržištu.

7. Zaključak

Prema stavu ekonomske teorije i sudske prakse SAD, ograničenja konkurencije u vertikalnim sporazumima imaju svoje ekonomsko opravdanje u potrebi proizvođača da obezbedi kvalitetnije usluge koje prate prodaju njegovog proizvoda, kako bi zaštitio svoj poslovni ugled. Iako ta ograničenja dovode do povećanja cene proizvoda, kupci dobijaju kompenzaciju u vidu kvalitetnijih proizvoda i pratećih usluga. Prihvatajući shvatanja teorije, Vrhovni sud SAD ukinuo je apsolutnu zabranu svih oblika ograničenja konkurencije u vertikalnim sporazumima, uključujući i utvrđivanje minimalne prodajne cene. Američka teorija nije saglasna u karakteru efekata pojedinih vrsta ograničenja konkurencije. Stavu Čikaške škole o suvišnosti pravnog sankcionisanja svih vertikalnih ograničenja suprotstavlja se stav predstavnika Post-čikaške škole da naročito teška ograničenja konkurencije u obliku utvrđivanja prodajne ceneretko kada imaju ekonomskog opravdanja, jer se isti ciljevi mogu postići ugovaranjem manje teških ograničenja slobode tržišnog ponašanja trgovaca i distributera. Teorija i sudska praksa su saglasne da je za procenu efekata vertikalnih ograničenja potrebno u svakom konkretnom slučaju analizirati konkurenciju na tržištu proizvođača, kao i konkurenciju na tržištu trgovca, donosno distributera.

Kada je reč o efektima vertikalnih ograničenja na posleprodajnim tržištima, za procenu njihovog karaktera neophodno je utvrditi intenzitet konkurencije na tržištu primarnog proizvoda i aktualan obrazac ponašanja kupaca primarnog proizvoda, kako bi se ustanovilo da li su informisani o uslovima i troškovima održavanja i opravke nakon kupovine, te da li te činjenice uzimaju u obzir prilikom kupovine primarnog proizvoda. Tr-

žište primarnog proizvoda i posleprodajno tržište su povezana tržišta, na kojima se može pojaviti efekat „vodenog kreveta“ (eng. *waterbed effect*) – stanje konkurencije na primarnom tržištu prelivaće se na posleprodajno tržište, ali i obrnuto, nedovoljna konkurencija na posleprodajnom tržištu može ojačati poziciju proizvođača na primarnom tržištu. Zbog toga je bitno da se prilikom procene dopuštenosti vertikalnih sporazuma analizira i konkurencija na posleprodajnom tržištu, sa ciljem uočavanja praksi koje ograničavaju pristup tržištu nezavisnim pružaocima posleprodajnih usluga, a koje nisu opravdane kvalitetnijim posleprodajnim uslugama i neophodnošću ograničenja konkurencije za obezbeđenje kvaliteta tih usluga.

Literatura

- Bauer J., „Antitrust Implications of Aftermarkets“, *Antitrust Bulletin*, 1/2007, 31-51.
- Bishop S., Walker M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London 2010.
- Bork R., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, With a New Introduction and Epilogue*, New York 1993.
- Fall J., Nikpay A., *The EU Law of Competition*, Oxford 2014.
- Goldfine D.A.J., Vorassi K.M., „The Fall of the Kodak Aftermarket Doctrine: Dying a Slow Death in the Lower Courts“, *Antitrust Law Journal*, 1/2004, 209-231.
- Lao M., „Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance“, u: *How the Chicago School Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (ed. R. Pitofsky), Oxford 2008, 186-216.
- Marvel H., „The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1/1994, 59-92.
- O’Donoghue R., Padilla A.J., *The Law and Economics of Article 82*, Oxford, Portland 2006.
- Pitofsky R., „Why Dr. Miles Was Right?“, *Regulation*, January/February 1984, 27-30.
- Posner R., „Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Mergers and Potential Competition Decisions“, *Columbia Law Review*, Vol. 75, 2/1975, 282-327.
- Posner R., „The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: per se Legality“, *University of Chicago Law Review*, Vol. 48, 1/1981, 6-26.
- Säcker F.J., *The Concept of the Relevant Product Market*, Frankfurt am Main 2008.
- Schulz L., „The Economics of Aftermarkets“, *Journal of Competition Law and*

Practice, 2/2015, 123-128.

Schwartz M., Werden G., „A Quality Signaling Rationale for Aftermarket Tying“, *Antitrust Law Journal*, 2/1996, 387-404.

Pravni izvori

Odluke Vrhovnog suda SAD

Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, 1992.

Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 1977.

Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 127 S.Ct. 2705, 2007.

Dijana Marković-Bajalović, PhD

Full professor, University of East Sarajevo

VERTICAL RESTRAINTS IN THE US THEORY AND COURTS' PRACTICE

Summary

The US theory and courts' practice contributed to better understanding of effects of vertical restraints to overall and consumers' welfare. The Chicago school was the first to explain beneficial effects of vertical agreements, arguing for more lenient application of competition rules. Prof. Bork explained that restrictive clauses in vertical agreements serve producers to secure provision of pre- and after-sale services by his distributors, thus eliminating the free-rider problem and increasing the product's quality and consumers' satisfaction. Following the Chicago school views, the US Supreme Court abrogated the *per se* prohibition of vertical restraints in *GTE Sylvania* and *Leegin* cases. Further studies carried out by the Post-Chicagoans indicated that vertical restraints cannot be treated equally. In most cases the resale price maintenance clause is not economically justified, since the goal of maintaining the quality of pre- and after-sale services can be achieved by contracting less restrictive clauses in

vertical agreements. Regarding competition effects of vertical restraints in aftermarket, the Post-Chicagoans asserted that several factors cumulatively create an opportunity for a producer to leverage his market power existing on the market for primary product to the after-sale market. This view was confirmed by the US Supreme Court in the Kodak case.

Keywords: vertical restraints, competition law, resale price maintenance, aftermarket services.

POLOŽAJ ARBITRAŽNIH TRIBUNALA U PRAVNOM SISTEMU EVROPSKE UNIJE¹

Apstrakt

Pravni sistem Evropske unije čine dva skupa opštih pravnih normi. Jednom grupom normi se regulišu odnosi Unije i država članica, a drugi služi da omogući uspostavljanje samostalne i efikasne zaštite i ostvarivanje subjektivnih prava pojedinaca. Zaštita prava pojedinaca odvija se pred upravnim i pravosudnim organima država članica kao i organima Unije. Odnos organa Unije, među kojima je i Sud pravde Evropske unije i nacionalnih sudova regulisan je pravom EU. Iako se pred Sudom pravde ne mogu pokretati pojedinačni sudski postupci, mišljenja koja zauzima Sud utiču na kreiranje celokupnog pravosudnog sistema država članica i Unije. Pojedinačni pravni zahtevi i subjektivna prava pojedinaca se mogu ostvarivati pred nacionalnim sudovima i pred arbitražama, kao nedržavnim organima koji putem privatnog načina rešavanja sporova regulišu međusobne odnose. Na koji način je odnos arbitraža i Suda pravde regulisan pravnim pravilima Unije je pitanje na koje komunitarni propisi nisu dali jasno rešenje. Odgovor na ovo pitanje neposredno utiče kako na arbitražnu i sudsku praksu država članica tako na posredan način i na praksu koja se razvija u državama nečlanicama, kao što je Srbija. Imajući u vidu takav značaj odabrane teme, predmet rada je analiza odnosa između arbitraže kao privatnog načina rešavanja sporova i Suda pravde kao organa Evropske unije. U prvom delu rada analiziran je odnos između ova dva instituta, drugi deo rada je posvećen arbitražnoj i sudskoj praksi dok se u trećem delu rada bavimo praktičnim problemima koji se

* Jelena Vukadinović Marković, naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, e-mail: jelena_vuk83@yahoo.com

¹ Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu Instituta za uporedno pravo „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje“ (evidencioni broj: 179031), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

javljaju kao posledica neprecizno postavljanjenih odnosa Suda pravde i arbitraže. Posebna pažnja je usmerena na položaj arbitraža u državama koje nisu članice Unije, poput Republike Srbije.

Ključne reči: arbitraža, Sud pravde, arbitražna odluka, prethodno pitanje, čl. 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

1. Pravo Evropske unije i njen odnos prema arbitražnim tribunalima

Pravo Evropske unije predstavlja skup pravnih pravila donetih i prihvaćenih od strane institucija Unije kao supranacionalne zajednice država² sadržanih u posebnim izvorima koji su nezavisni od nacionalnih prava država članica, kojima se regulišu tzv. komunitarni odnosi.³

Pravo Evropske unije počiva na principima čiji je cilj kreiranje unifikovane primene pravnih pravila na čitavoj teritoriji Uniji. Jednoobrazna primena prava i pravila može se ostvariti samo kada nacionalni organi država članica na potpuno identičan način rešavaju iste ili slične situacije. Da bi se obezbedila jednoobrazna primena, propisima Unije je predviđeno da se nacionalni organi mogu a u nekim slučajevima moraju obratiti organima Unije za pomoć.⁴ U tom smislu, nacionalnim sudovima država članica je u pojedinim situacijama dozvoljeno da se obrate Sudu pravde (u daljem tekstu ESP)⁵ zahtevom za odlučivanje o prethodnom pitanju kako bi dobila adekvatno tumačenje prava Unije,⁶ dok su u drugim situacijama obavezni na takvo postupanje.

Mogućnost obraćanja nacionalnih sudova Sudu pravde predviđena je članovima 19(3) (b) Ugovora o Evropskoj uniji (TEU) i članom 267 Ugovora o Funkcionisanju Evropske unije(TFEU). Član 19 Ugovora o Evropskoj uniji predviđa nadležnost Suda pravde da daje mišljenja po zahtevu za prethodnim pitanjem na predlog sudova država članica o tumačenju prava Unije ili o valjanosti akata koje donose institucije Unije.

² O pravnoj prirodi Evropske unije v. J. Čeranić, *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Beograd 2011; J. Čeranić, „Pravna priroda EU na osnovu Ugovora iz Lisabona“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva 2012, 303-318.

³ R. Vukadinović, J. Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2016.

⁴ Sudovi čije odluke ne podležu kontoli viših sudova imaju obavezu da podnesu zahtev za prethodno pitanju Sudu pravde. V. čl. 267 (3) Ugovora o Funkcionisanju Evropske unije.

⁵ R. Vukadinović, J. Vukadinović Marković, 16.

⁶ V. čl. 225a Ugovora o osnivanju EU.

Ugovor o funkcionisanju Evropske unije članom 267. detaljnije obrazlaže nadležnost Suda, predviđajući da je Sud pravde nadležan za donošenje prethodnih odluka o tumačenju ugovora, važenju i tumačenju ugovora i akata institucija, organa, službi ili agencija Unije. Kada se takvo pitanje postavi pred bilo kojim sudom ili tribunalom neke države članice, taj sud ili tribunal može, ukoliko smatra da je odluka o tom pitanju potrebna u donošenju presude, zatražiti od ESP da o tome donese odluku. Ako se pitanje postavi u predmetu koji je u toku pred sudom ili tribunalom države članice protiv čijih odluka nije predviđen pravni lek, taj sud ili tribunal dužan je da se obrati Sudu pravde.⁷ Iz teksta navedenog člana, primećuje se da je pravo na obraćanje Sudu pravde dozvoljeno nacionalnim sudovima i tribunalima.⁸ Ova mogućnost je uskraćena sudovima i tribunalima država nečlanica.

Pitanje koje zavređuje pažnju je definisanje pojma *tribunal* u pravu Unije. Posebno, da li arbitražni tribunal ima pravo da se pozivajući se na član 267. UFEU obrati Sudu pravde zahtevom za prethodno pitanje?

Mogućnost da se arbitražni tribunal obrati Sudu pravde nije izričito predviđena ni jednim pravnim izvorom Unije, kako primarnim tako i sekundarnim izvorom prava. Jedina odredba koja se na određeni način odnosila na arbitraže bila je sadržana u Ugovoru o osnivanju Evropske ekonomske zajednice. Njom se predviđalo da države članice moraju učiniti sve kako bi obezbedili dobrobit svojih građana, u smislu olakšavanja formalnih uslova za priznavanje i izvršenje donetih arbitražnih odluka.⁹ Kasnije donet, Ugovor iz Lisabona nije preuzeo ovu odredbu, ali je preporučio državama članicama da razvijaju mere, odnosno načine za alternativne vidove rešavanja sporova. Ovakav stav sadržan u primarnom izvoru prava Unije obavezuje i Uniju da sa svoje strane, kao unija država (supranacionalna unija država) učini sve da razvije alternativne načine rešavanja sporova. Međutim, ova obaveza predviđena osnivačkim aktom Unije nikada nije ustanovljena u formi posebnog pravnog akata. Ostalo se na nivou preporuke da bi Unija trebalo da učini sve kako bi obezbedila razvijanje alternativnih načina rešavanja sporova, ne precizirajući šta se pod tim zaista i misli. Pod navedenom formulacijom ne bi trebalo razumeti obavezu država da priznaju svaki zaključeni arbitražni ugovor ili da priznaju donetu arbitražnu odluku, već da u opštem smislu rade na građe-

⁷ Čl. 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

⁸ Izvorno na engleskom jeziku : “*any court or tribunal of a Member State*”, čl. 267(2) UFEU.

⁹ Čl. 220 Ugovora o osnivanju Evropske Ekonomske zajednice; Ugovorom iz Amsterdama ovaj član je revidiran u čl. 293.

nju arbitražnog rešavanja sporova.¹⁰

Međutim, bez obzira što je u međunarodnim poslovnim odnosima zastupljena,¹¹ u Uniji ne postoje posebni propisi kojima je regulisan način rada i status međunarodnih arbitraža, kao posebnog načina rešavanja sporova.¹² Naprotiv, arbitraže su na eksplicitan način izuzete iz brojnih propisa donetih od strane organa Unije. U tom smislu, Briselska konvencije o nadležnosti i priznavanju i izvršenju sudskih odluka donetih u trgovačkim i građanskim stvarima iz 1968. ne poznaje arbitražu kao način rešavanja sporova. I Briselskom Uredbom o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima izričito je isključena mogućnost arbitraža da se obrate Sudu pravde zahtevom za odlučivanje o prethodnom pitanju.¹³ Razlozi za isključenje arbitraža mogu se tražiti u tadašnjem shvatanju da su sve države članice Evropske unije potpisnice Njujorške konvencije kao i Ženevske konvencije iz 1961. i da ove konvencije pitanje arbitražnog načina rešavanja sporova uređuju na veoma dobar način tako da nema potrebe insistirati na još jednom dokumentu koji bi istu stvar definisao.¹⁴ Međutim, Njujorška konvencija¹⁵ koja se primenjuje na teritoriji Uniji, ne čini deo prava Unije.

Iz navedenog se može zaključiti, da je arbitraža kao privatna način rešavanja sporova na neki način ostala van evropskom jurisdikcionog prostora. Iako je postojalo zalaganje da se arbitraža uvrsti u tekst revidirane Briselske uredbe, do danas je ovo mišljenje ostalo u formi predloga o kome se nije zvanično raspravljalo.¹⁶

¹⁰ U tom smislu treba napomenuti da je Unija donela dva instrumenta o alternativnom načinu rešavanja sporova, Uredbu br. 2013/11/EU Evropskog Parlamenta i Saveta od 21. maja 2013. o alternativnom načinu rešavanja potrošačkih sporova i Uredbu br. 524/2013 (EU) o online rešavanju potrošačkih sporova.

¹¹ U 2016. godini, pokrenuto je 966 novih slučajeva, ukupno 3099 stranka iz 137 različitih država. Više o statistici pokrenutih predmeta v. na <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>, 29.05.2018.

¹² Više o arbitraži kao načinu rešavanja sporova v. J. Perović, *Standarde klauzule u međunarodnim poslovnim ugovorima*, Beograd 2014; G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd 2010.

¹³ Čl. 1(2) (d) Briselske uredbe predviđa da je arbitraža isključena iz njene nadležnosti.

¹⁴ Više o samim razlozima v. J. Gaffney, *Do We Need Separative European Regulation of Arbitration*, 5, http://www.cepani.be/sites/default/files/images/john_gaffey_-_warsaw_ciarb_paper_-_final.pdf, 1.8.2017.

¹⁵ Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, *Službeni list SFRJ- Međunarodnu ugovori*, br. 11/81, 607.

¹⁶ V. više T. Hartley, „The Brussels I Regulation and arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 4/2014, 843-866.

Takav doktrinarni stav upućuje na zaključak da ma koliko se trudili da pitanje arbitraže posmatramo kao globalno ili međunarodno pitanje, ne možemo a da ne primetimo da arbitraža još uvek ostaje pitanje koje se uređuje nacionalnim propisima država članica. Nacionalnim zakonima se reguliše koji se sporovi mogu voditi pred arbitražom, koji su razlozi priznavanja i izvršenje donete arbitražne odluke, kao i sam postupak poništaja odluka. To može imati za posledicu da arbitraže sa različitim sedištem, razmatrajući istu ili sličnu situaciju, mogu doneti odluke koje se međusobno razlikuju. Na taj način, nikako se ne može govoriti o unificiranoj primeni prava Unije niti o jedinstvenom evropskom pravnom prostoru.

Jednoobraznost primene prava Unije moguće je ostvariti isključivo kroz ujednačenu praksu nacionalnih sudova i arbitražnih tribunala kao i svih drugih pravosudnih organa. U okolnostima kada ovi organi imaju dileme kako tumačiti i primeniti određeni propis Unije, predviđena je mogućnost obraćanja Sudu pravde zahtevom za odlučivanje po prethodnom pitanju. Kako je napred pomenuto, Sud pravde je jedini organ koji ima nadležnost da tumači pravo Unije, ali to ne znači da on može da utiče na ishod spora u postupku u kom se postavlja zahtev za prethodnim pitanjem ili da deluje kao drugostepeni sud u takvim odlukama. Naime, odluka doneta od strane Suda pravde obavezuje samo sud koji je uputio zahtev za prethodno pitanje, ali ne i ostale sudove. Sudu pravde zahtevom za prethodno pitanje mogu se obratiti sudovi ili tribunali, a dilema postoji u definisanju pojma *tribunal*?

2. Pojam tribunala i sudska praksa u pravu Evropske unije

O tome šta obuhvata pojam “tribunala” iz člana 177. Ugovora o osnivanju Evropske Ekonomske Zajednice, Sud pravde je raspravljao već 1966. godine. Odlukom u slučaju *Vaassen*,¹⁷ Sud je ustanovio kriterijume na osnovu kojih se definiše pojam tribunala. U navedenoj odluci je istaknuto da tribunal mora biti osnovan u skladu sa pravom, mora biti stalan, mora poštovati pravila postupka, mora donositi odluku u skladu sa pravom, (mora primenjivati pravo), mora imati obaveznu nadležnost nad strankama koje se pojavljuju kao strane u postupku. U navedenom sporu, Holandski arbitražni tribunal je uputio zahtev za prethodno pitanje Sudu pravde,

¹⁷ *G. Vaassen-Göbbels v Management of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*. Slučaj br. 61/65. Sud je iste kriterijume definisanja tribunala potvrdio i u slučaju *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v Bundesbaugesellschaft Berlin mbH* Više v. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0054>, 12. 3. 2018.

zahtevajući tumačenje Uredbe 3 Saveta Evropske ekonomske zajednice o socijalnom osiguranju radnika migranata. Sud pravde je pre nego što je dao mišljenje raspravio pitanje može li se ovaj holandski tribunal posmatrati kao tribunal u smislu člana 177. Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice. Analizirajući navedeni holandski tribunal ESP je zaključio da je tribunal osnovan u skladu sa pravom Holandije, između ostalog i zbog toga što ministar pravde imenuje sudije ovog tribunala, da prilikom rešavanja sporova primenjuje pravo, koje je u ovom slučaju komunitarni propis Unije kao i da je njegova nadležnost obavezujuća za članove.¹⁸ U pitanju je tribunal poluzatvorenog tipa, koji obuhvata članove osiguravajućeg društva. Na osnovu toga, Sud je takav arbitražni sud smatrao organom koji ima *locus standi* u postavljanju zahteva za odlučivanje po prethodnom pitanju.

Međutim, iako ovaj slučaj predstavlja prvi nagoveštaj priznavanja arbitražnih tribunala kao tribunala u smislu člana 177 EEZ (sadašnji 267 UFEU), ovakav stav se nije dugo održao u praksi. Odluka Suda pravde naišla je na neodobravanje kako arbitražne prakse tako i teorije. U pravnoj teoriji su ovakvom stavu Suda, zamerili nedoslednost u tumačenju obavezujuće nadležnosti tribunala, navodeći da u konkretnom slučaju ne postoji punovažan arbitražni ugovor koji bi obavezivao stranke.¹⁹

Nakon slučaja iz 1966. godine, bilo je pokušaja da se različite institucije podvedu pod pojam *sud i tribunal* i tako obezbede pravo da traže mišljenje od Suda pravde. Tako su se u ulozi podnosioca zahteva našli organi koji nisu mogli da se definišu kao nacionalni sudovi pred kojima se vodi konkretan spor, već kao organi koji obavljaju neki vid pravosudne funkcije,²⁰ poput institucija koji su odlukom države dobile zadatak da obavljaju pravosudnu funkciju.²¹ Tako je u sporu *Corbiau*,²² Sud pravde istakao da zahtev za prethodno pitanje može podneti samo organ koji je direktno povezan sa sudom koji vodi postupak. Drugim rečima samo organ koji deluje kao organ apelacije u datom postupku, a ne bilo koji drugi organ od koga je traženo mišljenje u datom sporu ima pravo da podnese zahtev za davanje mišljenja. U konkretnom slučaju, zahtev je uputio di-

¹⁸ St. 272, 273 i 377 Odluke.

¹⁹ V. više W L Haardt, „Widow Vaassen-Gobbels v. Board of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf (“Tund of Employees in the Mining industry”),” 4 *Common Market Law Review*, 1967, 443–444.

²⁰ V. više slučaj *Vaassen-Göbbels*. U pitanju je bio spor oko naknade iz radnog odnosa. Kako se sporovi iz radnih odnosa rešavaju pred posebnim vrstama arbitraža, to ne možemo staviti znak jednakosti između ovih i trgovačkih arbitraža. Takođe v. slučajeve *Birra Deher*; *Gabalfrisa*.

²¹ V. slučajeve *Pretore di Cento i Pretura Unificata di Torino*.

²² *Pierre Corbiau v Administration des contributions*- slučaj br.24/92.

rektor službe prihoda države članice koji je primio žalbu na obračunat porez određenom poreskom obavezniku. Sud pravde je istakao da postoji jasna veza između lica koje je zatražilo mišljenje i službe koja je procenila određenu sumu poreza, ali da se ni u kom slučaju ovo lice ne može definisati kao tribunal ili sud u smislu čl. 177 EEZ (sadašnji 267 UFEU).

Sud je ponovio da podnosioci zahteva za odlučivanje po prethodnom pitanju mogu biti samo tribunali ili nacionalni sudovi. Međutim, iako su arbitražni tribunali u svojim odlukama izjednačeni sa odlukama nacionalnih sudova nisu tretirani kao nacionalni sudovi i tribunali pred Sudom pravde. To potvrđuje i stav Suda koji je zauzeo u odluci donetoj u predmetu *Nordsee*.²³ U pitanju je bio spor između *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH* i *Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*²⁴ pred arbitražnim tribunalom, čiju nadležnost su ugovorile stranke u postupku. Prilikom odlučivanja o tumačenju Uredbe Evropske unije o državnoj pomoći, arbitražni tribunal je smatrao da pitanje u vezi sa tumačenjem sekundarnog izvora prava Unije treba postaviti Sudu pravde jer je reč o komunitarnom propisi koji uživa direktno dejstvo i direktnu primenu te zahteva jednoobraznu primenu.

Kada je dobio zahtev za odlučivanje o prethodnom pitanju, Sud pravde je prvo razmatrao može li se povući znak jednakosti između arbitraže kao privatnog načina rešavanja sporova i državnih sudova i tribunala. U tom cilju su tražene sličnosti između ova dva načina rešavanja sporova. Arbitraže kao i državni sudovi i tribunali rešavaju sporove i donose odluke koje su obavezujuće i koje uživaju status presuđene stvari *res judicata*. U tom smislu je našao sličnost između arbitražnog tribunala i nacionalnih sudova. Međutim, ove sličnosti nije bila dovoljna da ESP dozvoli privatnim arbitražnim tribunalima da uživaju pravo prema čl. 267 TFEU.²⁵

U obrazloženju ovog stava, Sud pravde je osporio isključivu nadležnost arbitražnog tribunala nad licima koji su zaključila arbitražni ugovor, i protivno opštim principima arbitražnog prava istakao da zaključenje arbitražnog ugovora ne znači i obavezu stranaka da se obrate arbitraži na rešavanje kada spor nastane već da imaju slobodu izbora prilikom odlu-

²³ *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*- slučaj br. 102/81.

²⁴ U pitanju je bio spor između tri nemačke kompanije koje su trebale podeliti državnu pomoć dobijenu od strane Unije. Tribunal je smatrao da je pitanje državne pomoći pitanje komunitarnog prava te se obratio Sudu pravde zahtevom za prethodno pitanje.

²⁵ V. st. 13. Odluke.

čivanja da li spor rešiti arbitražnim ili sudskim putem.²⁶ Protivno odluci koju je doneo u prethodnom slučaju *Vaanssen*, Sud pravde je negirao da arbitražni tribunal ima javni karakter, odnosno da je osnovan u skladu sa pravom, jer počiva na sporazuma privatnih lica.²⁷

U obrazloženju odluke, Sud pravde je između ostalog istakao i da je Nemačka kao država potpisnica Ugovora o osnivanju Unije prihvatila da primenjuje osnovne vrednosti Unije, što između ostalog podrazumeva primenu komunitarnih propisa na svojoj teritoriji. Prema shvatanju Suda, ta obaveza se prvenstveno odnosi na nacionalne sudove, pa se tako ne može preneti na arbitraže kao privatna tela, kako bi se oni umesto nacionalnih sudova starali o ovoj primeni. U konkretnom slučaju reč je bila o komunitarnom propisu koji uživa direktnu primenu i koji kao takav ne zahteva da ga država implementirajućim propisima uvede u pravni sistem zemlje, već se direktno primenjuje i svaki pojedinac se može pozivati na njih u zaštiti svojih subjektivnih prava.²⁸ Zaštita subjektivnih prava nigde nije rezervisana isključivo za nacionalne sudove, te se ne vidi opravdanje za ovako razmišljanje. Zanimljivo je istaći, da se u odluci Suda pravde ne negira mogućnost zahtevanja zaštite subjektivnih prava pred arbitražama, ali se osporava pravo arbitražama da se direktno obrate ESP. Nasuprotno tome, ESP nije isključio mogućnost da nacionalni sudovi mogu umesto arbitraža da upute zahtev za prethodno pitanje. Praktično posmatrano, sudovi će to moći da učine samo u postupcima koji su povezani sa arbitražnim postupkom, bilo u postupcima koji se vode povodom poništaja, bilo u postupcima priznanja ili izvršenja arbitražne odluke.

Ovakav stav predstavlja dva koraka nazad u odnosu na slučaj *Vaanseen* u pogledu mogućnosti obraćanja arbitražnih tribunala. Slučaj *Nordsee* je čini se izvršio veći negativan uticaj nego što je to bio slučaj sa pozitivnim stavom zauzetim 50 godina ranije. Upravo zbog tako zauzetog stava dugo godina se smatralo da arbitražni tribunali ne mogu da postavljaju pitanja Sudu pravde.

Međutim, ipak su sporadično činjeni naponi u napuštanju ovog stava. Primer za to je slučaj *Danfoos* iz 1988.²⁹ u kom je ESP priznao pravo

²⁶ St. 11 Odluke. U kasnijim odlikama inter partes dejstvo arbitražne odluke nije bilo prepreka priznavanju prava državnih organa da se obrate sudu pravde. V. više <http://www.ejls.eu/18/215UK.htm>.

²⁷ V. st. 7. Odluke.

²⁸ Više o tome v. u obrazloženju koje je dao J. Basedow, "EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice", *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series*, 15/16, 2015, 7 i dalje.

²⁹ *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening*-slučaj br. 109/88.

arbitražnim tribunalima da postave prethodno pitanje. Pošlo se od istog testa koji je primenjen u slučaju iz 1966. i tumačenju arbitražnog tribunala kao tribunala u smislu člana 177 EEZ (267 UFEU). Istaknuto je da je nadležnost arbitražnog tribunala obavezujuća za stranke koje učestvuju u postupku. Ipak, Sud je ostavio mogućnost različitog tumačenja ovog stava navodeći da u zavisnosti od stava koji nacionalni pravni sistemi imaju prema arbitraži kao privatnom načinu rešavanja sporova zavisice i mogućnost obraćanja Sudu pravde. Drugim rečima, arbitražni tribunali će moći da se obrate ESP ako uživaju u nacionalnom pravu isti položaj kao državni sudovi i tribunali.

Takav stav potvrđen je u novijoj arbitražnoj praksi iz 2013. godine. U slučaju *Merck Canada*³⁰ Sud pravde je dozvolio obraćanje arbitražnog tribunala navodeći da je tribunal u potpunosti integrisan u pravni sistem države, te kao takav ima pravo da se obrati Sudu pravde.³¹ Takođe, u sporu koji je pokrenuo Portugalski administrativni (poreski) arbitražni tribunal, Sud pravde je dozvolio obraćanje navodeći da tribunal ispunjava niz uslova koji se zahtevaju odlukom iz 1966. među kojima je i stalna priroda tribunala.³²

3. Problemi koji se javljaju kao posledica nedefinisanosti arbitražnih tribunala kao tribunala u smislu člana 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije

Iz navedenih slučajeva se može zaključiti da ne postoji jednoobrazno tumačenje *suda i tribunala* iz člana 267 UFEU, te da od svakog konkretnog slučaja zavisi da li će Sud pravde dopustiti obraćanje zahtevom za prethodno pitanje ili ne. Takav stav naravno dovodi do nekonzistentnosti i stvara mogućnost da se čak i prinudni propisi Unije, poput pravila konkurencije, na različite načine tumače od strane arbitražnih tribunala sa sedištem u različitim državama članicama.

Arbitrabilnost sporova iz prava konkurencije više se ne postavlja kao sporno,³³ te se osnovano očekuje da tribunali na jednoobrazan način

³⁰ *Merck Canada Inc. v Accord Healthcare Ltd and Others*- slučaj br. 555/13.

³¹ V. više T. Cole et al, *The Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU, A Study for the Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, European Union, Brussels 2014, 187 i dalje.

³² *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v Autoridade Tributária e Aduaneira*- slučaj br. 377/13.

³³ V. više J. Vukadinović Marković, *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska disertacija, Beograd 2016, 160 i dalje.

tumače komunitarna pravila kojima se uređuje konkurencija na jedinstvenom tržištu. Kako ovi propisi predstavljaju *ius cogens* javnog poretka Unije i uživaju neposredno dejstvo i neposredu primenu, očekuje se da sudovi i tribunalali imaju pravo da se obrate Sudu pravde zahtevom za tumačenje ovih propisa.

U suprotnom, može doći do različitog tumanja ovih propisa pred arbitražnim tribunalima, što može dovesti do toga da nacionalnu sudovi mogu poništiti donetu arbitražnu odluku pozivajući se da je arbitražni tribunal na pogrešan način tumačio pravila konkurencije.

Takav problem se javio u slučaju *Eco Swiss*.³⁴ Postupak je pokrenut pred holandskim arbitražnim tribunalom, između holandske kompanije Benetton i *Eco Swiss* kompanije sa sedištem u Hong Kongu povodom otkaza ugovora pre ugovorenog roka. Spor se odnosio na ostvarivanje prava na naknadu povodom dobijanja licence, odnosno deljenja tržišta u Italiji. Tribunal je doneo odluku u korist *Eco Swiss*. Kompanija Benetton je pokrenula postupak za poništaj odluke pred holandski nacionalnim sudom, pozivajući se na činjenicu da se zaključeni ugovor o licenci zapravo odnosi na podelu tržišta Unije i da kao takav vređa osnovne principe prava konkurencije Unije. Slučaj je dospao do Vrhovnog suda Holandije u postupku po poništaju, a onda je Vrhovni sud uputio zahtev za prethodno pitanje Sudu pravde. Od Suda pravde je tražio mišljenje da li je arbitraža prekoracila dozvoljena ovlašćenja jer se upustila u odlučivanje o povredi prava konkurencije. Sudu je bilo upućeno i pitanje može li se takva odluka poništiti jer je arbitraža raspravljala o pravu konkurencije koje spada u javni poredak Unije. Kako arbitražna odluka može biti poništena samo iz tačno navedenih uslova, da li odlučivanje o pravilima koji spadaju u javni poredak predstavlja takav uslov.³⁵

Sud pravde je afirmativno odgovorio na ovo pitanje, navodeći da je tačno da nadležni sudovi mogu poništiti arbitražnu odluku ukoliko je ona u suprotnosti sa javnim poretkom nacionalne države članice, ali da isto tako moraju poništiti odluku i ako je ona u suprotnosti sa javnim poretkom Unije. Pravo konkurencije, odnosno članovi 101 i 102. Ugovora iz Lisabona (ranije 81 i 82) predstavljaju javni poredak Unije i nacionalni sudovi moraju da ponište arbitražna odluku koja je u suprotnosti sa ovim članovima.³⁶

Ovakvom odlukom Sud je potvrdio arbitrabilnost sporova nastalih povredom prava konkurencije. Drugim rečima, arbitražni tribunalali mogu donositi odluke primenjujući pravila konkurencije kao deo međunarodnog javnog

³⁴ *Ibid.*

³⁵ St. 17. Odluke.

³⁶ St. 37. Odluke.

poretka. Sa druge strane, otvoreno je i niz problema jer se prilikom rešavanja sporova tribubali ne mogu obratiti ESP zahtevom za tumačenje pravila komunitarnog prava. Nacionalni sudovi takve odluke mogu poništiti ili odbiti njihovo priznanje upravo iz razloga loše primene komunitarnog propisa.³⁷

Čak je i Sud pravde bio svestan ove nekoenzistentnosti mnogo pre donošenja odluke u slučaju Eko Swiss. U tom smislu je u slučaju Nordsee i predviđeo mogućnost da tribunali mogu samo preko nacionalnih sudova u postupcima koji su povezani sa arbitražnim postupkom da se obrate Sudu pravde.

Iz navedenog se može zaključiti da arbitražni tribunali mogu dobiti mišljenje Suda pravde o određenom pitanju, indirektnim putem. Neki evropski sistemi su shvatili koliki problem može nastati zbog ovog stava teorije i prakse, pa su predvideli na koji način arbitražni tribunali mogu da postave pitanje Sudu pravde. Tako je Danski arbitražni zakon predviđeo mogućnost da se nacionalni sudovi mogu obratiti ESP na zahtev arbitražnog tribunala. Pitanje arbitražnog tribunala koje se odnosi na primenu i tumačenje komunitarnog prava mogu postaviti nacionalni sudovi ako odluče da bi isto pitanje postavili i oni sami kada bi se postupak vodio pod njihovim okriljem.³⁸ Nadležnost nacionalnog suda koji će imati pravo da postavi pitanje ESP određuje se prema opštim principima o nadležnosti. U skladu sa ovim principima pravo ima onaj nacionalni sud koji bi sudio u konkretnom sporu da ne postoji arbitražni ugovor.

Pored ovog opšteg problema, moramo naglasiti da se zahtevom za odlučivanje po prethodnom pitanju Sudu pravde mogu obratiti samo nacionalni sudovi i tribunali država članica. Sudovi i tribunali država nečlanica, kao što je Srbija ne podležu ovom režimu. Međutim, potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, Srbija je prihvatili obavezu da uskladi nacionalne propise sa komunitarnim propisima i da prihvati *acque communautaire*. U tom slučaju se osnovano postavlja pitanja na koji način arbitražni tribunali sa sedištem u Srbiji, koji primenjuju komunitarno pravo konkurencije mogu biti sigurni da su na pravi način primenili pravila međunarodnog javnog poretka. Postavlja se pitanje ima li načina da se tribunali koji su zasedali na teritoriji ovih država obrate Sudu pravde?

Prema Uncitral Model zakonu³⁹ čl. 1(2) pomoć nacionalnih sudova mogu koristiti tribunali koji se nalaze na teritoriji te države članice. U tom

³⁷ V. više J. Baseldow, 373.

³⁸ V. više D. Terkildsen, S. Lysholm Nielsen, „Arbitral Tribunals and Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union – The Danish By-Pass Rule”, na http://dandersmore.com/sites/default/files/files/Terkildsen-Nieslen_AYLA_2012.pdf, 198.

³⁹ Uncitral Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 2006. godine

slučaju, tribunalni sa sedištem u Srbiji ne mogu računati na pomoć nacionalnih sudova Hrvatske, na primer, kao države članice Evropske unije. Jedini način da se tribunal nedržave članice domogne pomoći nacionalnih sudova država članica jeste da potonje donesu nacionalne propise kojima će dopustiti ovu mogućnost. Taj primer je sledila Nemačka prilikom implementacije Uncitral Model zakona, donoseći Zakon o građanskom postupku u kom je proširila polje primene na postupke vođene od strane arbitraža čija su sedišta ostala nepoznata ili se nalaze van granica Nemačke.⁴⁰ Međutim, ni ovo rešenje ne može se prihvatiti bez zadržke jer će nacionalni sudovi moći da pomognu samo u postupcima koji imaju određenu vezu sa sudovima.

Čak i u najboljem slučaju da susedi države Srbije donesu odgovarajuće zakone koji bi dali mogućnost da se nacionalni sudovi obrate za pomoć umesto arbitražnih tribunala, ostaje diskreciona ocena tih sudova da li su zaista i postoji veza spora koji je vođen pred arbitražnim tribunalom i nacionalnog suda. Čini se da su mali izgledi da arbitražni tribunalni sa sedištem u Srbiji dobiju mogućnost da se obrate Sudu pravde.

4. Zaključak

Sud pravde bi u cilju očuvanja jedinstvenog komunitarnog pravnog sistema trebalo da razmotri mogućnost tumačenja člana 267 UFEU u korist arbitražnih tribunala. Test koji je postavio u slučaju *Vaanseen* bi trebalo tumačiti na način da arbitražni tribunalni ispunjavaju navedene uslove. Sve veće prisustvo komunitarnog prava u privatnoj sferi iziskuje pojačanu komunikaciju između Suda pravde i arbitražnih tribunala. U suprotnom, može doći do većeg raslojavanja prava Unije i nejedinstvene primene što dovodi do pravne nesigurnosti.

Sa druge strane, arbitražni tribunalni u državama nečlanica imaju male izgleda da se na bilo koji način obrate Sudu pravde zahtevom za tumačenje komunitarnog propisa. Imajući to u vidu, potrebno je razmotriti mogućnosti unapređenja arbitražne prakse. Za početak, bi trebalo razmotriti mogućnost da se arbitražnim smatraju oni sporovi koji su do sada smatrati nepodobnim za arbitražno rešavanje, poput onih koji zadiru u javni poredak određene države.

⁴⁰ V. čl. 1025(2) nemačkog Zakonika o parničnom postupku građanskog zakonika, 5. 12. 2005. (*Bundesgesetzblatt*, str. 3202, 2006 I str. 431, 2007 I str. 1871, poslednje izmene od 10. 10. 2013. (tekst dostupan na engleskom na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html, 12. 3. 2018).

Literatura

- Basedow J., “EU Law in International Arbitration : Referrals to the European Court of Justice”, *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series*, 15/16, 2015, 367-386.
- Cole T. et al, *The Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU, A Study for the Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, European Union, Brussels 2014, 1-312.
- Ćeranić J., *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Beograd 2011.
- Ćeranić J., “Pravna priroda EU na osnovu Ugovora iz Lisabona”, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva 2012, 303-318.
- Haardt W.L., “Widow Vaassen-Gobbels v. Board of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf (“Tund of Employees in the Mining industry””, 4 *Common Market Law Review*, 1967, 443–444
- Hartley T., “The Brussels I Regulation and arbitration”, *International and Comparative Law Quaterly*, 63 (4). 2014, 843-866.
- Knežević G., Pavić V., *Arbitraža i ADR*, Beograd 2010.
- Perović J., *Standarde klauzule u međunarodnim poslovnim ugovorima*, Beograd 2014.
- Vukadinović R., Vukadinović Marković J., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2016.
- Vukadinović Marković J., *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska disertacija, Beograd

Pravni izvori

- Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) (Uredba br. 2013/11/EU Evropskog Parlamenta i Saveta od 21 Maja 2013. o alternativnom načinu rešavanja potrošačkih sporova).
- Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR) (Uredbu br. 524/2013 (EU) o online rešavanju potrošačkih sporova.
- The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, *Službeni list SFRJ- Međunarodnu ugovori*, br. 11/81).
- Treaty on European Union, (Ugovor Evropske unije) *Official Journal C 326*,

26/10/2012 P. 0001 – 0390.

Treaty on the Functioning of the European Union, (Ugovor o Funkcionisanju Evropske unije,), *Official Journal C 326*, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, (UNCITRAL Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 2006. godine)

Nemački Zakonik o parničnom postupku od 5.12.2005. (Zivilprozessordnung - ZPO), *Bundesgesetzblatt*, str. 3202, 2006 I str. 431, 2007 I str. 1871, poslednje izmene od 10. 10. 2013., tekst dostupan na engleskom na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html, 12. 3. 2018.

Sudska i arbitražna praksa

Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v Autoridade Tributária e Aduaneira, C- 377/13.

Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, C-54/96.

Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, C- 109/88.

Merck Canada Inc. v Accord Healthcare Ltd and Others, C- 555/13.

Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG. C- 102/81.

Pretore di Cento i Pretura Unificata di Torino, <http://guidagenerale.maas.ccr.it/document.aspx?uri=/repertori/R096290>.

Pierre Corbiau v Administration des contributions, Vaassen-Göbbels v Management of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf, C- 61/65.

Internet izvori

Gaffney J., *Do We Need Separative European Regulation of Arbitration*, http://www.cepani.be/sites/default/files/images/john_gaffey_-_warsaw_ciarb_paper_-_final.pdf, 20.3.2018.

Terkildsen D., Lysholm Nielsen S., *Arbitral Tribunals and Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union – The Danish By-Pass Rule*, http://dandersmore.com/sites/default/files/files/Terdilksen-Nieslen_AYIA_2012.pdf, 20.03.2018.

Jelena Vukadinović Marković, PhD

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

POSITION OF THE ARBITRATION TRIBUNALS IN THE EU LEGAL ORDER

Summary

The EU Treaties provide that only courts and tribunals from Member States may raise a question on the interpretation and validity of EU law to the Court of Justice of the EU (267 EU). The reference for a preliminary ruling is an important procedure whose aim is cooperation between judges at national and European level in order to ensure uniform application of EU law. The Court of Justice should reconsider its interpretation of Article 267 TFEU and allowed arbitration tribunal to put question. On that way, will be preserve unique and compact system of European law. On the other hand, the arbitration tribunals from non member states in every case don't have competence to put question before European Court of Justice.

Keywords: Article 267 TFEU, preliminary question, arbitration, arbitration award, EU, Court of Justice.

ODGOVORNOST UGOVORNIH STRANA KOD UGOVORA O FRANŠIZINGU

Apstrakt

Posebnost ugovora o franšizngu, kao i činjenica da ih uglavnom diktiraju davaoci franšize koji žele da minimalizuju svoju eventualnu odgovornost, čine da su ovi ugovori interesantni sa aspekta odgovornosti ugovornih strana, jer pored uobičajnih postoje i neke specifične odgovornosti. Iz pojačane obaveze davaoca franšize da u predugovornoj fazi drugu ugovornu stranu informiše o budućem poslu, ustanovljena je predugovorna odgovornost davaoca franšize, ako u toku trajanja ugovora korisnik otkrije da informacije koje su ga navele na zaključenje ugovora nisu bile tačne ili nisu bile potpune. Jedna od specifičnih odgovornosti davaoca franšize u okviru predugovorne faze je odgovornost za poslovni uspjeh korisnika franšize, jer davalac franšize u predugovornim informacijama često predočava potencijalnom korisniku previše optimističnu prognozu prihoda kako bi ga podstakao da se priključi mreži.

Još jedno sporno pitanje vezano je za opseg i granice odgovornosti davaoca franšize povodom štete koju je korisnik franšize nanio trećim licima. Konfuziju naročito stvara okolnost da je odnos nezavisnosti davaoca i korisnika franšize prikriiven sistemom standardizacije i unifikacije, što spolja stvara utisak jednog entiteta. Iako je sudska praksa kolebljiva kada je u pitanju odgovornost davaoca za neizvršenje ugovornih obaveza korisnika franšize prema trećim licima, nazire se tendencija pojačane odgovornosti davaoca franšize. Argumenti za ovu odgovornost zasnivaju se na kontroli koju davalac ima nad poslovanjem korisnika, ali i utisku koji je prisutan u javnosti da se radi o jednom entitetu.

Ključne riječi: odgovornost, davalac franšize, korisnik franšize, obaveze.

* Asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta "Mediteran", ul. Josipa Broza bb, Stari aerodrom, Podgorica, Crna Gora, 81000, milena.jokic@unimediteran.net

1. Uvodne napomene

Na odgovornost ugovornih strana kod ugovora o franšizingu primjenjuju se opšta pravila ugovornog, odnosno građanskog prava kako u pogledu ugovorne, tako i u pogledu deliktne, vanugovorne odgovornosti za naknadu štete. Ugovorna odgovornost važi samo za ugovorne strane, dok se na vanugovornu odgovornost mogu pozvati sva lica koja pretrpe štetu na osnovu proizvoda plasiranih putem franšize. Dakle, treća lica imaju pravo da traže naknadu po osnovu vanugovorene štete koja je nastala redovnom upotrebom proizvoda koji je bio plasiran na osnovu ugovora o franšizingu, kako od strane davaoca tako i od strane korisnika franšize.

Opšte je pravilo kod ugovorne odgovornosti da ona nastupa kada jedna ugovorna strana ne izvršava svoje obaveze ili ih ne izvršava u skladu sa odredbama ugovora. U tom slučaju strana koja je izvršila povredu ugovora dužuje određenu naknadu saugovaraču za štetu koja je proistekla iz neizvršavanja ili manjkavog izvršavanja ugovornih obaveza.

Načelno, neizvršavanje ugovornih obaveza kod franšizinga može nastati na strani oba ugovarača i predstavljati osnov za odgovornost. Odgovornost korisnika franšize za neizvršenje obaveza uglavnom nije sporna, za razliku od potencijalne odgovornosti davaoca franšize koja je prilično problematična. Ovo iz razloga što davalac franšize diktira uslove ugovora, pa lako može izbjeći odgovornost unošenjem specifičnih klauzula, ali i neodređenih formulacija koje zahtijevaju „tumačenje“. Isključenje odgovornosti davaoca franšize unošenjem klauzula u franšizine ugovore nije rijetkost. Ovakva praksa je česta i kod drugih savremenih ugovora poslovnog prava. Klauzule o neodgovornosti proističu iz načela slobode ugovaranja. Međutim, odricanje unaprijed od prava na naknadu štete krije u sebi mogućnost zloupotrebe. Iz tih razloga zakonodavac se morao umiješati da bi zaštitio interese slabije strane u ugovoru ne dozvoljavajući strani koja je u jačoj poziciji da nameće takvu klauzulu. U tom smislu, treba istaći da su klauzule o isključenju ili ograničenju odgovornosti predmet značajnog podozrenja i uzdržanih stavova i u uporednom pravu.¹ Takođe, u okviru uniformnih pravila ugovornog prava, prema UNIDROIT Principima međunarodnih trgovinskih ugovora, strana se ne može pozvati na klauzulu kojom se ograničava ili isključuje odgovornost za neispunjenje ili koja dozvoljava ispunjenje suštinski drugačije od ono-

¹ J. Perović, „Zaštitne klauzule u međunarodnim trgovinskim ugovorima“, *Pravni život* 12/2009, 483 i dalje.

ga što je druga strana razumno očekivala.²

Posebnosti franšiznih ugovora, kao i činjenica da ih uglavnom diktiraju davaoci franšize koji žele da minimalizuju svoju eventualnu odgovornost, čine da ovi ugovori predstavljaju pogodan teren za istraživanje pitanja odgovornosti. Ovo naročito jer pored uobičajnih postoje i neke specifične odgovornosti.

2. Odgovornost davaoca franšize

1. Specifičnost procesa zaključivanja ugovora o franšizingu jeste predugovorna faza koja je složenija i naglašenija kod ovog ugovora nego kod drugih ugovora. Jedno od najznačajnijih pitanja iz ove faze je izbor adekvatnog korisnika franšize i provjera davaoca franšize, odnosno njegovog poslovanja. U tom cilju postoje izvjesne striktno obaveze davaoca franšize koje se odnose na „otkrivanje podataka“ prije ulaska u ugovorni odnos, što ovaj ugovor čini specifičnim, a ovu obavezu jednom od najznačajnijih obaveza vezanih za franšizing posao. U predugovornoj fazi davalac franšize ima obavezu da korisniku pruži odgovarajuće i pravovremene informacije o svim okolnostima koje su mu poznate, a čije otkrivanje ima najčešće odlučujući uticaj na opredeljenje potencijalnog korisnika da zaključi ugovor ili odustane od njega. Zbog svog izuzetnog značaja, obaveza predugovornog otkrivanja podataka postala je zakonska obaveza u mnogim zemljama.³ Takođe je regulisana i u aktima koje su donijele međunarodne organizacije.⁴

² UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles 2010), čl. 7. <http://www.unidroit.org/publications/513-unidroit-principles-of-international-commercial-contracts>, oktobar 2016.

³ Mnoge zemlje su zakonom nametnule obavezu predugovornog otkrivanja podataka. Između ostalih, i Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije je predugovornoj fazi posvetio par članova (od čl. 1268 do čl. 1272). Nacrt predviđa obavezu davaoca franšize da potencijalnom korisniku preda dokument sa predugovornim obavještenjima (čl. 1269). Ovaj dokument se sastoji iz dva dijela: prvi je izvod iz predloženog ugovora o franšizingu, a drugi je dokument sa poslovnim obavještenjima. Podaci sadržani u njima moraju biti istiniti, aktuelni i suštinski značajni za donošenje odluke o ulasku u sistem. Zakonodavac taksativno nabroja sve informacije koje sadrži izvod iz predloženog ugovora, kao i podatke o privrednom subjektu davaoca franšize, o poslovnom sistemu franšize i o franšiznoj mreži (čl. 1270).

⁴ *Federal Trade Commission's Trade Regulation Rule* – Pravila Federalne trgovačke komisije iz 1979. godine (novelirana 2008). Ovo je prvi Zakon koji je utvrdio imperativno pravilo o obavezi predugovornog obavještanja. UNIDROIT *Guide to International Master Franchise Arrangements* - Vodič za međunarodne ugovore o master franšizingu iz 1998. (noveliran 2007.). UNIDROIT *Model Franchise Disclosure Law* - Model zakon o predugovornom obavještanju kod ugovora o franšizingu, 2002.

Iz činjenice da ugovor o franšizingu karakteriše pojačana dužnost davaoca franšize da drugu ugovornu stranu, tj. korisnika franšize u potpunosti informiše o budućem poslu, slijedi i njegova posebna odgovornost. Radi se o predugovornoj odgovornosti davaoca franšize, ako u toku trajanja ugovora korisnik otkrije da informacije koje su ga navele da zaključi ugovor nijesu bile tačne, ili nisu bile potpune, odnosno da na vrijeme nije bio obaviješten o relevantnim okolnostima i činjenicama.

Jedna od specifičnih odgovornosti davaoca franšize u okviru predugovorne faze je odgovornost za poslovni uspjeh korisnika franšize. S obzirom na to da davalac franšize u predugovornim informacijama predočava potencijalnom korisniku poslovni uspjeh, odnosno prognozu prodaje koja je obično previše optimistična kako bi pridobila potencijalnog korisnika da se priključi franšizing mreži, postavlja se pitanje da li davalac franšize odgovara za poslovni uspjeh korisnika franšize. Ovom pitanju, posebno u SAD-u, posvećena je velika pažnja, ali za sada bez konačnih odgovora.

Iako davalac franšize nema obavezu da garantuje realizaciju profita potencijalnom korisniku franšize, jer njegov dobitak zavisi od njegovih menadžerskih sposobnosti a ne od ilustracije očekivanih profita, neke nerealne procjene u cilju podsticanja potencijalnog korisnika za ulazak u mrežu mogu da stvore odgovornost za davaoca franšize.⁵ Poželjno je da davalac franšize na osnovu svih raspoloživih tržišnih parametara dostavi informacije o visini mogućeg profita koju bi potencijalni korisnik mogao da ostvari na ciljanoj tržištu. Ukoliko davalac franšize studiju tržišta nije bazirao na ozbiljnim kriterijumima jer nije uzeo u obzir stvarne okolnosti pod kojima korisnik franšize treba da posluje, korisnik franšize ima pravo na jednostrani raskid ugovora.⁶ Ipak, korisnik ne može uvijek raskinuti ugovor ako postoji nesklad između prognoziranog i ostvarenog profita. Iako su pitanja povodom nerealnih prognoza kao osnova odgovornosti sporna u teoriji i sudskoj praksi, u nekim sudskim presudama figuriraju odstupanja (između prognoziranog i ostvarenog profita) veća od 30% kao osnov odgovornosti, odnosno, kao osnov za jednostrani raskid ugovora

⁵ U praksi se često dešava da se davlac prilikom pregovora o zaključenju ugovora koristi prevarom da bi podstakao potencijalnog korisnika na ulazak u sistem, prikazujući mu prihode najuspješnijih korisnika kao prosječne, ili mu pruža jednu projekciju prihoda u pisanom obliku, a drugu, daleko optimističniju, usmeno kako bi izbjegao odgovornost i sl.

⁶ O. Bueno Diaz, *Franchising in European Contract Law: A comparison between the main obligation of the contracting parties in the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), French and Spanish Law*, Vol. 8, European Law Publishers, 2008.

od strane korisnika franšize.⁷ U pogledu optimističkih prognoza prihoda koje davaoci često prave, francuski sudovi zauzeli su jedinstven stav: “Samo grubi nehat ili namjerna prevara oko bitne okolnosti može dovesti do odgovornosti davaoca franšize”.⁸

Davalac franšize može da se oslobodi ugovorne odgovornosti za rentabilnost poslovanja korisnika franšize ako prilikom zaključenja ugovora unese klauzulu kojom se isključuje odgovornost za poslovni uspjeh korisnika franšize. Ta klauzula najčešće je sledeće sadržine: “...neke poslovne jedinice korisnika franšize ostvarile su X prihode. Davalac franšize ne preuzima odgovornost da će korisnik franšize ostvariti prihode iste ili veće vrijednosti”.⁹

2. Pored predugovorne odgovornosti davaoca franšize, prema opštim pravilima ugovornog prava davalac franšize odgovara za pravne i fizičke nedostatke predmeta ugovora. U toku trajanja ugovora davalac franšize će načelno biti odgovoran za prodatu robu, za ustupljena prava iz intelektualne svojine i *know-how*. Ako se davalac franšize ne pridržava ugovornih obaveza, korisnik može preduzeti odgovarajuće pravne mjere.

Davalac franšize ima obavezu da kontinuirano tokom cijelog trajanja ugovornog odnosa isporučuje robu korisniku franšize. Iz ove obaveze proizilazi odgovornost davaoca franšize za fizičke nedostatke isporučene robe kao i za pravne nedostatke (evikcija). Bez obzira da li je davalac franšize u ulozi proizvođača ili distributera robe (što je češći slučaj), on robu ne smije staviti na tržište ako je ona opterećena nekim stvarnim pravom ili ako ima određene fizičke nedostatke (nesaobraznost isporučene robe u pogledu vrste, količine i kvaliteta sa odredbama ugovora). Radi se o opštim pravilima odgovornosti prodavca za isporučenu robu karakterističnim za sve teretne ugovore i tu nema nikakvih naročitih specifičnosti.

U skladu sa načelima ugovorne odgovornosti davalac franšize je, takođe, odgovoran za sve nedostatke ustupljenih licenciranih prava. Radi se o jednoj od najznačajnijih obaveza davaoca koja čini suštinu franšizing posla. U navedenom slučaju ne može se govoriti o odgovornosti za fizičke

⁷ Apelacionom sudu se ne bi moglo prigovoriti na odbacivanja žalbe davaoca franšize kada sud prihvata navod da studija koju je davalac franšize dao korisniku sadrži odstupanja kojima se predviđeni profiti precjenjuju za skoro 40% od stvarno mogućih ostvarivih profita – Cass. com. 24. Februar 1998, D. 1998, somm., p.337. obs. D. Ferrier. *Ibid.*

⁸ Primjer: *Cour de Cassation* je 30. januara 1996.g. dosudio naknadu štete od 20 miliona franaka korisniku franšize u stečaju, zbog “pogrešnih i nerealnih prognoza o prodajama”, Citirano po: M. Parivodić, *Pravo međunarodnog franšizinga*, Službeni glasnik, Beograd 2003, 256.

⁹ Preporuka ugovorne klauzule prema *Federal Trade Commission's Trade Regulation Rule* – u literaturi poznata pod skraćenicom *Franšizna pravila* (The Franchise Rule), www.ftc.gov, jul 2016.

mane robe. Jer, s obzirom na prirodu intelektualne svojine i *know-how-a*, davalac franšize može jedino odgovarati za pravne nedostatke ustupljenih licenciranih prava, ali i ukoliko je ista prava ustupio nekom drugom korisniku na istoj teritoriji ili ih on sam vrši (s obzirom na isključivost na bazi koje se vrši ustupanje). Nepoštovanje ugovornih odredaba koje se odnose na isključivo pravo, daju pravo korisniku na raskid ugovora i naknadu štete. Davalac franšize ustupa ugovorom pravo na upotrebu žiga korisniku franšize i odgovara za pravne nedostatke u vezi sa žigom. Nedostaci se odnose na nepostojanje pravne legitimacije žiga i na opoziv (brisanje) žiga. Tako, kada je u pitanju ustupljeni žig, ako se ispostavi da davaocu nedostaje pravna legitimacija za prenos ustupljenog prava, korisnik ima pravo na raskid ugovora i naknadu štete. Takođe, ako dođe do brisanja žiga iz registra, budući da je registracija žiga vremenski ograničena, a davalac franšize ne podnese blagovremeno zahtjev za produženje registracije žiga, korisnik franšize ima pravo da raskine ugovor, a pripada mu i pravo na naknadu štete.

Za razliku od zaštićenih prava intelektualne svojine koja svoju pravnu zaštitu imaju u vidu zakonskih akata, ne postoji zakonska zaštita za *know-how*. Kada je u pitanju ustupanje *know-how-a*, davalac franšize uglavnom odgovara za mogućnost njegove privredne eksploatacije, odnosno za ispravnost i upotrebljivost prenesenog *know-how-a*. Pri tom se misli na normalnu upotrebljivost prenijetih (ustupljenih) prava i znanja, nezavisno od toga da li će ona dovesti do očekivanih rezultata. Dakle, nema garancije za rentabilnost korišćenja prenijetih prava, pa stoga davalac franšize ne odgovara za rentabilnost korišćenja prenesenog *know-how-a*, već samo za njegovu normalnu upotrebu.¹⁰

3. Glavna obaveza davaoca franšize je da integriše korisnika u sistem. Da bi to postigao nije dovoljno samo da prenese na korisnika franšize prava intelektualne svojine i *know-how-a*, već mora kontinuirano vršiti usluge i pružati stručnu pomoć korisniku franšize. Pod terminom „pružanje pomoći“ podrazumijeva se širok spektar aktivnosti koju davalac franšize pruža korisniku, u cilju boljeg poslovanja franšizne jedinice koju vodi korisnik franšize, a to su: pomoć oko odabira lokacije povoljne za poslovni prostor, planovi izgradnje, dizajna, izbora opreme i inventara, metod poslovanja, obuka kadra, propagande i sl., po konceptu koji je stvorio davalac franšize. Njegova pomoć predstavlja bitan elemenat ovog ugovora. Neizvršenje obaveze pružanja pomoći od strane davaoca franšize jedan je od osnova

¹⁰ I. Spasić, *Franchising posao*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1996, 97.

raskida ugovora.¹¹

Međutim, ukoliko je do neizvršenja ili manjkavog izvršenja obaveza pružanja usluga i pomoći došlo krivicom korisnika franšize, davalac se može osloboditi odgovornosti ili se ona može ograničiti adekvatno proporciji sa krivicom korisnika. Davalac franšize ne može ugovorom isključiti odgovornost za neizvršenje ili manjkavo izvršenje ugovornih usluga.

Imajući prethodno u vidu, odgovornost davaoca franšize kreće se u okvirima subjektivne odgovornosti zasnovane na krivici, te ukoliko davalac franšize ne izvrši svoje ugovorne obaveze, korisnik ima pravo da raskine ugovor i traži naknadu štete (ako procijeni da mu se to isplati).

4. Pitanja opsega i granice odgovornosti davaoca franšize prema trećim licima su sporna i pouzdani standardi prava u tom području nijesu sasvim definisani. Ovo pitanje treba posmatrati kao odgovornost davaoca franšize za korisnika franšize u slučaju neizvršenja ili manjkavog izvršenja ugovornih obaveza korisnika prema trećim licima. Odgovornost o kojoj je riječ poznata je kao odgovornost za drugoga. S obzirom na to da je u literaturi i praksi prepoznato da je tradicionalno ugovorno pravo tup instrument u rješavanju stvarnog odnosa između davaoca i korisnika franšize, to su povodom navedene odgovornosti slučajevi u praksi različito presuđivani, čak i kada su u pitanju istovjetne okolnosti.

Iako su davalac i korisnik franšize pravno i finansijski dvije nezavisne strane odgovorne za sopstvene radnje, konfuzija nastaje zbog toga jer je spolja gledano odnos nezavisnosti prikriven sistemom standardizacije i uniformnosti, što ostavlja utisak jednog entiteta. Stoga se postavlja pitanje šta se dešava u slučaju kada treće lice kao krajnji potrošač traži odgovornost za materijalne ili pravne nedostatke i od korisnika ali i od davaoca franšize. Iako u pravu postoji fundamentalna razlika između jedinice kojom posluje korisnik franšize i one kojom posluje davalac franšize - obično preko svog menadžera, te jedinice su identične, pa je ta pravna suptilnost često neprimjetna za krajnje potrošače i za javnost uopšte. Uprkos tome, ova razgranatost sa stanovišta prava je veoma značajna. Ovo iz razloga što je davalac franšize indirektno odgovoran za delikte počinjene od strane svojih zaposlenih, ali ne i za one počinjene od strane korisnika kao nezavisnih ugovornih strana. Takođe davalac može biti indirektno

¹¹ Sud je odobrio prekid ugovora o franšizingu nakon što je dokazao da davalac franšize nije obezbijedio obuku i nije obišao jedinicu korisnika franšize uprkos činjenici da je ugovor sadržao klauzulu kojom se davalac franšize obavezao da će dati savjete prilikom izbora zaposlenih i da će povremeno obilaziti jedinicu. V.: *Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza* 25. jul. 2000, JUR 2000/273349.

odgovoran kada je u pitanju agencijski odnos – za ugovore koje njegovi agenti zaključe u njegovu ime ili za njegov račun, što je najčešće slučaj sa njegovim zaposlenim menadžerima, ali ne i sa korisnikom franšize. U tom smislu su pravni principi i trgovačka praksa i te kako efikasni u izolovanju davaoca franšize od indirektno odgovornosti. Polazeći od stava da se kod ugovora o franšizingu radi o dva nezavisna pravna subjekta koja su samostalna u izvršavanju svojih obaveza, na osnovu vladajućih principa *ius civile* ne bi trebalo da davalac franšize odgovara za neizvršenje ugovornih obaveza korisnika franšize prema trećim licima. Tome u prilog ide i činjenica da je Evropska komisija u Blok izuzeću, imajući u vidu da se radi o nezavisnim entitetima bez obzira što jedan od njih posluje pod imenom i formatom drugog, isključila mogućnost da davalac franšize odgovara za obaveze korisnika franšize koje ima prema trećim licima.

Međutim, uprkos pravnoj nezavisnosti, davalac franšize može, pod određenim okolnostima, biti odgovoran prema trećim licima za radnje korisnika franšize. Argumenti za ovu odgovornost se zasnivaju na osobenim karakteristikama franšizne operacije, prije svega kontroli koju davalac franšize ima nad korisnikom, kao i utisku koji je prisutan u javnosti da se radi o jednom entitetu. Shodno tome, kao opravdanje za nametanje odgovornosti za drugoga, kontrola se u nekim slučajevima iz sudske prakse smatrala izuzetno važnom¹², a u drugim utisak stvoren kod trećih lica je bio presudan.¹³

Polazeći od toga da je odnos između ugovornih strana kod franšizinga gotovo “simbiotičan”, u svijesti trećih lica stvara se utisak jednog entiteta. Shodno tome, franšizing ponekad i suviše liči na neke druge ugovorne odnose, što može predstavljati osnov za davaočevu odgovornost. Ovo pogotovo iz razloga što je usled obavezne upotrebe zaštitnog znaka i obezbjeđivanja uniformnog standarda, kontrola kvaliteta neophodna u franšizing sistemu. Kao rezultat prava davaoca franšize da kontroliše poslovanje svojih korisnika, davaoci se mogu naći na udaru odgovornosti za radnje svojih korisnika, naročito u situaciji kada obim nadzora i kontrole dovodi

¹² V. *Northern v McGraw-Edison & Co* 542 F 2d 1336 (1976); *Drexel v Union Prescription Centers* 582 F 2d 781 (1978); *Ottmeyer v Baskin* 625 P 2d (1981). Upor.: *Coty v United States Slicing Machine Co* 373 NE 2d 1371 (1978); *Slates v International House of Pancakes* 413 NE 2d 457 (1980); *Quad-L v Tastee Freez* 528 NE 2d 1107 (1988), dostupno na: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c56cadd7b049347d4014>, 12.04.2018.

¹³ *Singleton v International Dairy Queen* 332 A 2d 160 (1975); *Chevron Oil v Sutton* 515 P 2d 1283 (1973). V.: P.I. Blumberg, K. A. Strasser, *Enterprise Liability in Commercial Relationships: Including Franchising, Licensing, Health Care Enterprises, Successor Liability, Lender Liability, and Inherent Agency*, Aspen Law & Business, 1998, 350-352.

do konfuzije u pogledu pitanja ko upravlja sa preduzećem korisnika. Shodno tome, sudska i poslovna praksa poznaje odgovornost davaoca franšize za radnje korisnika franšize prema trećim licima. Kao osnov koji sudska praksa razmatra prilikom donošenja odluke o ovoj odgovornosti uzimaju se različite okolnosti, a prevashodno upravo stepen kontrole koju davalac franšize sprovodi nad poslovanjem korisnika. Kontrola davaoca franšize nad korisnikom može opravdati stav suda za nametanjem odgovornosti prema trećim licima i to na osnovama koji mogu biti nezavisni od ideje utemeljene u glavama trećih lica da je operacija jedinstvena. Jer, kontrola nekada može da bude tako intenzivna da izazove vjerovanje da davalac franšize treba da bude odgovoran za štetu koju korisnik učini trećim licima. Slučajevi u praksi povodom ovog pitanja nisu istovjetno presuđivani. Čak i kada se radi o gotovo identičnim okolnostima, sudovi u odlučivanju o odgovornosti davaoca ili korisnika franšize nisu konzistentni.¹⁴

Načelno, pretjerana kontrola mogla bi da dovede do indirektno odgovornosti davaoca franšize, bez obzira što je to suprotno fundamentalnom principu nezavisnosti ugovornih strana kod ugovora o franšizingu. Naime, davalac franšize obično diktira uslove franšiznih ugovora i shodno tome može imati značajnu kontrolu nad poslovanjem korisnika. Indirek-

¹⁴ U slučaju *Pizza K Inc. v. Santagata* (547 S.E. 2d 405 (Ga. Ct. App. 2001)) tužilac je bio povrijeđen od strane vozača dostavnog vozila korisnika franšize. Osnovni sud je odlučio u korist davaoca franšize, što je potvrdio i Apelacioni sud. U presudi Apelacionog suda se kaže da „sud mora da bude svjestan specijalnih odnosa koji se stvaraju franšizing ugovorom, pogotovo davaoca franšize koji je suočen sa problemom ostvarivanja dovoljne kontrole nad korisnikom franšize u cilju zaštite nacionalnog identiteta i profesionalne reputacije, čime ga taj stepen kontrole čini posredno odgovornim za postupke korisnika franšize i njegovih zaposlenih“. Međutim, iako franšizing ugovor sadrži „specifične i čak stroge zahtjeve u pogledu poslovanja korisnika franšize“, sud je odlučio da ugovor ne daje davaocu franšize pravo da „nadzire svakodnevno poslovanje zaposlenih kod korisnika franšize“. Davaočevo pravo da sprovodi mjesečne kontrole i zahtijeva strogo pridržavanje knjigovodstvenih formi „jednostavno služe kao sredstvo za postizanje željenog stepena uniformnosti i kvaliteta u okviru sistema *Pizza K* franšize“. Dostupno na: <https://law.justia.com/cases/georgia/court-of-appeals/2001/a01a0508-0.html>, 12.04.2018. S druge strane, u slučaju *Font v. Stanley Steamer Int'l Inc.* (849 So. 2d 1214 (Fla. Dist. Ct. App. 2003)) sud je došao do drugačijeg zaključka. U ovom slučaju osoba je stradala kada se njeno vozilo sudarilo sa kombijem korisnika franšize. Franšizing ugovor je sadržao izričitu odredbu da je korisnik franšize nezavisna ugovorna strana, ali je sud držao do toga da se priroda ugovornih odnosa ne može odrediti opisnim oznakama zaposlenih od strane ugovornih strana. Sud je priznao apsolutnu kontrolu korisnika franšize nad svojim zaposlenima, ali je našao da postoje i druge kontrole dovoljne da stvore zabunu po pitanju stvarnog zastupanja, kao što su kod nametanja rokova, obaveza plaćanja naknade davaocu franšize, specifikacije i procedure vođenja poslovanja, davaočevo uputstva za obuku kadrova, reklamiranje i metode čišćenja. Sud je takođe primijetio da je kombi kupljen u skladu sa specifikacijom davaoca franšize, što opravdava podnošenje zahtjeva za indirektnom odgovornošću davaoca franšize. Dostupno na: <https://www.casemine.com/judgement/us/59147907add7b049343f052c>, 12.04.2018.

tna odgovornost, kao opšte pravilo (opet, postoji varijacija u zavisnosti od nadležnosti) će postojati onda kada davalac franšize vrši dovoljan obim kontrole nad tzv. *day-to-day business* korisnika franšize, tj. na specifične procese ili aktivnosti koja se svakodnevno obavljaju. Da bi izbjegao odgovornost po tom osnovu davalac franšize mora da nađe pravi balans kada je kontrola nad korisnikom u pitanju. Jer, osnovni princip je da se kontrolom zaštititi brend, odnosno obezbijedi garancija da će mušterije uvijek dobiti kvalitet proizvoda ili usluge koji taj brend predstavlja. Dakle, kada je u pitanju zaštita kvaliteta proizvoda ili brenda, kontrola davaoca je legitimna. Kada detaljna uputstva ili zahtevi nisu zaista neophodni za održavanje kontrole kvaliteta, takva "mikro" uputstva treba izbegavati. Međutim, iako davaoci, u principu, ne bi smjeli da diktiraju i kontrolišu programe i praksu koja nije ključna za misiju zaštite brenda, ta linija se često prelazi. Tome nesumnjivo doprinosi i današnja tehnologija koja omogućava davaocima da vrše značajnu kontrolu nad korisnicima koja ide i šire od zaštite samog proizvoda i brenda. Sud mora u svakom konkretnom slučaju da procijeni i napravi razliku između kontrole koja je neophodna kako bi se očuvao *goodwill* povezan sa markom davaoca i one kontrole koja jednostavno ide dalje od toga. Prekoračavanje u tom pogledu moglo bi da dovede do eventualnog prekvalifikovanja franšiznog ugovornog odnosa. Tako u okolnostima kada kontrola koju sprovodi davalac franšize premaši navedena ograničenja, sud može ugovor o franšizingu prekvalifikovati u ugovor o radu.¹⁵ Treba imati na umu da oštećena strana koja zahtijeva davaočevu odgovornost pred sudom neće moći lako da dokaže da je franšizni odnos u stvari odnos zaposlenog i poslodavca. Ova prepreka je skoro nepremostiva imajući u vidu da je korisnik najčešće osnovan u formi privrednog društva, što isključuje mogućnost zasnivanja radnog odnosa sa drugom ugovornom stranom. Međutim, sudovi nekada prepoznaju formu privrednog društva kao lažnu fasadu, a realna situacija je ta da postoji odnos zaposleni – poslodavac.¹⁶ Suprotne odluke u sudskoj praksi su češće. One uglavnom polaze od stava da kontrola kvaliteta i poslovanja koja se nalazi u franšiznim ugovorima nije dovoljna da se uspostavi tako bliski odnos supervizorske kontrole koji asocira na odnos „gospodar-sluga“. Za odgovornost davaoca za radnje korisnika potreban je veći stepen kontrole, odnosno kontrola svakodnevnog poslovanja korisnika, pogotovo onih aspekata poslovanja iz kojih je proizašla šteta.

¹⁵ D. Mlikotin-Tomić, *Ugovor o franchisingu*, Informator, Zagreb 1986, 56.

¹⁶ C. Sappideen, P. O'Grady, G. Warburton, *Macken's Law of Employment*, Thomson Reuters, 6th ed. 2009, 67.

Tome u prilog i nedavna odluka američkog Okružnog suda u Masačuset-su u kojoj je izričito navedeno da su korisnici franšize nezavisni poslovni ljudi, a ne zaposleni.¹⁷

Primjeri iz američke sudske prakse u kojima je kontrola bila značajan argument za utvrđivanje odgovornosti davaoca franšize su: određivanje broja zaposlenih, ograničavanje korisnikovih dobavljača¹⁸, utvrđivanje radnog vremena korisnika franšize¹⁹, izražen uticaj na zapošljavanje i otpuštanje osoblja, promotivne aktivnosti, uniforme i obuka korisnikovih kadrova, pravo na inspekcijeske preglede poslovnih knjiga i prostorija radi provjere usklađenosti²⁰, zahtjevi za uplaćivanjem određenih sredstava u zajednički nacionalni reklamni fond²¹, kontrolisanje lokacije objekata, njegovog izgleda, projekta, dizajn enterijera i namještaja.²² Čak iako tvrde da nemaju uticaj na visinu plate koju korisnik daje svojim zaposlenim, neki davaoci praktično određuju i plate koje korisnik daje svojim zaposlenima na način što određuju svaku drugu varijablu u njihovom poslovanju. Takva i slična prekorčenja mogu biti osnov davaočeve odgovornosti, jer približavaju franšizing nekom drugom odnosu. S obzirom na to da su gore navedene odredbe vrlo slične onima koje uređuju odnos između agenta i principala, ili pak poslodavca i zaposlenog, sud je utvrdio da mnoge od ovih kontrola nisu bile neposredno u vezi sa zaštitom brenda i zaštitnog znaka i stoga odlučio da se radi o odnosu agenta i principala, ili pak radnom odnosu. Ono što se da primijetiti jeste da američki sudovi nisu pokušali da naprave korak dalje od tradicionalnih shvatanja karakterističnih za odnos agent-principal ili zaposleni-poslodavac i pokušali da analiziraju suštinu odnosa davaoca i korisnika franšize

¹⁷ *United States District Court of Massachusetts, Awuah v Coverall North America Inc*, preuzeto od: A. L. Terry, J. L. Huan, „Franchisor Liability for Franchisee Conduct“, *Monash University Law Review*, Vol. 39, 2/2013, 399.

¹⁸ *Stanford v Dairy Queen Products* 623 SW 2d 797 (1981), <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c430add7b049347cbe1d>, 10.04.2018.; *Nelson v International Paint* 734 F 2d 1084 (1984), <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c325add7b049347c439f>, 10.04.2018.

¹⁹ *Dorsic v Kirtin* 96 Cal Rptr528 (1971). V.: Tom Burns, „The Legal Implications of Reputation Risk Management for Franchisors“, *Journal of International Commercial Law and Technology* Vol. 2, 4/2007, 239. Dostupno na: <https://media.neliti.com/media/publications/28674-EN-the-legal-implications-of-reputation-risk-management-for-franchisors.pdf>, 20.03.2018.

²⁰ *Nichols v Arthur Murrey Inc* 56 Cal Rptr 728 (1967); *Holiday Inns v Newton* 278 SE 2d 85 (1981). Dostupno na: <https://www.casemine.com/judgement/us/59149202add7b049345920cf>, 12.03.2018.

²¹ *Nichols v Arthur Murrey Inc* 56 Cal Rptr 728 (1967).

²² *Billops v Magness Construction* 391 A 2d 196 (1978), <https://www.courtlistener.com/opinion/1956599/billops-v-magness-const-co/>, 15.03.2018.

i pravi osnov davaočeve odgovornosti prema trećim licima. Previdjeli su da franšizing kao nov, savremen fenomen zahtijeva nov, savremen pristup. Problem kod ovakvog pristupa je u tome što je teško napraviti jasnu razliku između ove dvije kontrole, jer je kontrola davaoca franšize uvijek usmjerena na zaštitu i unapređenje *goodwill*-a i zaštitnog znaka.

Sve u svemu, ukoliko bi jaka veza koja postoji između davaoca i korisnika franšize bila jedini osnov davaočeve odgovornosti, tada bi franšizing kao provjereno uspješan oblik poslovne ekspanzije mogao biti ugrožen, jer bi davaoci franšize rutinski odgovarali za nedjela svojih korisnika. Zato je neophodno da se prilikom zaključenja ugovora izričito naglasi karakter i opseg ovlašćenja nadzora. To bi onemogućilo davaoca franšize da prekomjerno koristi ovlašćenje nadzora i kontrole aktivnostima koje nisu u funkciji zaštite *goodwill*-a i njegovog unapređenja.

Kao drugi osnov davaočeve odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima može da bude i utisak koji je nastao u svijesti trećih lica da se radi o jednom entitetu koji raspolaže filijalama (u ovom slučaju davalac franšize). Neki slučajevi iz prakse na to ukazuju.²³ Prema tome, može se desiti da davalac bude odgovoran samo na osnovu ustupanja korišćenja imena koje se vezuje za njega. Činjenica da je šteta učinjena od korisnika franšize je zanemarljiva, ako je iznajmljivanje korišćenja davaočevog imena dovelo do vjerovanja trećih lica da je davalac odgovoran za učinjenu štetu. Dakle, srž problema je vjerovanje koje postoji kod trećih lica da imaju posla sa jednim entitetom, tj. davaocem franšize, te da je takvo pouzdanje dovoljno za odgovornost davaoca franšize i to i ugovornu i vanugovornu.²⁴

Nasuprot tome, pravna nauka i profesionalna udruženja trgovaca vrlo odlučno osporavaju utemeljenost takvih stavova. Ona polaze od toga da privid identiteta ne može biti osnov odgovornosti, jer su davalac i korisnik

²³ Slučaj koji je proglasio davaoca franšize odgovornim samo na osnovu teorije prividne agenture (zastupništva) je *Gizzi v. Texaco Inc.* (437 F.2d 308 (5th Cir.), cert. denied, 404 U.S. 829 (1971)). Tužilac je kupio polovni *Volkswagen* kombi sa *Texaco* uslužne stanice. Povrijeđen je kada su kočnice ubrzo nakon kupovine otkazale. Korisnik franšize je radio na kočnicama neposredno prije prodaje. Stanica je vidljivo istakla *Texaco* oznake uključujući i slogan: „Trust your car to the man who wears the star“ („Povjeri svoje auto čoveku koji nosi zvijezdu“). Sud je naveo da je *Texaco* angažovao značajan nacionalni marketing da bi se stekao utisak da su njegovi dileri vješti u servisiranju automobila, što je moglo da prouzrokuje da treća lica povjeruju da je korisnik franšize u stvari agent. Dostupno na: <https://openjurist.org/437/f2d/308/gizzi-v-texaco-inc-giaccio>, 02.04.2018.

²⁴ *Fidelman-Danziger v Statler Management* 136 A 2d 19 (1957), <https://casetext.com/case/fidelman-danziger-inc-v-statler-m-inc>, 02.04.2018.; *Beck v Arthur Murrey* 54 Cal Rptr 328 (1966), <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c85dadd7b049347e9a83>, 2.4.2018.; prethodno navedena presuda *Gizzi v Texaco* 437 F 2d 303 (1971).

franšize nezavisne ugovorne strane koje posluju samostalno i samim tim samostalno odgovaraju za obaveze prema trećim licima. Standardi marketinga koji promovišu brend kao i činjenica da korisnik posluje pod imenom i formatom davaoca franšize, ne mogu da prouzrokuju odgovornost davaoca franšize. Neke sudske odluke iz skorašnje prakse to potvrđuju.²⁵

Iako su ugovorne strane kod ugovora o franžizingu nezavisne, često ta pravna suptilnost nije od tolikog značaja za treća lica. Shodno svom pragmatičnom rezonu ona pretenduju da tuže davaoca franšize prosto iz razloga jer je „veća meta“ koja ima interes da riješi problem kako bi se izbjegao loš publicitet. Istovremeno, bila bi to prilika da se šteta lakše naplati jer se naplaćuje iz „dubljeg džepa“.

Pravo SAD-a bilježi nekoliko sudskih slučajeva u kojima je davalac franšize bio odgovoran za svoj nemar zato što nije uložio dužnu pažnju prilikom izbora korisnika franšize²⁶, održavanja standarda²⁷, dizajna franšizne jedinice²⁸, standarda hrane²⁹ i obezbjeđenja.³⁰

Upravo zbog privida identiteta i situacija koje iz njega mogu proizaći, poželjno je stavljanje natpisa na ulazu u preduzeće ili na vidnom mjestu unutar njega, na memorandumima i drugoj korespondenciji da se radi o nezavisnom preduzeću od davaoca franšize. Iz tih razloga davaoci

²⁵ U slučaju *BP Exploration & Oil Inc. v. Jones* (558 S.E.2d. 398 (Ga. Ct. App.2001)) tužilac je podnio tužbu nakon što je gumut kroz stakleni prozor od strane zaposlenog kod korisnika franšize navodeći da ga je zajednički brend i nacionalni marketing naveo na mišljenje da je korisnik davao- očevo agent i da su sve *BP Exploration* stanice njegove. Marketinška kampanja davaoca franšize je bila pod sloganom „*BP, we keep you moving*“ („BP, mi vas pokrećemo“). Sud je isključio odgovornost davaoca, odnosno presudio u korist davaoca franšize obrazlažući da prividni odnos zastupanja zasnovan na zaštitnom znaku kompanije ne može biti osnov za davaočevu odgovornost. Sud je dalje naveo da je stvar opšteg znanja i prakse da se distinktivni zaštitni znaci mogu isticati od strane nezavisnih dilera. Neinformisanost ne opravdava. Sud je takođe istakao da kompanija ne podliježe odgovornosti samo zato što promoviše svoj brend. V.: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914b93eadd7b04934789f83>, 05.04.2018.; Isto i u: *Myszkowski v Penn Stoud Hotel, Inc.* 634 A. 2d 622 (1993), http://www.leagle.com/decision/1993745430PaSuper315_1741, 09.09.2014.

²⁶ M.R. Flynn, „The Law of Franchisor Vicarious Liability: A Critique“, *Columbia Business Law Review*, 1993, 89-97.

²⁷ *Read v Scott Fetzer Co*, 990 SW 3d 732 (Tex, 1998). Dostupno na: <https://www.casemine.com/judgement/us/59147f78add7b04934462204>, 05.04.2018.

²⁸ *Morse v McDonald's Corporation* (Conn Super Ct, No CV 000379426S), 6.11.2001, <https://www.courtlistener.com/opinion/3365056/morse-v-mcdonalds-corporation-no-cv00-0379427-s-nov-6-2001/>, 04.04.2018.

²⁹ *Hyde v Schlotzsky's Inc.*, 561 SE 2d 876 (Ga Ct App), 2002, <http://caselaw.findlaw.com/ga-court-of-appeals/1197219.html>, 05.04.2018.

³⁰ *Wunder v Mobil Oil Corporation* (Conn Super Ct, No X04CV000120525S), 24.10.2002. <https://www.casemine.com/judgement/us/59147a7fadd7b0493440be43>, 05.04.2018.

franšize insistiraju da korisnik cjelokupnim vizuelnim identitetom poslovanja kao i spoljnim obilježjima na objektima naglasi da se radi o odnosu franšizinga. Na ovaj način se jasno ukazuje trećim licima sa kim ulaze u ugovorni odnos i ko će biti odgovoran za štetu.³¹

Da bi se izbjegla mogućnost da davalac franšize odgovara za drugoga, tj. korisnika franšize, često se u samom ugovoru naznačava da odnos između strana nije odnos ortakluka, zastupništva, zaposlenja ili *joint venture*-a. Iako ova klauzula reflektuje stvarnu sliku nezavisnosti koje strane žele da postignu, ona ne rješava stvar u potpunosti, jer će sud uvijek uzimati u obzir suštinu njihovog međusobnog odnosa, a ne formu. Uprkos tome, među davaocima franšize vlada uvjerenje da im takve klauzule obezbjeđuju potpun imunitet od odgovornosti za rđavo ponašanje.

Uobičajena praksa franšizing kompanije je da se odgovornost davaoca za drugoga, tj. korisnika franšize, isključi ili ograniči (ugovorom), jer davalac uglavnom nije odgovoran za radnje, odnosno poslovanje korisnika franšize. U tom smislu jedna od specifičnih klauzula koja se pojavljuje u ugovoru o franšizingu jeste klauzula o isključenju odgovornosti davaoca franšize prema trećim licima. Njenim unošenjem u ugovor davalac franšize isključuje svoju odgovornost u pravnom prometu prema trećim licima koja stupaju u odnose sa korisnikom franšize. Ova klauzula nema apsolutno dejstvo, jer bi u tom slučaju davalac franšize bio u potpunosti zaštićen od posljedica svog eventualnog nesavjesnog ponašanja. S obzi-

³¹ U slučaju Višeg suda Novog Zelanda *Fitzgerald v H&R Block The Income Tax People Ltd.* tužilac je tužio davaoca franšize za prevaru koju je počinio korisnik franšize. Tužilac je tvrdio da davalac ne može poreći postojanje zastupničkog odnosa, jer korisnik franšize ima ovlaštenje da koristi zaštitno ime davaoca „H&R Block The Income Tax People“ i na osnovu tog ovlaštenja on djeluje kao njegov agent. Sud je smatrao da razumna osoba ne bi povjerovala da posluje sa davaocem franšize kada bi vidjela znak „H&R Block the Income Tax People“, zato što je korisnik u zaglavlju stavio naziv svoje kompanije. Tužilac je, dakle, morao znati da posluje sa korisnikom franšize a ne sa davaocem. Sud je prihvatio činjenicu da je tužilac konsultovao korisnika franšize zato što je bio privučen brendom „H&R Block“, ali je jasno da je poslovanje izvršeno sa korisnikom franšize. Uz to, kompanija „R&H Block“ se bavi savjetovanjem u oblasti poreza, a slučaj se ticao savjeta u oblasti investicija, što je u stvari paralelni biznis koji je korisnik vodio sa strane. Investicioni savjet je bio značajno različit od poreskog savjeta i nije bio u okvirima ovlaštenja datih u vezi sa poreskim savjetima.

U drugom gotovo identičnom slučaju pred okružnim sudom Novog Zelanda *Commerce Commision v Contours Exclusive Ltd.*, presuđeno je da je davalac franšize dozvolio korisniku da koristi njegov zaštitni znak prilikom reklamiranja, i da uprkos restrikciji koja je postojala u franšiznom sporazumu, sama činjenica da je davalac stavio korisnika u poziciji da koristi njegov znak, nametnulo je shvatanje u javnosti da je davalac franšize prihvatio takvu odgovornost. Prema tome, korisnik je agent davaoca franšize i djeluje u okviru njegovih očiglednih ovlaštenja. V. *A.L. Terry, J.L. Huan*, (2013), 403. V. i: V. D. Baillicu, *Streetwise Franchising*, Hutchison Business, London, 1988, 64.

rom na činjenicu da se ugovorom ne može unaprijed isključiti odgovornost za namjeru ili krajnju nepažnju, ova klauzula ima relativno dejstvo. Dakle, davalac franšize se ne bi mogao osloboditi odgovornosti koja je izazvana njegovim radnjama i skrivenim manama robe. U tom smislu, davalac franšize čiji je proizvod proizveo ili nanio štetu nekom licu je strana koja mora dokazati da ne postoji uzročna veza između nastale štete i karakteristike proizvoda, te da je preuzeo sve mjere da do takve povrede ne dođe. Zato se u praksi to pitanje najčešće rješava zavisno od okolnosti konkretnog slučaja.

Sve u svemu, iako neujednačena, sudska praksa pokazuje blagu tendenciju pojačane odgovornosti davaoca franšize i za vanugovornu odgovornost i štetu pričinjenu trećima. U tom duhu su i odredbe Nacrta Građanskog Zakonika Republike Srbije.³² Jer, treća lica koja se najčešće pojavljuju u ulozi krajnjih korisnika usluga ili krajnjih kupaca proizvoda najčešće i ne znaju da je riječ o franšizing poslovanju, već smatraju da je riječ o jednom poslovnom entitetu. Ona ne mogu biti uskraćena za naknadu štete pod izgovorom da je to obaveza ili davaoca ili korisnika franšize. Ovim stavom se obeshrabruju da uđu u sistem oni koji nemaju razvijen koncept i procedure obezbjeđivanja kontrole proizvoda. U konačnom, ovakav stav ne samo da štiti korisnika franšize i potrošače, već i čitav koncept franšizing poslovanja.

U svakom slučaju odluku o tome da li je pravedno da optuženi bude odgovoran za radnje onoga ko je počinio štetu treba donijeti na osnovu činjenica utvrđenih pred sudom uz posvećivanje posebne pažnje odnosu između stranaka kao i vezi između štetne radnje i tog odnosa. Zbog nedovoljne izvjesnosti i preciznosti vezane za pitanje odgovornosti, praksa ugovaranja osiguranja od strane korisnika franšize je uobičajena. Opseg i granice osiguranja i njegova cijena dovode se u vezu sa veličinom poslovne jedinice, ekonomskom snagom korisnika franšize, kao što je uobičajeno u osiguranjima rizika.

³² U čl. 1276 Nacrta Građanskog Zakonika Republike Srbije predviđena je supsidijarna odgovornost davaoca franšize po zahtjevima trećih lica prema korisniku franšize u slučaju nedostataka u kvalitetu robe ili usluga koje na osnovu ugovora o franšizingu korisnik prodaje trećim licima. U sledećem stavu istog člana predviđa se solidarna odgovornost davaoca franšize sa korisnikom po zahtjevima od strane trećih lica prema korisniku franšize, a u vezi robe koju je proizveo ili čijeg je snadbjevača odredio davalac franšize.

3. Odgovornost korisnika franšize

Kako se u slučaju odgovornosti davaoca franšize prema korisniku primjenjuju opšta pravila ugovornog prava za neispunjenje ugovornih obaveza, tako se i u obrnutom slučaju korisnika franšize prema davaocu primjenjuju ista.

Odgovornost korisnika franšize se javlja u slučajevima kada se utvrde određene nepravilnosti u korišćenju paketa prava koja sačinjavaju franšizu. Nepravilnosti mogu biti vezane za nepoštovanje obaveze nabavke robe od davaoca franšize (ili lica koje on odredi), korišćenje prenetih prava suprotno odredbama ugovora, otkrivanje poslovne tajne, povreda obaveze nekonkurencije, obaveze trpljenja nadzora i kontrola od strane davaoca franšize, neplaćanja naknade itd. Svaka povreda ugovornih obaveza uzrokuje ugovornu odgovornost korisnika franšize, i u vezi sa tim nema većih nesuglasica i nedoumica.

Odgovornost korisnika franšize prema trećim licima može biti ugovorna i vanugovorna. Ugovorna će biti uvijek kada je treće lice kupilo proizvod ili dobilo uslugu direktno od korisnika franšize. Vanugovorna će biti ako štetu trpi lice koje je kupilo proizvod od nekog posrednika između korisnika i samog lica koje je pretrpjelo štetu i može dokazati da postoji uzročna veza između proizvoda i nastale štete.

4. Zaključak

Ugovor o franšizingu predstavlja pogodan teren za istraživanje pitanja odgovornosti, jer pored uobičajnih postoje i neke specifične odgovornosti, kao na primjer, predugovorna odgovornost.

Iz pojačane obaveze davaoca franšize da u predugovornoj fazi drugu ugovornu stranu informiše o budućem poslu, ustanovljena je predugovorna odgovornost davaoca franšize ako u toku trajanja ugovora korisnik otkrije da informacije koje su ga navele na zaključenje ugovora nisu bile tačne ili nisu bile potpune.

Jedna od specifičnih odgovornosti davaoca franšize u okviru predugovorne faze je odgovornost za poslovni uspjeh korisnika franšize, s obzirom na to da davalac franšize u predugovornim informacijama predočava potencijalnom korisniku poslovni uspjeh, pružajući mu najčešće previše optimističnu prognozu prihoda. Pouzdani standardi prava tim povodom nisu sasvim definisani. Mišljenja smo da korisnik franšize ne može uvijek

raskinuti ugovor ako postoji nesklad između prognoziranog i ostvarenog profita. Ovo iz razloga što davalac franšize nema obavezu da garantuje potencijalnom korisniku franšize realizaciju profita, već samo da mu dostavi informacije o mogućem profitu na bazi stvarnih okolnosti pod kojima korisnik franšize treba da posluje. Prema tome, samo ako davalac svoju prognozu uspjeha nije bazirao na ozbiljnim kriterijumima, što je rezultiralo značajnim odstupanjima između prognoze prodaje i realno ostvarenog profita korisnika, otvara se prostor za davaočevu odgovornost.

Još jedno sporno pitanje vezano je za opseg i granice odgovornosti davaoca franšize povodom štete koju je korisnik franšize nanio trećim licima. Konfuziju često potencira okolnost da je odnos nezavisnosti davaoca i korisnika franšize prikriven sistemom standardizacije i unifikacije, što spolja stvara utisak jednog entiteta. Iako je sudska praksa kolebljiva kada je u pitanju odgovornost davaoca za neizvršenje ugovornih obaveza korisnika franšize prema trećim licima, nazire se tendencija pojačane odgovornosti davaoca franšize. Argumenti za ovu odgovornost zasnivaju se na kontroli koju davalac ima nad poslovanjem korisnika, ali i utisku koji je prisutan u javnosti da se radi o jednom entitetu, tj. da je svaka franšizna jedinica u stvari ogranak u lancu jednog vlasnika. S obzirom na pomenutu okolnost, treća lica ne bi smjela biti uskraćena za naknadu štete pod izgovorom da je to obaveza ili davaoca ili korisnika.

Literatura

- Baillicu, V. D., *Streetwise Franchising*, Hutchison Business, London, 1988.
- Blumberg, I. P., Strasser, A. K., *Enterprise Liability in Commercial Relationships: Including Franchising, Licensing, Health Care Enterprises, Successor Liability, Lender Liability, and Inherent Agency*, Aspen Law & Business, 1998.
- Bueno Diaz, O., *Franchising in European Contract Law: A comparison between the main obligation of the contracting parties in the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), French and Spanish Law*, Vol. 8, European Law Publishers, 2008.
- Burns, T., "The Legal Implications of Reputation Risk Management for Franchisors", *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 2, 4/2007, 231-240.
- Flynn, R. M., "The Law of Franchisor Vicarious Liability: A Critique", *Columbia Business Law Review*, 1993, 89-97.

- Mlikotin-Tomić, D., *Ugovor o franchisingu*, Informator, Zagreb 1986.
- Parivodić, M., *Pravo međunarodnog franšizinga*, Službeni glasnik, Beograd 2003.
- Perović, J., „Zaštitne klauzule u međunarodnim trgovinskim ugovorima“, *Pravni život*, 12/2009, 480-500.
- Sappideen, C., Paul O'Grady and Geoff Warburton, *Macken's Law of Employment*, Thomson Reuters, 6th ed. 2009.
- Spasić, I., *Franchising posao*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1996.
- Terry, L. A., Huan, L. J., „Franchisor Liability for Franchisee Conduct“, *Monash University Law Review*, Vol 39, 2/2013.

Sudska praksa

- Beck v Arthur Murrey* 54 Cal Rptr 328 (1966).
- Billops v Magness Construction* 391 A 2d 196 (1978).
- BP Exploration & Oil Inc. V. Jones* (558 S.E.2d. 398 (Ga. Ct. App.2001)).
- Cass. com. 4. dec. 1990, JCP, 1911. II, 21725, note G. Virassamy.
- Cass. com. 24. Februar 1998, D. 1998, somm., p.337. obs. D. Ferrier.
- Chevron Oil v Sutton* 515 P 2d 1283 (1973).
- Coty v United States Slicing Machine Co* 373 NE 2d 1371 (1978).
- Commerce Commision v Contours Exclusive Ltd.*
- Dorsic v Kirtin* 96 Cal Rptr528 (1971).
- Drexel v Union Prescription Centers* 582 F 2d 781 (1978).
- Fidelman-Danziger v Statler Management* 136 A 2d 19 (1957).
- Fitzgerald v H&R Block The Income Tax People Ltd.*
- Font v. Stanley Steamer Int'l Inc.* (849 So. 2d 1214 (Fla. Dist. Ct. App. 2003)).
- Gizzi v. Texaco Inc.* (437 F.2d 308 (5th Cir.), cert. denied, 404 U.S. 829 (1971)).
- Holiday Inns v Newton* 278 SE 2d 85 (1981).
- Hyde v Schlotzsky's Inc.*, 561 SE 2d 876 (Ga Ct App), 2002.
- Morse v McDonald's Corporation* (Conn Super Ct, No CV 000379426S), 6 November, 2001.
- Myszkowski v Penn Stoud Hotel, Inc.* 634 A. 2d 622 (1993).
- Nelson v International Paint* 734 F 2d 1084 (1984).
- Nichols v Arthur Murrey Inc* 56 Cal Rptr 728 (1967).
- Northern v McGraw-Edison & Co* 542 F 2d 1336 (1976).
- Ottmeyer v Baskin* 625 P 2d (1981).
- Pizza K Inc. v. Santagata* (547 S.E. 2d 405 (Ga. Ct. App. 2001)).
- Read v Scott Fetzer Co*, 990 SW 3d 732 (Tex, 1998).
- Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza* 25. jul. 2000, JUR 2000/273349.

- Singleton v International Dairy Queen* 332 A 2d 160 (1975).
Slates v International House of Pancakes 413 NE 2d 457 (1980).
Stanford v Dairy Queen Products 623 SW 2d 797 (1981).
United States District Court of Massachusetts, Awuah v Coverall North America Inc. Quad-L v Taste Freez 528 NE 2d 1107 (1988).
Wunder v Mobil Oil Corporation (Conn Super Ct, No X04CV000120525S), 24 October, 2002.
 United States, Courts judgements: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c56cadd7b049347d4014>
<https://www.casemine.com/judgement/us/5914c85dadd7b049347e9a83>
<https://www.casemine.com/judgement/us/5914b93eadd7b04934789f83>
<https://www.casemine.com/judgement/us/59147f78add7b04934462204>
<https://www.casemine.com/judgement/us/59147a7fadd7b0493440be43>
<https://openjurist.org/437/f2d/308/gizzi-v-texaco-inc-giaccio>
<https://openjurist.org/437/f2d/308/gizzi-v-texaco-inc-giaccio>
<https://casetext.com/case/fidelman-danziger-inc-v-statler-m-inc>
http://www.leagle.com/decision/1993745430PaSuper315_1741
<https://www.courtlistener.com/opinion/3365056/morse-v-mcdonalds-corporation-no-cv00-0379427-s-nov-6-2001/>
<http://caselaw.findlaw.com/ga-court-of-appeals/1197219.html>

Internet izvori

- Federal Trade Commission's Trade Regulation Rule*, 1979 (noveliran 2008). - <https://www.ftc.gov/>.
 Nacrt Građanskog Zakonika Republike Srbije, 2015. - <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.
 UNIDROIT *Guide to International Master Franchise Arrangements*, 1998 (noveliran 2007). - <https://www.unidroit.org/franchising-guide-second-edition-2007-overview>
 UNIDROIT *Model Franchise Disclosure Law*, 2002. - <https://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law>.
 UNIDROIT Principles of international commercial contracts, <http://www.unidroit.org/publications/513-unidroit-principles-of-international-commercial-contracts>

Milena Kavarić, PhD

Assistant professor

The Mediterranean University, Faculty of Law,
Podgorica**LIABILITY OF CONTRACT PARTIES IN THE FRANCHISING
CONTRACT**

Summary

The specificity of the franchise agreements, as well as the fact that they are mainly dictated by franchisees who want to minimize their possible liability, make these contracts interesting from the aspect of the liability of the contract parties, because in addition to the usual, there are some specific liability.

Given the fact that at the pre-accession stage, the franchisor is obliged to inform the user of all data whose disclosure has the most decisive influence on the determination of the potential beneficiary to conclude the contract, the pre-contractual liability has been established.

One of the specific liabilities of the franchisor within the pre-contractual phase is the liability of the franchise business success of the franchisee, as the franchisor in the pre-contractual information often presents to the potential user a very optimistic forecast of success in order to persuade the franchisee to join the network.

The specificity of the franchise agreement is also related to the non-contractual liability of the franchisor. Arguments for this liability are based on the control that the provider has over the business of the user, but also the impression that is present in the public that this is one entity.

Keywords: liability, franchisor, franchisee, obligations.

TEŠKA UBISTVA U KRIVIČNIM ZAKONODAVSTVIMA POLJSKE, RUSIJE I BALTIČKIH DRŽAVA

Apstrakt

Nasilni akti usmereni protiv života i telesnog integriteta drugih lica (krvni delikti) spadaju među najopasnije oblike i vidove ispoljavanja nasilničkog kriminaliteta. Krivična dela ubistva se po svom društvenom značaju, prirodni, karakteristikama i posledicama izdvajaju među drugim krvnim deliktima te su za njih u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima propisane stoge kazne. Najteže kazne su po pravilu propisane za teška ili kvalifikovana ubistva, za razliku od kazni predviđenih za obična i privilegovana ubistva. U pravima Poljske, Rusije i baltičkih država (Estonije, Letonije i Litvanije) razlikuje se više oblika teških ubistava. U radu se objašnjavaju i upoređuju bića krivičnih dela teških ubistava u navedenim zakonodavstvima.

Ključne reči : pravo na život, teško ubistvo, zakonodavstvo, Rusija, Poljska, baltičke države, kazna

1. Uvod

Od najstarijih vremena do danas, krivična dela protiv života predstavljaju naročito opasne i nasilne delatnosti pojedinaca i grupa sa kojima se društvo – država surovo obračunavala primenjujući najteže vrste i mere kazni, kao što su smrtna kazna ili kazna lišenja slobode u dužem (ili doživotnom) trajanju. Krivičnopravna zaštita prava na život nije bila podjednaka za sve članove društvene zajednice, već je zavisila, bar u robovlasničkom i feudalnom periodu, od staleške pripadnosti učinioca krivičnog dela i njegove žrtve. Krivično delo ubistva, ipak, poznato je oduvek i univerzalno je propisano u svim zakonodavstvima. Razlog je taj što se propisivanjem krivičnog dela ubistva štiti pravo na život, koje je

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs

jedno od najznačajnijih prirodnih, fundamentalnih, opštecivilizacijskih, univerzalno priznatih ljudskih prava¹. Pravo na život je osnov i uslov postojanja svih drugih ljudskih prava i sloboda. Stoga je garantovano i međunarodnim dokumentima,² na primer, članom 6. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima sa fakultativnim protokolom i članom 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa protokolima broj 4, 6, 7, 11, 12 i 13.

Propisivanjem krivičnog dela ubistva želi se naglasiti da život čoveka, tj. pravo na život spada među najznačajnija društvena dobra i vrednosti³. Zavisno od okolnosti i uslova pod kojima je život drugom licu oduzet, u zakonodavstvima se obično razlikuje više vrsta ubistava⁴, kao što su obično ubistvo, teška ili kvalifikovana ubistva (umorstva) koja se javljaju u više oblika i vidova ispoljavanja i za koja su propisane najteže kazne koje uopšte poznaje određeno krivično zakonodavstvo i laka ili privilegovana ubistva za koja su propisane blaže kazne, zbog manjeg stepena društvene opasnosti ili niskog stepena krivice učinioaca⁵.

Kao i u drugim državama, tako se i u novim krivičnim zakonodavstvima istočno-evropskih država kao što su Poljska, Estonija, Letonija, Litvanija i Ruska Federacija predviđaju stroge kazne za učinioce krivičnog dela ubistva. Sa izuzetkom Poljske, ostala zakonodavstva se naslanjaju, po rešenjima, na posleratno socijalističko zakonodavstvo SSSR-a. U narednim izlaganjima analiziraćemo pojam, karakteristike i oblike teškog ubistva kao krivičnog dela protiv života propisanog u navedenim zakonodavstvima. Cilj analize je utvrđivanje sličnosti i razlika između navedenih zakonodavstava.

2. Poljska

Krivični zakonik Poljske⁶ iz 1997. godine sa novelama do 2012. godine u glavi devetnaestoj pod nazivom : „Krivična dela protiv života i

¹ O. Račić, B. Milinković, M. Paunović, *Ljudska prava – pet decenija od usvajanja Opšte deklaracije o pravima čoveka*, Beograd 1998, 51-59.

² V. Dimitrijević, M. Paunović, V. Đerić, *Ljudska prava*, Beograd 1997, 222-228.

³ M. Đorđević, „Život kao objekt krivičnopravne zaštite“, *Pravni život*, 9/1995, 43-55.

⁴ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*, Banja Luka 2017, 23-25.

⁵ D. Jovašević, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd 2017, 46-48.

⁶ Kodeks kamy 6. czerwca 1997., Dz. U z 1997., r. Nr 88. poz 553., Nr 240. poz. 1431 z 2012.

zdravlja“ predviđa krivična dela ubistva. U Zakoniku su krivična dela ubistva označena samo članovima, tako da nisu imenovana⁷.

Osnovni oblik lišavanja života drugog lica odgovara tzv. običnom ubistvu. Predviđeno je u članu 148. u stavu 1. Krivičnog zakonika i za to delo je propisana kazna zatvora od osam do dvadeset pet godina ili kazna doživotnog zatvora. Krivično delo iz člana 148 st. 1 Krivičnog zakonika je definisano običnom dispozicijom „ko ubije čoveka“; znači da se obično ubistvo sastoji od radnje izvršenja ubijanja drugog lica, bez navođenja oblika krivice ili drugih bližih elemenata njegovog bića⁸.

Ista zakonska odredba sadrži opise još dva oblika krivičnog dela ubistva: teško ubistvo – st. 2. i 3. i b) i privilegovano (lako) ubistvo – stav 4⁹. Na sličan način, u jednoj zakonskoj odredbi je i ranije krivično zakonodavstvo SR Jugoslavije (odnosno Republike Srbije u primeni do 1. januara 2006. godine) predviđalo obično i teško ubistvo u odredbi člana 47. KZS.

Teško ubistvo, za koje je propisana kazna zatvora od dvanaest do dvadeset pet godina ili kazna doživotnog zatvora, postojalo bi u slučajevima kada je obično ubistvo učinjeno pod okolnostima koje delu daju teži vid¹⁰. Oblici teškog ubistva mogu se klasifikovati na sledeći način, slično ruskom pravu¹¹: 1) teško ubistvo prema načinu izvršenja (član 148 st 2 tačke 1 i 4) koje se javlja u dva vida: ubistvo na naročito svirep način (član 148 st. 2. t. 1) i ubistvo na opasan način (član 148 st. 2 t. 4), 2) ubistvo iz posebnih motiva, tj. pobuda (član 148 st. 2. t. 3) i 3) teško ubistvo kvalifikovano okolnostima pri izvršenju (član 148. st. 2. t. 4), obimom izazvanih posledica, tj. brojem oštećenih, zatim posebnim svojstvom pasivnog subjekta i svojstvom učinioca (član 148. st. 3).

Način izvršenja ubistva na svirep način karakteriše mučenje žrtve tj. nanošenje brojnih, nepotrebnih i prekomernih fizičkih i psihičkih bolova koji povećavaju patnju žrtve, što učiniocu dela mora biti poznato, pa to on želi ili pak pristaje na takav način vršenja dela, gde sadistički muči žrtvu i izivljava se nad njom. Ubistvo na opasan način podrazumeva da učini-

⁷ A. I. Lukašov, N. F. Kuznjecova, *Ugolovnij kodeks Respubliki Poljša*, Sankt Peterburg 2001, 124-127.

⁸ K. Buczkowski, B. Czamecka Dzialuk, W.Klaus, A.Kossowska, I. Rzeplinska, *Criminality and Criminal Justice in Contemporary Poland*, Routledge, London-New York 2015, 352-361.

⁹ J. Długosz, *Europäisierung des polnischen Strafrecht im Bereich der Geldwäsche*, Lang, Frankfurt am Main 2007, 342-353.

¹⁰ G. Mueller, *The Penal Code of the Polish Peoples Republic*, 1973, 218-221.

¹¹ Slično rešenje poznaje i savremeno rusko krivično zakonodavstvo (A. I. Rarog, G. A. Esakov, A. I. Čučaev, V. P. Stepalin, *Ugolovnoe pravo Rossii, Časti obšaja i osobennaja*, Kurs lekcij, 2. izdanje, Moskva 2007, 143-146.

lac radnju izvršenja preduzima upotrebom vatrenog oružja ili eksplozivnih materija. Ovo delo karakteriše: korišćenje opasnog načina i sredstva pri ubistvu i da je učinilac bio svestan da mogu upotrebom određenog sredstva može ugroziti živote i zdravlje i drugih lica, a ne samo žrtve, na što učinilac pristaje ili što hoće, želi.¹²

Ubistvo učinjeno iz posebnih pobuda predstavlja delo čiju kvalifikatornu okolnost predstavlja subjektivno obeležje: motiv, namera ili pobuda¹³. Delo postoji ako je radnja izvršenja ubistva preduzeta sa „motivom koji služi posebnu osudu“¹⁴. Koji su to niski, amoralni motivi, koji postoje na strani učinioca krivičnog dela u vreme preduzimanja radnje izvršenja, za koje sud smatra da zaslužuju „posebnu (moralnu) osudu“ faktičko je pitanje.

Prema ranijoj literaturi, u treću kategoriju teških ubistava bila su svrstana samo dva oblika: teško ubistvo kvalifikovano okolnostima izvršenja i težinom dodatno ostvarene posledice, tj. višestruko ubistvo.¹⁵ Sada su u članu 148 st. 3 dodate još neke kvalifikatorne okolnosti.

U članu 148 st. 2 t. 2. predviđeno je ubistvo pri otmici, silovanju ili razbojništvu, koje postoji u slučaju sticaja krivičnih dela, tj. kada je radnji lišavanja života prethodila upotreba sile ili ozbiljne pretnje kojom se prema drugom licu preduzima krivično delo sa elementima nasilja kao što su otmica (kidnapovanje) – delo protiv slobode kretanja i odlučivanja drugog lica, silovanje – delo protiv polne slobode drugoga ili razbojništvo – delo protiv imovine¹⁶. Prilikom preduzimanja radnje prinude prema pasivnom subjektu u vezi sa vršenjem nekog od navedenih krivičnih dela, dolazi do umišljajnog lišenja života pasivnog subjekta.

U članu 148. st. 3 predviđeno je ubistvo dva ili više lica – višestruko ubistvo.¹⁷ Navedeni vid teškog ubistva kvalifikovan je brojem prouzrokovanih posledica. Delo čini lice koje sa jednom ili više radnji u sticaju (idealnom ili realnom) liši života najmanje dva ili više lica sa umišljajem¹⁸. Posebni vidovi teškog ubistva propisani u istom stavu kvalifikovani su svojstvom izvršioca: ako je ubistvo učinilo lice koje je već pravnosnažnom sudskom presudom

¹² K. Himmetreich, C. Krumm, C. Staub, *Verteidigung in Straßenverkehrssachen (Praxis der Strafverteidigung, Band 1)*, 6. Auflage, C. F. Muller, Köln 2013, 367-376.

¹³ *Kodeks karny*, Opracowanie zbiorowe, 40. wydanie, C.H.Beck, 2015, 289-294.

¹⁴ A. I. Lukašov, N. F. Kuznecova, 124-127.

¹⁵ I. Andrejew, W. Swida, W. Wolter, *Kodeks karny z Komentarzem*, Wudawn Prawnicze, Warszawa 2012, 312-323.

¹⁶ K. Banasik, *Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim*, Lex, Walters Kluwer, Warszawa 2013, 513-519.

¹⁷ S. Lammich, *Das Polnische Strafvollstreckungsgesetzbuch*, Grynter, Berlin 1981, 298-302.

¹⁸ T. Bojarski, *Kodeks karny, Komentarz, Lexisnexis*, Warszawa 2007, 389-397.

osuđeno za ubistvo (povratnik) i posebnim svojstvom pasivnog subjekta, koji je javni službenik, ubijen u toku ili u vezi sa poslovima zaštite ljudi, bezbednosnim poslovima ili u vezi zaštite javnog poretka.

3. Estonija

Krivični zakonik Republike Estonije¹⁹, u glavi devetoj pod nazivom: „Krivična dela protiv ličnosti“, odeljak prvi : „Dela protiv života“ predviđa krivična dela ubistva. Za razliku od Krivičnog zakonika Poljske, estonski zakonodavac je imenovao krivična dela u posebnom delu svog Krivičnog zakonika²⁰.

U članu 113. predviđeno je osnovno krivično delo protiv života²¹. To je : „Umišljajno ubistvo“ za koje je propisana kazna zatvora od šest do petnaest godina. Interesantno je rešenje, specifično u evropskom pravnom prostoru, prema kome je za navedeno delo propisana novčana kazna, ako je učinilac pravno lice²². I estonski zakonodavac koristi običnu dispoziciju prilikom definisanja osnovnog oblika ubistva. Delo se sastoji u „umišljajnom ubistvu“, tj.lišenju života drugog lica sa umišljajem.

Teško, kvalifikovano ubistvo propisano je u članu 114. Krivičnog zakonika Estonije pod nazivom „umorstvo“²³. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od osam do dvadeset godina ili kazna doživotnog zatvora. Kao i kod običnog ubistva, izvršilac teškog ubistva koji je pravno lice, kazniće se imovinskom kaznom. Krivično delo ima više oblika, koje sistematizujemo prema klasifikaciji Zapevalova i Manceva²⁴. To su teška ubistva kvalifikovana: a) subjektivnim obeležjima, zbog kojih učinilac preduzima radnju izvršenja, b) načinom izvršenja i upotrebom opšteopasnog sredstva, c) težinom posledica i okolnostima pri izvršenju.

¹⁹ Karistusseadustik (Luhend Kar S), *Riigi Teataja - RTI* 2001, 61, 364. Zakonik je donet 6. juna 2001. godine, a stupio je na snagu 1. septembra 2002. Imao je više izmena, poslednja novela je doneta 13.12.2017. godine, *RTI*, 30. 12. 2017, 3. Tekst Zakonika u poslednjoj redakciji dostupan je na: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/522012015002/consolide>, 16. 3. 2018.

²⁰ V. V. Zapevalov, N. I. Macnev, *Ugolovnij kodeks Estonskoj Respubliki*, Sankt Peterburg 2001, 107-109.

²¹ P. Bejlinson, *Ubistva i ih kvalifikaciia*, Sociahrum gumbonj Institut, Tallinn 2007, 89-97.

²² Opisano rešenje uvedeno je novelom Krivičnog zakonika koja je stupila na snagu 1. januara 2015. godine (*RTI* od 23.decembra 2014.).

²³ *Kriminaalmenetluse*, Sladustik, Tallinn 2001, 219-226.

²⁴ V. V.Zapevalov, N.I. Mancev, 7-10.

Teška ubistva kvalifikovana subjektivnim obeležjima, kao što su nečasnna pobuda (motiv), i namera ili cilj moraju biti obuhvaćeni direktnim uništavanjem učinioca, moraju postojati u vreme preduzimanja radnje izvršenja, ali ne moraju da budu ostvareni. U navedene oblike teških ubistava spadaju ubistvo iz koristoljublja propisano u tački 5., ubistvo radi prikrivanja ili olakšavanja izvršenja drugog krivičnog dela (tačka 6.)²⁵, ubistvo radi osвете zbog preduzete službene radnje (tačka 8.). Koristoljublje, kao posebna vrsta nemoralne pobude, koja se ispoljava u pohlepi za imovinom, karakteriše ličnost učinioca i i motiviše ga na preduzimanje radnje, pošto učinilac vrši delo kako bi po svaku cenu uvećao svoju imovinu (pokretnu, nepokretnu) ili sprečio njeno umanjenje. U tački 6. posebno subjektivno obeležje je motiv da se ubistvom prikrije ranije izvršeno krivično delo ili kako bi olakšalo izvršenje drugog (bilo kojeg, pa i lakšeg od ubistva) ili otklonila prepreku za izvršenje drugog planiranog krivičnog dela, koje u konkretnom slučaju i ne mora biti izvršeno. U tački 8. člana 114. predviđeno je teško ubistvo radi odmazde za profesionalne radnje. Reč je o ubistvu sa kvalifikovanim motivom (ciljem), jer se preduzima radi odmazde, koje mora biti preduzeto prema pasivnom subjektu sa naročitim svojstvom, što je dodatna kvalifikatorna okolnost²⁶. Pasivni subjekt mora biti lice koje obavlja posebne službene ili društvene dužnosti – profesionalne dužnosti (na primer, vojno lice, službeno lice, policijski, poreski ili carinski službenik, lekar, drugi zdravstveni radnik, novinar itd.), što učiniocu dela mora biti poznato i u vezi sa tom okolnošću pri obavljanju službenih radnji pasivnog subjekta lišava života²⁷.

Teška ubistva kvalifikovana načinom izvršenja karakteriše poseban način i sredstvo lišavanja života drugog lica što ukazuje na povećani stepen društvene opasnosti učinjenog dela.²⁸ Načinom izvršenja kvalifikovani su: ubistvo na posebno bolan (mučan) ili surov način (propisano u tački 1. člana 114.) i ubistvo izvršeno na način opasan po javnost (stav 2). Kako se objašnjava u teoriji²⁹, posebno bolan (mučan) način i posebno surov (nečovečan) način odgovaraju svirepom ubistvu (nanošenje nepotrebnih i prekomernih bolova, patnji žrtvi), dok opasan način podrazumeva stvaranje neposredne,

²⁵ Ranije je u okviru te odredbe bilo propisano i ubistvo u vezi sa silovanjem. P. Pikamäe, J. Sootak, *Estonian Criminal law*, Tallinn 2011, 389-401.

²⁶ E. Kergandberg, M. Sillaots, *Kriminaalmenetlus*, JUURA, Tallin 2011, 276-282.

²⁷ K. Merusk, I. Pilving, *Halduskohtumenetluse Seadustik. Kommenteeritud väljaann*, JUURA, Tallin 2013, 392-403.

²⁸ J. Lišvic, *Nakazatnoe pravo Estonii, Sistemnij kurs v slazdah*, SHI, Tallinn 2010, 356-374; J. Lišvic, *Pravo i pravo čeloveka, Primenenie nakazania*, 2009, 213-219.

²⁹ V. V. Zapevalov, N. I. Macnev, 107-109.

bliske, stvarne opasnost za život i zdravlje više ljudi (na primer kada se pri izvršenju krivičnog dela koriste vatreno oružje, zapaljiva sredstva, otrov i slično). U tački 7. predviđeno je ubistvo kvalifikovano sredstvom izvršenja, izvršeno upotrebom eksplozivne naprave ili eksplozivnih materija. Kvalifikatorna okolnost je vezana za upotrebu opšteopasnog sredstva kojim se istovremeno stvara opasnost za život i telo drugih lica koja se nalaze u neposrednoj blizini žrtve, što učiniocu dela mora biti poznato, pri čemu on upravo to hoće ili pristaje na takav način izvršenja dela.

Teška ubistva kvalifikovana posledicom i okolnostima pri izvršenju karakteriše broj ostvarenih posledica koje prate okolnosti pod kojima je ubistvo izvršeno. U tački 3. navedenog člana propisano je ubistvo dva ili više lica, tj. višestruko ubistvo. Mora biti preduzeto sa umišljajem, a može biti učinjeno preduzimanjem jedne (idealni sticaj) ili sa dve ili više radnji (realni sticaj), na jednom ili više različitih mesta, u isto ili različito vreme. Kvalifikovano okolnostima pri izvršenju je i ubistvo koje čini specijalni povratnik, tj. onaj ko je ranije izvršio dva ili više umišljajnih ubistava (tačka 4.). U prvom delu odredbe iz tačke 5. propisano je ubistvo u vezi sa pljačkom, koje, takođe, treba svrstati u teška ubistva kvalifikovana okolnostima pri izvršenju.

4. Letonija

Krivični zakonik Republike Letonije (KZ Letonije) iz 1998. godine³⁰ u glavi XII pod nazivom: „Ubijanje“ propisuje različita krivična dela ubistva. U članu 116. predviđeno je obično ubistvo, koje se, slično kao i u ruskom zakonodavstvu, sastoji u protivpravnom i umišljajnom prouzrokovanju smrti drugog lica³¹.

Oblike teških (kvalifikovanih) ubistava KZ Letonije predviđa u dva člana. To su, u članu 117. predviđena ubistva pri otežavajućim okolnostima, za koja je propisana kazna doživotnog zatvora ili zatvora u trajanju od deset do dvadeset godina i policijski nadzor u trajanju do tri godine sa ili bez konfiskacije imovine i, u članu 118. KZ Letonije opisana ubi-

³⁰ *Latvijas Vēstnesis*, 199/200 (1260/1261), 08.07.1998. sa kasnijim izmenama, poslednje 21. 4. 2016. (tekst dostupan u poslednjoj redakciji od 11.05.2016. – 11.01.2017. na: (http://europam.eu/data/mechanisms/FD/FD%20Laws/Latvia/Latvia_Criminal%20Code_amended%202016.pdf), 13. 3. 2018).

³¹ A. I. Lukashov, E. A. Sarkisova, *The Latvian Penal Code*, Saint Petersburg 2001, 143-147; Slično rešenje poznaje i savremeno rusko krivično zakonodavstvo (A. I. Rarog, G. A. Esakov, A. I. Čučaev, V. P. Stepalin, *Ugolovnoe pravo Rossii, Časti obšaja i osobennaja*, Kurs lekcij, 2. izdanje, Moskva 2007, 143-146.).

stva pri naročito otežavajućim okolnostima za koja je propisana kazna doživotnog zatvora ili kazna zatvora u trajanju od petnaest do dvadeset godina i policijski nadzor u trajanju do tri godine sa ili bez konfiskacije imovine. Kako se vidi, reč je o subkvalifikaciji teškog ubistva, tj. najtežem ubistvu (umorstvu).³²

Kao ubistvo pri otežavajućim okolnostima (član 117. KZ Letonije) pravno se kvalifikuje obično ubistvo izvršeno pod posebnim kvalifikatornim okolnostima, prema kojima se može sistematizovati na sledeći način³³ :

- 1) ubistva s obzirom na naročita svojstva pasivnih subjekata: ubistvo bremenite žene – st. 1. t. 1), nemoćnog lica – st. 1. t. 2), maloletnika – st. 1. t. 12), ,
- 2) ubistva s obzirom na načine izvršenja i okolnosti pri izvršenju: ubistvo na način opasan po život drugih lica – st. 1. t. 3), ubistvo izvršeno sa naročitom surovošću – st. 1. t. 4), ubistvo nakon kojeg je leš oskrnavljen – st. 1. t. 5), i ubistva u sticaju sa razbojničkom pljačkom (st. 1. t. 6) ili sa silovanjem (st. 1. t. 7),
- 3) ubistva s obzirom na pobude (motive) učinioca: ubistvo sa ciljem prikrivanja ili olakšavanja izvršenja drugog (bilo kog) krivičnog dela – st. 1. t. 8), ubistvo izvršeno iz koristoljublja – st. 1. t. 9) i
- 4) ubistva s obzirom na okolnosti izvršenja i svojstvo učinioca: ubistvo izvršeno od grupe lica – st. 1. t. 10) i ubistvo koje izvrši lice sa koje se nalazi u pritvoru ili u zatvoru – st. 1. t. 11).

Ubistva pri naročito otežavajućim okolnostima (član 118.) mogla bi se, prema okolnostima koje ih čine naročito teškim, klasifikovati na³⁴:

- 1) ubistva kvalifikovana motivom izvršenja krivičnog dela (član 118. st. 1. t. 1) – ubistvo zbog činjenice da je žrtva ili njegov rođak ispunila svoje službene ili profesionalne dužnosti, ili zbog toga što su učestvovali u sprečavanju ili prekidu izvršenja krivičnog dela ili drugog nezakonitog dela ili zato što bi dali iskaz na sudu ili u pretkrivičnom postupku,
- 2) ubistva kvalifikovana brojem ostvarenih posledica (član 118. st. 1. t. 2) – ubistvo dva ili više lica,
- 3) ubistvo kvalifikovano svojstvom izvršioca (član 118. st. 1. t. 4) – koje je učinilo lice osuđeno na kaznu doživotnog zatvora,
- 4) ubistvo kvalifikovano okolnostima pri izvršenju (član 118. st. 1. t. 5) – koje je učinila organizovana grupa.

³² J. Lišvic, *Pravo i pravo človeka, Primenenie nakazania*, 2009, 213-219.

³³ E-C. Pettai, V. Pettai, *Transnational and Retrospective Justice in the Baltic States*, Cambridge 2014, 316-331.

³⁴ Donekle slična klasifikacija kod: V. Pettai, J. Ziekinka, *The road to the European Union, Volume 2: Estonia, Latvia and Lithuania*, Manchester University Press, Manchester 2003, 398-413.

Često menjanje krivičnog zakonodavstva imalo je posledica na promene sadržaja navedenih članova, pa su tako u međuvremenu ukinuti neki oblici naročito teških ubistava koji su bili propisani u članu 118. st. 1. u stavu 3.

5. Litvanija

Krivični zakonik Republike Litvanije³⁵ iz septembra 2000. godine, sa kasnijim izmenama, u glavi sedamnaest pod nazivom: „Krivična dela protiv života čoveka“ propisuje različita krivična dela usmerena na lišenje života drugog lica. U članu 129. KZ Litvanije propisani su u stavu 1. obično, a u stavu 2. teško ubistvo. Za obično ubistvo propisana je kazna zatvora od sedam do petnaest godina, dok je za različite oblike teških ubistava, kojih ima trinaest, propisana kazna doživotnog zatvora ili kazna zatvora u trajanju od osam do dvadeset godina. Krivično delo ubistva iz člana 129. st. 1. može se kvalifikovati kao teško ubistvo iz stava 2., ako je izvršeno pod posebnim kvalifikatornim okolnostima. Prema kvalifikatornim okolnostima sva teška ubistva mogla bi se klasifikovati³⁶ kao:

- 1) teška ubistva prema svojstvima pasivnog subjekta (pri čemu je ta okolnost morala biti poznata učiniocu u vreme preduzimanja radnje izvršenja) su : ubistvo deteta – lica uzrasta do 18 godina (tačka 1.), ubistvo bespomoćnog lica (tačka 2.), ubistvo bliskog srodnika (u pravoj ili bočnoj liniji) ili člana svoje porodice (tačka 3.), ubistvo bremenite žene (tačka 4.) i ubistvo lica koje obavlja službene ili građanske dužnosti u vezi sa njihovim obavljanjem (tačka 10.),
- 2) teška ubistva prema načinu i okolnostima izvršenja, dodatnoj posledici u vidu ugrožavanja i višestruko ostvarenoj posledici, kao što su: ubistvo dva ili više lica – višestruko ubistvo (tačka 5.), ubistvo mučenjem ili na drugi naročito okrutan (svirep) način (tačka 6.), ubistvo pri čemu je doveden u opasnost život drugog lica (tačka 7.), ubistvo pri nasilničkom ponašanju (tačka 8) i
- 3) u teška ubistva prema pobudama učinioca mogla bi se svrstati: naručeno

³⁵ Zakon br. VIII-1968, *Valstybės žinios*, 2000-10-25, Nr. 89-2741, sa kasnijim izmenama (u poslednjoj redakciji od 29. 11. 2017. <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.2B866DFF7D43/ZpNMZQSaRN>, 13. 3. 2018).

³⁶ Slične podele sreću se kod: A. Abramovičius, A. Čepas, A. Drakšiene, *Baudžiamoji teisė*, Vilnius 2008, 198-201; V. Piesliakas, *Lietuvos baudžiamoji teisė*, Antroji knyga, Vilnius 2008, 169-183; E. Gruodyte, “Reform of Lithuanian Criminal law, Tendencies and Problems”, *Baltic Journal of Law and Politics*, 1/2008, 18-40; O. V. Bogdašič, *Ugolovnij kodeks Litovskoj Respubliki*, Saint Petersburg 2003, 31-32.

(plaćeno) ubistvo (tačka 9.), ubistvo radi prikrivanja izvršenja drugog krivičnog dela (tačka 11.), ubistvo radi uzimanja organa, tkiva ili ćelija drugog lica (tačka 12.) i ubistvo iz mržnje prema licu ili grupi lica zbog razlike u uzrastu, polu, seksualnoj orijentaciji, invaliditetu, rasi, nacionalnosti, jeziku, poreklu, društvenom statusu, veri, uverenju ili drugoj različitosti (tačka 13.).

Za razliku od drugih zakonodavstava, kao teško ubistvo u KZ Litvanije nije predviđeno ubistvo učinjeno od organizovane kriminalne grupe. Pravno-tehnički su krivična dela teških dosledno sistematizovana prema navedenim tipičnim kvalifikatornim okolnostima.

6. Ruska Federacija

U Krivičnom zakoniku Ruske Federacije³⁷ od 13. juna 1996. godine, sa kasnijim brojnim izmenama, u glavi šesnaestoj pod nazivom : “Krivična dela protiv života i zdravlja“ sistematizovani su zakonski opisi krivičnih dela koja za objekt zaštite imaju život i zdravlje (fizičku i psihičku konstituciju) drugog lica³⁸.

Teško ubistvo ili „umorstvo“ ne predstavlja samostalnu inkriminaciju, već je predviđeno zajedno sa običnim ubistvom u jednoj zajedničkoj zakonskoj odredbi u članu 105. u stavu 2. Znači, ubistvo predviđeno u članu 105. st. 1. kvalifikuje se kao teško (po stavu 2. U vezi sa stavom 1.) ako je delo izvršeno uz jednu ili više kvalifikatornih okolnosti. U ruskom Krivičnom zakoniku kao teško ubistvo određeno je ono koje je izvršeno: pod određenim okolnostima, na određeni način, iz određenih pobuda (ciljeva) ili od određenog lica. Stoga se u vrstama propisanih kazni i visinom predviđene kazne lišenja slobode teško ubistvo razlikuje od običnog³⁹: za teško ubistvo su alternativno propisane kazna zatvora od osam do dvadeset godina, kazna doživotnog zatvora ili smrtna kazna.

Iz zakonskog opisa krivičnog dela teškog ubistva iz člana 105. stav 2. ruskog KZ-a proizilaze dva njegova osnovna elementa. To su : a) objektivni i b) subjektivni elemenat. U objektivne elemente krivičnog dela teškog

³⁷ Ugolovnij kodeks Rossijskoj Federaciji, 13. 6. 1996. N 63-FZ *Rossijskaja gazeta*, br. 63/1996 (u redakciji od 23. 4.2018, sa izmenama od 25.4.2018., <http://www.ug-kodeks.ru/>, 13. 3. 2018.). Više u: T. Degtjareva, A. Družinec, *Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji*, tekst s izmenjenijami i dopolnjenijami na 1. sentjabrja 2014. Moskva 2014, 78-81.

³⁸ I. Fedosova, T. Skuratova, *Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji*, Moskva 2005, 76-78.

³⁹ A.I. Rarog i dr. 207-214.

ubistva spadaju : objekt radnje – drugi čovek čiji se život napada, radnja izvršenja koja je određena kao nepravo nečinjenje, posledica preduzete radnje u vidu izazivanja smrti drugog lica i protivpravnost, protivzakonitost postupanja učinioca. Subjektivni elementi⁴⁰ dela su umišljaj učinioca i uračunljivost kao pretpostavka za krivicu (vinost)⁴¹. Kod pojedinih oblika teškog ubistva zahteva se postojanje posebnih subjektivnih obeležja kao što su pobuda zbog koje je delo učinjeno, posebna namera ili cilj koji je izvršilac hteo da postigne izvršenjem krivičnog dela.

Pojedini oblici teškog ubistva enumeracijom navedeni u članu 105. stav 2. ruskog KZ mogu biti sistematizovani na sledeći način⁴²: prema brojnosti posledica (višestruko ubistvo), prema svojstvima pasivnih subjekata, prema načinu izvršenja, prema motivima, namerama, ciljevima i prema okolnostima pri izvršenju.

Višestruko ubistvo (tačka a) stav 2. člana 105. KZ postoji kada je preduzetom radnjom izvršenja prouzrokovana smrt dva ili više lica. Moguće je da je smrt više lica prouzrokovana jednom radnjom (idealni sticaj) ili sa više radnji (realni sticaj), na istom ili različitim mestima, u isto ili različito vreme, ali svakako umišljaj učinioca mora obuhvatiti naročito tešku posledicu u vidu smrti dva ili više lica⁴³.

Svojstvo pasivnog subjekta predviđeno je najčešće kao kvalifikatorna okolnost. Tako teško ubistvo iz tačke b. postoji kada je lišeno života lice u vezi sa obavljanjem njegove službene dužnosti ili javne funkcije ili njemu blisko lice. Naročito svojstvo se zahteva kada je pasivni subjekt lice koje obavlja službenu dužnost ili drugu javnu funkciju, međutim, pasivni subjekt može biti i lice koje je blisko službenom licu, a nema svojstvo službenog lica ili javnog funkcionera. Dodatni uslov jeste da moraju postojati posebne okolnosti pri izvršenju, tj. da je pasivno lice lišeno života upravo u vezi sa obavljanjem službene dužnosti ili javne funkcije (koju vrši sama žrtva ili njoj blisko lice)⁴⁴. U tački v) su izmenama iz 2009. godine predviđeni novi oblici teškog ubistva kvalifikovani svojstvima pasivnih subjekata (maloletno lice, lice koje se nalazi u bespomoćnom stanju (u stanju fizičke ili psihičke nemoći, nesposobnosti da pruži otpor radnji učinioca), sa čime se izjednačava oteto lice, dok je u tački g) kao pasivni subjekt predviđena bremenita žena, tako da se mora

⁴⁰ O.D. Sitkovskaja, *Psihološki komentarij k Ugolovnomu kodeksu RF*, Moskva 1999, 39-45.

⁴¹ L.L. Kruglikov, *Ugolovnoe pravo Rossii, Obšaja čast*, Moskva 1999, 319-322.

⁴² V. klasifikaciju: A.I. Rarog i dr. 207-213.

⁴³ L.L. Kruglikov, *Ugolovnoe pravo Rossii, Čast osobennaja*, Moskva 2004, 22-23.

⁴⁴ G.A. Esakov, *Sudebnaja praktika po ugolovnim delam*, Moskva 2005, 136-139.

dokazati da je učinilac u vreme ubistva bio svestan da radnju preduzima prema bremenitoj ženi sa ciljem da prouzrokuje dvojaku posledicu – smrt žene i njenog ploda.

Naročitim načinom izvršenja kvalifikovana su ubistva propisana u tačkama d) i f). U tački d) je kao teško ubistvo propisano lišenje života izvršeno sa posebnom okrutnošću, dakle, na naročito svirep, surov način, kada se žrtvi nanose prekomerne i nepotrebne fizičke i psihičke patnje, strah i bolovi velikog intenziteta. Bolovi i patnje se nanose s ciljem da se što više namuči žrtva, pa oni po intenzitetu i trajanju znatno, „naročito“ prevazilaze bolove i patnje koji prate obično ubistvo. Za postojanje ovog dela potrebno je da su preduzete delatnosti objektivno okrutne i stravične, te da je žrtva u svesnom stanju tako da trpi njihovu surovost uz veliki bol, strah i patnju. Kao teško ubistvo propisano je i lišenje života izvršeno na opšteopasan način (tačka f.), tj. preduzeto opšteopasnim načinom ili sredstvom izvršenja na mestu i pod okolnostima gde postoji objektivna mogućnost, opasnost da nastupi smrt većeg broja lica (na primer, usled upotrebe eksplozivnih, zapaljivih, rasprskavajućih, gasnih i sličnih materija).⁴⁵

Brojna su teška ubistva kvalifikovana posebnim pobudama, koje predstavljaju naročita subjektivna obeležja dela. Tako je u tački e.1) predviđeno lišenje života iz krvne osvete, kao posebne amoralne pobude koja motiviše učinioca na preduzimanje radnje izvršenja (uvedeno izmenama KZ-a iz 2007. godine). Posebne koristoljubive pobude kao kvalifikatorne okolnosti propisane su kod naručenog (plaćeničkog) ubistva ili ubistva radi izvršenja razbojničke pljačke, iznude ili banditizma, dakle, u sticaju sa teškim nasilnim i imovinskim krivičnim delima kada primenjena sila prema drugom licu u nameri da se pribavi protivpravna imovinska korist dovodi do umišljajnog lišenja života drugog lica (tačka z).

Ubistvo izvršeno iz huliganskih pobuda (tačka i.) karakteriše nasilničko, siledžijsko ponašanje kojim se napada (ugrožava život ili telesni integritet drugog lica) na javnom mestu. Huliganska pobuda motiviše učinioca da preduzme radnju lišenja života drugog lica na javnom mestu tokom nasilničkog ponašanja. Posebnom namerom kvalifikovano je ubistvo koje je izvršeno⁴⁶: da se prikrije drugo ranije izvršeno krivično delo ili da se olakša njegovo izvršenje ili zajedno (u sticaju) sa silovanjem ili drugim nasilnim krivičnim delima seksualnog karaktera (tačka k.). Može se smatrati da postoji nekoliko vidova tog ubistva. Prvo, kada se lišenje života drugog lica (saučesnika, žrtve, svedoka) javlja kao način, sred-

⁴⁵ A.I. Rarog, *Ugolovnoe pravo Rossii, Čast osobennaja*, Moskva 2008, 39-40.

⁴⁶ F.R. Sundurova, *Ugolovnoe pravo Rossii, Obšaja čast*, Kazanj 2003, 176-179.

stvo da se prikrije ranije već izvršeno krivično delo u kome je učinilac učestvovao u bilo kom svojstvu (kao izvršilac ili saučesnik)⁴⁷. Drugi vid postoji kada ubistvo predstavlja način otklanjanja prepreka za izvršenje krivičnog dela ili treba da olakša njegovo izvršenje, bez obzira da li je to naknadno delo uopšte izvršeno. I na kraju, postojaće teško ubistvo ako je lišenje života žrtve izvršeno u idealnom ili realnom sticaju sa silovanjem ili drugim nasilnim krivičnim delima seksualnog karaktera. Pobudom (motivom) je kvalifikovano i teško ubistvo uvedeno izmenama KZ iz 2007. godine, izvršeno iz motiva političke, ideološke, rasne, nacionalne ili verske mržnje ili netrpeljivosti ili iz mržnje ili netrpeljivosti prema bilo kojoj društvenoj grupi (tačka l.). Pobuda učinioca, koja predstavlja kvalifikatornu okolnost, ispoljava se alternativno u vidu: netrpeljivosti ili mržnje prema osobi koja se od učinioca razlikuje po bilo kojoj navedenoj osobini, poreklu, verovanju ili svojstvu⁴⁸. U tački m) je kao teško ubistvo propisano i ubistvo izvršeno u nameri da se iskoriste organi ili tkiva žrtve. Pobuda koja pokreće učinioca da izvrši krivično delo predstavlja kvalifikatornu okolnost, a ona se ispoljava u vidu namere da se drugo lice liši života kako bi se iskoristili njegovi organi ili tkiva za presađivanje (transplantaciju) protivno zakonskim propisima⁴⁹.

Posebni oblik teškog ubistva kvalifikovanog okolnostima pri izvršenju predstavlja oblik propisan u tački ž): kada je lišenje života drugog lica izvršeno od grupe lica, od grupe lica uz prethodni dogovor ili od strane organizovane grupe⁵⁰. Grupni i organizovani način izvršenja krivičnog dela (uz prethodni dogovor) povećavaju društvenu opasnost izvršenog krivičnog dela, koje je zato svrstano u teška ubistva. Pojmovi grupa lica koja se dogovara o izvršenju dela i organizovana grupa određeni su u interpretativnim odredbama člana 35. Krivičnog zakonika. Grupu lica (koja se organizuje uz prethodni dogovor) čine dva ili više lica koja su se unapred dogovorila o zajedničkom izvršenju jednog ili više krivičnih dela, dok organizovanu grupu čine međusobno čvrsto povezana lica koja su se unapred ujedinila i dogovorila radi izvršenja jednog ili više krivičnih dela⁵¹.

⁴⁷ G.A. Esakov, 115-119.

⁴⁸ R.I. Mihaev, *Osnovi učenja ovmenjaemosti i nevmenjaemosti*, Vladivostok 1980, 62-64.

⁴⁹ M.P. Žuravlev, A.V. Naumov, *Ugolovnoe pravo Rossii, Časti obšaja i osobennaja*, Moskva 2003, 73-75.

⁵⁰ N.S. Tagancev, *Russkoe ugolovnoe pravo, Čast obšaja*, Moskva 1994, 329-337.

⁵¹ A.I. Rarog (2008) 220-226; R.R. Galikbarov, *Borba s gruppovimi prestuplenijami*, Krasnodar 2000, 16-24.

7. Zaključak

Savremena krivična zakonodavstva, uključujući i zakonodavstva Poljske, Estonije, Letonije, Litvanije i Ruske Federacije, predviđaju stroge kazne za učinioce krivičnih dela protiv života. Time se želi naglasiti da život ili pravo na život spadaju među najznačajnija društvena dobra i vrednosti za čiju zaštitu je država naročito zainteresovana. Zavisno od okolnosti pod kojima je drugo lice lišeno života, u analiziranim zakonodavstvima se razlikuju obično ubistvo, teško ili kvalifikovano ubistvo i laka ili privilegovana ubistva.

Kvalifikovani oblici ubistava, propisani u analiziranim krivičnim zakonodavstvima, većinom se nazivaju ubistvo pri otežavajućim okolnostima ili pri naročito otežavajućim okolnostima ili ubistvo pri posebnim kvalifikatornim okolnostima, dok se jedino u KZ Ruske Federacije nazivaju teškim ubistvom. U Krivičnom zakoniku Poljske nema naslova iznad člana. Pravno-tehnički, krivična dela teškog ubistva propisana su najčešće kao posebna krivična dela (u KZ Letonije čak kao dva - u članu 117. i članu 118). U KZ Poljske, KZ Letonije i KZ Rusije teška ubistva su propisana u istom članu kao teži oblici ubistva. S obzirom na veliku društvenu opasnost i težinu, za teška ubistva su u svim zakonodavstvima propisane najteže kazne (doživotnog zatvora alternativno sa dugotrajnim zatvorom⁵², minimalno osam, deset ili dvanaest godina, a maksimalno dvadeset ili dvadeset pet godina). U zakonodavstvu Letonije predviđene su i sporedne mere (policijski nadzor do tri godine posle izvršene kazne zatvora i moguća konfiskacija imovine).

Uprkos izvesnim razlikama, uobičajno su kao kvalifikatorne okolnosti pod kojima obično ubistvo dobija teži vid propisani: način izvršenja (svirep način ili po javnost opasan način), pobude (koristoljubiva, osveta, nasilnički porivi), svojstva pasivnog subjekta (ubistvo deteta, nemoćnog lica, bremenite žene, službenog lica u vezi sa službom i slično). Redovno se kao kvalifikatorna okolnost predviđa višestruko lišenje života (ubistvo dva ili više lica), kao i različite okolnosti pri izvršenju. Specifično je da se kao naročiti oblici teških ubistava propisuju ubistva pri silovanju, razbojništvu ili otmici (čime se izbegava sticaj ubistva i navedenih dela), kao i ubistva koja je izvršila grupa ili organizovana kriminalna grupa. U nekim zakonodavstvima se kao kvalifikatorna okolnost predviđa naročito svojstvo učinioca – da je povratnik ili lice osuđeno na kaznu doživotnog

⁵² U zakonodavstvu Ruske Federacije propisana je alternativno i smrtna kazna, ali se ulaskom RF u Savet Evrope obavezala na moratorijum pri izricanju i izvršenju smrtnne kazne.

zatvora. Velike sličnosti postoje između oblika teškog ubistva predviđenog u KZ Poljske, KZ Litvanije i KZ Letonije. Interesantno je da su, za razliku od ostalih zakonodavstava u kojima nisu propisana, u KZ Litvanije i KZ Rusije predviđena dva istovetna teška ubistva kvalifikovana posebnim motivom, odnosno ciljem: ubistvo iz mržnje prema licu ili grupi lica zbog razlike u uzrastu, polu, seksualnoj orijentaciji, invaliditetu, rasi, nacionalnosti, jeziku, poreklu, društvenom statusu, veri, uverenju ili drugoj različitosti i ubistvo radi uzimanja organa, tkiva. Navedeni primeri opravdavaju pretpostavku o međusobnom ugledanju zakonodavaca iz navedenih država prilikom promena krivičnih zakonodavstava.

Literatura

- Abramovičius, A., Čepas, A., Drakšiene, A., *Baudžiamoji teisė*, Vilnius 2008.
- Andrejew, I., Swida, W., Wolter, W., *Kodeks karny z Komentarzem*, Wudawn Prawnicze, Warszawa 2012.
- Banasik, K., *Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim*, Lex, Walters Kluwer, Warszawa 2013.
- Bejlinson, P., *Ubistva i ih kvalifikacija*, Socialhrum gumbonj Institut, Tallinn 2007.
- Bogdašič, O.V., *Ugolovnij kodeks Litovskoj Respubliki*, Saint Petersburg 2003.
- Bojarski, T., *Kodeks karny, Komentarz, Lexisnexis*, Warszawa 2007.
- Buczkowski, K., Czarnačka Działuk, B., Klaus, W., Kossowska, A., Rzeplinska, I., *Criminality and Criminal Justice in Contemporary Poland*, Routledge, London-New York 2015, 352-361.
- Degtjareva, T., Družinec, A., *Ugolovnij kodeks Rossijskoj federacii*, tekst s izmenenijami i dopolnjenijami na 1. sentjabrja 2014. Moskva 2014.
- Dimitrijević, V., Paunović, M., Đerić, V., *Ljudska prava*, Beograd 1997.
- Długosz, J., *Europäisierung des polnischen Strafrecht im Bereich der Geldwäsche*, Lang, Frankfurt am Main 2007.
- Dorđević, M., „Život kao objekt krivičnopravne zaštite“, *Pravni život*, 9/1995.
- Galikabarov, R.R., *Borba s gruppovimi prestuplenijami*, Krasnodar 2000.
- Gruodyte, E., “Reform of Lithuanian Criminal law, Tendencies and Problems”, *Baltic Journal of Law and Politics*, 1/2008.
- Himmelreich, K., Krumm, C., Staub, C., *Verteidigung in Straßenverkehrssachen (Praxis der Strafverteidigung, Band 1)*, 6. Auflage, C.F.Muller, Köln 2013.
- Fedosova, I., Skuratova, T., *Ugolovnij kodeks Rossijskoj federacii*, Moskva 2005.
- Esakov, G.E., *Sudebnaja praktika po ugolovnim delam*, Moskva 2005.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V., *Krivično pravo Republike Srpske*, Po-

- sebni deo*, Banja Luka 2017.
- Jovašević, D., *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd 2017.
- Kergandberg, E., Sillaots, M., *Kriminaalmenethus*, JUURA, Tallin 2011.
- ***, *Kodeks karny*, Opracowanie zbiorowe, 40. wydanie, C.H.Beck, 2015.
- Kruglikov, L.L., *Ugolovnoe pravo Rossii, Obščaja čast*, Moskva 1999.
- Kruglikov, L.L., *Ugolovnoe pravo Rossii, Čast osobennaja*, Moskva 2004.
- Lammich, S., *Das Polnische Strafvollstreckungsgesetzbuch*, Grynter, Berlin 1981.
- Lišvic, J., *Nakazatlnoe pravo Estonii, Sistemnij kurs v slazdah*, SHI, Tallinn 2010.
- Lišvic, J., *Pravo i pravo čeloveka, Primenenie nakazania*, 2009.
- Lukašov, A. I., Kuznjecova, N. F., *Ugolovnij kodeks Respubliki Poljša*, Sankt Peterburg 2001.
- Lukashov, A.I., Sarkisova, E.A., *The Latvian Penal Code*, Saint Petersburg 2001.
- V.P. Stepalin, *Ugolovnoe pravo Rossii, Časti obščaja i osobennaja*, Kurs lekcij, 2. izdanje, Moskva 2007, 143-146.).
- Merusk, K., Pilving, I., *Halduskohtumenethuse Seadustik. Kommenteeritud väljaann*, JUURA, Tallin 2013.
- Mihaev, R.I., *Osnovi učenija ovmenjaemosti i nevmenjaemosti*, Vladivostok 1980.
- Mueller, M., *The Penal Code of the Polish Peoples Republic*, 1973, 218-221.
- Pettai, E-C., Pettai, V., *Transnational and Retrospective Justice in the Baltic States*, Cambridge 2014.
- Pettai V., Ziekinka, J., *The road to the European Union*, Volume 2: Estonia, Latvia and Lithuania, Manchester University Press, Manchester 2003.
- Piesliakas, V. *Lietuvos baudžiamoji teisė*, Antroj knyga, Vilnius 2008.
- Pikamäe, P., Sootak, J., *Estonian Criminal law*, Tallinn 2011.
- Račić, O., Milinković, B., Paunović, M., *Ljudska prava – pet decenija od usvajanja Opšte deklaracije o pravima čoveka*, Beograd 1998.
- Rarog, A.I., *Ugolovnoe pravo Rossii, Čast osobennaja*, Moskva 2008.
- Rarog, A.I., Esakov, G.A., Čučaev, A.I., Stepalin, V.P., *Ugolovnoe pravo Rossii, Časti obščaja i osobennaja*, Kurs lekcij, 2. izdanje, Moskva 2007.
- Sitkovskaja, O.D., *Psihologičeskij kommentarij k Ugolovnomu kodeksu RF*, Moskva 1999.
- Sundurova, F.R., *Ugolovnoe pravo Rossii, Obščaja čast*, Kazanj 2003.
- Tagancev, N. S., *Russkoe ugolovnoe pravo, Čast obščaja*, Moskva 1994.
- Zapevalov, V.V., Macnev, N.I., *Ugolovnij kodeks Estonskoj Respubliki*, Sankt Peterburg 2001.
- Žuravlev, M.P., Naumov, A.V., *Ugolovnoe pravo Rossii, Časti obščaja i osobennaja*, Moskva 2003.

Pravni izvori

Krivični zakonik Republike Poljske, Kodeks karny 6. czerwca 1997., Dz. U z 1997., r. Nr 88. poz 553., Nr 240. poz. 1431 z 2012.

Krivični zakonik Ruske Federacije, Ugolovnij kodeks Rosijskoj Federaciji, 13. 6. 1996. N 63-FZ *Rossijskaja gazeta*, br. 63/1996 (u redakciji od 23. 4.2018, sa izmenama od 25.4.2018., <http://www.ug-kodeks.ru/>, 13. 3. 2018.).

Krivični zakonik Estonije, Karistusseadustik (Luhend Kar S), *Riigi Teataja - RTI* 2001, 61, 364, poslednja izmena od 13.12.2017.godine, *RTI*, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/522012015002/consolide>, 16. 3. 2018.

Krivični zakonik Letonije, *Latvijas Vēstnesis*, 199/200(1260/1261), 08.07.1998. sa kasnijim izmenama, poslednje 21. 4. 2016. (redakcija od 11.05.2016. – 11.01.2017. na: (http://europam.eu/data/mechanisms/FD/FD%20Laws/Latvia/Latvia_Criminal%20Code_amended%202016.pdf).

Krivični zakoni Litvanije, Zakon br. VIII-1968, *Valstybės žinios*, 2000-10-25, Nr. 89-2741, sa kasnijim izmenama (u poslednjoj redakciji od 29. 11. 2017. (<https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.2B866DFF7D43/ZpNMZQSaRN>), 13. 3. 2018).

Dragan Jovašević, Ph.D

Professor, Faculty of Law University of Niš

MURDER UNDER AGGRAVATING CIRCUMSTANCES DEFINITIONS IN CRIMINAL LEGISLATIONS OF POLAND, RUSSIA AND BALTIC STATES

Summary

Violent offences directed against bodily integrity of other persons are indisputably considered as the most dangerous forms and aspects of criminality. They are known as the offences against bodily integrity or “blood offences”. Due to its significance, nature, characteristics and consequences, the crime of murder, for which all contemporary legislations prescribe the most severe types and measures of punishment, particularly

stands out among these criminal offences. There are three types of murder. They include : a) ordinary (common) murder, b) murder committed under mitigating circumstances and c) murder committed under aggravating circumstances, for which the most severe punishment is prescribed. All contemporary criminal legislations, as a law of the Eastern-European states are familiar with various forms and aspects of the crime of murder under *aggravating circumstances*. Murders committed out of various (different) motives that inspired their perpetrators to cause the death of another person, particularly stand out among other types of murder. This paper discusses the term, contents, characteristics, forms and elements of the crime under *aggravating circumstances* in the criminal laws of Poland, Russia and Baltic state (Estonia, Latvia and Lithuania), from theoretical as well as practical aspect.

Keywords: the right to life, murder under aggravated circumstances, legislation, Russia, Poland, Baltic states, punishment.

ZAKLJUČIVANJE I IZVRŠAVANJE MEĐUNARODNIH UGOVORA U PRAVNOM SISTEMU BOSNE I HERCEGOVINE, CRNE GORE I HRVATSKE

Apstrakt

U radu se razmatra pitanje načina kako je regulisano zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora u pravnom sistemu tri susedne države: Bosne i Hercegovine, Crne Gore i Hrvatske. Normativni okvir analize predstavljaju relevantne odredbe ustava i zakona kojima je regulisano zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora. Najpre se naglašava značaj međunarodnih ugovora i značaj načina regulisanja njihovog zaključivanja i izvršavanja. Potom se ukazuje na mesto koje međunarodni ugovori imaju u pravnim sistemima ovih država. U glavnom delu rada se analiziraju zakoni kojima je regulisana procedura zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora u ovim državama. Cilj rada je sagledavanje sličnosti i razlika u načinu regulisanja odnosa prema međunarodnim ugovorima, kao i proceduri zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora. Posebno se ukazuje na sličnosti i razlike između dve države koje su u procesu integracija u Evropsku uniju i Hrvatske koja je već članica EU. U zaključku se konstatuje postojanje više zajedničkih karakteristika, ali i izvesnih razlika.

Ključne reči: *međunarodni ugovori, zaključivanje međunarodnih ugovora, izvršavanje međunarodnih ugovora, odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Hrvatska.*

* Naučni savetnik. Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, dtodic@ymail.com. Rad je realizovan u okviru naučnog projekta: „Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: Strateški pravci razvoja i učvršćivanja položaja Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljnopolitički, međunarodni ekonomski, pravni i bezbednosni aspekti“ (broj 179029), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Vlade Republike Srbije, za period 2011–2017. godine.

1. Uvod

Iako bi se o načinu kako se prema međunarodnim ugovorima odnose pojedini pravni sistemi moglo raspravljati na različite načine opšti teorijski okvir određen je, značajnim delom, kroz prizmu odnosa između međunarodnog i unutrašnjeg prava.¹ Normativni okvir ovih odnosa najčešće je definisan odredbama najviših pravnih akata pojedinih država (ustavi). Potreba pravnih sistema za regulisanjem odnosa prema međunarodnim ugovorima može se vezivati za nekoliko okolnosti. Opštom bi se mogao smatrati porast broja i značaja međunarodnih ugovora u savremenim globalizacijskim uslovima. Ukazuje se i na činjenicu da način kako je ovo pitanje regulisano može da bude od značaja za stanje u različitim oblastima unutrašnjeg prava, u zavisnosti od predmeta regulisanja. U tom smislu način kako je regulisano zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora može da ima karakter prethodnog sistemskog pitanja. Više je konkretnijih pitanja o kojima se u literaturi često raspravlja. Pored načina izražavanja pristanka na obvezivanje međunarodnim ugovorom,² okolnosti koje utiču na sudbinu i praktičan odnos prema međunarodnom ugovoru, kao i obezbeđivanje uslova za potpunu primenu i poštovanje međunarodnih obaveza zaokupljaju pažnju istraživača.³ Naravno, u širem smislu govoreći, odnos prema međunarodnim ugovorima trebalo bi vezivati za funkcionisanje celoku-

¹ Za šire v. npr. B. Krivokapić, „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, *Strani pravni život* br. 2/2013, 59–103; M. Kreća, „Odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava“, <http://www.ius.bg.ac.rs/Naucni/Razvoj%20pravnog%20sistema%202006/01%20-%20Projekat%202006-3.pdf>, 2.2.2018; U literaturi se ukazuje i na tendenciju pre naglašavanja značaja podele na monističku i dualističku koncepciju u tumačenju odnosa između međunarodnog i unutrašnjeg prava. V. P. Verdier, M. Versteeg, „International Law in Domestic Legal Systems: An Empirical Perspective“, *ASIL Proceedings* 108/2014, 376–382.

² Govori se o evoluciji u načinu prihvatanja međunarodnih obaveza. To uključuje i davanje pristanka na više neformalan način (prihvatanje obavezivanja na osnovu odluke organa ustanovljenog multilateralnim ugovorom. Takođe, neki međunarodni multilateralni ugovori u oblasti životne sredine sadrže odredbe kojima se omogućava njihovim organima (COP, MOP) da donose odluke koje kasnije proizvode određene obaveze za države članice, a koje nisu bile dogovorene u vreme usvajanja ugovora. M. Fitzmaurice, „The practical working of the Law of Treaties“, in: *International Law*, (ed. Malcolm Evans), Oxford University Press, 2014, 173.

³ Ovo pitanje se u literaturi povezuje različitim činiocima i kriterijumima za procenu njihove efikasnosti. U tom smislu se u pojedinim oblastima govori i o reformi celog sistema međunarodnih ugovora i upravljanja koje na zasnovano na međunarodnim ugovorima. Za prikaz nekih otvorenih pitanja i problema u primeni međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine v. u: D. Todić, „Međunarodni ugovori u oblasti životne sredine i uzroci (ne)efikasnosti“, *Strani pravni život* 2/2017, 47–58.

pnog pravnog sistema jedne zemlje sa povratnim spregama u odnosu na politički sistem, privredu zemlje, međunarodne odnose, itd. Odnos prema međunarodnim ugovorima i način zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora mogu biti povezani i sa evropskim integracijama posredstvom različitih veza. Ovo, pre svega, zbog činjenice da članstvo u Evropskoj Uniji (EU) podrazumeva i regulisan status u odgovarajućim međunarodnim ugovorima.⁴ U nekim oblastima su veze između normi tzv. sekundarnog prava EU i međunarodnih ugovora posebno naglašene što za države koje se nalaze u procesu EU integracija može imati poseban značaj.

U ovom članku se analiziraju način kako je regulisano zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora u tri susedne države: Bosne i Hercegovine (BiH), Crne Gore (CG) i Hrvatske (HR). Za osnovu uporedne analize uzete su ustavne odredbe, kao i relevantne odredbe zakona kojima su regulisani oblast zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora. U radu se razmatraju sličnosti i razlike u propisima država koje su obuhvaćene analizom, a posebno između RH koja je već članica EU i ostalih država. Za kriterijume poređenja uzeti su način kako je regulisano pitanje mesta međunarodnih ugovora u pravnom sistemu ovih država, kao i neki elementi procedure zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora (izvori prava, definicije pojedinih pojmova, nadležnost, pravo inicijative, sadržaj osnove za pregovore, obaveza pribavljanja mišljenja drugih subjekata, način regulisanja obaveza u vezi sa izvršavanjem međunarodnih ugovora, itd).

2. Mesto međunarodnih ugovora u pravnom sistemu tri države

Kako je već naznačeno, pitanje mesta koje međunarodni ugovori imaju u pravnom sistemu pojedinih država razmatra se u okviru različitih konceptijskih pristupa a ustavi pojedinih država ovo pitanje regulišu na različit način. Hisashi procenjuje da se, u praksi većine zemalja, opšte međunarodno pravo i međunarodno običajno pravo smatraju delom unutrašnjih pravnih sistema tih zemalja. Međutim, što se tiče međunarodnog ugovornog prava, t.j. mesta pravnih normi stvorenih bilateralnim i multi-

⁴ Za neke naznake o ovom pitanju v. u: D. Todić, „Međunarodni ugovori, uslovi za članstvo u Evropskoj uniji i Republika Srbija“, *Evropsko zakonodavstvo* 51/2015, 34–53.

lateralnim ugovorima, ustavna praksa pojedinih država je različita.⁵

U sva tri ustava koji su predmet analize sadržane su odredbe kojima se zauzima pozicija u odnosu na pitanje mesta međunarodnih ugovora u pravnom sistemu. Tako npr. Ustav CG⁶ propisuje da su međunarodni ugovori sastavni deo „unutrašnjeg pravnog poretka“ i imaju primat nad „domaćim zakonodavstvom“ (čl. 9).⁷ Osim toga, Ustav govori i o „opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava“ koja su sastavni deo unutrašnjih pravnih poredaka. Ustav BiH⁸ govori o „opštim načelima međunarodnog prava“ koja su deo unutrašnjeg pravnog poretka, a u skladu sa čl. II. tač. 2. „prioritet nad svim drugim zakonima“ ima Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje EKLJP).⁹ Da međunarodni ugovori (koji su „sklopljeni i potvrđni u skladu sa Ustavom“) čine deo unutrašnjeg pravnog poretka i da su oni „po pravnoj snazi iznad zakona“ predviđa i Ustav Republike Hrvatske (čl. 134. Ustava RH).¹⁰

⁵ O. Hisashi, „Problems of Interaction Between the International and Domestic Legal Orders“, *Asian Journal of International Law* 5/2015, 251. Za šire o odnosu prema međunarodnom pravu v. i u: L. Bodnar, „Constitution, International Treaties and Contracts“, *Acta Juridica Hungarica* 3-4/2002, 279–290. B. Sinani, S. Mehmeti, „The Legal Position of International Treaties in the Constitutional Order of the Republic of Macedonia“, *Acta Universitatis Danubius Juridica* 3/2014, 37–50. F. Korenica, D. Doli, „The Relationship between international treaties and domestic law: A view from Albanian Constitutional law and practice“, *Pace International Law Review* 24/2012, 92. i dalje. M. F. Matyunin, „Correlation between the Russian Constitution and the International Treaties“, *Actual Problems of Economics and Law* 1/2014, 231–235. H. Vallikivi, „Statues of International Law in the Estonian Legal System under the 1992 Constitution“, *Juridica International* 6/2001, 222–232.

⁶ *Službeni list CG*, br. 1/2007, 38/2013.

⁷ U skladu sa ovim, Ustavni sud odlučuje, između ostalog, i o saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima (čl. 149).

⁸ http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf, 19.1.2018. Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i *Službeni glasnik BiH*, br. 25/2009 - Amandman I)

⁹ Kada govori o nadležnosti Ustavnog suda, Ustav BiH propisuje da se ona odnosi, između ostalog, i na pitanja saglasnosti nekog zakona sa EKLJP i njenim protokolima, ili „u pogledu postojanja i delokruga nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je od značaja za odluku suda“ (čl. VI, st. 3. tač. c). Za šire o izvesnim kontroverzama u vezi sa tumačenjem mesta koje međunarodni ugovori imaju u pravnom sistemu BiH, v. u: N. Ademović, J. Marko, G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Fondacija „Konrad Adenauer“, Sarajevo, 2012, 38. i dalje.

¹⁰ *Narodne novine*, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010 i 5/2014. U delu koji se odnosi na nadležnost Ustavnog suda, Ustav ne spominje međunarodne ugovore na poseban način već propisuje da Ustavni sud RH odlučuje, između ostalog, i o suglasnosti zakona s Ustavom (čl. 125). Za šire v. u: D. Rudolf, „Pravni poredak Republike Hrvatske – monistička teorija primata međunarodnog prava?“, in: *Monism & Dualism: Basic Concepts of Public International Law*, (ed. Marko Novaković), Belgrade 2013, 913–931.

3. Elementi od značaja za proceduru zaključivanja i izvršavanje međunarodnih ugovora

a) U pogledu izvora prava od značaja za zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora najpre bi trebalo imati u vidu da su sve države, o kojima je ovde reč, članice Bečke konvencije o ugovornom pravu i to po osnovu sukcesije u odnosu na bivšu SFR Jugoslaviju.¹¹ Takođe, sve tri države imaju posebne zakone kojima se reguliše oblast zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora. Prva je ovaj zakon, Zakon o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, donela RH¹² (dalje skraćeno ZSIMU-HR). Potom je u BiH donet Zakon o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora¹³ (dalje ZPZIMU-BiH),¹⁴ i, na kraju, u CG Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora¹⁵ (dalje ZZIMU-CG).

Pored ustavnih odredbi,¹⁶ odredbi Bečke konvencije, i odredbi zakona koji regulišu zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora, u detaljnijoj raspravi bi trebalo imati u vidu i karakteristike pravnog i političkog sistema svake države pojedinačno. Zatim, za zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora mogu biti od značaja i odredbe nekih drugih propisa u oblasti državne uprave. Posebno mesto imaju poslovnici vlada i najvišeg zakonodavnog tela koji detaljnije regulišu pravila zakonodavne procedure, uključujući i neke elemente procedure koja se odnosi

¹¹ *Službeni list SFRJ* – Međ. ugovori i drugi sporazumi, br. 30/72. Svoj status u Bečkoj konvenciji najranije je regulisala RH (1992), zatim BiH (1993), potom SR Jugoslavija (2001), što je kasnije Republika Srbija preuzela kao svoj datum sticanja članstva u ovom međunarodnom ugovoru. Članstvo CG se vodi od 2006. godine, što je vezano za godinu proglašenja nezavisnosti ove države. V. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en, 30.1.2018. Detaljnije o Konvenciji v. kod: D. Dimitrijević, S. Đorđević, *Pravo međunarodnih ugovora*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2011.

¹² *Narodne novine*, br. 28/1996.

¹³ *Službeni glasnik BiH*, br. 29/2000, 32/2013.

¹⁴ Na Bečku konvenciju o ugovornom pravu (1969) eksplicitno se upućuje jedino u zakonskom tekstu BiH i to tako što je u članu 2. Zakona na opšti način propisano da se „na odnose koji ovim zakonom nisu uređeni, primenjuju ... opša pravila međunarodnog običajnog i međunarodnog ugovornog prava i odredbe Bečke konvencije o ugovornom pravu ...“

¹⁵ *Službeni list CG*, br. 77/2008.

¹⁶ Za analizu rešenja koja su predviđali srpski i jugoslovenski ustavi, kao i Ustav Državne zajednice Srbija i Crna Gora v. u: M. Milojević, „Constitutional competence for conclusion and enactment of international treaties“, *Facta Universitatis*, Series: Law and Politics, 3, 1/2005, 1–15.

na međunarodne ugovore.¹⁷

b) Ispitivanje sličnosti i razlika između propisa u tri države podrazumeva i sagledavanje načina definisanja značenja pojedinih pojmova. U tom smislu odmah se uočava da zakoni koji regulišu postupak zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora u RH i CG, za razliku od zakona u BiH, sadrže i posebne delove u kojima je definisano značenje pojedinih pojmova. Kada se radi o pojmu „međunarodni ugovor“ zakon u RH sadrži vrlo detaljnu definiciju ovog pojma,¹⁸ a definisani su i pojmovi „dvostrani međunarodni ugovor“ i „mnogostrani međunarodni ugovor“ (čl. 2, tač. 1-4). Slična uopštena definicija pojma „međunarodni ugovor“ sadržana je u članu 2. ZZIMU-CG.¹⁹ Inače, u kontekstu potvrđivanja međunarodnih ugovora zakoni pojedinih država razlikuju nekoliko kategorija međunarodnih ugovora.²⁰ Osim toga, zakoni u RH i CG definišu i

¹⁷ Ovome bi trebalo dodati i propise u različitim oblastima koje su predmet regulisanja pojedinih međunarodnih ugovora, budući da proces potvrđivanja i primene može biti uslovljen i specifičnim rešenjima koja sadrže ti propisi. Ovo posebno kada je način regulisanja pojedinih pitanja povezan sa predmetom regulisanja nekog međunarodnog ugovora i, eventualno, podrazumeva izmene i dopune nekih unutrašnjih propisa. U detaljnijoj analizi bi, takođe, trebalo uzeti u obzir i sudsku praksu.

¹⁸ Najpre se u čl. 2, tač. 1. daje opšta definicija. Pod pojmom „međunarodni ugovor“ se podrazumeva „sporazum - utemeljen na sukladnom očitovanju najmanje dvaju međunarodnopravnih subjekata - koji je uređen međunarodnim pravom i koji je u pisanom obliku, bez obzira na to je li sadržan u jedinstvenoj ispravi ili u dvjema ili više međusobno povezanih isprava i neovisno o njegovu nazivu, kojega Republika Hrvatska sklapa s jednom ili više država, jednom ili više međunarodnih organizacija odnosno jednim ili više ostalih međunarodnopravnih subjekata.“ Potom se značenje „međunarodnog sporazuma“ eksplicitno daje i sledećim ugovorima ili delovima ugovora 1) međunarodnom ugovoru koji je ustavni akt međunarodne organizacije, 2) međunarodnom ugovoru koji je usvojen u krilu međunarodne organizacije, 3) međunarodnom ugovoru koji je usvojen na međunarodnoj konferenciji, 4) prilogu ili nekom drugom dodatku međunarodnom ugovoru koji je sastavni deo toga međunarodnog ugovora, 5) delu usvojenog međunarodnog ugovora ako taj međunarodni ugovor predviđa da se dotičnim delom država može vezati naknadno, i 6) ugovorima iz čl. 22. Zakona (misli se na određene odluke i akte o potvrđivanju međunarodnih ugovora kojima se Narodna banka Hrvatske zadužuje).

¹⁹ Pod „međunarodnim ugovorom“ se podrazumeva ugovor koji CG „zaključuje u pisanom obliku sa jednom ili više država ili sa jednom ili više međunarodnih organizacija, regulisan međunarodnim pravom, sadržan u jednom ili više međusobno povezanih dokumenata, bez obzira na njegov naziv (sporazum, konvencija, pakt, povelja, konkordat, protokol, memorandum, deklaracija).“ Zakon govori i o „drugim aktima“ koje međunarodne organizacije, asocijacije ili institucije donose u skladu sa međunarodnim ugovorom, koji je obavezujući za CG, i koji stupaju na snagu saglasno odredbama tog ugovora i ovog zakona (čl. 31).

²⁰ Na primer, ZZIMU-CG razlikuje tri vrste međunarodnih ugovora koje potvrđuje Skupština. To su: međunarodni ugovori koji zahtevaju donošenje novih izmena važećih zakona, međunarodni ugovori koji se tiču pristupanja političkim ili vojnim savezima i međunarodni ugovori čijim je odredbama izričito predviđeno njihovo potvrđivanje (čl. 14). ZSIMU-RH razlikuje međunarodne ugovore koji traže donošenje ili izmenu zakona, međunarodne ugovore vojne i političke naravi i međunarodne ugovore koji finansijski obavezuju RH (čl. 18). Inače, trend proširenja liste međunarodnih ugovora za koje se traži odobrenje zakonodavnog tela vezuje se za period nakon II svetskog rata. P. Verdier, M. Versteeg, 377.

šta se ne smatra međunarodnim ugovorom. Iako postoje izvesne razlike, zajednički element ovih definicija je da se radi o međunarodno-pravnim aktima kojima se ne preuzimaju nove obaveze. U slučaju hrvatskog zakona posebno su spomenuti i „međunarodni akti, ... koji prethode sklapanju međunarodnih ugovora“ (čl. 3, tač. a), a u crnogorskom zakonu se govori o „administrativnim međunarodnim ugovorima“.

I definicije nekih drugih pojmova sadržane su u zakonima u RH i CG, za razliku od zakona u BiH. Među ovim su i pojmovi „sklapanje“, „zaključivanje“, „potvrđivanje“, itd. Tako se u RH pod „sklapanjem“ podrazumevaju „sve radnje u postupku nastanka međunarodnih ugovora, osim potvrđivanja.“ (čl. 2. t. 10. ZSIMU-RH). Slično i u slučaju ZZIMU-CG (čl. 4. t.1). Pojam „potvrđivanje“ definisan je u hrvatskom zakonu kao „odgovarajući postupak i odluka Sabora RH o pristanku RH da bude vezana međunarodnim ugovorom, na temelju koje RH daje taj pristanak i na međunarodnoj razini.“ (čl. 2. t. 11). U zakonu CG ovaj pojam je nešto jednostavnije definisan tako da on „podrazumijeva donošenje zakona kojim se izražava pristanak CG da bude vezana međunarodnim ugovorom.“ (čl. 4, tač. 3). Međutim, pojam „izvršavanje međunarodnih ugovora“ nije definisan ni u jednom od tri zakona.

c) Sve tri države su regulisale pitanje nadležnosti za sprovođenje različitih aktivnosti u okviru procesa zaključivanja i potvrđivanja međunarodnih ugovora. Tako je članom IV Ustava BiH predviđeno da je Parlamentarna skupština nadležna, između ostalog, i za „odlučivanje o pristanku na ratifikaciju ugovora.“ Istovremeno, članom V je propisano da je Predsedništvo nadležno, između ostalog, i za: „pregovaranje o zaključenju međunarodnih ugovora BiH, otkazivanje i, uz saglasnost Parlamentarne skupštine, ratifikovanje takvih ugovora.“ (tač. d).²¹

Zaključivanje međunarodnih ugovora u nadležnosti je Vlade CG (čl. 100, tač. 4. Ustava), a potvrđivanje međunarodnih ugovora spada u nadležnost Skupštine CG (čl. 82, tač. 17). Sklapanje međunarodnih ugovora u RH je u nadležnosti, „ovisno o naravi i sadržaju međunarodnog ugovora“, Hrvatskog sabora, Predsednika Republike i Vlade RH (čl. 132. Ustava). Međunarodne ugovore koji ne podležu potvrđivanju Hrvatskog sabora sklapa Predsednik Republike na predlog Vlade ili Vlada RH (čl. 133, st. 4).

²¹ Ustav daje mogućnost da entiteti mogu sklapati sporazume s državama i međunarodnim organizacijama, ali za to im je potrebna saglasnost Parlamentarne skupštine. Međutim, predviđeno je da Parlamentarna skupština može zakonom urediti da takva saglasnost, za određene vrste sporazuma, nije potrebna (čl. III, tač. 2.d). Za više informacija o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora sa stanovišta uloge državne uprave v. u: V. Đurić, N. Vranješ, „Poslovi državne uprave u oblasti zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 7/2017, 103. i dalje.

d) Širok je krug subjekata koji mogu dati inicijativu za pokretanje postupka za zaključivanje međunarodnih ugovora u BiH. To su institucije BiH, entiteti, kantoni i druge regionalne i lokalne zajednice, te preduzeća, ustanove, nevladine organizacije i druga pravna lica iz područja svoga delovanja (čl. 4, st. 1. ZPZIMU-BiH). Ipak, ključnu ulogu u tome imaju ministarstva BiH u čiji delokrug rada spadaju pitanja koja se uređuju međunarodnim ugovorom, kao i Vijeće ministara, koje utvrđuje predlog za pokretanje postupka za vođenje pregovora radi zaključivanja međunarodnog ugovora (st. 2-4). Na kraju ove faze postupka konačnu odluku o poretanju postupka za vođenje pregovora radi zaključivanja međunarodnog ugovora donosi Predsedništvo BiH (čl. 6).

U slučaju CG, a prema odredbama čl. 5. ZZIMU-CG, postupak za vođenje pregovora i zaključivanje međunarodnog ugovora pokreće Vlada CG. Ona to može učiniti po sopstvenoj inicijativi ili na predlog organa državne uprave koji utvrđuje da sa drugim državama ili međunarodnim organizacijama treba urediti određena pitanja.²² Osim toga, Vlada „može“ da pokrene postupak za vođenje pregovora i zaključivanje međunarodnog ugovora i na osnovu inicijative Predsednika CG ili Skupštine CG. U slučaju RH, inicijativu za pokretanje postupka mogu dati državna tela iz područja svoga delokruga (čl. 6. ZSIMU-RH), ali odluku o pokretanju postupka donosi predsednik Republike, odnosno Vlada RH (čl. 7).

e) U daljem postupku zaključivanja međunarodnih ugovora zakoni u sve tri države predviđaju da su nadležni organi u obavezi da pripreme „osnovu za vođenje pregovora radi zaključivanja međunarodnog ugovora“ (čl. 4, tač. 3–5. ZPZIMU-BiH, i čl. 6. ZZIMU-CG), odnosno „osnovu za vođenje pregovora i sklapanje međunarodnih ugovora“ (čl. 7. ZSIMU-RH). Obavezan sadržaj ovog dokumenta preciznije je regulisan u sve tri zakona i podrazumeva sledeće elemente: ustavni osnov, razloge zbog kojih se predlaže zaključivanje ugovora, nacrt međunarodnog ugovora, sastav delegacije za pregovore, ocenu potrebnih finansijskih sredstava za izvršenje ugovora i način njihovog obezbeđivanja.²³ Zakon u CG propi-

²² Organ državne uprave može pokrenuti inicijativu samostalno („u vršenju poslova iz svoje nadležnosti“) ili po inicijativi koja može da potekne od drugog državnog organa, privrednog društva ili drugog pravnog lica.

²³ Kada se govori o zajedničkim elementima koji čine obavezan deo ovog dokumenta, kao i razlikama između tri zakona, trebalo imati u vidu da hrvatski zakon razlikuje osnovu za vođenje pregovora i sklapanje međunarodnih ugovora (čl. 7. ZSIMU-RH), od predloga za potvrđivanje međunarodnog ugovora (čl. 16). Crnogorski zakon, kada govori o potvrđivanju zakona, u članu 16. govori o „obrazloženju predloga zakona.“ U ZPZIMU-BiH se, kada se radi o predlogu zakona o potvrđivanju, posebno govori o „detaљnom obrazloženju Vijeća ministara BiH o potrebi i uslovima zakљučivanja predmetnog ugovora u skladu sa čl. 3. i 7. ovog zakona“ (čl. 15, st. 2).

suje dodatne obavezne delove predloga osnove kada se radi o ugovoru kojim se definišu ili preuzimaju finansijske obaveze ili na osnovu kojih se utvrđuje učešće CG u međunarodnim fondovima ili drugim kreditnim institucijama (čl. 16. ZZIMU-CG). U slučaju RH, propisano je da odluka o pokretanju postupka za sklapanje određenih međunarodnih ugovora o zajmovima i/ili o jemstvima mora, uz ostalo, sadržavati i odluku o zaduženju nadležnog tela domaće pravne osobe te o obavezi povratka zajma, jemstvo ovlašćene banke ili drugoga podobnog jemca i jemstvo RH (čl. 24. ZSIMU-RH).²⁴

f) Obaveza pribavljanja mišljenja drugih nadležnih organa zajednička je karakteristika procedure zaključivanja i potvrđivanja međunarodnih ugovora u sve tri države. Zakoni u BiH i CG pribavljanje mišljenja vezuju za predlog osnove za zaključivanje međunarodnog ugovora.²⁵ Istovremeno, zakon u CG propisuje i obavezu dostavljanja (prilaganja) mišljenja i prilikom izrade predloga zakona o potvrđivanju. U slučaju RH obaveza dostavljanja mišljenja vezuje se jedino za predlog zakona o potvrđivanju međunarodnog ugovora.²⁶ U slučaju BiH, kao što je već naznačeno, govori se o „detaljnem obrazloženju Vijeća ministara BiH o potrebi i uslovima zaključivanja predmetnog ugovora u skladu sa čl. 3. i 7. ovog zakona“, ali se ne propisuje obaveza pribavljanja mišljenja pojedinih organa (čl. 15, st. 2. ZPZIMU-BiH).

g) Zakoni sve tri države regulišu i druga pitanja koja se odnose na proceduru vođenja pregovora (čl. 8–12, odnosno 13. i 14. ZSIMU-RH, čl. 7–11, odnosno čl. 12. ZPZIMU-BiH, kao i čl. 5–13 ZZIMU-CG), kao što su sastav delegacije, vođenje pregovora, mogućnost privremene primene, jezici ugovora, izveštaj o pregovorima, obaveza dostavljanja potpisanog ugovora, itd.

²⁴ Pregovaranje i zaključivanje međunarodnih ugovora kojima BiH preuzima kreditne i druge finansijske obaveze (kreditni ugovori) regulisano je tako da se na ove ugovore primenjuju i odredbe Zakona o zaduživanju, dugu i garancijama BiH (*Službeni glasnik BiH*, br. 52/05 i 103/09).

²⁵ Postoje razlike u pogledu organa čije mišljenje mora da se pribavi. Tako se u slučaju BiH radi o mišljenju ministarstva nadležnog za inostrane poslove, kao i mišljenju nadležnih organa entiteta kada se međunarodnim ugovorom uređuju pitanja koja su u isključivoj nadležnosti entiteta (čl. 4. ZPZIMU-BiH). U CG se radi o mišljenju „zainteresovanih organa o opravdanosti zaključivanja ugovora“, kao i mišljenju organa državne uprave nadležnog za inostrane poslove (čl. 6. ZZIMU-CG).

²⁶ U sva tri zakona je predviđeno da se moraju pribaviti mišljenja organa nadležnog za poslove zakonodavstva, finansija i drugih organa „prema proceni nadležnog ministarstva“ ili „predlagatelja“, odnosno mišljenja „organa državne uprave u čiji delokrug spadaju pojedina pitanja koja se uređuju međunarodnim ugovorom“. U slučaju CG posebno se spominje i mišljenje ministarstva nadležnog za spoljne poslove, dok je u slučaju RH propisana obaveza pribavljanja mišljenja i ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa.

h) Priprema zakona o potvrđivanju međunarodnog ugovora, tj. sadržaj (nacrt) zakona posebno se reguliše u sve tri zakona. Postupak potvrđivanja međunarodnih ugovora se pokreće od strane ministarstva nadležnog za spoljne poslove (u RH čl. 16, st. 3. ZSIMU-RH; u BiH čl. 13, 14. ZPZIMU-BiH). Predlog za potvrđivanje međunarodnog ugovora, zajedno sa „aktom o potvrđivanju“, priprema nadležno državno telo i dostavlja ga Ministarstvu vanjskih poslova (čl. 16. ZSIMU-RH). Ministarstvo inostranih poslova BiH dostavlja Vijeću ministara BiH nacrt odluke o ratifikaciji međunarodnog ugovora čiji je sastavni deo i tekst ugovora (čl. 16. ZPZIMU-BiH), a predlog odluke o ratifikaciji Vijeće ministara dostavlja Predsedništvu BiH. U slučaju CG, predlog zakona o potvrđivanju međunarodnog ugovora, sa obrazloženjem, priprema nadležno ministarstvo i dostavlja ga Vladi (čl. 16, st. 1. ZZIMU-CG).

i) Kada se govori o izvršavanju međunarodnih ugovora trebalo bi najpre konstatovati da, kao što je već naznačeno, ni jedan od tri analizirana zakona ne sadrži definiciju pojma „izvršavanje međunarodnih ugovora“.²⁷ Istovremeno, sva tri zakona, u delu koji se odnosi na „izvršavanje“, govore o odgovornosti i obavezama nadležnih organa i to kako u pogledu praćenja izvršavanja međunarodnih ugovora, tako i u odnosu na obaveštavanje nadležnih organa o tome.

Jedan deo odredbi Ustava BiH se odnosi na obaveze primene međunarodnih standarda u oblasti ljudskih prava.²⁸ Obaveza „neposredne primene“²⁹ prava i sloboda koji se garantuju EKLJP, kao i njezinim protokolima, propisana je članom II tačka 2. Ustava. O „neposrednom izvršavanju“ međunarodnih ugovora govori se i u čl. 29. ZPZIMU-BiH na način da se to odnosi jedino na međunarodne ugovore „kojima se stvaraju obaveze za domaća pravna lica“ i to kao obaveza tih pravnih lica.³⁰ O izvršavanju međunarodnih ugovora „stara“ se Vijeće ministara BiH, a nadležni organi državne uprave prate izvršavanje međunarodnih ugovora i o tome obaveštavaju Vijeće ministara BiH (čl. 27). Dakle, Zakon jasno ra-

²⁷ Ovde bi se moglo postaviti pitanje sadržaja pojma „izvršavanje međunarodnih ugovora“, posebno u odnosu na neke slične pojmove kao što su „sprovođenje međunarodnih ugovora“, „primena“, „poštovanje“, itd, što zaslužuje detaljniju analizu.

²⁸ U Aneksu I se navodi spisak sporazuma o ljudskim pravima koji se imaju primenjivati u BiH.

²⁹ Za šire složenosti situacije u vezi sa „neposrednom“ primenom, v. R. Etinski, „Neposredna primena međunarodnog ugovora u pravnom poretku Republike Srbije“, in *Monism & Dualism: Basic Concepts of Public International Law*, Novaković, M. (ed). Belgrade 2013, 755.

³⁰ Ako domaće pravno lice ne izvrši svoje obaveze koje proističu iz međunarodnih ugovora koje je zaključila BiH, te obaveze će izvršiti BiH „na teret onog entiteta na čijoj se teritoriji nalazi to pravno lice.“ (st. 2).

zlikuje međunarodne ugovore kojima se stvaraju „neposredne obaveze“ za BiH, iako bi se o sadržaju ovog pojma moglo posebno raspravljati. Zakon istovremeno, propisuje da su za izvršavanje ovih obaveza odgovorni „nadležni organi državne uprave u čiju nadležnost spadaju pitanja koja se uređuju tim ugovorima.“ (čl. 28).

U ustavnom poretku CG, obaveza „neposredne primene“ međunarodnih ugovora propisana je u slučaju kada oni uređuju neke odnose „drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva“ (čl. 9. Ustava). Za prava i slobode Ustav koristi formulaciju da se oni „ostvaruju“ na osnovu „potvrđenih međunarodnih sporazuma“, pored Ustava (čl. 17). Propisano je da sud sudi na osnovu „potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora” (pored Ustava i zakona) (čl. 118, st. 2). Kad Ustavni sud utvrdi da zakon nije u saglasnosti sa „potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima“, taj zakon prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda (čl. 152). Inače, praćenje izvršavanja međunarodnih ugovora u nadležnosti je ministarstava (prema delokrugu poslova koje obavljaju) i oni „o tome obaveštavaju Vladu.“ (čl. 24. ZZIMU-CG).³¹

„Izravna primjena“ prava EU od strane državnih tela, tela jedinica lokalne i regionalne samouprave i pravnih lica koja imaju javna ovlašćenja propisana je Ustavom RH (čl. 141c, st. 4), ali „izravna primena“ međunarodnih ugovora nije predviđena. Inače, sudovi sude na osnovu Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava (čl. 115. st. 3. Ustava). Dakle, Ustav RH ne govori na poseban način o primeni međunarodnih ugovora, ali sadrži poseban deo koji se odnosi na Evropsku uniju (Poglavlje VIIa). Međutim, ZSIMU-HR, slično kao i ZPZIMU-BiH, razlikuje međunarodne ugovore kojima se stvaraju neposredne obaveze (za RH) (čl. 36) i međunarodne ugovore kojima se stvaraju obaveze za domaće pravne osobe (čl. 37).

j) Osim navedenog, zakoni u sve tri države regulišu i neka druga pitanja od značaja za odnos prema međunarodnim ugovorima, kao što su: stupanje na snagu ugovora, sukcesija ugovora, objavljivanje ugovora, registracija, evidentiranje i čuvanje, izmene, prestanak, otkazivanje, rezerve, interpretativne izjave, itd.³²

³¹ Izveštaj o izvršavanju potvrđenih međunarodnih ugovora Vlada podnosi, ako to zahtevaju Predsednik CG i Predsednik Skupštine.

³² Detaljnija uporedna analiza ovih pitanja zahtevala bi znatno više prostora.

4. Zaključak

Zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora u pravnom sistemu BiH, CG i RH regulisano je na način da se može reći da postoji značajan nivo sličnosti, ali u nekim segmentima i izvesne razlike. Ustavi dve države (CG i RH) propisuju da su međunarodni ugovori deo unutrašnjeg pravnog poretka kao i da međunarodni ugovori imaju primat u odnosu na druge zakone ovih država. U slučaju BiH govori se o primatu EKLJP. Procedura vođenja pregovora regulisana je zakonima, a obavezan element ove procedure predstavlja i osnova za vođenje pregovora. Obavezan deo sadržaja ovog dokumenta sličan je u sve tri države, iako postoje izvesne razlike. Pribavljanje mišljenja drugih subjekata je predviđeno u sve tri zakona. Potvrđivanje međunarodnih ugovora je u nadležnosti najvišeg zakonodavnog organa, a u slučaju BiH predsedništva BiH (uz saglasnost Parlamentarne skupštine). Sva tri zakona kojima se reguliše zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora sadrže odredbe kojima se reguliše nadležnost za „staranje“ o izvršavanju međunarodnih ugovora, praćenje i izveštavanje o izvršavanju međunarodnih ugovora. „Neposrednu primenu“ međunarodnih ugovora predviđaju zakoni u BiH i CG. U slučaju RH govori se o „izravnoj primeni“ prava EU.

Literatura

- Ademović N., Marko J., Marković G., *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Fondacija „Konrad Adenauer“, Sarajevo, 2012
- Bodnar L., „Constitution, International Treaties and Contracts“, *Acta Juridica Hungarica* 3-4/2002
- Dimitrijević D., Đorđević S., *Pravo međunarodnih ugovora*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2011.
- Đurić V., Vranješ N., „Poslovi državne uprave u oblasti zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 7/2017.
- Etinski R., „Neposredna primena međunarodnog ugovora u pravnom poretku Republike Srbije“, in *Monism & Dualism: Basic Concepts of Public International Law*, Novaković, M. (ed). Belgrade 2013.
- Fitzmaurice M., „The practical working of the Law of Treaties“, in: *International Law*, (ed. Malcolm Evans), Oxford University Press, 2014.
- Hisashi O., „Problems of Interaction Between the International and Domestic Legal Orders“, *Asian Journal of International Law* 5/2015.

- Korenica F., Doli D., „The Relationship between international treaties and domestic law: A view from Albanian Constitutional law and practice“, *Pace International Law Review* 24/2012.
- Krivokapić B., „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, *Strani pravni život* br. 2/2013.
- Matyunin M. F., „Correlation between the Russian Constitution and the International Treaties“, *Actual Problems of Economics and Law* 1/2014.
- Milojević M., „Constitutional competence for conclusion and enactment of international treaties“, *Facta Universitatis*, Series: Law and Politics, 3, 1/2005.
- Rudolf D., „Pravni poredak Republike Hrvatske – monistička teorija primata međunarodnog prava?“, in: *Monism & Dualism: Basic Concepts of Public International Law*, (ed. Marko Novaković), Belgrade 2013.
- Sinani B., Mehmeti S., „The Legal Position of International Treaties in the Constitutional Order of the Republic of Macedonia“, *Acta Universitatis Danubius Juridica* 3/2014.
- Todić D., „Međunarodni ugovori u oblasti životne sredine i uzroci (ne)efikasnosti“, *Strani pravni život* 2/2017.
- Todić D., „Međunarodni ugovori, uslovi za članstvo u Evropskoj uniji i Republika Srbija“, *Evropsko zakonodavstvo* 51/2015.
- Verdier V. P., Versteeg M., „International Law in Domestic Legal Systems: An Empirical Perspective“, *ASIL Proceedings* 108/2014.
- H. Vallikivi, „Statues of International Law in the Estonian Legal System under the 1992 Constitution“, *Juridica International* 6/2001.

Pravni izvori

- Ustav Bosne i Hercegovine, http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf, 19.1.2018. Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i „Sl. glasnik BiH“, br. 25/2009 - Amandman I.
- Ustav Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 1/2007, 38/2013.
- Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010 i 5/2014
- Zakon o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, *Službeni glasnik BiH*, br. 29/2000, 32/2013
- Zakon o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, *Narodne novine RH*, br. 28/1996.

Zakona o zaduživanju, dugu i garancijama BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 52/05 i 103/09.

Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, *Službeni list CG*, br. 77/2008

Internet izvori

M. Kreća, „Odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava“, <http://www.ius.bg.ac.rs/Naucni/Razvoj%20pravnog%20sistema%202006/01%20-%20Projekat%202006-3.pdf>, 2.2.2018.

Dragoljub Todić, Ph.D.

Principal Research Fellow, Institute of International Politics and Economics, Belgrade

CONCLUSION AND IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL TREATIES IN THE LEGAL SYSTEMS OF BIH, MONTENEGRO, AND CROATIA

Summary

The paper deals with the conclusion and implementation of the international treaties in the legal systems of the three neighbouring countries: Bosnia and Herzegovina, Montenegro, and Croatia. The normative framework of the analysis is the relevant provisions of the constitutions and laws regulating the conclusion and implementation of the international treaties. The author points to the importance of the international treaties and the importance of regulating their conclusion and implementation. The first part of the paper is devoted to the place that international treaties have in the legal systems of these countries. The main part of the paper analyses the laws governing the procedure for concluding and implementing international treaties in these countries. The aim of the paper is to examine the similarities and differences in the ways of regulating

relations with international treaties, as well as the procedure for concluding and implementing the international treaties. It is particularly pointed to the similarities and differences between the two countries that are in the process of EU integration and Croatia, already being a member of the EU. In conclusion, there are several common characteristics, but also certain differences.

Keywords: international treaties, conclusion of the international treaties, implementation of the international treaties, relation between international and internal law, Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Croatia.

IZAZOVI HARMONIZACIJE KRIVIČNORAVNE ZAŠTITE TRŽIŠTA KAPITALA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE – PRIMER ITALIJANSKOG ZAKONODAVSTVA¹

Apstrakt

Tržište kapitala u savremenim ekonomijama predstavlja mehanizam koji može u velikoj meri da doprinese razvoju nacionalne privrede. Imajući u vidu navedeno, vremenom se razvila ideja o unapređenju zaštite interesa učesnika na njemu. Zbog toga su na nivou Evropske unije u toku 2014. godine donete Uredba i Direktiva kojima su predviđene obaveze zemalja članica da nacionalnim zakonodavstvom propišu krivičnopravne sankcije za ponašanja koja predstavljaju zloupotrebe na tržištu kapitala. Danas je skoro u svim zemljama nacionalnim propisima predviđena krivičnopravna zaštita interesa učesnika na navedenom tržištu. U nekima od njih krivične sankcije su propisane sporednim krivičnim zakonodavstvom. Takav pristup npr. postoji u Republici Srbiji i Italiji. S obzirom da Srbija teži članstvu u Evropskoj uniji, ona je u obavezi da pre pristupanja svoje nacionalno zakonodavstvo uskladi sa njenim pravnim tekovinama. Imajući u vidu sličnost pristupa krivičnopravnoj zaštiti tržišta kapitala Italije sa onim koji postoji u Republici Srbiji, neka italijanska rešenja bi mogla eventualno da posluže kao primer za dodatna usaglašavanja. S obzirom da je italijansko zakonodavstvo u velikoj meri usaglašeno sa standardima Evropske unije u pogledu krivičnopravne zaštite tržišta kapitala, njegove odredbe su predmet analize u ovom radu.

Ključne reči: tržište kapitala, krivična dela, krivično pravo, zaštita, Italija.

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: j.kostic@iup.rs.

¹ Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu Instituta za uporedno pravo „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje“ (evidencioni broj: 179031), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

1. Uvod

Cilj svake zemlje jeste stvaranje uslova za privredni razvoj, a samim tim i za unapređenje opšteg blagostanja. Danas veliki značaj u oblasti privrednih ulaganja u svetu ima tržište kapitala. Uticaj na unapređenje ekonomskih aktivnosti imaju, kako ulaganja nacionalnih pravnih i fizičkih lica, tako i inostrane investicije. Za to je potrebno stvoriti adekvatne uslove. Prepreka za ulazak na neko tržište može biti stvaranje monopola, što može negativno da se odrazi na nacionalno blagostanje. Zbog toga je neophodna intervencija države putem regulatornih, ali i institucionalnih mera. One se ogledaju u uspostavljanju tela nadležnih za nadzor i očuvanje konkurentskih odnosa na tržištu.² Odsustvo odgovarajućih normi kojima je uređeno tržište kapitala omogućava formiranje monopola, kao i bogaćenje pojedinaca koji poseduju insajderske informacije, što za posledicu ima stvaranje nepovoljnog okruženja na tržištu kapitala.³

Navedeno tržište je podvrsta finansijskog tržišta. Na njemu se vrši prodaja i kupovina dugoročnih hartija od vrednosti čiji je rok dospeća preko godinu dana. Time se ostvaruje i dugoročno pozajmljivanje novca. Poslednjih godina sve više je prisutna internacionalizacija tržišta kapitala, što je od izuzetnog značaja za investiranje u nacionalnu privredu, što se postiže kupovinom akcija nacionalnih preduzeća. Sredstva za ulaganje u nacionalnu privredu se, međutim, obezbeđuju i kupovinom nacionalnih dužničkih hartija od vrednosti. Na taj način se pozajmljuju sredstva domaćim tražiocima zajma. Osim toga, povoljni uslovi na tržištu kapitala mogu doprineti smanjenju budžetskog deficita, na koji se utiče kupovinom obveznica koje emituje država.⁴ Upravo zbog toga na međunarodnom nivou postoji veliko interesovanje za suzbijanje određenih aktivnosti koje se nepovoljno odražavaju na nesmetano funkcionisanje tržišta kapitala. Naravno, i na tom tržištu, kao i na svakom drugom, trebalo bi nesmetano da funkcioniše „zakon ponude i tražnje“. On bi mogao biti prekršen nesavesnim ponašanjem pojedinaca, a to bi nepovoljno uticalo na dalju trgovinu na tom tržištu. Velika odstupanja mogla bi značajno da naruše funkcionisanje osnovnih principa tržišne privrede, kako na nacionalnom, tako i na regionalnom nivou.

² J. Brašić, „Institucionalne barijere za ulazak na tržište Republike Srbije i potencijalna konkurencija“, *Pravni zapisi*, 1/2016, 118.

³ *Ibid.*, 127.

⁴ Lj. Nikolić, A. Mojašević, „Organizacija finansijskih tržišta“, u: *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru* (ur. Predrag Dimitrijević), Niš 2012, 122-123.

Na nivou Evropske unije se postepeno razvijala ideja o formiranju evropskog tržišta kapitala, u cilju ulaganja u kompanije i infrastrukturu zemalja Unije. To bi doprinelo jačanju finansijskog sistema ne samo zemalja članica, već celokupne zajednice. Međutim, prepreke tom cilju predstavljala su različita pravila i praksa nacionalnih tržišta kapitala. Zbog toga se javila težnja za ujednačavanjem prakse u toj oblasti. Jedan od prioriteta bila je zaštita investitora na tržištu kapitala od nesavesnog ponašanja drugih učesnika. Na nivou Evropske unije najpre se javila potreba za zaštitom integriteta tržišta kapitala putem prekršajnih sankcija, propisanih nacionalnim zakonodavstvom zemalja članica. Tek kasnije se pristupilo ujednačavanju prakse u oblasti krivičnopravne zaštite integriteta tržišta kapitala.

Krivično pravo Sjedinjenih Američkih Država predviđa kao krivično delo trgovinu insajderskim informacijama još od dvadesetih godina dvadesetog veka, dok evropske zemlje tek poslednjih nekoliko decenija propisuju navedeno delo.⁵ Čini se da je zakonski opis dela trgovina insajderskim informacijama u evropskim zemljama, veoma sličan rešenju koje postoji u Sjedinjenim Američkim Državama. Međutim, takvo rešenje može predstavljati problem sa aspekta dokazivanja krivičnih dela. Pred sudovima zemalja čija zakonodavstva pripadaju evropsko kontinentalnom pravnom sistemu nije prihvaćeno korišćenje posrednih dokaza. Taj problem se eventualno može prevazići odredbama procesnog krivičnog zakonodavstva.

U nekim zemljama su odredbe kojima se pruža krivičnopravna zaštita interesima učesnika na tržištu kapitala, sadržane u sporednom krivičnom zakonodavstvu. Takav pristup prisutan je kako u zakonodavstvu Republike Srbije, tako i u zakonodavstvu Italije. S obzirom da je Italija članica Evropske unije njeno nacionalno zakonodavstvo bi trebalo u velikoj meri da bude usklađeno sa standardima Unije. Kako Republika Srbija teži članstvu u njoj, neka kvalitetna rešenja prisutna u italijanskom zakonodavstvu mogla bi eventualno da posluže kao primer za unapređenje nacionalnog zakonodavstva Srbije.

⁵ Z. Stojanović *et al.*, *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije*, Ministarstvo pravde SAD, Kancelarija za međunarodnu pomoć, usavršavanje i profesionalnu obuku u pravosuđu i Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd 2017, 187.

2. Krivičnopravna zaštita tržišta kapitala na nivou Evropske unije

Potreba za efikasnijom zaštitom tržišta kapitala na nivou Evropske unije jačala je zajedno sa idejom o stvaranju jedinstvenog evropskog tržišta kapitala, u cilju podsticanja prekograničnog investiranja, stranih investicija u privredu EU, stabilizacije njenog finansijskog sistema, a samim tim i unapređenjem konkurentnosti evropskog tržišta.⁶ Upravo je potreba da se obezbedi pouzdana zaštita interesa investitora na jedinstvenom tržištu kapitala Unije uslovila unapređenje njenih propisa. Konvencijom Saveta Evrope o insajderskoj trgovini iz 1989. godine nije bilo predviđeno krivično delo trgovine insajderskim informacijama.⁷ Tako Evropska unija prvi put, donošenjem Direktive broj 6 iz 2003. godine⁸ nastoji da utiče na zemlje članice da u svojim nacionalnim zakonodavstvom propišu sankcije za zloupotrebe insajderskih informacija. Međutim, taj cilj se realizuje tek donošenjem Uredbe broj 596 o zloupotrebi tržišta iz 2014. godine, a kojim je navedena Direktiva stavljena van snage, kao i Direktivom broj 57 iz 2014. godine.⁹

Značaj Direktive broj 6 iz 2003. godine ogleda se u tome što je njenim odredbama bila predviđena obaveza za države članice da svojim propisima predvide ovlašćenja nacionalnih organa za otkrivanje i isleđivanje zloupotreba na tržištu kapitala. Iako njom nije bila predviđena obaveza zemalja članica da na nacionalnom nivou propišu krivičnopravne sankcije za zloupotrebe na tržištu kapitala, ona je predstavljala značajan korak ka tome.

⁶ Navedeno je sadržano u Akcionom planu za stvaranje jedinstvenog tržišta kapitala Evropske unije (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan on Building a Capital markets Union), Brussels, 30.9.2015.

⁷ Konvencijom je predviđena uzajamna pomoć putem razmene informacija između nacionalnih organa nadležnih za nadzor transakcija koje se odvijaju na tržištu kapitala, a u cilju preventivnog delovanja i otkrivanja neregularnosti u vezi sa insajderskom trgovinom tj. trgovinom insajderskim informacijama. Iako Konvencijom nije predviđena obaveza propisivanja krivičnog dela insajderske trgovine, u skladu sa njenim odredbama zainteresovane zemlje mogu uz prethodni dogovor da unaprede saradnju u cilju utvrđivanja odgovornosti za nedozvoljene aktivnosti kojima se ugrožava jednak pristup informacijama svih učesnika na tržištu kapitala i koje mogu da predstavljaju radnju izvršenja nekih drugih krivičnih dela. Tekst Konvencije na engleskom jeziku nalazi se na veb-stranici: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007b0d5>, 10.5.2018.

⁸ Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse), Official Journal L096 12/4/2003, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003L0006>, 10.5.2018.

⁹ V. Z. Stojanović *et al.*, 187 i 188.

2.1. Uredba o sprečavanju zloupotreba na tržištu kapitala

Uredbom o sprečavanju zloupotreba na tržištu kapitala broj 596¹⁰ iz 2014. godine na nivou Evropske unije je uspostavljen zajednički regulatorni okvir za trgovinu na osnovu privilegovanih informacija. Njom je definisano nezakonito objavljivanje privilegovanih informacija, kao i manipulisanje na tržištu kapitala, te su u cilju sprečavanja navedenih pojava predviđene adekvatne mere. Na taj način obezbeđuje se kako integritet tržišta kapitala, tako i adekvatna zaštita učesnika na njemu. Uredba definiše privilegovano stečene informacije (obično se skraćeno nazivaju privilegovane informacije) i trgovinu na osnovu njih. U skladu sa tim, pod privilegovano stečenim informacijama podrazumevaju se informacije određene sadržine koje nisu objavljene, direktno ili indirektno se odnose na jednog ili na više emitenata ili na jedan ili više finansijskih instrumenata, koje, kada bi bile objavljene, verovatno bi znatno uticale na cenu tih finansijskih instrumenata ili na cenu povezanih finansijskih instrumenata. Privilegovane informacije se, u smislu Uredbe, mogu odnositi i na robne derivate, ali pod uslovom da se radi o neobjavljenim informacijama, koje bi se kada bi bile objavljene direktno ili indirektno odnosile na jedan ili više tih derivata i koje bi tada verovatno imale značajan uticaj na njihovu cenu. Takve informacije se moraju objaviti u skladu propisima Unije ili nacionalnim propisima, pravilima tržišta, ugovorima, praksom ili običajima na relevantnim tržištima robnih derivata. Prema članu 7 Uredbe, pod privilegovanim informacijama se podrazumevaju i informacije u vezi sa emitovanim jedinicama ili proizvodima na tržištima, koji se na njima temelje, a koje nisu objavljene. Osim toga neophodno je da se radi o informacijama koje se direktno ili indirektno odnose na jedan ili više finansijskih instrumenata i koje bi kada bi bile objavljene imale značajan uticaj na cene tih ili sa njima povezanih finansijskih instrumenata. Navedena Uredba ima značaj za definisanje elemenata bića krivičnog dela insajderske trgovine. Zbog toga je potrebno da na nacionalnom nivou definicija privilegovane informacije bude usklađena sa navedenom odredbom Uredbe, bez obzira na to da li je krivično delo insajderska trgovina propisano osnovnim ili sporednim krivičnim zakonodavstvom.

¹⁰ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Official Journal of the European Union L 173/1, Tekst Uredbe na engleskom jeziku nalazi se na veb-stranici: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0596&from=EN>, 10.5.2018.

Uredba propisuje i situacije kada je dozvoljeno, a kada ne, korišćenje privilegovanih informacija na tržištu kapitala. Pod trgovinom na osnovu privilegovanih informacija, u smislu odredbi Uredbe, podrazumeva se trgovina privilegovanim informacijama koje poseduje određena osoba u cilju sticanja ili prodaje u vlastito ime ili u korist nekog trećeg lica određenog finansijskog instrumenta na koji se ta informacija odnosi. Osim toga, podrazumeva se i korišćenje privilegovanih informacija za izmenu ili otkaz naloga u vezi sa finansijskim instrumentima na koji se ta informacija odnosi, kada je nalog predat pre nego što je određena osoba posedovala informaciju. U skladu sa članom 8. Uredbe broj 596/2014, korišćenje povlašćenih informacija obuhvata podnošenje, promenu ili povlačenje ponude za kupovinu koje preduzima određeno lice za vlastiti račun ili za račun trećeg lica.¹¹ Navedena definicija je od značaja za određivanje granica krivičnopravne represije, jer se u određenim situacijama korišćenje privilegovane informacije na tržištu kapitala neće smatrati nezakonitim, pa samim tim preduzimanjem tih aktivnosti neće biti ni ostvareni elementi bića krivičnog dela. Zbog toga je potrebno na nacionalnom nivou da se propisi kojima se uređuju odnosi na tržištu kapitala usklade sa odredbom Uredbe 596/2014 kojom se definiše kada je dozvoljeno korišćenje privilegovanih informacija.

Od značaja za definisanje elemenata bića krivičnog dela insajderska trgovina jeste i razumevanje pojma nezakonitog objavljivanja povlašćenih informacija, pod kojim se podrazumeva saopštavanje bilo kom drugom licu povlašćenih informacija koje neko poseduje, osim kada se one objavljuju u redovnom obavljanju posla, profesije ili dužnosti. Nezakonito objavljivanje može izvršiti kao fizičko, tako i pravno lice. Nezakonitu aktivnost predstavlja ne samo svako objavljivanje povlašćenih informacija suprotno navedenom pravilu, nego i podsticanje drugih lica na njihovo objavljivanje, ako to učini lice koje zna ili bi trebalo da zna da se radi o privilegovanim informacijama (član 10. Uredbe 596/2014). Iako Uredba 596/2014 ne predviđa obavezu zemalja članica da na nacionalnom nivou propišu krivične sankcije kojima se zabranjuju određene nedozvoljene aktivnosti na tržištu kapitala, ona sadrži veliki broj odredbi koje su od značaja za definisanje elemenata bića krivičnih dela povezanih sa zloupotrebama na tržištu kapitala. Njome je izričito propisano da se ne sme trgovati, pa čak ni pokušati trgovina na tržištu kapitala na osnovu povlašćenih informacija. Osim toga, zabranjeno je preporučivanje drugom licu da trguje na osnovu povlašćenih informacija kao i podsticanje drugog lica na trgovinu privilegovanim infor-

¹¹ Dozvoljene aktivnosti definisane su članom 9.

macijama i nezakonito objavljivanje povlašćenih informacija. Uredbom je, pored toga, zabranjeno i manipulisanje i pokušaj manipulisanja, kao drugi vid zloupotrebe na tržištu kapitala. Pod manipulisanjem na tržištu kapitala podrazumeva se stupanje u transakciju, davanje naloga za trgovanje ili bilo koji drugi postupak kojim određeno lice daje ili verovatno daje netačne ili obmanjujuće informacije u vezi ponude, potražnje ili cene finansijskog instrumenta ili održava cenu jednog ili više finansijskih instrumenata na neuobičajenom ili nižem nivou. Navedena odredba Uredbe je od značaja za definisanje elemenata bića krivičnog dela manipulacija na tržištu kapitala u nacionalnom zakonodavstvu. Određena ponašanja, međutim, neće se smatrati protivpravnim. Uredbom 596/2014 je, na primer, definisano da manipulacija neće postojati ukoliko lice koje stupa u transakciju da nalog za trgovanje ili preduzme bilo koji drugi postupak za koji dokaže da je preduzet iz legitimnih razloga, te da je u skladu sa prihvaćenom tržišnom praksom, utvrđenom u skladu sa članom 13. Uredbe. Pod manipulacijom se podrazumeva i prenošenje lažnih ili obmanjujućih informacija ili davanje lažnih ili obmanjujućih osnovnih podataka u odnosu na referentnu vrednost, kada je lice, koje je prenelo informaciju ili dalo osnovni podatak, znalo ili trebalo da zna da su oni lažni ili obmanjujući. Manipulacijom se takođe smatra i bilo koji drugi postupak kojim se manipuliše iznosom referentne vrednosti.¹²

Od značaja za sprečavanje zloupotreba na tržištu kapitala jesu i odredbe Uredbe 596/2014 kojima se propisuju mere za njihovo sprečavanje i otkrivanje. Navedena Uredba ne predviđa obavezu zemalja članica da nacionalnim zakonodavstvom propišu krivične sankcije za ponašanja koja se mogu smatrati zloupotrebama na tržištu kapitala, ali ima značajan kazneno pravni domet. Osim toga što su njene odredbe od velikog značaja za određivanje elemenata bića krivičnih dela insajderska trgovina i manipulacija na tržištu kapitala, njom je predviđena i obaveza zemalja članica da nacionalnim propisima predvide prekršaje i sankcije za određena ponašanja koja su suprotna propisima kojima se uređuje poslovanje na tržištu kapitala, kao i ovlašćenja nadležnih organa za izricanje tih sankcija.¹³

¹² Postupci koji se smatraju manipulacijom na tržištu kapitala detaljnije su definisani članom 12. Pojam prihvaćenih tržišnih praksi definisan je članom 13.

¹³ Članom 30. definisani su prekršaji i sankcije za ponašanja suprotna propisima kojima se uređuju odnosi i poslovanje na tržištu kapitala, a članom 31. propisana su ovlašćenja nadležnih nacionalnih organa za izricanje prekršajnih sankcija.

2.2. Direktiva o krivičnim sankcijama za zloupotrebu na tržištu kapitala

Obaveza zemalja članica Evropske unije da propišu krivičnopravne sankcije za ponašanja kojima se narušava integritet tržišta kapitala propisana je Direktivom Evropskog parlamenta i Saveta broj 57¹⁴ iz 2014. godine. Prema njenim odredbama, predviđene su sankcije za sledeća ponašanja: trgovinu na osnovu privilegovanih informacija, preporučivanje da se trguje na osnovu privilegovanih informacija ili podsticanje drugog lica da trguje na osnovu povlašćenih informacija (član 3), nezakonito objavljivanje povlašćenih informacija (član 4), manipulisanje tržištem (član 5), kao i podsticanje, pomaganje i pokušaj preduzimanja radnji koje se smatraju navedenim krivičnim delima (član 6).

U skladu sa Direktivom br. 57, članice EU imaju obavezu ne samo da propišu sankcije za fizička, već i za pravna lica. Njenim odredbama su predviđene i donje granice kazne koju bi trebalo propisati u nacionalnim zakonodavstvima izvršiocima navedenih krivičnih dela. Za trgovinu na osnovu privilegovanih informacija, preporučivanje da se trguje na osnovu privilegovanih informacija ili podsticanje drugog lica da trguje na osnovu povlašćenih informacija, kao i za manipulisanje tržištem, predviđeno je da nacionalni zakonodavci propišu kaznu zatvora čiji je donji minimum četiri godine (čl. 7. st. 2 Direktive br. 57). Za nezakonito objavljivanje povlašćenih informacija članice bi bile u obavezi da propišu kaznu zatvora u trajanju od najmanje dve godine (član 6. Direktive br. 57). Za sva navedena dela predviđeno je da se mogu izvršiti isključivo sa umišljajem. Zemlje članice su u obavezi da nacionalnim zakonodavstvom predvide iste sankcije i za lica koja podstiču, pomažu ili pokušaju izvršenje neke od radnji izvršenja krivičnog dela koje predstavlja zloupotrebu na tržištu kapitala (član 6).

Kao što se može zaključiti, Direktiva br. 57 doneta je upravo radi ujednačenja krivičnopravne zaštite tržišta kapitala na nivou zemalja članica Evropske unije. Danas skoro sve zemlje, ne samo članice Evropske unije, već i zemlje koje to tek treba da postanu, propisuju sankcije za ponašanja kojima se zloupotrebljavaju pravila poslovanja na tržištu kapitala. Neke zemlje krivičnopravne sankcije za nedozvoljena ponašanja na tržištu kapitala propisuju osnovnim, a neke sporednim krivičnim zakonodavstvom. U Italiji su, kao i u Republici Srbiji krivična dela kojima

¹⁴ Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014, on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), *Official Journal of the European Union* L 173/179, 12/6/2014. Tekst Direktive na engleskom jeziku dostupan je na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0057&from=EN> 10.5.2018.

se štite interesi učesnika na tržištu kapitala propisana sporednim zakonodavstvom, tj. zakonom kojim se uređuju odnosi i poslovanje na tržištu kapitala¹⁵. Takvo rešenje ima svojih prednosti, s obzirom na to da su odredbe kojima se dopunjuju elementi bića krivičnih dela sadržane u istom propisu, kao i zakonski opisi ponašanja za koja su predviđene sankcije.

3. Krivičnopravna zaštita tržišta kapitala u italijanskom zakonodavstvu

U Italiji su odredbe kojima se pruža krivičnopravna zaštita interesima učesnika na tržištu kapitala i njegovom integritetu predviđene Zakonodavnim dekretom iz 1998. godine.¹⁶ Takav način propisivanja krivičnih dela koja sadrže blanketnu dispoziciju ima izvesne prednosti.

U posebnom delu navedenog propisa predviđene su krivične sankcije za teže kršenje odredbi kojima se uređuje tržište kapitala od strane posrednika. U skladu sa tim, posrednici mogu biti odgovorni za: neovlašćeno poslovanje, kršenje pravila kojima se uređuje njihovo poslovanje, dovođenje u zabludu u vezi sa upravljanjem imovinom, davanje lažnih podataka od strane posrednika, izdavanje dokumenata zasnovanih na lažnim činjenicama i ometanje vršenja nadzora od strane italijanske banke ili Komisije nadležne za vršenje nadzora nad poslovanjem na tržištu kapitala.¹⁷ Osim navedenog, u posebnom delu Zakonodavnog dekreta propisane su sankcije za emitente ukoliko: krše propise prilikom kupovine i prodaje akcija, kao i odredbe kojima se uređuje otuđenje udela ili u slučaju da navode netačne podatke u prospektu.¹⁸

Sva navedena ponašanja predstavljaju zloupotrebe na tržištu kapitala, ali su u posebnom delu Dekreta propisane sankcije samo za zlou-

¹⁵ Krivična dela koja predstavljaju zloupotrebe na tržištu kapitala u Republici Srbiji propisana su Zakonom o tržištu kapitala (*Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 31/2011, 112/2015 i 108/2016), Zakonom o preuzimanju akcionarskih društava (*Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 46/2006, 107/2009, 99/2011 i 108/2016) i Zakonom o investicionim fondovima (*Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 46/2006, 52/2009 i 31/2011).

¹⁶ Testo Unico della Finanza, Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, aggiornato con le modifiche apportate dal D.Lgs.n.223 del 15.12.2017. in vigore dal 28.2.2018 (Tekst je objavljen sa izmenama od 15.12.2017. godine, koje su stupile na pravnu snagu 28.2.2018. godine), Consob, 2018. Tekst sa izmenama nalazi se na veb-stranici: http://www.consob.it/documents/46180/46181/dlgs58_1998.pdf/e15d5dd6-7914-4e9f-959f-2f3b88400f88, 10.5.2018.

¹⁷ Navedena dela propisana su od člana 166 do 170 pod b. Zakonskog dekreta kojim se uređuju odnosi i poslovanje na italijanskom tržištu kapitala.

¹⁸ Krivične sankcije za nezakonito postupanje emitenata propisane su od člana 172 do 173b.

potrebe koje se mogu podvesti pod insajdersku trgovinu ili manipulaciju na tržištu kapitala. Verovatno je razlog za takvo postupanje zakonodavca težnja za potpunijim usaglašavanjem krivičnih sankcija za navedena dela sa standardima Evropske unije sadržanim u Uredbi o sprečavanju zloupotreba na tržištu kapitala broj 596 i Direktivi o krivičnopravnim sankcijama za zloupotrebu na tržištu kapitala broj 57 iz 2014. godine.

Odredbe kojima su predviđene krivične sankcije zbog insajderske trgovine i manipulacije na tržištu kapitala ne primenjuju se u slučajevima kada se radi o aktivnostima koje su deo monetarne i devizne politike ili politike upravljanja javnim dugom Italije, zemlje članice Evropske unije, sistema centralne banke Evropske unije, Centralne banke države članice Evropske unije ili bilo kog drugog tela uspostavljenog da deluje u njihovo ime. Krivične sankcije se ne primenjuju ni u slučaju trgovine akcijama, obveznicama ili drugim finansijskim instrumentima, koji su predmet trgovine u okviru programa otkupa od izdavaoca ili kompanije koju on kontroliše ili sa kojom je povezan ili su deo aktivnosti preduzetih radi stabilizacije finansijskih instrumenata, a pod uslovom da se sprovede uz poštovanje uslova stabilizacije koje je uspostavila Komisija na tržištu kapitala u skladu sa posebnim propisima.¹⁹

Pravne norme kojima su propisane krivične sankcije primenjuju se u skladu sa italijanskim Dekretom i kada je krivično delo izvršeno u inostranstvu, kada su finansijski instrumenti primljeni (izdati) ili kada je podnet zahtev za priznavanje u kupoprodajnim odnosima na tržištu kapitala koje je regulisano italijanskim propisima. Odredbe se primenjuju i kada je finansijski instrument prihvaćen u kupoprodaji ili je podnet zahtev za priznavanje u skladu sa italijanskim propisima ili propisima druge zemlje članice Evropske unije.²⁰ Upravo se u navedenom oslikava težnja ka uspostavljanju jedinstvenog evropskog tržišta kapitala. Zbog toga i postoji potreba za ujednačavanjem propisa na nivou Unije, a kojima se predviđaju krivične sankcije za određena ponašanja kojima se narušava integritet tržišta kapitala, a samim tim i prava učesnika na njemu.

¹⁹ Članom 183. propisani su izuzeci, tj. slučajevi kada se neće primenjivati krivične sankcije propisane zbog zloupotrebe privilegovanih informacija, kao i aktivnosti koje se mogu okarakterisati kao manipulacija na tržištu kapitala. Sadržaj navedene odredbe u skladu je sa članom 9. Uredbe o zloupotrebama na tržištu kapitala iz 2014. godine.

²⁰ Članom 182. Zakona propisano je teritorijalno važenje odredbi kojima su predviđene krivične sankcije za zloupotrebu privilegovanih informacija, kao i preduzimanje aktivnosti koje se mogu smatrati zloupotrebom na tržištu kapitala.

3.1. Krivične sankcije za posrednike na tržištu kapitala

Neovlašćeno poslovanje posrednika na tržištu kapitala podleže krivičnoj sankciji ukoliko određeno lice obavlja investicione usluge ili investira bez odgovarajućeg ovlašćenja, koje se dobija u skladu sa odredbama Zakonodavnog dekreta kojim se uređuju odnosi i poslovanje na tržištu kapitala. Isto lice će biti odgovorno i kada nije registrovano za obavljanje navedenih usluga, a na teritoriji Italije nudi uloge ili akcije kolektivnih investicionih organizacija, kao i kada nudi finansijske proizvode, finansijske instrumente, usluge ili investicione aktivnosti širem krugu potencijalnih korisnika ili se reklamira kako neko ko ih nudi na tržištu. Za izvršioca dela propisana je kazna zatvora od jedne do osam godina i novčana kazna u iznosu od 4.000 do 10.000 evra. Izvršilac dela može biti svako lice koje bez zakonom propisanog ovlašćenja obavlja navedene aktivnosti. Istom kaznom će se kazniti i lice koje, protivno odredbama zakona, pruža savetodavne usluge širem krugu korisnika suprotno odredbama propisa kojima se takva aktivnost uređuje.²¹ Osim toga, ista kazna je propisana i za lice koje obavlja navedene aktivnosti protivno odredbama Uredbe Evropske unije broj 648/2011 od 4. jula 2012. godine bez plaćanja prethodno utvrđenog iznosa poreza na promet (član 166. Zakonodavnog dekreta). Kao što se može zaključiti, navedena odredba upućuje na primenu, kako nacionalnih propisa kojima se uređuje poslovanje na tržištu kapitala, tako i propisa Evropske unije kojima se uređuju pitanja od značaja za poslovanje na datom tržištu. Kako je motiv izvršenja krivičnih dela kojima se krše odredbe poslovanja na tržištu kapitala uglavnom sticanje protivpravne imovinske koristi, sasvim je opravdano što zakonodavac propisuje za takva ponašanja pored kazne zatvora i novčanu kaznu, kao sporednu. Istim članom kojim je propisano opisano krivično delo, predviđena je i obaveza italijanske banke ili Komisije za nadzor nad poslovanjem na tržištu kapitala da, u slučaju postojanja osnovane sumnje da određeno lice obavlja neku od navedenih aktivnosti, obavesti tužilaštvo i ostale nadležne organe. Predviđeno rešenje je od značaja ne samo za blagovremeno preduzimanje istražnih radnji, već i za prevenciju daljeg vršenja nedozvoljenih aktivnosti.

Krivična sankcija će se izreći i izvršiocu dela koji, u cilju sticanja za sebe ili drugo lice protivpravne imovinske koristi, obavlja određenu aktivnost u vezi sa pružanjem usluga upravljanja portfoliom ili kolektivnim

²¹ Članom 31. Zakonskog dekreta kojim se utvrđuje poslovanje na tržištu kapitala propisani su zakonski uslovi za obavljanje savetodavne delatnosti u vezi sa ulaganjem na tržištu kapitala.

upravljanjem štednjom na tržištu kapitala u suprotnosti sa odredbama kojima se uređuje sukob interesa, a takvo ponašanje se štetno odražava na interese investitora. Za lice koje preduzima takvu aktivnost propisana je kazna zatvora od šest meseci do tri godine i novčana kazna u iznosu od 10.000.000 lira do 20.000.000 lira (tj. od 5.165 do 103.291 evra).²² Bitni elementi bića navedenog dela jesu postupanje suprotno odredbama kojima se uređuje sukob interesa, kao i posledica, tj. nastupanje štetnih posledica po interese investitora. Upravo u navedenoj odredbi ispoljava se značaj delatnosti Komisije za nadzor nad poslovanjem na tržištu kapitala i drugih organa koji se staraju o prevenciji nezakonitosti na tom tržištu. Štetne posledice nije lako odrediti bez procene nadležnih organa, u kojima su zaposleni finansijski stručnjaci. Kako se opisano delo preduzima u cilju sticanja protivpravne imovinske koristi za sebe ili drugo lice, ono se može izvršiti isključivo sa umišljajem. S obzirom na to da je motiv izvršenja dela upravo sticanje protivpravne koristi, opravdan je stav zakonodavca koji, u članu 167 osim kazne zatvora za izvršioca propisuje i kumulativno izricanje novčane kazne.

Dovođenje u zabludu u vezi sa upravljanjem imovinom predstavlja ponašanje koje podleže krivičnoj sankciji ukoliko je vršenje usluga ili aktivnosti kolektivnog upravljanja štednjom na tržištu kapitala ili u vezi sa čuvanjem finansijskih instrumenata ili raspolaganja likvidnošću društava za kolektivno investiranje štednje preduzeto u cilju sticanja protivpravne imovinske koristi za sebe ili drugo lice, a na takav način da se njime nanosi šteta investitorima. Za izvršioca dela propisana je u članu 168. Dekreta kazna zatvora od šest meseci do tri godine i novčana kazna u iznosu od 10.000.000 lira do 200.000.000 lira (tj. od 5.165 do 103.291 evra). Nastupanje štetne posledice za investitore konstitutivno je obeležje bića opisanog krivičnog dela. Kao i kod prethodno analiziranog dela, u zakonskom opisu nije precizirana visina štete koja je neophodno da nastupi kako bi se smatralo da je ispunjen uslov za primenu propisane krivične sankcije. Međutim, može se pretpostaviti da je neophodno da se radi bar o dva investitora, s obzirom na to da se u Dekretu koristi reč „investitori“. Postojanje štete, kao i kod prethodno analiziranog dela, utvrđuju organi koji vrše nadzor nad poslovanjem na tržištu kapitala, kada otkriju postojanje takve nepravilnosti. Visina prouzrokovane štete nije relevantna za postojanje krivičnog dela. Međutim, verovatno će visina prouzrokovane štete uticati na visinu odmerene krivične sankcije. S obzirom na to da je jedan od elemenata bića

²² U tekstu Zakonodavnog dekreta kod pojedinih krivičnih dela navode se iznosi novčanih kazni kako u evrima, tako i u lirama, jer je do 1999. godine lira bila zvanična valuta u Italiji.

krivičnog dela i namera sticanja protivpravne imovinske koristi za sebe ili drugo lice, ono može biti izvršeno isključivo sa umišljajem.

Krivičnoj sankciji podleže i posrednik na tržištu kapitala, koji da netačne podatke, pod uslovom da time čini težu povredu odredbi kojima se uređuju pravila poslovanja na tržištu kapitala. Za izvršioca dela propisana je kazna zatvora od jedne do tri godine ili novčana kazna u iznosu od 5.165 do 51.660. evra. Iako se u navedenom slučaju ne zahteva nastupanje štetne posledice po investitore, propisivanjem sankcije za takvo ponašanje povećava se odgovornost posrednika i sprečava prouzrokovanje štete. Davanje netačnih podataka koji mogu biti od značaja za donošenje odluke na tržištu kapitala takođe predstavlja zloupotrebu. S obzirom na to da negativno utiče na poverenje investitora, takvo ponašanje može u velikoj meri da ugrozi integritet tržišta kapitala (član 169 Dekreta).

Ukoliko neko lice prilikom registracije, sertifikacije ili izdavanja u okviru centralizovanog upravljanja prikaže netačne činjenice na koje odnosi registracija ili sertifikacija u nameri da ih predstavi kao istinite kako bi time uticalo na postupak prenosa ili prodaje finansijskih instrumenata ili prenosa srodnih prava, bez vraćanja sertifikata, smatraće se da je izvršilo protivpravno ponašanje za koje je u članu 170. propisana krivična sankcija od tri meseca do dve godine. Jedino je za navedeno ponašanje posrednika predviđena kazna zatvora bez sporedne kazne, dok će u svim ostalim slučajevima propisanih zloupotreba na tržištu kapitala, posredniku, uz kaznu zatvora, kumulativno izreći i novčana kazna.

3.2. Krivične sankcije za emitente

U posebnom delu Zakonodavnog dekreta propisane su krivične sankcije za protivpravne aktivnosti emitenata. U skladu sa tim odredbama, prema članu 172 st. 1, krivična sankcija u iznosu od šest meseci do tri godine i novčana kazna u iznosu od 400.000 lira do 2.000.000 lira (tj. od 207 do 1033 evra) može se izreći direktorima pravnih lica (kompanija) ili društava koje kontroliše kupovinu akcija, ukoliko postupe suprotno odredbama člana 132. Zakonskog dekreta kojim se uređuje poslovanje na tržištu kapitala. Upravo zakonski opis navedenog, ali i drugih krivičnih dela kojima se štiti integritet tržišta kapitala pokazuju opravdanost propisivanja tih dela sporednim krivičnim zakonodavstvom. Dispozicije navedenih krivičnih dela sadrže veliki broj upućujućih odredbi, tako da je lakše definisanje elemenata bića krivičnog dela, ako se odgovarajuće

odredbe nalaze u istom zakonu. Tim je olakšana i primena propisa. U čl. 172. st. 2. propisano je da se krivična sankcija neće primeniti ukoliko se prodaja akcija odvija na drugačiji način prema drugim propisima, ali pod uslovom da se tako obezbeđuju jednaki uslovi za sve učesnike na tržištu. Zakonodavnim dekretom je osim kazne zatvora za opisano krivično delo predviđena i novčana kazna koja je vrlo simbolična, ali ipak može da ostvari generalno preventivno dejstvo. Direktor društva sa kotiranim akcijama ili društva koje učestvuje u kapitalu društva sa kotiranim akcijama, koji krše odredbe čl. 110. i 121. Zakonskog dekreta (tiču se otuđenja akcija) može se na osnovu čl. 173 izreći kazna zatvora od godinu dana i novčana kazna u iznosu od 25.000 do 2.500.000 evra.

Krivična sankcija je predviđena i u slučaju da neko lice, u cilju sticanja protivpravne imovinske koristi za sebe ili drugo lice, u prospektima za javnu ponudu finansijskih proizvoda ili kotizaciju na regulisanim tržištima ili dokumentima koji će biti objavljeni na javnoj ponudi za kupovinu ili razmenu, a u nameri da obmane primaoca projekta, unese netačne podatke ili prikrije značajne podatke ili informacije i na taj način dovede u zabludu potencijalne primaoca. Za izvršioca dela propisana je kazna zatvora od jedne do pet godina (član 173b). Da bi se izrekla krivična sankcija izvršiocu navedenog dela, neophodno je da primalac prospekta ili drugog dokumenta u kojem je sadržana netačna informacija ili podatak bude doveden u zabludu, tj. da je na osnovu netačne činjenice doneo odluku suprotnu onoj koju bi doneo da je bio upoznat sa tačnim podacima ili informacijama. Kako je namera konstitutivno obeležje dela, opisano krivično delo se može izvršiti isključivo sa direktnim umišljajem.

3.2.1. Krivičnopravno sankcionisanje insajderske trgovine i manipulacije na tržištu kapitala

Iako su i druge aktivnosti za koje su propisane krivične sankcije Zakonodavnim dekretom takođe zloupotrebe na tržištu kapitala, uglavnom se pod tim pojmom podrazumevaju insajderska trgovina i manipulacija na tržištu kapitala.²³ Propisivanje tih krivičnih dela izraz je potrebe da se

²³ R. Cascone, *Il doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: profili di criticità e prospettive di riforma*, Tesi di Laurea in Diritto penale dell'economia, Libera Università Internazionale degli studi sociali (Luiss, Guido Carli) 2016, 7.
<http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/11/tesi-doppio-binario-sanzionatorio-abusi-di-mercato-redente-cascone.pdf>, 10.5.2018.

krivičnopravna zaštita odnosa i interesa na tržištu kapitala harmonizuje sa relevantnim propisima Evropske unije.²⁴

Za razliku od prava Sjedinjenih Američkih Država u kome se insajderska trgovina ili zloupotreba privilegovanih informacija smatra sredstvom manipulisanja na tržištu kapitala, u italijanskom zakonodavstvu ona je propisana kao posebno krivično delo nezavisno od dela manipulacija na tržištu kapitala.²⁵

Krivična dela insajderska trgovina i manipulacija na tržištu propisana su u posebnom poglavlju. S obzirom na to da se radi o sporednom krivičnom zakonodavstvu, nomotehnika je specifična. Tako se u tom poglavlju najpre definišu pojmovi koji predstavljaju bitne elemente bića krivičnih dela, zatim se određuje prostorno važenje odredbi kojima se ona propisuju kao i slučajevi kada se neće smatrati da postoji krivično delo insajderske trgovine.²⁶ U skladu sa odredbama Dekreta, delo postoji ukoliko neko lice, koje dođe u posed privilegovanih informacija kao član organa uprave, rukovodilac ili kontrolor emitenta ili do njih dođe putem učešća u kapitalu emitenta ili usled obavljanja nekog drugog posla, profesije, javne funkcije ili putem nekog privatnog angažmana kupuje, prodaje za svoj račun ili u ime trećeg lica finansijske instrumente koristeći te informacije. Krivična odgovornost postoji i ukoliko neko od tih lica dostavlja drugima privilegovane informacije iako ta treća lica ne obavljaju poslove, ili ne vrše funkciju čije vršenje zahteva korišćenje takve informacije. Osim toga, propisano je da za krivično delo može odgovarati i lice koje preporučuje ili podstiče druge da na osnovu privilegovane informacije prodaju, kupuju ili obavljaju neke druge operacije na tržištu kapitala. Za izvršioca dela propisana je kazna zatvora od jedne do šest godina, kao i novčana kazna u iznosu od 20.000 do 3.000.000 evra. Kao što se može

²⁴ *Ibid.* 8 i 9.

²⁵ M. Manuela, *Abusi di mercato: la tradizione statunitense e il confronto con le „soluzioni europee“ recedute dall'Italia*, Tesi di Dottorato, Libera Università Internazionale degli studi sociali (Luiss, Guido Carli) 2013, 7. <http://eprints.luiss.it/1223/1/20130409-monterossi.pdf>, 10.5.2018.

²⁶ Članom 181. definisan je pojam privilegovanih informacija, koji je usklađen sa članom 7. Uredbe Evropskog Parlamenta i Saveta broj 596 o sprečavanju zloupotreba na tržištu kapitala iz 2014. godine. Članom 182. definisano je prostorno važenje odredbi kojima se propisuju sankcije za zloupotrebe na tržištu kapitala, a članom 183. izuzeci, tj. slučajevi kada se određena aktivnost neće smatrati insajderskom trgovinom (tj. zloupotrebom privilegovanih informacija). Navedena odredba je u skladu sa članom 9. Uredbe, a odnose se na situacije kada se privilegovane informacije koriste u cilju sprovođenja mera monetarne i devizne politike, politike upravljanja javnim dugom od strane Centralne banke Italije, Centralne banke Evropske unije ili Centralne banke neke od zemalja članica Unije ili drugog tela koje je ovlašćeno da postupa u njihovo ime, pri čemu se navedene aktivnosti preduzimaju u cilju sprovođenja opisanih mera.

zaključiti, izvršilac dela može biti jedino lice koje je bilo u prilici da dođe u posed privilegovanih informacija. Imajući u vidu način izvršenja dela, krivično delo se može izvršiti isključivo sa umišljajem. Ista kazna predviđena je i za lice koje dođe u posed privilegovanih informacija u cilju pripreme ili izvršenja navedenih kažnjivih aktivnosti. Na taj način propisana je sankcija za pokušaj izvršenja dela insajderske trgovine, što je u skladu sa odredbama Direktive o krivičnopravnim sankcijama za zloupotrebu na tržištu kapitala.²⁷ Sudija može da poveća novčanu kaznu troduplo ili do najvećeg iznosa desetostruke vrednosti proizvoda ili profita ostvarenog izvršenjem krivičnog dela, u zavisnosti od okolnosti pod kojima je ono izvršeno ili težine posledica koje su prouzrokovane njegovim izvršenjem. Od okolnosti pri izvršenju krivičnog dela se uzimaju u obzir lična obeležja izvršioca ili subjekta koje je pogođeno njegovim izvršenjem. Kada je u pitanju posledica, u obzir se uzimaju vrednost proizvoda ili profita stečenog izvršenjem krivičnog dela, koji se, u skladu sa odredbama Zakonodavnog dekreta, oduzimaju od izvršioca krivičnog dela, shodno principu da niko ne može imati koristi od izvršenja krivičnog dela.²⁸

Krivično delo manipulacija na tržištu kapitala čini lice koje širi lažne informacije, obavlja simulovane aktivnosti ili druge poslove u nameri da značajno izmeni cenu finansijskih instrumenata. Za izvršioca navedenog krivičnog dela propisana je kazna zatvora od jedne do sedam godina i novčana kazna u iznosu od 20.000 do 5.000.000 evra. Kao što se može zaključiti, za postojanje dela nije neophodno nastupanje posledice. Međutim, s obzirom na to da je namera konstitutivno obeležje bića opisanog krivičnog dela, ono se može izvršiti isključivo sa umišljajem. Ukoliko se dogodi da, usled preduzimanja radnje izvršenja, nastupi teža posledica, ona će, u skladu sa odredbama Zakonodavnog dekreta predstavljati otežavajuću okolnost, koja će uticati na izricanje teže kazne u okviru propisanog raspona. U tom slučaju sud može da poveća novčanu kaznu od trostrukog do desetostrukog iznosa koristi ili profita stečenih izvršenjem krivičnog dela. Lične osobine izvršioca i visina prouzrokovane štete takođe su propisane kao posebne otežavajuće okolnosti u čl. 185. Imovinska korist se, u skladu sa odredbama Dekreta, obavezno oduzima od izvršioca krivičnog dela manipulacija na tržištu kapitala.

²⁷ Članom 6. Direktive predviđena je obaveza za zemlje članice da svojim nacionalnim zakonodavstvom propišu iste sankcije kao i za izvršioca dela za lica koja podstiču, pomažu ili pokušaju izvršenje neke od radnji koja predstavljaju krivična dela zloupotrebe na tržištu kapitala.

²⁸ Obaveza oduzimanja imovinske koristi propisana je članom 187. Zakonodavnog dekreta.

Uz sankcije koje se izriču izvršiocima krivičnih dela insajderska trgovina i manipulacija na tržištu kapitala, obavezno se izriču i mere bezbednosti, propisane Krivičnim zakonikom Italije. To su sledeće mere: zabrana vršenja službene dužnosti, zabrana vršenja određene profesije, zabrana vršenja rukovodećih pozicija u pravnim licima i preduzećima i zabrana zaključenja pravnih poslova sa institucijama javnog sektora²⁹. Trajanje navedenih mera je ograničeno Zakonodavnim dekretom; one ne mogu trajati kraće od šest meseci i duže od dve godine od dana izricanja. Osim toga, propisano je i obavezno objavljivanje presude u dva časopisa, od kojih jedan mora da se bavi ekonomskim temama. Obavezno izricanje navedenih mera ima specijalno preventivno dejstvo. Na taj način se šalje jasna poruka potencijalnim izvršiocima da se vršenjem zloupotreba na tržištu kapitala ne isplati sticanje profita ili druge koristi.

4. Zaključak

Odredbe Uredbe o sprečavanju zloupotreba na tržištu kapitala broj 596 iz 2014. godine imaju veliki značaj za definisanje elemenata bića krivičnih dela insajderska trgovina i manipulacija na tržištu kapitala. Osim toga, one su od posebnog značaja za ujednačavanje prekršajnih sankcija za određena ponašanja kojima se uređuje poslovanje na navedenom tržištu, kao i ovlašćenja nadležnih organa za njihovo izricanje. Iako ne predviđa obavezu zemalja članica da svojim nacionalnim zakonodavstvom propišu krivične sankcije za ponašanja kojima se ugrožava integritet tržišta kapitala, Uredba broj 596 iz 2014. godine ima značajan kazneno pravni domet. Njena implementacija na nacionalnom nivou zemalja članica i onih zemalja koje teže članstvu u Evropskoj uniji neodvojiva je od primene Direktive 57/2014. Navedena Direktiva je doneta upravo radi ujednačenja krivičnopravne zaštite tržišta kapitala na nivou zemalja članica Unije. Njom je propisana obaveza za zemlje članice da svojim nacionalnim propisima predvide krivične sankcije za insajdersku trgovinu i manipulacije na tržištu kapitala.

Na osnovu analize odredbi Zakonskog dekreta, može se zaključiti da je italijansko zakonodavstvo u velikoj meri usklađeno sa evropskim standardima u oblasti krivičnopravne zaštite integriteta tržišta kapitala. Visok

²⁹ Obavezno izricanje mera bezbednosti, kao i njihovo trajanje propisano je članom 186. Zakonskog dekreta. Sadržaj navedenih mera bezbednosti predviđen je članovima 28, 30, 32b i 32v. Krivičnog zakonika Italije (Codice penale). Tekst Zakonika na italijanskom jeziku sa poslednjim izmenama iz 2018. godine nalazi se na veb-stranici: <http://www.altalex.com/documents/news/2015/01/15/delle-pene>, 10.5.2018.

nivo usklađenosti prisutan je kako u pogledu definicija pojmova neophodnih za određivanje bića krivičnih dela, tako i u pogledu propisanih sankcija.

Navedenim Dekretom predviđene su krivične sankcije za brojna ponašanja kojima se ugrožavaju interesi učesnika na navedenom tržištu. Kvalitetno pravno-tehničko rešenje predstavlja okolnost što su krivična dela zloupotreba na tržištu kapitala predviđena sporednim krivičnim zakonodavstvom, jer su u istom propisu definisani pojmovi od značaja za utvrđivanje postojanja elemenata bića krivičnih dela, tako da je olakšana primena zakonskih opisa u kojima se mora koristiti blanketna dispozicija. Osim toga, smatramo da je dobro zakonsko rešenje to što su za navedena krivična dela propisane, uz kaznu zatvora, sporedne novčane kazne. Na taj način povećava se generalno preventivno dejstvo izrečene sankcije. Dobro je i to što je italijanski zakonodavac predvideo obavezno izricanje mera bezbednosti, kao i obavezno objavljivanje izrečene presude u časopisu koji se bavi ekonomskom tematikom. Obe navedene mere deluju preventivno ne samo na izvršioce dela kojima se one izriču, već i na potencijalne izvršioce. Ukoliko se veći broj lica upozna sa činjenicom da je neko pravno ili fizičko lice bilo odgovorno za zloupotrebe na tržištu kapitala i samo će se suzdržati od preduzimanja takvih aktivnosti. To se pozitivno odražava i na poverenje potencijalnih učesnika u adekvatnost zaštite njihovih interesa na tržištu kapitala. Kako je kod nekih krivičnih dela nastupanje štete konstitutivno obeležje njihovog bića, može se zaključiti da je, u cilju utvrđivanja nastupanja takve štete, kao i njene visine od ključnog značaja delatnost organa koji se bave nadzorom nad poslovanjem na tržištu kapitala. Zbog toga je, osim propisivanja krivičnih sankcija, neophodno na nacionalnom nivou stvoriti i uslove za kontinuirano stručno osposobljavanje i unapređenje postojećih znanja lica koja vrše nadzor u ime banaka i Komisije za vršenje nadzora nad poslovanjem na tržištu kapitala. Bez toga, kao i bez adekvatne saradnje sa organima krivičnog gonjenja, navedena kvalitetna rešenja predstavljaju samo osnov, ali ne i potpunu zaštitu interesa učesnika na navedenom tržištu.

Iako je italijanski pristup krivičnopravnoj zaštiti integriteta tržišta kapitala veoma sličan pristupu koji postoji u zakonodavstvu Republike Srbije, on ima i izvesnih prednosti. S obzirom da se krivična dela kojima se narušavaju interesi učesnika na navedenom tržištu vrše u cilju sticanja protivpravne imovinske koristi, sasvim je opravdan stav italijanskog zakonodavstva kojim je za skoro svako delo propisana obaveza izricanja novčane kazne uz kaznu zatvora. U zakonodavstvu Republike Srbije to nije slučaj. Novčana kazna se može izreći uz kaznu zatvora jedino

za krivična dela koja predstavljaju manipulaciju na tržištu kapitala i in-sajdersku trgovinu, ali samo ukoliko je usled njihovog izvršenja stečena protivpravna imovinska korist ili ukoliko je naneta šteta drugim licima. Osim toga, prednost italijanskog zakonodavstva ogleda se i u tome što je sporednim krivičnim zakonodavstvom propisano obavezno izricanje mera bezbednosti i obavezno objavljivanje presude, a što bi moglo da posluži kao uzor za naše zakonodavstvo.

Krivična dela kojima se narušava integritet tržišta kapitala treba da budu propisana sporednim krivičnim zakonodavstvom. Međutim, prednost italijanskog zakonodavstva u odnosu na zakonodavstvo Republike Srbije ogleda se i u tome što su ta dela predviđena isključivo jednim pravnim aktom. Propisivanje krivičnih dela sa više pravnih akata doprinosi pravnoj nesigurnosti, pa bi u narednom periodu možda trebalo razmisliti o tome da sva krivična dela kojima se narušava integritet tržišta kapitala u Republici Srbiji budu predviđena jednim zakonom.

Literatura

- Brašić, J., „Institucionalne barijere za ulazak na tržište Republike Srbije i potencijalna konkurencija“, *Pravni zapisi*, 1/2016, 117-133.
- Cascone, R., *Il doppio binario sanzionario in materia di abusi di mercato: profili di criticita e prospettive di riforma*, Tesi di Laurea in Diritto penale dell'economia, Libera Universita Internazionale degli studi sociali (Luiss, Guido Carli) 2016, <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/11/tesi-doppio-binario-sanzionario-abusi-di-mercato-redente-cascone.pdf>, 10.5.2018.
- Monterossi, M., *Abusi di mercato: la tradizione statunitense e il confronto con le „soluzioni europee“ recedite dall'Italia*, Tesi di Dottorato, Libera Universita Internazionale degli studi sociali (Luiss, Guido Carli) 2013, <http://eprints.luiss.it/1223/1/20130409-monterossi.pdf>, 10.5.2018.
- Nikolić, Lj., Mojašević, A., „Organizacija finansijskih tržišta“, u: *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru* (ur. Predrag Dimitrijević), Niš 2012, 113-127.
- Stojanović, Z. et al. *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije*, Ministarstvo pravde SAD, Kancelarija za međunarodnu pomoć, usavršavanje i profesionalnu obuku u pravosuđu i Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd 2017.

Pravni izvori

- Codice penale Italiano, <http://www.altalex.com/documents/news/2015/01/15/delle-pene>, 10.5.2018.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan on Building a Capital markets Union), Brussels, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0468>, 10.5.2018.
- Convention on Insider Trading, Strassbourg, 20. IV 1989, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007b0d5>, 10.5.2018.
- Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse), *Official Journal L* 096 12/4/2003,
- Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014, on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), *Official Journal of the European Union L* 173/179, 12/6/2014., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0057&from=EN>, 10.5.2018.
- Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, *Official Journal of the European Union L* 173/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0596&from=EN>, 10.5.2018.
- Testo Unico della Finanza, Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, aggiornato con le modifiche apportate dal D.Lgs.n.223 del 15.12.2017. in vigore dal 28.2.2018 (Tekst je objavljen sa izmenama od 15.12.2017. godine, koje su stupile na pravnu snagu 28.2.2018. godine), Consob, 2018., http://www.consob.it/documents/46180/46181/dlgs58_1998.pdf/e15d5dd6-7914-4e9f-959f-2f3b88400f88, 10.5.2018.

Jelena Kostić, Ph.D

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

**CHALLENGES OF HARMONIZATION WITH EU STANDARDS
IN CAPITAL MARKET PROTECTION BY CRIMINAL LAW -
EXAMPLE OF ITALIAN LEGISLATION**

Summary

In the modern economies, capital markets can greatly contribute to the development of the national economy. Bearing in mind above mentioned, during the time the idea of improving the protection of the capital market participant's interests has been developed. Therefore, at the EU level in 2014 has been adopted Regulation and Directive which provides the obligation for member states to prescribe the criminal sanctions for capital market abuses. Nowadays, almost all national legislation provides protection of the capital market participants interests by criminal law. In some of them criminal sanctions have been provided by secondary criminal legislation. Such an approach exists in the Republic of Serbia and Italy. Before the accession to the European Union, the Republic of Serbia should harmonize its national legislation with Union *acquis*. Bearing in mind the similarity of access to capital markets protection by criminal law between Italian and Serbian legislation, perhaps some Italian solutions could be an example for further harmonization with EU standards. Therefore, the subject of analysis in this paper is the capital market protection by Italian criminal law and its compliance with the EU legislation in this area.

Keywords: capital market, offenses, criminal law, protection.

SAVETODAVNA MIŠLJENJA PREMA PROTOKOLU 16 UZ EVROPSKU KONVENCIJU ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA I PRETHODNE ODLUKE SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE

Apstrakt

Protokol 16 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda propisuje da najviši sudovi i tribunalni Visoke strane ugovornice mogu od Evropskog suda za ljudska prava da traže savetodavno mišljenje o načelnim pitanjima u vezi sa tumačenjem ili primenom prava i sloboda definisanih Konvencijom ili protokolima uz nju. Potencijalni problemi bi, nakon eventualnog stupanja na snagu Protokola 16, mogli da nastupe u situaciji kada je vrhovni sud, odnosno sud koji ima pravo da traži savetodavno mišljenje, u obavezi da podnese zahtev za prethodno odlučivanje Sudu pravde EU, u smislu čl. 267 Ugovora o funkcionisanju EU. Kako Protokol 16 dopušta najvišim sudovima država članica da Sudu u Strazburu upute zahteve za savetodavna mišljenja o načelnim pitanjima tumačenja ili primeni prava i sloboda zagwarantovanih Konvencijom i njenim protokolima, a kako, s druge strane, pravo EU nalaže da sudovi u tu svrhu Sudu pravde EU podnesu zahtev za prethodnu odluku na osnovu čl. 267 UEFU, osnovano se dovodi u pitanje delotvornost prethodnog postupka i autonomija prava Unije.

Ključne reči: *ljudska prava, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, savetodavna mišljenja, Protokol 16 uz Konvenciju, prethodni postupak, Sud pravde EU.*

* Sudija Osnovnog suda u Novom Sadu, e-mail: lepotic.biljana@gmail.com.

1. Uvod

Veliki broj predstavki pred Evropskim sudom za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) rezultirao je usvajanjem teksta Protokola 16 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹ (u daljem tekstu: Konvencija), koji inicira uvođenje novog postupka pred Evropskim sudom za ljudska prava. Reč je o postupku davanja savetodavnih mišljenja, a očekivanja su da bi, uvođenjem ove procedure, bilo smanjeno opterećenje Suda, jer bi se domaćim sudovima strana ugovornica omogućilo da zatraže savetodavna mišljenja o navodnim kršenjima ljudskih prava, a koja bi mogla služiti kao presedan za buduće predstave. Ovakav postupak donekle crpi inspiraciju u prethodnom postupku pred Sudom pravde EU, istovremeno, njegovo uvođenje potencijalno unosi određeni stepen kolizije, kada je reč o dejstvu mišljenja saglasno Protokolu 16 i preliminarnih odluka Suda pravde EU.

2. Protokol 16 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Protokol 16 uz Konvenciju, kao novinu, propisuje da najviši sudovi i tribunalni Visoke strane ugovornice, mogu od Suda tražiti savetodavna mišljenja o načelnim pitanjima u vezi sa tumačenjem ili primenom prava i sloboda definisanih Konvencijom ili protokolima uz nju,² ali isključivo u kontekstu predmeta koji se vodi pred njim, pri čemu je konkretan sud u obavezi da navede razloge svog zahteva i da dostavi relevantnu pravnu i činjeničnu pozadinu konkretnog predmeta.³ Veće od pet sudija Velikog veća odlučuje da li da prihvati zahtev za savetodavno mišljenje, te ako Veće zahtev prihvati, Veliko veće će doneti savetodavno mišljenje.⁴ Savetodavna mišljenja nisu obavezujuća⁵, ali se objavljuju.⁶ Protokol će

¹ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

² Protokol 16 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je usvojen u Strazburu dana 2. oktobra 2013. godine. Za sada je osam država, potpisnica Konvencije izrazilo saglasnost da se Protokolom obavezuju (stanje na dan 15. februar 2018. godine).

³ Čl. 1 Protokola 16 uz Konvenciju.

⁴ Čl. 2 st. 1 i 2 Protokola 16 uz Konvenciju.

⁵ Čl. 5 Protokola 16 uz Konvenciju.

⁶ Čl. 4 st.4 Protokola 16 uz Konvenciju.

stupiti na snagu prvog dana u mesecu koji nastupa po isteku tromesečnog perioda od dana kada deset Visokih strana ugovornica Konvencije izrazi saglasnost da se Protokolom obavezuju.⁷

3. Prethodni postupak pred Sudom pravde Evropske unije

Na prvi pogled, savetodavno mišljenje predviđeno Protokolom 16, podseća na prethodne odluke Suda pravde EU. Naime, Sud pravde EU nadležan je za donošenje preliminarnih presuda u postupku kojim nacionalni sudovi mogu da zatraže smernice o pravu Unije od ovog suda. Naime, nacionalni sud može obustaviti postupak u predmetu u kome se od njega zahteva primena odredaba Unije i zatražiti od Suda pravde pojašnjenje validnosti instrumenta Unije ili tumačenje instrumenta i Ugovora, kada Sud pravde odgovara presudom, umesto savetodavnog mišljenja, čime naglašava obavezujuću prirodu njegove presude. Ovo nije parnični postupak, već samo jedna faza u postupku koja počinje i završava se pred nacionalnim sudovima, u cilju jednoobraznog tumačenja prava EU i jedinstva pravnog poretka EU.⁸

Kada je reč o zaštiti individualnih prava, nacionalni sudovi mogu da izvrše procenu usklađenosti nacionalnog prava i prava Unije pa da, u slučaju kolizije, primene pravo Unije, kao merodavnije i direktno primenjivo, ukoliko su sadržaj i obim delovanja odredaba Unije jasno definisani, što se utvrđuje preliminarnom presudom Suda pravde. Ovim se, dakle, građanima Unije pruža mogućnost da dovedu u pitanje aktivnosti svojih država članica kada su one u suprotnosti sa pravom EU i da osiguraju primenu prava Unije pred nacionalnim sudovima. Na ovaj način, u isvesnoj meri su kompenzovana ograničenja nametnuta pojedincima u pogledu direktnog podnošenja tužbi Sudu pravde, premda ipak uspeh ovih postupaka zavisi od toga koliko su nacionalni sudovi voljni da pro-

⁷ Čl. 8 st.1 Protokola 16 uz Konvenciju.

⁸ Čl. 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije: Sud pravde Evropske unije nadležan je za donošenje prethodnih odluka o: (a) tumačenju Ugovora; (b) važenju i tumačenju akata institucija, organa, službi ili agencija Unije. Kada se takvo pitanje postavi pred bilo kojim sudom ili tribunalom neke države članice, taj sud ili tribunal može, ukoliko smatra da je odluka o tom pitanju potrebna kako bi mu se omogućilo da donese presudu, zatražiti od Suda da o tome donese odluku. Kada se bilo koje takvo pitanje postavi u predmetu koji je u toku pred sudom ili tribunalom države članice protiv kojih odluka domaćim pravom nije predviđen pravni lek, taj sud ili tribunal dužan je da se obrati Sudu. Ukoliko se neko takvo pitanje postavi u predmetu koji je u toku pred sudom ili tribunalom države članice u pogledu lica lišenog slobode, Sud pravde Evropske unije odlučuje u najkraćem mogućem roku.

sele predmet višim nadležnim organima. Ono što valja istaći jeste da Sud pravde nije ovlašćen da tumači nacionalno pravo niti da procenjuje njegovu kompatibilnost sa pravom Unije, iako se vrlo često takva pitanja prosleđuju ovom Sudu, odnosno pitanja povodom usklađenosti nacionalnog prava sa pravom Unije, ali i uprkos tome Sud pravde daje svoje tumačenje i povodom tih pitanja.⁹ Odluka nadležnog suda o tome da li je potrebno proslediti predmet zavisice od značaja odredbe prava Zajednice za rešavanje predmetnog spora, što procenjuje nacionalni sud. Sud pravde razmatra relevantnost predmeta samo u vezi sa tim da li je dato pitanje prikladno za prosleđivanje (to jest, da li je zaista za njega potrebno tumačenje ugovora Unije ili pravne validnosti akta neke institucije Unije), odnosno da li se stvarno radi o pravnom sporu. Novija praksa ukazuje na to da je Sud postao stroži u pogledu ispunjenosti uslova za prosleđivanje tako što je veoma dosledan kada je reč o već ustanovljenim uslovima da nalog za prosleđivanje sadrži dovoljno jasno i detaljno obrazloženje o činjeničnoj i pravnoj pozadini izvornog postupka i da, ako ta informacija nije pružena, Sud izjavljuje da nije u mogućnosti da obezbedi propisno tumačenje prava Unije i odbija zahtev za donošenje preliminarne presude kao neprihvatljiv. U slučaju da protiv odluke nacionalnog suda nije propisan pravni lek prema nacionalnom zakonodavstvu, obavezan je da prosledi predmet, s tim da vlada države članice ne može da postupa po bilo kom nalogu Suda, već postoje ograničenja nametnuta načelom nezavisnosti pravosuđa. Međutim, s obzirom da je prihvaćeno načelo odgovornosti država članica za neusklađenost s pravom Unije, povećava se mogućnost pojedinaca za podnošenje zahteva za naknadu štete nastale kao posledica toga što država nije ispunila obavezu prosleđivanja predmeta.¹⁰ Sud pravde je u načelu ustanovio odgovornost države članice za štetu koju pretrpe pojedinci kao posledicu kršenja prava Unije u spojenim predmetima *Brasserie du Peše* i *Faktortam*.¹¹

Kada je reč o dejstvu preliminarne presude, ona je obavezujuća za sud koji je prosledio nalog, kao i za sve druge sudove koji saslušavaju isti predmet i u praktičnom smislu predstavlja na neki način predsedan za kasnije predmete slične prirode.¹²

⁹ K. D. Borhart, *Abeceda prava Evropske unije*, Kancelarija za publikacije Evropske unije, Luksemburg 2013., 101-102.

¹⁰ *Ibid.*, 103.

¹¹ C - 46/93, *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland* i C- 48/93 *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, presuda od 5. marta 1996.

¹² K. D. Borhart, 104.

4. Potencijalni problemi

Mogućnost konflikta bi, nakon eventualnog stupanja na snagu Protokola 16, mogla da nastupi u situaciji kada je vrhovni sud, odnosno sud koji ima pravo da traži savetodavno mišljenje, u obavezi da podnese zahtev za prethodno odlučivanje Sudu pravde EU, u smislu čl. 267 UFEU. Naime, odredbom čl. 267 Ugovora o funkcionisanju EU (ranijim Ugovorom o funkcionisanju EZ to je bio čl. 234) predviđen je prethodni ili prejudicijelni postupak u kome nacionalni sudovi, pred kojima se vodi postupak u kome treba da se primeni komunitarno pravo, od Suda pravde EU zahtevaju da da svoje mišljenje o prethodnom pitanju koje se tiče tumačenja ili ocene valjanosti akata komunitarnog prava. Ovaj institut je u određenom smislu atipičan, s obzirom na princip direktnog dejstva komunitarnog prava u državama članicama, a što se odrazilo na težnju Suda pravde EU da uspostavi hijerarhijski odnos prema nacionalnim sudovima, iako su ovi sudovi u zakonom utvrđenom odnosu hijerarhijski nezavisni.¹³ U ovim slučajevima Sud pravde EU ne kontroliše relevantnost postavljenog pitanja, niti nacionalni sud traži informaciju o tome da li je konkretna odredba primenjiva u tom slučaju, dakle Sudu pravde EU, ovom odredbom Ugovora nije data nadležnost da odlučuje, već samo da da mišljenje o odredbi komunitarnog prava, a u cilju da se obezbedi uniformna primena komunitarnog prava od strane svih sudova u svim državama članicama, a polazeći od toga da bi sudije Suda pravde EU trebalo da su kvalifikovanije za tumačenje odredaba komunitarnog prava.¹⁴ Iz navedenog se može izvesti zaključak da Sud pravde EU preuzima ulogu Ustavnog suda u odnosu na nacionalne sudove, koji zakonom nije u hijerarhijskom odnosu prema nacionalnim sudovima, ali je nadležan za tumačenje prava u državama članicama i čije se odluke po tim pitanjima imaju poštovati.

Razmatrajući da li institucionalni mehanizmi predviđeni Nacrtom sporazuma o pristupanju Konvencije Evropskoj uniji¹⁵, poštuju uslove propisane Ugovorima EU, Sud ukazuje da, iako Nacrtom sporazuma nije predviđeno da EU pristupa i Protokolu br.16 uz Konvenciju, budući da je

¹³ V. B. Rakić "O smislu „saradnje“ ili „dijaloga“ između Suda pravde EU i sudova država članica“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2013, 70.

¹⁴ *Ibid.*, 90.

¹⁵ Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH *ad hoc* Negotiation Group and The European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 2 April 2013, <http://www.coe.int/>.

donet nakon usvajanja Nacrta sporazuma, podrazumeva se da će, ako EU pristupi Konvenciji sa svim njenim protokolima, pristupiti i Protokolu 16, koji dopušta najvišim sudovima država članica da Sudu u Strazburu upute zahteve za savetodavna mišljenja o načelnim pitanjima tumačenja ili primene prava i sloboda zagarantovanih Konvencijom i njenim protokolima, a, s druge strane, pravo EU nalaže da sudovi u tu svrhu Sudu pravde EU podnesu zahtev za prethodnu odluku na osnovu čl. 267 UEFU. Ovo takođe, prema stanovištu Suda pravde EU, može imati uticaj na delotvornost prethodnog postupka i autonomiju prava Unije.¹⁶

Deklaracija o članu 6 (2) Ugovora iz Lisabona potvrđuje da pristupanje Unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda treba da bude uređeno na takav način da se sačuvaju specifičnosti zakona Unije. S tim u vezi, upućuje se na postojanje redovnog dijaloga između Suda pravde Evropske unije i Evropskog suda za ljudska prava, koji bi mogao biti ojačan kada Unija pristupi Konvenciji.

Međutim, u ovom neobičnom odnosu sudskih instanci, dijalog ili saradnja između dva evropska suda, s jedne strane, i nacionalnih sudova i Suda pravde EU, s druge strane, proizvodi brojne specifičnosti, ali i poteškoće., naročito pri činjenici da je Evropski sud za ljudska prava ustrojio kvazi-ustavni sistem zaštite ljudskih prava u Evropi.¹⁷ Naime, poteškoće dolaze do izražaja u postupku u kome Sud pravde EU, na traženje nacionalnih sudova pred kojima se vodi postupak u kome oni treba da primene komunitarno pravo, daje svoje mišljenje o prethodnom pitanju tumačenja ili ocene valjanosti akata komunitarnog prava. U savremenom društvu, u kome vlada načelo nezavisnosti sudstva, naročito kod sudova koji nisu u međusobnom hijerarhijskom odnosu, teško se ostvaruje dijalog ili saradnja među ovim sudovima, a s druge strane, kada su sudovi u hijerarhijskom odnosu, takođe je teško doći do dijaloga, ali sada zbog odnosa nadređenosti: „formalna komunikacija koja se tu ostvaruje izraz je i sastavni deo tog odnosa subordinacije“¹⁸, i u ovim slučajevima, kako to B. Rakić pri-

¹⁶ Opinion 2/13 of the Court of Justice, 18.12.2014. para. 196-200, <http://curia.europa.eu/juris/document/>, 10.2.2017.

¹⁷ A. T. Perez, *Conflicts of the Rights in the European Union, A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009, 30-31.; V. O odnosu ECHR i nacionalnih sudova: I. Canor, „Primus Inter Pares. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe?“, *European Law Review*, 3/2000; R. Harmsen, „National Responsibility for European Community Acts Under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate“, 7 *European Public Law* 625/2001; H. C. Kruger, J. Polakiewicz, „Proposals for a Coherent Human Rights Protection System in Europe“, *Human rights Law Journal*, 2001.

¹⁸ B. Rakić, 70.

mećuje, dijalog među sudovima ima sekundarni i pomoćni karakter. Kada je reč o komunitarnom pravu, odnosno pravnom sistemu na teritoriji EU, očigledna manjkavost se javlja u činjenici da jedinstven pravni sistem nije praćen jedinstvenim sudskim sistemom, koji bi ustrojjavao sudsku praksu u pogledu primene propisa komunitarnog prava i, i koji bi, na određeni način podrazumevao hijerarhijsku nadređenost Suda pravde EU nacionalnim sudovima svih nivoa, davanjem ovlašćenja Sudu pravde EU, da odlučuju u svojstvu suda poslednje najviše instance, analogno ovlašćenjima iz nadležnosti vrhovnih sudova, što zahteva i odricanje od dela suvereniteta nacionalnih sudova.¹⁹ Ipak, ujednačeno tumačenje evropskog prava predviđeno je u odredbi čl. 267 UFEU, koja daje ovlašćenje Sudu pravde EU da odlučuje o prethodnom pitanju u vezi sa tumačenjem ugovora i valjanošću i tumačenjem akata institucija, organa, biroa ili agencija Unije, a sve u zavisnosti od toga pred kim je ovo pitanje postavljeno.²⁰ U svakom slučaju, jedinstvo evropskog prava i sistem odlučivanja o prethodnom pitanju jesu tesno povezani²¹ i od važnosti su za očuvanje komunitarnog karaktera prava uspostavljenog osnivačkim ugovorima.

Jasna podela funkcija između Suda pravde EU i nacionalnih sudova se u literaturi još tumači i na način: Sud pravde je uspostavio sudski poređak EU, koji uključuje kako sud EU tako i nacionalne sudove, čiju strukturu podupire član 267. UFEU. To je dovelo do podele dužnosti, u okviru koje Sud pravde ima monopol da kontroliše institucije EU i da odgovara na pitanja koja su mu upućena, dok nacionalni sudovi imaju monopol da presuđuju u sporovima pokrenutim pred njima koji uključuju pravo EU, mada postavljanje pitanja Sudu pravde daje pravo Sudu pravde da ih podučava kako da tumače pitanje prava EU koje se pojavi pred njima.²²

Ovakav odnos je vidljiv i u sudskoj praksi Suda pravde EZ u predmetu *Salgoil*²³ u kome Sud navodi da kada nacionalni sud zatraži tumačenje

¹⁹ *Ibid.*, 71.

²⁰ Čl. 267 st.2-4 UFEU.

²¹ V. K. Lenaerts, "The Unity of European Law and the Overload of the ECJ – The System of Preliminary Rulings Revisited", *The future of the European judicial system in a comparative perspective: 6th International ECLN-Colloquium/IACL round table* Berlin, 2-4 November 2005.; C-221/88 *Busseni* [1990] E.C.R. I-495, para. 13.; C-166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf* [1974] E.C.R. 33, para.2. Pored navedenih presuda, značajnu ulogu, u pogledu istog pitanja, imale su presude *Costa v. E.N.E.L.* i *Van Gend & Loos*.

²² : D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 168.

²³ C-13/68, *SpA Salgoil v Italian Ministry of Foreign Trade*, presuda Suda pravde EZ od 19. decembra 1968. godine, Rome. Reference for a preliminary ruling: Corte d'appello di Roma – Italy.

određene odredbe komunitarnog prava, može se smatrati da taj sud smatra da je to tumačenje neophodno za rešenje tog spora. Stoga Sud ne može da traži od nacionalnog suda izričitu potvrdu da je primenjiva odredba čije tumačenje smatra neophodnim. Sve dok navođenje odredbe o kojoj je reč nije očigledno netačno, obraćanje Sudu pravde je opravdano. Pitanje koja od odredi čije je tumačenje traženo je primenjiva na predmetni slučaj nije u nadležnosti Suda pravde, već je za njega nadležan onaj sud koji je tražio tumačenje.²⁴ Ovakvo stanovište je prihvatljivo i u skladu je sa principima pravne sigurnosti, jer je prema našem mišljenju Sud dužan da odgovori na zahtev stranaka, s tim da su i stranke dužne zahtev postaviti tako da odgovor na isti potencijalno bude relevantan za ishod spora.

Sličan uticaj navedene podele funkcija između Suda pravde EU i nacionalnih sudova vidljiv je i u kasnijoj sudskoj praksi i to u predmetima *Pigs Marketing Board*²⁵. Međutim, u slučaju *Maria Salonia*²⁶, a polazeći od obrazloženja iz slučaja *Salgol*, Sud pravde je našao da zahtev nacionalnog suda ipak može biti odbačen, ako je sasvim očigledno da tumačenje komunitarnog prava ili ispitivanje validnosti nekog pravila komunitarnog prava koje je tražio taj sud, nema veze sa suštinom ili predmetom glavnog spora.²⁷ Dakle, Sud pravde EU je u ovom slučaju relativizovao podelu funkcija između tog suda i nacionalnih sudova, te ostavio prostor da u određenoj meri kontroliše relevantnost postavljenog prethodnog pitanja za glavni spor, i tako dao mogućnost sebi da odbije davanje odgovora na postavljeno prethodno pitanje. Ovako je saradnja, odnosno „dijalog“ pomenutih sudova relativizovana, budući da je Sudu pravde ipak data kontrolna uloga kod postavljanja zahteva od nacionalnih sudova. Sud pravde je navedeni pristup potvrdio u presudi slučaju *Falikola*²⁸, u kome je odbacio zahtev za prethodno pitanje, nalazeći da isto nije relevantno za glavnu stvar.

Po pitanju jasne podele funkcija navedenih sudova, izjašnjavali su se i Henri Šermers i Denis Vaelbruk, ali smatrajući da je Sud u obavezi da odgovori

²⁴ *Ibid.*, para. 672.

²⁵ C-83/78, *Pigs Marketing Board v Raymond Redmond*, Judgment of the Court of 29 November 1978, Reference for a preliminary ruling: Armagh Magistrate's Court (Northern Ireland) - United Kingdom. Common organization of the market in pig meat.

²⁶ C-126/80, *Maria Salonia v Giorgio Poidomani and Franca Baglieri, née Giglio*, presuda Suda pravde EZ od 16. juna 1981. godine, *European Court reports 1981, ECR. 01563, Grounds*.

²⁷ *Ibid.*, para. 6.

²⁸ Rešenje Suda pravde EZ od 26. januara 1990. godine, u predmetu, C-286/88, *Falciola Angelo Spa v. (Comune di Pavia)*, presuda iz 1990, str. I-00191.

na zahteve stranaka, navodeći da, čak i kada su stranke u glavnom sporu bile saglasne u pogledu rezultata koji su želele da postignu, ovo nije od uticaja na obavezu Suda da odgovori, jer stranke imaju interes da znaju da li je u skladu sa komunitarnim pravom to što je država članica donela osporeni propis.²⁹

Pored navedenog, neophodnost jednoobraznog tumačenja prava EU na celom njenom prostoru i obaveza država članica i njihovih organa da efikasno primenjuju komunitarno pravo i saraduju sa Unijom, proizlazi i iz presude u predmetima *Internacional Frut Kompanija*³⁰ i *Reve Central i Komet*.³¹

Međutim, u praksi Suda pravde EU, postoje i slučajevi u kojima je ovaj sud pomerio kriterijum za ocenu nacionalnog suda da li će pokrenuti prejudicijelni postupak o pitanju koje je neka od stranaka pokrenula pred njim, pa je tako u slučaju *Klift*³² u paragrafu 10. navedeno da „sudovi nisu obavezni da upute Sudu pravde pred njima pokrenuto pitanje koje se odnosi na tumačenje komunitarnog prava ako to pitanje nije relevantno, što znači ako odgovor na to pitanje, kakav god da je, ne bi mogao ni na koji način da utiče na ishod slučaja“³³, čime je Sud pravde, dakle, suzio put komunikacije u postupcima između nacionalnih sudova i njega samog, i odlučujuću moć stranaka u postupcima pred nacionalnim sudovima, u pogledu pitanja da li će prejudicijelni postupci pred Sudom pravde biti uopšte pokretani, čime ukazuje da je ovo u suštini, „međusudijski postupak“.³⁴ U stručnoj literaturi je ovaj stav nazvan „aktivizmom“ luksemburškog suda.³⁵

Suština prejudicijelnog postupka pred Sudom pravde EU je, dakle, obezbeđivanje uniformne primene komunitarnog prava, ali ovaj postupak je u teoriji kod pojedinih autora okarakterisan i kao „pravni lek za

²⁹ H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague 2001, 248.

³⁰ C-51-54/71 *International Fruit Company NV and others v. Produktschap voor groenten en fruit*, presuda Suda pravde od 15. decembra 1971. godine, 1971, str. 01116, para. 3. i 4.

³¹ C-45/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Presude Suda pravde od 16.12.1976. godine, 1976, str. 01998, i predmetu *Comet BV v. Produktschap v. Siergewassen*, 1976, ECR 02052-02053.

³² C-283/81 *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health*, Presuda od 6. oktobra 1982. godine *European Court reports 1982*, ECR 03415, Grounds, para. 8-10.

³³ *Ibid.*, para. 10.

³⁴ B. Rakić, 83-84.

³⁵ V. S. P. Neill, *The European Court of Justice: A Case Study in Judicial Activism*, European Policy Forum, London 1995; D. Edward, “Judicial Activism – Myth or Reality?”, *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law (Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart)*, (eds. Campbell and Voyatzi), Trenton Publishing, 1996, 29–67; A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2006, 639–667.

sudove, ne i za stranke“, kako to navode M. Broberg i N. Fenger³⁶, što je neprihvatljivo pre svega iz razloga što Sud pravde EU nije hijerarhijski nadređen nacionalnim sudovima, i nema kasacionu ni kontrolnu ulogu, već samo ulogu u tumačenju relevantnih odredaba komunitarnog prava, koju nacionalni sud nadalje primenjuje na konkretnu pravnu stvar.

5. Zaključak

Situacija oko saradnje sudova se dodatno usložnjava otvaranjem pitanja pristupanja EU Konvenciji, kada će u dijalog između Suda pravde EU i nacionalnih sudova, biti uključen i Evropski sud za ljudska prava. Naime, teoretski postoji mogućnost bude podneta predstavka Evropskom sudu za ljudska prava kojom će biti osporavana usklađenost odredbi prava EU sa Konvencijom, a da prethodno nije traženo da se Sud pravde EU izjasni o valjanosti tih odredbi u postupku odlučivanja o prethodnom pitanju, te da strane u sporu pred nacionalnim sudovima mogu samo da predlože da nacionalni sudovi traže odluku o prethodnom pitanju od Suda pravde EU, ali ne i da sami podnesu takav zahtev. Navedeno isključuje mogućnost da se traženje odluke o prethodnom pitanju pred Sudom pravde EU tretira kao pravno sredstvo koje se mora iscrpeti pre podnošenja predstavke Evropskom sudu za ljudska prava. Dakle, i pored činjenice da bi usvajanje Protokola 16 ojačalo komunikaciju između Evropskog suda za ljudska prava i nacionalnih sudova u pogledu tumačenja Konvencije, ono potencijalno može dovesti do sukoba u ingerencijama dva evropska suda.

Literatura

- Arnulf, A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Borhart, K.D., *Abeceda prava Evropske unije*, Kancelarija za publikacije evropske unije, Luksemburg, 2013.
- Canor, I., Primus Inter Pares. “Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe?”, *European Law Review*, 3., 2000.
- Chalmers, D., Davies, G., Monti, G., “European Union Law: Cases and Materi-

³⁶ M. P. Broberg, N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2010, 206.

- als”, *Cambridge University Press*, Cambridge 2010.
- Edward, D., “Judicial Activism – Myth or Reality?”, *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law (Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart)*, (eds. Campbell and Voyatzi), Trenton Publishing, 1996.
- Harmsen, R., „National Responsibility for European Community Acts Under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate”, *European Public Law*, 625., 2001.
- Kruger H. C., Polakiewicz, J., Proposals for a Coherent Human Rights Protection System in Europe, *Human rights Law Journal*, 22., 2001.
- Lenaerts, K., “The Unity of European Law and the Overload of the ECJ – The System of Preliminary Rulings Revisited”, *The future of the European judicial system in a comparative perspective: 6th International ECLN-Colloquium/IACL round table* Berlin, 2-4 November 2005.
- Neill, S.P., “The European Court of Justice: A Case Study in Judicial Activism”, *European Policy Forum*, London 1995.
- Perez, A.T., „Conflicts of the Rights in the European Union, a Theory of Supranational Adjudication, Oxford University Press”, *Oxford University Press*, 2009.
- Rakić, B., “O smislu „saradnje“ ili „dijaloga“ između Suda pravde EU i sudova država članica“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2013.
- Schermers, H. G., Waelbroeck, D. F., “*Judicial Protection in the European Union*”, Kluwer Law International, The Hague 2001.

Pravni izvori

- Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH *ad hoc* Negotiation Group and The European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 2 April 2013.
- Opinion 2/13 of the Court of Justice, 18.12.2014.
- Protokol 16 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.
- Ugovor o funkcionisanju Evropske unije.
- Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

Praksa Evropskog suda pravde

- C - 46/93, Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland, 1993.
- C-221/88 European Coal and Steel Community v Acciaierie e Ferriere Busseni SpA (in liquidation), 1988.
- C-166/73 Rheinmühlen-Düsseldorf v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 1973.
- C-6/64 Flaminio Costa v E.N.E.L., 1964.
- C-26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, 1962.
- C-48/93 The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others, 1996.
- C-13/68, SpA Salgoil v Italian Ministry of Foreign Trade, 1968.
- C-83/78, Pigs Marketing Board v Raymond Redmond, 1978.
- C-126/80, Maria Salonia v Giorgio Poidomani and Franca Baglieri, née Giglio, 1981.
- C-286/88, Falciola Angelo SpA v. Comune di Pavia, 1990.
- C-51-54/71 International Fruit Company NV and others v. Produktschap voor groenten en fruit, 1971.
- C-33/76 Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland, 1976.
- C-45/76, Comet BV v. Produktschap v. Siergewassen, 1976.
- C-283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health, 1982.

Biljana Lepotić, PhD

Judge of the Basic Court in Novi Sad

**ADVISORY OPINIONS UNDER THE PROTOCOL 16 TO
THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND PRELIMINARY
DECISIONS OF THE COURT OF JUSTICE EUROPEAN UNION**

Summary

Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedom prescribes that the highest courts and tribunals of the High Contracting Parties, may ask from the European Court of Human Rights for advisory opinion within the interpretation or application of the rights and the freedoms that are defined by the Convention or its protocols. Potential problems, after Protocol 16 enters into force, could occur in a situation where the Supreme Court or a court with the right to seek an adverse interference, is obliged to apply for a preliminary ruling to the EU Court of Justice in the sense of Art. 267 of the Treaty on the Functioning of the EU. As Protocol 16 allows the highest courts of a Member State to apply to the Strasbourg Court for advisory deliberations on the basic consumers of the affair or the rights and freedoms guaranteed by the Convention and its protocols, and, as, on the other hand, EU law orders the courts, for that purpose, to apply to the EU Court of Justice previous decision based on the article. 267 UEFU, the issue of the efficiency of preliminary procedure and the autonomy of Union law, could be questioned.

Keywords: human rights, European Convention on Human Rights, advisory opinions, Protocol No. 16 to the EC, preliminary procedure, Court of Justice of the EU.

FAZE RAZVOJA INSTITUCIJE ZAŠTITNIKA GRAĐANA

Apstrakt

Institucija zaštitnika građana se skoro dva veka doživljavala isključivo kao nordijski eksperiment. Tek od 60-ih godina prošlog veka svet polako počinje da otkriva koje dobre strane i moć ima funkcija zaštitnika građana, a pravo zaštitništvo građana doživljava procvat u devedesetim godinama prošlog veka. Često je uspostavljanje institucije zaštitnika građana urađeno na brzinu, tako da pojedini elementi nisu uvek osmišljeno uključeni u pravni sistem. Događalo se da je institucija zaštitnika građana uključena u pravni sistem zemlje, a koji uopšte ne odgovara uvođenju takve institucije i koji iz osnova bi trebalo da se promeni. Navedena činjenica je razlog što se zaštitnik građana ne tretira kao ravnopravan partner državne administracije. U radu se razmatraju dva konkretna pitanja. Prvo, opisuju se tipovi i karakter normativnih standarda i standarda procene koje zaštitnici primenjuju u radu tokom istorijskog razvoja različitih generacija institucije zaštitna građana. Drugo, ispituje se značaj normativnih standarda koji se odnose na rad zaštitnika građana što bi trebalo da pokaže kompleksnost razloga veće transparentnosti normativnih standarda koje koristi zaštitnik građana.

Ključne reči: zaštitnik građana, ovlašćenja zaštitnika građana, normativni standardi procene

1. Uvod

Zaštitnik građana predstavlja veoma važnu i uticajnu ustanovu u društvima koja imaju dugu demokratsku tradiciju. Kada pomenemo instituciju zaštitnika građana prioritetno se potencira njegova nezavisna i nepristrasna istražna delatnost. Veliki broj kancelarija zaštitnika građana ne bavi se ne-

* Sekretar Osnovnog suda u Bijeljini i docent na predmetu Ustavno pravo i Međunarodno javno pravo, Pravni fakultet, Univerzitet Sinergija, Bijeljina, e-mail: dinaboasic@gmail.com.

posredno ljudskim pravima, osim ako je to u neposrednoj vezi sa nadzorom rada javne uprave. U velikom broju slučajeva, nadležnosti zaštitnika građana su maltene podudarne sa nadležnostima komisija za ljudska prava, naročito u vezi sa prijemom i istragom povodom pritužbi građana. Zaštitnik građana i komisije za ljudska prava bave se zaštitom prava pojedinaca i u principu, nemaju pravo donošenja obavezujućih odluka. Pored toga što ispituje da li organi uprave i javna preduzeća svoj posao obavljaju zakonito i pravilno, zaštitnik građana proverava etičnost, savesnost, nepristrasnost, stručnost, svrsishodnost i delotvornost u radu uprave i javnih preduzeća.

Cilj uvođenja institucije zaštitnika građana je da pruži svoj doprinos realizovanju sloboda i prava, načela jednakosti i očuvanju dostojanstva građana. Građanin bi trebalo da se obrati zaštitniku građana ako smatra da su mu ustavna i zakonska prava povređena, ali ne bi trebalo da očekuje da će zaštitnik nužno stati na njegovu stranu, već da će objektivno da analizira problem, ispita organe uprave i uputi koristan savet, dok će od druge strane da zahteva ispravljanje propusta, ukoliko je učinjen. Zaštitnik građana ima direktno i aktivno učešće u kreiranju celovitog i koherentnog pravnog sistema u delu koji se tiče ostvarivanja osnovnih ljudskih prava.

2. Pojam i istorijski razvoj zaštitnika građana

Reč ombudsman je švedskog porekla i na srpskom znači zastupnik, odnosno poverenik. Ova reč je u današnje vreme, usvojena u velikom broju zemalja i upotrebljava se u maltene izvornoj, nepromenjenoj formi. Istorijski gledano, i u antičkom vremenu nailazimo na postojanje sličnih institucija koje su se bavile zaštitom običnih građana od samovolje vladara.¹ U Švedskoj je 1809. godine nastala savremena institucija zaštitnika građana. Tada je u švedskom Ustavu predviđeno ustanovljenje skupštinskog zastupnika pravde. U političkim borbama u ranokapitalističkom periodu između tadašnjeg švedskog kralja-apsolutiste i švedske skupštine kao narodnog predstavništva, zaštitnik građana je predstavljao specijalnog poverenika skupštine sa zaduženjem da nadzire na koji način kralj i državna uprava sprovode zakone koje je skupština donosila.² Najvažnija ovlašćenja švedskog zaštitnika građana sadržala su se u tome što je od upravnih vlasti imao

¹ E. Gerald, *International Handbook of the Ombudsman: Evolution and Present Function*, Westport, Greenwood 1983, 67.

² P. Langbroek, M. Remac, „Ombudsman’s assessments of public administration conduct: between legal and good administration norms“, *Journal of Public Administration and Policy* 2/2011, 91.

pravo da traži informacije i objašnjenja o neprimenjivanju pojedinih zakona ili o njihovoj primeni na neadekvatan način, kao i da pokreće odgovarajuće postupke zbog utvrđivanja odgovornosti službenika državne uprave. Zaštitnik je o svojim nalazima izveštavao skupštinu, koja je po tom osnovu mogla da postavi pitanje poverenja pojedinim kraljevim ministrima.

Istoričari do današnjeg dana nisu postigli saglasnost po pitanju šta je tačno uslovalo i koje su društveno-istorijske prilike dovele do osnivanja institucije ombudsmana u Švedskoj; da li je doprinela vekovna tradicija Šveđana u poštovanju vladavine prava i individualnih ljudskih prava ili je u pitanju bila borba za vlast između švedskog kralja i skupštine. Rezultat je bio da je kraljeva moć umanjena, a skupština dobila pravo da izabere skupštinskog zastupnika pravde koji će vršiti samostalnu kontrolu nad upravom i sudovima. Prema švedskom uzoru, zaštitnik građana ima široka ovlašćenja. On kontroliše ne samo centralne organe vlasti i administraciju, već i sudove, lokalne organe uprave, vojsku i policiju, čak i rukovodioce državnih preduzeća. Zaštitnik građana, da bi ostvario kontrolu zakonitog postupanja vlasti, među svojim ovlašćenjima, ima dosta načina uticaja:³ pravo na neograničen pristup dokumentima, uključujući i pristup poverljivim dokumentima, pravo na zakonodavnu inicijativu, pravo da pokrene disciplinski postupak protiv službenih lica koja ne ispunjavaju svoje obaveze, pravo da predloži tužiocu da preduzme zakonske mere protiv funkcionera koji nesavesno obavljaju svoje dužnosti.

3. Faze razvoja institucije zaštitnika građana i standardi upravljanja koje koriste

U principu, institucija zaštitnika građana je ustanovljena kao nezavisna institucija koja istražuje žalbe i pritužbe, sa ovlašćenjima da, kada smatra da je potrebno, kreira pojedinačna ili opšta uputstva za administraciju ili druge subjekte u okviru svojih ovlašćenja. Iako bi se moglo logično pretpostaviti da se institucije zaštitnika građana u različitim zemljama reflektuju jedna na drugu, odnosno da su veoma nalik jedna drugoj, uvek bi trebalo imati u vidu da su zaštitnici građana uključeni u različite pravne sisteme i da deluju u različitim okolnostima.⁴

³ H. Johnson, „Ombudsman – Essential Elements“, in: *Human Rights Commissions and Ombudsman Office* (ed. K. Hossain), Dordrecht 2008, 391.

⁴ L. C. Reif, „Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman“, *Boston College Third World Journals* 2/2011, 272.

Razvoj institucije zaštitnika građana nije tekao tako glatko kao što se to možda čini. To je pre bio postepen proces sa određenim fazama. Po naučnim izvorima, mogla bi se razlikovati dva i četiri istorijska razvojna „talasa“ institucije zaštitnika građana, kao i pojedini modeli institucije koji odgovaraju svakom „talasu“, tj. periodima u kojima su razvijane institucije zaštitnika građana, mada u pojedinim slučajevima „talasi“ podrazumevaju i dodavanje posebnih ovlašćenja zaštitniku građana. Nije uvek moguće izvršiti doslednu teorijsku klasifikaciju brojnih varijeteta zaštitnika građana po istorijskim periodima razvoja ili modelima, već je prihvatljivije razvoj institucije analizirati na osnovu povećanja ovlašćenja ili davanja zaštitniku novih uloga ili pojavu novih varijanti modela institucije zaštitnika unutar grupe modela za koje se smatra da pripadaju pojedinim „talasima“. Razvoj institucije zaštitnika građana u vremenskim periodima i promene modela organizovanja institucije često su razmatrali autori koji pripadaju različitim istorijskim „talasima“ i modelima institucija zaštitnika građana. Na primer, S. Owen⁵ razlikuje dva osnovna modela zaštitnika građana: „klasičan zaštitnik građana iz zrelih demokratskih društava“ i „zaštitnik građana iz novih demokratija ili demokratija u nastajanju“. L. Rejf⁶ takođe razlikuje dva modela zaštitnika građana ali on govori o „klasičnom zaštitniku građana“, odnosno o zaštitniku građana koji je u skladu sa definicijom zaštitnika građana koju je ustanovila Međunarodna advokatska komora 1978. i o „hibridnom zaštitniku građana“ kome su dodeljena neka dopunska ovlašćenja. D. Pueblo⁷ govori o tri istorijska „talasa“ uspostavljanja zaštitnika građana. Prvi se odnosi na „klasične“ švedske i finske zaštitnike građana. Drugi „talas“ su bili zaštitnici koji se bave lošim upravljanjem administracije, dok se u „trećem talasu“ pojavljuju zaštitnici građana koji su ustanovljeni posle tranzicije autoritarnih režima u demokratske.

Neki autori pokušavaju da se ograde od ove tradicionalne podele i predlažu nove. Tako P. Langbroek i M. Remac⁸ ne prave podelu zaštitnika građana tradicionalno, po principu istorijskog razvoja te institucije, nego posmatraju zaštitnike građana iz druge perspektive i razlikuju dva tipa zaštitnika građana po kriterijumu funkcija te institucije. Oni razlikuju kontrolne zaštitnike građana od zaštitnika građana za obeštećenja. U najno-

⁵ S. Owen, „The Ombudsman: essential elements and common challenges“, in: Reif LC (ed) *The international Ombudsman anthology* (ed. L. C. Reif), Dordrecht 1999, 388.

⁶ L. C. Reif (2011), 274.

⁷ D. Pueblo, *The Book of the Ombudsman*, Defensor, Madrid 2003, 188.

⁸ P. Langbroek, M. Remac, 93.

vijoj obimnoj studiji o zaštitnicima građana, Gabrijela Kusko-Štadlmajer (Gabriel Kucsko-Stadlmayer) razlikuje, prema njihovim ovlašćenjima, tri vrste zaštitnika građana: osnovni ili klasični model, model vladavine zakona i model ljudskih prava⁹. Razmišljanja navedenih autora ipak se mogu prevesti u klasifikaciju koja tradicionalno svrstava različita ovlašćenja i modele zaštitnika građana u takozvane generacije. Moguće je razlikovati tri glavne tradicionalne generacije zaštitnika građana. Neophodno je, naravno, razmotriti i nove generacije u nastajanju i nove razvojne faze vezane za većinu zaštitnika građana, koje se javljaju istorijski posle navedene tri generacije. Uglavnom su sva prethodna istraživanja kao osnovu koristila istorijski kriterijum, koji je samo posredno uključivao i zakonodavne standarde, odnosno krug pitanja koja su pod kontrolom zaštitnika građana. Na osnovu opisanih posebnih kriterijuma, mogu se razlikovati sledeće generacije zaštitnika građana:

Prva generacija je povezana sa zakonodavnom vlašću, tako da se zaštitnicima građana prepušta mogu da kontrolišu i procenjuju da li administrativna tela u okviru svojih nadležnosti zakonito obavljaju delatnost. Vremenski posmatrano, prva generacija ima najduži vek i obuhvata i najstarije institucije zaštitnika građana. Na primer, švedski zaštitnici građana su uspostavljeni početkom devetnaestog veka, iako su njihovi začeci iz još ranijeg perioda. Švedski zaštitnik građana je 1919. postao model za zaštitnika građana u Finskoj.¹⁰ Iako se švedski i finski zaštitnici građana ponekad opisuju kao tradicionalni zaštitnici građana¹¹, broj zaštitnika građana koji se zasnivaju na švedskom ili finskom modelu je prilično mali.

I švedski i finski zakon omogućavaju zaštitniku građana da procenjuje da li sudovi i drugi državni organi, uključujući i državne službenike, poštuju zakon i ispunjavaju svoje obaveze. Zato Kusko-Štadlmajer smatra da švedski i finski zaštitnici građana pripadaju modelu vladavine prava. Pomenuti model prevazilazi klasičan model po tome što zaštitnici građana imaju dodatna ovlašćenja koja služe za zaštitu zakonitosti.¹² Glavni, a ponekad i jedini zadatak zaštitnika građana prve generacije jeste, dakle, kontrola poštovanja zakonitosti.

⁹ G. Kucsko-Stadlmayer, *European Ombudsman Institutions*, Springer, Vienna 2008, 94.

¹⁰ T. Buck, B. Thompson, *The Ombudsman enterprise and administrative justice*, Ashgate, Farnham 2011, 139.

¹¹ L. Besselink, „Types of national institutions for the protection of human rights and Ombudsman institutions: an overview of legal and institutional issues”, in: *Human Rights Commissions and Ombudsman Office* (ed. K. Hossain), Dordrecht 2008, 117.

¹² G. Kucsko-Stadlmayer, 97.

Druga generacija institucije zaštitnika građana zapravo nastaje 1954. u Danskoj, uspostavljanjem prvog zaštitnika građana posle Drugog svetskog rata. Danski model zaštitnika građana postaje od najčešće kopiranih.¹³ Danski model zaštitnika građana je mnogo fleksibilniji od švedskog i manje je ograničen striktnim pravnim normama.¹⁴ Zajednički atribut modela zaštitnika građana druge generacije jeste da je njihova glavna uloga da procenjuju usklađenost upravnih postupaka administracije sa opštim pravnim konceptom i to je zakonodavni standard njihove kontrole. Generalni koncept se često opisuje kao dobra uprava koja u najužem smislu obuhvata samo posebne zakonske zahteve rada administracije. Zaštitnici građana druge generacije uglavnom su uspostavljeni sa ciljem da reaguju na društvene promene vezane za rast javne ili državne administracije, što, na primer, uključuje potrebu da se reaguje na nedostatak transparentnosti u radu delova administracije ili potrebu da se pruži individualna zaštita od preteranog rasta birokratije ili sudske kontrole itd.¹⁵ U svakom slučaju, zaštitnici građana druge generacije uspostavljeni su budući da je bilo neophodno da se reaguje na novu situaciju u obavljanju državnih ovlašćenja. Autori zaštitnike građana druge generacije nazivaju klasičnim zaštitnicima građana.¹⁶

Kako se zaštitnici građana druge generacije bave utvrđenjem i isticanjem loših postupaka administracije i podržavanjem dobre uprave, koncept dobre uprave (ili neki drugi opšti koncept) je glavni, jedini ili bar delimično zakonodavni standard koji u upravljanju koriste zaštitnici građana. Od pravnog sistema u kome je uspostavljena institucija zaštitnika građana zavisi koji će zakonodavni standard biti prihvaćen. Uz model danskog parlamentarnog zaštitnika građana, u drugu generaciju se mogu uvrstiti britanski parlamentarni komesar za upravu, holandski nacionalni zaštitnik građana, belgijski savezni zaštitnik građana i dr. Zakonodavni standard upravljanja vezan za poslednju generaciju zaštitnika građana odnosi se na ljudska prava.¹⁷

Treća generacija zaštitnika građana je povezana sa promenama društveno-političkog režima i tranziciju u višestranačku demokratiju u Južnoj i Istočnoj Evropi i u drugim sredinama, označenim kao nedemokratske,

¹³ L. C. Reif, *The Ombudsman concept*, International Ombudsman Institute, Edmonton 1995, 138.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ R. McLeod, „Freedom of information – an Ombudsman’s perspective”, *Federal Law Review* 3/2001, 362.

¹⁶ G. Kucsko-Stadlmayer, 99.

¹⁷ L. C. Reif, „Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection“, *Harvard Human Rights Journal* 13/2000, 5.

široom sveta. Kao početak ove generacije može se uzeti kraj sedamdesetih godina prošlog veka kada su ustanovljeni zaštitnici građana u Portugaliji i Španiji. Ovaj „talas“ uspostavljanja institucija zaštitnika građana nastavlja se devedesetih godina prošlog veka, posle pada komunističkih režima u Istočnoj Evropi. Institucije zaštitnika građana ove generacije mogu se nazvati „zaštitnicima ljudskih prava“, s obzirom na to da uglavnom kontrolišu i procenjuju da li administracija postupa u skladu sa osnovnim ljudskim pravima.¹⁸ Zaštitnici građana treće generacije najčešće su poznati po drugim imenima, recimo kao branioci prava, narodni zaštitnici, zaštitnici ljudskih prava ili građanski advokati.

Ljudska prava su, kao deo pravnog sistema, u vezi sa vršenjem zakonodavne vlasti i sa dobrom upravom, ali, važno je naglasiti, treća generacija zaštitnika građana retko procenjuje usaglašenost celog pravnog sistema i uglavnom se usmerava samo na specijalizovani deo, tj. na poštovanje ljudskih prava. Ljudska prava imaju različit značaj za treću generaciju institucije zaštitnika građana, ali se, ipak, često koriste kao direktni, a ponekad i kao jedini zakonski standard kontrole u radu zaštitnika građana.¹⁹

Većina teorija razvoja institucija zaštitnika građana previđa ono što bi se potencijalno moglo nazvati četvrtom generacijom zaštitnika građana, odnosno zaštitnicima građana čija je osnovna uloga borba protiv korupcije u administraciji. Borba protiv korupcije upravo je prevashodna funkcija zaštitnika građana u nekim zemljama, posebno u zemljama u razvoju, a u Africi naročito, zapravo svugde gde je demokratija krhka i gde se tradicionalni zapadni model zaštitnika građana, ako bi bio primenjen u tim zemljama, suočava sa brojnim izazovima. Zaštitnici građana četvrte generacije često nemaju jasno definisane zakonske standarde kontrole. Recimo, zadatak zaštitnika građana u Ruandi jeste borba protiv nepravdi, korupcije i drugih srodnih devijacija. Međutim, njegov zadatak jeste i to da doprinese dobrom upravljanju, kao i da identifikuje zakone koji otežavaju dobro upravljanje.²⁰

U praksi tzv. javnog zaštitnika u Južnoj Africi takođe je vidljivo da se bori protiv korupcije, a u suštini je njegova funkcija takođe povezana sa nadzorom nad zakonitim delovanjem administracije; isti je slučaj i sa funkcijom inspektorata vlade Ugande. Delovanje svih navedenih zaštitnika građana povezano je sa svim prethodno opisanim standardima kontrole,

¹⁸ D. Pueblo, 196.

¹⁹ L. C. Reif (2000), 6.

²⁰ A. Stuhmcke, „Each for themselves or one for all? The changing emphasis of the commonwealth Ombudsman”, *Federal Law Review* 1/2010, 152.

ali njihov glavni cilj je borba protiv korupcije i podsticanje politike koja će sprovesti borbu protiv korupcije. Kako navedene institucije zaštitnika građana imaju ovlašćenja da pravno deluju protiv počilaca, institucija zaštitnika građana je dobila drugu dimenziju, shodno promenjenoj percepciji njegove društvene uloge.²¹ Od samog početka postojanja zaštitnika građana četvrte generacije uočljivo je da oni predstavljaju hibridni model u kome je osnovna komponenta njihove funkcije borba protiv korupcije.

Prilikom razvoja sve tri generacije institucije zaštitnika građana pojavljivalo se ukrštanje, tj. hibridizacija njihovih funkcija i ovlašćenja. Danas je, dakle, veoma teško naći model zaštitnika građana koji se bavi isključivo dobrom upravom i ljudskim pravima, već imamo kombinacije i mešanje različitih zakonskih standarda kontrole koju vrši zaštitnik građana. Uprkos ukrštanju, ipak možemo izdvojiti tri glavna zakonodavna standarda: zakon, opšti koncept koji se uobičajeno naziva dobra uprava i poštovanje ljudskih prava. Zakonodavni standardi su direktno povezani sa kriterijumima za procenjivanje koje koriste neki zaštitnici građana.

4. Standardi procene koje koriste zaštitnici građana

Vezano za sve generacije zaštitnika građana i najnoviji razvoj te institucije, moguće je ukazati na glavne vrste standarda procene ili kriterijuma procene koje koriste zaštitnici građana. Kriterijumi procene su direktno vezani za zakonodavne standarde koje zaštitnici građana koriste za kontrolu.²² Zajedno sa ljudskim pravima i zakonskim standardima, ostali standardi koji će biti objašnjeni, kreiraju tri osnovna tipa standarda procene koji važe za većinu generacija zaštitnika građana.

4.1. Zakon - pravna regulativa

Zakon i pravna regulativa su tradicionalni standardi procene nekih zaštitnika građana. Pravna regulativa je svakako tradicionalni standard procene u slučajevima kada zaštitnik građana ceni da li administracija postupaju po zakonu; zaštitnici građana prve generacije, kao što su švedski i finski parlamentarni zaštitnici građana, koji direktno kontrolišu da li institucije postupaju u skladu sa zakonom, primenjuju tradicionalni standard

²¹ *Ibid.*

²² P. Langbroek, M. Remac, 104.

procene. Zaštitnici građana treće generacije ocenjuju poštovanje ljudskih prava, ali oni nužno povezuju svoje kriterijume ocenjivanja sa zakonom, jer je poštovanje ljudskih prava zakonski utvrđeno, bez obzira da li je to regulisano ustavnim pravom, ili zakonom o ljudskim pravima.²³ Upravo zato nije moguće odvojiti delatnost treće generacije zaštitnika građana od nadzora poštovanja zakonitosti i pravnih normi, kao standarda koji se koriste za ocenjivanje.

Veza druge generacije zaštitnika građana sa zakonom, kao standardom procene, nije sasvim jasna, jer zavisi od dva simultana faktora. Prvi faktor je volja skupštine ili nosilaca zakonodavne vlasti. Manifestacija volje zakonodavne vlasti je jasno uključena u pravna akta postavljenih zaštitnika građana. Zakonodavac ima dve mogućnosti, ako povezuje funkciju zaštitnika građana sa opštim normativnim konceptom (u smislu dobre uprave). Zakonodavac može da definiše opšti koncept, što je ređe, ili, obratno, može da ograniči koncept i da ostale funkcije prepusti zaštitniku građana ili teorijski drugim telima, recimo sudskim, kako bi dopunile restriktivniji koncept. Drugi faktor koji povezuje drugu generaciju građana sa zakonom jeste volja zaštitnika građana u svom nahodjenju, odnosno diskrecionom pravu. Ako zaštitnik građana odluči da poveže opšti koncept dobre uprave sa zakonom (što odgovara konceptu dobre uprave u širem smislu), tj. ako ispituje da li je kršenje pravne norme isto što i kršenje dobre uprave, neizbežno će tada zakon postati deo njegovog standarda ocenjivanja.²⁴ U opisanom slučaju percepcija zakona zavisi od odluke zaštitnika građana i njegove prakse. To može uključiti različite mogućnosti, kao što je prihvatanje zakona kao obaveze stanja dobre uprave ili prihvatanje zakona kao postojećeg standarda dok se razvijaju normativne kategorije koje se mogu razlikovati od zakona²⁵ ili zauzimanje pozicije u kojoj zakon nije primarni standard procene zato što većinom ne pokriva pitanja žalbi i istražnih postupaka. Zakon i pravna regulativa, dakle, kao normativi i standardi procene mogu biti alati zaštitnika građana koji pripadaju, po modelu, svim generacijama.

²³ R. Creyke, „Administrative justice – towards integrity in government”, *Melbourne University Law Review* 3/2007, 723.

²⁴ L. C. Reif (2000), 331.

²⁵ P. Langbroek, P. Rijpkema, „Demands of proper administrative conduct: A research project into the ombudsprudence of the Dutch National Ombudsman“, *Utrecht Law Review* 2/2006, 221.

4.2. Ostale norme

Standardi ili kriterijumi procena bazirani na „nečem drugom“ sadrže različite koncepte. Neki koncepti obuhvataju greške i nepravilnosti u obavljanju dužnosti organa uprave, drugi se odnose na procene da li institucije, u okviru svojih nadležnosti, postupaju u skladu sa principima dobre uprave, odnosno sa principima pravilnog upravljanja ili dobre vladavine. Zaštitnici građana koji pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu često procenjuju delovanja nasuprot dobroj upravi, tj. delovanja koja spadaju u lošu upravu.²⁶ Dakle, „ostale norme“ su isto što i norme dobre uprave u užem smislu. Kako je prethodno navedeno, zakonodavac ima primarnu ulogu u definisanju nadležnosti zaštitnika građana u datom pravnom poretku, tj. zakonodavac određuje da li će se i koliko nacionalni, lokalni ili specijalizovani zaštitnik građana baviti dobrom upravom ili opštim konceptom uprave. Tradicionalno, takav široki koncept povezan je sa drugom generacijom zaštitnika građana. Zaštitnici građana druge generacije uglavnom moraju da naprave koncept i onda koriste taj koncept kao kriterijum ocenjivanja.²⁷

U poslednje vreme, međutim, zahvaljujući ukrštanju funkcija, mogu se uočiti različiti koncepti koji se odnose na više generacija zaštitnika građana. Recimo, posle ustavnih promena 1995. finski parlamentarni zaštitnik građana, koji je praktično organizovan po modelu prve generacije, bavi se i konceptom dobre uprave, što je i pravno ustanovljeno.²⁸ Takođe, zaštitnici građana koji tradicionalno organizaciono pripadaju trećoj generaciji vezanoj za ispitivanje poštovanja ljudskih prava, bave se i konceptom dobre uprave. Primeri takve prakse su češki i letonski zaštitnik građana koji ocenjuju i ponašanje administracije.

4.3. Ljudska prava

Poštovanje ljudskih prava, kao najvažniji standard i model, prevashodno je povezano sa trećom generacijom zaštitnika građana. Trećoj generaciji zaštitnika građana odgovaraju poljski zaštitnik ljudskih prava, slovački javni branilac prava, kao i portugalski zaštitnik zakona. Razlozi

²⁶ R. McLeod, „Freedom of information – an Ombudsman’s perspective”, *Federal Law Review* 3/2001, 362.

²⁷ L. C. Reif (2011), 279.

²⁸ P. Langbroek, P. Rijpkema, 232.

zašto se ovi zaštitnici građana bave konceptom ljudskih prava su očigledni: potreba promene uobičajene prakse kršenja ljudskih prava. Međutim, ljudska prava, kao kriterijum procene, često koriste i zaštitnici građana drugih generacija. Prema mnogim autorima, ukrštanje funkcija najbolje se uočava na primeru ljudskih prava. Jedan od primera hibridizacije je holandski javni pravobranilac, koji ima ovlašćenja da procenjuje da li administracija postupa pravilno ili nepravilno.

5. Zaključak

Institucija zaštitnika građana kao poseban oblik kontrole uprave direktno je u vezi sa idejom realizacije i odbrane ljudskih prava. Zato se zaštitnik građana najčešće identifikuje kao zastupnik prava građana. Ideja ostvarenja ljudskih prava javlja se u različitim formama ljudskog života i stvaralaštva, između ostalog, u umetnosti i književnosti, zakonodavstvu i pravu, filozofiji i religiji, običajima i politici itd.

Potreba za zaštitom ljudskih prava, ali i potreba za novim nezavisnim oblicima kontrole i nadzora uprave, u saglasnosti sa savremenim konceptom države blagostanja, u kome je čovek na centralnom mestu, nametnule su potrebu da se pronađu novi načini zaštite ljudskih prava, naročito od nezakonitog i nepravilnog rada organa uprave. Uobičajeno je da zakonodavna vlast imenuje/bira zaštitnika građana, ali nakon toga ne može da ima uticaj na njegov rad. Zaštitnik građana treba da bude samostalan i nezavisan organ koji se nalazi između izvršne vlasti i pojedinaca. Kako se koncept institucije zaštitnika građana širio svetom, tako je trpeo i promene, tj. prilagođavanje potrebama pojedinačnih sistema, pa tako danas postoje zaštitnici građana na raznim nivoima vlasti. U svakom slučaju, Švedska je zemlja u kojoj je stvorena institucija zaštitnika građana sa gledišta modernog shvatanja uloge i značaja ove institucije. Sve do 1920. godine, kada je ovu instituciju implementirala i Finska, Švedska je bila jedina zemlja koja je imala ovu instituciju. Danas, više od 120 država na svim kontinentima poznaje instituciju zaštitnika građana.

Literatura

- Besselink, L., „Types of national institutions for the protection of human rights and Ombudsman institutions: an overview of legal and institutional issues”, in: *Human Rights Commissions and Ombudsman Office* (ed. K. Hossain), Nijmegen, Dordrecht 2008.
- Buck, T., Thompson, B., *The Ombudsman enterprise and administrative justice*, Ashgate, Farnham 2011.
- Gerald, E., *International Handbook of the Ombudsman: Evolution and Present Function*, Westport, Greenwood 1983.
- Creyke, R., „Administrative justice – towards integrity in government”, *Melbourne University Law Review*, Vol. 31, 3/2007.
- Johnson, H., „Ombudsman – Essential Elements“, in: *Human Rights Commissions and Ombudsman Office* (ed. K. Hossain), Nijmegen, Dordrecht 2008.
- Kucsko-Stadlmayer, G., *European Ombudsman Institutions*, Springer, Vienna 2008.
- Langbroek, P., Remac, M., „Ombudsman’s assessments of public administration conduct: between legal and good administration norms“, *Journal of Public Administration and Policy* 2/2011.
- Langbroek, P., Rijpkema, P., „Demands of proper administrative conduct: A research project into the ombudsprudence of the Dutch National Ombudsman“, *Utrecht Law Review* 2/2006.
- McLeod, R., „Freedom of information – an Ombudsman’s perspective”, *Federal Law Review* 3/2001.
- Owen, S., „The Ombudsman: essential elements and common challenges”, in: Reif LC (ed) *The international Ombudsman anthology* (ed. L. C. Reif), Nijmegen, Dordrecht 1999.
- Pueblo, D., *The Book of the Ombudsman*, Defensor, Madrid 2003.
- Reif, L.C., „Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection“, *Harvard Human Rights Journal* 13/2000.
- Reif, L.C., *The Ombudsman concept*, International Ombudsman Institute, Edmonton 1995.
- Reif, L.C., „Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman”, *Boston College Third World Journals* 2/2011.
- Stuhmcke, A., „Each for themselves or one for all? The changing emphasis of the commonwealth Ombudsman”, *Federal Law Review*, Vol. 38, 1/2010.

Dijana Savić Božić, Ph.D.

Basic court in Bijeljina, Court Secretary,

Docent at the Faculty of Law, University Sinergija, Bijeljina

STAGES OF DEVELOPMENT OF THE INSTITUTION OF THE PROTECTOR OF CITIZENS

Summary

For almost two centuries, the institution of the Protector of Citizens was perceived exclusively as a Nordic experiment. Only since the 1960s the world has been slowly beginning to discover which good sides and power has the function of the protector of citizens, and the real protection of citizens experienced a boom in the 1990s. Often the establishment of the institution of the protector of citizens was done quickly, so some elements have not always been thoughtfully included in the legal system. Thus, the institution of the protector of citizens was included in the legal system of some countries whose legal system is not at all suitable for such an institution and which basically needs to change. This fact is actually a stumbling block for the protector of citizens to be treated as an equal partner of the state administration. This paper deals with two specific issues. The first concerns the types and character of the normative and assessment standards related to different generation of protectors of citizens. The second concerns the importance of normative standards related to the protector of citizens, which should show a multi-layered justification for greater transparency of the normative standards used by the protector of citizens.

Keywords: ombudsman (protector of citizens), ombudsman's powers, normative assessment standards.

AGENCIJE ZA FORMULISANJE – METODI RADA I SARADNJA SAVREMENIH SUBJEKATA HARMONIZACIJE MEĐUNARODNOG TRGOVINSKOG PRAVA

Apstrakt

Izuzetan doprinos harmonizaciji međunarodnog trgovinskog prava daju institucije u vidu tzv. agencija za formulisanje koje čine ogromne napore u pronalaženju zajedničkih načela pojedinih nacionalnih trgovinskih prava, a sve zarad olakšanja sprovođenja međunarodne trgovine, povećanja pravne sigurnosti i sprečavanja nastajanja sporova. U tom cilju koriste se različitim normativnim instrumentima koji pripadaju i tradicionalnim i alternativnim metodama, odnosno tzv. hard law i soft law izvorima. Međutim, usled nejasne raspodele nadležnosti navedenih međunarodnih organizacija dolazi do neracionalnog rasipanja intelektualnih i finansijskih kapaciteta, ali i do ozbiljnog problema dupliranja propisa kojima se uređuju istovetna pitanja na internacionalnom nivou. Uticaj agencija za formulisanje na moderne normativne tokove sve je veći, pa ipak je potrebno preduzeti korake u pravcu jasne koordinacije i razgraničenja njihovih aktivnosti.

Ključne reči: *agencije za formulisanje, harmonizacija prava, međunarodno trgovinsko pravo, „meko“ pravo, „tvrdo“ pravo.*

1. Značenje izraza agencije za formulisanje

Termin agencija za formulisanje“ (eng. *formulating agency*) predstavlja konkretnije određivanje subjekata - nosioca procesa harmonizacije prava u odnosu na generičan pojam međunarodne organizacije, i upućuje na zajednički imenitelj normativnih delatnosti ovih institucija usmerenih primarno na trgovinsko pravo. Izraz je skovan krajem sedamdesetih godi-

* email: mrksicmarija@gmail.com.

na dvadesetog veka i pripisuje se nemačko – britanskom teoretičaru Šmithofu.¹ Ipak, relativno skora šira upotreba ovog termina² jeste posledica povećanja uticaja navedenih agencije na svetskom nivou, kao i njihovih aktivnosti u pogledu stvaranja tzv. *soft law* propisa (mekog prava).³ Upravo se uzrokom porasta zastupljenosti i značaja *soft law* akata smatra rad sve većeg broja ovih međunarodnih organizacija na koje države prenose deo ekonomskog i pravnog suvereniteta. Time se stvara put za kreiranje nedržavnog prava, koje se može označiti generalno kao međunarodno, a ako se odnosi na trgovinske poslove kao međunarodno trgovinsko pravo.⁴

Agencije za formulisanje određujemo kao (vladine ili nevladine) organizacije koje stvaraju usaglašavajuću prekograničnu normativu, gde se izrazom “formulisanje” apostrofira značaj procesa formulacije pravnih akata. Termin, istina, upućuje na samo jedan aspekt njihovih aktivnosti, ali prikladno pokriva sve brojnije međunarodne subjekte koje stvaraju pravo. Pojedini teoretičari pod ovim pojmom podrazumevaju svaku organizaciju (nacionalnu, regionalnu ili međunarodnu) kojoj je delegirana ili je bar uključena u oblikovanje trgovinske politike ili pravila međunarodnih trgovinskih transakcija,⁵ pri čemu nije značajno kojim pravnim aktima se koriste (tj. da li se materija reguliše kodeksima ponašanja, međunarodnim konvencijama, model zakonima, opštim uslovima itd).⁶ Pojedini autori čak prave razliku između prava agencija za formulisanje, nacionalnih prava i međunarodnog prava kao različitih kategorija pravnih izvora, ključnih za pravnu (r)evoluciju 20. i 21. veka.⁷

Navedene institucije se sve efikasnije koriste pomenutim alternativnim harmonizacionim metodama, izvorima *soft law*, pre svega u onom prostoru u kome tradicionalni „tvrđi“ izvori prava (eng. *hard law*) poka-

¹ C. Schmitthoff, *Commercial Law in Changing Economic Climate*, London 1981, 24.

² Izraz agencija za formulisanje se prvobitno koristio u trgovinskom pravu odakle se postepeno proširio i na druge pravne oblasti.

³ Termin *soft law* se vezuje za engleskog pravnog stručnjaka Meknaira. U domaćoj pravnoj teoriji preferira se transkript engleskog termina *soft law* (umesto prevođenja izraza u meko pravo) i stoga će se dominantnije koristiti u radu. Ovaj pojam pojavljuje se u korelaciji s pojmom tzv. *hard law* (tvrdo pravo), koji se odnosi na tradicionalno shvatanje, obavezujuće izvore prava (npr. međunarodne konvencije ili direktive Evropske unije).

⁴ R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo-opšti deo*, Kragujevac 2012., 43.

⁵ L. Mistelis, „Is Harmonisation a Necessary Evil? – The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law“, in: *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, (ed. I. Fletcher, L. Mistelis, M. Cremona), London 2001, 3.

⁶ J. Vilus *et al.*, *Međunarodno privredno pravo*, Novi Sad 2012., 65.

⁷ L. Mistelis, 1.

zuju nedostatke. Kao skup neobavezujućih pravila, odnosno normi bez pravnih sankcija, koje ne nastaju kroz uobičajene legislativne procedure, ali koje su kao kvazilegalni instrumenti različitih manifestacionih oblika⁸ sve učestalije primenjivani, *soft law* izvori pokazuju višestruke potencijale. Osnovne njihove prednosti su fleksibilnost u privrednim uslovima koji se brzo menjaju, originalnost i primenjivost normativnih rešenja. Takva svojstva mekog prava moguće su posledica procesa stvaranja u kome njihovi tvorci nisu opterećeni inkorporacijom normativnih kompromisa na uštrb kvaliteta donetih akata. Navedeni uslovi za rad adekvatno se sprovode u agencijama za formulisanje i predstavljaju vid povećanja uticaja tzv. *bottom up* (odozgo) metoda⁹ harmonizacije trgovinskog prava.

2. Faktori koji utiču na sve značajniju ulogu agencija za formulisanje

Među teoretičarima je široko rasprostranjen konsenzus da je međunarodnom, pa tako i međunarodnom trgovinskom pravu, slaba tačka u prinudnosti, izvršivosti, pitanju sprovođenja.¹⁰ Naime, međunarodno pravo nema centralizovanu koherentnost nacionalnog prava,¹¹ te se iz tog razloga iznose tvrdnje, koje nisu novost, o relativnoj normativnosti međunarodnog prava.¹² Uz isticanje ovih osnovnih nedostataka, teorija preispituje i tradicionalne karakteristike međunarodnog pravnog sistema s obzirom na skore promene i uticaje kojima je izložen i usled kojih se javljaju teškoće u rešavanju pitanja „standardnim“ pravnim instrumentima. Tako se i sve veća uloga agencija za formulisanje može smatrati odgovorom na složenost predmeta predviđenih za međunarodnu regulaciju i na potrebu da se osigura normativna fleksibilnost koja se retko postiže kroz konzervativne legislativne procese.

⁸ *Soft law* se pojavljuje u veoma heterogenim oblicima: model zakoni, model ugovori, principi, preporuke, mišljenja, deklaracije, kodeksi, vodiči itd.

⁹ Suština *bottom up* pristupa sastoji se u tome da stručna i akademska javnost sama treba da formuliše odgovarajuća formalno neobavezujuća pravna pravila, koja bi vremenom stekla autoritet i dobila primenu u praksi. D. Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad 2008., 76.

¹⁰ A. Guzman, T. Meyer, „International soft law“, *Journal of Legal Analysis* 1/2010, 183.

¹¹ H. Schermers, N. Blokker, *International Institutional Law*, Leiden 2011, 24.

¹² P. Weil, „Toward Relative Normativity in International Law“, *American Journal of International Law* 77/1983, 77.

Međunarodno trgovinsko pravo se takođe razvija u okviru procesa globalizacije ili internacionalizacije prava, a taj termin označava proces donošenja jedinstvenih (unifikovanih) i usklađenih (harmonizovanih) pravila koja bi se primenjivala u celom svetu.¹³ Fenomen globalizacije konstantno pred legislativna tela različitih zemalja širom sveta postavlja pitanje kako sačiniti nova i prilagoditi postojeća pravila tako da se osigura efikasnost globalnog tržišta, pre svega za korporacije i pojedince koji posluju prekogranično. Naime, harmonizacija prava je u osnovi globalizacije koja se pojavila kao odgovor na sve manji značaj granica u sadašnjem svetu,¹⁴ i u jednom od svojih efikasnijih oblika sprovodi se u agencijama za formulisanje.

U vezi sa prethodno navedenim, teoretičari primećuju upečatljivo umnožavanje „proizvođača“ prava, izvora prava i privatizacije pravnih režima.¹⁵ Posledično, teza o pravnom monizmu, koja u suštini priznaje jedino državu kao stvaraoca prava, ozbiljno je dovedena u pitanje.¹⁶ Štaviše, raznoliki subjekti na međunarodnom nivou, pre svega međunarodne organizacije, korenito su uticale na promene u ustaljenom, konzervativnom pravnom poretku. Tako pojedini autori¹⁷ prepoznaju da nedržavni subjekti kako na nacionalnom tako i na međunarodnom terenu postaju ključni „legislativni igrači“. Proces spontane, privatne unifikacije međunarodnog prava od profesionalnih nevladinih organizacija već se prepoznaje kao dominantan.¹⁸ Ističe se, takođe, da se autonomna međunarodna kodifikacija prava, čiji su glavni protagonisti agencije za formulisanje i razne ekspertske grupe, sprovodi na osnovu autonomije volje zainteresovanih subjekata da bi se postigla veća jednoobraznost relevantnih pravila, bez formalne unifikacije državnog prava.

¹³ R. Vukadinović, 341.

¹⁴ L. Meyer, „Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization“, *Denver Journal of International Law and Policy* 9/2006, 119.

¹⁵ S. Vogenauer, „Sources of Law and Legal Method in Comparative Law“, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law* (ed. M. Reimann, R. Zimmermann), Oxford 2006, 879.

¹⁶ R. Vukadinović, 44.

¹⁷ K. Abbott, D. Snidal, „Hard and Soft Law in International Governance“, *International Organization* 3/2000, 423.

¹⁸ R. Vukadinović, 347.

3. Najznačajnije agencije u oblasti međunarodnog trgovinskog prava

3.1. Međunarodni Institut za unifikaciju privatnog prava - UNIDROIT

Međunarodni Institut za unifikaciju privatnog prava (u daljem tekstu: UNIDROIT) osnovan je 1926. godine. UNIDROIT predstavlja značajnu međuvladinu organizaciju¹⁹ sa sedištem u Rimu, čiji je zadatak da radi na harmonizaciji i unifikaciji materije međunarodnog privatnog prava. Uniformna pravila u početku su bila prevashodno u obliku konvencija. Međutim, vremenom je povećana upotreba *soft law* instrumenata u oblastima u kojima obaveznost instrumenata nije od presudnog značaja.

Tokom rada na ujednačavanju materije trgovinskog prava UNIDROIT je postigao značajne rezultate u više različitih oblasti, pre svega, međunarodne prodaje, transporta, zastupanja, lizing poslovanja, franšizing poslova, obezbeđenja potraživanja, bankarskih poslova. Koncipiranjem i usvajanjem Principa UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore (u daljem tekstu: Principi UNIDROIT) je u velikoj meri doprineo procesu usklađivanja i harmonizacije ukupne materije trgovinskog prava.²⁰ Značajni normativni rezultati ove organizacije, koje je neophodno navesti su: Konvenciju o zastupanju u međunarodnoj prodaji robe iz 1983. godine, Konvenciju o međunarodnom faktoringu iz 1988. godine, Model zakon o lizingu iz 2008. godine itd.

3.2. Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo - UNCITRAL

Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (u daljem tekstu: UNCITRAL) osnovana je 1966. godine sa sedištem u Njujorku. Kao međunarodna organizacija koja je fokusirana na modernizaciju i harmonizaciju trgovinskog prava na internacionalnom nivou ključno je uticala na formiranje ujednačenih normativnih stavova povodom brojnih pravnih pitanja. U svojstvu agencije za formulisanje, UNCITRAL formuliše i usvaja propise, samostalno učestvujući u izradi međunarodnih pravila ili saradujući sa drugim organizacijama u izradi propisa koje

¹⁹ Članice UNIDROIT su države, a Srbija je članica od 1940. godine.

²⁰ I. Spasić, „UNIDROIT - Doprinis unifikaciji nekih od najvažnijih pitanja međunarodnog trgovinskog prava“, *Strani pravni život* 2/2009, 27.

kasnije UNCITRAL sam preuzima ili koristi svoj autoritet da preporuča državama njihovo donošenje.²¹ Pokazalo se da UNCITRAL pruža mogućnost da se na najširoj osnovi priđe unifikaciji pravnih pravila od značaja za međunarodni promet robe i usluga.²² Komisija broji 60 država sa mandatom od šest godina.²³

UNCITRAL sprovodi organizovane pokušaje da ujednači međunarodno trgovinsko pravo.²⁴ Pri tome, zavisno od ciljeva i konkretne pravne oblasti koja se reguliše koriste se primarno dva sredstva,²⁵ konvencije (najuspješniji primer je Konvencija UN o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine, u daljem tekstu: Bečka konvencija) i model zakoni (npr. široko primenjivani Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1985. godine, Model zakon o elektronskoj trgovini iz 1996. godine, Model zakon o međunarodnom trgovačkom mirenju iz 2002. godine).

3.3. Međunarodna trgovinska komora

Međunarodna trgovinska komora (u daljem tekstu: MTK) je osnovana kao međunarodna nevladina organizacija poslovnih ljudi sa sedištem u Parizu 1919. godine. Njeno članstvo čine na hiljade trgovačkih društava i udruženja iz preko sto trideset zemalja, a predstavljeni su svi osnovni uslužni i industrijski sektori. Ima za cilj razvijanje otvorene međunarodne trgovine, investicija i tržišne ekonomije. MTK ima savetodavni status pri Ujedinjenim nacijama i u njenom sklopu deluje najpoznatija međunarodna trgovinska arbitraža u svetu.

Najproduktivnijom delatnošću MTK smatra se praćenje, prikupljanje i objavljivanje poslovnih običaja, kao i stvaranje jednoobraznih pravila i model ugovora. Njen najpoznatiji poduhvat su Pravila MTK za korišćenje termina u unutrašnjoj i međunarodnoj trgovini (u daljem tekstu: Inkotermsi; poslednja revizija učinjena je 2010. godine), te Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarni akreditiv. Najznačajnijim model ugo-

²¹ J. Vilus *et al.*, 67.

²² D. Đurđev, „Doprinos Ujedinjenih nacija unifikaciji pravila međunarodnog privrednog prava“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine-Časopis za pravnu teoriju i praksu* 10/1995, 379.

²³ Srbija je bila članica UNCITRAL-a od 2004. do 2010. godine.

²⁴ U pravnoj doktrini se na osnovu kriterijuma (ne)postojanja sistematskog pristupa stvaranju ujednačavajućih pravnih propisa razlikuju organizovana i spontana harmonizacija prava.

²⁵ R. Vukadinović, 339.

vorima MTK smatraju se Model međunarodnog prodajnog ugovora,²⁶ te tzv. Model MTK kratkih ugovora - Model međunarodnog ugovora o distribuciji i Model međunarodnog ugovora o zastupanju.²⁷

4. Odnos i saradnja agencija za formulisanje

Važan aspekt angažovanosti agencija za formulisanje je njihova međusobna interakcija koja se vrši radi harmonizacije i unifikacije propisa. Na primer, UNIDROIT i UNCITRAL tesno saraduju na mnogim pitanjima od zajedničkog interesa. Ta saradnja je i formalno utvrđena 1985. godine sporazumom o međusobnoj razmeni obaveštenja i dokumentacije “u svrhu unapređenja saradnje i usklađivanja rada između Ujedinjenih nacija i UNIDROIT”.²⁸ Očigledni primer međusobne saradnje je promovisanje Principa UNIDROIT²⁹ od UNCITRAL-a 2007. godine.³⁰ S obzirom na njihov nespornan uspeh, u doktrini je prisutno zalaganje za usvajanje formalne preporuke od strane UNCITRAL-a da se Principi UNIDROIT koriste za tumačenje i popunjavanje pravnih praznina u Bečkoj konvenciji.³¹ Još ambiciozniji predlozi se odnose na upotrebu Principa UNIDROIT kao zasebnog model zakona ili kao osnove za tzv. Globalni trgovinski zakonik koji bi UNCITRAL pripremio u kooperaciji sa drugim agencijama za formulisanje.³²

Pored aktivnosti na polju modernizacije i unifikacije koje agencije za formulisanje obavljaju samostalno, kod pojedinih specifičnih pitanja one takođe uspostavljaju saradnju sa specijalizovanim međunarodnim

²⁶ Model međunarodnog prodajnog ugovora smatra se jednim od najuspešnijih model ugovora MTK i namenjen je standardizaciji uvožno-izvoznog poslovanja u vezi sa industrijskom robom koja je namenjena daljoj prodaji. S. Fišer Šobot, *Pravo međunarodne prodaje*, Novi Sad 2014., 31.

²⁷ Navedeni propisi ujedno predstavljaju i najprodavanije publikacije MTK u Srbiji prema podacima Nacionalnog odbora Međunarodne trgovinske komore Srbije.

²⁸ J. Vilus *et.al.*, 80.

²⁹ Principi UNIDROIT su doneti 1994. godine, a revidirani su 2004, 2010, i 2016. godine.

³⁰ Prilikom prihvatanja Principa UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore UNCITRAL je uputio čestitku UNIDROIT „na daljem doprinosu olakšavanju funkcionisanja međunarodne trgovine pripremanjem opštih pravila za međunarodne trgovinske ugovore”.

³¹ Predlog se zasniva na presedanu učinjenom 2006. godine a u vezi sa formalnom Preporukom UNCITRAL-a u pogledu tumačenja Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine.

³² M. J. Bonell, “Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review* 233/2007, 244.

organizacijama, što je rezultiralo usavršavanjem većeg broja tekstova. Recimo, UNIDROIT je saradivao s UNCITRAL-om na reviziji Haških jednoobraznih zakona o međunarodnoj prodaji (usvojenih na Haškoj diplomatskoj konferenciji), koji su potom poslužili kao osnov za donošenje Bečke konvencije. Kooperacija UNIDROIT i UNCITRAL-a uspostavljena je i u vezi sa usvajanjem Konvencije o odgovornosti preduzetnika transportnih terminala.³³ U oblasti unifikacije arbitražnih pravila nacrti UNIDROIT su korišćeni za izradu Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine, kao i prilikom usvajanja Evropske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži od 1961. godine.³⁴

Analogno, UNCITRAL je prihvatio Inkotermse i Jednoobrazna pravila i običaje za dokumentarne akreditive, kao izuzetno uspešne instrumente koje je pripremila MTK. Takođe, saradnja i uzajamno uvažavanje rezultata ovih agencija je očigledna na osnovu činjenice da sve veći broj model zakona koje pripremaju upravo MTK ili, na primer, Svetska trgovinska organizacija, sadrže referencu i ugledaju se na Principe UNIDROIT.³⁵ Tako je MTK sačinila model klauzulu o promenjenim okolnostima čija su rešenja inspirisana pravilima Principa UNIDROIT (čl. 6.2.2). U UNIDROIT su sastavljeni nacrti brojnih konvencija koje su usvojene na diplomatskim konferencijama država članica, npr. Haške konvencije iz 1964. godine koje sadrže jednoobrazne zakone o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari i o zaključenju ugovora o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari.³⁶ Takođe, UNCITRAL je 2011. godine doneo Model zakon o javnim nabavkama uz uzimanje u obzir Sporazuma o javnim nabavkama Svetske trgovinske organizacije i Vodiča o nabavkama Svetske banke.

Međutim, detaljniji pogled na rad i rezultate mnogih vladinih i nevladinih agencija za formulisanje koje su uključene u harmonizaciju međunarodnog trgovinskog prava pruža prilično konfuznu sliku. Ne postoji glavna agencija, iako UNCITRAL, s obzirom na to da je agencija Ujedinjenih nacija, uživa veliki ugled u mnogim zemljama sveta. Dok

³³ I. Spasić, 29.

³⁴ R. Vukadinović, 164.

³⁵ M. J. Bonell, 241.

³⁶ M. Stanivuković, „Instrumenti harmonizacije i unifikacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, s posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava“, u: *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo – prilog harmonizaciji domaće zakonodavstva* (ur. R. Vukadinović), Kragujevac 2001, 66.

svaka agencija ima sopstvene modalitete rada i perspektivu, u mnogim oblastima traže se normativna rešenja za iste probleme. I dok postoje izvesni pokušaji da se na neformalnom nivou uspostavi koordinacija, ona pre svega zavisi od personalnih odnosa članova konkretnih organizacija. U određenim instancama se čak koordinacija smatra načinom da se ubedi druge agencije na pasivno držanje. Zaključuje se da, s obzirom na to da ne postoji jedna institucija koja će imati sveobuhvatan pogled na brojne aktivnosti koje preduzimaju različite agencije, ne postoji ni realna inicijativa i pritisak da se izbegne dupliranje posla.

Neizbežno rasipanje resursa uslovljava činjenica da su u mnogim različitim agencijama za formulisanje zaposleni većinom visoko kvalifikovani stručnjaci kao redovni učesnici normativnih procesa, koji istovremeno traže rešenja za istovetne probleme. Potencijalno je još opasnije to što svaka agencija može formulirati različito rešenje povodom istog pitanja i potom ga promovirati kao ono koje bi trebalo preferirati. Pošto svaka agencija promovira svoje rezultate međunarodnoj zajednici, činjenica da neke države mogu biti ubeđene od strane jedne ili druge agencije znači da različiti pravni režimi mogu biti uspostavljeni na nacionalnim nivoima da bi se postigao izvorno harmonizujući cilj. Ali ishod je upravo disharmonizacija - umesto da se razlike ublaže, stvaraju se prepreke i povećani troškovi prilikom ekspanzije svetske trgovine, kao i konfuzija umesto primenjivih istovetnih pravnih pravila.

Nije teško raspoznati razloge, pre svega istorijske, za takvu situaciju. Razne agencije su nastajale u različitim momentima (npr. UNIDROIT je osnovan 1926. godine, a UNCITRAL četrdeset godina kasnije, pri čemu je izostao pokušaj da se ragnariče oblasti njihovih delovanja) i tokom vremena su napredovale i identifikovale sopstvene profesionalne ciljeve. Jednom ustanovljene kao institucije, teško bi prihvatile da suze prostor svog delovanja, štaviše, prirodno im se nameće imperativ da ga šire. Među stručnjacima, takođe, postoji konkurencija u procesu pronalaženja rešenja pojedinog pitanja, pri čemu su pripadnici onih država koji su dominantno zastupljeni u pojedinim agencijama u prilici da insistiraju na svojim predlozima, pogotovu kada se ima u vidu da te države ne žele da budu svedoci smanjenja sopstvenog uticaja kojim postižu, preko svojih pripadnika, normativne rezultata koji njima odgovaraju.

Smatra se da velik broj ovih agencija stavlja u neravnopravan položaj države koje nemaju dovoljno sredstava da u svakoj organizaciji efikasno zastupaju svoje interese prilikom formulisanja pravila koja će se i na njih odnositi (što je, recimo, u suprotnosti sa primarnim ciljem UNCITRAL-a

da se obezbedi zemljama u razvoju da učestvuju ovim u procesima).³⁷ Evidentno je da uključenje navedenih zemalja ukazuje na demokratizaciju u stvaranju prava na međunarodnom nivou, ali potrebno je skrenuti pažnju na mogućnost prezastupljenosti, te na opasnost od hegemonije onih ekonomski moćnijih. Potrebno je primetiti da se globalizacija u svom negativnom obliku vrši i putem ovih organizacija zahvaljujući dominantnom uticaju pojedinih svetskih sila koje na taj način nameću sopstvene normativne institute i stavove. Stoga postoji potreba da država poput Srbije intenzivira aktivnosti na usavršavanju i finansiranju svog naučnog kadra ne bi li njihovo učešće u ovim organizacijama bilo delotvornije.

Među agencijama za formulisanje dolazi do preklapanja posla, ali je, ipak, poslednjih decenija postignuto mnogo zahvaljujući njihovim aktivnostima. Preporučljivo je da njihov rad bude usklađen, ne bi li se sprečilo rasipanje intelektualnih i finansijskih kapaciteta. Predlozi za rešenje komplikovanog odnosa između agencija za formulisanje značajno variraju. Izlaz se vidi u osnivanju jedne agencije nasuprot mnoštva nekoordinisanih, čak takmičarski nastrojenih agencija. Spominje se i manje dramatična solucija u vidu postojanja jedne agencije koja bi nadgledala i koordinisala rad ostalih. Oba predloga su, prema našem mišljenju, utopijska i nerealna. Autori³⁸ ne propuštaju priliku da ukažu na ironičnu protivrečnost da je neophodno prvo harmonizovati same agencije kojima su zadaci harmonizacije i unifikacije povereni, kako bi se moglo efikasno ujednačiti međunarodno trgovinsko pravo,

Svakako je važno da rad navedenih organizacija bude optimalizovan, ali, s obzirom na to nije izvodljiva opcija uspostavljanja jedne kontrolne agencije, alternativa je u ustanovljavanju redovnih foruma (savetovanja, konferencija) kako bi se koordinisao rad agencija. Održavanje i funkcionalnost takvih foruma zavisili bi od volje država, pogotovo onih koje su aktivne članice više agencija za formulisanje. Od suštinskog je značaja potreba da pomenute organizacije blisko sarađuju, kako u smislu odabira projekata, dogovora oko preuzimanja obaveze, sačinjavanja nacrtu pravnih akata, tako i u smislu opredeljenja za odgovarajuća sredstva harmonizacije. Bez sumnje, u nekim agencijama imaju više iskusnih stručnjaka i eksperata za izvesne oblasti ili za formulisanje izvesnog tipa pravnog instrumenta, dok su druge specijalizovane za drugačije vidove

³⁷ J. W. T. Chan, „Allocation of Work Among Formulating Agencies“, *Modern Law for Global Commerce*, UNCITRAL, Vienna 2011, 33, https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf, 12.01.2018.

³⁸ *Ibid.*, 35.

harmonizacionih tehnika. U svakom slučaju, profesionalne asocijacije i trgovinska zajednica moraju biti uključene u proces stvaranja prava, s obzirom na to da korisnici kojima su ta pravila namenjena često imaju jasniju sliku i konkretnije poglede na moguća rešenja. Agencije za formulisanje, prema našem mišljenju, predstavljaju veoma pogodna tela za ostvarivanje ovog zahteva.

5. Normativni metodi agencija za formulisanje

Upotreba *soft law* izvora koje keriraju međunarodni nevladini subjekti diktirana je nepostojanjem kapaciteta za stvaranje prava u tradicionalnom smislu. Tako se alternativnim aktima bez obavezujuće snage, ali sa nesumnjivom pravnom snagom, nadomeštaju manjkavosti međunarodnog pravnog poretka u smislu nepostojanja njegove centralizacije i koherentnosti. Što se, pak, tiče raznolikosti upotrebljivanih instrumenata, potvrđuje se da nema opasnosti od tzv. „borbe formi“ jer je zauzet stav da je moguće i potrebno koristiti razne oblike ujednačavanja propisa i prakse.³⁹ Dvojnost pristupu ujednačavanju trgovinskog prava, a povodom pitanja da li bi trebalo da u domenu internacionalnih organizacija bude i kreiranje *soft law* instrumenata (nasuprot koncentrisanju isključivo na *hard law* propise),⁴⁰ opravdavamo stavom prema kome postoji adekvatna uloga i pojedine prednosti kako za meko pravo, tako i za obavezujuće propise. Nema potrebe za opredeljenje u korist samo jednog sankcionisanog tipa harmonizacije, jer su *soft law* izvori pronašli svoje mesto u proširenom spektru međunarodnih instrumenata.

Dakle, agencije za formulisanje se koriste različitim pravnim propisima kao sredstvima ujednačavanja. Upravo je jedno od prethodnih metodoloških pitanja i pitanje oblika harmonizacije/unifikacije koji bi bilo adekvatno izabrati. Recimo, u okviru UNIDROIT, za sve oblike unifikacije postoji više konkretnih primera u praksi i nijedan oblik se ne može izabrati *a priori* kao najbolji. Tek u konkretnom slučaju može se reći koji će vid unifikacije biti najpogodniji. Međunarodnim konvencijama su, na primer, uređena pitanja međunarodne prodaje robe i finansijskog lizinga; plaćanje putem dokumetarnog akreditiva uređeno je jednoobraznim pravilima; unifikacija materije franšizing poslova sprovedena je donošenjem

³⁹ J. Vilus *et.al.*, 25.

⁴⁰ H. Kronke, “Methodical Freedom and Organizational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law”, *Loyola Law Review* 51/2005, 293.

vodiča; za mnoge trgovinske poslove postoje standardni ugovori; što se tiče opštih pitanja u vezi sa trgovinskim ugovorima ona su unificirana usvajanjem opštih načela.⁴¹ Slično tome, u pogledu materije javnih nabavki, UNCITRAL (reagujući istovetno i u drugim spornijim oblastima poput međunarodnog trgovinskog mirenja) normativni tekst nije ponudio u formi konvencije, već u vidu modela zakona, kako bi države ovo kompleksno pitanje mogle prilagoditi svojim specifičnim potrebama.⁴² Upravo u vezi sa iznetim primerima, mora se ukazati na to da u značajnom delu materije međunarodnog trgovinskog prava ne postoji ni minimalna potrebna saglasnost koja bi omogućila da u doglednoj budućnosti ta materija bude uređena međunarodnim “tvrđim” propisom (na primer, pitanja novih i mešovityh ugovora). U opisanim situacijama, umesto da konkretna oblast ostane neuređena, kao prelazno rešenje upotrebljavaju se *soft law* izvori, što neretko predstavlja prvi korak ka njihovom kasnijem detaljnijem propisivanju.

Dakle, razlog za postojanje i upotrebu mnoštva izvora prava leži u nedostacima svakog izvora pojedinačno kao i u složenosti materije koja podleže unifikaciji. Ono što odgovara uređenju jednog pitanja na međunarodnom nivou, za drugu oblast se može pokazati potpuno neprimere-nim ili makar nefunkcionalnim. Najjednostavnija zamisliva situacija bila bi ona kada bi se svako pravno pitanje uredilo konvencijom ili uredbom/direktivom na nivou EU kao tradicionalnim *hard law* propisima. Konvencije jesu najsveobuhvatniji oblik unifikacije, kojim se najviše vodi računa u uspostavljanju kompromisa između težnji zastupnika različitih pravnih sistema kao i o potrebama ekonomski slabijih država. Međutim, samo kompromisno rešenje zastupljeno konvencijom, usled potrebe da se uravnoteže različiti zahtevi, može biti nedovoljno jasno i originalno, suviše rigidno, dok je i proces njihovog kreiranja dug (uz neophodan proces ratifikacije koji primenu konvencije može odložiti unedogled čak i u najboljim primerima). Tokom dugog perioda od usvajanja do stupanja na snagu konvencije, privredni odnosi koji su uslovili njeno nastajanje mogu se znatno izmeniti, čineći konvencijske norme zastarelim. Složen postupak eventualne izmene i operacionalizovanja, kao i značajni birokratski, administrativni i politički troškovi još su neki od nedostataka ovih nesumnjivo značajnih izvora prava.

S druge strane, prednosti koje pruža upotreba *soft law* izvora su mno-

⁴¹ I. Spasić, 32.

⁴² Očiglednost nemogućnosti uređenja ove oblasti tvrđim izvorom prava ogleda se u činjenici da UNCITRAL poseže za model zakonom već treći put u pogledu regulacije ovog pitanja.

gostruke. Upravo nesankcionisanost *soft law* izvora u velikom broju slučajeva predstavlja adresatima njegovo najatraktivnije obeležje, zato što se tako manje ugrožava državni suverenitet i ostavljanja priličan obima slobode. Štaviše, nema političkog uslovljavanja, a “meko” pravo se ipak javlja kao izvestan vid surogata tvrdom pravu. Stoga države neće osećati pritisak da doslovno harmonizuju svoje zakonodavstvo s međunarodnim propisima, već će se tempom koji njima odgovara prilagođavati predlozima iznetim u aktu mekog prava. Dakle, u oblasti razvoja međunarodnog trgovinskog prava postoji adekvatan prostor i za *soft law* i za obavezujuće instrumente, te bi insistiranje na “tvrdim” međunarodnim propisima učinilo da se propuste višestruki pozitivni učinci primene izvora mekog prava.

6. Zaključak

Agencije za formulisanje u svojstvu savremenih subjekata harmonizacionih procesa promenile su mehanizme i tipičnu racionalizaciju koja je stajala iza sačinjavanja i primene normi međunarodnog trgovinskog prava. Principi, model zakoni, vodiči i slični instrumenti obeležje su njihovih normativnih aktivnosti koji stoje pored nesporno značajnih konvencija i drugih *hard law* izvora. Tako se budući međunarodnopravni diskurs oblikuje upotrebom nesankcionisanih propisa u okviru agencija, koje na taj način utiču na već ustaljene pravne kategorije. Opravdano se, ipak, ističe opasnost od „preteranog stvaranja“ *soft law* akata, odnosno opasnost od rivaliteta različitih organizacija koje donose razne instrumente koji se odnose na ista pitanja. Jasno je da varijacije u tekstovima, pa i njihova nedoslednost slabe autoritet svih ovakvih instrumenata. Stoga naglašavamo da je neophodno harmonizovati aktivnosti agencija za formulisanje ne bi li se izbeglo dupliranje preduzetih radnji usled nedovoljne koordinacije. Što je još ozbiljnije, procesi približavanja prava mogu biti ugroženi donošenjem različitih propisa agencija povodom istog pravnog pitanja, što je u direktnoj suprotnosti sa njihovim osnovnim unifikacionim ciljevima. Paradoksalno je, ali i realno, da je upravo radi ostvarivanja osnovnih delatnosti navedenih organizacija potrebno prethodno njihove aktivnosti usaglasiti. Optimalno početno usklađivanje moglo bi se sprovesti organizovanjem redovnih foruma.

Neophodno je, takođe, da subjekti harmonizacije prava prepoznaju ograničenja instrumenata koje stvaraju, odnosno da se postave praktičniji kriterijumi pri njihovom odabiru. Agencije za formulisanje

su, čini se, prepoznale da konvencije treba rezervisati za posebne slučajeve koji zahtevaju uniformnost, što je trend koji bi trebalo nastaviti, ukoliko je viši stepen fleksibilnosti poželjan u konkretnoj problematici. U pogledu primene instrumenata mekog prava mišljenja smo da se hibridnim, kombinovanim pristupom utire put modernom vidu stvaranja prava. Naime, kroz interakciju *hard law* i *soft law* u jednom koegzistirajućem i komplementarnom modelu, izgledan je pozitivan ishod u vidu nadopunjavanja njihovih pojedinačnih potencijala u procesu harmonizacije međunarodnog trgovinskog prava.

Literatura

- Abbott, K., Snidal, D., „Hard and Soft Law in International Governance“, *International Organization* 3/2000.
- Bonell, M. J., „Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles“, *Uniform Law Review* 233/2007.
- Chan, J. W. T., „Allocation of Work Among Formulating Agencies“, *Modern Law for Global Commerce*, UNCITRAL, Vienna 2011, 33, https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf, 12.01.2018.
- Đurđev, D., „Doprinos Ujedinjenih nacija unifikaciji pravila međunarodnog privrednog prava“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine-Časopis za pravnu teoriju i praksu* 10/1995.
- Fišer Šobot, S., *Pravo međunarodne prodaje*, Novi Sad 2014.
- Guzman, A., T. Meyer, „International soft law“, *Journal of Legal Analysis* 1/2010
- Kronke, H., „Methodical Freedom and Organizational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law“, *Loyola Law Review* 51/2005.
- Meyer, L., „Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization“, *Denver Journal of International Law and Policy* 9/2006.
- Nikolić, D., *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad 2008.
- Schermers, H., Blokker, N., *International Institutional Law*, Leiden 2011.
- Schmitthoff, C., *Commercial Law in Changing Economic Climate*, London 1981.
- Spasić, I., „UNIDROIT - Doprinos unifikaciji nekih od najvažnijih pitanja međunarodnog trgovinskog prava“, *Strani pravni život* 2/2009.
- Stanivuković, M., „Instrumenti harmonizacije i unifikacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, s posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava“, u: *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko*

pravo–prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva (ur. R. Vukadinović), Kragujevac 2001.

Vilus, J. *et.al.*, *Međunarodno privredno pravo*, Novi Sad 2012.

Vogenauer, S., “Sources of Law and Legal Method in Comparative Law”, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law* (ed. M. Reimann, R. Zimmermann), Oxford 2006.

Vukadinović, R., *Međunarodno poslovno pravo–opšti deo*, Kragujevac 2012.

Marija Mijatović, Ph.D

FORMULATING AGENCIES – WORKING METHODS AND COOPERATION BETWEEN CONTEMPORARY SUBJECTS OF HARMONIZATION OF INTERNATIONAL TRADE LAW

Summary

Institutions in the form of so called formulating agencies have greatly contributed to the harmonization of international trade law. Their efforts in finding common principles in different national trade laws are all in the service of providing international trade flow, increased law certainty and prevention of legal disputes. To achieve those goals, formulating agencies use different normative methods, both traditional (hard law) and alternative (soft law) sources. However, imprecise allocation of jurisdiction between these international organisations leads to unreasonable wastage of intellectual and financial capacities, but also to a serious problem of doubling legal acts with purpose of regulating the same questions at the international level. Influence of formulating agencies on modern normative processes is steadily growing, yet still there are steps to be taken in terms of clear coordination and separation of their activities.

Keywords: formulating agencies, harmonization of law, international trade law, soft law, hard law.

ALTERNATIVNE KRIVIČNE SANKCIJE U PRAVIMA NORDIJSKIH DRŽAVA

Apstrakt

Specifičnost krivičnih prava nordijskih država ogleda se u tome što u trendu sverastuće punitivnosti u svetu i zaoštavanja kaznene politike, njihova jedna od ključnih odlika jeste izbegavanje izricanja kazne lišenja slobode kad god je to moguće i okretanje ka njenim alternativama. Naime, nordijske zemlje već decenijama ostaju na istom kursu u pogledu sankcionisanja učinilaca krivičnih dela, te njihova blaga kaznena politika, naročito u očima anglosaksonskih zemalja i zemalja koje su pod njihovim uticajem, u direktnoj je relaciji sa visokim socijalnim izdvajanjima u ovim društvima i postojanjem realne društvene egalitarnosti među građanima. Cilj ovog rada jeste da se prezentuje sistem krivičnih sankcija u pravu skandinavskih država, sa ključnim osvrtom na alternative kazni zatvora i njihovu praktičnu primenu, kao i da se ukaže na razloge postojanja takvog sistema sankcionisanja i njegove prednosti u odnosu na pravne sisteme sa izrazito reperesivnim elementima u kaznenoj politici.

Ključne reči: *nordijsko pravo, krivične sankcije, alternative kazni zatvora, socijalna politika, jednakost građana, punitivnost*

1. Uvod

U okviru evropskokontinentalnog sistema prava postoji posebna podgrupa nordijskog ili skandinavskog prava u širem smislu¹ u koje spadaju

* Autorka je sudija u Osnovnom sudu u Požegi i doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, e-mail: otolgates@gmail.com.

¹ Nordijske zemlje predstavljaju region severne Evrope koji obuhvata pet država - Švedsku, Finsku, Norvešku, Dansku i Island, dok se termin skandinavske države odnosi na teritoriju koja pripada trima baltičkim zemljama – Norveškoj, Danskoj i Švedskoj. U širem smislu, u skandinavske zemlje se često ubraja Finska, uz Norvešku, Dansku i Švedsku, pa se taj termin skandinavske zemlje shvaćen u širem smislu upotrebljava u radu kao sinonim za nordijske zemlje.

prava država Švedske, Finske, Norveške, Danske i Islanda. Navedene zemlje su povezane kako zajedničkom historijom i tradicijom, tako i kulturom i jezikom.² Istorijski su se razvile u zasebne državne tvorevine, ali u isto vreme između njih postoji naročita veza, sličnosti u pravnim rešenjima i preklapanja koja oblikuju poseban regionalni - skandinavski identitet.³

Kada je u pitanju krivično pravo i u okviru njega pitanje krivičnih sankcija, a posebno onih koje su alternative kazni zatvora, na veoma slične načine su one propisane i primenjuju se u svim nordijskim zemljama. Ono što nesumnjivo jeste zajednička karakteristika svih nordijskih država jeste da imaju blagu kaznenu politiku⁴ i veoma nisku stopu zatvorenih lica⁵, te u situaciji kada u celom svetu, a naročito u anglosaksonskim zemljama, raste zatvorska populacija iz godine u godinu i dolazi do zaoštavanja u kaznenoj politici širom sveta, u skandinavskim zemljama skoro pola veka se stopa zatvorenih lica kreće u rasponu od svega 40 do 60 zatvorenika na 100.000 stanovnika⁶ i sada je ubedljivo najniža u Evropi.⁷

² One su dugo činile političku uniju, Norveška je bila u političkoj zajednici sa Danskom od 1380. do 1814. godine, a sa Švedskom od 1814. do 1905. godine. v. B. Košutić, *Uvod u velike pravne sisteme današnjice*, Službeni list SRJ, Beograd 2002, 116.

³ U tom smislu: J. Pratt, „Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess“, *British Journal Criminology*, 48/2008, 119–120.

⁴ Većina savremenih teoretičara opisuje skandinavsku kaznenu politiku kao relativno blagu, posebno u poređenju sa savremenom kaznenom politikom Sjedinjenih Američkih Država, Velike Britanije i nekih evropskih zemalja: v. D. Scharfmueller, *Life imprisonment in Scandinavia: The ultimate punishment in the penal environments of Denmark, Finland and Sweden*, Northern Arizona University 2015, 8.

⁵ Zapravo takva je situacija sve do današnjih dana u Danskoj, Norveškoj, Švedskoj i Islandu, dok je Finska imala drugačiji razvoj u oblasti primene kazne zatvora. Pedesetih godina prošlog veka u Finskoj je stopa zatvorenih lica bila čak četiri puta veća nego u drugim nordijskim zemljama (200 lica lišenih slobode na 100.000 stanovnika, u poređenju sa stopom od oko 50 zatvorenika u ostalim nordijskim zemljama). Međutim, nakon Drugog svetskog rata, a naročito sedamdesetih i osamdesetih godina prošlog veka kada je u većini drugih država zatvorska populacija sve više rasla, u Finskoj je postepeno opadala, da bi početkom devedesetih godina Finska dostigla nordijski nivo od 60 zatvorenika na 100.000 stanovnika. v. T. Lappi-Seppälä, „Penal Policy in Scandinavia“, *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective, Crime and Justice: A Review of Research*, Tonry M. (ed.), Vol. 36, 2007, 265., kao i H. von Hofer, T. Lappi-Seppälä, L. Westfelt (ed.), *Nordic Criminal Statistics 1950–2010*, Summary of a report. 8th revised edition, Kriminologiska institutionen Stockholms universitet 2012, 67.

⁶ Danas najnižu stopu zatvorenih lica od svih nordijskih zemalja ima Island – 37, za njim slede Švedska sa 53, Finska sa 57, Danska sa 59, dok Norveška prema najnovijim podacima, zaključno sa septembrom 2016. godine, ima najvišu stopu od 74 zatvorenika na 100.000 stanovnika. v. <http://www.prisonstudies.org/country/norway> (denmark, sweden, finland, iceland), 3.9.2017.

⁷ V. T. Lappi-Seppälä, „Imprisonment and non-custodial alternatives in the Nordic countries“, *Risk and vulnerability in prison populations: a global crisis*, Institute of Criminal Policy Research, Birbeck University of London, 2016, 5, www.bbk.ac.uk/bisr/events/risk-and-vulnerability.../at.../file, 29.4.2018.

Koreni opisanog pristupa kažnjavanju uz nisku stopu izricanja kazne zatvora nalaze se u velikim izdvajanjima za socijalnu pomoć i ulaganjima u socijalnu politiku. U teoriji se često ističe da skandinavske države imaju najmanju stopu zatvorenih lica i najveću stopu socijalnih davanja u Evropi, da građani imaju visok stepen poverenja u predstavnike vlasti koji uživaju puni politički legitimitet i da je, takođe, kod građana navedenih država zastupljen najniži stepen straha od kriminaliteta u poređenju sa građanima ostalim evropskim državama.⁸ Korelacija između većeg ulaganja u socijalnu politiku i penalne politike je evidentna, što se vidi i iz suprotnog primera anglosaksonskih država, kao i drugih evropskih zemalja (kojima pripada i naša država), u kojima je nivo socijalnih davanja niži, dok je, s druge strane, izrazito visok stepen izricanja kazne zatvora, što je sve praćeno sve nižim nivoom poverenja građana u rad državnih organa, tako da, uprkos represivnoj atmosferi jača strah građana od kriminaliteta.⁹ Visoka socijalna davanja nužno vode ka smanjenju socijalnih nejednakosti i društvene ranjivosti pripadnika marginalizovanih društvenih grupa; smanjenje broja ljudi koji izdržavaju kaznu zatvora jednim delom je posledica povećanih ulaganja u socijalno zbrinjavanje već i zbog činjenice što se osobe koje su izvršile određeno krivično delo smatraju u skandinavskim zemljama nedovoljno dobro integrisanim u društvo, tako da im je potrebna pomoć društva po izlasku iz zatvora.¹⁰ U skandinavskim društvima su stoga povećane mogućnosti primene različitih alternativa kazni zatvora koje se obilato koriste i zahtevaju nadzor i pomoć nadležnih probacionih i socijalnih službi.

⁸ S. Soković, „Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike)“, *Crimen*, 2/2011, 222-223, kao i: S. Snacken, „Resisting Punitiveness in Europe?“, *Theoretical Criminology*, vol. 14, 3/2010, 277.

⁹ Veza između nivoa represije i socijalnih davanja potvrđena je na navedenom primeru Finske (v. fusnotu br. 5), što pokazuje da faktori poput visokog nivoa socijalne i ekonomske sigurnosti, jednakosti u raspodeli društvenih resursa i velikodušna socijalna davanja doprinose niskom nivou punitivnosti i represije. T. Lappi-Seppälä (2007), 274.

¹⁰ Skandinavske države spadaju u zemlje kod kojih je visok nivo poštovanja ljudskih prava i sloboda svih njenih građana, uključujući tu i učinioce krivičnih dela (ne baš popularnu manjinu u društvu). Smatra se da je to karakteristika pravih ustavotvornih demokratija za razliku od populističkih demokratskih društava u kojima se želi istaći značaj volje većine nad pravima i interesima nepopularne i nezaštićene manjine. Zapravo, prava demokratska društva, poput nordijskih, ne streme da zaštitne interese većine, već da dostignu opšti interes društva. S. Snacken, 282.

2. Sistem krivičnih sankcija u nordijskim zemljama i primena alternativnih krivičnih sankcija

Nordijske države odlikuje, dakle, blaža kaznena politika i znatno manji broj zatvorske populacije, naročito u poređenju sa anglosaksonskim državama, ali i sa drugim evropskim zemljama. Taj znatno manje represivni karakter nordijskog sistema krivičnih sankcija i u tom smislu kriminalno-političko opredeljenje nadležnih državnih organa naročito plastično dočarava jedna situacija kada su kao članice Saveta Evrope države definisale šta za njih znači termin „dugotrajne kazne zatvora“ (*long-term prison sentences*), te je tada Norveška, za razliku od većine centralnih i istočnoevropskih zemalja koje su označile kaznu zatvora od deset godina pa naviše, pod tim terminom smatrala kazne zatvora duže od 18 meseci.¹¹ U svim nordijskim državama smrtna kazna je zabranjena još u XIX veku ili u prvoj polovini XX veka, a identično je bilo i sa telesnim kažnjavanjem. Najteža krivična sankcija koja sada postoji u Danskoj, Finskoj, Švedskoj i Islandu je doživotni zatvor, što u praksi zapravo znači zatvorsku kaznu od oko petnaest godina zatvora, zbog širokih mogućnosti uslovnog otpuštanja. Norveška je ukinula kaznu doživotnog zatvora i zamenila je sa kaznom zatvora od maksimalno 21 godine, a inače je u Danskoj i Islandu maksimalna kazna zatvora 16 godina, Finskoj 12 godina i Švedskoj 10 godina. U slučaju izvršenja više krivičnih dela ili u slučaju recidiva, u Danskoj i Švedskoj ovi zakonski limiti u pogledu maksimalne kazne zatvora mogu se povećati.

Inače, kazna zatvora se u svim navedenim skandinavskim državama koristi samo za kažnjavanje učinilaca težih krivičnih dela.¹² Najviše se zapravo izriče novčana kazna i to u Danskoj, Finskoj i Švedskoj po principu dani – novčana kazna, dok se na Islandu i u Norveškoj odmerava u određenom iznosu. Alternativne krivične sankcije se primenjuju u značajnom obimu prema maloletnim osobama koje navršše 15 godina i punoletnim učinocima, koji izvrše lakša krivična dela (odgovarala bi prekršajima u Republici Srbiji) ili dela srednje težine, a izvršavaju se u zajednici¹³. Postoji veliki broj zakonskih opcija u skandinavskim zemljama za primenu alternativnih sankcija, što je posledica činjenice da krivični zakoni dozvoljavaju različite kombinacije određenih sankcija. Ipak

¹¹ *Ibid.*, 287.

¹² Kao posledica male zatvorske populacije, u nordijskim zemljama su, kao pravilo, zatvori mali, moderni i karakteriše ih visok nivo profesionalnosti osoblja. H. von Hofer, T. Lappi-Seppälä, L. Westfelt, 15.

¹³ T. Lappi-Seppälä (2016), 18-23.

u osnovne sankcije koje se izvršavaju u zajednici – alternativne krivične sankcije spadaju sledeće:

- obična uslovna osuda – vrlo često kombinovana sa drugim alternativnim sankcijama;
- uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom ili probacija – kao nezavisna ili kao komplementarna sankcija;
- rad u korist društvene zajednice (rad u javnom interesu) - kao nezavisna ili kao komplementarna sankcija;
- upućivanje na lečenje - kao nezavisna ili kao komplementarna sankcija, ili, pak, kao deo socijalne pomoći;
- elektronski nadzor.¹⁴

2.1. Uslovna osuda, zaštitni nadzor i probacija

Uslovna osuda je propisana u krivičnim zakonicima svih skandinavskih zemalja¹⁵ i ona se primenjuje generalno u slučaju izvršenja kako lakših, tako i krivičnih dela srednje težine. Ono što odlikuje uslovnu osudu kod većine nordijskih zemalja jeste da je to uslovna osuda evropskokontinentalnog tipa koja podrazumeva da je u okviru nje utvrđena kazna koja se ne izvršava ukoliko učinilac krivičnog dela za vreme roka proveravanja ne učini novo krivično delo. Jedino Švedska nema na taj način regulisanu uslovnu osudu, već se zapravo radi o običnom upozorenju da će se učiniocu krivičnog dela izreći sankcija koja u momentu izricanja osude nije određena, ukoliko u roku koji sud odredi osuđeni ne izvrši novo krivično delo. Na ovakav način određena uslovna osuda u Švedskoj pre odgovara

¹⁴ T. Lappi-Seppälä, *Crime prevention and community sanctions in Scandinavia*, 2008, 26. dostupno na: <http://www.clydebankhigh.org.uk/New%20CHS%20Website/Files/modern%20studies/Adv%20Higher/Penal%20System/Articles%20handouts/Scandinavia%20alternatives%20to%20prison.pdf>, 3.9.2017.

¹⁵ Penal Code of the Kingdom of Norway - Lov om straff (2005, entry into force 2015, amended 2017), dostupno na: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-05-20-28>, 16.4.2018.; General Penal Code of Iceland (1940, amended 2015), dostupno na: https://www.government.is/library/Files/General_Penal_Code_sept.-2015.pdf, 16.4.2018.; Criminal Code of the Republic of Finland (1889, amended 2015), dostupno na: <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>, 16.4.2018.; Criminal Code of the Kingdom of Sweden (1962, amended 2015), dostupno na: <http://www.government.se/49cd60/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf>, 16.4.2018.; Criminal Code of Denmark (2005), dostupno na: http://europam.eu/data/mechanisms/PF/PF%20Laws/Denmark/Denmark_Criminal_Code_2005.pdf, 16.4.2018.

uslovnoj osudi anglosaksonskog tipa¹⁶, s tim što pored opisane uslovne osude švedsko krivično pravo poznaje i klasičan anglosaksonski tip probacije u okviru koje probaciona služba sprovodi zaštitni nadzor, dok se kod prethodno navedene uslovne osude ne predviđa mogućnost bilo kakvog nadziranja, već pre služi kao jedna vrsta javne opomene.

Dakle, uslovna osuda u većini nordijskih država je evropskokontinentalnog tipa i može biti sa ili bez zaštitnog nadzora, te oba ova oblika uslovne osude poznaju krivična prava Finske, Norveške, Islanda i Danske¹⁷. U Švedskoj je zaštitni nadzor deo posebno regulisane probacije. Inače, nadzor, pomoć i podršku osuđenim licima tokom sudski određenog zaštitnog nadzora pružaju kako socijalni radnici, tako i volonteri.¹⁸ Kada su u pitanju kombinacije sa ostalim alternativnim sankcijama ili ostalim predviđenim sankcijama i merama, u Finskoj, Švedskoj i Norveškoj je moguće uslovnu osudu kombinovati sa novčanom kaznom i radom u korist zajednice,¹⁹ u Danskoj sa novčanom kaznom, radom u korist zajednice i merom upućivanja na lečenje (terapiju),²⁰ a na Islandu samo sa novčanom kaznom.²¹

U poglavlju 28. Krivičnog zakonika Švedske je kao posebna sankcija regulisana probacija koja se može kombinovati sa novčanom kaznom, kao i sa kaznom rada u javnom interesu i merama lečenja. Pored toga, probacija može se izreći zajedno i sa kratkotrajnom kaznom zatvora u trajanju od 14 dana do tri meseca. Period proveravanja u okviru probacije može da traje

¹⁶ Osnovna razlika između evropskokontinentalnog (francusko-belgijskog) i anglosaksonskog tipa uslovne osude jeste ta što kontinentalni sistem podrazumeva pretnju izvršenjem već izrečene kazne, a kod anglosaksonskog sistema ne preti se konkretnom kaznom, već se preti dovršenjem krivičnog postupka u kome će se tek odmeriti i izreći kazna koja će se izvršiti. v. Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeset i prvo izdanje, Beograd 2014, 339-340.

¹⁷ U navedenim zemljama uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom može biti opozvana ukoliko učinilac izvrši novo krivično delo ili ukoliko ne ispuni neku od postavljenih obaveza, s tim da u okviru zaštitnog nadzora je u svim nordijskim zemljama moguće učiniocu nametnuti i obavezu podvrgavanja tretmanu – lečenju od zavisnosti od droga ili alkohola (u Finskoj jedino za lica koja su u vreme izvršenja krivičnog dela imala od 15 do 21 godine). R. Kristoffersen, *Correctional Statistics of Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden 2009 – 2013*, Correctional Service of Norway Staff Academy, Oslo, november 2014, 8.

¹⁸ U postupak izvršenja alternativnih sankcija u skandinavskim zemljama se uključuje društvena zajednica, pa je tako u tom smislu zanimljiv primer iz Švedske gde volonteri čak dobijaju odgovarajuću mesečnu naknadu za svoj rad, nadoknađuju im se nužni troškovi i izgubljena zarada, zbog čega broj volontera premašuje broj probacionih službenika, te ih ima u proseku deset po jednom službeniku. N. Mrvić – Petrović, *Alternativne krivične sankcije i postupci*, Beograd 2010, 174.

¹⁹ Poglavlje 6, odeljak 10 (1) Krivičnog zakonika Republike Finske, pooglavlje 27, odeljak 2 i 2a Krivičnog zakonika Kraljevine Švedske, poglavlje 6, odeljak 32 i 34 Kaznenog zakonika Kraljevine Norveške.

²⁰ Članovi 57, 58 (2) i 62 Krivičnog zakonika Danske.

²¹ Član 57 a Opšteg kaznenog zakonika Islanda.

do tri godine, s tim što se osuđeno lice nalazi pod zaštitnim nadzorom za vreme prve godine. Ukoliko se osuđeno lice ne pridržava pravila i ne poštuje utvrđene obaveze, trajanje zaštitnog nadzora može biti produženo. Ozbiljnije kršenje utvrđenih obaveza na kraju, ipak, vodi do izricanja kazne zatvora. Inače, i uslovna osuda i probacija se u Švedskoj izriču tek ukoliko sud nađe da za konkretno krivično delo nije adekvatno učinioca osuditi na novčanu kaznu, shodno poglavljima 27 i 28, odeljku 1. Krivičnog zakonika Švedske.

Prema švedskom pravu, probacija sa aktivnim zaštitnim nadzorom može imati tri različite oblika. Osnovna probacija podrazumeva običan nadzor. Osuđeno lice mora biti u stalnom kontaktu sa probacionim službenikom, da ga obaveštava o svakoj promeni adrese, kao i o ostalim osnovnim informacijama o sebi koje se tiču zaposlenja, zarade i načina života. Inače, nadležni probacioni službenik može biti kako iz redova profesionalnog osoblja, tako i volonter. Drugi oblik probacije je probacija kombinovana sa radom u javnom interesu, te tada sud određuje broj časova rada koje osuđeno lice mora izvršiti, s tim što broj časova ne može biti ispod 40, niti više od 240 časova (ista kombinacija je moguća i sa običnom uslovnom osudom). Treći oblik jeste probacija kombinovana sa specijalnim planom lečenja, koje je poznato kao ugovorno lečenje. Opisana sankcija je primarno usmerena na lica koja su dugogodišnji zavisnici od droga ili alkohola i kod kojih postoji očigledna veza između te zloupotrebe i vršenja krivičnih dela. U takvim situacijama se zaključuje ugovor između suda i budućeg korisnika usluga, odnosno izvršioca krivičnog dela koji na ovaj način daje svoju saglasnost za lečenje koje se odvija u kući ili u otvorenoj klinici. Dakle, u okviru ove ugovorne terapije lečenje je uvek fakultativno, mada su realno mogućnosti učinioca krivičnog dela ograničene, jer bira između kazne zatvora ili ostanka na slobodi uz probaciju.²²

Upućivanje na lečenje (terapiju) moguće je izreći u Danskoj u okviru uslovne osude ili uz kaznu zatvora. U slučaju kada se izriču u okviru uslovne osude, navedene mere se izriču licima koji su zavisnici od droga ili alkohola ili u slučajevima kada se određena duševna poremećenost može lečiti terapijom za alkoholičare ili narkomane ili određenom psihijatrijskom terapijom.²³ Cilj nadzora i navedenih specijalnih uslova u okviru uslovne osude jeste da se spreči učinilac da ponovo vrši krivična dela u nekom od

²² T. Lappi-Seppälä (2008), 36. Navedeni autor procenjuje da se u Švedskoj 6.000-7.000 lica svake godine osudi isključivo na probaciju, s tim da od tog broja nešto više od 1.000 njih podvrgava ugovornom tretmanu – lečenju, dok oko 1.000 osuđenika bude osuđeno i na kaznu društveno-korisnog rada.

²³ Član 57. Krivičnog zakonika Danske.

navedenih stanja. Pored navedenog, u okviru uslovne osude učiniocu može da se nametne i neka posebna obaveza, na primer, osobi koja je osuđena za određeno krivično delo koje podrazumeva seksualni odnos sa decom, nije dozvoljeno da zadrži zaposlenje u školi ili instituciji koju posećuju deca.²⁴

Treba takođe istaći da je u pojedinim nordijskim državama poseban nadzor sa lečenjem predviđen u okviru uslovne osude za lica koja su dela učinila vozeći u alkoholisanom stanju. Tako se u Danskoj u okviru uslovne osude određuje i zaštitni nadzor sa obavezom lečenja od zavisnosti od alkohola ukoliko je učinilac imao koncentraciju alkohola u krvi veću od 2 promila ili je ponovo učinio krivično delo vozeći u alkoholisanom stanju, dok se u Norveškoj vozačima pod uticajem alkohola, droga ili drugih medikamentata izriče uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom koji uključuje učešće u tretmanu – lečenju, ali je za ovu sankciju neophodan pristanak učinioca.²⁵

Kao jedan vid specifičnog zaštitnog nadzora treba pomenuti i postupanje tzv. sudova za droge (*drug courts*)²⁶ koji su po ugledu na istovetne sudove u Sjedinjenim Američkim Državama, kao i u Škotskoj i Irskoj, formirani u Norveškoj 2006. godine, u sklopu pilot programa i to u gradovima Oslu i Bergenu. Radi se o nekonvencijalnom krivičnom postupku u kojem je sva pažnja koncentrisana na utvrđenu zavisnost od droga kod učinioca i gde se učinilac podvrgava tretmanu koji vodi i kontroliše angažovani tim stručnjaka, u saradnji sa specijalizovanim sudijom. Cilj lečenja i tretmana jeste da se smanji ili eliminiše zavisnost učinioca od opojnih droga, a da se na taj način smanji i stopa krivičnih dela učinjenih usled te zavisnosti. Sam program lečenja u Norveškoj se sastoji iz četiri faze i specijalno je prilagođen svakom učiniocu kako bi zadovoljio njegove različite potrebe, a sud prati uspešnost lečenja, te nagrađuje uspeh neprimenjivanjem sankcije ili sa prelaskom na sledeću fazu, ali i odgovara na ponovnu kriminalnu aktivnost i nepoštovanje postavljenih uslova, što na kraju može rezultirati, u slučaju potpunog neuspeha, zatvoranjem učinioca.²⁷

²⁴ T. Lappi-Seppälä (2008), 37.

²⁵ R. Kristoffersen, 14.

²⁶ Prema definiciji Američke nacionalne asocijacije zaposlenih u sudovima za droge, sudovi za droge (*drug courts*) su specijalizovani sudovi koji su nadležni za slučajeve koji uključuju u sebi sveobuhvatan nadzor nad učiniocima zavisnicima od droga, zatim njihovo testiranje na droge, usluge lečenja, kao i izricanje neposrednih sankcija i podsticaja navedenim učiniocima krivičnih dela (<http://www.cep-probation.org/wp-content/uploads/2015/03/Norway.pdf>, 20. 26.4.2018).

²⁷ *Ibid.*

2.2. Rad u korist društvene zajednice

Alternativna sankcija rad u korist društvene zajednice (*community service*) je propisana u krivičnim zakonodavstvima svih nordijskih zemalja. Prvi put je regulisana u Danskoj 1982. godine, dok je u Finskoj tek propisana 1991. godine, ali je u kratkom vremenskom intervalu postala u ovoj državi daleko najpopularnija.²⁸ Inače, društveno-korisni rad je na različite načine regulisan u nordijskim zemljama. Tako je u Finskoj ova alternativna sankcija postavljena kao samostalna sankcija koja zamenjuje kaznu zatvora; da bi učinilac krivičnog dela bio osuđen na kaznu rada u javnom interesu potrebno je ispunjenje sledećih uslova: a) da okrivljeni pristane na ovu sankciju; b) da kazna zatvora ne prelazi osam meseci; c) da je okrivljeni sposoban da izvrši rad.²⁹ Međutim, i kada su ispunjeni zakonski uslovi, sud neće izreći sankciju ranije osuđivanom učiniocu. U svakom slučaju se sposobnost okrivljenog da može da vrši društveno-korisni rad ceni na osnovu izveštaja koji dostavlja probaciona služba.

Izvršenje kazne rada u javnom interesu u Finskoj neposredno nadzire probaciona služba i, za razliku od ostalih nordijskih zemalja, nadzor se ograničava samo na kontrolu obavljanja neplaćenog rada, a ne preduzima se generalno nadzor nad ponašanjem osuđenog. Neka manja kršenja određenih obaveza se sankcionišu ukorom, dok se veća kršenja prijavljuju javnom tužiocu koji može slučaj izneti pred sud. Ukoliko sud nađe da su u pitanju ozbiljna kršenja sankcije, te da učinilac krivičnog dela bez opravdanog razloga nije izvršio radne obaveze, može preostali deo časova rada zameniti kaznom zatvora.³⁰

U Danskoj rad u javnom interesu ne predstavlja samostalnu sankciju, već jedan od uslova u okviru uslovne osude, te je učinilac krivičnog dela kome je izrečena uslovna osuda dužan da izvrši određeni neplaćeni rad u korist društvene zajednice u trajanju od najmanje 30 do najviše 240 časova.³¹ Ukoliko učinilac ne izvrši ceo ili, pak, određeni deo neplaćenog rada, sud može opozvati uslovnu osudu i učinioca osuditi na kaznu zatvo-

²⁸ T. Lappi-Seppälä (2008), 40. Danas sve skandinavske zemlje koriste društveno-korisni rad u suštini u sličnom obimu poredeći prema broju stanovnika. Prema podacima iz 2013. godine u Danskoj je navedene godine izrečeno ukupno 3.617 kazni rada u javnom interesu, u Finskoj 2.523, na Islandu 188, u Norveškoj 2.231, a u Švedskoj 5.928 (pri čemu su u ovu poslednju brojku uključene i uslovne osude sa radom u javnom interesu). v. R. Kristoffersen, 15-19.

²⁹ v. Chapter 6., Section 11. Criminal Code of the Republic of Finland.

³⁰ T. Lappi-Seppälä, „Imprisonment and Penal Policy in Finland“, *Scandinavian Studies in Law*, 2009, 339. Navedeni autor ističe da se u Finskoj više od pola kazni rada u javnom interesu izriče za vožnju u alkoholisanom stanju, a godišnje se izvrši od 250.000 do 300.000 časova rada.

³¹ Art. § 63. Criminal Code of Denmark.

ra (u trajanju ne dužem od tri meseca) ili odlučiti da ne opozove uslovnu osudu, nego da u okviru određenog vremena proveravanja, koje ne može biti duže od dve godine, pruži još jednu šansu osuđenom.

Rad u javnom interesu u Norveškoj jeste samostalna sankcija koja zamenjuje kaznu zatvora do jedne godine, uz uslove da učinilac dâ svoj pristanak i da ima prebivalište u Norveškoj.³² Trajanje alternativne sankcije je najmanje 30 do najviše 420 časova rada. Specifično kod norveškog rešenja rada u korist društvene zajednice jeste da se uz ovu sankciju može odrediti i zaštitni nadzor čija sadržina može biti u nalogima koje probaciona služba ima prema osuđenima vezano za njihovo mesto prebivališta ili boravišta, mesto rada, obuke ili lečenja ili, pak, osuđenom može biti zabranjeno da u tom periodu kontaktira određene osobe. Pored toga, uz rad u javnom interesu može biti izrečena i novčana kazna, kao i kazna zatvora u trajanju ne dužem od trideset dana.³³

Rad u javnom interesu u Švedskoj nije samostalna sankcija, već predstavlja deo uslovne osude ili probacije. Može trajati najmanje 40, a najviše 240 časova i u suštini, s obzirom na to da može biti deo specifične uslovne osude (gde se ne utvrđuje prethodno kazna) ili deo probacije, sankcija rada u javnom iteresu predstavlja zamenu za kaznu zatvora.

Zanimljivo je rešenje koje sadrži krivično pravo Islanda, koje je u potpunosti drugačije od ostalih nordijskih zemalja. Rad u korist društvene zajednice, naime, u Islandu ne izriču sudovi u vidu sankcije, već predstavlja jednu administrativnu meru jedinstvene zatvorske i probacione službe (*The Prison and Probation Administration - PPA*) u situaciji kada je učiniocu krivičnog dela izrečena kazna zatvora u trajanju do šest meseci. Služba je ovlašćena da može zatvorsku kaznu zameniti društveno-korisnim radom, ukoliko učinilac na to pristane, odnosno podnese zahtev u tom smislu.³⁴ Opisano specifično rešenje islandskog prava je zapravo posledica činjenice da u toj zemlji ima svega pet zatvora sa totalnim kapacitetom od 138 zatvorenika (koji nikada nije popunjen, u proseku je dugi niz godina svega oko 100 zatvorenika po ustanovi), pa su osuđenici i osoblje u tako malim zatvorima u bliskim odnosima i funkcionišu sa znatno većim međusobnim poštovanjem i poverenjem, nego u većim kaznenim ustanovama.³⁵ S druge strane, mali zatvori ne mogu da ponu-

³² Odeljak 48. Kaznenog zakonika Kraljevine Norveške.

³³ Odeljak 51. Kaznenog zakonika Kraljevine Norveške.

³⁴ E. Baldrsson, „Prisoners, Prisons and Punishment in Small Societies“, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, vol.1, 2000, 11.

³⁵ *Ibid.*, 7.

de takve programe lečenja i rehabilitacione tretmane za osuđenike kakvi postoje u velikim zatvorskim sistemima, pa stoga i ne iznenađuje takvo zakonsko rešenje da zatvorska i probaciona služba odlučuje o zameni već izrečene kazne zatvora do šest meseci kaznom rada u javnom interesu.

2.3. Elektronski nadzor

Elektronski nadzor u nordijskim državama se primenjuje pretežno u dva vida: a) elektronski nadzor kao zamena za kaznu zatvora, odnosno kao kućni zatvor sa elektronskim nadzorom (*front-door*) i b) elektronski nadzor kao jedan od uslova uslovnog otpuštanja sa izdržavanja kazne zatvora (*back-door*). Inače, primenjuje se u svim skandinavskim državama, a najveće iskustvo u primeni elektronskog nadzora ima Švedska, budući da se sankcija primenjuje od sredine devedesetih godina.³⁶ U teoriji se ističe da su nordijske zemlje elektronski nadzor uvele u svoja zakonodavstva na sistematičniji i detaljniji način nego druge evropske zemlje koje su htele da postignu isti cilj, tako da se pristup nordijskih zemalja primeni elektronskog nadzora može smatrati „izuzetnim“, kao i u pogledu retke primene i humanog odnosa prema kazni zatvora.³⁷ Generalne karakteristike elektronskog nadzora u nordijskim državama (bilo da je u pitanju *front-door* ili *back-door* opcija) su sledeće:

- učinilac krivičnog dela mora da zahteva da na opisani način izdržava kaznu zatvora ili da bude pušten na uslovni otpust pod ovim uslovom;
- učinilac mora imati stalno mesto boravka;
- u slučaju da učinilac živi sa nekim, potreban je pristanak tog lica;
- učinilac mora imati neko zanimanje ili posao (pošto je smisao primene elektronskog nadzora da se učiniocu omogući obavljanje neke korisne aktivnosti, ukoliko učinilac nema stalno zaposlenje ili zanimanje, probaciona služba je dužna da mu obezbedi odgovarajuće aktivnosti

³⁶ T. Lappi-Seppälä (2008), 45. Prvo se u Švedskoj primenjivao kao *front-door* alternativa za kratkotrajne kazne zatvora, da bi od 2001. godine počeo da se primenjuje i kao *back-door* opcija za ranije puštanje osuđenog sa izdržavanja kazne zatvora. U Danskoj je elektronski nadzor počeo da se primenjuje kao deo uslovnog otpusta od 2005. godine, što je isti slučaj sa Finskom od 2006. godine.

³⁷ M. Nellis, „Understanding the electronic monitoring of offenders in Europe: expansion, regulation and prospects”, *Crime Law and Social Change*, vol. 62, 2014, 497. Posebno se ističe da se „švedski model“ elektronskog nadzora podržava kao primer modela za svako zakonodavstvo koje tek razvija sistem elektronskog nadzora, nasuprot negativnom, punitivnom britanskom modelu.

- ili u formi rada u javnom interesu ili u vidu učešća u nekom drugom programu);
- učinilac mora da obeća da za vreme trajanja elektronskog nadzora neće koristiti alkohol ili droge, pa je tako jedan važan elemenat elektronskog nadzora proveravanje da li je navedeni uslov ispunjen.³⁸

Primena elektronskog nadzora u sklopu kućnog zatvora (*front-door*), u Švedskoj, gde je prvo počeo da se koristi, najpre je omogućila zamenju kratkotrajne kazne zatvora do najviše tri meseca, da bi se 2001. godine primena proširila na kazne zatvora do šest meseci. Tokom trajanja sankcije osuđeni ostaje u svojoj kući, osim kada mu je probaciona služba dozvolila da napusti dom radi odlaska na posao, na obuku, lečenje, radi učešća u određenim probacionim programima, zatim radi kupovine određenih potrepština ili obavljanja sličnih drugih zadataka. Inače, detaljan plan izvršenja elektronskog nadzora izrađuje probaciona služba koja spovodi sankciju obično putem elektronskog uređaja koji se stavlja na nogu osuđenog lica, a vrlo česte su i nenajavljene posete kući osuđenog ili se ustanovljava njegova obaveza da jednom u sedmici mora doći u probacionu službu i učestvovati u programima koji služba organizuje.³⁹ Tokom nenejavljenih poseta osuđenom, probacioni službenici obavezno primenjuju alko-testove kojima utvrđuju da li osuđeni poštuje zabranu konzumiranja alkohola. Što se tiče testova na drogu, na početku primene elektronskog nadzora i potom kada probacioni službenik smatra da je potrebno preduzimaju se provere testovima urina ili testovima krvi kako bi se utvrdilo prisustvo droga u organizmu osuđenog. Svaka zloupotreba elektronskog nadzora i nepoštovanje obaveza utvrđenih planom izvršenja ove alternativne sankcije, praćena je obično obustavom njenog izvršenja i upućivanjem osuđenog na izdržavanje kazne zatvora. U Švedskoj je, inače, polovina osuđenih na kućni zatvor sa elektronskim nadzorom učinila prestup vožnje u alkoholisanom stanju, 15 % je osuđeno za nasilna krivična dela, dok je za krivična dela protiv imovine, kao i za krivična dela vezana za droge elektronski nadzor primenjivan u 7- 8% slučajeva.⁴⁰

³⁸ T. Lappi-Seppälä (2008), 45.

³⁹ *Ibid.*, 46.

⁴⁰ *Ibid.* Kućni zatvor sa elektronskim nadzorom je u istraživanjima koji su vršeni u Švedskoj ocenjen kao sankcija koja je ekonomičnija od kazne zatvora (od 500 do 850 švedskih kruna manje po danu), a takođe benefiti ove alternativne sankcije se vide i u nastavku rada osuđenog lica na ranijem radnom mestu, čime se izbegava gubitak zarade.

Kada su u pitanju druge nordijske države, treba reći da je primena elektronskog nadzora u okviru kućnog zatvora u Danskoj otpočela 2005. godine i u početku je bila simbolična, odnosno odnosila se samo na lica starosti ispod 25 godina koja su osuđena na kazne zatvora do tri meseca, zatim je 2008. godine ukinuta navedena starosna granica, da bi 2010. godine primena sankcije bila proširena na sva lica osuđena na kaznu zatvora do pet meseci, a 2013. godine na lica osuđena na kaznu o šest meseci.⁴¹ U Norveškoj je elektronski nadzor počeo da se primenjuje od 2008. godine kao pilot program u šest norveških regiona radi zamene kazne zatvora do četiri meseca⁴², dok je 2011. godine u Finskoj kućni zatvor sa elektronskim nadzorom uveden kao supstitut kazne zatvora do šest meseci.⁴³

S druge strane, elektronski nadzor u nordijskim zemljama se ne koristi samo u okviru kazne kućnog zatvora, već i kao deo uslovnog otpusta (*back-door* opcija). Elektronski nadzor kao deo uslovnog otpusta počeo je prvo da se primenjuje u Švedskoj i to 2001. godine eksperimentalno, a od 2005. godine trajno, te su sva lica koja su izvršila kaznu zatvora od najmanje 18 meseci mogla podneti zahtev da poslednjih šest meseci kazne izdržavaju u kućnim uslovima, pod elektronskim nadzorom, s tim što je od 2007. godine mogućnost elektronskog nadzora proširena za sva lica koja su na izdržavanju kazne zatvora preko šest meseci, pri čemu je trajanje uslovnog otpusta uz elektronski nadzor ograničeno na najviše dvanaest meseci.⁴⁴

U Finskoj je 2006. godine donet novi Akt o zatvoru (*The Prison Act*) koji je uveo novu formu probacionog perioda pod zaštitnim nadzorom tokom uslovnog otpusta. Taj novi program je naročito podesan za lica osuđena na dugotrajne kazne zatvora i može se primeniti najranije šest meseci pre puštanja na uslovni otpust.⁴⁵ U Finskoj se, inače, osuđenici koji ranije

⁴¹ M. Nellis, 497. Inače, ciljna grupa u Danskoj za primenu elektronskog nadzora su primarno vozači u alkoholisanom stanju i osobe koje su vozile bez vozačke dozvole (R. Kristoffersen, 13).

⁴² Execution of sentence with electronic monitoring in Norway. <https://www.ssb.no/en/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/straffegjennomforing-med-elektronisk-kontroll-i-norge>, 5.9.2017. Razlog za uvođenje kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom u Norveškoj je taj što je 70% svih izrečenih kazni zatvora trajanja ispod četiri meseca, te je zbog evidentne uštede troškova elektronski nadzor usmeren upravo na osuđena lica na takve kazne, ali i na zatvorenike osuđene na duže kazne zatvora kojima je još ostalo četiri meseca do okončanja kazne (*back-door*) - M. Nellis, 498.

⁴³ H. Linderborg, M. Tolvanen, *Probation in Europe – Finland*, CEP, The European Organisation for Probation, 2013, 9 (<http://www.cep-probation.org/wp-content/uploads/2015/03/Probation-in-Europe-2013-Chapter-Finland.pdf>, 5.9.2017), kao i R. Kristoffersen, 13.

⁴⁴ V. M. Nellis, J. Bungerfeldt, "Electronic monitoring and probation in Sweden and England and Wales: Comparative policy developments", *Probation Journal- The Journal of Community and Criminal Justice*, vol. 60, 3/2013, 288.

⁴⁵ R. Kristoffersen, 13.

nisu bili osuđivani uobičajeno puštaju na uslovni otpust posle izvršene polovine kazne zatvora, a ostali posle izdržane dve trećine. Prilikom puštanja na uslovni otpust, osuđeni se stavlja pod elektronski nadzor koji se ne realizuje na standardan način kao u ostalim državama, stavljanjem elektronskog uređaja na telo osuđenog, nego predajom osuđenom mobilnog telefona koji ima GPS detekcioni sistem. Od osuđenog se zahteva da poziva sa tog telefona, a zatvorska služba ima obavezu da, radi provere, poziva osuđenog na taj telefon, u cilju utvrđivanja lokacije na kojoj se nalazi. Smatra se da je takav metod manje stigmatizujući i značajno jeftiniji od klasičnih tehnika elektronskog nadzora putem tzv. „nanogica“.⁴⁶

Elektronski nadzor se i na Islandu koristi kao *back-door* opcija počev od 2011. godine, tako da, ako je u pitanju kazna zatvora do 12 meseci, osuđeno lice može poslednjih 30 dana biti na uslovnom otpustu sa elektronskim nadzorom, a ukoliko je kazna zatvora duža od 12 meseci, učinilac će dobiti 2,5 dana elektronskog nadzora za svaki mesec preko 12 meseci, s tim što ukupno elektronski nadzor ne može preći 240 dana.⁴⁷

3. Zaključak

Imajući u vidu sve navedene oblike alternativnih krivičnih sankcija i mera koje postoje u savremenom pravu nordijskih država i njihovu veoma čestu i raznovrsnu primenu, a nizak nivo primene kazne lišenja slobode, nameće se zaključak da su alternativne sankcije odavno prihvaćene u navedenim društvima i da je očigledno stepen represivnosti u kažnjavanju nizak. Umerenost u kažnjavanju i shvatanje krivičnog prava i kazne kao poslednjeg sredstva – *ultima ratio* u skandinavskim državama je realnost i u direktnoj je povezanosti sa visokim nivoom socijalne jednakosti građana u navedenim društvima i visokim ulaganjima u socijalnu politiku. Budući da se radi o državama u kojima je visok nivo poštovanja ljudskih prava (uključujući i prava marginalnih, nepopularnih manjina kao što su učinioci krivičnih dela) u nordijskim državama očigledno nije zavladao tzv. ekspanzionizam krivičnog prava⁴⁸ i populistička retorika koja inače u ovo savremeno doba ubedljivo vlada u većini država u svetu.

⁴⁶ T. Lappi-Seppälä (2008), 49.

⁴⁷ R. Kristoffersen, 13.

⁴⁸ Z. Stojanović, „Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije“, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, (ur. Đ. Ignjatović), IV deo, Beograd 2010, 34.

Zapravo, globalni trend širenja političke retorike usmerene na sve strože kažnjavanje i socijalnu kontrolu pojedinca očigledno nije došao do izražaja u nordijskim zemljama⁴⁹ u toj meri kao u drugim sredinama, te i alternativne krivične sankcije koje se kod njih izriču nemaju za svrhu kontrolu ponašanja pojedinca iz straha od će nastaviti vršenje krivičnih dela, tako da nisu ni „snabdevene“ u velikoj meri represivnim komponentama koje sve više postaju stvarnost u savremenim krivičnopravnim sistemima. Upravo suprotno, alternativne krivične sankcije su izraz težnje nordijskih društava za ponovnom integracijom učinioca krivičnog dela u društvo, a znatno manje za odmazdom zbog učinjenog krivičnog dela.⁵⁰ Reintegracija učinioca se postiže nadzorom, podrškom i brzom reakcijom probacionih službi nadležnih za izvršenje alternativnih sankcija u cilju smanjenja njihovog neizvršavanja u praksi, kao i primenom adekvatnih socijalnih programa podrške i pomoći, inače karakterističnih za socijalno - demokratska skandinavska društva.

Ono što se u nordijskoj pravnoj teoriji naročito ističe jeste da pitanje jednakosti i pravde prilikom primene alternativnih krivičnih sankcija ne sme biti zanemareno, pa ove sankcije ne smeju voditi diskriminaciji na taj način što bi se primenjivale samo kod određenih društveno privilegovanih grupa osuđenika.⁵¹ U situaciji kada je učinilac krivičnog dela voljan da promeni svoje navike i stavove i saglasan je sa primenom alternativne sankcije, racionalno mu je izreći takvu vrstu sankcije i pružiti mu šansu da se uključi u život društva. U nordijskim državama smatra se da se navedeni cilj može postići kod lakših prestupa i srednje teških krivičnih dela i da je to u opštem društvenom interesu. Takvo opredeljenje potvrđuje evidentno nizak nivo izricanja kazne zatvora i širok spektar primenjenih alternativnih krivičnih sankcija kojima se, bilo samostalno primenjenim, bilo korišćenim

⁴⁹ Mada ni one nisu u potpunosti ostale imune na uticaj globalno raširenog penalnog populizma, te se u teoriji ističe da je to posebno vidljivo kada se radi o meri proterivanja imigranata iz zemlje, zatim konfiskacije imovine, te stvaranja tzv. opasnih zona gde policija može svakoga pretresati bez obzira da li je osumnjičen za nešto, kao i u sferi preduzimanja novih antiterorističkih mera gde osumnjičeni ne mora biti obavешten za šta se sumnjiči. V. P. Scharff Smith, "A critical look at Scandinavian exceptionalism - Welfare state theories, penal populism, and prison conditions in Denmark and Scandinavia", *Penal Exceptionalism? Nordic Prison Policy and Practice*, Routledge 2011, Chapter 3, 12.

⁵⁰ U teoriji se ističe da su nordijske zemlje očigledno odobile ili su barem prigušile „punitivni trend“ i „kulturu kontrole“ koji su snažno preplavili sve zemlje osamdesetih i devedesetih godina prošlog veka i ostale su posvećene socijalno – demokratskim vrednostima i visokom nivou socijalnih davanja, zadržavajući nisku stopu lica lišenih slobode i usmerenost ka rehabilitacijskim ciljevima i reintegraciji učinilaca krivičnih dela zajedničkim delovanjem zatvorskih i probacionih službi. M. Nellis, 497.

⁵¹ T. Lappi-Seppälä (2008), 50.

u kombinaciji sa drugim sankcijama i merama, nastoje dostići pomenuti rehabilitacijski i preventivni učinci.

Literatura

- Baldursson, E., „Prisoners, Prisons and Punishment in Small Societies“, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, vol.1, 2000, 6–15.
- Hofer von, H., Lappi-Seppälä, T., Westfelt, L. (ed.), *Nordic Criminal Statistics 1950–2010*, Summary of a report. 8th revised edition, Kriminologiska institutionen Stockholms universitet 2012.
- Košutić, B. *Uvod u velike pravne sisteme današnjice*, Službeni list SRJ, Beograd 2002.
- Kristoffersen, R. *Correctional Statistics of Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden 2009 – 2013*, Correctional Service of Norway Staff Academy, Oslo, november 2014.
- Lappi-Seppälä, T. „Imprisonment and Penal Policy in Finland“, *Scandinavian Studies in Law*, 2009, 334–378.
- Lappi-Seppälä, T. „Penal Policy in Scandinavia“, *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective, Crime and Justice: A Review of Research*, Tonry M. (ed.), Vol. 36, 2007, 265–306.
- Mrvić – Petrović, N. *Alternativne krivične sankcije i postupci*, Beograd, 2010.
- Nellis, M. „Understanding the electronic monitoring of offenders in Europe: expansion, regulation and prospects“, *Crime Law Soc Change* 62, 2014, 489–510.
- Nellis, M., Bungerfeldt, J. “Electronic monitoring and probation in Sweden and England and Wales: Comparative policy developments”, *Probation Journal-The Journal of Community and Criminal Justice*, No. 60(3), 2013, 278 – 301.
- Pratt, J. „Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess“, *British Journal Criminology*, 48/2008, 119–137.
- Scharff Smith, P. “A critical look at Scandinavian exceptionalism - Welfare state theories, penal populism, and prison conditions in Denmark and Scandinavia”, *Penal Exceptionalism? Nordic Prison Policy and Practice*, Ugelvik and Dullum (eds.), Routledge 2012, Chapter 3, 1-31.
- Schartmueller, D. *Life imprisonment in Scandinavia: The ultimate punishment in the penal environments of Denmark, Finland and Sweden*, Northern Arizona University 2015.
- Soković, S. „Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike)“, *Crimen*, broj 2/2011, 212-226.
- Snacken, S. „Resisting Punitiveness in Europe?“, *Theoretical Criminology*, Vol. 14(3) 2010, 273–292.

Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeset i prvo izdanje, Beograd 2014.
Stojanović, Z. „Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije“, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, (ur. Đ. Ignjatović), IV deo, Beograd 2010, 32-48.

Pravni izvori

- Criminal Code of Denmark (2005), dostupno na: http://europam.eu/data/mechanisms/PF/PF%20Laws/Denmark/Denmark_Criminal_Code_2005.pdf, 16.4.2018.
- Criminal code of the Kingdom of Sweden (1962, amended 2015), dostupno na: <http://www.government.se/49cd60/contentassets/5315d27076c-942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf>, 16.4.2018.
- Criminal Code of the Republic of Finland (1889, amended 2015), dostupno na: <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>, 16.4.2018.
- General Penal Code of Iceland (1940, amended 2015), dostupno na: https://www.government.is/library/Files/General_Penal_Code_sept.-2015.pdf, 16.4.2018.
- Penal Code of the Kingdom of Norway - Lov om straff (2005, entry into force 2015, amended 2017), dostupno na: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-05-20-28>, 16.4.2018.

Internet izvori

- Execution of sentence with electronic monitoring in Norway, <https://www.ssb.no/en/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/straffegjennomforing-med-elektronisk-kontroll-i-norge>, 5.9.2017.
- Lappi-Seppälä, T. *Crime prevention and community sanctions in Scandinavia*, 2008, <http://www.clydebankhigh.org.uk/New%20CHS%20Website/Files/modern%20studies/Adv%20Higher/Penal%20System/Articles%20handouts/Scandinavia%20alternatives%20to%20prison.pdf>, 3.9.2017.
- Lappi-Seppälä, T. „Imprisonment and non-custodial alternatives in the Nordic countries“, *Risk and vulnerability in prison populations: a global crisis*, Institute of Criminal Policy Research, Birbeck University of London, 2016, [file:///C:/Users/Windows%20User/Downloads/ImprisonmentNonCustodialAlternativesNordics%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Windows%20User/Downloads/ImprisonmentNonCustodialAlternativesNordics%20(2).pdf), 29.4.2018.
- Linderborg, H., Tolvanen, M. *Probation in Europe – Finland*, CEP, The European

- Organisation for Probation, 2013, <http://www.cep-probation.org/wp-content/uploads/2015/03/Probation-in-Europe-2013-Chapter-Finland.pdf>, 5.9.2017.
- Prison studies (Denmark, Sweden, Finland, Iceland), <http://www.prisonstudies.org/country/norway>, 3.9.2017.
- CEP probation, issues, <http://www.cep-probation.org/wp-content/uploads/2015/03/Norway.pdf>, 26.4.2018.

Olga Tešović

Judge in the Basic court at Požega and PhD student at the Faculty of Law in Belgrade

ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS IN NORDIC COUNTRIES

Summary

The specificity of the criminal law of the Nordic states is reflected in the fact that, in the trend of expanding punitiveness in the world and intensification in penal policy, one of the key features is avoiding the application of the prison sentence wherever it is possible and turning to its alternatives. Namely, the Nordic countries have remained on the same course for decades as regards the sanctioning of perpetrators of criminal offenses, and their mild penal policy, especially in the eyes of the Anglo-Saxon countries and countries under their influence, is directly related to high social spending in these societies and the existence of real social egalitarianism among citizens. The aim of this paper is to present a system of criminal sanctions in the law of the Scandinavian countries, with a key review of alternatives to prison sentence and their practical application, as well as to point out the reasons for the existence of such a system of sanctioning and its advantages in relation to legal systems with highly repressive elements in criminal policy.

Keywords: Nordic law, criminal sanctions, prison alternatives, social policy, equality of citizens, punitiveness.

Stefan Andonović*
Uroš Bajović**

Pregledni naučni rad
UDK:341.636:796.32

POSTUPAK PRED KOŠARKAŠKIM ARBITRAŽNIM TRIBUNALOM (BAT)¹

Apstrakt

Košarkaški arbitražni tribunal (BAT) predstavlja međunarodno arbitražno telo u svetu košarke, čiji je osnovni zadatak rešavanje sporova koje nastaju u košarci. Ovaj tribunal je u velikoj meri doprineo uređivanju odnosa u košarci kao profesionalnom sportu i poštovanju potpisanih ugovora. Kao nezavisno telo od FIBA, a ipak u sadejstvu sa krovnom košarkaškom organizacijom, BAT je omogućio svim akterima u košarci brzo, efikasno i jeftinije rešavanje sporova. Postupak pred Tribunalom je uređen BAT pravilima arbitraže, a odlikuju ga pravila o jednom arbitru, ex aequo et bono, izostanak saslušanja i druga pravila maksimalno usmerena ka skraćivanju i pojednostavljivanju postupka. Odluka Tribunala ima snagu presuđene stvari, a do sada je izgrađena respektabilna praksa u rešavanju sporova. Iako je novijeg datuma, Tribunal poseduje značajnu arbitražnu praksu u svom dosadašnjem radu. Zbog svega navedenog, ovaj rad će analizirati BAT arbitražna pravila i ukazati na najvažnije tačke ovog Tribunala u rešavanju košarkaških sporova.

Ključne reči: sport, Međunarodna košarkaška federacija, Košarkaški arbitražni tribunal, BAT arbitražna pravila.

*Autor je istraživač saradnik na Institutu za uporedno pravo. E-mail: stefan.andonovic91@gmail.com.

**Autor je stipendista doktorskih studija Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja. E-mail: bajovicuros@hotmail.com.

¹ Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu Instituta za uporedno pravo „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje“ (evidencioni broj: 179031), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

1. Uvodna razmatranja

U savremenom društvu sport predstavlja izuzetno popularnu društvenu aktivnost kojom se na različite načine bavi veliki broj ljudi i organizacija. Zahvaljujući masovnosti i velikom broju subjekata koji sa njim imaju direktne i indirektne veze, sport postaje finansijski značajna delatnost. Prisutnost marketinga i biznisa u sportu, omogućilo je velike količine novca, što je kao posledicu prouzrokovalo ekspanziju i profesionalizaciju sporta i njegovih aktera.² U skladu sa takvim tendencijama, javljaju se profesionalni sportisti koji za svoju primarnu i osnovnu delatnosti imaju bavljenje određenom granom sporta.

Profesionalizacija sporta uslovlila je i to da države i međunarodne organizacije postanu zainteresovane za učešće i regulisanje sportskih aktivnosti. Države na sebe preuzimaju ulogu zaštitnika, ali i kontrolora u odvijanju sportskih aktivnosti na amaterskom i profesionalnom nivou. Pitanja koje postaju predmet zakonodavstva i pravne regulative su brojna, budući da bez njih profesionalni sport ne bi imao izgleda za opstanak.³ Tako, pod pravno regulisanje sporta dolaze važna pitanja, kao što su statusna i procesna pitanja u vezi sa sportskim savezima, sportskim organizacijama, profesionalnim sportistima, ponašanjem na sportskim manifestacijama, anti-doping pravila i mnoge druge.

Međutim, i pored nastojanja države da reguliše i aktivno učestvuje u svim segmentima sporta, jedno načelo je ipak prkosilo takvom nastojanju. Princip nemešanja politike i sporta, zaustavio je potpuni ulazak države u sportska udruženja i sportsku regulativu. Potreba da sport ne postane u potpunosti „državni“, uticala je i na to da sudstvo, kao jedna od tradicionalnih grana vlasti države, ostane uskraćeno za rešavanje svih sporova u sportu.

Naravno, postoji još faktora koji su uslovlili da se sportski sporovi (u najvećem delu) ne rešavaju pod okriljem sudstva, već u okvirima posebnih sportskih tela i udruženja. Profitabilnost i posebnost sporta kao društvene delatnosti predstavlja jedan od tih faktora. Takođe, potreba da se sportske aktivnosti nesmetano obavljaju i brzo nastavljaju nakon nastalog spora i problema, uticale su na to da sudstvo, poznato po višegodišnjem i suviše formalnom rešavanju sporova, nema preveliki uticaj na „sportske sporove“.

² Takvu konstataciju opravdavaju činjenice da sport, kao grana biznisa čini nešto više od 3 % svetske trgovine, dok u zemljama Evropske Unije, oko 2 miliona poslova je direktno ili indirektno vezano za sport. I. Blackshaw, „The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Setting Disputes Effectively ‘Within the Family of Sport’“, *Entertainment Law*, 2/2003, 61.

³ D. Šuput, „Zakonsko uređivanje sporta u evropskim državama”, *Strani pravni život*, 3/2009, 249.

2. Arbitraža kao način rešavanja sporova u oblasti sporta

Zbog svega navedenog, javlja se sportska arbitraža kao adekvatan način rešavanja sporova iz oblasti sporta.⁴ Arbitraže se mogu odrediti kao nevladine institucije, čija je osnovna dužnost rešavanje sporova koje su im poverile same stranke.⁵ Shvaćena na ovaj način, arbitraža predstavlja način rešavanja sporova koji je nižeg stepena formalizma od sudskog načina rešavanja sporova, sa širim opsegom mogućnosti za postizanjem kompromisa između stranaka. Ovaj način rešavanja sporova, odlikuje se brzinom i efikasnošću postupka, nižim troškovima, neutralnošću i jednostepenošću.

Kao i u drugim granama društvenih delatnosti koje zahtevaju brzu reakciju i efikasno rešavanje sporova, tako se i u sportu javljaju arbitraže. Kako se u teoriji navodi: „(Sportska) arbitraža, uz niz neophodnih modifikacija u odnosu na svoj uzor- klasičnu komercijalnu arbitražu i uz prisustvo višestepenog arbitražnog odlučivanja u pogledu najvažnijih sporova, postala je efikasno sredstvo kojim je međunarodna sportska zajednica, uprkos napuštanju tradicionalne amaterske osnove, uspela da sačuva stečenu autonomiju, čak i u pogledu rešavanja sporova.“⁶

Najpoznatiji arbitražni sud u sektoru sporta jeste Arbitražni sud za sport u Lozani (*The Court of Arbitration for Sport-CAS*). Iako naziv sugerise da je reč o “sudu”, ovaj organ predstavlja klasično arbitražno telo. Osnovan je 6. aprila 1983. godine pod okriljem Međunarodnog olimpijskog komiteta (*International Olympic Committee*), a na inicijativu tadašnjeg predsednika IOC, Huana Antonija Samarana (*Juan Antonio Samarán*) i sudije Kebe Mbaje (*Keba Mbaye*), člana IOC i sudije Međunarodnog suda pravde u Hagu.⁷ Na značaj ovog suda ukazuje i činjenica da Olimpijska povelja⁸, kao jedan od najvažnijih međunarodno pravnih sportskih dokumenata, priznaje Arbitražni sud za sport u Lozani, kao jedini ovlašćeni organ za rešavanje sporova u vezi sa Olimpijskim igrama, odnosno primenom pravila Olimpijske povelje.⁹

⁴ O arbitraži i medijaciji u sportu v. V. Puljko, „Arbitraža i medijacija u sportu“, *Strani pravni život*, 1/2017, 63-75.

⁵ T. Varadi, *et al.*, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 573.

⁶ M. Galantić, „Višestepenost sportskih arbitražnih tela u Republici Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2015, 1988.

⁷ I. Blackshaw, 63.

⁸ International Olympic Committee (Međunarodni olimpijski komitet), Olympic Charter (Međunarodna olimpijska povelja), 02.08.2015. Dostupno na: https://stillmed.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf, 05.02.2018. god.

⁹ V. deo 61., st. 2. Međunarodne olimpijske povelje.

Profesionalizacija sporta uticala je na stvaranje posebnih sportskih udruženja i asocijacija u okviru posebnih grana sporta, Kako na lokalnom, državnom, regionalnom, tako i na međunarodnom nivou javljaju se posebne sportske asocijacije koje dobijaju pravo od lica koje učestvuju da uređuju i vode računa o pravilnosti i zakonitosti svih aktivnosti vezanih za poseban sport. Tako se javljaju Svetska fudbalska asocijacija (*Fédération Internationale de Football Association- FIFA*), Međunarodna asocijacija atletskih federacija (*International Association of Athletics Federations- IAAF*), Međunarodna plivačka federacija (*Fédération Internationale de Natation Amateur- FINA*), i mnoge druge.

Pomenute asocijacije predstavljaju međunarodna nevladina tela koja upravljaju odgovarajućim sportom. Pod upravljanjem konkretnim sportom podrazumeva se organizacija i nadležnost nad određenim međunarodnim takmičenjima, propisivanje tehničkih pravila i administriranje nad samom asocijacijom. Zavaljujući brojnim ulogama, ove asocijacije obično preuzimaju na sebe organizaciju i funkcionisanje tela koje rešavaju sporove u vezi sa konkretnim sportom.

3. Međunarodna košarkaška federacija i Košarkaški arbitražni tribunal (BAT)

Košarka se kao sport vrlo brzo probila na međunarodnu scenu. Kao datum nastanka košarke uzima se 1891. godina, dok se „ocem” košarke smatra dr Džejsms Nejsmit (*Dr James Naismith*).¹⁰ Nekoliko decenija kasnije, tačnije 18. juna 1932. godine, u Ženevi je osnovana Međunarodna košarkaška federacija, poznata pod današnjim nazivom kao FIBA (*Fédération Internationale de Basketball*).

Međunarodna košarkaška federacija (u daljem tekstu: FIBA) predstavlja nezavisnu i neprofitnu organizaciju koja se sastoji od 213 nacionalnih košarkaških federacija. Ona predstavlja “jedini kompetentni autoritet za košarku u celom svetu, koji je kao takav priznat od strane Međunarodnog olimpijskog komiteta”¹¹. Osnovni cilj FIBE je da reguliše, kontroliše, nadzire i usmerava košarkaški sport, u muškoj i ženskoj košarci, u svim godišnjim uzrastima.¹²

¹⁰ Važniji datumi u košarkaškoj istoriji v. na http://www.fiba.basketball/presentation#tab=element_2_2, 12.03.2018.

¹¹ Čl. 1., st. 1.2., Statuta Međunarodne košarkaške federacije.

¹² Čl. 4. st. 4.1., Statuta Međunarodne košarkaške federacije.

To se ostvaruje upravljanjem nad organizacijom i održavanjem međunarodnih takmičenja, određivanjem košarkaških pravila i promovisanjem sportskih vrednosti. Takođe, FIBA teži da promoviše košarkaški sport u svetu, ali i da promoviše politike koje će u košarci podsticati principe nediskriminacije i drugih ljudskih prava i vrednosti koje se ostvaruju kroz sport.¹³

Jedan od osnovnih ciljeva FIBE odnosi se na očuvanje pravilnosti i zakonitosti u košarkaškom sportu. Zbog toga, Statut navodi da je FIBA odgovorna za osnivanje i upravljanje FIBA košarkaškim sudskim sistemom, koji će omogućiti ulaganje žalbi, prigovora i rešavanja sporova.¹⁴

Na toj osnovi, 2006. godine nastao je FIBA arbitražni tribunal „*FIBA Arbitral Tribunal-FAT*“, sa ciljem rešavanja nastalih sporova u međunarodnoj košarci. Četiri godine kasnije, 2010. godine, ovaj tribunal je u skladu sa Generalnim Statutom FIBE iz 2010. godine promenio naziv u onaj koji je i danas na snazi- Košarkaški arbitražni tribunal „*Basketball Arbitral Tribunal BAT*“.¹⁵ Danas, BAT predstavlja „pravu“ arbitražu zato što su njegove arbitražne odluke u potpunosti izvršive pod okriljem švajcarskog prava i Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka. Sedište arbitraže je u Ženevi, Švajcarska, što je značajno zbog primene prava u sporovima koji se iznose pred Tribunal.

Glavne razloge osnivanja ovakvog tribunala, koji će rešavati nastale sporove u košarkaškom svetu, možemo pronaći u preambuli Arbitražnih pravila BAT-a.¹⁶ Tačka 0.2 Preambule navodi da su arbitražna pravila BAT-a nastala sa željom da obezbede prosto, brzo i jeftino rešavanje sporova. U tom smislu, arbitražna pravila se zasnivaju na saradnji između stranaka, sa ograničenim brojem pisanih podnesaka i kraćim vremenskim rokovima za njihovo razmatranje.

Budući da Košarkaški arbitražni tribunal predstavlja telo za samo jedan sport, u literaturi se navodi da on predstavlja „izuzetno uspešan

¹³ Određeni autori zastupaju tezu da sport sam po sebi predstavlja ljudsko pravo koje inkorporiše u svom pojmu različita ljudska prava. V. S. Andonović, „Pravo na sport kao ljudsko pravo“, *Strani pravni život* 3/2017, 131-144.

¹⁴ Čl. 4. st. 4.1., tač. h, Statuta Međunarodne košarkaške federacije.

¹⁵ Iza promene ove arbitraže naziva leži zanimljiva priča. Naime, smatra se da je promena imena, odnosno skraćenice iz FAT u BAT usledila zbog čestog označavanja sekretarke tribunala kao „FAT Lady“ (u doslovnom prevodu: debela žena), što se navodno njoj nije dopadalo. Prema: C. Bennett J.D, „*The Basketball Arbitral Tribunal—its inception, purpose, and procedures*“, *Fit Across Cultures*, online 2014. Dostupno na: <http://www.fitacrosscultures.com/basketball-arbitral-tribunal/>, 12.03.2018.

¹⁶ Košarkaški arbitražni tribunal, BAT pravila arbitraže, 2014.

eksperiment”.¹⁷ Ugovori u košarci se u najvećoj meri oslanjaju na ovaj Tribunal, koji ima poverenja različitih vrsta košarkaških radnika. Kroz kontakt sa igračima, trenerima, agentima i klubovima u rešavanju sporova ovaj Tribunal je stvorio renomirano ime u svetu sportske arbitraže, postigavši najveću popularnost posle CAS-a.

Tome u prilog idu i statistički podaci i porast broja slučajeva koji se rešavaju pred ovim Tribunalom. Tako, 2007. godine, kada je i započeo sa radom, Tribunal je imao svega 2 zahteva za arbitražnim rešavanjem, da bi posle devetogodišnjeg perioda razvijanja i kvalitetne prakse, odnosno do 2015. godine, računao preko 793 zahteva za arbitražnim rešavanjem.¹⁸ Sve pomenuto ukazuje na veliki značaj BAT-a i popularnost koju uživa u svetu prava i sporta. Radi boljeg razumevanja ovog specifičnog arbitražnog tela, naredne strane biće posvećene najvažnijim procesnim pitanjima koja su uređena Arbitražnim pravilima košarkaškog arbitražnog tribunala.

4. Opšti pregled važnijih procesnih pravila BAT-a

Jedno od najvažnijih pitanja u arbitraži, pa tako i u sportskoj arbitraži, jeste pitanja pravila koja će se primenjivati u rešavanju sporova. Predviđena je primena Arbitražnih pravila BAT-a, a za sva ostala pitanja koja nisu uređena, primenjivaće se odredbe 12. poglavlja Švajcarskog federalnog zakona o međunarodnom privatnom pravu¹⁹, nezavisno od prebivališta ili boravišta stranaka.²⁰ To je logično, budući da je sedište arbitraže u Ženevi, Švajcarska. Ono što je zanimljivo jeste da švajcarsko arbitražno pravo, odnosno pomenuto 12. Poglavlje Zakona, predviđa mogućnost ulaganja žalbe na odluku arbitraže i to Vrhovnom federalnom sudu Švajcarske.²¹

¹⁷ E. Hasler, „The Basketball Arbitral Tribunal- An Overview of Its Process and Decisions“, *Yearbook of International Sports Arbitration 2015*, (eds A. Duval and A. Rigozzi), Hague 2016, 113.

¹⁸ Statistika broja primljenih zahteva za arbitražnim rešavanjem, broja rešenih i povučenih predmeta pre Tribunalom, po godinama je dostupna na: <http://www.fiba.basketball/en/Module/c9dad82f-01af-45e0-bb85-ee4cf50235b4/984a5df1-a490-49a5-8aa4-86d985e703d9>, 10.03.2018. god.

¹⁹ Švajcarski zakon o međunarodnom privatnom pravu, 1987. Engleska verzija zakonika je dostupna na: [https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf), 10.03.2018. god.

²⁰ Čl. 2.2. BAT pravila arbitraže.

²¹ Čl. 191. Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu.

Košarkaški arbitražni tribunal je namenjen za rešavanje sporova između klubova, igrača i košarkaških agenata²², odnosno za sve one situacije u kojima je neophodno efikasno telo za ispunjavanje odredaba potpisanih ugovora između zainteresovanih strana. Pre osnivanja košarkaškog tribunala, igrači su najčešće bili oštećena strana, bez adekvatnih mogućnosti za zaštitu svojih prava iz potpisanih ugovora. Čitav koncept ovog tribunala je zasnovan na načelu efikasnosti²³. S tim u vezi su i opšta pravila ove arbitraže o jednom arbitru u svakom sporu, kratkim rokovima, izostanku saslušanja i brzom donošenju odluke²⁴. Arbitražna pravila su u svakom segmentu težila pojednostavljenju situacije, tako da su u svojoj preambuli predvidela i predlog arbitražne klauzule koja bi trebalo da bude deo ugovora strana koje bi želele kasniju nadležnost BAT: „Svaki spor koji nastane iz ili je u vezi sa postojećim ugovorom će se rešavati pred košarkaškim arbitražnim tribunalom (BAT) u Ženevi, Švajcarska, i biće rešen u skladu sa BAT arbitražnim pravilima od strane jednog arbitra kojeg određuje predsednik BAT-a. Jezik na kojem će se arbitraža održati je engleski. Arbitar će odlučivati u sporu u skladu sa *ex aequo et bono*“²⁵. Ono što pokazuje praksa je da se danas u košarci zaključuju tipizirani ugovori, a preko 95 % ugovora sadrži i BAT arbitražnu klauzulu. To pokazuje masovnu opravdanost postojanja i veliku uspešnost u rešavanju sporova koju je doneo Tribunal, sa tendencijom da svaki ugovor u budućnosti sadrži ovakvu klauzulu.

5. Početna faza postupka pred BAT-om

Postupak pred košarkaškim arbitražnim tribunalom započinje popunjavanjem zahteva za arbitražu, koji je praćen plaćanjem nepovratne takse u skladu sa tabelom koja predviđa iznos ove takse²⁶, a njeno neizmirenje dovodi do povlačenja zahteva. Po prijemu zahteva za arbitražu, zajedno sa uplaćenom taksom, prvo postupa sekretarijat BAT-a. Pravilno popunjen zahtev za arbitražu predstavlja osnov za svako dalje postupak-

²² Čl. 291. Stauta Međunarodne košarkaške federacije.

²³ Čl. 0.1. Preambule BAT pravila arbitraže.

²⁴ Čl. 0.2. Preambule BAT pravila arbitraže.

²⁵ Čl. 0.3. Preambule BAT pravila arbitraže.

²⁶ Čl. 17.1, BAT pravila arbitraže. U tabeli je predviđeno četiri kategorije sporova u odnosu na njihovu vrednost, a u skladu sa tim i četiri iznosa takse. U slučaju da zahtev za arbitražu ne precizira vrednost spora, taksu određuje predsednik BAT arbitraže u skladu sa dostupnim informacijama.

nje Tribunala, tako da su aktivnosti sekretarijata BAT-a usmerena prema olakšavanju ovog zadatka.²⁷ BAT arbitražna pravila u odjeljku 9, članu 9.1., određuju neophodne elemente zahteva za arbitražu²⁸.

Ukoliko je zahtev za arbitražu podnosioca pravilno sačinjen, sekretarijat BAT-a zahtev zatim upućuje predsedniku BAT-a. Predsednik BAT-a ima obavezu da zahtev pregleda u pogledu dve stavke: a) postojanja BAT arbitražne klauzule b) odgovarajućeg predmeta arbitraže, u skladu sa BAT arbitražnim pravilima²⁹. Predsednik zatim određuje arbitra sa zatvorene liste BAT arbitara, po rotirajućoj osnovi. U slučaju da je tako određeni arbitar sprečen da arbitrira, da ostavku, odbije ili je uspešno osporeno njegovo imenovanje, predsednik BAT-a će odrediti prvog sledećeg slobodnog arbitra sa liste³⁰. Po imenovanju, arbitar je dužan da se o istom izjasni, u pisanoj formi, kao i da se u istom pismu oglasi kao nezavisan. Po pristizanju ove deklaracije u sekretarijat, stranke se o istoj obaveštavaju³¹. Stranke u postupku imaju pravo da ospore imenovanje arbitra, ukoliko postoji osnovana sumnja u njegovu nezavisnost. Ovo pravo stranke moraju konzumirati u prekluzivnom roku od sedam dana od dana saznanja za razlog koji dovodi u sumnju nezavisnost arbitra. O osporavanju nezavisnosti određenog arbitra odlučuje isključivo predsednik BAT-a, nakon konsultacija sa arbitrom i obe stranke³².

Sekretarijat BAT-a obaveštava drugu stranu o postojanju zahteva za arbitražu, prosleđuje isti i obaveštava o roku za odgovor³³. Kao i u slučaju neophodnih elemenata za zahtev za arbitražu, BAT arbitražna pravila određuju i neophodne sastojke odgovora³⁴. Važno je napomenuti da ona

²⁷ Naime, na sajtu Tribunala nalazi se primer ispravnog zahteva za arbitražu, a ukoliko u njemu nešto nedostaje sekretarijat će pozvati podnosioca da zahtev dopuni ili da dostavi neophodnu dokumentaciju.

²⁸ BAT pravila arbitraže kao neophodne delove zahteva za arbitražu predviđaju sledeće elemente: imena, adrese, telefone, email adrese obe strane u sporu ili njihovih zastupnika; iznošenje činjeničnog stanja i pravnih odredaba; zahtev podnosioca za rešavanjem spora; kopiju ugovora koji sadrži BAT arbitražnu klauzulu; sve dokaze u pisanoj formi na koje će se pozivati podnosilac; svaki zahtev za saslušanjem ili ispitivanjem svedoka.

²⁹ Čl. 11.1, BAT pravila arbitraže.

³⁰ Čl. 8.1, BAT pravila arbitraže.

³¹ Čl. 8.2, BAT pravila arbitraže.

³² Čl. 8.3, BAT pravila arbitraže.

³³ Čl. 11.2. 11.2, BAT pravila arbitraže.

³⁴ Odgovor bi trebalo da sadrži: prigovor o nenadležnosti; izjavu o svim činjenicama i pravnim argumentima; imena, adrese stranke; sve protiv-tužbene zahteve; sve pisane dokaze; sve zahteve o zahtevanju saslušanja i ispitivanju svedoka.

stranka koja smatra da ne postoji nadležnost košarkaškog arbitražnog tribunala, najkasnije u odgovoru može ukazati na ovu činjenicu. Svaki kasniji prigovor o nenadležnosti neće biti validan.

Takođe, postavlja se pitanje kakav je položaj stranaka u postupku pred BAT-om ukoliko izostane ili ne bude adekvatan odgovor na zahtev za arbitražom. Ovu situaciju uređuju BAT pravila arbitraže, član 14.2 koja navode da "po rešenju sadržanom u ovom članu, arbitar može nastaviti sa arbitražom i doneti odluku bez obzira na izostanak odgovora". Praksa pred tribunalom pokazuje da je ovo ne tako redak slučaj³⁵, a važno je naglasiti i da izostanak odgovora druge strane ne znači i automatski „poraz“ u arbitraži, već je obaveza arbitra da do kraja štiti interese i jedne i druge strane, i odlučuje u skladu sa prihvaćenim pravilima arbitraže. U vezi sa ovom situacijom je i finansijski aspekt postupka, bez koga arbitar nema ovlašćenja da nastavi sa odlučivanjem. Sekretarijat BAT-a u redovnim uslovima određuje da troškove postupka snose podjednako obe strane (osim ako arbitar ne odluči drugačije), ali u ovom slučaju, usled izostanka odgovora i uopšte učešća druge strane u postupku, svi troškovi u toku postupka padaju na teret podnosioca zahteva³⁶.

6. Uloga arbitra u postupku pred BAT-om

Nakon podnošenja zahteva za arbitražu i dostavljanja odgovora na zahtev, centralna ličnost arbitražnog postupka postaje arbitar. U skladu sa opštim načelima postupka pred BAT-om, interesima ka brzom, jeftinom i efikasnom rešavanju sporova, arbitar postupa tako da maksimalno olakša postupak stranama u sporu i sva pravila arbitraže su usmerena ka tim ciljevima. Arbitar određuje tok postupka i on ga svojim aktivnostima usmerava³⁷. Nakon razmene zahteva za arbitražu i odgovora na isti, arbitar može tražiti dodatna razjašnjenja o pojedinim činjenicama ili drugim pitanjima, a praksa pokazuje da se veliki broj postupaka pred tribunalom ipak odvija na osnovu razmene samo prva dva pismena, međutim složenost pojedinih sporova zahtevaju i ovakvu aktivnost arbitara³⁸. Dodatno, zbog opšteg pravila o „nepostojanju“ saslušanja, često je ova dodatna ak-

³⁵ Arbitražna odluka br. BAT 0651/15, u slučaju *Mačvan v. Galatasaray Spor Kulubu Dernegi*; kao i u arbitražnoj odluci br. BAT 0712/15, u slučaju *Hamilton v. Saski Baskonia SAD*.

³⁶ V. čl. 9.3.1. do 9.3.4. i u vezi sa tim čl. 16.2. BAT pravila arbitraže.

³⁷ Čl. 3.1, BAT pravila arbitraže.

³⁸ V. Arbitražna odluka br. BAT 0630/14 u slučaju *Kaukenas v. BC Zalgiris Kaunas*.

tivnost od velike pomoći arbitrima prilikom donošenja konačne odluke³⁹.

Usled osnovnog zahteva za brzinom i efikasnošću postupka, BAT arbitražna pravila ne predviđaju saslušanja kao obavezni deo postupka pred arbitrom⁴⁰, izuzev kada arbitar proceni da je to u najboljem interesu postupka, a tek nakon konsultacije sa stranama u arbitraži. Praksa košarkaškog tribunala pokazuje da su ovo izuzetni slučajevi i da se za saslušanjima, u dosadašnjem periodu postojanja tribunala, posezalo vrlo retko⁴¹. Pored arbitra, saslušanje mogu zahtevati i stranke. U slučaju da jedna stranka zahteva saslušanje, a druga se tom zahtevu protivi, arbitar je u odlučivanju o ovom zahtevu vezan opštim pravilom da je neophodno da veruje da će usmeno saslušanje svedoka ili drugih dokaza uticati na njegovo mišljenje u datom pitanju. U svim drugim slučajevima, arbitar postavlja opšte načelo efikasnosti postupka kao važnije od ovakvog zahteva stranke. Takođe, arbitar može usloviti održavanje saslušanja i plaćanjem troškova unapred⁴². Pravila saslušanja svedoka, u većini su slična kao i ona pred sudom. Arbitar je dužan da svakog svedoka pozove da govori samo istinu i da ga upozori o posledicama lažnog svedočenja⁴³. O dostupnosti svedoka brinu strane u postupku.

Pred arbitrima u postupku pred košarkaškim tribunalom su i neke dodatne mogućnosti. Jedna od njih je i uloga arbitra u mirenju (poravnju) stranaka. Arbitar u ovim slučajevima može imati aktivnu i pasivnu ulogu u pokretanju mirenja. Aktivna bi bila ona gde sam arbitar predlaže strankama da pokušaju pomirenje i pomaže u istom, dok bi pasivna bila ona gde predlog za mirenjem potiče od stranaka, a arbitar ga samo olakšava i usmerava⁴⁴.

Opšta pravila ponašanja arbitara u mirenju podrazumevaju da on zadržava nepristrasnost i nezavisnost, a opšti zahtev za pokretanjem mirenja je saglasnost obe strane u sporu. Druga dodatna mogućnost arbitara odnosi se na donošenje privremenih mera. Ovakav zahtev stranaka vremenski je vezan za momenat podnošenja zahteva za arbitražu, a za njim

³⁹ E. Hasler, 118.

⁴⁰ Čl. 13.1, BAT pravila arbitraže.

⁴¹ V. A. Zagklis, „Three pointer: an overview of how the basketball arbitral tribunal handles financial disputes“, *Sports Law- Lex Sportiva- Lex Olympica and Sports Jurisdiction Experience- Development and Perspective* (ed. D. Panagiotopoulos) , 20th IASL Congress (2014), Athens 2015b, 294.

⁴² Čl. 13.3, BAT pravila arbitraže.

⁴³ Čl. 13.4, BAT pravila arbitraže.

⁴⁴ V. arbitražnu odluku br. BAT 0421/13 u slučaju *Berzins & Bill A. Duffy International Inc. db BDA Sports Management v. BC Vef Riga*.

se može posegnuti i kasnije u toku postupka⁴⁵. Ovakav zahtev mora imati opravdanje, a teret dokazivanja je na onoj strani koja zahteva privremene mere. U tom slučaju je potrebno dokazati da postoji rizik od nenadoknдивe štete, usled nedonošenja mera koje bi očuvale trenutni status. Praksa pred košarkaškim tribunalom pokazuje da su ovakvi zahtevi bili retki i suštinski neosnovani zbog prirode spora koji se vodi.

Završni deo ove faze postupka nastupa onog trenutka kada arbitrar odluči da je razmena dokumenata završena, a on to čini kada su sve činjenice i pitanja dovoljno razjašnjeni da se može doneti adekvatna odluka u sporu. On o tome obaveštava stranke i dodatno ih poziva da podnesu detaljne izveštaje o troškovima u postupku. Ovi izveštaji se zatim podnose suprotnim stranama, koje imaju pravo da podnesu prigovore u previđenom roku.

7. Merodavno pravo i donošenje odluke

Posebno pitanje koje se često postavlja u slučaju košarkaškog arbitražnog tribunala je po kojem pravu arbitrar odlučuje. Pravilo je da, ukoliko stranke u sporu nisu dogovorile drugačije, arbitrar odlučuje spor *ex aequo et bono* primenjujući sve ono što dovodi do pravičnog rešavanja spora, bez poziva na bilo koje nacionalno pravo⁴⁶. U praksi tribunala ovakvo rešavanje sporova je najčešće, iz razloga što se arbitražna klauzula sa ovim elementom uglavnom integralno unosi u ugovore u košarci, ali i iz razloga jednostavnosti. Naravno, postoje i slučajevi kada su stranke ugovorile drugo merodavno pravo, u kom slučaju je arbitrar dužan da spor odluči prema tom izabranom pravu.

Do određenih nejasnoća koje zahtevaju razjašnjenje dolazi kada je arbitražna klauzula nespretno sačinjena, pa se u istom pominje i princip *ex aequo et bono*, ali i neko drugo merodavno pravo. U tim situacijama arbitrar odlučuje u najboljem interesu stranaka, a odluka je gotovo izvesno uperena prema primeni *ex aequo et bono*. Često se u ugovorima koji su predmet ovakve analize arbitara jasno vidi intencija ka primeni *ex aequo et bono* u stvarima vezanim za sam ugovor, dok je postojanje drugog merodavnog prava više želja stranaka da pokažu da je ugovor sačinjen i pod tim pravilima, odnosno da je takav ugovor ispoštovao sve zahteve zemlje u kojoj je sačinjen. Teleološko tumačenje je, u oblasti određivanja mero-

⁴⁵ Čl. 10.3, BAT pravila arbitraže.

⁴⁶ Čl. 15.1, BAT pravila arbitraže.

davnog prava, od neprocenjivog značaja. Arbitri su dužni da dobro procene namere ugovornica u ovom pitanju i da primene ono merodavno pravo koje najbolje odgovara njihovim željama iskazanim u ugovoru. Posebna situacija nastaje ukoliko stranke nisu odredile merodavno pravo, a nisu ni inkorporisale BAT arbitražnu klauzulu u integralnom obliku. U tim situacijama arbitri najčešće optiraju za odlučivanje po *ex aequo et bono*.

Prema BAT pravilima arbitraže arbitar donosi pisanu, datiranu i potpisanu odluku sa obrazloženjem⁴⁷, najkasnije šest nedelja nakon završetka postupka ili nakon plaćanja troškova, zavisno šta od ta dva momenta dolazi kasnije⁴⁸. Bez obzira što je opšte pravilo da se donosi odluka sa obrazloženjem, arbitar u određenim slučajevima donosi i odluku bez obrazloženja. Prema pravilima od 2017. godine, takva odluka donosi se u svim slučajevima gde vrednost spora ne prelazi 100.000 evra, osim ako stranka zahteva odluku sa obrazloženjem, najkasnije 10 dana od dobijanja odluke bez istog, a pri tom plati i sve potrebne troškove takvog zahteva u roku koji odredi sekretarijat BAT-a. *Ratio* pravila o odluci bez obrazloženja pred BAT-om pronalazi se u želji da se postupak dodatno ubrza i pojedini, a u tom pravcu su vodile i ranije izmene BAT arbitražnih pravila u oblasti izgleda odluke⁴⁹, pa je na taj način omogućeno i igračima sa nižim primanjima (slabije ili niže lige), kao i igračicama (primanja u ženskoj košarci su neuporedivo manja nego u muškoj) da svoje prava potraže i ostvare pred BAT tribunalom. Pre potpisivanja, arbitar prosleđuje odluku predsedniku BAT-a koji može davati određene sugestije kako u pogledu forme odluke, tako i u pogledu sadržine. Ovakvo davanje sugestija nije obavezujuće i ni na koji način ne podriva slobodu odlučivanja arbitra⁵⁰. Predsednik BAT-a, u ovoj fazi, ima još neke mogućnosti kao što su konsultovanje drugih arbitara, ili omogućavanje konsultovanja između arbitara povodom odluke, a sve sa ciljem da BAT izgradi respektabilnu praksu. O donošenju odluke stranke obaveštava sekretarijat BAT-a.

⁴⁷ Čl. 16.1, BAT pravila arbitraže.

⁴⁸ Čl. 16.3, BAT pravila arbitraže.

⁴⁹ Videti više o promenama od 2011. godine i 2014. godine. Ipak, sistem od 2014. godine sa podelom sporova na one vrednosti ispod 30.000 evra i one od 30.001-200.000 evra je napušten.

⁵⁰ V. Čl. 16.1, BAT pravila arbitraže.

8. Pravne karakteristike odluke i pravni lekovi

Pravne osobine odluke su da je ona konačna i obavezujuća od trenutka saopštavanja strankama. Od tog trenutka, odluka postaje izvršiva, sa statusom *res judicata*. Odluke košarkaškog tribunala nemaju oznake tajnosti, osim ako tako odluči arbitar ili predsednik BAT-a. Naprotiv, većina odluka ove arbitraže objavljena je na sajtu FIBA, doduše u nešto skraćenoj formi. Takođe, od momenta saopštavanja odluke za stranke počinje da teče i prekluzivni rok od 30 dana za podnošenje zahteva za poništavanje odluke, prema članovima 190-192. švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu⁵¹.

Pravni lekovi protiv odluka BAT arbitraže su ograničeni. O njima odlučuje Vrhovni federalni sud Švajcarske. Stranke mogu zahtevati poništenje odluke⁵², osim ako se direktno nisu odrekle ovog prava⁵³. Razlozi za zahtevanje poništenja odluke su ograničeni: a) neregularnosti u vezi sa odabirom arbitra b) greška arbitražnog tribunala u vezi sa prihvatanjem/ odbijanjem nadležnosti c) prekoračenje zahteva ili propuštanje da se odluči o nekom zahtevu d) ukoliko je povređeno načelo jednakosti stranaka u postupku e) ako odluka nije u skladu sa javnim moralom⁵⁴.

Vrhovni federalni sud Švajcarske može samo potvrditi ili poništiti odluku košarkaškog tribunala, u celini ili delu. Izuzeci od ovog slučaja postoje samo ukoliko su razlozi za poništaj odluke vezani za član 190 (2) (a) – (b). U slučaju da nisu u pitanju ovi izuzeci, Vrhovni federalni sud vraća slučaj arbitru koji je doneo odluku, na ponovno odlučivanje. Arbitar, u tom slučaju, mora uzeti u obzir razloge koji su navedeni u odluci Vrhovnog suda.

Vanredni pravni lek protiv odluke košarkaškog arbitražnog tribunala je revizija, a ovaj pravni lek predviđa sam Vrhovni federalni sud Švajcarske. Revizija je moguća samo zbog malog broja razloga, najviše povezanih sa činjenjem krivičnih dela ili iz razloga da je stranka pronašla nove dokaze tek nakon završetka arbitraže.

Odluke BAT-a podležu izvršenju po pravilima Njujorške konvencije. Ipak, od mnogo većeg značaja u svetu košarke su mogućnosti FIBA, među kojima se ističe zabrana registracije novih igrača za klub dok je

⁵¹ Gl. 12, čl. 176-194 odnose se na međunarodne arbitraže.

⁵² Čl. 190-191 Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu.

⁵³ Čl.192, st. 1, Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu.

⁵⁴ V. član 190(2), tač. a – e, Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu.

BAT na snazi⁵⁵. Pored ove sankcije, postoji i značajna novčana kazna predviđena pravilima FIBA.

9. Zaključna razmatranja

Košarka je jedan od najmasovnijih sportova na svetu, koga prati ogroman broj ljudi željnih kvalitetnih poteza i rezultata vrednih divljenja. Zbog svega toga, upliv različitih biznisa, marketinga, rečju novca u ovaj sport, omogućava profesionalizaciju ovog sporta. Jedna od osnovnih odlika profesionalizacije sporta jeste zaključenje finansijski jakih ugovora između igrača, agenata, trenera i klubova. Neminovno, dešavaju se povrede takvih ugovora i različiti sporovi u njihovoj primeni. Imajući sve to u vidu svetska košarkaška kuća FIBA je svojim vizionarskim delovanjem osnovala arbitražu koja će u godinama koje slede rešavati različite sporove u svetu međunarodne košarke. Tako je nastao Košarkaški arbitražni tribunal.

Košarkaški arbitražni tribunal predstavlja košarkašku arbitražu koja je svojim kvalitetnim radom i bogatom praksom stekla reputaciju jednog od najznačajnijih arbitražnih tela u svetu sporta i šire. Kao izuzetno uspešan eksperiment”, BAT teži da sporove reši brzo, efikasno i bez prevelikih troškova, što doprinosi ne samo pravdi u konkretnom slučaju, već ugledu i razvoju košarke kao sporta. Veliki doprinos u takvom načinu odlučivanja imaju BAT arbitražna pravila koja svojom preciznošću i efikasnošću doprinose brzini i kvalitetu rada ovog Tribunala. Od sedišta i merodavnog prava, preko velike uloge arbitra u samom sporu, pa sve do ograničenih mogućnosti za pravne lekove, BAT arbitražna pravila predstavljaju adekvatnu meru između načela poštovanja prava stranaka na izjašnjenje i neformalnog elementa odlučivanja. Kao što je rad i pokušao da ukaže, princip *ex aequo et bono* ima važnu ulogu pred ovim Tribunalom.

Zbog svega navedenog, BAT predstavlja važan deo moderne profesionalne košarke. Takođe, smatramo da on predstavlja i adekvatan model za ostale sportske arbitraže koje grade svoj put ili traže odgovaraju način da uredi pravila pred svojim Tribunalima. U svetlu današnjih razmirica između različitih regionalnih i svetskih košarkaških federacija i udruženja, ostaje da se vidi kakvu će ulogu imati BAT i da li je u mogućnosti da ima još važniju ulogu svetu košarkaškog sporta. Uz to, povećanje broja aktivnih igrača i broja slučajeva možda će uticati na samu strukturu BAT-a i njegova pravila, što sve predstavlja otvorena pitanja za budućnost ovog Tribunala.

⁵⁵ V. čl. 300. Pravila Međunarodne košarkaške federacije.

Literatura

- Andonović S., „Pravo na sport kao ljudsko pravo“, *Strani pravni život* 3/2017, 131-144.
- Bennett J.D C., „*The Basketball Arbitral Tribunal—its inception, purpose, and procedures*“, Fit Across Cultures, online 2014.
- Blackshaw I., „The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Setting Disputes Effectively ‘Within the Family of Sport‘“, *Entertainment Law* No. 2/2003, 61.
- Galantić M., „Višestepenost sportskih arbitražnih tela u Republici Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (ur. S. Orlović), Novi Sad 4/2015, 1988,
- Hasler E., „The Basketball Arbitral Tribunal- An Overview of Its Process and Decisions“, *Yearbook of International Sports Arbitration 2015*, (eds A. Duval and A. Rigozzi), Hague 2016, 113.
- Puljko V., „Arbitraža i medijacija u sportu“, *Strani pravni život* 1/2017, 63-75.
- Šuput D., „Zakonsko uređivanje sporta u evropskim državama“, *Strani pravni život* 3/2009, 249.
- Varadi T. *et al.*, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 573.
- Zagklis V., „Three pointer: an overview of how the basketball arbitral tribunal handles financial disputes“, *Sports Law- Lex Sportiva- Lex Olympica and Sports Jurisdiction Experience- Development and Perspective* (ed. D. Panagiotopoulos), 20th IASL Congress (2014), Athens 2015b, 294.

Pravni izvori

- Arbitražna odluka br. BAT 0651/15, u slučaju Mačvan v. Galatasaray Spor Kulubu Demegi.
- Arbitražna odluka br. BAT 0712/15, u slučaju Hamilton v. Saski Baskonia SAD.
- Arbitražna odluka br. BAT 0630/14 u slučaju Kaukenas v. BC Zalgiris Kaunas.
- Arbitražna odluka br. BAT 0421/13 u slučaju Berzins & Bill A. Duffy International Inc. db BDA Sports Management v. BC Vef Riga.
- BAT Arbitražna pravila, Košarkaški arbitražni tribunal, 2014.
- Međunarodna olimpijska povelja (Olympic Charter), Međunarodni olimpijski komitet (International Olympic Committee), 2015.
- Statut Međunarodne košarkaške federacije, Međunarodna košarkaška federacija, 2017,
- Švajcarski zakon o međunarodnom privatnom pravu, verzija zakona na engleskom jeziku, <https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/Swis->

sPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf, 10.03.2018.

Internet izvori

Bennett J.D C., *The Basketball Arbitral Tribunal—its inception, purpose, and procedures*, Fit Across Cultures, 2014, <http://www.fitacrosscultures.com/basketball-arbitral-tribunal/>, 12.03.2018.

International Olympic Committee, Olympic Charter (Međunarodna olimpijska povelja), 02.08.2015, https://stillmed.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf, 05.03.2018.

Statistika broja primljenih zahteva za arbitražnim rešavanjem, broja rešenih i povučenih predmeta pre Tribunalom, po godinama je dostupna na: <http://www.fiba.basketball/en/Module/c9dad82f-01af-45e0-bb85-ee4cf-50235b4/984a5df1-a490-49a5-8aa4-86d985e703d9>, 10.03.2018.

Važniji datumi u istoriji košarke, http://www.fiba.basketball/presentation#tab=element_2_2, 12.03.2018.

Stefan Andonović, M.A.

Research Associate,

Institute for Comparative Law in Belgrade

Uroš Bajović, M.A.

Phd scholar of the Ministry of Education, Science and Technological Development

PROCEEDINGS BEFORE BASKETBALL ARBITRAL TRIBUNAL (BAT)

Summary

The Basketball Arbitral Tribunal represents international arbitrage in field of basketball, which main task is solving disputable situations that arise in basketball. It has greatly contributed to regulating relations

in professional basketball and it vastly helped in respecting signed contracts. As an independent body from FIBA, while still in cooperation, BAT enabled all interested parties to resolve disputes quickly, efficiently and cheaply. The procedure before the Tribunal is regulated by the BAT rules of arbitration, while proceedings is characterized by single arbitrator appointed by the BAT president, that the BAT arbitrators decide *ex aequo et bono*, and other rules aimed at shortening and simplifying the procedure. The Tribunal's decision has *res judicata* effect and Tribunal has gradually built respectful jurisprudence so far. Although it is a recent date, Tribunal already has significant arbitration practice in its work so far. For all these reasons, this paper will analyze BAT arbitration rules and point out the most important points of this tribunal in resolving basketball disputes.

Keywords: Sport, International Basketball Federation, Basketball Arbitration Tribunal, BAT arbitration rules.

Dr Ana Čović

PRAVA DETETA – EVOLUCIJA, REALIZACIJA I ZAŠTITA

Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017.- 141 strana

Autorka dr Ana Čović, svojim izborom istraživačke teme prava deteta, uspešno je popunila relativno odsustvo domaće stručne literature o toj temi i to u eri kada se prava deteta postavljaju u prvi plan implementacije holističkog koncepta poštovanja ljudskih prava. Navedena činjenica svakako ukazuje na aktuelnost teme i očekivanu zainteresovanost široke čitalačke publike. Time se ne završava edukativna misija ove knjige, već autorka u mnogim poglavljima formuliše preporuke i ukazuje na pravce daljeg unapređivanja zaštite prava deteta.

Radi se o monografiji koja, u svojim osnovnim tezama, zauzima posebnu afirmativnu poziciju doprinoseći mozaiku aktuelnih društvenih procesa ka jačanju pravne i faktičke zaštite prava deteta.

Monografija *Prava deteta – evolucija, realizacija i zaštita* predstavlja rad koji na izuzetan način spaja analizu zakonodavstva i relevantne prakse, ukazujući na probleme koji u ovoj oblasti postoje u pravnom sistemu naše zemlje, kao i u pojedinim pravnim sistemima članica Evropske unije (dalje EU) i drugim državama van EU. Autorka je sagledala situaciju u našoj i u drugim zemljama, kada je u pitanju sadržaj pravnih propisa u oblasti zaštite dece, način njihove primene, ukazujući na uočene izazove i probleme u njihovoj realizaciji. Iako je oblast zaštite prava dece izuzetno široka, dr Ana Čović je uspela da predstavi trenutno najvažnija i prioritarna pitanja koja se tiču dečijih prava, načina i posledica njihove povrede, preventivnog delovanja i postupaka koji se mogu pokrenuti onda kada je do povrede došlo.

Monografija je podeljena u deset poglavlja, u kojima su na sistematičan način obrađena najvažnija pitanja zaštite prava dece. U uvodnom delu autorka daje kratak pregled tema i pitanja kojima će se baviti u knjizi, koju počinje analizom Konvencije Organizacije ujedinjenih nacija o pravima deteta, fakultativnih protokola uz Konvenciju i prikazom ustav-

ne i zakonske regulative Republike Srbije koja se odnosi na zaštitu prava deteta. Autorka ističe tezu da verovatno najveći problem predstavlja nedostatak sistemana nacionalnom normativnom nivou koji bi naterao države ugovornice na primenu prava i zaštitio dete u slučaju kršenja prava, jer Konvencijom nije predviđeno podnošenje individualnih predstavi u slučaju da dete ili njegov zakonski zastupnik smatraju da je neko pravo iz Konvencije prekršeno.

U poglavlju pod nazivom “Slobodno odlučivanje o rađanju i pravo na planiranje porodice sa aspekta zaštite prava fetusa na život”, kroz relevantna pravna dokumenta, praksu Evropskog suda za ljudska prava i stav religija o abortusu, autorka daje odgovor na pitanje da li se abortus može smatrati sredstvom planiranja porodice i pod kojim uslovima. Inače se radi o pitanju koje izaziva oprečne stavove u javnom mnjenju. Otuda poseban doprinos ove knjige rasvetljavanju aktuelnih problema, koji je omogućen objektivnim pristupom autorke navedenoj temi. Stav Svetske zdravstvene organizacije je da se abortus ne smatra sredstvom za planiranje porodice. Autorka iznosi tezu da je abortus korektivni metod planiranja, koji se primenjuje onda kada do neželjenog začeca već dođe. Istovremeno, autorka upozorava da je nivo rađanja u Srbiji za oko 30% ispod potreba prostog obnavljanja stanovništva. Stav svetskih religija prema abortusu je vrlo sličan. Nijedna religija ne prihvata abortus kao sredstvo planiranja porodice. On se smatra opravdanim u vrlo ograničenom broju slučajeva. Dr Ana Čović zaključuje da se kompromis između prava na život i prava na slobodno odlučivanje o rađanju postiže tako što se pretpostavlja da zametak do izvesnog perioda trudnoće nije subjekt sa pravom na život ili da pretežu interesi majke, ukoliko joj je zdravlje ugroženo. Smatra se, takođe, da bi rađanje deteta koje je posledica silovanja ili incesta bilo protivno dostojanstvu majke i interesima deteta. Autorka navodi i suprotne stavove i argumentovano polemise u prilog svoje teze da se pravo na abortus i slobodno odlučivanje o rađanju ne može dovoditi u pitanje, jer bi suprotno značilo povredu principa zabrane smanjivanja dostignutog nivoa ljudskih prava, kako zaključuje autorka.

Posebno poglavlje posvećeno je nasilju nad decom, značaju prepoznavanja problema i nužnosti intervencije države u cilju zaštite dece, sa posebnim naglaskom na pojavne oblike ovog nasilja i okruženja u kojima se ono događa. Pored analize relevantnih međunarodnih dokumenata, dr Ana Čović ističe tezu da nasilje u bilo kom obliku ima višestruke negativne posledice na žrtvu. Kada se u ulozi žrtve nalaze deca, negativne posledice su naročito intenziteta i dalekosežne, čak i nemerljive, s obzirom

na njihov uzrast. Pored toga, ona ukazuje na potrebu sveobuhvatnog sagledavanja nasilja nad decom koje nije prisutno samo u okviru porodice, već i mnogo šire.

Autorka ocenjuje da “živimo u eri interneta što sa sobom nosi različite izazove”, pa s tim u vezi naredno poglavlje posvećuje zloupotrebi dece putem interneta. Konstatuje da roditelji često nisu upoznati sa svim opasnostima koje sa sobom nosi virtuelni svet. Stoga autorka upozorava na činjenicu da se deca često susreću sa izazovima u virtuelnom svetu u kome postaju žrtve psihičkog, ali i fizičkog nasilja i drugih različitih zloupotreba. Objašnjavajući pojam eksploatacije dece putem interneta, načine izvršenja krivičnih dela, profil učinioca krivičnih dela i procenjene bezbedonosne rizike, uz analizu međunarodnih pravnih standarda u ovoj oblasti, autorka daje odgovarajuće putokaze i smernice, kako stručnjacima koji se bave ovom oblašću, tako i roditeljima i svim licima koja na bilo koji način učestvuju u radu sa decom. Naglasak mora biti na prevenciji, kako zbog specifične prirode ovih krivičnih dela, tako i zbog činjenice da se njima štite deca kao fizički i psihički najosetljivija kategorija stanovništva, zaključuje dr Čović.

Pravo deteta na izdržavanje i pravo na odrastanje u porodičnom okruženju, teme su sedmog i osmog poglavlja. Bez poštovanja prava deteta da odrasta u porodičnom okruženju sa obezbeđenim adekvatnim izdržavanjem, ni druga zakonom zajemčena prava ne mogu biti potpuno ostvarena. Naročiti značaj u oblasti izdržavanja dece posvećen je šteti usled neispunjenja obaveze izdržavanja i postupcima koje može pokrenuti poverilac izdržavanja, kao i izazovima u oblasti izdržavanja dece i neophodnim koracima u cilju njihovog prevazilaženja.

Dr Ana Čović ističe značaj deinstitucionalizacije kako bi se deci bez roditeljskog staranja obezbedilo odrastanje u porodičnom okruženju, pre svega kroz ustanovu usvojenja, dajući osvrt i pregled uporednopravnih rešenja u oblasti usvojenja dece od istopolnih parova i zaštite dece sa posebnim potrebama. Promene u pogledu društvenih uslova, porodične strukture, demografske politike i ostalih činilaca koji utiču na dinamičnost instituta usvojenja uticale su da se 2008. godine usvoji Revidirana Evropska konvencija o usvojenju u Savetu Evrope. Autorka ukazuje na činjenicu da: “ukoliko naša država bude ratifikovala ovu Konvenciju, nacionalno zakonodavstvo će morati da se uskladi sa rešenjima iz Konvencije, u onoj meri u kojoj trenutno postoje odstupanja o određenim pitanjima. Odstupanja nisu velika, alićeneka pitanja, poput mogućnosti usvojenja od strane istopolnihparova, izazvati brojne polemike”. U dr-

žavama u kojima zakonodavac dopušta mogućnost da istopolni parovi usvoje dete, odlučujuću ulogu je odigrala sudska praksa, kao i aktivnost različitih nevladinih udruženja. Srbija spada u red država čije je stanovništvo vrlo konzervativno u pogledu ostvarivanja seksualnih sloboda i tolerancije različitosti, pa se ne može očekivati da će u skorijevreme neka rešenja iz uporednih zakonodavstava u ovoj oblasti biti primenjena i u našoj državi, opravdano zaključuje dr Čović. Time je obrazloženo podstakla dalja istraživanja uporedno-pravnih rešenja i sagledavanje različitih socioloških i demografskih faktora na međunarodnom planu u toj oblasti.

Kroz primere relevantnih presuda Evropskog suda za ljudska prava u oblasti zaštite prava dece, čitalac stiče još potpuniju sliku o uočenim problemima, izazovima i koracima koje je potrebno preduzeti u cilju daljeg unapređenja zaštite prava deteta.

Knjiga dr Ane Čović je nesumnjivo korisna kako predstavnicima pravne struke, koji su direktno ili indirektno uključeni u proces realizacije i zaštite prava dece, tako i svim ostalim relevantnim subjektima u oblasti socijalne zaštite i socijalnog rada, a posebno zaposlenima u centrima za socijalni rad, imajući u vidu da su njihova uloga i odgovornost u ovoj oblasti veliki. Monografija je pisana jasnim i jezgrovitim stilom, koji, uz primenu istorijskog, normativnog, pravno - sistemskog i teleološkog metoda, omogućava stručni uvid u poštovanje prava deteta širokom krugu čitalaca.

Korišćene brojne teorijske literature domaćih i stranih autora, domaćih pravnih propisa, međunarodnih dokumenata i primera iz relevantne sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava govore u prilog sveobuhvatnom, temeljnom i kvalitetnom pristupu obradi izabrane teme koja zbog svog značaja, a nažalost i zbog nekih nemilih događaja poslednjih godina, zaokuplja pažnju celokupne javnosti.

Zbog svega navedenog verujem da će monografija dr Ane Čović u narednom periodu dati ne samo svoj teorijski, već i praktični doprinos unapređenju relevantnih mera javne politike. U tom smislu, monografija ima, pored teorijsko - inovativnog značaja i edukativno - didaktički karakter, jer sadrži sistematičnu analizu svih relevantnih međunarodnih pravnih instrumenata, uz paralelni prikaz nacionalne regulative i njihove primene.

UPUTSTVO ZA AUTORE

Časopis *Strani pravni život* je naučni časopis iz oblasti prava, u kome se objavljuju radovi koji se odnose na strane pravne sisteme, zakonodavstva ili praksu (pravna komparatistika). U časopisu se objavljuju naučni (originalni i pregledni) i stručni radovi, komentari sudskih odluka, izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i slično, pod uslovom da rad ili bilo koji njegov deo nije prethodno objavljen niti se nalazi u proceduri razmatranja za objavljivanje u drugom časopisu.

Godišnje izlaze četiri broja časopisa - tri na srpskom jeziku (sa rezimeom članaka na engleskom jeziku) i jedan (četvrti) broj na engleskom jeziku (sa rezimeima na srpskom). Redakcija zadržava pravo da jedan broj časopisa godišnje tematski koncipira. Uređenje tematskog broja se prepušta gostu-uredniku.

Rukopisi moraju da sadrže rezultate istraživanja izvršenih upotrebom uporednopravnog metoda: analiza domaćeg prava dopuštena je delimično, ako je u radu poređeno strano i domaće pravo, a isključivo samo ako odgovara tematski koncipiranom broju časopisa ili posebnoj rubrici u broju časopisa koji se objavljuje na engleskom jeziku.

Radovi se mogu dostaviti redakciji *Stranog pravnog života* elektronskom poštom na adresu redakcije: **redakcijaspz@gmail.com** ili neposredno, na CD-u, na adresu uredništva: **Institut za uporedno pravo, Terazije 41, Beograd**. Autori mogu dostaviti radove na srpskom jeziku (napisane latiničnim pismom) ili na engleskom jeziku u elektronskom formatu (kao *Word*dokument). Rokovi za predaju radova su: za prvi broj – 31. januar, za drugi broj – 30. april, za treći broj – 31. avgust i za četvrti broj – 31. oktobar. Radovi pristigli poštom se ne vraćaju. O prispeću radova sekretar redakcije obaveštava autore elektronskom poštom.

Prilikom podnošenja rada, autor uz rukopis navodi lične podatke i dostavlja potpisanu izjavu kojom potvrđuje da je upoznat sa pravilima objavljivanja u časopisu *Strani pravni život* i uređivačkom politikom časopisa (dostupno na <https://www.stranipravnizivot.rs/uredivacka-politika/>), da prihvata navedena pravila i da ih se pridržavao tokom pripreme rukopisa. Obrazac izjave dostupan je na sajtu časopisa u informacijama za autore, može se preuzeti na: <http://www>.

stranipravnizivot.rs/wp-content/uploads/2017/10/. Potpisanu izjavu autori mogu dostaviti elektronskim putem (skeniranu) ili putem pošte, na adresu uredništva.

U slučaju dostavljanja koautorskih radova, korespondencija se odvija sa autorom koji je rad poslao, u ime svih. On će biti odgovoran za komunikaciju sa ostalim autorima (tzv. autor za korespondenciju). Autorsku izjavu potpisuju svi autori.

Nakon prijema, proverava se da li rukopisi zadovoljavaju osnovne kriterijume za objavljivanje u *Stranom pravnom životu* i da li su rad ili njegovi delovi plagirani. Redakcija će razmatrati za objavljivanje isključivo radove koji odgovaraju tematici časopisa, napisane u skladu sa ovim uputstvom. Radovi koji ne zadovoljavaju navedene kriterijume neće biti poslani na recenziju, o čemu će redakcija obavestiti autore.

Da bi obezbedio objektivnu procenu kvaliteta objavljenih priloga, časopis koristi proces dvostrukog anonimnog recenziranja. Rukopis koji odgovara standardima *Stranog pravnog života* upućuje se recenzentima koje je redakcija imenovala, vodeći računa o temi rada. Posle izvršene recenzije, redakcija obaveštava autore da li su njihovi radovi prihvaćeni ili odbijeni.

Autorima radova koje bi, po primedbama recenzenata, trebalo izmeniti, biće poslata potrebna uputstva elektronskom poštom. Vraćanje rukopisa autoru na ispravak ili dopunu ne garantuje prihvatanje rukopisa za objavljivanje, budući da će redakcija doneti konačnu odluku na osnovu ponovljenog recenziranja izmenjenog rukopisa.

Recenziranje i objavljivanje radova su besplatni. Radovi koji su dobili pozitivnu recenziju po pravilu se prihvataju za objavljivanje. U suprotnom, redakcija obaveštava autore o razlozima neobjavlivanja radova. Redakcija zadržava pravo da rad uredi lektorski i korektorski prema standardima srpskog, odnosno engleskog jezika.

Po objavljivanju rada, autorima se elektronskom poštom šalje *PDF* datoteka koja sadrži njihov prihvaćeni rad, a štampanu verziju časopisa u kojoj je objavljen prihvaćeni rad autor, odnosno autor za korespondenciju, može preuzeti u Institutu za uporedno pravo. Dostavljanjem rukopisa za objavljivanje u *Stranom pravnom životu*, autori se saglašavaju sa time da elektronska verzija njihovog objavljenog rada bude dostupna na internet stranici časopisa, <https://www.stranipravnizivot.rs/> i da se može koristiti u skladu sa uslovima licence *Creative Commons Autorstvo-Nekomercijalno-Bez prerada 3.0 Srbija* (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/rs/>). Časopis zadržava i sva ostala prava, izuzev ukoliko nije drugačije dogovoreno s autorom.

UPUTSTVO ZA PRIPREMU RUKOPIISA

Rukopisi koji nisu sačinjeni prema navedenim uputstvima biće odbijeni bez recenzije.

1. Za obradu teksta koristiti *Word* program; radove slati u formatu *doc* ili *docx*, u difolt (*default*) pripremi, bez posebnog formatiranja), u A4 formatu, pisano slovima veličine 12 pt, latiničnim pismom (*Times New Roman*), u proredu 1.5.

2. Rukopis treba da sadrži: naslov, ime autora, naziv institucije u kojoj radi, elektronsku adresu, apstrakt, ključne reči, spisak korišćene literature.

3. Ime i prezime autora se navodi u gornjem levom uglu. Ostali podaci kao što su zvanje, titula, radno mesto, ustanova gde radi i mejl autora se navode u fusnoti.

4. Naslov rada se navodi velikim slovima na sredini, **font 14 pt**. Naslov ne bi trebalo da ima više od 10 do 12 reči. Mora da odgovara sadržini rada.

5. Apstrakt se navodi ispod naslova članka, dva proreda ispod. Apstrakt ne sme da bude duži od 1000 znakova bez razmaka. U apstraktu treba naznačiti: šta je istraživano (predmet rada), zašto je pisano (cilj rada), šta je ustanovljeno (rezultat rada), zašto su ti nalazi važni (doprinos istraživanja), tako da se može koristiti prilikom indeksiranja u referentnim periodičnim publikacijama i u bazama podataka. U apstraktu ne navoditi reference. Treba ga dostaviti na srpskom i engleskom jeziku. Veličina fonta **11 pt**. Apstrakt se piše u **italiku**. Uredništvo može zahtevati od autora da preuredi ili upotpuni apstrakt, da bi bio pogodan za indeksiranje.

6. Ključne reči se navode u posebnom redu, odmah ispod apstrakta (veličina fonta **11 pt**). Ključne reči omogućavaju pravilno indeksiranje rada i treba da pomognu da rukopis bude vidljiv pri pretraživanju u referentnim periodičnim publikacijama i bazama podataka. Zato moraju da predstavljaju sadržaj rukopisa i da budu specifični za područje prava koje je u rukopisu obrađivano. Ključne reči se navode na srpskom i engleskom jeziku, najviše pet. Uredništvo može, uz saglasnost autora, izmeniti ključne reči.

7. Naučni i stručni članci moraju biti sačinjeni u Microsoft Word-u, **latiničnim pismom**, fontom **Times New Roman**, **veličine 12 pt.**, **prored**

1,5. Članci ne treba da budu duži od jednog autorskog tabaka. Jedan tabak iznosi 16 strana od 28 redova sa 66 znakova u redu, odnosno, ukupno **28.800** kompjuterskih znakova, uključujući i napomene, ne računajući spisak literature. Članci duži od predviđenog obima neće biti objavljeni u časopisu. Izuzetno, mogu se objaviti i članci većeg obima o čemu uredništvo donosi odluku.

8. Izvori (reference) se navode u fusnotama, fontom veličine **10 pt**. Na kraju svake fusnote stavlja se tačka.

10. Podnaslovi u tekstu se pišu na sredini, malim slovima (font 12) i boldom, i numerišu se arapskim brojevima. Ukoliko u okviru podnaslova ima više celina, one se takođe označavaju arapskim brojevima (npr. 1.1., 1.1.1., itd.). Uvod i zaključak se, takođe, označavaju rednim brojevima.

11. **Spisak literature** se navodi na kraju rada, sređen abecedno, tako što se u inverziji navodi najpre prezime, a zatim početno slovo imena autora. Popis literature mora biti kompletan, sa tačnim nazivima rada, izdavača, godine izdanja i stranama (ako je reč o radu objavljenom u časopisu ili zborniku radova). Odvojeno se navodi popis korišćenih pravnih izvora (pod naslovom „Pravni izvori“) i popis izvora korišćenih sa interneta („Izvori sa interneta“).

12. Prevedeni apstrakt na engleskom jeziku (**rezime**) piše se običnim fontom na kraju teksta. Iznad rezimea se navodi ime i prezime autora, sa podacima o zvanju, tituli, ustanovi gde radi i mestu na kome radi. Rezime ne sme da ima više od 1500 znakova bez razmaka. Ključne reči na engleskom se navode ispod rezimea. Kod članaka na engleskom jeziku, rezime se piše na srpskom jeziku. Ostala pravila su ista.

Ostali prilozi

Komentari sudskih odluka ne smeju da budu duži od pola autorskog tabaka, odnosno, mogu da imaju najviše 15.000 kompjuterskih znakova. Izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i sl., ne smeju biti obima većeg od 7.000 kompjuterskih znakova. Ostali prilozi ne sadrže apstrakt i rezime.

PRAVILA CITIRANJA

1. Knjige, monografije, udžbenici se navode na sledeći način: prvo slovo imena (posle čega sledi tačka) i prezime autora, naziv kurzivom, mesto izdanja kurentom – obično, godina izdanja. Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zapeta. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom – obično, pre mesta izdanja.

Primer: J.Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008., 45.

Ukoliko knjiga ima više izdanja, može se navesti broj izdanja u superskriptu (npr. 2008³). Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćenica „fn.“.

Primer: J. Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008., 45 fn. 83.

2. Članci se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom, pod navodnicima, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godište, broj strane bez ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga). Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćenica pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: J. Ćirić, „Borba protiv droge putem dekriminalizacije – slučaj Portugalije“, *Strani pravni život* 2/2012, 310.

3. Radovi objavljeni u zborniku citiraju se na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom pod navodnicima, naziv zbornika kurzivom, ime(na) urednika u zagradi, mesto izdanja kurentom, godina izdanja. Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zapeta. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom, pre mesta izdanja. Za urednike koristiti skraćenicu ur. (ako je zbornik na srpskom jeziku) ili ed. (za zbornike na engleskom jeziku sa jednim urednikom), odnosno eds. ako je reč o dva ili više urednika.

Primer: J. Sarra, „Widening the Insolvency Lens: The Treatment of Employee Claims“, in: *International Insolvency Law: Themes and Perspectives* (ed. Paul Omar), London 2007, 295.

Primer: V. Čolović, „Status stranog stečajnog postupka u nemačkom zakonodavstvu“, u: *Uvod u pravo Nemačke* (ur. Mirko Vasiljević, Vladimir Čolović), Beograd 2011, 524.

4. Ukoliko postoji više autora knjige ili članka (do tri), razdvajaju se zapestom.

Primer: J. Ćirić, P. Petrović, J. Jovanović

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje skraćenice reči *et alia* (*et al.*) kurzivom.

Primer: J. Ćirić *et al.*

5. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, kod ponovljenog citiranja tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi samo broj strane i tačka (bez dodataka op. cit., nav. delo i sl.).

Primer: J. Ćirić, 310.

Ukoliko se citira više radova istog autora, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se citiraju, uz godinu se dodaju latinična slova a, b, c, d, itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: J. Ćirić, (2012a), 310.

6. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crtom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: J.Ćirić, 310–316.

Primer: J.Ćirić, (2012a), 310 i dalje.

7. Ukoliko se citira podatak sa iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali sa različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 69.

8. Propisi se navode punim nazivom u kurentu, potom se kurzivom navodi glasilo u kome je propis objavljen, a posle zapete broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu. Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćenica pod kojom će se propis dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78.

Ukoliko je propis izmenjivan i dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osiguranju imovine i lica, *Sl. list SRJ* br. 30/96, 57/98, 53/99 i 55/99.

9. Član, stav i tačka propisa označava se skraćenicama čl., st. i tač.

Primer: čl. 6, st. 2, tač. 4. ili čl. 6, 8, 9 i 10. ili čl. 6–12, itd.

10. Navođenje sudskih odluka treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).

11. Latinske i druge strane reči, internet adrese i sl. se pišu kurzivom.
12. Citiranje tekstova s interneta treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice i datum pristupa stranici.

Primer: Hodson David, EU approves European divorce enhanced co-operation, *www.davidhodson.com/assets/documents/enhancedcoop.pdf*, 14.04.2011.

13. Za „vidi“ koristi se skraćenica „v.“, a za „uporedi“ skraćenica „upor.“.