

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

ISSN 0039 2138
ISSN (online) 2620 1127

UDK 34

STRANI PRAVNI ŽIVOT

Beograd, 2020/ Broj 3/ Godina LXIV

Izdavač/Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO/ INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

Beograd, Terazije 41

e-mail:institut@iup.rs, www.iup.rs

tel. + 381 11 32 33 213

Redakcija/Editorial board

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

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

prof. dr Nataša Mrvić Petrović

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/Deputy of editor in chief

prof. dr Jelena Čeranić Perišić

Tehnički urednik/Technical editor

Aleksandra Višekruna

Sekretar redakcije/Secretary of Editorial board

Jovana Misailović

Lektor/Reader

Svetlana Stojković

Štampa/Print

JP Službeni glasnik

Tiraž/Circulation

100 primeraka/100 copies

SADRŽAJ:

Milanka D. Vešović

OSNOVNE KARAKTERISTIKE UNIVERZALNE
JURISDIKCIJE U SAVREMENOM KRIVIČNOM PRAVU 7

Sladana M. Gligorić, Sanja N. Stojković Zlatanović

SAVREMENI OBLICI POVREDE DOSTOJANSTVA LIČNOSTI NA RADU –
OSNOVNE SLIČNOSTI I RAZLIKE 31

Ranko P. Sovilj

IZAZOVI UPRAVLJANJA KREDITNIM RIZIKOM
U INVESTICIONIM DRUŠTVIMA U KRIZNIM SITUACIJAMA 43

Mirjana B. Glintić

ZAŠTITA PRAVA SLABIJE UGOVORNE STRANE U SKLADU SA
PRINCIPIMA EVROPSKOG UGOVORNOG PRAVA OSIGURANJA 57

Vladimir Ž. Čolović

STEČAJ NAD IMOVINOM OSTAVIOCA
(ZAOŠTAVŠTINOM) KAO OBLIK LIČNOG STEČAJA 75

Oliver P. Nikolić

DEKLARACIJA O LJUDSKIM PRAVIMA U ISLAMU IZ KAIRA 89

Arben O. Murtezić

KONVENCIJA 108: AKTUELNI ZNAČAJ I PRIMJENA 99

Stefan N. Andonović

STRATEŠKO-PRAVNI OKVIR VEŠTAČKE INTELIGENCIJE
U UPOREDNOM PRAVU 111

Miloš B. Stanić

IZBOR ČLANOVA NADZORNOG TELA ZA ZAŠTITU LIČNIH PODATAKA
KAO GARANTIJA NEZAVISNOSTI – PRIMERI ALBANIJE,
BOSNE I HERCEGOVINE, CRNE GORE I SEVERNE MAKEDONIJE 125

Krsto M. Pejović

RECUSATIO IUDICUS: SRPSKI OKVIR, UPOREDNI PRIKAZ
I PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA 137

Natalija M. Živković

KRIVIČNA NEODGOVORNOST DECE

- ZLOČIN BEZ KAZNE I MOGUĆA REŠENJA 151

Lazar S. Đoković

JAPANSKI MODEL PRIMENE STRATEGIJE POLICIJE U ZAJEDNICI 165

TABLE OF CONTENTS:

Milanka D. Vešović

BASIC CHARACTERISTICS OF UNIVERSAL JURISDICTION IN CONTEMPORARY CRIMINAL LAW	30
---	-----------

Slađana M. Gligorić, Sanja N. Stojković Zlatanović

MODERN FORMS OF VIOLATIONS OF DIGNITY AT WORK - BASIC SIMILARITIES AND DIFFERENCES	42
---	-----------

Ranko P. Sovilj

THE CHALLENGES OF CREDIT RISK MANAGEMENT IN THE INVESTMENT FIRMS IN CRISIS	55
---	-----------

Mirjana B. Glintić

PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE WEAKER CONTRACTING PARTY IN ACCORDANCE WITH THE PRINCIPLES OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW	73
--	-----------

Vladimir Ž. Čolović

BANKRUPTCY OVER THE DECEASED' S ESTATE (INHERITANCE) AS A FORM OF PERSONAL BANKRUPTCY	87
--	-----------

Oliver P. Nikolić

THE CAIRO DECLARATION ON HUMAN RIGHTS IN ISLAM	97
---	-----------

Arben O. Murtezić

CONVENTION 108: PRESENT IMPORTANCE AND IMPLEMENTATION	110
--	------------

Stefan N. Andonović

STRATEGIC-LEGAL FRAMEWORK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN COMPARATIVE LAW	122
--	------------

Miloš B. Stanić

ELECTION OF MEMBERS OF THE SUPERVISORY BODY FOR PERSONAL DATA PROTECTION AS A GUARANTEE OF THEIR INDEPENDENCE - EXAMPLES OF ALBANIA, BOSNIA AND HERZEGOVINA, MONTENEGRO AND NORTH MACEDONIA	135
--	------------

Krsto M. Pejović

**RECUSATIO IUDICUS: SERBIAN SCOPE, COMPARATIVE REVIEW
AND PRACTICE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 150**

Natalija M. Živković

**CRIMINAL IRRESPONSIBILITY OF CHILDREN
– UNPUNISHED CRIME AND POSSIBLE SOLUTIONS 164**

Lazar S. Đoković

**THE JAPANESE MODEL OF THE IMPLEMENTATION
OF THE COMMUNITY POLICING 177**

OSNOVNE KARAKTERISTIKE UNIVERZALNE JURISDIKCIJE U SAVREMENOM KRIVIČNOM PRAVU

Sažetak

Za univerzalnom jurisdikcijom se poseže kada teritorijalna država ili država koja ima jurisdikcioni prioritet na osnovu državljanstva učinioca/žrtve neće ili ne može da deluje na sprečavanju međunarodnih krivičnih dela stricto sensu (core crimes), odnosno kada izostaje reakcija međunarodnih sudskih instanci u tom smislu. Sa svojim širokim ovlašćenjima u pogledu tačaka vezivanja, a često i u pogledu prisustva učinioca u državi koja procesuirá, univerzalna jurisdikcija uspeva da popuni te praznine i da se uspešno uključi u opšti napor međunarodne zajednice u pogledu sprečavanja nekažnjivosti učinilaca core crimes-a.

Služeći se komparativnim metodom (nemačko, špansko i belgijsko zakonodavstvo) nastojali smo da ukažemo na osnovne pravne karakteristike ove oblasti i na taj način pružimo osnov za njeno razmatranje u srpskom krivičnom pravu de lege lata i de lege ferenda. Osnovna pitanja koja se ističu u ovom kontekstu su univerzalna jurisdikcija in absentia, princip supsidijariteta i sham postupak.

Iako se univerzalna jurisdikcija u svom izvornom obliku pojavljuje jedino kod core crimes mnoga recentna pitanja iz te oblasti vezana su za ugovorna međunarodna krivična dela kao i za krivična dela iz oblasti opšteg kriminaliteta. U tom smislu u ovom radu je u izvesnoj meri obrađena i ta problematika.

Ključne reči: *univerzalna jurisdikcija in absentia, princip supsidijariteta, sham postupak.*

1. Uvod

Univerzalna jurisdikcija u krivičnim stvarima, prema definiciji postavljenoj u čl. 1 Rezolucije Instituta za međunarodno pravo o univerzalnoj jurisdikciji u pogledu genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina iz 2005, podrazumeva mogućnost države da procesuirá krivična dela i njihovim učiniocima, ako su krivično odgovorni, izrekne kaznu nezavisno od mesta izvršenja krivičnog dela, aktivnog ili pasivnog personaliteta ili drugih jurisdikcionih osnova koje priznaje međunarodno pravo. Za razliku od ostalih vidova

* Do 1992. vanredni profesor na predmetu Krivično pravo na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu; od 1993. do odlaska u penziju – savetnik u Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, Beograd; e-mail: milankavesovic2018@gmail.com

ekstrateritorijalne primene prava, kod ovog vida jurisdikcije se ne gubi samo teritorijalna već i svaka druga konekcija između krivičnog dela i države koja vrši jurisdikciju. Kako ističe Inazumi, „to nije delegacija teritorijalne jurisdikcije već odsustvo svake jurisdikcije“ (Inazumi, 2005, p. 113).¹ Ostaje *terra nullius* koju ispunjava *prirada dela*. Kako je to formulisao Ustavni sud Španije, poništavajući odluku Vrhovnog suda te zemlje u slučaju *Genocid u Gvatemali* (parafraziramo), za primenu univerzalne jurisdikcije ne zahteva se da postoji bilo kakva tačka vezivanja koja bi ukazivala na pojedinačni interes Španije za procesuiranjem; jedini neksus na kom se jurisdikcija zasniva jesu univerzalne vrednosti čovečanstva koje se štite putem krivičnih dela na koja se ona odnosi, a koja povređuju interese međunarodne zajednice u celini (Constitutional, 2005 II par. 9).

U izvornom obliku osnov primene univerzalne jurisdikcije su međunarodna krivična dela *stricto sensu* (*core crimes*). Dozvoljavajući svim državama da procesuiraju dela kao što su genocid, ratni zločini, zločini protiv čovečnosti, princip univerzalne jurisdikcije podržava fundamentalne vrednosti međunarodne zajednice u celini (Jeßberger, Kaleck & Schueller, 2010, p. 236), čija zaštita ne zavisi niti sme da zavisi od volje određene države, te stoga princip neintervencije ostaje nepovređen² (Ambos, 2007a, pp. 45–46). U situaciji kada izostaje intervencija na međunarodnom nivou ili genuino postupanje države koja ima jurisdikcioni prioritet (neaktivnost ili prividna aktivnost npr. teritorijalne države), univerzalna jurisdikcija kao „dopunsko“ (čl. 1 Rezolucije, 2005) supsidijarno sredstvo krivičnopravne intervencije popunjava tu prazninu.³ Univerzalna jurisdikcija se zasniva na čvrsto uspostavljenom permisivnom pravilu međunarodnog običajnog prava (MOP).

Sve dosada rečeno odnosilo se na univerzalnu jurisdikciju u pogledu međunarodnih krivičnih dela *stricto sensu* (univerzalna jurisdikcija *stricto sensu*). Iako je to ne samo najznačajniji već u suštini i jedini pravi vid univerzalne jurisdikcije, ne može se tvrditi da se ona ne pojavljuje u odgovarajućim formama i u odnosu na druga krivična dela, pri čemu prvenstveno mislimo na ugovorna međunarodna krivična dela, a zatim na krivična dela iz oblasti opšteg kriminaliteta.

Između međunarodnih krivičnih dela *stricto sensu* i ugovornih međunarodnih krivičnih dela, kao što je poznato, postoji krupna razlika. Dok *core crimes* postoje na nivou MOP-a, ugovorna međunarodna krivična dela nastaju tek kad ih nacionalni zakonodavac inkorporiše u nacionalno zakonodavstvo, ispunjavajući tako preuzetu ugovornu obavezu. To su nacionalna, a ne supranacionalna krivična dela.

¹ Tipičan primer u tom smislu je piratstvo, prvo delo u odnosu na koje se počela primenjivati univerzalna jurisdikcija, ne samo zbog težine i opasnosti tog dela već pre svega zbog činjenice da se nije moglo obezbediti krivično gonjenje, jer nijedna država nije imala jurisdikciju na otvorenom moru.

² Princip neintervencije se zasniva na suverenosti i jednakosti svih država [čl. 2. 1. 1. Povelje UN (1945)]; u krivičnim stvarima podrazumeva obavezu nemešanja u poslove domaće jurisdikcije bilo koje države.

³ Na primer, danas je to veoma aktuelno u vezi sa zločinima izvršenim u Siriji. Sirija nije potpisnica Rimskog statuta. Kako Savet bezbednosti UN na osnovu glave 7 Povelje nije uspeo da inicira pokretanje postupka pred Međunarodnim krivičnim sudom (MKS) zbog protivljenja Rusije i Kine, a u samoj Siriji ne postoje izgledi da će u dogledno vreme postupci biti pokrenuti, jedina preostala mogućnost jeste da se postupci pokrenu pred sudovima drugih država na osnovu univerzalne jurisdikcije. U tom smislu veoma su se angažovale Španija, Nemačka, Švedska i Francuska.

Najznačajnija razlika između navedenih vrsta krivičnih dela vezana je za činjenicu da se za *core crimes* može uspostaviti individualna krivična odgovornost na međunarodnom nivou (pred Međunarodnim krivičnim sudom – MKS), odnosno pravo država da sude za ta dela nezavisno od toga da li su propisana u domaćem zakonodavstvu i da li postoje tradicionalne tačke vezivanja – princip teritorijaliteta, personaliteta i protektivni princip zamenjeni su univerzalnom jurisdikcijom *stricto sensu* (Ambos, 2011, pp. 667–668). Jurisdikcija koja se zasniva na međunarodnim ugovorima temelji se isključivo na uzajamnim odnosima/interesima ugovornih strana (države postupaju u sopstvenom interesu), te je jurisdikcioni osnov princip *aut dedere aut judicare* u skladu sa čl. 2 Rezolucije 2005. Podrazumeva se da je država potpisnica u obavezi ne samo da inkriminiše određena ponašanja već i da uspostavi jurisdikciju kako bi se ta dela procesuirala.⁴ Jurisdikcija koja se zasniva na ovom načelu često se tretira kao određena *varijanta univerzalne jurisdikcije*. Tako, npr. Krefß (2006, p. 7) ističe da je u pitanju „univerzalna jurisdikcija putem reprezentacije“ i potencira značaj aktuelnog vida principa *aut dedere aut judicare* primenom tzv. haške formule, što vodi osamostaljenju procesuiranja, budući da se postupak može voditi bez obzira da li je podnet zahtev za ekstradiciju⁵. To je posebno relevantno iz aspekta univerzalne jurisdikcije koja je najčešći i najsigurniji vid realizacije procesuiranja na osnovu *aut dedere aut judicare*, s tim što se u literaturi naglašava da ta dva pojma ne treba poistovećivati, pošto se procesuiranje može zasnovati i na drugim osnovama, npr. – pasivnom personalitetu. U Izveštaju Međunarodne pravne komisije UN [*International Law Commission* (ILC)] iz 2014. godine izričito se navodi da procesuiranje na osnovu klauzule *aut dedere aut judicare* dolazi u obzir ne samo na osnovu univerzalne jurisdikcije već i na osnovu tradicionalnih tačaka vezivanja (ILC, 2014: par. 13 i 18). Kada je u pitanju procesuiranje na bazi univerzalne jurisdikcije, potrebno je da se navodni učinilac nalazi na teritoriji države koja procesuirala i da do ekstradicije nije došlo.

Klasična varijanta univerzalne jurisdikcije pod nazivom *princip zamenjujućeg (vikarijevskog) krivičnog pravosuđa* (nem. *Prinzip der stellvertretender Strafrechtspflege*) ili *princip reprezentacije (principe representation)*, podrazumeva da se država koja ima izvornu jurisdikciju (npr. država na čijoj teritoriji je delo izvršeno) odriče krivičnog gonjenja (npr. ne zahteva ekstradiciju) i tu nadležnost ustupa državi gde se učinilac nalazi (Inazumi, 2008, pp. 110–112; Colangelo, 2006, p. 158). Država koja preuzima krivični postupak nema izvornu nadležnost koja bi se bazirala na nekoj tački vezivanja, nego samo zamenjuje (zastupa) državu koja joj je delegirala nadležnost. Kako se ovde ne radi o povredi pravnih dobara

⁴ U presudi *Question relating to Obligation Prosecute or Extradite, Belgium v. Senegal* (2012) (*Questions*, 2012), Međunarodni sud pravde (MSP) naložio je Senegalu da ispuni obavezu koju je preuzeo potpisivanjem Konvencije UN protiv torture i drugih surovih, neljudskih i ponižavajućih kazni ili postupaka (Konvencija protiv torture) i, u skladu sa čl. 7, st. 1, uspostavi jurisdikciju koja će omogućiti procesuiranje, pri čemu je sud naznačio da se obaveza države ispunjuje u podnošenju predmeta pred kompetentne organe radi procesuiranja, ali da oni samostalno odlučuju da li će predmet biti procesuiran ili ne.

⁵ Princip *aut dedere aut judicare* pojavljuje se u dva oblika: prema klasičnom, procesuiranje je moguće nakon što je odbijen zahtev za ekstradiciju države koja ima jurisdikcioni osnov, dok prema novijem poimanju, tzv. haškoj formuli, procesuiranje ima primat nad ekstradicijom, te se ne zahteva da je zahtev za ekstradiciju odbijen, nego je dovoljno da ga nije podnela država koja ima jurisdikcioni osnov. Haška formula je često povezana sa univerzalnom jurisdikcijom, kao npr. u pomenutoj Konvenciji protiv torture (čl. 5, st. 2); izričito istaknuto i u presudi *Questions*, 2012, par. 94.

zaštićenih međunarodnim pravom, primena principa zamenjujućeg krivičnog pravosuđa uslovljena je poštovanjem principa dvostruke kažnjivosti (po pravilu na bazi reciprociteta) i, po pravilu, pristankom države koja ustupa krivično gonjenje (uža koncepcija zamenjujućeg krivičnog pravosuđa). Haška formula gotovo je eliminisala taj drugi zahtev. Smatra se da država koja ne podnosi zahtev za ekstradiciju ili nema interes ili nema mogućnost za jurisdikciju.⁶ Osnovna pretpostavka kod oba vida zamenjujućeg krivičnog pravosuđa je prisustvo učinioca na teritoriji države kojoj je ustupljeno krivično gonjenje.

2. Komparativni pristup

Kao što se vidi, između tri navedene grupe krivičnih dela postoje značajne razlike u pogledu regulisanja univerzalne jurisdikcije. Služeći se komparativnim metodom nastojaćemo da ukažemo na osnovne distinktivne elemente u tom pogledu. Pažnju ćemo usredsrediti na nemačko, špansko i belgijsko zakonodavstvo. Prvo, kao reprezenta aktuelnog pristupa ovoj oblasti, a druga dva – kao primere pionirskih, ali prema mnogim autorima neprevaziđenih koraka u pogledu univerzalne jurisdikcije uopšte (Kluwen, 2017, p. 21). To bi trebalo da nam omogući da izvedemo odgovarajuće zaključke u pogledu regulisanja univerzalne jurisdikcije u srpskom krivičnom pravu kao i da artikuliramo izvesna rešenja *de lege ferenda*. Kao najznačajnija pitanja u oblasti univerzalne jurisdikcije ističu se univerzalna jurisdikcija *in absentia*, princip supsidijariteta i *sham* postupak.

2.1. Nemačka

Možda nigde kao u nemačkom pravu nije tako jasno došla do izražaja veza između univerzalne jurisdikcije i prirode *core crimes*-a. Kako je to navedeno u Izveštaju povodom Nacrta zakona o međunarodnim krivičnim delima [Völkerstrafgesetzbuch(VStGB)], prezentovanom na konferenciji u Njujorku u vezi sa inkorporacijom Rimskog statuta MKS-a u nacionalna zakonodavstva „prilikom koncipiranja VStGB-a pošlo se od stava da se Zakonom obuhvate samo krivična dela koja već postoje prema MOP-u, jer inače ne bi bilo moguće predvideti istinsku univerzalnu jurisdikciju“ (International, 2002, p. 3). VStGB u pogledu *core crimes*-a predviđa primenu univerzalne jurisdikcije na osnovu principa svetskog prava (nem. *Weltprinzip*), odnosno univerzalnog principa. Prema čl. 1VStGB-a: „Zakon se primenjuje na sva krivična dela protiv međunarodnog prava predviđena tim zakonom, a u pogledu teških krivičnih dela iz čl. 6–12 čak i onda kad su ona izvršena u inostranstvu i nemaju nikakvu vezu sa Nemačkom“.

Navedena odredba koncipirana je na osnovu bezuslovne univerzalne jurisdikcije. U teoriji se ističe da je u pitanju: „norma najveće moguće širine“ (Ambos, 2007b, p. 67). Za primenu jurisdikcije, uslovno rečeno, ne zahteva se ni prisustvo učinioca u Nemačkoj. Jedini osnov od kog polazi VStGB jeste priroda krivičnog dela, ali se to, međutim, odnosi

⁶ Taj vid se tretira kao širi, fleksibilniji pojam zamenjujućeg krivičnog pravosuđa. Karakterističan je npr. za čl. 7, st. 2 nemačkog KZ-a, za ranije jugoslovensko krivično zakonodavstvo, a danas je predviđen npr. u krivičnim zakonima Srbije (čl. 10 KZ) i Hrvatske (čl. 17 KZ). Zlatarić ga je označio kao derivat univerzalne jurisdikcije ističući da se princip ipak odnosi „na krivična dela stranaca izvršena u inozemstvu“ (Zlatarić, 1979, p. 142).

samo na genocid, zločin protiv čovečnosti i ratne zločine. Već kad je u pitanju agresija (propisana u čl. 13 VStGB-a od 22. decembra 2016), postavljeni su ograničavajući elementi (državljanstvo učinioca ili zahtev da se radi o krivičnom delu koje je direktno upravljano protiv interesa Nemačke).

Čl. 1 VStGB-a ne predviđa nikakva ograničenja za uspostavljanje apsolutne univerzalne jurisdikcije (*in absentia* okrivljenog), ali je samo fazu istrage moguće voditi u odsustvu okrivljenog⁷, dok je njegovo prisustvo obavezno u fazi glavnog postupka (Jeßberger, 2007, pp. 3, 20–21). Na ovom momentu se u nemačkoj teoriji veoma insistira, jer se smatra da postupanje u odsustvu optuženog tokom sudskog postupka vodi do ozbiljnog i teškog narušavanja ljudskih prava. Navedena činjenica je važan razlog za odluku saveznog tužioca o odustanku od krivičnog gonjenja na osnovu čl. 153f ZKP-a.

U skladu sa konceptom „komplementarne pripravnosti“ koji se bazira na globalnom pristupu i proaktivnoj ulozi svih država u pogledu sprečavanja nekažnjivosti učinilaca *core crimes*, danas se akcent stavlja na prikupljanje i obezbeđenje dokaza (kako bi se sačuvali), bez obzira da li će se i kad voditi krivični postupak i pred kojim sudom (države koja je prikupljala dokaze, pred internacionalnim ili nacionalnim sudskim telom) (Drucksache 14/8524, p. 38). Univerzalna jurisdikcija se pokazala kao odgovarajući osnov za vođenje takve vrste postupakâ (Kaleck & Schüller, 2019), što potvrđuju i primeri iz prakse⁸.

Neograničen pojam univerzalne jurisdikcije u materijalnom smislu (čl. 1 VStGB) ograničen je proceduralnim pravilima. Prema čl. 153f ZKP-a (donesenim istovremeno kad i VStGB) federalni tužilac (*Generalbundesanwalt*) ima ovlašćenje da u određenim situacijama odustane od krivičnog gonjenja kad su u pitanju *core crimes*, kao i za druga krivična dela propisana u VStGB-u, ali koja prema čl. 1 nisu obuhvaćena univerzalnom jurisdikcijom, a to su povreda dužnosti kontrole od strane vojnog komandanta (čl. 14) i propuštanja da se izvesti o izvršenju krivičnog dela (čl. 15). Odustajanje od krivičnog gonjenja postavljeno je na fakultativne osnove, te tužilac diskreciono procenjuje da li će pokrenuti istragu (Ambos, 2007a, p. 49; Jeßberger, 2007, p. 16). Tokom donošenja zakona insistirano je na rigoroznom regulisanju čl. 153f ZKP-a radi doslednijeg poštovanja pravila nemešanja u prava država sa jurisdikcionim prioritetom (Jeßberger, 2007, p. 15, nap. 27), ali se od toga odustalo, te je, prema postojećem rešenju, moguće dati prednost pokretanju postupka u Nemačkoj – npr. kada se u njoj nalazi veća grupa žrtava koje nemaju nemačko državljanstvo (Jeßberger, 2007, p. 16). Na taj način je donekle očuvana dogmatska zgrada čl.

⁷ Ideja o istrazi kao jedinjoj fazi postupka koji se na osnovu univerzalne jurisdikcije vodi u odsustvu učinioca danas je vrlo aktuelna. Zastupljena je u Rezoluciji, 2005 kao i u II rezoluciji IV sekcije XVIII međunarodnog kongresa za krivično pravo (Istanbul, 2009). U tom kontekstu neophodno je spomenuti uspostavljanje *Internacionalnog nepristrasnog nezavisnog mehanizma za pomoć u istrazi i procesuiranju odgovornih za najteže zločine prema međunarodnom pravu izvršene u Sirijiskoj Arapskoj Republici počev od marta 2011.* od strane Generalne skupštine UN 2016.

⁸ U konceptu „komplementarne pripravnosti“ akcentat je na strukturalnoj istrazi, tj. širokom preliminarnom istraživanju koje omogućava identifikaciju, pronalaženje i, često, hvatanje učinioca. Na taj način je u Nemačkoj identifikovan i 12. februara 2019. godine uhapšen Jamil Hasan (*Jamil Hassan*), bivši šef Istražnog odeljenja vazduhoplovnih snaga Sirije, protiv koga je u junu 2018. izdat međunarodni nalog za hapšenje. U literaturi se naglašava da i uspehe Švedske u istraživanju zločina u Siriji treba na prvom mestu pripisati mogućnosti da se pretkrivični postupak i istraga vode u odsustvu okrivljenog, čak i bez obzira na zahtev da je okrivljeni imao boravište u Švedskoj – ECCHR, Survivors of Assad's torture system demand justice, 2019.

1 VStGB-a, jer „fakultativnost odustanka u suštini omogućava samo da se izbegne istraga i procesuiranje u slučajevima gde ne postoje realne šanse za uspeh“ (Ambos, 2007a, p. 49).

Generalni uslov za odustajanje od krivičnog gonjenja, prema čl. 153f, st. 1 ZKP-a, jeste da „osumnjičeni“⁹ ne boravi u Nemačkoj, odnosno da se takav njegov boravak ne očekuje, što se u praksi vrlo široko tumači – npr. uzima se da boravak postoji kada se neko lice nalazi u tranzitu ili privremeno boravi, voljno ili nevoljno – *mala captus, bene detentus* (Ambos, 2007a, p. 49). U nemačkoj literaturi ističe se da ta odredba *de facto* znači odsustvo navodnog učinioca u Nemačkoj (HRW, 2014, p. 4; Langer, 2011, p. 9; Ryngaert, 2010, p. 183). U čl. 153f, st. 2, tač. 1–4 ZKP-a su naročito navedene sledeće smernice za odustanak od krivičnog gonjenja: 1. da ne postoji sumnja da je delo učinio nemački državljanin; 2. da ne postoji sumnja da je delo izvršeno protiv nemačkog državljanina; 3. da nijedan od osumnjičenih nema boravak u Nemačkoj niti će ga eventualno imati; 4. da se ne vodi postupak pred međunarodnim sudom ili pred sudom države gde je zločin učinjen, odnosno države čiji je državljanin osumnjičeni ili žrtva.¹⁰

Zadržali bismo se nešto detaljnije na principu supsidijariteta, pri čemu koristimo objašnjenja i tumačenja odgovarajućih pojmova u Rimskom statutu s obzirom na to da su mnogi od tih pojmova gotovo identični sa odgovarajućim na nacionalnom nivou, uključujući i nemačko pravo. Jurisdikcija treće države uslovno je supsidijarna u odnosu na jurisdikciju MKS-a, odnosno teritorijalne države ili druge države koja ima jurisdikcioni prioritet na bazi državljanstva učinioca/žrtve (Ambos, 2016, p. 240; Jeßberger, 2010, p. 239). Uslov pod kojim Nemačka, kao treća država, može da stupi na mesto MKS-a ili druge države sa jurisdikcionim prioritetom jeste da oni neće ili ne mogu da procesuiraju zločin. Prema Rimskom statutu u prvom slučaju reč je o tzv. *sham* postupku, tj. kada se vodi lažan (privedan) postupak, pri čemu država koja ima jurisdikcioni prioritet ne postupa *bona fidae*. U drugom slučaju u državi postoji potpuni kolaps pravosudnog sistema. Zato Ambros kaže (2016, p. 227) da „država koja ostaje pasivna pred međunarodnim zločinom [...] ne može pretendovati na to da su njeni jurisdikcioni interesi povređeni zato što treća država preuzima krivično gonjenje“.

Institut *sham* postupka nije izričito regulisan u nemačkom zakonodavstvu, ali se u obrazloženju VStGB-a navodi da nema opravdanja za primenu člana 153f ZKP-a. Kritikuje se način primene tog člana i ukazuje na to da treća država nema obavezu da automatski

⁹ U pogledu termina osumnjičeni vid.: Ambos, 2007a, p. 47, nap. 23.

¹⁰ Ako se uslovi posmatraju u kontekstu fakultativne primene čl. 153f, može se zaključiti sledeće. Kada učinilac nije prisutan u Nemačkoj, a ne postoji neka druga tačka vezivanja iz čl. 153, st. 2, tač. 1-3) Nemačka bi trebala da se uzdrži od pokretanja krivičnog postupka (Drucksache 14/8524, p. 38), naročito ako nema realnih izgleda da se postupak uspešno okonča. Ako je stranac prisutan u Nemačkoj ili se njegov boravak ne može anticipirati, postoji obaveza na krivično gonjenje (Jeßberger, 2007, p. 17), u skladu sa principom legaliteta krivičnog gonjenja (čl. 152, st. 2 ZKP). Ako je postupak pokrenut po jurisdikcionom prioritetu pred internacionalnim ili nacionalnim sudom druge države, nemački federalni tužilac bi, u načelu, saglasno supsidijarnom načelu, trebalo da odustane od krivičnog gonjenja (čl. 153f, st. 2, tač. 4), ali nije obavezan da to učini, naročito ako se postupak u inostranstvu vodi „bez stvarne namere da se procesuiraju [...] odnosno sa ciljem da se okrivljeni zaštiti od procesuiranja“ (Jeßberger, 2007: 15) – tzv. *sham* postupak. Stoga, tužilac neće odustati u slučaju kada će teritorijalna ili druga država voditi *sham* postupak (Drucksache 14/ 8524, p. 38). Sledeća opcija jeste da tužilac nastavi sa postupkom pred nemačkim sudovima. Do postupka, međutim, neće doći, iako osumnjičeni ima boravak u Nemačkoj, ali se vodi postupak za njegovo izručenje ili transfer (čl. 153f, st. 2 – finalna rečenica).

ustupi jurisdikciju državi sa jurisdikcionim prioritetom (Jeßberger, Kaleck & Schueller, 2010, p. 233).¹¹ Očekuje se da treća država pre donošenja odluke mora razmotriti da li se osnovano može pretpostaviti da će država kojoj se jurisdikcija ustupa postupati u skladu sa međunarodnim standardima *due process of law*. Pojmovi „neće“ ili „ne može“ prema članu 153f, st. 2, tač. 4 ZKP-a vezuju se za postupak koji je u toku – koji se već vodi (*verfolgt wird*), za razliku od čl. 17, st. 1, tač. 2 i 3 Rimskog statuta, prema kome dolazi u obzir i postupak koji je okončan i gde je odluka već donesena.

Univerzalna jurisdikcija u nemačkom pravu predviđena je, na bazi principa svetskog prava (Jessbereger, 2007, p. 4), i u odnosu na supranacionalna, ugovorna međunarodna krivična dela, saglasno čl. 6 KZ-a u kome je propisano da će se „nemačko krivično pravo primeniti bez obzira na zakon zemlje gde je delo učinjeno na sledeća krivična dela¹² izvršena u inostranstvu”. Na posebnu prirodu ovih dela ukazuje i sam naslov člana – „Krivična dela prema nacionalnom pravu upravljena protiv međunarodno zaštićenih pravnih interesa“. U pogledu pravne prirode osnova za jurisdikciju postoji bitna razlika, jer iza krivičnih dela predviđenih u čl. 1 VStGB-a stoji MOP, dok iza krivičnih dela predviđenih u čl. 6 KZ-a stoje međunarodni ugovori. U tom smislu trebalo bi da uspostavljanje univerzalne jurisdikcije kod svake od dve vrste krivičnih dela sledi različita pravila (Jeßberger, 2007, p. 5).

Čl. 6 KZ-a, međutim, ne uspostavlja tu distinkciju. Osnovna karakteristika principa svetskog prava jeste neuvažavanje principa dvostruke kažnjivosti jer se radi o povredi pravnih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (srž *core crimes*-a je nadmoć međunarodnog prava nad nacionalnim). To se posebno naglašava u nemačkom pravu, naročito za dela predviđena VStGB-om, budući da nemački organi mogu započeti istragu i sudovi doneti presudu i kad to delo nije predviđeno u pravu zemlje u kojoj je izvršeno (Blanco Cordero, 2008, par. 14; Ryngaert, 2010, pp. 170-172), mada postoje i umereniji stavovi, pa tako Ambros, koji ne negira postojeći stav u vezi sa principom dvostruke kažnjivosti, ističe značaj pravila *ne bis in idem* iz čl. 50 Povelje o osnovnim pravima EU (2007), koje je takođe prihvaćeno i u čl. 54 Konvencije o primeni Šengenskog sporazuma (1985), kao i u Rimskom statutu (čl. 20) i Statutu MKTJ (čl. 10). Čl. 6 KZ-a, kao što sledi iz citiranog teksta, upravo sadrži takvu odredbu. Primena te odredbe nije uslovljena postojanjem nikakvog legitimacionog nekusa niti je nagovešten bilo kakav zahtev koji proizilazi iz principa *aut dedere aut judicare*, npr. u pogledu prisustva učinioca. To znači da je, kao i kod *core crimes*-a, moguće pokrenuti krivični postupak i voditi

¹¹ U suštini, u pitanju je izbegavanje kompleksnih i politički osetljivih slučajeva kao što je to npr. slučaj *Ramsfeld* (*Rumsfeld*), koji veoma tišti nemačke krivičnopravne poslenike. U prvom postupku koji je vođen protiv Ramsfelda (predstavka od 29. novembra 2004, izmenjena 10. februara 2005) federalni tužilac je odlučio da ne pokrene istragu. Iako su postojali dokazi da se protiv samog Ramsfelda ne vodi istraga, tužilac je istakao da se kompleks zločina izvršenih u Abi Ghraib-u već istražuje u SAD. Viši regionalni sud u Štutgartu je odbacio zahtev kao neprihvatljiv (Kaleck, 2009, p. 952). U drugom postupku protiv Ramsfelda (predstavka od 14. novembra 2006) priloženi su novi dokazi kojima je, pored ostalog, dokumentovano da protiv Ramsfelda nikakva istraga ni u SAD ni u Iraku nije vođena, ali je federalni tužilac ponovo odbio da pokrene postupak, ovog puta sa obrazloženjem da niko od osumnjičenih ne boravi u Nemačkoj, niti se može očekivati da će boraviti (HRW, 2014, pp. 5-6).

¹² U čl. 6, tač. 2-8 KZ-a predviđeni su: teška krivična dela zloupotrebe nuklearne energije, eksplozivnih ili radioaktivnih materijala, napadi na vazduhoplovni ili morski saobraćaj, trgovina ljudima u cilju seksualne ili radne eksploatacije, neovlašćeno rasturanje narkotika, distribucija pornografskog materijala, falsifikovanje novca i kreditnih kartica i prevara u vezi sa članom 264 KZ-a. Pre donošenja VStGB-a bili su obuhvaćeni genocid (čl. 6, tač. 1) i ratni zločini (čl. 6, tač. 9 KZ).

istragu u odsustvu učinioca (Jeßberger, 2007, pp. 10, 20). U pogledu mogućnosti da se istraga vodi u odsustvu učinioca postoji značajan izuzetak kada međunarodni ugovor, a to se odnosi u pravilu na sve ugovore koji sadrže klauzulu *aut dedere aut judicare*,¹³ zahteva da je učinilac prisutan na teritoriji države koja prema njemu sprovodi postupak. Tada postupanje na osnovu čl. 6, tač. 9 KZ-a treba da bude u skladu s međunarodnim ugovorom (Jeßberger, 2007, pp. 12, 20–21). To isto važi i za tačke vezivanja (Jeßberger, 2007, p. 12). S obzirom na to da se čl. 6, tač. 9 KZ-a do donošenja VStGB-a odnosio i na ženevske konvencije, sudska praksa je izgradila stav u pogledu pravne prirode zajedničkog člana kojim je regulisana jurisdikcija u odnosu na ratne zločine regulisane ženevskim konvencijama i priklonila se stavu da pomenuta odredba dozvoljava univerzalnu jurisdikciju *in absentia* (Jeßberger 2007, p. 12; Zimmermann, 2006, p. 352).¹⁴ Kako se ratni zločini danas tretiraju kao deo *core crimes*-a, nakon donošenja VStGB-a univerzalna jurisdikcija u pogledu tih dela rešava se putem čl. 1 tog zakona.

Za razliku od zakonskih rešenja, specifičnost univerzalne jurisdikcije u odnosu na ugovorna međunarodna krivična dela u punoj meri je došla do izražaja u nemačkoj sudskoj praksi. Savezni sud pravde uspostavio je dodatni legitimacioni neksus koji bi trebalo da opravda interes Nemačke da procesuiru u konkretnom slučaju. Taj zahtev i danas je karakterističan za nemačku sudsku praksu (BGH 2 StR96/14, 18. mart 2015). Jeßberger smatra da je takva praksa opravdana, čime jasno aludira na različitu pravnu prirodu jurisdikcijâ predviđenih u čl. 6 KZ-a i čl. 1 VStGB-a (Jeßberger, 2007, p. 10). Mnogi autori ističu da je to osnovni razlog što je u čl. 1 VStGB-a napravljen otklon i izričito predviđeno da se za jurisdikciju ne zahteva nikakva tačka vezivanja (Ambos, 2007a, p. 45). Još jedan momenat ukazuje na odstupanje od principa svetskog prava kad je u pitanju čl. 6 KZ-a. U čl. 153c, st. 2 ZKP-a izričito je predviđeno da javni tužilac može odustati od krivičnog gonjenja ako je za isto delo prema učiniocu kazna već izvršena u inostranstvu, ako je kazna koja se očekuje u Nemačkoj neznatna u odnosu na kaznu izrečenu u inostranstvu ili ako je optuženi u inostranstvu u pogledu istog dela već oslobođen pravosnažnom presudom. Krajnje konsekvence principa *ne bis in idem* su, dakle, uvažene.

Posmatrano u celini nema sumnje da izvesna ambivalentnost karakteriše nemački stav u pogledu univerzalne jurisdikcije u odnosu na ugovorna međunarodna krivična dela.

Princip dvostruke kažnjivosti dolazi, međutim, u punoj meri do izražaja kad je u pitanju procesuiranje na bazi principa zamenjujućeg krivičnog pravosuđa. U nemačkoj teoriji se čl. 7, st. 2 KZ-a Nemačke tretira kao tipičan izraz tog principa (Jeßberger, 2007, p. 8). Sledstveno tome, za uspostavljanje jurisdikcije zahteva se da je delo kažnjivo prema zakonu zemlje gde je izvršeno, kao i da se poštuje princip *ne bis in idem*. U nemačkom pravu su oba ta uslova ispunjena: čl. 7, st. 2 KZ-a i čl. 153c, st. 2 ZKP-a. Primena čl. 7 stav 2

¹³ Retki su međunarodni ugovori koji predviđaju postupanje u odsustvu učinioca. Pored ženevskih konvencija takvu odredbu sadrži npr. Međunarodna konvencije o zaštiti svih lica od prisilnih nestanaka (2007).

¹⁴ Stav se zasniva na odredbi prema kojoj je država ugovornica obavezna da sudi učiniocima teških povreda humanitarnog prava bez obzira na njihovo državljanstvo. Odredba je permissivnog karaktera i ne zahteva postojanje bilo kakvog teritorijalnog neksusa ili tačke vezivanja u pogledu državljanstva. Zimerman ističe da odredba ne samo da ne zabranjuje već podržava univerzalnu jurisdikciju *in absentia* i ukazuje na saglasno izdvojeno mišljenje sudijâ Higgins-a, Kooijmans-a i Buergenthal-a u slučaju *Arrest Warrant*, 2000, par. 31 i 56), koji, prema njegovom mišljenju, i pored izvesnog opreza, podržavaju shvatanje da zajednički član ženevskih konvencija stoji na poziciji univerzalne jurisdikcije *in absentia* (Zimmermann, 2006, p. 352).

KZ-a uslovljena je takođe prisustvom učinioca (stranca) u Nemačkoj koji nije ekstradiran bilo zbog toga što zahtev za ekstradiciju nije podnesen u razumnom roku ili što je odbijen, bilo zbog toga što ekstradicija uopšte nije izvodljiva. Iz ovog sledi da, što se tiče ekstradicije, zakonodavac operiše sa oba vida *aut dedere aut judicare*, tj. klasičnim oblikom tog principa – da je zahtev za ekstradiciju odbijen i haškom formulom – da zahtev za ekstradiciju u razumnom roku nije podnesen.

2.2. Španija

Zakon o sudovima [*Ley Orgánica del Poder judicial* (LOPJ)] koji se primenjuje u Španiji u svojoj originalnoj verziji iz 1985. predviđao je безусловnu univerzalnu jurisdikciju, drugim rečima, nije postavljao nikakve posebne uslove u pogledu tačaka vezivanja, hijerarhijskog reda u vezi s primenom jurisdikcijâ (princip supsidijariteta) i sl. (Fernández... 2014, p. 717). Čl. 23, st. 4 je glasio: „Španski sudovi imaju jurisdikciju u pogledu krivičnih dela izvršenih izvan teritorije Španije kad su ih izvršili španski državljani ili stranci [...]” (Contribution, 2016, p. 2).

Započinjanje postupka na osnovu univerzalne jurisdikcije, otvaranje istrage, izdavanje međunarodnog naloga za hapšenje, zahteva za ekstradiciju i sl. bilo je, takođe, moguće bez prisustva navodnog učinioca, ali glavni pretres i izricanje krivične sankcije, prema opštim propisima španskog krivičnog procesnog prava (i pre i danas) nije moguće bez prisustva optuženog (Kaleck, 2009, p. 954). U presudi u slučaju *Genocid u Gvatemali* Ustavni sud Španije je naglasio da je prisustvo okrivljenog samo uslov za odvijanje glavnog pretresa, ali ne i distinktivni osnov jurisdikcije, tj. odobrio je da se jurisdikcija može uspostaviti nezavisno od prisustva učinioca (Constitutional, 2005, II, par. 7).

Temeljni osnov na kom se bazirala jurisdikcija prema čl. 23, st. 4 LOPJ-a iz 1985. je, dakle, postojanje teške povrede međunarodnog humanitarnog prava (ovo posebno ako se uzme u obzir pozitivno rešenje iz 2014. prema kom se izričito zahteva prisustvo okrivljenog na osnovu principa *aut dedere aut judicare*). Zakonom iz 1985, međutim, samo je genocid bio obuhvaćen odredbom čl. 23, st. 4, tač. a, dok je primena univerzalne jurisdikcije u pogledu ratnih zločina vezanih za ženevske konvencije bila regulisana generalnom odredbom predviđenom u čl. 23, st. 4, tač. g, koja se odnosila na procesuiranje krivičnih dela koja proizlaze iz međunarodnih ugovora.

Ključni momenat koji je doprineo prodoru univerzalne jurisdikcije u Španiji bila je mogućnost da se pokrene krivični postupak na osnovu *actio popularis*-a (Fernández, 2014, p. 717), što je, uz liberalnu postavku čl. 23, st. 4. LOPJ-a (bez ograničenja u pogledu tačaka vezivanja posebno u vezi sa državljanstvom ili mestom boravka žrtve¹⁵) omogućilo brojnim žrtvama da uz podršku nevladinih organizacija iniciraju krivične postupke. Na

¹⁵ U slučaju *Genocid u Gvatemali* Vrhovni sud Španije odbacio je zahtev za pokretanje postupka zahtevajući da žrtve moraju biti španski državljani (Spanish Supreme Court, No. 327/2003), čime je eliminisan supstrat predmeta – genocid nad pripadnicima etničke grupe Maja, a slučaj je ograničen na masakr španskih državljana u njihovoj ambasadi. Poništavajući ovu presudu Ustavni sud Španije je istakao da je na taj način Vrhovni sud zločin protiv čovečnosti sveo na zaštitu sopstvenih građana te da takva interpretacija čl. 23, st. 4, tač. a LOPJ-a menja sadržaj univerzalne jurisdikcije u toj meri da ona postaje neprepoznatljiva u odnosu na ostale jurisdikcione osnove (Constitutional, 2005, par. 8).

primer, u slučaju *Genocid u Gvatemali* preko dvadeset nevladinih organizacija se pridružilo peticiji žrtava, uključujući i *Rigoberta Menchú-a*, nosioca Nobelove nagrade za mir.

Jedini ograničavajući elemenat koji je LOPJ iz 1985. sadržao bilo je pravilo *ne bis in idem*, prema kom španski sudovi nisu mogli procesuirati dela predviđena u čl. 23, st. 4, za koja su učinioce već bili oslobođeni, pomilovani ili osuđeni od sudova drugih država (čl. 23, st. 5).

Sa takvim konceptom univerzalne jurisdikcije i odredbama o nazavisnom sudstvu (Kaleck, 2009, p. 954) Španija je postala lider u praktikovanju univerzalne jurisdikcije, a sa čuvenim nalogom za hapšenje protiv Pinočea (*Pinochet*) stupila je na međunarodnu scenu. Iako su u tom slučaju neke žrtve bili državljani Španije, sudija Baltazar Garzon se opredelio da zahtev za ekstradiciju zasnuje na univerzalnoj jurisdikciji (Langer, 2011, p. 23).

No, po uobičajenoj agendi usledio je veoma jak pritisak zemalja čiji su sunarodnici bili involvirani u zločine. Mogućnost da se primeni univerzalna jurisdikcija bila je stoga progresivno limitirana, naročito 2009. (LOPJ 1/2009), a zatim – 2014. (LOPJ 1/2014). Ono što obeležava LOPJ 1/2009 je izuzetno restriktivan pristup koji je pratio probleme s kojima se suočavala sudska praksa (slučaj *Genocid u Gvatemali*). U tom smislu uspostavljen je zahtev za prisustvom učinioaca na španskoj teritoriji, za španskim državljanstvom žrtve ili nekim drugim neksusom koji bi ukazivao na vezu između izvršenog dela i Španije, uveden je princip supsidijariteta i sl.

Na taj način su mnogi slučajevi zatvoreni, npr. *Tibet 2*, ali ne i svi. Predmet *Tibet 1* izazvao je nove tenzije, a protesti Kine zbog izdavanja međunarodnog naloga za hapšenje protiv bivšeg predsednika države Jiang Zemina i bivšeg predsednika vlade Li Penga u novembru 2013. bili su povod za nove zakonske izmene.

Prema aktuelnom tekstu čl. 23, st. 4. LOPJ-a od 2014. skala krivičnih dela na koje se primenjuje jurisdikcija Španije kad ih, van njene teritorije izvrši španski državljanin ili stranac, značajno je proširena, ali su zato i veoma minuciozno razrađene restrikcije u pogledu njene primene.

Što se tiče *core crimes-a*, čl. 23, st. 4, tač. a LOPJ-a 1/2014 odnosi se ne samo na genocid već i na zločin protiv čovečnosti i ratne zločine (protiv zaštićenih lica ili imovine u slučaju oružanog sukoba). Primena jurisdikcije pretpostavlja da je učinilac stranac koji ima uobičajeno boravište u Španiji ili stranac koji se zatekao u Španiji, a čiju su ekstradiciju španske vlasti odbile (*aut dedere aut judicare*).

Iza krivičnih dela iz grupe *core crimes* sledi široka skala ugovornih međunarodnih krivičnih dela (čl. 23, st. 4 tač. b–o) među kojima su i neke vrlo aktuelne inkriminacije, kao npr. one koje proizlaze iz Konvencije Saveta Evrope protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici ili pak iz Konvencije Saveta Evrope o falsifikovanju medicinskih proizvoda i drugih krivičnih dela koja predstavljaju pretnju za javno zdravlje.¹⁶

¹⁶ Pored tih krivičnih dela, čl. 23, st. 4 odnosi se i na sledeće inkriminacije: torturu, prisilni nestanak, krivična dela koja proizlaze iz Konvencije o suzbijanju nezakonite otmice vazduhoplova, Konvencije o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv bezbednosti civilnog vazduhoplovstva, Konvencije o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala kao i krivična dela neovlašćenog stavljanja u promet droga i drugih psihotropnih supstanci, krivična dela protiv polne slobode i nepovredivosti maloletnika, korupcije i dr.

Osnovni metod kojim se poslužio zakonodavac ograničavajući primenu jurisdikcije jeste variranje obeležja aktivnog i pasivnog personaliteta, te se, s jedne strane, u ulozi učinioca pojavljuju španski državljani (ta odredba datira od 1985) i stranci koji uobičajeno borave u Španiji,¹⁷ a s druge strane – alternativno toj tački vezivanja, u ulozi pasivnog subjekta (žrtve) – španski državljanin ili lice koje je rezident (uobičajeno boravi) u Španiji u vreme izvršenja dela ili, kod nekih dela, da se nalazi u Španiji (čl. 23, st. 4, tač. k. 4 i m. 4). Zakon predviđa takođe i generalnu obavezu Španije da procesuiru sva dela koja proizlaze iz međunarodnih ugovora, a koja nisu izričito navedena u čl. 23, st. 4.

LOPJ 1/2014 poklanja takođe veoma značajnu pažnju supsidijaritetu, posebno *sham* postupku. Prema čl. 23, st. 5 krivična dela iz čl. 23, st. 4 neće se procesuirati u Španiji ako već teče postupak pred međunarodnim sudom ili sudom države gde je delo izvršeno, odnosno čiji je državljanin učinilac (Fernández, 2014, p. 724) osim ako se navodni učinilac ne nalazi u Španiji ili ako je pokrenut postupak za njegovo izručenje državi gde je delo izvršeno ili državi čiji je državljanin žrtva ili ako je pokrenut postupak za predaju tog lica MKS-u ili nekoj od gore pomenutih država, osim ako ekstradicija nije odobrena.

Sham postupak je detaljno regulisan, i to potpuno po matrici Rimskog statuta. Prema čl. 23, st. 5 LOPJ-a 1/2014 sud će, prilikom određivanja pojma „neće“, razmotriti u svakom konkretnom slučaju, polazeći od *due process of law*, da li postoji jedna ili više sledećih okolnosti: a) da li je postupak vođen, ili se vodi, ili je odluka donesena u cilju zaštite lica od krivične odgovornosti; b) da li je došlo do neopravdanog zastoja u postupku koji, prema okolnostima, nije u skladu s namerom da se lice privede pravdi; c) da nije postupak vođen ili se ne vodi na nezavisan ili nepristrasan način ili prema okolnostima nije vođen ili se ne vodi na način koji je u skladu s namerom da se lice privede pravdi. Prilikom utvrđivanja „nemogućnosti“, Sud će u svakom konkretnom slučaju razmotriti da li je do toga došlo usled totalnog i suštinskog kolapsa pravosudnog sistema, nemogućnosti da se dođe do optuženog, neophodnih dokaza, svedoka i sl. (Contribution, 2016, p. 8).

Izmena koja je izazvala najoštrije reakcije odnosi se na pokretanje krivičnog postupka. Ovlašćenje za pokretanje postupka je vrlo široko postavljeno, budući da prema čl. 125 Ustava Španije „građani mogu pokrenuti postupak“ (*actio popularis*), što znači da se u toj ulozi mogu pojaviti ne samo (pojedinci) žrtve krivičnog dela već i grupe građana, kao i nevladine organizacije koje imaju javni interes za pokretanje postupka. Prema LOPJ-u 1/2014, međutim, postupak na osnovu univerzalne jurisdikcije može pokrenuti samo žrtva ili javni tužilac (čl. 23, st. 6). Otpala je mogućnost da se u toj ulozi pojave grupa građana i NGO. Ne treba isticati značaj i ulogu civilnog društva; logistika, finansijska sredstva, stručnost, profesionalni kadar i autoritet koji uživaju često su krucijalne za uspešno praktikovanje univerzalne jurisdikcije. Do danas nevladine organizacije nisu uspele da povrate mesto koje su u tom pogledu imale u španskom pravnom sistemu.

Nesporno je da su predviđene restrikcije umanjile potencijale u pogledu primene univerzalne jurisdikcije. Nije slučajno što se u teoriji ističe da je pre reč o ekstrateritorijalnoj,

¹⁷ Npr. kod krivičnih dela protiv polne slobode i nepovredivosti maloletnika (tač. k. 1 i 2) krivičnih dela vezanih za Konvenciju Saveta Evrope protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (tač. l. 1 i 2), trgovine ljudima (tač. m. 1 i 2), korupcije (tač. n. 1 i 2) i krivičnih dela vezanih za Konvenciju Saveta Evrope o falsifikovanju medicinskih proizvoda i sličnih krivičnih dela koja predstavljaju pretnju za javno zdravlje (tač. o. 1 i 2).

a ne univerzalnoj jurisdikciji. Fernández (2014, p. 726) štaviše ističe da je univerzalna jurisdikcija izmeštena iz španskog jurisdikcionog sistema.

No, i pored toga, zahvaljujući tradiciji, a prvenstveno političkoj volji, kao i odlučnosti sudije Eloja Velaska (*Eloy Velasco*), Španija je bila prva država koja je pokrenula krivični postupak za zločine izvršene u Siriji. Amal Hag-Hamdo Anfalis, čiji je brat Abdul Hamdo bio podvrgnut torturi, a zatim ubijen u jednom od centara za zadržavanje u Damasku, 1. februara 2014. inicirala je postupak protiv devetorice visokih sirijskih oficira, uključujući i Ali Mamluka, prvog čoveka sirijske bezbednosne službe. U daljem toku postupka, sudeći prema izvorima iz štampe, javni tužilac je uložila žalbu na odluku suda zato što nije zadovoljen uslov postojanja pasivnog personaliteta da bi se uspostavila univerzalna jurisdikcija.

2.3. Belgija

Belgijski Zakon o ratnim zločinima iz 1993. (*War Crimes Act*) kao i kasniji Zakon o genocidu iz 1999 (*Genocide Act*) (Zakon od 1999) i danas se pominju kao izuzetna (pionirska) rešenja u regulisanju univerzalne jurisdikcije. Prema čl. 7 Zakona od 1999, belgijski sudovi su mogli da sude za genocid, zločine protiv čovečnosti i ratne zločine izvršene van teritorije Belgije nezavisno od državljanstva učinioca ili žrtve. Čl. 7 tog zakona glasi: „Belgijski sudovi će biti nadležni za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava predviđene ovim zakonom nezavisno od toga gde je delo izvršeno.“ Prisustvo učinioca u istrazi ni tokom daljeg postupka nije se zahtevalo (Panáková, 2011, p. 56). To je omogućilo da se pokrene krivično gonjenje protiv mnogih visoko pozicioniranih vojnih i političkih ličnosti: Arijela Šarona (*Ariel Sharon*), Džordža Buša Starijeg (*George H. W. Bush*), Kolina Pauela (*Collin Powell*), Jasera Arafata (*Yasser Arafat*), Fidela Kastro (*Fidel Castro*), Tomija Franka (*Tommy Frank*) i dr. bez obzira što su bili nedostupni belgijskim organima gonjenja.

Osnovni zamajac bila je, kao i u Španiji, mogućnost pokretanja krivičnog postupka na osnovu *actio popularis*-a. Žrtve su imale pravo da se direktno obrate istražnom sudiji (*juge d'instruction*) sa inicijativom za pokretanje postupka. Istražni sudija je mogao da otvori istragu i izda nalog za hapšenje i bez prethodnog odobrenja javnog tužioca. Kako ističu Beken, Vermeulen & Ongena (2002, par. 43) istraga je započinjala gotovo automatski. Istina, još jedan momenat je značajno uticao na obim primene univerzalne jurisdikcije – Zakon od 1999. nije priznavao imunitet šefovima država, šefovima vlada i ministrima inostranih poslova dok vrše svoju službenu funkciju.

Kao i u primerima Nemačke i Španije (iz 1985), jedini motiv kojim se rukovodio belgijski zakonodavac bile su priroda i težina teških povreda međunarodnog humanitarnog prava. To je bio razlog što je ogroman broj žrtava pohrlio u Belgiju, nadajući se pravdi.¹⁸

¹⁸ Npr. u slučaju Hisen Habre (*Hissène Habré*), kad su senegalski sudovi zbog velikog međunarodnog pritiska odbili da reše slučaj (jul 2000), žrtve su došle u Belgiju (tri od njih su već imale belgijsko državljanstvo) i inicirale postupak. Sudija Danijel Fransen (*Daniel Fransen*) otvorio je istragu u novembru 2000, otputovao u Čad, saslušavao svedoke, posetio N'Djamen, mesto najvećeg masakra i na kraju izdao međunarodni nalog za hapšenje i zahtev za ekstradiciju Hisena Habrea. Senegal, u kome je Habre uživao azil, odbio je taj zahtev. Tada je Belgija inicirala pokretanje postupka protiv Senegala pred MSP-om. Presuda MSP *Questions* 2012 bila je odlučna za kasniju osudu Hisena Habrea pred *Extraordinary African Chambers* 2017. godine.

Nažalost, zbog političkog pritiska, a jednim delom i zbog neuspeha u slučaju Abdulaje Jerodija Ndombasija (*Abdulaye Yerodia Ndombasi*), Belgija je bila prinuđena da izmeni zakonodavstvo o univerzalnoj jurisdikciji. „Upozorenja“ su povremeno bila vrlo drastična, kako svedoče aktivisti Međunarodnog Crvenog krsta, kao npr. pretnja SAD da može dovesti u pitanje prisustvo NATO trupa u Belgiji.

Tu situaciju Belgija je prvo pokušala da reši putem izmena Zakona od 1999. (Zakon od 23. aprila 2003), ali kad to nije zadovoljilo uzbunjene međunarodne faktore, posebno Izrael i SAD, Zakonom od 5. avgusta 2003. ukinut je Zakon od 1999, a pravila o univerzalnoj jurisdikciji za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava smeštena su među ostale odredbe ZKP-a koje su se odnosile na protektivni princip i ekstrateritorijalnu primenu prava [*Titre preliminaire du Code de procedure penale* – Prethodni deo Zakonika o krivičnom postupku (ZKP)]. To rešenje je i danas u primeni. Uz to su uvedena i velika ograničenja u primeni jurisdikcije. Kako su neki autori isticali, primena univerzalne jurisdikcije nastoji da svede u „razumne okvire“ i otkloni neutemeljene i često politički motivisane zahteve za procesuiranje (Smis & Van der Borgh, 2003). Ključna uloga u tom „svođenju u razumne okvire“ pripala je federalnom tužiocu koji je postao „čuvar“ državnih i političkih interesa Belgije.

Primena univerzalne jurisdikcije je, kao u Španiji, ograničena uvođenjem aktivnog i pasivnog personaliteta. U čl. 6, st. 1bis ZKP-a predviđena je univerzalna jurisdikcija u pogledu teških povreda međunarodnog humanitarnog prava izvršenih van teritorije Belgije, ako su ih izvršili belgijski državljani, odnosno lica čije je glavno mesto boravka (*résidence principale*) u Belgiji, s tim što u obzir dolazi i naknadno sticanje rezidencijalnog statusa, posle izvršenog krivičnog dela (Beken, Vermeulen & Ongena, 2002, par. 18).

Prema članu 10, stav 1bis ZKP-a, koji ima centralno mesto u regulisanju ove problematike, u ulozi žrtve se mogu pojaviti samo belgijski državljani ili izbeglice čije je uobičajeno mesto boravka (*résidence habituelle*) u Belgiji ili licâ koja su u poslednje tri godine stvarno, uobičajeno i zakonito u njoj nastanjena. Očigledno je da je oštrica izmena upravljena na žrtvu kao inicijatora krivičnog postupka. Ako ne postoji direktni neksus između krivičnog dela i Belgije po osnovu državljanstva ili trogodišnjeg zakonitog boravka žrtve u toj zemlji ili po nekom drugom osnovu (ako je učinilac belgijski državljanin, ako se nalazi na belgijskoj teritoriji ili je delo izvršeno na belgijskoj teritoriji – Beken, Vermeulen & Ongena, 2002, par. 43), samo federalni tužilac može inicirati istragu. Ako žrtva ne zadovoljava tražene uslove, mora da se obrati federalnom tužiocu, koji ceni da li će dati instrukcije istražnom sudiji da pokrene istragu. Sve do 2006. protiv odluke federalnog tužioca nije bila dozvoljena žalba (napomena uz čl. 10, st. 1bis ZKP). Ovakvo regulisanje pre odgovara ekstrateritorijalnoj jurisdikciji zasnovanoj na državljanstvu učinioca/žrtve i bitno se razlikuje od ideje bezuslovne univerzalne jurisdikcije po Zakonu od 1999.

Belgijski zakonodavac se, međutim, nije odrekao univerzalne jurisdikcije u odsustvu. U tom smislu veoma je značajna presuda Kasacionog suda od 12. februara 2003. Rešavajući slučaj Arijele Šarona i Amosa Jarona (komandanta izraelskih odbrambenih snaga Libana 1982. za vreme masakra u Sabri i Šatili) i odbacujući stav državnog tužioca, sud je zauzeo stav „da procesuiranje na osnovu Zakona od 1999. (u vreme vođenje postupka) za zločin genocida, zločine protiv čovečnosti i ratne zločine nije ograničeno restrikcijama predviđenim

u ZKP-u, posebno onim koje se tiču prisustva učinioca na belgijskoj teritoriji“ (Sharon Trial: 12 February 2003 decision of Belgian Supreme Court explained). Naime, Apelacioni sud u Briselu, koji je postupao u prvom stepenu (interlokturni postupak) smatrao je da čl. 12 ZKP-a, koji je regulisao (i pre i danas) prisustvo okrivljenog važi i kad je u pitanju primena Zakona 1993/99 (Presuda od 26. juna 2002).¹⁹ Kasacioni sud se ogradio od takvog tumačenja, ali je u odnosu na Arijela Šarona ipak obustavio postupak, istina, ovog puta na osnovu imuniteta (ističući da prema MOP-u predsednik vlade ima pravo na imunitet dok vrši službenu funkciju i kad se postupak vodi na bazi univerzalne jurisdikcije) dok je u pogledu drugih lica, uključujući i Amosa Jarona, odlučio da se postupak nastavi ne zahtevajući pritom prisustvo okrivljenih (Roht-Arriaza, 2004, p. 386). Podržavajući takvo rešenje Ongena i Van Daele insistiraju na tome da svako ograničenje univerzalne jurisdikcije, a posebno u pogledu prisustva okrivljenog, treba da bude izričito predviđeno kada su u pitanju teške povrede međunarodnog humanitarnog prava (Ongena & Van Daele, 2002, p. 699).

Bez ustezanja se može konstatovati da je odluka Kasacionog suda profilirala dalji belgijski stav u pogledu univerzalne jurisdikcije *in absentia*. Pritom se mora imati u vidu da je ona donesena nakon odluke MSP-a u slučaju *Arrest Warrant*.²⁰ Zakon od 5. avgusta 2003. nije eliminisao tu ustanovu, nego je primena čl. 12 ZKP-a proširena i na teške povrede međunarodnog humanitarnog prava. Istina, u Belgiji kao da postoji prećutni sporazum da se univerzalna jurisdikcija *in absentia* mnogo ne pominje. Tako npr. Baker ističe da se može očekivati, s obzirom na to da je pokretanje postupka na bazi univerzalne jurisdikcije u rukama tužioca, da će suđenja *in absentia* biti retka (Baker, 2009, p. 165). Činjenica je, međutim, da univerzalna jurisdikcija *in absentia* na osnovu čl. 10, st. 1bis ZKP-a i danas predstavlja pozitivno rešenje belgijskog krivično-procesnog prava – čl. 12, st. 2 ZKP-a.

U pogledu *core crimes*-a predviđen je takođe princip supsidijariteta kao i *sham* postupak (čl. 10, st. 1bis, al. 4. ZKP). Prema čl. 10, st. 1bis ZKP-a, federalni tužilac može odustati od pokretanja krivičnog postupka ako smatra da: 1. je ono što se učiniocu stavlja na teret očigledno neosnovano; 2. činjenice navedene u zahtevu ne odgovaraju pravnoj kvalifikaciji teških povreda međunarodnog humanitarnog prava (predviđenim u knjizi II, naslov I bis KZ); 3. zahtev ne može dovesti do prihvatljive javne optužbe; 4. iz konkretnih okolnosti slučaja proizlazi da bi u interesu pravde i radi poštovanja međunarodnih obaveza Belgije trebalo da ovaj slučaj potpadne pod jurisdikciju međunarodnog suda ili nacionalnog suda države gde je delo izvršeno, odnosno čiji je učinilac državljanin, odnosno gde on može da se pronađe, osim ako ta jurisdikcija nije zasnovana na nezavisnom, nepristrasnom i *fair* postupanju.

¹⁹ Naime, pre izmena iz 2003, čl. 12 ZKP-a predviđao je određene izuzetke u pogledu prisustva okrivljenog – npr. u vezi sa zaštitnim principom, ali takvi izuzeci nisu bili predviđeni u pogledu krivičnih dela genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina.

²⁰ Opšte je poznato da je presudom *Arrest Warrant* naloženo belgijskim pravosudnim organima da povuku međunarodni nalog za hapšenje protiv Jerodije, što je i učinjeno presudom Apelacionog suda u Briselu od 16. aprila 2002. Istina, MSP je odluku zasnovao na imunitetu, a ne na negiranju univerzalne jurisdikcije *in absentia*. Iako je to pitanje bilo predmet oštrog sukobljavanja, prevladao je stav sudija Higgins-a, Kooijmans-a i Buergenthal-a da ženevske konvencije stoje na poziciji univerzalne jurisdikcije *in absentia* (Zimmermann, 2006, p. 352).

Taj institut uveden je Zakonom od 5. avgusta 2003, a s vremenom se njegova primena proširila i na ugovorna međunarodna krivična dela predviđena u čl. 10-ter i 12bis ZKP-a, kao i na neka teška krivična dela iz oblasti opšteg kriminaliteta – npr. posebni oblici ubistava kad se na ta dela primenjuje jurisdikcija predviđena u čl. 10, st. 5 ZKP-a. Univerzalna jurisdikcija predviđena je pre svega u pogledu ugovornih međunarodnih krivičnih dela regulisanih u čl. 10ter i 10quater ZKP.²¹ Pada u oči da primena tih odredaba nije ničim ograničena. Relevantna odredba čl. 10ter i 10quater u tom delu glasi: „Bilo koje lice koje izvrši krivično delo van teritorije Belgije može biti procesuirano u Belgiji [...]“, što znači da je primena univerzalne jurisdikcije u odnosu na ta krivična dela postavljena liberalnije nego kod *core crimes*-a.

Pored navedena dva člana, univerzalna jurisdikcija za ugovorna međunarodna krivična dela regulisana je i čl. 12bis ZKP-a, prema kome je Belgija, u pogledu krivičnih dela koja proizlaze iz pravila „ugovornog i međunarodnog običajnog prava ili prava EU“, a koja nisu obuhvaćena čl. 6–11. ZKP-a, dužna da preduzme mere koje su potrebne da bi slučaj procesuirali kompetentni organi. Vredi istaći da je MOP kao osnov za procesuiranje u čl. 12bis ZKP-a ubačen Zakonom od 5. avgusta 2003. Smatra se da to rešenje čl. 12 bis otvara prostor za krivičnoppravnu intervenciju ne samo u pogledu krivičnih dela koja proizlaze iz međunarodnih ugovora, a koja nisu obuhvaćena čl. 10ter i 10quater, već i za širu intervenciju na osnovu MOP-a, tamo gde ona nije moguća na osnovu osnovnih odredaba o regulisanju te materije koje su predviđene u čl. 6, st. 1bis i 10, st. 1bis ZKP-a.

Vrlo je značajno što su primena principa supsidijariteta i *sham* postupak prošireni i na neka ugovorna međunarodna krivična dela predviđena u čl. 10ter i 12bis ZKP-a, jer međunarodni ugovori, kod kojih se u pravilu jurisdikcija rešava putem principa *aut dedere aut judicare*, samo predviđaju obavezu države „da podnese predmet kompetentnim organima radi procesuiranja“, kao što je to slučaj i sa odredbom čl. 12bis belgijskog ZKP-a, ali ne i način na koji se ta obaveza realizuje. U tom smislu princip supsidijariteta, a posebno preciziranje *sham* postupka u vezi sa čl. 10ter i 12bis ZKP-a, predstavlja vrlo značajan instrument kako bi se izbeglo izigravanje postupka. Imajući u vidu da je u pogledu terorizma (čl. 137 KZ) obuhvaćenog čl. 10ter, kao i čl. 12bis ZKP-a predviđena mogućnost suđenja u odsustvu, može se zaključiti da je zakonodavac jurisdikciju u odnosu na ovaj vid međunarodnog kriminaliteta postavio na veoma solidne osnove.

Univerzalna jurisdikcija se odnosi i na krivična dela iz oblasti opšteg kriminaliteta, pri čemu se polazi, takođe, s jedne strane, od belgijskog državljanstva učinioca (čl. 7, st. 1 ZKP) a, s druge strane, od državljanstva žrtve (kada delo izvrši stranac prema belgijskom državljaninu) – (čl. 10, st. 5 ZKP-a). U oba slučaja zahteva se poštovanje principa dvostruke kažnjivosti. Neka od najtežih krivičnih dela iz ove grupe zakonodavac izdvaja i u pogledu njih dozvoljava suđenje u odsustvu (čl. 12, st. 1/1 i 2) a u nekim situacijama i primenu

²¹ Kao takva predviđena su npr: krivična dela seksualne zloupotrebe i eksploatacije maloletnih lica u cilju vršenja prostitucije i trgovine ljudima (čl. 10ter, st. 1 ZKP), krivična dela trgovine ljudskim organima (čl. 10ter, st. 1bis ZKP), krivična dela predviđena u knjizi 2/VII, glava V pod naslovom: voajerizam, napad na čednost i silovanje, i to dela iz: čl. 371/1 – 377 i 377quater KZ, kao i krivično delo sakaćenja ženskog polnog organa iz čl. 409. KZ-a kada su izvršena na štetu maloletnog lica (čl. 10ter, st. 2 ZKP), krivična dela terorizma predviđena u knjizi 2/Ierter izvršena pod uslovima iz čl. 10ter, st. 4 ZKP-a i korupcije iz čl. 246–249 i 250 KZ-a (čl. 10quater ZKP).

principa supsidijariteta. To su npr. teška ubistva i uzimanje talaca radi iznude; u pogledu njih suđenje u odsustvu je dozvoljeno na osnovu oba jurisdikciona osnova – i čl. 7, st. 1 ZKP-a i čl. 10, st. 5 ZKP-a, dok je primena principa supsidijariteta dozvoljena samo kad se procesuiru na osnovu čl. 10, st. 5 ZKP-a.

3. Umesto zaključka

Osnovna odredba putem koje je rešena univerzalna jurisdikcija u Krivičnom zakoniku Srbije iz 2005. (KZ), bez većih izmena, potiče iz jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva (moglo bi se reći još od OKZ-a iz 1947). Prema čl. 9, st. 2. KZ-a, krivično zakonodavstvo Srbije primenjuje se „na stranca koji prema stranoj državi ili prema strancu učini u inostranstvu krivično delo“ pod uslovom da se radi o krivičnom delu „za koje se po zakonu zemlje u kojoj je učinjeno može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna“, uz dodatni zahtev, koji odgovara principu *aut dedere aut judicare*, da se stranac zatekao na teritoriji Srbije i da nije izručen stranoj državi. Zakonski tekst izričito upućuje na zaključak da se pravila u vezi sa ekstradicijom zasnivaju na haškoj formuli („da nije izručen stranoj državi“).

Odredba polazi od poštovanja principa dvostruke kažnjivosti i principa *ne bis in idem*, uz uvažavanje ostalih procesnih pretpostavki predviđenih u čl. 10, st. 1 KZ-a, kao i poštovanje pravila vezanih za princip *aut dedere aut judicare*. Jednom rečju, u rešenju KZ-a Srbije prisutni su svi elementi karakteristični za zamenjujući oblik krivičnog pravosuđa. Odredba se, principijelno, ne razlikuje od čl. 7, st. 2 KZ-a Nemačke.

Poseban primer delegacije teritorijalne jurisdikcije od strane Srbije predstavlja rešenje iz čl. 6, st. 5 KZ-a („krivično gonjenje stranca koji je izvršio krivično delo na teritoriji Srbije pod uslovima reciprociteta može se ustupiti stranoj državi“). U odnosu na čl. 9, st. 2 KZ-a, koji se može odnositi na brojna krivična dela, čl. 6, st. 5 KZ-a ima restriktivniji zahvat – odnosi se na lakša krivična dela (posebno na saobraćajne delikte koje učine stranci na teritoriji Srbije).

Potrebno je istaći da je zakonodavac imao sluha i za specifičnosti univerzalne jurisdikcije u pogledu teških povreda međunarodnog humanitarnog prava (rešenje datira od KZ SFRJ, 1977). Prema čl. 10, st. 3 KZ-a, zločini „koji su se u vreme izvršenja smatrali krivičnim delima prema opštim pravnim načelima priznatim u međunarodnom pravu krivično se gone nezavisno od principa dvostruke kažnjivosti“. Rešenje, međutim, nije izvedeno do kraja jer je primena navedene odredbe uslovljena postojanjem pretpostavki iz čl. 9, st. 2 KZ-a.

Iz aspekta univerzalne jurisdikcije posebnu pažnju privlači odredba sadržana u čl. 3 Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine (ZONDOPRZ). Ona predstavlja čist primer univerzalne jurisdikcije uspostavljene po osnovu *lex specialis*, koji derogira odredbe KZ-a Srbije kad su u pitanju *core crimes* izvršena na tlu bivše SFRJ za vreme poslednjeg rata. Jurisdikcija državnih organa Republike Srbije se uspostavlja bez obzira na državljanstvo učinioca ili žrtve, a odnosi se na krivična dela

nabrojana u čl. 2 ZONDOPRZ-a²². Očigledno je zakonodavac smatrao da, u cilju sprečavanja nekažnjavanja lica koja su učinila teške zločine, treba posegnuti za širokim ovlašćenjima koja pruža univerzalna jurisdikcija – u čl. 3 ZONDOPRZ-a predviđena je univerzalna jurisdikcija bez ikakvih ograničenja u pogledu tačaka vezivanja, prisustva učinioca na teritoriji Srbije²³, principa dvostruke kažnjivosti, principa *ne bis in idem* i dr.²⁴

Prema našem mišljenju, čl. 3 ZONDOPRZ-a nedostaje princip supsidijariteta i *sham* postupak koji, kao ograničavajući elementi, ukazuju na pravičnu upotrebu univerzalne jurisdikcije, a polazeći od jurisdikcionog spektra koji subjektima nudi savremeno pravo – i na adekvatno mesto u jurisdikcionom režimu. Ubeđeni smo da bi, da je ustanova univerzalne jurisdikcije dorađena putem ta dva instituta, čl. 3 ZONDOPRZ-a izazvao mnogo manje nedoumice i teoretske probleme²⁵, ne samo zato što je to aktuelna tendencija u savremenim zakonodavstvima (nemačko, hrvatsko, špansko, belgijsko i druga) već zbog toga što princip supsidijariteta sa akcentom na *sham* postupku daje univerzalnoj jurisdikciji dimenzije pravičnosti i legitimiteta. Elementi kao što su vođenje postupka bez stvarne namere da se okrivljenom sudi, postupak koji se ne vodi na zakonit, nepristrasan i *fair* način, postupak koji se vodi radi zaštite učinioca od krivične odgovornosti i sl., evidentno su takve prirode. Time se ne spori kontroverza koju princip supsidijariteta po svom biću poseduje – univerzalnost rešava putem teritorijaliteta²⁶, ali smatramo da *sham* postupak

²² Čl. 2 glasi: „Ovaj zakon primenjuje se radi otkrivanja, krivičnog gonjenja i suđenja za: 1) krivična dela iz čl. 370. do 384. i čl. 385. i 386. Krivičnog zakonika; 2) teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava izvršena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1. januara 1991. godine koja su navedena u Statutu Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju; 3) krivično delo pomoć učiniocu posle izvršenog krivičnog dela iz člana 333. Krivičnog zakonika, ako je izvršeno u vezi sa krivičnim delima iz tač. 1) i 2) ovog člana.“

²³ Rešenja sadržana u ZKP-u u pogledu suđenja u odsustvu (čl. 381) i istrage (čl. 307, st. 2, tač. 2) ne predstavljaju prepreku za vođenje istrage i glavnog pretresa u odsustvu učinioca.

²⁴ Sudska praksa, međutim, nije široko primenjivala ova ovlašćenja (za razliku od sudske prakse u Nemačkoj, Francuskoj i u drugim zemljama koje su, upravo na bazi univerzalne jurisdikcije, agilno preduzele krivična gonjenja za zločine izvršene na tlu Jugoslavije). Nedovoljna primena čl. 3 ZONDOPRZ-a posledica je što su državljanstvo i/ili prebivalište učinioca osnovni distinkcioni kriterijumi u pogledu regionalne jurisdikcije prihvaćeni u Sporazumu Srbije, Hrvatske i Bosne i Hercegovine o saradnji u progonu učinilaca krivičnih dela ratnih zločina, zločina protiv čovečnosti i genocida (2006) i u Protokolu Tužilaštva Bosne i Hercegovine i Tužilaštva za ratne zločine Republike Srbije o saradnji u progonu počinitelja krivičnih dela ratnih zločina, zločina protiv čovečnosti i genocida (Brisel, 2013), a najveći broj predmeta koji su rešavali, odnosno i danas rešavaju pravosudni organi Srbije potiče iz tog izvora. Inače, Josipović (2017, p. 55) iznosi značajne primedbe na državljanstvo kao jedini jurisdikcioni kriterij. Značajniji predmeti su: Čelebići (Apelacioni sud u Beogradu, Kž 1 Po 2 3/14); Tuzlanska kolona (drugostepena presuda u ponovljenom postupku, Apelacioni sud u Beogradu, Kž 1 Po 2 5 /14 u pitanju je bilo krivično delo upotrebe nedozvoljenih sredstava borbe iz čl. 148, st. 2, u vezi sa st. 1. KZ SRJ); Ovčara IV (Damir Sireta, Apelacioni sud u Beogradu, Kž 1Po2 2/2011); Veljko Marić (Apelacioni sud u Beogradu, Kž 1Po2 10/11) (podaci navedeni prema FHP, n.d.). Viši sud u Beogradu doneo je provostepenu presudu u predmetu Hrasnica. U toku je postupak protiv Osmana Osmanovića. Posebnu pažnju su privukli slučajevi: Ganić (mart–jul 2010) i Naser Orić (25. jun 2015). U oba slučaja Srbija je tražila ekstradiciju, ali u tome nije uspeła.

²⁵ Prilikom pristupnih pregovora između EU i Srbije slučaj Veljka Marića (2012), koji je vođen na osnovu univerzalne jurisdikcije, u toj meri je politički instrumentalizovan da je dosegao razmere hrvatskog osporavanja otvaranja Poglavlja 23 za Srbiju. U pogledu teoretskog razmatranja čl. 3 ZONDOPRZ-a, vid.: Stojanović (2016) i Josipović (2017).

²⁶ Nije slučajno istaknuto da: „Princip supsidijariteta nije stvar MOP-a već politike i procesnopravnih zahteva“ (Jeßberger *et al.*, 2010, pp. 237 i 238).

uspešno balansira između ta dva principa. Dok god teritorijalna država ili druga država sa jurisdikcionim prioritetom ostvaruje ciljeve u pogledu suzbijanja nekažnjivosti učinilaca *core crimes*-a, njena delatnost se ceni i podstiče, štaviše u teoriji se potencira obaveza treće države da joj pruži potporu putem ekstradicije, transfera učinioca i sl. Univerzalna jurisdikcija atakuje samo na neaktivnost ili prividnu (*sham*) aktivnost države sa jurisdikcionim prioritetom. Jedini uslov koji se postavlja u vezi sa univerzalnom jurisdikcijom jeste *bona fidae* postupanje, tj. eliminisanje uvek prisutnih efemernih, dnevopolitičkih uticaja i pritisaka. Zato su nepokolebljivost i odlučnost Baltazara Garzona ili Santjaga Pedraza, Danijela Fransena, Eloja Velaska i drugih ostavile neizbrisiv trag.

Tri tačke se pojavljuju kao posebno neuralgične kad je u pitanju mogućnost zloupotrebe univerzalne jurisdikcije: momenat donošenja odluke o ustupanju jurisdikcije državi sa jurisdikcionim prioritetom, kada treba proceniti da li će ona umeti i hteti da vodi istinski krivični postupak, ocena o tome da li država kojoj se ustupa jurisdikcija postupa na *sham* način i momenat preuzimanja jurisdikcije na bazi supsidijariteta od strane treće države.²⁷ Područje primene ustanove *sham* postupka nije ograničeno samo na postupke koji su u toku, već je znatno šire i obuhvata postupke okončane pravosnažnom osuđujućom ili oslobađajućom presudom (čl. 17 Rimskog statuta i čl. 23, st. 5 LOPJ-a 1/2014). Pitanje principa *ne bis in idem*, prema našem mišljenju, treba takođe rešiti po ugledu na Rimski statut (čl. 20). Poseban akcenat je na „preliminarnom“ nepostupanju države koje jasno ukazuje na to da ta država nema nameru da procesuiru zločin. Takvo ponašanje ima isti efekat kao i *sham* postupak, kako se navodi u Izveštaju Internacionalne komisije za istragu u Darfuru upućenom generalnom sekretaru UN shodno Rezoluciji Saveta bezbednosti br. 1564 od 18. septembra 2004.

Princip supsidijariteta sve više širi područje primene univerzalne jurisdikcije, na prvom mestu na ugovorna međunarodna krivična dela (Belgija, Španija). Kako ističe De la Cuesta (2002, p. II 1.4), zahvaljujući principu *aut dedere aut judicare* oblast univerzalne jurisdikcije se znatno proširila. Stoga se može osnovano očekivati da će i srpski zakonodavac pokloniti odgovarajuću pažnju tom vidu univerzalne jurisdikcije. Iako se nismo sistematično i detaljnije bavili tom problematikom, moglo se uočiti da transponovanje principa *aut dedere aut judicare* na nacionalni nivo otvara niz značajnih pitanja kao što je npr. usklađivanje jurisdikcije sa zahtevima koji proizlaze iz međunarodnih ugovora (posebno u vezi sa prisustvom učinioca), predviđanje principa supsidijariteta ili pitanje načelnog karaktera, da li ta dela treba približiti *core crimes*-u i prilikom regulisanja podvesti sva ili bar ona najteža pod odredbe koje se odnose na univerzalne jurisdikcije u pogledu *core crimes*-a (hrvatsko rešenje) ili ih pak tretirati kao samostalni entitet (Belgija). Za belgijsko zakonodavstvo karakteristično je uspostavljanje relativno široke platforme za primenu univerzalne jurisdikcije u pogledu ugovornih međunarodnih krivičnih dela, što je u skladu sa njihovim transnacionalnim karakterom i potrebom za efikasnim sprečavanjem na međunarodnom planu.

²⁷ Danas se insistira na tome koji organ treba da ceni da li je jedan postupak *sham*. Ambos (2016, p. 241) smatra da to mora biti međunarodna nezavisna institucija, npr. MKS, dok je Jesberger mišljenja da takvu odluku mogu da donose nacionalni organi na osnovu izgrađenih međunarodnih kriterija (Jesberger, 2010, p. 240). U Španiji je za donošenje takve odluke nadležno Drugo odeljenje Vrhovnog suda itd.

Što se tiče univerzalne jurisdikcije *in absentia*, podržavamo rešenje koje, prema čl. 3 ZONDOPRZ-a, postoji u našem zakonodavstvu, a adekvatan je okvir za regulisanje ove materije u srpskom zakonodavstvu *de lege ferenda* (logično ako se izostave ograničavajući elementi vezani za njenu primenu na ratne događaje na tlu Jugoslavije). Rešenja sadržana u ZKP-u u pogledu održavanja glavnog pretresa i vođenja istrage u odsustvu to omogućuju. S druge strane, moglo se uočiti da je danas u mnogim pravnim sistemima vrlo prisutna tendencija da se primena univerzalne jurisdikcije *in absentia* ograniči na predistražni i istražni postupak. Princip komplementarne pripravnosti i globalnog aktivnog pristupa, a posebno strukturalna istraga koju sprovode posebne organizacione jedinice za zločine protiv čovečnosti i ratne zločine, postižu evidentne uspehe u pogledu istraživanja zločina u Siriji²⁸. No, bez obzira na to, smatramo da svođenje univerzalne jurisdikcije na prikupljanje dokaza, identifikovanje učinioca i obezbeđenje njegovog prisustva u cilju vođenja daljeg postupka devalvira i obesmišljava stvarni domet ove ustanove. Kako su to sudije Higgins, Kooijmans i Buergethal formulisale: „[...] Prisustvo učinioca tokom postupka može se tretirati kao garancija prava na *fair* postupak, data iz korektnosti, ali to nema ništa sa osnovom jurisdikcije priznate međunarodnim pravom“ (*Arrest Warrant*, 2000, saglasno izdvojeno mišljenje, par. 56). Taj iskaz vezan je za zajedničku odredbu četiri ženevske konvencije kojom je regulisana jurisdikcija u pogledu ratnih zločina. Ratni zločini predstavljaju respektabilan i veoma zastupljen segment *core crimes*-a, a s obzirom na to da slučaj *Arrest Warrant* predstavlja jedan od najznačajnijih referentnih izvora u ovoj oblasti, to se za citirani iskaz može reći da je obeležio pravnu prirodu univerzalne jurisdikcije uopšte. Isti stav zauzeo je, kao što se moglo videti, i Ustavni sud Španije prilikom rešavanja slučaja *Genocid u Gvatemali*.

Prilikom ocene ovog stava potrebno je imati u vidu da neprisustvo učinioca zadire u samu srž univerzalne jurisdikcije *stricto sensu*. U pitanju su *core crimes*, krivična dela iza kojih stoji država i koja s tim u vezi preduzima sve kako bi zaštitila njihove učinioce. Ne predstavlja slučajno nekažnjivost učinilaca *core crimes*-a problem međunarodne zajednice u celini. Univerzalna jurisdikcija je pokušaj da se koncipira odgovor na taj momenat. Drugim rečima, u mnogim slučajevima jedini način da se tim licima uputi krivičnopravni prekor i iskaže vrednosni sud o njihovom ponašanju jeste taj vid univerzalne jurisdikcije.²⁹ Stoga postupci na bazi univerzalne jurisdikcije često imaju prizvuk pravde.

²⁸ Pred Višim regionalnim sudom u Koblencu (Nemačka) 23. februara 2020. započeo je postupak protiv dvojice sirijskih obavestajnih oficira koji prisustvuju suđenju (prema vestima sa sajta CNN-a od 23. aprila 2020. godine). U Švedskoj je 19. februara 2019. devet tužilaca iz Sirije uz asistenciju Sirijskog centra za pravne studije i istraživanja i drugih organizacija podnelo zahtev za pokretanje krivičnog postupka protiv 25 visokih službenika sirijske bezbednosne službe (*Survivors of Assad's torture system*, 2019).

²⁹ Paradigma u tom smislu je slučaj Omara el Bašira (Omar al Bashir), bivšeg predsednika Sudana (1993–2019), protiv koga je MKS bezuspešno izdavao naloge za hapšenje 2009. i 2010, a on je za to vreme posećivao međunarodne skupove (npr. Samit Afričke unije u Johannesburgu 7–15. juna 2015) i uživao gostoprimstvo mnogih državnika sveta, tako da se na suđenje i danas čeka, dok MKS ne uspe da obezbedi njegovo prisustvo (*International Criminal Court – ICC 02/05-01/09, Al Bashir Case*).

Literatura

- Ambos, K. 2007a. International Core Crimes, Universal Jurisdiction and § 153f of the German Criminal Procedure Code: a Commentary on the Decisions of the Federal Prosecutor General and the Stuttgart Higher Regional Court in the Abu Ghraib/Rumsfeld Case. *Criminal Law Forum*, 18(1), pp. 43-58.
- Ambos, K. 2007b. Prosecuting International Crimes at the National and International Level: Between Justice and Realpolitik. In: Kaleck, W., Ratner, M., Singelstein, T. & Weiss, P. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Berlin/Heidelberg: Springer, pp. 55-68.
- Ambos, K. 2016. *Treatise on International Criminal Law: Volume III*. Oxford University Press.
- Ambos, K. 2011. Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?. *Leiden Journal of International Law*, 24, pp. 655-675.
- Baker, R. B. 2009. Universal Jurisdiction and the Case of Belgium: A Critical Assessment. *ILSA JICL*, 16(1), pp. 141-167.
- Beken, V., Vermeulen, G. & Ongena, T. 2002. Belgium, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle 'ne bis in idem'. *RIDP*, 73(3-4), pp. 811-848. Dostupno na: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3-page-811.htm>.
- Blanco Cordero, I. 2008. Universal jurisdiction: General report. *Revue internationale de droit pénal*, 79(1), pp. 59-100. Dostupno na: <https://doi.org/10.3917/ridp.791.0059>.
- Colangelo, A. 2006. The Legal Limits of Universal Jurisdiction. *Virginia Journal of International Law*, 47(1), pp. 149-198.
- De la Cuesta, J. 2002. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle 'ne bis in idem': General report. *Revue internationale de droit pénal*, 73(3), pp. 707-736. Dostupno na: <https://doi.org/10.3917/ridp.733.0707>.
- Fernández, R.A.A. 2014. The 2014 Reform of Universal Jurisdiction from All to Nothing. *Zeitschrift fur Internationale Strafrechts Dogmatik*, 13, pp. 717-727. Dostupno na: http://zis-online.com/dat/artikel/2014_13_883.pdf.
- Inazumi, M. 2005. *Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*. Intersentia nv.
- Jeßberger, F., Kaleck, W. & Schueller, A. 2010. Concurring Criminal Jurisdictions under International Law. In: Bergsmo, M. (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*. Oslo: TOAEP, pp. 233-245.
- Josipović, I. 2017. Pravni i politički aspekti spora Hrvatske i Srbije o nadležnosti za ratne zločine. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 24(1), pp. 15-58.
- Kaleck, W. & Schüller, A. 2019. Universal Jurisdiction Gains New Momentum. *FICHL Policy Brief Series*, 96.
- Kaleck, W. 2009. From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008. *Michigan Journal of International Law*, 30(3), pp. 927-980. Dostupno na: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1137&context=mjil>.

- Kluwen, T. 2017. Universal Jurisdiction *in Absentia* Before Domestic Courts Prosecuting International Crimes: A Suitable Weapon to Fight Impunity?. *Goettingen Journal of International Law*, 8 (1), pp. 7-38.
- Kreß, C. 2006. Universal Jurisdiction over International Crimes and the *Institut de Droit international*. *Journal of International Criminal Justice*, 4(3), pp. 561-585. Dostupno na: <https://www.legal-tools.org/doc/44a03d/pdf/>.
- Langer, M. 2011. The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes. *American Journal of International Law*, 105(1), pp. 1-49.
- Ongena, T. & Van Daele, I. 2002. Universal Jurisdiction for International Core Crimes: Recent Developments in Belgium. *Leiden Journal of International Law*, 15(3), pp. 687-701.
- Panáková, J. 2011. Law and Politics of Universal Jurisdiction. *Amsterdam Law Forum*, 3(3), pp. 50-72. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1927218.
- Roht-Arriaza, N. 2004. Universal Jurisdiction, Steps Forward, Steps Back. *Leiden Journal of International Law*, 17, pp. 375-389. Dostupno na: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=faculty_scholarship.
- Ryngaert, C. 2010. Complementarity in Universality Cases, Legal Systemic and Legal Policy Consideration, Law. In: Bergsmo, M. (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*. Oslo: TOAEP, pp. 165-200.
- Smis, S. & Van der Borgh, K. 2003. Belgian law concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law. *Insights*, 8(18). Dostupno na: <https://www.asil.org/insights/volume/8/issue/18/belgian-law-concerning-punishment-grave-breaches-international>.
- Stojanović, Z. 2016. Univerzalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2-3, pp. 21-38.
- Zimmermann, A. 2006. Violations of Fundamental Norms of International Law and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters. In: Tomuschat, C. & Thovenin, JM. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: jus Cogens and Obligations erga Omnes*. Leiden: Brill | Nijhoff, pp. 335-353.
- Zlatarić, B. 1979. *Međunarodno krivično pravo*. Zagreb.

Internet izvori

- Jeßberger, F. 2007. The Principle of Universal Jurisdiction in German Criminal Law. AIDP's XVIIIth World Congress. Dostupno na: <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/forschung/landesberichtjessbericht-jessberger-2007.pdf>.
- Jeßberger, F. 2018. Towards a 'complementary preparedness' approach to universal jurisdiction – recent trends and best practices in the European Union. Dostupno na: <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/media-fj/media-forschung-stellungnahmen/briefing-eu-parl-2018.pdf>.

Open Society Justice Initiative. 2019. Universal Jurisdiction Law and Practice in Germany. Dostupno na: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/0b3c66af-68e0-4fd3-a8e0-d938a6e2b43b/universal-jurisdiction-law-and-practice-germany.pdf>.

Pravni izvori

Belgium, Law on Universal Jurisdiction, L. 5 August 2003. Dostupno na: <https://casebook.icrc.org/case-study/belgium-law-universal-jurisdiction>.

Belgium: Act of 1999 Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law (Genocide Act), 10 February 1999. Dostupno na: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5934.html>.

Contribution, 2016. Contribution of Spain on the topic *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, 16-05499(E). Dostupno na: https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/spain_e.pdf.

Drucksache 14/ 8524, (Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuch, 13. mart 2002). Dostupno na: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/085/1408524.pdf>.

Eighteenth International Congress of Penal law (Istanbul, 20 - 27 September 2009). 2015. *Revue internationale de droit pénal*, 86 (1-2), pp. 421-436. Dostupno na: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2015-1-page-421.htm>.

German Criminal Code, as last amended by the Act of 19. 6. 2019. Dostupno na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/.

German Code of Criminal Procedure, 7. April 1987. *Federal Law Gazette*, I, p. 1074, 1319, as last amended by Article 3 of the Act of 11 July 2019 (*Federal Law Gazette*, I, p. 1066). Dostupno na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html.

Institute of International Law. 2005. Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes (Rezolucija Instituta za međunarodno pravo o univerzalnoj jurisdikciji u pogledu genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina).

Izveštaj Međunarodne pravne komisije UN. 2014. The obligation to extradite or to prosecute (*aut dedere aut judicare*), *Final Report of the International Law Commission (ICL)*. Dostupno na: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf.

Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

Loi Wet Code Penal, 18. Avril 1878. Loi contenant le Titre preliminaire du Code de procedure penale (Prethodni deo Zakona o krivičnom postupku). Konsolidovana verzija dostupna na: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1878041701&table_name=loi.

Ujedinjene nacije. Povelja Ujedinjenih nacija, 1945. Dostupno na: <http://dag.un.org/handle/11176/387355>.

Povelja o osnovnim pravima Evropske unije (2007/C303/01).

Ujedinjene nacije. 1984. Konvencija UN protiv torture i drugih surovih, neljudskih i

ponižavajućih kazni ili postupaka.

Völkerstrafgesetzbuch (VStGB).2002. Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/>.

Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019.

Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine, *Službeni glasnik RS*, br. 67/2003.

Sudska praksa

Arrest Warrant od 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment of 14 February 2002. Dostupno na: <https://www.icj-cij.org/en/case/121/judgments>.

BGH 2 StR96/14, 18. mart 2015. Dostupno na: <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/2/14/2-96-14.php>.

Fond za humanitarno pravo (FHP). 2019. FND n.d. *Izveštaj o suđenjima za ratne zločine u Srbiji*. Beograd. Dostupno na: <http://www.hlc-rdc.org/wp-content/uploads/2019/05/Izvestaj-o-sudjenjima-za-ratne-zlocine-u-Srbiji.pdf>.

European Center for Constitutional and Human Rights e.V. 2019. Survivors of Assad's torture system demand justice – Criminal complaint in Sweden. Dostupno na: https://www.ecchr.eu/fileadmin/Q_As/Q_A_Sweden_EN_20190812.pdf.

International Criminal Court – ICC 02/05-01/09, Al Bashir Case. Dostupno na: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir> (15.7.2020).

Sharon Trial: 12 February 2003 decision of Belgian Supreme Court explained. Dostupno na: <https://electronicintifada.net/content/sharon-trial-12-february-2003-decision-belgian-supreme-court-explained/4413>.

Spanish Supreme Court. Guatemala Genocide Case. Presuda No. 327/2003. 25. February 2003. Dostupno na: <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/stsgtm.html>

Constitutional Court. 2005. Guatemala Genocide Case, Presuda No 237/2005, 26 septembar 2005. Dostupno na: <https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/237-2005,%20of%20September%2026.pdf>.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (*Belgium v. Senegal*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422. Dostupno na: <https://www.icj-cij.org/en/case/144/judgments>.

Milanka D. Vešović. PhD

Professor of Criminal Law (retired), Adviser to the FRY Ministry of Justice

e-mail: *milankavesovic2018@gmail.com*

BASIC CHARACTERISTICS OF UNIVERSAL JURISDICTION IN CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Summary

Universal jurisdiction is resorted to when a territorial state or another state with jurisdictional priority based on the nationalities of perpetrator and victim will not or can not act in order to prevent international crimes *stricto sensu* (*core crimes*) or when there is no reaction of international judicial institutions in this respect. Having broad powers in terms of specific links to a prosecuting state and often in terms of perpetrator's presence in a prosecuting state, universal jurisdiction successfully fills these gaps, and takes part in the global effort of the international community to prevent the impunity of the perpetrators of *core crimes*.

Using a comparative method (German, Spanish and Belgian legislation), we endeavored to point out the basic legal features of the matter, thus providing a basis for discussion in Serbian criminal law *de lege lata* and *de lege ferenda*. Major issues standing out in this context are universal jurisdiction *in absentia*, principle of subsidiarity and sham process.

Even though universal jurisdiction, in its genuine form, appears only in *core crimes*, many important and recent issues in this field have been related to treaty-based crimes, as well as to ordinary crimes, and to certain extent they have also been touched upon in this paper.

Keywords: universal jurisdiction *in absentia*, principle of subsidiarity, *sham* process.

Primljeno: 17. 9. 2020.

Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

SAVREMENI OBLICI POVREDE DOSTOJANSTVA LIČNOSTI NA RADU – OSNOVNE SLIČNOSTI I RAZLIKE***

Sažetak

U radu se primenom sociološkog, normativnog i uporednopravnog metoda teorijski analiziraju različiti pojmovi koji se često povezuju i razmatraju u okvirima koncepta dostojanstvenog rada kao savremeni oblici povrede takvog rada. Na tim osnovama se teži konceptualno-aplikativnom razgraničenju pojmova diskriminacije, zlostavljanja, kao i seksualnog uznemiravanja na radu u smislu ostvarivanja i zaštite osnovnih prava. Povreda dostojanstva ljudskog bića, odnosno radnika jeste opšta pravna kategorija koja u osnovi ima značajnu moralno-etičku dimenziju, dok se normiranjem pojmova diskriminacije, zlostavljanja i seksualnog uznemiravanja i njihovom jasnom konkretizacijom obezbeđuje potpunija zaštita osnovnih prava. Posebno se ukazuje na rešenja domaćeg prava i potrebu da se de lege ferenda izvrši potrebno usklađivanje različitih normativnih rešenja u ovoj oblasti.

Ključne reči: dostojanstvo na radu, diskriminacija, zlostavljanje na radu, seksualno uznemiravanje, domaće pravo.

1. Uvod

Povreda dostojanstva ljudskog bića danas se često razmatra kako sa sociološkog, psihološkog i etičkog aspekta tako i kao značajno pitanje povrede osnovnih ljudskih prava, gde se dostojanstvo smatra vrednošću koja se integriše u koncept osnovnih prava kao način za povećanje obima i stepena njihove zaštite. Navedeni proces odvija se u uslovima ubrzanog civilizacijskog napretka, te pojave novih, odnosno savremenih rizika u kontekstu tehnološkog i tehničkog razvoja društva. U uslovima dominantnog holističkog i integrativnog pristupa u sagledavanju i razvoju koncepta osnovnih ljudskih prava, javlja se potreba jasnog pojmovnog određenja i diferencijacije različitih postupanja koja za svoju posledicu mogu imati kako povredu prava na rad tako i povredu drugih povezanih prava.

* Doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, radnopravna naučna oblast,
e-mail: g.sladja@yahoo.com

** Doktor pravnih nauka, naučni saradnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, Srbija,
e-mail: sanjazlatanovic1@gmail.com

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

Diskriminatorско, odnosno nejednako postupanje, kao i postupanje koje se kvalifikuje kao zlostavljanje, tj. mobing na radu, obično imaju značajne ekonomske implikacije u vezi sa obavljanjem radnih zadataka, odnosno, u krajnjem, utiču negativno na radni učinak zaposlenih i na profitabilnost poslodavca, ali i na zdravlje žrtve, zbog čega se njihovi efekti sagledavaju kako u okvirima politike rada i zapošljavanja tako i politike zaštite zdravlja i bezbednosti na radu u užem, odnosno zaštite zdravlja stanovništva u širem smislu. Osim toga, ne može se zanemariti ni uticaj na sistem socijalnog osiguranja i socijalne zaštite u pogledu socijalnopravnih posledica ovakvog postupanja. S tim u vezi, primarno sociološko sagledavanje instituta diskriminacije, kao i dominantno razmatranje pojma zlostavljanja u okvirima psihologije zahtevaju određenu „nadgradnju“, te njihovo prevođenje na teren pravne nauke. Ovo se naročito odnosi na radne odnose, zbog pratećih pravnih posledica u domenu radnog prava, radnopravnih posledica diskriminatorskog postupanja, kao i postupanja koje se kvalifikuje kao zlostavljanje u odnosu na ostvarivanje prava na radu i u vezi sa radom. Danas, kako u međunarodnom i evropskom tako i u uporednom i nacionalnom pravu, normira se opšta zabrana diskriminacije, što uključuje i oblast rada i zapošljavanja, dok je legislativa vezana za zlostavljanje na radu manje razvijena. Definicije zlostavljanja na radu variraju u nacionalnim zakonodavstvima, a često i izostaje zakonsko definisanje te pojave, te su česte nejasnoće u razgraničenju sa sličnim pojmovima, odnosno sa diskriminacijom, diskriminatorским uznemiravanjem, kao i seksualnim uznemiravanjem i uzbunjivanjem, što znatno otežava ostvarivanje i zaštitu garantovanih prava. Ovi donekle slični pojmovi, ali umnogome i različiti, ne posmatraju se i ne razgraničavaju na pravno valjan način. Razlog je nedostatak svesti o značaju i implikacijama koje ima pravno uređivanje zaštite navedenih instituta, kao i nepostojanje relevantnih znanja, jer su u pitanju relativno novi pravni instituti, zbog čega je neophodno precizno utvrđivanje šta su *genus proximum* i *differentia specifica* u smislu obezbeđenja pravne sigurnosti i ujednačenosti sudske prakse.

U radu se primenom sociološkog, uporednopravnog i normativnog metoda utvrđuje konceptualni okvir i sagledavaju teorijske postavke instituta diskriminacije na radu, sve u kontekstu koncepta dostojanstvenog rada, te međuzavisnosti, nedeljivosti i povezanosti svih osnovnih ljudskih prava, nakon čega se pristupa diferenciranju sa savremenim shvatanjem pojma zlostavljanja na radu. Da li zlostavljanje na radu predstavlja oblik diskriminacije ili je u pitanju poseban institut kojim se, prvenstveno, vrši povreda zdravlja radnika, zbog čega se razmatra u kontekstu mera zaštite zdravlja i bezbednosti na radu kao svojevrsni psihosocijalni rizik, osnovno je istraživačko pitanje koje zahteva adekvatnu razradu. Osim toga, analiziraju se i granični pojmovi, odnosno diskriminatorско uznemiravanje i seksualno uznemiravanje sa ciljem identifikovanja osnovnih sličnosti i razlika kako bi se umanjile nejasnoće kod primene pravnih pravila. Ovo, posebno, u domenu primene nacionalnih propisa, s obzirom na to da je u domaćem pravu zabrana diskriminacije na radu regulisana opštim Zakonom o zabrani diskriminacije (2009), kao i odredbama Zakona o radu, ali i posebnim Zakonom o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (2006), dok je zlostavljanje na radu posebno regulisano Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu iz 2010. godine. Objektivizacija poimanja zlostavljanja na radu jeste cilj kome se teži, budući da u domenu radnje i posledice preovladavaju subjektivni elementi, dok je moralno-etička komponenta naglašena kako na strani lica koje vrši zlostavljanje tako i na strani žrtve.

2. Teorijsko-konceptualno određenje diskriminacije na radu

Pojam diskriminacije, prevashodno, vezuje se za sociološko razmatranje ovog instituta u smislu njegovog sagledavanja kao društvenog fenomena, odnosno kao dela kulture i supkulture datog društva u određenom vremenu, pa se, često, razmatra zajedno sa predrasudama, stereotipima i mitovima. Definisanju diskriminacije pristupa se na opšti način, pritom se naglašava njen fluidni karakter pa se, prema Karlu Poperu, diskriminacija određuje u odnosu na socijalne, kulturne i moralne vrednosti društva u određenom vremenu i predstavlja neopravdano pravljenje razlika među ljudima koje svoj osnov nalazi u stereotipima i predrasudama (Laki, 2014, p. 190). Ovde je fokus na negativnim stavovima i ponašanju dominantne društvene grupe prema drugim grupama ili prema pojedincu na osnovama njihove različitosti, odnosno različitosti kvalifikovanih ličnih svojstava (Pager & Shepherd, 2008, p. 182). U domenu (radno)pravne nauke značaj definisanja pojma diskriminacije je u primeni pravnih pravila i utvrđivanju diskriminatornog postupanja u konkretnom slučaju, te povrede načela jednakosti šansi i postupanja a, samim tim, i povrede prava na dostojanstven rad. S tim u vezi postoje dva stanovišta koja se vezuju za definisanje diskriminacije, a to su princip komparativne i princip nekomparativne pravde. Prema komparativnom stanovištu, diskriminacija postoji kada zakon ili javna politika tretiraju različite ljude nejednako, odnosno suprotno načelu jednakosti, dok nekomparativno stanovište pod diskriminacijom podrazumeva nemogućnost da se prema svakom pojedincu postupa na način na koji on ima (prirodno) pravo (Hellman, 2015, p. 2). Tako, u postupku primene prava ovo znači da komparativni princip podrazumeva da se postojanje diskriminacije utvrđuje tako što se ponašanje prema pojedincu, odnosno grupi ceni tako što se ono poredi sa postupanjem prema drugom pojedincu ili grupi, dok nekomparativni znači da se postupanje prema pojedincu, odnosno grupi ne utvrđuje zavisno od postupanja prema drugima, već se isključivo uzimaju u obzir osobine tog lica (Simons, 2016, p. 88). Međutim, shodno prirodni pravničkog rasuđivanja, primena nekomparativnog principa nije opravdana jer diskriminacija, odnosno utvrđivanje diskriminacije, u svakom slučaju podrazumeva poređenje, i to bilo shodno postupanju prema drugom licu u istoj ili sličnoj situaciji ili pak poređenje u odnosu na *ratio* i sadržinu pravne norme (Stojković Zlatanović, 2019, p. 25).

Opšta definicija diskriminacije u kontekstu rada i zapošljavanja sadržana je u Konvenciji br. 111 Međunarodne organizacije rada i podrazumeva „svako razlikovanje, isključivanje ili davanje prednosti na osnovu rase, boje kože, pola, religije, političkog opredeljenja, nacionalnog ili socijalnog porekla ili svakog drugog osnova, a dovodi do povrede načela jednakosti šansi i postupanja u oblasti zapošljavanja i zanimanja“ (Uredba o ratifikaciji Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 111 o diskriminaciji u oblasti zapošljavanja i zanimanja, 1958). Na nivou Evropske unije, diskriminacija u oblasti rada i zapošljavanja definisana je Direktivom br. 78/2000/EZ, u kojoj se pravi razlika između neposredne, odnosno direktne diskriminacije i posredne, odnosno indirektno diskriminacije. U međunarodnom, evropskom, uporednom i domaćem pravu kod definisanja diskriminacije polazi se još i od načela opravdanog razloga, odnosno od neopravdanog postupanja, tj. razlikovanje se utvrđuje uzimajući u obzir svrhu i cilj u kontekstu kreiranja i vođenja javnih

politika. To znači da razlikovanje ne sme da bude zasnovano na opravdanom razlogu, te se ne smatra diskriminacijom razlikovanje vezano za određeno lično svojstvo zaposlenog i kandidata za zaposlenje ukoliko je ono neophodno za obavljanje konkretnih radnih zadataka. Isto tako, izuzetak od zabrane diskriminacije predstavlja primena afirmativnih ili pozitivnih državnih mera, koje se uvode u cilju zaštite i obezbeđivanja jednakosti u pogledu zapošljavanja pojedinim kategorijama lica, koje su inače u nepovoljnijem položaju na tržištu rada (kao npr. osobe sa invaliditetom, pripadnici manjinskih grupa i sl.).

Sa ciljem povećanja stepena zaštite od diskriminacije, razvoj antidiskriminatorskog zakonodavstva išao je u pravcu isključivanja obaveze zaposlenog, odnosno kandidata za zaposlenje da dokazuje diskriminatorsku nameru. Stoga sada i naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa koji dovode do različitog postupanja, a vezani su za nedozvoljen osnov diskriminacije, predstavljaju dovoljan razlog da se određeno ponašanje kvalifikuje kao diskriminatorско. Opisana, danas dominantna, zakonodavna praksa vezuje se za pravnu teoriju Sjedinjenih Američkih Država u kontekstu primene teorije nejednakog postupanja, odnosno teorije nejednakog uticaja, gde se prva odnosi na direktnu diskriminaciju uz obavezno utvrđivanje diskriminatorске namere na strani poslodavca, dok se u drugom slučaju sagledavaju posledice, odnosno efekat diskriminatorskog postupanja nezavisno od namere (Goldman *et al.*, 2006, p. 794). Teorija nejednakog uticaja proizašla je iz sudske prakse, odnosno priznata je kao metod za dokazivanje diskriminacije u oblasti rada i zapošljavanja odlukom Vrhovnog suda SAD iz 1971. godine, da bi Zakonom o građanskim pravima iz 1991. godine ovaj metod bio pretočen u zakonsko rešenje. U pitanju je odluka Vrhovnog suda u slučaju *Griggs v. Duke Power* (Beltont, 1990, pp. 224-225), u kojoj je utvrđeno da praksa poslodavca čiji su efekti diskriminatorски prema ženama i manjinama, čak iako ne postoji diskriminatorска namera, predstavlja povredu čl. 7 Zakona o građanskim pravima (1964). Ovim je najavljena nova teorija, teorija nejednakog uticaja, odnosno koncept jednakosti u oblasti rada i zapošljavanja zasnovan na rezultatima ili posledicama postupanja, po kojima, između ostalog, pol i rasa mogu da se uzimaju u obzir u kontekstu suzbijanja i otklanjanja posledica društvene diskriminacije (Beltont, 1990, pp. 224-225). Teorija nejednakog uticaja se pak zasniva na teoriji jednakog dostignuća (engl. *equal achievement theory*) čiji je, između ostalog, cilj da unapredi ekonomski status pripadnika manjina i žena, te dozvoljava primenu posebnih mera u zapošljavanju manjina i žena radi eliminacije društvene diskriminacije, što je osnova za opravdanje primene mera tzv. afirmativne akcije, odnosno pozitivne diskriminacije (Beltont, 1990, pp. 224-225). Međutim, Vrhovni sud SAD je osamnaest godina kasnije doneo drugačiju odluku, u slučaju *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, u kojoj je utvrdio da cilj čl. 7 Zakona o građanskim pravima (1964) jeste isključivo otklanjanje posledica diskriminacije kod koje je utvrđena namera. Sud u navedenoj odluci, za razliku od odluke u slučaju *Griggs*, smatra da cilj zakonodavca jeste samo ostvarenje jednakosti u konkretnom slučaju, ne i postizanje jednakosti, što znači da primena mera tzv. pozitivne diskriminacije nije legitimna niti legalna (Beltont, 1990, pp. 224-225).

Pojmovno određenje diskriminacije zasniva se, prvenstveno, na razlikovanju koje nije objektivno opravdano, a posledica je određenog ličnog svojstva, odnosno karakteristike pojedinca, tj. grupe. Pojedini autori ističu da „činjenica da li lice zaista i poseduje određeno

lično svojstvo nije od presudne važnosti“, tj. da je relativnog karaktera, te da je takvo rešenje priznato i u većini nacionalnih zakonodavstava, uključujući i domaći Zakon o zabrani diskriminacije (2009) kojim se uvodi pojam tzv. pretpostavljenog ličnog svojstva (Krstić, 2018, p. 27). U pitanju je subjektivno shvatanje lica za koje postoji opravdana sumnja da vrši diskriminatorску radnju, odnosno da diskriminatorски postupа. U prilog tome ističe se i to da namera, u većini zakonodavstava, više nije neophodan uslov za utvrđivanje diskriminatornog postupka, te da se takva namera teško dokazuje, zbog čega se sada utvrđuje, prvenstveno, različito postupanje, odnosno tretman, kao i posledice takvog delovanja po status zaposlenog, nezavisno od toga da li lice zaista poseduje određeno lično svojstvo. Različito postupanje zasnovano na određenom urođenom ili stečenom ličnom svojstvu, koje je kao takvo i izričito predviđeno zakonom, obično se smatralo osnovom za određivanje pojma diskriminacije i primarnom *differentia specifica* u odnosu na ostale povezane pojmove, tj. zlostavljanje na radu i seksualno uznemiravanje (Lubarda, 2012, p. 390). Međutim, u uslovima relativizacije kvalifikovanog ličnog svojstva kao bitnog elementa pojma diskriminacije i zbog pomeranja fokusa na različito postupanje i posledice takvog postupanja, određenje diskriminacije se, na određen način, približava institutu zlostavljanja na radu. Ispravnije je, ipak, posmatrati ih kao „dve strane iste medalje“ zaštite dostojanstva radnika. U tom kontekstu, zlostavljanje na radu, kao noviji institut u odnosu na diskriminaciju, uvodi se u cilju lakše i brže zaštite prava na dostojanstven rad i vezuje se podjednako za savremene psihosocijalne rizike na radu, te se tako zlostavljanje na radu često ukršta i prepliće sa institutom diskriminacije u radnoj sredini. Normiranje oba instituta u savremenom radnom zakonodavstvu, svakako, poželjno je zbog potpunije zaštite prava radnika, s tim da se njihovim približavanjem na opisani način, potencijalnim žrtvama povrede dostojanstva ličnosti omogućava da optiraju prilikom izbora osnova zaštite vlastitih prava, a, samim tim, obezbeđuje se i širi spektar mehanizama zaštite.

3. Zlostavljanje na radu – povreda prava na zdravlje *versus* povreda prava na dostojanstven rad

Terminološko određenje pojma zlostavljanja na radu prate znatne teškoće, s obzirom na to da u uporednom pravu postoje primetne semantičke razlike, te se radi označavanja te pojave koriste različiti izrazi. Tako se, na primer, u Australiji, Ujedinjenom Kraljevstvu i SAD koristi termin *bullyng* (u smislu upornog maltretiranja zaposlenog koje ostavlja posledice po fizičko i duševno zdravlje te osobe) u Francuskoj, Belgiji i Španiji se upotrebljava izraz psihološko uznemiravanje, dok se u Nemačkoj, Italiji, Norveškoj i Danskoj koristi izraz mobing (Ornstein, Plevan & Tarasewicz, 2011, p. 2), što je slučaj i u Republici Severnoj Makedoniji i u Republici Crnoj Gori. U Švedskoj se koristi pojam viktimizacija na radu, još od 1993. godine. Pojam zlostavljanja na radu se u literaturi obično izjednačava sa pojmom *bullyng*-a, koji u svojoj esenciji predstavlja neprihvatljiva ponašanja nasilja koja đaci vrše nad drugim đacima u školama, a u radnoj sredini označava ponašanja nasilja na radu, uslovno rečeno slabijeg intenziteta i težine (Jašarević & Božičić, 2019, p. 789). S tim u vezi, praksa je da se utvrđuju i razlike između tzv. diskriminatorskog uznemiravanja, odnosno zlostavljanja (engl. *discriminatory harassment*) i ostalih oblika

uznemiravanja koji nisu zasnovani na nedozvoljenom osnovu diskriminacije, u koje se ubrajaju moralno uznemiravanje, zatim mobing, odnosno psihološko zlostavljanje i seksualno zlostavljanje, tj. uznemiravanje (Jašarević & Božičić, 2019, p. 789). Istovremeno, generičkim, tj. opštim pojmom uznemiravanja obuhvataju se sva neprihvatljiva ponašanja (psihološko, seksualno i diskriminatorско uznemiravanje), te se čini da taj izraz, kao neutralan i najpravičniji, sublimira ova tri neprihvatljiva oblika ponašanja u radnoj sredini. Stoga najnoviji međunarodni standard rada koji je usvojen 2019. godine na godišnjoj konferenciji Međunarodne organizacije rada, Konvencija br. 190 o eliminaciji nasilja i uznemiravanja na radu i prateća Preporuka br. 206 upotrebljavaju izraz uznemiravanje i nasilje na radu kojima se pak opisuje zlostavljanje na radu. Takođe, ne treba gubiti iz vida da se pojam „uznemiravanje“ koristi kao krovni izraz za sva ponašanja koja mogu predstavljati zlostavljanje ili nasilje na radu (De Stefano *et al.*, 2020, p.13). Shodno tome, čini se da pojam „uznemiravanje“ najbolje označava samu suštinu zlostavljanja na radu, odnosno psihološkog uznemiravanja, koje možemo smatrati sinonimima, budući da se zlostavljanjem psihološki deluje na žrtvu (adresata zlostavljanja), vređaju se zaštićena nematerijalna dobra ličnosti (ugled, dostojanstvo, ličnost, psihički i fizički integritet i zdravlje) sa ciljem da se zaposleni natera da napusti radnu sredinu.

U Sjedinjenim Američkim Državama, pravna doktrina, ali i sudska praksa, institut zlostavljanja na radu vezuju za diskriminaciju, pri čemu se pod zlostavljanjem obično podrazumeva i seksualno uznemiravanje kao oblik diskriminacije žena, dok se u evropskom kontinentalnom pravu zlostavljanje posmatra kao deo koncepta dostojanstva ličnosti, a seksualno uznemiravanje kao povreda dostojanstva u sferi polnog života, najčešće žena, s tim da se ovde zlostavljanje ne ograničava samo na pripadnike manjinskih grupa, kao što je to slučaj u SAD, već se širi krug zaštićenih lica tako da uključuje sve kategorije radnika (Friedman & Whitman, 2003, p. 242). Po ugledu na sudske prakse, u američkoj literaturi uočljiva je razlika između dve vrste seksualnog uznemiravanja: *quid pro quo* seksualno uznemiravanje i seksualno uznemiravanje koje stvara neprijateljsko okruženje (*hostile environment*) (Kovačević, 2013, p. 431). Prvo se odnosi na razne oblike seksualnog uznemiravanja kojima se zahteva, preti ili ucenjuje u kontekstu ostvarivanja prava zaposlenih iz radnog odnosa, dok se sintagma „neprijateljsko okruženje“, koju je iznedrila američka sudska praksa, odnosi na neprihvatljiva ponašanja u radnoj sredini koja se posmatraju prema težini i ozbiljnosti posledica koje proizvode, a ogledaju se u stvaranju neprijateljskog, toksičnog, ponižavajućeg i uvredljivog radnog okruženja (Hebert, 2014, p. 1356).¹ Definisane seksualnog uznemiravanja kao oblika diskriminacije u pravu SAD, na određen način je relativizovano u slučaju *Harris v. Forklift Systems* (Inc. 1993; No. 92-1168) u kojem je Vrhovni sud seksualno uznemiravanje razmatrao u kontekstu „neprijateljske radne sredine“ tako što je zaključio da ono nužno ne proizilazi iz (ekonomske) diskriminacije žena, odnosno nejednakosti žena na tržištu i mestima rada, već da je dovoljno utvrditi „zloupotrebljavajuću radnu sredinu“, tj. onu koja „obeshrabruje zaposlenog da ostane na radnom mestu ili ga ograničava u napredovanju“ (Friedman & Whitman, 2003, p. 242).

¹ Pojedini američki sudovi samo ponašanja koja su u velikoj meri ekstremna i teška po intenzitetu i posledicama da vređaju dostojanstvo pojedinca kvalifikuju kao seksualno uznemiravanje.

Pritom, uzimaju se u obzir sve okolnosti, a posebno učestalost diskriminatorskog postupanja i njegova ozbiljnost, narušavanje fizičkog integriteta ličnosti, kao i neopravdano zadiranje u obavljanje radnih zadataka zaposlenog, uz činjenicu da takvo postupanje ozbiljno utiče na psihološku dobrobit zaposlenog (slučaj *Harris v. Forklift Systems*). Na ovaj način se shvatanjem sudova pojam seksualnog i diskriminatorskog uznemiravanja približava pojmu psihološkog uznemiravanja.

Za razliku od prava SAD, koje ne poznaje institut zlostavljanja na radu, u evropskom pravu ovaj institut se razvio, prvenstveno pod uticajem psiholoških teorija, zbog čega je njegovo pravno regulisanje posmatrano u kontekstu zaštite zdravlja i bezbednosti na radu i sprečavanja diskriminacije, s tim da je s vremenom razvoj išao u pravcu utvrđivanja povrede dostojanstva ličnosti, i to tako što je Revidiranom Evropskom socijalnom poveljom prvi put neposredno uređeno tako da se u okviru garancija prava na dostojanstvo obezbeđuje i zaštita od zlostavljanja na radu, odnosno od psihološkog i seksualnog uznemiravanja (Birk, 2007, p. 126). Mobing, zlostavljanje na radu i psihološko uznemiravanje predstavljaju sinonime, dakle pojmove između kojih stoji znak jednakosti.

Zlostavljanje na radu predstavlja povredu ličnosti zaposlenog u moralnoj sferi, odnosno povredu fizičkog i/ili psihičkog integriteta ličnosti, a uzimajući u obzir definiciju zdravlja Svetske zdravstvene organizacije da zdravlje predstavlja stanje kompletne fizičke, psihičke i socijalne dobrobiti, a ne samo odsustvo bolesti ili slabosti, te institute treba razmatrati i u sklopu obaveze primene mera zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, odnosno u širem smislu povrede prava na zdravlje. Ovde treba ukazati i da je sagorevanje na radu², odnedavno, priznato kao fenomen povrede na radu shodno Međunarodnoj klasifikaciji bolesti Svetske zdravstvene organizacije (revidirana 11. verzija), uzimajući u obzir činjenicu da se stres obično povezuje sa zlostavljanjem i priznaje kao njegova posledica (Birk, 2009, p. 7). Tako sagorevanje na radu nastaje kao posledica hroničnog stresa na radu kojim se nije uspešno upravljalo (World Health Organization, 2019). Razlikuju se tri dimenzije sagorevanja na radu: 1. osećanje iscrpljenosti i smanjene energije; 2. povećana mentalna distanca u odnosu na radne zadatke, ili osećanje negativizma prema poslu uopšte; i 3. smanjena profesionalna efikasnost (World Health Organization, 2019). Sve ovo ukazuje na to da zlostavljanje na radu za svoju posledicu ima neki vid oštećenja zdravlja, kao i fizičkog, psihičkog ili socijalnog blagostanja zaposlenog - pojedinca zbog čega osnov zaštite treba utvrditi u kontekstu primene mera zaštite zdravlja i bezbednosti na radu.

S druge strane, pravo na zaštitu integriteta i dostojanstva ličnosti jeste pravo koje je više opšte prirode i štiti se kao ustavom garantovano pravo, zbog čega je njegov značaj za regulisanje zlostavljanja na radu više filozofski i istorijsko-pravni, a ne u potrebnoj meri aplikativan. Međutim, u državama koje ne poznaju zaštitu od zlostavljanja na radu, poput ruskog radnog prava, pozivanje na ustavne garancije zaštite dostojanstva svakog pojedinca predstavljalo bi teorijski jedini mogući put za obezbeđivanje zaštite od zlostavljanja na radu.

² Izraz „Burnout sindrom“ prvi put je upotrebljen 80-ih godina XX veka, kako bi označio proces izgaranja koji nastaje u profesionalnim odnosima i radu sa pacijentima, pre svega, u kontekstu pružanja zdravstvenih usluga (Grahovac-Brčić, 2015, p. 394).

4. Sličnosti i razlike između diskriminacije, zlostavljanja i seksualnog uznemiravanja na mestima rada u domaćem pravu

Diskriminacija predstavlja nejednako postupanje prema licu ili licima koja se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji, na način da se postupanje vrši s obzirom na zaštićeno ili pretpostavljeno lično svojstvo zaposlenog lica ili lica koje traži zaposlenje. Diskriminacija predstavlja nedozvoljeno razlikovanje „jednakih“ lica koja se nalaze u identičnoj ili sličnoj situaciji. Pretpostavljeno svojstvo je lična karakteristika lica (kao npr. pol, seksualno opredeljenje, brak, sindikalna pripadnost), koje lice koje diskriminiše, na osnovu predrasuda ili subjektivnog uverenja, smatra da ima lice koje je adresat diskriminacije, čime se stvara nejednak položaj u odnosu na lica koja su u istoj ili sličnoj situaciji. Motiv nije važan za diskriminaciju, bitne su posledice ponašanja kojima se vređa dostojanstvo diskriminisanog lica. Takođe, da bi se dokazala diskriminacija, bitno je zadovoljiti tri kriterijuma: potrebno je da postoji zaštićeno lično svojstvo, stvarno ili pretpostavljeno; da postoji povreda dostojanstva ličnosti i da postoji lice koje je u istoj ili sličnoj situaciji, sa kojim se poredi diskriminirano lice. Do diskriminacije dolazi kada su lice ili grupa lica tretirana nejednako i nepovoljnije jer pripadaju određenoj grupi ljudi, tj. zato što imaju određena svojstva, kao što su npr. rasa/boja kože, nacionalnost/etničko poreklo, veroispovest, pol, seksualna orijentacija, invaliditet, godine starosti itd. (Petrušić *et al.*, 2014, p. 9). S druge strane, kod zlostavljanja na radu ne postoji zaštićeno stvarno ili pretpostavljeno lično svojstvo, ali radnje zlostavljanja mogu biti preduzete u odnosu na njih. U pravu Republike Srbije od diskriminacije su zaštićena lica u radnom odnosu i lica angažovana van radnog odnosa, podjednako kao i lica koja su u postupku zapošljavanja, dok je zaštita od zlostavljanja na radu, u našem normativnom sistemu, moguća samo u odnosu na lica koja se nalaze u radnom odnosu ili rade van radnog odnosa po osnovu nekog od ugovora građanskog prava. *De lege ferenda* treba razmotriti proširenje zaštite od zlostavljanja na radu i na lica koja su u postupku zapošljavanja.

Diskriminacija i zlostavljanje na radu u domaćem pravu predstavljaju dva različita pravna instituta koja se, prema tome, moraju na taj način posmatrati, posebno imajući u vidu ostvarivanje sudske zaštite, koja se obezbeđuje odvojenim tužbama: jednom, kojom se traži utvrđenje diskriminacije i drugom, koja se odnosi na sprečavanje zlostavljanja na radu. Namera kod diskriminacije je, kao što je ranije rečeno, napuštena i ne predstavlja bitan element tog pojma. S druge strane, namera da se lice zlostavlja može, ali nužno ne mora, biti uslov kvalifikacije zlostavljanja na radu u sudskom postupku ukoliko su dokazane posledice ponašanja, budući da definicija glasi da je „zlostavljanje svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu[...]“ (Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu iz 2010, čl. 6, st. 1). Dakle rastavni veznik „ili“ kod sintagme „ima za cilj ili predstavlja povredu“ nesumnjivo znači da, ukoliko se dokaže povreda putem posledica neprijateljskog ponašanja i preduzetih radnji, nije potrebno dokazati cilj određenih ponašanja, a koja se sastoje u

nameri izvršioca zlostavljanja na radu.³ Osim toga, kvalifikacija ponavljanja razlikuje radnju zlostavljanja od diskriminacije, jer se kod zlostavljanja zahteva ponavljanje neprijateljskih ponašanja, dok je kod diskriminacije dovoljno da se jednom dogodi.

Za razliku od navedenog, seksualno uznemiravanje predstavlja neželjeno i neprihvatljivo ponašanje u sferi polnog života radnika, koje je najzastupljeniji oblik neprihvatljivih ponašanja u svetu rada, kome su posebno izložene žene. Seksualno uznemiravanje nije isto što i diskriminatorno uznemiravanje zasnovano na polu, sa kojim ga neretko identifikuju u evropskom pravu, jer se aktivnostima seksualnog uznemiravanja (verbalno, neverbalno, fizički kontakt, prinuda, seksualna ucena) mogu vršiti neprijateljska ponašanja u sferi polnog života žrtve, koja ne moraju biti vezana za pol žrtve, a mogu predstavljati „zloupotrebu seksualnosti“, koja se može vršiti sa ciljem i željom da se psihički maltretira drugi, što je uvek cilj ponašanja koje se kvalifikuje kao zlostavljanje na radu. Prema tome, seksualno uznemiravanje stoji „negde između“ diskriminatornog i psihičkog uznemiravanja i predstavlja nezavisan pravni institut. Seksualnim uznemiravanjem može se lice i diskriminisati, po nekom od zaštićenih osnova (kao npr. pripadnost sindikatu ili usled religijske pripadnosti), ali se nužno takvo lice ne mora diskriminisati po osnovu pola, iako je čest slučaj da se u literaturi, razumevanjem na ovaj način, pojam seksualnog uznemiravanja nepotrebno sužava i izjednačava sa diskriminacijom po osnovu pola. Posebno je važno ukazati na neusaglašenost normativnog sistema Republike Srbije u delu u kome uređuje pojam seksualnog uznemiravanja, jer se potonji pojam u matičnom Zakonu o radu iz 2005. sa kasnijim izmenama definiše kao oblik diskriminacije na radu, dok se u Pravilniku o ponašanjima poslodavca i zaposlenog u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu iz 2010. godini, koji je kao podzakonski akt donet kako bi se omogućila primena Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, u čl. 13, pojam seksualnog uznemiravanja na radu izjednačava sa pojmom zlostavljanja na radu. S tim u vezi, za kvalifikaciju seksualnog uznemiravanja prema matičnom zakonu za oblast rada nije potrebno da se zadovolji kriterijum ponavljanja, dok je za zlostavljanje na radu, koje se može vršiti i seksualnim uznemiravanjem, a prema navedenom podzakonskom aktu, kao i definiciji zlostavljanja na radu iz čl. 6 Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, potrebno da se radnja ponavlja.

5. Zaključak

U savremenom radnom pravu nameće se kao neminovnost zaštita (psihičkog) zdravlja radnika od novih psihosocijalnih rizika: zlostavljanja na radu, diskriminacije i seksualnog uznemiravanja. Njima se suštinski obezbeđuje i zaštita prava na dostojanstvo na radu, koje pak stoji u esenciji svih ljudskih prava, a posebno ekonomskih i socijalnih. Različita normiranja pojmova u uporednom pravu dovode do pogrešnog razumevanja i određivanja linija sličnosti i razlika između pojmova, koja neretko vode do različitih

³ Sudija Lidija Đukić s pravom isključuje izričito postojanje namere za utvrđivanje zlostavljanja na radu, jer nije nužno da je radnja zlostavljanja preduzeta sa ciljem povrede zaštićenog dobra, dovoljno je da je do te povrede došlo preduzetom radnjom, bez obzira da li je ona preduzeta sa namerom povređivanja, što proizilazi iz odrednice „koje za cilj ima ili predstavlja povredu“. Navedeno prema Đukić (2012, p. 4).

tumačenja u sudskoj praksi. To posledično vodi nepravilnoj zaštiti uznemiranih lica koja je uzrokovana pogrešnim percepcijama sudova, zbog nerazumevanja samih instituta.

Pojam zlostavljanja na radu je širi od pojma diskriminacije i seksualnog uznemiravanja, kada se sagleda katalog ponašanja kojima se preduzima, te može uključivati oba pojma, jer se radnjama diskriminacije i seksualnog uznemiravanja može vršiti zlostavljanje na radu, kao što se i radnjama zlostavljanja na radu može vršiti diskriminacija ali i seksualno uznemiravati lice, ugrožavanjem njegovog integriteta i dobrobiti u sferi polnog života. Istovremeno, u uporednom pravu, često se pojam zlostavljanja na radu, shvata restriktivnije tako da se poistovećuje sa pojmom diskriminacije, te se pod njim podrazumevaju neprihvatljiva ponašanja kojima se vređa dostojanstvo pojedinca, s obzirom na zaštićena lična svojstva (kao na primer na pol, seksualno opredeljenje, religijsku pripadnost i drugo). Takvo stanovište, shodno navedenom, nije adekvatno. S druge strane, primetno je i da se pojam seksualnog uznemiravanja posmatra kao oblik diskriminacije zasnovane na polu, što opet predstavlja nepotrebno sužavanje pojma.

Pravilno shvatanje je da svaki od ovih pojmova (zlostavljanje na radu, diskriminacija i seksualno uznemiravanje) predstavljaju posebne pravne institute, sa svim sličnostima i razlikama koje postoje između njih, što mora biti osnov pravilnog razumevanja pojmova i obezbeđivanje adekvatne i pravedne zaštite. U tom smeru treba da se kreću i zakonodavci kada pristupaju izmenama i dopunama utvrđenog normativnog sistema. Ono što je nesumnjivo vezivno tkivo za sva tri pojma jeste upravo obezbeđivanje zaštite prava na dostojanstvo na radu svakog lica, što je imperativ i cilj svakog radnog zakonodavstva, te ima značajnu moralno-etičku dimenziju.

Literatura

- Beltont, R. 1990. The Dismantling of the Griggs Disparate Impact Theory and the Future of Title VII: The Need for a Third Reconstruction. *Yale Law & Policy Review*, 8(2), pp. 223-256.
- Birk, R. 2009. *European Social Charter*. The Hague: Wolters & Kluwers.
- De Stefano, V., Durri, I., Stylogiannis, C. & Wouters, M. 2020. 'System needs update': *Upgrading protection against cyberbullying and ICT-enabled violence and harassment in the world of work*. Geneva: International Labour Organization.
- Đukić, L. 2012. Pravna zaštita zbog zlostavljanja na radu. *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, 3.
- Friedman, G.S. & Whitman, J.Q. 2003. The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity. *Columbia Journal of European Law*, 9, pp. 241-274.
- Goldman, B. M. et al. 2006. Employment Discrimination in Organizations: Antecedents and Consequences. *Journal of Management*, 32(6), pp. 786-830.
- Grahovac-Brčić, S. 2015. „Burnout“ sindrom izgaranja na poslu u oblasti zdravstva. *Pravni život*, 11, pp. 393-406.
- Hebert, C. 2014. Conceptualizing Sexual Harassment in the Workplace as a Dignitary Tort. *Ohio State Law Journal*, 75(6), pp. 1345-1373.
- Hellman, D. 2016. Two Concepts of Discrimination. *Virginia Law Review*, 102, pp. 1-48.
- Jašarević, S. & Božičić, D. 2019. Zaštita od nasilja i uznemiravanja na radu u međunarodnim

- pravnim standardima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, pp. 785-802.
- Kovačević, Lj. 2013. *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Krstić, I. 2018. *Zabrana diskriminacije u međunarodnom i domaćem pravu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Laki, I. 2014. The concept of discrimination nowadays. In: *Struktúrafordulók, Studies in Political Science - Politikatudományi Tanulmányok*, Budapest: MTA TK Politikatudományi Intézet, pp. 188-193. Dostupno na: http://real.mtak.hu/25124/7/concept_of_discrimination_nowadays.pdf, (5.7.2020).
- Lubarda, B. 2012. *Radno pravo, Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Pager, D. & Shepherd, H. 2008. The Sociology of Discrimination: Racial Discrimination in Employment, Housing, Credit, and Consumer Markets. *Annual Review of Sociology*, 34, pp. 181–209.
- Petrušić, N. et al. 2014. *Priručnik za primenu medijacije u okviru službe Poverenika za zaštitu ravnopravnosti*. Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti.
- Simons, K. W. 2016. Discrimination is a Comparative Injustice: A Reply to Hellman. *Virginia Law Review Online*, 102, pp. 85-100. Dostupno na: https://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/Simons_Online.pdf, (10.7.2020).
- Stojković Zlatanović, S. 2019. *Genetički i drugi zdravstveni osnovi diskriminacije na radu*. Beograd: Institut društvenih nauka.

Internet izvori

- Ornstein, D., Plevan, B. & Tarasewicz, Y. 2011. *Bullying, Harassment and Stress in the Workplace —A European Perspective*. Posted in Discrimination, Equality of Treatment, Harassment/Bullying, Health and Security Seminar. Dostupno na: <https://www.internationallaborlaw.com/files/2013/01/Bullying-Harassment-and-Stress-in-the-workplace-A-European-Perspective.pdf>, (1.7.2020)
- World Health Organization. 2019. *Burn-out an 'occupational phenomenon': International Classification of Diseases*. Dostupno na: https://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/, (22.6.2020).

Pravni izvori

- Uredba o ratifikaciji Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 111 koja se odnosi na diskriminaciju u oblasti zapošljavanja i zanimanja, *Službeni list FNRJ*, br. 20/1958.
- Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018.
- Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2010.
- Pravilnik o ponašanju poslodavca i zaposlenog u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2010.

Sudska praksa

Harris v. Forklift Systems (1993) No. 92-1168 Argued: October 13, 1993 Decided: November 9, 1993, dostupno na: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/17/> (3.7.2020)

Sladana M. Gligorić, MA

PhD student, University of Law, Faculty of Belgrade, Serbia
e-mail: g.sladja@yahoo.com

Sanja N. Stojković Zlatanović, PhD

Research Associate, Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia
e-mail: sanjazlatanovic1@gmail.com

MODERN FORMS OF VIOLATIONS OF DIGNITY AT WORK - BASIC SIMILARITIES AND DIFFERENCES

Summary

The paper aims to analyze various notions that are often connected and considered within the concept of dignified work as modern forms of labour rights' violation. On this basis, we strive for a conceptual-applicative delimitation of the concepts of discrimination, workplace abuse, as well as sexual harassment at work in terms of exercising and protection of fundamental socio-economic rights. Violation of the dignity of human beings, i.e. workers is a general legal category that basically has a significant moral and ethical dimension, while standardizing the concepts of discrimination, abuse and sexual harassment and their clear concretization provides complete protection of fundamental rights. The solutions of domestic law and the need to *de lege ferenda* perform the necessary harmonization of various normative solutions in this area are especially pointed out.

Keywords: dignity at work, discrimination, harassment at work, sexual harassment, Serbian law.

Primljeno: 12. 7. 2020.
Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

IZAZOVI UPRAVLJANJA KREDITNIM RIZIKOM U INVESTICIONIM DRUŠTVIMA U KRIZNIM SITUACIJAMA**

Sažetak

Svetska finansijska kriza iznedrila je zakonodavnu aktivnost na međunarodnom nivou usvajanjem brojnih pravnih propisa u cilju unapređenja sposobnosti finansijskih učesnika, između ostalih, investicionih društava, da apsorbuju gubitke koji proizlaze iz ekonomskih i finansijskih stresnih situacija. Kreditni rizik je jedan od dominantnih rizika u finansijama i poslovanju investicionih društava te je, shodno tome, izloženost kreditnom riziku prisutna u gotovo svim finansijskim transakcijama. Stoga se u radu ukazuje na koji način primena odgovarajućih modela upravljanja kreditnim rizikom može doprineti likvidnosti investicionih društava, kao i očuvanju stabilnosti finansijskog tržišta, uzimajući u obzir učestale potrebe finansijskog tržišta, uzrokovane brojnim internim i eksternim faktorima. S tim u vezi, autor u radu nastoji da ukaže na potrebu i značaj primene međunarodnih standarda u cilju smanjenja izloženosti investicionih društava kreditnom riziku. Na kraju, istraživanje pravnog režima upravljanja kreditnim rizikom u investicionim društvima, primenom normativnog i komparativnog metoda, pruža nam osnovu za kritičko sagledavanje i analiziranje domaće regulative u predmetnoj oblasti.

Ključne reči: kreditni rizik, investiciono društvo, ovlašćena banka, upravljanje kreditnim rizikom.

1. Pojam i određenje kreditnog rizika u poslovanju investicionih društava

Kreditni rizik je jedan od preovlađujućih rizika u finansijama i poslovanju investicionih društava¹, te je izloženost kreditnom riziku prisutna gotovo u svim finansijskim transakcijama (Spasojević, 2013, p. 104). Kreditni, odnosno poverilački rizik, kao najstariji vid rizika sa kojim se suočava finansijski sektor, povezuje se sa

* Doktor pravnih nauka, naučni saradnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, e-mail: rsovilj@idn.org.rs

¹ Na ovom mestu valjalo bi ukazati da je termin investiciono društvo zakonski termin, uveden Zakonom o tržištu kapitala iz 2011. godine, pod uticajem evropskog zakonodavstva i prakse. Zapravo, investiciono društvo je generički izraz i odnosi se na brokersko-dilersko društvo i ovlašćenu banku. Stoga će se u radu koristiti ovaj termin, osim kada je bilo neophodno načiniti distinkciju između različitih legislativnih rešenja koja se odnose na brokersko-dilersko društvo, odnosno ovlašćenu banku.

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

nespremnošću, nemogućnošću ili željom dužnika (klijenta investicionog društva) da blagovremeno izmiri svoje ugovorom preuzete obaveze. Uglavnom se kreditni rizik određuje kao rizik neizvršenja obaveza po osnovu nastalog duga, odnosno neplaćanja glavnice i kamate od strane dužnika investicionog društva. Prema Koulafetisu, kreditni rizik se najčešće povezuje sa padom finansijske sposobnosti dužnika da servisira svoje finansijske obaveze. Obično se pad finansijske sposobnosti dužnika povezuje sa njegovom nelikvidnošću ili stečajem (Koulafetis, 2017, p. 17). Zakon o tržištu kapitala definiše kreditni rizik kao rizik gubitka koji nastaje zbog neispunjavanja novčane obaveze nekog lica (klijenta) prema brokersko-dilerskom društvu (čl. 190, st. 1).

Među mnogobrojnim rizicima (rizik likvidnosti, tržišni i operativni rizici) kojima su izložena investiciona društva u toku poslovanja, kreditni rizik je najučestaliji. Kreditni rizik nastaje usled obavljanja poslova pozajmljivanja, investiranja i davanja kredita, i odnosi se na povraćaj pozajmljenog novca ili isplate od prodate robe. Rizik gubitka nastaje zbog nemogućnosti povraćaja plasiranih sredstava kroz amortizaciju kredita. Preterana izloženost kreditnom riziku jedan je od ključnih uzroka insolventnosti investicionih društava (Đukić, 2007, pp. 21-22). Prilikom ugovaranja svakog posla, za investiciono društvo postoji rizik da bi njegov klijent mogao postati insolventan. Neispunjenje dužnosti od strane klijenata investicionog društva, kao druge ugovorne strane u poslu, može imati za posledicu gubitak celog potraživanja. Ukoliko se obistini da više značajnih klijenata društva nije u mogućnosti da pravovremeno izvršava svoje dospele obaveze, to može uzrokovati velike gubitke za investiciono društvo i dovesti do insolventnosti društva (Sovilj, 2017, p. 96). Ipak, pojedini klijenti su rizičniji od drugih, npr. kreditne institucije su manje rizične s obzirom na to da su pod pojačanim nadzorom javnih agencija. S druge strane, u praksi je učestala pojava da se usled preterane kreditne prezaduženosti državnih institucija i kompanija omogući reprogram duga (Augustin, 1994, p. 141).

Kreditni rizik pripada grupi finansijskih rizika. U praksi se neretko dešavalo da kreditni rizik uzrokuje nastanak drugih rizika, uglavnom rizika likvidnosti ili rizika solventnosti. Takođe, dešava se da se kreditni rizik preklapa sa tržišnim i/ili operativnim rizikom (Matić, 2008, p. 76). Kako bi se jasno i nedvosmisleno načinila distinkcija kreditnog rizika od ostalih rizika, važno je navesti osnovne karakteristike kreditnog rizika: 1) Kreditni rizik je sistemski rizik, s obzirom na to da na njega utiču opšta ekonomska kretanja, te je visoko cikličan. To nam ukazuje da je kreditni rizik u direktnoj sprezi sa ekonomskim ciklusima: povećava se tokom recesije, a smanjuje tokom ekspanzije. 2) Kreditni rizik je i specifičan rizik, budući da se menja shodno specifičnim događajima koji utiču na korisnike kredita. Na kreditni rizik vezan za korisnika kredita ili drugu ugovornu stranu neposredno utiču njegove karakteristike: veličina, korporativna strategija, događaji koji utiču na nju, promene u neposrednom ekonomskom okruženju. 3) Naspram tržišnih rizika, kreditni rizik je blisko povezan za uspeh u poslovanju i strukturu kapitala korisnika kredita (Spasojević, 2013, p. 106).

Na nastanak kreditnog rizika utiču dve grupe faktora: eksterni i interni faktori. Eksterni faktori kreditnog rizika odnose se na: opšte stanje ekonomije, inflaciju, kretanje bruto nacionalnog proizvoda, prirodne okolnosti (npr. prirodne katastrofe, građanski ratovi, nemiri, štrajkovi, pandemije itd.). Uzimajući u obzir da članovi uprave investicionog

društva nemaju direktnu kontrolu nad eksternim faktorima, potrebno je dodatno usmeriti kontrolu na interne faktore. U interne faktore kreditnog rizika ubrajaju se: obim kredita, kreditna politika i kreditni miks. Sa porastom obima kredita, raste i kreditni rizik s obzirom na to da više odobrenih kredita povlači za sobom i veći potencijalni gubitak na kreditima. Kreditna politika se kontroliše preko indikatora odnosa ukupnih kredita prema ukupnoj aktivi. Što je indikator veći, samim tim je veća i agresivnost kreditne politike, što neminovno ima za posledicu veći gubitak u kreditnom portfoliju. Na kraju, kreditni miks se ocenjuje odnosom učešća komercijalnih i industrijskih kredita prema ukupnim kreditima.² Ukoliko se ustanovi visoka koncentracija ovih kredita, veća je verovatnoća nastanka kreditnih gubitaka (Ivaniš, 2012, p. 4).

Na povećanje izloženosti kreditnom riziku utiče smanjenje kreditnog rejtinga klijenta investicionog društva. Iako sam pad kreditnog rejtinga klijenta ne podrazumeva istovremeno gubitak sredstava društva, potencijalno može uticati na nastanak gubitka u njegovom poslovanju. Primera radi, smanjenje kreditnog rejtinga izdavaoca hartija od vrednosti predstavlja izvor rizika s obzirom na to da dovodi do smanjenja tržišne vrednosti hartija koje poseduje klijent. Takođe, kreditni gubitak može nastati i zbog nemogućnosti ispunjenja obaveza ili izvršenja plaćanja po ugovorima vezanim za kreditne derivate. Povećanjem kamatnih stopa, kao i pogoršanjem opštih ekonomskih uslova povećava se i kreditni rizik. Isto tako, kreditni rizik se povećava usled produženja roka isteka, roka dospelosti ili roka saldiranja. S tim u vezi, inostrani regulatorni organi nastoje da smanje kreditni rizik skraćanjem roka saldiranja za određene hartije od vrednosti (Spasojević, 2013, p. 106).

Osim neizvesnosti isplate kredita, kreditni rizik je povezan i sa nemogućnošću isplate kupona i/ili glavnice kod obveznica. Među glavnim uzrocima pada kreditnog rejtinga izdavaoca obveznica, obično države, jesu finansijske i ekonomske krize. Kriza se može javiti i ukoliko je dug loše strukturiran, npr. preteranim izdavanjem kratkoročnih obveznica ili izdavanjem obveznica denominovanih u stranoj valuti (Latković, 2002, p. 465).

Da bi se razmotrio uzrok nastanka kreditnog rizika, primarno je odrediti dužnika. Dužnik može biti fizičko ili pravno lice koje je zaključilo ugovor o kreditu sa investicionim društvom. Međutim, nekada nije dovoljno posmatrati samo dužnika, kao drugu ugovornu stranu, već i njegovu vlasničku strukturu i organizacionu povezanost sa drugim poslovnim subjektima. Kreditnim rizikom obuhvaćena je i grupa povezanih lica, neovisno da li postoji garancija ili jemstvo matične kompanije za svoja potčinjena društva (Jovanić, 2009, p. 60). Praksa nam demonstrira da je svaki dužnik slučaj za sebe, te da prilikom kvantifikovanja verovatnoće da određeni dužnik nije u mogućnosti da redovno izvršava dospele obaveze, istorijski podaci o tome koliko je puta dužnik sa određenim rejtingom došao u takvu situaciju ili koliko je to čest slučaj dužnika iz određene grupe poslova, može nam samo delimično pomoći (Đukić, 2007, p. 23). Ako se posumnja u kreditnu sposobnost dužnika, osnovno pravilo kreditne politike svakog investicionog društva je da se uzdrži od finansiranja takvog klijenta.

² Komercijalni krediti su kratkoročni krediti (rok dospelosti do godinu dana) koji se koriste za finansiranje povremenih potreba klijenata za obrtnim sredstvima. Industrijski krediti su dugoročni krediti (rok dospelosti od 5 do 20 godina) i koriste se za finansiranje velikih industrijskih, razvojnih i investicionih programa.

2. Postupak upravljanja kreditnim rizikom

Upravljanje kreditnim rizikom je izuzetno bitno, jer valjana procena tog rizika omogućava investicionim društvima da maksimiziraju poslovne rezultate kroz stabilan kreditni portfolio, dok, s druge strane, loša procena sa sobom povlači i ostale rizike, koji mogu prouzrokovati inicijalno visoke troškove preuzetog rizika, što na kraju može izazvati pad celokupnog kreditnog portfolija (Živanović, 2018, p. 8). Svrha upravljanja kreditnim rizikom proističe iz moguće opasnosti da određeni broj klijenata društva ne bude u mogućnosti da redovno izvršava dospele obaveze, što može izazvati gubitak u imovini investicionog društva. Iz tog razloga, uprava investicionog društva je obavezna da prati delovanje svih faktora koji mogu uticati na kreditni portfolio društva, kako bi blagovremeno preuzeli sve neophodne mere. S tim u vezi, zakonom je predviđena obaveza investicionog društva da identifikuje, meri i procenjuje kreditni rizik prema bonitetu klijenta i njegovoj urednosti u izvršavanju obaveza prema investicionom društvu, kao i prema kvalitetu instrumenata obezbeđenja potraživanja tog društva (Zakon o tržištu kapitala, čl. 190, st. 2).

Investiciona društva su dužna da u postupku upravljanja rizicima obezbede: 1) da se krediti odobravaju na osnovu jasno definisanih kriterijuma, kao i da je proces odobravanja, izmena, obnavljanja i refinansiranja kredita jasno određen; 2) da društva imaju interne metodologije koje im omogućuju procenu kreditnog rizika izloženosti prema pojedinim klijentima (dužnicima), hartijama od vrednosti ili sekjuritizacijskim pozicijama, kao i kreditnog rizika na nivou portfolija. Interne metodologije ne smeju se oslanjati isključivo na eksterne kreditne rejtinge, već moraju uzimati u razmatranje i druge relevantne podatke prilikom procene rizika; 3) kontinuirano upravljanje i praćenje različitih portfolija osetljivih na kreditni rizik i izloženosti društva, uključujući prepoznavanje i upravljanje problematičnim kreditima, kao i određivanje odgovarajućih ispravki vrednosti i rezervisanja; 4) da je disperzovanost kreditnih portfolija usklađena sa određenim tržištima i sa opštom kreditnom politikom društva (Directive 2013/36/EU, čl. 79).

Integralni deo procedure upravljanja rizikom jesu strategije, planovi, politike i ciljevi upravljanja kreditnim rizikom. Dužnost investicionog društva je da povremeno razmatra strategiju upravljanja kreditnim rizikom i da je izmeni ukoliko je potrebno. To se odnosi na situacije u kojima dolazi do značajne promene poslovne politike investicionog društva, ali i promena u makroekonomskom okruženju u kom posluje (Matić, 2008, p. 77). Takođe, investiciono društvo je dužno da izradi i primenjuje odgovarajuće politike i postupke za upravljanje kreditnim rizikom. U tom kontekstu, obaveza društva je da uspostavi i sprovodi primeren sistem upravljanja i praćenja portfolija i pojedinačnih izloženosti koje nose kreditni rizik, kao i odgovarajuće vrednosne usklađenosti (Zakon o tržištu kapitala, čl. 190, st. 3 i 4).

Odlukom o adekvatnosti kapitala banke propisuju se dodatne obaveze koje svaka banka mora primeniti u svom poslovanju. S tim u vezi, ovlašćena banka je dužna da oformi organizacionu strukturu kojom će se aktivnosti upravljanja rizicima (*middle office*) i aktivnosti podrške (*back office*) funkcionalno i organizaciono odvojiti od preuzimanja rizika (*front office*), sa precizno utvrđenom podelom poslova i obaveza zaposlenih kojom se sprečava konflikt interesa. Osim navedenog, neophodno je uspostaviti

zasebnu organizacionu jedinicu za upravljanje lošom aktivom, u čijoj bi nadležnosti bilo preduzimanje niza aktivnosti i mera za upravljanje lošom aktivom (Odluka o upravljanju rizicima banke, čl. 9). Takođe, ovlašćena banka je obavezna da shodno obimu, delokrugu i složenosti poslova koje obavlja, u proces upravljanja kreditnim rizikom uključi potreban broj zaposlenih sa odgovarajućom stručnom spremom i iskustvom, ali i da obezbedi kontinuitet u sprovođenju strategije i politike upravljanja rizicima (Odluka o upravljanju rizicima banke, čl. 11).

Da bi realizovalo nezavisnu funkciju upravljanja kreditnim rizikom, neophodno je da investiciono društvo osnuje samostalni Odbor za upravljanje kreditnim rizikom. Delokrug poslova ovog odbora bio bi primena strategija i politika za upravljanje kreditnim rizikom, odobrenim od strane odbora direktora, praćenje izloženosti kreditnom riziku, poštovanje limita odobrenih od strane odbora direktora, kao i predlaganje unapređenja procesa i procedura upravljanja kreditnim rizikom (Stanišić & Stanojević, 2010, p. 14).

Upravljanje kreditnim rizikom obuhvata nekoliko faza koje započinju njegovom identifikacijom, zatim sledi merenje i praćenje izloženosti i računanje potrebnog kapitala, a završava se internim nadzorom. Bazelskim sporazumima i Direktivom EU o adekvatnosti kapitala predviđeno je nekoliko pristupa merenju izloženosti kreditnom riziku i kalkulisanju potrebnog kapitala. Zapravo, bazelski standardi predviđaju dva modela regulisanja upravljanja kreditnim rizicima. Prvi model obuhvata standardizovan pristup i pristup zasnovan na internim rejtinzima. Navedeni pristupi su detaljno regulisani direktivama EU, te se ovaj model može nazvati „regulatornim ili zakonskim“. Investiciona društva koja koriste ove pristupe su u obavezi da svoje poslovanje uredi shodno navedenim pravilima. Drugi način odnosi se na napredni pristup zasnovan na internim rejtinzima. Ovim pristupom omogućava se investicionim društvima da samostalno razvijaju metodologije za izračunavanje i upravljanje kreditnim rizikom (Gleeson, 2010, p. 76).

3. Standardizovan pristup upravljanju kreditnim rizikom u investicionim društvima

Standardizovan pristup upravljanju kreditnim rizikom inaugurisan je davne 1988. godine, usvajanjem tzv. Bazelskog sporazuma o kapitalu (Bazel I). Iako većina investicionih društava koristi pristup zasnovan na internim rejtinzima, ne postoji nijedno društvo koje ne koristi neke od elemenata standardizovanog pristupa u postupku upravljanja kreditnim rizikom i računanja kapitalom. Za svako investiciono društvo standardizovan pristup pruža mogućnost u pogledu izloženosti koja proističe iz onih oblasti poslovanja u kojima društvo ne poseduje ni resurse ni podatke za merenje izloženosti (Gleeson, 2010, p. 81). Standardizovan pristup, koji se oslanja na procene spoljnih kreditnih rejtinga agencija, uglavnom koriste ona investiciona društva kod kojih je prisustvo kreditnih rizika manje izraženo, što je često slučaj kod društava čije je poslovanje jednostavnije, za kategorije izloženosti koje nisu značajne, ili u situacijama gde bi primena internih pristupa bila preveliko opterećenje za društvo (Directive 2013/36/EU, čl. 1, tač. 70).

Metodologija standardizovanog pristupa nepromenjena je u odnosu na metodologiju kreditnog rizika prema Bazelu I. Zasniva se na principu portfolio pristupa. Kako bi se postigao što veći nivo preciznosti u merenju izloženosti kreditnom riziku, Bazelski komitet

je unapredio ovaj koncept u odnosu na prvobitna rešenja usvojena Bazelskim sporazumom iz 1988. godine, usvajajući širu kategorizaciju bilansne aktive i vanbilansnih stavki, kao i širu disperziju pondera rizika (Matić, 2009a, p. 126).

Prema standardizovanom pristupu postoji dvanaest kategorija bilansne aktive i kategorija vanbilansnih potraživanja. Kategorije bilansne aktive čine: potraživanja od država i centralnih banaka, potraživanja od javnog sektora, potraživanja od međunarodnih razvojnih banaka (npr. Svetska banka), potraživanja od poslovnih banaka, potraživanja od brokersko-dilerskih društava, potraživanja od kompanija (privrednog sektora), potraživanja od fizičkih lica, potraživanja obezbeđena rezidencijalnim nekretninama, potraživanja obezbeđena komercijalnim nekretninama, dospela potraživanja, visokorizična potraživanja, ostala potraživanja. Kategorija vanbilansnih potraživanja obuhvata garancije i akreditivne izdate od strane banaka (Wood, 2008, pp. 411-412).

Metodologija standardizovanog pristupa temelji se na sledećem principu – odgovarajući ponderi rizika izraženi u procentima primenjuju se na pozicije aktive koja je grupisana u kategorije, odnosno kreditni konverzioni faktori se primenjuju na pozicije vanbilansne aktive, koja se pretvara u kreditne ekvivalente, na koje se zatim primenjuju odgovarajući ponderi rizika. Ponderi kreditnog rizika se za svaku pojedinačnu poziciju bilansne aktive i vanbilansnu stavku određuju na osnovu klase izloženosti i nivoa njenog kreditnog kvaliteta (Odluka o adekvatnosti kapitala banke, čl. 39.3a). Nivoi pondera rizika koji prate svaku pomenutu kategoriju aktive pokazuju stepenovanje u pogledu izloženosti – najniži od 0% za potraživanja država i centralnih banaka, do najviših od 100% za visokorizična potraživanja. Osim toga, Bazel II i Uredba o kapitalnim zahtevima (Regulation (EU) No 575/2013) uvodi ponder rizika od 100% za sva potraživanja koja nisu kategorisana, a takođe uvodi ponder rizika od 150% za visokorizičnu aktivu i predviđa mogućnost uvođenja preferencijalnih pondera rizika, ali ne manja od 20% (Matić, 2009a, pp. 126-128). Visokorizičnim izloženostima investicionog društva smatraju se sledeće izloženosti: 1) ulaganja u društva rizičnog kapitala (npr. ulaganja u visokoprofitabilne projekte s visokim rizikom); 2) ulaganja u investicione fondove visokorizičnog profila; 3) ulaganja u instrumente kapitala lica koja se ne kotiraju na berzi; 4) špekulativno finansiranje poslova sa nekretninama. Prilikom procenjivanja da li je izloženost visokorizična, investiciona društva uzimaju u obzir postojanje visokog rizika od gubitka kao posledice nastanka statusa neispunjavanja obaveze dužnika (Regulation (EU) No 575/2013, čl. 128. Uporediti: Odluka o adekvatnosti kapitala banke, čl. 56, st. 1).

Još jedna novina vezana za standardizovan pristup predviđena Bazelom II i Direktivom o adekvatnosti kapitala (Directive 2013/36/EU) jeste preporuka investicionim društvima da ovaj pristup modeliraju uz podršku i u skladu sa metodologijom izabrane eksterne agencije za procenu kreditnog rejtinga (*External Credit Assessment Institutions – ECAIs*).³ Bazel II je utvrdio nekoliko uslova koje eksterna agencija za procenu kreditnog rejtinga mora ispuniti: 1) Objektivnost – metodologija kreditne procene mora biti sistematična, rigorozna, zasnovana na istorijskom iskustvu i podložna promenama na

³ U Velikoj Britaniji Uredbom o kapitalnim zahtevima iz 2006. godine propisan je mehanizam kojim se ovlašćuje Uprava za finansijske usluge da odredi eksterne rejting agencije. U to vreme bile su priznate samo Standard and Poor's, Moody's, Fitch-IBCA (Gleeson, 2010, p. 82).

finansijskim tržištima. Pre nego što je prihvate nadzorni organi, mora biti ustanovljena najmanje godinu dana, a poželjno je i tri godine. 2) Nezavisnost – agencije moraju biti nezavisne u radu, ne smeju biti podložne ekonomskim i političkim uticajima. Postupak procene mora biti u što većoj meri slobodan i ne sme postojati sukob interesa između odbora direktora i klijenata. 3) Međunarodni pristup / transparentnost – rezultati procena koje obavljaju eksterne agencije za procenu kreditnog rejtinga moraju biti dostupni domaćim i međunarodnim institucijama pod istim uslovima. 4) Javnost u radu – agencije za procenu moraju da objavljuju informacije, metodologija mora biti javna. 5) Resursi – agencije treba da imaju dovoljno sredstava kako bi omogućili visok kvalitet kreditnih procena. 6) Kredibilitet – poverenje koje uživa na tržištu (kod investitora i drugih učesnika na tržištu) podrazumeva ostvarenje prethodno navedenih principa (Basel Committee on Banking Supervision, 2004, p. 23).

Kada je u pitanju primena standardizovanog pristupa, empirijska istraživanja su pokazala da se mnogo veći broj investicionih društava opredelio za upotrebu ovog pristupa kod uključivanja kreditnog rizika u obračun potrebnog nivoa kapitala nego što se prvobitno pretpostavljalo na osnovu prvih reakcija ispitanika. Prema istraživanju koje je sprovedeno tokom 2003. godine (Van Roy, 2005) a kojim su obuhvaćena 294 investiciona društva iz 38 zemalja širom sveta, 35% ispitanih opredelio se za standardizovan pristup, dok je u Evropi taj procenat 30%. Među razlozima prihvatanja standardizovanog pristupa ističe se da su investiciona društva utvrdila da je potreban veliki napor kako bi primenili pristupe zasnovane na internim rejtinzima, ali i zbog neizvesnosti u pogledu ponašanja regulatornih organa vezano za tretman olakšica prilikom utvrđivanja potrebnog kapitala.⁴

U domaćem pravu upotreba standardizovanog pristupa pri upravljanju kreditnim rizikom u investicionim društvima je ograničenog domašaja, budući da se pomenuta pravila odnose samo na banku. S obzirom na to da je ovlašćena banka samo organizacioni deo banke, na nju se primenjuju pravila o standardizovanom pristupu predviđena Odlukom o adekvatnosti kapitala banke, koja je sačinjena po uzoru na moderne tendencije u evropskom zakonodavstvu. S druge strane, ne postoje nikakva zakonska i podzakonska pravila kojima se uređuje ovo pitanje u poslovanju brokersko-dilerskih društava, čime se stvara pravna praznina u domaćem pravu. U cilju očuvanja integriteta domaćeg tržišta kapitala, potrebno je predložiti usvajanje pomenutih rešenja i za brokersko-dilerska društva, kako bi bila konkurentna ovlašćenim bankama. Analizirajući trenutnu pravnu situaciju na domaćem tržištu kapitala, konstatujemo da su brokersko-dilerska društva u povlašćenom položaju naspram ovlašćenih banaka, s obzirom na to da su izuzeta od pravila kojima se reguliše postupak merenja i upravljanja kreditnim, a i ostalim rizicima.

4. Model upravljanja kreditnim rizikom zasnovan na internim rejtinzima

Proces upravljanja sistemom internih rejtinga dopušta upravi investicionih društava da upravljaju rizicima u cilju optimiziranja prihoda. Interni rejtinzi jesu indikatori rizika

⁴ Procenjeno je da će u Evropi standardizovan pristup prihvatiti one finansijske institucije, a pre svega banke čije se akcije ne kotiraju na berzama, kao i većina banaka koja posluje po principu uzajamnosti (Van Roy, 2005, p. 10).

svojtveni pojedinačnom kreditu. Rejtinzi sadrže procenu rizika gubitaka usled neispunjenja obaveze druge strane i zasnivaju se na razmatranjima odgovarajućih kvalitativnih i kvantitativnih informacija (Mišić, 2012, p. 10).

Investiciona društva koja su značajna u pogledu njihove veličine, unutrašnje organizacije i obima, delokruga i složenosti poslova, dužna su da razviju sopstvene procene kreditnog rizika i time povećaju korišćenje pristupa zasnovanog na internim rejtinzima za izračunavanje kapitalnih zahteva za kreditni rizik. Dužnost nadležnih nadzornih tela je da nadgledaju investiciona društva da se prilikom procenjivanja kreditne sposobnosti svojih klijenata ili vrednosnih papira ne oslanjaju previše na eksterne kreditne rejtinge (Directive 2013/36/EU, čl. 77).

Investiciona društva koja primenjuju pristup zasnovan na internim rejtinzima (u nastavku: IRB pristup) dužna su da obrazlože kriterijume za razvrstavanje dužnika ili proizvoda u pojedine kategorije i da ih primenjuju na način koji valjano odražava nivo rizika. Rejting kategorija mora imati rejting skalu za dužnike koja odslikava isključivo kvantifikaciju rizika nastanka statusa neispunjavanja obaveze dužnika. Investiciona društva su dužna da prilikom raspoređivanja u rejting kategorije uzmu u obzir sledeće faktore rizika: 1) rizične karakteristike dužnika; 2) rizične karakteristike proizvoda, uključujući i sredstva obezbeđenja. Dalje, investiciona društva su obavezna da obrate posebnu pažnju na situacije u kojima je više izloženosti osigurano istim sredstvom obezbeđenja; 3) neurednost u plaćanju, osim ukoliko društvo ne dokaže nadležnom organu da dospelo nenaplaćeno potraživanje nije značajan faktor rizika za tu izloženost (Regulation (EU) No 575/2013, čl. 169-170).

Pristupi zasnovani na internim rejtinzima zasnivaju se na statističkim modelima i podrazumevaju sledeće: postojanje preciznih i sveobuhvatnih baza o gubicima po osnovu izloženosti kreditnom riziku, starih najmanje pet godina; visoke standarde izveštavanja, koji su predmet stalne revizije i usavršavanja; izabrani visok nivo sigurnosti naspram izloženosti pri računanju potrebnog kapitala od 99,9%; upotreba rezultata scenario analiza i podataka o gubicima na osnovu kreditnog rizika iz eksternih baza (Matić, 2009b, p. 136).

Pristup zasnovan na internom rejtingu predviđen sporazumom Bazel II i Direktivom 2013/36/EU čine četiri osnovne komponente kreditnog rizika: verovatnoća neizvršenja obaveza dužnika; veličina mogućeg gubitka; izloženost prema dužniku u trenutku neizvršenja dužnikovih obaveza i ročnost kreditne izloženosti. IRB pristup zasniva se na merenju neočekivanih gubitaka (*unexpected losses - UL*) i očekivanih gubitaka (*expected losses - EL*) (Basel Committee on Banking Supervision, 2004, p. 48). Ukoliko investiciono društvo ne može unapred predvideti kolike će gubitke pretrpeti u datom periodu, može prognozirati prosečan nivo kreditnih gubitaka. Očekivani gubici su svi oni unutar prosečnog nivoa razumno predvidivih kreditnih gubitaka, dok neočekivani gubici predstavljaju gubitke iznad prosečnog nivoa razumno predvidivih kreditnih gubitaka. Neočekivani gubici se odnose na potencijalno velike gubitke koji se retko javljaju i mahom su izazvani eksternim faktorima (Molostova, 2008, p. 19).

Smatra se da je status neizvršenja obaveze dužnika nastao kada je ispunjen jedan od sledećih uslova: 1) investiciono društvo smatra verovatnim da dužnik neće u potpunosti izmiriti svoje obaveze prema društvu, njegovom matičnom društvu ili društvu kćeri ne

uzimajući u obzir mogućnost naplate iz sredstava obezbeđenja; 2) dužnik duže od 90 dana nije ispunio svoju dospelu obavezu po bilo kojoj značajnoj kreditnoj obavezi prema društvu. Nadležnim telima ostavljeno je diskreciono pravo da mogu produžiti rok sa 90 na 180 dana za izloženosti koje su osigurane stambenom ili poslovnom nekretninom (Regulation (EU) No 575/2013, čl. 178).

Primena osnovnog IRB pristupa najviše odgovara investicionim društvima kod kojih preovladavaju dužnici sa visokim rejtingom – od AAA do A, s obzirom na to da u tim slučajevima koeficijent potrebnog kapitala iznosi samo 1,16%.⁵ Ali, ukoliko investiciono društvo ima znatan broj dužnika sa sumnjivim rejtingovima, progresivno se povećava koeficijent minimalno zahtevanog kapitala (Đukić, 2007, p. 223).⁶

Investiciona društva su obavezna da sprovedu sopstvene procene internih rejtinga. Pre svega, postupak interne provere treba da omogući društvu doslednu procenu delotvornosti pristupa zasnovanog na internim rejtingovima i procene rizika. Dalje, investiciona društva su dužna da redovno upoređuju ostvarene stope statusa neizvršenja obaveze dužnika sa procenjenom verovatnoćom gubitka za svaku rejting kategoriju, a u situacijama kada su ostvarene stope izvan očekivanih granica za tu rejting kategoriju, društva su obavezna da analiziraju razloge tog odstupanja. Društva moraju obrazložiti metode i podatke koje koriste u postupcima upoređivanja, ali i da ih ažuriraju najmanje jednom godišnje (Regulation (EU) No 575/2013, čl. 185).

Pored osnovnog, postoji i napredni ili razvijeni IRB pristup (*advanced IRB*). Ukoliko investiciono društvo primeni napredni IRB pristup, i to samo za jedan element rizika, potrebno je da usvoji sopstvenu procenu svih drugih faktora rizika u kraćem periodu za sve značajnije poslovne jedinice i klase izloženosti. U toku prve dve godine po usvajanju naprednog IRB pristupa, investiciono društvo je u obavezi da paralelno računa i osnovni i napredni pristup (Jazić, 2007, p. 134). Nacionalna nadzorna tela odobriće investicionim

5 Kreditni rejting klijenta investicionog društva može biti razvrstan u nekoliko razreda, uglavnom od AAA do D. Rejting kuće *Standard & Poor's* i *Fitch* rangiraju dužnike na sledeće razrede: AAA – ukazuje na najviši kvalitet dužnika, tj. na izuzetno jak kapacitet dužnika da izvrši svoju obavezu; AA – veoma visoka sposobnost izvršenja obaveze dužnika; A – visoka sposobnost izvršenja obaveze; BBB – odgovarajuća sposobnost izvršenja obaveze dužnika; BB – sposobnost izvršenja obaveze dužnika podložna je negativnim promenama. Obaveza sa ovim rejtingom je manje osetljiva u pogledu neplaćanja nego druge špekulativne emisije. Takođe je suočena sa tekućim neizvesnostima. B – sposobnost plaćanja nedovoljno zaštićena od negativnih promena. Nepovoljni finansijski, ekonomski ili komercijalni uslovi utiču na smanjenje kapaciteta dužnika; CCC – obaveza sa ovim rejtingom je osetljiva u pogledu neplaćanja i zavisna je od povoljnih finansijskih, ekonomskih i komercijalnih uslova za dužnika; CC – obaveza sa ovim rejtingom je osetljiva u pogledu neplaćanja; C – postoji velika mogućnost neispunjenja obaveze dužnika, ostavljena mogućnost otvaranja stečaja nad dužnikom; D – ukazuje kada se dogodilo neizvršenje obaveze dužnika. Rejtingi od AA do CCC mogu biti modifikovani dodavanjem znaka plus ili minus, kako bi ukazali na relativnu poziciju unutar glavnih kategorija rejtinga. Rejting kuća *Moody's* koristi sledeće razrede: Aaa – najviši kvalitet; Aa1, Aa2 i Aa3 – veoma visoka sposobnost plaćanja; A1, A2 i A3 – visoka sposobnost plaćanja; Baa1, Baa2 i Baa3 – odgovarajuća sposobnost plaćanja; Ba1, Ba2 i Ba3 – sposobnost plaćanja podložna negativnim promenama; B1, B2 i B3 – sposobnost plaćanja nedovoljno zaštićena od negativnih promena; Caa1, Caa2 i Caa3 – postoji mogućnost neispunjenja obaveze, naplata zavisi od pozitivnih okolnosti; Ca i C – obaveze se ne ispunjavaju (Vasiljević, Vasiljević & Malinić, 2008, p. 108, i Đukić, 2007, pp. 263-266).

6 Na osnovu istraživanja koje je obuhvatilo banke koje su članice Japanskog udruženja banaka, ustanovljeno je da nakon samo dve godine od početka primene IRB pristupa, banke su u proseku sačuvale 7% regulatornog kapitala. Više o tome videti: (Shimizu, 2012, p. 23).

društvima da primenjuju napredni IRB pristup samo ukoliko ispune propisane zahteve. To znači da će društva procenjivati sve četiri komponente kreditnog rizika (verovatnoća neizvršenja obaveze dužnika, veličina mogućeg gubitka, veličina izloženosti pri neizvršenju dužnikove obaveze, ročnost kreditne izloženosti) primenom sopstvene metodologije. Time je velikim brokersko-dilerskim društvima i sistematski važnim bankama omogućeno diskreciono pravo u proceni rizika (Barakova & Palvia, 2014, p. 2). Sasvim razumljivo je da će zbog strožih zahteva i procedura kvalifikovanja samo mali broj investicionih društava usvojiti napredni pristup. Može se očekivati da će ovaj pristup koristiti samo ona investiciona društva koja budu imala najrazvijenije softverske pakete, ali i stručne i obučene kadrove koji će ih koristiti.

Domaći bankarski propisi kojima se uređuje upravljanje kreditnim rizikom zasnovani na internim rejtinzima temelje se na Bazelskim sporazumima i direktivama EU. Time su savremena uporednopravna rešenja inkorporirana u domaćem zakonodavstvu. Da bi banka započela primenu pristupa zasnovanog na internim rejtinzima, mora da dobije prethodnu saglasnost Narodne banke Srbije. Da bi dobila saglasnost, banka mora dokazati da ispunjava minimalne uslove za primenu IRB pristupa, a posebno: 1) osnovne informacije o internom rejting sistemu; 2) plan uvođenja IRB pristupa; 3) procenu spremnosti za primenu IRB pristupa; 4) dokumentaciju kojom dokazuje da je, u procesu upravljanja rizicima, i to za klase za koje podnosi zahtev, najmanje tri godine pre podnošenja zahteva primenjivala interne rejting sisteme i sopstvene procene rizičnih parametara usklađene sa minimalnim uslovima za primenu IRB pristupa. Narodna banka Srbije daje saglasnost za primenu IRB pristupa banci u roku od šest meseci od prijema zahteva. Ukoliko nakon dobijene saglasnosti za IRB pristup, banka više ne ispunjava uslove, Narodna banka joj može oduzeti saglasnost i naložiti joj da primenjuje standardizovan pristup (Odluka o adekvatnosti kapitala banke, čl. 70-72).

Međutim, pristup zasnovan na internim rejtinzima odnosi se samo na ovlašćene banke, ali ne i na brokersko-dilerska društva, s obzirom na to da ovo pitanje nije regulisano domaćim propisima. Time su domaća brokersko-dilerska društva u neravnopravnom položaju u odnosu na banke. Imajući u vidu da su brokersko-dilerska društva izuzeta od brojnih propisa kojima se uređuje njihovo poslovanje, stvara se mogućnost za mnogobrojne zloupotrebe na tržištu kapitala, čime se dovodi u pitanje kredibilitet domaćeg tržišta i vodi pravnoj nesigurnosti. Stoga bi trebalo razmišljati u pravcu prihvatanja pomenutih rešenja i za brokersko-dilerska društva, jer time bi postala konkurentnija ne samo bankama, već i inostranim investicionim društvima.

5. Zaključak

Kao što smo u radu naveli, kreditni rizik je najdominantniji rizik u celokupnom finansijskom sektoru, a posebno u bankarskom sektoru. Postoje brojni načini koji zahtevaju preduzimanje akcije u cilju suzbijanja kreditnog rizika. Kao prvo, učešće indirektnog (bankarskog) finansiranja je veliko, što doprinosi visokoj koncentraciji kreditnog rizika u bankarskom sektoru, te je neophodno preduzeti mere u povećanju direktnog finansiranja, razvijajući tržište hartija od vrednosti. Drugo, potrebno je unaprediti odnose finansiranja

banke prema svojim klijentima. Među najznačajnijim klijentima su preduzeća, koja treba da ojačaju kvalitet aktive, profitabilnost, sposobnost otplate duga (kredita) i time znatno doprinesu smanjenju udela najlošijih kredita banke. Dalje, odgovarajuća primena računovodstvenih standarda i poreska politika takođe mogu doprineti smanjenju kreditnog rizika. Na kraju, ali ne i najmanje bitno, finansijski posrednici, brokersko-dilerska društva, kreditne agencije, računovodstvene firme, advokatske kancelarije mogu imati važnu ulogu u pružanju profesionalnih usluga na tržištu kapitala, te je neophodno podsticati njihov dalji razvoj.

Pristup razvoju savremenih načina upravljanja i kontrole kreditnog rizika temelji se na analizi i primeni brojnih međunarodnih standarda, inaugurisanih sporazumima Bazel I, II i III i direktivama EU. Nesporno je da postoje izvesna odstupanja u postupku upravljanja kreditnim rizikom u investicionim društvima, što je, između ostalog, uslovljeno stepenom regulatornog, finansijskog i ekonomskog razvoja lokalnog tržišta kapitala. Stoga bi implementacija jedinstvenih međunarodnih standarda u pogledu izveštavanja, monitoringa i upravljanja kreditnim rizikom u investicionim društvima omogućila primenu na različitim tržištima kapitala.

Analiza pravnog režima upravljanja kreditnim rizikom u investicionim društvima ukazuje na nedoslednost i nesistematičnost domaćih propisa. Kao što smo istakli, aktuelna uporednopravna rešenja koja se odnose na upravljanje kreditnim rizikom usvojena su u bankarskom sektoru. S druge strane, brokersko-dilerska društva izuzeta su od brojnih propisa kojima se pravno uređuje njihovo poslovanje. Pravno posmatrano, uočava se da brokersko-dilerska društva imaju povlašćen položaj na domaćem tržištu kapitala u odnosu na ovlašćene banke, s obzirom na to da ne podležu primeni pravnih propisa kojima se reguliše upravljanje kreditnim rizikom. Međutim, sa ekonomskog stanovišta sasvim opravdano se može postaviti pitanje opravdanosti koncepta univerzalnog bankarstva u Srbiji, uzimajući u obzir neravnomeran položaj banaka i brokersko-dilerskih društava na domaćem tržištu kapitala. Dopuštanjem bankama da se bave trgovinom vrednosnim papirima uz višestruko viši cenzus u pogledu visine osnovnog kapitala, omogućava im se veći finansijski potencijal i prednost na tržištu kapitala nasuprot brokersko-dilerskim društvima, kao uskospesijalizovanim društvima za trgovinu hartijama od vrednosti. Stoga se preporučuje da se na dosledan i sistematičan način uredi poslovanje brokersko-dilerskih društava, prihvatanjem predloženih rešenja i instituta, a sve u cilju opstanka na tržištu kapitala. Imajući u vidu trenutnu situaciju, postoji opravdana bojazan od mnogobrojnih zloupotreba na tržištu kapitala, što vodi ka pravnoj nesigurnosti i dovodi u pitanje kredibilitet i opstanak domaćeg tržišta kapitala. Upravo harmonizacija propisa omogućiće razvijanje domaćeg tržišta kapitala, što je preduslov za otvaranje tržišta i povezivanje domicilnog tržišta kapitala sa razvijenim svetskim finansijskim tržištima.

Literatura

- Augustin, D. 1994. Credit Risks in European and International Regulations. In: Ferrarini, G. (ed.), *Prudential Regulation of Banks and Securities Firms*. London/The Hague: Kluwer Law International, pp. 139-148.
- Basel Committee on Banking Supervision. 2004. *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*. Basel: Bank for International Settlements.
- Đukić, Đ. 2007. *Upravljanje rizicima i kapitalom u bankama*. Beograd: Beogradska berza.
- Gleeson, S. 2010. *International Regulation of Banking: Basel II: Capital and Risk Requirements*. New York: Oxford University Press.
- Ivaniš, M. 2012. Rizici u bankarskom poslovanju. *Pravno-ekonomski pogledi*, 3, pp. 1-15.
- Jazić, V. 2007. Upravljanje kreditnim rizikom. *Finansije*, 1-6, pp. 113-146.
- Jovanić, T. 2009. *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Koulafetis, P. 2017. *Modern Credit Risk Management – Theory and Practise*. London: Palgrave Macmillan.
- Latković, M. Upravljanje rizicima: identifikacija, mjerenje i kontrola. *Financijska teorija i praksa*, 2, pp. 463-477.
- Matić, V. 2008. Kreditni rizik. *Bankarstvo*, 1-2, pp. 76-78.
- Matić, V. 2009a. Bazel II – IRB pristup kreditnom riziku. *Bankarstvo*, 11-12, pp. 136-143.
- Matić, V. 2009b. Bazel II – standardizovani pristup kreditnom riziku. *Bankarstvo*, 9-10, pp. 124-129.
- Mišić, V. 2012. Interni modeli upravljanja kreditnim rizikom. *Bankarstvo*, 4, pp. 10-31.
- Molostova, I. 2008. Introduction to the internal ratings based approach under Basel II. *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 23(1), pp. 19-22.
- Sovilj, R. 2017. Upravljanje kreditnim rizikom u bankama sa stanovišta sudske prakse. *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, LVI(75), pp. 95-106.
- Spasojević, J. 2013. Kreditni rizik i kreditni derivati. *Bankarstvo*, 1, pp. 104-137.
- Stanišić, M. & Stanojević, Lj. 2010. Rizici u bankarskom poslovanju i Bazel II. *Finansije, bankarstvo i osiguranje*, 1(6), pp. 7-18.
- Van Roy, P. 2005. Credit Ratings and the standardised approach to credit risk in Basel II. *ECB Working Paper Series*, No. 517, pp. 1-56.
- Vasiljević, M., Vasiljević, B. & Malinić, D. 2008. *Finansijska tržišta*. Beograd: Komisija za hartije od vrednosti.
- Wood, P. R. 2008. *Law and Practice of International Finance*. London: Sweet & Maxwell.
- Živanović, V. 2018. *Upravljanje kreditnim rizikom velikih privrednih subjekata u komercijalnom bankarstvu – slučaj Srbije*. Doktorska disertacija. Beograd: Fakultet za bankarstvo, osiguranje i finansije, Univerzitet Union – Beogradska bankarska akademija.

Internet izvori

- Barakova, I. & Palvia, A. 2014. *Do Banks' Internal Basel Risk Estimates Reflect Risk?*. Dostupno na: <http://www.ssrn.com/abstract=2203104>, (19. 8. 2020).
- Shimizu, K. 2012. *The impact of IRB approach on the credit risk exposure under Basel II*. Nagoya University. Dostupno na: <http://www.ssrn.com/abstract=2121225>, (11. 8. 2020).

Pravni izvori

- Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, *Official Journal of the European Union*, L 176/338.
- Odluka o adekvatnosti kapitala banke, *Službeni glasnik RS*, br. 103/2016, 103/2018, 88/2019 i 67/2020.
- Odluka o upravljanju rizicima banke, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013 – dr. odluka, 43/2013, 92/2013, 33/2015, 61/2015, 61/2016, 103/2016, 119/2017, 76/2018, 57/2019, 88/2019 i 27/2020.
- Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012, *Official Journal of the European Union*, L 176/1.
- Zakon o tržištu kapitala, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 112/2015, 108/2016 i 9/2020.

Ranko P. Sovilj, PhD

Research Fellow, Institute of Social Sciences Belgrade, Serbia
e-mail: soviljpeca@gmail.com; rsovilj@idn.org.rs

THE CHALLENGES OF CREDIT RISK MANAGEMENT IN THE INVESTMENT FIRMS IN CRISIS

Summary

The global financial crisis has given rise to legislative activity on the international level, with the adoption of numerous legal regulations, in order to improve the ability of financial participants, among others, investment firms to absorb losses arising from economic and financial stress situations. Credit risk is one of the dominant risk in the finance and business of investment firms, and consequently, the exposure to credit risk

is present in almost all financial transactions. Therefore, the paper points out that the application of adequate methods of credit risk management can contribute to the liquidity of investment firms, as well as preserving the stability of the financial market, taking into account frequent financial market shocks caused by numerous internal and external factors. In this regard, the aim of this research is to indicate how the application of the adopted international standards contributes to reducing the exposure of the investment firms to credit risk. Finally, the research of the legal regime of credit risk management in investment firms, using the normative and comparative method, provides us with a basis for critical review and analysis of national regulation in this field.

Keywords: credit risk, investment firm, authorized bank, credit risk management.

Primljeno: 26. 8. 2020.

Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

ZAŠTITA PRAVA SLABIJE UGOVORNE STRANE U SKLADU SA PRINCIPIMA EVROPSKOG UGOVORNOG PRAVA OSIGURANJA**

Sažetak

Analiza domaćeg i uporednog zakonodavstva ukazuje da je i dalje prisutan nekadašnji trend regulisanja ugovornog prava osiguranja, koji se ogleda u nastojanju zakonodavaca da obezbede osiguravača od prevarnog postupanja ugovarača osiguranja. Ipak, koristeći uporednopravni i istorijski metod, ustanovili smo da nacionalni zakonodavci sve više pristupaju izmeni pravnih propisa u cilju održavanja koraka sa savremenim tendencijama, koje se ogledaju u pružanju neophodne zaštite slabijoj ugovornoj strani, tj. uslovno govoreći, potrošaču. Iz tog razloga, predmet istraživanja su određeni mehanizmi zaštite prava slabije ugovorne strane u Principima evropskog ugovornog prava osiguranja, budući da je reč o izvoru mekog prava, čiji autori su nastojali da sublimiraju što je moguće veći broj pozitivnih rešenja i uzora za postizanje većeg nivoa zaštite slabije ugovorne strane.

U radu su predstavljena neka od rešenja iz Principa koja, po mišljenju autora, obezbeđuju povećanje prava slabije ugovorne strane prema osiguravaču, uz smanjenje njihovih obaveza i isključivanje isuviše strogih sankcija u slučaju pogrešnog ponašanja. Iako verovatno Principi neće ući u proces ozakonjenja na nivou Evropske unije, makar u skorijoj budućnosti, i dalje ostaje mogućnost za njihov uticaj na nacionalnom zakonodavnom i naučnom nivou. O tome svedoči i ovaj rad, čiji rezultati mogu doprineti preispitivanju aktuelnih domaćih zakonskih rešenja, i to tako što se mogu iskoristiti kao model za izmenu i unapređenje nacionalnog zakonodavstva.

Ključne reči: Principi evropskog ugovornog prava osiguranja, opciona instrument, slabija ugovorna strana, obaveza informisanja, obaveza prijava okolnosti, povećanje rizika.

* Doktor pravnih nauka, naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, Srbija,
e-mail: m.glintic@iup.rs

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

1. Uvod

Iako je iza nas više decenija nastojanja da se uspostavi unutrašnje tržište, i dalje se ne može govoriti o njegovom idealnom funkcionisanju.¹ To je, pre svega, rezultat činjenice da se unutrašnje tržište može shvatati kao mnoštvo pojedinačnih ugovora, na koje se imaju primeniti propisi nekoliko različitih nacionalnih pravnih sistema (Glantić, 2015, p. 230). Suočeni sa takvim pravnim ambijentom, učesnici u pravnom saobraćaju nužno snose visoke troškove poslovanja, koje karakteriše neizvesnost zbog nepoznavanja svih pravnih propisa. Deo unutrašnjeg tržišta čini i unutrašnje tržište osiguranja, koje još uvek nije uspostavljeno uprkos naporima Evropskog parlamenta i Saveta, koji su rezultirali donošenjem sekundarnog zakonodavstva samo u oblasti statusnog prava osiguranja.²

Ipak, na nivou ugovornog prava osiguranja nije se mogao iznaći jedinstveni pravni režim, što se, uz poresku diskriminaciju, pozivanje na javni interes svake države i određene marketinške prepreke, shvata kao ključni razlog nemogućnosti uspostavljanja jedinstvenog tržišta osiguranja (Glantić, 2015, p. 233). U izveštaju Ekspertske grupe za evropsko pravo osiguranja predstavljeno je na desetine problema koji nastaju usled odsustva jedinstvenog ugovornog režima za pravo osiguranja na nivou EU (Heiss, 2006, p. 448). Upravo iz tog razloga započelo se sa izradom Principa evropskog ugovornog prava osiguranja (u daljem tekstu: Principi), koji su zamišljeni kao koncept redefinisavanja postojećeg ugovornog prava osiguranja. Naime, prilikom formulisanja članova Principa, autori su zapravo favorizovali rešenje jednog pravnog sistema u odnosu na rešenja iz drugog nacionalnog pravnog sistema, a sve u nastojanju da se iznađu optimalna rešenja među već postojećim.

Osnovna karakteristika Principa je njihova opcionost, koja znači da će se oni primenjivati samo onda kada ugovorne strane ugovore njihovu primenu.³ Ovaj pravni režim je predviđen da postoji paralelno sa nacionalnim pravnim sistemima i da ima jednaku pravnu snagu kao pravo bilo koje države članice. Izbor pomenutog „mekog“ prava, kao merodavnog za jedan ugovor o osiguranju, podrazumeva derogaciju ne samo nacionalnih dispozitivnih već i nacionalnih imperativnih normi koje bi se morale primeniti na konkretan ugovor o osiguranju (Heiss & Downes 2005, p. 695). Namesto njih bi se morale primeniti imperativne i poluimperativne norme Principa. Pored isključenja nacionalnih normi, *opt – in* Principa znači i isključivanje primene kolizionih normi na osnovu kojih bi se moralo odrediti merodavno pravo (Basedow *et al.*, 2009, p. 34).

¹ O problemima uspostavljanja jedinstvenog tržišta usled razlika između nacionalnih pravnih sistema vid. opširnije Čeranić, 2018, pp. 63 – 78.

² U pitanju su tri generacije direktiva o životnom i neživotnom osiguranju: First Council Directive 73/239/EEC of July 24, 1973, First Council Directive 79/267/EEC of March 5, 1979; Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June, 1988, Second Council Directive 90/619/EEC of 8 November 1990; Third Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992, Third Council Directive 92/96/EEC of 10 November 1992. Takođe, donete su direktive o pojedinim vrstama neživotnog osiguranja i o zaštiti prava potrošača.

³ Detaljnije o ovoj karakteristici Principa vid. Đorđević, 2011, pp. 19–28. Opcioni instrument nije novitet u pravu Evropske unije. Već ga poznaju pravo intelektualne svojine i kompanijsko pravo. Primera radi, videti EEC, Council Regulation of 25 July 1985 on European Economic Interest Grouping (EEIG) (No 2137/85); EC Council Regulation of 12 December 2001 on Community Designs (No 6/2002).

Iako će Principi ostati samo u formi „mekog“ prava i neće postati deo političke agende u skorijoj budućnosti (o tome više Heiss, 2016, p. 21), naš stav je da se u njima mogu naći određena rešenja u pogledu zaštite prava potrošača osiguranja, koja svakako zavređuju pažnju nacionalnih zakonodavaca u cilju usavršavanja postojećih zakonskih rešenja. Naime, nastojalo se da se Principima obezbedi povećanje prava ugovarača osiguranja, osiguranika i korisnika osiguranja prema osiguravaču, uz smanjenje njihovih obaveza i isključivanje isuviše strogih sankcija u slučaju pogrešnog ponašanja.⁴

2. Zaštita prava slabije ugovorne strane u ugovornom pravu osiguranja

Tek od sedamdesetih godina prošlog veka ugovorno pravo osiguranja dobilo je izvesnu dinamiku u svom razvoju. Nove kodifikacije i izmene zakona u brojnim evropskim zemljama ukazuju na to da je pomeren fokus zakonodavaca sa pružanja zaštite osiguravača od prevarnog postupanja ugovarača osiguranja na zaštitu prava potrošača kao slabije ugovorne strane (Fontaine, 2011, p. 35). Potreba za posebnim regulisanjem položaja lica koja se nalaze naspram osiguravača ima svoj osnov u načinu zaključivanja ugovora o osiguranju, ali i u činjenici da se sa jedne strane nalazi lice koje se profesionalno bavi upravljanjem rizicima, dok je druga strana ugovarač osiguranja bez dovoljnih pravnih i stručnih znanja (Tereszkiewicz, 2013, p. 235).

Takođe, prosečni korisnici usluge osiguranja posmatraju ugovor o osiguranju kao ugovor po osnovu kog se osiguravač obavezuje da im isplati određenu svotu novca kada dođe do osiguranog slučaja, a ne kao odnos koji odlikuje čitava skupina nejasnih pravila i osnova isključenja obaveze osiguravača. Suština usluge osiguranja, sva njena pravila i ograničenja imaju svoje mesto u polisi osiguranja, koju ugovarači osiguranja vrlo retko pažljivo pročitaju. Uglavnom, tek u trenutku ostvarenja gubitaka, ugovarač osiguranja postane svestan svih ograničenja obaveze osiguravača. Usled toga nastaje diskrepanca između očekivanja lica koje je zaključilo ugovor o osiguranju sa osiguravačem i stvarnog obima obaveze osiguravača, koji su skloni samopromovisanju i predstavljanju sebe kao garanta sigurne budućnosti. Usled svih navedenih karakteristika nacionalnih tržišta proizvodi osiguranja nisu standardizovani, što dalje vodi nastanku informacione asimetrije između osiguravača, posrednika i zastupnika, s jedne strane, i ugovarača osiguranja, osiguranika i korisnika osiguranja, s druge strane (Basedow, 2006, p. 151). Postalo je jasno da se poverenje izgubljeno tokom ekonomske krize ne može povratiti putem tradicionalnih instituta obligacionog prava, već da je potrebno obezbediti viši stepen zaštite slabijoj ugovornoj strani.

Na nivou Evrope, upravo su razlike u pogledu načina i nivoa zaštite prava potrošača između sistema kontinentalnog i anglosaksonskog prava isticane kao razlog neuspostavljanja jedinstvenog tržišta (Rühl, 2006, p. 2). Takođe, rešenja međunarodnog privatnog prava su se pokazala kao opterećujući faktor u nastanku unutrašnjeg tržišta (Basedow, 2000, p. 13). Na osnovu čl. 11 Briselske konvencije, ugovarač osiguranja, osiguranik ili korisnik

⁴ U nemačkoj teoriji se postavilo pitanje legitimnosti ostvarenja interesa zaštite ugovarača osiguranja, jer povećanje stepena zaštite osiguranika podrazumeva više premije osiguranja na koje oni moraju da pristanu, nezavisno od toga da li mogu da je isfinansiraju ili ne. Videti Brand, 2012, pp. 68 – 69.

osiguranja mogu tužiti osiguravača pred sudom gde je boravište tužioca (EEC, Brussels Convention, 1968). Takođe, na osnovu Uredbe Rim I, merodavno pravo za ugovor o osiguranju jeste pravo države u kojoj je uobičajeno boravište ugovarača osiguranja (EC, Regulation Rome I, 2008). Dakle, merodavno će uglavnom biti pravo države u kojoj korisnik usluge osiguranja ima boravište, što znači da će osiguravač morati svoje poslovanje da prilagođava pravu zemalja odakle dolaze njegovi ugovarači ako želi da učestvuje u međunarodnim transakcijama. Pored toga, opterećenje za osiguravače je preveliko, tako da odustaju od poslovanja van zemlje svog sedišta. Iz tog razloga osiguravajuća društva uglavnom posluju u drugim zemljama preko svojih filijala, ali takve transakcije i dalje nisu dovoljne da dovedu do uspostavljanja jedinstvenog tržišta. Usluge osiguranja koje nude filijale stranih osiguravača nisu jednake uslugama koje osiguravač prodaje u zemlji svog sedišta, jer poslovanje u stranoj državi podrazumeva prilagođavanje pravnom režimu te države (Heiss, 2015, p. 3).

U skladu sa predstavjenim problemima, radna grupa koja je radila na izradi Principa zauzela je stav da ugovorno pravo osiguranja na nivou EU mora biti jedno (Möller, 1988, p. 15). Time se otvorio put za nastanak Principa ugovornog prava osiguranja, koji su, između ostalog, imali i cilj da omoguće uspostavljanje većeg nivoa zaštite prava slabije ugovorne strane. Kao direktna implikacija ovako postavljenog cilja Principa uspostavlja se i značajan obim ugovorne ravnoteže, koji inače nije imanentan ugovornom pravu osiguranja. Iako je verovatno da će u nekim konkretnim slučajevima pojedino rešenje iz Principa biti manje povoljno po prava ugovarača osiguranja, korisnika ili osiguranika u odnosu na rešenje iz inače merodavnog nacionalnog zakonodavstva, sveukupno se može reći da je nivo zaštite propisan Principima viši u poređenja sa nacionalnim rešenjima (Heiss, 2010, p. 9). Pored toga što direktno uvodi povoljnija rešenja po slabiju ugovornu stranu, neposredna korist se ogleda u tome što će osiguravač ostvariti sniženje troškova svog poslovanja usled eliminisanja potrebe prilagođavanja imperativnim pravilima nacionalnih pravnih sistema. Na taj način se omogućava širi pristup ponudi stranih i domaćih osiguravača po nižim premijama. I na kraju, tu su i praktične prednosti, jer lice koje prelazi iz jedne u drugu državu članicu može koristiti isti ugovor bez bojazni da će biti manje zaštićeno osiguranjem zbog različitih rešenja nacionalnog zakonodavstva.

3. Elementi zaštite slabije ugovorne strane u Principima ugovornog prava osiguranja

Ideja Principa jeste da omoguće prodaju proizvoda osiguranja uz primenu jedinstvenog pravnog režima, a bez prilagođavanja imperativnim propisima država članica. Prilikom definisanja tih jedinstvenih rešenja postojao je uticaj ne samo germanske i romanske pravne tradicije već i sekundarnog zakonodavstva prava Evropske unije. Ovo rešenje bi se moglo oceniti i kao sporno (tako i Hinchliffe, 2008, p. 172), jer svako lice koje želi da primeni Principe u međunarodnim transakcijama moralo bi da proveriti nacionalna prava, budući da je mala verovatnoća da sva nacionalna zakonodavstva na isti način interpretiraju odredbe direktiva EU.

Iako je materija regulisana Principima postavljena prilično široko, njima nisu pokriveni svi aspekti problema koji se mogu javiti u vezi sa ugovorima o osiguranju. Izvan materije regulisanja Principa ostaju pitanja iz opšteg ugovornog prava, što je prepušteno regulisanju putem Principa evropskog ugovornog prava (Principles of European contract law). Iz njih su, takođe, u potpunosti preuzete neke od normi Principa, koje su po pravilu dispozitivne prirode. Međutim, te norme, u okviru Principa, imaju imperativni karakter zbog specifičnosti ugovornog prava osiguranja. Ako neka pitanja nisu regulisana ni Principima ni Principima evropskog ugovornog prava, onda se imaju primeniti opšta načela zajednička u pravima država članica (čl. 1 : 105 Principa). Takođe, na one vrste osiguranja za koja nisu propisana rešenja u Principima imaju se primeniti obavezujuće norme nacionalnog prava (čl. 1 : 105 Principa). Posebna pravila u vezi sa primatom nacionalnog prava važe za obavezna osiguranja (Heiss, 2015, p. 9). U ovom radu smo predstavili rešenja Principa u pogledu obaveze informisanja, prijave okolnosti, obaveza u slučaju povećanja rizika, kao i obaveza ugovornih strana kada se ostvari osigurani slučaj. Izbor je učinjen prvenstveno prema kriterijumu da je reč o područjima u kojima, po našem mišljenju, postoji potreba za izmenama u srpskom nacionalnom zakonodavstvu.

3.1. Lica kojima Principi ugovornog prava osiguranja pružaju zaštitu

U prethodnim redovima na više mesta istakli smo potrebu za zaštitom prava slabije ugovorne strane iz ugovora o osiguranju, a da pritom nismo definisali u kojim slučajevima se ima smatrati da jedna ugovorna strana ima takav položaj da joj je potreban dodatni stepen zaštite. Pitanje je moguće definisati i na drugačiji način, tako što će se razmatrati kada se jedan ugovor o osiguranju može poimati kao potrošački. Najjednostavnije rečeno, ugovor o osiguranju se shvata kao potrošački kada lice koje se u smislu potrošačkih propisa smatra potrošačem zaključi ugovor o osiguranju sa osiguravačem (Petrović Tomić, 2015, p. 81). Time se problematika uspostavljanja jedinstvenog pravnog režima za jedinstveno ugovorno pravo osiguranja dodatno usložnjava, jer se na nivou EU propisi međusobno razlikuju u pogledu načina definisanja potrošača, budući da svaki usvojen dokument koji predstavlja izvor komunitarnog prava sadrži svoju posebnu definiciju potrošača. Može se reći da se prepoznaju i izvesne sličnosti usled nastojanja da se potrošač definiše na negativan način, odnosno kao fizičko lice koje deluje u svrhe koje su izvan njegove trgovačke, poslovne ili profesionalne delatnosti. Navedena definicija je sadržana u čl. 2 Direktive o nepravičnim klauzulama u ugovorima zaključenim sa potrošačima br. 93/13. Gotovo istovetne definicije se mogu naći i u Direktivi o nepoštenoj poslovnoj praksi br. 2005/29, kao i Direktivi o pravima potrošača br. 2011/83, ali i drugim direktivama (detaljnije u: Ivančević, 2008, pp. 369–370).

Osim toga, razlike postoje između definicija koje sadrže direktive koje se odnose na oblast osiguranja i one koje se isključivo odnose na oblast zaštite potrošača (Čorkalo, 2016; Borselli, 2011, p. 36). Radi se o tome da je krug lica u vezi sa ugovorom o osiguranju kojima je potreban širi obim zaštite širi nego što je krug lica obuhvaćen pojmom potrošača osiguranja. Zato se pravi razlika između ugovarača osiguranja, osiguranika i korisnika osiguranja koji imaju svojstva potrošača i koji kao takvi uživaju zaštitu po osnovu potrošačkog

zakonodavstva i onih koji taj uslov ne ispunjavaju, a i dalje su faktički u položaju slabije ugovorne strane.

Zapravo, direktive donete na nivou Evropske unije koje se tiču delatnosti osiguranja ne poznaju pojam potrošača osiguranja, pa je potrebno poći od definicija iz potrošačkih direktiva. Ipak, ono što se može zaključiti jeste da se u direktivama osiguranja uočava tendencija pružanja šire zaštite. Opravdanost ovakvog rešenja se ogleda u potrebi za dodatnom zaštitom, koja je nužna i kada je ugovarač osiguranja lice koje ugovor zaključuje kako bi obezbedilo svoje poslovanje ili profesionalnu delatnost, a ne samo svoja lična i materijalna dobra. Radi se o tome da ova lica često ne poseduju dovoljna znanja iz oblasti prava osiguranja putem kojih bi se mogla eliminisati informaciona asimetrija koja postoji između njih i osiguravača.⁵

Uporednopravno posmatrano, potrošačem se u pravu osiguranja smatraju osiguranik i korisnik osiguranja, kao i lice koje zaključuje ugovor o osiguranju imovine i osiguranju od odgovornosti (Heiss, 2012, pp. 335-336). Nezavisno od različitih zakonskih definicija, sve ove kategorije lica ne uživaju zaštitu. Naime, kada je reč o osiguranjima tzv. velikih rizika, kada postoji mogućnost izbora merodavnog prava, ne postoji potreba za dodatnim stepenom zaštite države na čijoj teritoriji postoji rizik.⁶ Zato su za osiguranja ovih rizika još od njihovog uvođenja drugom Direktivom o neživotnim osiguranjima propisana stroža pravila, uz nastojanje da se pruži zaštita što širem krugu fizičkih lica koja sklapaju ugovor o osiguranju, a nezavisno od definicije potrošača prema potrošačkom *acquis*-u.⁷

Navedeni nivo zaštite slabijoj ugovornoj strani u ugovoru o osiguranju nastojali su da obezbede autori Principa. Ipak, jednu terminološku napomenu treba imati na umu. Naime, tekst Principa ne koristi pojam „potrošač“ niti na eksplicitan način određuje koja su to lica koja uživaju veći stepen zaštite. Samo su na posredan način definisana lica koja uživaju zaštitu po osnovu ovog pravnog izvora. Principi se, naime, sastoje od imperativnih i poluimperativnih normi. Od prve grupe normi, koje su eksplicitno navedene u članu 1: 103 Principa, ne može se odstupiti na osnovu sporazuma ugovornih strana. Poluimperativna pravila su ona za koja Principi predviđaju da se od njih može odstupiti pod uslovom da to nije na štetu ugovarača osiguranja, osiguranika ili korisnika osiguranja (Rokas, 2013, p. 37). Dakle, autori su na ovaj način odredili ko su lica koja imaju pravo na zaštitu po osnovu Principa, čime su pojam slabije ugovorne strane postavili šire nego što je uobičajeno u

⁵ Evropski sud pravde (dalje: E P S) takođe je stao na stanovište da ugovarač osiguranja ima potrebu za dodatnim stepenom zaštite, čak i kada on nije potrošač u smislu propisa o zaštiti potrošača, jer je reč o opštem nacionalnom interesu. Videti ICJ, *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany* (Case 205/84), 4.12.1986, *OJ of the European Communities*, No C 8/3. Osim toga, stav ESP-a je da je potrošač po osnovu ugovora o osiguranju prosečno razuman i ograničeno informisan, što je uslov za dodatni stepen zaštite. Tako i Ebers, 2004, p. 3.

⁶ Pojam velikih rizika je uveden drugom generacijom Direktive o neživotnom osiguranju i kao takav prihvaćen je i u Principima. Tako su kriterijumi prema Principima u skladu sa kojima se određuje koje su to okolnosti koje opravdavaju dodatni stepen zaštite ugovaračima osiguranja, osiguranicima i korisnicima osiguranja priroda rizika, sa kojim je povezan i kriterijum vrste, profila ugovarača osiguranja, a opet u vezi sa vrstom rizika. O uporednopravnom načinu regulisanja velikih rizika opširnije Rokas, 2013, p. 39. Takođe, Heiss, 2012, pp. 349–350.

⁷ U ovoj direktivi je izvršena podela na masovne (potrošačke) rizike i velike rizike, jer se došlo do saznanja da pojedini ugovarači osiguranja nemaju potrebu za dodatnom zaštitom s obzirom na vrstu osiguranog rizika.

komunitarnom pravu i nacionalnim pravima. Pored fizičkih lica, prednosti Principa mogu da uživaju i mala i srednja preduzeća, što inače nije uobičajeno rešenje u potrošačkoj regulativi. Ako se pak radi o velikim rizicima definisanim u normama prava Evropske unije, postoji mogućnost odstupanja (Rokas, 2013, p. 36). Dakle, uslove pod kojim slabija ugovorna strana uživa prava na dodatni vid zaštite Principi vezuju za prirodu rizika i vrstu ugovarača osiguranja shodno toj prirodi rizika. To znači da svi ugovarači osiguranja, onda kada se ne radi o osiguranjima velikih rizika, imaju pravo na viši nivo zaštite, pa čak i u onim slučajevima kada nisu obuhvaćeni pojmom potrošača iz potrošačkog prava. U skladu sa Principima, dakle, svaki ugovarač osiguranja, osiguranik i korisnik osiguranja uživa dodatnu zaštitu, pod uslovom da se ne radi o osiguranju velikih rizika (Petrović Tomić, 2014, p. 46). Osim ovog nivoa zaštite po više osnova slabije ugovorne strane, Principi predviđaju da ugovor o osiguranju neće biti obavezujući za ugovarača osiguranja, korisnika osiguranja ili osiguranika ako je reč o ugovoru o kom se nije individualno pregovaralo i koji, protivno načelima dobre volje i dobrog poslovanja, predstavlja uzrok značajne neravnoteže u pogledu prava i obaveza koji proističu iz ugovora na njihovu štetu. Ovaj član 2: 304, st. 1 Principa je urađen po uzoru na čl. 3, 4 i 6 Direktive o nepravičnim klauzulama u ugovorima zaključenim sa potrošačima br. 93/13/EEC.

3.2. Obaveza informisanja prema Principima ugovornog prava osiguranja

Principi su značajan prostor posvetili pitanju obaveze osiguravača da informiše budućeg ugovarača osiguranja. U prvom redu se to odslikava u predviđanju tačno određenog spiska informacija koje se imaju dostaviti u formi posebne predugovorne isprave, koja sadrži Principima tačno određene informacije (čl. 2: 201 Principa). Kako se u literaturi pravilno ističe, sva dalja pravila Principa u pogledu obaveze informisanja jasno ukazuju na shvatanje autora da budući ugovarači osiguranja neće detaljno sagledati sve uslove iz polise osiguranja pre početka pokrića, niti da će shvatiti sva predviđena prava i obaveze. Iz tog razloga se od njih ne može očekivati da tačno shvate karakteristike usluge osiguranja za koju će zaključiti ugovor (Hinchliffe, 2008, p. 168). Stoga je Principima ustanovljena obaveza osiguravača da prilikom zaključenja ugovora upozori ugovarača osiguranja da postoji neusklađenost između ponuđenog pokrića i zahteva ugovarača osiguranja, kao i da ga upozori na činjenicu da po osnovu nekog ugovora o osiguranju pokriće počinje kasnije (čl. 2: 202, st. 1, čl. 2: 203 Principa; Radović, 2018, p. 14). Potrebno je da osiguravač zna ili da je morao znati da postoji ovakvo pogrešno uverenje ugovarača osiguranja. Takođe, ustanovljena je i obaveza osiguravača da ako je u polisu uneo neku odredbu koja se razlikuje od onoga što su on i ugovarač prethodno ugovorili, to u polisi posebno istakne. To čini tako što u pismenu koje dostavlja ugovaraču osiguranja masnim slovima obeležava njegovo pravo na prigovor na razlike (čl. 2: 502 Principa). U suprotnom će se smatrati da je ugovor zaključen po uslovima sadržanim u ponudi ugovarača osiguranja.

Obim obaveze osiguravača na informisanje budućeg ugovarača osiguranja zavisi od toga da li je sam ugovarač savetovan od strane nezavisnog posrednika ili ne, što je rešenje urađeno po uzoru na nemačko pravo (Tereszkiewicz, 2012, p. 252; Ivančević, 2016, p. 14). U vezi s ovim pravilom iz Principa vodila se rasprava, jer je bilo stavova da

savetovanje od strane posrednika ne može biti osnov isključenja obaveze osiguravača na informisanje budući da je reč o jednoj od osnovnih obaveza lica koje je profesionalac u odnosu prema licu bez dovoljnih znanja. Međutim, naš stav je da bi se o isključenju obaveze osiguravača moglo govoriti u onim slučajevima kada se obaveza zastupnika ne ogleda samo u pružanju pomoći u nabavljanju osiguranja već i u preduzimanju određenih radnji u pogledu upravljanja rizikom za račun osiguranika (Wansink & Frenk, 2012, p. 103).

Ako osiguravač povredi ovu obavezu, biće u obavezi da naknadi usled toga nastalu štetu ugovaraču osiguranju. U skladu sa praksom sudova EU, autori Principa su predvideli da osiguranik da bi zaključio neko alternativno osiguranje ili da ne bi započinjao izlaganje određenom riziku mora dokazati da je znao za ograničenja pokrića (Basedow, 2003, p. 57).

Ovako određeno aktivno legitimisano lice jasan je pokazatelj da će pravo na naknadu štete postojati samo ako je došlo do zaključenja ugovora o osiguranju (Unan, 2014, p. 27). Osim prava na naknadu štete, Principima je predviđena i druga sankcija, pravo na raskid ugovora. Međutim, ovo pravo je regulisano prilično šturo jer je jedino predviđeno da se može iskoristiti u roku od dva meseca od trenutka kada je ugovarač osiguranja saznao za povredu obaveze od strane osiguravača. Osim toga, veliki nedostatak ove odredbe Principa je što se stiče utisak da ugovarač osiguranja može koristiti i pravo na naknadu štete i pravo na raskid pošto su ta dva stava ovog člana povezana veznikom „i“, kao da su ove sankcije kumulativno postavljene.

Rešenju Principa u pogledu obaveze da informiše ugovarača osiguranja se može prigovoriti zašto se, nažalost, nije odustalo od opšteg trenda nepropisivanja obaveze osiguravača da nastoji da ustanovi konkretne potrebe ugovarača osiguranja i konkretne motive za zaključenje ugovora o osiguranju.⁸ U ovom dokumentu je postojao prostor za ispravljanje tog nedostatka, jer je propisana obaveza agenta da informiše ugovarača osiguranja, ali bez jasnog preciziranja koje su to informacije koje on treba da mu prenese.⁹

3.3. Obaveza prijava okolnosti u skladu sa Principima ugovornog prava osiguranja

Pravilo Principa za koje se smatra da je naročito doprinelo uspostavljanju većeg nivoa zaštite slabije ugovorne strana jeste pravilo u vezi sa prijavljivanjem okolnosti od značaja za procenu rizika. Dok u nekim pravnim sistemima, uključujući i naš, ugovarač osiguranja ima obavezu da prijavi okolnosti koje su od značaja za procenu rizika, prema Principima on mora prijaviti sve okolnosti.¹⁰ Međutim, radi se o informacijama i okolnostima o kojima je osiguravač postavio jasna i precizna pitanja, čime je teret procene koje su to značajne

⁸ Navedena obaveza se može naći samo u čl. 12 (3) Direktive o posredovanju u osiguranju br. 2002/92 koja propisuje prilično stroge standarde u pogledu obaveze posrednika da ustanovi potrebe ugovarača osiguranja, kao i u pogledu obaveze savetovanja (Langer & Rosenow, 2006, p. 195).

⁹ Najverovatnije se radi o istim onim podacima koje je u obavezi da prenese i osiguravač. Tako i Petrović Tomić, 2015, p. 165.

¹⁰ Obaveza osiguranika da prijavi okolnosti od značaja za procenu osiguranog rizika je predviđena u ponekim stranim zakonima, na primer, u §16 Abs. 1 S. 1 nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju (Versicherungsvetragsgesetz – VVG, 2007); Art. 113-2 Nr. 2 francuskog Zakona o osiguranju (Code des assurances - dernière modification: 1 septembre 2020); Art. 1892 (1) italijanskog Građanskog zakonika (Codice Civile, D.L. 16 luglio 2020). Detaljniji prikaz uporednopravnih rešenja vid. u Rühl, 2005, fn. 9.

okolnosti prebačen na osiguravača, koji je stručno lice (čl. 2: 101 Principa). Određenjem da pitanja moraju biti jasna i precizna izbegava se negativni scenario zloupotrebe ovlašćenja od strane osiguravača koji bi trenutak ocene rizika mogao da pomera sve do trenutka realizacije osiguranog slučaja (opširnije: Cousy, 2008, p. 126). Pored toga, često se u nacionalnim zakonodavstvima zaheva da ugovarač osiguranja mora dostaviti sve informacije koje su mu poznate,¹¹ dok prema Principima mora dostaviti i informacije koje bi trebalo da mu bude poznate (Luik, 2011, p. 75). Ono o čemu će sudovi svakako morati da vode računa jeste da će neki ugovarači osiguranja raspolagati sa više traženih podataka nego drugi. Tipičan primer je doktor koji odgovara na pitanja prilikom zaključenja ugovora o zdravstvenom osiguranju, što znači da ovo pravilo Principa kombinuje i subjektivne i objektivne kriterijume prilikom regulisanja ovog pitanja. Pored toga što je na osiguravaču obaveza postavljanja pitanja, na njega je prebačena i konačna odluka da li želi da zaključi ugovor u skladu sa dobijenim informacijama (stav koji zastupa i Petrović Tomić, 2015, fn. 921). Takođe, ako osiguravač zaključi ugovor o osiguranju iako upitnik nije u potpunosti popunjen, onda se može zaključiti da ti podaci nisu bili od posebnog značaja za osiguravača, da nisu bili od suštinskog uticaja na konačnu odluku osiguravača (Law Reform Commission, 2015, p. 55).

U vezi sa prijavljivanjem okolnosti od značaja postavljena su i ograničenja prava osiguravača kojima se može koristiti u slučaju da ugovarač osiguranja povredi svoju obavezu da prijavi okolnosti. Ta ograničenja se odnose na slučaj kada je reč o informacijama sa kojima je osiguravač morao biti upoznat ili je bio upoznat; kada ponudilac nije odgovorio na pitanje ili je dao nepotpun ili netačan odgovor; ako je data netačna informacija koja pritom nije bitna za odluku osiguravača; ako se radi o informaciji pomoću koje je osiguravač naveo ugovarača da veruje da informaciju nije trebalo prijaviti. Time se skida odgovornost ugovarača osiguranja za sve one okolnosti za koje ga osiguravač nije ni pitao. Kao vrlo značajnu karakteristiku ovog rešenja ističemo napuštanje *all or nothing* principa u smislu posledica koje će pogoditi osiguranika, a što omogućava da ugovor i uprkos neprijavlivanju ipak ostane na snazi (Cousy, 2008, p. 120).

Ovakvim rešenjem su usvojene savremene tendencije, koje teret prijave okolnosti prebacuju postepeno na osiguravača. Radi se o tome da on, zahvaljajući svojim stručnim znanjima, zna koje su to informacije neophodne, čime se dodatno nastoji zaštititi i osiguranik (Rühl, 2006; Luik, 2011, p. 75). Postavljanjem pitanja osiguravač pruža nužnu pomoć osiguraniku, jer bi u suprotnom uvek bio u „opasnosti“ da se osiguravač pozove na svoja prava u slučaju povrede obaveze prijavljivanja okolnosti (Brand, 2009, pp. 715-719). Pitanja koja postavlja osiguravač istovremeno predstavljaju granicu obaveze ugovarača osiguranja. Time se, pored zaštite ugovarača osiguranja, pruža i dodatni vid sigurnosti osiguravaču, koji može da odmeri odgovarajuće pokriće i predloži ga budućoj ugovornoj strani.¹²

¹¹ Navedeno rešenje se može naći u §16 Abs. 1 S.1 nemačkog VVG-a; Art. 113-2 Nr. 2 francuskog Zakona o osiguranju I Art. 1892 (1) italijanskog Građanskog zakonika.

¹² Rešenja slična ovima u Principima mogu se naći u nemačkom pravu, ali i u engleskom pravu gde ugovarač osiguranja mora da uloži razumnu pažnju da iščita postavljena pitanja i da potom na njih odgovori, opet uloživši razumnu pažnju da pogrešno ne odgovori na postavljena pitanja. Videti § 19 nemačkog VVG-a, kao i Odeljak 2 (Section 2) britanskog Zakona o osiguranju kao potrošačkom ugovoru (Consumer Insurance (Disclosure and Representation) Act 2012, UK Public General Acts, 2012, c.6)

3.4. Obaveze ugovarača osiguranja u vezi sa povećanjem rizika

Kao jedna od uobičajenih obaveza osiguranika tokom trajanja ugovora o osiguranju često se predviđa prijavljivanje činjenice da je došlo do povećanja rizika, a sve sa ciljem da osiguravač primeri visinu premije novonastaloj situaciji.¹³ Međutim, takvo rešenje se mora naći na udaru kritike, jer – kako se može očekivati od osiguranika da proceni koje su to tačno okolnosti koje predstavljaju povećanje rizika?

Osiguravač mora biti svestan činjenica da prosečni ugovarač osiguranja može biti u potpunom neznanju da su nastupile okolnosti koje vode povećanju rizika. Stoga bi bilo poželjno da u polisi navede, makar opisno, okolnosti i podatke koje bi želeo da mu budu dostavljeni. Osiguravač ima ulogu vodiča, kako u predugovornoj fazi tako i tokom trajanja ugovora. Iz tog razloga su Principi uveli pravilo u skladu sa kojim, ako ugovor o osiguranju sadrži klauzulu koja se tiče povećanja rizika, ona će biti bez dejstva ako se ne tiče povećanja rizika koje je prethodno opisano u ugovoru o osiguranju (čl. 4: 201 Principa). Navedeno rešenje se u ovoj ili sličnoj formi gotovo ne može naći u nacionalnim zakonodavstvima.¹⁴

Osim navedenog pravila, prednost rešenja Principa u vezi sa povećanjem rizika jeste uređenje prava osiguravača u vezi sa daljom sudbinom ugovora o osiguranju ako je došlo do povećanja rizika. Osim toga, precizno je uređen i raskidni rok, ako se na osnovu svog diskrecionog ovlašćenja osiguravač odluči za raskid ugovora. Naime, osiguravač može da odluči da li želi da izmeni ili raskine ugovor. Ako želi da raskine ugovor, o tome mora obavestiti osiguranika pisanim putem u roku od mesec dana kada se saznalo za povećanja rizika ili je to postalo očigledno (čl. 4: 203 Principa). U tom periodu od mesec dana za osiguranika se otvara prostor da nađe novog osiguravača, ako želi. Nakon isteka tog perioda ugovor se raskida, ali samo pod uslovom da osiguranik nije namerno povredio svoju obavezu da prijavi povećanje rizika. U suprotnom, trajanje ugovora se okončava onog trenutka kada ga raskine osiguravač.

4. Prava i obaveze ugovornih strana po ostvarenju osiguranog slučaja u skladu sa Principima ugovornog prava osiguranja

Kada nastupi osigurani slučaj, osiguranik je u obavezi da prijavi da je nastao osigurani slučaj (sem u slučaju osiguranja života za slučaj smrti), a obaveza osiguravača se sastoji u isplati osigurane svote (Wandt, 2010, pp. 322-326).

4.1. Obaveze osiguranika po nastupanju osiguranog slučaja

Nacionalni propisi predviđaju obavezu osiguranika da i pre nego što nastupi osigurani slučaj preduzme sve propisane i ugovorene mere kako bi sprečio nastanak osiguranog slučaja (Slavnić, 2017, p. 8).¹⁵ Radi se o tome da u nacionalnim zakonodavstvima osiguravači često

¹³ Primer za to su Art. 113-2 Nr. 3 francuskog Zakona o osiguranju i § 23 nemačkog VVG-a.

¹⁴ Izuzetak u tom smislu predstavlja Art. L 113 – 2 (3) francuskog Zakona o osiguranju.

¹⁵ Samo neka od uporednopravnih rešenja koja predviđaju obaveze osiguranika da preduzme mere ograničavanja posledica osiguranog slučaja su §§ 82-83 nemačkog VVG-a; § 62 austrijskog Zakona o ugovoru o osiguranju

prave dugačke spiskove mera predostrožnosti koje ugovarači osiguranja moraju da preduzmu, pa kada to ne učine, dolazi do oslobođenja od obaveze osiguravača. Međutim, Principi su u većoj meri usmereni na zaštitu slabije ugovorne strane tako što predviđaju da ugovorna klauzula o neispunjavanju mera predostrožnosti ima efekta i da oslobađa osiguravača obaveza prema ugovaraču osiguranja samo ako je gubitak nastao usled nepreduzimanja mera sa namerom da se prouzrokuje gubitak ili usled nemara i sa znanjem da će takvo postupanje dovesti do gubitka (čl. 4: 103 Principa). Time su prava osiguravača prema slabijoj ekonomskoj strani u velikoj meri ograničena (Luik, 2011, p. 80). Osnovna ideja Principa je da ugovor o osiguranju pruža pokriće ne samo da otkloni posledice ostvarenja osiguranog rizika već i posledice nemarnog postupanja (Luik, Ratnik & Braun, 2015, p. 26).

Što se tiče obaveze osiguranika da prijavi osigurani slučaj, rokovi u kojima osiguranik ima da izvrši tu svoju obavezu ne smeju biti prekratki, a kazna za njihovo nepoštovanje ne sme biti isuviše stroga, jer se na taj način u potpunosti gubi svaki smisao zaključenog ugovora o osiguranju.¹⁶ Naime, kašnjenje od par dana, i to na sopstvenu štetu, ne sme biti osnov za gubitak prava.¹⁷

Tako je Principima predviđeno da taj rok ne sme iznositi manje od pet dana i da mora biti razuman. Sankcija se ogleda u smanjenju dugovanog iznosa samo u meri u kojoj osiguravač dokaže da je pretrpeo štetu usled zakašnjenja prijavljivanja nastanka osiguranog slučaja (čl. 6: 101 Principa). Kao posebno značajnu prednost ove norme ističemo njen imperativni karakter, jer postoji veliki prostor za zloupotrebu autonomije volja tako što će se ugovoriti kraći rok, a osiguranik neće shvatiti problematiku takve odredbe. Time se još jednom potvrđuje da prihvatanjem ponude za zaključenje ugovora o osiguranju ugovarači osiguranja ne uspevaju da do kraja sagledaju sve odredbe koje su prihvatili. Zapravo, u potpunosti ispuštaju iz vida da ponuđeni kraći rok za ispunjavanje ove ugovorne obaveze povlači sa sobom velike posledice po njih.

4.2. Obaveza osiguravača po nastupanju osiguranog slučaja

Vrlo značajno je i regulisanje obaveze osiguravača da ispuni svoju obavezu isplate osigurane svote. U Principima je predviđen rok od mesec dana da osiguravač odgovori na postavljeni zahtev. Ako ne odgovori, pretpostavka je da je zahtev prihvatilo. Na ovaj način je zaštićen i potrošač, jer postoji pretpostavka da im je usvojen zahtev, ali i osiguravač koji ima odgovarajući rok da ispuni svoju obavezu, ali koji se može produžiti ako je potrebno. Takođe, ustanovljeno je i pravo lica koje je zaključilo ugovor o osiguranju da zahteva naknadu štete nastale usled kašnjenja u ispunjavanju obaveza, kada je osiguravač postupao u lošoj veri, kao i na isplatu zatezne kamate zbog neizvršenja novčane obaveze (čl. 6:105 Principa). Time se izričito staje na put tumačenju u skladu sa kojim se tako pretrpljena

(Versicherungsvertragsgesetz, 1959 sa kasnijim izmenama), kao i § 61 švajcarskog Zakona o ugovoru o osiguranju (Versicherungsvertragsgesetz, AS 24 719).

¹⁶ O daljim obavezama osiguranika prema osiguravaču nakon prijavljivanja osiguranog slučaja, vid. Slavnić, 2017, pp. 7 – 20.

¹⁷ Srećom, takva se klauzula sad nalazi na tzv. sivoj listi nepravičnih klauzula, u skladu sa Direktivom o nepravičnim klauzulama u ugovorima zaključenim sa potrošačima br. 93/13.

šteta poistovećuje sa zateznom kamatom, koju osiguravač mora svakako da plati (Petrović Tomić, 2015, p. 268). Ipak, Principi stoje na stanovištu da je osiguravač u obavezi da pruži dodatnu finansijsku zaštitu drugoj ugovornoj strani, jer je svestan da kašnjenje izaziva i određene gubitke po njegovu imovinu usled nemarnog postupanja osiguravača, koje mora biti sankcionisano.

5. Zaključak

Iz nastojanja da se omogući ostvarivanje slobode pružanja usluga na području Evropske unije ustanovljavanjem jedinstvenih uslova osiguranja i polisa za celu Evropsku uniju (Basedow, 2003, p. 59), nastali su visoki standardi u zaštiti prava slabije ugovorne strane u ugovoru o osiguranju. Povećanje sigurnosti u poslovanju i snižavanje troškova poslovanja dovelo je na posredan način do uspostavljanja široko postavljenog kruga lica koja uživaju poseban vid dodatne pravne zaštite. Izašlo se u susret potrebama tržišta u smislu pružanja zaštite malim i srednjim preduzećima, pod uslovom da ne potpadaju pod pojam osiguranja velikih rizika.¹⁸ Principi evropskog ugovornog osiguranja su uspeali da široko postave krug legitimisanih lica koja uživaju pravo na dodatni vid zaštite u odnosu na lica koja bi bila obuhvaćena definicijama potrošača u osiguranju u skladu sa komunitarnim pravom.

I uz sve prednosti koje su Principi uveli na području zaštite prava potrošača, a od kojih su neke predstavljene u ovom radu, i dalje se mogu čuti glasovi protiv njihove buduće primene (Hinchliffe, 2008, p. 171). Pre svega su kritike upućene na odsustvo dovoljne preciznosti u pojedinim odredbama, što može uzrokovati brojne pravne nesigurnosti. Kao najveće nedostatke Principa, a uočene tokom analize u radu predstavljenih odredaba Principa, u ovom trenutku ističemo neiskorišćavanje postojećeg prostora da se ustanovi obaveza osiguravača da ustanovi konkretne potrebe i motive ugovarača osiguranja za zaključivanje ugovora o osiguranju, kao i neprecizno određenu sankciju za povredu obaveze osiguravača da informiše drugu ugovornu stranu. Pored toga, može se prigovoriti da su nedovoljno jasno utvrđene sankcije u članovima 1:203, 1:204, 1:206, 2:201 Principa.

Neosporno je da u Principima postoji prostor za unapređenje postojećih rešenja, na primer, uvođenjem dodatnih opštih načela koja bi doprinela daljem razvoju Principa i njihovoj potencijalnoj primeni na nove vrste proizvoda osiguranja. Nastojanjem da se uspostavi kompromis između pravnih rešenja različitih pravnih sistema došlo se do rešenja koja mogu biti ocenjena i kao pozitivna i kao negativna, kada se posmatraju pojedinačno. Iz prethodnih redova može se zaključiti da su u oblasti obaveze informisanja ugovarača osiguranja, obaveze prijave okolnosti za procenu osiguranog rizika, obaveza u slučaju povećanja osiguranog rizika, kao i predviđenih obaveza u slučaju ostvarenja osiguranog slučaja Principi dostigli viši stepen zaštite kada se uporedi sa nekim od uporednopravnih i nacionalnih zakonskih rešenja, što je i bila jedna od misija njihovih autora.

Uz sve predstavljene prednosti rešenja Principa, bazični zaključak proistekao iz ovog skromnog istraživanja obimne materije jeste da posmatranje Principa kao celine može

¹⁸ Upor. kategorije zaštićenih lica u skladu sa Direktivom Solventnost II (EC, Solvency II 2009/138): čl. 13 (27), čl. 27, čl. 39 (6) Principa.

poslužiti kao model za usavršavanje nacionalnih pravnih rešenja, čak i pod uslovom da nikad ne zažive kao pravni akt.¹⁹ Originalna normativna rešenja koja su ponudila najveća imena akademske zajednice u oblasti prava osiguranja svakako će imati harmonizacionu ulogu na nivou nacionalnih zakonodavstava, a u nekim zemljama su je već ostvarile, na primer u Švajcarskoj i Velikoj Britaniji. Svakako ostaje i nada da će jednom prerasti u obavezujući pravni akt. Na ovaj način bi se unela i izvesna dinamika u međunarodno i domaće ugovorno pravo osiguranja, koju ne garantuju tradicionalni legislativni procesi. Dobijena rešenja mogu poslužiti kao baza za dalji razvoj i propisivanje najprimenljivijih rešenja, koja će biti usmerena ka istim ciljevima – pružanje zaštite ugovornoj strani koja se nalazi naspram osiguravača, ali i održavanje na snazi ugovora o osiguranju, čime se doprinosi većem stepenu uvek neophodne pravne sigurnosti.

Literatura

- Basedow, J. 2000. Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischer Integration und Verbraucherpolitik. In: Facilides F. & Schnyder A. (Hrsg.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*. Basel: Helbing & Lichtenbahn, pp. 13–58.
- Basedow, J. 2003. Insurance Contract as Part of an Optional European Contract Act. *ERA Forum*, 4, pp. 56–65.
- Basedow, J. 2006. Die Laufzeit von Versicherungsverträgen als rechtsökonomisches Problem. In: Siegel, T. et al. (Hrsg.), *Unternehmung, Versicherungen und Rechnungswesen, Festschrift zur Vollendung des 65. Lebensjahres von Dieter Rückle*. Berlin: Duncker & Humboldt, pp. 143 - 160.
- Borselli, A. 2011. Unfair Terms in Insurance Contracts. *European Insurance Law Review*, 2, pp. 36–42.
- Brand, O. 2009. Grenzen der Vorvertraglichen Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers. *Versicherungsrecht*, 16, pp. 715–721.
- Brand, O. 2012. Verbraucherschutz im Versicherungsrecht. In: Lorenz, E. (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2011: Verbraucherschutz – Entwicklungen und Grenzen*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswissenschaft, pp. 55–93.
- Cousy, H. 2008. The Principles of European Insurance Contract Law: The Duty of Disclosure and the Aggravation of Risk. *Academy of European Law*, 9, pp. 119–132.
- Čorkalo, M. 2016. Potrošač u pravu osiguranja. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1, pp. 260–279.
- Ćeranić, J. 2018. Diferencirana integracija – instrument za prevazilaženje različitosti između država članica EU – sa posebnim osvrtom na njene implikacije na univerzalno i osobeno u pravu EU. U: Miljković, S. (ur.), *Univerzalno i osobeno pravo*. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, pp. 63–78.

¹⁹ Takav uticaj mekog prava nije neuobičajen. Primera radi, Principi UNIDROIT su imali veliki uticaj na izradu građanskih zakonika Češke, Estonije, Holandije, pa čak i Kvebeka, ali i na usavršavanje rešenja ugovornog prava čitavog niza država.

- Dorđević, S. 2011. Principi Evropskog ugovornog prava osiguranja – Budući opcionalni instrument prava EU?. *Revija za pravo osiguranja*, 2, pp. 19–28.
- Ebers, M. 2004. Information and Advising requirements in the Financial Services Sector: Principles and Peculiarities in EC Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, 2, pp. 1–16.
- Fontaine, M. 2011. An Academic View. In: Heiss, H. & Lakhan, M. (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law: A Model Optional Instrument*. Munich: European Law Publisher, pp. 29–34.
- Glintić, M. 2015. Uspostavljanje 29. pravnog režima za ugovorno pravo osiguranja kao uslov funkcionisanja unutrašnjeg evropskog tržišta. *Pravni život*, 12, pp. 229–244.
- Heiss, H. & Downes, N. 2005. Non- Optional Elements in an Optional European Contract Law: Reflections from a Private International Law Perspective. *European Review of Private Law*, 13, pp. 693–712.
- Heiss, H. 2006. Molibilität und Versicherung. *Versicherungsrecht*, pp. 448–455.
- Heiss, H. 2012. Insurance Contract Between Business Law and Consumer Protection. In: Brown, K. & Snyder, D. (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Heidelberg: Springer, pp. 335–353.
- Heiss, H. 2016. Principles of European Insurance Contract Law: Introduction. In: Basedow, J. et al. (ed.) *Principles of European Insurance Contract Law*. Köln: Otto Schmidt, pp. 7–14.
- Hinchliffé, P. 2008. Review of Principles of European Insurance Law. *ERA Forum*, 9, pp. 167–175.
- Ivančević, K. 2008. Zaštita potrošača kroz zakonske odredbe koje se odnose na ugovor o osiguranju. U: Slavnić, J., Šulejić, P. & Pak, J. (ur.), *Evropski put prava osiguranja Srbije, posebno ugovora o osiguranju*. Palić: Udruženje za pravo osiguranja Srbije i Crne Gore, pp. 369–391.
- Ivančević, K. 2016. Zaštita korisnika finansijske usluge osiguranja pri zaključenju ugovora na daljinu u Srbiji. *Evropska revija za pravo osiguranja*, 1, pp. 10–19.
- Langer, D. & Rosenow, J. 2006. Konsumentenschutz bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen in der Schweiz und in Europe. In: Thévenoz, L. & Reich, N. (eds.), *Liber Amicorum Bernd Stauder: droit de la consommation*. Geneve: Schulthess, pp. 195–225.
- Luik, O. 2011. Do the Principles of European Insurance Contract Law Go Too Far in Protecting the Polycholder. *Juridica International*, pp. 73–83.
- Luik, O., Ratnik, R. & Braun, M. 2015. Aggravation of Risk and Precautionary Measures in Non - Life Insurance: A Tricky Scope for the Insurer. *Baltic Journal of Law & Politics*, 8(2), pp. 2 - 45.
- Möller, H. 1988. Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsvielfalt? Überlegungen vor dem Modell des Versicherungsvertragsrechts. *Europarecht, IPR, Rechtsvergleichung*. Wien, pp. 155 –170.
- Petrović Tomić, N. 2014. Nepravične klauzule i Principi evropskog ugovornog prava osiguranja. *Evropska revija za pravo osiguranja*, 2, pp. 44–51.
- Petrović Tomić, N. 2015. Zaštita potrošača usluga osiguranja, *Analiza i predlog unapređenja*

- regulatornog okvira*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Radović, Z. 2018. Principi evropskog ugovornog prava osiguranja. *Tokovi osiguranja*, 1, pp. 143–145.
- Rühl, G. 2005. Die vorvertragliche Anzeigpflicht: Empfehlungen für ein europäisches Versicherungsvertragsrecht. *Die Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, 3, pp. 479–515.
- Rühl, G. 2006. Common Law, Civil Law and The Single European Market for Insurance. *International & Comparative Law Quarterly*, 4, pp. 879–910.
- Rokas, I. 2013. Principles of European Insurance Contract Law as a settled and balanced system of policyholder protection. *European Law Review*, 1, pp. 37–41.
- Slavnić, J. 2017. Obaveza osiguranika da saraduje sa osiguravačem u utvrđivanju nastanka osiguranog slučaja u savremenim evropskim pravima. *Tokovi osiguranja*, 2, pp. 7–38.
- Tereszkiewicz, P. 2013. The Europeanisation of Insurance Contract Law: The Insurer's Duty to Advice and its Regulation in German and European Law. In: Devenney J. & Kenny M. (eds.), *The Transformation of European Private Law, Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 235–255.
- Unan, S. 2014. Insurer's Information Duties under the PEICL. In: Unan, S. & Noussia K. (eds.), *Consumer Protection: Some further Thoughts*. Athens, pp. 25–34.
- Wandt, M. 2010. *Versicherungsrecht*. Carl Heymanns Verlag: Frankfurt am Main.
- Wansink, H. & Frenk, N. 2012. Some Reflections on Consumer Protection and the Requirement of Anticipating Behaviour of a Prudent Insurer. *Erasmus Law Review*, 2, pp. 97–104.

Internet izvori

- Heiss, H. 2010. *The Principles of European Insurance Contract Law: An Optional Instrument*. European Parliament: Brussels. Dostupno na: http://my.liuc.it/MatSup/2013/L82730/peicl%20note%20from%20parliament_21_10.pdf (27.5.2020).

Pravni izvori

- Code des assurances - dernière modification: 1 septembre 2020.
- Codice Civile, D.L. 16 luglio 2020, n. 76 e dal D.L. 8 aprile 2020, n. 23.
- Consumer Insurance (Disclosure and Representation) Act 2012, UK Public General Acts, 2012.
- Versicherungsgesetz Deutschland – VVG, 2007, *BGBI. I S. 2631*, *BGBI. I S. 1028*.
- Versicherungsvertragsgesetz Österreich, *BGBI. Nr. 2/1959*, *BGBI. I Nr. 51/2018*.
- Versicherungsvertragsgesetz Schweiz, AS 24 719.
- EEC, 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 299*, 31.12.1972, pp. 32–42.
- EEC, Council Directive of 93/13 of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contract, *OJ L 95/29*, 21.04. 1993, pp. 29–34.
- EEC, Council Directive 90/619 of 8 November 1990 on the coordination of laws, regulations

- and administrative provisions relating to direct life assurance, laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 79/267/EEC, *OJ L 330*, 29.11.1990, pp. 50–61.
- EEC, Council Directive 92/49 of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC, *OJ L 228*, 11.8.1992, pp. 1–23.
- EEC, Council Directive 92/96 of 10 November 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance and amending Directives 79/267/EEC and 90/619/EEC, *OJ L 360*, 9.12.1992, pp. 1–2.
- EEC, Council Regulation No 2137/85 of 25 July 1985 on European Economic Interest Grouping (EEIG), *OJ L 199*, pp. 1–9.
- EC, Council Regulation No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, *OJ L 3/1*, pp. 1–24.
- EC, Directive 2005/29 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council, *OJ L 149*, p. 22–39.
- EC, Directive 2009/138 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking – up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *OJ L 335*, 17.12.2009, pp. 1–155.
- EC, Directive 2002/92 of the European Parliament and of the Council of 9 December on insurance mediation, *OJ L 9*, pp. 3–10.
- EC, Regulation no 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *OJ L 177*, 4. 7. 2008, pp. 6–16.
- Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance, *OJ L 304*, pp. 260–284.
- EEC, First Council Directive 73/239 of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance, *OJ L 228*, 16.8.1973, pp. 3–19.
- EEC, First Council Directive 79/267 of 5 March 1979 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of direct life assurance, *OJ L 63*, 13.3.1979, pp. 1–18.
- EC, Regulation of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (No 593/2008), *OJ L 177*, 4.7.2008, pp. 6–16.
- EEC, Second Council Directive 88/357 of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC, *OJ L 172*, 4.7.1988, pp. 1–2.

Sudska praksa

ICJ, *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany* (Case 205/84),
4.12.1986, OJ of the European Communities, No C 8/3.

Mirjana B. Glintić, PhD

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

e-mail: m.glintic@iup.rs

PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE WEAKER CONTRACTING PARTY IN ACCORDANCE WITH THE PRINCIPLES OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW

Summary

An analysis of not only domestic but also comparative legislation indicates the continued presence of the former trend in regulation of insurance contract law, which reflects the legislator's tendencies to protect the insurer from the policyholder's fraudulent conduct. However, certain legal systems have begun to amend their regulations in order to keep up with contemporary tendencies, reflected in providing the necessary protection to the weaker party, i.e. consumer. Therefore, the author analyses the mechanisms of protection of this contracting party presented in the Principles of European Contract Law on Insurance, because it is a source of soft law, whose authors sought to sublimate as many well balanced provisions as possible in order to achieve a higher level of protection for the weaker contracting party.

The Paper analyses only some of the provisions of the Principles that strive to ensure the expansion in the scope of the policyholders' rights, while reducing their duties, on one hand, and excluding too severe sanctions in case of their misconduct, on the other hand. Even though it is high unlikely that any steps will be taken towards PEICL enactment by EU regulations, at least in the near future, there remains possibility for their impact at the legislative and scientific level. This is also testified by this paper, which can contribute to the review of current domestic legal solutions.

Keywords: Principles of European insurance contract law, optional instrument, weaker contracting party, duty to inform, duty of disclosure, risk aggregation.

Primljeno: 8. 6. 2020.
Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

STEČAJ NAD IMOVINOM OSTAVIOCA (ZAOŠTAVŠTINOM) KAO OBLIK LIČNOG STEČAJA**

Sažetak

Stečaj nad imovinom ostavioca je oblik ličnog stečaja. Ovaj institut sadrži niz specifičnosti koje ga, po pojedinim elementima, odvajaju od ličnog stečaja. Međutim, veći deo pravila ličnog stečaja se mora primenjivati i kod ovog oblika stečaja, s obzirom na status ostavioca, njegove imovine i naslednika. Da bi, uopšte, mogli da definišemo primenu pravila ličnog stečaja kod stečaja nad imovinom ostavioca, moramo poći od osnovnih pravila naslednog prava koja se tiču prihvatanja nasleđa i dugova zaostavštine. Isto tako, moraju se definisati i bitni elementi sa stanovišta pravila ličnog stečaja, a to je status ostavioca pre smrti, izvor nastanka potraživanja poverilaca, status zaostavštine, kao i eventualna mogućnost vođenja posebnog ličnog stečaja protiv naslednika. U radu se posvećuje pažnja i nemačkom zakonodavstvu, kao i zakonodavstvu Sjedinjenih Američkih Država u ovoj oblasti.

Ključne reči: lični stečaj, imovina ostavioca, prihvatanje nasleđa, naslednik, poverioci, dužnik.

1. Uvodni deo

Stečaj nad imovinom ostavioca (koristićemo i termin stečaj nad zaostavštinom, koji je uobičajen) dovodi do postavljanja niza pitanja koja se tiču, pre svega, pravila stečajnog prava koja se, ovde, mogu primenjivati, zavisno od statusa i zanimanja ostavioca, a zatim i od toga šta čini dugove zaostavštine nastale do ostaviočeve smrti kao i od izjave naslednika da li će prihvatiti nasleđe ili ne, odnosno od njegovog statusa u odnosu na ostaviočeve, kao i na svoje poverioce. Kako se, po prirodi stvari, o stečaju nad imovinom ostavioca može govoriti samo kada su u pitanju fizička lica, trebalo bi da se primenjuju pravila ličnog stečaja (individualni stečaj ili stečaj potrošača, koji možemo nazvati i drugim terminima, u zavisnosti od statusa ostavioca). Inače, u srpskom stečajnom zakonodavstvu ne regulišu se ni ti stečaj nad imovinom ostavioca ni lični stečaj i to stvara dosta problema i inače, a ne samo kada se nasleđuje zaostavština sa dugovima. Ovde se postavlja i pitanje namirenja

* Doktor pravnih nauka, redovni profesor, naučni savetnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: v.colovic@iup.rs

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

poverilaca ostavioca, tj. na koji način će se oni namiriti u stečajnom postupku ili na neki drugi način, izvršenjem na zaostavštini.

Pokušaćemo da odgovorimo na neka od najvažnijih pitanja u ovoj oblasti, a to su: da li se u ovom postupku mogu primenjivati sva pravila ličnog stečaja; da li se, u ovom slučaju, stečajni postupak vodi protiv imovine ostavioca ili naslednika koji prihvate nasleđe; šta predstavlja dugove zaostavštine i da li treba primenjivati posebna pravila kada su ostavioci preduzetnici ili članovi društva koji odgovaraju svojom imovinom za obaveze društva, odnosno kada su fizička lica koja se ne bave određenom privrednom delatnošću, kada se radi o potrošačima ili jednostavno građanima.

Pored analize pravila naslednog i stečajnog prava u pravnom sistemu Srbije, posvetićemo pažnju i nekim odredbama koje regulišu lični stečaj u Hrvatskoj, a naročito odredbama nemačkog zakonodavstva koje regulišu stečaj nad zaostavštinom kao i lični stečaj. Odgovarajuću pažnju ćemo posvetiti i zakonodavstvu Sjedinjenih Američkih Država (SAD), u kome se stečaj nad zaostavštinom ne reguliše na jedinstven način¹.

2. Prihvatanje nasleđa i dugovi zaostavštine

Ne možemo govoriti o stečaju nad zaostavštinom, a da ne analiziramo dejstvo prihvatanja nasleđa, jer se inače naslednik ne može javiti kao stečajni dužnik. Takođe, važno je odrediti da su dugovi zaostavštine dugovi ostavioca nastali do momenta njegove smrti.

U većini evropskih država, pa tako i u pravu Srbije, prihvaćen je sistem sticanja nasleđa *ipso iure*, odnosno u trenutku smrti ostavioca. U ovom sistemu, lica koja imaju pravo na nasleđivanje mogu da se, u određenom roku, odreknu nasleđa, tj. da daju negativnu nasledničku izjavu. Kako izjava ima retroaktivno dejstvo, smatra se da lice koje je dalo izjavu nikada nije ni bilo naslednik. S druge strane, lice se prihvata nasleđa pozitivnom nasledničkom izjavom koja, kao jednostrani akt, dovodi do konačnog nastanka naslednopravnog odnosa. Izjava potvrđuje stanje u momentu delacije, te tako ima deklarativno dejstvo.² Pozitivna naslednička izjava mora biti potpuna, s obzirom na načelo univerzalne sukcesije, tj. prelaska zaostavštine kao imovinskopravne celine na naslednika. Znači, naslednik stupa u sva prava i obaveze ostavioca, što dovodi do ostvarenja pravnog kontinuiteta. Nije dozvoljeno delimično prihvatanje pojedinih prava iz zaostavštine. Dakle, pozitivna naslednička izjava se odnosi na celo nasledstvo, zajedno sa svim pravima i obavezama (kao i dugovima) koji čine sadržinu tog nasledstva. Postoje i određeni izuzeci koji se odnose na kumulaciju različitih pravnih osnova pozivanja na nasleđe, kada naslednik može prihvatiti nasleđe po jednom osnovu, npr. po zakonu, a da ga se odrekne po drugom osnovu, odnosno, zaveštanju (Živojinović, 2015), ali tome nećemo posvećivati pažnju. Moramo reći da je pravo na odricanje od nasleđa akcesorno pravo, s obzirom na to da ono nastaje zajedno sa subjektivnim naslednim pravom. Smatra se da lice koje se odrekne nasleđa nikada nije bilo naslednik i da mu nikada nisu pripadala

¹ Misli se na većinu država SAD koje još uvek nisu prihvatile jedinstvena pravila kada je u pitanju stečaj nad zaostavštinom.

² U pojedinim zakonodavstvima kao što je austrijsko, koja prihvataju sistem sticanja zaostavštine uručenjem od strane suda, pozitivna naslednička izjava ima konstitutivno dejstvo.

nikakva naslednopravna ovlašćenja na zaostavštini (Krstić, 2008, p. 146). Iz toga možemo izvesti zaključak da negativna naslednička izjava ima konstitutivno dejstvo (u smislu da naslednik gubi svojstvo univerzalnog sukcesora *ex tunc*, uzimajući u obzir navedeno pravilo o momentu sticanja nasleđa). Znači, samo naslednik koji je dao pozitivnu nasledničku izjavu može biti stečajni dužnik.

2.1. Odvajanje zaostavštine od imovine naslednika

Kada zbog ostaviočevih dugova poverioci zaostavštine postave zahtev da se zaostavština odvoji od imovine naslednika, uspostavlja se posebni pravni režim na osnovu koga se nasledniku zabranjuje raspolaganje stvarima i pravima iz zaostavštine sve dok se ne naplate poverioci koji su to odvajanje zahtevali. Razlog što poverioci mogu da traže odvajanje zaostavštine od ostatka imovine naslednika jeste što i naslednik može imati poverioce koji sa svoje strane takođe mogu zahtevati naplatu dugova, odnosno pokretanje stečajnog postupka. Postavljanjem zahteva za odvajanje zaostavštine (tj. popis i procenu te imovine) od imovine naslednika, poveriočevi poverioci stiču pravo prvenstva u namirenju iz zaostavštine, tako da tek posle njih na red za namirenje iz zaostavštine dolaze drugi ostaviočevi poverioci, kao i poverioci naslednika. Ostaviočevi poverioci ne mogu da namire svoja potraživanja iz posebne imovine naslednika (Radović & Tešić, 2015, p. 189). Takođe, odgovornost ostavioca prema njegovim poveriocima (ako bi se uopšte na taj način moglo govoriti o tome) predmetno se ograničava na prava i stvari iz zaostavštine (Radović & Tešić, 2015, p. 190). Pravo da zahtevaju odvajanje zaostavštine imaju oni poverioci koji su verovatnim učinili postojanje svojih potraživanja i okolnosti da je naplata otežana ili da neće biti moguća. No, postoji izuzetak za poverioce čija su potraživanja obezbeđena založnim pravom, s obzirom na to da oni imaju pravo da zahtevaju odvajanje zaostavštine samo ako je vrednost stvari koja je obezbeđena navedenim pravom nedovoljna za namirenje (Radović & Tešić, 2015, p. 190). Naravno, sa stanovišta otvaranja ličnog stečaja, bitno je da poverioci mogu da dokažu postojanje potraživanja, kao i nemogućnost naplate.

2.2. Pojam i vrste dugova zaostavštine

Veoma je bitno definisati dugove zaostavštine zbog otvaranja stečaja i primene odgovarajućih pravila tog stečaja. Izdvojićemo tri definicije. Po prvoj, dugovi zaostavštine su dugovi naslednika koje on duguje na osnovu činjenice da je prihvatio nasleđe. Po drugoj, dugovi zaostavštine su iznosi koji će se isplatiti iz same zaostavštine, a na predlog poverilaca. Tada govorimo o ograničenoj odgovornosti naslednika i o izdvajanju zaostavštine od imovine naslednika. Najzad, po trećoj definiciji, dugovi zaostavštine predstavljaju sadržinu zahteva koji su podneti ili usmereni protiv ostavioca, zatim naslednika i same zaostavštine (Marković, 1968, pp. 93-94). Sve tri definicije sadrže elemente koji mogu biti sastavni deo jedne definicije dugova zaostavštine. Ti elementi su: prihvatanje nasleđa, predlog ostaviočevih poverilaca, odvajanje zaostavštine iz imovine naslednika i isplata dugova iz zaostavštine.

Razlikujemo i tri osnovne vrste dugova zaostavštine: dugove ostavioca ili nasleđene dugove, dugove otvorenog ostavinskog postupka i troškove likvidacije zaostavštine. Dugovi ostavioca, nastali do momenta njegove smrti, mogu biti imovinske obaveze ostavioca koje mogu biti predmet nasleđivanja, ali i druge obaveze, kao što su neplaćeni porez, neplaćene kazne, neplaćeni alimentacioni iznosi, troškovi lečenja itd. Sa stanovišta otvaranja stečaja nad zaostavštinom, opisani troškovi su najinteresantniji. U dugove otvorenog ostavinskog postupka ulaze troškovi sahrane ostavioca, troškovi izvršenja testamenta (proglašenja i izvršenja testamenta), zahtevi nužnih naslednika, ako je ostavilac odredio da im se nasleđe isplati u novcu ili nekoj generičnoj stvari, zahtev testamentalnog naslednika, u slučaju da mu je testamentom ostavljena jedna ili više tačno određenih stvari ili prava, budući da postaje poverilac zaostavštine ako mu je ostavljena neka generična stvar ili novac, obaveze iz legata i naloga, jer se radi o samostalnim teretima na zaostavštini, i porez na nasleđe koji nastaje u momentu smrti ostavioca, ali se njegov iznos utvrđuje kasnije. Troškovi likvidacije zaostavštine nastaju nakon otvaranja nasleđa. Radi se o troškovima koji nastaju u okviru upravljanja zaostavštinom, kao i o troškovima ostavinskog postupka (Marković, 1968, pp. 100-102).

U vezi sa prihvatanjem nasleđa i dugovima zaostavštine po Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije (dalje: ZON), naslednik odgovara za dugove ostavioca do visine vrednosti nasleđene imovine (član 222). Vrednost imovine koja predstavlja nasleđe određuje se po stanju u momentu smrti ostavioca. Za dugove ostavioca odgovaraju svi naslednici. ZON predviđa da će naslednik odgovarati za dugove ostavioca i nasleđenom i svojom imovinom, koja je u stvari imovina koju je on dobio od ostavioca po nekom drugom osnovu (za života ostavioca). Naslednik koji je dao negativnu nasledničku izjavu ne odgovara za dugove ostavioca. U slučaju da se naslednik odrekao nasleđa u korist drugog naslednika, ne treba da odgovara ni za dugove ostavioca. Tada će za te dugove odgovarati naslednik u čiju se korist odrekao nasleđa.

Što se tiče poverilaca ostavioca, oni mogu da, u roku od tri meseca od dana otvaranja nasleđa, zahtevaju da se imovina ostavioca odvoji od imovine naslednika (čl. 225, st. 1 i 2 ZON). Tada naslednik ne može raspolagati imovinom ostavioca sve dok se poverioci, koji su zahtevali navedeno, ne naplate iz te imovine. Znači, po ZON-u naslednik za ostaviočeve dugove odgovara srazmerno nasleđenoj imovini, odnosno nasleđnom delu. ZON ne određuje ni rok u kome poverioci, sudskim putem, mogu da potražuju potraživanja od naslednika, pa se tako primenjuju rokovi koji bi važili za naplatu potraživanja od ostavioca, s obzirom na to da po pravilima univerzalne sukcesije naslednici zauzimaju mesto ostavioca (Miletić, 2016).

2.2.1. Status legata i nužnog dela

U slučaju da naslednik treba da izvrši legat, odnosno da isplati nužnom nasledniku njegov deo, tada se postavlja pitanje da li legat i nužni deo predstavljaju deo pasive zaostavštine ili ne. Po jednom shvatanju legat i nužni deo predstavljaju pasivu zaostavštine, a po drugom legat i nužni deo ne mogu da dovedu do prezaduženosti. Pitanje je od značaja, jer se, kao što smo istakli, stečaj otvara samo onda kada se iz aktive zaostavštine

ne mogu namiriti potraživanja poverilaca nastala do smrti ostavioca (Đurđević, 2012, p. 14). S obzirom na pojmove legata i nužnog dela i činjenicu da se njima vrši raspodela zaostavštine (Đurđević, 2012, pp. 14-15), sigurno je da ovi instituti ne mogu biti dugovi zaostavštine. Tako, kada je stečajni dužnik ostavilac koji je bio preduzetnik, može se postaviti pitanje statusa stvari koje je koristio za obavljanje svoje preduzetničke delatnosti, a koje ulaze u zaostavštinu. Moguće je da naslednici nastave da obavljaju navedenu delatnost, kao i da ostvaruju prihode, pogotovu ako preduzetnik nije bio prezadužen zbog lošeg poslovanja, nego iz drugih razloga (na primer, kao potrošač). U ovoj situaciji u nemačkom zakonodavstvu se smatra da treba predvideti da će naslednici nastaviti da obavljaju preduzetničku delatnost, kao i prihode koje bi mogli ostvariti, a koji se mogu uključiti u aktivu zaostavštine (Đurđević, 2012, p. 15). To bi značilo da dugovi ostavioca koji ne potiču iz preduzetničke delatnosti mogu biti namireni u postupku stečaja nad zaostavštinom iz prihoda koje njegovi naslednici ostvaruju u toku postupka stečaja nastavivši sa istom delatnošću.

3. Osnovna pravila koja se primenjuju u postupku ličnog stečaja

Stečaj nad imovinom ostavioca može da se vodi samo uz primenu pravila ličnog stečaja, u kome se primenjuju pravila „opšteg“ stečajnog postupka, pri čemu razlike u statusu fizičkih i pravnih lica utiču da se pravila koja se primenjuju u postupku ličnog stečaja ne mogu primenjivati u stečaju protiv pravnih lica. Na primer, jedna od osnovnih karakteristika ličnog stečaja jeste da se sprovodi nad imovinom fizičkog lica, a ne nad samim licem ili protiv lica, dok se stečaj pravnih lica vodi nad tim licima, koja se gase nakon okončanja stečajnog postupka. Bitnu razliku predstavlja i to što kod ličnog stečaja ne može da se govori o neuspehu poslovanja (osim kad je u pitanju stečaj preduzetnika) a, pored toga, potrebno je obezbediti odgovarajuću dužnikovu potrošnju, zbog čega mu se dozvoljava da delimično raspolaže svojom imovinom. Navedeni izuzeci ne postoje u korporativnom stečaju. U zavisnosti od dugovanja dužnika pojedinca, zavisice i nivo potrošnje, što je veoma bitno kad govorimo o cilju ličnog stečaja (White, 2011, p. 21). Moramo reći da se kod ličnog stečaja primenjuju pravila koja se mogu primeniti kada su u pitanju stečajni dužnici prema kojima poverioci imaju potraživanja, ali ne i kada su u pitanju naslednici koji su prihvatili nasleđe. No, i u tom slučaju postoje izuzeci.

Inače, razlikujemo tri grupe fizičkih lica protiv kojih se može voditi lični stečaj. Prvu grupu predstavljaju preduzetnici (fizička lica koja se bave privrednom delatnošću), drugu grupu predstavljaju članovi ortačkih i komanditnih društava (tj. ortaci i komplementari), koji neograničeno (solidarno, ako ih ima više u društvu) svojom privatnom imovinom odgovaraju za obaveze društva, a treću grupu čine sva ostala fizička lica, tj. potrošači. Praktično, sva navedena lica mogu biti ostavioci, tako da je moguće pokrenuti stečaj nad njihovom imovinom koja predstavlja zaostavštinu. Kod stečaja preduzetnika je bitno pomenuti institut lične uprave, koja se odnosi na raspolaganje preduzetnika sopstvenom imovinom za vreme stečajnog postupka. U ranijem stečajnom zakonodavstvu Srbije bio je predviđen stečaj preduzetnika, a sada ne. Komplementari i ortaci odgovaraju svojom privatnom imovinom za obaveze društva (Čolović, 2010, p. 156). Njihov položaj je specifičan

u odnosu na status drugih članova društva koji odgovaraju do visine uloženog kapitala. Znači, komplementari i ortaci su lično odgovorni članovi društava lica (Eraković, 1997, p. 24). Inače, ako u društvu lica ima više komplementara, odnosno ortaka, oni odgovaraju neograničeno solidarno. Takva odgovornost navedenih lica se zahteva po pravilima izvršnog postupka, koja se primenjuju na izvršenje nad imovinom fizičkih lica, a u korist stečajne mase. U pojedinim zemljama koje regulišu stečaj fizičkih lica, može se zahtevati odvojeno pokretanje stečajnog postupka nad posebnom imovinom ortaka i komplementara, bez obzira na to što solidarno odgovaraju za obaveze društva čiji su članovi (Velimirović, 2004, p. 42). U zakonodavstvu Republike Srpske je, na primer, predviđen stečaj komplementara i ortaka. Kad govorimo o stečaju potrošača, praktično govorimo o „klasičnom“ ličnom stečaju.

3.1. Modeli ličnog stečaja

Dva osnovna modela ličnog stečaja su anglosaksonski i kontinentalni, ali se ne mogu precizno odvojiti pravila koja bi bila karakteristična za jedan ili za drugi model (detaljno u Radović, 2006). Ipak ćemo pomenuti neke karakteristike ova dva modela. U zakonodavstvu SAD, koje se može smatrati jednim od predstavnika anglosaksonskog pravnog sistema, kod ličnog stečaja omogućen je automatski otpust dugova, ali uz zamenu za slobodno raspolaganje i podelu neizuzete imovine u korist poverilaca. Naime, kada govorimo o neizuzetoj imovini, govorimo o imovini dužnika koja predstavlja stečajnu masu, za razliku od izuzete imovine koja služi u lične svrhe dužnika i koja ne može biti predmet raspolaganja u stečajnom postupku (Bodul, 2011, pp. 355-356). U Engleskoj i Velsu, po odredbama *Enterprise Act*-a iz 2002. godine (izmenjen *Insolvency Act* iz 1986), utvrđuje se da su dugovi automatski otpušteni kad protekne period od godinu dana, što predstavlja veliku povoljnost za dužnike (Bodul, 2011, p. 357).

S druge strane, osnovna karakteristika kontinentalnog modela jeste poravnanje, odnosno nagodba između dužnika i poverilaca. Na primer, u Švedskoj, s obzirom na to da su dužnici u posedu samo izuzete imovine, troškove postupka pokrivaju organi koji vode postupke ličnih stečajeva, tako da ne postoji problem namirenja troškova od strane dužnika. U ovoj zemlji, dužnici direktno isplaćuju potraživanja poveriocima, tako da su ti poverioci praktično poverenici koji kontrolišu dužnika (Bodul, 2011, pp. 364-365). Iz ovih nekoliko karakteristika vidimo osnovnu svrhu vođenja ličnog stečaja, a ona se sastoji u zaštiti i dužnika i poverilaca.

3.2. Karakteristike ličnog stečaja u nemačkom i američkom stečajnom zakonodavstvu

U nemačkom zakonodavstvu se uređuje i lični stečaj i stečaj nad ostaviočevom imovinom. Nemački Zakon o stečaju (*Insolvenzordnung* - InsO) iz 1994. godine predviđa lični stečaj za potrošače i tzv. „male“ preduzetnike. „Mali“ preduzetnici su lica koja se više ne bave privrednom delatnošću i koja imaju manje od dvadeset poverilaca. Inače, pravila ličnog stečaja sadrže pojedina drugačija rešenja od opšteg stečajnog postupka, koji se primenjuje na druge kategorije fizičkih lica (Garašić, 2011, p. 1493). Jedna od najbitnijih karakteristika ličnog stečaja odnosi se na mogućnost prethodnog pokušaja vansudskog

poravnanja između dužnika i poverilaca. Dužnik mora i da dokaže da je prethodno pokušano vansudsko poravnanje sa poveriocima u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje postupka ličnog stečaja (Remmert, 2002, p. 8). Ako je neko od poverilaca podneo predlog za pokretanje postupka ličnog stečaja, sud mora omogućiti dužniku da i on podnese taj predlog, s tim što, ako to učini, mora pokušati prethodno da zaključi vansudsko poravnanje sa poveriocima (čl. 306, st. 3, reč. 1-3 InsO). Vansudsko poravnanje ima dejstvo vansudske nagodbe i svi poverioci moraju da se saglase sa njegovom sadržinom.

U slučaju da je propao pokušaj zaključenja vansudskog poravnanja, pokreće se postupak ličnog stečaja, u kome je moguće da dođe do zaključenja sudskog poravnanja. Naime, ako predlog za pokretanje postupka ličnog stečaja sadrži sve potrebne dokumente, sud će plan za regulisanje dužnikovih obaveza dostaviti poveriocima, kao i popis dužnikove imovine sa pozivom da se u prekluzivnom roku od mesec dana izjasne o svim dostavljenim dokumentima, kao i o planu (čl. 307, st. 1, reč. 1-2 InsO). Ukoliko je više od polovine poverilaca dalo pristanak na plan i ako iznos njihovih potraživanja prelazi polovinu ukupnog iznosa potraživanja svih poverilaca, tada, na predlog nekog od poverilaca ili samog dužnika, sud može doneti odluku o odobrenju plana, što znači da protivljenje nekog od poverilaca nema nikakvo dejstvo na usvajanje plana (Garašić, 2011, pp. 1496-1499). Ako se proceni da plan neće biti prihvaćen, ne mora da bude razmatran (član 306, st. 3, reč. 3 InsO). Prihvaćeni plan ima snagu sudskog poravnanja. U slučaju da plan nije prihvaćen, nastavlja se posebni stečajni postupak.

Sud može u stečajnom postupku da donese odluku o oslobođenju dužnika od preostalih dugova u slučaju da mu je određen rok da povereniku uplati iznos koji po visini odgovara onom iznosu koji bi se dobio unovčenjem stečajne mase za namirenje poverilaca (čl. 314, st. 2, reč. 1 InsO). Sud neće doneti navedenu odluku u slučaju da ni u dodatnom roku od dve nedelje dužnik ne uplati odgovarajući iznos (čl. 314, st. 2, reč. 2-3 InsO). Inače, dužnik mora u momentu podnošenja predloga za pokretanje postupka ličnog stečaja da se izjasni da li želi da koristi navedeni institut (čl. 305, st. 1, br. 2 InsO).

U pravu SAD na lični stečaj se primenjuju poglavlja 7 i 13 Stečajnog zakonika iz 1978. (*Bankruptcy Code*). Odredbe poglavlja 7 dozvoljavaju tzv. „novi početak“ (*fresh start*), tj. praktično se radi o mogućnosti da se dužniku ostavi deo imovine (za novi početak), a da će se iz njegove ostale imovine platiti, tj. likvidirati njegovi dugovi prema poveriocima (Hirsch, 1994, pp. 175-176). Smatramo da ovo pravilo ne bi moglo naći mesta u postupku ličnog stečaja, imajući u vidu da se radi o imovini umrlog lica. Poglavlje 7 se, inače, primenjuje na 70% ličnih stečajeva koji se otvaraju u SAD. S druge strane, poglavlje 13 istog akta omogućava potrošaču da izbegne direktno namirenje potraživanja iz njegove imovine u zamenu za isplatu dugova u periodu od pet godina (Dick & Lehnert, 2007, p. 4). Što se tiče stečaja nad imovinom ostavioca, poglavlje 7 predviđa da će se stečajni postupak nastaviti bez obzira na smrt dužnika ili stečajnog upravnika. Naime, imenovaće se poverenik koji će se starati da se stečajna masa prebaci u ostavinsku masu (Swanson, 1987, p. 443). Ukoliko je umrli ostavio testament, njegova poslednja volja neće uticati na stečajni postupak (Swanson, 1987, p. 443). Ova pravila poglavlja 7 se primenjuju samo ako je protiv ostavioca pokrenut postupak ličnog stečaja za njegovog života.

4. Posebna pravila u postupku stečaja nad imovinom ostavioca

Prilikom definisanja i regulisanja stečaja nad imovinom ostavioca treba imati u vidu niz specifičnosti koje bi morale da budu regulisane na poseban način. To se odnosi na sledeće: 1. stečajni dužnik je naslednik ostavioca, a kako ostavilac ne može da bude titular prava, jedino je moguća situacija da dužnik bude naslednik; 2. ako naslednika nema ili nije poznat ili se niko od naslednika nije prihvatio nasleđa, stečajni dužnik, koji će biti imenovan odlukom suda, biće staralac imovine ostavioca; 3. iako je naslednik stečajni dužnik, stečajnu masu će predstavljati samo ona imovina koju je nasledio; 4. poverioci koji prijavljuju potraživanja su poverioci ostavioca, budući da su njihova potraživanja (dugovi ostavioca) nastali za njegovog života; 5. u zavisnosti od statusa ostavioca (preduzetnik, član privrednog društva ili potrošač), zavisila bi i pravila u ovom postupku.

4.1. Rešenja prihvaćena u pravima Nemačke, Sjedinjenih Američkih Država i Australije

Nemačko stečajno zakonodavstvo (InsO) reguliše stečaj nad zaostavštinom. Isključivu nadležnost za pokretanje stečajnog postupka nad zaostavštinom ima sud po mestu prebivališta ostavioca. Ako je ostavilac imao poslovno sedište u nekom drugom mestu, tada je za pokretanje stečajnog postupka nadležan sud koji se nalazi u tom mestu (čl. 315 InsO). Stečaj nad zaostavštinom može biti pokrenut i pre nego što se naslednik prihvatio nasleđa, a ako naslednika ima više, stečaj se može otvoriti i nakon podele zaostavštine. Stečaj se otvara nad celokupnom zaostavštinom i ne može se otvoriti u odnosu na jedan njen deo (čl. 316 InsO). Otvaranje stečaja nad zaostavštinom može da predloži bilo koji naslednik, lice koje se stara o ostaviočevoj imovini, izvršilac koji ima pravo da upravlja zaostavštinom, kao i bilo koji poverilac zaostavštine. Mi bismo dodali – i poverilac ostavioca. U slučaju da predlog za pokretanje stečajnog postupka ne podnose svi naslednici, on se može usvojiti ako sud dokaže stečajni razlog. U tom slučaju, sud će saslušati sve naslednike koji nisu predložili pokretanje ovog postupka. U čl. 317 InsO-a regulisana su kontradiktorna pravila saslušanja izvršioca zaduženog za upravljanje imovinom ostavioca u slučaju kada je predlog podneo naslednik i naslednika, ako je predlog podneo izvršilac. Poverioci mogu da podnesu predlog za pokretanje stečajnog postupka u roku od dve godine od dana prihvatanja nasleđa od strane naslednika (čl. 319 InsO).

Razlozi za pokretanje stečajnog postupka mogu biti insolventnost i prezaduženost. Ako predlog za pokretanje ovog postupka traže naslednik, staralac imovine ili izvršilac, tada i nastupajuća insolventnost može biti stečajni razlog (čl. 320 InsO). Najzad, poverioci mogu postaviti samo zahteve za potraživanjima koja se odnose na imovinu ostavioca (član 325 InsO).

Odredbama čl. 324 InsO-a posebno se definišu i troškovi koji će se nadoknaditi iz ostavinske mase (Schmidt, 2016, pp. 2343-2377). Nije ih potrebno navoditi, budući da se radi o opštim pravilima koja se primenjuju u stečajnom postupku.

U pravu SAD stečaj nad zaostavštinom ostavioca reguliše se prema Jedinstvenom ostavinskom zakoniku (*Uniform Probate Code*) iz 1969. godine. Akt treba da služi kao model za prenošenje imovine ostavioca naslednicima, kao i drugim licima (poveriocima), a pored

toga reguliše upravljanje kako zaostavštinom koja je predmet ostavinskog postupka tako i imovinom koja se direktno predaje naslednicima bez tog postupka. Izdvojićemo samo dva zanimljiva pravila koja se tiču poverilaca. Naime, poverioci moraju da podnesu zahtev za naplatu potraživanja u roku jedne godine od smrti ostavioca da ne bi izgubili to svoje pravo. Podnošenje zahteva još ne znači da će se i voditi stečajni postupak. Navedeni akt stavlja poveriocima na teret još jednu obavezu, a to je da moraju steći saznanje o činjenici smrti ostavioca (njihovog dužnika), što znači da ne postoji obaveza da oni budu službeno obavješteni o tome (Gagliardi, 2007, pp. 829-831).

Značajne odredbe koje regulišu stečaj nad imovinom ostavioca sadrži i Zakon o stečaju Australije. Pažnju zaslužuju dve odredbe. Pre svega, ovaj zakon predviđa situaciju kad je dužnik umro nakon što su poverioci podneli zahtev za otvaranje stečaja, ali pre nego što je sud odlučio o tome, kada sud može doneti meru privremenog oduzimanja imovine ostavioca (čl. 245). Osim toga, po odredbi čl. 247 navedenog zakona lice koje upravlja imovinom ostavioca može zahtevati da ga sud imenuje za stečajnog upravnika ako je ostavilac insolventan, odnosno ako su ispunjeni uslovi za pokretanje stečaja (Lane, 2020).

4.2. Definisanja statusa stečajne mase i statusa ostavioca kao osnova pravnog regulisanja stečaja nad zaostavštinom ostavioca

Ne bi trebalo da bude sporno da su osnovne specifičnosti koje bi trebalo da budu osnov regulisanja stečaja nad imovinom ostavioca povezane sa pitanjima naslednika i staraoca (izvršioca) imovine ostavioca kao stečajnih dužnika, zatim određivanja ostaviočevih poverilaca, kao i imovine kojom će naslednik odgovarati za dugove, odnosno, koja će predstavljati stečajnu masu. Pored toga, trebalo bi posvetiti pažnju kako statusu i zanimanju ostavioca koje je imao za života tako i nekim drugim pitanjima od važnosti za ovaj oblik stečaja.

Pre svega, ovde se postavlja pitanje statusa stečajne mase, kao i to da li će činjenica vođenja stečajnog postupka imati uticaja na status naslednika, nezavisno od instituta odvajanja zaostavštine od ostale imovine naslednika. U tom smislu interesantna su neka rešenja iz Zakona o stečaju potrošača Republike Hrvatske (dalje: ZSPH), koja regulišu posledice smrti dužnika-ostavioca protiv kojeg je već bio pokrenut postupak ličnog stečaja. Naime, po ZSPH-u, smrt potrošača će imati različita dejstva u zavisnosti od toga u kojoj fazi se stečajni postupak nalazi. Ako je lice umrlo pre donošenja rešenja o otvaranju stečajnog postupka, tada će sud doneti rešenje o njegovoj obustavi. Suprotno, ako lice umre nakon donošenja navedenog rešenja, kada se stečajni postupak, inače, sprovodi, tada se stečajni postupak nastavlja protiv stečajne mase (slično kao u australijskom zakonodavstvu). Po rešenjima u ZSPH-u, u ime i za račun stečajne mase se mogu voditi postupci ako po odredbama ovog zakona, kao i Stečajnog zakona Hrvatske nije drugačije određeno. Znači, stečajna masa, po ovom rešenju, može da bude nosilac prava svojine i drugih stvarnih prava. Ukoliko do smrti lica dođe prilikom donošenja rešenja o zaključenju stečajnog postupka, sud će u izreci tog rešenja odrediti da se eventualni ostatak iz stečajne mase prenese u ostavinsku masu umrlog lica-dužnika (Hrastinski Jurčec, Baran & Marković, 2019, pp. 30-31). Donošenje rešenja o otvaranju stečajnog postupka izaziva određene procesne i

materijalne posledice. Zbog toga je važno da se u slučaju smrti potrošača završi stečajni postupak tako što će se sprovesti nad stečajnom masom. Čak i u slučaju da se naslednici prihvate nasleđa, ovaj stečajni postupak mora da se sprovede na navedeni način. U toku stečajnog postupka, potrošač ne može da zahteva da mu se, pre završetka stečajnog postupka, prenesu stvari i prava koja čine stečajnu masu. Taj zahtev ne mogu postaviti ni naslednici. Nakon završetka stečajnog postupka, eventualni ostatak stečajne mase prelazi na naslednike, kao što bi taj ostatak bio prenet i na potrošača da je živ u tom momentu. Da bi naslednici ostvarili navedeno pravo, mora da se unovči stečajna masa i namire poverioci. Vidimo da je odredbama ZSPH-a stečajnoj masi priznata stranačka sposobnost, s obzirom na to da se protiv nje može voditi stečajni postupak. Znači, stečajna masa je stranka u postupku, jer je potrebno završiti stečajni postupak nad imovinom dužnika-potrošača, kako bi se očuvala prava poverilaca (Hrastinski Jurčec, Baran & Marković, 2019, pp. 40-41). Opisano rešenje je predviđeno zbog zaštite poverilaca.

U američkoj teoriji se, međutim, postavlja pravilo da se mora definisati pravna priroda stečajne mase da bismo mogli da definišemo status imovine ostavioca koja će, možemo to reći, biti predmet stečajnog postupka. Da li stečajna masa predstavlja skup imovinskih interesa, što je, uostalom, i zaostavština ili moramo posmatrati stečajnu masu kao pravno lice kod kojeg su imovinski interesi analogni interesima korporacije, partnerstva ili samog fizičkog lica (McJohn, 1994, pp. 465-466)? Moramo reći da stečajna masa ne može da bude stranka, s obzirom na to da nije subjekt u postupku. Imovina mora da ima titulara. U slučaju smrti potrošača, stečajna masa (imovina dužnika) gubi titulara, pa, samim tim, protiv nje ne može da bude vođen stečajni postupak. Ovde moramo da pomenemo prodaju stečajnog dužnika koja je regulisana u zakonodavstvu Srbije. Zakon o stečaju Republike Srbije (dalje: ZS) definiše pravne posledice te prodaje, budući da se stečajni postupak u odnosu na dužnika obustavlja. Stečajna masa se registruje u registru privrednih subjekata i zastupa je stečajni upravnik. Imovina stečajnog dužnika koja nije bila predmet procene kod prodaje, kao i novac koji je dobijen prodajom stečajnog dužnika, ulazi u stečajnu masu. Znači, stečajni postupak se u odnosu na stečajnu masu nastavlja (član 136), ali je zastupa stečajni upravnik. Po ovoj odredbi ZS-a, stečajnu masu možemo definisati kao skup imovinskih interesa.

Osim definisanja imovine ostavioca kao stečajne mase, pitanje statusa ostavioca takođe zahteva analizu. Kao što smo rekli, ostavilac pre smrti može biti preduzetnik, član društva ili potrošač. Ovde bi trebalo ispitati značaj primene dva instituta koja se odnose samo na ostavioca koji je u položaju dužnika. Ti instituti su lična uprava i oslobođenje od preostalih dugova koje je regulisano u nemačkom zakonodavstvu. Lična uprava omogućava dužniku da, za vreme trajanja stečajnog postupka protiv njega, može raspolagati i upravljati svojom imovinom, koja predstavlja stečajnu masu. Iako dužnik može upravljati svojom imovinom, ipak se imenuje stečajni upravnik, s obzirom na to da je za određene radnje dužnika potrebna saglasnost stečajnog upravnika. Lična uprava umanjuje posledice otvaranja stečajnog postupka. Isti institut bio je ranije predviđen u stečajnom zakonodavstvu Srbije kad je regulisan stečaj preduzetnika, ali on ne bi mogao da se primeni u postupku stečaja nad imovinom ostavioca, osim u slučaju kada se naslednicima dozvoljava da koriste stvari, odnosno upravljaju stvarima kojima je ostavilac obavljao preduzetničku delatnost. Njihovo

pravo korišćenja i upotrebe stvari iz zaostavštine izvire iz delatnosti ostavioca kojom se on bavio pre smrti, a naslednici obavljaju delatnost kako bi bila namirena potraživanja (Čolović & Milijević, 2020, pp. 364-365). Kad je u pitanju oslobođenje od preostalih dugova, takođe mislimo da ovaj institut ne bi bio primenljiv u postupku stečaja nad imovinom ostavioca, s obzirom na to da naslednik odgovara u okviru vrednosti zaostavštine.

Znači, iako je stečaj nad imovinom ostavioca lični stečaj, ne mogu se sva pravila primenjivati, budući da je osnovni cilj stečaja nad zaostavštinom namirenje poverilaca, dok je osnovni cilj ličnog stečaja novi finansijski početak, odnosno rehabilitacija dužnika. Postoji i drugi cilj koji se odnosi na pružanje mogućnosti dužniku da se vrati na kreditno tržište, kako bi se ponovo zaduživao (Opačić, 2011, p. 70).

5. Zaključak

Jedno od bitnih pitanja u ovoj oblasti odnosi se na zakon koji bi trebalo da reguliše stečaj nad zaostavštinom ostavioca. Kao što smo videli, InsO reguliše ovo pitanje na opšti način, uzimajući u obzir većinu karakteristika navedenog stečaja. Ali kako je ovaj stečaj moguće voditi samo protiv fizičkih lica (bez obzira na to ko može biti stečajni dužnik), možda bi bilo uputnije da se ova materija reguliše zakonom koji bi regulisao stečaj fizičkih lica koji, još uvek, nije donesen u Srbiji.

U stečajnom zakonodavstvu Republike Srbije nije predviđen institut stečaja nad zaostavštinom. To, naravno, dovodi u neravnopravan položaj ostaviočeve poverioce, kojima bi vođenje stečaja nad zaostavštinom omogućilo delimično namirenje. U nedostatku drugog rešenja, poverioci pokreću izvršne postupke, ali i na taj način, kao što ukazuje Đurđević (2012), nije moguće izbeći to da će faktički biti u nejednakom položaju.

Smatramo da mnoga od navedenih pravila koja se primenjuju u stečajnom postupku protiv fizičkih lica ne bi mogla da se primenjuju kada je u pitanju stečaj nad imovinom ostavioca. Razlog je taj što položaj naslednika ne može biti identičan položaju lica čiju je imovinu nasledio. Pored toga postoje teškoće da se neka od opisanih pravila primene na različite kategorije dužnika-ostavilaca. Tako pravila iz nemačkog prava koja se odnose na ličnu upravu ne bi mogla da se primenjuju kada je u pitanju preduzetnik. Takođe, ne bi bilo moguće primeniti institut oslobođenja od preostalih dugova kod stečaja potrošača. Takođe, postoje i neke specifičnosti stečaja nad imovinom lično odgovornih članova društava lica, koja dovode u pitanje jednako regulisanje ličnog stečaja i stečaja nad zaostavštinom ostavioca.

Literatura

- Bodul, D. 2011. *Osobni stečaj: globalni trend i hrvatska perspektiva. Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 32(1), pp. 351-379.
- Čolović, V. 2010. *Stečajno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.
- Čolović, V. & Milijević, N. 2020. *Stečaj: teorija-praksa*. Banja Luka: Udruženje pravnika Republike Srpske.

- Đurđević, D. 2012. Stečaj nad zaostavštinom. *Pravo i privreda*, 1-3, pp. 9-27.
- Eraković, A. 1997. *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*. Zagreb: RRiF.
- Gagliardi, E. H. 2007. Remembering the Creditor at Death: Aligning Probate and Nonprobate Transfers. *Real Property, Probate and Trust Journal*, 41, pp. 819-890.
- Garašić, J. 2011. Kako zakonski regulirati „osobni stečaj“ u Hrvatskoj. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61(5), pp. 1487-1514.
- Hirsch, A. J. 1994. Inheritance and Bankruptcy: The Meaning of the „Fresh Start“. *Hastings Law Journal*, 45(2), pp. 175-248.
- Hrastinski Jurčec, Lj., Baran, N. & Marković, N. 2019. *Stečaj potrošača priručnik*. Zagreb: Pravosudna akademija.
- Krstić, N. 2008. Izjava o odricanju od nasleđa. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 52, pp. 145-164.
- Marković, S. 1968. Dugovi zaostavštine i redosled njihove isplate. *Zbornik radova Pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu*, 7, pp. 91- 110.
- McJohn, S. 1994. Person Or Property? On The Legal Nature Of The Bankruptcy Estate. *Emory Bankruptcy Developments Journal*, 10, pp. 465-518.
- Opačić, A. 2011. Regulativa individualnog stečaja u pravu Evropske unije. *Evropsko zakonodavstvo*, 37-38, pp. 67-77.
- Radović, V. 2006. *Stečaj nad imovinom fizičkog lica*. Beograd: Dosije.
- Radović, V. & Tešić, N. 2015. On Creditor's Supplemental Rights. *Annals FLB – Belgrade Law Review*, 3, pp. 141-169.
- Schmidt, A. (ed.). 2016. *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 6. Auflage. Carl Heymanns Verlag.
- Swanson, D. L. 1987. Bankruptcy-Probate and the twain shall meet. *Creighton Law Review*, 20, pp. 435-454.
- Velimirović, M. 2004. *Stečajno pravo*. Novi Sad: Symbol.
- White, M. J. 2011. Corporate and Personal Bankruptcy Law. *Annual Review of Law and Social Science*, 7, pp. 139-164.

Internet izvori

- Dick, A. & Lehnert, A. 2007. *Personal Bankruptcy and Credit Market Competition*, Federal Reserve Bank of New York, Staff Report no. 272. Dostupno na: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/60538/1/522102395.pdf>.
- Lane, M. 2020. *Australia: Deceased estates can be subject to the Bankruptcy Act, How family members/executors and creditors can solve debt matters*. Dostupno na: <https://www.mondaq.com/australia/insolvencybankruptcy/951676/deceased-estates-can-be-subject-to-the-bankruptcy-act>, (1. 9. 2020)
- Miletić, B. 2016. Rok za prijavu potraživanja od oglašanih naslednika sudskim putem. https://www.paragraf.rs/100pitanja/nasledjivanje/rok_za_prijavu_potrazivanja_od_oglasenih_naslednika_sudskim_putem.html, (30. 8. 2020).
- Remmert, A. 2002. Introduction to German Insolvency Law. Dostupno na: http://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/projects/ieei/documents/public_papers/german_

insolvency.pdf, (3. 9. 2020).

Živojinović, D. 2015. Pozitivna naslednička izjava u sistemu sticanja nasleđa *ipso iure*. Dostupno na: <http://www.jura.kg.ac.rs/gp/16/l/clanci/zivojinovic.htm>, (20. 8. 2020).

Pravni izvori

Bankruptcy Code US (Stečajni zakonik SAD), od 6. 11. 1978, poslednji amandmani 20. 4. 2005. Dostupno na: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>.

Insolvenzordnung (InsO) (Zakon o stečaju SR Nemačke) od 5. 10. 1994 (BGBl. I S. 2866), izmenjen poslednji put 23. 6. 2017, (BGBl. I S. 1693), m.W.v. 3. 1. 2018 Stand: 21. 4. 2018 aufgrund Gesetzes vom 13. 4. 2017 (BGBl. I S. 866). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/inso/BJNR286600994.html>.

Uniform Probate Code US (Jedinstveni ostavinski zakonik SAD). Dostupno na: www.law.cornell.edu/uniform/probate.

Zakon o nasleđivanju Republike Srbije – ZON, *Službeni glasnik RS*, br. 46/1995, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015.

Zakon o stečaju potrošača Republike Hrvatske – ZSPH, *Narodne novine* br. 100/2015 i 67/2018.

Zakon o stečaju Republike Srbije – ZS, *Službeni glasnik RS* br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

Vladimir Ž. Čolović, PhD

Full professor, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia
e-mail: v.colovic@iup.rs

BANKRUPTCY OVER THE DECEASED' S ESTATE (INHERITANCE) AS A FORM OF PERSONAL BANKRUPTCY

Summary

Bankruptcy over the deceased's estate is one of the forms of personal bankruptcy. This institute contains a number of specifics that according to certain elements separate it from the personal bankruptcy. However, most of the rules of personal bankruptcy must apply to this form of bankruptcy, given the status of the deceased, his property and heirs. In order to be able to define the rules of personal bankruptcy in case of bankruptcy over the deceased's estate, we must start from the basic rules of inheritance law concerning the acceptance of inheritance and debts of inheritance. Also, important elements must be defined from the standpoint of the rules of the personal bankruptcy, namely the status of the deceased before death, the source of creditors' claims, the status of inheritance, as well as the possibility of conducting a special personal bankruptcy against the heir. When

we talk about the status of the deceased before death, we mean that he was engaged in some economic activity as an entrepreneur or he was a member of a company that has unlimited liability where he is liable with his property for the debts of that company. Finally, the deceased could be only a consumer. The author tries to answer whether the status of the deceased before death is important for conducting bankruptcy proceedings over the deceased's estate. The paper also pays attention to the German legislation, as well as to the US legislation in this area. German Insolvency Act regulates personal bankruptcy in detail, as well as bankruptcy over the deceased's estate. In addition, the author refers to some important provisions of the Act on inheritance of Serbia, as well as of the Act on consumer's bankruptcy of Croatia.

Keywords: personal bankruptcy, deceased's estate, acceptance of inheritance, heir, creditors, debtor.

Primljeno: 8. 9. 2020.

Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

DEKLARACIJA O LJUDSKIM PRAVIMA U ISLAMU IZ KAIRA**

Sažetak

U radu autor prikazuje Deklaraciju o ljudskim pravima u islamu, jedan od najvažnijih pravnih dokumenata o pravima čoveka koji je donela Organizacija islamske saradnje u Kairu 1990. godine. Iako ova deklaracija pretenduje da unapredi Univerzalnu deklaraciju UN, mora se konstatovati da je ona prihvatljiva samo u državama sa većinskim stanovništvom islamske veroispovesti. Ono što najviše narušava univerzalnost primene jeste njena duboka ukorenjenost i doslovno zavisnost od šerijatskog prava.

U radu su ukratko opisana sva prava i slobode koji se pominju u Kairskoj deklaraciji. Na prvi pogled ova deklaracija pruža zaštitu i garantuje mnoga ljudska prava, čak i više od Univerzalne deklaracije, ali sva ta prava moraju biti u skladu sa šerijatskim pravom. Ta obaveznost usklađenosti sa šerijatskim pravom često obesmišljava i sputava pravu zaštitu zagarantovanih prava. Prikazana su i pozitivna ali i negativna razmišljanja i pogledi na Kairsku deklaraciju, u zavisnosti da li su o njoj pisali teoretičari islamske veroispovesti ili zapadnih zemalja. Kako god da se posmatra, ova deklaracija će imati smisla i važiće samo u muslimanskim zemljama, bez ikakvih mogućnosti da se primeni u nekim drugim državama.

Ključne reči: *Deklaracija o ljudskim pravima u islamu iz Kaira, šerijatsko pravo, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima.*

1. Teorijske i uvodne napomene o šerijatskom pravu

Kada govorimo o islamskom pravu uvek se misli na Šerijat ili šarija, što predstavlja bazni religijski koncept islama koji je utkan u odredbe pravnog sistema i kao takav je izuzetno važan deo islamske tradicije. Šerijatsko pravo znači „put koji treba slediti“, odnosno pravo kojeg mora da se pridržava svaki musliman i koje ima svoje korene u Ku'ranu, svetoj muslimanskoj knjizi i Sunnetima (Sunnah), verskim zakonima i tradicijama koje je propovedao prorok Muhamed. Ovo pravo je, u osnovi, namenjeno da bude pozitivno pravo koje se može primeniti na sve stanovnike islamske veroispovesti i može se definisati

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

** Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Instituta za uporedno pravo za 2020. godinu koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

kao „sveti zakon islama“, tj. „sveobuhvatno telo verskih dužnosti, ukupnost Allahovih¹ zapovesti koje u svim aspektima regulišu život svakog muslimana“. Šerijat se može objasniti kao islamski verski zakon koji se smatra izrazom božje zapovesti za sve muslimane i u primeni predstavlja sistem dužnosti koje su muslimani dužni da poštuju na osnovu svog verskog ubeđenja. U svom klasičnom obliku šerijat se u odnosu na „zapadne“ pravne sisteme razlikuje u činjenici da šerijatsko pravo uređuje odnos pojedinca sa ostalim ljudima i sa samom državom, ali i njegov odnos sa bogom i sa sopstvenom savešću, što predstavlja neuporedivo širi aspekt nego što to „zapadne“ države zakonski regulišu. To zapravo znači da se šerijatsko pravo pored pravnih pravila bavi i etičkim standardima, ukazujući ne samo šta pojedinac ima pravo ili obavezu da radi po zakonu već i na ono što on po savesti mora da čini ili da se uzdrži od činjenja. Šerijatsko pravo nije samo sistem zakon već i sveobuhvatni kodeks ponašanja koji obuhvata kako privatne tako i javne aktivnosti (Shamsy & Coulson, 2019).

„Kada govorimo o ljudskim pravima u islamu, mi u stvari mislimo na prava koja je ljudima dodelio Allah, dž.š., te da to nisu prava koja je priznao neki kralj ili zakonodavna skupština. Prava priznata od strane kralja ili zakonodavne skupštine mogu biti ukinuta na isti način na koji su donesena. No, s obzirom da ljudska prava u islamu garantuje Allah, dž.š., to znači da nikakva zakonodavna skupština ni vlada na Zemlji nema pravo ni ovlast usvojiti amandmane na njih. Niko nema moć da ih ukine i ograniči“ (Mevdudi, 2015, p. 19-20). Na osnovu ovakvih stavova islamskih teoretičara, može se zaključiti da je koncept ljudskih prava u zemljama u kojima dominira stanovništvo islamske veroispovesti umnogome različit od ostatka sveta.

2. Donošenje Kairske deklaracije o ljudskim pravima u islamu

Organizacija ujedinjenih nacija je 1948. godine usvojila Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima (dalje: Univerzalna deklaracija), koju su, između ostalih, prihvatile i potpisale mnoge islamske države. Međutim, to nije nikako sprečavalo razne pisce i teoretičare iz islamskog sveta da konstantno napadaju i kritikuju Univerzalnu deklaraciju, i to pre svega sa stanovišta šerijatskog prava. Drugim rečima, stalno se zamera što se nije više vodilo računa o principima i tradiciji islama, već isključivo o potrebama i željama „zapadnog“ sveta. Takođe, tvrdi se da primedbe i predlozi upućeni od strane islamskih država uopšte nisu razmatrani u procesu pripremanja Univerzalne deklaracije. Može se primetiti da u mnogim afričkim i azijskim državama, osamdesetih godina prošlog veka, dolazi do upliva šerijatskog prava, koje se sve više širilo i zadiralo u nacionalna zakonodavstva, i to naročito ljudska prava, što je prouzrokovalo još kritičniji stav prema Univerzalnoj deklaraciji. Tako su počele da sazrevaju ideje o međunarodnoj kodifikaciji ljudskih prava i sloboda koji bi počivali na temelju šerijatskog prava. Naravno, takav akt bi bio produkt organizacije koja u svom članstvu prevashodno ima muslimanske države, ili bi okupljala muslimane iz različitih država.

¹ U nastavku teksta će se uvek pisati Allah a ne Alah, jer u većini naučnih i stručnih tekstova o islamskoj tematici pisanim na srpskom jeziku autori koriste ovakav način pisanja.

Nevladina organizacija Islamsko veće Evrope sa sedištem u Londonu predstavila je 1981. godine u Parizu „Univerzalnu islamsku deklaraciju o ljudskim pravima“ (*Universal Islamic Declaration of Human Rights*), jedan tekst koji je u potpunosti zasnovan na šerijatskom pravu i dosta rigidan po pitanju ljudskih prava, naročito u arapskoj verziji (s obzirom na to da postoji i različita verzija na engleskom). Drugim rečima, ovaj dokument je primer potpuno religioznog viđenja ljudskih prava.

Treba napomenuti da je nakon usvajanja Deklaracije o ljudskim pravima u islamu iz Kaira (o kojoj će biti govora u nastavku), Savet lige arapskih država (*Council of the Arab League*) doneo Arapsku povelju o ljudskim pravima (*Arab Charter of Human Rights*) 2004. godine, ali ona nije izazvala neki značajniji odjek. Prva verzija ove povelje je nastala još 1994. godine, ali kako je nijedna država nije ratifikovala, dorađena je i usvojena 2004. godine, a 2008. godine je stupila na snagu pošto ju je sedam država ratifikovalo. Konačna revidirana verzija Povelje uglavnom nije prepoznala mnoga važna prava i slobode koji su u skladu sa međunarodnim pravom o ljudskim pravima, što je verovatno posledica mnogih kompromisa prilikom njenog pisanja. Interesantno je napomenuti da se u ovoj povelji nigde eksplicitno ne insistira na šerijatskom pravu, iako u suštini nema nekih suštinskih razlika od zagarantovanih prava u Kairskoj deklaraciji. Čini se da je ova povelja više usmerena na politički aspekt nego na unapređenje ljudskih prava.

Organizacija islamske saradnje (*Organization of Islamic Cooperation*) sastavljena je od pedeset i sedam država članica u kojima dominira stanovništvo islamske veroispovesti. Ova organizacija sebe predstavlja kao drugu najveću međuvladinu organizaciju posle Ujedinjenih nacija, i kolektivni glas muslimanskog sveta, čiji je *raison d'être* čuvanje i zaštita interesa islamskog sveta. Posle dugog rada, od preko deset godina, ova regionalna međunarodna organizacija, na devetnaestom samitu ministara spoljnih poslova država članica, donela je u Kairu 1990. godine akt pod nazivom Deklaracija o ljudskim pravima u islamu (*Declaration on Human Rights in Islam*). Pomenuti dokument predstavlja do sada najznačajniji međunarodni akt koji reguliše ljudska prava u islamu i kao takav počiva na principima proisteklih iz božanskih zapovesti svetog pisma Kur'ana, koji za sve muslimane predstavlja najistinitiji i najobuhvatniji kodeks svih ljudskih prava.

3. Sadržina Kairske deklaracije o ljudskim pravima u islamu

Na zasedanju Organizacije islamske saradnje u Kairu, 5. avgusta 1990. godine usvojena je Deklaracija o ljudskim pravima u islamu (dalje: Kairska deklaracija) sa ciljem da prevashodno služi kao smernica u oblasti ljudskih prava i sloboda za sve države članice Organizacije islamske saradnje. Tekst ove deklaracije se sastoji od preambule i dvadeset pet članova, koji umnogome podsećaju na tekst Univerzalne deklaracije, ali je Kairska deklaracija obuhvatnija i šira na prvi pogled. Naravno, prilikom analize oba dokumenta uočavaju se velike razlike, na koje će se ukazati u ovom radu. Najpre će biti predstavljen tekst Kairske deklaracije, bez kritičkih naznaka, a zatim će se izložiti različiti pogledi i reakcije na ovaj akt. Pre svega treba napomenuti da se sva prava i slobode izneti u Kairskoj deklaraciji zasnivaju na odredbama šerijatskog prava i moraju biti u skladu sa njima.

Preambula Kairske deklaracije potvrđuje civilizacijsku i istorijsku ulogu islamske zajednice koju je „Allah stvorio kao najbolju zajednicu“ u pogledu ljudskih prava. Tvrdi se da su osnovna prava i univerzalne slobode u islamu sastavni deo islamske religije. Niko, u principu, nema pravo da ih ukine u celini ili delimično ili da ih prekrši ili ignoriše u onoj meri koliko na to obavezuju božanske naredbe, koje su sadržane u Allahovim knjigama. Stoga sva prava i slobode sadržane u Deklaraciji podležu islamskom šerijatu, jedinom zakonitom izvoru za objašnjenje, pojašnjenje i primenu ljudskih prava.

Nadovezaćemo se na uticaj šerijatskog prava na Kairsku deklaraciju time što će se prvo predstaviti poslednja dva člana ovog akta, koji upravo govore o šerijatu. Izričito se napominje da sva prava i slobode predviđeni Kairskom deklaracijom podležu šerijatskom pravu, koje je ujedno i jedini izvor za objašnjavanje ili pojašnjavanje bilo kog člana ovog akta.

Član 1 tvrdi da su svi ljudi, budući da ih je stvorio Bog, jednaki u pogledu osnovnog ljudskog dostojanstva i osnovnih obaveza i odgovornosti, bez ikakve diskriminacije po osnovu rase, boje, jezika, pola, verskog uverenja, političke pripadnosti, socijalnog statusa i sličnog.

Zatim sledi, u čl. 2 i 3 Deklaracije, proklamovanje zaštite svakako najvažnijeg prava, a to je pravo na život, koje je zagarantovano svakom ljudskom biću, samim tim što se shvata kao Božiji dar koji mora da se štiti. Zabranjeno je oduzimanje života, kao i nanošenje telesnih povreda, osim ukoliko to nije propisano šerijatskim pravom. Stoga se posebno naglašavaju: pravo nevinih osoba, poput žena, starih ljudi i dece, na zaštitu tokom sukoba, kao i pružanje medicinske pomoći ranjenicima, briga o zarobljenicima i zabrana ponižavanja mrtvih, kao i pravo osoba da njihova poljoprivredna gazdinstva i građevinske konstrukcije neće biti uništeni tokom oružanih sukoba, kao i prava koja su kao univerzalna propisana i Kairskom deklaracijom i drugim međunarodnim dokumentima koji se odnose na ovu tematiku.

Deo Deklaracije koji štiti bračne i porodične odnose predviđa zabranu pobačaja, odnosno zaštitu fetusa, pravo roditelja da odaberu vrstu obrazovanja za svoju decu, kao i izvesna prava rođaka i ostalih članova porodice, pravo na zasnivanje porodice bez ometanja i diskriminacije. U čl. 6 i 7 Deklaracije navodi se da su žene jednake muškarcu u ljudskom dostojanstvu, imaju samostalni pravni subjektivitet, pravo i dužnosti vezane za uživanje imovine i pri tome zadržavaju svoju finansijsku nezavisnost, svoje ime i poreklo. Suprug ima odgovornost za održavanje i dobrobit porodice. Tu je uključeno i pravo na privatnost porodice i doma, zabrana špijuniranja privatnog života, kao i omalovažavanja imena čoveka.

U Kairskoj deklaraciji se garantuje i pravo na obrazovanje, kome korespondira obaveza samog društva i države da takvo obrazovanje obezbedi. Obrazovanje podrazumeva moderno ali i religiozno obrazovanje, koje doprinosi razvoju ljudske ličnosti i ojačava čovekovu veru u Allaha. Kada govorimo o pravu na veroispovest (čl. 10 i 11 Deklaracije), zabranjeno je vršiti bilo kakav oblik pritiska na čoveka ili iskorišćavanje njegovog siromaštva ili neznanja da se natera da promeni svoju religiju u drugu religiju ili da prihvati ateizam.

Jako zanimljiva i značajna jeste odredba koja se tiče zabrane svih vrsta kolonijalizma kao jednog od najgorih oblika porobljavanja čoveka, jer ljudska bića se rađaju slobodna i niko nema pravo da ih porobljava, ponižava, tlači ili iskorišćava, osim svemogućeg Allaha. Dužnost svih država je da podrže borbu kolonizovanih naroda i likvidaciju svih

oblika okupacije, a sve države i narodi imaju pravo na slobodu i samoopredeljenje, kao i pravo da sačuvaju svoj nezavisni identitet i kontrolu nad svojim bogatstvom i prirodnim resursima. Sloboda kretanja, kao i izbor prebivališta unutar ili izvan sopstvene države, a ujedno i pravo na azil su takođe zagarantovana prava.

Socijalna prava započinju pravom na rad koji garantuje država i društvo za svaku osobu sa sposobnošću za rad. Ovde se garantuje ravnopravnost muškaraca i žena na platu, kao i za druga radna prava. Sledi i pravo na zdravstvenu i socijalnu zaštitu, a garantuje se pravo plodouživanja sopstvenog naučnog, književnog, umetničkog ili tehničkog rada. Svačiji rad se vrednuje na pravedan način tako da može potpuno legitimno da se zarađuje za egzistenciju bez monopolizacije, prevare i nanošenja štete sebi ili drugima. Zelenaštvo se izričito zabranjuje. Pravo na zakonitu imovinu se garantuje, a eksproprijacija nije dozvoljena, osim kada je to od javnog interesa i uz plaćanje brzog i pravičnog obeštećenja.

Pravda je svima zagarantovana i svi su jednaki pred vlašću, a odgovornost je uvek lična. Prezumpcija nevinosti je osigurana u sudskom procesu u kome je zagarantovana i odbrana optuženog. Zabranjeno je hapšenje, kao i ograničavanje slobode, progonstva i kažnjavanje bez razloga utemeljenog u pravu. Podrazumeva se i zabrana svake vrste mučenja, maltretiranja, okrutnosti ili omalovažavanja osobe. Takođe je uzimanje talaca u bilo kojoj situaciji izričito zabranjeno.

Pravo na slobodu izražavanja svog mišljenja je dozvoljeno ukoliko nije u suprotnosti sa odredbama šerijatskog prava. U ovom članu se veoma detaljno opisuje slobodno informisanje, ali uvek se stavlja u kontekst sa poštovanjem normi islamskog šerijata.

Svakome se garantuje direktno ili indirektno učestvovanje u vlasti, odnosno javnim poslovima zemlje. Iskorišćavanje vlasti za zloupotrebu ljudskih prava se strogo brani. Još jedna odredba Kairske deklaracije privlači pažnju, a to je pravo na život u čistom okruženju oslobođenom od poroka i moralne izopačenosti.

4. Poređenje Kairske deklaracije i Univerzalne deklaracije

Kairska deklaracija donosi znatno drugačije poglede na ljudska prava i na njihovo razumevanje od dotadašnjih shvatanja koja su utemeljena donošenjem Univerzalne deklaracije. Osnovna razlika između ove dve deklaracije je u tome što Kairska deklaracija ima religijski koncept ljudskih prava i time je prilagođena ljudima islamske veroispovesti, što umnogome sprečava da se na ljude drugih veroispovesti ili ateiste mogu u potpunosti primeniti prava i slobode koji su propisani ovim dokumentom.

Ako se posmatra broj zagarantovanih prava, svakako da su ona u Kairskoj deklaraciji brojnija i sveobuhvatnija nego u Univerzalnoj deklaraciji. Kairska deklaracija se bavi i nekim pravima koja nisu navedena u Univerzalnoj deklaraciji, poput zabrane kolonijalizma i prava na borbu protiv njega, prava suprotstavljanja nasrtaja na ljudski život, prava na život u zdravoj sredini lišenoj moralnih izopačenosti, prava na posedovanje sigurnosti vere uporedno sa sigurnosti života, porodice i časti, prava na zaštitu ljudskog dostojanstva čak i nakon smrti, prava na častan odnos prema zemnim ostacima čoveka (Kangavari, 2017, p. 23). Takođe i zaštita lica kao što su žene, deca i stariji ljudi u slučaju ratnih dejstava, pomaganje ranjenicima, zabrana uzimanja talaca, humano postupanje sa ratnim zarobljenicima, jesu

prava koja nisu uključena u Univerzalnu deklaraciju, što ne znači da nisu obuhvaćena drugim međunarodnim aktima. Kairska deklaracija, za razliku od Univerzalne deklaracije, daje pravo fetusu i majci i garantuje im zaštitu.

5. Reakcije na Kairsku deklaraciju

U vezi sa Kairskom deklaracijom razmišljanja i pogledi su veoma podeljeni i suprotstavljeni. Zato ćemo prvo izneti pozitivne reakcije na Kairsku deklaraciju, a zatim i negativne.

5.1. Pozitivne reakcije na Kairsku deklaraciju

O ovom dokumentu se povoljno izražavaju skoro isključivo teoretičari (pravni i verski) islamske veroispovesti. Velika većina pisaca koja hvali i ističe kvalitet Kairske deklaracije, to čini kritikujući Univerzalnu deklaraciju i ukazujući na njene propuste i loša rešenja. I Kairska i Univerzalna deklaracija imaju velike i nepomirljive razlike te se na Univerzalnu deklaraciju muslimani ne mogu ni osloniti ni pouzdati, jer umnogome odstupa i razlikuje se od šerijatskog prava. Ta deklaracija nije ni namenjena stanovnicima islamske veroispovesti, jer nije ni univerzalna, čim je namerno isključila veliki broj ljudi islamske vere. Svaki pokušaj jednog dela muslimanskog sveta da kolektivno primeni ljudska prava iz ove deklaracije znači da će morati da napuste učenje islama na štetu sekularnih zapadnih vrednosti, što je nešto što se ne može zamisliti, ni prihvatiti. Muslimanske zemlje, preko Organizacije islamske konferencije bi trebalo da insistiraju na potpunoj primeni Povelje o ljudskim pravima (kao što je Kairska deklaracija), kako bi sprečile mešanje zemalja zapadnog sveta u njihove unutrašnje stvari, pod maskom tobože zaštite i promocije ljudskih prava. Lideri svih zemalja sa islamskom veroispovešću moraju uvek da stoje uz Kur'an, kako bi pokazali superiornost islamskih ljudskih prava u odnosu na prozapadna shvatanja ljudskih prava (Mwamburi & Fahm, 2018, pp. 137-139).

Neki teoretičari smatraju da Kairska deklaracija govori o suverenitetu svemogućeg Allaha i da su sva stvorenja njegove sluge, što znači da su svi ljudi jednaki. Ova deklaracija je uvela mnoga prava koja štite žene, vojnike i stare ljude koji poštuju ciljeve šerijatskog prava, a uvela je i mnoge novine koje do tada nisu poznavali akti koji se tiču ljudskih prava, kao što je pravo potomstva i zaštite deteta pre i posle rođenja, pravo na obrazovanje čiji je glavni cilj poštovanje tradicije islamskog društva, neka porodična prava, prava na privatnost kao i pravo na imovinu čiji se ciljevi poklapaju sa šerijatskim pravom (Ashfaq & Pakeeza, 2017, pp. 20-21).

Odredbe Kairske deklaracije su zasnovane na principima Kur'ana i u najboljem smislu izražavaju islamski univerzalizam, jer „Kur'an je najcjelishodniji kodeks ljudskih prava“ (Hodžić, 1997, p. 73). Kairska deklaracija predstavlja svojevrsan pokušaj islamskog društva da na međunarodnoj sceni izrazi svoj islamski identitet i izrazi stavove i gledišta ove Božije vere u vezi s pitanjem ljudskih prava (Kangavari, 2017, p. 28).

5.2. Negativne reakcije na Kairsku deklaraciju

Ljudska prava zagwarantovana Kairskom deklaracijom pod striktnom primenom pravila šerijatskog prava postaju promenjena ili potpuno ukinuta, što dovodi do besmisla tvrdnje da se ovom deklaracijom štite i poštuju ljudska prava. Pravo na život, kao jedno od osnovnih prava, kroz prizmu šerijatskog prava potpuno se izobličava, jer su po islamskim verskim zakonima i običajima uobičajene surove kazne, koje podrazumevaju i smrtnu kaznu kamenovanjem ili na drugi okrutan i nečovečan način. U tom kontekstu i sloboda govora i mišljenja je više restrikcija tog prava, te se dovodi u pitanje, jer bogohuljenje šerijatsko pravo kvalifikuje kao najteže krivično delo za koje je predviđena i smrtna kazna. Pravo na slobodu religije, iako je garantovano Kairskom deklaracijom, po šerijatskom pravu ne omogućava pripadnicima islamske veroispovesti da promene svoju veru, što ovo pravo dovodi do apsurdna. U vezi s tim, iako je pravo na brak zagwarantovano i ne postoje nikakve smetnje u vezi sa rasom, bojom kože ili nacionalnosti, ipak muslimanka po šerijatskom pravu nema pravo da se uda za muškarca koji nije islamske veroispovesti.

Kairska deklaracija razmatra verska, građanska i politička prava u Univerzalnoj deklaraciji kao prekomerna i primenjuje islamski šerijat da bi ih ograničila i smanjila. U ovoj deklaraciji su korišćene „islamske šeme“ ljudskih prava za odbranu određene koncepcije „islama“ protiv korumpiranog i hegemonističkog „Zapada“ (Mayer, 1994, p. 327). Za Kairsku deklaraciju religija predstavlja legitimni osnov za diskriminaciju i ograničavanje prava na brak, jednakost žena ograničena je na „ljudsko dostojanstvo“, a muškarci i žene zadržavaju rodno specifična prava i odgovornosti. Takođe, sloboda kretanja je pravo dodeljeno samo muškarcima i ograničeno je šerijatskim pravom, kao i pristup slobodi mišljenja, izražavanja i informacijama (Blitt, 2017, p. 764).

Iako se u Kairskoj deklaraciji insistira na nediskriminaciji, odnosno ravnopravnosti žene i muškarca, ta jednakost se izražava isključivo u ljudskom dostojanstvu, osnovnim obavezama i odgovornosti, ali se nigde ne pominju prava. Na primer, potpuno pravo slobode kretanja se podrazumeva samo za muškarce, jer je opštepoznato da je u islamskim državama to pravo rezervisano za muškarce i da je ženi, ukoliko nije u pratnji supruga ili muškog rođaka, sloboda kretanja na veće daljine uskraćena. Yakin Ertürk, bivši specijalni izvestilac UN za nasilje nad ženama, za Kairsku deklaraciju smatra da predstavlja dominantnu, diskriminatornu paradigmu koja je predstavljena kao jedina legitimna interpretacija, dok se različiti glasovi koji postoje u svakoj kulturi učutkuju, posebno ako su to glasovi žena ili drugih marginalizovanih grupa. Prema njegovom mišljenju, Kairska deklaracija je namerno dvosmislena u pružanju ravnopravnosti žena i manipuliše terminologijom prava da bi osporila ženska prava, uključujući prava na život bez rodno zasnovanog nasilja (UN Human Rights Council, 2007, pp. 40-41).

6. Zaključna razmatranja

Različite islamske deklaracije o ljudskim pravima (više religiozne nego pravne), koje su do danas usvojene, ne uspevaju da pomire islam sa međunarodnim standardima ljudskih prava i sloboda samo zato što je šerijatsko pravo njihov jedini izvor istine na kome

je zasnovan islamski koncept ljudskih prava. To uključuje i Kairsku deklaraciju koja, iako nije pravno obavezujuća, ima simboličku vrednost i politički značaj u pogledu politike ljudskih prava u okviru islama. Naravno da se ne može poreći da Kairska deklaracija nije ništa donela u međunarodno pravo, ali potpuna podređenost zakonima šerijatskog prava dovodi u mnogim slučajevima do potpuno drugog značenja od onog kako je naznačeno u tekstu Deklaracije. U stvari, Kairska deklaracija o ljudskim pravima u islamu je pokušaj prikazivanja identiteta islama na međunarodnom planu i uvođenja islamskog stava prema ljudskim pravima. Ograničavanjem prava samo na ona koja dozvoljava šerijat, Kairska deklaracija ne samo što ne dopunjava Univerzalnu deklaraciju i ostale međunarodne ugovore i sporazume na ovu tematiku nego, umesto toga, potkopava mnoga prava koja bi trebalo da garantuju. Univerzalna deklaracija je dokument namenjen svim građanima sveta, dok je Kairska deklaracija namenjena samo ljudima islamske veroispovesti kao grupi. Sve u svemu, može se tvrditi da Kairska deklaracija nije uspeła da se pozabavi brojnim važnim odredbama koje su ključne za njenu usklađenost sa međunarodnim standardima ljudskih prava. Stoga, s obzirom na ove uzajamno isključive perspektive, Kairska deklaracija i Univerzalna deklaracija su nespojive.

Literatura

- Ashfaq, H. & Pakeeza, S. 2017. Right of Progeny and Cairo Declaration of Human Rights in Islam. *Journal of Islamic and Religious Studies*, 2(1), pp. 19-30.
- Blitt, R. C. 2017. Equality and nondiscrimination through the eyes of an international religious organization: The Organization of Islamic Cooperation's (OIC) response to women's rights. *Wisconsin International Law Journal*, 34(4), pp. 755-822.
- Hodžić, S. 1997. Pogled na ljudska prava u islamu. U: *Takvim za 1998.(1418/19.h.g.)*. Sarajevo: Rijaset Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini.
- Kangavari, R. Q. 2017. Komparativna analiza ljudskih prava u islamu i na zapadu. *Strani pravni život*, 2, pp. 9-35.
- Mayer, A. E. 1994. Universal Versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures or a Clash With a Construct. *Michigan Journal of International Law*, 15, pp. 307-429.
- Mevdudi, E. A. 2015. *Ljudska prava u islamu*. prev. Elvir Duranović. Bugojno.
- Mwamburi, A. H. & Fahm, A. O. 2018. Islam and Human Rights with special reference to the Universal Human Rights and the Cairo Declaration on Human Rights. *Journal Syariah*, 26, pp. 123-140.

Internet izvori

- Shamsy, A. E. & Coulson, N. J. Sharī'ah, Encyclopædia Britannica. Dostupno na: <https://www.britannica.com/topic/Shariah>, 14. 11. 2019.

Pravni izvori

Organizacija islamske saradnje

Cairo Declaration on Human Rights in Islam, 1990. Dostupno na: <http://prfjk.org/wp-content/uploads/2018/07/Cairo-Declaration-on-Human-Rights-in-Islam.pdf>.

Organizacija ujedinjenih nacija

UN Human Rights Council: Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences on Intersections between Culture and Violence against Women, 60, Jan. 17, 2007. Dostupno na: A/HRC/4/34, <http://www.refworld.org/docid/461e2c602.html>.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima 1948. Dostupno na: <http://bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Univerzalna-deklaracija-o-ljudskim-pravima-1948.pdf>.

Oliver P. Nikolić, PhD

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

e-mail: o.nikolic@iup.rs

THE CAIRO DECLARATION ON HUMAN RIGHTS IN ISLAM

Summary

In this paper, the author presents the Declaration on Human Rights in Islam, one of the most important legal acts on human rights adopted by the Organization of Islamic Cooperation in Cairo in 1990. Although this Declaration pretends to improve the UN Universal Declaration of Human Rights, it must be stated that it is acceptable only in countries with a population of Islamic faiths. What most threatens the universality of its application is its deep-rootedness and literal dependence on Sharia law.

The article briefly describes all the rights and freedoms mentioned in the Cairo Declaration. At first glance, this Declaration provides protection and guarantees many human rights, even more than the Universal Declaration, but all these rights must be in accordance with Sharia law. This mandatory compliance with Sharia law often makes senseless and restrains the real protection of guaranteed rights. Both positive and negative thoughts and views on the Cairo Declaration are presented, depending on whether theorists of Islamic religions or Western countries have written about it. No matter how you look at it, this Declaration will make sense and will be valid only in Muslim countries, without any possibilities to apply it in some other countries.

Keywords: Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Sharia Law, Universal Declaration on Human Rights.

Primljeno: 5. 9. 2020.
Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

KONVENCIJA 108: AKTUELNI ZNAČAJ I PRIMJENA

Sažetak

Cilj rada je ukazati na mjesto koje Konvencija za zaštitu pojedinaca u vezi sa automatskom obradom ličnih podataka (Konvencija 108) ima u cjelokupnom sistemu zaštite ličnih podataka, naročito iz perspektive zemalja koje nisu članice EU a članice su Savjeta Evrope. Ovo je pokušano prvenstveno kroz evaluaciju odnosa između Konvencije 108 i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava (EKLJP) i Opšte uredbe o zaštiti podataka (GDPR) u dijelu u kojem GDPR reguliše odnose EU i trećih zemalja.

U radu su prvo predstavljeni principi, te suština izmjena i dopuna koje je Konvencija 108 pretrpjela kroz amandmane iz 2018. godine, a što koincidira sa stupanjem na snagu GDPR-a. Prema GDPR-u, pristupanje i poštivanje Konvencije 108 je jedan od osnovnih parametara za ocjenu nastavka saradnje članica EU sa trećim zemljama u kontekstu protoka informacija, te je ovom, očigledno značajnom, pitanju posvećen drugi dio rada. U završnom dijelu teksta su u sažetom obliku predstavljeni predmeti Evropskog suda za ljudska prava koji sadrže pozivanje na Konvenciju 108.

***Ključne riječi:** zaštita ličnih podataka, Konvencija 108, GDPR, EKLJP, pravo na privatnost.*

1. Uvod

Pitanje zaštite ličnih podataka je posljednjih decenija u žiži interesovanja opšte i stručne javnosti, praktičara i zakonodavaca. Potreba za obuhvatnijim i detaljnijim regulisanjem ove materije javila se upravo sa informatizacijom društva, naročito sa intenziviranjem upotrebe kompjutera u javnoj upravi i pravosuđu, ali i u privatnom sektoru. Količina podataka koja se može čuvati, te brzina obrade i razmjene podataka u elektronskoj formi, neuporedivi su sa njihovom standardnom manualnom obradom i čuvanjem. Isto tako, donošenje novih propisa, te izmjene i dopune postojećih, kako na međunarodnom tako i na domaćem nivou, uslovljeno je tehnološkim napretkom i promjenama.

Međutim, ne treba upasti u zamku da se ova materija razmatra isključivo sa tehničkog aspekta. Stoga su svi važniji međunarodni dokumenti i većina nacionalnih

* Doktor pravnih nauka, direktor Centra za edukaciju sudija i tužilaca FBiH, Sarajevo, Bosna i Hercegovina, e-mail: arben.murtezic@cest.gov.ba

zakona koji regulišu pitanje zaštite ličnih podataka zasnovani na principima koji proklamuju određenu vrstu tehnološke neutralnosti, iako se u njima sreće sve više, između ostalog, i tehničkih detalja.

Interesovanje za domen zaštite ličnih podataka kuliminiralo je sa donošenjem Uredbe (EU) 2016/679 Evropskog parlamenta i Savjeta od 27. aprila, 2016. o zaštiti fizičkih lica u odnosu na obradu podataka o ličnosti i o slobodnom kretanju takvih podataka i o stavljanju Direktive 95/46/EZ van snage (Opšta uredba o zaštiti podataka – GDPR). Donošenje GDPR-a izazvalo je nezapamćenu međunarodnu pažnju (Philips, 2018, p. 578). Međutim, ni u kom slučaju se ne može reći da je donošenjem GDPR-a umanjen značaj Konvencije Saveta Evrope za zaštitu pojedinaca u vezi sa automatskom obradom ličnih podataka (Konvencija 108), koja prethodi normativnim aktivnostima na nivou Evropske unije, a 1992. ratifikovana je u Srbiji posebnim zakonom. Naprotiv, GDPR je kroz princip adekvatnosti, o kojem će u tekstu biti dosta riječi, ponovo ukazao na važnost Konvencije 108. Tako će i u ovom radu, podsjećanja radi, biti predstavljeni osnovni principi Konvencije 108 prema izvornom tekstu iz 1981. godine, te suština moderniziranja i izmjena iz 2018. godine. Nakon toga slijedi analiza odnosa između GDPR i Konvencije 108, naročito iz perspektive zemalja koje nisu članice EU, a članice su Savjeta Evrope.

Iako Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP), ratifikovana u Srbiji 2003. godine posebnim zakonom, ne prepoznaje pravo na zaštitu podataka kao takvo, to se pitanje nameće u kontekstu prava na privatnost, a Konvencija 108 se često koristi u obrazloženjima Evropskog suda za ljudska prava (Evropski sud), što je predmet završnog dijela ovog teksta. Ovim bi se trebalo ukazati na adekvatnu primjenu i tumačenja od strane institucije sa najvećim autoritetom.

Kao što je i navedeno, interesovanje za oblast zaštite ličnih podataka traje dugo. Međutim, akademski izvori vezani za većinu navedenih konkretnih pitanja su, vjerovatno zbog recentnosti, relativno skromni, te se ovo istraživanje nešto više oslanja na primarne izvore, odnosno na analizu tekstova propisa i sudskih presuda.

2. Osnovne karakteristike i principi Konvencije 108

U odnosu na druge međunarodne dokumente, Konvencija je jedinstvena jer je specijalizovana, te se isključivo odnosi na zaštitu podataka. Potencijalno je globalna po svom članstvu i predviđa izvršni mehanizam. Drugi dokumenti imaju karakter uputstava ili vodiča te nisu direktno izvršivi ili, kada je u pitanju legislativa Evropske unije, imaju strogo regionalni karakter bez obzira na indirektni globalni uticaj koji mogu ostvarivati.

Tačan datum kada je Konvencija otvorena za potpisivanje (28. januar) proglašen je međunarodnim danom zaštite podataka, što na simboličan način govori o važnosti ovog dokumenta. Nije izvjesno ni da će se u doglednom periodu pojaviti dokument koji će imati takav značaj u domenu zaštite ličnih podataka, te u tom pogledu Konvencija 108 nema konkurenciju i lako je moguće da je to jedini ovakav dokument koji ćemo ikada vidjeti (Bygrave, 2010).

Ključne odredbe Konvencije 108 su čl. od 5 do 8, koji su zaista po obimu vrlo kratki, odnosno sažeti, a po karakteru vrlo generalni. Od posebne važnosti je čl. 5, koji je možda neprikladno naslovljen kao „Kvalitet podataka“, a koji u suštini u najsajetijem obliku sadrži temeljne principe i nalaže da podaci treba da budu unijeti za tačno utvrđene i legitimne svrhe, da se koriste namjenski; adekvatni su, relevantni i odgovarajućeg obima i čuvaju se samo u periodu koji je neophodan da bi postigli svoju svrhu.

Princip bezbjednosti podataka posebno je izdvojen i vrlo se uopšteno zahtijeva da mjere bezbjednosti budu „odgovarajuće“ (čl. 7), te stoga ne čudi da je ovaj segment značajno dopunjen kroz amandmane iz 2016. Prava subjekta podataka u suštini se mogu svesti na pravo da bude obaviješten, da mu bude omogućen pristup i mogućnost da zatraži ispravku podataka (čl. 8).¹

Dodatni protokol uz Konvenciju br. 108 (ETS No. 181) iz 2001. godine obavezao je potpisnice na ograničenje prenosa podataka van svojih granica ukoliko u drugoj državi ili organizaciji nije obezbijeden odgovarajući stepen zaštite za namjeravani prenos podataka. Zatim, zahtijeva se uvođenje nacionalnih nadzornih organa protiv čijih odluka je dozvoljena sudska zaštita.

Krajem augusta 2020. godine, 55 zemalja je potpisalo i ratifikovalo Konvenciju 108, uključujući i osam zemalja koje nisu članice Savjeta Evrope (CoE, 2020).

3. Modernizacija Konvencije 108 kroz amandmane iz 2016. godine

Dodatni protokol uz Konvenciju br. 108 (dalje: Protokol) usvojen je 18. maja 2018. godine (CETS, No 223). Konvencija, odnosno prečišćeni tekst Konvencije, koji uključuje i ovaj protokol naziva se Konvencija 108+ ili Modernizovana konvencija.

Osnovni principi na kojima počiva Konvencija 108 se nisu značajno promijenili, već su prilagođeni novim realnostima i zahtjevima sa terena. Dalje, dokument je značajno dopunjen detaljima i dijelovima koji donekle konkretizuju prilično uopštene odredbe osnovnog teksta (Rojszczak, 2020, p. 29).

Tako, recimo, kada se radi o definicijama, osnovna definicija ličnog podatka kao svake informacije koja se odnosi na određenog ili odredivog pojedinca je ostala ista (čl. 2, tač. a Konvencije 108).

Modernizovana konvencija uvodi i termin „*recipient*“, odnosno „*primalac*“ informacije (čl. 2, tač. e Konvencije 108). Primalac u ovom smislu je bilo koje fizičko ili pravno lice kojem se podatak dostavlja. Zahtjev javnim organima da dostave ovakve podatke uvijek treba biti u pismenoj formi i obrazložen, te se mora odnositi na tačno određen podatak. Lako se može primijetiti da se ovakve odredbe mogu naći u većini propisa kojima je regulisana sloboda pristupa podacima od javnog značaja.

Jedna od najvažnijih dopuna je uvođenje pristanka subjekta podataka da se njegovi podaci obrade. Ovakav pristanak mora se dati slobodno, konkretno i nedvosmisleno, te mora predstavljati slobodan izbor. Pristanak se može dati elektronskim putem, pismeno ili usmeno, ali je važno naglasiti da jednostavna šutnja ili neaktivnost nisu dovoljni da se

¹ Odredbe članova 6, 7 i 8 će posebno biti obrađene u narednom dijelu koji se odnosi na amandmane iz 2016.

smatra da je pristanak dat. Međutim, kao alternativa pristanku kao osnovu procesuiranju podataka predviđen je drugi legitiman osnov utemeljen u zakonu (čl. 5, st. 2 Konvencije 108). Dopuna vezana za sigurnost podataka tiče se jednog od najvećih problema u domenu kompjuterskog kriminala uopšte, a to je izbjegavanje prijavljivanja različitih upada u sistem i krađe podataka. Naime, poznato je da, prije svega, pravna lica, zbog zabrinutosti za svoju reputaciju, oklijevaju i izbjegavaju da prijave ovakve slučajeve (Sukhai, 2004, p. 131). Zbog toga se od svakog rukovaoca i/ili obrađivača podataka traži da prijavi svako narušavanje sigurnosti sistema koje bi moglo ozbiljnije ugroziti pravo nosioca podataka (čl. 7, st. 2 Konvencije 108).

Katalog posebnih, odnosno osjetljivih kategorija ličnih podataka (čl. 6 Konvencije 108) proširen je u odnosu na izvorni tekst Konvencije, tako da su pored ličnih podataka koji se odnose na rasnu pripadnost, političku pripadnost, te zdravlje, seksualni život i krivičnu osuđivanost, među osjetljive svrstani i podaci o etničkoj pripadnosti i, interesantno, pripadnosti sindikatima. Dalje, biometrijski podaci i genetički podaci kao što su DNK i RNK su takođe uvršteni, što je razumljivo s obzirom na intenciju da se Konvencija 108 u pravom smislu modernizuje i odgovori na aktualna pitanja koja postavlja razvoj nauke. Pored toga i Evropski sud za ljudska prava je već ukazao na potrebu da se konkretno podaci o DNK koriste ograničeno i samo u svrhe u koje su pribavljeni (*S i Marper v. UK*, predmet 30562/04, presuda od 4. 12. 2008).

Međutim, koliko je složeno pitanje koji podaci spadaju u osjetljive i time uživaju posebnu zaštitu možemo vidjeti na primjeru naizgled „običnih“ ličnih podataka kao što su ime i prezime i fotografija. Naime, obrada i korištenje imena i prezimena u uobičajene svrhe, npr. isplata plate ili plaćanje računa, u principu ne sadrži neki rizik za interese pojedinca. Međutim, ukoliko se imena traže kako bi se kroz porijeklo utvrdila nečija vjerska ili etnička pripadnost, i samo ime postaje osjetljiv podatak. Tako je i sa korišćenjem fotografija, koje mogu biti iskorišćene u svrhu otkrivanja rasne pripadnosti, zdravstvenog stanja ili nekog drugog osjetljivog podatka o ličnosti.

Generalna tendencija proširivanja prava nosioca, odnosno subjekta informacija ogleda se u povećanju transparentnosti obrade podataka, što uključuje dostupnost svih informacija, koje se, između ostalog odnose na to ko, zašto, gdje, s kojim pravnim osnovom, na koji način i u kojem vremenu kontroliše, obrađuje i čuva podatke. Imajući u vidu ustaljenu praksu da i državni organi koriste različite privatne informatičke firme, naglašena je povećana odgovornost državnih organa da kontrolišu ovu vrstu vanjskih saradnika (čl. 10 Konvencije 108). U vezi sa ovom povećanom odgovornošću je i jačanje regulatornih, odnosno nadzornih tijela za koje se od država potpisnica očekuje da ih ovlaste da intervišu, istražuju i pokreću sudske postupke (čl. 12 Konvencije 108).

Do kraja augusta 2020. godine, 36 zemalja je već potpisalo Protokol, a svega pet ratifikovalo. Među njima je i Republika Srbija, koja je za sada i jedina zemlja koja nije članica EU a ratifikovala je Protokol (CoE, 2020). Među 12 zemalja potpisnica, koje su kao i Republika Srbija, članice Savjeta Evrope a nisu članice EU, jesu Bosna i Hercegovina, Sjeverna Makedonija i Ruska Federacija. Među potpisnicama su i tri zemlje koje nisu članice Savjeta Evrope (Argentina, Tunis i Urugvaj). Što se tiče stupanja na snagu, predviđene su dvije mogućnosti. Prva je stupanje na snagu nakon što se sve potpisnice Konvencije 108

u osnovnom obliku obavežu na poštivanje amandmana. Druga mogućnost je stupanje na snagu pet godina od otvaranja mogućnosti potpisivanja uz uslov da do tada bude 38 potpisnica (čl. 37 Protokola).

4. Uredba o zaštiti podataka (GDPR) i Konvencija 108

Evropski parlament je usvojio GDPR 14. aprila 2016. godine, a primjenjuje se od 25. maja 2018. godine. Osnovni principi se mogu sažeti na sljedeće: zakonitost, pravičnost i transparentnost; ograničavanje svrhe; smanjenje, odnosno minimiziranje količine podataka; tačnost; integritet i povjerljivost. Ovo je, s jedne strane, podržano zahtjevima za transparentnošću a, s druge strane, zahtjevom za odgovornošću (Goddard, 2017, p. 703). Navedeno ne odudara značajno od osnovnih postulata Konvencije 108, ali se generalno može reći da GDPR više akcentira bezbjednost i odgovornost. Međutim, ono što je posebno važno za ovo istraživanje su odredbe o teritorijalnoj važnosti. Naime, teritorijalno važenje, ili, kako ga još sa pravom nazivaju ekstra teritorijalno važenje (Van Alsenoy, 2017) i inače se smatra najvećim dostignućem ovog dokumenta.

Upravo je navedeni aspekt GDPR-a predmet brojnih diskusija, analiza i predviđanja koja idu od toga da bi GDPR mogao ugroziti slobodu govora u SAD (Wimmer, 2018) do toga da bi mogao značiti kraj za *Google* ili *Facebook* (Houser & Voss, 2018). Iako su ove najave možda pretjerane, činjenica je da je GDPR donesen sa namjerom da reguliše sve aspekte interneta koji se tiču EU i njenih državljana te da u relativno kratkom periodu primjene već ima značajne efekte i van EU (Stepanović, 2019).

Naime, čl. 45, st. 1 GDPR-a predviđa da se prijenos ličnih podataka trećoj zemlji ili međunarodnoj organizaciji u pravilu može realizovati pod uslovom da Komisija odluči da treća zemlja osigurava adekvatnu zaštitu. Eventualno, prijenos podataka se može vršiti bez odluke o adekvatnosti ukoliko se na prijenose primjene odgovarajuće zaštitne mjere (čl. 46 GDPR) koje uključuju kodekse ponašanja i sistem sertifikacije. Odstupanja su predviđena samo u posebnim slučajevima (čl. 49 GDPR), kao što su, između ostalih, prijenosi potrebni iz važnih razloga javnog interesa ili prenosi potrebni za zaštitu životno važnih interesa lica na koje se podaci odnose. Međutim, zahtjevnost i složenost uspostavljanja propisanih zaštitnih mjera, te striktna limitiranost slučajeva u kojima je predviđeno odstupanje, učvršćuju centralno mjesto koncepta adekvatnosti (Bräutigam, 2016).

Prvi element prema kojemu se ova adekvatnost ocjenjuje počinje uopštenim zahtjevom za poštivanjem vladavine prava i temeljnih ljudskih sloboda. Dalje su tu, između ostalog, i zahtjevi za poštivanjem prava lica na koja se podaci odnose, za postojanjem efikasne upravne i sudske zaštite, te mjera bezbjednosti, uključujući i pravila o daljnjem prijenosu podataka trećoj zemlji. Suštinski, svi ovi elementi se mogu naći i u principima Konvencije 108 (čl. 5, 7 i 8, te u dodatnom Protokolu iz 2001).

Drugi, konkretniji uslov jeste da u trećim zemljama postoji nezavisno tijelo koje vrši nadzor nad poštovanjem propisa o prijenosu i raspolaganju ličnim podacima. U suštini radi se o istovrsnom tijelu kakvo je predviđeno i gore spomenutim Protokolom uz Konvenciju 108 (CETS, 223) iz 2001. godine.

Treći značajan element su obaveze koje proizilaze iz učešća u međunarodnim organizacijama, te obaveze koje su preuzete potpisivanjem međunarodnih ugovora posebno u odnosu na zaštitu ličnih podataka. U preambuli koja je sastavni dio GDPR-a, kao najvažniji takav međunarodni dokument eksplicitno je navedena Konvencija 108 (Preambula br. 105). Dakle, sva tri elementa koja su odlučujuća za nastavak prijenosa ličnih podataka iz Evropske unije prema trećim zemljama direktno ili indirektno vežu se za poštivanje Konvencije 108.

Značaj Konvencije 108 proizilazi iz ovdje opisane uloge koju ona ima, u svjetlu GDPR-a, kod donošenja odluke o prijenosu podataka iz zemalja EU ka trećim zemljama. Međutim, na primjerima Republike Srbije i Bosne i Hercegovine se može vidjeti kako se značaj Konvencije 108 može očitovati i kroz relevantne nacionalne zakone. Naime, tekst Zakona o zaštiti podataka o ličnosti iz 1918. (ZZPL) koji se primenjuje na teritoriji Republike Srbije u suštini predstavlja prilagođeni GDPR, koji se od navedene uredbe EU značajnije razlikuje upravo u dijelu koji se odnosi na prijenos podataka i to tako što potpisnicama Konvencije 108 daje neku vrstu povlaštenog tretmana (čl. 64 ZZPL). S druge strane, Zakon o zaštiti ličnih podataka Bosne i Hercegovine iz 2006. sa kasnijim izmjenama predstavlja amalgam Konvencije 108, uključujući i Protokol iz 2001. godine (ETS No. 181) i Direktive 95/46/EZ. Modernizacija, odnosno usklađivanje ovog zakona očigledno predstoji, što može biti predmet posebnog rada.

Drugi međunarodni dokumenti koji su navedeni u preambuli Konvencije 108, koja je sastavni dio teksta GDPR-a, jesu Povelja o osnovnim pravima EU European Union (Charter of Fundamental Rights of the European Union) i EKLJP. Analizi ove potonje, zbog značaja koje ima za zemlje koje nisu članice EU a članice su Savjeta Evrope, posvećeno je naredno poglavlje.

5. Evropska konvencija o ljudskim pravima i Konvencija 108 u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Donošenje Konvencije 108 usko je povezano sa EKLJP-om, s obzirom na to da je i motivacija Savjeta Evrope da donese Konvenciju 108 proizašla iz svijesti da je čl. 8 EKLJP-a limitiran, ali je on, na određeni način, korijen iz kojeg je nastala Konvencija 108 (De Hert & Gutwirth, 2006).

Ovdje ne treba napraviti često ponavljaju grešku kojom se pravo na privatnost i zaštita ličnih podataka pojednostavljeno izjednačavaju, te se dokumenti koji regulišu pitanje zaštite ličnih podataka shvataju kao neka vrsta *lex specialis* generalnih propisa o privatnosti koji zaista i jesu često sadržani u ustavima ili u konvencijama koje imaju ustavni karakter. Treba imati na umu da ovi generalni propisi koji garantuju pravo na privatnost imaju prije svega zaštitnu funkciju, dok su dokumenti koji se odnose na pitanje zaštite podataka regulatornog karaktera. Dalje, nije svako uživanje, odnosno povreda prava na privatnost u direktnoj vezi sa zaštitom ličnih podataka, kao što ni zaštita ličnih podataka ne povlači uvijek pitanje prava na privatnost kao ljudskog prava (Murtezić, 2019). Naravno, određena preklapanja i način na koji se dopunjavaju, najbolje se vide kroz praksu Evropskog suda.

Prije svega, Konvencija 108 je Evropskom sudu za ljudska prava poslužila prilikom definisanja i obrazlaganja njegovog shvatanja jednog od najvažnijih pojmova u čl. 8 EKLJP-a, a to je „privatni život“. Poštovanje privatnog života za Evropski sud za ljudska prava obuhvata i pravo na zaštitu privatnosti ne samo u ličnim i privatnim kontaktima u užem smislu već i u sferi poslovnog i profesionalnog. Ovako široko tumačenje, Evropski sud za ljudska prava je, između ostalog, obrazložio pozivajući se na odredbe Konvencije 108 u možda najčešće citiranom predmetu, *Amann v. Switzerland* (predmet br. 27798/95, presuda od 16. 2. 2000). Tužilac se, između ostalog, žalio da su mu odlukom javnog tužilaštva presretani telefonski pozivi i prisluškivani poslovni telefonski razgovori, a na temelju tog razgovora je nacionalna služba bezbjednosti formirala predmet.

Iako se prisluškivanje odnosilo na poslovni telefonski razgovor, sa stajališta Evropskog suda za ljudska prava prikupljanje podataka o pozivu odnosilo se na privatni život tužioca. Evropski sud je istaknuo da se pojam „privatni život“ ne smije tumačiti restriktivno, posebno zbog toga što poštovanje privatnog života sadrži pravo na uspostavljanje i razvijanje odnosa s drugim ljudskim bićima. Utvrdio je da široko tumačenje odgovara onome iz Konvencije 108, čija je svrha „osigurati na teritoriji svake stranke za svakog pojedinca [...] poštovanje njegovih prava i osnovnih sloboda, a posebno njegova prava na privatnost, u pogledu automatske obrade ličnih podataka koji se odnose na njega“ (čl. 1 Konvencije 108), pri čemu se takvi lični podaci definiraju kao „bilo koji podaci koji se odnose na lice čiji se identitet može ustanoviti ili identificirati“ (čl. 2 Konvencije 108) (para. 65 Presude). Ovaj stav je, između ostalog, nedavno citiran i u *Breyer v. Germany* (predmet 50001/12, presuda od 30. 1. 2020) u kojoj se naglašava i da je Konvencija 108 nedavno dopunjena da bi, *inter alia*, bolje odgovorila izazovima upotrebe novih informacionih i komunikacionih tehnologija (para 57).

U predmetu *Rotaru v. Romania* (predmet broj 28341/95, presuda od 4. 5. 2000), podnosilac tužbenog zahtjeva se žalio da je nemoguće pobijati neistinite podatke u dosijeu koji je o njemu više decenija vodila obavještajna služba. Naime, u sudskom postupku koji je tužilac pokrenuo radi ostvarivanja socijalnih prava koja su mu pripadala kao žrtvi komunističkog režima, Ministarstvo unutrašnjih poslova je sudu prosljedilo informaciju obavještajne službe, prema kojoj je tužitelj bio član ekstremno desničarskog pokreta.

Tužilac je smatrao da su neke od dotičnih informacija lažne i klevetničke, posebno tvrdnja da je bio član pokreta legionara, te je pokrenuo postupak protiv rumunske obavještajne službe, zahtijevajući naknadu za nematerijalnu štetu koja mu je nanesena, kao i dopunjavanje ili uništavanje dosijea koji sadrži neistinite informacije. Prvestepeni i drugostepeni sud su tužbu odbacili i obrazložili da nemaju nadležnost za izmjenu ili uništenje spornih informacija, budući da su ih prikupljale bivše državne službe sigurnosti, a obavještajna služba je bila samo depozitar. Nakon ovako završenog sudskog postupka obavještajna služba je priznala da se radilo o zamjeni identiteta i da se podaci koje su ranije dostavljali sudu odnose na osobu drugog imena. Ovaj predmet je nešto opširnije izložen zbog toga što predstavlja dobar primjer zašto je važno snažno regulatorno tijelo koje može istražiti navode i po potrebi intervenisati u sferi zaštite ličnih podataka. Naime, sudski postupci zbog svoje formalnosti i strogog vođenja računa o nadležnosti zaista lako mogu dovesti do ovakvih i sličnih situacija u kojima je teško ostvariti zaštitu i u relativno jednostavnim slučajevima.

Potreba boljeg regulisanja sfere zaštite ličnih podataka proizilazi i iz predmeta *Haralambie v. Romania* (predmet br. 21737/03, presuda od 27. 10. 2009). Tužilac se posebno žalio na prepreke njegovom pravu na pristup ličnom dosijeu koji su mu stvorile bivše tajne službe tokom komunističkog perioda. Evropski sud je utvrdio da je došlo do kršenja čl. 8 EKLJP-a, zbog prepreka u vezi sa osobnim dosijeom koji mu je stvorila tajna služba pod komunističkim režimom. Rumunski zakon, dopunjen 2006. godine, uspostavio je administrativni postupak za pristup spisima, kojem je vremenski rok za pristupanje arhivu bio 60 dana. Međutim, tek šest godina nakon njegovog prvog zahtjeva (time i posle znatno prekoračenog roka), podnosilac tužbenog zahtjeva je pozvan da izvrši uvid u svoj dosije.

Interesantno je da se Evropski sud za ljudska prava, koji se u navedenim primjerima iz prakse pozivao samo na prva dva člana Konvencije 108, prilikom odlučivanja u drugim predmetima koji se odnose na povjerljivost podataka vezanih za zdravlje pojedinca pozivao na više različitih odredaba Konvencije. Tako je, zaključujući da je od ključne važnosti da u ovakvim predmetima domaće vlasti i zakonodavstvo obezbijede sve garancije da se ovakvi podaci ne otkrivaju, Evropski sud za ljudska prava obrazložio da bi takvo otkrivanje bilo u suprotnosti ne samo sa čl. 8 EKLJP-a već i s odredbama pomenutih čl. 5 i 6 Konvencije 108. Na kraju, Evropski sud je prihvatio činjenicu da interes pacijenta i zajednice u cjelini za zaštitom povjerljivosti medicinskih podataka mogu prevladati nad interesima istrage i krivičnog gonjenja, odnosno interesima javnosti sudskog postupka, pozivajući se, *mutatis mutandis*, na čl. 9 Konvencije 108, koji predviđa izuzetke i odstupanja od odredaba iz čl. 5, 6 i 8, a koji je suštinski i ne slučajno, identičan stavu 2 člana 8 EKLJP-a². Ovakav stav je zauzet u *Z. v. Finland* (predmet br. 22009/9, presuda od 25. 2. 1997, par. 95) koji je i jedan od prvih predmeta kojim su uspostavljeni visoki standardi po pitanju ličnih podataka o zdravstvenom stanju. U ovom predmetu tužiteljka je bivša supruga čovjeka koji je bio zaražen virusom HIV-a, te je učinio niz seksualnih delikata. Kasnije je osuđen za ubistvo jer je svoje žrtve svjesno izložio riziku od zaraze HIV-om. Nacionalni je sud naložio da cjelokupna presuda i dokumenti iz predmeta ostanu povjerljivi deset godina uprkos zahtjevima tužiteljke za dužim razdobljem povjerljivosti. Evropski sud je utvrdio da je došlo do kršenja člana 8. EKLJP-a, utvrdivši da otkrivanje novinarima identiteta tužiteljke u tekstu presude Apelacionog suda nije bilo potkrijepljeno nikakvim razumljivim razlozima i da je, u skladu s tim, objavljivanje dotičnih podataka dovelo do povrede njenog prava na poštivanje privatnog i porodičnog života. Interesantan je dio obrazloženja prema kojem je poštivanje privatnosti pacijenta važno ne samo za tog pojedinca već postoji i javni interes koji se ogleda u očuvanju povjerenja u medicinsku struku i u zdravstvene službe uopšte.

Generalno, Evropski sud za ljudska prava je i kroz Izvještaj svog Odjela za istraživanja (Evropski sud, 2013) istakao važnost Konvencije 108 za odlučivanje u predmetima koji se tiču ograničavanja prava na privatnost, te da između prakse Evropskog suda za ljudska prava i Konvencije 108 nema značajnih razmimoilaženja.

² „Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.“

6. Zaključak

U uslovima stalnog rasta količine i brzine protoka informacija, adekvatna zaštita ličnih podataka za bilo koju zemlju nije samo pitanje zaštite ljudskih prava onih koji su pod njenom jurisdikcijom već sve više postaje međunarodno i ekonomsko pitanje. Kao i u svim drugim oblastima, saradnja s drugim zemljama i međunarodnim organizacijama podliježe određenim pravilima i ograničenjima, a u ovoj sferi pravila i kriteriji se posljednjih godina pooštavaju. Ovo se naročito odnosi na relacije sa Evropskom unijom, čija regulativa utiče i na njene najveće ekonomske i političke partnere, te na najveće multinacionalne kompanije. Ne treba sumnjati da će zahtjeve EU morati ispuniti i manje zemlje i skromniji privredni subjekti.

Poseban problem predstavlja nedovoljna određenost i nedostatak bliže definicije onoga što se smatra adekvatnom zaštitom u smislu GDPR-a i postupka donošenja odluke o adekvatnosti. Dalje, složenost ispunjavanja ovih zahtjeva se, između ostalog, ogleda u tome što se oni protežu od ljudskih prava, preko javne uprave do tehničkih uslova. Međutim, zaista je činjenica da se pitanje zaštite ličnih podataka mora posmatrati višestrano, te da je zbog stalnog otvaranja novih pitanja koja nameće razvoj informacionih i komunikacionih tehnologija teško očekivati da će bilo koji međunarodni dokument, pa i domaći propis, ponuditi potpuno jasna rješenja.

Ono što je izvjesno jeste da Konvencija 108 Savjeta Evrope, naročito njena dopunjena i modernizovana verzija, pruža određene odgovore, stoga, osim sa potpisivanjem i ratifikacijom, ne treba oklijevati sa posljedičnom implementacijom Dodatnog protokola.

Između ostalog u, kako se čini, neizostavnom povremenom sukobu između javnog i privatnog interesa u ovom domenu, Konvencija 108 na određeni način suplementira EKLJP. Naravno, ovaj proces je dvosmjernan, te praksa Evropskog suda za ljudska prava konkretizuje i obrazlaže načelne odredbe Konvencije.

Sve navedeno je od posebne važnosti za organe uprave i pravosuđa, pa i zakonodavstva zemalja koje nisu članice Evropske unije, a pretenduju da to postanu.

Literatura

- Bräutigam, T. 2016. The land of confusion: international data transfers between Schrems and the GDPR. In: Bräutigam, T. & Miettinen, S. (eds.), *Data Protection, Privacy and European Regulation in the Digital Age*. Helsinki: Oikeustieteellinen tiedekunta (Helsingin yliopisto), pp. 143-177.
- Bygrave, L.A. 2010. Privacy and data protection in an international perspective. *Scandinavian Studies in Law*, 56(8), pp. 165-200.
- De Hert, P. & Gutwirth, S. 2006. Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power. *Privacy and the Criminal Law*, pp. 61-104.
- Goddard, M. 2017. The EU General Data Protection Regulation (GDPR): European regulation that has a global impact. *International Journal of Market Research*, 59(6), pp. 703-705.

- Houser, K.A. & Voss, W.G., 2018. GDPR: The end of Google and Facebook or a new paradigm in data privacy. *Richmond Journal for Law & Tech.*, 25(1), pp. 1-109.
- Murtezić, A. 2019. Opšta uredba o zaštiti podataka: odnos prava na privatnost i zaštite ličnih podataka s osvrtom na Bosnu i Hercegovinu. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 12(23), pp. 35-51.
- Phillips, M. 2018. International data-sharing norms: from the OECD to the General Data Protection Regulation (GDPR). *Human Genetics*, 137(8), pp. 575-582.
- Rojszczak, M. 2020. Does global scope guarantee effectiveness? Searching for a new legal standard for privacy protection in cyberspace. *Information & Communications Technology Law*, 29(1), pp. 22-44.
- Stepanović, I. 2019. Privacy and digital literacy: who is responsible for the protection of personal data in Serbia?. *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, XXXVIII(3), pp. 45-56.
- Sukhai, N.B. 2004. Hacking and cybercrime. In: *InfoSecCD '04: Proceedings of the 1st annual conference on Information security curriculum development*. New York: Association for Computing Machinery, pp. 128-132. Doi: <https://doi.org/10.1145/1059524.1059553>.
- Van Alsenoy, B. 2017. Reconciling the (extra) territorial reach of the GDPR with public international law. In: Vermeulen, G. & Lievens, E. (eds.), *Data protection and privacy under pressure: transatlantic tensions, EU surveillance, and big data*. Maklu, pp. 77-100.
- Wimmer, K. 2018. Free Expression and EU Privacy Regulation: Can the GDPR Reach US Publishers. *Syracuse Law Review*, 68, pp. 548-578.

Internet izvori

- CoE, 2020. Convention 108 webpage for accessions and ratifications. Dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=1&DF=&CL=ENG>, (2. 9. 2011).

Sudska praksa

- Rotaru v. Romania*, predstavka br.28341/95, ECHR, presuda od 4.5.2000, <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58586%22%5D%7D>.
- S i Marper v. UK*, predstavka br. 30562/04, ECHR, presuda od 4. 12. 2008, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-90051%22%5D%7D>.
- Z. v. Finland*, predstavka br. 22009/9, ECHR, presuda od 25.2.1997, <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58033%22%5D%7D>.
- Haralambie v. Romania*, predstavka br. 21737/03, ECHR, presuda od 27. 10. 2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-95397%22%5D%7D>.
- Breyer v. Germany*, predstavka 50001/12, presuda od 30. 1. 2020, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-200442%22%5D%7D>.

Izveštaji

European Court of Human Rights - Research Division. 2013. *National security and European case-law*.

Pravni izvori

Council of Europe, 1981. Convention for the Protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (*ETS*, No 108), Strasbourg, 28. 1.1981.

Council of Europe, 2001. Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows (*ETS*, No. 181), 8. 11. 2001.

Council of Europe, 2018. Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (*CETS*, No. 223), 10. 10. 2018.

European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union, 26 October 2012, *OJ C 326*, 26.10.2012, pp. 391–407.

European Union, 2016. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L 119/1*, 4. 5. 2016, pp. 1–88.

Zakon o zaštiti ličnih podataka Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 49/2006, 76/2011 i 89/2011.

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – *ispr.* i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.

Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 1/1992, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 11/2005 – dr. zakon i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 98/2008 – dr. zakon i 12/2010.

Zakon o potvrđivanju Protokola o izmenama i dopunama Konvencije o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 4/2020.

Arben O. Murtezić, PhD

Centre for Judicial and Prosecutorial Training of Federation of Bosnia and Herzegovina,
Sarajevo, Bosnia and Herzegovina
e-mail: *arben.murtezić@cest.gov.ba*

CONVENTION 108: PRESENT IMPORTANCE AND IMPLEMENTATION

Summary

The purpose of this paper is to highlight the significance of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108) in the overall system of personal data protection, especially from the perspective of non-EU countries that are members of the Council of Europe. This is attempted primarily through the evaluation of correlation between the Convention 108 and ECHR and GDPR in its segment that regulates relationship between the EU and third countries.

The interest for the issue of personal data protection has been increasing among legal and ICT professionals, academics, government officials and even a general public over the years. This has been particularly intensified by adopting General Data Protection Regulation (GDPR). However, the adoption of the GDPR did not diminish importance of the Convention 108. On the contrary, it seems that the 'adequacy' principle regarding the third countries proclaimed by the GDPR, stresses its importance.

The paper begins with the brief overview of the Convention 108 principles and the modernization that is brought by Protocol of 2018, which coincides with the entry into force of much-mentioned GDPR. It continues with analysis of the relationship between the GDPR and Convention 108, with focus on elements decisively influencing the assessment of the adequacy of the level of protection.

Even though there is no sign of equivalence between the right to privacy and personal data protection these matters inevitably intersect in practice. Therefore, the final section of the text summarizes the cases of the European Court of Human Rights invoking Convention 108, with the aim to demonstrate how it is interpreted by the highest judicial instance in Europe.

Keywords: personal data protection, Convention 108, GDPR, ECHR, right to privacy.

Primljeno: 30. 4. 2020.
Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

STRATEŠKO-PRAVNI OKVIR VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U UPOREDNOM PRAVU

Sažetak

Informaciono-komunikacione tehnologije predstavljaju jednu od osnovnih odlika savremenog društva. Potrebe savremenog društva i ekonomije za boljim i efikasnijim proizvodima i uslugama uslovljavaju konstantan razvoj tehnološkog sektora. Kao jedna od poslednjih i najznačajnijih pojava u oblasti tehnologije javlja se veštačka inteligencija, odnosno mogućnost računarskih programa da zamene ljudsku inteligenciju i rad čoveka u mnogim aktivnostima i delatnostima. Upotreba sistema veštačke inteligencije pružila je mnogo pogodnosti čoveku koji više ne mora da ide u banku, prodavnicu, može da organizuje sastanke i obavlja razgovore digitalnim putem itd. Ipak, pored brojnih prednosti, nove tehnologije nose sa sobom i rizike po prava i slobode građana, poput prava na privatnost, prava na zaštitu podataka o ličnosti, prava na slobodu itd. Imajući u vidu značaj veštačke inteligencije za savremeno društvo i buduće naraštaje, autor je izvršio analizu strateško pravnog okvira veštačke inteligencije u uporednom pravu. Autor je istražio strateške dokumente Evropske unije, Sjedinjenih Američkih Država i Kine, kao lidera u oblasti veštačke inteligencije. Cilj rada jeste da ukaže na značaj budućih istraživanja veštačke inteligencije u različitim oblastima prava, za kojima će se neminovno javiti potreba u skorijoj budućnosti.

***Ključne reči:** informaciono društvo, digitalizacija prava, digitalizacija, veštačka inteligencija, uporedno pravo.*

1. Uvod

Tehnologija i nauka predstavljaju osnovne odrednice modernog društva koje utiču na njegovu prirodu i način odvijanja društvenih odnosa. Pronalasci u oblasti nauke i tehnologije menjaju koncept savremenog života, utiču na percepcije čoveka, njegove aktivnosti i menjaju moralni i pravni ambijent u okviru koga se društvo razvija i funkcioniše. Nauka i tehnologija su širom otvorile vrata novim sistemima koji se koriste u svakodnevnom životu građana, privrednih subjekata i funkcionisanju organa vlasti. Kao jedna od najznačajnijih novih digitalnih pojava izdvaja se veštačka inteligencija. Ukratko, veštačka inteligencija predstavlja opšti naziv za napredne računarske sisteme koji teže da

* Doktor pravnih nauka, asistent sa doktoratom, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: stefan.andonovic91@gmail.com

simuliraju funkcionisanje ljudske inteligencije na takav način da su mašine sposobne da zamene ulogu i rad čoveka u raznim aktivnostima, od prostih do složenih. Njihov rad se zasniva na prethodno unetim parametrima, odnosno informacijama koje predstavljaju osnovne elemente na kojima se bazira i razvoj celokupne nauke i tehnologije (Andonović & Prlja, 2020, p. 7). Kako su računarski sistemi sposobni da obrađuju velike količine informacija i podataka, potencijali veštačke inteligencije su ogromni, budući da se mnogi poslovi mogu brže, efikasnije i uspešnije obaviti njenim korišćenjem. To se odnosi na različite matematičke i ekonomske proračune, pretraživanja baza podataka, usluge prevoza i prodaje, pružanje medicinske pomoći itd.

Međutim, pored nesumnjivo velikih prednosti, njihovo korišćenje stvara i brojne rizike po prava i slobode građana, budući da je reč o novim tehnologijama koje tek treba testirati i analizirati u praksi (Andonović, 2019, p. 85). Njihovim korišćenjem mogu biti ugrožena različita prava, poput prava na slobodu, prava na zaštitu podataka o ličnosti, prava na privatnost itd.

Kako se tržište okreće stvaranju sistema veštačke inteligencije, tako i države postaju sve više zainteresovane da pravno urede nove pojave. Imajući to u vidu, autor će u ovom radu analizirati strateško pravni okvir koji se odnosi na oblast veštačke inteligencije u uporednom pravu. Pravna teorija se u malom, gotovo neprimetnom obimu bavila pitanjima veštačke inteligencije u vezi sa različitim pravnim institutima i pravnim oblastima, pa je jedan od ciljeva autora da podstakne razvoj svesti o novim tehnološkim pojavama koje zasigurno zaslužuju pažnju da budu adekvatno pravno uređene.

2. Pokušaji teorijskog određenja pojma veštačke inteligencije

Kako se pravna nauka slabo bavila pitanjima upotrebe veštačke inteligencije u pravu, kao prethodno pitanje nameće se određenje pojma veštačke inteligencije.

Jedna od prvih upotreba pojma „veštačke inteligencije“ u naučnim krugovima vezuje se za naučnu radionicu koju je, jedan od pionira u ovoj oblasti, američki naučnik John McCarthy održao 1965. godine na koledžu *Dartmouth* (Wilks, 2019, p. 2). „McCarthy je čvrsto stajao na stanovištu da je kod veštačke inteligencije reč o tome da se računari podese tako da obavljaju stvari lako i bez razmišljanja, kao što to ljudi rade prilikom gledanja, razgovora, vožnje, upravljanja predmetima, kao i planiranja svakodnevnih aktivnosti. ‘Ne bi trebalo’ – navodi on – ‘da se radi samo o aktivnostima koje samo mala grupa ljudi dobro obavlja, poput igranja šaha, drugih igara ili pravljenja brzih podela kao što to čini digitron’” (Wilks, 2019, p. 2). Dakle, kod veštačke inteligencije reč je o tome da se računarski sistemi razvijaju do tog nivoa da mogu samostalno obavljati funkcije koje tradicionalno obavljaju isključivo ljudi. Reč je o razvoju novih informacionih sistema koji su sposobni da samostalno uče i da preduzimaju različite aktivnosti, onako kako to čini inteligentno ljudsko biće. Pri tome, za jedan sistem možemo reći da je inteligentan onda kada je sposoban da nezavisno i efikasno reši probleme koji se pred njega stavljaju. Posledično, stepenovanje inteligencije sistema zavisi od autonomije sistema, stepena složenosti problema i stepena efikasnosti postupka rešavanja problema (Mainzer, 2020, p. 3).

Danas se veštačka inteligencija može posmatrati kao grana privrede, samostalna naučna disciplina ili oblast u okviru nauke o računarima, ali i kao novi stepen razvoja informaciono-komunikacionih tehnologija. Značenje samog pojma može varirati u zavisnosti od konteksta u kome se ova napredna tehnologija koristi i upotrebljava.

Ukoliko je posmatramo kao privrednu granu, možemo reći da veštačka inteligencija predstavlja jedno od najbogatijih svetskih tržišta, čiji obim dostiže ogromnih dvadeset pet milijardi dolara. Uz to, osim što je jedno od najbogatijih, tržište veštačke inteligencije je i jedno od najbrže rastućih tržišta na svetu, u okviru koga se predviđa rast od čak 46% u periodu od 2019. do 2025. godine (Gran View Research, 2020). Takvi podaci ne čude kada se ima u vidu ogromna rasprostranjenost informaciono-komunikacionih tehnologija u skoro svim privrednim granama i oblastima društvenog života. „Poslednjih godina, metode veštačke inteligencije se koriste kao pouzdana alternativa klasičnim matematičkim modelima i pokazale su se kao veoma uspešne u rešavanju kompleksnih problema u različitim inženjerskim oblastima, uključujući industrijske procese, digitalnu obradu signala, prepoznavanje uzoraka, slika i govora, identifikaciju i modelovanje sistema, medicinsko inženjerstvo, upravljanje, modelovanje i predikciju u oblasti proizvodnje i potrošnje energije“ (Jovanović & Božić, 2018, p. 64).

Veštačka inteligencija se može posmatrati i kao naučna disciplina ili kao deo nauke o računarima (engl. *Computer Science*), u zavisnosti od širine postavljenog predmeta izučavanja. Za veštačku inteligenciju kao naučnu disciplinu može se reći da joj je primarni predmet istraživanja usmeren na automatizaciju, odnosno digitalizaciju inteligentnog oblika ponašanja mašina i programa. Ponašanje se može odnositi na različite oblike postojanja, od ljudi, životinjskog sveta, vegetacije, pa sve do predmeta (Chowdhary, 2020, p. 1).

Ukoliko veštačku inteligenciju posmatramo funkcionalno, kao sredstvo rada, možemo reći da se ona koristi kao metod zamene upotrebe inteligencije čoveka u određenim životnim situacijama. Ona se može posmatrati kao „razvoj računarskih sistema koji mogu obavljati zadatke koji obično zahtevaju ljudsku inteligenciju, kao što su vizuelna percepcija, prepoznavanje govora, donošenje odluka i prevod sa različitih jezika“ (Oxford Living Dictionary, 2020). Branković (2017, p. 15) navodi da veštačka inteligencija predstavlja „način zaključivanja i postupanja po izvedenim zaključcima, uz potpuno oslanjanje na logiku, pri čemu to rezonovanje i postupanje ne sprovodi čovek, već to čine mašine u najširem smislu reči.“

3. Određenje veštačke inteligencije u propisima uporednog prava

Sjedinjene Američke Države (dalje: SAD) kao jedna od najjačih ekonomija sveta ulažu mnogo resursa u razvoj veštačke inteligencije. U Predlogu Zakona o Nacionalnoj bezbednosnoj komisiji za veštačku inteligenciju (engl. National Security Commission Act on Artificial Intelligence, 2017, deo 1, tač. i) veštačka inteligencija se određuje kao „1. Bilo koji veštački sistem koji obavlja zadatke pod različitim i nepredvidivim okolnostima, bez značajnijeg ljudskog nadzora ili koji može da uči iz iskustva i poboljšava performanse prema nizovima podataka; 2. veštački sistem razvijen u računarskom programu, fizičkom hardveru (kućištu) ili drugom kontekstu, koji rešava zadatke koji zahtevaju percepciju

sličnu čoveku, kogniciju, planiranje, učenje, komunikaciju ili fizičko postupanje; 3. veštački sistem dizajniran da misli i deluje kao čovek, uključujući kognitivne arhitekture i neuronske mreže; 4. skup tehnika, uključujući i mašinsko učenje, koje su dizajnirane tako da se približe kognitivnim zadacima; 5. veštački sistem dizajniran da deluje racionalno, uključujući inteligentnog računarskog agenta ili otelotvorenog robota koji postiže ciljeve koristeći percepciju, planiranje, rezonovanje, učenje, komunikaciju, donošenje odluka i delovanje.“

Određenje pojma veštačke inteligencije nalazimo i u strateškim dokumentima Evropske unije (dalje: EU). Određenje ovog pojma inkorporirano je u Komunikaciji između Komisije i Evropskog parlamenta, Evropskog saveta, Saveta, Evropskog komiteta za ekonomska i socijalna pitanja i Komiteta regiona o veštačkoj inteligenciji za Evropu iz 2017. god., koja se skraćeno označava kao Evropska inicijativa o veštačkoj inteligenciji.

U okvirima ovog dokumenta, izraz veštačka inteligencija se odnosi na sisteme koji prikazuju inteligentno ponašanje kroz analizu svog okruženja i preduzimanja akcija, sa određenim nivoom autonomnosti, radi ostvarivanja postavljenih ciljeva. Sistemi koji se zasnivaju na veštačkoj inteligenciji mogu biti u potpunosti zasnovani na programskim jezicima delujući u digitalnom svetu (kao što je slučaj sa glasovnim asistentima, programima za analizu i prerađivanje fotografija, pretraživačima, sistemima za prepoznavanje lica i govora). Takođe, sistemi veštačke inteligencije mogu biti ugrađeni u hardver (primer – napredni roboti, autonomna kola, dronovi, aplikacija koja je povezana Internetom stvari (engl. *Internet of Things*) (Komunikacija između Komisije i Evropskog parlamenta, Evropskog saveta, Saveta, Evropskog komiteta za ekonomska i socijalna pitanja i Komiteta regiona o veštačkoj inteligenciji za Evropu, 2018, odeljak 1). U Komunikaciji je napomenuto da se sistemi veštačke inteligencije koriste na dnevnoj bazi u cilju komunikacije, odnosno prevođenja tekstova sa različitih jezika, generisanja (prevoda) u video-zapisima, kao i za blokiranje nepoželjne elektronske pošte.

4. Strateško-pravni okvir u uporednom pravu

U vreme pisanja ovog rada sistemi veštačke inteligencije regulisani su parcijalno, u okviru pojedinih instituta u posebnim zakonskim propisima koji se odnose na autorska i srodna prava, pravo zaštite podataka o ličnosti, ekspertske sisteme itd. Pored toga, pitanja u vezi sa veštačkom inteligencijom pronalaze svoje mesto u strateškim dokumentima država. Strateški dokumenti obično predstavljaju finansijski, regulatorni, pravni i socijalni osvrt na predmet koji se uređuje, čiji je cilj da predmet uređivanja postane i deo zakonske regulative. Takav je slučaj i sa veštačkom inteligencijom. U strateškim dokumentima obično se ukazuje na potrebu razvoja veštačke inteligencije, njenu ulogu u svakodnevnom životu i privredi, na rizike koje ona nosi sa sobom, određuju osnovni principi na kojima treba bazirati njen razvoj i daju preporuke za buduće postupanje države na tom polju.

Strateški dokumenti u vezi sa veštačkom inteligencijom mogu se naći na nivou EU. U okviru prethodno pomenute Komunikacije navode se primeri dobre prakse upotrebe veštačke inteligencije (u Danskoj i Austriji u oblasti zdravstva i na farmama širom Evrope) i ukazuje se na njen značaj kao posebnog tržišta. U ovom dokumentu se navodi da „kao što je to učinila parna mašina ili struja u prošlosti, tako veštačka inteligencija transformiše naš

svet, naše društvo i našu industriju. Rast snage računara, mogućnost pristupa podacima i progres u algoritmima omogućili su da veštačka inteligencija postane strateški najbolja tehnologija XXI veka“ (Komunikacija između Komisije i Evropskog parlamenta, Evropskog saveta, Saveta, Evropskog komiteta za ekonomska i socijalna pitanja i Komiteta regiona o Veštačkoj inteligenciji za Evropu, 2018, p. 2). Dalje, u dokumentu je istaknut značaj rada svih organa EU na polju veštačke inteligencije, potrebe za razvojem zajedničkog plana i komunikacije na ovom polju od strane svih država članica i generalne potrebe za jačim razvojem ove oblasti. Ovaj dokument, iako strateške prirode, više ukazuje na ekonomski značaj veštačke inteligencije i njen uticaj na tradicionalne društvene i poslovne delatnosti, a manje na konkretnu regulativu u vezi sa veštačkom inteligencijom.

Pored Komunikacije, Grupa visokih nezavisnih eksperata o veštačkoj inteligenciji, koju je osnovala Evropska komisija, donela je Preporuku o politikama i investicijama za pouzdanu veštačku inteligenciju (Preporuka o politikama i investicijama EU za pouzdanu veštačku inteligenciju, 2019). Preporuka se sastoji od nekoliko segmenata koji pokrivaju različita pitanja upotrebe veštačke inteligencije. Tako se ukazuje na značaj zaštite ljudskih prava i društva u vezi sa uticajem veštačke inteligencije, na ulogu veštačke inteligencije u transformaciji evropskog privatnog sektora i javnog sektora. Posebna pažnja posvećena je potrebi usavršavanja i obrazovanja kadrova u oblasti veštačke inteligencije.

Sa pravne tačke gledišta, važan deo se odnosi na politiku uređenja veštačke inteligencije. Reč je o tome da je neophodno uspostaviti regulativu koja se zasniva na analizi rizika primene i mogućnostima samostalnog razvoja veštačke inteligencije. Grupa nezavisnih eksperata ukazuje da je neophodno izdvojiti i proceniti svu postojeću regulativu EU koja se odnosi na sisteme veštačke inteligencije, što podrazumeva i uspostavljanje posebnog tela koje će se baviti ovim pitanjima (Preporuka o politikama i investicijama za pouzdanu veštačku inteligenciju 2019, p. 38). Pravne oblasti na koje posebno treba obratiti pažnju prilikom normativnog uređenja veštačke inteligencije jesu građanska i krivična odgovornost, zaštita prava potrošača, zaštita podataka o ličnosti, zabrana diskriminacije, informaciona bezbednost i bezbednost na internetu. Naravno, imajući u vidu mogućnosti veštačke inteligencije, potrebno je sprečiti njenu zloupotrebu i razvoj u pogrešne svrhe koje mogu naneti štetu pojedincima, društvu i čitavom pravnom sistemu.

U cilju implementacije takvih stavova i preporuka, Grupa visokih nezavisnih eksperata usvojila je i Etičke preporuke za pouzdanu veštačku inteligenciju (Etičke preporuke za pouzdanu veštačku inteligenciju, usvojene od strane Grupe visokih nezavisnih eksperata o veštačkoj inteligenciji, 2019). Glavni fokus Etičkih preporuka odnosi se na zaštitu prava i sloboda pojedinca prilikom upotrebe i korišćenja veštačke inteligencije. Kao osnovni etički principi koje treba poštovati određeni su: 1. poštovanje ljudske autonomije; 2. prevencija prouzrokovanja štete; 3. princip poštene primene; 4. objašnjivost.

Principi su postavljeni tako da građani budu svesni mogućnosti veštačke inteligencije, što podrazumeva sprečavanje njene zloupotrebe. To znači da građani treba da nastave da učestvuju u društvenim procesima, nezavisno od postojanja veštačke inteligencije, koja treba da predstavlja sredstvo, a ne cilj. Princip prevencije nastanka štete odnosi se na sam način stvaranja određenog sistema veštačke inteligencije koja treba da služi građanima i javnom interesu, a ne da nanosi štetu ljudima. Poštena

primena veštačke inteligencije u tesnoj je vezi sa prethodnim principom, a podrazumeva jednakost u primeni, kako sa materijalne tako i sa formalne strane, prema svim ljudima. Objašnjivost se može uporediti sa principom transparentnosti, u smislu da sistemi veštačke inteligencije moraju da budu takvi da se može objasniti postupak donošenja odluke i sama odluka onim subjektima na koje se ona odnosi. Svi principi moraju biti zajednički primenjeni, tako da kreiraju legalni i legitimni osnov na kome se zasniva stvaranje i upotreba novih tehnologija u oblasti prava.

Od značajnijih dokumenata treba pomenuti i novu komunikaciju Komisije, Evropskog parlamenta, Saveta, Evropskog komiteta za ekonomska i socijalna pitanja i Komiteta Regiona, pod nazivom Izgradnja poverenja u antropocentričnu veštačku inteligenciju (Komunikacija Komisije, Evropskog parlamenta, Saveta, Evropskog komiteta za ekonomska i socijalna pitanja i Komiteta Regiona, 2019). Navedeno je sedam ključnih smernica u izgradnji takve veštačke inteligencije: 1. ljudsko delovanje i nadzor, 2. tehnička stabilnost i sigurnost, 3. privatnost i upravljanje podacima, 4. transparentnost, 5. raznolikost, jednakost i pravednost, 6. društvena i ekološka dobrobit, 7. odgovornost. Pomenute vrednosti, odnosno načelne smernice kojih se treba držati u izgradnji novih sistema veštačke inteligencije treba da osiguraju učešće čoveka, a samim tim i etički pristup primeni u praksi. Ovih smernica se treba pridržavati nezavisno od sektora ili oblasti društvenog života u kojima treba primeniti sisteme veštačke inteligencije, ali naravno treba voditi računa da pojedine oblasti nose više rizika po prava i slobode građana, pa i fizički integritet čoveka. U cilju daljeg razvoja misli o etičkom pristupu u kreiranju sistema veštačke inteligencije, Evropska komisija će pokrenuti niz povezanih centara za istraživanje veštačke inteligencije, koji će biti usmereni na upotrebu veštačke inteligencije u proizvodnji.

Pitanjem veštačke inteligencije na međunarodnom planu bavila se i Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (engl. *OECD*). U okviru ove organizacije, maja 2019. godine, usvojena je Preporuka Saveta o veštačkoj inteligenciji, kao jedan od prvih međunarodnih standarda u oblasti veštačke inteligencije (Preporuka Saveta OECD o veštačkoj inteligenciji, 2019). Preporuku je usvojio Savet na predlog Odbora za politiku digitalne ekonomije. Može se reći da je osnovna težnja ovog dokumenta da ukaže na potrebu za razvojem i unapređenjem sistema veštačke inteligencije u državama članicama OECD-a. Naravno, prilikom razvoja mora se voditi računa o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda kako se nova tehnologija ne bi koristila suprotno potrebama građana.

Jedna od osnovnih preporuka ovog dokumenta, koji je upućen članicama OECD-a i drugim zainteresovanim licima, tiče se principa koje treba implementirati u nacionalna zakonodavstva u vezi sa izgradnjom odgovornog i poverljivog sistema veštačke inteligencije. Reč je o inkluzivnom rastu, održivom razvoju i dobiti veštačke inteligencije, poštovanju ljudskih vrednosti i principa, transparentnosti i objašnjivosti, kvalitetu, bezbednosti i sigurnosti veštačke inteligencije i odgovornosti onih koji stvaraju i implementiraju takve sisteme (Preporuka Saveta o veštačkoj inteligenciji, 2019, deo 1, odeljak 4).

U okviru Preporuke pronalazimo i konkretne mere kojima se mogu realizovati postavljeni ciljevi. Vlade država treba planski i dugoročno da ulažu u istraživanje i razvoj sistema veštačke inteligencije uz podsticanje multidisciplinarnosti ovih sistema. U tom pravcu značajan korak predstavlja otvaranje javnih investicija i baza podataka koje bi se

koristile prilikom razvoja ovog sistema. Kod takvih mera mora se voditi računa o zaštiti privatnosti građana i njihovih ličnih podataka. Nadalje, treba razvijati digitalne ekosisteme koji će omogućiti korišćenje proizvoda veštačke inteligencije. Razvoj kadrova, usavršavanje i poslovni (karijerni) razvoj u oblastima koje su u vezi sa veštačkom inteligencijom predstavljaju jedno od osnovnih poluga za uspešan razvoj ove oblasti. Takav razvoj podrazumeva i transformaciju tržišta rada (Preporuke Saveta OECD-a o veštačkoj inteligenciji, 2019, deo 2, odeljak 5, tač. 2.4).

Na kraju, međunarodna saradnja predstavlja nezaobilazni element razvoja poverljive veštačke inteligencije i njene uspešne primene. Pod tim se podrazumeva tehnička saradnja, ali i saradnja na planu politika i normative u ovoj oblasti. Preporuka je pridružena principima koje je usvojila grupa G20 (koja predstavlja međunarodni forum vlada i guvernera centralnih banaka devetnaest država i EU). To je učinjeno u okviru G20 ministarske izjave o trgovini i digitalnoj ekonomiji (G20 Ministarska izjava o trgovini i digitalnoj ekonomiji, 2019), koja je objavljena nakon sastanka u Japanu u gradu Cukuba u junu 2019. godine.

Na nivou Ujedinjenih nacija (UN), u okviru Instituta Ujedinjenih nacija za istraživanje kriminaliteta i pravde (UNICRI), 2015. godine osnovan je Centar za veštačku inteligenciju i robotiku sa sedištem u Holandiji (Hag). Rad centra usmeren je na unapređivanje znanja iz oblasti veštačke inteligencije, robotike i drugih novih informacionih tehnologija, posebno u vezi sa pitanjima sprečavanja kriminala i sa uspostavljanjem pravde i sigurnosti.

Jedna od prvih studija ovog centra, pod nazivom „Veštačka inteligencija i robotika za izvršavanje zakona“ (UNICRI, 2020), tiče se mogućnosti upotrebe novih tehnologija u oblasti prava. Veštačka inteligencija može da bude od velike koristi prilikom primene prava od strane organa vlasti, što ujedno stvara i brojne rizike po prava i slobode građana. U tom smislu ona može da podstakne i širenje lažnih vesti i informacija, da dovede do netačnih podataka preradom fotografija i video-sadržaja, što može da dovede u pitanje legalnost dokaza i postupaka pred organima javne vlasti. Radi sprečavanja rizika potrebno je da države ulože dodatna sredstva u razumevanje funkcionisanja veštačke inteligencije, ali i da grade čvršću saradnju na međunarodnom planu prilikom razvoja ovih sistema.

U SAD, Nacionalni savet za nauku i tehnologiju (engl. NSTC) predstavlja organizaciju izvršne vlasti koja koordiniše politike nauke i tehnologije u različitim oblastima. Savet okuplja naučne lidere i postavlja nacionalne ciljeve za državne politike u oblasti nauke i tehnologije, što podrazumeva i izradu strategije istraživanja i razvoja koje koordinišu aktivnosti saveznih agencija radi ostvarivanja više nacionalnih ciljeva (Office of Science and Technology Policy, 2020). Savet, zajedno sa Kancelarijom za nauke i tehnološke politike i Potkomitetom za umrežavanje, istraživanje informacionih tehnologija i razvoj, 2016. godine izradio je Nacionalni strateški plan za istraživanje i razvoj veštačke inteligencije (Nacionalni strateški plan za istraživanje i razvoj veštačke inteligencije SAD, 2016).

Osnovna vrednost ovog plana leži u postavljenim strateškim tačkama koje su od značaja za razvoj sistema veštačke inteligencije u SAD. Reč je o sledećim tačkama: 1. dugoročno investiranje u razvoj veštačke inteligencije; 2. razvoj efektivnih metoda za saradnju ljudi i veštačke inteligencije; 3. razumevanje i ukazivanje na etička, pravna i društvena pitanja u vezi sa veštačkom inteligencijom; 4. ostvarivanje sigurnosti i bezbednosti sistema veštačke inteligencije; 5. razvoj javnih baza podataka i okruženja za testiranje i

usavršavanje veštačke inteligencije; 6. praćenje i ocenjivanje tehnologije veštačke inteligencije kroz standarde i referentne vrednosti; 7. bolje razumevanje potreba nacionalnih komisija koje se bave veštačkom inteligencijom (Nacionalni strateški plan za istraživanje i razvoj veštačke inteligencije SAD, 2016, pp. 16-36).

Još jedan značajan momenat u pristupu i razvoju veštačke inteligencije u okviru SAD dogodio se u januaru 2019. godine, kada je Kancelarija Bele kuće za naučne i tehnološke politike usvojila Uputstvo za unapređenje aplikacija veštačke inteligencije (Uputstvo za unapređenje aplikacija veštačke inteligencije, 2019). Uputstvo ukazuje na osnovne principe kojima se treba voditi prilikom kreiranja i korišćenja aplikacija veštačke inteligencije. Reč je o: 1. javnom poverenju u veštačku inteligenciju; 2. učešću javnosti; 3. naučnom integritetu i kvalitetu informacija; 4. proceni i upravljanju rizikom; 5. upravljanju benefitima i troškovima; 6. fleksibilnosti; 7. jednakosti i zabrani diskriminacije; 8. otvorenosti i transparentnosti; 9. bezbednosti i sigurnosti; 10. saradnji između državnih agencija (Uputstvo za uređenje aplikacija veštačke inteligencije, 2020, pp. 3-6).

Pominjemo i inicijativu za donošenje Zakona o veštačkoj inteligenciji. Cilj inicijative jeste da se zakonom omogući investiranje u istraživanje i razvoj sistema veštačke inteligencije, kao i da se napravi pouzdana osnova za povezivanje različitih oblasti u kojima se ona može implementirati. U tom cilju, Kancelarija za naučne i tehnološke politike treba da ustanovi: Savetodavni državni komitet za veštačku inteligenciju koji će davati savete ovom telu u vezi sa pitanjima veštačke inteligencije, zatim Nacionalnu kancelariju za saradnju u vezi sa veštačkom inteligencijom, koja će omogućiti tehničku i administrativnu pomoć Savetodavnom komitetu, a ujedno će služiti i kao kontakt tačka za federalne aktivnosti u vezi sa veštačkom inteligencijom, kao i Međuagencijski komitet veštačke inteligencije koji će usklađivati istraživanja i edukacije programa federalnih agencija u vezi sa pitanjima sistema veštačke inteligencije.

Već dugi niz godina Narodna Republika Kina egzistira kao jedna od vodećih država po pitanju ulaganja u digitalizaciju i razvoj novih informacionih tehnologija. Zbog toga i ne čudi da je Nacionalni savet NR Kine 2017. godine izdao Obaveštenje br. 35, pod naslovom „Plan razvoja nove generacije veštačke inteligencije.“ (engl. *Notice of the State Council Issuing the New Generation of Artificial Intelligence Development Plan*, 2017). Obaveštenje je upućeno svim vladama provincija, autonomnim pokrajinama i opštinama koje se nalaze pod centralnom vlašću, svim ministrima Nacionalnog saveta i svim ustanovama koje su pod kontrolom centralne vlasti, kako bi se pažljivo implementiralo u njihovom radu.

Uvodni deo Obaveštenja odnosi se na stratešku poziciju Kine, kao i na značaj sistema veštačke inteligencije u savremenom društvu. Ukazano je na to da je veštačka inteligencija postala jedan od osnovnih fokusa međunarodne konkurencije, pa su takvi sistemi postali jedni od primarnih oblasti strategije bezbednosti u budućnosti. Imajući u vidu da nacionalna bezbednost NR Kine i međunarodna konkurencija predstavljaju kompleksne fenomene, potrebno je da se podstakne razvoj veštačke inteligencije na nacionalnom nivou i da se stvore uslovi za dalji razvoj, napredak i jačanje na konkurentskom planu (Plan razvoja nove generacije veštačke inteligencije, 2017, p. 2).

Pored toga u Obaveštenju je zaključeno da veštačka inteligencije predstavlja jedan od novih pokretača ekonomskog razvoja i industrijske transformacije, i stvara nove prilike

za kreiranje društvenih odnosa i uticaj na građane i društvo, u cilju napretka i razvoja. U tom smislu veštačka inteligencija može precizno da opazi, predvidi i rano upozori na različita pitanja u oblasti građevine i socijalne sigurnosti, ali i da utiče na sposobnost i nivo društvenog upravljanja i stabilnosti. Naravno, pored svih prednosti, veštačka inteligencija nosi sa sobom i brojne rizike koje treba preduprediti i svesti na minimum.

U dokumentu se predviđaju i osnovni principi razvoja veštačke inteligencije. Reč je o principu usmerenosti tehnologijom, sistemskim postavkama, usmerenosti ka tržištu i otvorenom pristupu (Plan razvoja nove generacije veštačke inteligencije NR Kine, 2017, pp. 4-5).¹

U okviru ovog obaveštenja predviđena je i svojevrsna strategija razvoja za period do 2030. godine. Prvi korak se odnosi na period od 2020. do 2025. godine. U okviru tog koraka prepoznaje se uticaj veštačke inteligencije na društvo i doba u kojem živimo. Fokus treba staviti na polje inovacija i početak primene, okupljanja stručnih kadrova u ovoj oblasti, ali i uspostavljanje osnovnih okvira u vezi sa pravnim i etičkim normama, kao i sa javnim politikama.

Drugi korak podrazumeva da će do 2025. godine kineska država i društvo ostvariti značajan napredak u osnovnim teorijama i sastavnim elementima veštačke inteligencije, što će postaviti Kinu na mesto jednog od svetskih lidera na ovom polju. Uz to, cilj je da veštačka inteligencija postane glavna pokretačka snaga nacionalne industrije i transformacije ekonomije. Izneta je pretpostavka da će vrednost osnovne industrije u oblasti veštačke inteligencije vredeti više od četiri stotine milijardi juana (što iznosi blizu pet milijardi evra) (Plan razvoja nove generacije veštačke inteligencije NR Kine, 2017, p. 6). U ovom periodu treba da se uspostave zakoni i propisi u oblasti veštačke inteligencije, kao i etičke norme i sistemi politika, kako bi bili omogućeni dalji razvoj i kontrola mogućnosti.

Treći korak odnosi se na period do 2030. godine. Osnovni plan NR Kine je da do ove godine postane lider u svetskoj nauci i tehnologiji u vezi sa veštačkom inteligencijom, tako što će biti inovacioni centar sveta i najveća inteligentna ekonomija, što će omogućiti i bolji životni standard. Poseban fokus biće na razvoju autonomne inteligencije koja će biti povezana sa mnogim uređajima i aktivnostima na različitim društvenim poljima. Razvoj veštačke inteligencije treba da podstakne proizvodnju, socijalno upravljanje, odbranu zemlje, razvoj i povezivanje različitih grana industrije. U ovom periodu očekuje se da vrednost ove industrije iznosi oko sto dvadeset milijardi evra (jedna trilijarda juana) (Plan razvoja nove generacije veštačke inteligencije NR Kine, 2017, p. 6).

¹ Princip usmerenosti tehnologijom teži ka tome da se prate svi trendovi razvoja veštačke inteligencije u svetu, ka omogućavanju dugotrajne podrške subjektima koji rade na njenom razvoju i usmerenosti ka razumevanju novih teorija i mogućnosti u ovom sektoru. Sistemska postavka znači da će se razvoj veštačke inteligencije zasnivati na bazičnim istraživanjima, industrijskim i tehnološkim pronalascima i mogućnostima primene. Posebna pažnja usmerena je na primenu takvih znanja i metoda u socijalističkom društvenom sistemu. Usmerenost ka tržištu je princip koji govori o potrebi saradnje organa vlasti i privrednih subjekata u cilju promocije novih ostvarenja, uređivanja tržišta, vođenja računa o etičkim normama i životnoj sredini. Zahvaljujući otvorenom pristupu biće omogućeno zainteresovanim subjektima da slobodno dođu do podataka u vezi sa veštačkom inteligencijom, da ih dele i koriste u cilju razvoja svojih proizvoda, istraživanja i inovacija.

5. Zaključak

Veštačka inteligencija nosi sa sobom mnoge koristi za tradicionalne društvene koncepte tako što pomaže u efikasnosti i uspešnosti obavljanja mnogih poslovnih i privatnih delatnosti, brže i kvalitetnije nego što to čini čovek. Oblasti primene veštačke inteligencije su brojne i obuhvataju važne sektore poput poljoprivrede, saobraćaja, ugostiteljstva, turizma, zdravstva, sporta, umetnosti itd. Imajući u vidu da veštačka inteligencija direktno utiče na živote građana i funkcionisanje društva, pravni sistemi i pravna nauka ne bi smeli da ostanu nemi na njenu pojavu i sve veću upotrebu novih tehnologija u svakodnevnim društvenim i poslovnim aktivnostima.

U poređnom analizom važnijih pravnih sistema u oblasti veštačke inteligencije (SAD, EU, NR Kine, UN) možemo izvesti zaključak da ona predstavlja predmet strateških dokumenata. U pomenutim državama i međunarodnim organizacijama pristupa se usvajanju strateških dokumenata koji govore o socijalnoj, pravnoj, političkoj i ekonomskoj „pozadini“ veštačke inteligencije. Sistemi veštačke inteligencije mogu se u pozitivnim propisima pronaći parcijalno uređeni, prevashodno u vezi sa regulisanjem pojedinih instituta u okviru posebnih zakonskih tekstova o autorskim i srodnim pravima, zaštiti podataka o ličnosti, u upravnim propisima itd.

Dalji pravci razvoja, prema mišljenju autora, treba da se zasnivaju na uređenju sistema veštačke inteligencije u posebnim propisima i oblastima prava, a ne isključivo na jedinstvenom propisu koji bi uređivao primenu veštačke inteligencije na jednak način u svim oblastima. Mogućnosti informaciono-komunikacionih tehnologija su ogromne, što prati i značajan rizik po prava i slobode građana, pa je neophodno detaljno istražiti i urediti (pravnim normama) odnos konkretnog oblika veštačke inteligencije i oblasti prava u kojoj se primenjuje (upravno pravo, ustavno pravo, privredno pravo, pravo zaštite podataka o ličnosti itd.). Pored toga, potrebno je posvetiti više pažnje implementaciji novih tehnoloških mogućnosti u okviru tradicionalnih grana prava i instituta. U tom smislu, važan momenat ima i pravna nauka, pa ovaj rad treba da predstavlja podsticaj za šire i dublje bavljenje pitanjima i problemima koje, u domenu prava, izaziva korišćenje veštačke inteligencije.

Literatura

- Andonović, S. & Prlja, D. 2020. *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Andonović, S. 2019. *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji – pravni aspekti* (doktorska disertacija). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Branković, S. 2017. Veštačka inteligencija i društvo. *Srpska politička misao*, 2, pp. 13-32.
- Chowdhary, K. R. 2020. *Fundamentals of Artificial Intelligence*. New Delhi: Springer.
- Jovanović, R. & Božić, I. 2018. Primena metoda veštačke inteligencije u obnovljivim izvorima energije i energetske efikasnosti. U: Stanojević, M. & Jovović, A (ur.), *Zbornik radova sa 31 Međunarodnog kongresa o procesnoj industriji*. Bajina Bašta: Savez mašinskih elektrotehničkih inženjera i tehničara Srbije, Društvo za procesnu tehniku, pp. 63-82.

- Mainzer, K. 2020. *Artificial intelligence – When do machines take over ?*. Springer.
- Wilks, Y. 2019. *Artificial Intelligence – Modern Magic of Dangerous Future ?*. London: Icon Books Ltd.

Pravni izvori

- G20 ministarska izjava o trgovini i digitalnoj ekonomiji (G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy). 2019. Dostupno na: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157920.pdf, (9. 7. 2020).
- EU, Komunikacija između Komisije i Evropskog parlamenta, Evropskog saveta, Saveta, Evropskog komiteta za ekonomska i socijalna pitanja i Komiteta regiona o Veštačkoj inteligenciji za Evropu (Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Artificial Intelligence for Europe), COM (2018) 237, od 25. 4. 2018. god. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>, (8. 7. 2020).
- EU, Komunikacija Komisije, Evropskog parlamenta, Saveta, Evropskog komiteta za ekonomska i socijalna pitanja i Komiteta Regiona. 2019. Izgradnja poverenja u antropocentričnu veštačku inteligenciju (Building Trust in Human Centric Artificial Intelligence), COM (2019) 168, Brisel. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2019:0168:FIN>, (22. 7. 2020).
- EU, Preporuka Grupe visokih nezavisnih eksperata o veštačkoj inteligenciji o politikama i investicijama za pouzdanu veštačku inteligenciju (Policy and investment recommendations for trustworthy Artificial Intelligence). 2019. Dostupno na: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>, (8. 7. 2020).
- HM Government. 2017. Industrial Strategy – Building a Britain fit for the future. Dostupno na: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/664563/industrial-strategy-white-paper-web-ready-version.pdf, (29. 7. 2020).
- Inicijativa za usvajanje Zakona o veštačkoj inteligenciji SAD (Artificial Intelligence Initiative Act) S. 1558. 2019. Dostupno na: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1558>, (10. 7. 2020).
- Predlog Zakona o nacionalnoj bezbednosnoj komisiji za veštačku inteligenciju (National Security Commission Act on Artificial Intelligence), H.R. 5356, 115 Kongers, 2 zasedanje. 2018. Dostupno na: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5356/text/>, (7.7.2020).
- Nacionalni strateški plan SAD za istraživanje i razvoj veštačke inteligencije (The National Artificial Intelligence Research and Development Strategic Plan). 2016. Dostupno na: https://www.nitrd.gov/PUBS/national_ai_rd_strategic_plan.pdf, (9. 7. 2020).
- Plan razvoja nove generacije veštačke inteligencije NR Kine (Notice of the State Council Issuing the New Generation of Artificial Intelligence Development Plan) br. 35. 2017. god. Tekst na engleskom jeziku dostupan je na: <https://flia.org/wp-content/>

uploads/2017/07/A-New-Generation-of-Artificial-Intelligence-Development-Plan-1.pdf, (10. 7. 2020).

Preporuka Saveta OECD o veštačkoj inteligenciji (Recommendation of the OECD Council on Artificial Intelligence) C/MIN(2019)3 od 22. 5. 2019 god. Dostupno na: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments?mode=advanced&typeIds=2>, (9. 7. 2020).

UNICRI, Veštačka inteligencija i robotika za izvršavanje zakona (AI and robotics for Law Enforcement). 2020. Dostupno na: http://www.unicri.it/news/files/ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_ROBOTICS_LAW%20ENFORCEMENT_WEB.pdf, (9.7.2020).

Uputstvo za uređenje aplikacija veštačke inteligencije (Guidance for Regulation of Artificial Intelligence Applications). 2020. Dostupno na: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/01/Draft-OMB-Memo-on-Regulation-of-AI-1-7-19.pdf>, (10. 7. 2020).

Internet izvori

Grand View Research. 2019. *Artificial Intelligence Market Size, Share & Trends Analysis Report by Solution, by Technology (Deep Learning, Machine Learning), by End Use, by Region and Segment Forecast, 2019-2025*. Dostupno na: <https://www.grandviewresearch.com/industry-analysis/artificial-intelligence-ai-market>, (6. 7. 2020).

Oxford Living Dictionary. *Artificial Intelligence*. Dostupno na: https://www.lexico.com/definition/artificial_intelligence, (7. 7. 2020).

Stefan N. Andonović, PhD

Teaching assistant, Faculty of Law University of Kragujevac, Serbia
e-mail: stefan.andonovic91@gmail.com

STRATEGIC-LEGAL FRAMEWORK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN COMPARATIVE LAW

Summary

Information-communication technologies are one of the basic characteristics of modern society. The great needs of the today's economy and society for better and efficient products and services have caused continuous development of the technological sector. In that manner, artificial intelligence is one of the most significant phenomena in this sector. Artificial intelligence could be described as possibility of computer programs to replace human intelligence and work in many activities. The use of an artificial intelligence system has provided many benefits to people who no longer have to go to a bank or a

store, can organize meetings online and conduct conversations digitally, etc. However, new technologies also carry many risks to rights and freedoms, such as the right to privacy, the right to protection of personal data, the right to liberty, etc. Having in mind the importance of artificial intelligence for modern society and future generations, the author has analysed the normative framework of artificial intelligence. The primary focus of the research is on the regulation of artificial intelligence in comparative law. For that purpose, the author used the strategic documents of the EU, USA and Peoples Republic of China, as a leader in the fields of artificial intelligence. The aim of this paper is to point out the importance of future research on artificial intelligence in various legal fields, which will inevitably meet new technological phenomena.

Keywords: information society, digitization of law, digitization, artificial intelligence, comparative law.

Primljeno: 27. 8. 2020.
Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

IZBOR ČLANOVA NADZORNOG TELA ZA ZAŠTITU LIČNIH PODATAKA KAO GARANTIJA NEZAVISNOSTI – PRIMERI ALBANIJE, BOSNE I HERCEGOVINE, CRNE GORE I SEVERNE MAKEDONIJE**

Sažetak

Razvoj informaciono-komunikacionih tehnologija je uslovio neophodnost stvaranja odgovarajućeg pravnog okvira kojim se omogućuje zaštita ličnih podataka. Jedan od neizostavnih elemenata valjanog pravnog okvira u ovoj oblasti je stvaranje nezavisnog nadzornog organa za zaštitu ličnih podataka. U članku se korišćenjem uporednopravnog metoda, na primeru Albanije, Bosne i Hercegovine, Crne Gore i Severne Makedonije, koje su bile članice nekadašnjeg socijalističkog bloka a sada streme ka članstvu u Evropskoj uniji, ispituju određena pravna rešenja koja su usmerena ka dostizanju nezavisnosti ovih tela, a tiču se izbora njihovih članova. Cilj je i utvrđivanje nekih njihovih zajedničkih karakteristika. Razume se, autor daje i odgovarajuća kritička razmatranja. Ovakav odabir država je učinjen zbog toga što su u istorijsko-socijalnom smislu one prolazile ono kroz šta prolazi Srbija. Uvek se na umu mora imati i činjenica da pravnim normama valjano zajemčeni i proklamovani ciljevi ne moraju uvek da se ostvaruju u praksi. No, mora se biti i svestan da je valjan pravni okvir onaj prvi korak bez kojeg nema ostvarenja proklamovanih ciljeva. Upravo se u tome ogleda društvena opravdanost naučnog proučavanja ove teme.

Ključne reči: zaštita podataka o ličnosti, uporedno pravo, nadzorni organ, izbor članova.

1. Uvod

Zaštita ličnih podataka, kako je određuje Andonović (2019, p. 134), predstavlja „proces donošenja i primene opštih i posebnih pravnih normi koje podrazumevaju tehnička i organizaciona pravila i uspostavljanje pravnih mehanizama i sredstava u cilju zaštite ličnih podataka. Zaštita ličnih podataka predstavlja relativno novu oblast pravnog regulisanja, koja je razvijana paralelno sa razvojem informaciono-komunikacionih tehnologija.“ S jedne strane, razvoj navedenih tehnologija je ljudima doneo brojne benefite. Opet, s druge

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: m.stanic@iup.rs

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

strane, uzrokovao je možda i neslućeni rast količine podataka o gotovo svim licima, kako o onima koji to žele tako i o onima koji to ne žele, te sada imamo situaciju da razna fizička ili pravna lica prikupljaju, obrađuju i koriste lične podatke (Mantelero, 2016, p. 238). Razumljivo, to je potencijalno izuzetno opasno društveno ponašanje koje je izazovno za pravno regulisanje.

Naravno, nije se dugo čekalo da u pravnim porecima počne da se stvara specifična regulativa namenjena ovoj materiji, kao i teorija koja tu regulativu proučava (Koops, 2014, p. 250). Prvi pravni akti kojima se reguliše ova problematika usvajaju se još 1970. godine u nemačkoj državi-pokrajini Hese. Na osnovu njih se ustanovljava nezavisno telo čija je nadležnost kontrola zakonitosti obrade, ali i druga pitanja u vezi sa zaštitom ličnih podataka. Švedska je prva evropska država koja je na sveobuhvatan i sistematski način, zakonskim regulisanjem, pružila zaštitu ličnim podacima građana (Andonović, 2019, pp. 137-138). Spomenućemo i to da, na nivou Evropske unije, (Gonzalez Fuster, 2014, pp. 111-155), kao nadnacionalne organizacije, postoje propisi koji regulišu zaštitu podataka o ličnosti (Prlja, 2018, pp. 90-91) i da utiču na pravne poretke država članica, kao i onih država koje su kandidati za članstvo. Prvi korak u tom smislu predstavljalo je usvajanje Direktive o zaštiti pojedinaca u vezi sa obradom ličnih podataka i slobodnim kretanjem takvih podataka 1995. godine (Andonović, 2019, p. 139).

Zbog činjenice da „pravni sistem zaštite podataka u Evropi zasnovan na Direktivi o zaštiti podataka iz 1995. godine nije bio dovoljan da na adekvatan način odgovori na ubrzani razvoj tehnologije i mnogobrojne načine neadekvatnog prikupljanja i obrade podataka o ličnosti“ (Diligenski, Prlja & Cerović, 2018, p. 11), a radi premošćavanja tih problema, na nivou Evropske unije doneta je Opšta uredba EU, koja je usvojena 2016. godine, a počela je da se primenjuje maja 2018. godine (Izveštaj o zaštiti ličnih podataka u Bosni i Hercegovini za 2019. godinu, 2020, pp. 3-4; Andonović, 2019, p. 140). Cilj Opšte uredbje je poboljšanje propisa o zaštiti podataka o ličnosti a sve u skladu sa tehnološkim napretkom (Đukić, 2017, p. 58), te obezbeđenje poštovanja svih osnovnih ljudskih prava i sloboda u ovoj oblasti (Purtova, 2018). Njeni pisci su predvideli obavezu država članica da na svojim teritorijama osnuju nezavisne nadzorne organe koji će se baviti pitanjima zaštite ličnih podataka, a koji po svojoj pravnoj prirodi predstavljaju tela sa javnim ovlašćenjima koja vrše nadzor nad primenom Uredbe i nacionalnih propisa u vezi sa ličnim podacima (Andonović, 2019, p. 254). Povrh toga, posebnom grupom članova 51-59 Uredbe definisani su status, nadležnost, zadaci i ovlašćenja ovih tela (Prlja, 2018, p. 96). Valjalo bi spomenuti da, u zavisnosti od forme u kojoj obavljaju svoju delatnost, postoje nezavisni kontrolni organi u inokosnom obliku, kao što je slučaj sa, na primer, poverenikom za informacije od javnog značaja ili u obliku kolektivnog organa, kakav je slučaj sa različitim agencijama (Milenković, 2015, p. 121; Andonović, 2019, p. 254).

Cilj ovog rada je da se korišćenjem uporednopravnog metoda, a na primeru četiri susedne zemlje (Albanija, Bosna i Hercegovina, Severna Makedonija, Crna Gora) koje su bile članice nekadašnjeg socijalističkog bloka do promena devedesetih godina dvadesetog veka, a sada su zemlje kandidati za članstvo u Evropskoj uniji, ispituju određena rešenja koja se tiču načina na koji se u najvećoj meri postiže lična nezavisnost, odnosno samostalnost ovih tela sa namerom da se utvrde neke njihove zajedničke karakteristike. Na mestima na

kojima je to prikladno, nude se i odgovarajuća kritička razmatranja i promišljanja. Naravno, postavlja se i pitanje kriterijuma odabira ovih zemalja. Osnovni i ključni kriterijum je da su one u istorijsko-socijalnom smislu prošle i prolaze ono kroz šta prolazi Srbija.¹ U fokusu istraživanja se nalazi nekoliko međusobno isprepletanih pitanja. Prvo pitanje odnosi se na način postizanja lične, odnosno personalne nezavisnosti, koja se postiže kroz postupke kandidovanja i imenovanja. Drugo, potrebno je, a da bi se poduprla lična nezavisnost, da članovi organa raspolažu odgovarajućim znanjem i stručnošću, da su časni i moralni. Drugačije kazano, neophodno da se obezbedi da najkvalitetniji kadrovi budu izabrani i da se kroz stručnost dolazi kako do nezavisnosti, tako i do samostalnosti. Bez obzira na to što se pravnim normama valjano utvrđeni ciljevi ne moraju uvek ostvarivati u praksi, moramo biti svesni i toga da je dobro fundiran pravni okvir onaj prvi korak bez kojeg zapravo nema njihovog ostvarenja. U tome se i ogleda društvena opravdanost produbljenog proučavanja ove teme.

2. Definisane pravne statusa i ciljeva nadzornih organa u odabranim zakonodavstvima

Kada je reč o pravnom statusu i ciljevima nadzornih organa za zaštitu ličnih podataka, može se konstatovati da postoje neznatne različitosti u zakonodavstvima izabranih zemalja. U Albaniji je poverenik za zaštitu podataka nezavisna institucija državne uprave (Sajt Poverenika za zaštitu podataka Albanije), odgovoran za nadzor i praćenje zaštite ličnih podataka, te poštovanje i garantovanje osnovnih ljudskih prava i sloboda (čl. 29, st. 1 ZZLPA). U Bosni i Hercegovini, Agencija za zaštitu ličnih podataka je samostalna upravna organizacija osnovana da bi se obezbedila zaštita ličnih podataka (čl. 35 ZZLPBH). U Crnoj Gori, Agencija za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama se jednostavno definiše kao nadzorni organ za vršenje poslova određenih Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti, te se određuje da je ona u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nezavisna i samostalna (čl. 49 ZZPLCG). Ona ima status pravnog lica sa javnim ovlašćenjima (Izveštaj o stanju zaštite ličnih podataka i stanju u oblasti pristupa informacijama za 2018. godinu, 2019, p. 4). U Severnoj Makedoniji Agencija za zaštitu ličnih podataka je nezavisan i samostalan državni organ nadležan za nadzor nad zakonitošću aktivnosti koje se preduzimaju u obradi ličnih podataka na teritoriji Republike Severne Makedonije, kao i za zaštitu osnovnih prava i sloboda fizičkih lica u vezi sa obradom njihovih ličnih podataka (čl. 57, st. 1 ZZLPSM).

Dakle, u ovim zemljama se za ova tela, odnosno organe naglašava da su nezavisni, odnosno samostalni. No, istovremeno, oni se definišu kao institucija državne uprave u Albaniji, upravna organizacija u Bosni i Hercegovini, nadzorni organ u Crnoj Gori, državni organ u Severnoj Makedoniji. Upravo zbog toga je potrebno da se bude obazriv, jer baš ovakve formulacije potencijalno otvaraju mogućnost „slabljenja“ snažno proklamovane nezavisnosti. One se čine kao nekakav *contradictio in adjecto*. Zapravo, radi se o svojevrsnom „prethodnom“ pitanju, pošto se u njemu ogleda namera povodom postizanja njihovog određenog položaja u okviru sistema. Jasno je da, kada je naglašeno da se radi o

¹ Predmet i obim uporednog istraživanja u ovom članku dopunski je opredeljen činjenicom da ovaj rad predstavlja logičku celinu sa drugim radovima ovog autora iz oblasti zaštite ličnih podataka čije se objavljivanje očekuje.

upravnom organu, postoji opasnost da ova tela budu podvrgnuta hijerarhijskom odnosu karakterističnom za odnose između upravnih organa. Stoga bi to moglo da uzrokuje da od njihove „na papiru“ proklamovane nezavisnosti ne ostane skoro ništa, da ona ostane istinski „prazno slovo na papiru“. Imajući to u vidu, nužno je, bez obzira na definisanje, pravnim normama pružiti dodatne garantije. One se tiču, pre svega, načina izbora članova ovih tela, postupka donošenja odluka u okviru njih, kao i odnosa sa drugim organima, te načina finansiranja. Imajući u vidu obim ovog rada, u daljem njegovom toku bavićemo se samo prvom grupom garantija, koje se tiču načina izbora članova ovih tela. One predstavljaju onaj prvi korak ka uspostavljanju personalne, odnosno lične nezavisnosti članova ovih tela. Iako taj „prvi korak“ nije dovoljan, u svakom slučaju je nužan.

3. Nezavisnost prema zakonodavnoj i izvršnoj funkciji državne vlasti

3.1. Ko bira i predlaže članove nadzornih organa

Pitanje nezavisnosti ovih tela u odnosu prema drugim državnim organima, a tu pre svega mislimo na one u okviru kojih se nalaze nosioci političke moći, prati nekoliko isprepletanih pitanja – ko bira, ko se bira, te ko predlaže one koji se biraju. Ona su „kristalno“ jasna, ali odgovori na njih nisu jednostavni, odnosno jednoznačni, kako smo i ranije isticali (Stanić, 2020, p. 7). Za ovaploćenje utvrđenih ciljeva neophodno je, kako je istaknuto u navedenom radu, ispunjenje dva uslova. Prvi, da nadzorno telo bude sasvim dovoljno udaljeno od političkih procesa i interesa. Drugi, ono se mora dovoljno udaljiti i od snažnih privatnih interesa, koji su neminovnost bitisanja u skoro svakom savremenom društvu. Konstatuje se da je zbog toga, s jedne strane, u postupku odabira onih koji će vršiti funkcije nadzornog tela neophodno isključiti one subjekte koji bi kasnije mogli da ugroze nezavisnost regulatornih tela, to jest njihovih članova. S druge strane, teško je naći odgovarajući organ koji će u isto vreme snagom svog legitimiteta biti u mogućnosti da prenese sopstveni snažni legitimitet i telu koje bira, a da istovremeno organ koji bira ne sadrži barem nekakav politički element (Stanić, 2020, p. 7).

Stoga se mora uvažiti ono što se realno događa u praksi, kao i da je nužno da imamo na umu da političke uticaje nije moguće potpuno izbeći u savremeno doba, a to ne bi ni bilo svrsishodno, baš zbog strukture savremenih demokratskih država, koja je prožeta politikom, ali i interesima pojedinaca i grupacija koji se bave određenim delatnostima (Stanić, 2020, p. 7). Zastupamo, prema tome, isti stav – profesionalni političari su neophodni radi pružanja podrške u radu (razume se, u okvirima dozvoljenog), a u isto vreme nužno je da se u što široj meri zadovolje interesi i „vandržavnog“, tzv. privatnog sektora, kako bi i sa te strane stigla neophodna podrška za rad nezavisnih tela. Upravo zbog tih potreba, kao što je zaključeno i u ranijem radu (Stanić, 2020, p. 7), dolazimo i do pitanja o tome kako bismo mogli da sve te interese uzmemo u obzir, a da istovremeno ne narušimo zamišljenu, idealnu konstrukciju. Pravi odgovor i dalje pronalazimo u postojanju osećaja za meru, odnosno u uvažavanju svih interesa u pitanju (Stanić, 2020, p. 7). Drugačije kazano, „sistem imenovanja u kolektivnom telu mora obezbediti da se članovi tog tela imenuju na osnovu racionalnog kompromisa između različitih političkih snaga i drugih aktera, ili na osnovu

proporcionalne zastupljenosti. Proces odlučivanja u tom telu treba da bude organizovan tako da stimuliše unutrašnji dijalog i koaliciju članova različitih provenijencija i političke orijentacije“ (European Commission for Democracy through Law, 2016, p. 30).

Dakle, radi postizanja odgovarajuće ravnoteže potrebno je uvažiti različite interese. Pitanje koje se postavlja na ovom mestu je kakva su pravna rešenja u odabranim zemljama, odnosno gde je taj osećaj u najvećoj mogućoj meri pronađen. U Albaniji poverenika bira parlament na predlog Vlade, sa mandatom u trajanju od pet godina i mogućnošću reizbora (čl. 33 ZZLPA). U Bosni i Hercegovini na čelu Agencije je direktor, kojeg imenuje Vlada, odnosno Savet ministara u skladu sa Zakonom o ministarskim i drugim vladinim imenovanjima u Bosni i Hercegovini, na period od četiri godine, uz mogućnost ponovnog imenovanja (čl. 43 ZZLPBH; vid. ZMVDIFBH; ZMVIDIRS). U Crnoj Gori, organi Agencije su Savet Agencije i direktor (čl. 51 ZZPLCG). Savet Agencije ima predsednika i dva člana. Predsednika i članove Saveta Agencije imenuje Skupština Crne Gore, na predlog nadležnog radnog tela. Predsednik i članovi Saveta Agencije imenuju se na period od pet godina i na te dužnosti ne mogu biti imenovani više od dva puta (čl. 52 ZZPLCG). Direktora Agencije imenuje Savet, na osnovu javnog konkursa, na period od četiri godine i za direktora ne može biti imenovano lice koje ne ispunjava uslove da bude član Saveta (čl. 58 ZZPLCG). U Severnoj Makedoniji Agencijom upravlja direktor, kojeg bira i razrešava parlament na predlog parlamentarnog Odbora za izbore i imenovanja. To se čini na osnovu javnog oglasa za izbor direktora. Direktor Agencije bira se na period od pet godina, sa pravom da bude reizabran (čl. 59 ZZLPSM).

Vidimo da, osim u jednoj odabranoj zemlji, Bosni i Hercegovini, u svim ostalim članove tela za zaštitu ličnih podataka bira zakonodavna funkcija državne vlasti, odnosno parlament. Reklo bi se da se u tom slučaju izbor čini podložnim politici. Mada, u isto vreme, moramo uvek imati na umu da je određen dodir sa politikom, kao što smo naveli, neizbežan, ali da on ne mora da bude i štetan. Čini se da je upravo kod izbora u okviru parlamenta dodir sa politikom i mogućnost prekomernog uticaja politike i najmanji. Zašto je to tako? Odgovor se krije u prirodi parlamenta kao organa. Kao što je opštepoznato, parlament je predstavnik nosilaca suverenosti, što znači svih građana, te se, gledano strogo formalnopravno, ne može osporavati pravo jednog organa koji je predstavnički i koji predstavlja sve građane da donosi ovakvu vrstu odluka, dok se, s druge strane, u okviru parlamenta, čak i u današnje vreme, diskutuje, kako u odborima tako i u plenumu, a i sama parlamentarna pravila su, jasno je, još uvek snažna garantija da se odluka neće donositi isuviše lakomisleno; treći razlog vezan je za činjenicu da u današnje vreme parlament nije ona neposredna politička „pesnica“, koja se zapravo nalazi izvan njega (Stanić, 2020, p. 10). Pored toga, parlament i ne nadzire sa tolikom budnošću i željom da potčini sve oko sebe svojom političkom snagom, dok sve suprotno važi za vladu, odnosno za izvršnu funkciju državne vlasti (Stanić, 2020, p. 10). U tom slučaju, neophodan je poseban oprez, pošto izvršna funkcija državne vlasti, odnosno vlada, ima sasvim drugu prirodu i način delovanja u odnosu na zakonodavnu, jer obavlja delatno-političku vlast i uticaj politike je u tom slučaju snažniji. Videli smo da u ovim zemljama jedino u Bosni i Hercegovini direktora imenuje Savet ministara u skladu sa Zakonom o ministarskim i drugim vladinim imenovanjima. Važno je napomenuti da se upravo ovim zakonom, koji postoji kako na

nivou Federacije Bosne i Hercegovine tako i na nivou Republike Srpske, zapravo „sužava“ manevarski prostor Savetu ministara, koji prilikom imenovanje mora ispuniti zakonom predviđene uslove. Na taj način, može se kazati, u ovom slučaju „otpadaju“ načelne kritike rešenja prema kojem se vladi poverava imenovanje rukovodstava ovih tela.

Kod postojećih rešenja čini se da je najuravnoteženija varijanta ona po kojoj određeni broj kandidata bira parlament, od čega bi jedan broj možda birala opozicija, ili bi se kandidati birali kvalifikovanom većinom. Svakako, vladu bi trebalo „zaobići“ kako u postupku izbora tako i u postupku predlaganja. Preostale članove bi mogao da bira ili predlaže predsednik ili možda i odgovarajuća udruženja ili drugi, važni subjekti, koji su se bavili poslovima vezanim za zaštitu ličnih podataka, a sve u skladu sa konkretnim okolnostima u određenoj zemlji. U tom slučaju, neophodno je da se odrede jasni kriterijumi kojim subjektima i na osnovu čega se poverava mogućnost biranja ili predlaganja članova ovih tela. Vezano za ovlašćenja predsednika da predlaže članove odbora valjalo bi se podsetiti da predsednik koji se kao šef države neposredno bira ima isti legitimitet koji ima parlament, osim što se radi o inokosnom organu. U slučaju da predsednika bira parlament, onda se suštinski parlamentarnoj emanaciji dodeljuje mogućnost da imenuje članove nadzornog tela (Andonović, 2019, p. 255). Važno je imati na umu da se svim „tim mehanizmima može obezbediti politička neutralnost tela ukoliko je proces odlučivanja u njima koncipiran tako da članovi koji pripadaju parlamentarnoj većini ne mogu da upravljaju sami i da, pri donošenju najvažnijih odluka, moraju da traže savez, bilo sa nepolitičkim članovima, ili sa članovima koji pripadaju opoziciji“ (European Commission for Democracy through Law, 2016, p. 30). Isto tako, ne sme da se pretera ni u traženju kompromisa, pošto onda može da se dobije nejedinstveno i nefunkcionalno telo. Uvek se na umu mora imati i da preterano insistiranje na ravnoteži može narušiti zamišljeni balans.

Kada je reč o trajanju mandata, potrebno je ispuniti dva cilja. Prvi je opšteg karaktera i prema njemu članovi ovih tela moraju se odvojiti od nedozvoljenih uticaja. Drugi je da im se da dovoljno vremena za nesmetan rad. Imajući to u vidu, zalažemo se za dva alternativno postavljena rešenja. Prvo, mandat bi trajao nešto duže od trajanja jedne legislature, na primer pet godina, uz mogućnost jednog reizbora. Mislimo da je korisno da mandat bude nešto duži od trajanja legislaturnog perioda, te da se i na taj način doprinese građenju nezavisnosti ovih tela. Takođe, smatramo da nije potrebno dozvoliti mogućnost više od jednog reizbora, jer se sprečava suviše jako „vezivanje“ za političke procese. Pored toga, onemogućava se da stalno isti kadrovi budu prisutni, te da na taj način dođe do „ustajalosti“ ideja, odnosno sprečavanja prodiranja novih ideja. Drugo, mandat bi mogao i da bude bez mogućnosti obnavljanja, ali bi onda trajao nešto duže, na primer sedam ili osam godina. Na taj način bi se postiglo rešenje slično prvoj soluciji, s tim da se ne bi išlo u postupak reizbora, pa bi na taj način izabrani, odnosno imenovani mogli opuštenije da rade.

3.2. Kako izabrati najkvalitetnije kandidate

Uvek je, u skladu sa načelom dobre uprave, najbitnije da oni najbolji, oni najkompetentniji, koje odlikuje najviši stepen moralnosti i znanja, budu izabrani ili

postavljeni na odgovarajuće funkcije. Pretpostavka je da će lica sa takvim osobinama kvalitetno obavljati službu. Sledstveno, to će stvoriti i održavati poverenje javnosti. Kako bi se sve to ostvarilo u praksi, a kako je i pomenuto, najvažnije je imati dobro sazdan relevantni pravni okvir, jer tada je učinjen onaj nužni, prvi korak ka istinskoj, stvarnoj nezavisnosti ovih tela. Dakle, neophodno je da se u okviru takvog okvira propišu uslovi koji će zaista dovesti do toga da budu izabrani oni najkompetentniji. Drugim rečima, na taj način se dodatno „vezuju ruke“ bilo kome ko bi ovu nezavisnost mogao eventualno da ugrozi (Stanić, 2020, p. 10).

Kao što je i očekivano, prihvaćena rešenja u analiziranim zakonodavstvima su različita, te je u Albaniji neophodno da je lice diplomirani pravnik, sa širokim znanjima i aktivnostima u oblasti ljudskih prava i osnovnih sloboda, da poseduje izvanredne profesionalne veštine i čiste moralne osobine, te da ima više od deset godina radnog iskustva kao advokat (čl. 35 ZZLPA). U Bosni i Hercegovini takođe je neophodno da lice bude diplomirani pravnik sa pet godina radnog iskustva na poslovima rukovođenja u upravi, te dokazanim iskustvom u oblasti poštovanja ljudskih prava i sa priznatim visokim moralnim statusom (čl. 44 ZZLPBH). U Crnoj Gori za predsednika, odnosno člana Saveta Agencije, kao i za direktora Agencije može biti imenovano lice koje ima visoku stručnu spremu, te pet godina radnog iskustva u obavljanju poslova iz oblasti ljudskih prava i sloboda (čl. 53 i 58 ZZPLCG). U Severnoj Makedoniji je neophodno da je lice steklo najmanje 240 bodova u skladu sa ESPB ili završenim VII/1 stepenom prava, da nije član organa političke stranke, da ima najmanje deset godina radnog iskustva nakon stečenog visokog obrazovanja, od čega najmanje pet godina radnog iskustva, kao i stručne kvalifikacije i veštine u oblasti zaštite ličnih podataka, te da poseduje sertifikat o poznavanju računarskih programa za kancelarijski rad i jedan od pobrojanih međunarodno priznatih sertifikata za aktivno znanje engleskog jezika, ne starije od pet godina (čl. 60 ZZLPSM).

Pojedinačna rešenja, razume se, mogu biti podvrgnuta kritici, kao što je albansko, prema kojem se zahteva da je lice advokat, te se postavlja pitanje opravdanosti da čitav niz profesija ostaje „izvan“ mogućnosti da obavlja ovakve funkcije. Pored toga, crnogorski zakonodavac predviđa samo petogodišnje radno iskustvo u obavljanju poslova iz oblasti ljudskih prava i sloboda, pa postoji opasnost da budu izabrani nedovoljnoiskusni i nedovoljno profilisani kandidati. Takođe, pitanje je da li međunarodno priznati sertifikati znanja engleskog jezika, kao i sertifikat o poznavanju računarskih programa za kancelarijski rad čine onaj suštinski kvalitet koji će dovesti do najboljih kandidata, kao što se predviđa u Severnoj Makedoniji. Ipak, sistemski gledano, bitno je u ovoj oblasti obratiti pažnju na pravne standarde ili neke ne toliko određene izraze, koji su inače prisutni uporednopravno, pa i u ove četiri zemlje, te se traže „izvanredne profesionalne veštine i čiste moralne osobine“ ili „dokazano iskustvo“. Uopšteno gledano, oni su u neku ruku nužnost, ali istovremeno i opasnost. Slažemo se sa mišljenjem (Andonović, 2020, p. 5) da je, na primer, *mutatis mutandis* „kriterijum u vidu pravnog standarda 'uglednog stručnjaka' postavljen prilično apstraktno i da ostavlja prostor za široku diskrecionu, pa i političku ocenu i zavisi od mnogo faktora“, što važi i za kriterijume poput „izvanredne profesionalne veštine i čiste moralne osobine“ ili „dokazano iskustvo“. U suštini, mišljenja smo da bi pravni standardi trebalo da budu prisutni jedino tokom misaonog procesa stvaranja pravne norme, te bi

zakonodavac prilikom stvaranja norme morao da se zapita šta zapravo znači konkretni pravni standard, odnosno iz kojih se elemenata konkretno sastoji, to jest, šta bi zaista lice trebalo da ispuni da bi se smatralo da je standard ispunjen. Nakon dobijanja jasnog odgovora na to pitanje, valjalo bi u normu taj odgovor precizno i preneti, te omogućiti istinski objektiviziran izbor, bez mnogo tumačenja i samim tim subjektivnih elemenata (Stanić, 2020, p. 13). Ovo je naročito važno za države za koje je ova problematika još nova. Stoga bi trebalo da se klonimo korišćenja pravnih standarda, pošto oni znače mnogo, a kada se dođe do primene, vrlo malo pomažu, te obratno, često mogu da služe tome da se zapravo i ne dođe do najboljih kandidata.

Dakle, sumarno gledano slažemo se sa razmišljanjem Andonovića (2019, p. 256) „da je najadekvatnije rešenje da se zakonom propišu strogi uslovi koji se zahtevaju za rukovodećeg ili člana nadzornog nezavisnog tela. Jedino na taj način se može očekivati integritet obavljanja delatnosti i stručnost u radu nadzornog nezavisnog organa. Propisivanjem obaveznih uslova poput stručnosti u oblasti prava i informatike i dugogodišnjeg rada u oblasti zaštite podataka i ljudskih prava, omogućavaju se stabilne polazne tačke za stručan i kvalitetan rad ove važne institucije.“ Imajući to u vidu, valjalo bi i da se izbegnu suviše „blagi“ uslovi za izbor koji se tiču samo toga da je potrebno da lice ima završen fakultet i određeni broj godina radnog iskustva, koji je nisko postavljen, kao što je to slučaj u Crnoj Gori, u trajanju od pet godina. Valjalo bi precizirati da bi trebalo da se radi o ozbiljnijem, višegodišnjem iskustvu u ovoj oblasti, koje jasno ukazuje da je reč o stručnjaku u toj oblasti, a imajući u vidu koje poslove i koliko dugo ih je to lice obavljalo.

4. Zaključak

Očito je da je složeno da se nadzorna tela za zaštitu ličnih podataka istovremeno drže podalje od politike, a opet i da to ne bude ni predaleko, kako se ne bi izgubili njeni pozitivni podsticaji. Rešenje bi bilo u postizanju prave mere. Ali kako? Prvo, kada je reč o statusu ovih tela, neophodno je predvideti da se radi o nezavisnim regulatornim telima. Razume se, to nije dovoljno, potrebno je pružiti i dodatne garantije radi ostvarenja toga u praksi. Drugo, trebalo bi da parlament bira određeni manji broj kandidata, od čega bi jedan broj birala opozicija ili bi se birali kvalifikovanim većinama, radi postizanja ravnoteže. Izbor preostalih članova bi mogao da bude prepušten odgovarajućim udruženjima, stručnim institucijama ili drugim društveno bitnim subjektima, bliskim ovoj materiji, a sve u skladu sa konkretnim okolnostima u odnosnoj zemlji. Vladu bi trebalo isključiti iz ovog procesa jer je delatna politička vlast i u tom smislu može narušiti ravnotežu. Treće, pravne standarde bi trebalo izbegavati, te bi trebalo da ih koristi samo zakonodavac prilikom kreiranja pravne norme, a da se u samoj normi oni pretoče u objektivne kriterijume koji se tiču, na primer, godina života, obrazovanja, godina iskustva, posedovanja odgovarajućih znanja i veština i sl. Ispunjavanjem navedenog stvaraju se uslovi da se dođe do kvalitetno sastavljenog tela, koje će raditi na korist svih, a u cilju zaštite ličnih podataka.

Literatura

- Andonović, S. 2019. *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji: pravni aspekti*. Doktorska disertacija. Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet.
- Diligenski, A., Prlja, D. & Cerović, D. 2018. *Pravo zaštite podataka GDPR*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Đukić, D. 2017. Zaštita podataka o ličnosti sa osvrtom na novo zakonodavstvo Evropske unije u ovoj oblasti. *Pravni zapisi*, 1, pp. 49-60.
- Milenković, D. 2015. Upravno-procesna i drugi slični oblici zaštite prava na pristup informacijama u komparativnom pravu. *Strani pravni život*, 3, pp. 115-131.
- Prlja, S. 2018. Pravo na zaštitu ličnih podataka u EU. *Strani pravni život*, 1, pp. 89-99.
- Gonzalez Fuster, G. 2014. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Springer International Publishing.

Internet izvori

- Agencija za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama. 2019. *Izveštaj o stanju zaštite ličnih podataka i stanju u oblasti pristupa informacijama za 2018. godinu*, Dostupno na: http://www.azlp.me/docs/zajednicka/izvjestaj_o_stanju/IZVJESTAJ%202018.doc, (13. 9. 2020).
- Andonović, S. 2020. *Analiza Regulatornog tela za elektronske medije u Republici Srbiji, Fondacija Centar za javno pravo*. Dostupno na: http://www.fcjp.ba/analize/Stefan_Andonovic2-Analiza_Regulatornog_tela_za_elektronske_medije_u_Republici_Srbiji.pdf, (4. 9. 2020).
- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). 2016. *Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, Opinion no. 845/2016*. Dostupno na: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)015-e), (4. 9. 2020).
- Agencija za zaštitu ličnih podataka u Bosni i Hercegovini. 2020. *Izveštaj o zaštiti ličnih podataka u Bosni i Hercegovini za 2019. godinu*. Dostupno na: <http://www.azlp.ba/publikacije/?id=3025>, (13. 9. 2020).
- Mantelero, A. 2016. *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*. Dostupno na: https://staff.polito.it/alessandro.mantelero/Mantelero_Personal_data_for_decisional_purposes_CLSR_2016.pdf, (4. 9. 2020).
- Koops, B.-J. 2014. *The trouble with European data protection law*. Dostupno na: https://is.muni.cz/el/1422/podzim2018/SOC022/um/59943709/International_Data_Privacy_Law-2014-Koops-250-61.pdf, (4. 9. 2020).
- Purtova, N. 2018. *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*. Dostupno na: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17579961.2018.1452176?scroll=top&ne=&>, (4. 9. 2020).
- Sajt Poverenika za zaštitu podataka Albanije. Dostupno na: <https://www.idp.al/about-us/?lang=en>, (11. 9. 2020).

Stanić, M. 2020. *Težnja ka nezavisnosti regulatornog tela za elektronske medije: nedostatak modela*. Dostupno na: http://www.fcjp.ba/analize/Milos_Stanic5_Teznja_ka_nezavisnosti_regulatornog_tela_za_elektronske_medije-nedostatak_modela.pdf, (5. 9. 2020).

Pravni izvori

- Zakon o ministarskim i drugim vladinim imenovanjima Federacije Bosne i Hercegovine – ZMVDIFBH, *Sl. novine Federacije BiH*, br. 12/2003, 34/2003, 65/2013. Dostupno na: <https://ms.ks.gov.ba/preuzimanja/legislativa/zakon-o-ministarskim-vladinim-i-drugim-imenovanjima-federacije-bosne-i-hercegovine>, 11. 9. 2020.
- Zakon o ministarskim i drugim vladinim imenovanjima Republike Srpske – ZMVIDRS, *Sl. glasnik Republike Srpske*, br. 41/2003. Dostupno na: https://www.alvrs.com/v1/media/djcatalog/2003-06-10-Sl_glasnik_br_41-Zakon_o_ministarskim_vladinim_i_drugim_imenovanjima.pdf, 11. 9. 2020.
- Zakon o zaštiti ličnih podataka Albanije – ZZLPA (Law No. 9887 dated 10. 3. 2008 on Protection of Personal Data). Dostupno na engleskom jeziku na: <https://www.afapdp.org/wp-content/uploads/2018/05/Albanie-Loi-n%C2%B0-9887-sur-la-protection-des-donnees-personnelles-2008.pdf>, 10. 9. 2020.
- Zakon o zaštiti ličnih podataka Bosne i Hercegovine – ZZLPBH, *Službeni glasnik BiH* br. 49/2006, 76/2011. Dostupno na: <http://azlp.ba/propisi/Default.aspx?id=5&pageIndex=1&langTag=sr-SP-Cyrl>, 10. 9. 2020.
- Zakon o zaštiti podataka o ličnosti – ZZPLCG, *Službeni list Crne Gore*, br. 079/2008 od 23. 12. 2008, 070/09 od 21. 10. 2009, 044/2012 od 9. 8. 2012, 022/2017 od 3. 4. 2017. Dostupno na: <http://www.azlp.me/docs/zastita/Ustav%20i%20zakoni/Zakon%20o%20ZLP.docx>, 10. 9. 2020.
- Zakon o zaštiti ličnih podataka Republike Severne Makedonije – ZZLPSM (Закон за заштита на личните податоци), *Службен весник на РСМ*, бр. 42 од 16. 2. 2020. Dostupno na: https://dzlp.mk/sites/default/files/u4/zakon_za_zastita_na_licnite_podatoci.pdf, 10. 9. 2020.

Miloš B. Stanić, PhD

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

e-mail: *m.stanic@iup.rs*

**ELECTION OF MEMBERS OF THE SUPERVISORY BODY FOR PERSONAL
DATA PROTECTION AS A GUARANTEE OF THEIR INDEPENDENCE -
EXAMPLES OF ALBANIA, BOSNIA AND HERZEGOVINA, MONTENEGRO
AND NORTH MACEDONIA**

Summary

With the development of communication technologies, it has become clear that it is necessary to create an adequate legal framework in order to protect personal data. One of its indispensable elements is the creation of an independent supervisory body for the protection of personal data. By using comparative legal method, on the example of four neighbouring countries, of which all were members of the ex-communist bloc and are the EU membership candidates, author tried to find out certain common legal solutions within these countries regarding the election of their members seeking to achieve their independence. The author also gives appropriate critical view concerning certain solutions. These countries were chosen because, in the historical and social sense, they went and are going through what Serbia is going through in the process of joining the European Union. It has to be noted that the goals guaranteed and proclaimed by legal norms do not always have to be achieved in practice. However, one must also be aware that a valid legal framework is the first step, without which the proclaimed goals cannot be achieved. This is where the social justification of the scientific study of this topic is reflected.

Keywords: right to protection of personal data, comparative law, supervisory body, election of members.

Primljeno: 13. 9. 2020.
Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

RECUSATIO IUDICUS: SRPSKI OKVIR, UPOREDNI PRIKAZ I PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA**

Sažetak

Pravo stranke da u predmetu u kojem se odlučuje o njenim pravima i obavezama sudijsku funkciju vrši nepristrasni pojedinac, determinisano je obavezom države da obezbijedi, najprije u normativnom okviru, a zatim i u praksi, da se tom pravu udovolji. Prima faciae, kada su u pitanju srpsko zakonodavstvo i zakonski okviri država iz okruženja, to je nomotehnički urađeno na korektan način, ali se u radu pokazuje da postoji određeni broj suštinskih manjkavosti, koje imaju potencijal da dovedu do odgovornosti država. To ćemo dokazati dominantnim oslanjanjem na standarde Evropskog suda za ljudska prava. Zadatak autora bio je demonstriranje relevantnih odluka Evropskog suda, prikazivanje normativnog okvira u Srbiji i prihvaćenih rješenja u zakonodavstvima država iz okruženja (Crna Gora, Hrvatska, Sjeverna Makedonija, Slovenija i Federacija Bosna i Hercegovina).

Ključne riječi: *obavezno izuzeće, fakultativno izuzeće, rekurzacija, sudijsko izuzeće, pravo na pravično suđenje.*

1. Uvodna razmatranja

Nepristrasan sudija je imperativ svakog pravičnog postupka. Da je to tako, možda najbolje svjedoče neki međunarodni instrumenti, koji u prvim redovima ostavljaju mjesta i za tu proklamaciju. Tako je, recimo, u čl. 6, st. 1 (prva rečenica) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Konvencija), propisano da svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Odredbom čl. 14, st. 1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima propisano je da su pred sudovima svi jednaki, te da svako ima pravo na pravično i javno suđenje od strane nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog

* Master prava, student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu; kandidat za sudiju u crnogorskom pravosudnom sistemu, e-mail: krstop@yahoo.com

** Ovaj rad u osnovi predstavlja skraćenu i temeljno izmijenjenu verziju seminarskog rada koji je odbranjen na drugoj godini doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, pred prof. dr Goranom P. Ilićem.

suda, ustanovljenog zakonom, koji će odlučivati bilo o osnovanosti ma kakve optužbe krivičnopravne prirode uperene protiv njega, bilo u sporovima o njegovim pravima i obavezama građanske prirode. Veliki doprinos i impuls razumijevanju i afirmaciji pojma (sudijske) (ne)pristrasnosti sadržan je u Preporukama Konsultativnog vijeća evropskih sudija (CCJE). Tako, u tač. 12 Mišljenja broj 1 (2001) CCJE upućenog Komitetu ministara Savjeta Evrope povodom standarda koji se tiču nezavisnosti sudstva i nesmjernjivosti sudija, navodi se da nezavisnost pravosuđa podrazumijeva totalnu nepristrasnost sudija, te da, kada presuđuju u sporu, sudije moraju biti nepristrasne, odnosno oslobođene od svake veze, naklonjenosti ili pristrasnosti koja utiče – ili za koju bi se moglo smatrati da utiče – na njihovu sposobnost da samostalno presude. Sudija, kako se navodi, stoga ne smije samo biti oslobođen od bilo kakve neprikladne veze, pristrasnosti ili uticaja već on ili ona razumnom posmatraču moraju izgledati oslobođeni od navedenog. U protivnom, povjerenje u nezavisnost pravosuđa može biti poljuljano.

Međutim, cijenimo da je nepristrasnost, u *stricto sensu* smislu te riječi, više ideal kome, kao i manje-više svemu, težimo, ali koji isto tako ne možemo uvijek da dostignemo (upor. Shaman, pp. 605-606, 610-611). Biti nepristrasan znači pružiti stranci¹ šansu da će ono što iznese pred sudijom biti predmet njegove evaluacije bez anticipiranja ishoda samog postupka. Kako to pravilno zapaža Beširević (2017, p. 127), nepristrasan je sudski organ koji nije u ličnom dodiru s predmetom spora i nema predrasuda u pogledu predmeta spora. Riječima Vasiljevića (1981, p. 88), sa kojima smo saglasni, nepristrasan sudija je objektivni sudija, a objektivnost znači da odluka u granicama mogućnosti treba da bude takva da bi ostala ista i kad bi druga lica imala položaj stranaka, a bilo koji drugi sudija odlučivao (upor. Abramson, 1994, p. 543). Cijenimo da je, kad je ocjena pristrasnosti sudije u pitanju, dovoljno da sudija samo želi da jedna strana uspije u sporu, a da niti on niti neko njemu blizak nema za to neki interes (upor. Kilimnik, 1991, p. 751; Barry, 1995, pp. 11-13; Milovanović, 2017, p. 190).

Opredjeljenje da pišemo o ovoj temi leži u dvijema činjenicama. Prva od njih je da analizom srpskog zakonskog teksta i zakonskih tekstova država iz okruženja pokušamo da utvrdimo određene nedostatke na koje, koliko je nama poznato, do sada nije ukazivano, a koji u bliskoj budućnosti potencijalno mogu da aktiviraju strazburški mehanizam zbog inkompatibilnosti sa čl. 6, st. 1 Konvencije. Drugi razlog je i namjera da se na ovaj način intenzivira razgovor o ovoj temi, koja je, po našem mišljenju, nezasluženo zapostavljena (ako je cijeliti prema broju radova na koje smo naišli prilikom njene obrade) i da se aktuelizuju neka pitanja, koja ćemo ovdje, zbog limitiranosti obimom, samo spomenuti. U tom smislu, valjalo bi odgovoriti na sledeće dileme: na koji način predsjednik suda vrši provjeru navoda

¹ U ovom kontekstu trebalo bi razlikovati stranku u materijalnopravnom i u formalnopravnom smislu. Iako se u svakom postupku tačno zna ko je stranka (tužilac i tuženi, tužilac i okrivljeni, predlagač i protivpredlagač), ponekad se, osim njihovih prava i obaveza, (u nekim postupcima) može odlučivati i o pravima lica koja nemaju stranačko svojstvo, ili koja imaju potencijalno stranačko svojstvo. Zbog toga bi se ta lica, iako ih zakonodavac tako ne tretira (dakle, nemaju svojstvo stranke u formalnom smislu) mogla smatrati strankama u materijalnopravnom – supstantivnom smislu. Ovo posebno ima smisla ako znamo da se strankom, u građanskom pravu, smatra lice o čijim se pravima i interesima odlučuje u postupku. Takav slučaj je sa oštećenim u krivičnom postupku, koji, iako nema stranačko svojstvo, ipak može odgovarajućom, procesnopravno relevantno izraženom voljom, zahtijevati da se u tom istom postupku odlučuje o njegovim pravima i interesima.

da, recimo, postoji određena veza između sudije i stranke (u smislu da li poziva određena lica da o tome posvjedoče, da li ih može upozoravati na posljedice davanja lažnog iskaza i sl.). Zatim, da li je nepristrasan sudija koji je u svojoj prošlosti imao određena „iskustva“ sa nekim krivičnim djelima. Vrlo je simptomatično da se, koliko je nama poznato, zahtjev za izuzeće nije nikada tražio zbog određenog životnog i profesionalnog iskustva sudije. Istina, riječ je o nimalo jednostavnom i ponekad izuzetno „opasnom“ potezu, s obzirom na to da može dovesti do optužbi na račun sudije koje mogu da rezultiraju krivičnim progonom, npr. krivično djelo iznošenje ličnih i porodičnih prilika iz čl. 172 Krivičnog zakonika. Tako, recimo, da li je sudija čije je dijete zadobilo teške tjelesne povrede u saobraćajnoj nezgodi zbog greške pijanog vozača sposoban da nepristrasno presudi u predmetu u kome se sudi licu koje je tako nešto učinilo.² Te, šta raditi u situaciji kada stranka želi da diskvalifikuje sudiju iz postupka, tako što ga prethodno uvrijedi, a zatim, tražeći njegovo izuzeće, navodi da upravo zbog toga što ga je uvrijedio sudija želi da mu se „ revanšira“?³ Potreba za aktuelizacijom navedenih pitanja u pravnoj teoriji, po našem mišljenju bitna je kako za afirmaciju principa „nepristrasnog suda“ tako i za pravičnost samog postupka, a u krajnjem i kako bi same sudije znale da li da u određenim situacijama traže svoje izuzeće (kako ne bi disciplinski odgovarale⁴).

Metodološki, a u cilju detektovanja određenih nedostataka na legislativnom nivou, izvršićemo uporednopravni pregled koji će obuhvatati zakonske tekstove država iz okruženja, sa ciljem da vidimo kakav su pristup nacionalni zakonodavci imali prilikom normativnog uređenja u ovoj oblasti, te da li se pojedina rješenja, ukoliko ih ocijenimo kao dobra, mogu uspješno transponovati u drugim sistemima i time zamijeniti ona koja, po našem

² Riječ je o sijasetu mogućnosti koje su takve prirode da bacaju svjetlo na pristrasnost jednog sudije i u svakom slučaju bi trebalo izbjeći da takav sudija vrši sudijsku dužnost u tim predmetima. Naravno, ne treba uvijek ni pribjegavati nekim radikalnim stavovima, u tom smislu da sudija koji je počinio prekršaj u saobraćaju ne može objektivno da presudi o takvom prekršaju i sl. Ali to dakako zahtijeva da se dobro preispitaju sve okolnosti datog slučaja.

³ S obzirom na to da u našoj praksi nismo naišli na sličan scenarijo, kako bismo objasnili o čemu se u stvari radi, poslužićemo se jednom odlukom iz američke sudske prakse (*Ex parte Bentley*, 849, So. 2d 997 – Ala. Crim. App. 2002.). Situacija je bila sledeća: okrivljeni je iz ćelije uputio sudiji pismo u kome je pisalo da je on (sudija) prodao dušu Luciferu, i da će umrijeti kao njegov gušter špijun. Nakon toga, advokat okrivljenog je tražio izuzeće postupajućeg sudije, navodeći kao razlog da svaki sudija koji bi primio takvo prijeteće pismo ne bi bio u mogućnosti da sudi pošteno i nepristrasno. Međutim, Vrhovni sud Alabame nije dijelio mišljenje odbrane. Štaviše, kako pišu MacKenzie & Tomlinskon Druhan (2010, p. 220), saglasio se sa prvostepenim rješenjem kojim je odbijen zahtjev za izuzeće sudije, navodeći da je u ovom slučaju okrivljeni, a ne sudija, taj čije je pogrešno postupanje problem *Ex parte Bentley*, 849, So. 2d 997 – Ala. Crim. App. 2002. Nismo sigurni kako bi naši sudovi postupili u datoj situaciji, a kamoli Evropski sud za ljudska prava. Mada, uvjereni smo da ukoliko bi sudija prijavio ovakvu ili sličnu poruku ili eventualno kaznio onoga ko je pisao, u tom slučaju bi definitivno postojao osnov za izuzeće, jer je samim tim na neki način rekao da je uvrijeđen napisanim.

⁴ Prema čl. 3, st. 1 Zakona o sudijama – ZS iz 2008. godine, sudija je dužan da u svakoj prilici održi povjerenje u svoju nezavisnost i nepristrasnost, odnosno, u smislu st. 2 istog člana, sudija je dužan da nepristrasno vodi postupak po svojoj savjesti, u skladu sa vlastitom procjenom činjenica i tumačenjem prava, uz obezbjeđenje pravičnog suđenja i poštovanje procesnih prava stranaka garantovanih Ustavom, zakonom i međunarodnim aktima. Kada nabraja šta ponašanje u skladu sa moralnim osobinama jeste, zakonodavac u čl. 45, st. 4 ZS-a navodi i nepristrasnost. Prilikom navođenja disciplinskih prekršaja (čl. 90, st. 1, tač. 1 ZS), prvo je tretirana povreda načela nepristrasnosti, dok je tač. 2 istog stava regulisano da disciplinski prekršaj predstavlja i propuštanje sudije da traži izuzeće u predmetima u kojima postoji razlog za izuzeće, odnosno isključenje predviđeno zakonom.

mišljenju, nisu adekvatna. Zatim ćemo vršiti upoređivanje ovih (nacionalnih) sistema sa standardima koje je Evropski sud za ljudska prava (dalje: ECHR, Sud) afirmisao u svojoj bogatoj jurisprudenciji. Cilj rada je da ukažemo na izvjesne protivrječnosti prihvaćenih rješenja u analiziranim (nacionalnim) sistemima sa strazburškim standardima. Opređenje da se, osim srpskog zakonskog teksta, analiziraju zakonski tekstovi Crne Gore, Hrvatske, Sjeverne Makedonije, Slovenije i Federacije Bosne i Hercegovine, leži u činjenici što su, s jedne strane, u pitanju veoma slični pravni režimi, odnosno nomotehnički pristup zakonopisaca u ovom domenu je bio veoma sličan, pa su samim tim i greške imanentne jednom sistemu na izvjestan način mogu imputirati i drugima, dok, s druge strane, postoje i izvjesne suštinske razlike koje bi, zbog usklađenosti sa međunarodnim standardima, valjalo transponovati u druge sisteme.

2. O izuzeću sudije

Kada neko lice ispuni sve zakonom tražene uslove za izbor na sudijsku funkciju, ono time stiče samo tzv. apstraktnu sposobnost za vršenje sudijske funkcije, međutim, to ne znači da može u svim situacijama obavljati sudijsku funkciju (Radulović, 2009, p. 100; Grubač & Vasiljević, 2014, p. 106). Dok je apstraktna sposobnost – sposobnost sudije za učestvovanje u bilo kom procesu, dotle je konkretna sposobnost – sposobnost jednog apstraktno sposobnog sudije da učestvuje u konkretnoj krivičnoj stvari (Vasiljević, 1981, p. 83). Izuzeće sudije je, kako ističe Radulović (2009, p. 101), institut kojim se iz postupka rješavanja konkretne krivične stvari isključuje sudija zbog njegove relativne nesposobnosti (*iudex inhabilis*), odnosno zbog sumnje u nepristrasnost (*iudex suspectus*). Saglasni smo sa iznijetim stavovima.

Ono što je karakteristično u doktrinarnim stavovima jeste da se razlozi za izuzeće dijele na one koji su *obaveznog i one koji su fakultativnog* karaktera (vid. Škulić, 2016, p. 104; Radulović, 2009, p. 101; Breneselović, 2017, pp. 172-173, 183-187; Vuković, 2016, pp. 171-199).⁵ I mi ćemo se u radu, iako to nije posve tačno, držati te sistematike jer ima zakonsko uporište, mada ćemo u docnijem izlaganju kazati zbog čega nismo saglasni sa ovakvom terminologijom.

Specifičnosti obaveznog izuzeća možemo svesti na sledeće: (a) nedozvoljenost preispitivanja sumnje u pristrasnost – kada su u pitanju navedeni osnovi, ostaje samo

⁵ Po našem mišljenju, zakonodavci su sistem izuzeća mogli da urede na jedan od sledećih načina: (1) limitativnim navođenjem razloga za izuzeće – u tom slučaju bi bilo neophodno i dovoljno samo da se određena faktička situacija supsumira pod jedan od prethodno *numerus clausus* određenih zakonskih razloga nakon čega nema mjesta preispitivanju da li je sudija zaista pristrasan, pa se samim tim sudija izuzima *ex lege*. Tu je riječ o tzv. neoborivoj pretpostavci pristrasnosti (*praesumptio iuris et de iure*); (2) korišćenjem generalne klauzule – u ovom slučaju bi se radilo o normi koja bi glasila: „ukoliko postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u njegovu nepristrasnost“; i (3) korišćenjem mješovitog metoda – koji predstavlja svojevrsnu hibridnu konstrukciju. Riječ je o tome da zakonodavac najprije nabraja određene razloge za izuzeće, ne dajući pravo nikome da „sumnja“ u to da je sudija „možda ipak nepristrasan“, već je on procijenio dovoljnim samo postojanje tih činjenica da bi se sudija izuzeo od vršenja sudijske funkcije u određenom predmetu. Svjestan da na ovaj način ne može da „pokrije“ sve moguće situacije, taj nedostatak nadomještuje korišćenjem generalne klauzule u vidu „sudija ili sudija-porotnik može biti izuzet od sudijske dužnosti u određenom predmetu ako postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u njegovu nepristrasnost“.

da se to deklarativno referiše rješenjem. To bi značilo da nema potrebe, tačnije, ne može se preispitivati da li postojanje određenih, tačno navedenih okolnosti dovodi u pitanje pristrasnost sudije, već se samo konstatuje da se sudija izuzima. U ovom slučaju riječ je, kako to pravilno ističe Milovanović (2017, p. 188), o neoborivoj pretpostavci pristrasnosti. To će reći da navedeni razlozi za izuzeće *eo ipso* dovode do izuzeća postupajućeg sudije, nezavisno od toga da li zaista mogu uticati na njegovu nepristrasnost (Pavlović, 2014, p. 32); (b) odluka o izuzimanju je deklarativnog karaktera. Ovo bi značilo da se sudija smatra izuzetim već u momentu kada su nastupile određene limitativno predviđene okolnosti i (c) zabrana preduzimanja bilo koje radnje u predmetu, pa čak i ako je neodložne prirode. Ovaj zahtjev, opet karakterističan za obavezno izuzeće, svoje opravdanje vidi u činjenici da sudija koji je izuzet (a naglašavamo da je takva odluka samo deklarativnog karaktera) ne može preduzeti nijednu radnju u predmetu, bez obzira na prirodu te radnje.

Karakteristike fakultativnog izuzeća, s druge strane, možemo svesti na sledeće: (a) predsjednik suda ispituje razloge za izuzeće, odnosno dužan je da sagleda da li je određeni odnos ili postupanje takve prirode da utiče na objektivnost rada postupajućeg sudije; (b) mogućnost sudije da preduzima određene radnje za koje postoji opasnost od odlaganja,⁶ i (c) odluka predsjednika suda ima konstitutivni karakter zato što prije donošenja tog rješenja taj slučaj nije bio posebno zakonski uređen, pa se samim nastupanjem određene činjenice smatra da sudija ne može da postupa (kakav je slučaj sa obaveznim izuzećem).

3. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

U prethodnim razmatranjima smo istakli da je sudijska nepristrasnost imperativ pravičnog postupka, koji je kao takav i decidno proklamovan Konvencijom. Kao svojevrsni konkretizator konvencijskih odredaba, ECHR je iznjedrio brojne odluke, koje moraju biti impuls nacionalnim zakonodavcima prilikom tretiranja ovog pitanja, a tim prije i sudovima u slučajevima tzv. fakultativnog izuzeća, jer se ovi standardi mogu uspješno implementirati kroz ovu vrstu izuzeća. Najprije valja ukazati da je ECHR odavno razvio standard prema kome prava moraju biti djelotvorna i praktična, a ne teorijska i iluzorna (*Kreus v. Poljske*, predstavka br. 28249/95 od 19. juna 2001. godine, par. 57).

Vodeći slučaj, ili precedent kada je u pitanju sudijska nepristrasnost u praksi ECHR-a, predstavlja presuda *Piersak v. Belgije*, predstavka br. 8692/79 od 1. oktobra 1982. godine. U ovoj presudi Sud ističe da iako nepristrasnost označava odsutnost predrasuda ili sklonosti, postojanje, odnosno nepostojanje takvih predrasuda se može testirati na mnogobrojne načine. Distinkcija se u ovom kontekstu može napraviti između subjektivnog pristupa, koji se poima kao lično uvjerenje postupajućeg sudije u konkretnom slučaju, i objektivnog pristupa, preko kojeg se utvrđuje da li su ponuđene dovoljne garancije koje će isključiti svaku legitimnu sumnju u njegovu pristrasnost. Dodaje se da je u ulogu povjerenje koje sudovi moraju uživati u javnosti u svim demokratskim društvima.⁷ U

⁶ Ova okolnost je karakteristična za sva analizirana zakonodavstva, sem za slovenačko.

⁷ Ovaj standard Sud je ponavljao u kasnijim odlukama, kao npr.: *Parlov-Tkalčić v. Hrvatske*, par. 78; *Olujčić v. Hrvatske*, par. 57; *Mežnarić v. Hrvatske*, par. 29; *Hauschildt v. Danske*, par. 46; *De Cubber v. Belgije i Daktaras v. Litvanije*, par. 30.

odluci *McGonnell v. Ujedinjenog Kraljevstva* (2000, par. 57), ustanovljen je princip prema kome je postojanje sasvim male mjere sumnje u nepristrasnost domaćeg suda dovoljna da se utvrdi kako postoji povreda odredbe čl. 6, st. 1 Konvencije.

Nepristrasnost sudskog organa po unutrašnjem nacionalnom pravu ispituje se primjenom objektivnog i subjektivnog mjerila. Po subjektivnom testu, kako ističe Jakšić (2006, p. 184), sud ispituje postojanje ličnog uvjerenja sudije koji postupuje u predmetu, odnosno u okviru tog aspekta se ispituje da li ličan stav sudije prema strankama i predmetu spora daje konkretan povod za postojanje osnovane sumnje u njegovu nepristrasnost, dok se po objektivnom testu utvrđuje da li su postojale dovoljne garancije za isključenje svake legitimne sumnje u tom pogledu. Interesantan za razumijevanje ovih standarda jeste slučaj *Kiprijanu* (2005, par. 123-133). U ovom slučaju advokat je od strane sudskog vijeća kažnjen zbog upućivanja određenih uvreda. Sud je utvrdio da su, i po subjektivnom i po objektivnom mjerilu, ove sudije bile pristrasne da kasnije postupaju u tom slučaju. Objektivna nepristrasnost se ogledala u tome da su mu zbog upućenih uvreda izrekle sankciju, a subjektivni u tome da su u toj odluci koristili sintagmu „da se osjećaju duboko povrijeđenima“.

Subjektivno mjerilo znači ispitivanje je li sud imao neki lični razlog pristrasnosti u konkretnom predmetu ili predrasudu, dok objektivno mjerilo znači ispitivanje da li sud kao takav i njegov sastav jamče dovoljno sigurnosti da bi isključili svaku opravdanu sumnju u pogledu nepristrasnosti suda (Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III br. 790/2004 od 20. oktobra 2005. godine, navedeno prema: Pavlović, 2014, p. 32). Objektivni test nepristrasnosti je nešto manje strog, odnosno rigorozan nivo individualizacije uzročno-posljedične veze, i shodno tome, teret dokazivanja za podnosioca predstavke je znatno manji (Vitkausus & Dikov, 2017, p. 54). Prema istim autorima (p. 54), nasuprot subjektivnom testu, tvrdnja da nema objektivne nepristrasnosti stvara pozitivnu pretpostavku za podnosioca predstavke koju tužena država može pobiti samo ako dokaže da postoji dovoljan broj procesnih jemstava koja isključuju svaku takvu legitimnu sumnju. Legitimne sumnje u pogledu nepristrasnosti mogu se pojaviti ako je sudija ranije radio za jednu od stranaka u sporu, ako ista osoba obavlja i tužilačku i sudijsku funkciju, samo u različitim fazama istog postupka, pokušaj učešća istih sudija na različitim nivoima sudske nadležnosti, miješanje sudije koji ne sudi u datom predmetu, preklapanje zakonodavne/savjetodavne i sudijske funkcije (McBride, 2009, pp. 54-55).

Na ovom mjestu, a zbog kritike pojedinih (nacionalnih) zakonskih tekstova koje ćemo obrađivati, valja navesti i odluku Suda kojom se izjašnjavao o karakteru imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku. Naime, donošenjem presude *Perez v. Francuske* (2004, par. 62-73), Sud je ustanovio princip da se učešćem oštećenog u krivičnom postupku ustanovljava građanskopravni karakter takvog zahtjeva, koji to svojstvo ne gubi uslijed toga što oštećeni nije u određenom trenutku precizirao ili odredio zahtjev, s obzirom na to da to može učiniti do meritornog okončanja postupka (Ilić, 2012, p. 141).

4. Srpski zakonski okvir

Prilikom uređenja instituta izuzeća, srpski zakonodavac se opredijelio za mješoviti metod, koji je, bez imalo sumnje, najbolje moguće rješenje. To znači da je zakonodavac prvo tretirao obavezno, a zatim fakultativno izuzeće. U redovima koji slijede i mi ćemo pratiti tu sistematiku.

Slučajevi obaveznog izuzeća, prema odredbi čl. 37, st. 1, tač. 1-4 Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. sa kasnijim izmenama (ZKP) su sledeći: 1) ako je sudija ili sudija porotnik oštećen krivičnim djelom; 2) ako mu je okrivljeni, njegov branilac, tužilac, oštećeni, njihov zakonski zastupnik ili punomoćnik, bračni drug ili lice sa kojim živi u vanbračnoj ili drugoj trajnoj zajednici života ili srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kog stepena, u pobočnoj liniji do četvrtog stepena, a po tazbini do drugog stepena; 3) ako je sa okrivljenim, njegovim braniocem, tužiocem ili oštećenim u odnosu staratelja, šticećenika, usvojitelja, usvojenika, hranitelja ili hranjenika i 4) ako je u istom predmetu postupao kao sudija za prethodni postupak ili je odlučivao o potvrđivanju optužnice ili je učestvovao u donošenju meritorne odluke o optužbi koja se pobija žalbom ili vanrednim pravnim lekom ili je učestvovao u postupku kao tužilac, branilac, zakonski zastupnik ili punomoćnik oštećenog, odnosno tužioca ili je saslušan kao svedok ili kao veštak, ako ZKP-om nije drugačije propisano.⁸

Prethodno smo već istakli da definisati izuzeće kao obavezno, odnosno fakultativno, nije posve tačno. Međutim, praviti takvu diferencijaciju ima smisla, s obzirom na to da zakonodavac koristi za ovaj institut prilično neuobičajenu stilizaciju. Ovo iz razloga što je odredbom čl. 37, st. 2 ZKP-a predvidio da sudija ili sudija porotnik može biti izuzet od sudijske dužnosti⁹ u određenom predmetu ako postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u njegovu nepristrasnost. Dovodeći takvu normu u vezu sa principom koji je ECHR ustanovio u predmetu *McGonnell v. Ujedinjenog Kraljevstva*, cijenimo da nije trebalo dozvoliti da sudija, iako sumnjiv da će biti pristrasan, potencijalno ostane da obavlja sudijsku funkciju u određenom predmetu, pa je *de lege ferenda* u tom dijelu neophodna redakcija zakonskog teksta. Zbog toga je i naše, ranije istaknuto, nesaglašavanje sa terminima „obavezno i fakultativno izuzeće“.

Kada je u pitanju legitimacija za podnošenje zahtjeva za izuzeće, zakonodavac je predvidio da zahtjev za izuzeće mogu da podnesu stranke i branilac – čl. 39, st. 1 ZKP-a,¹⁰

⁸ Valja primijetiti da zakonodavac, pri regulaciji razloga za obavezno izuzeće, nije dosledan. Naime, kada se već opredijelio za to da izuzeću da posebno mjesto u Zakoniku, na tom mjestu trebalo je da artikuliše sve slučajeve obaveznog izuzeća. U vezi sa tim, primjećujemo da pored obaveznih osnova za izuzeće (čl. 37, st. 1, tač. 1-4 ZKP), zakonodavac u odredbama čl. 318, st. 3, čl. 324, st. 3, čl. 329, st. 3 ZKP-a, predviđa da u slučaju da odbije sporazum, sudija koji je donio tu odluku ne može učestvovati u daljem toku postupka, odnosno bez sumnje – ponovo govori o tzv. obaveznom izuzeću.

⁹ S druge strane, smatramo da je odredbom čl. 112, st.1, tač. 6 Zakona o prekršajima iz 2013. godine, pravilno normirano da će sudija koji učestvuje u postupku biti izuzet ako postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u njegovu nepristrasnost. Pa i pored toga, u (prekršajnopravnoj) doktrini se može primijetiti podjela razloga za izuzeće na one koji su obaveznog i fakultativnog karaktera (Delić & Bajović, 2018, pp. 162-163).

¹⁰ Premda zakonodavac obraćanje postupajućeg sudije nije imenovao kao zahtjev, već kao „obavještenje predsjedniku suda“ (čl. 38, st. 1 i 2 ZKP), suštinski je riječ o istom. Razumljivo je zbog čega navedena lica imaju pravo da traže izuzeće. Bez potrebe da obrazložimo zbog čega je to u stranačkom interesu, interes sudije

dok odgovarajuću odluku o tome, saglasno čl. 41, st. 1 ZKP-a, donosi predsjednik suda (sem u slučajevima predviđenim st. 2 ovog člana). Međutim, i kada je u pitanju pravo na podnošenje zahtjeva za izuzeće, cijenimo da ni u tom dijelu zakonodavac nije do kraja ispoštovao osnovni *ratio legis* ustanovljenja instituta izuzeća. Oslonjeni na prethodne zaključke, odnosno da stranka ima pravo da u konkretnom predmetu sudi nepristrasni sudija, nije jasno zbog čega mogućnost da traži izuzeće nije pružena i oštećenom, jer on u toku postupka može imati imovinskopravne pretenzije o kojima odlučuje isti sudija (čl. 253, st. 1 ZKP). A kada postavi takav zahtjev¹¹, o njemu sud mora odlučivati, sem u izuzetnim situacijama (Pejović, 2018, pp. 186-194).

Da sumiramo: sa *de lege lata* aspekta, imamo situaciju da je moguće da u određenom predmetu o pravu nekog lica (oštećenog) odlučuje pristrasni sudija, a da oštećeni nema mogućnost da traži njegovo izuzeće. U pitanju je krupan nedostatak, koji nije usklađen sa strazburškim standardima, zbog čega je i u ovom dijelu *de lege ferenda* potrebna reakcija zakonopisca.¹²

Još jedan nedostatak je aktuelan u važećem ZKP-u. Naime, prema čl. 40, kada je u pitanju tzv. fakultativno izuzeće (odnosno slučaj koji je regulisan čl. 37, st. 2), sudija, do donošenja rješenja o zahtjevu za izuzeće, može preduzimati samo one radnje za koje postoji opasnost od odlaganja. Dakle, zakonodavac svjesno dopušta da određenu radnju preduzme sudija čije je izuzeće traženo, odnosno koje vrlo moguće neće više vršiti funkciju u tom predmetu zbog pristrasnosti (a ova radnja, prema samom duhu ove odredbe, ne može biti poništena zbog eventualno pozitivne odluke o izuzeću). Mislimo da ovakvo rješenje nije dobro i da je trebalo da zakonodavac u ovom dijelu slijedi slovenačkog kolegu (o načinu na koji je to uređeno u Sloveniji, vidjeti izlaganje koje sledi).

5. Uporedni prikaz

Kada je u pitanju crnogorsko rješenje, moramo konstatovati da je, iako sličan, crnogorski tekst krivičnoprocesnog zakona lišen većeg broja manjkavosti koje, još uvijek, postoje u srpskom. Naime, institut izuzeća je obuhvaćen Glavom III Zakonika o krivičnom postupku iz 2009. sa kasnijim izmenama. Ono što je prednost ovog zakona nad srpskim ZKP-om jeste u činjenici da je u čl. 38, st. 1 već naglašeno da „sudija ne može vršiti

da traži sopstveno izuzeće leži u činjenici da ako to ne učini u opravdanim situacijama, a radi se o situacijama kako onima koje su kvalifikovane kao obavezne tako i onima koje predstavljaju osnov za tzv. fakultativno izuzeće, čini disciplinski prekršaj iz čl. 90, st. 1, tač. 2 ZS-a.

¹¹ Argument da je to sporedni zahtjev, iako formalno tačan, suštinski ne zadovoljava. Jer, postavljanjem imovinskopravnog zahtjeva, oštećeni se opredijelio da o pravu na osnovanost takvog zahtjeva odlučuje (krivični) sudija, pa kako on, saglasno principu koji je usvojen u presudi ECHR-a *Perez protiv Francuske*, ima karakter građanskog zahtjeva, to je trebalo legitimisati i oštećenog da traži sudijsko izuzeće.

¹² Naravno, svjesni smo i toga da se kao protivargument našem rezonovanju mogu iznijeti stavovi, kao npr.: da oštećeni u svakom momentu može odustati od zahtjeva i da eventualno izuzeće sudije u tom slučaju nema nikakvog smisla, a oštećeni nikakvih posledica; zatim, da se time prolongira postupak, jer se u red onih koji mogu da traže izuzeće „infiltrira“ još jedno lice i dr. Ovi argumenti ne bi bili bez osnova, međutim, u situaciji kada je oštećenom data mogućnost da istakne imovinskopravni zahtjev (koji, u smislu čl. 6, st. 1 Konvencije ima građanskopravni karakter), to se tim argumentima ne može dati prevaga nad činjenicom da oštećeni ima pravo da o njegovom pravu odlučuje nepristrasni sudija.

sudijsku dužnost, ako[...]“, dok je tač. 6 regulisano pitanje tzv. fakultativnog izuzeća. Dakle, zakonodavac ne dozvoljava da sudija, iako postoji sumnja u nepristrasnost, ostane da vrši sudijsku funkciju u određenom predmetu. Druga pozitivna karakteristika ovog sistema je i ta što je oštećenom data mogućnost da traži izuzeće postupajućeg sudije (čl. 40, st. 1). No, i crnogorski zakonodavac dopušta da sudija, kada je u pitanju fakultativno izuzeće, može da preuzima radnje koje ne trpe odlaganje (čl. 42).

Što se tiče hrvatskog rješenja, kao i u crnogorskom zakonodavstvu, institut izuzeća je definisan u Glavi III Zakona o kaznenom postupku iz 2008. sa kasnijim izmenama. St. 2, čl. 32 ovog zakona, koji predviđa tzv. fakultativno izuzeće, formulisan je ovako: „sudac ili sudac porotnik *može biti otklonjen* [istakao autor] od obavljanja sudske dužnosti ako se izvan slučajeva navedenih u stavku 1. ovog članka navedu i dokažu okolnosti koje izazivaju sumnju u njegovu nepristrasnost“. Kao i srpski, i hrvatski zakonodavac je dao samo mogućnost sudu da iz procesa diskvalifikuje (pristrasnog) sudiju, što je, po našem mišljenju, iz prethodno navedenih razloga, potpuno pogrešno i neusklađeno sa Konvencijom. Ono što je karakteristično za hrvatsko zakonodavstvo jeste to da je čl. 33, st. 1 predviđeno da „izuzeće mogu tražiti i stranke“. Dakle, sudija je taj koji ima obavezu da traži izuzeće, dok stranke imaju samo pravo da to traže. I kod hrvatskog, kao i kod srpskog rješenja, oštećenom nije data mogućnost da traži sudijsko izuzeće, iako oštećeni ima pravo da istakne imovinskopravni zahtjev (čl. 154, st. 1). Isto tako, i hrvatski zakonopisac dozvoljava da, kada je u pitanju fakultativno izuzeće, sudija vrši određene radnje „za koje postoji opasnost od odgode“ (čl. 36).

Kada govorimo o bosansko-hercegovačkom zakonodavnom rješenju, primjećujemo, navodeći samo primer zakonodavstva Federacije Bosne i Hercegovine, da je izuzeću takođe posvećena posebna tematska jedinica – Glava V Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH iz 2003. sa kasnijim izmenama. Zakonodavac kantona Federacija BiH opredijelio se za princip obavezne rekuzacije u svim situacijama kada postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u pristrasnost sudije. Premda je u izloženom aspektu ovo rješenje bolje, ni ovaj tekst nije lišen anomalija. To se ogleda u činjenici da oštećenom nije data mogućnost da, kao stranka o čijim se interesima potencijalno odlučuje, traži izuzeće sudije. Opet, kao i u drugim zakonodavstvima, oštećenom je data mogućnost da istakne imovinskopravne pretenzije (čl. 208, st. 1). Kao i u prethodnim zakonskim rješenjima, dozvoljava se, u slučaju fakultativnog izuzeća, da sudija preuzima neodložne radnje (čl. 43).

Izuzeće je makedonski zakonopisac uredio u tač. 5 Zakona o krivičnom postupku iz 2010. sa izmenama iz 2012. godine. Kada je u pitanju fakultativno izuzeće sudije, zakonodavac Sjeverne Makedonije se, kao što je slučaj u zakonodavstvima Srbije i Hrvatske, odlučio da to uredi na način što je u čl. 33, st. 2 ZKP-a regulisao da se sudija ili sudija porotnik može izuzeti od vršenja sudijske funkcije ako postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u njegovu nepristrasnost. Odredbom čl. 35 je regulisana legitimacija za podnošenje zahtjeva i, kao u većini dosad razmatranih zakonodavstava, ta mogućnost je dopuštena samo za stranke i branioca, iako oštećeni, saglasno odredbi čl. 57, st. 1, tač. 3 makedonskog ZKP-a, ima pravo da postavi imovinskopravni zahtjev. Čl. 37 je takođe data mogućnost sudiji da u slučaju fakultativnog izuzeća preuzima radnje neodložne prirode.

Slovenački zakonodavac je pitanje sudijskog izuzeća uredio u Poglavlju III važećeg Zakona o krivičnom postupku. Odredbom čl. 39, st. 1, tač. 9 slovenačkog ZKP-a propisano je da sudija ili sudija porotnik ne može vršiti sudijsku funkciju ako postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u njegovu nepristrasnost. Čl. 41, st. 1 je propisano da stranke takođe mogu tražiti izuzeće. Oštećeni pak to ne može, iako ima pravo da postavi imovinskopравни zahtjev (čl. 100). Slovenački zakonopisac je uistinu imao bolji pristup kada su u pitanju tzv. neodložne radnje. Naime, u čl. 43, st. 1 (druga rečenica), navodi se da ako je potrebno izvršiti radnju koja bi bila opasna za odlaganje, u tom se slučaju primjenjuju odredbe čl. 40, st. 3 ZKP-a. Odredbom čl. 40, st. 3 ZKP-a propisano je da će, u slučaju da je neophodno preduzeti radnje u slučaju koje bi bilo opasno odložiti, predsjednik suda narediti da ih izvede drugi sudija, u skladu sa pravilima sudskog naloga o dodjeljivanju predmeta, dok se ne donese odluka o zahtjevu za razrješenje sudije.

Primjećujemo da su svi zakonodavci prilikom normiranja instituta izuzeća prihvatili tzv. mješoviti model regulacije.¹³ No, koliko god sličnosti između tretiranih zakonskih rješenja postojale, ipak su uočljive i razlike u pogledu krucijalnih elemenata. Na ovom mjestu nismo se bavili nomotehničkim pravilima, već suštinskim, odnosno upravo onim koja mogu da dovedu do inkompatibilnosti sa čl. 6, st. 1 Konvencije (njihovo sumiranje daćemo u zaključku) i samim tim odgovornosti ovih država.

6. Zaključak

U prethodno ispisanim redovima tretirali smo (jednu od) fundamentalnu pretpostavku prava na pravično suđenje. Riječ je o zahtjevu da u svakom predmetu odlučuje nepristrasni sudija. Ako sada izuzmemo filozofski aspekt problema na koji ukazujemo, odnosno da je teško da sudiju određene okolnosti ne pogađaju, moramo priznati da su nomotehnička rješenja za koje su se opredijelili srpski zakonodavac i zakonodavci iz okruženja prilikom normiranja instituta izuzeća dobra, međutim, suštinski svaki od sistema ima krupne nedostatke.

Primjenom metodologije zastupljene u radu ustanovili smo koji su to nedostaci imanentni svakom od analiziranih sistema. Upoređujući ih međusobno, kao i sa praksom ECHR-a, možemo konstatovati da ti nedostaci ozbiljno mogu da pokrenu strazburški mehanizam i da dovedu do odgovornosti država zbog kršenja čl. 6, st. 1 Konvencije, zbog čega je nužno njihovo unapređenje i usklađivanje sa standardima i praksom ECHR-a.

Uočili smo sledeće nedostatke analiziranih zakonodavstava:

(1) Najprije da sudija, kada je u pitanju fakultativno izuzeće, može da preduzima određene radnje koje ne trpe odlaganje. S tim u vezi, potencijalno, ali vrlo realno, imamo situaciju da je neku radnju u postupku preduzeo pristrasni sudija i da nacionalni zakonodavci to dozvoljavaju. Takav slučaj je (nažalost) sa svim analiziranim nacionalnim rješenjima, sem sa slovenačkim. Naime, pristup koji je imao slovenački zakonopisac treba, po našem mišljenju, da slijede i ostali. Prema tom rješenju, neodložne radnje će izvršiti sudija koga odrediti predsjednik suda. Uostalom, rješenje za koje se opredijelio slovenački zakonopisac

¹³ Vid. objašnjenje uz fn. 6. Ova činjenica utoliko potvrđuje našu hipotezu da je zaista u pitanju najbolja zakonodavna tehnika.

je usklađeno sa standardima koje je ECHR inaugurisao u odlukama *Pierseck v. Belgije* i *McGonnell v. Ujedinjenog Kraljevstva*.

(2) Dalje, kao sledeći nedostatak koji smo uočili u skoro svim analiziranim zakonodavstvima (sem u crnogorskom), jeste da zahtjev za izuzeće sudije mogu da traže samo okrivljeni, odnosno njegov branilac, tužilac i sudija. Oštećeni, čiji imovinskopravni zahtjev, saglasno praksi ECHR-a (*Perez v. Francuske*), ima građanskopravni karakter, nije legitimisan da traži izuzeće, uslijed čega imamo situaciju eklatantnog kršenja čl. 6, st. 1 Konvencije, u kom se navodi da „*svako*, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama [...] *ima pravo* na pravičnu i javnu raspravu pred nezavisnim i nepristrasnim sudom ... [istakao autor]”.

(3) U konačnom, koristeći prilično neuobičajenu stilizaciju (sudija ili sudija porotnik se može izuzeti), pojedini zakonopisci (srpski, hrvatski i makedonski) faktički dozvoljavaju da sudija za koga postoji sumnja u pristrasnost i pored toga vrši sudijsku funkciju u određenom predmetu. Ukazali smo i da je ovaj pristup potencijalno opasan, takav stav potkrepljujući standardima ECHR-a, u čijoj jurisprudenciji je razvijena praksa prema kojoj je postojanje sasvim male mjere sumnje u nepristrasnost domaćeg suda dovoljna da se utvrdi kršenje čl. 6, st. 1 Konvencije (*McGonnell v. Ujedinjenog Kraljevstva*).

U vezi sa poslednjom pomenutom anomalijom, objasnili smo i zašto nismo, u doktrinarnim okvirima, zagovornici dihotomije razloga za izuzeće, i to onih koji su obavezne i drugih, koji su fakultativne prirode.

Iako nismo imali prostora da se detaljnije bavimo problemima koje smo, u suštini, samo pobrojali u uvodu ovog rada, o tome valja reći sledeće: cijenimo da je nužno da se doktrina pozabavi rješenjima određenih problema. U prvom redu, tu mislimo na mogućnost „izazvanog izuzeća“, odnosno eliminisanja nepoželjnih sudija iz procesa. Pored toga, i time da li je dozvoljeno i u kojoj mjeri, „zadirati u privatni život“ sudije u tom pravcu da mu se imputiraju određene činjenice koje ga navodno čine pristrasnim i sve to zaodjenuti velom „fakultativnog izuzeća“. Nužnost da se riješe ova pitanja je višestruko uslovljena. Najprije radi pravičnosti samog postupka, a zatim i radi afirmacije principa „nepristrasnog suda“.

Iako nepristrasnog djelioca pravde, u strogom smislu te riječi, nije lako naći (da ne kažemo i nemoguće), jer kao ljudska bića primamo spoljne nadražaje i na to, svjesno ili nesvjesno reagujemo, ono što zaista možemo jeste da eliminišemo određene nedostatke na legislativnom nivou i uskladimo (sva analizirana) zakonodavstva sa standardima ECHR-a (na način kako je to detaljno opisano u prethodnim redovima) i tako ne dozvolimo da budu predmet kritike međunarodnih sudova i doktrine.

Literatura

- Abramson, W. L. 1994. Deciding Recusal Motions: Who Judges the Judges?. *Valparaiso University Law Review*, 28(2), pp. 543-561.
- Barry, B. 1995. *Justice as Impartiality*. Oxford: Clarendon Press.
- Beširević, V. et al. 2017. *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*. Beograd: JP „Službeni glasnik“.

- Breneselović, L. 2007. Izuzeće sudije u krivičnom postupku. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LV(1), pp. 173-194.
- Delić, N. & Bajović, V. 2018. *Priručnik za prekršajno pravo*. Beograd: JP „Službeni glasnik”.
- Grubač, M. & Vasiljević, T. 2014. *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 2011. godine. Beograd: Projuris.
- Ilić, P. G. 2012. O položaju oštećenog u krivičnom postupku. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LX(1), pp. 137-158.
- Jakšić, A. 2006. *Evropska konvencija o ljudskim pravima – Komentar*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kilimnik, S. K. 1991. Recusal Standards for Judges in Pennsylvania: Cause for Concern. *Villanova Law Review*, 36(3), pp. 713-773.
- MacKenzie, P. R. & Tomlinskon Druhan, L. 2010. Seeking a Recusal: Calling the Judge a Lizard Won't Help Your Cause. *The Alabama Lawyer*, pp. 220-227.
- McBride, J. 2009. *Human rights and criminal procedure – The case law of the European court of human rights*. Strasbourg: Council of Europe.
- Milovanović, D. 2017. Pristrasnost kao razlog za izuzeće sudija u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju. *Strani pravni život*, 1, pp. 183-192.
- Pavlović, Š. 2014. *Zakon o kaznenom postupku*. 2. izdanje. Rijeka: „Libertin“ naklada.
- Pejović, K. 2018. Imovinskopravni zahtjev u sudskoj praksi. *Crimen*, 2, pp. 186-196.
- Radulović, D. 2009. *Krivično procesno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Podgorica: Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore.
- Shaman, M. J. 1996. The Impartial Judge: Detachment or Passion?. *DePaul Law Review*, 45(3), pp. 605-632.
- Škulić, M. 2016. *Krivično procesno pravo*, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Vasiljević, T. 1981. *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Treće izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Savremena administracija.
- Vitkauskas, D. & Dikov, G. 2017. *Protectiong the Right to a Fair Trial under the European Convention of Human Rights*. 2nd Edition. Strasbourg: Council of Europe.
- Vuković, N. R. 2016. Izuzeće sudije i drugi procesnopravni problemi u primeni uslovnog otpusta. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LXIV(2), pp. 171-199.

Propisi

- Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.
- Zakon o kazenskom postupku Slovenije, *Uradni list RS*, št. 32/2012 – uradno prečišćeno besedilo, 47/2013, 87/2014, 8/2016 – odl. US, 64/2016 – odl. US, 65/2016 – odl. US, 66/2017 – ORZKP153,154 in 22/2019.
- Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske, *Narodne novine RH*, br. 152/2008, 76/2009, 80/2011, 121/2011, 91/2012, 143/2012, 56/2013, 145/2013, 152/2014, 70/2017, 126/2019, 126/2019.

- Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/2003, 37/2003, 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013 i 59/2014.
- Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016 i 98/2016 – Odluka US.
- Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispravka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.
- Zakon o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/1971.
- Zakon o sudijama, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 58/2009 – odluka US, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – odluka US, 121/2012, 124/2012 – odluka US, 101/2013, 111/2014 – odluka US, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – odluka US, 106/2015, 63/2016 – odluka US i 47/2017.
- Zakon za krivičnata postapka na Severna Makedonija, *Služben vesnik na RM*, br. 150/2010 i 100/2012.
- Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 - odluka US, 2/2015 - odluka US, 35/2015, 58/2015 - dr. zakon i 28/2018 - odluka US.
- Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava

- Daktaras v. Lithuania*, predstavka br. 42095/98 od 10. oktobra 2000. godine.
- De Cubber v. Beglium*, predstavka br. 9186/80 od 26. oktobra 1984. godine.
- Hauschildt v. Denmark*, predstavka br. 10486/83 od 24. maja 1989. godine.
- Kreuz v. Poland*, predstavka br. 28249/95 od 19. juna 2001. godine.
- Kyprianou v. Cyprus*, predstavka br. 73797/01 od 15. decembra 2005. godine.
- McGonell v. The United Kingdom*, predstavka br. 28488/95 od 8. februara 2000. godine.
- Mežnarić v. Hrvatske*, predstavka br. 71615/01 od 15. jula 2005. godine.
- Olujić v. Hrvatske*, predstavka br. 22330/05 od 5. februara 2009. godine.
- Parlov-Tkalčić v. Hrvatske*, predstavka broj 24810/06 od 22. decembra 2009. godine.
- Perez v. France*, predstavka br. 47287/99 od 12. februara 2004. godine.
- Piersak v. Belgium*, predstavka br. 8692/79 od 1. oktobra 1982. godine.

Krsto M. Pejović, MA

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

e-mail: *krstop@yahoo.com*

RECUSATIO IUDICUS: SERBIAN SCOPE, COMPARATIVE REVIEW AND PRACTICE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The right of a party to exercise a judicial function in a case deciding its rights and obligations is impartial to a judge, which is determined by the obligation of the state to provide, first in a normative and then in a practical framework, the right to be upheld. *Prima facie*, when it comes to the Serbian and legal frameworks of surrounding countries, it has been done *nomotechnically* in an impeccable way, but there are a number of essential shortcomings. The results we have obtained, using comparative legal review and analyzing practice of ECHR indicate that the Serbian, as well as the legislatures in the region, faces major problems in this area. As an anomaly we identified the possibility that a judge, although biased, in accordance with applicable regulations (in Serbian, Croatian and North Macedonian legal framework), could exercise judicial function in the case (because, there Criminal procedure codes stipulates that judge “can” be disqualified if there are doubts in his impartiality). Furthermore, very big problem in all legislatures (except Montenegrin) was that the injured party, although entitled to make a compensation claim (and this claim, within the meaning of Article 6(1) of the European Convention constitutes a civil claim), has no opportunity to seek a judicial exception/recusation. Finally, all analyzed legislation, except the Slovenian, allows a judge to take immediate action when it comes to an optional recusation. Disagreeing with this, we suggested that in the future they follow their Slovenian colleague who arranged it in a much better way.

Keywords: obligatory recusation, facultative recusation, recusation, judicial recusation, right to a fair trial.

Primljeno: 19. 8. 2020.

Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

KRIVIČNA NEODGOVORNOST DECE – ZLOČIN BEZ KAZNE I MOGUĆA REŠENJA

Sažetak

Deca do 14 godina starosti krivično su neodgovorna, što znači da za učinjeno protivpravno delo ne mogu biti kažnjena, dok oštećeni biva moralno, a često i materijalno neobeštećen. Zbog tendencije humanosti prema deci kao da se zanemaruju interesi oštećenog, ali i interes šire društvene zajednice da svaki zločin bude „kažnjen“. U radu je dat prikaz zakonskih rešenja u svetu po pitanju starosnih granica krivične odgovornosti dece, te su ispitani razlozi zbog kojih nije moguće da deca krivično odgovaraju. Upoređene su mere socijalne zaštite koje se preduzimaju prema deci koja u vreme izvršenja krivičnog dela nisu imala navršenih četrnaest godina i krivične sankcije koje se izvršavaju prema maloletnicima. Kritički je ukazano na položaj oštećenog u navedenim situacijama. Ispitana je i mogućnost krivične odgovornosti roditelja za postupke svoga deteta. U zaključnim razmatranjima dati su predlozi kako da zakonodavac reši navedeni problem.

Ključne reči: deca, krivična neodgovornost, roditelji, oštećeni.

1. Uvod

U današnje vreme deca, kao najmlađi članovi društvene zajednice, uživaju, bar na papiru, sveobuhvatnu zaštitu. S druge strane, ne dešava se više tako retko da čujemo uznemirujuće vesti da je dvanaestogodišnjak zakucao ekser psu u glavu, da trinaestogodišnja devojčica na Jutjubu preti da će ubiti dve vršnjakinje iz škole, da su deca zapalila beskućnika, da je trinaestogodišnjak izbo druga nožem u školskom dvorištu. Kako je osnovna funkcija krivičnog prava zaštitna funkcija, te kako su deca do četrnaest godina starosti u srpskom pravu krivično neodgovorna, postavlja se pitanje da li je društvo zaštićeno od dece koja preduzimaju protivpravne radnje u kojima su sadržana objektivna obeležja teških krivičnih dela, a naročito onih sa elementima nasilja. S obzirom na to da deca ne podležu krivičnoj odgovornosti, krivično pravo u navedenim situacijama ne može da ostvari svoju svrhu, koja se ogleda u generalnoj i specijalnoj prevenciji. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li nemogućnost kažnjavanja deteta koje zbog svog uzrasta nije deliktno sposobno, a učinilo je teško protivpravno delo sa obeležjima krivičnog dela, može predstavljati loš primer za drugu

* Master prava, doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu,
e-mail: nataly.zivkovic@gmail.com

decu jer se stiče utisak da za učinjeno delo niko ne snosi nikakvu pravnu odgovornost. Pored toga, lice koje je oštećeno krivičnim delom¹ očekuje naknadu materijalne i nematerijalne štete i moralnu satisfakciju. Položaj oštećenog u parnici u kojoj ostvaruje naknadu štete otežan je budući da izostaje krivična osuda deteta, a njegov interes da ostvari specifičnu moralnu satisfakciju time što će učinilac biti otkriven i kažnjen ostaje nezadovoljen.

U vezi sa navedenom problematikom otvaraju se sledeća pitanja. Prvo, treba utvrditi da li bi imalo svrhe i da li bi bilo prihvatljivo spustiti granicu krivične odgovornosti dece sa četrnaest godina na neku nižu starosnu granicu. Drugo, da li bi bilo pravilno uvesti krivičnu odgovornost roditelja onda kada njihova deca, koja ne mogu biti krivično odgovorna, izvrše zločin. S obzirom na to da u krivičnom pravu važi načelo individualne subjektivne odgovornosti, što znači da svako odgovara isključivo za svoje postupke, roditelji ne mogu odgovarati za zločin koji učini njihovo dete. Međutim, odgovornost roditelja bi se mogla uspostaviti na drugi način, putem odgovornosti za zapuštanje, nebrigu, nevaspitanje deteta, što za posledicu ima izvršenje zločina od strane deteta.

2. Starosne granice krivične odgovornosti dece

2.1. Istorijski osvrt i savremena rešenja

Istorijski posmatrano, odavno se uviđalo da deca treba da imaju poseban krivičnopravni tretman. Još je Aristotel isticao da deca mogu dobrovoljno izvršiti određeni akt, ali da nisu sposobna da unapred isplaniraju svoje ponašanje, te da stoga poput životinja ili neuračunljivih lica ne mogu moralno odgovarati, jer se odgovornost zasniva više na znanju da nešto činimo nego na voljnom preduzimanju (Platt & Diamond, 1966, p. 1229). U starom Rimu samo su deca do sedam godina bila krivično neodgovorna, dok je za decu od sedam do deset godina starosti važila oboriva pretpostavka da mogu da shvate smisao nedozvoljenog ponašanja. Slično tome, u srednjovekovnom germanskom pravu deca do sedam godina nisu mogla krivično odgovarati, dok su deca od sedam do dvanaest godina mogla biti blaže kažnjena (Kovačević, 2013, p. 28). U vreme Elizabete I, u Engleskoj se smatralo da deca i mentalno oboleli zbog nedostatka razumevanja, inteligencije i moralne diskrecije ne poseduju mentalnu sposobnost da počine zločin, te da stoga nisu podobni ni za kažnjavanje (Platt & Diamond, 1966, p. 1234). Takođe, u Engleskoj se između XIV i XIX veka prema deci primenjivao test dobra i zla (*the "good and evil" test*) kako bi se utvrdilo da li je konkretno dete u vreme izvršenja krivičnog dela bilo u stanju da raspozna ispravno ponašanje od pogrešnog (Platt & Diamond, 1966, pp. 1233-1237). I u SAD se test „dobra i zla“ primenjivao prema deci, mada je sudska praksa po tom pitanju daleko složenija nego u engleskom pravu, da bi se nakon uvođenja sudova za maloletnike takav test smatrao zastarelim (Platt & Diamond, 1966, pp. 1237-1257).

¹ U skladu sa prihvaćenom zakonskom definicijom krivičnog dela i izričitom odredbom čl. 14, st. 2 KZ, kojom je predviđeno da nema krivičnog dela ako je isključena krivica, smatra se da deliktne nesposobna lica nisu izvršila krivično delo, nego protivpravno delo koje po svim objektivnim obeležjima odgovara krivičnom delu. Radi jasnije terminološke razlike, u skladu sa naslovom, ovakva protivpravna dela nazvaćemo zločinima, ali zadržavamo termin krivična (ne)odgovornost.

Danas u gotovo svim državama deca do određenog uzrasta nisu krivično odgovorna, s tim što ta starosna granica varira od države do države. Tako u našem pravu, kao i u Nemačkoj i Italiji, apsolutna granica krivične neodgovornosti iznosi navršениh četrnaest godina, u Francuskoj je trinaest godina, u Rusiji i Kini za određena teška krivična dela iznosi četrnaest godina, a za ostala krivična dela šesnaest, u SAD, zavisno o kojoj saveznoj državi se radi, iznosi između šest i dvanaest godina, u Kanadi je dvanaest godina, a u Engleskoj, Australiji i Švajcarskoj deset godina (tabelarni prikaz kod: Škulić, 2011, pp. 272-275).

Konvencija UN o pravima deteta iz 1989. godine, ratifikovana u Srbiji (Zakon o ratifikaciji konvencije UN o pravima deteta, 1990), nameće obavezu državama potpisnicima da utvrde najnižu starosnu granicu ispod koje se deca ne mogu smatrati krivično odgovornom (čl. 40, st. 3, tač. a), a takođe se nalaže da se ne pribegava sudskom postupku, kada je to moguće i poželjno, već alternativnim merama, s tim da budu u potpunosti poštovani ljudska prava i zakonska zaštita.

2.2. Na čemu se zasniva krivična neodgovornost dece?

Zakonom o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica – ZOMUKD, koji se primenjuje u Republici Srbiji, propisano je da licu koje u vreme izvršenja protivpravnog dela, u zakonu predviđenog kao krivično delo, nije navršilo četrnaest godina, ne mogu se izreći krivične sankcije ni primeniti druge mere koje predviđa ovaj zakon (čl. 2). Takođe, Krivični zakonik utvrđuje da se krivične sankcije ne mogu izreći licu koje u vreme kada je delo učinjeno nije navršilo četrnaest godina (čl. 4, st. 3). Po logici stvari, i vođenje krivičnog postupka se isključuje prema takvom licu jer bi takav postupak bio bespredmetan (Škulić, 2011, p. 257). Međutim, iako je uspostavljena neoboriva zakonska pretpostavka o krivičnoj neodgovornosti lica do četrnaest godina, iz zakonskih odredaba se ne vidi koji je krivičnopravni osnov navedenog zakonskog rešenja. U literaturi su zastupljena različita mišljenja po tom pitanju.

U novijoj hrvatskoj teoriji ističe se da su deca „uvek neuračunljiva“ te kako je to prvi sastavni deo krivice, prema deci je isključena primena krivičnog zakonodavstva (Horvatić & Novoselec, 1999, p. 144, navedeno prema Škulić, 2011, p. 261). Škulić (2011, p. 262) ukazuje da navedeno shvatanje nije ispravno jer kod dece po pravilu ne postoji neki od alternativno predviđenih bioloških osnova neuračunljivosti (duševna bolest, privremena duševna poremećenost, zaostali duševni razvoj, druga teža duševna poremećenost), čak iako se apriorno uzme da kod dece po pravilu postoji psihološki osnov u vidu nemogućnosti shvatanja značaja svog dela ili sposobnosti upravljanja svojim postupcima.

Čejović (1985, p. 494) iznosi stav da lica koja nisu navršila četrnaest godina nisu u stanju da shvate značaj svojih postupaka i da njima upravljaju, tako da izvršeno delo nije rezultat njihovog asocijalnog stava, odnosno ponašanja, već nedostatka kontrole, tj. nadzora roditelja ili vaspitača. Prisutan je i sličan stav da većina dece nema sposobnost da shvati značaj svojih postupaka ni mogućnost da upravlja svojim ponašanjem, a da deca koja imaju navedenu sposobnost, ipak je ne poseduju u onom stepenu kao odrasli (Sržentić, Stajić & Lazarević, 1996, pp. 523-524). Bajović (2017, p. 222) ističe da iako ovo mišljenje ne izjednačava izričito decu sa neuračunljivim licima, faktički je reč o istom

osnovu isključenja krivice koji se svodi na nemogućnost shvatanja značaja svog dela i nemogućnost upravljanja svojim postupcima.

Bajović (2017, p. 222) dalje navodi da je prihvatljivije da se isključivanje krivice kod dece pravda pozivanjem na pravnu zabludu, tj. svest o zabranjenosti dela, imajući u vidu da se moralne i pravne norme ne usvajaju rođenjem, već se stiču tokom života. Međutim, određena tzv. *mala in se* krivična dela koja su „zlo po sebi“, poput ubistva, krađe, silovanja itd., onemogućavaju pozivanje na pravnu zabludu, jer svako iole razuman zna da su takva ponašanja zabranjena. Ipak, deca ni za ta krivična dela ne mogu krivično odgovarati. Citirani autor na kraju zaključuje da dok se kod sasvim male dece isključivanje krivice može pravdati kako nepostojanjem svesti o zabranjenosti dela (pravna zabluda) tako i nemogućnošću shvatanja značaja svog dela (neuračunljivost), kod dece školskog uzrasta takvi osnovi ne stoje (Bajović, 2017, p. 222). Na kraju, Dinkel u intervjuu objavljenom na sajtu DW-a, povodom silovanja u Milhajmu (Nemačka, 2019), pod naslovom *Silovatelji, a još deca – treba li da idu u zatvor?* ističe da je deci jasno šta je pravedno a šta nepravedno, ali da je potpuno drugačija stvar delati u skladu s tim, pogotovo onda kada se radi o situativnim dešavanjima, gde se deluje spontano i bez ikakvog plana. Autor nadalje ističe da su mladi u takvim situacijama manje u stanju da uključe svoje kontrolne mehanizme od odraslih, te da je potrebno ispitati zrelost deteta.

S obzirom na sve navedeno, možemo zaključiti da je kod mlađe dece sa pravne strane opravdano nepostojanje krivične odgovornosti. Kod nešto starije dece situacija je složenija. Granica od četrnaest godina za krivičnu neodgovornost utvrđena je s obzirom na to da iskustvo pokazuje da je to granica potpune psihičke nezrelosti nekog lica (Škulić, 2011, p. 269). Međutim, sasvim je izvesno da nisu sva deca istog uzrasta na istom stupnju zrelosti. Pored toga, na osnovu medijskog izveštavanja u kome se velika pažnja usmerava na zločine nasilja izvršene od strane dece, stiče se utisak o porastu tih slučajeva. U tom smislu postavlja se pitanje da li bi bilo pravilno sniziti granicu krivične odgovornosti ili umesto apsolutne uspostaviti relativnu granicu krivične odgovornosti. Tako je Lazin (1995, p. 53 navedeno prema Škulić, 2011, p. 270) predlagao da se kod dece uzrasta od deset do četrnaest godina u konkretnom slučaju utvrđuje da li mu se učinjeni postupak može uračunati u krivicu. Škulić (2011, p. 270) ukazuje da predložena relativizacija ne bi bila adekvatno rešenje jer Konvencija o pravima deteta implicitno zahteva da se na utvrđenom nivou granica krivične odgovornosti ne snižava. U vezi sa formalnim preprekama snižavanju starosne granice ili njenom relativizacijom napomenimo i to da je Evropski sud za ljudska prava zauzeo stav da granica od deset godina za uspostavljanje krivične odgovornosti u Engleskoj nije sama po sebi suprotna zagwarantovanim ljudskim pravima. Međutim, sud je našao da je suđenjem dečacima koji su imali deset godina kada su izvršili ubistvo, a jedanaest kada im se sudilo, iskompromitovan pravičan postupak jer nisu preduzete adekvatne mere da dečaci razumeju krivični postupak i u njemu aktivno učestvuju (opširnije – Urbas, 2000, p. 62).

3. Pravni položaj maloletnih izvršilaca krivičnih dela

U drugoj polovini XX veka došlo je do porasta zločina izvršenih od strane maloletnih lica u svim evropskim državama osim u Danskoj, Holandiji, Norveškoj, Škotskoj i Švedskoj (Mraović, Asančaić & Derk, 2015, p. 196). U SAD je osamdesetih i devedesetih godina dvadesetog veka, nakon serije nasilnih incidenata izvršenih od strane dece i adolescenata, koji su bili medijski praćeni, došlo do promena u zakonodavstvu. Sa modela postupka koji je bio orijentisan ka rehabilitaciji maloletnih lica prešlo se na sistem kažnjavanja maloletnih lica jednako kao i odraslih. Tako je između 1992. i 1995. godine u četrdeset saveznih država i distriktu Kolumbija dete koje ima deset godina moglo biti izvedeno pred sud i kažnjeno kao i odrastao čovek ukoliko je optuženo za ozbiljno krivično delo poput ubistva.² Neke države otišle su i korak dalje te nisu uspostavile ni minimalnu starosnu granicu (Inter-American Commission on Human Rights, 2018, p. 31). Rezultat takvog prelaska sa sistema rehabilitacije na pravosudni model postupka za maloletnike bio je 7500 dece u zatvorima za odrasle u bilo kom trenutku (Muncle, 2008, p. 109). Ovakav pristup insistira na strožoj kaznenoj reakciji i prebacivanju težišta sa interesa deteta na zaštitu trećih lica od „problematičnog i opasnog“ deteta, polazeći od toga da je težina izvršenog dela najbolji dokaz „zrelosti“ maloletnika, tj. da ukazuje na „zreo um“ izvršilaca (Bajović, 2017, p. 224). Ipak, Vrhovni sud SAD je u četiri odluke zaključio da su deca do osamnaest godina još uvek u razvoju i da su manje kriva od odraslih, te se poslednjih godina mnoge države vraćaju na sistem rehabilitacije. Ipak, kada su u pitanju nasilni zločini izvršeni od strane maloletnih lica, mnoge države nisu implementirale promene, odnosno takvi slučajevi isključeni su iz reforme (Inter-American Commission on Human Rights, 2018, p. 27).

U evropskim državama uglavnom nije zastupljen ovako rigorozan pristup zasnivanju krivične odgovornosti dece za zločine. Starosna granica krivične odgovornosti u većini evropskih država iznosi navršenih četrnaest godina, dok su postupci prema maloletnicima uređeni na međusobno različite načine. Međutim, uglavnom ih odlikuje prisustvo manje ili više elemenata zaštitničkog modela postupka prema maloletniku uz blaže sankcije od onih koje se izriču odraslima (više u: Škulić, 2011, pp. 96-173).

3.1. Pravni položaj maloletnih učinilaca starih od četrnaest do osamnaest godina u domaćem krivičnom pravu

Da bi se uvidele sličnosti i razlike u našem pravu u tretmanu dece u sukobu sa zakonom kao korisnicima socijalnih mera i intervencije u odnosu na maloletnike koji su deliktno odgovorni, izlažemo najpre sistem sankcija koje se mogu izreći maloletnicima.

Prema maloletnim učiniocima krivičnih dela koja imaju između četrnaest i osamnaest godina vodi se poseban postupak prema maloletniku. Suština postupka je da je zaštitnički orijentisan prema maloletnom licu, s tim što su zastupljeni i elementi pravosudnog modela. Postupak prema maloletniku odlikuje primena načela procesne

² Glavna razlika ogledala se u tome što maloletniku koji nije napunio osamnaest godina nije mogla biti izrečena smrtna kazna niti doživotni zatvor bez mogućnosti uslovnog otpusta (Inter-American Commission on Human Rights, 2018, p. 62).

protektivnosti, povišene procesne diskrecije, načela terminološke povlašćenosti, načela hitnosti, specijalizovanost službenih aktera, posebna uloga organa starateljstva, proširena primena načela oportuniteta krivičnog gonjenja itd. (više u: Škulić, 2011, p. 470-494). Postupak prema maloletniku se vodi i prema licu za koje postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo u vreme maloletstva, koje u vreme pokretanja postupka, odnosno suđenja nije navršilo dvadeset jednu godinu, a određene odredbe postupka primenjuju se i prema mlađem punoletnom licu koje je u vreme izvršenja navršilo osamnaest, a u vreme suđenja nije navršilo dvadeset jednu godinu, ako se do početka glavnog pretresa, ispitivanjem ličnosti tog lica, ustanovi da dolazi u obzir da mu se izrekne odgovarajuća vaspitna mera (čl. 46 ZOMUKD).

Maloletnicima se od krivičnih sankcija mogu izreći vaspitne mere³, kazna maloletničkog zatvora i mere bezbednosti.⁴ Ove sankcije su pre svega terapijskog, a ne represivnog karaktera, sa izuzetkom maloletničkog zatvora i zavodskih vaspitnih mera, jer im se zbog ograničenja slobode kretanja represivni karakter ne može poreći. Kada je u pitanju maloletnički zatvor, zakon nalaže da se navedena sankcija izriče samo izuzetno, a moguće ga je izreći samo starijim maloletnicima (koji su u vreme izvršenja krivičnog dela imali od navršenih šesnaest do osamnaest godina). U praksi maloletnički zatvor se izriče u najviše 1% slučajeva, i to za teške oblike najtežih krivičnih dela (Škulić, 2011, p. 287). Kada je u pitanju trajanje zavodskih krivičnih sankcija koje se izriču maloletnicima, vaspitna mera upućivanja u vaspitnu ustanovu traje od šest meseci do dve godine, dok vaspitna mera upućivanja u vaspitno-popravni dom traje od šest meseci do četiri godine. Dužina trajanja maloletničkog zatvora je od šest meseci do pet godina, odnosno do deset godina u slučajevima kada se radi o veoma teškom krivičnom delu za koje je propisana kazna zatvora dvadeset godina ili teža kazna, ili kada je u pitanju slučaj sticaja najmanje dva krivična dela za koja je propisana kazna zatvora duža od deset godina.

Na osnovu svega navedenog, jasno se vidi da je krivično pravo humano orijentisano prema maloletnicima, pa i mlađim punoletnim licima. Sankcije koje se mogu izreći maloletnicima dosta su blage u odnosu na sankcije koje se za ista krivična dela izriču odraslim licima. Teži se pravilnom razvoju i prevaspitanju maloletnika, odnosno davanju druge šanse maloletniku gde je krajnji cilj normalno funkcionisanje maloletnika u društvenoj zajednici.

3.2. Krivično-pravni položaj dece učinilaca u domaćem krivičnom pravu

U skladu sa čl. 112 st. 8 Krivičnog zakonika detetom se smatra lice starosti do navršenih četrnaest godina. Budući da deca nisu krivično odgovorna, prema njima se mogu preduzimati samo mere socijalnog staranja i zaštite. Tokom 2018. godine na evidenciji Centra za socijalni rad evidentirano je 3121 dete sa problemima u ponašanju, dok je od

³ Vaspitne mere koje se mogu izreći maloletniku su mere upozoravanja i usmeravanja (sudski ukor i posebne obaveze), mere pojačanog nadzora (od strane roditelja, usvojioca ili staraoca; u drugoj porodici; od strane organa starateljstva; uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi za vaspitanje i obrazovanje maloletnika) i zavodske mere (upućivanje u vaspitnu ustanovu; upućivanje u vaspitno-popravni dom; upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje).

⁴ Maloletniku se mogu izreći mere bezbednosti koje su inače predviđene Krivičnim zakonikom, osim zabrane vršenja poziva, delatnosti i dužnosti koja se maloletniku nikada ne može izreći.

toga 1019 dece učinilo krivično delo ili prekršaj (Deca u sistemu socijalne zaštite 2018). Iz godine u godinu, statistika pokazuje da se broj problematične dece smanjuje, međutim, brutalnost dela koja vrše neka od problematične dece zaprepašćuje javnost. Tako su nekada deca (lica mlađa od četrnaest godina) obijala trafike i džeparila putnike u autobusu, a danas, prema izveštajima Ministarstva unutrašnjih poslova, češće vrše krivična dela sa elementima nasilja, poput telesnih povreda, a postoje i primeri izvršenih silovanja (vid. Ivanović, 2017).

Prema krivično neodgovornim izvršiocima mlađim od četrnaest godina ne može se voditi sudski postupak radi izricanja krivične sankcije. Mora se doneti rešenje o odbacivanju krivične prijave, predloga oštećenog ili rešenje o obustavi postupka, koji se dostavljaju organu starateljstva radi preduzimanja mera socijalne zaštite. U Zakonu o socijalnoj zaštiti iz 2011. godine, koji uređuje rad organa starateljstva, mere koje se mogu preduzeti prema detetu čije je ponašanje problematično sumarno su date, tako da su praktična rešenja različita. Stoga centri za socijalni rad procenjuju i realizuju najpogodnije mere za resocijalizaciju dece. Najčešće se realizuje procena stanja, potreba i rizika za dete, te se razvija plan usluga uz participaciju deteta i roditelja ili staratelja ili hranitelja. Dalje, realizuje se savetodavni rad, posredovanje kod drugih institucija (najčešće obrazovnih i zdravstvenih) zbog uključivanja deteta u odgovarajuće tretmane ili se organizuju konferencije slučaja kojima prisustvuju sve relevantne institucije radi iznalaženja rešenja koje je u najboljem interesu deteta. Nadalje, može se realizovati usluga dnevnog boravka za decu sa poremećajem u ponašanju, kao i smeštaj u zavodske ustanove za decu sa poremećajima u ponašanju. Zavisno od slučaja može se pružiti niz drugih mera i usluga socijalne zaštite (Republički zavod za socijalnu zaštitu, 2019).

Na osnovu navedenog vidi se da su mere socijalne zaštite u neku ruku slične vaspitnim merama koje se preduzimaju prema maloletnicima. Glavna razlika sastoji se u tome što se deca ne mogu kazniti stavljanjem pod „ključ“, odnosno ne mogu ići u maloletnički zatvor, što je zapravo namenjeno samo starijim maloletnicima. Pored toga, mere socijalne zaštite ne zadovoljavaju interese oštećenog.

3.3. Pravni položaj oštećenog

U postupku prema maloletniku, oštećeni može ostvariti imovinskopravni zahtev (čl. 79 ZOMUKD), a ukoliko dođe do primene uslovljenog oportuniteta, maloletnik može biti obavezan na ispunjenje vaspitnih naloga koji su restorativnog karaktera. Tako maloletnik može biti obavezan da naknadi štetu oštećenom, da se izvini oštećenom, da izvrši rad u korist oštećenog ili da se poravna sa oštećenim na neki drugi način. Kako je svrha vaspitnih naloga da se odnosi maloletnika i oštećenog poprave kako u budućnosti ne bi bilo sukoba između njih, kao i popravlanje štete učinjene krivičnim delom, oštećeni na taj način ostvaruje i materijalnu kompenzaciju i moralnu satisfakciju. Ukoliko ne dođe do primene uslovljenog oportuniteta, već se postupak okonča izricanjem vaspitne mere, maloletniku je moguće izreći vaspitnu meru posebne obaveze da se izvini oštećenom ili da u okviru sopstvenih mogućnosti naknadi štetu koju je prouzrokovao. Takođe, izricanjem vaspitne mere, ili kazne maloletničkog zatvora, oštećeni dobija moralnu satisfakciju, koja

se ogleda u tome da je izvršilac krivičnog dela otkriven i kažnjen. Za razliku od navedenog, kada dete mlađe od četrnaest godina izvrši zločin, oštećenom u tom slučaju jedino ostaje mogućnost da zahteva naknadu štete u parničnom postupku. Međutim, u tom slučaju, oštećeni u parnici snosi teret sudskih troškova kao i dokazivanja pravnog osnova i visine štete. S druge strane, ako je u svojoj presudi krivični sud utvrdio postojanje krivičnog dela, onda je u parničnom postupku oštećenom olakšan teret dokazivanja štete pričinjene radnjama učinioca, jer utvrđenja krivičnog suda o okolnostima pod kojima je došlo do štete u osuđujućoj presudi obavezuju parnični sud.

3.4. Rezultat eventualnog snižavanja granice krivične odgovornosti

Ukoliko bismo snizili granicu krivične odgovornosti ili uveli relativnu granicu krivične odgovornosti, dobili bismo sledeći rezultat. Dete mlađe od četrnaest godina svakako ne bi moglo da bude kažnjeno kaznom maloletničkog zatvora, jer je ta sankcija predviđena samo za starije maloletnike. Dete bi moglo da bude smešteno u vaspitnu ustanovu, što je i sada moguće na osnovu mera socijalne zaštite.⁵ Razlika je u tome što bi dete moglo da bude smešteno u popravni dom. Upućivanje u popravni dom je faktički teža sankcija od upućivanja u vaspitnu ustanovu jer može trajati duže, a pored toga podrazumeva pojačane mere nadzora i primenu posebnih stručnih programa vaspitanja.

Na kraju, pitanje je kako bi vođenje postupka uticalo na dete i da li je ono sposobno da shvati značaj postupka i da aktivno učestvuje u njemu. U američkoj pravnoj teoriji, gde u pojedinim državama deca već od sedam godina mogu krivično odgovarati, ističe se da je problem što deca ne razumeju postupak, te da su sklona donošenju odluka kojima se usaglašavaju sa autoritetom poput priznanja krivičnog dela u policiji, ili usaglašavanja sa tužiocem (Inter-American Commission on Human Rights, 2018, p. 64). Iako bi dete obavezno moralo da ima branioca koji bi se starao o njegovim interesima, dete bi faktički predstavljalo objekt, a ne subjekt postupka. Svakako da bi samo vođenje postupka psihički uticalo na dete, a u kom pravcu bi se manifestovao taj uticaj zavisi od konkretnog slučaja. Na određeno dete bi vođenje postupka moglo delovati zastrašujuće i odvrćajuće od vršenja krivičnih dela. S druge strane, pretrpljena trauma mogla bi izazvati još asocijalnije ponašanje kod deteta.

4. Može li roditelj u kaznenom pravu da odgovara za radnje deteta?

Pitanje da li roditelj može da odgovara za radnje svog deteta kojima ostvaruje obeležja krivičnog dela nameće se s obzirom na to da je nepravedno da za određeno delo niko ne odgovara, te stoga što je u teoriji prisutan stav da je delinkventno ponašanje dece posledica propusta roditelja da ih pravilno vaspitaju. Navedeni stav podupire istraživanje koje je pokazalo da deca delinkventnog ponašanja uglavnom dolaze iz porodica u kojima roditelji nisu aktivno uključeni u njihove živote, odnosno gde je slaba veza između roditelja i dece (Brank & Lane, 2008, p. 335). Ističe se da su roditelji u obavezi da zaštite druge od

⁵ Dete se na osnovu mera socijalne zaštite može smestiti u istu vaspitnu ustanovu gde borave i maloletnici koji su na izvršenju vaspitne mere upućivanja u vaspitnu ustanovu.

svoje dece (Lockwood, 2000, p. 522). Neki smatraju da roditelji imaju i dužnost da upozore druge na nasilno ponašanje svoje dece.⁶ Tako su nacionalne ankete sprovedene u SAD pokazale da 70% ispitanika smatra da su roditelji pored svoje dece takođe odgovorni za njihove zločine (Brank & Lane, 2008, p. 336).

Kao odgovor na protestovanje javnog mnjenja protiv dečje delinkvencije, u SAD je uspostavljena roditeljska odgovornost kako kroz rešenja krivičnog zakonika, tako i donošenjem posebnih zakona o roditeljskoj odgovornosti (Brank & Weisz, 2004, p. 467).⁷ Krivični zakoni u gotovo svim državama SAD sadrže krivično delo doprinos delinkvenciji maloletnika (*contributing to the delinquency of a minor*). Za navedeno krivično delo može odgovarati svako, uključujući i roditelja, ko prouzrokuje ili doprinese izvršenju nezakonitog dela od strane deteta (Graham, 2000, p. 1731). Zakoni o roditeljskoj odgovornosti zahtevaju kriminalnu nameru roditelja ili da na strani roditelja postoji nemar, odnosno da je delanje ili propuštanje roditelja najbliži uzrok za dečji čin (Lockwood, 2000, p. 508). Stoga se ističe da za razliku od građanske odgovornosti, gde se u određenim slučajevima odgovornost roditelja zasniva isključivo na njihovom roditeljskom statusu, za krivičnu odgovornost roditelja mora postojati veza između lošeg roditeljstva i dela koje je dete izvršilo. Dakle, roditelji odgovaraju zbog sopstvenih postupaka i propusta, a ne samo zato što su roditelji (Graham, 2000, pp. 1729-1730). S obzirom na to da sankcija za roditelje može pored novčane kazne biti i zatvor do godinu dana, smatra se da uspostavljanje odgovornosti roditelja mora da bude zasnovano na ubedljivijem osnovu nego građanska odgovornost roditelja (Scarola, 1997, pp. 1044, 1047). Pristalice postojanja krivične odgovornosti roditelja ukazuju da takva zakonska odgovornost podstiče roditelje da zauzmu veću ulogu u odgajanju svoje dece i da se neposrednije pozabave detetovim ponašanjem (Roy, 2001, p. 147), te da navedeni zakoni predstavljaju alatku da se roditelji nateraju da nauče svoju decu da razlikuju ispravno od pogrešnog ponašanja (Arthur, 2005, p. 237). S druge strane, kritičari smatraju da zakonske sankcije za roditelje nisu dobro rešenje jer je maloletnička delinkvencija često rezultat nesposobnosti roditelja, odnosno problema poput siromaštva, dugotrajnog ostajanja na poslu, problema sa drogom, kao i mentalnih problema (Hutchinson, Parada & Smandych, 2009, p. 56).

U našem krivičnom pravu važi načelo individualne subjektivne odgovornosti što znači da svako odgovara samo za svoje postupke dok je isključena odgovornost za drugoga. Roditelji, dakle, ne mogu krivično odgovarati za postupke svoje dece. Krivičnim zakonikom propisano je krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica koje postoji ako roditelj, usvojilac, staralac ili drugo lice „grubim zanemarivanjem svoje dužnosti zbrinjavanja i vaspitavanja zapusti maloletno lice o kome je dužan da se stara“. Teži oblik postoji, između

⁶ Stav zasnivaju na tome što je sud u slučaju *Tarasoff* utvrdio da je psihijatar bio dužan da upozori treća lica na nasilne sklonosti svojih pacijenata, s obzirom na to da je postojala određena kontrola psihijatra nad pacijentom. Kritičari su predložili proširenje *Tarasoff* odgovornosti i na advokate u odnosu na klijente koji su izrazili specifične pretnje nasiljem. Međutim, sud je utvrdio da su profesionalni standardi terapeuta pouzdani, te da se takva obaveza ne može odnositi na druge koji su manje sposobni da procene nasilje. Oni koji zauzimaju stav da i roditelji imaju dužnost da upozore druge na nasilno ponašanje svoga deteta pozivajući se na *Tarasoff* odgovornost, ističu da kontrola roditelja nad detetom nije samo za vreme sesija već stalno (Lockwood, 2000, p. 537).

⁷ Osim u SAD, posebni zakoni o roditeljskoj odgovornosti doneti su i u Kanadi i Australiji, kao i u Velikoj Britaniji.

ostalog, ako roditelj, usvojlac, staralac ili drugo lice iz koristoljublja navodi maloletno lice na vršenje drugih radnji koje su štetne za njegov razvoj (čl. 193). Kada govorimo o osnovnom obliku, moralo bi se uvek dokazati da je roditelj grubo zanemario dužnosti zbrinjavanja i vaspitanja i da je zbog toga dete vaspitno zapušteno. Okolnost da dete preduzima radnje krivičnih dela, pogotovu teža i ona sa elementima nasilja, sama po sebi može da ukaže na vaspitnu zapuštenost deteta, ali nije dovoljna da bi roditelj odgovarao za krivično delo iz čl. 193, st. 1. Što se tiče navedenog težeg oblika, tu se postavlja pitanje da li u svakom slučaju kada dete preduzme radnju krivičnog dela to ujedno može da se smatra radnjom štetnom za njegov razvoj. Pored toga, nije dovoljno da postoji navođenje, već ono mora biti učinjeno iz koristoljublja, što dodatno sužava eventualnu mogućnost odgovornosti roditelja. Dakle, ovo krivično delo propisano je u interesu zaštite maloletnika, a ne radi uspostavljanja odgovornosti roditelja za problematično ponašanje deteta. Tako se u praksi odgovornost roditelja uspostavlja kada navodi decu da proše i čiste stakla automobila na semaforu, kada gurnu svoje maloletno dete na pod i udare ga kaišem, kada žive sa decom u neadekvatnim uslovima i sl. (Bajović, 2017, p. 231).

U vezi sa načelom individualne subjektivne odgovornosti, napomenimo da u međunarodnom krivičnom pravu postoji izuzetak. Prema statutima međunarodnih krivičnih tribunala i stalnog Međunarodnog krivičnog suda, komandant odgovara za krivična dela svojih podređenih kao da ih je sam izvršio, i to bez obzira na to da li je znao da njegovi podređeni vrše krivična dela. Za razliku od toga, u našem krivičnom pravu komandant ne odgovara za delo koje su njegovi podređeni izvršili. Međutim, komandant odgovara za krivično delo nesprečavanje vršenja krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, i to samo ako je znao da podređeni vrše delo i ako je bio dužan i mogao da spreči izvršenje. Dakle, u našem pravu, komandant odgovara za sopstveni propust koji je učinio. Analogno tome, postavlja se pitanje da li bi trebalo da roditelj odgovara za sopstveni propust onda kada zna da njegovo dete preduzima radnju krivičnog dela, a ne spreči ga u tome iako je to mogao da učini. Ovo pitanje postavlja se s obzirom na to da uloga roditelja obuhvata ne samo pravilno vaspitanje već i određen nadzor nad detetom, te sprečavanje deteta da nanosi patnju trećim licima.

Treba ukazati i na to da u našem pravu roditelji pod određenim uslovima mogu biti kažnjeni za prekršaj svoga deteta, i to kao da su ga sami učinili. Potrebno je da je dete učinilo prekršaj zbog propuštanja dužnog nadzora roditelja, usvojitelja, staratelja, odnosno hranitelja, a ova lica su bila u mogućnosti da takav nadzor vrše (čl. 72, st. 1 Zakona o prekršajima). Stoga, „imajući u vidu da mnoga krivična dela u sebi sadrže i obeležje prekršaja, roditeljima se 'više isplati' da se delo njihovog deteta kvalifikuje kao krivično, budući da na taj način oni ne odgovaraju, dok prekršajno mogu odgovarati“ (Bajović, 2017, p. 231).

5. Zaključak

Krivična neodgovornost dece u suprotnosti je sa načelom pravičnosti, i to pogotovo sa aspekta oštećenog, jer izostaje primena krivične sankcije prema detetu koje je učinilo

protivpravno delo sa obeležjima krivičnog dela. Oštećeni može naknadu materijalne i nematerijalne štete ostvariti u parnici, a to znači da mora dokazati i pravni osnov i visinu štete, što je teže nego u situaciji kada je prethodno vođen krivični postupak prema učiniocu i doneta osuđujuća presuda. Pored nezadovoljstva oštećenog, javnost opravdano biva zgrožena kada čuje da će izvršilac monstruoznog čina proći nekažnjeno jer u vreme izvršenja krivičnog dela nije imao navršenih četrnaest godina.

Razlog krivične neodgovornosti dece leži u činjenici da iskustvo pokazuje da postoji granica potpune psihičke nezrelosti nekog lica. Međutim, jasno je da je zrelost deteta individualna. U ranijim izlaganjima videli smo da je prisutan stav da je težina izvršenog dela najbolji dokaz „zrelosti“ maloletnika, ali i stav kojim se ukazuje da su deca manje u stanju da uključe kontrolne mehanizme od odraslih, pogotovo onda kada se radi o situacionim dešavanjima. Najpravičnije rešenje bi bilo da se zrelost deteta koje ima između deset i četrnaest godina procenjuje u svakom konkretnom slučaju, ali takvo rešenje kritikovano je zbog mogućih zloupotreba i zbog toga što Konvencija o pravima deteta implicitno zahteva da se na utvrđenom nivou granica krivične neodgovornosti ne snižava.

Socijalne mere koje se preduzimaju prema deci koja izvrše zločin, a nemaju navršenih četrnaest godina, slične su vaspitnim merama koje se preduzimaju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela. Ipak, određene sankcije za maloletnike poput vaspitnih mera restorativnog karaktera, te najteže sankcije za maloletnike – vaspitno-popravni dom i maloletnički zatvor, po pravnoj prirodi razlikuju se od socijalnih mera, kojima nije moguće ostvariti vaspitni uticaj na maloletnika kako bi se razvio u odgovornu ličnost koja ubuduće ne bi činila krivična dela.

Smatramo da je u određenim slučajevima kada su u pitanju teška krivična dela, a pogotovo ona sa elementima nasilja, važno poslati poruku da je izvršenje takvih dela nedopustivo i da za njih nema opravdanja. Trebalo bi razmotriti snižavanje granice krivične odgovornosti za određena teška krivična dela, odnosno uvođenje oborive pretpostavke ne/odgovornosti dece uzrasta od dvanaest do četrnaest godina, te u konkretnom slučaju utvrditi da li postoji zrelost deteta. Mogućnost formalne osude, te izvršenje sankcija koje su teže od socijalnih mera, svakako bi imalo i specijalno i generalno preventivno dejstvo, a na kraju i pravičnost bi bila zadovoljena, kako sa aspekta oštećenog tako i sa aspekta društvene zajednice. Iako bi odgovornost deteta zbog njegovih godina stvarala utisak nehumanosti krivičnogpravnog reagovanja, razlozi koji podrazumevaju sigurnost svih građana i pravičnost prema oštećenom iziskuju krivičnogpravnog reakciju u najtežim slučajevima.

Krivična odgovornost roditelja u vezi sa problematičnim ponašanjem deteta u našem pravu nije propisana, mada se u nekim slučajevima može uspostaviti u slučajevima grubog zanemarivanja dužnosti zbrinjavanja i vaspitavanja maloletnika uz njegovu vaspitnu zapuštenost. U drugim državama, a pre svega zemljama anglosaksonskog pravnog sistema – SAD, Velikoj Britaniji, Kanadi, Australiji, postoje posebni zakoni o roditeljskoj odgovornosti, pa roditelji odgovaraju zbog sopstvenih postupaka i propusta koji predstavljaju uzrok detetovog protivpravnog ponašanja.

Ukoliko dete ne može odgovarati ni za najmonstruozniji zločin koji učini, odgovornost bi mogli da snose roditelji ukoliko postoji uzročna veza između ponašanja ili propuštanja roditelja i detetovog čina. Odgovornost roditelja bi mogla da se zasniva

bilo na tome što je krivično delo deteta posledica neusađenih moralnih vrednosti i pravila ponašanja, bilo zbog kreiranja okolnosti koje su dovele do protivpravnog ponašanja ili propusta da se dete spreči da ga preduzme. Nema opravdanja za neusađivanje deci ni onih najosnovnijih moralnih vrednosti i pravila ponašanja, poput poštovanja tuđeg života i tela, odnosno nenasilnog ponašanja.

Literatura

- Arthur, R. 2005. Punishing parents for the crimes of their children. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 44(3), pp. 233-253.
- Bajović, V. 2017. Neokonzervativni pristup u borbi protiv maloletničke delinkvencije i odgovornost roditelja. U: Ignjatović, Đ. (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji*, 7 deo. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, pp. 219-234.
- Brank, E. & Lane J. 2008. Punishing My Parents: Juveniles' Perspectives on Parental Responsibility. *Criminal Justice Policy Review*, 19(3), pp. 333-348.
- Brank, E. & Weisz, V. 2004. Paying for the Crimes of Their Children: Public Support of Parental Responsibility. *Journal of Criminal Justice*, 32, pp. 465-475.
- Čejović, B. 1985. *Krivično pravo u sudskoj praksi, prva knjiga – Opšti deo*. Beograd: Jugoslovenski zavod za produktivnost rada.
- Graham, P. 2000. Parental Responsibility Laws: Let the Punishment Fit the Crime. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 33, pp. 1719-1754.
- Horvatić, Ž. & Novoselec, P. 1999. *Kazneno pravo – Opći dio*. Zagreb: Policijska akademija.
- Hutchinson, T., Parada, G. & Smandych, R. 2009. Show me a bad kid and I'll show you a lousy parent: Making Parents Responsible for Youth Crime in Australian and Canadian Contexts. *Australasian Canadian Studies*, 26(2), pp. 49-86.
- Kovačević, M. 2013. *Međunarodni standardi u oblasti krivičnih sankcija i mera za maloletnike*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Lazin, Đ. 1995. *Posebni i pomoćni krivični postupci*. Beograd: Kultura.
- Lockwood, L. 2000. Where Are the Parents? Parental Criminal Responsibility For the Acts of Children. *Golden Gate University Law Review*, 30(3), pp. 497-558.
- Mraović, I., Asančaić, V. & Derk, D. 2015. Juvenile Crime in the 21st Century: A Really Escalating Problem or Just a Media Sensation? The Case of Croatia. *Journal of Criminal Justice and Security*, 2, pp. 194-212.
- Muncle, J. 2008. The 'Punitive Turn' in Juvenile Justice: Cultures of control and rights compliance in Western Europe and the USA. *Youth Justice*, 8(2), pp. 107-121.
- Platt, A. & Diamond, B. 1966. The Origins of the "Right And Wrong" Test of Criminal Responsibility and its Subsequent Development in the United States: An Historical Survey. *California Law Review*, 54, pp. 1227-1258.
- Roy, M. 2001. When All Else Fails, Blame the Parents: An Analysis of Parental Responsibility Laws in Canada. *Dalhousie Journal of Legal Studies*, 10(1), pp. 142-157.
- Scarola, T. 1997. Creating Problems Rather Than Solving Them: Why Criminal Parental Responsibility Laws Do Not Fit Within Our Understanding of Justice. *Fordham Law Review*, 66(3), pp. 1029-1074.

- Srzentić, N., Stajić, A. & Lazarević, Lj. 1996, *Krivično pravo Jugoslavije*. Beograd: Savremena administracija.
- Škulić, M. 2017. *Krivično procesno pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- Škulić, M. 2011. *Maloletničko krivično pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- Urbas, G. 2000. The Age of Criminal Responsibility. *Australian Institute of Criminology: Trends & issues in crime and criminal justice*, 181, pp. 1-6.

Internet izvori

- DW. 2020. Silovatelji, a još deca – treba li da idu u zatvor? Dostupno na: <https://www.dw.com/sr/silovatelji-a-još-deca-treba-li-da-idu-u-zatvor/a-49595807> (12. 6. 2020).
- Inter-American Commission on Human Rights, 2018. Rapporteurship on the Rights of the Child. The situation of children in the adult criminal justice system in the United States: Approved by the Inter-American Commission on Human Rights on March 1, 2018. Dostupno na: <http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Children-USA.pdf>, (10. 6. 2020).
- Ivanović, D. 2017. Deca čine sve brutalnija krivična dela. Politika on-line. Dostupno na: <http://www.politika.rs/sr/clanak/381461/Hronika/Deca-cine-sve-brutalnija-krivicna-dela> (12. 6. 2020).
- Republički zavod za socijalnu zaštitu. 2019. *Deca u sistemu socijalne zaštite 2018*. VI izveštaj. Dostupno na: <http://www.zavodsz.gov.rs/media/1874/deca-u-sistemu-socijalne-zastite-2018.pdf>, (13. 6. 2020).

Pravni izvori

- Convention on the Rights of the Child, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49.
- Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.
- Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005.
- Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 - odluka US, 91/2019 i 91/2019 - dr. zakon.
- Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/1990, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/1996 i 2/1997.
- Zakon o socijalnoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2011.

Natalija M. Živković, MA

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

e-mail: *nataly.zivkovic@gmail.com*

CRIMINAL IRRESPONSIBILITY OF CHILDREN – UNPUNISHED CRIME AND POSSIBLE SOLUTIONS

Summary

Children up to 14 years of age are criminally irresponsible, which in fact means that certain crimes go unpunished, while the injured party becomes morally, and depending on the specific case, sometimes materially undamaged. This situation is debatable from the aspect of justice, since due to the tendency of humanity towards children, the interests of the injured party are neglected, as well as the wider social community, so that every crime is “punished”. This paper presents current legal solutions in the world regarding the criminal responsibility of children, and examines the reasons for the inability of children to be held criminally liable. The measures of social protection that are taken against children who were not 14 years old at the time of committing the crime and the criminal sanctions that are taken against minors are compared. The position of the injured party in the mentioned situations was also critically indicated. The possibility of criminal liability of parents for the actions of their child was examined. At the end of the paper, in the concluding remarks, suggestions were given to the legislator for solving the problem. Consideration should be given to lowering the limit of criminal responsibility for certain serious crimes, i.e. introducing a rebuttable presumption of non-responsibility / responsibility of children aged 12-14 and in a specific case determine if the child is mature.

Keywords: children, criminal irresponsibility, parents, injured parties.

Primljeno: 4. 8. 2020.

Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

JAPANSKI MODEL PRIMENE STRATEGIJE POLICIJE U ZAJEDNICI

Sažetak

Autor na osnovu analize sadržaja strane naučne i stručne literature podataka iz zvaničnih publikacija japanske policije predstavlja specifičnosti primene strategije policije u zajednici u Japanu, u cilju ukazivanja na primere dobre policijske prakse, s obzirom na to da je i u Republici Srbiji ovo zvaničan pristup policijskom radu.

Pored osvrta na osnovne postavke ove strategije, prikazani su organizacioni, programski, strateški i filozofski nivoi tzv. koban-modela rada policije, te prepreke koje se nalaze na putu ostvarenja ciljeva ove strategije i načini na koji ih japanska policija prevazilazi. Naposljetku, autor zaključuje da praksa japanske policije predstavlja prototip uspješnog rada policije u zajednici, ali da je on uslovljen specifičnostima japanskog društva i da se kao takav teško može implementirati u društvima koja ne dele iste karakteristike.

Ključne reči: *koban, japanska policija, strategija policije u zajednici, Japan, policijska praksa.*

1. Uvod

Kriminalitet, kao svojevrsan primer socijalnih devijacija u svakoj državi, iziskuje upotrebu različitih formalnih i neformalnih socijalnih mehanizama za njegovo suzbijanje, kako represivno tako i preventivno. Važna uloga u suzbijanju kriminaliteta pripada policiji kao najširem mehanizmu formalne socijalne kontrole, sa kojom se građani najčešće susreću (Ignjatović, 2016, p. 156). Policijski rad je jedan od najvažnijih formalnih mehanizama osmišljenih da regulišu i kontrolišu ponašanja u društvenoj zajednici (Moose, 1993, p. 1) jer je policija prva linija odbrane društva u suprotstavljanju kriminalitetu (Trojanowicz & Bucqueroux, 1991, p. 9).

Važnost preventivnog policijskog rada je prepoznata kako u teoriji tako i u policijskoj praksi u mnogo država na svetu, te je jedan od najrasprostranjenijih modela policijskog delovanja danas – strategija policije u zajednici (*Community policing*), koja kao svoj prioritetan cilj navodi upravo prevenciju kriminaliteta. Ona podrazumeva upotrebu svih mera za mobilizaciju pojedinaca, društvenih grupa, organizacija i institucija koje su usmerene na sprečavanje inkriminisanih ponašanja (Džunić, 2018, pp. 59-60), kao i

* Master pravnik, e-mail: lazarsdjokovic@gmail.com

različite programe koje preduzimaju država i lokalna zajednica kako bi otklonile faktore koji dovode do nastanka kriminalnih ponašanja (Kostić, 2010, p. 106).

Rad policije u zajednici više nije svojstven samo zapadnoevropskim državama i Sjedinjenim Američkim Državama, gde je kao poseban koncept policijskog rada i nastao. Naprotiv, danas ova strategija predstavlja način organizacije i rada policije širom sveta. Tako, kako Simić & Nikač (2010, p. 127) ističu, posle svih, i postkomunističke države u tranziciji preuzimaju ovaj model policijskog rada i odustaju od tradicionalnog, uglavnom reaktivnog pristupa. I u Republici Srbiji je od 2013. godine navedena strategija zvanično proklamovan model rada policije u cilju ostvarivanja „bezbednosti građana, društva i države afirmišući individualnu bezbednost građana kao preduslov za ravnopravno ostvarivanje ljudskih i manjinskih prava i kvalitetan život u društvu“ (Strategija policije u zajednici, 2013).

Japan je država čiji se model policijskog rada u svetskoj naučnoj i stručnoj literaturi često izdvaja, kako zbog organizacionih mehanizama i socijalnih prilika u kojima deluje tako i zbog tradicionalno niske stope kriminaliteta i visokog nivoa osećanja bezbednosti građana (Nikolić-Ristanović & Konstantinović-Vilić, 2018, p. 99).

Predmet proučavanja u ovom radu su specifičnosti primene strategije policije u zajednici u Japanu, njena organizaciona, strateška, programska i filozofska osnova, i to na osnovu analize sadržaja strane naučne literature koja se ovim predmetom u celini ili pretežno bavi, te zvaničnih statističkih podataka i publikacija japanske policije. Takođe, rad sadrži i kratak prikaz nedostataka ovakvog rada policije koji su u prošlosti doveli do povećanja nivoa kriminaliteta u Japanu i stvorili osećanje nesigurnosti kod građana, ali i na mehanizme kojima se japanska policija služi kako bi prevazišla nastale prepreke.

Rad je napisan prevashodno u cilju predočavanja domaćoj stručnoj i naučnoj javnosti jednog specifičnog prilaza strategiji policije u zajednici, te ukazivanje na primere dobre prakse, ali i na mane takvog policijskog rada.

Opravdanost nastanka ovog rada proizlazi iz činjenice da ni japanski pravni sistem, kao ni japanski model policijskog rada nisu pobudili pažnju domaćih autora, ili bar ne u meri u kojoj bi to trebalo da bude, a na specifičnosti *community policing*-a u Japanu bi svakako trebalo obratiti pažnju, posebno uzimajući u obzir da se domaća regulativa okrenula ovakvom pristupu radu policije.

2. Osnove strategije policije u zajednici

Odrediti jedinstveni i svuda prihvaćeni pojam strategije policije u zajednici i njegovu sadržinu nije moguće, s obzirom na to da ova strategija ima drugačija značenja u različitim društvima (Skogan & Hartnett, 1997, p. 4). Pored načina definisanja, ni način implementacije ove strategije nije uniforman, niti se za to može iznaći jedinstveno uputstvo (Moose, 1993, p. 32). Ono što se, s druge strane, sa sigurnošću može tvrditi jeste to da je ova strategija jedan od najpopularnijih savremenih pristupa radu policije i da počiva na stavu da se policija ne može izboriti sa kriminalitetom samostalno, već je za to neophodna saradnja sa društvenom zajednicom (McLaughlin & Muncie, 2001, p. 41). Ova strategija je doprinela razvijanju drugačijeg odnosa između građana i policijskih službenika.

Reaktivni pristup radu policije bez insistiranja na razvijanju partnerstva sa zajednicom bio je karakterističan za tradicionalan model policijskog rada. To je doprinisilo gledanju na policajce kao na strance. Suprotno od toga, rad policije u zajednici podrazumeva direktno uključivanje „prosečnih“ građana u policijske operacije i označava ih kao partnere u dostizanju zajedničkog cilja – a to je da mesta u kojima građani žive i rade učine bezbednijim i boljim (Trojanowicz & Bucqueroux, 1991, p. 14). *Community policing* je „novi pristup u radu policije koji se zasniva na povećanoj osetljivosti državnih institucija, naspram uvažavanja sloboda i prava čoveka i građanina“ (Simonović, 2005, p. 75).

Strategija policije u zajednici se sagledava sa četiri različita, međusobno povezana nivoa koji moraju biti valjano shvaćeni da bi ona ostvarila ciljeve svoje implementacije:

1. Organizacioni nivo podrazumeva organizacionu decentralizaciju i preorijentisanje policijskih patrola ka olakšavanju komunikacije sa društvenom zajednicom u kojoj policijski službenici deluju (Kappeler & Gaines, 2011, pp. 17-18; Skogan & Hartnett, 1997, p. 6).
2. Strateški nivo obuhvata: geografski fokus, neposredni i stalni kontakt policije i društvene zajednice i fokus na prevenciju kriminaliteta i proaktivno delovanje (Kappeler & Gaines, 2011, pp. 21-24). Dakle, neophodno je postići povezanost policijskog službenika sa određenim geografskim područjem – kako bi se upoznao sa stanovnicima, njihovim aktivnostima i socijalnim problemima. Zahteva se svojevrsna identifikacija službenika sa stanovnicima područja u kojem on deluje.
3. Na programskom nivou su policijske operacije preusmerene na rešavanje problema i situacionu prevenciju kriminaliteta, te angažovanje društvene zajednice u tom cilju. Policijski službenici ne čekaju na poziv građana kako bi otpočeli svoje delovanje, naprotiv (Kappeler & Gaines, 2011, pp. 25-29). Svaki policijski službenik, u cilju uspešne primene ove strategije, mora inicirati što veći broj neposrednih odnosa sa građanima što dovodi do „povećanja sopstvene informisanosti o bezbednosnoj situaciji u zajednici“ (Đoković, 2020, p. 195).
4. Filozofski nivo obuhvata fokus na društvenu zajednicu, doprinos policije razvoju zajednice, brigu policije za pripadnike društvene zajednice, razvijanje poverenja,¹ podelu moći između policije i zajednice,² kreativnost i promenljivost okoline³ (Kappeler & Gaines, 2011, p. 9). Građani imaju pravo da iznesu svoje mišljenje i time utiču na način rada policije, a zauzvrat nude učešće i podršku policijskom radu (Simić & Nikač, 2010, p. 128).

¹ Kako Šebek (2015, p. 47) navodi: „uspostavljanje i održavanje zajedničkog poverenja predstavlja osnovu izgrađivanja partnerstva sa zajednicom“.

² To podrazumeva i međusobnu podelu odgovornosti za rešavanje zajednički identifikovanih društvenih problema.

³ Delovi iste društvene zajednice se međusobno razlikuju, te je potrebno da policijski službenici u skladu s tim odrede način svog ponašanja, identifikuju probleme u skladu s konkretnim pojedincima i s njima rešavaju te probleme (Kappeler & Gaines, 2011, pp. 16-17).

Implementacijom ove strategije unapređuje se interakcija između policije i društvene zajednice i omogućava se društvenoj zajednici da u većoj meri učestvuje u određivanju prioriteta u policijskom radu (Ratcliffe, 2008, p. 68).

Neizbežno je ukazati i na značaj uloge društvene zajednice za uspešnu primenu ove strategije. Ona, s jedne strane, mora biti raspoloživa za saradnju sa policijom (pri čemu se takav društveni stav gradi kroz kontinuirani i ka opštem dobru okrenuti rad policije), dok, s druge strane, policija mora poznavati kulturu i mentalitet društvene zajednice u kojoj deluje, mora sagledati sistem vrednosti, obrazovni i kulturni nivo i standard života i ostala kulturna i socijalna obeležja. Kako navodi Milić (2004, p. 100) „osnova efikasnog delovanja svih partnera, pa i policije je poznavanje osnovnih psiho-socijalnih obeležja kulture i mentaliteta“. Zato je opravdan stav da je *community policing* zapravo „partnerstvo sa lokalnom zajednicom u rešavanju problema koji dovode do vršenja krivičnih dela, drugih kašniranih ponašanja i pojave straha od zločina“ (Vuković, 2008, p. 121).

3. Strategija policije u zajednici u Japanu

U ovom delu rada biće predstavljeni osnovi japanskog tzv. *koban* modela primene strategije policije u zajednici. Termin *koban* se može odrediti u užem i širem smislu. U prvom slučaju *koban* se vezuje za specifičnu infrastrukturu mini-polijskih stanica u kojima rade policijski službenici, a u drugom slučaju to je naziv za celokupan policijski sistem koji takve prostorije reprezentuju (Kawamura & Shirakawa, 2008, p. 157).

Prema dokumentu Nacionalne policijske akademije Japana (NPAJ, 2005, p. 1), policijske snage koje sprovode strategiju policije u zajednici čine službenici koji svoj rad obavljaju u *koban*-policijskim stanicama, zatim u rezidencijalnim stanicama (tzv. *Chuzai*) i u policijskim patrolama.

Glavni ciljevi ka kojima stremi deo japanske policije zadužen za sigurnost društvene zajednice (*Community safety affairs police*) jesu: da postane deo lokalne zajednice i da se angažuje u aktivnostima koje su blisko povezane sa sigurnošću i svakodnevnim životom građana, da upozna zajednicu sa prisustvom policije i da sprovodi aktivnosti na planu prevencije kriminaliteta, te da bude prva koja će odgovoriti na vanredne situacije u lokalnoj zajednici (Kawamura & Shirakawa, 2008, p. 159).

3.1. Organizacioni nivo japanskog *community policing*-a

U Japanu radi oko 250.000 policajaca, od čega je 35% njih posredno ili neposredno angažovano u sprovođenju policijskog rada u zajednici. Policijske snage su raspoređene u 47 centara po prefekturama različitih veličina. U svakoj od njih se nalaze i centri Komisije za javnu bezbednost koji, između ostalog, nadgledaju rad policije (Kawamura & Shirakawa, 2008, pp. 159, 161).

Kako je napred navedeno, u užem smislu, *koban* je naziv za policijsku mini-stanicu u kojoj se u kontinuitetu nalaze policijski službenici i koja omogućava stalnu interakciju policije i građana na određenom geografskom području (Palmiotto & Unnithan, 2011, p. 11). U jednoj *koban*-policijskoj stanici radi od 3 do 5 službenika i prema statistici iz

2019. godine u Japanu ih je 6.256 (UNAFEI, 2019, p. 2). One su raspoređene u urbanim, gradskim okruženjima, usmerene na delovanje koje obuhvata prevenciju kriminaliteta, te davanje odgovora na pitanja građana, savetovanje maloletnika i sl. (NPA, 2019, p. 13). Ove mini-stanice su smeštene u blizini kolovoza, ali ne uz sam kolovoz. Takav raspored se opravdava potrebom da se, u uslovima velike gustine stanovništva, ispred bilo kojeg građanina-pešaka koji ima nameru da uđe u stanicu ne pojave prepreke kao što su kolovoz i gust automobilski saobraćaj. Vrata su uglavnom otvorena, tačnije – kad god je zaposleni policajac unutar stanice. Navedena praksa dodatno simbolizuje otvorenost i spremnost policijskog službenika da svakom građaninu pruži pomoć ili potrebne informacije. Stoga je dovoljno da građanin koji ima potrebu da se obrati policajcu direktno uđe u stanicu, bez kucanja i naročitih formalnih pravila ponašanja (Young, 2019, p. 771).

Kada je reč o infrastrukturi, veličina *koban*-stanica varira, starije su obično prizemne, ali se sve češće mogu videti i jednospratne. Po površini, uvek se prostiru na manje od 100 m² i u njima, u režimu smenskog radnog vremena, rade uniformisani policijski službenici (Kawamura & Shirakawa, 2008, p. 158). Pored prostorije u kojoj se primaju građani (*community rooms*) voljni da prijave krivično delo, postave neko konkretno pitanje ili samo da se obrate policijskom službeniku, postoji i kuhinja i mesto za odmor službenika (NPAJ, 2005, p. 3).

Rezidencijalne policijske stanice (*Chuzai*sho) raspoređene su u ruralnim ili polururalnim predelima i u njima radi po jedan policijski službenik (NPA, 2019, p. 13). Ukupno 6.380 policijskih službenika radi u rezidencijalnim policijskim stanicama (UNAFEI, 2019, str. 2). Ipak, službenik u ovim policijskim stanicama ne samo što radi, on tu ili u zgradama uz stanicu, zajedno sa svojom porodicom boravi i tokom dugih vremenskih perioda izgrađuje dobrosusedske odnose sa zajednicom (NPAJ, 2005, p. 3), čime se direktno stvara mogućnost razvoja međusobnog partnerskog odnosa.

3.2. Strateški i programski nivo japanskog community policing-a

Osnovni zadatak japanskog modela policijskog rada jeste preventivno delovanje, što podrazumeva sprečavanje kriminaliteta, umesto reagovanja po izvršenom krivičnom delu (Lazić, 2017, p. 40). U tom smislu, preventivni programi se sprovode kako bi umanjili mogućnost da do izvršenja dela uopšte dođe. U ovom delu rada su predstavljene najvažnije aktivnosti policijskih službenika u kojima se prepoznaju strateški i programski nivoi rada policije u zajednici, a koje su predviđene programskim aktima japanske policije (NPA, 2019, p. 14).

Budnost u policijskim stanicama. Službenici stražare ispred stanice ili sede unutar nje, što omogućava istovremen odgovor na bilo koji incident, ali i na bilo koje pitanje građana. Kako Kawamura & Shirakawa (2008, p. 160) ističu – policijski službenici raspoređeni u *koban*-stanicama, kao i u rezidencijalnim policijskim stanicama imaju dve uloge, s jedne strane oni su u narodu predstavljeni kao hrabri borci protiv kriminaliteta, a s druge strane kao prijateljski zaštitnici građana. Prolaskom pored ovih stanica i svakodnevnim susretanjem sa istim policijskim službenikom, kod građana se javlja osećanje da je konkretan službenik deo njihove društvene zajednice, a ne stranac (Cao, Stack & Sun, 1998, p. 282).

Policijske patrole. Službenici veoma često sprovode patrolnu delatnost pešačkim patrolama, patrolama na biciklima i motociklima, te automobilskim patrolama. Bayley (1994, pp. 5-6) ističe da su pešačke patrole znatno korisnije u odnosu na ostale modele patroliranja, jer doprinose osećanju sigurnosti kod građana, ali bi bilo iluzorno smatrati da su one dovoljne da spreče kriminalne aktivnosti pojedinaca. Ipak, i patroliranje uz korišćenje automobila igra značajnu ulogu u suzbijanju kriminaliteta (Kawamura & Shirakawa, 2008, pp. 161-162), a svakako doprinosi češćim neposrednim kontaktima sa građanima i povećanju osećanja sigurnosti.

Rutinske posete domovima i radnim mestima građana. Službenici japanske policije dva puta godišnje posećuju svakog stanovnika iz oblasti za koju su nadležni i razgovaraju sa njim o brojnim pitanjima vezanim za bezbednost i kriminalitet, te postavljaju pitanja u vezi sa njegovom eventualnom uključenosti i povezanošću sa određenim kriminalnim delovanjima (NPA, 2019, p. 14).

Osim poseta, službenici pripremaju i letke koje dele građanima sa ciljem da ih informišu o stanju kriminaliteta, o metodama prevencije kriminaliteta i sl. (NPAJ, 2005, p. 7). U literaturi se navode primeri sadržine ovih letaka: obaveštavanje o područjima u kojima je u tom vremenskom periodu uočeno povećanje učestalosti džepnih krađa kako bi građani obratili više pažnje i izbegli viktimizaciju; obaveštavanje o licima za kojima je raspisana poternica i sl. (Kawamura & Shirakawa, 2008, p. 164).

Konsultacije sa građanima. Na nivou svake prefekture organizovani su centri za konsultacije sa građanima, čija bi uloga mogla biti, u konkretnom slučaju, da kontaktiraju sa različitim odeljenjima japanske policije u cilju sprečavanja izvršenja dela u vezi sa kojima su dobijene informacije ili zarad postupanja po prijavama o izvršenim krivičnim delima (NPA, 2019, p. 14).

Građani iz različitih prefektura su članovi saveta koji nastoje da objedine stavove društva u vezi sa pitanjima od interesa za prevenciju i suzbijanje kriminaliteta, te na taj način da sa policijom odrede zajedničke prioritete. Sastanke ovih saveta vode policijski službenici, a građani se podstiču da diskutuju o bezbednosnim problemima, da izražavaju svoja mišljenja i razmatraju aktivnosti koje je policija preduzimala. U zavisnosti od eventualnog povećanja nivoa kriminaliteta, sastanci postaju učestaliji (Kawamura & Shirakawa, 2008, p. 164).

3.2.1. Filozofski nivo japanskog *community policing*-a

Policija se, u skladu sa teorijskim postavkama ove strategije, ne posmatra odvojeno od društvene zajednice, već uspostavljajući redovnu komunikaciju sa građanima postaje deo te zajednice i ostvaruje partnerski odnos. Ipak, jedan od preduslova za uspešnu primenu ove strategije jeste da je za to društvena zajednica podobna. Prethodno proizlazi iz činjenice „da u zajednici u kojoj policija ne uživa autoritet građana nema smisla preduzimati aktivnosti radi jačanja socijalnih veza, odnosno solidarnosti između članova zajednice“ (Vuković, 2008, p. 136). U tom smislu, u literaturi se ističe da u Japanu, visok nivo poštovanja ustanova poput: porodice, škole, društvene zajednice i radnog mesta, predstavlja značajan metod neformalne socijalne kontrole kriminaliteta (Ellis *et al.*, 2008, p. 187), što svakako

„povećava šanse“ policiji da ovu strategiju sprovede u delo. Zato je iluzorno govoriti o uspešnoj primeni ove strategije u društvenim zajednicama čiji je sistem vrednosti usmeren ka poštovanju kriminalnog delovanja pojedinca i u kojima se na kriminalitet gleda kao na uobičajenu, svakodnevnu pojavu.

Partnerski odnos se ostvaruje i kroz različite „prijateljske aktivnosti“ policije – npr. davanje na posluđu kišobrana građanima, pomoć alkoholisanim licima da uđu u sredstva gradskog prevoza i dođu do mesta boravišta, držanje časova borilačkih veština zainteresovanim građanima i slično (Leishman, 2003, pp. 114-115). S druge strane, policijski poziv je poštovan od strane građana, i na policijske službenike se, u načelu, gleda kao na autoritet kojem se, u skladu sa tradicijom i filozofijom u Japanu, narod podvrgava i čiji rad podržava (Cao, Stack & Sun, 1998, p. 282).

4. Problemi u sprovođenju *community policing-a* u Japanu

Iako *koban* policijski sistem ima dugu istoriju u Japanu, o čemu u ovom radu, s obzirom na ograničenost u pogledu obima, neće biti reči, to ne znači da policijski sistem u tom periodu nije nailazio na probleme i da se nije usavršavao, naprotiv.

Na prvi pogled, čini se da izloženi model primene strategije policije u zajednici oduvek predstavlja idealan vid njene implementacije. Ipak, u literaturi, doduše malobrojnoj, navode se i prepreke na koje se nailazilo pri njenom sprovođenju.

Prazne koban-stanice (aki koban). Na osnovu istraživanja koje je sprovela NPA 2004. godine, utvrđeno je da je od 2.148 ispitanih građana, njih 85% znalo gde se nalazi *koban*-policijska stanica najbliža njihovom domu, ali da je njih 56% nailazilo na prazne stanice, što je doprinelo stvaranju osećanja nesigurnosti i nezadovoljstva radom policije, te smanjenju poverenja u moć policije da se izbori sa kriminalitetom (Kawamura & Shirakawa, 2008, p. 165).

Primetno je i da se beleži smanjenje broja rezidencijalnih stanica. Takav trend je posledica činjenice da se radom u ovim stanicama mešaju privatni i poslovni život, ne samo službenika već i njegove porodice. Usled toga nastaje i obaveza policajca da prima građane koji imaju potrebu da mu se obrate i van radnog vremena, a ukoliko je on odsutan, prijem građana vrše članovi njegove porodice.⁴ Ovakav način života vodi ka primetnom odsustvu interesovanja i volje policijskih službenika da na taj način budu angažovani (Kawamura & Shirakawa, 2008, pp. 165-166).

Sprovođenje rutinskih poseta mestima boravišta građana postaje sve teže. To je posledica povećanja nivoa kriminaliteta, što iziskuje češće patrole i angažovanje službenika na polju njegovog suzbijanja. Usled navedenog, policija ima manje raspoloživog vremena koje može posvetiti neposrednim kontaktima i upoznavanju sa stanovnicima (NPAJ, 2005, pp. 9-10).

Svetska naučna i stručna literatura se ne može pohvaliti brojnošću radova koji daju kritički osvrt na stanje kriminaliteta u Japanu, na poverenje građana Japana u policiju, te na njihovo osećanje sigurnosti. Takvo stanje Leishman (2003, pp. 109-110) pravda priličnom nepristupačnošću podataka koji se na to odnose u nekolicini istočnoazijskih država.

⁴ Tako, npr. supruga policijskog službenika koja, iako nije zaposlena u policiji, prima mesečnu naknadu za usluge koje pruža građanima u tim prilikama, kao nagradu za doprinos policijskim aktivnostima (NPAJ, 2005, p. 4).

Čini se da je *koban* model rada policije doprineo tome da se Japan, gotovo po automatizmu, smatra naročito bezbednom državom. Ipak, početkom ovog veka došlo je do značajnog povećanja nivoa kriminaliteta, te do smanjenja osećanja sigurnosti kod građana Japana (Kawamura & Shirakawa, 2008, p. 172). U tom smislu, izvedeni su zaključci da Japan, svakako, ima nisku stopu kriminaliteta, posebno kada se radi o kriminalitetu sa elementima nasilja, ali da društvena zajednica ima nizak nivo poverenja u rad policije, te je uočeno nezadovoljstvo policijskim radom. Revolucionarno se utvrđuje da postoji visok nivo straha od kriminaliteta, te da stanovnici ne poklanjaju dovoljno pažnje preduzimanju pojedinačnih mera za njegovu prevenciju. Takođe, prema istraživanju iz 2004. godine, većina građana Japana smatra da je društvo u Japanu postalo opasnije (Ellis *et al.*, 2008, pp. 178-190).

Ovakvi zaključci imaju svoju osnovu u stanju kriminaliteta na samom početku dvadeset prvog veka, ali i u problemima koji su u ovom poglavlju izloženi, a u pogledu kojih, u vreme izrade navedenih istraživanja, nije došlo do preduzimanja relevantnih aktivnosti nadležnih organa. Naime, 2002. godina se u zvaničnim statistikama beleži kao godina u kojoj je prijavljeno preko 2,5 miliona slučajeva izvršenja krivičnih dela, te kao takva predstavlja najgoru godinu po pitanju stanja kriminaliteta u Japanu (NPA, 2019, p. 15).

5. Mehanizmi japanske policije za prevazilaženje problema

Vlada Japana je preduzela različite aktivnosti kako bi prevazišla nastale prepreke, sprečila trend rasta nivoa kriminaliteta i povećala osećanje sigurnosti kod građana.

Pre svega, došlo je do zapošljavanja novih policijskih službenika, kako bi se omogućio dovoljan broj pojedinaca koji bi ostajao u policijskim stanicama, a da neophodne policijske patrole ostanu zastupljene u zadovoljavajućem broju (uporedi: NPA, 2019, p. 8; Cortazzi, 1993, p. 78).

Kao valjan primer osobenosti japanskog društva ističemo da osim novih zaposlenih, pomoć u sprovođenju policijskih poslova pružaju i tzv. policijski savetnici. To su uglavnom penzionisani policijski službenici koji dobrovoljno, u skraćenom radnom vremenu, pružaju informacije o dešavanjima koja bi mogla zaokupiti interesovanje službenika. Osim toga, oni su ovlašćeni i da daju uputstva i da se konsultuju sa građanima, da rukuju izgubljenom ili pronađenom imovinom. S druge strane, ova lica nisu ovlašćena za sprovođenje zakona ili lišenje slobode učinioca krivičnih dela (NPAJ, 2005, p. 4). U odnosu na period od 2003. godine, kada je bilo manje od 5000 volonterskih grupa za obavljanje različitih aktivnosti u vezi sa prevencijom kriminaliteta, već 2008. godine taj broj je premašio 40.000 (Kanayama, 2013, p. 67).

Kako bi se izašlo u susret što većem broju građana i omogućilo da policijski službenici najbrže dođu do mesta određenog incidenta, patrolni automobili su opremljeni uređajima za uspostavljanje veze sa policijskim stanicama i komandnim centrima, te GPS-softverom koji omogućava angažovanje onih policajaca u patroli koji su najbliži događanju u kojem treba da uzmu svoju ulogu (Kawamura & Shirakawa, 2008, pp. 161-162). Osim toga, primenjuje se i geografski informacioni sistem (*Geographic Information System – GIS*), kako bi se utvrdila mesta koja se učestalo javljaju kao mesta podobna za

incidente, što doprinosi posebnom usmeravanju pažnje policije na te rizične tačke (*hot-spots*) (Kanayama, 2013, p. 76).

Policija se okrenula i ka sprovođenju različitih treninga dobrovoljaca koji pružaju pomoć službenicima: obučavanje za sprovođenje patrole, kreiranje mapa, obuke sigurne vožnje automobila, te drugi seminari i predavanja posvećeni razvijanju veština i aktivnosti građana usmerenih na prevenciju kriminaliteta (Kanayama, 2013, p. 76).

Čini se da su sve navedene aktivnosti, uz kontinuirano pojačavanje svesti građana o opasnosti kriminalnog delovanja po opstanak i normalno funkcionisanje društva, urodile plodom i to u vidu smanjenja broja prijavljenih krivičnih dela: prema novim statistikama japanske policije, ukupan broj prijavljenih krivičnih dela 2014. godine je iznosio 1.212.163, a 2018. godine 817.338 (NPA, 2019, p. 60). Takođe, upoređivanja radi, već 2009. godine je nivo kriminaliteta u Japanu bio na nivou iz 1990. godine, dakle, nešto više od 1.600.000 prijavljenih krivičnih dela, što ukazuje da se u odnosu na 2002. godinu nastavlja trend opadanja kriminaliteta (Kanayama, 2013, p. 81).⁵

6. Zaključak

Uzimajući u obzir sve karakteristike japanskog modela primene strategije policije u zajednici, delimo stavove autora koji smatraju da je to prototip njene uspešne primene (Brogden & Nijhar, 2005, navedeno u Kocak, 2018, p. 19), te da kao takav može poslužiti kao uzor po kome se mogu ravnati druge države koje su se odlučile za njenu primenu.

Organizacija zasnovana na mini policijskim stanicama, rutinskim posetama mestima boravišta i radnim mestima građana, decentralizovanoj policijskoj organizaciji, čestim pešačkim i automobilskim patrolama, ali i na volonterskom aktivizmu članova zajednice, doprinosi ostvarenju preduslova za valjano i uspešno funkcionisanje *community policing*-a:

- česti neposredni susreti građana i policijskih službenika;
- razvijanje poverenja građana u policiju;
- razvoj partnerskog odnosa policije i građana.

Ipak, da bi ovakav model rada policije bio uspešno sproveden, obavezan preduslov je da društvena zajednica za takve poduhvate bude podobna. Potrebno je da bude spremna za saradnju i da policijskog službenika ne posmatra kao stranca, već kao njenog člana, te da „preduzima neophodne korake i sa svoje strane“ (Đoković, 2020, p. 195). Jedan od glavnih ciljeva *community policing*-a je stvaranje osećanja zajedništva u lokalnoj zajednici (Vuković, 2008, p. 127). Tako se važan aspekt japanskog modela primene ove strategije sastoji u volonterskom radu brojnih udruženja građana koja na dobrovoljnoj osnovi samostalno sprovode patrole, podučavaju druge o merama prevencije i doprinose ostvarivanju osnovnih ciljeva strategije.

⁵ Trebalo bi oprezno pristupiti donošenju zaključaka na osnovu ovako predstavljenih podataka. Naime, svetskoj policijskoj praksi nije nepoznato manipulisanje podacima koji se odnose na broj prijavljenih i razrešenih krivičnih dela, na način koji zavisi od toga šta je u konkretnom slučaju cilj takve manipulacije (Pepinsky, 2006, p. 81).

Iako se u literaturi može naići na stav da je Japan primer da „visoke stope zločina nisu neizbežni pratilac razvijenih modernih društava“, Ignjatović (2016, p. 105) u tome uočava previd koji se sastoji u činjenici da japansko društvo i kultura ne mogu nedvosmisleno biti svrstani u moderna društva uprkos značajnom tehnološkom napretku i industrijalizaciji kojom je obuhvaćeno. Društvena zajednica u Japanu se od drugih, modernih zajednica razlikuje po čvrstoj društvenoj kontroli u svakodnevnom životu, po potčinjavanju pojedinaca grupnim interesima, te u činjenici da japanska kultura u velikoj meri počiva na srednjovekovnom normativnom sistemu (Ignjatović, 2016, p. 105). Tradicionalno, Japan se smatra državom u kojoj postoji neobično niska stopa kriminaliteta i državom čije su ulice bezbedne, a upravo se za takvo karakterisanje zaslužnim smatra specifičan *koban* policijski sistem (Leishman, 2007, p. 198). Ipak, kao i u slučaju Malte, kao države sa niskom stopom kriminaliteta, solidarnost između članova društvene zajednice deluje kao značajan preventivni faktor i deli zasluge za takvo stanje kriminaliteta (Ignjatović, 2009, p. 64).

Japanski model primene ove strategije je u direktnoj i neodvojivoj sprezi sa kulturnim i socijalnim karakteristikama, mentalitetom i tradicijom japanskog društva, te ga je iz tog razloga teško, bar na identičan način, primeniti u drugim državama koje su policijski rad opredelile ka *community policing*-u, a isti rezultati se ne mogu očekivati. Prethodno proizlazi i iz činjenice da je japanska policija nailazila i nailazi na brojne prepreke koje prevazilazi upravo zahvaljujući specifičnim karakteristikama svoje društvene zajednice.

Ipak, ovakva konstatacija ne može umanjiti značaj iskustva i specifičnosti koje japanska policija može ponuditi ostatku sveta, kao primer iz kojeg se mogu preuzimati i implementirati određeni organizacioni i programsko-strateški elementi, uz neophodno prilagođavanje socijalnim prilikama u društvu u kojem se implementacija vrši.

Literatura

- Bayley, H. B. 1994. *Police for the future*. New York: Oxford University Press.
- Brogden, M. & Nijhar, P. 2005. *Community Policing: National and International Models and Approaches*. Cullompton: Willan.
- Cao, L., Stack, S. & Sun, Y. 1998. Public attitudes toward the police: a comparative study between Japan and America. *Journal of Criminal Justice*, 26(4), pp. 279-289.
- Cortazzi, H. 1993. *Modern Japan: a concise survey*. New York: Pgrave Macmillan.
- Džunić, B. 2018. Preventivne aktivnosti u cilju sprečavanja i suzbijanja kriminaliteta sa osvrtom na strategijski okvir Republike Srbije. *Pravo – teorija i praksa*, 35(7-9), pp. 54-69.
- Đoković, L. 2020. Stavovi građana o radu policije – ocena primene strategije policije u zajednici u Republici Srbiji. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 58(1-2), pp. 181-198.
- Ellis, T., Lewis, C., Hamai, K. & Williamson, T. 2008. Japanese Community Policing Under the Microscope. In: Williamson, T. (ed.), *The Handbook of Knowledge-Based Policing: Current Conceptions and Future Directions*. Chichester: John Wiley & Sons, pp. 175-198.

- Ignjatović, Đ. 2009. Države sa niskom stopom kriminaliteta – primer Malte. *Strani pravni život*, 53(3), pp. 49-66.
- Ignjatović, Đ. 2016. *Kriminologija*. 13. izd. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kanayama, T. 2013. The National Challenge on Increase in Crime: Comprehensive Initiatives on Crime Reducion in Japan. In: Verma, A., Das, D. & Abraham, M. (eds.), *Global Community Policing: Problems and Challenges*. Boca Ration: CRC Press, pp. 63-82.
- Kappeler, V. & Gaines, L. 2011. *Community Policing: A Contemporary Perspective*. 6th ed. Amsterdam: Anderson.
- Kawamura, N. & Shirakawa, Y. 2008. Current Developments Affecting the Japanese Koban System of Community Policing. In: Williamson, T. (ed.), *The Handbook of Knowledge-Based Policing: Current Conceptions and Future Directions*. Chichester: John Wiley & Sons, pp. 157-174.
- Kocak, D. 2018. *Rethinking Community Policing in International Police Reform: Examples from Asia*. London: Ubiquity Press.
- Kostić, M. 2010. Prevencija kriminaliteta – pojam i istorijski razvoj. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LV, pp. 89-110.
- Lazić, I. 2017. Definisanje konceptra rada policije u lokalnoj zajednici. *Administracija i javne politike*, 3(2-3), pp. 37-60.
- Leishman, F. 2003. Policing in Japan: East Asian Archetype? In: Mawby, R. I. (ed.), *Policing Across the World: Issues for the Twenty-first Century*. New York: Taylor & Francis, pp. 109–25.
- Leishman, F. 2007. Koban: Neighbourhood Policing in Contemporary Japan. *Policing*, 1(2), pp. 196-202.
- McLaughlin, E. & Muncie J. 2001. *The Sage dictionary of criminology*. London: Sage publication.
- Milić, A. 2004. Kultura i mentalitet, pretpostavka rada policije u zajednici. U: Matijević, M. (ur.), *V Dies Academicus: Rad policije u zajednici*. Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova, pp. 99-104.
- Moose, C. 1993. *The Theory and Practice od Community Policing: An Evaluation of the Iris Court Demonstration Project*. Dissertation. Portland: Portland State University.
- Nikolić-Ristanović, V. & Konstantinović-Vilić, S. 2018. *Kriminologija*. 4. izd. Beograd: Prometej.
- Palmiotto, M. J. & Unnithan, P.N. 2011. *Policing & Society: A Global Approach*. New York: Delmar Cengage Learning.
- Pepinsky, H. 2006/2017. *Mirotvorstvo: razmišljanja jednog radikalnog kriminologa*. prev. Stevanović, A. & Vujičić, N. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Ratcliffe, H. 2008. *Intelligence-led Policing*. Devon: Willan Publishing.
- Simić, B. & Nikač, Ž. 2010. Razvoj policijske organizacije od tradicionalne ka savremenoj u funkciji suzbijanja kriminaliteta. *Nauka-bezbednost-policija*, 14 (3), pp. 117-131.
- Simonović, B. 2005. Konceptualne dileme, limiti, nedoslednosti, kritike i slabosti novog koncepta rada policije u zajednici (Community Policing) s osvrtom na ljudska prava i slobode. U: Bejatović, S. (ur.), *Slobode i prava čoveka i građanina u konceptu novog zakonodavstva Republike Srbije*. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u

- Kragujevcu: Institut za pravne i društvene nauke, pp. 75-95.
- Skogan, W. & Hartnett, S. 1997. *Community Policing: Chicago Style*. Oxford: Oxford University Press.
- Šebek, V. 2015. *Kriminalističko-obaveštajni modeli organizacije policije u kontroli kriminaliteta*. Doktorska disertacija. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.
- Trojanowicz, R. & Bucqueroux, B. 1991. *Community policing and the challenge of diversity*. Michigan: Michigan State University.
- Vuković, S. 2008. *Strategije delovanja policije u prevenciji kriminaliteta na području lokalne zajednice*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Young, A. 2019. Japanese Atmospheres of Criminal Justice. *The British Journal of Criminology*, 59 (4), pp. 765-779. Dostupno na: <https://doi.org/10.1093/bjc/azy073>, (10. 8. 2020).

Internet izvori

- National Police Academy of Japan (NPAJ). 2005. *Japanese Community Police and Police Box System*. Tokyo. Dostupno na: http://www.npa.go.jp/english/keidai/Guide_lines_of_PolicePolicy/JapaneseCommunityPolice.pdf, (19. 8. 2020).
- National Police Agency of Japan (NPA). 2019. *Police of Japan 2019*. Tokyo. Dostupno na: https://www.npa.go.jp/english/Police_of_Japan/2019/Police_of_Japan_2019_full_text.pdf, (19.8.2020).
- UNAFEI. 2019. *Criminal Justice System in Japan*. Dostupno na: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/CJSJ_2019/00CJSJ_2019.pdf, (20. 8. 2020).

Pravni izvori

- Strategija policije u zajednici, *Službeni glasnik RS*, br. 43/2013.

Lazar S. Đoković, MA

Serbia

e-mail: lazarsdjokovic@gmail.com

THE JAPANESE MODEL OF THE IMPLEMENTATION OF THE COMMUNITY POLICING

Summary

Community policing is the strategy of policing that is applied in countries around the world, and through time, it became the most popular way of approach to police work. The goal of this strategy is reflected in creating a better and safer life of citizens, which is achieved through the teamwork of the police and the local community.

Based on the analysis of the content of foreign scientific and professional literature, and official publications of the Japanese police, the author presents the specifics of the implementation of community policing strategy in Japan, in order to point to examples of good police practice, given that this is an official approach to policing in the Republic of Serbia.

In addition to a review of the basic settings of this strategy, the organizational, programmatic, strategic and philosophical level of the so-called *the koban* - model of police work, the paper is presenting the obstacles that stand in the way of achieving the goals of this strategy and how the Japanese police overcome them. Finally, the author concludes that the practice of the Japanese police is a prototype of successful policing in the community, but that it is conditioned by the specifics of Japanese society, and as such can hardly be implemented in societies that do not share the same characteristics.

Keywords: *koban*, Japanese police, community policing, Japan, police practice.

Primljeno: 26. 8. 2020.

Prihvaćeno: 23. 10. 2020.

UPUTSTVO AUTORIMA

PRIJAVLJIVANJE RUKOPISA ZA OBJAVLJIVANJE

Autori mogu da dostave radove napisane latiničkim pismom na srpskom ili na engleskom jeziku u elektronskom formatu, kao *Word* dokument. Rokovi za predaju radova su: za prvi broj – 31. januar, za drugi broj – 30. april, za treći broj – 31. avgust i za četvrti broj – 31. oktobar. Rukopisi se dostavljaju putem linka: <http://aseestant.ceon.rs/index.php/spz/>, izuzetno elektronskom poštom na adresu uredništva: redakcijaspz@gmail.com, koje će ih uputiti kako da se prijave na sistem *Assestant (CEON)*. Autori tom prilikom daju i autorsku izjavu. U slučaju dostavljanja koautorskih radova, korespondencija se u ime svih autora odvija sa autorom koji je rad poslao i koji će biti odgovoran za komunikaciju sa ostalim autorima (tzv. autor za korespondenciju). Autorsku izjavu potpisuju svi autori. Potpisivanjem autorske izjave autori garantuju da su prihvatili uređivačku politiku časopisa i da su prilikom izrade rada i njegovog prijavljivanja za objavljivanje poštovali etičke standarde publicistike i naučnog rada.

Sve aktivnosti vezane za uređivanje časopisa (od prijema rukopisa do objavljivanja elektronskog izdanja časopisa) obavljaju se posredstvom elektronskog sistema *Assestant (CEON)* koji omogućava pripremu i objavljivanje časopisa u elektronskom obliku (*Open Journal Systems - OJS*). Navedene aktivnosti se obavljaju unutar samog sistema, pod nadzorom glavnog i odgovornog urednika i tehničkog urednika, a ključna obaveštenja koja su namenjena autorima, recenzentima ili drugim korisnicima automatski se prosleđuju elektronskom poštom. Zahvaljujući sistemu *Assestant (CEON)* obezbeđeno je čuvanje svih verzija objavljenih radova i odbijenih radova u elektronskoj bazi podataka. Autori, takođe, mogu da se upoznaju u svakom trenutku sa tokom i ishodom postupka recenziranja.

U slučaju da autor nema nalog, potrebno je da se registruje preko linka: <http://aseestant.ceon.rs/index.php/spz/user/register>. Detaljno uputstvo za registraciju autora i prijavu rukopisa može se preuzeti sa sajta časopisa *Strani pravni život* (www.stranipravnizivot.rs).

NAPOMENE VAŽNE ZA PRIPREMU RUKOPISA

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

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

Autorski članci po pravilu ne prelaze obim od jednog autorskog tabaka (28.800 znakova sa razmacima), font je Times New Roman, veličina 12 pt, prored 1,5, leva margina 3,5 cm, a desna 3 cm. Izuzetno, ako to zahteva tema rada, a po prethodnom dogovoru autora sa glavnim i odgovornim urednikom, biće prihvaćen i duži rukopis, i to obima do 1,5 tabaka. U ostalim situacijama, rad većeg obima biće vraćen autoru radi skraćivanja. U obim se ne računaju tekstovi navedeni u beleškama na dnu strane (dodatni podaci o autoru, organizaciji u kojoj je zaposlen, druge napomene), naslov članka, sažetak (do 800 karaktera sa razmacima), ključne reči (do 5 pojmova ili sintagmi), spisak literature, pravnih izvora i sudskih odluka.

Naučni članci se klasifikuju u: originalne (u kojima se iznose prethodno neobjavljeni rezultati sopstvenih istraživanja zasnovanih na primeni naučnih metoda) i pregledne (koji sadrže originalan, detaljan i kritički prikaz istraživačkog problema ili područja u kojem je autor ostvario određeni doprinos, prikazan u vidu autocitata). Za razliku od naučnih radova, u stručnom radu autor na osnovu izvršenog istraživanja zasnovanog na prikupljanju postojećih teorijskih saznanja i raspoloživih činjenica ukazuje na iskustva značajna za unapređenje prakse u određenoj oblasti, preporučuje promene u načinu primene propisa i slično.

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

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

Osnovno oblikovanje teksta. Svi prilozi moraju biti sačinjeni u Microsoft Word-u, latiničkim pismom, fontom Times New Roman, veličine 12 pt, sa proredom 1,5, na strani formata A4, sa uvlačenjem pasusa za 1 tabulator, bez deljenja reči na slogove (hifenacije). Posle svakog znaka interpunkcije staviti samo jedan razmak. Za posebna slova iz srpskog i stranog latiničkog pisma koriste se raspoloživi simboli – dijakritički znaci. Ćirilčki znaci iz stranog pisma i iz drugih pisama (kineskog, japanskog, arapskog itd.) transliterišu se i transkribuju prema tablici dostupnoj na: <http://www.loc.gov/catdir/cps0.roman.html>. Imena i prezimena stranih autora navode se u originalu, osim kada se moraju transkribovati na latinicu (na primer imena iz ruskog jezika). Kada se autor poziva na radove objavljene u *Stranom pravnom životu*, koristi isključivo naziv časopisa na srpskom jeziku. Reference na srpskom jeziku koje se citiraju u radu pisanom na engleskom jeziku se ne prevode.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ključne reči su termini ili fraze koji najbolje opisuju sadržaj članka za potrebe indeksiranja i pretraživanja. Potrebno je dati 5 ključnih reči ili sintagmi na srpskom. U članku se navode ispod sažetka (veličina fonta je 11 pt).

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

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

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

Na kraju rada, u levom uglu, složeno slovima veličine 12 pt, navode se na **engleskom jeziku ime, srednje slovo i prezime autora**. U drugom redu se navode naučno zvanje ili titula, ustanova autora i elektronska adresa. Na sredini strane navodi se na engleskom jeziku naslov rada, napisan velikim slovima. Rezime na engleskom jeziku (*Summary*) ima karakter proširenog sažetka koji ne sme da prelazi 1.500 znakova bez proreda

Ključne reči (*Keywords*) u prevodu na engleski jezik navode se ispod rezimea. Treba koristiti uobičajene pravne termine iz engleskog jezika, kako bi se olakšalo pretraživanje. Kod članaka na engleskom jeziku, rezime se piše na srpskom jeziku. Ostala pravila su ista.

NAČIN CITIRANJA I SASTAVLJANJA SPISKA REFERENCI

Navođenje izvora unutar teksta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Preuzeti sadržaj drugog autora se može saopštiti i parafraziranjem:

Stoga Perović u predgovoru ponovljenom izdanju Skice za Zakonik o obligacijama i

ugovorima (Konstantinović, 2006, p. 16) zaključuje da svaki pravni sistem dopušta slobodu ugovaranja, ali do izvesne granice.

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

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

Kada se upućuje na izvor iz fusnote nekog rada, posle broja strane piše se skraćena „fn.“ Recimo:

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

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

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

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

Ili:

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

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

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

Indirektno se isti tekst može preuzeti na sledeći način:

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

Dugačke citate bi najpravičnije bilo preuzeti tako što se iza dve tačke navedu u posebnom redu uvučeno, složeno manjim fontom (11pt), uz naznaku izvora i stranice.

Izostavljeni deo reči iz citata označava se trima tačkama u ugaonim zagradama, na primer:

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

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

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

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

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

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

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

Uporednopravno istraživanje (Mrvić Petrović & Petrović, 2018) potvrdilo je...

Mrkšić, Popović & Novaković (2018, p. 477) analiziraju

Citiranje rada koji ima više od tri autora. U tekstu se navodi samo prezime prvog autora i iza njega opšteprihvaćena skraćenica „*et al.*“ (*et alia*). Na primer:

Čeranić *et al.* (2018) istražili su ...

Citiranje više radova istog autora, objavljenih iste godine. U tekstu se uz prezime autora i godinu dodaju latinična slova a, b, c, d, kako bi se označili različiti radovi istog autora objavljeni iste godine. Primer:

Svakako, navedeni vid krivice trebalo bi da je više u našem fokusu (Čirić, 2004a, p. 70).

...Pored „tvrde“, ne bismo smeli da zaboravimo „meku moć“ ... (Čirić, 2004b, p. 334).

Citiranje rada objavljenog pod okriljem organizacije. U slučaju da je navedeni tekst objavila neka organizacija (pravno lice, udruženje, ustanova, međunarodna, nevladina organizacija i slično), tako da pojedini autor nije posebno naveden, u tekstu treba uputiti na naziv organizacije i godinu objavljivanja rada. Dozvoljena je upotreba uobičajenih službenih skraćenica međunarodnih organizacija ili njihovih tela, na primer:

Od presudne je važnosti istraživati izborne procese u domaćem i stranom pravu (Institut za uporedno pravo, 2013, pp. 32-35).

Media and information technologies can offer such spaces to allow different groups to interact with each other, so in Tallin Guidelines on National Minorities and the Digital Age (OSCE, 2019)...

Citiranje rada nepoznatog autora. Umesto podataka o autoru koristi se naslov rada: U *Teoriji države i prava* (1995, p. 204) jasno se kaže...

Rad nepoznate godine izdanja. U navedenom slučaju koristi se skraćenica „*n.d.*“ (od *no date*):

Zirojević (*n.d.*) ukazuje na obeležja terorizma ...

Ili indirektno:

Obeležja savremenog terorizma su... (Zirojević, *n.d.*).

Sekundarne reference. Ako primarni izvor niste mogli pronaći, nego ga preuzimate iz rada drugog autora, morate se pozvati na primarni izvor i sekundarnu referencu na sledeći način:

Zlatarić (1967), kako navodi Kambovski (2005, p. 701) uključuje u saizvršilaštvo i radnje preduzete pre ili posle dovršenja krivičnog dela.

Ili:

U ranijoj teoriji se smatralo da saizvršilaštvo uključuje i radnje preduzete pre ili posle dovršenja krivičnog dela (Zlatarić, 1967, navedeno u Kambovski, 2005, p. 701).

Navođenje propisa. Naziv zakona i drugog propisa navodi se u tekstu punim nazivom (složeno običnim slovima), uz broj godine kada je usvojen, sem kada analizira određenu izmenu ili dopunu propisa, kada navodi kao izvor službeno glasilo u kome je objavljena takva izmena. Prilikom prvog pominjanja propisa može se dodati crta posle naziva i navesti skraćena pod kojom će se isti propis dalje u tekstu navoditi. U daljem tekstu dovoljno je koristiti samo skraćenicu. Isto pravilo važi i za inostrane pravne akte, s tim što se podaci koji se na njih odnose navode na način kako je to uobičajeno za to strano pravo. Skraćeno se sačinjavaju prema izvornom nazivu propisa, a ne prema njihovom prevodu na srpski ili engleski jezik. Na primer:

U krivičnom zakonodavstvu Srbije (Krivični zakonik RS, 2005) ...

Temeljna reforma krivičnih dela protiv privrede u pravu Republike Srbije izvršena je 2016. godine (Izmene KZ RS, 2016).

Pravo na obeštećenje se žrtvama nasilja u Nemačkoj priznaje od 1976. godine na osnovu posebnog saveznog zakona (*Gesetz über die Entschädigung für von Gewalttaten*, – OEG), s tim što je 1985. godine donet novi koji je sada na snazi (OEG, 1985).

U francuskom Građanskom zakoniku (*Code civil* – CC), prema poslednjoj verziji od 1. oktobra 2018. godine, predviđeno je (CC, 1804).

U Istanbulskoj konvenciji Saveta Evrope (CETS No. 210) od 11. 5. 2011. godine (CoE CETS, 2011) predlaže se ...

Prava deteta, regulisana Konvencijom Organizacije ujedinjenih nacija o pravima deteta (Zakon o ratifikaciji, 1990)...

Akti međunarodnih organizacija citiraju se tako što se u tekstu navodi donosilac akta i pun naziv akta, koji se, po potrebi skraćeno, navodi u zagradi, uz naznaku godine u kojoj je donet. Na primer:

U pravu Evropske unije doneta je Uredba o stečajnim postupcima br. 1346/2000 (Council Regulation (EC), 2000)...

Na isti način kako je citirani propis naveden u tekstu, mora biti označen u popisu literature.

Autor može da koristi tekst propisa preuzet sa interneta sa službene stranice nadležnog organa ili sa javnog servisa zaduženog za objavljivanje pravnih propisa i praćenje izmena. U tom slučaju u popisu literature moraju biti naznačeni osnovni podaci o propisu i godini u kojoj je objavljena poslednja verzija dostupna na službenoj stranici nadležnog organa ili preuzeta sa javnog servisa zaduženog za objavljivanje pravnih propisa i praćenje izmena. Autor može navoditi tekst propisa prema objavljenom službenom prevodu na engleski (ili neki drugi) jezik (što mora biti naznačeno u tekstu).

Član, stav i tačka propisa skraćeno se pišu čl., st. i tač., a iza napisanih brojeva se ne stavlja tačka. Na primer: čl. 5, st. 2, tač. 3 ili čl. 5, 6, 9 i 10 ili čl. 4–12.

Navođenje sudske prakse i odluka drugih organa. Autor u tekstu treba da navede što potpunije podatke: vrstu odluke sudskog, upravnog tela ili ustavnog suda, naziv donosioca i druge podatke na osnovu kojih je odluka klasifikovana (slovo koje označava vrstu postupka, broj postupka, godinu pokretanja postupka) i datum kada je doneta i, ako postoji, izvor iz kog je preuzeta. Za presude Evropskog suda za ljudska prava merodavan je i broj predstavke. Iza teksta autor navodi u zagradi skraćeno oznaku odluke, koja će biti korišćena i u popisu literature. Na primer:

Odlukom Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 utvrđena je nesaglasnost ... (Odluka US, 2017),,, .

Cass. crim., 19 December 1991, RCA 1992.170 (*Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018).

... kako se navodi u obrazloženju Presude Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012 (*Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012).

Odluke međunarodnih sudova i tribunala treba da sadrže što potpunije podatke (vrsta odluke, podaci o sudskom veću koje je odluku donelo, datum donošenja odluke, uobičajeni naziv predmeta, registarski broj, kod /ako ga ima/, strana, stav ili tačka na koju se upućuje ili sa koje je citiran deo odluke). Odluke međunarodnih sudova ili tribunala navode se uz korišćenje skraćenica za nazive sudova npr: PCIJ, ECHR, ICJ, ICTY i slično. Prilikom citiranja sudskih slučajeva koristi se veznik skraćenica „v.“ za veznik *versus*, npr. *Fremkin v. Russia*, *Goobald v. Mahmood*.

Prilikom citiranja prakse Evropskog suda za ljudska prava navodi se i broj podnete predstavke. Na primer:

Borodin v Russia, predstavka br. 41867/04, presuda ECHR, 6. 2. 2013, par. 166.

Sudska praksa Suda Evropske unije obavezno se navodi uz korišćenje evropske identifikacione oznake sudske prakse (*European Case Law Identifier – ECLI*). Na primer: Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015. *Intrasoft International SA v. European Commission* (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774)

Citiranje referenci preuzetih sa interneta

Ukoliko se u radu koriste sadržaji sa interneta, oni se navode na isti način kao i ostali sadržaji, ako su poznati autori ili organizacije ili državne ustanove koje su ih publikovale, s tim što će u spisku literature na odgovarajući način biti naglašeno da je reč o URL izvoru ili o članku sa DOI brojem. Elektronski dostupni sadržaji retko imaju označene stranice, pa se preciznost kod navođenja citata postiže pozivanjem na odeljke ili pasuse, ako su numerisani u tekstu.

Citiranje rada nepoznate godine izdanja ili rada nepoznatog autora

U radu se ova vrsta rada citira tako što se na mestu gde bi trebalo da stoji godina navodi „n.d.“ (*non dated* – nepoznat datum), na primer:

Njihov značaj za parlamentarne procese je nemerljiv (Ostrogorski, n.d.).

Ako se u rukopisu koristi rad nepoznatog autora, navešće se naslov rada koji se citira, uz godinu, ako je poznata:

Sve nam to potvrđuje i mešovita, objektivno-subjektivna teorija (Elementi krivičnog dela, 1986, p. 13).

Sastavljanje spiska literature i popisa pravnih izvora

Spisak literature je obavezan na kraju rada. U spisak literature se unose sve bibliografske jedinice korišćene u radu, osim pravnih izvora i spiska sudskih odluka, koji se posebno navode, posle spiska literature.

U spisku literature se bibliografske odrednice (reference) navode po abecednom redu, prema početnom slovu prezimena autora, početnom slovu organizacije u slučaju da je autor nepoznat ili, ako su nepoznati i autor i organizacija, prema početnom slovu naslova bibliografske jedinice. Kod koautorstva je neophodno navesti prezime i početno slovo imena svakog koautora.

1. Knjige (elektronske), druge monografije i udžbenici, poglavlja u monografijama

Navode se obavezno sledeći elementi po modelu: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov: podnaslov*. Podatak o izdanju. Mesto izdavanja: izdavač. Kada ima više od četiri autora, knjiga se sortira prema početnom slovu prezimena prvog autora, a umesto imena ostalih autora može se koristiti skraćunica „*et al.*”. Kada knjiga nema podatak o autoru, ali je istaknuto ime urednika ili organizacije, umesto autorovog imena navodi se ime urednika (uz naznaku tog svojstva) ili naziv organizacije koja je izdala publikaciju.

Za urednike koristiti skraćenicu „ur.” (ako je knjiga izdata na srpskom jeziku), a „ed.” (za knjige na engleskom jeziku sa jednim urednikom) ili „eds.” (kada ima dva ili više urednika). Na primer:

- Ćirić, J. 2008. *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Ćeranić, J. 2015. *Unitarni patent*. Beograd: Institut za uporedno pravo; Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta.
- Sime, S. 2018. *A Practical Approach to Civil Procedure*. 31st ed. Oxford: Oxford University Press.
- Carlen, P. & Worrall, A. 1987. *Gender, Crime and Justice*. Philadelphia: Open University.
- UNICRI, 1997. *Promoting Probation Internationally*. Publ. no 58. Rome/London: UNICRI.
- Tappan, P. W., ed. 1951. *Contemporary corrections*. New York: McGraw-Hill.

- Srzentić, N., Stajić, A. & Lazarević, Lj. 1995. *Krivično pravo Jugoslavije. Opšti deo*. 18. izd. Beograd: Savremena administracija.

Obavezni elementi koji se moraju navesti kada se citira sadržaj elektronske knjige su: Autor, Inicijal(i) godina. Naslov knjige, [e-book], Izdanje (samo u slučaju da nije reč o prvom izdanju), Mesto izdavanja e-knjige: Izdavač, pristup preko Naziv baze podataka, URL za tu e-knjigu (datum pristupa). Na primer:

- Molan, M. T. 2012. *Series: Questions & Answers*, [eBook]. 8th ed, 2012-2103. Oxford : OUP Oxford. Database: eBook Academic Collection. <http://eds.a.ebscohost.com/>, 18. 1. 2019.

2. Doktorske disertacije, magistarski ili završni master radovi

Obavezno se navode: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov*. Doktorska disertacija. Mesto publikovanja: fakultet/univerzitet na kome je odbranjena. Na primer:

- Stanić, M. 2017. *Pravna priroda poslaničkog mandata*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

3. Poglavlja u knjigama i naučni/stručni radovi objavljeni u zbornicima i zbirkama radova sa naučnih skupova

Podaci o navedenim bibliografskim jedinicama sadrže obavezno sledeće elemente koje treba navesti po modelu: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. Naslov rada: podnaslov. U: Prezime, inicijal(i) urednika (ur.). *Naslov zbornika: podnaslov*. Mesto izdavanja: izdavač, str. od – do.

Za urednike koristiti skraćenicu „ur.“ (ako je zbornik na srpskom jeziku), a „ed.“ (za zbornike na engleskom jeziku sa jednim urednikom) ili „eds.“ (kada zbornik uređuju dva ili više urednika). Primer:

- Moss, G. 2015. New World and Old World: Symphony or Cacophony? In: Parry, R. & Omar, P. (eds.), *International Insolvency Law: Future Perspectives*. Nottingham/ Paris: INSOL Europe, pp. 17-42.
- Čolović, V. 2011. Status stranog stečajnog postupka u nemačkom zakonodavstvu. U: Vasiljević, M. & Čolović, V., *Uvod u pravo Nemačke*. Beograd: Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 524-541.

4. Članci

Obavezni elementi koji se navode su: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. Naslov članka: podnaslov. *Naslov časopisa*, oznaka sveske/godišta/volumena (broj), str. od-do. Ako je članak prihvaćen za objavljivanje ili je već objavljen sa DOI brojem, taj broj treba dodati u obliku linka: <https://doi.org/DOIbroj>. Navodimo primere:

- Kostić, J. 2018. Investiranje društava za osiguranje na tržištu kapitala Republike Srbije. U: Petrović, Z. & Čolović, V. (ur.), *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje: zbornik radova sa XXI međunarodnog naučnog skupa*. Beograd/Valjevo: Institut za uporedno pravo, pp. 163-176.
- Gasmi, G., Prlja, D. & Jerotić, A. 2017. European leading legal principles of combating gender based violence: "Istanbul Convention". U: Lilić, S. (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije: zbornik radova. Knj. 7*, (Biblioteka Zbornici). Beograd: Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, pp. 335-349.
- Đukić-Milosavljević, I. *et al.* 2017. Jedinice za podršku deci žrtvama i svedocima u krivičnom postupku – Domaće pravo i praksa. *Temida*, 20(1), pp.45-64.
- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno na: <https://doi.org/10.5937>, (18. 1. 2019).

5. Članci objavljeni u elektronskom časopisu ili *online* bazi podataka

Navode se sledeći podaci: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. Naslov rada: podnaslov. *Naslov časopisa* volumen/godište (broj). DOI broj, ako ga članak ima ili URL adresa elektronskog izdanja časopisa ili naziv *online* baze podataka (datum posete stranici). Odlučujući kriterijum za određeni način navođenja jeste kako korisnik najlakše može pronaći citirani dokument. Na primer, prethodno navedeni izvor u kome je naznačen link sa DOI brojem (Višekruna, A.) može biti citiran i na sledeće načine:

- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno na: <https://www.stranipravnizivot.rs/index.php/SPZ/article/view/686>, (18. 1. 2019).
Ili:
- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno u: SCIndeks.ceon.rs, (18. 1. 2019).

6. Članci, izveštaji, radovi iz zbornika dostupni na internetu, koji imaju autora

Članci koji su dostupni na internetu, sa poznatim autorom, ali nisu iz elektronskog časopisa, i različiti izveštaji navode se prema sledećem modelu: Prezime, inicijal(i) autora. (godina izdavanja). *Naslov: podnaslov*. Mesto izdavanja: izdavač ili organizacija odgovorna za održavanje stranice na internetu. URL: (datum posete stranici). Na primer:

- Mutavdžić Obradović, D. 2015. *Odgovornost vlasnika odnosno držaoca psa za štetu koju je prouzrokovao drugom licu*. Beograd: Paragraf. <https://www.paragraf.rs>, (18. 1. 2019).
- Lietonen, A. & Ollus, N. 2017. *The costs of assisting victims of trafficking in human beings: a pilot study of services provided in Latvia, Estonia, Lithuania, Report Series 87*. Helsinki: HEUNI. Dostupno na: <https://www.heuni.fi/material/attachments/>

heuni/reports/HY3EXasQ3/HEUNI_Report_no.87.pdf, (18. 1. 2019).

Podaci o radu iz zbornika čiji je sadržaj objavljen na internetu navode se na sledeći način: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov rada* (sa nazivom časopisa i drugim podacima koji se zahtevaju za članak). URL: (datum posete stranici).

- Rabrenović, A. 2008. Razvoj službeničkog sistema federalne uprave SAD: od potrage za političkim plenom ka ostvarenju javnog interesa. U: Čirić, J. (ur.), *Uvod u pravo SAD*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 49-70. Dostupno na: <http://iup.rs/wp-content/uploads/2017/10/Uvod-u-pravo-SAD.pdf> (18. 1. 2019).

7. Članak dostupan na internetu koji nema naznačenog autora

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

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

8. Spisak korišćenih pravnih izvora i izvora sudske prakse

Popisuju se nazivi zakona i drugih propisa korišćenih u radu, sa brojevima službenih glasila u kojima su objavljeni ili podacima o elektronskim izvorima sa kojih su preuzeti. U slučaju potrebe, razdvajaju se domaći od stranih propisa (u podnaslovima se navodi na koju se državu propisi odnose). Propisi se navode prema hijerarhiji citiranih pravnih akata (od Ustava, preko zakona do uredbi i pojedinačnih akata). Ako se navodi više akata iste pravne snage, koristi se abecedni red. Na isti način se navode i dokumenti međunarodnih organizacija. Kada se navode akti Evropske unije, obavezno se navodi broj službenog glasnika u kome je propis objavljen i strana na kojoj se nalazi:

- Krivični zakonik RS 2005. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.
- Izmene KZ RS 2016. *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.
- OEG, 1985. Gesetz über die Entschädigung für von Gewalttaten, od 7. januara 1985 (*BGBI. I S. 1*), sa poslednjom izmenom od 17. jula 2017 (*BGBI. I S. 2541*). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/oeg/> (18. 1. 2019).
- CC, 1804. Code civil, poslednja verzija od 25. decembra 2018. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (18. 1. 2019).
- CETS, 2011. Council of Europe, Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No.210) od 11. 5. 2011. godine. Dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (18. 1. 2011).
- EU Decision 2010. EU, Commission Decision of of 5. February 2010 on standard

contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under document C(2010) 593 (Text with EEA relevance). *OJ L* 39, 12. 2. 2010, p. 5-18.

- Rec 2011. Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care. Adopted by the Committee of Ministers on 16 November 2011.

Izvori sudske prakse ili prakse drugih državnih organa se posebno navode. Praksa međunarodnih sudova ili tribunala navodi se uz korišćenje službenih skraćenica sudova, na primer: ICJ, PCIJ, ICTY, ICTR, ECHR, zatim se piše naziv predmeta, vrsta odluke, datum donošenja, publikacija u kojoj je odluka objavljena i strane na kojoj je objavljena.

Kod presuda međunarodnih krivičnih tribunala se nakon naziva predmeta navodi i sudsko veće (po potrebi i podaci koji se tiču izdvojenih sudskih mišljenja, ako se na njih pozivao autor u radu), dok se kod odluka Evropskog suda za ljudska prava navodi i broj predstavke.

Domaće i strane sudske presude, pravna shvatanja i slično, kao i presude međunarodnih sudova mogu se navoditi uz pozivanje na elektronske pravne baze iz kojih su preuzete (Paragraf Lex, Intermex, EUR-Lex, CURIA, Lexiweb.co.uk, Légifrance, HUDOC itd.).

Različite načine navođenja ilustruju sledeći primeri:

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.
- Odluka US 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravilnika opštine Bečej iz 2013. Godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama. *Službeni glasnik RS* br. 68/2018.
- Cass. crim. 1991. Cass. crim, December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v, Mahmood* 2005. All ER (D) 251 (Apr). Dostupno na <https://lexisweb.co.uk/cases/2005/april/godbald-v-mahmood> (18. 1. 2019).
- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015. (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Dostupno na : <https://eur-lex.europa.eu/l> (18. 1. 2019).

Uredništvo stoji na raspolaganju autorima i za sva druga neophodna razjašnjenja (pitanja uputiti elektronskom poštom na adresu uredništva).