

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

UDK 34

ISSN 0039 2138
ISSN (online) 2620 1127

STRANI PRAVNI ŽIVOT

65 godina

Beograd, 2021/ Broj 1/ Godina LXV

Izdavač/ Publisher

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

Za izdavača/ For the Publisher
Prof. dr VLADIMIR ČOLOVIĆ

Izdavački savet/ Advisory Board

Acc. prof. dr MIODRAG ORLIĆ, foreign member of ANURS, president of the Comparative Law Association, Serbia. Prof. em. Dr. Dr h.c. SPYRIDON VRELLIS, Faculty of Law, University of Athens, Greece. Dr JOVAN ĆIRIĆ, Principal Research Fellow, Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia, Serbia. Prof. dr VLADIMIR ČOLOVIĆ, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Prof. dr DEJAN ĐURĐEVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Prof. dr ELENA-MIHAELA FODOR, Law Faculty, University Dimitrie Cantemir, Cluj Napoca, Romania. Prof. dr VLADIMIR ĐURIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Prof. dr MINA ZIROJEVIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia.

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

Prof. dr NATAŠA MRVIĆ PETROVIĆ, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/ Deputy of editor in chief

Prof. dr JELENA ĆERANIĆ PERIŠIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia

Tehnički urednik/ Technical editor

ALEKSANDRA VIŠEKRUNA, Institute of Comparative Law, Serbia

Uređivački odbor/ Editorial board

Članovi iz reda nacionalne naučne javnosti/ National members

Prof. dr ĐORĐE IGNJATOVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Prof. dr LJUBINKA KOVAČEVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Dr VESNA ĆORIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Doc. dr KATARINA JOVIČIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Dr JELENA KOSTIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Doc. dr SLOBODAN VUKADINOVIĆ, Faculty of Law, University UNION, Serbia. Doc. dr BRANKA BABOVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Dr ANA KNEŽEVIĆ BOJOVIĆ, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Dr MILOŠ STANIĆ, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Dr MILICA MATIJEVIĆ, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Dr MIROSLAV ĐORĐEVIĆ, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia.

Članovi iz reda inostrane naučne javnosti/ Foreign members

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

Sekretar Redakcije/ Secretary of Editorial board

JOVANA MISAILOVIĆ, Institute of Comparative Law, Serbia

Lektura/ Proof reading
SVETLANA STOJKOVIĆ

Štampa/ Print
Sajnos, d.o.o., Novi Sad

Tiraž/ Circulation
100 primeraka/ 100 copies

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

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

Adresa uredništva/ Address of the Editorial Board

Terazije 41, 11000 Beograd, Srbija; tel. + 381 11 32 33 213; e-mail: redakcijaspz@gmail.com
Časopis se objavljuje tromesečno uz podršku Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
STRANI PRAVNI ŽIVOT

Broj 1

Godina LXV

januar-mart 2021.

SADRŽAJ/TABLE OF CONTENTS

POVODOM 65. GODIŠNJICE OBJAVLJIVANJA ČASOPISA
ON THE OCCASION THE 65TH ANNIVERSARY OF
THE PUBLICATION OF THE JOURNAL

UVODNA REČ 7
EDITORIAL

Borislav T. Blagojević †

UPOREDNO PRAVO I NAŠA PRAVNA MISAO 9
COMPARATIVE LAW AND OUR LEGAL THOUGHT

ČLANCI/ARTICLES

Damir A. Šite

COMMON LAW PRAVNA NORMA 15
COMMON LAW LEGAL NORM

Nevenko D. Vranješ

ANALIZA USKLAĐENOSTI RAZVOJA JAVNIH POLITIKA U ZEMLJAMA
ZAPADNOG BALKANA SA STANDARDIMA EVROPSKE UNIJE 31
ANALYSIS OF THE ALIGNMENT OF PUBLIC POLICIES DEVELOPMENT
IN THE WESTERN BALKAN COUNTRIES WITH THE EUROPEAN
UNION STANDARDS

Olga S. Jović-Prlainović

PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA PROTIV
REPUBLIKE SRBIJE O PRIMENI GENETSKOG TESTIRANJA
U PATERNITETSKIM PARNICAMA 47
JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
V. THE REPUBLIC OF SERBIA ON THE APPLICATION OF
GENETIC TESTING IN PATERNITY LITIGATION

Milena V. Banić

**KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA UGROŽENIH DIVLJIH
BILJNIH I ŽIVOTINJSKIH VRSTA I IZAZOVI PRAVNE PRAKSE 63**
CRIMINAL PROTECTION OF ENDANGERED WILD PLANT
AND ANIMAL SPECIES: CHALLENGES OF LEGAL PRACTICE

Vesna B. Ćorić, Fernanda F. Fernandez Jankov

**HONG KONG'S AUTONOMY UNDER "ONE COUNTRY, TWO
SYSTEMS" PRINCIPLE: CHALLENGING THE CONCEPT OF
OBLIGATION IN INTERNATIONAL LAW 79**
AUTONOMIJA HONG KONGA NA OSNOVU PRINCIPA „JEDNA
DRŽAVA, DVA SISTEMA“: PREISPITIVANJE KONCEPTA
MEĐUNARODNOPRAVNE OBAVEZE

Marijana S. Dukić Mijatović, Ozren N. Uzelac

**NASTANAK I PRAVNO REGULISANJE INSTITUTA
DRUGE ŠANSE ZA PREDUZETNIKE U U EVROPSKOJ UNIJI 91**
ORIGIN AND LEGAL REGULATION OF THE SECOND CHANCE
FOR ENTREPRENEURS IN THE EUROPEAN UNION

Milica Z. Petrović

**USLOVI ZA ZAŠTITU AUTORSKOG DELA U PRAVU
SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA 105**
CONDITIONS FOR COPYRIGHT PROTECTION IN THE
LAW OF THE UNITED STATES OF AMERICA

Vladimir M. Vrhovšek, Vladimir V. Kozar

**KOMPENZACIJA U STEČAJNOM PRAVU
REPUBLIKE SRBIJE I REGIONU 119**
THE RIGHT TO OFFSET THE CLAIMS IN ACCORDANCE
WITH THE LAW ON BANKRUPTCY OF THE REPUBLIC
OF SERBIA AND IN THE REGION

Irena M. Radić

**DUŽNOST DIREKTORA DA UZMU U OBZIR INTERESE POVJERILACA
I OSTALIH STEJKHOLDERA U PERIODU PRIJETEĆE INSOLVENTNOSTI 139**
DIRECTORS' DUTY TO CONSIDER THE INTERESTS OF
CREDITORS AND OTHER STAKEHOLDERS WHEN THERE
IS A LIKELIHOOD OF INSOLVENCY

Majida M. Lubura

PRAVO NA ABORTUS U SAVREMENOM PRAVU I PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	159
RIGHT TO ABORTION IN MODERN LAW AND IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS	

PRIKAZI/REVIEWS

Oliver P. Nikolić

Prikaz knjige: Dr Ana Čović PORODIČNOPRAVNI ASPEKTI VERSKIH BRAKOVA	171
Book review: Dr Ana Čović PORODIČNOPRAVNI ASPEKTI VERSKIH BRAKOVA	

UPUTSTVO AUTORIMA	175
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	

UVODNA REČ

Pre šezdeset pet godina Institut za uporedno pravo, osnovan 1. januara 1956. godine, započeo je sa objavljivanjem biltena, bibliografsko-referentnog karaktera, pod naslovom *Strani pravni život*. Od 1962. godine u *Stranom pravnom životu* se objavljuju naučni i stručni članci iz oblasti prava i on se postupno razvija kao naučni časopis. Tokom proteklog vremena časopis je menjao uređivačku politiku, izgled i sadržaj, ali je svako uredništvo jednako nastojalo da časopis odgovori svom osnovnom zadatku: da pravovremeno i tačno informiše stručnu javnost o stranom i međunarodnom pravu i aktuelnim tendencijama u razvoju pravne misli u svetu. Poštujući tradiciju, izdavač nikada nije menjao naslov i tematiku časopisa: u njemu se objavljuju naučni i stručni radovi i drugi prilozi iz područja komparativne pravne nauke (pravne komparistike), koja je počela da se razvija još 1869. godine, osnivanjem *Société de législation comparée* u Parizu.

Naziv časopisa pokazuje da se već tada, 1956. godine, uredništvo vizionarski opredelilo za vrlo savremen koncept takozvane funkcionalne komparativne pravne nauke, nasuprot formalnom poređenju stranih pravnih ustanova ili instrumenata. Taj moderni pristup odgovarao je potrebi da se tadašnjem socijalističkom društvu u razvoju, na srednokraći između dva ideološka bloka – Istoka i Zapada – pruže objektivna saznanja o odlikama različitih pravnih sistema i trendovima razvoja savremene pravne misli u svetu, kako bi lakše izgradilo autentične pravne ustanove i instrumente. U takvim uslovima, zaslugom naučnog rada osnivača, prof. dr Borislava Blagojevića i saradnika, Institut za uporedno pravo postao je referentni naučni centar iz oblasti komparativne pravne nauke, značajan ne samo za nekadašnju Socijalističku Federativnu Republiku Jugoslaviju nego i šire. Docniji direktori i saradnici Instituta uspešno su nastavili tu tradiciju, što pokazuje činjenica da je za izuzetne zasluge u razvoju pravne nauke Institut 2016. godine odlikovan zlatnom medaljom Sretenjskog ordena.

Važan deo redovne naučne publicističke aktivnosti Instituta odnosi se na uređivanje i objavljivanje *Stranog pravnog života*. Od 2006. godine do danas (sa izuzetkom 2008. godine) časopis je kategorisan kao domaći naučni časopis iz oblasti društvenih nauka, a od 2011. godine svrstan je u kategoriju vodećih časopisa nacionalnog značaja. U jubilarnu godinu izlaženja, časopis „ulazi“ sa promenjenim izgledom naslovne strane, izmenjenim sastavom uredništva i novim Izdavačkim savetom, dostupan u otvorenom pristupu, indeksiran u bazama podataka kao što su *Srpski citatni indeks* (SCIndeks), *Directory of Open Access Journals* (DOAJ), *Central and Eastern European Online Library* (CEEOL), *European Reference Index for the Humanities and Social Sciences* (ERIH plus) i elektronska baza pravnih časopisa *Hein on Line*.

Strani pravni život se među ostalim naučnim časopisima iz oblasti prava izdvaja po tome što čitaocima približava strana pravna rešenja, a autorima nameće obavezu da u svojim priložima pokažu dobro poznavanje kulture uporedne tradicije. Otuda *Strani pravni život*, koji objavljuje rezultate uspešnih komparativnih istraživanja, predstavlja za svakog istraživača u oblasti prava važan resurs naučnoistraživačke građe, dostupne čitaocima i na srpskom i na engleskom jeziku. Proces globalizacije koji doprinose sve većem ujedinjavanju stranih prava i smanjenju razlika između velikih pravnih porodica i lakša dostupnost stranih pravnih izvora danas stvaraju privid o jednostavnosti komparativnog istraživanja. Ali da bi se pravilno objasnile pravne ustanove i instrumenti iz stranog prava, neophodno je, osim dobrog znanja jezika, dugogodišnje poznavanje stranog prava i društvenih uslova u kojima je ono nastajalo i u kojima se primenjuje. Na značaj komparativnog prava danas ukazuje jednostavna činjenica da nema nijednog istraživanja iz oblasti pravnih nauka, naročito ako je uobičajeno kao doktorska disertacija, u kome se ne koristi uporedni metod. Zbog toga je korisno da se ponovo podsetimo značaja uporednog prava i primene uporednog metoda. A kako se ove, jubilarne, godine navršava i 110 godina od rođenja profesora Borislava Blagojevića, uredništvo mu iskazuje počast time što prešampava njegov prilog o uporednom pravu i primeni uporednog metoda, objavljen 1981. godine povodom dvadesetpetogodišnjice rada Instituta u *Stranom pravnom životu*. Tematika na koju se odnosi prilog i način na koji je napisan podseća nas na čemu se zasnivao ogromni naučni autoritet profesora Blagojevića. Jubilej će biti obeležen i objavljivanjem jedne bibliografske publikacije, kao omaž svim autorima koji su svojim priložima do danas doprineli razvoju časopisa, a posebno nekadašnjim direktorima, urednicima i saradnicima Instituta koji su nam ostavili u „nasleđe“ časopis *Strani pravni život* i želju da ih sledimo dobrim primerom.

U Beogradu,
29. 1. 2021.

Uredništvo

Borislav T. Blagojević

Prof. dr Borislav Blagojević (18. februar 1911, Valjevo – 29. decembar 1985, Beograd) bio je osnivač Instituta za uporedno pravo i njegov prvi i dugogodišnji direktor u periodu od 1956. do 1978. godine. Zaslužan je za naučnu afirmaciju Instituta u nekadašnjoj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji i u inostranstvu. Bio je i osnivač Jugoslovenskog bibliografskog zavoda (1951. godine). Od tada do 1961. godine bio je direktor Zavoda i urednik „Bibliografije Jugoslavije“. Ostvario je izuzetno uspešnu univerzitetsku i naučnu karijeru. Bio je asistent na Pravnom fakultetu u Beogradu (1933), docent (od 1938) pa potom vanredni profesor (od 1940) na Pravnom fakultetu u Subotici, redovni profesor (od 1951. godine) na Pravnom fakultetu u Beogradu, dekan Pravnog fakulteta (od 1950. do 1956. godine), rektor Univerziteta u Beogradu (od 1956. do 1963. godine). Bio je dopisni član Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti sa sedištem u Zagrebu, redovni član Međunarodne akademije za uporedno pravo u Hagu i predsednik Međunarodnog udruženja za pravne nauke. Bio je počasni doktor Univerziteta u Francuskoj, Poljskoj i Belgiji. Doprinosio je pravu i na stručnom planu: od 1963. do 1971. godine bio je pravni savetnik Saveznog sekretarijata za inostrane poslove, a od 1971. do 1973. godine sudija Ustavnog suda Jugoslavije. Jedno vreme bio je i narodni poslanik u Skupštini SR Srbije.

Plodnim naučnim radom značajno je uticao na razvoj naše pravne nauke, posebno u oblasti civilistike. Ali, gotovo da nema oblasti i pravne discipline iz koje nije objavljivao rezultate svojih istraživanja, od opšte teorije prava i filozofije prava, rimskog prava, međunarodnog privatnog prava, građanskog, naslednog i privrednog prava do uporednog prava i političkog sistema. Otuda je odlučujuće doprineo usklađivanju naše pravne misli sa savremenim trendovima u razvoju prava, podstičući istovremeno promene legislative i prakse.

UPOREDNO PRAVO I NAŠA PRAVNA MISAO*

1.– Uporedno pravo, shvaćeno u bilo kom od danas postojećih poimanja (posebno shvaćeno kao nauka ili metod), bilo je već davno prisutno u našem pravnom životu, i to kako pri izgradnji pravnih sistema i poredaka koji su važili na pojedinim teritorijama naše današnje države, tako i pri teorijskoj obradi pravne problematike. Primena uporednog prava se istina u prvo vreme svodila u najvećoj meri na prikaz rešenja u pojedinim pravima i pravnim teorijama, ali ne uvek samo na to. Bilo je, već početkom dvadesetog veka vrlo temeljitih uporednopravnih studija koje su sintetički obrađivale različitosti rešenja i stavova koji su postojali u zakonodavstvima i pravnim teorijama, pri čemu su neke od njih bile praćene odn. završavane vrednosnim ocenama posmatranih ustanova. U tom pogledu, u navedeno vreme korišćenje uporednog prava odn. primena uporednog metoda, makar i

* Članak preštampan bez izmena iz časopisa *Strani pravni život*, 1981, br. 110-111, str. 5-10.

u njihovom rudimentarnom obliku, bili su na nivou ondašnje pravne nauke u svetu. A do toga je dolazilo s jedne strane zato što je izgradnja svih pravnih poredaka koji su važili na pojedinim delovima naše zemlje bila pod znatnim uticajem pravnih poredaka koji su važili u drugim zemljama (naročito u Austro-Ugarskoj i Francuskoj), a s druge strane zato što je veliki broj naših pravnika u to vreme studirao u inostranstvu, pa je sa sobom donosio osnove pravnog poimanja i teorijske prilaze koji su postojali i vladali u pojedinim stranim državama – koristeći i prenoseći često sve to u svome radu u svojoj zemlji, i to katkada i nesvesno, tj. bez dovoljno znanja da i time na neki način i u nekoj meri koristi i primenjuje uporedno pravo, odn. uporedni metod. Pri tome ne treba zaboraviti izvanredno visok nivo pravne kulture u nas krajem devetnaestog i početkom dvadesetog veka, kada se upravo i u svetskim razmerama govori o uporednom pravu i vrše uporednopravna proučavanja. Sve je to uslovljavalo i omogućavalo posebnu temeljitost i produbljenost rada u oblasti prava, pa i u sklopu toga, shodno tendencijama vremena, i primenu uporednog prava kao specifičnog prilaza i aspekta pravnih pojava i ustanova.

Slična situacija je bila i u razdoblju između dva svetska rata. Postojanje više različitih pravnih rešenja, za iste pravne oblasti, koja su važila na pojedinim delovima teritorije ranije Jugoslavije, stvaralo je pogodnu klimu i nametalo potrebu za uporednopravnim posmatranjima pravnih problema, pri čemu nisu uzimana u obzir samo rešenja i stavovi koji su važili na pojedinim delovima naše zemlje, nego i rešenja i stavovi koji su važili odn. teorijski bili zastupani u drugim državama sveta, a napose u državama kontinentalne Evrope. Za dokaz ovoga može posebno da posluži časopisna i periodična literatura toga doba koja je izlazila u pojedinim centrima naše zemlje, kao i posebne edicije koje su objavljivane u vezi sa održavanjem kongresa pravnika. U njima se mogu naći radovi u kojima se na vrlo sistematičan način koristi uporedno pravo odn. primenjuje uporedni metod, tako da u tom pogledu naše pravo i naša pravna literatura nisu nimalo zaostajali za stanjem koje je u to vreme postojalo u zemljama tzv. velikih pravnih sistema.

Mislimo da je potrebno imati u vidu ovakvu situaciju u nas u vremenima pre drugog svetskog rata, jer je ona svakako bila od značaja, ako ne i od uticaja na prisutnost i primenu uporednog prava odn. uporedne metode u svim oblicima pravne delatnosti u našoj zemlji posle drugog svetskog rata, posebno u zakonodavstvu i pravnoj teoriji.

2. – Ovakvo stanje koje je postojalo pre drugog svetskog rata nije bilo bez značaja i uticaja na razvoj naše pravne misli pedesetih godina kada je došlo do pune otvorenosti našeg društva prema stanjima i društvenim strujanjima u drugim zemljama sveta, pa u sklopu toga i u oblasti prava. Razume se da je sada situacija bila bitno drugačija. U našoj zemlji stvaran je socijalistički društveni i pravni poredak, koji je u svojim osnovama (socijalistička svojina i učešće radnika u upravljanju svim društvenim poslovima i delatnostima – radničko samoupravljanje) bitno drugačiji od društvenih i pravnih poredaka koji su postojali u kapitalističkim državama, ali koji je sadržavao i bitne svojstvenosti i specifičnosti kao i pravni poredak jednog samoupravnog socijalističkog sistema, razlikujući se, u sledstvu društvene svojine i društvenog samoupravljanja, i od pravnih poredaka ostalih socijalističkih zemalja. U toj u znatnoj meri novoj i sebisvojstvenoj situaciji, izgrađujući pravni sistem i razvijajući pravnu misao nije se polazilo od neke autohtonosti i nacionalne zatvorenosti ni pravnog sistema ni pravne misli. Naš novi pravni poredak prihvatio je u nizu oblasti već

ranije postojeće pravne ustanove i pravne instrumente (na pr. krivično pravo, obligaciono pravo, građanski i krivični sudski postupak, opšti upravni postupak, menično i čekovno pravo, saobraćajno pravo i dr.), prilagođavajući ih, po potrebi, našim novim uslovima, i to više po njihovom dejstvu nego li po njihovoj formulaciji i pravnom izražavanju. On ih je i „modernizovao“, uzimajući u obzir novine i savremene pojave i tendencije koje su se u novije vreme pojavljivale u svetu i u pravnoj teoriji. Čak i kada su bile u pitanju sasvim nove pravne ustanove i pravni instrumenti, nije se odbacivala mogućnost da su bar slične ustanove i instrumenti postojali ili da postoje u drugim zemljama, i da takvo iskustvo drugih zemalja može da bude korisno pri formulisanoju tih naših novih pravnih ustanova i pravnih instrumenata. Ako ništa više a ono bar kao diferencirajući pokazatelj stepena novina i specifičnosti naših rešenja, što je bilo posebno značajno za našu teorijsku misao koja je imala da postavi idejno-političke osnove tih novih pravnih ustanova i da obezbedi usklađenost tih naših novih pravnih instrumenata sa celinom pravnog poretka i pravnog sistema koji se izgrađivao u našoj zemlji. A sve to u jednom naporu našeg društva da se u celini zbivanja, pa dakle i u pravu, izgrađuje i izgradi jedan sistem celokupnosti društvenih odnosa u kome će biti maksimalno obezbeđena ličnost čoveka i njegova inicijativnost u svim vidovima njegovog bitisanja, u kome će biti uspostavljena, zaštićena i racionalno korišćena društvena svojina na osnovnim sredstvima za proizvodnju, u kome će sva vlast i svi izvori bilo koje moći u društvu pripadati radničkoj klasi i biti ostvarivani u interesu radničke klase, i to u prvom redu kroz sistem radničkog i uopšte društvenog samoupravljanja.

U takvoj situaciji i za izvršenje ovih zadataka prisustvo uporednog prava i korišćenje uporednog metoda bili su nužni. Oni su se nametali svim oblicima rada na polju prava – zakonodavstvu, pravnoj teoriji i sudskoj i vansudskoj praksi. I to čak i ako akteri na polju prava nisu sistematski poznavali, pa ni koristili uporedno pravo odn. uporedni metod. Društvena atmosfera je to omogućavala, a društvene potrebe su to nalagale.

3. – Sve ovo je ukazivalo na nužnost da uporednom pravu bude posvećena veća pažnja, kako bi se ono moglo i sistematski obrađivati i sistematski koristiti u svim oblicima rada na polju prava. U vezi s tim posebno se osećala potreba da naši pravници budu upoznati sa stanjem zakonodavstva u drugim državama i sa gledanjem na pravne probleme u pravnoj nauci ostalih zemalja. A za sve to bilo je potrebno imati i jedan specijalizovani naučni centar koji bi pomogao, pratio a delom i sistematski obrađivao strano pravo i stranu pravnu misao i time omogućavao našim pravnicima da budu upoznati sa tim osnovnim činjeničkim materijalom. Uz to, taj i takav centar trebalo bi da bude inicijator i podstrekadž da uporedno pravo bude stalno i sve više i šire prisutno u izgradnji naše pravne misli, i uopšte u našem pravnom životu. I to ne nikako sa razloga da bi se bilo modernim, već da bi se udovoljilo našim praktičnim potrebama i zahtevima izgradnje naše pravne misli.

U sledstvu svega ovoga, posebno u skladu sa situacijom u prošlosti i radi zadovoljenja potreba sadašnjice, došlo je do osnivanja Instituta za uporedno pravo, kao naučne ustanove na nivou federacije. Rečenim bili su određeni i osnovni zadaci Instituta kao centra koji će u našoj zemlji i našim pravnicima omogućiti bolje korišćenje uporednim pravom. Ti zadaci su se kretali u dva pravca: strano zakonodavstvo i pravna misao u svetu.

Za primenu uporednog metoda postavlja se prethodni zahtev da se dovoljno široko poznaje veći ili manji broj pozitivno-pravnih poredaka koji postoje u pojedinim

zemljama, posebno onih pozitivno-pravnih poredaka koji su nosioci pravnih sistema koji danas postoje u svetu. Za udovoljenje ovom zahtevu potrebno je s jedne strane raspolagati sa celinama – zbirkaama pozitivnopravnih tekstova i tekućim službenim listovima u kojima se objavljuju normativni, posebno zakonski tekstovi, a s druge strane organizovati sistem pružanja mogućnosti zainteresovanim pravnicima da se upoznaju, prate i koriste te pozitivno-pravne tekstove. Pri zavodoljenju ovog zahteva rad Instituta se kretao u dva pravca. Obezbeđena je kolekcija zbirki pozitivno-pravnih tekstova za više od dvadeset zemalja, s tim da su te zbirke, po pravilu putem pokretnih listova, držane ažurno. Redovno se već godinama primaju službeni listovi oko četrdeset zemalja, čime se omogućuje uvid u najnovije normativne tekstove tih zemalja. Sve to u prvom redu za zemlje – razvijene ili one u razvoju – sa kojima naša privreda ima razvijene poslovne odnose, tako da je i taj izbor izvršen u skladu sa realnim potrebama naše zemlje. Kako su te zbirke na raznim stranim jezicima, to je Institut objavljivao na srpskohrvatskom jeziku integralne tekstove pojedinih fundamentalnih zakona i zakonika koji imaju svetsku vrednost i autoritet. A da bi se proširila mogućnost da se što veći broj naših pravnikâ upozna sa ovim novim zakonskim tekstovima, izdaje se redovno tromesečno publikacija „Pregled zakonodavstava u stranim državama“ u kojoj se daje tematski sistematski registar najnovijih zakonskih i podzakonskih tekstova u državama čije službene listove Institut prima, ali i kratak sadržaj najvažnijih od tih tekstova, i to posebno onih koji mogu biti od većeg interesa za našu pravničku javnost. Po potrebi i na traženje zainteresovanih organa i organizacija pripremaju se i posebni pregledi zakonodavstava stranih zemalja za određene pravne oblasti ili po određenim pravnim pitanjima. – Po svemu ovome Institut je postao jedinstveni dokumentaciono-informativni centar za oblast prava u našoj zemlji, omogućujući, putem pružanja mogućnosti da se upoznaju pozitivno-pravni sistemi u svetu, primenu uporednog prava odn. uporednog metoda, i to na realnim osnovama, tj. na autentičnom materijalu čije bi se upoređivanje vršilo i upravo tim upoređivanjem koristilo.

Za primenu uporednog metoda poznavanje pozitivnopravnih tekstova i sistema postavlja se, kao što je rečeno, kao prethodni zahtev. Slično poznavanje, i to u još većoj meri, nameće se u pogledu pravne misli, pravnih ideja i pravnih teorija koje postoje u svetu, posebno danas. Potrebno je bilo obezbediti informisanje naše pravne javnosti o čemu se sve piše danas u svetu u oblasti prava, koji su pravni problemi koji interesuju savremeni svet i kakva se stanovišta zastupaju kako o pojedinim od tih pitanja tako i o idejnim prilazima teorijskog gledanja na ta pitanja. Nigde više nego ovde dobila je važnost pravna informatika odn. informacija o pravu i u pravu. Rad Instituta, i to jedan od osnovnih i najznačajnijih, bio je posebno upravljen u ovom pravcu. Izgrađen je ceo sistem referalne službe putem koga je trebalo omogućiti našim pravnicima da znaju koji su najvažniji pravni problemi kojima se u svetu bavi savremena pravna literatura, posebno pravna periodika, kao i koji su i kakvi su stavovi kroz koje se izražavaju teorijski, pa prema tome i idejno-politički prilazi proučavanim pitanjima. Za to je najpre bilo potrebno obezbediti dovoljan fond i knjiga iz novih oblasti, a još više dovoljno širok fond strane pravne periodike – časopisa, godišnjaka, zbornika i sl. Više od četiri stotine pravnih časopisa redovno prima Institut, i to na mnogim jezicima i iz svih krajeva sveta. Među tim časopisima je značajan broj onih koji izlaze u zemljama Afrike i Azije na francuskom ili engleskom jeziku. A za saznavanje

sadržine ovih publikacija, posebno časopisa, kao centar pravne informatike, Institut je delao u dva pravca. S jedne strane stvorena je prikladna zbirka međunarodnih i nacionalnih bibliografija i referatskih izdanja preko kojih se može saznati o čemu je sve pisano u pravnim časopisima koji uživaju međunarodni renome i u časopisima koji su reprezentativni u svakoj pojedinoj državi danas postojećoj u svetu. Time je pružena mogućnost svakome ko se danas bavi uporednopravnim proučavanjima da ne startuje uvek od početka već da se lako i brzo upozna sa postignutim i dostignutim u svetu o pitanju koje je predmet proučavanja, kako bi, startujući od toga, nastavio svoja proučavanja. S druge strane, Institut je kroz sve vreme izdavao i danas uredno izdaje svoj časopis „Strani pravni život“, koji je u svom najvećem delu referalnog karaktera. U njemu se daje kratak sadržaj najznačajnijih članaka objavljenih u časopisima na stranim jezicima, kao i članaka koji obrađuju posebno aktuelnu problematiku i nove pravne ustanove koje nisu dovoljno poznate ni u današnjoj, posebno našoj domaćoj pravnoj literaturi dovoljno obrađene. Time se omogućuje našim pravnicima da na sopstvenom jeziku budu obavešteni, da dakle budu u toku stanja i razvoja pravne misli u svetu, istina na jedan selektivan način zasnovan na kriterijumu davanja prednosti (zbog nedostatka prostora) onome što je najnovije i najaktuelnije u pravnoj literaturi drugih naroda. To, razume se, kao i svaki selektivan pristup nosi u sebi opasnost subjektivizma, ali se pokušava kolektivnim izborom onoga što će se rezimirati da ta opasnost bude svedena na najmanju moguću meru. – I po ovome Institut je postao, u našoj zemlji, jedinstveni referalni centar za oblast prava, omogućujući, putem pružanja mogućnosti da se upoznaju tokovi pravne misli u svetu, primenu uporednog prava odn. uporednog metoda, i to na realnim osnovama, tj. na autentičnom materijalu čije bi se upoređivanje vršilo i upravo tim upoređivanjem koristilo.

4. – Zadovoljenje ova dva prethodna uslova: poznavanje stranog savremenog zakonodavstva i upoznavanje sa pravnom misli u svetu znatno je olakšalo rad na uporednom pravu odn. primenu uporedne metode u pravu. Razume se sve to u meri koja je odgovarala našim kadrovskim i materijalnim mogućnostima. Ostalo je bilo da se taj i takav rad u što većoj meri primeni pri svakom radu u oblasti prava u nas – zakonodavstvu, sudskoj praksi, teorijskoj obradi pojedinih pitanja. Naročito u zakonodavstvu i pri teorijskoj obradi pojedinih pitanja, među kojima naročito onih pitanja koja je kao nova nametao savremeni razvoj u svetu, a takvih pitanja je bilo sve više u vremenu posle drugog svetskog rata. Pri tome je od značaja to da veliki broj tih pitanja nije nacionalno „obojen“, dakle nije bio obuhvaćen tradicionalnim shvatanjima koja su vekovima izgrađivana u sklopu tzv. velikih sistema odn. velikih pravnih porodica, već je tražio i dobijao rešenja koja su bila, bar kao pravne formulacije, prilično jedinstvena i unisona, što je opet imalo za posledicu sve veću težnju, mogućnost i rad na jednoobraznom – uniformnom pravu za pojedine pravne oblasti, čime se sve više karakteriše savremena etapa pravnog regulisanja, posebno odnosa sa međunarodnim elementom, i to prvenstveno na regionalnom ali i sve više na univerzalnom planu. Svemu tome, stvaranju za to pogodne atmosfere i ostvarenju za to prikladnih mogućnosti, doprinelo je uporedno pravo. I zato, između ostalog, za nas je bio posebno značajan i koristan rad na uporednom pravu, jer je naša zemlja pružala podršku svim pokušajima i akcijama koji bi, i kroz pravo odn. putem prava, omogućili i olakšali međunarodnu saradnju, a posebno promet roba i novca, kao i kretanje ljudi i ideja.

Ovakva uporedno-pravna obrada pojedinih pravnih problema (posebno putem monografija, doktorskih i magistarskih disertacija) i ovakvo korišćenje uporednog prava pri izgradnji našeg pozitivno-pravnog sistema postali su već, i svakim danom postaju sve više metod naučnog rada u nas. Više možda nego što se to posebno naglašava. Sam Institut za uporedno pravo, iako mu to nije bio prvenstveni zadatak, objavio je niz monografskih radova, iz pera njegovih saradnika ili drugih naših pravnika, u kojima se, sa više ili manje uspeha, primenjuje uporedni metod odn. koristi uporedno pravo, dajući primer šta se sve može na ovaj način postići. Time je Institut doprineo ostvarenju jednog od njegovih osnovnih zadataka: da bude centar koji bi trebalo da ima ulogu inicijatora i podstrekača da uporedno pravo bude stalno i sve više i šire prisutno u izgradnji naše pravne misli, i uopšte u našem pravnom životu. Otuda je danas u našoj zemlji korišćenje uporednim pravom i uporednim metodama sve češće i sistematičnije. To, mislimo, samo povećava vrednost i kvalitet svakog rada koji se na taj način obavlja u bilo kojoj oblasti prava u nas.

Posmatrajući naš savremeni pravni život, a napose rad na izgradnji pozitivno-pravnog sistema i teorijsku obradu najvećeg broja pitanja, može se reći da je uporedno pravo postalo deo odn. metod naše pravne misli. Ono je skoro uvek prisutno i korišćeno. Istina na vrlo različite načine, a posebno sa različitim uspehom. No to nije bitno. Osnovno je da smo se navikli i da smo prihvatili da je dobro i korisno da znamo kako drugi gledaju na pojedine pravne probleme i kako drugi regulišu i rešavaju pojedina pravna pitanja. To je, ubeđeni smo, jedan vrlo pozitivan prilaz pravu i pravnim problemima. Pri tome je naročito pozitivno što je to skoro opšteprihvaćeni prilaz. Danas je u nas teško naći pravnika koji ne zna ili se ne služi uporednim pravom. Ono je dakle postalo sastavni deo naše pravne misli, isto onako kao što je, na primer, nadrealizam danas postao sastavni deo svake savremene književnosti. Ono se, kao i nadrealizam u svojoj oblasti, integrisalo u celinu pravne misli u nas. I ne samo u nas. To je, može se reći, svetska pojava koja upravo odgovara savremenom stanju ljudskih odnosa u sadašnjem svetu.

COMMON LAW PRAVNA NORMA

Sažetak

U radu se pokušava utvrditi drugost *common law* pravne norme, analizirajući razlike koje se otkrivaju u njenom nastanku i jeziku, u odnosu na pravnu normu evropsko-kontinentalnih pravnih sistema. U prvom delu rada se prikazuju podudarnosti i razlike u postupku stvaranja pravne norme, odnosno specifičnosti rada dva suštinski drugačija normotvorca. U tom smislu se, pre svega, ukazuje na osnovna odstupanja u radu zakonodavca u odnosu na aktivnost angloameričkog suda kao stvaraoca *common law* prava. U drugom delu rada se vrši analiza jezika pravne norme u dve evropske porodice prava. Rad analizira formu jezika i jedne i druge pravne norme, kao i njenu uslovljenost osobenostima foruma u okviru kojeg je nastala – parlamenta, odnosno suda.

Ključne reči: pravna norma, *common law*, evropsko-kontinentalna prava, jezik prava, zakon, precedent.

1. Uvod

Primarni generator očigledne drugosti engleskog *common law*¹ prava u odnosu na ona evropsko-kontinentalna pronalazimo u načinima na koje u ove dve porodice prava nastaje pojava koju označavamo pojmom „pravna norma“. Kada kažemo pravna norma, prvenstveno mislimo na elementarno, pojedinačno, opšteobavezujuće pravno pravilo o zabranjenom, odnosno dopuštenom ponašanju građana koje se, prema rečima čuvenog profesora Lukića (1994, p. 177), od ostalih obrazaca društvenog ophođenja razlikuje po tome što je ona „pravilo o ponašanju ljudi koje je zaštićeno državnim aparatom prinude“. Lukić pravnu normu razume kao osnovnu česticu, atom prava, iz čijeg je niza određeni pravni sistem sastavljen. Dok je na Kontinentu primarni izvor prava zakon, odnosno sistematizovan skup pravnih normi određene vrste nastao delatnošću zakonodavca (parlament), u okviru *common law* korpusa engleskog (angloameričkog) prava to je specifičan deo presude nekog od viših sudova (u propisima Engleske i Velsa označeni kao *superior courts*), poznatiji kao *ratio decidendi*.

* Master pravnik, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd, Srbija, e-mail: email@damir.site, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-9188>

¹ *Common law* je samo jedan od korpusa izvora engleskog prava koji obavezuje paralelno sa pravnim pravilima koje pronalazimo u, primera radi, zakonu (*statute*), običaju (*custom*), pa čak i ekvitetu (*equity*). Vid. Šite, 2019, pp. 12–17.

Pre nego što se upustimo u analizu razlika u nastanku i strukturi pravnih normi kod ove dve porodice prava, treba naglasiti da u njima otkrivamo i određene zajedničke karakteristike.

2. Podudarnosti zakonodavnog i sudskog normativnog procesa

Common law pravna norma, kao i ona kontinentalna, rezultat je jasnog dijalektičkog odnosa kako između različitih ansambala u okviru organa ovlašćenog za donošenje same norme (normotvorca), tako i između njenog donosioca i onoga na koga se norma odnosi. Drugim rečima, pristup diskursu (normativnom tekstu) u trenutku njegovog nastanka u obe evropske porodice prava nije omeđen samo na njegovog odlučujućeg stvaraoca („većina“ u okviru normotvorca), već u njemu otkrivamo i jasnu interakciju između različitih, za to izričito ovlašćenih subjekata. Neposredni akteri tog odnosa u kontinentalnom pravnom ambijentu su parlamentarni predstavnici vlasti i opozicije, dok je *common law* norma rezultat dijaloga suda i procesnih stranaka. U prethodnoj rečenici atribut „neposredni“ je nameran, imajući na umu to što se u obe porodice prava kao neodvojivi učesnik ove interakcije otkriva i uticaj građana na donosioca norme.

Uloga naroda u putanji razvoja savremenih evropskih društava se sada već neizostavno otkriva u faktoru poznatom kao javno mnjenje, koje se (iako na normativni mehanizam ne vrši presudni uticaj), poput upornog „pedalnog tona“² u njemu ipak najdalje čuje, ostvarujući time nemali efekat na konačni oblik regulative. Uticaj koji društvo ima na pravni poredak nije skorijeg datuma, a njegove primere otkrivamo kako na Ostrvu, tako i na Kontinentu. Zajednički imenitelji ovog društvenog korektiva važećih propisa su uvek vanpravnog karaktera, nastali kao izraz onoga što društvo očekuje od prava, a ne onoga što je zaokružena pravna norma u mogućnosti da ponudi. Tako se u engleskoj povesnici još od vremena srednjeg veka, nastao kao reakcija društva na rigidnost *common law* prava i kao izraz kraljevskog prerogativa da daje pomilovanja, te da bude ovozemaljska inkarnacija božanske pravde, javlja sada već prilično uobličeni poseban korpus angloameričkog prava poznatiji kao *equity*. Na sličan način kontinentalna prava svoj društveno nametnuti obrazac dobijaju u, primera radi, načelu savesnosti i poštenja (*bona fide*), koje prema rečima profesora Sako (2014, p. 419) nije proizvod samog prava, već nastaje kao reakcija društva na pravo.

Izraz usklađenog uticaja glasa naroda (*vox populi*) u kreiranju opšteobavezujuće norme, kako kod kontinentalnog zakonodavca tako i kod višeg *common law* suda, otkrivamo i u istovetnoj nespontanosti donosioca, odnosno okolnosti da u obe evropske porodice prava njen stvaralac nije omeđen čak ni svojim prethodnim pravnim shvatanjima. Podudarnost da, kako na Kontinentu tako i na Ostrvu, nova pravna norma može biti dijametralno

² Paralela sa svetom muzike deluje kao najpodesnija da se prilično plastično opiše uticaj javnog mnjenja na razvoj društva, a samim tim i razvoj prava. Naime, iako je pedalni ton (narod) u većini muzičkih dela gotovo neprimetan u odnosu na razdraganu melodijsku liniju (vlast), on ne samo da je neophodan za postizanje volumena muzičkog izraza, već se on uvek najdalje čuje. Primera radi, dok se nedeljom popodne približavate promenadi na čijoj otvorenoj terasi muzicira gradski duvački orkestar, prvo ćete čuti karakteristične bas kvarte. Kako budete prilazili, počecete da uočavate prilično nerazgovetni harmonski dodatak limenih duvača, dok ćete razdraganu melodijsku liniju flaute i prvog klarineta sasvim jasno čuti tek pošto se neposredno približite samom orkestru.

suprotna u odnosu na onu važeću, u stvari potvrđuje da se u njenom definisanju nijedan od dva tipa donosioca nije rukovodio argumentima „prava“, već prevashodno razlozima društvene zbilje. Iako kreativni prostor aktuelnih Solonovih dublera (a ponegde sabotera), u oba slučaja, ne predstavlja prostor nesputane slobode, već je precizno omeđen jasnim pravnim okvirom (ustavom, odnosno na Ostrvu zakonom – *statute law*), autonomija donosioca norme se otkriva u njegovoj jasnoj moći da ignoriše svaku svoju raniju odluku iste pravne snage³ i komotno je zameni novom koja je suštinski drugačija u odnosu na onu prethodnu.

Osim toga, kod obe porodice prava ovaj odnos normativne dijalektike teče između donekle jasno suprotstavljenih strana. Dok je na Kontinentu to sukob na relaciji vlast-opozicija, na Ostrvu se radi o interakciji između stranaka u postupku i sudskog veća, odnosno sukoba stranaka (akuzatorski postupak) pod budnim oko suda. Iako se mehanizmi ovog normativnog dijaloga proceduralno razlikuju s obzirom na inherentne razlike u forumima u okviru kojih se odvijaju, njihova srodnost se otkriva u jasnom funkcionalnom preklapanju. Kako savremeni evropski postupak definisanja pravne norme ne poznaje njen oktroisani koncept, u oba slučaja je cilj procesno slabije strane (opozicije, odnosno stranke u postupku) da izvrši uticaj na članove presudnog normativnog ansambla ne bi li modifikovali predloženo ili postojeće pravilo u korist rešenja koje je, prema mišljenju slabije strane ovog dijaloga, smislenije, pravičnije, celishodnije i ovome slično. Okolnost da je formalni izraz ovog uticaja kontekstualno drugačiji (amandman, tj. odstupanje od važećeg precedenta) ne menja činjenicu da se u oba slučaja radi o efektu društveno neophodnog učesnika postupka. Potreba za učešćem slabije strane u postupku donošenja norme, iako u njemu nema odlučujući uticaj, zasniva se na potrebi da se njen konačni konstrukt označi kao legitiman.

Pravnu valjanost normativnog postupka u obe porodice prava osigurava okolnost da je, kako na Ostrvu tako i na Kontinentu, on preciziran jasnim procesnim pravilima. Opšta norma obavezuje samo ukoliko je doneta u skladu s predviđenim postupkom koji na Kontinentu određuje zakonodavac (parlament), a na Ostrvu sudska vlast svojim pravilima sudskog postupka (*rules of procedure*). U oba slučaja, pravilo je da u procesu donošenja opšte pravne norme glavnu ulogu imaju „punomoćnici“ (narodni poslanici, tj. advokati), dok je mogućnost neposrednog učešća onih na koje se norma direktno odnosi izuzetak (narodna inicijativa ili referendum, odnosno stranka koja samu sebe zastupa).

Dodatni primer podudarnosti metodologije donošenja pravne norme između kontinentalnog zakonodavca i *common law* suda otkrivamo i u teksturi ansambla normativnog dijaloga koji u tom postupku ima presudnu ili „završnu“ reč: skupu onih čija je volja jedino relevantna za oblikovanje konačnog sadržaja opšteobavezujućeg diskursa (normativnog teksta). Naime, i u jednom i u drugom slučaju radi se o *zbornom odlučivanju*, pa se tako u Evropi danas ne može zamisliti opšta pravna norma koja bi, po redovnom toku stvari, bila u ravni ukaza ili naredbe nekog inokosnog organa. Opšteobavezujuće pravno pravilo, kako na Kontinentu tako i na Ostrvu (*common law*), formira se isključivo kao

³ Tu se misli na hibridnu prirodu kontinentalnog predstavničkog tela koje, u zavisnosti od materije koju uređuje, može da se nađe u ulozi zakonodavca, odnosno ustavotvorca.

izraz kolektiva, a ne pojedinca. Zajednički naziv ovog odlučujućeg kolektiva (presudnog normativnog ansambla) u Evropi je „većina“. Dok je na Kontinentu to najčešće *većina* u odnosu na kvorum predstavničkog tela, u slučaju normi *common law* prava to je *većina* sudskog veća koje u konkretnom slučaju poslednje odlučuje.⁴

3. Normativni kontrasti kontinentalnog i precedentsnog prava

Pored određenih sličnosti postupaka donošenja pravnih normi na Ostrvu i na Kontinentu, među njima je moguće identifikovati i značajan broj razlika. Ove sistemske nejednakosti, kada se dovedu u vezu s ranije navedenim podudarnostima, na konačni izraz pravnih normi vrše prelomni, pretežni uticaj, s obzirom na to da dovode do njihove suštinske podvojenosti.

Primeru radi, već prva navedena okolnost da je i kontinentalna i precedentsna pravna norma rezultat dijalektičkog odnosa u okviru normotvorca, ne potire činjenicu da razlike koje postoje između neposrednih aktera datih normativnih procesa dovode i do suštinskih oscilacija u njenom konačnom izrazu. Kako je to već naglašeno, dok se normativni dijalog na Kontinentu odvija u okviru zakonodavnog tela na relaciji vlast–opozicija, u *common law* korpusu prava radi se o pravnom pravilu koje je izraz komunikacije sudskog veća i stranaka. Ova odstupanja u normativnim ansamblima ne mogu a da se suštinski ne odraze i na *pravnu normu* koju ti ansambli stvaraju.

O kakvim je razlikama ovde reč?

Prvo, kontinentalna pravna norma je izraz dijaloga unutar parlamenta kao konstrukta trenutne, incidentne političke dinamike društva, sastavljenog od predstavnika naroda optiranih od strane političkih subjekata kvalifikovanih na osnovu opštih izbora.⁵ Osnovni instrumentarij narodnopolitičkog zanata nije mišljenje zasnovano na stručnom znanju, već na nizu retoričkih argumenata formiranih u skladu s besedničkom logikom nastalom u cilju opravdanja svetonazora ili ideologije koju politička opcija datog „predstavnik naroda“ zastupa. U najvećem broju slučajeva, svaki od članova zakonodavnog tela je lično apsolutno nezainteresovan za pitanja o kojima konkretno odlučuje, posmatrajući ih prevashodno kroz prizmu političke borbe i uticaja koji na taj način ostvaruje na svoje biračko telo.

Common law precedent nastaje u atmosferi koja je mnogo intimnija od one u kojoj deluje kontinentalni zakonodavac, s obzirom na to da u njegovom nastanku veoma intenzivno učestvuju procesne stranke o čijem se ličnom pravnom zahtevu (i kontrahtevu)

⁴ Angloamerički pravni sistemi poznaju mogućnost da precedent bude uspostavljen od strane sudije–pojedince (primeru radi kao deo odluke Visokog suda Engleske i Velsa – *High Court*). Ipak, kako se radi o prvostepenim odlukama, precedent bi nastao samo ukoliko nijedna od strana u postupku ne bi uložila pravni lek, odnosno ukoliko bi neposredno viši sud utvrdio da nema mesta žalbi. Osim što se radi o veoma retkim slučajevima (mada ne nepoznatim u praksi), „zbornost“ se u ovom slučaju ogleda bilo u potvrdi veća da je uložena žalba neosnovana ili u okolnosti da su stranke odsustvom žalbe „potvrdile“ precedent.

⁵ Ovaj rad iz svoje analize namerno isključuje iskustva društvenih uređenja karakterističnih po normativnom aparatu severnokorejskog šarma, društvenog uređenja zasnovanog na negaciji slobode pojedinca kao ontološke odrednice čoveka.

autoritativno odlučuje. Iako procesne stranke nemaju *a priori* prelomni uticaj na konačnu odluku sudskog veća, struktura primenjivih propisa *common law* porodice prava (preciznije: njihova „nepreglednost“), kao i metodologija konvencionalnog akuzatorskog postupka, čine taj uticaj na sudsko veće znatno sadržajnijim od onoga koji primećujemo u kontinentalnim forumima. Najplastičniji izraz uticaja stranaka na sudsko veće na Ostrvu otkrivamo u tamošnjem odsustvu pretpostavke *iura novit curia* kao jedne od suštinskih razlika između angloameričkog i kontinentalnog sudskog postupka.

Razlike među učesnicima normativne dijalektike na Kontinentu i Ostrvu sugerišu i jednu od osnovnih diskrepanci između pravnoobavezujućih iskaza koji u tim forumima nastaju. Naime, kontinentalni zakonodavac pravnoj normi pristupa iz ugla političke zbilje, razumevši je kao izraz filosofije društvene misli o sopstvenom sveukupnom uređenju. S druge strane, sudski precedent, kao pravna ocena *konkretnog* sudskog veća o *konkretnom* sporu, nikako nije izraz grupe „mislilaca“, već pravnika-praktičara koji pravu pristupaju logikom inženjera, uspostavljajući pri tome ne primarno *opštu normu*, već radije *mehanički obrazac* (gotovo proizvodni proces) čija je primena obavezujuća, ali u isto vreme i precizno ograničena na gotovo identičnu podudarnost s realitetom u okviru koga je nastala.

Dakle, jedna od osnovnih razlika između *common law* i kontinentalne pravne norme se može objasniti kao razlika između iskaza *mislioca* i iskaza *inženjera*, sveta teorijskog i praktičnog, generičkog i životnog. Ova razlika je imanentna suštinskoj razlici u ambijentima u okviru kojih se ta dva dijaloga odvijaju. Dok zakonodavac svoju funkciju prilagođava *političkoj areni* čiji je on neodvojivi deo (stvarajući tako mnogo više „političko“ nego „pravno“ pravo), inkubator sudskog precedenta je ambijent profesionalnog „deljenja pravde“ ili susreta prava sa životom, pred koji se postavlja zahtev spuštanja refleksije norme sa imaginarnih uopštenih zahteva političke zajednice na dileme konkretne (ne)pravde, na odnos konkretnog podanika i njegovog životnog iskustva prava.

Pored komunikacije između formalno suprotstavljenih strana u okviru organa ovlašćenog za donošenje pravne norme, polje normativne dijalektike u obe porodice prava karakteriše i svojevrсни dijalogizam, odnosno saznajna komunikacija o konačnom izrazu pravne norme koja se odvija u okviru samog ansambla koji tu formu definiše. Ova regulatorna komunikacija unutar parlamentarne vladajuće većine, odnosno većine angloameričkog sudskog veća koje definiše istovetni *ratio decidendi*, prati već navedene razlike u pretežnim odlikama arena u okviru kojih se odvija (politički, odnosno pravni kontekst), pa se na ovome nije potrebno posebno zadržavati. Ipak, mora se ukazati na suštinsku različitost ovih dveju *većina*. Dok je kod zakonodavca ona gotovo ušančena, aritmetički izražena kroz „broj stolica“ pripisanih datom političkom subjektu, većina sudskog veća je uvek fluidna, promenjiva, formirajući se od slučaja do slučaja. Tako je uticaj ličnog stava o konkretnom pravnom pitanju o kome se odlučuje mnogo izraženiji prilikom donošenja *common law* norme, dok je zakon proizvod kolektivne svesti. Sledstveno, zakon ne uzima u obzir sve nijanse u odstupanjima koja postoje između njegovog konačnog izraza i pojedinačnog mišljenja svakog od narodnih poslanika koji su se izjasnili u korist izglasane norme.

Dalja odstupanja koja nastaju sa obzirom na razlike među učesnicima normativne dijalektike Ostrva i Kontinenta ogledaju se i u stvarnom kapacitetu procesno slabije strane da utiče na ansambl s presudnim pristupom normativnom diskursu. Ta slabija strana na

Kontinentu je opozicija, dok se na Ostrvu radi o procesnim strankama. Kada analiziramo mogućnosti koje predstavnici opozicije u zakonodavnom telu imaju spram vladajuće većine u odnosu na domašaje uticaja procesnih stranaka prema sudskom veću koje može da uspostavi novi sudski precedent, jasno je da je uticaj ovih drugih nesumnjivo veći i delotvorniji. Takav njihov uticaj je rezultat prirode argumenata na kojima se bazira. Dok je argument opozicije u okviru zakonodavnog postupka sveden na moguće reperkusije koje bi izmene pravnog okvira mogle da imaju na društvo u celini, predlozi procesnih stranaka pre svega moraju biti pravne prirode, zasnovani na ideji pravde kao idealu kome svaki sudski organ teži. Igrati „na kartu“ pravde u zakonodavnom telu je prilično utopijski koncept, imajući na umu da ideal zakonodavca nije pravda, već pre svega očuvanje položaja vladajuće većine. Sud kao ušančeni, nepromenjivi organ zasnovan na stalnosti sudske pozicije, ne počiva na kalkulantskoj aritmetici deputata, već na urođenoj profesionalnoj anomaliji pravnika da „dele pravdu“, da svoju pravničku mudrost artikulišu u odnosu na pojedinačni spor o kome trenutno odlučuju. Čini se da ovako postavljeni spektar delovanja kontinentalnog zakonodavca i viših angloameričkih sudova čak i faktor ljudske sujete, na koju se mora računati u sveukupnosti međuljudskih odnosa, u angloameričkom normativnom aparatu kanališe ka ostvarenju viših ciljeva prava (pravde), za razliku od onog kontinentalnog u kome je norma ponegde izraz trenutne kombinatorike.

Navedena karakteristika engleskog pravnog sistema nameće i zaključak da je centralna uloga u njegovom razvoju poverena, pre svega, delatnosti sudske grane vlasti, u čemu se ogleda i njegova suštinska konceptualna razlika u odnosu na kontinentalni pristup, po kome se u epicentru pravnog poretka ne nalazi niko drugi do isključivo parlament. Razlike u odabranim težišnim tačkama su, svakako, uslovice i razlike u putanjama razvoja ove dve porodice prava. Stiče se utisak da ova možda prenatraglašeno smirena evolucija engleskog prava počiva na nepokolebljivoj privrženosti istoriji i tradiciji (u čemu se, sasvim sigurno, mogu pronaći i neki od razloga striktnog otklona prema rimskom pravu i kodifikaciji). Engleski sudija svoje odluke najčešće donosi unutar binarnog sistema rezonovanja (*jeste ili nije*), dok se od ustaljenih normi odstupa veoma retko, samo u situacijama kada je očigledno da se tradicionalno mora povući pred racionalnim, ne bi li se tako osigurala elastičnost i aktuelnost celog sistema, naravno, samo u meri u kojoj je ona neophodna i društveno opravdana.

Navedena sistemaska suprotnost u pristupu pravu između engleskog i kontinentalnog pravnika je, neminovno, dovela i do suštinske konceptualne razlike među njima. Naime, dok se u centru pažnje kontinentalnog pravnika nalazi opšte pravno pravilo koje se naknadno primenjuje na utvrđenu činjenicu, engleski pravnik polazi isključivo od konkretne činjenice i u njenim nijansama pronalazi obaveznu primenu neke ranije uspostavljene odluke. Drugim rečima, u engleskoj pravnoj praksi, koja se zasniva na doktrini sudskog precedenta (smer od pojedinačnog ka opštem), činjenično stanje je, verovatno nesvesno, dobilo i jednu dodatnu – normativnu – komponentu, koja je za ostali deo Evrope nezamisliva, imajući na umu da se pravo na Kontinentu bazira na shvatanju da se svaka, pa i ona presudna činjenica, isključivo podvodi pod određenu pravnu normu (od opšteg ka pojedinačnom).

Ova normativna komponenta činjeničnog stanja u okviru *common law* prava dovela je do dve njegove specifičnosti: ono je, pre svega, nasumično (uređuje samo pitanja oko kojih postoji spor); i pod dva, ono je reaktivno (ne apstrahuje društvenu stvarnost unapred,

već na nju isključivo reaguje, i to samo u slučaju izražene potrebe). Posledično, *common law*, kao pravo koje se organski razvija kao refleksija postojeće, čak uže, isključivo procesno artikulisane potrebe stranaka (za razliku od Kontinenta gde je pravo izraz pretpostavke šta će društvu biti potrebno u budućnosti), nije se uobličilo kao katalog prava (*rights*), već je ono, pre svega, skup pravnih sredstava (*remedy*) pomoću kojih stranka može zaštititi neko svoje pravo.

S druge strane, početna tačka kontinentalnog normativnog uređenja je prepoznavanje određene društvene stvarnosti u cilju njenog pravnog omeđenja. Primera radi⁶, češki zakonodavac, nakon što je uočio neobuzdanu intenciju stanovništva za bračnim životom, anticipirajući katalog pitanja koja se u tom smislu mogu pojaviti, utvrđuje opšte pravne norme civilnog braka: nadležne organe, neophodni uzrast neveste i ženika, mogućnost i uslove zaključenja braka maloletnika, obavezni pol supružnika, odnos građanskog i crkvenog braka, pitanje poligamije i ovome slično. Drugim rečima, češki (kontinentalni) zakonodavac izražava svoju jasnu i logički zaokruženu, mogli bismo reći svesnu, volju u odnosu na institut bračne zajednice.

Englesko pravo, s druge strane, uopšte se ne upušta u poduhvate ove vrste. Ono svoje odgovore na navedena pitanja – nadležni organ, uzrast i pol supružnika, poligamija – nudi tek u situaciji kada se o njima pojavi spor i kada se (na zahtev stranke) viši sudovi o tim pitanjima izjasne, pretvarajući se tako u „izraz iskustva, a ne logike“ (Rinfret, 1948, p. 10). Drugim rečima, *common law* ne predstavlja normativni okvir formiran putem artikulisanja svesne namere donosioca pravne norme (kao što je to slučaj kod kontinentalnog zakonodavca). Upravo obrnuto, radi se o nizu pravila koja sudska praksa stvara nasumično, donoseći jednu opšteobavezujuću odluku za drugom, u vremenskim intervalima koji ponekad mogu da broje i po nekoliko decenija, pa i duže, pri čemu se čini da postojanje dugih vremenskih razmaka bez jasnog stava o otvorenim pravnim pitanjima na Ostrvu nikoga ne zabrinjava. Prema rečima profesora Stanojevića (1982, p. 8), razvoj engleskog prava je u njegovom pretežnom delu, u stvari, prepušten životu.

4. Jezik pravne norme

U želji da se što je moguće više približimo razumevanju suštinske razlike između kontinentalne i *common law* pravne norme, kao pretpostavljenom (među)prostoru njihove uzajamne negacije, značajno je izvršiti uporednu jezičku analizu u načinima na koje se ona ispoljava u ove dve porodice prava.

Sagledati ulogu ili položaj jezika u pravu nije nimalo lak zadatak, s obzirom na izraženo nejasne konture na koje nailazimo već u okviru bazičnog odnosa jezik–pravo (Čavoški, 2018). Dalekosežnost problematike osnovnog pitanja na koje se u teoriji prava odavno pokušava pronaći odgovor: *Ima li prava bez/izvan jezika?* postaje nešto uočljivije ukoliko se dovede u vezu sa donekle sličnom nedoumicom: *Ima li književnosti bez jezika?*

⁶ Ilustracija nastala na primeru koje je profesor Pjer Legrand (*Pierre Legrand*) izneo tokom predavanja održanog početkom jula 2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kembridžu.

Uprkos donekle usamljenim stavovima o njegovoj „propalosti i istrošenosti“ (Pejović, 1983, p. 7), jezik je i dalje osnovni resurs sveukupne društvenosti, a samim tim i njegovih pravnih odnosa (jezik je najveće „opšte mesto“, tvrdio je Danilo Kiš). Da pravo „živi“ samo u jeziku (govoru), na sličan način na koji u prirodi parazit može da postoji samo zahvaljujući opstanku domaćina u kome se nastanio, vidimo već u značaju koji pravo pridaje „izjavi“ (volje, norme, izreke odluke).

Analizom načina upotrebe jezika u definisanju pravne norme na Ostrvu i na Kontinentu dolazi se i do daljeg iščitavanja razlika koje među njima postoje. Kako su u većini slučajeva pravnici, između ostalog, metodološki neopremljeni „za korištenje lingvističkih znanja“ (Visković, 1989, p. 9), što je slučaj i sa autorom ovog članka, na ovom mestu ćemo se pozabaviti isključivo analizom forme⁷ jezika (diskursa) pravne norme Ostrva i Kontinenta, kao najplastičnijeg izraza njihove heterogenosti.

Kao primere govora normotvorca uzećemo one koje u pojedinim kontinentalnim pravima definišu osnov ugovorne obaveze (*causa*) i njen angloamerički funkcionalni par *consideration*. Na ovom mestu treba naglasiti da se neće vršiti tzv. „dubinska analiza“ strukture pravne norme (dispozicija/sankcija), već njena „površinska analiza“, pri čemu se neće ulaziti u postavljanje jasnih kontura u odnosu *pravna norma – pravna odredba*, već će se pažnja posvetiti diskursu posvećenom normiranju pojedinačnog pravnog instituta.

U jugoslovenskom Zakonu o obligacionim odnosima (1978), o osnovu ugovorne obaveze pronalazimo sledeći normativni tekst:

III Osnov

Dopušten osnov

Član 51

- (1) Svaka ugovorna obaveza mora imati dopušten osnov.
- (2) Osnov je nedopušten ako je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima.
- (3) Pretpostavlja se da obaveza ima osnov iako nije izražen.

Ništavost ugovora zbog osnova

Član 52

Ako osnov ne postoji ili je nedopušten, ugovor je ništav.

Pobude za zaključenje ugovora

Član 53

- (1) Pobude iz kojih je ugovor zaključen ne utiču na njegovu punovažnost.
- (2) Ali, ako je nedopuštena pobuda bitno uticala na odluku jednog ugovarača da zaključi ugovor i ako je to drugi ugovarač znao ili morao znati, ugovor će biti bez dejstva.
- (3) Ugovor bez naknade nema pravno dejstvo i kad drugi ugovarač nije znao da je nedopuštena pobuda bitno uticala na odluku njegovog saugovarača.

⁷ Na primarni metodološki problem u pokušaju uporedne jezičke analize engleskog i kontinentalnog prava je u toku neformalnog razgovora piscu ovog članka veoma precizno ukazala Dunja Rančić, nastavnik Učiteljskog fakulteta u Beogradu, opaskom da ona umnogome podseća na osnovnu nastavničku dilemu treba li srednjoškolicima Homera približiti u formi proze ili poezije? Odista, iako će slobodni slog veoma dobro informisati učenike o „radnji“ *Ilijade* ili *Odiseje*, bez mistike ritma starogrčkog stiha bi im cela jedna dimenzija (a čini se upravo ona suštinska – umetnička) slavnog dela drevnog slepog pesnika ostala strana (što pod veliki znak pitanja postavlja smislenost jednog tako „osakaćenog“ čitanja).

Pogledajmo sada slične odredbe francuskog Građanskog zakonika – *Code Civil* (1804), koji je donedavno⁸ predstavljao bastion teorije kauze u evropskom kontinentalnom pravu, za razliku od antikauzalističkog pristupa, prisutnog pre svega u grupi tzv. germanskih prava (prevod preuzet iz Marković, 1925, p. 15):

Odeljak IV.

O osnovu

Član 1131.

Obligacija bez osnova, ili na lažnom osnovu, ili na nedopuštenom osnovu, ne može imati nikakvog dejstva.

Član 1132.

Ugovor važi i ako njegov osnov nije izražen.

Član 1133.

Osnov je nedopušten, kad je zakonom zabranjen, kad je protivan dobrim običajima ili javnom poretku.

Jezik kontinentalne norme je pre svega ekonomičan, upečatljivo upodobljen zahtevu njene lake proverljivosti. Rečenice su kratke i sistematizovane u formi numerisanih celina (odeljci, članovi, paragrafi, stavovi, alineje) između kojih nema narativnih prelaza. Pravna odredba je samostalna, precizno normirajući pitanje kojim se bavi. Tekst je izrazito linearan, s jasno uočljivom zavisnošću kasnijih rečenica od onih prethodnih. Upotrebljeni termini su relativno apstraktni, iskazi su standardizovani, odnosno jezik obiluje frazama i stereotipima (dobri običaji, javni poredak, prinudni propisi, obligacija, ugovor, ugovarač, saugovarač, ugovorna obaveza, pobuda). Stil je izrazito birokratski, jezik je jednoličan, preskriptivan, podređen dogmatskom principu zakonitosti.

Ova „dogmatičnost“ govora kontinentalnog zakonodavca dovodi do toga da on u praksi „zaključava“ jezik, namećući u svakom kasnijem slučaju primene pravne norme obaveznu upotrebu identičnih termina. Primera radi, ukoliko bi se odlukom domaćeg suda utvrdila ništavost ugovora na osnovu nedopuštenosti njegovog osnova iz razloga što je on „protivan dobrim običajima“, formulacijom izreke da se ugovor poništava „usled povrede zahteva pristojnosti u odnosu ugovornih strana“, ovakav izbor reči postupajućeg sudije bi sasvim sigurno omogućio da se takva odluka kao nerazumljiva⁹ ospori u postupku po pravnom leku.

Odredbe o angloameričkom *common law* pravnom institutu *consideration*, koji se dovodi u funkcionalnu vezu s kontinentalnim osnovom ugovora (kauza), pronalazimo u *ratio* delu velikog broju tamošnjih sudskih odluka. Ovde ćemo navesti nekoliko najznačajnijih.

⁸ Nedavnim izmenama francuskog Građanskog zakonika (stupile na snagu 1. oktobra 2016. godine), francuski zakonodavac se odlučio za korenite promene u svom pristupu kauze kao uslova postojanja punovažnog ugovora.

⁹ „Bitna povreda određaba parničnog postupka uvek postoji ako: [...] presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati, a naročito ako je izreka presude nerazumljiva” – čl. 374, st. 2, t. 12) Zakona o parničnom postupku. Ipak, praksa je uspela da održi u životu raniji *kupoprodajni ugovor*, koji od početka primene Zakona o obligacionim odnosima imamo kao *ugovor o prodaji*.

Smatra se da je prva sudska odluka koja uređuje pitanje utuživosti dospjele ugovorne obaveze isključivo na osnovu postojanja pogodbe (*bargain*) kao njenog osnova presuda u predmetu *Slade's Case* iz 1602. godine. Obavezujući deo (*ratio*) presude glasi:

Utvrđeno je da svaki ugovor koji tek treba da se izvrši podrazumeva i pravo na podnošenje tužbe radi ispunjenja obaveze, jer svaki onaj ko se s drugim saglasi da će mu određeni iznos isplatiti ili da će nekome nešto predati, on ujedno daje i obećanje da će nešto platiti ili predati; dakle kada neko nekome nešto proda, ili kada se saglasi da nešto u određeni dan nekome preda, a drugi na osnovu toga onom prvom obeća da će mu isplatiti određeni novčani iznos, obe strane imaju pravo na utuženje radi naplate duga ili tužbe radi izvršenja obaveze, jer uzajamni sporazum o kasnijem ispunjenju obećanog u sebi podrazumeva i postojanje recipročnog prava na podnošenje tužbe, odnosno utuženja radi naplate duga, u skladu s presudom iz predmeta *Reade and Norwoods Case*.¹⁰

Kao najčešće citirana „definicija“ *consideration*-a engleskog ugovornog prava navodi se *ratio* presude iz 1874. godine, prema kome osnov ugovorne obaveze mora da se sastoji iz:

nekog prava, interesa, prihoda, ili dobitka u korist jedne strane, odnosno nekakvog trpljenja, nepovoljnosti, gubitka ili odgovornosti koji neko daje, trpi ili vrši u korist druge strane.¹¹

Englesku pravnu normu o odnosu pobude i osnova ugovora pronalazimo u obavezujućem delu presude iz 1842. godine, prema kojoj je čak i naknada u visini od jedne funte godišnje za doživotno pravo upotrebe nepokretnosti pravno prihvatljiva:

Motiv nije isto što i osnov. Osnov podrazumeva da se radi o nečemu što ima vrednost u očima prava, nešto što potiče od tužioca: osnov može predstavljati korist za tužioca, odnosno neku nepovoljnost za tuženog; ali u svakom slučaju on mora poticati od tužioca.¹²

¹⁰ “It was resolved, that every contract executory imports in itself an assumpsit, for when one agrees to pay money, or to deliver any thing, thereby he assumes or promises to pay, or deliver it, and therefore when one sells any goods to another, and agrees to deliver them at a day to come, and the other in consideration [94 b] thereof agrees to pay so much money at such a day, in that case both parties may have an action of debt, or an action on the case on assumpsit, for the mutual executory agreement of both parties imports in itself reciprocal actions upon the case, as well as actions of debt, and therewith agrees the judgment in *Reade and Norwoods Case*, P1. Com. 128.” – *Slade's case* (1598) 4 Co Rep 92b, 76 ER 1074 (1602).

¹¹ “[A valuable consideration in the sense of the law may] consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other.” – *Currie v. Misa* (1874) LR 10 Ex 153.

¹² “Motive is not the same thing as consideration. Consideration means something which is of some value in the eye of the law, moving from the plaintiff: it may be some benefit to the plaintiff, or some detriment to the defendant; but at all events it must be moving from the plaintiff.” – *Thomas v. Thomas* (1842) 2 QB 851; 114 ER 330.

Za kraj, pomenimo primer presude nešto skorijeg datuma (2007) u kojoj je sud utvrdio kako u konkretnom slučaju ugovor postoji čak i kada jedna od ugovornih strana svom obećanju nesvesno doda osnov (*consideration*):

Držim da su podnosioci žalbe svoju saradnju ponudili u zamenu za određeni poduhvat protivne stranke. Takođe držim da se to ima smatrati dovoljnim osnovom ugovora, bez obzira na okolnost da podnosioci žalbe nisu bili svesni da su potpisima na ugovornim ispravama sebe podredili nepovoljnosti u zamenu za napore protivne stranke.¹³

Precedentna norma je uvek opisne, slobodne, govorne forme. Karakteriše je odsustvo terminološke konzistentnosti, pa se tako u njoj dozvoljava upotreba različitih termina u cilju regulisanja istovetnog pravnog odnosa (jezik pravne norme nije „zaključan“). Za razliku od primarno preskriptivne uloge one kontinentalne, *common law* pravna norma u sebi obuhvata i očiglednu prosvetiteljsku funkciju.

Postupak saznanja pravne norme je izraženo sintetički – kako bi se utvrdio njen sadržaj potrebno je pregledati veliki broja postojećih precedenata, koji se kao krnji delovi iste norme organski nadovezuju jedan na drugi, zahtevajući tako da, primera radi, precedent iz 2007. godine (*Pitts and Ors v. Jones*) u sebi inkorporira i onaj iz 1602. godine (*Slade's case*). Struktura sudske odluke je relativno slobodna, ona ne sadrži nikakve sistematske oznake (poput brojeva članova, paragrafa, stavova, alineja), osim numerisanja pasusa (najčešće „po sluhu“ perovođe).

Kako je dobrim delom svoje istorije sudski precedent nastajao u vidu govora, on se za razliku od zakonske norme služi punim repertoarom narativnih oblika jezika, pribegavajući slobodno pravilima književnog jezika. Kako je već naglašeno, u njemu delovi nisu odvojeni „pauzama“ (paragrafima), već se naslanjaju jedan na drugi gotovo prozno, pri čemu jeziku norme nije u celosti strano prisustvo, pored narativnosti, čak i vid subjektivnosti („Držim da su podnosioci žalbe...“), pa i emotivnosti. U ovome se angloamerička *common law* norma, u stvari, poistovećuje s verbalno preopterećenim govorom advokata (engleski sudija je najveći deo svog profesionalnog života posvetio advokaturi, iz koje gotovo obavezno potiče).

Citirani primeri ukazuju na nekoliko osnovnih formalnih razlika u načinima na koje je pravna norma srodne metapravne sadržine (osnov ugovorne obaveze) izražena ili jezički „kodirana“ u okviru kontinentalnih, odnosno *common law* prava. Iako se u obe porodice prava radi o primerima institucionalizovanog diskursa nastalog u nameri da ustali određene obrasce ponašanja, norme kodirane u obliku zakona (evropsko-kontinentalno) i one kodirane u *ratio* delu sudske presude (angloamerički *common law*), otkrivaju jasne tragove njihove suštinske raznorodnosti.

¹³ “I would hold that the appellants’ cooperation was given in return for the respondent’s undertaking. I would also hold that that was good consideration notwithstanding the fact that the appellants’ did not consciously realize that by signing the documents they were subjecting themselves to a detriment and were giving consideration for the respondent’s undertaking. For those reasons I would hold that the respondent’s undertaking was supported by consideration and was therefore a contractual agreement.” – *Pitts and Ors v. Jones* [2007] EWCA Civ 1301.

Pre svega, citirana kontinentalna pravna norma o osnovu ugovora se nalazi u delu opšteg pravnog akta koji se u celini bavi pitanjem ugovornog prava. Već sam naziv tog opšteg pravnog akta (zakon) ukazuje njegovom čitaocu na okolnost da je svaki njegov deo opšteobavezujući, dok je njegovim naslovom (Zakon o obligacionim odnosima, Građanski zakonik) definisana materija kojom se dati opšti akt bavi. Strukturalno, zakonski tekst je podeljen u jasne jezičke celine (odredbe), koje su u cilju preglednosti i upotrebljivosti numerisane ili na neki drugi način označene i tako izdvojene iz celine, a nakon toga grupisane u manje ili veće odeljke. Čitaocu zakona nisu potrebna znatnija predznanja kako bi se upoznao sa sadržajem norme, sa njenim imperativom dopuštenog, odnosno zabranjenog, kao i pravnom posledicom nepridržavanja. U slučaju postojanja određenih nedoumica, na dobar deo nejasnoća odgovor se može pronaći u okviru samog opšteg akta. Mogućnost suda kao tumača zakona je isključivo da produbi, a nikako i da zameni pravnu normu kako je ona definisana zakonskim tekstom. Pretežni deo zakona je usvojen i stupio je na snagu istovremeno, dok su njegove naknadne izmene i dopune obznanjene na način koji ih čini lako dostupnim i preglednim.

Common law odredbe o osnovu ugovora (*consideration*) nalaze se u obavezujućem delu presuda nekog od viših sudova. Te presude su označene nazivima stranaka postupka i godinom objavljivanja u nekom od sudskih letopisa, ne sugerišući čitaocu na bilo koji način materiju koja je datom presudom uređena. Presude angloameričkih sudova su veoma opširne i sadrže prikaz velikog broja okolnosti i pravnih mišljenja sudija, članova veća, koji su u datom sporu odlučivali. Najveći deo presude u kojoj je uspostavljen sudski precedent nije obavezujući, a sam obavezujući deo (*ratio decidendi*) ni na koji način nije izdvojen ili kao takav naznačen u okviru same presude (na primer, signalom poput: „A sada sledi *ratio...*“). Sudska praksa je uvek u mogućnosti da zaključi kako je do tada preovlađujuća pretpostavka o rasponu obavezujućeg dela konkretne sudske presude postavljena preširoko (ili preusko) i da time suštinski izmeni efekat samog precedenta. Svaki sud je u mogućnosti da izmeni precedent nastao u ma kojoj odluci njemu nižeg suda, dok je najviši sud (Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva, ranije Dom lordova) u mogućnosti da i svoj sudski precedent bez ograničenja izmeni. Raspon izvršene promene postojećeg sudskog precedenta najčešće nije dovoljno preciziran, te donošenje novog sudskog precedentu ne podrazumeva automatsko ništenje ranijeg u celosti, već najčešće samo nekog njegovog dela. U konkretnoj sudskoj presudi se ne mogu pronaći odgovori na sva otvorena pitanja o materiji koju njen precedent uređuje, već samo obrazloženja svih članova sudskog veća. Ipak, obavezujući deo presude nije sadržan u pravnom shvatanju svih sudija članova veća, već samo onih koji su u većini, a koji su do identičnog pravnog zaključka došli na osnovu identičnog pravnog rezonovanja (mišljenja sudija koji se slažu sa odlukom većine, ali ne dele pravni stav o načinu na koji se do identičnog mišljenja došlo, ne čine *ratio* presude).

5. Zaključak

Analizom razlika u načinima nastanka, odnosno u jeziku (konačnom izrazu) pravne norme na Ostrvu i na Kontinentu, pokušalo se da se utvrdi suštinska drugost *common law* pravne norme u odnosu na onu evropsko-kontinentalnu. Značaj utvrđivanja ove drugosti

leži u mišljenju da se pravilnom analizom razlika u osnovnoj čestici kako našeg, tako i njihovog pravnog sistema može bolje razumeti način na koji angloamerički pravni sistem funkcioniše, odnosno u kojoj meri i u kom svom segmentu je on odista drugačiji u odnosu na onaj evropsko-kontinentalni.

Došlo se do jasnog zaključka da modeli nastanka i obrasci izraza (jezika) pravne norme u ova dva velika pravna sistema značajno odudaraju, kao i da ova odudaranja nisu samo formalne prirode, već su, kako smo i videli, suštinska.

Na kraju, ne sme se zaboraviti da upoznavanje sa osobenostima tuđeg prava ne sme imati vrednosni podtekst. Različitost dve evropske porodice prava ne postoji u smislu da je jedna od njih bolja, poštenija ili kvalitetnija od one druge. Ideja pravde se ostvaruje u oba ova sistema. Okolnost da svi putevi vode u Rim samo označava da ka njemu ne krećemo svi sa istog mesta, pa nam zbog toga nikako nije u interesu da se na isti način i pripremimo za to putovanje.

Literatura

- Atiyah, P. 1995. *Law and Modern Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Cownie, F., Bradney, A. & Burton, M. 2013. *English Legal System in Context*. Oxford: Oxford University Press.
- Čavoški, A. 2018. Legal Language and EU Integration. *International Journal of Language and Law*, 7, pp. 70–96. Dostupno na: <https://www.languageandlaw.eu/jll/article/view/52/35>, (31. 1. 2021).
- David, R. 1960. *Uvod u privatno pravo Engleske*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Geldart, W. 1918. *Elements of English Law*. London: Williams and Norgate.
- Holmes, O. 2011. *The Common Law*. Toronto: University of Toronto Law School.
- Irvine, D. 1996. Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesday Review. *Public Law*, 20(1), pp. 59–78.
- Legrand, P. 2019. What Is That, To Read Foreign Law?. *Journal of Comparative Law*, 14(2), pp. 294–314.
- Lukić, R. 1994. *Uvod u pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.
- Marković, Č. 1925. *Opšti deo tražbenog prava*. Beograd: Geca Kon.
- Pejović, D. 1983. *Hermeneutika, znanost i praktična filozofija*. Sarajevo: Veselin Masleša.
- Rinfret, T. 1948. The Civil Law and the Common Law. *New York University Law Quarterly Review*, 23, pp. 8–13.
- Sako, R. 2014. Pravo i princip dobre vere. *Pravni život*, 63(12), pp. 419–424.
- Sherman, C. 1914. The Romanization of English Law. *Yale Law Journal*, 23(1), pp. 318–329.
- Stanojević, O. 1982. *Osnovi precedentnog prava (Common Law)*. Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.
- Šite, D. 2019. *Izvori engleskog prava*. Subotica: Lyceum iuris.
- Vasić, R. 1990. Sudska ili običajna priroda common law-a. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 38(3), pp. 334–342.
- Visković, N. 1989. *Jezik prava*. Zagreb: Naprijed.

- Vranjanac, D. 2012. Odnos zakonskog i precedentnog prava u Engleskoj – neka pitanja. *Pravni zapisi*, 3(1), pp. 22–35.
- Zweigert, K. & Kötz, H. 1998. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press.

Pravni izvori

- Građanski zakonik Francuske (*Code Civil*) (verzija od 20.2.2004. god.). Dostupno na: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf, (31. 1. 2021).
- Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Sl. list SRJ*, br. 31/1993, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020.
- Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.

Sudska praksa

Currie v. Misa (1874) LR 10 Ex 153.

Pitts and Ors v. Jones [2007] EWCA Civ 1301. Dostupno na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/1301.html> (31. 1. 2021).

Slade's case (1598) 4 Co Rep 92b, 76 ER 1074 (1602).

Thomas v. Thomas (1842) 2 QB 851; 114 ER 330.

Damir A. Šite, MA

PhD Candidate Union University Faculty of Law, Serbia

e-mail: email@damir.site

COMMON LAW LEGAL NORM

Summary

In this paper the author attempts to define the otherness of common law legal norm in relation to that of a civilian one, through the analysis of differences identified in their formation and language. The first part deals with similarities and discrepancies in the process of creating a legal norm within two major legal families, examining the operational particularities of the two fundamentally different norm-creators. In this respect, the paper presents essential dissimilarities between the activities of a parliament as a legislator, opposed to an Anglo-American court as a creator of a binding precedent. The second part is dedicated to the analysis of the language of legal norm in two major European legal systems. The paper examines the language structure both in common law

and civilian legal norms, as well as its limitations based on the particularities of forums in which they were created: the parliament and the court.

Keywords: legal norm, common law, civil law, the language of law, legislation, statute, binding precedent.

Primljeno: 31. 5. 2020.

Izmenjeno: 3. 2. 2021.

Prihvaćeno: 31. 3. 2021.

ANALIZA USKLAĐENOSTI RAZVOJA JAVNIH POLITIKA U ZEMLJAMA ZAPADNOG BALKANA SA STANDARDIMA EVROPSKE UNIJE

Sažetak

Proces izrade, razvoja, usvajanja i provođenja javnih politika predstavlja izuzetno izazovno pitanje iz nekoliko razloga. Javnim politikama se identifikuju i razrešavaju određeni društveni problemi i društvena pitanja, što je njihov prevashodni cilj. Njima se artikulišu ciljevi vladajućih političkih subjekata kojima oni nastoje ostvariti svoje programe. Javnim politikama se zadovoljavaju određene potrebe građana i poslovne zajednice. Veoma je teško dovesti u potpunu korelaciju ova tri cilja, a da pri tome budu ispunjene sve istinske potrebe društva i ideološki i politički ciljevi vladajućih elita. Ovakvo nešto posebno predstavlja izazov u složenim društvima postkonfliktnog karaktera i zemljama postsocijalističke tranzicije, kakvim se smatraju zemlje Zapadnog Balkana. Reč je o sredinama koje su tokom više decenija imale jedan usko postavljen i monolitan pristup projekciji javnih politika da bi se, deceniju unazad, koncept njihovog strateškog planiranja radikalno revidirao i ušao u kvalitativno i kvantitativno potpuno drugu fazu.

Predmet ovog rada je usklađenost razvoja javnih politika u zemljama Zapadnog Balkana sa standardima Evropske unije. Rad će obuhvatiti kraći pregled procesa donošenja javnih politika u Bosni i Hercegovini, Srbiji, Crnoj Gori, Severnoj Makedoniji i Albaniji. Oslonac u prikazu javnih politika pomenutih zemalja čine postojeći kriteriji i alati koje je projektovala te evaluirala organizacija SIGMA-OECD, a u cilju konvergencije javnih uprava zemalja Zapadnog Balkana sa evropskim upravnim prostorom. Rad koristi metode pravne egzegzeze, analize sadržaja, uporedne metode, principe i indikatore SIGMA-OECD te daje empirijski prikaz ocjene stanja koje je nad zadatom tematikom sprovedla pomenuta organizacija.

***Ključne reči:** javne politike, Zapadni Balkan, SIGMA-OECD i strateško planiranje.*

1. Pojam i značaj javnih politika

U terminološkom smislu za pojam javne politike vezuju se slični ali ne i po značenju istovetni pojmovi. Stoga bi valjalo napraviti razliku između pojmova *politics*, *policy* i *polity*. Prve dve navedene reči označavaju politike i politiku, dok treća označava vladavinu, oblik vladavine, državno uređenje i sl. Prva asocijacija na politiku jeste vlast, moć,

* Doktor pravnih i doktor političkih nauka, docent na Fakultetu političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci, Bosna i Hercegovina, e-mail: nevenko.vranjes@fpn.unibl.org

instrumentalizacija političke moći i sl. Međutim, kada reči politika dodamo determinaciju ekonomska, socijalna, zdravstvena, obrazovna i dr., dobijamo sasvim drugu i to sadržajnu konotaciju ove sintagme. Tek tada pojam politika dobija svoju javnu dimenziju, pretvarajući se u javne politike sa konkretnom oblasti društvenog delovanja. Prema tome, izraz *policy* odnosi se na onaj aspekt politike koji za svrhu ima rešavanje konkretnog problema, umesto borbe za političku moć. Ovaj izraz znači i izbor između alternativnih puteva kojima se ti problemi mogu rešavati, umesto stvaranja političkog podaništva, te najzad racionalan, a ne iracionalan pogled na politički život (Petek & Petković, 2014, p. 94). Kreiranje javnih politika vrši se u političkim procesima. Politički proces je mehanizam kojim se kreira javna (vladina) politika. Kreiranje politike je dvoznačni proces. „Prvo, podrazumeva povezani niz akcija ili događaja i počinje nastankom ideja i davanjem predloga, nastavlja se nekim vidom rasprave, analize i ocene, a završava donošenjem formalnih odluka i njihovim sprovođenjem na prethodno utvrđen način“ (Hejvud, 2002, p. 736). U tom smislu, javna politika se smatra formalnim, odnosno formulisanim odlukama vladinih tela. U praktičnom smislu javna politika obuhvata tri dimenzije ispoljavanja koje su povezane. Tako razlikujemo vezu između namere, delovanja i rezultata. Na nivou namera, javna politika se ogleda u stavu vlade (ono što vlada kaže da će učiniti). Na nivou delovanja, iskazuje se u ponašanju vlade (ono što vlada zaista radi). Na nivou rezultata, odražava se u posledicama delovanja vlade (uticaj vlade na društvo u celini) (Hejvud, 2002, p. 738.)

Tragom navedenog možemo prihvatiti i određenja pomenutih pojmova. „*Politics* podrazumeva političko odlučivanje zasnovano na moći i interesima političkih aktera. *Policy* označava sadržaj političkog odlučivanja koji je usmeren na racionalno rešavanje problema kroz izbor jednog od nekoliko alternativnih rešenja. Najzad, *Polity* obuhvata institucionalnu strukturu unutar koje se donose političke odluke svake političke zajednice“ (UNDP, 2010, p. 7). Javne politike podrazumevaju političko delovanje vlasti koje je drugačije od individualnog ili poslovnog odlučivanja.

Pored navedenih, postoji i mnogo različitih definicija javnih politika. Javne politike možemo definisati kao „namjerno djelovanje institucija vlasti, koje mijenja društvo i ekonomiju i utječe na njih“ (Miošić, Berković & Horvat, 2014, p. 8). Pored navedenog, ove autorke važnu determinantu u određenju javnih politika vide u subjektima odgovornim za njihovo kreiranje i donošenje, odnosno usvajanje. Nečinjenje vlade takođe predstavlja javnu politiku. Tako prema američkom politikologu Tomasu Dyeu, javne politike su sve ono što vlada odluči da će učiniti ili da neće učiniti (Dye, 2005, p. 1). Postoje i autori koji javne politike ne povezuju isključivo sa vladom ili delovanjem vlade. Tako, prema Petaku, postoje dve dimenzije javnih politika, vertikalna i horizontalna. Vertikalna dimenzija podrazumeva prenošenje legitimnih odluka prema dole, i kod nje političari kao legitimni kreatori odluka donose odluke kojima će ostvariti svoje ciljeve te ih prenose na niže podređene dužnosnike, a radi njihovog provođenja, odnosno operacionalizacije (instrumentalizacije). Kod druge, horizontalne dimenzije javne politike, dolazi do postepenog strukturiranja delovanja, pri čemu javne politike obuhvataju širi krug učesnika koji potiču iz različitih organizacija i sistema, izvan hijerarhijske strukture vlasti (Petak, 2008, p. 16). Drugačije rečeno, nemoguće je donositi takve javne politike koje bi bile pod potpunom kontrolom vlade, naročito u domenu njihovog provođenja, praćenja i procene. Tako sve više imamo subjekte civilnog

društva i neke druge nevladine aktere koji ne samo da učestvuju u provođenju javnih politika već ih i predlažu, pa i alternativno donose i provode.

Javne politike su „praktične, sektorske politike putem kojih se rešavaju brojni problemi građana i društva i život u zajednici se oblikuje kao mnogo prijatniji i udobniji“ (Đorđević, 2010, p. 92).

Pored navedenog, ne možemo zanemariti ni političku, sadržajnu i institucionalnu dimenziju javnih politika. U svakodnevnom životu preovladava politička dimenzija koja se vezuje za vlast, odnosno vladajuću političku strukturu, što i jeste neminovnost. Subjekt koji je na vlasti nesumnjivo nameće javne politike. Svakako da je usko shvatanje javnih politika ono koje se svodi isključivo na stav da je javna politika politički proces (borba za vlast), što često ima negativnu konotaciju. U sadržajnom smislu javne politike podrazumevaju konkretne planove i aktivnosti sa rokovima provođenja i finansijskom implikacijom istih. Najzad, u institucionalnom smislu, javne politike podrazumevaju krug subjekata, vršilaca koji ih planiraju, donose i realizuju.

S aspekta značaja javnih politika, nesporna je činjenica da delovanje javnih politika direktno osećaju građani u svakodnevnom životu i zato su oni najvažniji akteri politike. Pri tome, centralno pitanje koje se nameće je kvalitet javnih politika, odnosno da li političko upravljanje državom donosi korist za sve građane. Stoga, svako demokratsko društvo sve veću pažnju posvećuje javnim politikama, njihovom kreiranju, razvoju i implementaciji. Sveobuhvatan proces donošenja javnih politika predstavlja poseban izazov u zemljama postsocijalističke tranzicije, kakvim se smatraju i zemlje Zapadnog Balkana. Razumevanje značaja utvrđivanja, donošenja i provođenja reformskih javnih politika u ovim zemljama još uvijek je u ranoj fazi razvoja. Posebno je primetan nedostatak tradicije, navika i, najviše, demokratskog mentaliteta. Ove zemlje su se suočile sa izazovom da ranije arhaične i deskriptivne, te načelne godišnje planove zasnovane na politički artikulisanim ideologijama zamene jasnim misijama, vizijama, strateškim i operativnim ciljevima sa preglednim aktivnostima i utvrđenim rokovima, te pokazateljima uspeha i konkretnom povezanošću sa budžetskim okvirom. U tom smislu, a na putu integracija u Evropsku uniju, za koje su se sve nedvosmisleno izjasnile, zemlje Zapadnog Balkana morale su otpočeti sa procesom novog koncepta izrade javnih politika prema novoj metodologiji koju ćemo objasniti u nastavku rada.

2. Metodologija razvoja i usvajanja javnih politika

U ovom delu rada daćemo osvrt na neke ključne metodološke postavke razvoja javnih politika koje su prema savremenom metodološkom pristupu zajedničke za sve zemlje koje su prihvatile SIGMA-OECD principe i metodologije, kao i UNDP metodološke smernice.

S obzirom na stepen prinude, postoje tri oblika instrumenata za sprovođenje javnih politika: „obavezujući, koji uključuju regulativu i direktno pružanje usluga institucija vlasti (npr. zakoni, pravilnici, uredbе, obavezna uputstva; mešoviti, koji kombinuju informisanje, savetovanje, subvencije, porezni ili direktni trošak korisnika za pruženu uslugu /npr. naplaćivanje dela zdravstvenih usluga koje ne spadaju u primarnu zdravstvenu

zaštitu/ i dobrovoljni, koji koriste uveravanje ili zagovaranje (npr. informativne kampanje za korišćenje pojasa u automobilu)“ (UNDP, 2010, p. 8). Gotovo svaki instrument za sprovođenje javne politike ima svoju pravnu osnovu, bilo da je reč o strategiji, programu ili projektu prihvaćenom na nivou vlade ili parlamenta, tekstu pravnih propisa, odluci vlade ili parlamenta, uputstvu, pravilniku ili nekom drugom sprovedbenom aktu.

Metodologija SIGMA od 12 koraka zasnovana je na ulozi ministarstava u procesu donošenja i provođenja javnih politika u novim zemljama članicama EU sa upravnom tradicijom koja je slična upravnoj tradiciji zemalja koje su u procesu približavanja. Navedena metodologija propisana je SIGMA dokumentom br. 39. Prema ovom dokumentu koraci obuhvataju: 1) definisanje prioriteta; 2) planiranje javnih politika i zakona; 3) pripremanje predloga javne politike; 4) pripremanje nacрта zakona i drugih akata; 5) međuresorne konsultacije; 6) upućivanje predloga na vladu; 7) razmatranje predloga od strane Vladine kancelarije; 8) razmatranje predloga na vladinoj radnoj grupi; 9) odluka vlade; 10) parlamentarna procedura i usvajanje; 11) implementacija i 12) monitoring i evaluacija (SIGMA, 2007, pp. 14–33). Nabrojani koraci se mogu podeliti u pet procesnih oblasti:

1. Odlučivanje (obuhvata: definisanje prioriteta i planiranje javnih politika i zakona);
2. Formulisanje javnih politika (obuhvata: pripremanje predloga javne politike; pripremanje nacрта zakona i drugih akata; međuresorne konsultacije; upućivanje predloga na vladu; razmatranje predloga od strane vladine kancelarije i razmatranje predloga na vladinoj radnoj grupi);
3. Legitimisanje (obuhvata odluku vlade, parlamentarnu proceduru i usvajanje);
4. Implementacija i
5. Evaluacija i promjene (obuhvata monitoring i evaluaciju).¹

Ovde se radi o principima i metodologiji koje su sve zemlje Zapadnog Balkana prihvatile i na bazi kojih pokušavaju sa više ili manje uspeha da provode procese izrade i razvoja njihovih javnih politika.

Posmatrajući zakonodavni okvir za strateško planiranje (što svakako uključuje i javne politike), uočavamo da je on u zemljama Zapadnog Balkana redak, ali da postoji intencija ka usvajanju ovakvih zakona. U tom smislu u Federaciji BiH je tokom 2017. godine usvojen Zakon o razvojnom planiranju i upravljanju razvojem u Federaciji BiH. Republika Srbija je tokom 2018. godine usvojila Zakon o planskom sistemu Republike Srbije. Republika Srpska ove godine ima u planu donošenje Zakona o strateškom planiranju. U

¹ Po nekim autorima etape ciklusa planiranja politike obuhvataju: formulisanje politike, realizaciju politike i „učenje politike“. U okviru formulisanja politike neophodno je preduzeti sledeće korake: definisanje prioriteta (postavljanje agende); prepoznavanje problema i analizu; utvrđivanje politike (priprema predloga politike) i formulisanje opcije politike; *ex ante* procenu uticaja, uključujući poređenje opcija politike; izbor opcije politike; međuministarske konsultacije i kontinuirane konsultacije s javnošću. U okviru realizacije politike koraci su: odlučivanje o predlogu politike; priprema nacрта zakona i drugih instrumenata politike, uključujući i analizu propisa; koordinacija pri centru vlade i konsultacije s javnošću. Najzad, „učenje politike“ obuhvata: implementaciju, praćenje i evaluaciju politike kao i ponovno pokretanje ciklusa politike (Lazarević *et al.*, 2013, p. 15).

Crnoj Gori, Severnoj Makedoniji i Albaniji ne postoji poseban zakon koji propisuje strateško planiranje. Proces strateškog planiranja ove zemlje provode na osnovu podzakonskih akata (uredaba i odluka) te metodologija za strateško planiranje, odnosno izradu javnih politika. Metodologije se zasnivaju na SIGMA-OECD principima i indikatorima, ali i na postulatima koje je projektovao Razvojni program Ujedinjenih nacija – UNDP. Ono što uočavamo kao nedostatak u pravnom okviru javnih politika je, da se one, u najvećem broju slučajeva temelje na svojevrsnim metodologijama koje su razvile određene organizacije te da se u projekciji javnih politika većina zemalja na njih oslanja. Ovakvo nešto vidimo kao problem jer se otvara pitanje pravne prirode takvih akata koji se u svim posmatranim zemljama ne ubrajaju u sekundarnu legislativu, pa samim tim nemaju ni karakter pravnih akata. Svoju dominaciju u nacionalnim pravnim okvirima postigle su pod pritiskom reformskih zahteva, a u procesu evropskih integracija. Zahtevi prema zemljama idu i korak dalje, u pravcu da se projektuje zakonski okvir na osnovu metodoloških smernica ili da se iz usvojenih zakonskih okvira donose metodologije koje će sadržavati principe SIGMA-OECD ili UNDP-a.

3. SIGMA-OECD principi za reformsku oblast Izrada i koordinacija javnih politika sa rezultatima merenja

Tokom 2017. i 2019. godine SIGMA-OECD² je donela Metodološki okvir za principe javne uprave. Prema navedenim okvirima (okvir iz 2019. godine je nešto modifikovan, a suštinski je ostao isti), definisano je pet reformskih oblasti: 1) izrada i koordinacija politika; 2) državna služba i upravljanje ljudskim resursima; 3) odgovornost; 4) pružanje usluga i 5) upravljanje javnim finansijama (SIGMA, 2018).³ Krajnji cilj ovih metodologija, principa i indikatora jeste izgradnja i usklađivanje domaćeg pravnog (prvenstveno upravno-pravnog) okvira sa principima evropskog upravnog prostora.

U reformskoj oblasti Izrada i koordinacija politika projektovani su sledeći principi: 1) institucije centra vlade⁴ vrše sve funkcije koje su neophodne za dobro organizovan, dosledan i kompetentan sistem donošenja politika; 2) uspostavljene su jasne horizontalne procedure za upravljanje nacionalnim procesom evropskih integracija i sprovode se pod koordinacijom nadležnog tela; 3) postoji usklađeno srednjoročno planiranje politika, sa jasnim ciljevima za celu vladu i usklađeno je sa finansijskim okolnostima u kojima se vlada nalazi, sektorske politike ispunjavaju vladine ciljeve i konzistentne su sa srednjoročnim budžetskim okvirom; 4) postoji harmonizovan sistem srednjoročnog planiranja za sve procese koji su relevantni za evropske integracije, koji je integrisan u planiranje domaćih politika; 5) redovni monitoring rada vlade omogućava javni nadzor i osigurava da vlada bude u stanju da postiže svoje ciljeve; 6) odluke vlade pripremaju se na transparentan

² *Support for Improvement in Governance and Management – SIGMA* je zajednička inicijativa Evropske unije i Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj – OECD (*The Organization for Economic Cooperation and Development*), osnovana radi tehničke, stručne i savetodavne podrške zemljama Jugoistočne Evrope u reformi njihovih javnih uprava, a u sklopu jačanja kapaciteta za evropske integracije. <http://www.sigmaweb.org/>.

³ O metodologiji izrade Strategije za reformu javne uprave videti šire: SIGMA, 2018.

⁴ Centar vlade je u našem pravnom sistemu zapravo Generalni sekretarijat Vlade.

način i zasnivaju se na stručnoj oceni uprave, odluke su pravno usaglašene; 7) parlament nadzire donošenje politika vlade; 8) organizaciona struktura, postupci i kadrovska raspodela ministarstava osiguravaju da su izrađene politike i propisi primenjivi te da ispunjavaju vladine ciljeve; 9) postupak evropskih integracija i institucionalna struktura čine sastavni deo procesa izrade politika te osiguravaju sistemsku i blagovremenu transpoziciju pravnih tekovina EU; 10) proces izrade politika i propisa zasnovan je na dokazima, a procena uticaja se stalno koristi u ministarstvima; 11) politike i zakonodavstvo su izrađeni na inkluzivan način koji omogućava aktivno učešće društva i omogućava koordinacijske perspektive unutar vlade i 12) zakonodavstvo je konzistentno po svojoj strukturi, stilu i terminologiji, zahtevi koji se odnose na izradu pravnih akata primenjuju se dosledno u svim ministarstvima, zakonodavstvo je dostupno javnosti (SIGMA, 2017, pp. 17–38). Za praćenje navedenih principa SIGMA je utvrdila 14 složenih (kompozitnih indikatora) i 63 podindikatora, čiji ćemo uporedni presek poslednjeg mjerenja iz 2017. godine prikazati u nastavku rada. Ovde treba naglasiti da je prilično predimenzioniran broj principa, indikatora i podindikatora pa se otvara pitanje mogućnosti njihove implementacije, monitoringa i evaluacije, što administracije svih zemalja Zapadnog Balkana stavlja pred velike izazove (Vranješ & Đurić, 2020, pp. 215–216). SIGMA metodologijom predviđena su i četiri ključna zahteva koje bi trebalo da ispune javne uprave zemalja Zapadnog Balkana: 1) institucije centra vlade ispunjavaju sve funkcije koje su presudne za dobro organizovan, konzistentan i kompetentan sistem izrade politika; 2) planiranje politika je harmonizovano, usklađeno sa vladinom finansijskom situacijom što omogućava vladi ostvarivanje sopstvenih ciljeva; 3) vladine odluke i propisi su transparentni, pravno usklađeni i dostupni javnosti, dok rad vlade kritički razmatra skupština i inkluzivna izrada politika i propisa zasnovana na dokazima omogućava ostvarivanje određenih ciljeva politika. Ovi ključni zahtevi takođe podležu oceni uspešnosti.

RB indikatora	Indikatori	Vrednost indikatora u zemljama Zapadnog Balkana plus Turska na skali 0-5					
		ALB	BiH	CG	SRB	SM	TR
1	Izvršavanje ključnih funkcija od strane institucija centara Vlade (CV) <i>Ovim indikatorom se sagledava u kojoj meri institucije CV-a ispunjavaju minimalne zahteve koji se odnose na funkcije od ključnog značaja za dobro organizovan, dosledan i stručan sistem izrade politika.</i>	3	2	3	2	4	2
2	Izvršavanje funkcija u okviru evropskih integracija od strane institucija CV-a <i>Ovim indikatorom se sagledava u kojoj meri institucije CV-a ispunjavaju minimalne kriterije koji se odnose na funkcije evropskih integracija.</i>	4	2	4	4	4	3

3	Kvalitet planiranja politika <i>Ovim indikatorom se sagledavaju zakonodavni, proceduralni i organizacioni sistemi uspostavljeni za usklađeno planiranje politika i kvaliteta i usklađivanje planskih dokumenata. Takođe, indikator vrši procenu rezultata procesa planiranja (konkretno, broj planiranih zakonodavnih obaveza i sektorskih strategija koje se prenose iz jedne u narednu godinu) i u onoj meri u kojoj su finansijske implikacije sektorskih strategija adekvatno procenjene.</i>	3	1	2	1	1	1
4	Kvalitet planiranja politika za proces evropskih integracija (EI) <i>Ovim indikatorom se meri zakonodavni sistem uspostavljen za planiranje politika u procesu EI i kvalitet i usklađenost planskih dokumenata za proces EI. Takođe, indikator vrši procenu rezultata procesa planiranja (konkretno, broj planiranih zakonodavnih obaveza koje se prenose iz jedne u narednu godinu) i stopu implementacije obaveza u vezi sa procesom EI.</i>	1	1	2	2	2	1
5	Kvalitet monitoringa i izveštavanja vlade <i>Ovim indikatorom se meri snaga pravnog okvira koji reguliše zahteve za izveštavanje, kvalitet izveštajnih dokumenata vlade i nivo javne dostupnosti vladinih izveštaja.</i>	2	1	4	2	1	1
6	Transparentnost i pravna usklađenost u procesu donošenja vladinih odluka <i>Ovim indikatorom se meri pravni okvir uspostavljen kako bi se osigurala pravna usklađenost u procesu donošenja odluka, doslednost vlade u provođenju uspostavljenog pravnog okvira, transparentnost u procesu donošenja vladinih odluka i percepcija kompanija o transparentnosti procesa izrade vladinih politika.</i>	3	1	4	3	2	3
7	Parlamentarni nadzor nad donošenjem vladinih politika <i>Ovim indikatorom se sagledava u kojoj meri parlament može vršiti nadzor nad donošenjem vladinih odluka. Prvo se radi procena pravnog okvira, zatim analiza funkcionalnosti važnih parlamentarnih praksi i rezultata.</i>	4	3	4	3	1	2
8	Adekvatnost organizacije i procedura za podršku razvoju provedbenih politika <i>Ovim indikatorom se meri adekvatnost regulatornog okvira za promociju efikasne izrade politika i da li broj zaposlenih i osnovni proces izrade politika funkcionišu adekvatno na nivou ministarstava.</i>	3	2	3	3	1	3
9	Sposobnost vlade da uskladi nacionalno zakonodavstvo sa EU <i>acquis</i> -om. <i>Ovim indikatorom se meri adekvatnost pravnog okvira za proces usklađivanja sa <i>acquis</i>-om, doslednost vlade u upotrebi tabela usklađenosti u procesu usaglašavanja sa <i>acquis</i>-om i dostupnost EU <i>acquis</i>-a na lokalnom jeziku. On isto tako ocenjuje rezultate procesa usklađivanja sa <i>acquis</i>-om, fokusirajući se na planirane obaveze usklađivanja sa <i>acquis</i>-om koje su prenesene iz jedne u narednu godinu, kao i način na koji vlada može ostvariti svoje ciljeve usklađivanja sa <i>acquis</i>-om.</i>	4	2	4	3	3	3

10	Izrada politika zasnovanih na dokazima <i>Ovim indikatorom se meri funkcionisanje izrade politika zasnovanih na dokazima. Ocenjuju se pravni zahtevi i praksa upotrebe osnovnih konsultativnih procesa, procena učinka na budžet i procena regulatornog učinka. Isto tako ocenjuje se dostupnost obuke i smernica za procenu učinka, uspostavljanje funkcije kontrole kvaliteta i kvalitet analize koja podržava izradu nacrtu zakona.</i>	1	0	2	3	1	2
11	Javne konsultacije o javnim politikama <i>Ovim indikatorom se meri implementacija procesa javnih konsultacija u izradi politika i zakona. Indikator vrši procenu regulatornog okvira, uspostavljanje funkcije kontrole kvaliteta javnih konsultacija i doslednost u objavi nacrtu zakona radi onlajn pismenih javnih konsultacija i testira da li su ispunjeni minimalni standardi za javne konsultacije kod usvojenih nacrtu zakona.</i>	1	0	3	2	1	0
12	Međuministarske konsultacije o javnim politikama <i>Ovim indikatorom se meri adekvatnost regulatornog okvira za proces međuministarskih konsultacija i testira sistem u praksi za pet nacrtu zakona.</i>	2	1	2	3	1	3
13	Predvidljivost i doslednost zakonodavstva <i>Ovim indikatorom se meri predvidljivost i doslednost zakonodavstva. Indikator procenjuje dostupnost obuka i smernica zajedno sa uspostavljanjem funkcije kontrole kvaliteta. Doslednost zakona se ocenjuje na osnovu omera izmenjenih i dopunjenih zakona u roku od godinu dana nakon usvajanja, a predvidljivost se ocenjuje kroz percipiranu doslednost tumačenja poslovnih propisa.</i>	3	2	4	4	3	5
14	Dostupnost zakonodavstva <i>Ovim indikatorom se meri regulatorni okvir koji zakonodavstvo čini javno dostupnim i dostupnost zakonodavstva u praksi, na osnovu revidirane dostupnosti zakonodavstva kroz centralni registar i načina na koji ih percipiraju kompanije.</i>	2	0	3	3	1	5

Tabela 1. Pregled vrednosti indikatora u oblasti Izrada i koordinacija javnih politika u zemljama Zapadnog Balkana i Turskoj

Analizom prikazanih vrednosti indikatora, uočavamo da sve zemlje Zapadnog Balkana uglavnom imaju nizak nivo primene SIGMA-OECD principa. Gotovo sve se suočavaju sa naročitim slabostima u oblasti kvaliteta planiranja javnih politika uopšte, kao i kvaliteta javnih politika u oblasti evropskih integracija, izradom politika zasnovanih na zakonima, međuministarskim konsultacijama i predvidljivosti i doslednosti zakona. Pored navedenog, ove zemlje uglavnom nisu svoje zakonodavstvo u potpunosti učinile dostupnim svojim građanima i poslovnoj zajednici. Navedeno se ogleda u „zaključanosti“ službenih glasila, nedostatku kodifikacije pravnih akata po određenim oblastima, te nepostojanju prečišćenih tekstova zakona i sekundarne legislative. Prema prikazanim podacima, na veoma niskom nivou izrade i koordinacije javnih politika nalazi se Bosna i Hercegovina, dok Crna Gora prednjači u odnosu na ostale zemlje Zapadnog Balkana.

Kada je u pitanju kvalitet planiranja politika, Albanija je ocenjena ocenom 3 od 5 i zauzima najviše pozicionirano mesto, dok je u oblasti planiranja politika za evropske integracije ocenjena niskom ocenom 1. Bosna i Hercegovina u ovoj oblasti ima veoma nizak nivo ispunjenosti uslova i glavne zamerke se odnose na nepostojanje međuministarskih konsultacija, utvrđivanje kvaliteta javnih politika i dr., te je ukupna ocena stanja kvaliteta planiranja politika 1 (SIGMA Report, 2017a, p. 29). U Crnoj Gori kvalitet izrade politika ocenjen je takođe niskom ocenom 1, uz primedbu da osiguranje kvaliteta predloga politika ostaje ključni izazov budući da se Generalni sekretarijat Vlade fokusira samo na proceduralnu usklađenost nacрта koji su dostavljeni Vladi (SIGMA Report, 2017b, p. 20). Zamerke zbog nedostatka provođenja kvaliteta politika upućene su i Srbiji (SIGMA Report, 2017d, p. 20) te Severnoj Makedoniji za koju SIGMA tvrdi da, uprkos postojanju vladine jedinice za strateško planiranje, ima ograničenu ulogu u određivanju prioriteta aktivnosti i nije uključena u procenu stvarnog kvaliteta predloga politika u odnosu na stvarne ciljeve vladine politike (SIGMA Report, 2017c, p. 38). Napominjemo da je za ove zemlje ocena kvaliteta planiranja politika takođe 1, dok Severna Makedonija ima nešto bolju ocenu (2) u oblasti kvaliteta planiranja politika za evropske integracije.

U pogledu kvaliteta monitoringa i izveštavanja vlade, sve zemlje Zapadnog Balkana (izuzev Crne Gore koja ima ocenu 4) imaju niske ocene, i to BiH i Severna Makedonija 1, a Albanija i Srbija 2. U ovoj oblasti glavna zamerka upućena Bosni i Hercegovini sadržana je u oceni da je kvalitet objavljenih izveštaja loš jer ne sadrže informacije o napretku ka ostvarivanju rezultata i ciljeva. Takođe, u BiH je zanemareno sektorsko izveštavanje, izveštavanja po akcionim planovima, uključujući i Akcioni plan evropskih integracija. Ovoj zemlji se zamera i da nema jasno izraženu vrednost indikatora u planskim dokumentima. Albanija čak i nema u svom regulatornom okviru propisanu obavezu izveštavanja niti se izveštaji redovno objavljuju, kao ni operativni planovi. U postizanju boljeg kvaliteta monitoringa i izveštavanja najdalje je otišla Crna Gora iako ima manjih zamerki u pogledu merenja ishoda planskih dokumenata, a samo izveštavanje fokusira se isključivo na rezultate, no ne i na ishode. U javnoj upravi Republike Srbije mehanizam kvaliteta monitoringa i izveštavanja je prilično oskudan i zamerke se odnose na nedostatak izveštavanja po sektorskim strategijama, neobjavljivanje izveštaja i nepostojanje sagledavanja ishoda. Takođe, kao slabost se navodi i nedostupnost izveštaja, fokusiranost samo na rezultate (ali ne i na ishode). Zamerke za slabost mehanizma monitoringa i izveštavanja javnih politika prvenstveno su upućene Severnoj Makedoniji.

Izuzev Severne Makedonije i Bosne i Hercegovine, sve zemlje Zapadnog Balkana po principu adekvatnosti organizacije i procedura za podršku razvoju provedbenih politika postižu solidne rezultate (izražene ocenom 3/5). Bosna i Hercegovina je slabo ocenjena zbog nedostavljanja podataka i konstatacije da u okviru ministarstava ne postoje interna akta koja regulišu izradu politika i propisa. Ista zamerka upućena je i Severnoj Makedoniji.

Primena i poštovanje principa Izrada politika zasnovana na dokazima izuzetno su slabi u svim zemljama Zapadnog Balkana, pri čemu najnižu ocenu (0) beleži Bosna i Hercegovina, a loša je i u Albaniji i Severnoj Makedoniji, dok je nešto solidnije stanje u Srbiji, koja je u implementaciji ovog principa dostigla ocenu 3/5. U tom smislu, analitičko donošenje propisa i primena procene uticaja procesa slabo je u Albaniji, Bosni i Hercegovini,

Crnoj Gori i čini se naročito loše u Severnoj Makedoniji. Takođe, sagledavanje i postojanje finansijske dimenzije provođenja donesenih propisa je na veoma niskom nivou kod svih zemalja Zapadnog Balkana.

Princip koji Evropska komisija nastoji posebno afirmisati u zemljama Zapadnog Balkana jeste princip javnih konsultacija o javnim politikama. Nažalost, ostvarenje i ovog principa je veoma nisko ocenjeno u svim posmatranim zemljama i to posebno u BiH (0/5), te Albaniji i Severnoj Makedoniji koje imaju ocene (1/5). Glavne zamerke odnose se na obezbeđenje kvaliteta procesa javnih konsultacija, regularnosti u objavljivanju nacrtu zakona za pisane javne konsultacije i testiranje prakse javnih konsultacija u kojima su sve zemlje dobile najniže ocene. Značajno je istaći da je ovde sagledavano da li se nacrti zakona redovno objavljuju radi javnih konsultacija, odnosno rasprave i kakva je praksa javnih konsultacija; da li su pozivani potencijalno zainteresovani; da li je i koliko politika objavljeno; kakav je bio odziv i upiti sa javnih konsultacija; da li su rezultati konsultacija objavljeni sa izjašnjenjem o predlozima i kritikama i dr.

Nešto bolje stanje zapaža se kod indikatora afirmacije principa međuministarske konsultacije o javnim politikama, ali je i ovaj princip i dalje prilično nisko operacionalizovan. Po ovom principu, niske ocene imaju Bosna i Hercegovina i Severna Makedonija (1/5), Albanija i Crna Gora imaju ocene 2/5 i solidnu ocenu ima Srbija (3/5). Ovde uočavamo nesklad između formalnog i stvarnog kod Bosne i Hercegovine koja, kako konstatuje SIGMA, ima pravni okvir za ovaj oblik konsultacija ali ga slabo primenjuje, što je slučaj i sa Albanijom i Severnom Makedonijom. Elektronski sistem međuministarskih konsultacija nalazimo, mada u nepotpunom obliku, jedino u Albaniji, ali ne i u drugim zemljama, što predstavlja značajan nedostatak u praktičnoj realizaciji konsultacija. Zamerke idu i u pravcu izveštavanja po realizovanim konsultacijama, kao i njihovoj implementaciji budući da je proces konsultacija ciljno zamišljen da prepozna potrebe korisnika te da se povratne informacije razmotre i eventualno implementiraju. U suprotnom, one ostaju na strogo formalnoj dimenziji i samoj sebi svrha. Nadalje, valja zapaziti i veoma slabu kampanju kako javnih tako i međuministarskih konsultacija o javnim politikama u svim zemljama Zapadnog Balkana, pri čemu javnost ostaje prilično neanimirana i indiferentna ne uzimajući i/ili slabo uzimajući u obzir značaj javnih konsultacija.

4. Trenutno stanje u reformskoj komponenti Izrada politika i koordinacija prema izveštajima Evropske komisije u zemljama Zapadnog Balkana

Prikazane rezultate iz 2017. godine poređićemo sa godišnjim izveštajima o napretku (konkretno onom iz 2020. godine) koje Evropska komisija (EK) pojedinačno priprema za svaku zemlju.

U izveštaju EK za Albaniju u 2020. godini, konstatovan je napredak u značajnom broju reformskih oblasti. Navodi se kako je poboljšan zakonodavni okvir u oblasti planiranja politika i procene uticaja propisa. Takođe, konstatuje se postojanje IT sistema za automatizaciju strateškog planiranja, praćenja politika i budžetiranja. Istaknuto je i postojanje sistema e-konsultacija koji je u funkciji, s tim što se konstatuje da je funkcija kontrole kvaliteta javnih konsultacija i dalje slaba te da se više fokusira na procesna nego

na suštinska pitanja. Komisija smatra da ipak treba raditi na poboljšanju procene uticaja propisa, finansijskoj dimenziji javnih politika, planiranju i transparentnosti javnih politika te javnom nadzoru nad radom vlade (European Commission, 2020, pp. 15–16).

U Izveštaju o napretku iz 2020. godine, Evropska komisija konstatuje da je Severna Makedonija unapredila proces konsultacija nešto više prema spolja u odnosu na međuministarske konsultacije, a povećana je i uključenost civilnog društva u donošenje javnih politika. U tom smislu postoji i elektronski sistem za konsultacije zainteresovane javnosti u oblasti javnih politika. Napredak je uočen i u povećanom javnom nadzoru nad radom vlade, dok se kontrola kvaliteta procesa javnih konsultacija mora poboljšati (European Commission, 2020c, pp. 12–13). Potrebno je pojačati proces planiranja politika i uskladiti ga sa srednjoročnim budžetskim planiranjem, preporuka je za ovu zemlju.

Srbija je prema Izveštaju o napretku iz 2020. godine postigla značajan uspeh istaknut u konstataciji da je sistem strateškog planiranja zakonom uređen (donesen Zakon o planskom sistemu), kao i da postoje jasna pravila za sistem monitoringa i izveštavanja u oblasti sektorskog planiranja.⁵ Pozitivnim se ocenjuje i izgradnja jedinstvenog informacionog sistema prikupljanja i obrade podataka te merenja rezultata u oblasti strateškog planiranja. Komisija smatra da Srbija i dalje treba jačati kapacitete za razvoj politike i zakonodavstva na inkluzivan način i zasnovan na pokazateljima. Ističe se i neophodnost poboljšanja prikupljanja administrativnih podataka i njihova sistematska upotreba za donošenje politika i zakona. Što se tiče međuresornih konsultacija, u Izveštaju se konstatuje da još uvek ne postoje zvanični mehanizmi na visokom nivou za rešavanje mogućih sukoba između različitih službi. Regulatorni okvir za javne konsultacije prepoznaje njihovu potrebu. Činjenica je da se opseg javnih konsultacija poboljšao, ali da je njihov uticaj i doslednu primenu potrebno proceniti u praksi, navodi se u izveštaju (European Commission 2020d, pp. 13–15).

Analizirajući Izveštaj o napretku Crne Gore iz 2020. godine, s pravom se može konstatovati da je ova zemlja od svih balkanskih zemalja, u oblasti izrade i razvoja politika, dobila najbolje mišljenje kroz konstatacije da je srednjoročni sistem planiranja i izveštavanja dodatno napredovao primenom podzakonskog propisa te da je mreža za strateško planiranje i obuku proširena. Generalno se ističe dobro stanje u oblasti srednjoročnog planiranja politika. Ostalim segmentima izrade i usvajanja javnih politika izveštaj se ne bavi, pa se može zaključiti da je stanje u skladu sa SIGMA principima (European Commission, 2020b, pp. 16–17).

Bosna i Hercegovina je tokom 2020. godine od strane Evropske komisije zaprimila dva izveštaja – redovni godišnji izveštaj o napretku i Izveštaj po osnovu zahteva za članstvo u EU. U redovnom godišnjem izveštaju, u oblasti izrada i koordinacija politika kao slabosti identifikovane su: rascepan sistem kreiranja politika; nepotpun i različit zakonski okvir za srednjoročno planiranje politika; nepostojanje jedinstvenih zakonskih odredaba i metodoloških smernica za strateško planiranje; neusklađenost između centralnih planskih dokumenata, kao što su srednjoročni i godišnji program vlade, dokument okvirnog budžeta i akcioni plan za provođenje prioriteta. Takođe, navedeni dokumenti nisu usklađeni sa

⁵ O pravno-institucionalnom okviru kreiranja javnih politika u Srbiji šire videti: Tadić & Lazarević, 2018, pp. 9–11.

sektorskim strategijama. Pravni okvir za inkluzivnu i na dokazima zasnovanu izradu politika je nepotpun i nije dosledno proveden. Planski dokumenti ne sadrže finansijske implikacije. Pravni okvir o učešću javnosti se treba poboljšati i dosledno primenjivati. „Zakonodavni okvir ne pruža u potpunosti standarde za praćenje i izveštavanje o ključnim vladinim planskim dokumentima na svakom nivou vlasti, čime se sprečava uvid javnosti u rad vlasti. Osim zakonodavnih mera, više truda je potrebno da se podigne svesnost o različitim formama javnih konsultacija. I dalje je ključno da se ojačaju tehnički kapaciteti na svim nivoima vlasti kako bi se redovno koristile javne konsultacije kao alat za izradu politika (European Commission, 2020a, pp. 12–13).

Kako smo napravili detaljniju prezentaciju SIGMA nalaza iz 2017. godine za sve zemlje Zapadnog Balkana i analizirali izveštaje o napretku koje je Evropska komisija dostavila tri godine nakon merenja, možemo konstatovati da je u oblasti razvoja politika i koordinacije (koja je najmerodavnija za sagledavanje stanja javnih politika) došlo do značajnog napretka u gotovo svim zemljama Zapadnog Balkana. Najviše napretka je u Crnoj Gori i Albaniji, a najmanje u Bosni i Hercegovini. Republika Srbija je ostvarila vidan napredak u zakonodavnom i organizacionom pogledu afirmacije javnih politika, te razvoj javnih politika po novom konceptu treba tek da usledi da bi se relevantno mogao sagledati. Sličnu situaciju nalazimo i u Severnoj Makedoniji.

Zajedničke slabosti koje dele sve zemlje Zapadnog Balkana u oblasti razvoja javnih politika odnose se i dalje na nedostatak konsultacija, neadekvatno prikupljanje i korišćenje administrativnih podataka kao osnove za izradu i razvoj javnih politika, nerazvijeno sektorsko strategijsko planiranje, nepostojanje jasnih politika za evropske integracije, usvajanje i primenu komunitarnog prava, nepostojanje izraženih finansijskih implikacija javnih politika, ograničeno i slabo učešće javnosti u izradi i donošenju te realizaciji javnih politika, slab mehanizam monitoringa i evaluacije javnih politika koji iako postoji uglavnom se svodi na mjerenje rezultata, ali ne i na sagledavanje ishoda i dr.

Na kraju, čini se da ovim zemljama nedostaje posebno svest i izgrađen demokratski mentalitet te senzibilitet za izradu i razvoj javnih politika. To je nešto na čemu treba raditi kroz različite kampanje, edukacije, ali i obrazovni sistem.

5. Zaključak

Novi koncept razvoja javnih politika koji se u zemljama Zapadnog Balkana primenjuje unazad nekoliko godina predstavlja značajan novitet naročito u kvalitativnom pogledu. Drugim rečima, radi se o potpuno drugačijem sistemu razvoja i donošenja javnih politika koji u suštini sadrži analitički i sistemski pristup planiranja i konsultovanja šireg kruga javnih i drugih subjekata te posebno praćenja i merenja rezultata i uticaja usvojenih javnih politika.

Razvoj javnih politika u zemljama Zapadnog Balkana krovno je zasnovan na SIGMA-OECD principima za koje su predviđeni kvantitativni i kvalitativni pokazatelji razrađeni u jedinstvenom metodološkom pristupu ove organizacije. Ovako složena promena u pristupu razvoju javnih politika praćena je velikim izazovima za koje ove zemlje nemaju regulatorne i institucionalne, kao ni kadrovske kapacitete, posebno izgrađenu tradiciju

niti demokratski mentalitet. Upravo su to razlozi zbog kojih se reformski procesi u oblasti razvoja politika i koordinacija nalaze u ranoj fazi realizacije.

Pravni (zakonski i podzakonski okvir), nedostatak informacija, neadekvatna primena podataka, slaba transparentnost i loša sistematičnost u izradi i razvoju javnih politika zajedničke su slabosti identifikovane u svim posmatranim zemljama. Nesporni su pomaci koje neke zemlje ostvaruju, ali oni nisu dovoljno efikasni i efektivni s aspekta konvergencije domaćeg sa evropskim upravnim prostorom, što i jeste krajnji cilj ove reformske komponente. Poslednji dostupni izveštaji Evropske komisije ukazuju na napredak kada su u pitanju Albanija, Crna Gora i Srbija, dok su minorni ili gotovo nikakvi pomaci registrovani u Bosni i Hercegovini i Severnoj Makedoniji. U narednom periodu treba očekivati snažniji intervencionizam Evropske komisije i drugih subjekata Evropske unije prema ovim zemljama.

Literatura

- Dye, T.R. 2005. *Understanding Public Policy*. 11. izd. New York: Upper Saddle River, Pearson Prentice Hall.
- Đorđević, S. 2010. Pojam javne politike i način dizajniranja politike. U: Pavlović, V. & Stojiljković, Z. (ur.), *Savremena država: Struktura i socijalne funkcije*. Beograd: Konrad Adenauer Stiftung i Fakultet političkih nauka.
- Hejvud, E. 2004. *Politika*. Beograd: Clio.
- Lazarević, M., Marić, S. & Orza, A. 2013. *Policymaking and EU Accession Negotiations: Getting Results for Serbia*. Belgrade: European Policy Centre – CEP.
- Miošić, N., Berković, J. & Horvat, M. 2014. *Analiza i zagovaranje javnih politika*. Zagreb: GONG i Fakultet političkih znanosti.
- Petak, Z. 2008. Dimenzije javnih politika i javno upravljanje. *Politička misao*, XLV(2), pp. 9-26.
- Petek, A. & Petković, K. (ur.). 2014. *Pojmovnik javnih politika*. Zagreb: Fakultet političkih znanosti.
- Tadić, K. & Lazarević, M. 2018. *Otvorenost i inkluzivnost kreiranja javnih politika u Srbiji, primer tri ministarstva*. Beograd: Centar za evropske politike – CEP.
- Vranješ, N. & Đurić, V. 2020. Novi pristup strateškom planiranju u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini. *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, 62(20), pp. 207-222.

Pravni izvori

- European Commission, 2020. *Albania 2020 Report*. Brussels: European Commission.
- European Commission, 2020a. *Bosnia and Herzegovina 2020 Report*. Brussels: European Commission.
- European Commission, 2020b. *Montenegro 2020 Report*. Brussels: European Commission.
- European Commission, 2020c. *North Macedonia 2020 Report*. Brussels: European Commission.
- European Commission, 2020d. *Serbia 2020 Report*. Brussels: European Commission.

- SIGMA. 2007. *The role of ministries in the policy system: Policy development, monitoring and evaluation*, SIGMA Paper No. 39. Paris: SIGMA-OECD.
- SIGMA. 2017. *The Principles of Public Administration*. Paris: SIGMA-OECD.
- SIGMA Report, 2017. *Monitoring Report: The Principles of Public Administration Albania*. Paris: SIGMA-OECD.
- SIGMA Report, 2017a. *Monitoring Report: The Principles of Public Administration Bosnia and Herzegovina*. Paris: SIGMA-OECD.
- SIGMA Report, 2017b. *Monitoring Report: The Principles of Public Administration Montenegro*. Paris: SIGMA-OECD.
- SIGMA Report, 2017c. *Monitoring Report: The Principles of Public Administration North Macedonia*. Paris: SIGMA-OECD.
- SIGMA Report, 2017d. *Monitoring Report: The Principles of Public Administration Serbia*. Paris: SIGMA-OECD.
- SIGMA. 2018. *Toolkit for the preparation, implementation, monitoring, reporting and evaluation of public administration reform and sector strategies: guidance for SIGMA partners*. Paris: SIGMA-OECD.
- UNDP. 2010. *Priručnik za razvoj javnih politika za državne službenike u BiH*. Sarajevo: Razvojni program Ujedinjenih nacija – UNDP.

Nevenko D. Vranješ, PhD

Assistant Professor, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina

e-mail: nevenko.vranjes@fpn.unibl.org

**ANALYSIS OF THE ALIGNMENT OF PUBLIC POLICIES DEVELOPMENT
IN THE WESTERN BALKAN COUNTRIES WITH THE EUROPEAN UNION
STANDARDS**

Summary

The process of creation, development, adoption and enforcement of public policy presents an exceptionally challenging issue for several reasons. First of all, public policies are used to identify and resolve certain social problems and social issues, them being their primary aim. Furthermore, public policy articulates the aims of governing political subject, through which they strive to realize their programs. And finally, public policy satisfies certain needs of citizens and business community. It is therefore very difficult to achieve the full correlation of these three goals while simultaneously fulfill all genuine needs of society and ideological and political goals of governing elites. Something like this presents a challenge in the complex societies of post-conflict and countries of post-socialist transition, as Western Balkans countries are considered to be. Namely, for many decades

such environments had a narrowly set and monolithic approach to the projection of public policy, though the concept of their strategic planning was radically revised a decade ago and entered into a completely different qualitative and quantitative phase.

The subject of this paper is the Analysis of the alignment of public policies development in the Western Balkan countries with the European Union standards. The paper will envelop a brief review of public policy adoption process in Bosnia and Herzegovina, Serbia, Montenegro, North Macedonia and Albania. The pillar in the presentation of the said countries constitutes the existing criteria and tools which were projected and evaluated by SIGMA-OECD organization, with the aim to converge public administrations of Western Balkans countries with European administrative region. The paper uses the methods of legal exegesis, content analysis, comparative methods, principles and indicators of SIGMA-OECD, and provides an empirical review of the assessment of the situation conducted on the given thematic by the said organization.

Keywords: public policy, Western Balkan, SIGMA-OECD and strategic planning.

Primljeno: 10. 1. 2021.

Izmenjeno: 11. 3. 2021.

Prihvaćeno: 31. 3. 2021.

PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA PROTIV REPUBLIKE SRBIJE O PRIMENI GENETSKOG TESTIRANJA U PATERNITETSKIM PARNICAMA

Sažetak

U ovom radu istraživanje je usmereno na odnos između prava na samoodređenje i materijalne istine o poreklu deteta sa aspekta prakse Evropskog suda za ljudska prava. Države članice nemaju identičan pristup u situaciji kada potencijalni otac odbija da se podvrgne testovima koji su neophodni za utvrđivanje činjenica o biološkom poreklu, međutim, moraju da obezbede uspostavljanje pravične ravnoteže između prava deteta da sazna svoje poreklo i prava potencijalnog oca da ne pristane na medicinsko veštačenje. Na evropskom pravnom prostoru pojedina zakonodavstva predviđaju prinudno obavljanje testiranja (nemačko, švedsko, grčko pravo), dok većina pravnih sistema isključuje prinudu jer bi to predstavljalo zadiranje u telesni integritet pojedinca, što podrazumeva da stranke nisu dužne da se odazovu pozivu za veštačenje čak i kada je zahvat bezopasan za njihov život i zdravlje. Nepodvrgavanje stranaka veštačenju putem DNK analize, nacionalni sud ceni zajedno sa ostalim dokazima i na osnovu rezultata celokupnog postupka.

Autorica analizira dve presude Evropskog suda za ljudska prava protiv Republike Srbije o utvrđivanju porekla deteta od oca, presude koje imaju porodičnopravna obeležja u užem smislu, a povodom kojih je Sud prilikom odlučivanja o meritumu zauzeo stav da domaće zakonodavstvo nije omogućilo da se uzmu u obzir relevantni elementi slučaja, odnosno da je povređeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.

Praksa ovog suda ima veliki značaj za oblikovanje standarda u zaštiti ljudskih prava budući da primenjuje Evropsku konvenciju o ljudskim pravima tumačenjem propisanih prava i sloboda u datom trenutku, uzimajući u obzir socijalnu stvarnost i pravno uređenje u državama članicama Saveta Evrope čineći na taj način Konvenciju živim instrumentom.

Ključne reči: *utvrđivanje očinstva, DNK analiza, pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.*

1. Uvodne napomene

Cilj testiranja putem DNK analize jeste utvrđivanje ili osporavanje određenih činjenica (Bukvić, 2005, pp. 38 i dalje) na taj način što analitičari DNK testova pronalaze

* Doktor pravnih nauka, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Srbija, e-mail: olga.jovic@pr.ac.rs, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4869-4668>

podudarnu DNK sekvencu u nekom od visoko diferencijalnih markera za zaključak o povezanosti (Canki-Klain, 2011, pp. 121 i dalje). Ovaj vid genetskog testiranja, u svojoj složenosti, otvara mnogobrojna etička, socijalna i psihoemocionalna pitanja, naročito u slučajevima testiranja roditeljstva preko posebnih DNK markera za identifikaciju istih ili sličnih obrazaca nasleđivanja između lica u pitanju. Postupak se sprovodi upoređivanjem DNK profila deteta sa DNK profilom muškarca čije se očinstvo utvrđuje/osporava, upoređivanjem specifičnih lokacija gena ili DNK regiona na hromozomu lokusa koji se razlikuju po svojoj strukturi i dužini. Otuda, lica koja nisu u krvnom srodstvu imaju različitu strukturu DNK molekula u svakom analiziranom lokusu, dok kod bioloških srodnika DNK profili imaju vidljive tragove genetskog nasleđa. Postupak sprovođenja testa je jednostavan: uzima se bris sa unutrašnje strane obraza (tzv. bukalni bris), ali mogu se koristiti i drugi uzorci, poput odsečenih noktiju, opušaka cigareta, tkanina sa biološkim materijalom i dr. Preciznost testa zavisi od broja analiziranih lokusa, odnosno veći broj lokusa znatno povećava preciznost testa, tako da će se preciznost testa smatrati pouzdanom ukoliko je analizirano dvadeset lokusa. Ukoliko DNK profil testiranog muškarca i deteta nemaju zajedničkih karakteristika na tri ili više regiona, onda se sa stopostotnom sigurnošću može isključiti očinstvo tog muškarca. Osnovni uslov za potvrdu očinstva podrazumeva da na svakom regionu postoji makar po jedna zajednička karakteristika. Naredni korak je biostatistička obrada podataka koja ima za rezultat verovatnoću da testirana osoba jeste biološki otac i da nije došlo do „slučajnog“ poklapanja DNK profila testiranih osoba. Preciznost testa kreće se u rasponu od 99,999% do 99,99999% a dodatno se povećava ako se DNK profil deteta upoređuje sa DNK profilima oba roditelja (Centar za genetiku, n.d.).

2. Utvrđivanje materijalne istine o očinstvu medicinskim veštačenjem u nacionalnim okvirima

Prilikom odlučivanja u paternitetskim parnicama redovno se javlja dilema oko činjenica koje nije lako dokazati, poput polnih odnosa i začeca, pa imajući u vidu da apsolutno pouzdano dokazno sredstvo, koje bi na nesumnjiv način otklonilo dilemu s tim u vezi, ne postoji, tako i veštačenje DNK otiska ne bi trebalo biti od odlučnog značaja za uspostavljanje pravne veze između deteta i muškarca čije se očinstvo utvrđuje, jer može predstavljati opasnost po pravo na integritet i nepovredivost ljudskog dostojanstva i pravo na privatni život, zbog čega, u okvirima nacionalnog prava posmatrano, presudnu važnost imaju važeće društvene vrednosti u postojećoj legislativi. Osnovna karakteristika srpskog zakonodavstva ogleđa se u nepostojanju mera kojima se može uticati na muškarca čije se očinstvo utvrđuje da postupi po nalogu suda i podvrgne se DNK analizi, a, takođe, nedostaje i eksplicite odredba koja se tiče posledica takvog ponašanja. Iako je pravilo da su sudovi u građanskim postupcima slobodni da donesu odluku uzimajući u obzir da je strana u sporu ometala utvrđivanje spornih činjenica, procesna odredba opšteg karaktera je nedovoljna prilikom utvrđivanja očinstva u slučaju kada pretpostavljeni otac izbegava da se podvrgne DNK testiranju, čak i kada se očinstvo može utvrditi procenom drugih relevantnih dokaza. Pravo na saznanje istine o sopstvenom poreklu je u tesnoj vezi sa pravom na identitet, zbog čega se čini neophodnim redigovanje materijalnih i procesnih odredaba na način da

se uspostavi pravična ravnoteža između prava na saznanje porekla i prava muškarca čije se očinstvo utvrđuje da se ne podvrgne ovom vidu medicinskog veštačenja.

Porodični zakon Republike Srbije iz 2005. godine sa kasnijim izmenama (PZ) u desetom delu reguliše posebne parnične postupke u vezi sa porodičnim odnosima (čl. 201–208. i čl. 247–260). Zakonske odredbe, međutim, ne sadrže uputstva sudu prilikom sprovođenja dokaznog postupka medicinskim veštačenjem, niti određuju vrstu veštačenja u okviru kojeg nalaz i mišljenje veštaka ima značaj materijalnog dokaza, odnosno ne regulišu vrstu veštačenja koje predstavlja pouzdani dokaz o biološkoj vezi deteta sa roditeljem. Postupajući u ovim sporovima sudije su dužne da primenjuju načela sadržana u Ustavu Republike Srbije iz 2006. godine i u ratifikovanim međunarodnim instrumentima. Među njima se, za potrebe ovog rada, po značaju izdvaja Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (*European Convention on Human Rights* – EKLJP), koju su Srbija i Crna Gora ratifikovale 2003. godine, kao i standardi uspostavljeni u praksi Evropskog suda za ljudska prava, polazeći od toga da priroda sudskih sporova u kojima se utvrđuje poreklo deteta od bioloških roditelja zahteva specifičan dokazni postupak (Pejak-Prokeš & Veselinović, 2018, p. 297).

U postupku u vezi sa porodičnim odnosima sud može utvrđivati činjenice i kada one nisu među strankama sporne, a može i samostalno istraživati činjenice koje nijedna stranka nije iznela (čl. 205 PZ). Ovakva formulacija pruža mogućnost zakonodavcu da na jasan i nedvosmislen način predvidi da u paternitetskim parnicama sud odlučujuće činjenice treba da utvrđuje izvođenjem dokaza medicinskim veštačenjem u skladu sa dostignućima savremene nauke.

Prema Zakonu o parničnom postupku iz 2011. godine sa kasnijim izmenama, dokazivanje obuhvata sve činjenice koje su važne za donošenje odluke, pri čemu su dokazi koji će se izvesti radi utvrđivanja bitnih činjenica uviđaj, isprave, svedoci, veštačenje, saslušanje stranaka (čl. 228–288). Prilikom utvrđivanja porekla deteta od određenog muškarca, pored uobičajenih dokaznih sredstava, medicinsko veštačenje se primenjuje onda kada treba utvrditi činjenice koje su van okvira pravničke struke. Pojmovno, veštačenje se određuje kao parnična radnja u kojoj veštak primenjuje naučno i stručno znanje, veštine i metode na činjenice koje su predmet veštačenja (Čizmić, 2011, p. 473). U zavisnosti od okolnosti svakog pojedinog slučaja medicinsko veštačenje u paternitetskim parnicama obuhvata krvnu analizu, antropološko veštačenje, HLA metod, veštačenje putem DNK markera i druge vrste veštačenja, npr. analiza otisaka prstiju – dermatoglifi i sl. (Cvejić-Jančić, 2009, p. 264; Kovaček-Stanić, 2014, p. 283).

U domaćoj porodičnopravnoj teoriji mišljenje je da veštačenje DNK otiska umanjuje potrebu izvođenja drugih dokaza jer predstavlja najpouzdaniju metodu za utvrđivanje materinstva i očinstva (Draškić, 2015, pp. 577–578). Ova vrsta veštačenja dobija na značaju, kako je već rečeno, usvajanjem EKLJP-a, s obzirom na to da je veštačenje biološkog materijala, pre svega u krivičnom, ali i u parničnom postupku u tesnoj vezi sa ostvarivanjem ljudskih prava (Ponjavić, 2004, p. 897, fn. 6) (vid. Preporuku Saveta Evrope o zaštiti medicinskih podataka). Posmatrano u korelaciji sa ljudskim pravima i osnovnim slobodama, uređenje materije medicinskog veštačenja trebalo bi da ima za cilj određivanje obima ograničenja ljudskih prava sa aspekta prava na privatnost (Obradović, 2006, p. 24).

Zakon o uređenju sudova iz 2008. sa kasnijim izmenama predviđa u maternitetskim i paternitetskim parnicama u prvom stepenu nadležnost Višeg suda (čl. 23, st. 1, t. 7), dok u postupku po žalbi odlučuje Apelacioni sud (čl. 24), a po reviziji, koja je uvek dozvoljena u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima, odlučuje Vrhovni kasacioni sud (čl. 208 PZ).

Za razliku od krivičnog postupka,¹ u kojem predsednik veća ili tužilac naredbom određuje vrstu medicinskog veštačenja,² u parničnom postupku se donosi rešenje o izvođenju određenog dokaza radi utvrđivanja ili razjašnjenja određenih medicinskih činjenica.

Bračno očinstvo utvrđuje se na osnovu pravne pretpostavke o očinstvu muža majke, koja se u najvećem broju slučajeva poklapa sa biološkom istinom porekla deteta. Kada to nije slučaj, imajući u vidu da je pretpostavka bračnog očinstva oboriva, može se dokazati da muž majke deteta nije njegov prirodni otac jedino i isključivo u sudskom postupku. Rođenje van braka, međutim, za razliku od rođenja u braku, ne ukazuje ni na kakvu pravnu pretpostavku pomoću koje bi se moglo utvrditi poreklo deteta u odnosu na njegove roditelje, već se ono mora utvrđivati posebno u svakom konkretnom slučaju, priznanjem ili sudskom odlukom. Pravo na tužbu radi utvrđivanja očinstva imaju: dete (bez obzira na rok), majka (u roku od godinu dana od dana saznanja da muškarac koga smatra ocem deteta nije priznao očinstvo, a najkasnije u roku od deset godina od rođenja deteta), muškarac koji tvrdi da je otac deteta (u roku od godinu dana od saznanja da se sa njegovim priznanjem očinstva nisu saglasili majka, odnosno staratelj deteta, a najkasnije u roku od deset godina od rođenja deteta) (čl. 251. PZ).

Po pravilu, veštačenje DNK otiska svojstveno je parnicama za utvrđivanje vanbračnog očinstva koje nije utvrđeno priznanjem. U domaćoj sudskoj praksi dilemu izaziva pitanje da li postoji obaveza izvođenja ovog dokaza kada stranke učine nespornim da je tuženi biološki otac deteta i ne predlože izvođenje ovog dokaza, a sud posumnja u istinitost iskaza stranaka (Sednica Građanskog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu, 2016, p. 212). Ukoliko tuženi ne osporava činjenicu da je on biološki otac deteta, sud bi trebalo da postavi pitanje tuženom da li to znači da priznaje očinstvo, te ako tuženi prizna očinstvo, sud, bez odlaganja, dostavlja matičaru koji vodi matičnu knjigu rođenih za dete zapisnik o priznanju očinstva (čl. 205, st. 2 PZ).

Iako je priznanje očinstva dobrovoljni način utvrđivanja vanbračnog očinstva, način na koji je priznanje očinstva koncipirano u domaćem porodičnom zakonodavstvu pokazuje da priznanje nije jednostrani čin, budući da se za punovažnost izjave o priznanju očinstva zahteva saglasnost određenih lica: majke, deteta, ili staratelja deteta uz prethodnu saglasnost organa starateljstva (čl. 48–50. PZ). Za razliku od srpskog prava, u francuskom i luksemburškom pravu, na primer, priznanje očinstva je jednostrani čin za čiju punovažnost

¹ Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. sa kasnijim izmenama odredbom čl. 113 propisuje: „Organ postupka određuje veštačenje kada je za utvrđivanje ili ocenu neke činjenice u postupku potrebno stručno znanje. Veštačenje se ne može odrediti radi utvrđivanja ili ocene pravnih pitanja o kojima se odlučuje u postupku.“

² Videti čl.1 Zakona o nacionalnom DNK registru iz 2018. godine, kojim se uređuje uspostavljanje i sadržina nacionalnog DNK registra rezultata forenzičko-genetičke analize dezoksiribonukleinske kiseline za potrebe krivičnog postupka, utvrđivanja identiteta nestalih ili nepoznatih lica i leševa, delova tela, kao i obrada podataka dobijenih forenzičko-genetičkom analizom.

je dovoljna samo izjava oca, dok saglasnost majke sa izjavom o priznanju očinstva nije potrebna (Kovaček-Stanić, 2011, p. 205).

Osporavanje očinstva utvrđenog priznanjem nije dopušteno onim licima koja su se saglasila sa priznanjem očinstva (čl. 56, st. 4 PZ). Ilustrativan primer predstavlja obrazloženje rešenja Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 220/10 od 17. 3. 2010. godine, prilikom odlučivanja o tužbi za osporavanje priznatog očinstva: „[...] tužilac je podneo tužbu radi osporavanja očinstva, s obzirom da je uz saglasnost majke deteta (tužene) dao izjavu o priznanju očinstva [...] s obzirom da on nije otac maloletne drugotužene, predložio je da se izvede dokaz DNK veštačenjem i donese presuda kojom će se utvrditi da on nije biološki otac deteta. Kako iz navedenog proizilazi, tužilac je priznao očinstvo i shodno odredbi čl. 252 PZ ne spada u krug aktivno legitimisanih lica (aktivna legitimacija pripada detetu, majci, mužu majke, muškarcu koji tvrdi da je otac deteta i muškarcu koji se smatra ocem deteta začetog uz biomedicinsku pomoć) tužba radi osporavanja očinstva rešenjem je odbačena.“

Kada u parnici biološki otac osporava bračno očinstvo muža majke i istom tužbom ističe zahtev za utvrđivanje sopstvenog očinstva, veštačenje DNK otiska je poželjno, iako se na taj način relativizuje zakonska pretpostavka o očinstvu muža majke i favorizuje biološka istina o poreklu deteta i interes biološkog oca da postane otac u pravnom smislu, kako je navedeno u obrazloženju presude Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Rev. 967/11, od 6. 10. 2011. godine: „Očinstvo muškarca koji je upisan u matičnu knjigu rođenih kao otac deteta može biti osporeno samo u parnici pred sudom opšte nadležnosti radi osporavanja očinstva, u zakonskim rokovima, a ne u postupku za utvrđivanje neistinitosti podataka upisanih u matičnu knjigu rođenih.“

U postupcima pred domaćim sudovima podvrgavanje medicinskom veštačenju je dobrovoljno, tj. ne postoji obaveza stranke u postupku da dozvoli da se na njenom telu obavljaju ispitivanja, između ostalog i DNK analiza, čak i kada ispitivanje nije štetno po zdravlje. Odbijanje stranke da se podvrgne medicinskom veštačenju sud ocenjuje slobodno i u vezi sa ostalim dokazima, kao i na osnovu rezultata celokupnog postupka prilikom izvođenja zaključaka o tome koje činjenice će uzeti kao dokazane i koji su razlozi takvog držanja stranaka prilikom utvrđivanja spornih činjenica. Domaća sudska praksa u ovakvim slučajevima jedinstveno podržava primenu pravila o teretu dokazivanja, posebno vodeći računa o poštovanju prava na suđenje u razumnom roku (čl. 6 EKLJP), afirmišući ideju da u ovim sporovima prednost treba dati pravu deteta da zna svoje poreklo.

Kako je već napomenuto, osim neophodne reforme normativnog okvira u pogledu sankcija u slučajevima kada stranka odbija da se podvrgne medicinskom veštačenju koje je sud naložio, potrebno je unaprediti procesno-pravne propise i rešenja koji uređuju sudske veštačenje (Mujović, 2018, p. 28). Važan element u tom procesu je unapređenje dosadašnje sudske prakse, pa je u tu svrhu uputno razmatranje prakse sudova u ovoj oblasti u pravnim sistemima u kojima postoje sankcije, poput nemačkog, švedskog, finskog, grčkog prava (Pejak-Prokeš & Veselinović, 2018, p. 301).

3. Referentna praksa Evropskog suda za ljudska prava

3.1. *Jevremović protiv Republike Srbije sa komentarom druge prakse u vezi sa pravom na identitet*

Postupak za utvrđivanje očinstva pokrenut je u junu 1999. godine kod nadležnog suda. U sledeće dve i po godine zakazano je devet ročišta, od kojih je pet održano, a ostala četiri su odložena. Tuženi, iako uredno pozvan, nije se pojavio u sudu najmanje dva puta. Na osnovu sudskog rešenja, Institut za transfuziju krvi je obavio analize krvi i na osnovu dostavljenih uzoraka utvrdio da je „vrlo moguće“ da je tuženi otac deteta jer je verovatnoća 97,14%. U periodu od godinu dana bilo je šest pokušaja da se obavi DNK analiza, ali je svaki put, za razliku od podnositeljki predstavki, tuženi, uredno pozivan, propustio da se pojavi u klinici gde je analiza zakazana. Nacionalni sud je početkom 2002. godine doneo odluku u korist podnositeljki predstavke kojom je utvrđeno očinstvo tuženog, delimično odobreno traženo izdržavanje deteta i doneto rešenje o privremenoj meri izdržavanja. U obrazloženju, između ostalog, sud se oslanja na nalaz Instituta za transfuziju krvi, kao i na propust tuženog da dođe u kliniku kako bi pristupio DNK analizi. U postupku po žalbi sud više instance je ukinuo presudu i predmet vratio na ponovno suđenje navodeći da tuženi očigledno nije bio u mogućnosti da pristupi DNK analizi, ali da bi, prema žalbenim navodima, sada bio spreman da to učini. U drugoj polovini 2003. godine, u tri posebna dana, pokušalo se sa DNK analizom, ali je tuženi i ovom prilikom propustio da dođe na kliniku gde je zakazana analiza. Podnositeljke predstavke su podnele i žalbu Ministarstvu pravde zbog odugovlačenja postupka, a nakon urgencije predsednika suda i davanjem uputstva predsedavajućem sudiji da u ovom predmetu postupi po hitnom postupku, odluka je doneta u korist podnositeljki predstavke. Navedeni razlozi su najvećim delom bili identični onima koji su sadržani u prethodnoj odluci.

Drugostepeni sud je u postupku po žalbi ponovo ukinuo odluku i predmet vratio nižem sudu na ponovno odlučivanje, smatrajući da parnične stranke treba ponovo saslušati, zatim da je potrebno precizno odrediti stvarni trenutak začeca kako bi se utvrdilo da li je druga podnositeljka predstavke imala seksualne odnose sa tuženim u to vreme, i da još jednom treba pokušati sa DNK analizom. Sud, dalje, ukazuje na to da ako tuženi opet ne bude ispitan, Opštinski sud bi trebalo da se obrati Institutu za transfuziju krvi kako bi se utvrdilo da li činjenica da je prva podnositeljka predstavke imala manje od godinu dana kada je poslednji put ispitana analiza krvi znači da sada treba naložiti novu analizu. U tom slučaju, posle novih analiza krvi, čak i bez DNK analize, treba doneti novu presudu, s obzirom na to da tuženi odbija da se podvrgne DNK analizi. Sredinom 2006. godine, tadašnji Opštinski sud, po treći put, donosi presudu kojom se utvrđuje da je tuženi biološki otac deteta i da je dužan da plaća doprinos za njeno izdržavanje. U obrazloženju, na osnovu odgovarajućih odredaba Porodičnog zakona, a pored toga, imajući u vidu mišljenje koje je drugostepeni sud izneo u jednoj od svojih odluka, sud prve instance je sa posebnom težinom razmatrao odbijanje tuženog da bude podvrgnut DNK analizi kao najpouzdanijem načinu za utvrđivanje očinstva ili isključivanje mogućnosti

očinstva. Drugostepeni sud je potvrdio prvostepenu presudu, a tuženi je uložio reviziju Vrhovnom sudu Srbije koji je potvrdio presude nižih sudova o očinstvu tuženog.

Evropski sud za ljudska prava je uzeo u obzir činjenicu da relevantno zakonodavstvo ne predviđa mogućnost da se tuženi podvrgne DNK analizi protiv svoje volje i smatrao je da ne postoji dokaz koji bi opravdao odbacivanje zahteva podnositeljki predstavke. U ovom predmetu Sud je utvrdio povredu prava na pravično suđenje (čl. 6 EKLJP), prava na delotvorni pravni lek (čl. 13 EKLJP) i prava na poštovanje privatnog života (čl. 8 EKLJP).

Sagledavanje odluke Evropskog suda u vezi sa povredom odredbe čl. 8 Konvencije odnosi se na to da postupak radi utvrđivanja veze između podnositeljke predstavke i njenog biološkog oca pripada sadržini čl. 8 zbog direktne povezanosti između utvrđivanja očinstva i privatnog života podnositeljke predstavke. U pogledu kršenja prava na poštovanje privatnog života, po mišljenju Suda, postojala je produžena neizvesnost maloletne podnositeljke predstavke u vezi sa njenim identitetom kao posledice dugog trajanja postupka utvrđivanja vanbračnog očinstva (Draškić, 2014, p. 515).

Sud pravilno zapaža da u srpskom pravu nisu predviđene mere prinude prema tuženom radi DNK testiranja, kao ni posledice odbijanja testiranja. Domaći sudovi mogli su da odluče na osnovu ocene pribavljenih dokaza i činjenice da jedna od stranaka uporno opstruira utvrđivanje relevantnih činjenica. Opštinski sud to je učinio u tri navrata, a Vrhovni sud je tek 2007. godine potvrdio odluku. Osobe kao što je prva podnositeljka predstavke imaju vitalni interes, zaštićen Konvencijom, da saznaju istinu o sopstvenom identitetu, s jedne strane. S druge strane, zaštita trećih lica isključuje mogućnost prinude na bilo kakvo medicinsko testiranje. Sistem kakav postoji u Srbiji može se smatrati usklađenim sa čl. 8 Konvencije i u okvirima granica slobode odlučivanja. U postojećem sistemu interes pojedinca koji traži utvrđivanje očinstva mora biti zaštićen na drugi način. U konkretnom slučaju nije ostvaren balans između prava podnositeljke na otklanjanje neizvesnosti u odnosu na njen identitet bez odlaganja i prava potencijalnog oca da se ne podvrgne DNK testiranju, i nije ostvarena pravična ravnoteža u zaštiti interesa uključenih lica.

Pitanje saznanja istine o sopstvenom poreklu u praksi Suda potpada pod pojam prava na privatni život i podrazumeva, s jedne strane, zaštitu prava na identitet i razvoj ličnosti, kao i pravo na uspostavljanje odnosa s drugim ljudima, odnosno pravo na utvrđivanje pravnog odnosa između deteta rođenog van braka i njegovog biološkog oca (*Mikulić v. Croatia*, par. 53 i 54; *Gaskin v. the United Kingdom*, par. 39), s druge strane. Uprkos tome što svaka osoba ima vitalni interes da sazna informacije o sopstvenom poreklu, stav je Suda da zaštita trećih lica može sprečiti da budu primorani na medicinsko testiranje, uključujući i DNK analizu. Iz bogate prakse Suda nedvosmisleno se može zaključiti da dokazivanje očinstva čini deo sadržine člana 8 Konvencije o ljudskim pravima, međutim, uspostavljanje pravične ravnoteže između interesa stranaka u postupku ograničeno je konceptom „polja slobodne procene“. Ovaj koncept je ustanovljen radi pomirenja potrebe poštovanja Konvencije i različite društvene, ekonomske političke, moralne i druge okolnosti koje se razlikuju među državama članicama Saveta Evrope. Iz tih razloga, države članice samostalno procenjuju koje su mere neophodne za obezbeđivanje poštovanja Konvencije.

Utvrđivanje roditeljstva protiv volje roditelja deteta je kao mogućnost isključena onda kada se majka poziva na pravo na anonimni porođaj. Institut anonimnog porođaja izričito je predviđen u francuskom pravu (čl. 326 francuskog Građanskog zakonika, koji je modifikovan ordnonansom br. 2005-759 (Ordonnance No. 2005-759)), i podrazumeva da podaci o prijemu majke u bolnicu i podaci o porođaju predstavlja tajnu³ čije odavanje ne može imati nikakve posledice u postupku koji bi mogao dovesti do promene porodičnog statusa deteta, odnosno u slučaju pokretanja postupka za utvrđivanje materinstva. S tim u vezi, Evropski sud za ljudska prava je u presudi u slučaju *Odièvre v. France* zaključio da Francuska nije prekorila granice polja slobodne procene između prava majke da ostane anonimna i prava deteta da zna istinu o svom poreklu, te da nije bilo povrede čl. 8 Konvencije. Po mišljenju Suda, francusko zakonodavstvo štiti zdravlje majke i deteta tokom trudnoće i porođaja, a u cilju izbegavanja abortusa ili napuštanja deteta (Jović, 2007, p. 408), i nastoji da uspostavi i obezbedi ravnotežu između dva suprotstavljena interesa. Povodom prava na anonimni porođaj u teorijskim raspravama preovladava shvatanje da su osnovna načela na kojima se temelji pravni status deteta jednakost i istina o poreklu, kao rezultat pouzdanosti i dostupnosti genetskih metoda utvrđivanja porekla (Fulchiron, 2006, pp. 206-207).

Istovremeno treba napomenuti da, u okvirima SE, ne postoji kosenzus o zaštiti prava dece začete uz biomedicinski potpomognutu oplodnju na saznanje istine o svom biološkom poreklu. Kako je preispitivanje regulativnih mehanizama o posledicama savremene reproduktivne medicine u nadležnosti država članica (Roagna, 2012, p. 51), postavlja se pitanje da li je opravdano očekivati uspostavljanje opštih načela u ovoj materiji uticanjem na polje slobodne procene država članica (Jović-Prlainović, 2018, p. 723).

Pravni aspekti biomedicinski potpomognute oplodnje u srpskom zakonodavstvu posebno su uređeni odredbama Porodičnog zakona, u vremenu kada biomedicinski potpomognuta oplodnja nije bila zakonski regulisana. Prema odredbi čl. 58 PZ-a, ocem deteta koje je začeto uz biomedicinsku pomoć smatra se muž majke, ako je za postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja dao pisani pristanak. Ocem deteta koje je začeto uz biomedicinsku pomoć smatra se i vanbračni partner majke, pod uslovom da je za postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja dao pisani pristanak. U oba slučaja očinstvo muškarca koji se smatra ocem deteta ne može se osporavati. U slučaju da dete nije začeto postupkom BMPO, muž (vanbračni partner) majke može podneti tužbu radi osporavanja sopstvenog očinstva u roku od godinu dana od dana saznanja za činjenicu da dete nije začeto postupkom BMPO, a najkasnije u roku od deset godina od rođenja deteta (čl. 252, st. 5 PZ). Na osnovu zakonske pretpostavke o bračnom očinstvu, ukoliko muž majke uskrati saglasnost na postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja, smatraće se ocem deteta i, ukoliko je reč o homolognoj artifcijelnoj inseminaciji, neće imati pravo na osporavanje očinstva s obzirom na to da je i biološki otac deteta. Međutim,

³ Žena koja rađa dete može „kovertirati“ svoj identitet, u kom slučaju dete preko institucije državnog saveta može dobiti informaciju o biološkom poreklu. To znači da žena ne mora dati podatke o svom identitetu ako to ne želi. U tom smislu, čl. L224-6 Zakona o socijalnoj zaštiti i porodici (*Code de l'action sociale et des familles*), predviđa da žena mora biti upoznata sa posledicama zahteva da ostane anonimna, te s pravima deteta da dobije informacije o svom biološkom poreklu.

za razliku od muža majke, u situaciji kada vanbračni partner nije dao saglasnost na postupak BMPO, te usled nepostojanja zakonske pretpostavke o vanbračnom očinstvu, njegovo očinstvo bi se moglo utvrditi priznanjem. Ako je propust učinjen u pripreмноj fazi postupka BMPO, dete i žena koja je dete rodila ne bi mogli da utvrđuju vanbračno očinstvo sudskim putem, zato što bi primena analogije sa bračnim očinstvom, kao način popunjavanja pravne praznine, u ovom slučaju bio neprihvatljiv.

3.2. Boljević protiv Republike Srbije

Podnosilac je u predstavi Evropskom sudu za ljudska prava (2014), a na osnovu čl. 8 EKLJP-a, isticao da mu je uskraćena mogućnost da dokaže svoje poreklo putem DNK analize, imajući u vidu da su redovni sudovi 2012. godine, zbog nastupanja zastarelosti, odbili njegov predlog za ponavljanje postupka za utvrđivanje očinstva, koji je pravosnažno okončan sedamdesetih godina prošlog veka.

Tok slučaja odvijao se na sledeći način: podnosilac predstavke je sve do 2011/12. godine smatrao nespornim da je njegov biološki otac gospodin A. Međutim, tokom ostavinskog postupka nakon smrti A, podnosilac predstavke je stekao saznanje o postojanju pravosnažne presude Okružnog suda u Zrenjaninu iz 1971. godine kojom je utvrđeno da A nije njegov biološki otac (po tužbi A za utvrđivanje očinstva). Okružni sud u Zrenjaninu i Vrhovni sud Vojvodine su ovakav zaključak doneli na osnovu izjava svedoka o tome kada su se A i majka podnosioca predstavke upoznali.

Podnosilac predstavke i njegova majka su početkom 2012. godine Višem sudu u Zrenjaninu podneli predlog za ponavljanje postupka utvrđivanja očinstva iz 1971. godine, ističući da je podnosilac predstavke za presudu iz 1971. godine saznao tek 2011. godine; da u vreme donošenja presude nije bilo moguće DNK testiranje, koje je sada, po nalogu suda, moguće; da je u matične knjige A sve vreme upisan kao otac podnosioca predstavke. Viši sud u Zrenjaninu je odbacio predlog kao neblagovremen, da bi Apelacioni sud u Novom Sadu odbio žalbu i potvrdio prvostepeno rešenje. Nadležni sudovi su u obrazloženju odluka naveli da se na osnovu novih činjenica predlog za ponavljanje postupka može podneti u roku od pet godina od pravosnažnosti presude, koji je, u konkretnom slučaju, istekao još 1977. godine. Drugostepeni sud je u obrazloženju odluke dodao da je irelevantna činjenica da je podnosilac predstavke za presudu iz 1971. godine saznao nedavno, s obzirom na to da je tokom postupka čije ponavljanje zahteva imao zakonskog zastupnika.⁴

Protiv ovog rešenja Apelacionog suda u Novom Sadu, podnosilac predstavke je podneo ustavnu žalbu zbog povrede prava na pravično suđenje i prava na jednaku zaštitu prava i na delotvorni pravni lek. Ustavni sud Republike Srbije je 2014. godine doneo rešenje (Už-2082/2012) i odbacio ustavnu žalbu uz konstataciju da se osporeni akt ne može dovesti u vezu sa povredom prava na pravično suđenje, a u odnosu na istaknutu povredu prava na delotvorni pravni lek Ustavni sud je ukazao da se ovim pravom garantuje dvostепенost u odlučivanju, odnosno pravo da se u postupku po žalbi ili drugom predviđenom pravnom leku pred organom više instance ispita zakonitost prvostepene odluke, što ne podrazumeva

⁴ <https://www.vk.sud.rs>

i pravo na pozitivan ishod drugostepenog postupka. Budući da je podnosilac predstavke imao i iskoristio parvo na žalbu protiv prvostepenog rešenja, Ustavni sud je njegovu žalbu i u ovom delu odbacio.

Prilikom razmatranja prihvatljivosti predstavke, Evropski sud za ljudska prava je ocenio da podnosilac predstavke nije bio dužan da iscrpi pravna sredstva u nacionalnom sistemu, te da bi Republika Srbija svoj stav o ovom pitanju mogla preispitati u budućim slučajevima. Naime, Republika Srbija je istakla prigovor da je podnosilac predstavke propustio da podnese tužbu za utvrđivanje očinstva na osnovu čl. 251, st. 1 Porodičnog zakona, kojim je predviđeno da dete može podneti tužbu radi utvrđivanja očinstva bez obzira na rok. Pored toga, tužena država se pozvala na stav Evropskog suda za ljudska prava iz presude *Jevremović protiv Srbije* (par. 101) u kojem se navodi da je „građanska parnica jedini put kojim je prva podnositeljka predstavke mogla utvrditi da li je tuženi njen biološki otac ili nije”. Ipak, po oceni Suda, Republika Srbija nije dostavila sudsku praksu kojom bi se dokazalo da se tužbom može utvrditi identitet biološkog roditelja pomoću DNK analize bez obzira na postojanje konačne sudske odluke o istom pitanju, a koja je doneta pre više decenija. U tom smislu, Evropski sud je u obrazloženju naveo da se ne može uspostaviti analogija sa slučajem *Jevremović* i u tom delu odbio prigovor naše zemlje. Takođe, prigovor Republike Srbije da je podnosilac predstavke u ustavnoj žalbi istakao samo povredu prava na pravično suđenje i prava na delotvorni pravni lek na krajnje uopšten način, ne dovodeći u vezu sadržinu ova dva prava sa okolnostima konkretnog slučaja, Evropski sud za ljudska prava je odbio. Po mišljenju Suda, podnosilac predstavke je pred Ustavnim sudom prećutno izneo pritužbu koju je potom ponovio i u predstavi, imajući u vidu da je u ustavnoj žalbi, pored ostalog, naveo da mu je uskraćeno pravo da utvrdi pravi identitet svog biološkog oca uz pomoć DNK testa, a što je u suprotnosti sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.

Evropski sud je utvrdio da je povređeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Očuvanje pravne sigurnosti nije dovoljan osnov da se podnosiocu predstavke uskrati pravo na saznanje istine o sopstvenom poreklu i o bitnom aspektu svog ličnog identiteta, posebno zbog specifičnih okolnosti njegovog slučaja i značaja koji je imao za njega.

Sud je u presudi *Boljević protiv Republike Srbije* stao na stanovište da domaće zakonodavstvo nije omogućilo da se uzmu u obzir relevantni elementi specifične situacije u kojoj se našao podnosilac predstavke ili da se uspostavi ravnoteža relevantnih interesa, a da domaći sudovi, zbog isteka zakonom predviđenih rokova nisu bili u mogućnosti da suštinski razmatraju zahtev podnosioca predstavke. Sud ponavlja da njegov zadatak nije da zameni nadležne domaće organe u regulisanju sporova o utvrđivanju očinstva na nacionalnom nivou, već da preispita, na temelju Konvencije, odluke koje su ti organi doneli prilikom procenjivanja, odnosno da ispita da li je tužena država ispunila svoje pozitivne obaveze iz čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima (st. 45).

4. Zaključna razmatranja

Uloga Evropskog suda za ljudska prava je veoma značajna u oblasti porodičnog prava u kojoj države članice Konvencije imaju visok stepen autonomije u uređivanju porodičnih odnosa (Jakovac-Lozić, 2011, p. 1134). Saznanje istine o biološkom poreklu zasnovano na rezultatima savremenih naučnih metoda koji ne ostavljaju prostora sumnji omogućava da pojedinac postane vidljiv i prepoznatljiv u društvu, a važan element te prepoznatljivosti jeste i poznavanje sopstvenog biološkog porekla (Draškić, 2014, p. 254).

Pravo na poštovanje privatnog života podrazumeva da svako treba da bude u mogućnosti da utvrdi detalje o sopstvenom identitetu polazeći od važnosti informacija takve vrste na razvoj ličnosti. Pravo na uspostavljanje odnosa podrazumeva formiranje pravnog odnosa između deteta i njegovog biološkog oca (*Mikulić v. Croatia*, par. 53 i 54). Ovom presudom Evropski sud za ljudska prava je uspostavio paradigmu u pravosudnom pristupu utvrđivanja očinstva u vezi sa razvojem ličnog identiteta – pravo na saznanje istine o genetskom poreklu je u tesnoj vezi sa pravom na identitet.⁵

U nacionalnim jurisdikcijama država članica SE zastupljena su različita rešenja u vezi sa postupanjem u slučajevima kada potencijalni otac odbije da se podvrgne testovima potrebnim za utvrđivanje činjenica o biološkom poreklu. U nekim pravnim sistemima nepodvrgavanje medicinskim analizama sankcionisano je novčanom ili zatvorskom kaznom, dok u drugim, nepostupanje po nalogu suda aktivira pretpostavku očinstva, odnosno smatra se nepoštovanjem suda i može imati za posledicu krivično gonjenje. Kada se očinstvo ne može utvrditi putem DNK analize, države članice moraju obezbediti interese pojedinaca za utvrđivanje očinstva alternativnim sredstvima, vodeći računa o postojanju pravične ravnoteže između prava na saznanje porekla i prava potencijalnog oca da se ne podvrgne ovom vidu medicinskog veštačenja.

Sasvim je izvesno da primena DNK analize u paternitetskim parnicama ima značajnu ulogu u otklanjanju i najmanje sumnje u vezi sa poreklom deteta. Iz predmeta o kojima je u ovom radu bilo reči mogu se spoznati stavovi Evropskog suda za ljudska prava o domašaju čl. 8 Konvencije u paternitetskim sporovima, vanbračnom očinstvu posmatranom u okviru prava na porodični život svih učesnika tog odnosa, te uloji i važnosti DNK testiranja za utvrđivanje biološke i pravne istine.

Postupci dokazivanja očinstva nesumnjivo ulaze u opseg čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, te tako, iako je prvenstveni zadatak Suda da presuđuje u predmetima koji se tiču utvrđivanja biološke veze između deteta rođenog van braka i biološkog oca (Roagna, 2012, p. 25), odgovor u pogledu primene odredbe ovog člana neće se razlikovati u postupku koji se odnosi na osporavanje očinstva, odnosno prekidanje postojećih porodičnih veza (*Rasmussen v. Danmark*, par. 33). U svim postupcima koji se tiču utvrđivanja biološke istine porekla deteta, Sud će okolnosti konkretnog slučaja posmatrati u svetlu prava na

⁵ O utvrđivanju biološke veze deteta rođenog van braka i njegovog biološkog oca rešavano je u slučajevima: *Backlung v. Finland*, predstavka br. 36498/05 (6.10.2010.); *Jäggi v. Swetzerland*, predstavka br. 58757/00 (13. 7. 2006); *Haas v. Netherlands*, predstavka br. 31322/07 (20. 6. 2011); *Ebru and Tayfun Engin Colak v. Turkey*, predstavka br. 60176/ 00 (30. 5. 2006); *Kalacheva v. Russia*, predstavka br. 3451/05 (7. 5. 2009); *Grönmark v. Finland*, predstavka br. 17038/04 (6. 10. 2010).

poštovanje privatnog života (*Anayo v. Germany*, par. 58). U praksi Suda prihvaćen je fleksibilan pristup pojmu „privatni život“ iz razloga što se sadržina ovog prava ne može unapred odrediti (Jović-Prlainović, 2017, p. 184).

Literatura

- Bukvić, N. 2005. Genetski testovi. *Medicus*, 6(1), pp. 38–40.
- Canki-Klain, N. 2011. Genetsko savjetovanje, genetsko testiranje i prenatalna dijagnostika FSHD. *Poslijediplomski tečaj Novosti u kliničkoj genetici: molekularna dijagnostika, terapija i prevencija facioskapulohumeralne mišićne distrofije (FSHD)*. Zagreb: Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, pp. 121–127.
- Cvejić-Jančić, O. 2009. *Porodično pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet.
- Čizmić, J. 2011. O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Rijeci*, 32(1), pp. 473–508.
- Draškić, M. 2015. *Komentar Porodičnog zakona*. Beograd: Službeni glasnik.
- Draškić, M. 2014. *Porodično pravo i prava deteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Fulchiron, H. 2006. Égalité, Vérité, Stabilité: The New French Filiation Law after the Ordonnance of 4 July 2005. In: Bainham, A. (eds.), *International Survey of Family Law*. Bristol: Jordan Publishing Limited, pp. 203–216.
- Jakovac-Lozić, D. 2011. Prosudbe Europskog suda za ljudska prava temeljene na dovezima suvremenih dokaznih sredstava u paternitetskim postupcima. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 63(4), pp. 1131–1180.
- Jović, O. 2007. Pravo deteta na život, opstanak i razvoj – pravo na prekid trudnoće protiv prava na anonimni porođaj. *Pravni život*, 10, pp. 395–410.
- Jović-Prlainović, O. 2017. Značaj DNK analize u paternitetskim parnicama u okviru prava na poštovanje privatnog života. *Pravni život*, 10, pp. 179–194.
- Jović-Prlainović, O. 2018. Aspekti biomedicinski potpomognute oplodnje – praksa Evropskog suda za ljudska prava. *Pravni život*, 9, pp. 721–735.
- Kovaček-Stanić, G. 2014. *Porodično pravo, partnersko, dečje i starateljsko pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet.
- Kovaček-Stanić, G. 2011. Autonomija versus materijalna istina u komparativnom pravu o porodičnom statusu deteta. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, pp. 195–222.
- Mujović, H. 2018. *Sudskomedicinska veštačenja u teoriji i praksi medicinskog prava*. Beograd: Institut društvenih nauka.
- Obradović, D. 2006. Primena DNK veštačenja od strane javnog tužioca prema novom Zakoniku o krivičnom postupku. U: *Implementacija novog Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Pravosudni centar – Udruženje tužilaca Srbije. Dostupno na: <https://chrin.org.rs>, (10. 2. 2021).
- Pejak-Prokeš, O. & Veselinović, I. 2018. Sporovi za utvrđivanje i osporavanje materinstva i očinstva – dokazivanje spornog očinstva medicinskim veštačenjem metodom DNK analize. U: Draškić, M., Šarkić, N. & Arsić, J. (ur.), *Porodični zakon – dvanaest godina*

- posle*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, pp. 297–306.
- Ponjavić, Z. 2004. Primena DNK otiska u postupku utvrđivanja porekla deteta. *Pravni život*, 9, pp. 895–916.
- Roagna, I. 2012. *Zaštita prava na poštivanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*. Strasbourg: Generalni direktorat za ljudska prava i vladavinu prava, Vijeće Evrope.

Internet izvori

Centar za genetiku. n.d. Dostupno na: <http://www.dnk.rs>, (22. 1. 2021).

Pravni izvori

Srbija

- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.
- Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 i 6/2015.
- Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/15, 40/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018, 87/2018, 88/2018.
- Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.
- Zakon o ratifikaciji Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 (ispr.).
- Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.
- Zakon o nacionalnom DNK registru, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2018.
- Sednica Građanskog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu, 16. novembar 2015. godine, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu* br. 8, Beograd 2016.

Francuska

- Građanski zakonik Francuske. Code Civil. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>.
- Ordonnance No. 2005-759, *Journal Officiel* du 6 juillet 2005 en vigueur le juillet 2006. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000451869/>.
- Zakon o socijalnoj zaštiti i porodici (Code de l'action sociale et des familles), *Journal Officiel*, 2000-12-23, no 297.

Savet Evrope

- Preporuka Saveta Evrope o zaštiti medicinskih podataka (Recommendation No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data, Feb. 13, 1997). Dostupno na: <https://www.who.int/genomics>, (23. 2. 2021).

Sudska praksa

Praksa domaćih sudova

Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 220/10, 17. 3. 2010.
Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 967/11, 6. 10. 2011.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava

Anayo v. Germany, predstavka br. 20578/07, 21. 3. 2011.
Backlung v. Finland, predstavka br. 36498/05, 6. 10. 2010.
Boljević protiv Republike Srbije, predstavka br. 47443/14, 16. 6. 2020. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2020.
Ebru and Tayfun Engin Colak v Turkey, predstavka br. 60176/ 00, 30. 5. 2006.
Gaskin v. the United Kingdom, predstavka br. 10454/83, 7. 7. 1989.
Grönmark v. Finland, predstavka br. 17038/04, 6. 10. 2010.
Haas v. Netherlands, predstavka br. 31322/07, 20. 6. 2011.
Jäggi v. Swetzerland, predstavka br. 58757/00, 13. 7. 2006.
Jevremović protiv Republike Srbije, predstavka br. 3150/05, 17. 7.2007. godine.
Kalacheva v. Russia, predstavka br. 3451/05, 7. 5. 2009.
Mikulić v. Croatia, predstavka br. 53176/99, 4.2.2012.
Odièvre v. France, predstavka br. 42326/98, 13. 2. 2003.
Rasmussen v. Danmark, predstavka br. 8777/79, 28. 11. 1984.

Olga S. Jović-Prlainović, PhD

Full Professor, Faculty of Law of the University of Priština,
headed in Kosovska Mitrovica, Serbia
e-mail: olga.jovic@pr.ac.rs

JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS V. THE REPUBLIC OF SERBIA ON THE APPLICATION OF GENETIC TESTING IN PATERNITY LITIGATION

Summary

The case law of the European Court of Human Rights is of great importance for the formulation of human rights standards as it applies the European Convention on Human Rights by interpreting the prescribed rights and freedoms taking into account social reality and legal regulation in Council of Europe member states. When joining this political organization the Republic of Serbia carried out the procedures of adjusting the legislation to the convention requirements, so that, in normative sense, Serbian family law systematically follows modern standards of human rights protection. The decisions

of the Court in cases in which the issues of establishing paternity was applied by DNA analysis are conditioned by the circumstances of each individual case. In this paper research is devoted to the two judgments of the European Court of Human Rights versus Republic of Serbia on determining the origin of the child from the father judgements that have a family law in the narrow sense in which Court took the position that domestic legislation did not take into account the relevant elements of the case, the possibility to establish a balance of relevant interests when determining the identity of the biological father regarding DNA analysis. By definition genetic testing implies the analysis of one genome and its products, its function or DNA or chromosomal analysis aimed at identifying or contradicting certain facts. This method involves comparing the DNA profile of a child with DNA profile of the potential father by comparing locus – specific gene location or DNA region on chromosome – which differ in their structure and length, so that non-blood person have different structure of the molecule in each analyzed locus, while biological relatives have the same structure. This means that their DNA profiles have visible traces of genetic heritage. Although every person has a vital interest in finding out information that complete his/her own knowledge of his/her background it is important to know that third party protection can prevent him/her from being forced into medical testing of any kind, including DNA analysis. Member States have different solutions to deal with in cases where a potential father refuses to undergo tests necessary to establish facts of a biological origin. In some jurisdictions non-compliance with medical testing is sanctioned by monetary or imprisonment penalty, while in others it is for the failure to act on a warrant the court activates the presumption of paternity. When paternity cannot be determined by DNA analysis, Member States must provide the determination of paternity by alternative means of evidence taking into account the existence of a fair balance between the right to know the origin and the right of potential father not to undergo this type of medical expertise.

Keywords: establishing paternity, DNA analysis, the right to respect private and family life.

Primljeno: 16. 2. 2021.

Izmenjeno: 12. 3. 2021.

Prihvaćeno: 31. 3. 2021.

KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA UGROŽENIH DIVLJIH BILJNIH I ŽIVOTINJSKIH VRSTA I IZAZOVI PRAVNE PRAKSE

Sažetak

Krivičnopravna zaštita predstavlja jedan od važnih delova sistema zaštite biodiverziteta, jer jasno šalje poruku o osudi ponašanja i aktivnosti koji negativno utiču na životnu sredinu i opstanak biljnih i životinjskih vrsta. Ovo je posebno značajno za zaštitu divljih vrsta koje su naročito ugrožene nekontrolisanom i preteranom eksploatacijom. U ovom radu se razmatra krivičnopravna zaštita ugroženih divljih vrsta, naročito u odnosu na zaštićene i strogo zaštićene vrste i šumske ekosisteme. Posebno se sagledavaju izazovi u krivičnopravnoj zaštiti životne sredine i biodiverziteta u Bosni i Hercegovini, Republici Srbiji, Crnoj Gori i Republici Hrvatskoj iz ugla efikasne primene krivičnih odredaba u praksi. Nakon sagledavanja različitih izazova, daju se preporuke za unapređenje krivičnopravne zaštite biodiverziteta.

Ključne reči: zaštita životne sredine, zaštita biodiverziteta, divlje biljne vrste, divlje životinjske vrste, zaštićene vrste, krivična dela protiv životne sredine.

1. Uvod

Raznovrsnost biodiverziteta je važan deo očuvanja ekosistema i života na zemlji. Biodiverzitet ima veliku ulogu u obezbeđivanju čiste vode, čistog vazduha i plodnog zemljišta. Korišćenje biljnih i životinjskih vrsta za ishranu, proizvodnju lekova i proizvodnju energije u ovoj fazi razvoja sveta je osnovni način opstanka čoveka. Procenjuje se da se oko 7000 biljnih vrsta koristi za ljudsku ishranu, a da se oko 70.000 vrsta koristi u oblasti tradicionalne i moderne medicine (Rawat & Agarwal, 2015, p. 21). Proizvodnja jedne trećine hrane u svetu, uključujući 87 od ukupno 113 useva, direktno ili indirektno zavisi od oprašivanja od strane insekata, slepih miševa ili ptica (Rawat & Agarwal, 2015, p. 21). Sva živa bića međusobno su povezana i ugrožavanje svakog od njih utiče na remećenje ekosistema i dovodi u pitanje i sam opstanak čoveka na zemlji.

Ekonomski i društveni razvoj čovečanstva od industrijske revolucije do danas zasnivao se na neograničenom i neodrživom korišćenju resursa planete, uključujući i neograničenu eksploataciju biodiverziteta. Milenijumska procena ekosistema (MA Ecosystem Assessment) ukazala je da su ljudi u poslednjih pedeset godina najviše narušili

* Doktor pravnih nauka, advokatica, Advokatska kancelarija Milena Banić, Srbija, e-mail: milena.banic@gmail.com

ekosistem u celokupnoj ljudskoj istoriji zbog zadovoljenja svojih potreba za vodom, hranom, ogrevom, gorivom i tkaninama. To je prouzrokovalo do sada najveći gubitak biodiverziteta na zemlji (Alcamo & Bennett, 2005, p. 1). Prema poslednjim izveštajima, populacija vrsta na zemlji u periodu od 1970. do 2016. godine smanjena je za 68% (Grooten & Petersen, 2020, p. 10). Ovakav drastičan nestanak biodiverziteta zahteva efikasno uspostavljanje mehanizama za njegovo očuvanje, unapređenje i zaštitu. Naročito je važno da se zaštita hitno obezbedi onim vrstama koje su najugroženije, kako bi se sprečilo njihovo izumiranje.

Ovaj rad sagledava izazove u krivičnopravnoj zaštiti ugroženih divljih biljnih i životinjskih vrsta, kao dela zaštite biodiverziteta i životne sredine, naročito u odnosu na zaštićene i strogo zaštićene vrste i šumske ekosisteme. U radu se analiziraju krivična dela koja su od posebnog značaja za zaštitu ugroženih divljih biljnih vrsta, inkriminisana u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Republike Srbije i Republike Hrvatske, a u skladu sa Direktivom 2008/99/EC o zaštiti životne sredine kroz okvire krivičnog prava. Razmatraju se i upoređuju dostupni podaci o postupanjima tužilaštva i sudova u krivičnim delima protiv životne sredine iz ugla zaštite biodiverziteta u navedenim državama u regionu, koji ukazuju na izazove u praksi i daju se preporuke za unapređenje krivičnopravne zaštite ugroženih divljih biljnih i životinjskih vrsta.

2. Biodiverzitet i njegova preterana eksploatacija

Biodiverzitet se definiše kao „raznovrsnost organizama u okviru vrste, među vrstama i među ekosistemima i obuhvata ukupnu raznovrsnost gena, vrsta i ekosistema na lokalnom, nacionalnom, regionalnom i globalnom nivou” (Zakon o zaštiti životne sredine RS 2004, čl. 3). Tačan broj vrsta koje žive na planeti do sada nije poznat, već se zasniva na različitim metodama procene. Neki autori procenjuju da postoji između 3 i 100 miliona vrsta (May, 1988, pp. 1441–1449), dok drugi smatraju da postoji 8,7 miliona vrsta (Mora *et al*, 2011, p. 1). Neke vrste još uvek nisu dokumentovane u dovoljnoj meri. Tako Izveštaj o stanju biodiverziteta za hranu i poljoprivredu ukazuje da mnoge vrste koje su uključene u sistem proizvodnje useva, posebno mikroorganizmi i beskičmenjaci koji često žive u zemljištu nikada nisu dokumentovani (Bélangier & Pilling, 2019, p. 410).

Jedan od najvećih uzročnika gubitka biodiverziteta na zemlji je preterana eksploatacija biljnih i životinjskih vrsta, koja se zasniva na njihovom nekontrolisanom i preteranom iskorišćavanju (Grooten & Almond, 2018, p. 28). Preterana eksploatacija ima za cilj trgovinu biljnim i životinjskim vrstama radi sticanja profita ili radi namirenja ličnih potreba za hranom, ogrevom, odećom i drugim materijalnim dobrima. Ona najčešće obuhvata eksploataciju šuma i divljih biljnih i životinjskih vrsta, a temelji se na nelegalnim aktivnostima koje predstavljaju kršenje propisanih odredaba međunarodnog i nacionalnog zakonodavstva.

Sve divlje vrste mogu da budu predmet trgovine i preterane eksploatacije, ali je iz ugla gubitka biodiverziteta naročito zabrinjavajuća trgovina i preterana eksploatacija strogo zaštićenih i zaštićenih vrsta. Strogo zaštićene vrste su „vrste kojima preti opasnost od izumiranja, a zahvaćene su ili mogu da budu zahvaćene prometom. Promet ovih vrsta se može dozvoliti samo u izuzetnim slučajevima i mora da podleže naročito strogim

propisima kako se ne bi ugrožavao njihov opstanak i može se dozvoliti samo u izuzetnim slučajevima“ (Zakon o potvrđivanju Konvencije o međunarodnom prometu ugroženih vrsta divlje faune i flore RS, 2001, čl. II, st. 1). Zaštićene vrste su vrste „kojima trenutno ne pretila opasnost od izumiranja, ali može da zapreti ukoliko se promet jedinki takvih vrsta ne podvrgne strogim propisima, kako bi se izbeglo da se te vrste koriste na način kojim se ugrožava njihov opstanak“ (čl. II, st. 2, tač. 1). To su najčešće vrste koje liče na vrste koje treba štiti.

Još jedan zabrinjavajući vid eksploatacije predstavlja krčenje i uništavanje šuma koje se sprovodi na ilegalan način, sečom ili oštećenjima stabala, bilo zbog prodaje i sticanja profita ili namirenja ličnih potreba. Ovaj vid eksploatacije ozbiljno zabrinjava jer utiče na degradaciju šumskih ekosistema koji predstavljaju jedan od osnova za obezbeđenje vazduha i života na zemlji.

3. Krivičnopravna zaštita ugroženih divljih biljnih i životinjskih vrsta

Zaštita i očuvanje biodiverziteta podrazumeva, s jedne strane, sprečavanje uništavanja i oštećivanja biljnih i životinjskih vrsta a, s druge strane, kontrolu njihovog korišćenja i prometa. Zaštita strogo zaštićenih i zaštićenih divljih vrsta sprovodi se zabranom korišćenja ovih vrsta ukoliko su u pitanju strogo zaštićene vrste ili ograničenjem korišćenja, ukoliko su u pitanju zaštićene vrste (Pravilnik o proglašenju i zaštiti strogo zaštićenih i zaštićenih divljih vrsta biljaka, životinja i gljiva RS, 2010, čl. 3–6). Ograničenje korišćenja zaštićenih vrsta zasniva se na kontroli sakupljanja, korišćenja i prometa zaštićenih vrsta putem izdavanja različitih dozvola za sakupljanje divljih vrsta. Kada je u pitanju zaštita šumskih vrsta, koje ne spadaju u strogo zaštićene ili zaštićene vrste, njihovo sakupljanje i korišćenje takođe podleže različitim propisima dobijanja dozvola kojima se uređuje održivo upravljanje šumama, a u skladu sa programima za održivo korišćenje šuma koje donose pravna lica koja gazduju i upravljaju šumama (Zakon o šumama, 2010, čl. 59).

Uprkos propisanim ograničenjima, odnosno zabranama korišćenja ugroženih divljih biljnih i životinjskih vrsta i šumskih ekosistema kroz sistem izdavanja dozvola i vršenja inspekcijiskog nadzora, u praksi postoje brojni slučajevi uništavanja i ugrožavanja ovih vrsta i njihovog ilegalnog prometa, čije efikasnije suzbijanje se može ostvariti jedino kroz krivično zakonodavstvo. Tako i Direktiva 2008/99/EC o zaštiti životne sredine kroz okvire krivičnog prava (u daljem tekstu: Direktiva 2008/99/EC) naglašava da iskustvo pokazuje da administrativne sankcije i mehanizmi naknade u okviru građanskog prava nisu dovoljni da se postigne potpuno poštovanje zakonodavnog okvira u oblasti zaštite životne sredine i da je potrebno postojeći sistem ojačati postojanjem krivičnih sankcija, kako bi se pokazala društvena osuda aktivnosti koje su štetne po životnu sredinu (Direktiva 2008/99/EC, uvod, tač. 2–3).

Prepoznavanje životne sredine, kao primarnog objekta zaštite u krivičnom pravu, razvija se paralelno sa razvojem ekološke svesti i novog koncepta održivog razvoja, kao odgovora na posledice neodrživih ekonomskih praksi koje su dovele do ozbiljnog zagađenja životne sredine. Održivi razvoj treba da bude takav da zadovolji sadašnje potrebe ljudi,

ali na način da ne ugrozi mogućnost da i buduće generacije zadovolje svoje potrebe (UN General Assembly, 1987).

U krivičnopravnoj teoriji postoje različita shvatanja o tome šta predstavlja zaštitni objekat krivičnih dela protiv životne sredine i da li je to životna sredina ili čovek. Neki autori idu više ka biocentričkom pristupu i životnu sredinu smatraju kao zaštićeno dobro *per se* (Lilić & Drenovak, 2010, p. 59), dok drugi smatraju da krivično pravo stoji na temeljima antropocentričkog pristupa¹ i da je zaštitni objekat dela protiv životne sredine isključivo čovek, odnosno njegovo pravo na zdravu životnu sredinu (Stojanović, 1995, p. 295; Joldžić, 2014, p. 166). U filozofskim pravcima biocentrizma, pa i ekocentrizma, koji su temelj koncepta održivog razvoja i ekološkog prava, sve više se prepoznaje da čovek nije jedino prioritetno biće na zemlji koje ima pravo da neograničeno koristi sve prirodne resurse radi zadovoljenja svojih potreba, već da je deo holističkog sistema koji čine sva živa bića. U skladu sa ovim shvatanjima zaštitni objekat krivičnih dela protiv životne sredine je i sama životna sredina, a u kontekstu zaštite biodiverziteta i biljni i životinjski svet na zemlji, odnosno ugrožene divlje biljne i životinjske vrste i šumski ekosistemi.

Krivična dela protiv ugroženih divljih biljnih i životinjskih vrsta i šumskih ekosistema propisana su u okviru grupe krivičnih dela protiv životne sredine (Krivični zakonik Republike Srbije, 2005, čl. 260–277, Krivični zakonik Republike Srpske, 2018, čl. 370–393, Kazneni zakon Republike Hrvatske, 2011, čl. 193–214), odnosno grupe krivičnih dela protiv životne sredine i uređenja prostora (Krivični zakonik Crne Gore, 2003, čl. 303–326c), odnosno protiv životne sredine, poljoprivrede i prirodnih dobara (Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, 2003, čl. 303–322; Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, 2018, čl. 297–316). Sva dela inkriminisana u okviru grupe krivičnih dela protiv životne sredine mogu se dovesti u vezu i sa zaštitom biodiverziteta, direktno ili indirektno, imajući u vidu međusobnu povezanost svih prirodnih resursa za opstanak ekosistema na zemlji. Zato i ne čudi da je zakonodavac u nekim krivičnim delima kojima se inkriminiše zagađenje različitih ekosistema, kao što su vazduh ili voda ili nedozvoljeno korišćenje opasnih materija, posledicu u vidu uništenja ili oštećenja životinjskog ili biljnog sveta velikih razmera propisao kao kvalifikatorni oblik krivičnog dela, za koji je zaprećena stroža kazna.² Ipak, iz ugla krivičnopravne zaštite ugroženih divljih biljnih i životinjskih vrsta i šumskih ekosistema u daljem tekstu ovog rada razmatra se efikasnost krivičnopravne zaštite u odnosu na najvažnija krivična dela u oblasti zaštite biodiverziteta, i to: krivično

¹ Antropocentrizam predstavlja filozofski pravac koji polazi od toga da samo ljudi poseduju unutrašnje moralne vrednosti i da su samo njihove vrednosti podložne moralnim razmatranjima, dok ostatak prirode služi ljudima da ostvare svoje ciljeve i kao takav ima samo instrumentalnu vrednost. Ovakav pristup je osnov za antropocentričku ideologiju po kojoj čovek, kao superiorno biće u prirodi ima pravo da upravlja florom, faunom i planetom Zemljom i da iskorišćava sve resurse i bića radi napretka čoveka kao najvažnije vrednosti. Ovaj pravac je u suprotnosti sa filozofijom biocentrizma i ekocentrizma, koje u centar vrednovanja stavljaju život, a ne čoveka, smatrajući da su sva živa bića na planeti jednako važna, s tim što ekocentrizam dodatno zagovara i važnost očuvanja svih ekosistema uključujući mora, planine, reke, stene i drugo. Za više informacija pogledati na primer Goralnik & Nelson, 2012, pp. 145–155.

² Pogledati na primer krivična dela iz čl. 260, 263 i 266 Krivičnog zakonika Republike Srbije, krivična dela iz čl. 297 Krivičnog zakonika Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, čl. 303 Krivičnog zakonika Federacije Bosne i Hercegovine, čl. 370, 371 i 374 Krivičnog zakonika Republike Srpske, čl. 303, 303a, 304, 305, 306, 307, 313 i 314 Krivičnog zakonika Crne Gore, čl. 196, 210 i 211 Kaznenog zakonika Republike Hrvatske.

delo zagađenje životne sredine, koje predstavlja osnovno delo u oblasti zaštite životne sredine (Joksić, 2012, p. 24), a čiji kvalifikovani oblik posebno štiti uništenje i oštećenje biodiverziteta i krivično delo oštećenje i iznošenje u inostranstvo zaštićenog prirodnog dobra³, kao osnovno delo u oblasti zaštite ugroženih divljih vrsta, čiji kvalifikovani oblik se odnosi na protivpravni izvoz ili uvoz strogo zaštićenih i zaštićenih vrsta koje su često predmet ilegalnog prometa upravo zbog njihove vrednosti. Iz ugla zaštite šumskih ekosistema biće razmotreni krivično delo pustošenje šuma, koje je od velikog značaja za zaštitu šuma i sprečavanje ilegalne seče ili oštećenja drveća, čiji kvalifikovani oblik posebno štiti šume u zaštićenim područjima i time i u smislu generalne prevencije dodatno ističe značaj zaštite šuma u područjima koja uživaju poseban režim zaštite, kao i krivično delo šumska krađa,⁴ koje takođe šalje jasnu poruku da su ilegalna seča i prodaja drveta zabranjene i posebno štiti u svom kvalifikovanom obliku zaštićene šume, nacionalne parkove ili šume sa posebnom namenom, i sprečava obaranje veće količine drveta.

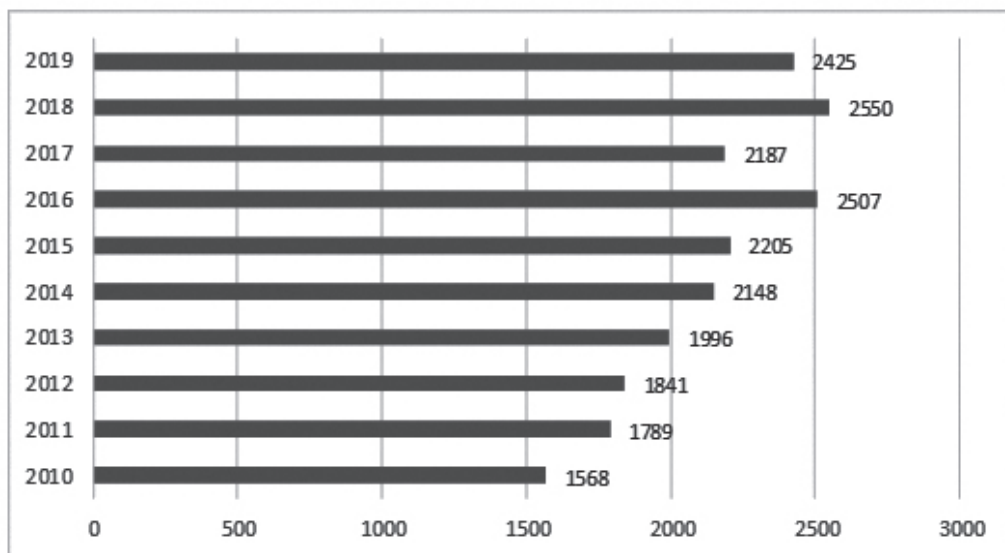
4. Izazovi krivičnopravne zaštite ugroženih divljih biljnih i životinjskih vrsta u praksi

Neefikasna primena zakona u praksi je glavna prepreka u sprečavanju ilegalne trgovine divljim biljnim i životinjskim vrstama i šumskim ekosistemima (Schlingemann, 2017, p. 7). U krivičnom zakonodavstvu Srbije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine prepoznat je značaj krivičnopravne zaštite životne sredine i biodiverziteta u skladu sa Direktivom 2008/99/EC u smislu inkriminacije ovih krivičnih dela u krivičnom zakonodavstvu. Međutim, analiza primene krivičnih odredaba u praksi ukazuje na nedovoljnu primenu propisanih odredaba i neefikasnost krivičnopravne zaštite.

U celom regionu broj krivičnih prijava koje se podnose za krivična dela protiv životne sredine je veoma nizak. U Srbiji je u poslednjih deset godina prijavljivanje krivičnih dela protiv životne sredine povećano za skoro 50%, kao što je prikazano na Slici 1, ali to i dalje čini svega 2,6% od ukupnog broja podnetih prijava (Republički zavod za statistiku Republike Srbije, 2020, p. 13).

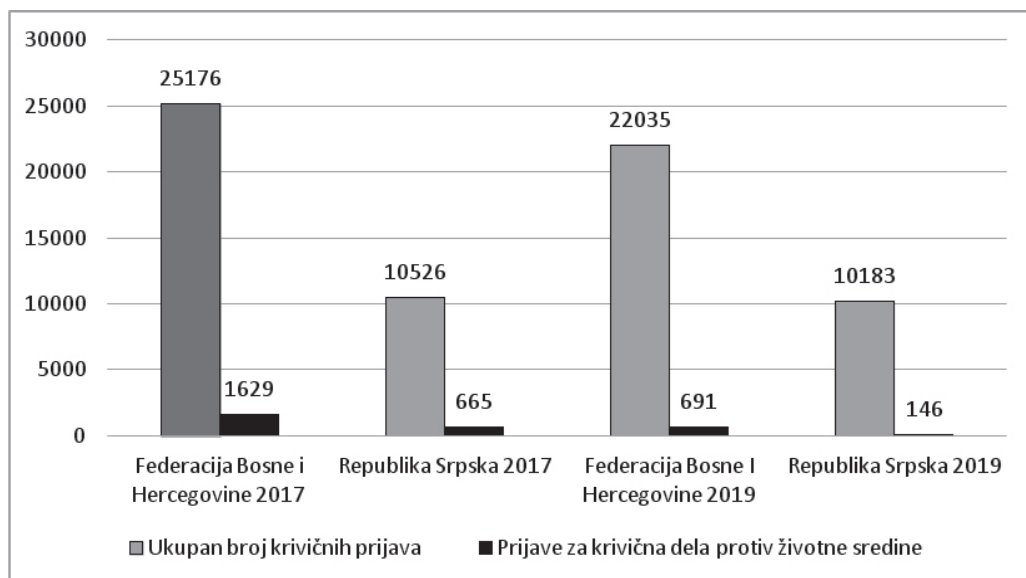
³ Krivično delo kojim se inkriminišu radnje oštećenja, uništenja i nelegalnog uvoza i izvoza zaštićenih divljih biljnih i životinjskih vrsta je različito uređeno u krivičnom zakonodavstvu Srbije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine. Navedeni naziv se odnosi na zakonodavstvo Srbije; u Bosni i Hercegovini ovo krivično delo se zove oštećenje, uništenje i nedozvoljeni izvoz spomenika kulture i zaštićenih objekata prirode (čl. 321 Krivičnog zakonika Federacije Bosne i Hercegovine i čl. 301 Krivičnog zakonika Brčko distrikta), uništenje ili oštećenje zaštićenih prirodnih vrednosti ili dobara (čl. 375 Krivičnog zakonika Republike Srpske). U Crnoj Gori i Republici Hrvatskoj radnje uništenja i oštećenja zaštićenih vrsta inkriminirane su u krivičnom delu uništenje i oštećenje zaštićenog prirodnog dobra (čl. 310 Krivičnog zakonika Crne Gore), odnosno uništavanje zaštićenih prirodnih vrijednosti (čl. 200 Kaznenog zakonika Republike Hrvatske), dok su radnje ilegalnog uvoza i izvoza zaštićenih vrsta inkriminirane krivičnim delom iznošenje i unošenje zaštićenog prirodnog dobra i posebno zaštićene biljke i životinje i trgovanje njima (čl. 311 Krivičnog zakonika Crne Gore), odnosno trgovanje divljim vrstama (čl. 202 Kaznenog zakonika Republike Hrvatske).

⁴ Ovdje je važno napomenuti da Kazneni zakonik Republike Hrvatske i Krivični zakon Republike Srpske sadrže samo krivično delo pustošenje šuma, ali ne i krivično delo šumska krađa, s tim što u odnosu na šumske ekosisteme krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine (krivični zakonici sva tri entiteta) za razliku od ostalih krivičnih zakonodavstava u regionu sadrži i krivično delo izazivanje šumskog požara u kome se kao kvalifikatorni oblik inkriminiše radnja izazivanja šumskog požara u zaštićenoj šumi i nacionalnom parku u kom slučaju je zaprećena stroža krivična sankcija.



Slika 1. Broj podnetih prijava u Srbiji za krivična dela protiv životne sredine protiv punoletnih lica za period 2010–2019.

U Bosni i Hercegovini primetno je veliko opadanje prijavljivanja krivičnih dela protiv životne sredine. Tako je u entitetu Republika Srpska broj krivičnih prijava za dela protiv životne sredine sa 665 prijava u 2017. godini opao na 146 prijava u 2019. godini (Republički zavod za statistiku Republike Srpske, 2018, p. 531; Republički zavod za statistiku Republike Srpske, 2020, p. 557), dok je u entitetu Federacija Bosne i Hercegovine u 2017. godini podneto 1407 prijava, a u 2019. godini 591 prijava (Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, 2018, p. 4; Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, 2020, p. 3), kao što je prikazano na Slici 2. Broj prijava je u oba entiteta veoma nizak i čini svega 3,13% od ukupnog broja podnetih prijava u entitetu Federacija Bosne i Hercegovine (Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, 2020, p. 3) odnosno 1,43% u entitetu Republika Srpska (Republički zavod za statistiku Republike Srpske, 2020, p. 557).



Slika 2. Broj ukupno podnetih krivičnih prijava i broj prijava podnetih za krivična dela protiv životne sredine u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj u 2017. i 2019. godini

Nizak procenat prijavljivanja krivičnih dela protiv životne sredine primetan je i u Hrvatskoj i Crnoj Gori. Tako je u 2019. godini u Hrvatskoj od ukupno 52.670 podnetih krivičnih prijava samo 317 prijava podneto za krivična dela protiv životne sredine, što je zabrinjavajuće nizak procenat od svega 0,6% (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, 2020, pp. 18, 24), dok je u Crnoj Gori od ukupno 5692 prijave, podneto 352 prijave protiv životne sredine, što je 6,18% i predstavlja najveći procenat prijavljivanja u regionu (Uprava za statistiku Crne Gore, 2020, pp. 217, 219).

Broj krivičnih prijava za krivična dela od značaja za zaštitu ugroženih divljih biljnih vrsta koja su navedena u prethodnom poglavlju takođe je veoma nizak. Nešto više krivičnih prijava u regionu se podnosi u oblasti zaštite šumskih ekosistema, nego u odnosu na krivična dela kojima se štite strogo zaštićene ili zaštićene divlje biljne i životinjske vrste. Tako su, na primer, u Srbiji u 2019. godini podnete 1993 krivične prijave za krivično delo šumska krađa i 63 za krivično delo pustošenje šuma, dok je za krivično delo zagađenje životne sredine podneto samo 17, a za krivično delo uništenje, oštećenje, iznošenje u inostranstvo i unošenje u Srbiju zaštićenog prirodnog dobra podneto 10 krivičnih prijava, kao što je prikazano u Tabeli 1 (Republički zavod za statistiku Republike Srbije, 2020, pp. 20–22). Međutim, ovaj broj krivičnih prijava i u odnosu na šumske ekosisteme i dalje je veoma nizak, ako se ima u vidu svakodnevna ilegalna seča šuma (Centar za istraživačko novinarstvo, 2017). Kada se ima u vidu značaj očuvanja biodiverziteta, ovako mali broj prijava ozbiljno zabrinjava i upućuje na zaključak da se dela protiv životne sredine i biodiverziteta retko otkrivaju u praksi.

Krivična dela protiv biodiverziteta	Broj podnetih krivičnih prijava
Zagađenje životne sredine	17
Uništenje, oštećenje, iznošenje u inostranstvo i unošenje u Srbiju zaštićenog prirodnog dobra	10
Pustošenje šuma	63
Šumska krađa	1993

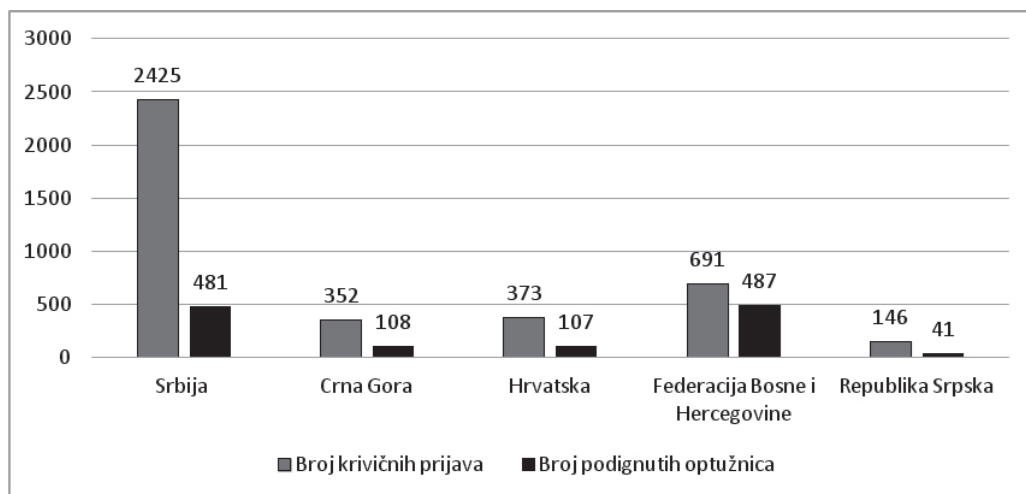
Tabela 1. Podnete krivične prijave u Srbiji u 2019. godini za krivična dela protiv biodiverziteta

Na zabrinjavajuće mali broj prijavljivanja krivičnih dela protiv biodiverziteta i u odnosu na zaštićene divlje vrste i u odnosu na šumske ekosisteme ukazuju i podaci Hrvatske. U 2019. godini podneto je samo 9 krivičnih prijava za krivično delo pustošenje šuma, koje je jedino delo u Hrvatskoj kojim se direktno inkriminišu protivpravne radnje usmerene na šumske ekosisteme, dok je za krivična dela kojima se inkriminišu protivpravne radnje usmerene na zaštićene vrste broj prijava neznatno viši, kao što je prikazano u Tabeli 2 (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, 2020, p. 24).

Krivična dela protiv biodiverziteta	Broj podnetih krivičnih prijava
Onečišćenje okoliša	13
Trgovanje divljim vrstama	3
Uništavanje zaštićenih prirodnih vrijednosti	8
Pustošenje šuma	9

Tabela 2. Podnete krivične prijave u Hrvatskoj u 2019. godini za krivična dela protiv biodiverziteta

Zabrinjava i to što veliki broj prijava za krivična dela protiv životne sredine u daljem toku postupka bude odbačen. Tako je u 2019. godini u Hrvatskoj od 373 podnete krivične prijave, optužnica podneta u 107 slučajeva prijava (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, 2020, pp. 24–25), dok je u Crnoj Gori iste godine od 352 podnete prijave, u 108 slučajeva podignuta optužnica (Uprava za statistiku Crne Gore, 2020, p. 219). U entitetu Republika Srpska od ukupno 146 podnetih prijava optužnica je podignuta u 41 slučaju (Republički zavod za statistiku Republike Srpske, 2020, p. 557), a u entitetu Federacija Bosne i Hercegovine od 691 prijave optužnica je podignuta u 487 slučajeva (Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, 2020, p. 3). U Srbiji je u 2019. godini od ukupno 2425 krivičnih prijava, optužnica/optužni predlog podignut u 501 slučaju (Republički zavod za statistiku Republike Srbije, 2020, pp. 20–21), kao što je prikazano na Slici 3. U ostalim slučajevima istraga nije sprovedena ili je obustavljena.



Slika 3. Broj slučajeva u kojima je podneta krivična prijava za krivična dela protiv životne sredine i u kojima je podignuta optužnica u 2018. godini

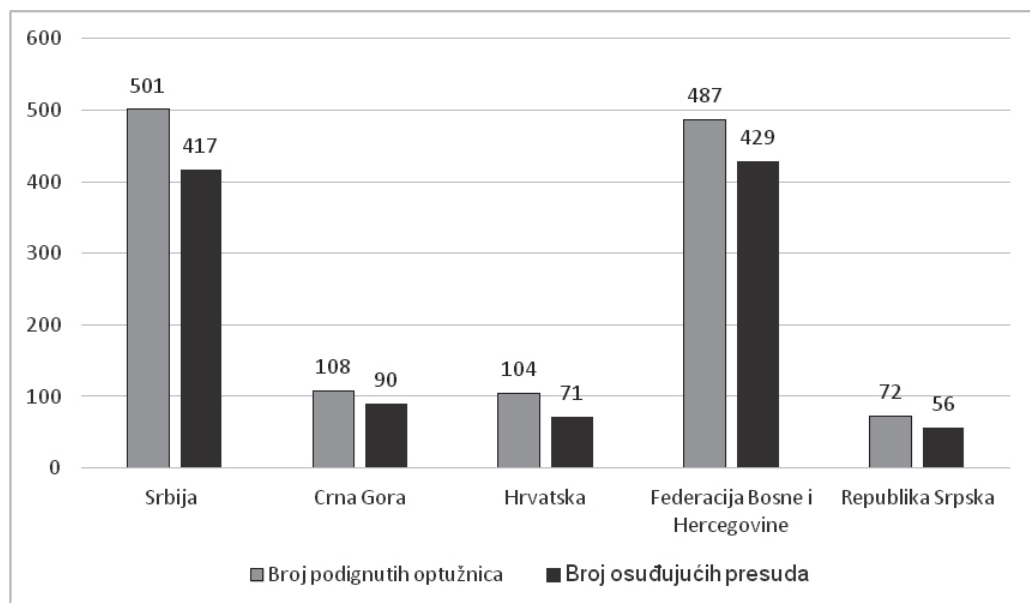
Jedan deo krivičnih prijava bi svakako mogao da bude odbačen zbog primene instituta odlaganja krivičnog gonjenja (Zakonik o krivičnom postupku RS, 2011, čl. 283), iako treba imati u vidu da upotreba ovog instituta nije opravdana u slučajevima ugrožavanja javnog zdravlja (Bugarski, 2015, p. 1636) sa čime bi se veliki broj krivičnih dela protiv životne sredine mogao dovesti u vezu, a posebno ugrožavanje šuma koje direktno doprinosi zagađenju vazduha i narušavanju javnog zdravlja.

Može se pretpostaviti da se najveći broj krivičnih prijava odbacuje usled nedovoljno dokaza jer ne postoje osnovi sumnje da je učinilac učinio krivično delo koje mu se stavlja na teret,⁵ što navodi na zaključak da ne postoji dovoljno visok nivo znanja i kapaciteta profesionalaca za postupanje u krivičnim postupcima u oblasti zaštite životne sredine i biodiverziteta. Globalni izveštaj o kriminalu u vezi sa divljim vrstama i o trgovini zaštićenim vrstama iz 2020. godine ukazuje da najveći broj krivičnih prijava u oblasti zaštite biodiverziteta u praksi bude odbačen zbog manjka dokaza i nedovoljnih kapaciteta profesionalaca, posebno tužilaštva, da obezbede dokaze i da na njima utemelje slučaj (UNODC, 2020, p. 22). Postupanje u ovim krivičnim delima zahteva poznavanje brojnih upravnih odredaba koje se odnose na životnu sredinu, a koje su samo u zakonodavstvu Srbije sadržane u više od trideset zakona i sto podzakonskih akata (Tanjević & Opačić, 2012, p. 121). To takođe zahteva visok nivo kapaciteta različitih profesionalaca i njihovo koordinisano delovanje u okviru nadležnosti, i to ne samo policije, suda i tužilaštva već i carine i inspeksijskih službi (Uljanov, 2012, p. 69). Na problem nedostatka kapaciteta ukazuju i istraživanja sprovedena u regionu. Tako se u istraživanju „Izazovi u praksi i Republici Srbiji u oblasti organske proizvodnje i sakupljanja divljih biljnih vrsta“ iz 2019. godine, kao razlozi nedovoljne efikasnosti pravosudnog sistema u sprečavanju neodrživog sakupljanja divljih biljnih vrsta ističu nedovoljni kapaciteti sudija i tužilaca za efikasno

⁵ Pogledati na primer čl. 284 Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije.

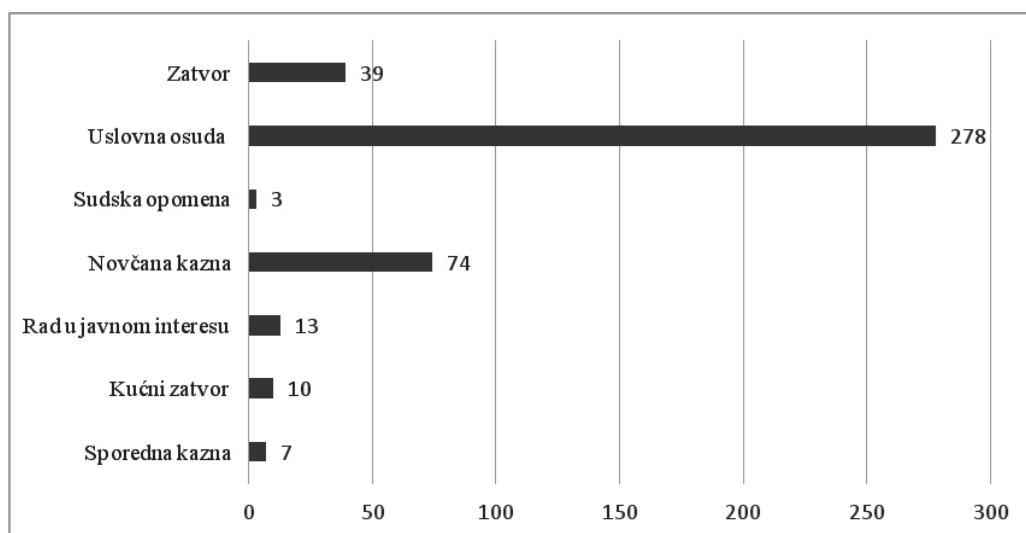
vođenje postupaka u oblasti zaštite životne sredine, kao i nedovoljni kapaciteti pripadnika policije za efikasno obezbeđenje dokaza u krivičnim delima protiv životne sredine (Banić, 2019, pp. 236–269). Ovi izazovi mogu se prevazići i specijalizacijom profesionalaca za postupanje u krivičnim delima protiv životne sredine i biodiverziteta i uspostavljanjem specijalizovanih tužilaštava i sudskih veća za postupanje u ovoj oblasti. U ovom trenutku nijedna od država u regionu nema specijalizovana tužilaštva i sudove za krivična dela protiv životne sredine, ali je započet rad na podizanju kapaciteta profesionalaca za rad u ovoj oblasti. Izveštaj Koalicije 27 ukazuje da su u Srbiji održane obuke tokom 2009. i 2010. godine u kojima su učestvovali predstavnici policije, carine, tužilaštva, suda i inspekcije, sa ciljem jačanja njihovih kapaciteta za sprovođenje istraga i otkrivanje nezakonitih radnji koje se tiču ugroženih divljih vrsta i staništa i za borbu protiv kriminala vezanog za ugrožene divlje vrste, ali da je neophodno nastaviti sa daljim jačanjem kapaciteta profesionalaca (Antić, 2020, pp. 95–100).

Nakon podizanja optužnice najveći broj krivičnih procesa za krivična dela protiv životne sredine se završi osuđujućom presudom. Na Slici 4. prikazan je odnos između broja slučajeva u kojima je podignuta optužnica i broja slučajeva u kojima je optuženi proglašen krivim i osuđen u 2019. godini u Srbiji (Republički zavod za statistiku Republike Srbije, 2020, p. 46), Crnoj Gori (Uprava za statistiku Crne Gore, 2020, pp. 219–220), Hrvatskoj (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, 2020, p. 66), entitetu Federacija Bosne i Hercegovine (Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, 2020, p. 3) i entitetu Republika Srpska (Republički zavod za statistiku Republika Srpska, 2020, p. 558).



Slika 4. Broj slučajeva u kojima je podignuta optužnica za krivična dela protiv životne sredine u 2019. godini i u kojima je optuženi proglašen krivim u Srbiji, Crnoj Gori, Hrvatskoj, entitetu Federacija Bosne i Hercegovine i entitetu Republika Srpska

Međutim, analiza izrečenih sankcija ukazuje na veoma blagu kaznenu politiku za dela protiv životne sredine. Najčešća krivična sankcija koja se izriče za krivična dela protiv životne sredine je uslovna osuda. Tako je u Srbiji od 417 osuđujućih presuda u 2019. godini, uslovna osuda izrečena u 278 predmeta (Republički zavod za statistiku Republike Srbije, 2020, p. 79), u Republici Srpskoj od 56 osuđujućih presuda, uslovna osuda je izrečena u 40 predmeta (Republički zavod za statistiku Republike Srpske, 2020, pp. 559–560), u Hrvatskoj od 71 osuđujuće presude, uslovna osuda je izrečena u 63 predmeta (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, 2019, p. 120). Posle uslovne osude najčešće se izriče novčana kazna, a u malom broju slučajeva kazna zatvora. U Srbiji, pored navedenih sankcija, izrican je i rad u javnom interesu, kućni zatvor i sudska opomena, kako je prikazano na Slici 5. (Republički zavod za statistiku Republike Srbije, 2020, p. 79). Međutim, rad u javnom interesu se u Srbiji vrlo retko izriče. U 2019. godini je ova krivična sankcija izrečena 13 puta, od čega 12 puta za krivično delo šumska krađa (Republički zavod za statistiku Republike Srbije, 2020, p. 81). Povećanje izricanja ove krivične sankcije bilo bi značajno iz ugla zaštite biodiverziteta, kao i iz ugla prevencije, posebno ako bi se način izvršenja ove krivične sankcije određivao u skladu sa izvršenim krivičnim delom kroz aktivnosti usmerene na unapređenje biodiverziteta, kao što bi, na primer, bilo pošumljavanje, u slučaju krivičnih dela usmerenih na šumske ekosisteme.



Slika 5. Ukupan broj izrečenih krivičnih sankcija za dela protiv životne sredine u Srbiji za 2019. godinu

Blaga kaznena politika i pretežno izricanje uslovne osude primetno je kod svih krivičnih dela protiv biodiverziteta, ali je naročito prisutna kada je u pitanju krivičnopravna zaštita zaštićenih divljih biljnih i životinjskih vrsta, za koje delo i inače postoji gotovo zanemariv broj osuda. Tako su u Srbiji u 2019. godini za ovo krivično delo osuđene samo tri osobe (Republički zavod za statistiku Republike Srbije, 2020, pp. 70–74), dok je u Hrvatskoj

osuđena jedna osoba za krivično delo uništavanje zaštićenih prirodnih vrijednosti i tri osobe za krivično delo trgovanje zaštićenim prirodnim vrijednostima (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, 2020, p. 120). U svim slučajevima izrečena je uslovna osuda, osim u jednom slučaju u Srbiji u kome je izrečena sporedna kazna.

5. Zaključak

Krivičnopravna zaštita sve više se prepoznaje kao jedan od najvažnijih delova sistema zaštite životne sredine i zaštite biodiverziteta, jer propisivanjem krivičnih dela i njihovom efikasnom implementacijom u praksi jasno šalje poruku o zabrani i osudi svih ponašanja i aktivnosti koje negativno utiču na životnu sredinu i biodiverzitet.

Krivična dela sadržana u krivičnom zakonodavstvu Srbije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine predstavljaju dobar osnov za krivičnopravnu zaštitu ugroženih divljih biljnih i životinjskih vrsta i šumskih ekosistema, i to ne samo u smislu specijalne već i generalne prevencije. Eventualno bi se moglo razmotriti propisivanje strožih kazni za krivična dela protiv biodiverziteta u cilju ostvarenja generalne prevencije, kao i uvođenje novih krivičnih dela u nekim državama, na primer u Srbiji, kao što je delo uništavanje staništa ili ugrožavanje bukom, vibracijama ili jonizirajućim zračenjem.

Međutim, ono što u ovom trenutku predstavlja najveći izazov u krivičnopravnoj zaštiti biodiverziteta i ugroženih divljih vrsta jeste neefikasna implementacija propisanih zakonskih odredaba u praksi. Iako je u nekim zemljama u regionu poslednjih godina došlo do povećanja prijavljivanja krivičnih dela protiv životne sredine, broj prijavljenih slučajeva je i dalje nizak. Veliki broj krivičnih prijava bude odbačen, dok se krivični postupci u kojima bude podignuta optužnica uglavnom završavaju izricanjem blagih krivičnih sankcija, najčešće uslovnih osuda ili eventualno novčanih kazni. Blagom i neefikasnom kaznenom politikom se šalje poruka građanima da dela protiv životne sredine i biodiverziteta nisu od neke velike važnosti za društvo i umesto da hitno prestanu sa takvim praksama, oni se ohrabruju da nastave sa daljim ugrožavanjem biodiverziteta i životne sredine. Ovo je u suprotnosti sa ozbiljnom situacijom zagađenja životne sredine i izumiranja biodiverziteta u zemlji i svetu.

Broj osuda koje se odnose na ilegalni promet zaštićenih divljih biljnih i životinjskih vrsta je minimalan. Iako nešto veći broj osuda postoji za krivična dela u kojima su zaštitni objekti šumski ekosistemi, kada se uzme u obzir svakodnevno ugrožavanje i uništavanje šuma i ovaj broj osuda je na veoma niskom nivou. Efikasna implementacija krivičnopravnih odredaba u praksi predstavlja izazov ne samo u regionu već i u svim zemljama članicama Evropske unije koje, iako su u velikoj meri harmonizovale svoje krivično zakonodavstvo sa zahtevima sadržanim u Direktivi 2008/99/EC, još uvek ne uspevaju da obezbede i efikasnu primenu krivičnopravnih propisa (Faure, 2017, p. 144). Prevazilaženje ovog izazova zahteva unapređenje znanja i kapacitete sudija, tužilaca i pripadnika policije i njihovo specijalizovanje za postupanje u krivičnim postupcima protiv životne sredine i biodiverziteta. Takođe zahteva i podizanje kapaciteta svih profesionalaca koji su zaduženi za vršenje nadzora u oblasti životne sredine i zaštite biodiverziteta u okviru upravnih ovlašćenja, kao što su carinici, inspekcija, šumari, upravljači i čuvari zaštićenih područja, koji imaju važnu ulogu

u otkrivanju ovih krivičnih dela i njihovom pravilnom dokumentovanju radi obezbeđenja kvalitetnih dokaza za dalji krivični postupak.

Efikasnim sprovođenjem krivičnog postupka za krivična dela protiv biodiverziteta i izricanje adekvatnih krivičnih sankcija šalje se jasna poruka građanima o osudi svih ponašanja koja negativno utiču na životnu sredinu i utiču na izumiranje biljnih vrsta. Na ovaj način, efikasan krivičnopравни sistem, kao važan deo sistema zaštite životne sredine, može doprineti očuvanju biljnih i životinjskih vrsta na zemlji i uticati na izgradnju ekološke svesti ljudi o važnosti očuvanja životne sredine, očuvanja biodiverziteta i vrednovanja planete na kojoj živimo.

Literatura

- Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine. 2018. *Saopćenje broj 7 od 29.08.2018. godine - Punoljetni učinioци krivičnih djela u Bosni i Hercegovini 2017*. Dostupno na: http://www.bhas.ba/data/Publikacije/Saopštenja/2018/CRI_02_2017_Y1_0_BS.pdf.
- Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine. 2020. *Saopćenje broj 1 od 31.08.2020. godine - Punoljetni učinioци krivičnih djela u Bosni i Hercegovini 2019*. Dostupno na: http://www.bhas.ba/data/Publikacije/Saopštenja/2020/CRI_02_2019_Y1_0_BS.pdf.
- Alcamo, J. & Bennett, E. 2005. *Millenium Ecosystem Assessment – Ecosystems and Human Well-being*. Washington DC: Island Press.
- Antić, M. (ur.). 2020. *Koalicija 27 - Poglavlje 27 u Srbiji: Napredak u magli*. Beograd: Mladi istraživači Srbije.
- Banić, M. 2019. *Pravni aspekti zaštite biodiverziteta i organske proizvodnje u kontekstu zelene ekonomije*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu. Dostupno na: <http://union.edu.rs/wp-content/uploads/2020/02/Doktorska-disertacija-Milena-Banic.pdf>.
- Bélanger, J. & Pilling, D. (eds.). 2019. *The State of the World's Biodiversity for Food and Agriculture*. Rome: FAO Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture Assessments.
- Bugarški, T. 2015. Krivični postupak za dela protiv životne sredine. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 49(4), pp. 1633–1647.
- Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske. 2020. *Statistička izvješća broj 1671, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optuženja i osude u 2018*. Dostupno na: https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2020/SI-1671.pdf.
- Faure, M. 2017. The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States. *Review of European Community & International Environmental Law*, 26(2), pp. 139–146.
- Goralnik, L. & Nelson, M.P. 2012. Anthropocentrism. In: Chadwick, R. (ed.), *Encyclopedia of Applied Ethics*, Second Edition, Volume 1. San Diego: Academic Press, pp. 145–155.
- Grooten, M. & Almond, R.E.A. (eds.). 2018. *WWF Living Planet Report 2018 - Aiming Higher*. Gland: WWF.
- Grooten, M. & Petersen, T. (eds.). 2020. *WWF Living Planet Report 2020 – Bending the Curve of Biodiversity Loss*. Gland: WWF.

- Joksić, I. 2012. Krivičnopravna zaštita životne sredine u zakonodavstvu i praksi. U: Čavoški, A. & Knežević Bojović, A. (ur.), *Ekologija i pravo*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 20–32.
- Joldžić, V. 2014. Ekološki delikti i kazne: stvarno i potrebno. U: Kron, L. (ur.), *Prestup i kazna: de lege lata et de lege ferenda*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, pp. 165–174.
- Lilić, S. & Drenovak, M. 2010. *Ekološko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- May, R.M. 1988. How Many Are There on Earth?. *Science. New Series*, 241(4872), pp. 1441–1449.
- Mora, C., et al. 2011. How Many Species Are There on Earth and in the Ocean. *PLOS Biology Journal*, 9, e1001127, pp. 1–8. Dostupno na: <http://journals.plos.org/plosbiology/article?id=10.1371/journal.pbio.1001127>.
- Rawat, U.S. & Agarwal, N.K. 2015. Biodiversity: Concept, threats and conservation. *Environment Conservation Journal*, 16(3), pp. 19–28.
- Republički zavod za statistiku Republike Srbije. 2020. *Bilten Punoletni učinoci krivičnih dela u Republici Srbiji 2019 – Prijave, optuženja i osude*. Dostupno na: <https://publikacije.stat.gov.rs/G2020/Pdf/G20205665.pdf>.
- Republički zavod za statistiku Republike Srpske. 2018. *Statistički godišnjak Republike Srpske 2018*. Dostupno na: https://www.rzs.rs.ba/static/uploads/bilteni/godisnjak/2018/StatistickiGodisnjak_2018_WEB.pdf.
- Republički zavod za statistiku Republike Srpske. 2020. *Statistički godišnjak Republike Srpske 2020*. Dostupno na: https://www.rzs.rs.ba/static/uploads/bilteni/godisnjak/2020/StatistickiGodisnjak_2020_WEB_II.pdf.
- Stojanović, Z. 1995. Krivičnopravna zaštita životne sredine – Neki aspekti zakonodavnog regulisanja. *Pravni život*, 9, pp. 291–301.
- Schlingemann, L. (ed.). 2017. *Combating Wildlife and Forest Crime in the Danube-Carpathian Region*. UN Environment. Dostupno na: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/22225/Combating_WildlifeCrime_Danube.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Tanjević, N. & Opačić, A. 2012. Zaštita životne sredine u krivičnom pravu Republike Srbije i podsticaji evropskih integracija. U: Čavoški, A. & Knežević Bojović, A. (ur.), *Ekologija i pravo*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 120–132.
- Uprava za statistiku Crne Gore. 2020. *Statistički godišnjak 2020*. Dostupno na: <http://monstat.org/uploads/files/publikacije/godisnjak%202020/GODISNJAK%202020%20.pdf>.
- Uljanov, S. 2012. Standardi INETERPOL-a u borbi protiv ekološkog kriminala. U: Čavoški, A. & Knežević Bojović, A. (ur.), *Ekologija i pravo*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 68–86.
- UNODC. 2020. *World Wildlife Crime Report 2020: Trafficking in Protected Species*. New York: UNODC. Dostupno na: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/wildlife/2020/World_Wildlife_Report_2020_9July.pdf.

Internet izvori

Centar za istraživačko novinarstvo. 2017. *Zbog ilegalne seče godišnje nestane hiljade hektara šuma*. Dostupno na: <https://www.cins.rs/zbog-ilegalne-sece-godisnje-nestane-hiljade-hektara-suma>.

Pravni izvori

Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law, *OJ L 328*, 6. 12. 2008, pp. 28–37.

Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine 2018, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 33/2013, 47/2017, 26/2016, 13/2017, 50/2018.

Krivični zakonik Crne Gore 2003, *Službeni list RCG*, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006 i *Službeni list CG*, br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 14/2015, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018, 3/2020.

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine 2003, *Službene novine Federacije BiH*, br. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017.

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

Krivični zakonik Republike Srpske 2018, *Službeni glasnik RS*, br. 64/2017, 104/2018.

Kazneni zakon Republike Hrvatske 2011, *Narodne novine*, br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019.

Pravilnik o proglašenju i zaštiti strogo zaštićenih i zaštićenih divljih vrsta biljaka, životinja i gljiva RS 2010, *Službeni glasnik RS*, br. 5/2010 i 47/2011.

UN General Assembly, UN World Commission on Environment and Development. The Brundtland Report – Our Common Future, UN dok. A/42/427 (4. August 1987).

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

Zakon o potvrđivanju Konvencije o međunarodnom prometu ugroženih vrsta divlje faune i flore RS 2001, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/2001.

Zakon o zaštiti životne sredine RS 2004, *Službeni glasnik RS*, br. 135/2004, 36/2009, 36/2009, 72/2009, 14/2016, 76/2018, 95/2018.

Zakon o šumama RS 2010, *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010, 93/2012, 89/2015, 95/2018.

Milena V. Banić, PhD

Attorney at Law, Law Office Milena Banić, Serbia

e-mail: *milena.banic@gmail.com*

CRIMINAL PROTECTION OF ENDANGERED WILD PLANT AND ANIMAL SPECIES: CHALLENGES OF LEGAL PRACTICE

Summary

With a growing environmental degradation and the destruction of natural resources, it is increasingly recognized that criminal law protection is needed as the most repressive measure to protect the environment. This paper considers the criminal law protection of biodiversity in the Republic of Serbia, Republic of Croatia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina, with an emphasis on the protection of wild plant and animal species that are particularly vulnerable to overexploitation, including strictly protected and protected wild species and forest ecosystems. The analysis covers various criminal offenses against biodiversity in the context of protection of wild plant and animal species, and discusses the effects of the implementation of relevant regulations. Comparative statistics on criminal charges, as well as accusations and convictions for these crimes in the last decade, indicate a worryingly mild penal policy and a lack of capacity of professionals to act in environmental criminal proceedings. Although statistics indicate that there has been an increase in the reporting of environmental crimes, the number of reported cases remains at a worryingly low level. A large number of criminal charges are rejected, and when criminal proceedings are initiated and conducted, mild criminal penalties are imposed, most often suspended sentences or fines. All this indicates that increasing the knowledge and capacity of professionals is needed in order to improve efficiency of criminal protection against the environment and biodiversity in practice.

Keywords: environmental protection, biodiversity protection, wild plant species, wild animal species, protected species, environmental crime.

Primljeno: 30. 1. 2021.

Izmenjeno: 11. 2. 2021.

Prihvaćeno: 31. 3. 2021.

HONG KONG'S AUTONOMY UNDER "ONE COUNTRY, TWO SYSTEMS" PRINCIPLE: CHALLENGING THE CONCEPT OF OBLIGATION IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The Law of the People's Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region was passed in June 2020 provoking the global outcry. The aim of this paper is to assess the compliance of the said law with the sources of international law, which are most relevant for the assessment of the problematic points of new legislation. In providing the analysis, the paper will not be focused only on the sources of international law, which are currently applicable. Instead, the previous relevant legal framework will also be taken into consideration where appropriate.

Keywords: *new Chinese national security law, Hong Kong, Joint Declaration, international law, human rights, International Covenant on Civil and Political Rights.*

1. Introduction

The Law of the People's Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region was passed by the Standing Committee of the National People's Congress of the People's Republic of China on June 30, 2020. It is commonly referred to as the new Chinese national security law, while its territorial application includes Hong Kong. It is noteworthy that neither the colonial government under the British rule nor the competent authorities of Hong Kong in 2003 succeeded in attempts to enact security legislation (Yunxin, 2020, p. 1497).

The said law gave rise to the debate on its legality, which significantly divided scholars and other professionals. While some authors including Chen argue that this law is a legal and legitimate measure to safeguard China's national security (Xinhua, 2020, p. 1), the others such as Tai claim the opposite labeling the law as "controversial" and "sweeping" (BBC, 2020; Clift, 2020, p. 17). Those praising the new Chinese national security law based their argumentation on the fact that Hong Kong has failed to adopt the national security legislation over the past 23 years, even though the Basic Law provides a clear legal

* PhD, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia,
e-mail: vesnacoric@yahoo.com

** PhD, Faculdade de Direito, Universidade de Sao Paulo, Brazil; Fernandez & Jankov Legal Intelligence, Brazil, Portugal, Serbia, e-mail: fernandez.jankov@fernandezjankov.eu

ground for Hong Kong to enact laws against behaviors which endanger national security. According to them, therefore, the new law helps restoring order, prosperity and stability in Hong Kong, which was unreachable in the absence of the national security legislation.

On the other hand, some opponents of the new law (Ni Aolain, 2020; Colville, 2020) expressed concerns about various controversial points of the new law, given that they pose a serious risk that the freedom of opinion, freedom of expression and freedom of peaceful assembly as well as some other rights and freedoms may be infringed upon.

However, it seems that the arguments brought by the critics thus far have not been comprehensively and systematically addressed and therefore lack a scientific foundation. As to address the given limitations, this article aims at assessing whether the new Chinese national security law is in line with the main obligations to which China is subject, based on the mechanisms set by international law, more specifically by the sources of international law as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice.

After presenting the mechanism against which the new Chinese national security law will be assessed, the paper will deal more with the compliance of the national legislation with the sources of international law, which are the most relevant for the examination of the controversial points of new legislation. In providing the analysis, the paper will follow the evaluative approach, thus not being limited only to the sources of international law, which are currently applicable. Instead, the previous relevant legal framework will also be taken into consideration where appropriate.

2. Sources of International Law Relevant to the Evaluation of the Legality of the New Chinese National Security Law

In order to provide an assessment of the legality of the new Chinese national security law, the sources of international law as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice shall be taken into consideration. According to Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice:

- “1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - c. the general principles of law recognized by civilized nations;
 - d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law[...]”

Brownlie (1998, p. 3) argues that Article 38 is considered as a ‘complete statement of the sources of international law’, although the given article does not explicitly refer to ‘sources’. He further adds that in practice the International Court of Justice may be expected to observe the order in which they appear. In that regard, Brownlie specifies that

international conventions and international customs are obviously the important sources of mutual obligations of the parties. Brownlie further states that general principles of law perhaps can also be considered as formal sources, opposite to the fourth category which relates to material sources.

On the other hand, it seems that Khan (2019, p. 1) rightly observes that Article 38 is not a complete reference point for the sources of international law as it does not include, among others, *ius cogens* norms. Khan further states that Articles 53 and 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties should be interpreted as proving the existence of *ius cogens* as an external source outside Article 38. In that context, he argues that if *ius cogens* would have been perceived as a customary law it would conflict with the reached consensus according to which there is no hierarchy among the sources of Article 38. More specifically, Khan claims that the balance of hierarchy of sources of international law from Article 38(1) of the Statute will be hindered, if *ius cogens* is considered as a customary law given that Article 53 of Vienna Convention on the Law of Treaties gives *ius cogens* an authoritative status.

In the evaluation of the new Chinese national security law, the most attention will be paid to the international treaties, as they constitute the most prominent source of international law. Both bilateral treaties which are relevant for the status of Hong Kong and multilateral treaties specifically governing human rights related commitments of Hong Kong will be examined.

Given that China has not yet ratified the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter: ICCPR) whose provisions are of great importance for protection of fundamental rights which are allegedly endangered by the new Chinese national security law, the other sources of international law such as an international custom will also be taken into due account. Before starting to assess compliance of the new Chinese national security law with the given sources of international law, the brief historical overview of relations between the United Kingdom and China with regard to Hong Kong will be provided as critical for understanding its legal background as well as the current state of the play. In the upcoming assessment, it is important to keep in mind that the application of reparations based on State Responsibility does constitute a natural consequence of the principle *pacta sunt servanda* as well as that it arises from the breaches of *ius cogens* (Triggs, 2006, p. 507) and other rules of general international law (Crawford, 2002, p. 127).

3. Legal Background of UK - Hong Kong Relations

The handover of Hong Kong refers to the historic transfer of sovereignty over Hong Kong, which took place between the United Kingdom and China on July 1, 1997. It amounted to the end of administration over the colony of Hong Kong by the United Kingdom and its return to the territory of China as a special administrative region (Chui, Tsang & Mok, 2010, p. 52). Hong Kong has carried on maintaining the governing and economic systems separate from those of China (Gadhok, 2020, p. 1).

The said handover terminated 156 years of British colonial rule in Hong Kong. The main legal documents relative to the colonial history of Hong Kong are three treaties concluded between the Great Britain and Qing Empire governing how Great Britain obtained and gradually extended control over the territory of Hong Kong. While the 1842 Treaty of Nanking and 1960 Convention of Peking were concluded in the aftermath of the First and Second Opium Wars, the third treaty was signed afterwards.¹ In 1984, the Sino-British Joint Declaration (hereinafter: Joint Declaration) was signed by Great Britain and China having spelled the end of British colonial rule and marked the beginning of the handover process that concluded in 1997 (Wong, 2018, p. 314; Kutlešić, 2019, p. 10). It constitutes a bilateral international treaty expressing the general agreement that the common goal of the government of the United Kingdom and the government of China is for China to resume authority over Hong Kong on July 1, 1997.²

The Joint Declaration is considered as the precursor to the Basic Law (Yee, 1996, p. 600; Vitrano, 1995, p. 447), given that two countries agreed in the Joint Declaration to the content of the Basic Law. In line with that, the Basic Law as a mini constitution of Hong Kong provides for the fundamental rights and duties of the Hong Kong people. These rights include, *inter alia*, the right to life, equality before the law, freedom from torture, personal liberty, liberty of movement, privacy of communications, religion, freedom of expression, freedom of association, and the right of peaceful assembly. In addition, pursuant to the Joint Declaration which guarantees the “one country, two systems” policy, the Basic Law promulgates the same policy (Yee, 1996, p. 600). Relying on the theme of the Joint Declaration, the Preamble of the Basic Law indicated that “under the principle of ‘one country, two systems’ the socialist system and policies will not be practiced in Hong Kong”.

It appeared that all these rights have created a solid foundation for development of the rule of law and democratic society. However, the criticism was drawn in legal theory (Harris, 1986, p. 352) in relation to the fact that the Basic Law was developed by the Basic Law Drafting Commission, whose majority of members was appointed by the Government of China, while representatives of the Hong Kong people remained underrepresented. In that context, it was claimed (Vachon, 2020, p. 103) that the given composition of the Drafting Commission influenced the unclear wording of the Basic Law, which leaves flexibility for interpretations in favor of granting more authority to China. Furthermore, it has been argued (Davis, 1996, p. 308; Vachon, 2020, p. 109) that the way the Basic Law was written allows China to manipulate Hong Kong’s autonomy given that there is no clear procedure indicating when the new law contravenes with the Basic Law.

4. Assessment of Compliance of the New Chinese National Security Law with International Law

The full and systematic assessment of compliance of the new Chinese National Security Law with international law requires equal attention to be paid to applicable bilateral and multilateral treaties as well as to other sources of international law. In order to address all the relevant issues in the well-structured manner, the compliance of the said law with the Joint Declaration as the applicable bilateral treaty will be assessed first in this

section. Subsequent to it, the alignment with other relevant sources of international law will be examined.

4.1. Assessment of Compliance of the New Chinese National Security Law with the Joint Declaration

As it was explained earlier, the Basic Law does contain certain limitations. Nevertheless, it is important to mention that both the Joint Declaration and the Basic Law have been progressive in one respect. Through their provisions, the ICCPR and United Nations International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter: ICESCR) have remained applicable to Hong Kong (Vachon, 2020, p. 114).³ Those guarantees ensuring that the ICCPR and ICESCR will remain applicable after the transition were attributable to the joint efforts made by the Great Britain and Hong Kong in order to preclude China from applying its lower standard of human rights' protection in Hong Kong (Vachon, 2020, p. 113). While the United Kingdom (including Hong Kong) is a State Party of the ICCPR from 1976 and therefore subject to respective human rights commitments, the same was not the case with China as it still has not ratified the ICCPR. Although the reference to the ICCPR in the Basic Law and Joint Declaration is considered as a progressive step, it seems that it does not provide sufficient guarantees for achieving proper level of human rights on the ground. The new Chinese national security law also made reference to the ICCPR. However, the said provision is considered a dead letter, given that some other provisions of the same law are in conflict with the text of the ICCPR, as it will be explained later in the text.

Several problems have been identified with regard to the compliance of the new Chinese National-Security Law with the Joint Declaration. Firstly, the Joint Declaration stipulates that Hong Kong as a Special Administrative Region is under China's sovereignty. However, it further adds that Hong Kong enjoys a high degree of autonomy, which does not include "foreign and defence affairs" which are the responsibilities of China's central government. It also stipulates that Hong Kong will be vested with executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication. Moreover, the Joint Declaration expressly stipulates that the maintenance of public order in Hong Kong will be the responsibility of the Government of Hong Kong as a Special Administrative Region.

In that regard, it is also relevant Article 23 of the Basic Law states that Hong Kong shall enact legislation to address subversion, secession, sedition, treason, foreign influence. However, the problem emerged as the new Chinese National Security Law was enacted by China while not by Hong Kong. Supporters of the new law argued that the law was lawfully enacted as the structure of Basic Law allows laws enacted by China to be applied in Hong Kong, provided they are listed under its 'Annex III'. While Bakera (2020) argues that the applied procedure raises constitutional questions in Hong Kong, it seems that it also affects its compliance with international law. The application of Annex III related mechanism concerning new Chinese national security law is also problematic from the standpoint of international law as Annex III laws are supposed to be the laws that concern

foreign affairs, national defense, and other matters which are by the Joint Declaration omitted from the Hong Kong's autonomy.

It appears from those bilateral treaty provisions that national security related matters do unambiguously fall under the autonomy 'sphere' and therefore the interference of China by means of enacting the new national security law is considered illegal. Although, the Joint Declaration explicitly stipulates that human rights including the freedom of press, freedom of speech, freedom of assembly, and freedom of association will be ensured by the law of Hong Kong, that did not occur. Instead, China overtook the competencies belonging to Hong Kong and passed the new national security law. By doing so, it breached the bilateral treaty concluded with the United Kingdom that is the main legal instrument setting the framework for the relationship between the UK and China.

4.2. Assessment of Compliance of the New Chinese National Security Law with the Sources of International Law other than Bilateral Treaties

The mere fact that China did not ratify the ICCPR does not dispose China of obligation to ensure respect for the ICCPR in the territory of Hong Kong as it overtook the respective commitment by the Joint Declaration. Given that there is consensus that rights and freedoms contained in the Universal Declaration of Human Rights are considered customary international law, and that the ICCPR upholds the civil and political rights guaranteed in the Universal Declaration of Human Rights it can be concluded that China is also bound to comply with the rights and freedoms guaranteed by the ICCPR on its whole territory, not only in Hong Kong (Vachon, 2020, p. 119). Taking into account the scope of the ICCPR, it seems that it is the most relevant international multilateral treaty for assessing the compliance of the new Chinese National Security Law with international law.

When it comes to the alignment of the said law with the ICCPR, the Colville (2020) rightly observes that definitions of four major offences contained in the law are unnecessarily broad and vague. These are the definitions of the following crimes: separatism, subversion, terrorism and collusion with foreign countries. Those poorly defined crimes may give rise to the violation of the ICCPR, as they leave room for the discriminatory and arbitrary interpretation and enforcement of the law targeting *inter alia* different activities as well as they may undermine the application of the legality principle in the sense of Article 15(1) of the ICCPR.

Colville (2020) rightly observes that all the aforementioned offences and in particular the offence of "collusion with a foreign country or with external elements to endanger national security" may negatively affect the possibility for civil society actors to exercise their right to participate in public affairs. These provisions could criminalize human rights defenders and activists for the exercise of their right to freedom of expression, association and peaceful assembly what is contrary to Articles 19, 21 and 22 of the ICCPR governing respective rights and freedoms.

The provisions of the new Chinese National Security Law are not only in conflict with the UN treaty law but they are also contrary to other sources of international law. For instance, the UN experts also expressed concerns regarding the definition of terrorism

under the national security law as it goes well beyond the UN Security Council's definition of terrorist conduct. While the UN Security Council's definition of terrorist conduct is limited to causing death or serious bodily harm, the definition under the Chinese national law extends to damage made to physical property such as transport facilities. This may serve as a clear example of the case where the international law is violated, nevertheless that the definition of terrorism is still not determined by any international treaty, which would be applicable to Hong Kong.

Moreover, the provisions of the new Chinese National Security Law also undermine the independence of Hong Kong's judiciary and negatively affect the right to a fair trial and due process as enshrined by Articles 14 and 15 of the ICCPR. Firstly, the new Chinese National Security Law envisages that Hong Kong's chief executive will now be able to handpick which judges hear security cases (Yunxin, 2020, p. 1503). Also, the new Chinese National Security Law provides that where the new security law conflicts with the existing Hong Kong law, the new law will prevail. Furthermore, the possibility of transferring cases from the jurisdiction of Hong Kong to China is considered as one of the most controversial point of the new Chinese National Security Law when it comes to safeguarding the right to a fair trial. Namely, the central government of China can intervene in national security cases, especially during crises or if a case is considered "complex". By doing so, the new Chinese National Security Law opens the door for defendants in important cases to stand trial before courts in China, where it seems that unavoidable convictions regularly come along with harsh penalties. Therefore, provisions of the law stating that the rights of suspects and defendants in national security cases should be respected turned out to be insufficient for ensuring compliance with the ICCPR.

More specifically, the new law provides for the presumption of innocence and the right to defend oneself, but does not offer additional clarifications on those protections. By doing so, the law leaves open the danger that certain harsh and unaccountable practices from China could spread to Hong Kong and become applicable to its national security suspect, such as *incommunicado* detention in duration of six month, torture, coerced confession, and lack of access to counsel (Hernandez, 2020, p. 1). By means of not providing enough specified guarantees for the prohibition of torture, the new law breaches not only the treaty law, including the ICCPR, but the international norm of *ius cogens* as well. The given law also does not guarantee a person's right to silence as an essential element of the presumption of innocence as it enables authorities to require from organizations and individuals all the information, even if the required information is self-incriminating (Amnesty International, 2020).

Finally, the law's extremely broad extraterritorial scope extending its application to non-residents intensifies its adverse effects and further spreads and provokes the worldwide criticism. Article 38 stipulates that it can be applied even to offenses committed "outside the region by a person who is not a permanent resident of the region". Clarke rightly observes that the national security law is even broader in scope than criminal law of China (Clarke according to Feng, 2020).

5. Conclusion

The new Chinese national security law has caused the global outcry. From the standpoint of international law, that criticism has been fully justified. The Chinese National Security Law is in conflict with multiple sources of international law leading to violations of various rights and freedoms determined by them.

Firstly, the new Chinese national security law breaches the provisions of the Joint Declaration governing degree of autonomy available to Hong Kong excluding only “foreign and defence affairs”. Moreover, the said law is in conflict with the provisions of the Joint Declaration guaranteeing protection of human rights and freedoms from the ICCPR.

Secondly, the new Chinese national security law is not in harmony with the numerous rights and freedoms including the freedom of opinion, freedom of expression and freedom of peaceful assembly as well as the right to a fair trial, which are enshrined by the ICCPR. The obligation of China to follow the ICCPR when it comes to Hong Kong is twofold. It derives from its bilateral treaty concluded with the United Kingdom as well as from the provisions of the ICCPR reflected in the international customary law.

Applying the Khan’s approach (Khan, 2019), according to which the *ius cogens* norms do constitute a separate and external source of international law outside Article 38, it can be concluded that the new Chinese law leads not only to violations of respective international treaties and international customs, but also leads to violation of the prohibition of torture, which constitutes the *ius cogens* norm. The new law clearly demonstrates that mere reference to the international covenants is not sufficient for providing needed guarantees of rights, which they cover as long as those provisions are not sufficiently specified and clarified.

The flagrant violations of multiple sources of international law may be a consequence of China’s wrongful prioritizing commitments or the lack of commitments deriving from the multilateral international treaties, such as the ICCPR over the commitments coming from the bilateral treaties, such as the Joint Declaration. In addition, they can be attributable to China’s failure to understand that the ICCPR reflects international customary law and as such should be respected. Notwithstanding the reasons behind such China’s failures, the doctrine of state responsibility should be applied under these circumstances.

References

- Brock, D. G. 1992. Hong Kong. In: Platto, C. & Horton, W. G. (eds.), *Enforcement of Judgments Worldwide*, pp. 18–32.
- Brownlie, I. 1998. *Principles of Public International Law*. Fifth Edition. Oxford University Press: New York.
- Chui, E., Tsang, S. & Mok, J. 2010. After the Handover in 1997, Development and Challenges for Social Welfare and Social Work in Hong Kong. *Asia Pacific Journal of Social Work and Development*, 20(1), pp. 52–64.
- Clift, B. 2020. Hong Kong’s Made-in-China National Security Law: Upending the Legal Order for the Sake of Law and Order. *Australian Journal of Asian Law*, 21(1), pp. 1–23.

- Crawford, J. 2002. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press.
- Davis, M.C. 1996. Human Rights and the Founding of the Hong Kong Special Administrative Region: A Framework for Analysis. *Columbia Journal of Transnational Law*, 34(2), pp. 301–317.
- Harris, K.M. 1986. The Hong Kong Accord as a Model For Dealing With Other Disputed Territories. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 80, pp. 348–368.
- Kutlešić, V. 2019. O nekim modelima za rešenje statusa Kosova i Metohije. *Strani pravni život*, 64(2), pp. 5–15.
- Qu, W. 2017. Translations of Early Sino-British treaties and the Masked Western Legal Concepts. *Semiotica*, 2, pp. 169–200.
- Triggs, G. D. 2006. *International law. Contemporary Principles and Practices*. LexisNexis/ Butterworths.
- Vachon, C. J. 2020. Hong Kong's 1997 Transition: U.N. Enforcement Mechanisms to Guarantee Hong Kong's Human Rights Will Endure after the Transition. *Denver Journal of International Law & Policy*, 28(1), pp. 97–127.
- Vitrano, P. 1995. Hong Kong 1997: Can the People's Republic of China Be Compelled to Abide by the Joint Declaration. *George Washington Journal of International Law and Economics*, 28, pp. 445–456.
- Wong, J. D. 2018. From the Treaty of Nanking to the Joint Declaration: The Struggle for Equality through State Documents. *Law and Literature*, 30(2), pp. 309–329.
- Yee, E. 1996. Hong Kong and China in 1997: An Examination of Possible Legal and Economic Implications for United States Business. *Santa Clara Law Review*, 36, pp. 595–647.
- Yunxin, T. 2020. The Question of 2047: Constitutional Fate of "One Country, Two Systems" in Hong Kong. *German Law Review*, 21, pp. 1481–1525.

Website references

- Amnesty International. 2020. *Hong Kong's national security law: 10 things you need to know*. Available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/07/hong-kong-national-security-law-10-things-you-need-to-know/>, (4. 11. 2020).
- BBC. 2020. *Benny Tai: Hong Kong University fires professor who led protests*. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-53567333>, (5. 11. 2020).
- Colville, R. 2020. *Press briefing note on China/ Hong Kong SAR*. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26033&LangID=E>, (3. 12. 2020).
- Feng, E. 2020. *5 Takeaways From China's Hong Kong National Security Law*. Available at: <https://www.npr.org/2020/07/01/885900989/5-takeaways-from-chinas-hong-kong-national-security-law>, (6. 11. 2020).
- Gadhok, R.S. 2020. *Hong Kong's Controversial National Security Law: What Is It, Why Does China Want It?*. Available at: <https://www.olivegreens.co.in/easyblog/hong-kong-s-controversial-national-security-law-what-is-it-why-does-china-want-it>, (2. 11. 2020).

- Hernandez, H.C. 2020. Harsh Penalties, Vaguely Defined Crimes: Hong Kong's Security Law Explained. *The New York Times*. Available at: www.nytimes.com/2020/06/30/world/asia/hong-kong-security-law-explain.html, (13. 2. 2021).
- Khan, I. 2019. Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: A Complete Reference Point for the Sources of International Law?. *The Newjurist, World's First International Law Magazine*. Available at: <https://newjurist.com/article-38-of-the-statute-of-the-international-court-of-justice.html>, (5. 11. 2020).
- Ni Aolain, F. 2020. *UN special rapporteur on protecting human rights UN experts call for decisive measures to protect fundamental freedoms in China*. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26006&LangID=E>, (8. 11. 2020).
- Xinhua. 2020. *China Focus: Draft decision on HK national security legislation submitted to NPC*. Available at: http://www.xinhuanet.com/english/2020-05/22/c_139078396.htm, (5. 11. 2020).

Legal sources

- Joint Declaration: Agreement on the Future of Hong Kong, Dec. 19, 1984, P.R.C.- U.K., 23 I.L.M. 1366.
- United Nations. 1976. International Covenant on Civil and Political Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49.

Dr Vesna B. Ćorić

Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija
e-mail: vesnacoric@yahoo.com

Dr Fernanda F. Fernandez Jankov

Pravni fakultet, Univerzitet Sao Paolo, Brazil
Fernandez&Jankov Legal Intelligence, Brazil, Portugalija, Srbija
e-mail: fernandez.jankov@fernandezjankov.eu

AUTONOMIJA HONG KONGA NA OSNOVU PRINCIPA „JEDNA DRŽAVA, DVA SISTEMA“: PREISPITIVANJE KONCEPTA MEĐUNARODNOPRAVNE OBAVEZE

Sažetak

Zakon Narodne Republike Kine o nacionalnoj bezbednosti u Specijalnoj administrativnoj regiji Hong Kong, koji je usvojen u junu 2020. godine, izazvao je veliko negodovanje u stručnoj javnosti. Činjenica da je usvajanju ovog zakona prethodilo više

neuspelih pokušaja donošenja propisa koji bi regulisali osetljiva pitanja nacionalne bezbednosti u Hong Kongu svakako je doprinela interesovanju koje je novi zakon izazvao. Planirani zakon nije donet uprkos pokušajima za vreme kolonijalne britanske uprave, kao i nakon toga, 2003. godine. Autorke u radu najpre iznose postojeće kritike u pogledu njegove nezakonitosti, koje se upućuju nedavno usvojenom zakonu. Svesne istorijske dimenzije problema, autorke se upuštaju u analizu promene položaja Hong Konga i značaja koji je data promena imala za regulisanje pitanja nacionalne bezbednosti. Nakon ukazivanja na nedovoljnu sistematičnost kritika koje su izložene u naučnim i stručnim krugovima, autorke pristupaju temeljnoj analizi usklađenosti ovog zakona sa izvorima međunarodnog prava koristeći prevashodno dogmatski metod. U zaključnom delu rada autorke ukazuju na uočene nezakonitosti posvećujući posebnu pažnju pitanju da li je postojećim zakonom narušen princip „jedna država, dva sistema“.

Ključne reči: novi zakon Narodne Republike Kine o nacionalnoj bezbednosti u Specijalnoj administrativnoj regiji Hong Kong, Zajednička deklaracija, međunarodno pravo, ljudska prava, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.

Received: 9. 2. 2021.

Revised: 30. 3. 2021.

Accepted: 31. 3. 2021.

NASTANAK I PRAVNO REGULISANJE INSTITUTA DRUGE ŠANSE ZA PREDUZETNIKE U EVROPSKOJ UNIJI

Sažetak

Iako je Republika Srbija regulisala materiju stečaja i restrukturiranja, u mnogim delovima u skladu sa Direktivom EU o restrukturiranju i stečaju iz juna 2019. godine, oblast druge šanse za preduzetnika i mogućnost otpusta njegovih dugova nije uređena, pa će u tom delu biti neophodno prilagođavanje nacionalnih propisa o stečaju. U ovom radu autori analiziraju poreklo oprosta duga u slučaju bankrota preduzetnika u Direktivi EU o restrukturiranju i stečaju, kao i svrhu i mere koje su prethodile njenom donošenju. Autori takođe analiziraju poreklo oprosta dugova fizičkim licima kroz pravnu istoriju i teorijske stavove koji opravdavaju otpust duga za preduzetnike.

Ključne reči: restrukturiranje, stečaj, druga šansa, preduzetnik, otpust duga.

1. Uvod

Efikasno i uspešno poslovanje radi sticanja dobiti jedan je od glavnih ciljeva osnivača privrednih društava i preduzetnika. Ipak, zacrtani ciljevi i planovi ponekad propadnu zbog dejstva raznih okolnosti i uticaja sa tržišta, a neretko i zbog nerealnosti poslovnih modela i planova. Velika finansijska kriza od kraja 2007. godine uticala je na osmišljavanje različitih mera, pa je tako stečajno pravo postalo deo tržišne regulacije i sredstvo ubrzanja rasta i tržišne efikasnosti, a u Evropskoj uniji katalizator opšte stabilizacije evropskih tržišta kapitala (Presidents report, 2015, p. 12). S druge strane, kako je Evropska komisija istakla u svom pismu upućenom Evropskom parlamentu, Savetu, Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona, početkom januara 2013. godine, da bi se Evropa vratila rastu i višim stopama zaposlenosti, potrebno joj je više preduzetnika, a da bi jedna od takvih mera trebalo da bude i „druga šansa“ za one preduzetnike koji su dospeli u bankrot bez sopstvenog prevarnog ili nesavesnog ponašanja (Communication from the Commission, 2013, p. 17).

* Doktor pravnih nauka, viši naučni saradnik, vanredni profesor, Univerzitet u Novom Sadu, Fakultet tehničkih nauka, Srbija, e-mail: marijana.mijatovic@uns.ac.rs

** Doktor pravnih nauka, docent, Univerzitet u Novom Sadu, Ekonomski fakultet u Subotici, Srbija, e-mail: o3peh_y@yahoo.com

Međutim, poverioci preduzetnika s pravom i na osnovu zakona očekuju da nesolventni preduzetnik u potpunosti ispuni svoje obaveze. Uobičajeno poslovanje podrazumeva da se pravni poslovi i transakcije obavljaju radi zadovoljenja ciljeva obe ugovorne strane. Zbog toga pravila stečajnog prava koja se primenjuju kada preduzetnik dođe u stanje nesolventnosti treba da odrede granicu pravične ravnoteže u pravima zainteresovanih strana u tom postupku (Varona, Niemi & Hupli, 2020, p. 9; McGowan & Andrews, 2016, p. 16; Mucciarelli, 2013, p. 183; de Weijts, 2012, p. 2).

U ovom radu autori razmatraju poreklo ideje opraštanja dugova preduzetnika, mere koje su prethodile usvajanju Direktive o restrukturiranju i stečaju, uz odgovarajuće korišćenje izvora kojima se objašnjava opravdanost sistemskog regulisanja druge šanse za preduzetnike, kao i pravni položaj preduzetnika u vezi sa otpustom duga u Srbiji.

2. Princip „blagonaklonosti“ prema dužniku

S obzirom na to da se stečajni postupak vodi prema prinudnim procesnim pravilima kojima se obezbeđuje kolektivno namirenje stečajnih poverilaca, očigledno je da se prvenstveno vodi računa o njihovim interesima, a ne o interesu dužnika. Ovo se čini ostvarivanjem najveće moguće vrednosti imovine stečajnog dužnika u korist poverilaca. Ipak, cilj stečaja nije samo nestanak dužnika već i mogućnost restrukturiranja kada je poslovanje održivo prema drugačijem poslovnom modelu i organizaciji. Važeći Zakon o stečaju ne reguliše stečaj fizičkih lica, već samo privrednih društava, za razliku od Zakona o stečajnom postupku iz 2004. godine kada je taj institut postojao.

Stepen „blagonaklonosti“ propisa o stečaju prema bilo kojoj od stranaka u stečajnom postupku uvek je bio u većoj ili manjoj meri podeljen, pa su zato neka njegova pravila, u zavisnosti od trenutnih zakonskih rešenja, imala prevagu u korist dužnika ili poverilaca (Varona *et al.*, 2020, p. 9). Inače, princip blagonaklonosti prema dužniku opisuje se izrazima „novi početak“ i „druga šansa“, kojima se ukazuje na to da se dužniku institucionalno garantuje još jedna mogućnost da se pokaže uspešnim u svom poslovnom poduhvatu. Treba istaći da u istoriji države i prava postoje brojni primeri takvih postupaka prema dužniku.¹

¹ Moglo bi se reći da tragove blagonaklonosti prema dužniku nalazimo još u Hamurabijevom zakoniku, koji je u čl. 117 propisivao: „Ako se neko zaduži, svoju ženu, sina ili kćer dâ za novac ili u dužničko ropstvo, tri godine radiće u kući kupca ili gospodara duga, u četvrtoj godini pustiće ih u slobodu.“ Otpust duga posle proteka tri godine predstavljao je finansijsku slobodu i „drugu šansu“ za nastavak životnih aktivnosti, čime je Hamurabi prepoznao potrebu za građanskom rehabilitacijom pojedinaca u finansijskim problemima. To je bilo doba kada se u dužničko ropstvo dolazilo zbog prekomernih, zelenoških kamata na zajam, što je bilo veoma rasprostranjeno tokom istorije ljudske civilizacije. U novom veku, princip otpusta dugova za fizička lica prvi put je uveden u englesko stečajno pravo 1705. godine Zakonom o sprečavanju prevara često izvršenim putem bankrota, koji je obavezivao dužnika da dokaže svoje poštenje pre nego što bude oslobođen dugova (Bridge, 2013, p. 30). U pravnoj istoriji SAD je zabeleženo da je Zakon o bankrotu iz 1898. godine bio izuzetno naklonjen dužnicima i da im je omogućavao opstanak po osnovu principa „novog početka“, iako je prethodni istoimeni zakon iz 1841. godine ukinut posle samo godinu i po dana zbog toga što je, takođe, bio blagonaklon prema dužnicima (Bridge, 2013, p. 33; Coco, 2011, pp. 45–46). U Francuskoj su ordonanse Luja XIV (Ordonansa o trgovini od marta 1673. godine – *Ordonnance de mars 1673 sur le commerce* i Ordonansa od 31. jula 1681. godine o mornarici u vezi s lučkom policijom, morskom obalom i plažama – *Ordonnance du 31 juillet 1681 de la marine relative à la police des ports, côtes et rivages de la mer*) poslužile kao osnova za francuski Trgovački zakonik iz 1807. godine, koji je bio uzor za trgovačke zakonike u Maroku, Egiptu i Tunisu. Ordonansa o

Iako bilo kakva blagonaklonost prema dužniku u pogledu ispunjenja njegovih obaveza stvara snažno protivljenje poverilaca, stečajni postupak treba da posluži kao sredstvo pomoću kojeg stečajni sud može da „snimi“ stanja dužnika i da omogući njegov opstanak, ako je to moguće (Froute, 2007, p. 208). S druge strane, u pravnoj teoriji se ističe da se pravo na naplatu potraživanja ne može ostvarivati po svaku cenu, već se mora uravnotežiti sa osnovnim pravima dužnika, posebno kada se radi o fizičkom licu, a ne privrednom društvu, i to zbog ljudskog dostojanstva i ljudskih prava (Varona *et al.*, 2020, p. 9). Stečajna pravila u vezi s mogućnošću otpusta dugova tesno su u američkoj literaturi povezivana sa izgradnjom odnosa prema finansijskim i fiskalnim pitanjima pojedinca koji je nastao i razvijao se pod uticajem filozofije prosvetljenja (Coco, 2011, p. 20). Američki filozof Džon Rols (*John Rawls*) je, u svom delu *Teorija pravde*, pokušao da pruži alternativno rešenje problema ljudske slobode, o kojoj se, kako kaže Rols, slažu racionalni i uzajamno nepristrasni pojedinci prvobitnog stanja ravnopravnosti: prvo, svaki pojedinac ima jednako pravo na onoliko slobode koja je spojiva s pravima drugih i, drugo, sve društvene ili ekonomske nejednakosti koje nastaju između pojedinaca treba da budu tako organizovane da koriste svakom pojedincu i da karakterišu sva mesta u društvu koja su podjednako dostupna svim pojedincima (Rawls, 1971, p. 53). Kapitalistički sistem slobodnog tržišta zasnovan na preduzetničkom duhu, preuzimanju rizika, neizvesnim tržištima i želji za sticanjem dobiti funkcionisao je, a i danas funkcioniše putem kredita (Communication from the Commission, 2007, p. 3; Coco, 2011, pp. 39–40; Tajti, 2018, p. 13). Međutim, održivost takvog sistema oduvek je bila ugrožena velikom učestalošću finansijskih promašaja. Zbog održanja kapitalističkog sistema slobodnog tržišta, kao i identiteta i uloge dužnika u tržišnom sistemu privrednih odnosa podrazumeva se mogućnost komercijalnog neuspeha, pa se time i opravdava „sistemsko“ očekivanje novog početka poslovanja preduzetnika, bez dugova (Varona *et al.*, 2020, p. 15; Coco, 2011, pp. 55–56). U istom smislu se u teoriji i tumači stanje nesolventnosti kao šansa da se uči iz grešaka i da bankrot treba da predstavlja priliku da se podstaknu nove generacije da budu hrabre, a najsiromašniji da rizikuju i da se menjaju i da, u tom smislu, bankrot ne treba da bude sredstvo isključivo za zadovoljenje interesa poverilaca (Lai, 2017, pp. 81–82). S druge strane, blagonaklonost prema dužniku opravdava se i društvenom stigmom koja opterećuje pojedinca, jer se nemogućnost ispunjenja finansijskih obaveza tumačila kao kršenje poverenja i nedostatak lične finansijske discipline (Bridge, 2013, p. 36; Coco, 2011, p. 31).

3. Nastanak ideje druge šanse u pravu EU

Evropska komisija je u februaru 2005. godine predložila nov početak Lisabonske strategije iz 2000. godine, čiji je glavni tvorac portugalski ekonomista Marija Žoao Rodriges, sa težištem na postizanju snažnijeg, trajnijeg rasta i otvaranja većeg broja boljih radnih mesta

kopnenoj trgovini iz 1673. godine doneta je zalaganjem Kolbera, važnog ministra kralja Luja XIV, čijom voljom i zbog njegovog besa su, zbog učestalih bankrotstava dobavljača dobara vojsci, prvi put doneti propisi o bankrotu dužnika radi njihovog kažnjavanja, a ne da bi im se pružila poslovna šansa, do čega će doći tek posle buržoaske revolucije i donošenja Građanskog zakonika Francuske (Monéger, 2004, p. 173). Nekoliko godina posle ujedinjenja, Nemačka je donela Zakonik o bankrotu 1877. godine, a Italija Trgovački zakonik 1869. godine koji je sadržao odredbe o postupku bankrota.

(Modern SME Policy, 2005), koji cilj je trebalo da se ostvari stvaranjem povoljnih uslova za poslovanje malih i srednjih preduzeća i podizanje preduzetničke kulture (Communication from the Commission, 2007, p. 3). Rad na izradi nove politike u vezi s rizičnim delatnostima i negativnim posledicama poslovnog neuspeha otpočet je 2001. godine, da bi od 2004. godine postao deo Akcionog plana za preduzetništvo (Communication from the Commission, 2007, p. 5; The European Agenda for Entrepreneurship, 2004). U svom pismu Savetu, Evropskom parlamentu, Evropskom ekonomskom i socijalnom odboru i Odboru regiona, Evropska komisija je još 2007. godine istakla da društveno uvažavanje uspešnog preduzetništva treba da se „ruku pod ruku“ odvija zajedno sa podsticanjem druge šanse za preduzetnike koji su u riziku od poslovnog neuspeha ili su bankrotirali (Communication from the Commission, 2007, p. 11).

Ipak, ideja o uvođenju „druge šanse“ za preduzetnike postala je deo politike EU o podsticanju osnivanja i razvoja malih preduzeća tek 2008. godine, na osnovu Akta o malim preduzećima (Commission of the European Communities, 2008). Osnovni problem na nivou Evropske unije je bio taj što pravni sistemi velikog broja država članica nisu pravili razliku između nesavesnog bankrota i bankrota do kojeg je dolazilo bez krivice vlasnika ili direktora malog i srednjeg preduzeća ili preduzetnika (Communication from the Commission, 2007, p. 7). Nepravедnost sistema bankrota, koji ne pravi jasnu razliku između savesnog, ali neuspešnog preduzetničkog poduhvata koji je doveo do bankrota, i nesavesnog ili prevarnog bankrota, koji može da dovede do stigmatizacije savesnog preduzetnika i nepostojanje instituta otpusta njegovog duga u određenom roku, navelo je Ekspertsku grupu, čiji je rad koordinisala Evropska komisija, da u svom izveštaju (Druga šansa za preduzetnike. Prevencija bankrota, pojednostavljivanje postupka bankrota i podrška novom početku – prim. aut.) Evropskoj komisiji ukaže na važnost promovisanja „druge šanse“ i pozitivnog društvenog stava prema „drugoj šansi“ u državama članicama EU (Report of the Expert Group, 2011, p. 3), kao i takvog regulisanja postupaka likvidacije i otpusta duga koji će takvim preduzetnicima omogućiti nov početak (Report of the Expert Group, 2011, p. 10). Evropska komisija je tek u decembru 2012. godine potvrdila potrebu rada na sprovođenju preporuka koje je Ekspertska grupa istakla u svom izveštaju iz januara 2011. godine (Communication from the Commission, 2012, p. 2).

Komisija EU je tek 2014. godine usvojila Preporuku o novom pristupu poslovnom neuspehu i stečaju (Commission Recommendation, 2014) koja se bavi restrukturiranjem i drugom šansom, jer je smatrala da će u ove dve oblasti nova pravila doneti dodatnu vrednost (Commission Recommendation, 2014, recital 1). Komisija je Preporukom pozvala države članice da propišu: (1) efikasne predstečajne postupke kako bi se pomoglo održivim dužnicima da se restrukturiraju i tako izbegnu stečaj (Commission Recommendation, 2014, čl. 6) i (2) odredbe za preduzetnike na osnovu kojih se njihovi dugovi brišu najkasnije za tri godine posle otvaranja stečajnog postupka (Commission Recommendation, 2014, čl. 30). Dve studije iz 2015. i 2016. godine otkrile su da pomenuta preporuka nije dovela do željene promene u svim državama članicama i da postoje države članice u kojima se pravna lica ne mogu restrukturirati pre nego što postanu nesolventna, a da se kod država koje su donele nova pravila, ta pravila od Preporuke razlikuju u nekoliko aspekata (Proposal for a Directive, 2016, p. 8). Komisija je u Akcionom planu o Uniji tržišta kapitala iz 2015. godine objavila zakonodavnu inicijativu

u smeru rešavanja glavnih prepreka slobodnom protoku kapitala po uzoru na nacionalne propise koji dobro funkcionišu, posebno u vezi sa stečajem, restrukturiranjem i drugom šansom (Communication from the Commission, 2015, pp. 20, 25).

U skladu s navedenim, prvo je 2015. godine doneta Uredba o stečajnim postupcima (Regulation (EU), 2015/484), kojom je izmenjena i dopunjena istoimena Uredba (EZ) br. 1346/2000 iz 2000. godine. Novom uredbom reguliše se rešavanje sukoba nadležnosti i prava u prekograničnim stečajnim postupcima i obezbeđuje priznavanje presuda u vezi sa stečajevima na teritoriji Evropske unije (dalje u tekstu: EU). S obzirom na to da pomenuta uredba nije obavezivala države članice da propišu određene vrste postupaka ili da obezbede da njihovi postupci budu efikasni u korišćenju preventivnog restrukturiranja i druge šanse, Predlog Direktive o restrukturiranju i stečaju dopunjavao je odredbe pomenute uredbe, jer je obavezivao države članice da donesu propise kojima će regulisati te postupke prema određenim minimalnim principima efikasnosti (Proposal for a Directive, 2016, recital 1; Directive (EU) 2019/1023, recitali 12 i 13).

U svom Mišljenju od 29. marta 2017. godine Evropski ekonomski i socijalni komitet podržao je donošenje predložene direktive i založio se za usvajanje predloga civilnog društva kako bi se zaokružila suština Direktive (Opinion of the Economic and Social Committee, 2017, item 1.1).

U maju 2017. godine Odbor za pravne poslove izneo je prethodnu ocenu procene uticaja Predloga Direktive Evropske komisije u kojoj je, pored ostalog, konstatovao da je ekonomski uticaj detaljno analiziran, a da su zanemarene socijalne i radnopravne posledice (Impact Assessment, 2017, p. 8), dok je Komisija u svom pismu iz juna 2017. godine potvrdila da postoji prostor za povećanje sposobnosti poverilaca da vrate određene iznose po sredstvima obezbeđenja za date zajmove privrednim društvima i preduzetnicima, koristeći iskustva nekih država članica, i to na način koji ne remeti pravila nacionalnih pravnih okvira stečajnog i predstečajnog postupka, a koji je u skladu sa ciljevima restrukturiranja i druge šanse (Communication from the Commission, 2017, p. 14).

Konačno, Evropski komitet regiona je 12. jula 2017. godine usvojio Mišljenje o unapređenju start-upova i velikih pravnih lica u Evropi u vezi s regionalnim i lokalnim pitanjima (Opinion of the European Committee of the Regions, 2017), u kojem je dao nekoliko preporuka za dopunu teksta Predloga Direktive o restrukturiranju i stečaju. Evropska komisija je 22. novembra 2016. godine proglasila Predlog Direktive o pravnom okviru preventivnog restrukturiranja, drugoj šansi i merama za povećanje efikasnosti postupaka restrukturiranja, stečaja i otpusta dugova (Proposal for a Directive, 2016) i 16. januara 2017. godine uputila ga Odboru za pravne poslove Evropskog parlamenta, da bi ona konačno bila doneta 20. juna 2019. godine (dalje u tekstu: Direktiva o restrukturiranju i stečaju).

4. Otpust duga nesolventnog preduzetnika prema Direktivi EU o restrukturiranju i stečaju iz 2019. godine

Cilj donošenja Direktive (EU) 2019/1023 o restrukturiranju i stečaju bio je da se uklone prepreke za vršenje osnovnih sloboda na teritoriji Evropske unije, kao što su sloboda kretanja kapitala i sloboda osnivanja, koje potiču iz razlika u nacionalnim propisima i

postupcima o restrukturiranju, stečaju i drugoj šansi. U uvodnom tekstu Direktive, između ostalog, uz strogo očuvanje osnovnih prava i sloboda radnika, izražava se namera da se uklone prepreke tako da pošteni nesolventni ili prezaduženi preduzetnici mogu imati koristi od potpunog otpusta dugova posle razumnog vremenskog perioda i tako im se omogući druga šansa (Recital, br. 1), posebno kada postoje razlozi koji ukazuju da postoji veća verovatnoća da će nesolventni preduzetnik sledeći put biti uspešan (Recital, br. 72). U skladu s principom minimalnog usklađivanja nacionalnih propisa država članica sa ovom direktivom, omogućen je dovoljan stepen fleksibilnosti u nacionalnim zakonodavstvima koja mogu zadržati ili uvesti specifična pravna rešenja (Dimitrijević, 2020, p. 8).

Ova direktiva reguliše: postupke preventivnog restrukturiranja za dužnike kada postoji verovatnoća nastupanja stečaja sa ciljem sprečavanja stečaja i obezbeđivanja održivosti poslovanja dužnika, postupke za otpust dugova prekomerno zaduženih preduzetnika i mere za povećanje efikasnosti navedenih postupaka. Pored fizičkih lica koja nisu preduzetnici, a imajući u vidu posebne propise EU o pojedinim delatnostima, Direktiva se ne primenjuje na: (1) društva za osiguranje i društva za reosiguranje, (2) kreditne institucije, (3) investicione firme i firme kolektivnog investiranja i neke druge organizacije prema definicijama iz važećih uredbi (Regulation (EU) 648/2012 i Regulation (EU) 909/2014) i direktiva (Directive 2014/59/EU). Pored definicija primenjenih pojmova, Direktiva propisuje obavezu država članica da dužnicima i preduzetnicima omogući pristup mehanizmima ranog upozorenja koji može da otkrije pogoršanje poslovanja, da im ukaže na potrebu neodložnog reagovanja i da ih obavesti o njihovom postojanju i mogućnosti otpusta ličnog duga, kao i mogućnost da države članice propišu pružanje državne pomoći predstavnicima zaposlenih za procenu ekonomske situacije dužnika.

Direktiva je podeljena u šest delova, od kojih treći deo reguliše otpust duga preduzetnika i ukidanje zabrane rada.

U čl. 7 regulišu se posledice pojedinačnih predloga za izvršenje, ali i obaveza država članica da propišu pravila o sprečavanju poverilaca da zadrže ili ubrzaju izvršenje ugovora ili na drugi način izmene bitne delove ugovora na štetu dužnika za dugove nastale pre donošenja odluke o odlaganju izvršenja. Direktiva posebno reguliše da poverioci ne mogu da vrše prethodno navedene radnje samo zbog: (a) zahteva za pokretanje preventivnog postupka restrukturiranja, (b) zahteva za odlaganje pojedinačnih izvršenja, (c) otvaranja preventivnog postupka restrukturiranja, ili (d) odobravanja zahteva za odlaganje pojedinačnih zahteva za izvršenje. Države članice moraju da obezbede da protekom roka odlaganje izvršenja bez usvojenog plana restrukturiranja, samo po sebi, ne predstavlja osnov za otvaranje postupka stečaja, osim ako su uslovi za otvaranje stečaja ispunjeni po nacionalnom pravu države članice.

Propisuje se minimum obavezne sadržine plana restrukturiranja koji se podnosi sudu ili upravnom organu na potvrdu. Države članice mogu da zahtevaju davanje dodatnih informacija, pod uslovom da to ne predstavlja nesrazmeran teret za dužnika. Takođe države članice imaju obavezu da formulišu model plana restrukturiranja koji će biti dostupan preko interneta.

Kada se radi o uslovima pod kojim se preduzetnicima institucionalno garantuje otpust duga, Direktiva predviđa obavezu država članica da propišu mogućnost da se

prezaduženi preduzetnici mogu u potpunosti osloboditi svojih dugova, a ako se to uslovljava delimičnim plaćanjem duga, onda da se ta obaveza preduzetnika mora ustanoviti srazmerno njihovim prihodima tokom perioda isplate. Direktiva takođe propisuje da period isplate ne može da bude duži od tri godine i da se ukupan dug preduzetnika briše u potpunosti po proteku perioda isplate, bez obaveze da se obraća sudu ili organu uprave, kao i da za vreme isplate duga preduzetnik ne može da obavlja nikakvu trgovinsku, poslovnu, zanatsku ili profesionalnu delatnost.

Direktiva ovlašćuje države članice da zadrže ili propišu mogućnost poništavanja odluke o otpustu dugova u slučaju kada je preduzetnik postupao nepošteno ili nesavesno prilikom zaduživanja, tokom postupka bankrota ili tokom vraćanja duga.

Direktivom su propisani i određeni izuzeci kada period isplate duga može da bude i duži od tri godine ili da ograniči mogućnost otpusta dugova. Slučajevi kada se ta pravila mogu primeniti moraju da zavise od dobro definisanih okolnosti ili kada su opravdana javnim poretkom: kada je preduzetnik bitno prekršio obaveze po planu otplate duga ili neku drugu zakonsku obavezu čiji je cilj zaštita interesa poverilaca; ako nesolventni preduzetnik prekrši obaveze informisanja i saradnje po pravu EU i nacionalnom pravu države članice; u slučaju zloupotrebe prava na otpust duga; u slučaju ponavljanja postupka otpusta dugova u određenom periodu; trošak postupka otpusta duga nije pokriven; ili odstupanje je neophodno zbog garancije ravnoteže prava dužnika i prava jednog ili više poverilaca. Direktiva takođe propisuje i mogućnost da države članice isključe ili ograniče mogućnost otpusta određenih, taksativno navedenih vrsta dugova, kao što su: obezbeđeni dugovi, dugovi po osnovu krivičnih kazni, dugovi po osnovu vanugovorne odgovornosti, dugovi za izdržavanje u oblasti porodičnih odnosa, kao i dugovi nastali zbog podnošenja zahteva za pokretanje postupka otpusta duga ili da se plate troškovi tog postupka (čl. 23). Takođe se uvodi obaveza država članica da propišu da se jedinstvenim postupkom za otpust dugova obuhvataju dugovi nastali u poslovanju preduzetnika i njegovi dugovi nastali van preduzetničke delatnosti (čl. 24, st. 1).

Direktiva propisuje i vođenje pouzdane godišnje statistike po kojoj su države članice dužne da, razdvojeno po veličini preduzetnika, broju radnika, pravnim i fizičkim licima, prikupljaju i zbirno prikazuju podatke o: broju pokrenutih, aktivnih i rešenih postupaka (restrukturiranje, bankrot/likvidacije, otpust dugova); prosečnoj dužini postupka od početka plaćanja (po vrstama postupaka); udelu svih vrsta ishoda u svim vrstama postupaka; broju zahteva za odobravanjem restrukturiranja koji su odbačeni, odbijeni ili povučeni pre otvaranja postupka. Države članice, prema ovlašćenju iz Direktive, mogu da prikupljaju i godišnje podatke o: prosečnim troškovima pojedinačnih postupaka koje su odobrili sud ili organ uprave; stopama naplate obezbeđenih i neobezbeđenih poverilaca; broju dužnika na koje su primenjeni postupci preventivnog restrukturiranja i koji su posle toga pokrenuli novu vrstu poslovanja; broju firmi koje su prestale da postoje posle postupaka restrukturiranja ili stečaja/likvidacije.

Direktivom je propisana obaveza Komisije da sedam godina od početka njene primene, a posle toga svakih pet godina podnosi Evropskom parlamentu, Savetu i Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu izveštaj o primeni ove direktive sa predlogom o izmenama i dopunama radi konsolidacije i pojačanja njenog pravnog okvira. Izveštaji će

takođe morati da obuhvate i rezultate primene na formiranje redova poverilaca i pravila o glasanju ranjivih poverilaca kao što su zaposleni.

5. Pravni položaj preduzetnika u vezi sa otpustom duga u Srbiji

U Srbiji je mogućnost otpusta dugova privrednih subjekata prvi put regulisana Zakonom o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih subjekata. Međutim, odredbe ovog zakona nisu se primenjivale na privredna društva iz finansijskog sektora i preduzetnike, koji u njemu nisu ni pomenuti, iako je i pre njegovog donošenja, a i posle, nastavljen trend rasta učešća problematičnih kredita u privredi Republike Srbije (Vlada Republike Srbije, 2015, p. 7).

Pravni okvir utvrđen Zakonom o sporazumnom finansijskom restrukturiranju iz 2015. godine ispravio je navedeni propust, pa i preduzetnici mogu da računaju na mogućnost otpusta duga pod određenim uslovima. Primenom na sve privredne subjekte, osim onih koji su izričito izuzeti od njegove primene, izmenjeni zakon je već u trenutku svog donošenja sadržao rešenje koje je na nivou Evropske unije sprovedeno Direktivom (EU) 2019/1023 o restrukturiranju i stečaju. Načelo savesnosti i poštenja dužnika u pogledu uzdržavanja od radnji i mera kojima se sprečava ili otežava naplata potraživanja i načelo potpune i iskrene saradnje između poverilaca prema dužniku i dužnika prema poveriocima samo su neki od standarda ponašanja koji se očekuju od preduzetnika u postupku otpusta, a koja je pomenuti zakon izričito naveo da se primenjuju u postupku finansijskog restrukturiranja. Ukoliko dužnik krši navedena načela, opšteprihvaćeno pravilo iz Direktive (EU) 2019/1023, kao i u uporednom pravu jeste da se otpust duga poništava, odnosno da on traje duže (Dimitrijević, 2020, p. 17). Međutim, zakonski su ostala neregulirana i neka pitanja u vezi sa otpustom duga koja su preporučena Direktivom iz 2019. godine. Tako, na primer, srpski zakon ne reguliše mogućnost isključenja posebnih kategorija duga, kao što su obezbeđeni dugovi, dugovi nastali zbog građanske (deliktne) ili krivične odgovornosti, dugovi po osnovu obaveze izdržavanja u porodičnim odnosima, na osnovu roditeljstva i braka i drugo.

S druge strane, postoje bitne karakteristike Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju iz 2015. godine. Mi ćemo se, ograničeni obimom ovog rada, osvrnuti samo na neke od njih. Tako, glavnu ulogu u postupku finansijskog restrukturiranja, u okviru kojeg može doći i do otpusta duga, pomenuti zakon je poverio Privrednoj komori Srbije, kao institucionalnom posredniku, umesto da tu funkciju vrše specijalizovane stečajne sudije u skladu sa 6. preporukom Izveštaja Ekspertske grupe Evropske komisije iz 2011. godine (Report of the Expert Group, 2011, p. 12). Osim toga, naš zakon ne reguliše institut preventivnog restrukturiranja koji se pokreće onda kada postoji verovatnoća od nastupanja nesolventnosti, sa ciljem sprečavanja da nastupi nesolventnost i da se obezbedi održivost poslovanja dužnika. Na značaj preventivnog restrukturiranja, kao mehanizma za sprečavanje likvidacije poslovne aktive i izbegavanje poslovnih gubitaka, kao što su i gubici radnih mesta, znanja, iskustava i veština ili delimičnog namirenja poverilaca, ekonomska i socijalna kriza, već je ukazano u našoj pravnoj teoriji (Dimitrijević, 2020, p. 9; Mojsilović, 2020, p. 66). Takvo rešenje je takođe u suprotnosti sa 1. preporukom

Ekspertske grupe Evropske komisije koja nalaže državama članicama da podršku malim i srednjim preduzećima, uključujući i preduzetnike, pružaju intervencijama prema sledećem redosledu: 1) prevencija; 2) tretman posle bankrota i druga šansa; 3) vansudsko namirenje dugova; 4) sudski postupci (Report of the Expert Group, 2011, p. 12).

U uporednom pravu preventivno restrukturiranje predstavlja jedan od preduslova za odobrenje lične uprave preduzetniku. Lična uprava preduzetnika regulisana je stečajnim zakonodavstvom na različite načine u uporednim pravnim sistemima, a u srpskom pravu ona je regulisana prvi put Zakonom o stečajnom postupku iz 2004. godine (napominjemo da je Zakonom o prinudnom poravnanju i stečaju SFRJ iz 1965. godine bilo regulisano otvaranje stečaja prema fizičkom licu koje se bavi privrednom delatnošću). Pomenuti zakon bio je nedorečen u pogledu toga da li se lična uprava može uvoditi i u slučaju bankrota, kao i u postupku reorganizacije, ali se, prema nekim autorima, iz organizacije njegovih odredaba može zaključiti da se pravila o ličnoj upravi vezuju samo za postupak reorganizacije (Radović, 2009, p. 250). Radi se o institutu koji predstavlja proširenje pravnog okvira stečaja i reorganizacije mimo minimuma propisanog Direktivom EU o restrukturiranju i stečaju iz 2019. godine. U domaćoj pravnoj teoriji već su obrazlagani argumenti zbog kojih je neophodno ponovo uvesti institut lične uprave dužnika u domaće stečajno pravo, s obzirom na to da je on izostavljen u Zakonu o stečaju iz 2009. godine (Radović, 2009), ali se primenjuje na sve postupke započete pre stupanja na snagu tog zakona.

Prema Zakonu o stečajnom postupku iz 2004. godine Stečajno veće je moglo da odobri preduzetniku u stečaju da samostalno upravlja i raspolaze stečajnom masom ako dužnik to sam predloži. Pored navedenog uslova, s predlogom dužnika da sam upravlja stečajnom masom morao se saglasiti i poverilac koji je pokrenuo postupak i da je verovatno da lična uprava neće oštetiti interese poverilaca, niti dovesti do produženja stečajnog postupka. Regulisanje lične uprave preduzetnika sa svega pet članova, bez preciznog kvalitativnog razdvajanja ovlašćenja stečajnog upravnika i stečajnog dužnika u postupku lične uprave, dovelo je do problema u razumevanju i primeni tog zakona. U tom smislu, neki autori smatraju da Zakon iz 2004. godine nije izričito dao preduzetniku - dužniku pravni položaj stečajnog upravnika (Radović, 2009, p. 255), dok su drugi stava da je preduzetnik- dužnik imao iste obaveze i ovlašćenja kao i stečajni upravnik, izuzev nadzorne uloge stečajnog upravnika nad ličnom upravom preduzetnika- dužnika (Čolović, 2017, p. 13).

Interesantno je napomenuti da postoje pravni sistemi koji, bar delimično, izjednačuju pravni položaj potrošača s položajem preduzetnika. Tako je Zakon o stečaju potrošača Republike Hrvatske, koji je na snazi od januara 2016. godine, iako se ne primenjuje na preduzetnike, propisao da se potrošačem smatra i fizičko lice obveznik poreza na dohodak od samostalne delatnosti i kao i obveznik poreza na dobit, ako nema više od 20 poverilaca, ako obaveze iz obavljanja delatnosti ne prelaze iznos od 100.000 kuna, ako nema obaveza iz radnih odnosa povodom obavljanja delatnosti i ako nije pokrenut predstečajni ili stečajni postupak. Tako se pravila o stečaju potrošača primenjuju i na one preduzetnike koji ispunjavaju navedene uslove.

Zakon o obligacionim odnosima reguliše otpuštanje duga tako da pravna dejstva nastaju u trenutku kada poverilac izjavi dužniku da neće tražiti ispunjenje duga i dužnik

se sa tim saglasi. Saglasnost volja poverilaca i dužnika postiže se sporazumom za koji se ne zahteva da bude zaključen u formi u kojoj je zaključen i pravni posao iz koga je nastala obaveza. Ipak, Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju propisuje da taj sporazum mora da se zaključi u pisanoj formi. Pored pojedinačnog otpusta dugova, opštim otpuštanjem dugova gase se sva poveriočeva potraživanja prema dužniku, osim onih za koje poverilac nije znao da postoje u času kad je otpuštanje izvršeno. U uporednom pravu rok u kojem otpust dugova postaje punovažan zavisi od toga da li postoji institut oslobađanja od preostalih obaveza ili se o tome donosi odluka posle protoka određenog vremena (Čolović, 2017, p. 14).

6. Zaključak

U istoriji ljudske civilizacije oduvek je postojao problem prezaduženosti i ličnog bankrota, kao i težnja da se takva lica u izvesnoj meri zaštite od prekomernih sankcija ili posledica svoje nesolventnosti. Blagonaklonost prema dužniku ograničena je postojanjem uslova savesnosti i poštenja dužnika u svim pravnim sistemima, dok je iznos otpusta dugova različit. Otpust dugova i pružanje nove šanse preduzetniku predstavljaju svojevrsnu sistemsku socijalnu meru koja treba da obezbedi uposlenost pojedinca i njegove porodice, ali i da obezbedi kontinuitet kapitalističkog sistema. Uočljivo je da je blagonaklonost prema dužniku kroz otpust dugova bila karakteristika anglosaksonskih država, dok su propisi država pravnih sistema zasnovanih na rimskom pravu tradicionalno bili suprotno orijentisani. Direktiva EU o restrukturiranju i stečaju iz 2019. godine bi trebalo da doprinese ujednačenju pravila o otpustu dugova preduzetnika i omogući im drugu poslovnu šansu. U tom smislu se može očekivati i da domaće stečajno pravo doživi odgovarajuće izmene i prilagođavanja na koje je ukazano u ovom radu, a kojima bi se u Srbiji ostvarili isti osnovni ciljevi koji su bili razlog za donošenje Direktive (EU) 2019/1023.

Literatura

- Bridge, C. 2013. Insolvency – A Second Chance?. *Law in Transition*, 4, pp. 28–41.
- Coco, L. E. 2011. *Beyond Failure and Forgiveness: The Debtor's Place in American Fiscal Identity, Bankruptcy, and Capitalism*. PhD dissertation. Berkeley: University of California.
- Čolović, V. 2017. Stečaj fizičkih lica. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 7(7), pp. 5–18.
- de Weijs, R.J. 2012. Harmonisation of European Insolvency Law and the Need to Tackle Two Common Problems: Common Pool & Anticommons. *Twelfth Annual International Insolvency Conference*, June 21-22, 2012. Paris: International Insolvency Institute, Supreme Court of France, pp. 1–14.
- Dimitrijević, D. 2020. Direktiva 2019/1023 Evropskog parlamenta i Saveta o okvirima za preventivno restrukturiranje. *Evropsko zakonodavstvo*, XIX(71), pp. 5–21.
- Froute, P. 2007. Theoretical Foundation for a Debtor Friendly Bankruptcy Law in Favour of Creditors. *European Journal of Law and Economics*, 24, pp. 201–214.
- Lai, L. 2017. EU Insolvency Regulations: New Tendencies Fostering Entrepreneurship

- in Europe. In: Postuła, A. & Darecki, M. (redakcja naukowa), *Przedsiębiorczość w teorii i badaniach*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, pp. 79–95.
- Mastilović, L. 2020. Preventivno restrukturiranje kao sredstvo izbegavanja pojave stečajnih razloga – Nova tendencija zakonodavstva Evropske unije. *Evropsko zakonodavstvo*, XIX(71), pp. 52–69.
- Monéger, J. 2004. De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de Septembre 2000: Réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification. *Revue internationale de droit économique*, 18(2), pp. 171–196.
- Mucciarelli, M. F. 2013. Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension. *European Business Organization Law Review*, 14, pp. 175–200.
- Radović, V. 2009. Lična uprava stečajnog dužnika *de lege ferenda*. U: *Savremene tendencije u međunarodnom stečajnom pravu*. Beograd: Jugoslovenski pregled, Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu, Pravna reforma, pp. 244–258.
- Rawls, J. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tajti, T. 2018. Bankruptcy Stigma and the Second Chance Policy: The Impact of Bankruptcy Stigma on Business Restructurings in China, Europe and the United States. *China-EU Law Journal*, 6, pp. 1–31. doi: <https://doi.org/10.1007/s12689-017-0077-z>.
- Varona, F. J. A., Niemi, J. & Hupli, T. 2020. Discharge and Entrepreneurship in the Preventive Restructuring Directive. *International Insolvency Review*, 29, pp. 8–31.

Internet izvori

- Lange, C. 2013. *Neues Insolvenzrecht für Privatpersonen ab Juli 2014*. Insolvenzberatung. Dostupno na: <https://www.insolvenzberatung.pro/neues-insolvenzrecht-privatpersonen/>, (30. 7. 2020).
- McGowan, M. A. & Andrews, D. 2016. *Insolvency regimes and productivity growth: A framework for analysis*. OECD Working Papers, ECO/WKP(2016)33, No. 1309. Paris: Economics Department. Dostupno na: <https://pdfs.semanticscholar.org/2fb7/5d3e45d8c991bc82821b11ac343a5476b953.pdf>, (30. 7. 2020).

Pravni izvori

- Commission Recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency, European Commission, C(2014) 1500 final, Brussels, 12.3.2014.
- Commission of the European Communities. 2008. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – “Think Small First” A “Small Business Act” for Europe, COM(2008) 394 final, Brussels, 25.6.2008.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions

- on the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan, European Commission, COM(2017) 292 final, Brussels, 8.6.2017.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Action Plan on Building a Capital Markets Union, European Commission, COM(2015) 468 final, Brussels, 30.9.2015.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Entrepreneurship 2020 Action Plan, COM(2012) 795 final, Brussels, 9.1.2013.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: A new European approach to business failure and insolvency, COM(2012) 742 final, Strasbourg, 12.12.2012.
- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European economic and social committee and the Committee of the regions – Overcoming the stigma of business failure – for a second chance policy (Implementing the Lisbon Partnership for Growth and Jobs), COM(2007) 584 final, Brussels, 5.10.2007.
- Department of Trade and Industry. 2001. *Insolvency – A Second Chance*. London: The Stationery Office.
- Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency), *Official Journal of the European Union*, L 172, 26. 6. 2019.
- Impact Assessment (SWD(2016) 357, SWD(2016) 358 (summary) of a Commission proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, *European Parliament*, COM(2016) 723, Briefing, May 2017.
- Modern SME Policy for Growth and Employment, European Commission, COM(2005)551 final, 10.11.2005.
- Opinion of the Economic and Social Committee of 29 March 2017 on the ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU’, *Official Journal of the European Union*, C 209, 30. 6. 2017.
- Opinion of the European Committee of the Regions – Boosting start-ups and scale-ups in Europe: regional and local perspective, *Official Journal of the European Union*, C 342, 12. 10. 2017.
- Presidents report, 2015. Juncker, J-C., Tusk, D, Dijsselbloem, J, Draghi, M., Schulz, M. 2015. *Completing Europe’s Economic and Monetary Union*. Brussels: European Commission. https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_en.pdf, (21. 7. 2020).

- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, COM(2016) 723 final 2016/0359 (COD), Strasbourg, 22.11.2016.
- Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, *Official Journal of the European Union*, L 141, 5.6.2015, p. 19–72.
- Report of the Expert Group. 2011. A Second Chance for Entrepreneurs. Prevention of Bankruptcy, Simplification of Bankruptcy Procedures and Support for a Fresh Start, January 2011, European Commission, Brussels.
- The European Agenda for Entrepreneurship*, European Commission, COM(2004)70 final, 11.2.2004.
- Vlada Republike Srbije. 2015. Predlog Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju. Dostupno na: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2180-15%20Lat.pdf.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.
- Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011.
- Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju, *Službeni glasnik RS*, br. 89/2015.
- Zakon o stečajnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004 i 85/2005 – dr. zakon.
- Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – US, 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018.

Marijana S. Dukić Mijatović, PhD

Associate Professor, University of Novi Sad, Faculty of Technical Sciences, Serbia
e-mail: marijana.mijatovic@uns.ac.rs

Ozren N. Uzelac, PhD

Assistant Professor, University of Novi Sad, Economics Faculty of Subotica, Serbia
e-mail: o3peh_y@yahoo.com

**ORIGIN AND LEGAL REGULATION OF THE SECOND CHANCE FOR
ENTREPRENEURS IN THE EUROPEAN UNION**

Summary

In the history of human civilization, there has always been the problem of over-indebtedness and personal bankruptcy, as well as the tendency to protect such persons to some extent from excessive sanctions or the consequences of their insolvency. Benevolence towards the debtor is limited by the existence of conditions of conscientiousness and

honesty of the debtor in all legal systems, while the amount of debt forgiveness is different. Debt relief and providing a new chance to the entrepreneur is a kind of systemic social measure that should ensure the employment of the individual and his family, but also to ensure the continuity of the capitalist system. It is noticeable that benevolence towards the debtor through debt relief was a characteristic of the Anglo-Saxon jurisdictions, while the regulations of the states of legal systems based on Roman law were traditionally oriented in the opposite direction.

Although the Republic of Serbia has regulated the matter of bankruptcy and reorganization, in many parts under the EU Directive on reorganization and bankruptcy from June 2019, it has not been the case with the area of the second chance for the entrepreneur and the possibility of debt release, so it will be necessary to adjust national regulations of bankruptcy. In this paper, the authors analyze the origin of debt forgiveness in case of entrepreneur bankruptcy through history and theories, and select the comparative law and provisions of the EU Directive on reorganization and bankruptcy which regulate the second chance for entrepreneurs, as well as the purpose and measures that preceded the adoption of this Directive.

Another important possibility for insolvent entrepreneurs is their personal administration with bankruptcy estate during the process of reorganization. Entrepreneurs' personal administration is regulated by bankruptcy legislation in various ways in comparative legal systems, and in Serbian law, it had been regulated for the first time by the Bankruptcy Procedure Act of 2004, but repealed by the Bankruptcy Act in 2009. Taking into account its importance for the national bankruptcy law, Serbian legal theory has already given the reasons due to which it is necessary to reintroduce the institute of personal administration of debtors into domestic bankruptcy law. On the other hand, sole debt release in Serbian law comes into effect at the moment the creditor declares to the debtor that he will not ask for the fulfillment of the debt and the debtor agrees with that, and such an agreement is made in writing. Debt release is a possibility provided in the Agreed Financial Restructuring Act 2015 that creditor and debtor may use during the process of reorganization, provided they reach an agreement to that end.

Keywords: reorganization, insolvency, second chance, entrepreneur, debt discharge.

Primljeno: 2. 9. 2020.

Izmenjeno: 18. 12. 2020.

Prhivaćeno: 31. 3. 2021.

USLOVI ZA ZAŠTITU AUTORSKOG DELA U PRAVU SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

Sažetak

U radu su analizirani uslovi koje duhovna tvorevina mora ispuniti prema pravu Sjedinjenih Američkih Država da bi se smatrala autorskim delom. Osim osobenosti koje su rezultat anglosaksonskog koncepta autorskog prava, prisutne su i druge specifičnosti kao što je naročita, ustavom predviđena, svrha autorskog prava u promovisanju učenja, očuvanju javnog domena i zaštiti prava autora. Na osnovu odredaba saveznog Zakona o autorskom pravu (17 U.S.C) i primera iz sudske prakse, autor objašnjava kako se tumači originalnost dela, uslov da je delo otelotvoreno u materijalizovanom nosiocu i koje su tipične vrste autorskih dela. Pored toga ukazuje se na razlike u shvatanju autorstva, na promenjeni značaj registracije posle ratifikacije Bernske konvencije i na problem zaštite dela nepoznatih titulara prava, veoma važan i sa aspekta zaštite kulturnog nasleđa marginalizovanih grupa u američkom društvu.

Rad ima za cilj da ukaže na sličnosti i razlike autorskog prava SAD i prava kontinentalnog pravnog sistema, kao što je pravo Republike Srbije, u pogledu uslova za zaštitu autorskih dela.

Ključne reči: *autorsko delo, autorsko pravo, pravo SAD, autorska zaštita.*

1. Uvod

U načinu koncipiranja zaštite autorskog prava uočljive su razlike između kontinentalnog pravnog sistema, koji se razvija pod dominantnim uticajima francuskog prava, u skladu sa idejama prirodnog prava, i na idejama utilitarizma zasnovane anglosaksonske tradicije *copyrights*-a (u tekstu se koristi ponekad izraz „autorsko pravo“, budući da nema adekvatnijeg prevoda). Kako navodi Marković (2014, p. 115), za razliku od kontinentalnog sistema, u kojem teorija naginje mišljenju da je autorsko delo neodvojivo povezano sa svojim tvorcom, te da predstavlja direktno oličjenje njegove duše, u anglosaksonskom sistemu primarna je imovinska komponenta autorskog prava, pa je, zahvaljujući ovako postavljenom konceptu, sistem zaštite u anglosaksonskom sistemu jasniji, bez odstupanja od opštih pravila građanskog prava, što se koristi kao model regulisanja u kontinentalnom pravnom sistemu.

* Master prava, asistent, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Srbija, e-mail: milica.petrovic@pravni-fakultet.info

Drugačiji polazni koncepti uslovljavaju pojavu drugih razlika koje ističu Goldstein & Hugenholtz (2010): u anglosaksonskom pravu postoje mnogobrojni izuzeci od principa da je autor inicijalni vlasnik autorskog dela; pravni status izvođača dela, producenata i tzv. kreativnih preduzeća, poput organizacija koje emituju dela (*broadcast organisation*), regulisan je u *copyrights*-u, dok su u kontinentalnom pravu oni titulari srodnih, ali ne i autorskih prava; pravila o prenosu autorskog prava su drugačija i ekstenzivnija u kontinentalnom pravnom sistemu u odnosu na anglosaksonski (Goldstein & Hugenholtz, 2010, pp. 7, 14).

Kako je utilitaristički koncept usmeren na to da se zaštitom autorskih prava podstaknu ljudi da stvaraju autorska dela, jasno je da se u anglosaksonskom pravnom sistemu pridaje veliki značaj uslovima koje treba da zadovolji delo da bi se smatralo autorskim delom i okolnostima pod kojim je omogućeno njegovo ekonomsko iskorišćavanje.

Globalno ekonomsko povezivanje i tehnološki napredak u XXI veku, koji je omogućio digitalni prenos podataka, komunikacija putem društvenih mreža (Facebook, Twitter, Instagram), deljenje sadržaja dostupnih na internetu i kreiranje virtuelne stvarnosti nameću stalnu potrebu preispitivanja i menjanja okvira zaštite autorskih prava na nacionalnom nivou. Uporedo se javlja tendencija internacionalizacije radi ujednačavanja uslova za ostvarivanje autorskopravne zaštite, što ima za posledicu da tradicionalne razlike između anglosaksonskog i kontinentalnog koncepta politički postaju sve manje značajne (Goldstein & Hugenholtz, 2010, p. 6). Ipak, u doktrini se redovno ističe da je utilitaristički koncept koji dolazi do izražaja u doktrini poštene upotrebe (*fair use*) autorskog dela u okviru *copyrights*-a ono što predstavlja njegovu bitnu razliku u odnosu na prava drugih država (Goldstein & Hugenholtz, 2010, p. 6). Tu je i druga važna osobenost *copyrights*-a koju redovno ističu američki stručnjaci – autorsko pravo tradicionalno služi ostvarenju naročite svrhe promovisanja javnog blagostanja i unapređenja znanja, što proizilazi iz ustavne odredbe kojom je Kongres SAD ovlašćen da, između ostalog, donosi propise iz oblasti autorskog prava. Zato Patterson & Lindberg (1991, pp. 109–123) tvrde da *copyrights* ne reguliše privatno vlasništvo na autorskom delu, kao što je slučaj u kontinentalnom pravu, nego pravno uređuje način na koji se ono može koristiti u interesu javnosti i slobode trgovine, što je povezano i sa određenim obavezama.

Predmet rada jesu uslovi koje mora zadovoljiti neka duhovna tvorevina čoveka da bi se, prema pravu SAD, smatrala autorskim delom i podobnim objektom zaštite autorskog prava. Cilj istraživanja jeste da se stručnoj javnosti objasne zakonska rešenja kojima je određeno šta se smatra autorskim delom, tj. šta je predmet zaštite autorskog prava. Polazi se od shvatanja da je razumevanje osnovnih pojmova iz oblasti autorskog prava važno za pravilno razumevanje uslova pod kojima se mogu zaštititi autorska prava u digitalnom okruženju i uslovima globalnog mrežnog povezivanja (interneta). Autorsko pravo SAD ima veoma dugu i osobenu tradiciju, veoma je kompleksno i razvijeno u poređenju s pravima drugih zemalja. Zbog tendencije ujednačavanja autorskog prava, potrebno je upoznati se sa osnovnim rešenjima autorskog prava SAD.

Istraživanje se zasniva na analizi saveznog opšteg akta (Copyright Act 1976 ili 17 U.S.C.), kojim su 1976. godine temeljno izmenjene statutarne odredbe autorskog prava, i na primerima iz sudske prakse. Pored toga, u izvore autorskog prava spadaju Ustav SAD

(tzv. klauzula o autorskim pravima u čl. I, od. 8, tač. 8, kojom je ovlašćen Kongres da donosi regulativu u ovoj oblasti „radi unapređenja znanja“), drugi savezni propisi i sudska praksa koja se na njih odnosi, kao i zakoni i propisi država članica, a tek poslednjih decenija, i to sve češće, SAD ratifikuju relevantne međunarodno pravne akte koji se primenjuju samostalno ili pošto su implementirani u domaće pravo. Za predmet ovog rada značajno je da su izmenama saveznog opšteg akta 17 U.S.C. iz 1998. godine usvojene odredbe Bernske konvencije¹.

2. Uslovi da se duhovna tvorevina smatra autorskim delom

Autorskim pravom može biti zaštićena samo ona duhovna tvorevina koja zadovoljava uslove predviđene u odeljku 1 § 102(a) 17 U.S.C. Ti uslovi odnose se na: originalnost autorskog dela, činjenicu da je delo duhovna tvorevina autora i da je delo otelotvoreno na materijalnom nosiocu (medijumu).

Od izmena iz 1976. godine u 17 U.S.C. se koristi izraz „sva originalna dela“ umesto sintagme „svi zapisi autora“, koja je bila zastupljena u ranijim statutima. Originalnost se dovodi u vezu sa osnovnim kriterijumom da je autorsko delo izraz autora, da je nastalo kreativnim delovanjem pojedinca, kojim kanališe svoje subjektivne doživljaje (Cohen, 2007, p. 1153). Taj individualni kreativni izraz (delo) već po sebi predstavlja nešto što je drugačije, ali da bi uživalo autorskopravnu zaštitu, mora se u potrebnoj meri razlikovati od svega onoga što već postoji. Potrebna količina originalnosti procenjuje se u svakom konkretnom slučaju (prema tome predstavlja *question facti*). Zakonodavac je ovaj uslov namerno široko postavio, ne precizirajući ga, ostavljajući saveznicima i Vrhovnom sudu da konkretizuju normu i da prema okolnostima konkretnog slučaja i u datom vremenskom periodu procene šta je to što će se smatrati originalnim autorskim delom. Potrebno je primetiti, međutim, da različita lica mogu originalnost sasvim drugačije, subjektivno, tumačiti, zbog čega je ključno postaviti neki standard prilikom odlučivanja o njenom (ne)postojanju. Osim originalnosti, ne traži se ispunjavanje nekog od dodatnih uslova koji postoje u industrijskom pravu, na primer novina ili tehnička primenljivost.

Originalnost autorskog dela procenjuje se na osnovu dva kriterijuma: da u delu „ima makar malo kreativnosti“ (*modicum of creativity*) i da je samostalno nastalo. Kriterijumi su kumulativno postavljeni. I u ranijoj sudskoj praksi zahtevalo se da postoji kreativni doprinos autora, ali je sudskom odlukom Vrhovnog suda SAD (*USA Supreme Court*) iz 1991. u slučaju *Feist Publication, Inc. v. Rural telephone Service Co.* 3 formulisana originalna doktrina minimalne kreativnosti dela (*modicum of creativity*). U pomenutoj presudi Vrhovni sud SAD konstatovao je da, saglasno 17 U.S.C., činjenice (imena ili adrese) nisu podobne da budu predmeti autorskopravne zaštite, ali bi kompilacije činjenica mogle biti podložne toj zaštiti, pod uslovom da zadovoljavaju ustavom definisan kriterijum originalnosti i da postoji minimalni kreativni doprinos autora u sistematici ili drugom načinu prezentovanja činjenica, što ne ispunjavaju „Žute strane“ telefonskog imenika sa

¹ Bernska konvencija spada u međunarodne akte koje, prema pravu SAD, sudovi ne mogu samostalno primenjivati i izvršavati (*non-self-executing international act*) i pored toga što su ih SAD prihvatile, zbog čega je implementirana izmenama 17 U.S.C.

abecedno poređanim podacima imena telefonskih preplatnika i njihovim adresama. U presudi je, takođe, konstatovano da, u skladu s ranijom sudskom praksom, originalnost dela ne mora da predstavlja značajnu novinu, već da delo može biti originalno iako suštinski podseća na druga dela, sve dok je to posledica slučajne sličnosti, a ne rezultat kopiranja (*Feist Publications*, 499 U.S. at 345-346).²

Kriterijum samostalnog nastanka dela ima veliki značaj za sudsku praksu zato što je koncept zaštite autorskih prava u SAD tako osmišljen da autorska prava treba da štite autora samo od neovlašćenog kopiranja njegovog dela – on nema monopol nad idejom koju koristi za stvaranje svog originalnog dela (§ 102 (b) 17 U.S.C.) koju može eksploatisati i drugi, naravno pod uslovom da se jedna ideja može izraziti na više načina. Zato, ako neko drugi samostalnim, nezavisnim radom, delujući *bona fides*, dođe do suštinski sličnog rezultata stvarajući svoje delo, on ima pravo da njegovo delo bude zaštićeno na jednaki način, kako je obrazloženo sudskom odlukom u slučaju *Fred Fisher, Inc. v. Dilingahm*, 298 F. 145, 151 (S.S.N.Y. 1924), koji se odnosio na plagiranje muzike. Zbog toga što autorska prava štite samo određeni kreativni izraz ideje, a ne i samu ideju, moguće je da kopiranje, koje je na određenom nivou bilo sasvim dozvoljeno, pa čak i očekivano, ne mora da znači povredu autorskih prava ako su iskorišćeni samo opštiji obrasci dela (iz presude Saveznog apelacionog suda u slučaju *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49, 54 (2d Cir. 1936), kojom je uspostavljeno precedentno pravilo).

U sudskoj praksi se primenjuje test „značajne sličnosti“ (*substantial similarity*) autorskih dela, kako bi se procenilo, prema standardu prosečno pažljivog promatrača, u kojoj meri su dela suštinski slična, na osnovu čega sud odlučuje da li je u konkretnom slučaju tužena strana kopirala tuđe autorsko delo ili je samostalno stvorila delo, čime opovrgava optužbu da je tuđe delo neovlašćeno koristila. Kroz sudsku praksu, naročito u slučajevima sporova zbog povrede autorskih prava u filmskoj ili pozorišnoj umetnosti, vidljive su teškoće da se uspostavi pouzdana razlika između originalnog autorskog izraza i ideje, koja, za razliku od izraza, ne podleže autorskoj zaštiti. Zato Buccafusco (2016, p. 1245) s pravom zaključuje da navedeni test nije podesan za dela vizuelne umetnosti, nego možda samo za muzička dela.

Drugi zakonski uslov koji mora zadovoljiti autorsko delo da bi moglo dobiti pravnu zaštitu jeste da duhovna tvorevina čoveka mora biti ispoljena u materijalnoj formi. Zahteva se da je delo otelotvoreno u „opipljivoj“ formi, na medijumu koji je poznat ili kasnije razvijen tako da se može opaziti, reprodukovati ili na bilo koji drugi način saopštiti, direktno ili indirektno uz pomoć mašine ili nekog uređaja (17 U.S.C. § 102(a)). Reč je o uslovu koji predstavlja važnu specifičnost angloameričkog autorskog prava, budući da taj uslov ne postoji u pravima iz kontinentalnog pravnog sistema.

Navedeni uslov može da ispunjava samo delo koje, u smislu § 101 U.S.C., nije privremeno, nego je dovoljno trajno i u stabilnoj formi, čime je omogućeno da se ono

² Presudu detaljno analizira Abrams (1992, pp. 10-14). Uprkos tome što je presudom uspostavljen presedan, Buccafusco (2016, p. 1246) je mišljenja da slučaj *Feist* pruža vrlo malo smernica sudovima kada procenjuju koliko je kreativnosti neophodno za autorstvo i koja se vrsta kreativnosti zahteva. On smatra da originalnost i trivijalna kreativnost dela nisu dovoljni elementi da bi se delo smatralo autorskim i da mora postojati još nešto više što ih određuje (Buccafusco, 2016, p. 1246).

opazi, reprodukuje ili saopštava u dužem periodu. Prema uputstvima za praktičnu primenu 17 U.S.C., koja je Kongres SAD dao 1976, a koja se i danas citiraju u Zbirci propisa za praksu Kancelarije za autorska prava, „bilo da je reč o brojevima, notama, zvukovima, slikama ili bilo kakvim drugim grafičkim ili simboličkim oznakama, neophodno je da su oni oličeni u fizičkom predmetu u pisanoj ili drugoj formi (u vidu pisanog dokumenta, štampe, fotografije, skulpture, otiska, na magnetnom medijumu ili u bilo kom drugom stabilnom obliku) i da mogu biti čulno percipirani“ (Compedium, 2017, p. 3). Kongres je posebno definisao pojmove kopije i fonograma (izuzev onih koji su sastavni deo filma ili drugog audio-vizuelnog dela) i konstatovao da se dela mogu fiksirati u vidu kopije ili fonograma, različito po obliku, načinu ili medijumu u kome su materijalizovana, što je većinom određeno samom njihovom prirodom, npr. da je članak odštampan na papiru, pesma snimljena u digitalnoj audio-datoteci, skulptura izvedena u bronzi, scenario sačuvan u datoteci podataka ili audio-vizuelni rad snimljen na filmu. Međutim, konstatuje se da neka dela ipak ne zadovoljavaju zahtev za fiksiranjem, poput improvizovanog govora, skeča, plesa ili drugog izvođenja, zato što nisu zabeležena u materijalizovanom medijumu, dok druga mogu biti privremeno otelotvorena u materijalnom obliku, ali ne moraju biti dovoljno trajna ili stabilna da opravdavaju zaštitu autorskih prava, kao što su, na primer, prolazne i privremene reprodukcije koje su trenutno projektovane na ekranu, elektronski prikaz na televiziji ili trenutno prisutne u memoriji računara (Compedium, 2017, p. 3). U prošlosti je bilo naročito sporno da li je navedeni uslov zadovoljen u slučaju prenosa emisija uživo, s obzirom na to da takav sadržaj nije prethodno snimljen na materijalnom nosaču. Kasnija sudska praksa ustanovila je da bi takvom sadržaju ipak trebalo pružiti pravnu zaštitu budući da do beleženja dolazi istovremeno sa emitovanjem tog sadržaja. Ipak, zaštita se ne može pružiti kratkotrajnim reprodukcijama, kao što proizilazi iz navedenog uputstva Kongresa.

Samuelson i drugi stručnjaci uključeni u projekt reforme autorskog prava SAD 2010. godine smatraju da zakonski uslov fiksiranja autorskog dela na materijalnom nosiocu treba zadržati jer je saglasan Ustavu, olakšava postizanje Ustavom proklamovane svrhe autorskog prava stvaranjem kopije dela kako bi bila dostupna budućim generacijama i omogućava da se razdvoje dela koja mogu da podležu zaštiti autorskih prava od onih koja te uslove ne zadovoljavaju (Litman & Samuelson, 2010, p. 1183).

U vezi s primenom digitalne tehnologije otvorilo se pitanje da li sadržaji digitalnog dizajna (kreiranje virtuelnih svetova) zadovoljavaju uslov iz § 102 (a) 17 U.S.C.³ U slučaju *FireSabre Consulting LLC v. Sheehy*, nadležni savezni Okružni sud je doneo odluku u korist tužioca, kompanije koja je proizvela digitalnu simulaciju „Drugi svet“ i prilagodila je tako da posluži kao virtuelna učionica stvaranja virtuelnih ostrva,⁴ na sugestiju gospođe Sheehy,

³ Napominjem da nije bilo sporno da se digitalne slike u video-igramu smatraju adekvatno fiksiranim u materijalizovanom medijumu, po analogiji sa slučajem *Stern Electrics Inc. v. Kaufman*, iz 1982. godine u kom je konstatovano da se smatra da su fiksirani u materijalizovanom medijumu svi delovi računarskog programa, jednom sačuvani u memoriji uređaja korišćenog u video-igri (669 F.2d 852, 855, n. 4 (2d Cir.1982)).

⁴ Operater, kompanija *Linden Research*, omogućavala je korisnicima da se uključe u simulaciju na internetu preko digitalnog lika (avatar) koji komunicira sa računarskim okruženjem i da kreiraju virtuelni svet sa odgovarajućim sadržajem (u ovom slučaju „ostrvo“ sa kućama, hotelom, kafićem, vulkanom itd.).

koja je, s grupom drugih nastavnika srednje škole, u okviru programa obrazovanja koristila ovu simulaciju u nastavi geografije. Na taj način, nastavnici su zajedno sa studentima kreirali virtuelni *Ramapo Island*, koristeći licencu do kraja školske godine. Iako je 2008. godine ugovor raskinut, nastavili su da neovlašćeno pristupaju „svome ostrvu“ i menjaju njegov sadržaj. U sudskoj presudi sud je ustanovio da generisani sadržaj virtuelne stvarnosti u okviru simulacije „stvaranje zemlje“ (*terraforming*) ispunjava uslov trajnog dela ispoljenog u materijalizovanom medijumu, te da može biti zaštićen autorskim pravom. Sud navodi da je digitalni sadržaj postojao na serverima operatera (kompanije Linden) i bio je vidljiv u igri tokom određenog vremenskog perioda, tako da nije bio privremen, bez obzira na to što su studenti mogli da menjaju taj sadržaj. U obrazloženju sudija Seibel ističe da „u tom pogledu ne vidi razliku između dizajna *terraforming*-a i drugih dela koja uživaju autorskopravnu zaštitu samo zbog činjenice da bi drugi tom delu mogli da pristupe i da ga prerade, pa zato smatra da nema razlike između ovakvog digitalnog dizajna i crteža na tabli ili figure oblikovane u sirovoj glini. To što bi neko drugi mogao s dozvolom ili neovlašćeno pristupiti takvom sadržaju i izmeniti deo originala, ne znači da je umetničko delo bilo previše privremeno da ne bi moglo biti zaštićeno autorskim pravima“ (*FireSabre Consulting LLC v. Sheehy*, 2014, p. 11). Slučaj je svojevremeno otvorio niz pitanja u vezi s pravom autorstva na novostvorenom virtuelnom sadržaju čiji su obavezni elementi ustupljeni korisnicima po licenci i problemom određivanja granica dozvoljenog korišćenja i prenosa autorskih prava na tako izmenjenom generisanom virtuelnom sadržaju.⁵ Ilustrovaću to primerom sudskog slučaja *Eros v. Linden*, okončanog 2011. godine sudskim poravnanjem. Eros i Grei, korisnici pomenute simulacije „Drugi život“ (u okviru koje su mogli da kreiraju virtuelne objekte, kao i da ih kupuju ili prodaju za virtuelnu valutu Linden Dolars), prodali su svoje uspešne kreacije drugim korisnicima, a pošto su bile veoma lepe, kopirali su ih i drugi. Stoga su Eros i Grei tužili operatera, smatrajući da je omogućio neovlašćeno kopiranje njihovog umetničkog dela (Pink, 2018, p. 257). Prema tome, zaštita autorskog prava u digitalnom svetu veoma se dinamično razvija u SAD, isto kao što je to slučaj u Evropi, na šta ukazuju Diligenski & Prlja (2017, pp. 47–48).

Duhovna tvorevina čoveka koja se može smatrati originalnom i fiksirana je na materijalnom nosiocu, automatski stiće autorskopravnu zaštitu, ali pod dodatnim uslovom – da je, prema statutarnim odredbama, podobna da bude predmet autorskopravne zaštite.

Taksativnim nabrojanjem u § 102(a) 17 U.S.C. kao podobni predmeti autorskopravne zaštite određeni su: književna dela; muzička dela (uključujući prateći tekst); dramska dela (uključujući prateću muziku); pantomimska i koreografska dela; likovna, grafička i vajarska dela; filmovi i druga audio-vizuelna dela; fonogrami; dela arhitekture. Budući da Zakon ne predviđa izričito računarske programe kao vrstu originalnih autorskih dela, te se mogu štititi samo kao izvedena dela, i to najčešće zajednička, svojevremeno su stručna udruženja, kako navodi Trotter (1084, p. 852), dala predlog da se računarski programi

⁵ Reč je o tome da pored kompanija koje kreiraju video-igre i striming-platformi, na video-igramima zarađuju i igrači u tolikoj meri da neki žive isključivo od toga. Kako su tehnološki sve veće mogućnosti da oni menjaju i kreiraju digitalni sadržaj, po analogiji sa autorskom zaštitom koja se daje izvođačima u pravu SAD, postaviće se pitanje udela igrača u vlasništvu na autorskom delu i priznavanja njihovih autorskih prava. Na taj način video-igre postavljaju nove izazove pred autorsko pravo u SAD.

podvedu pod novostvorena literarna dela, što je dosledno prihvaćeno u sudskoj praksi.⁶ U uputstvima Kongresa za primenu 17 U.S.C. se, međutim, izričito kaže da upotrebljeni izraz „uključuju“ (autorska dela uključuju), znači da je lista samo ilustrativna (navode se tipične vrste dela), a ne i limitativna, tj. da isključuje mogućnost da se druga dela smatraju originalnim autorskim delima, što je u skladu s generalnim ustavnim ovlašćenjem Kongresa da donosi propise u oblasti autorskog prava (Buccafusco, 2016, pp. 1243–1244).

Prema § 102 (b) 17 U.S.C. ni u kom slučaju se zaštita autorskih prava za originalno autorsko delo ne može proširiti na ideju, postupak, sistem, način rada, koncept, princip ili otkriće, bez obzira na oblik u kojem je predstavljeno opisano, objašnjeno ili ilustrovano. Uobičajeno se, kako navodi Buccafusco (2016, p. 1244), smatra da odredba ima dvostruku funkciju: prvu, da uspostavi dihotomiju između dela podobnih za autorskopravnu zaštitu i javnog domena u kome je slobodna razmena ideja, principa, činjenica (tzv. *idea/expression dichotomy*) i drugu, da uspostavi razliku između predmeta podobnih za autorskopravnu zaštitu i onih koji podležu patentnoj zaštiti. S razvojem autorskog prava, međutim, postaje sve teže razlikovati autorski izraz od ideje, jer koncept „izraza“ u sudskoj praksi postaje amorfan, a sudska praksa je konfuzna i nedosledna pred novijim izazovima, kao što su, na primer, neznatna parafraziranja tuđeg teksta, prevodi s jednog na drugi jezik, kratki filmski snimci, prerade muzičkih dela (Litman & Samuelson, 2010, p. 1191). I Buccafusco (2016, p. 1245) konstatuje da dosledno razlikovanje „izraza“ od ideje nije moguće i kritikuje sudsku presudu u slučaju *Nichols v. Universal Pictures Corp.* iz 1930. godine, kojom je onemogućen pisac da zaštiti siže svog dela, likove, čak i originalan izraz koji je sam skovao i koristio u delu. Primeri potpuno suprotnih stavova prvostepenog i žalbenog suda u parnici *Oracle America, Inc. v. Google, Inc.* o podobnosti računarskih programa da budu predmet zaštite autorskih prava takođe pokazuju da neujednačenost sudske prakse dovodi u pitanje pravnu sigurnost u oblasti zaštite autorskih prava (Buccafusco, 2016, pp. 1253–1254).

3. Značaj registracije dela

17 U.S.C. propisuje postupak registracije, ali to nije uslov za sticanje autorskopravne zaštite. Međutim, autori koji registruju svoje delo u pogodnijoj su poziciji, budući da lakše mogu zaštititi svoja prava.

Automatsko stvaranje zaštite autorskih prava u SAD usvojeno je 1978. godine, kada su SAD pristupile Bernskoj konvenciji o zaštiti književnih i umetničkih dela iz 1896. godine. Do tada se autorskopravna zaštita sticala preduzimanjem tri radnje: stavljanje rezerve o autorskom pravu (*Copyright notice*), odnosno oznake © na svaki primerak dela, sa godinom izdanja i podacima o autoru, deponovanje primeraka dela u Kongresnu biblioteku sa sedištem u Vašingtonu i registracija u Kancelariji za autorsko pravo (*Copyright Office*) – (Marković & Popović, 2018, p. 55). U slučaju da delo nije bilo objavljeno, za sticanje zaštite neophodno je bilo da se delo registruje u Kancelariji za autorska prava, u suprotnom delo postaje javno vlasništvo.

⁶ Jednako prihvaćeno i u autorskom pravu kontinentalnopravnog tipa (Goldstein & Hugenholtz (2010, p. 7, 14).

S pristupanjem SAD Bernskoj konvenciji javio se problem da odsustvo formalnosti⁷ u nastanku autorskopravne zaštite pogoduje tome da veliki broj autorskih dela ostaje bez potpisa autora ili bez ikakvog znaka pomoću koga bi se on mogao odrediti. Ti problemi vidljivi su tek u moderno doba interneta, internet publikacija i stvaranja digitalnih biblioteka, kada mnogobrojna, izuzetno značajna dela ne mogu biti digitalizovana jer potpadaju pod režim dela bez poznatog titulara prava (*orphan works*).⁸ Postojanje takvih dela predstavlja ograničenje za druge autore, širenje znanja i za dobrobit društva u celini (Walker, 2014, p. 993).

U SAD postoji problem zaštite kulturnog nasleđa ugroženih društvenih grupa, budući da postoje prepreke za njegovu digitalizaciju. Kako su titulari autorskih prava bili isključivo muškarci, i to pripadnici bele rase, lako se lociraju vlasnici prava za dobro poznata dela iz XX veka (slike, holivudske filmove i muzičke snimke poznatih izdavača). Ako titulari prava nisu poznati, do potrebnih podataka se dolazi relativno lako, pretragom baza podataka organizacija za kolektivno ostvarivanje prava. Međutim, umetnička dela pripadnika marginalizovanih i diskriminiranih grupa u američkom društvu po pravilu nisu smatrana vrednim delima, nisu dobijala autorskopravnu zaštitu,⁹ a zbog dugog proteka vremena gotovo je nemoguće identifikovati i locirati trenutnog titulara prava.

Tako je u periodu od 1920. do 1939. godine veoma mali broj izvođača bluz muzike (po pravilu siromašnih belaca i crnaca) registrovalo svoja dela i dobilo zaštitu (Dahlberg, 2011, p. 290). U to vreme postojeće organizacije za kolektivno ostvarivanje prava odbijale su da uvrste takva dela u umetnička, karakterišući tu muziku kao „nepismenu“ i bezvrednu. Tek od 1939. godine, kada se formira konkurentna kuća *Broadcast Music, Inc.* (BMI), koja preuzima kolektivno ostvarivanje prava izvođača muzičkih dela, dela diskriminiranih umetnika postaju zaštićena i prepoznata, pa su samim tim identifikacija i lociranje titulara prava olakšani.

Dahlberg (2011, p. 292) navodi i drugi primer, a to je problem digitalizacije arhive organizacije koja se bavi zaštitom fonograma čiji su stvaraoci Meksikanci i američki Meksikanci (The Strachwitz Frontera Collection Of Mexican And Mexican American Recordings), koja sadrži sto hiljada zvučnih zapisa i trideset hiljada muzičkih predstava. Kako veliki procenat zbirke čine dela čije titularne nije moguće identifikovati i locirati, ne može se pristupiti njihovom umnožavanju, niti digitalizaciji.

Bez obzira na društveni značaj navedenih problema, očigledno je da se problem dela nedostupnih titulara prava u savremeno doba ne bi mogao rešiti ponovnim uspostavljanjem

⁷ Cilj uvođenja principa neformalnosti, uspostavljenog Bernskom konvencijom, bio je da se izbegnu poteškoće koje se i danas javljaju kod patentnog i žigovnog prava (Lu, 2012, p. 261). Suprotno pravilo registracije koje važi za prava industrijske svojine, gde bez dozvole državnog organa i upisa u odgovarajući registar podnosilac zahteva ne može steći pravo, skopčano je s velikim poteškoćama, jer se u svakom pojedinačnom slučaju mora posebno odlučivati, dakle, dolazi do „gubitka“ dva najvažnija resursa: vremena i novca.

⁸ Više u: Petrović, 2020.

⁹ I u XXI veku u američkom društvu prisutno je nerazumevanje drugih kultura, a veliki broj ljudi zastupa stavove da Afroamerikanci ne treba da čitaju niti da se obrazuju, kao i da ne treba da postoje autorska dela pisana na jezicima afričkih naroda čiji su autori crne boje kože. Istraživanje koje je izvršila Shaver-ova (2014, p. 128) pokazuje da veliki broj mladih Amerikanaca smatra da ne treba pružiti autorsku zaštitu delu koje nije napisano na engleskom jeziku.

sistema obavezne registracije, budući da nova autorska dela nastaju svakog minuta na internetu (na primer postovi popularnih blogera). Zato podnošenje zahteva za registraciju i sprovođenje bilo kog formalnog postupka njihovog upisa postaje izlišno, pa čak i nemoguće, a ni sistem registracije ne bi mogao funkcionisati bez plaćanja odgovarajuće naknade, što bi odvrátilo mnoge autore od traženja zaštite i rezultiralo napuštanjem sistema (Ash, 2018, pp. 18–19).

4. Subjekt autorskog prava

Jedno od glavnih pitanja kome 17 U.S.C. posvećuje posebnu pažnju jeste pitanje vlasništva, te se u odeljku 2 § 201. taksativno navode lica koja se mogu smatrati titularima autorskog prava. Inače, po ovom pitanju se veoma razlikuje angloameričko od kontinentalnog autorskog prava.

Autorsko pravo izvorno nastaje stvaranjem dela tako da je inicijalni titular prava upravo tvorac, odnosno autor dela. Ovaj tip prava američki zakonodavac naziva početnim, inicijalnim vlasništvom (*initial ownership*). Ukoliko postoji više autora jednog dela, oni su zajednički titulari prava.

Druga kategorija titulara prava jesu lica koja su od autora naručila da izradi određeno autorsko delo (*works made for hire*). U ovom slučaju, u smislu § 201(b) 17 U.S.C. naručilac se smatra autorom, a time i entitet koji je angažovao stvarne tvorce dela (na primer korporacija za koju autor radi kao zaposleni). Zakonodavac u ovom slučaju pravi razliku između dve situacije: prve, kada je zaposleni priredio delo u okviru svog angažovanja na radnom mestu i druge, kada je delo naručeno, bilo radi samostalne upotrebe ili da bi bilo iskorišćeno u kolektivnom rezultatu rada, kao deo filma ili drugog audio-vizuelnog dela, prevod, dopunsko delo, kompilacija, nastavni tekst, test, materijal za odgovor na test, ili kao atlas i slično. Ovde je važno naglasiti da se naručilac dela poistovećuje sa autorom u segmentu imovinskopravnih ovlašćenja, te je tako on taj koji delo koristi, čini ga javno dostupnim ili njime raspoložbe na drugi način, dok izvorni autor uvek ostaje titular ličnopravne komponente autorskog prava i može zahtevati da bude označen kao autor svoga dela.

17 U.S.C. se u § 201(c) fokusira na doprinos autora u kolektivnim delima (*contributions to collective works*). Zajedničko autorsko delo po definiciji jeste delo koje su pripremili dva ili više autora s namerom da se njihovi prilozi spoje u nerazdvojne ili međusobno zavisne delove jedne celine (§ 201(s)). Imajući u vidu pomenutu definiciju, da bi se delo smatralo zajedničkim, neophodno je da u momentu stvaranja postoji namera pripajanja njihovih priloga (na primer pesma kao zajedničko delo kompozitora i tekstopisca), što ne podrazumeva da doprinos autora mora biti jednak. Na zajedničkom delu su dva ili više autora titulari zajedničkog autorskog prava, međutim ako ne postoji zajedničko delo, tada se udruženi naponi više autora smatraju zasebnim delima koja su privremeno spojena (razlika je u elementu namere), dok svaki od njih zadržava autorsko pravo na svom delu.

5. Zaključak

U pravu SAD, kao i u autorskom pravu Srbije, budući da se širom sveta svakodnevno obavlja veliki broj abortusa reč je o univerzalno raširenoj, značajnoj društvenoj pojavi. koje sledi tradiciju kontinentalnog prava, duhovna tvorevina mora zadovoljavati uslove originalnosti i samostalnosti da bi se smatrala autorskim delom. Ali u pravu SAD originalnost dela je ustavna kategorija. Od 1991. (slučaj *Feist*) u sudskoj praksi prihvaćena je doktrina minimalne kreativnosti kako bi se ispitalo da li je delo u dovoljnoj meri originalno i različito od drugog. Kako se pokazuje, test za procenu ispunjenosti standarda „značajne sličnosti“ u sudskoj praksi ne može biti jednako uspešno primenjen na različite vrste autorskih dela.

Za razliku od koncepta autorskog dela u sistemu kontinentalnog prava, gde je dovoljno da je autorsko delo ispoljeno u određenoj formi, u pravu SAD se zahteva da je delo fiksirano trajnije u nekom materijalnom medijumu, kako bi moglo biti opaženo i korišćeno. U skladu s tehnološkim i kulturnim promenama, kreativna sudska praksa menjala je stavove o podobnom predmetu autorske zaštite, prihvatajući kao autorska i umetnička dela trajnijeg karaktera otelotvorena u materijalnom nosiocu – računarske programe, tetovažu na ljudskoj koži, video-igre i druga dela nastala korišćenjem digitalnog dizajna, određeno vreme dostupna u memoriji na internetu, koja se fizički nalazi na serveru operatera. Po prirodi stvari, autorsko delo može biti samo delo čoveka, s tim što se autorstvo može priznati pod određenim uslovima i pravnom licu koje naruči izradu autorskog dela, što u kontinentalnom pravnom sistemu nije moguće. U 17 U.S.C. predviđene su vrste tipičnih autorskih dela, a njihov katalog može biti proširen izmenama zakona. Slična situacija je i kod nas.

Od 1978. godine u SAD je napušten sistem registracije dela, u skladu s ratifikovanom Bernskom konvencijom. Iako neminovne, te izmene 17 U.S.C. učinile su vidljivijim problem zaštite autorskih dela čiji titulari nisu poznati i digitalizacije kulturnog nasleđa u američkom društvu marginalizovanih rasnih, etničkih i drugih grupa. Problem je uvećan zbog stalnog produženja trajanja autorske zaštite.

Kroz primere iz sudske prakse i stavove teoretičara ukazano je na neke nedostatke 17 U.S.C. koji otežavaju delotvornu zaštitu autorskih prava. Najvažnija revizija odredaba saveznog zakona koji reguliše autorsko pravo izvršena je 1976. godine, u vreme kada su se koristile foto-kopir mašine i video-rikorderi, a personalni računari su tek počeli da se pojavljuju na tržištu. Od tada do danas, zakon je više puta menjan, kako bi odgovorio izazovima intenzivnog tehnološkog razvoja. Na taj način, postao je stožer jednog složenog sistema brojnih propisa iz oblasti autorskog prava koji se donose radi promovisanja učenja, očuvanja javnog domena, zaštite prava autora i radi regulisanja prava korišćenja tuđih autorskih dela, koje nije lako dosledno i ujednačeno primenjivati u praksi.

Literatura

Abrams, H. B. 1992. Originality and Creativity in Copyright Law. *Law and Contemporary Problems*, 55(2), pp. 3–44. doi: <https://doi.org/10.2307/1191773>.

- Ash, T. M. 2018. *Where Are All the Orphans? How Effective Is Current Legislation in Enabling Cultural Heritage Institutions to Make Orphan Works Available Online?*. PhD dissertation. London: University of London. Dostupno na: <http://dx.doi.org/10.17613/M6127S>.
- Buccafusco, C. 2016. A Theory of Copyright Authorship. *Virginia Law Review*, 102, pp. 1229–1295.
- Cohen, J. E. 2007. Creativity and Culture in Copyright Theory. *UC Davis School of Law Review*, 40, pp. 1151–1205.
- Dahlberg, B. 2011. The Orphan Works Problem: Preserving Access to the Cultural History of Disadvantaged Groups. *Southern California Review of Law & Social Justice*, 20(2), pp. 275–314.
- Diligenski, A. & Prlja, D. 2017. Zaštita autorskih prava u digitalnom svetu. *Strani pravni život*, 61(1), pp. 35–49.
- Goldstein, P. & Hugenholtz, B.P. 2010. *International Copyright: Principles, Law, Practice*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press.
- Litman, J. & Samuelson, P. 2010. The Copyright Principles Project: Directions for Reform. *Berkeley Technology Law Journal*, 25(3), pp. 1175–1245. Dostupno na: <https://repository.law.umich.edu/articles/1381> (22. 11. 2020).
- Lu, B. 2012. The Orphan Works Copyright Issue: Suggestions for International Response. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 60, pp. 255–284.
- Marković, S. 2014. *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Marković, S. & Popović, D. 2018. *Pravo intelektualne svojine*. 6. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Patterson, R.L. & Lindberg, S.W. 1991. *The Nature of Copyright: A Law of Users' Right*. Athens: University of Georgia Press.
- Pink, W.S. 2018. Using and Protecting Copyrighted Works in an Online and Mobile World. In: Einhorn, D.A. (ed.), *Intellectual Property Law in Cyberspace*. 3rd ed. Arlington, VA: AIPLA, American Intellectual Property Law Association: Bloomberg BNA, pp. 159–255.
- Petrović, M. 2020. Pravna regulativa dela siročadi (*orphan works*) u Evropskoj uniji i Republici Srbiji. *Pravo – teorija i praksa*, 37(2), pp. 95–111. doi: <https://doi.org/10.5937/ptp2002095P>.
- Shaver, L. 2014. Copyright and Inequality. *Washington University Law Review*, 92, pp. 117–168.
- Trotter, H. I., 1984. Six Copyright Theories for the Protection of Computer Object Programs. *Arizona Law Review*, 26, pp. 845–870. Dostupno na: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/647>, (15. 11. 2020).
- Walker, R.K. 2014. Negotiating the Unknown: A Compulsory Licensing Solution to the Orphan Works Problem. *Cardozo Law Review*, 35(3), pp. 983–1018. Dostupno na: https://www.copyright.gov/orphan/comments/Docket2012_12/Walker-Robert-Kirk.pdf, (20. 6. 2019).

Pravni izvori

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act of July 24, 1971, as amended on September 28, 1979. Dostupno na: <https://www.wipo.int/>

edocs/lexdocs/treaties/en/berne/trt_berne_001en.pdf, (12. 10. 2020).

Compedium, 2017. *Compedium of U.S. Copyrights Office Practices: Chapter 300 Copyrightable Authorship*, revised 09/29/2017. Dostupno na: <https://www.copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf>, (15. 11. 2020).

17 U.S.C., 1976. Copyrights Act [Zakon o autorskim pravima]. United States Code, 2020 Edition, *Public Law* 116–193 (10/30/2020). Title 17 – Copyrights. This title was enacted by act July 30, 1947, ch. 391, 61 Stat. 652, and was revised in its entirety by *Public Law* 94–553, title I, §101, Oct. 19, 1976, 90 Stat. 2541. Tekst u redakciji iz 2020. godine dostupan na: <https://uscode.house.gov/download/download.shtml> (10. 11. 2020).

Sudska praksa

Feist Publication, Inc. v. Rural telephone Service Co. 3, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113. L. Ed. 2d 358, 1991 U.S. Dostupno na: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/499/340>, (15. 11. 2020).

FireSabre Consulting LLC v. Sheehy, No. 11-CV-4719, (CS) (S.D.N.Y. Sep. 26, 2013). Dostupno na: <https://casetext.com/case/firesabre-consulting-llc-v-sheehy>, (15. 11. 2020).

Fred Fisher, Inc. v. Dillingahm, 298 F. 145, 151 (S.S.N.Y. 1924). Dostupno na: <https://blogs.law.gwu.edu/mcir/case/fred-fisher-inc-v-dillingham/> (15. 11. 2020).

Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49, 54 (2d Cir. 1936). Dostupno na: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/81/49/1475281/>, (17. 11. 2020).

Stern Electronics, Inc. v. Kaufman, 669 F.2d 852, 855, n. 4 (2d Cir.1982). Dostupno na: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/523/635/2298329/>, (17. 11. 2020).

Milica Z. Petrović, MA

Graduate Teaching Assistant, Faculty of Law for Commerce and Judiciary, University of Business Academy, Novi Sad, Serbia

e-mail: milica.petrovic@pravni-fakultet.info

CONDITIONS FOR COPYRIGHT PROTECTION IN THE LAW OF THE UNITED STATES OF AMERICA

Summary

This paper analyzes various conditions that one spiritual creation must provide in order to be considered an author's work, according to the law of the United States of America. Apart from the peculiarities that are the result of the Anglo-Saxon concept of copyright, there are other specifics such as the special, constitutionally provided, purpose of

copyright in promoting learning, preserving the public domain and protecting copyright. Based on the provisions of the Federal Copyright Act (17 U.S.C.) and examples from the case law, the author explains how the originality of a work is interpreted, how the condition that the work must embody in a materialized medium is regulated and what are the typical types of copyrighted works. In addition, the author explains the main differences when it comes to American Copyright system and how the concept of registration is viewed, after the ratification of the Bern Convention, which is one of the most common causes of the problem of protection of works whose right holders are unknown, which is extremely notable when speaking of the protection of cultural heritage of marginalized groups in American society. The paper aims to point out the similarities and differences between the copyright of the USA and the law of the continental legal system in terms of the conditions for the protection of copyright works.

Keywords: author's work, copyright, US law, copyright protection.

Primljeno: 1. 12. 2020.

Ispravljeno: 29. 12. 2020.

Prihvaćeno: 31. 3. 2021.

KOMPENZACIJA U STEČAJNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE I REGIONU

Sažetak

U radu je prikazan koncept zakonom dozvoljene i ograničene stečajne kompenzacije u pravu Republike Srbije, uz poređenje sa ranijim propisima prema kojima je prebijanje nastupalo po sili zakona, kao pravna posledica otvaranja stečajnog postupka. Prikazani su opšti i posebni uslovi stečajne kompenzacije u Republici Srbiji, kao i u zemljama u regionu, uključujući i posebne slučajeve nedopuštenosti prebijanja. Analizirana su odgovarajuća zakonska rešenja iz stečajnih zakona Crne Gore, Republike Srpske, Republike Hrvatske i Republike Slovenije.

Cilj rada je da privrednim subjektima koji posluju u regionu, kroz uporednopravnu analizu prikaže različite uslove i proceduru stečajne kompenzacije u nacionalnim zakonodavstvima, imajući u vidu značaj ove pravne ustanove, koja poveriocu omogućava da u celosti naplati svoje potraživanje mimo stečajnih isplatnih redova, i nezavisno od iznosa raspoloživih sredstava u stečajnoj masi.

Ključne reči: *stečaj, prebijanje potraživanja, cesija, nesposobnost za plaćanje, poverilac.*

1. Uvod

Prebijanje potraživanja (kompenzacija) predstavlja jedan od načina prestanka obaveza. Ustanova prebijanja uređena je u čl. 336–343 Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO). Prema Peroviću (1986, p. 131), kompenzacija je, u stvari, vrsta isplate. Postoje tri opšta uslova koji moraju biti kumulativno ispunjeni da bi nastalo prebijanje, a to su: uzajamnost, istorodnost i dospelost (čl. 336 ZOO). U pravnoj nauci kompenzabilnost se navodi kao četvrti uslov, što znači da potraživanja moraju biti podobna da bi uopšte prestala kompenzacijom (Đorđević & Stanković, 1986, p. 693). Prebijanje ne nastaje čim se steknu uslovi za to, nego je potrebno da jedna strana izjavi drugoj da vrši prebijanje. Posle izjave o prebijanju smatra se da je prebijanje nastalo onog časa kada su se stekli uslovi za to (čl. 337 ZOO). Dakle, posledice prebijanja deluju *ex tunc* – od trenutka susreta uzajamnih, istorodnih i dospelih potraživanja (Ćiraković & Šimić, 2019, p. 35), a to je dan dospelosti potraživanja sa kasnijim rokom dospeća.

* Sudija Višeg suda u Beogradu, Srbija, e-mail: vladimirvrhovsek@gmail.com

** Doktor pravnih nauka, redovni profesor, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu, Srbija, e-mail: kozarv@pravni-fakultet.info

Način na koji je Zakon o stečaju Republike Srbije (dalje: ZS) regulisao kompenzaciju predstavlja korekciju opštih uslova prebijanja iz ZOO-a i usklađivanje sa principima stečajnog postupka (Ajnspiler Popović, 2010a). Propisani su restriktivni uslovi, kojima se traži da je pravo na prebijanje stečeno pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, kao i da je sudu blagovremeno dostavljena prijava na celokupan iznos potraživanja sa izjavom o prebijanju (čl. 82 ZS). Takođe, predviđeni su posebni slučajevi nedopuštenosti prebijanja (čl. 83, st. 1, tač. 1 i 2 ZS).

Prethodni Zakon o stečajnom postupku iz 2014. godine nije regulisao ovu materiju (Ajnspiler Popović, 2010b, pp. 75 i dalje), što je bio jedan od njegovih osnovnih nedostataka (Serjević, 2008, pp. 51 i dalje), a odsustvo specifične regulative u tom periodu dovelo je do razvoja sudske prakse kreativnim tumačenjem u primeni prava i do popunjavanja pravne praznine koju je uklonio ZS (Bilbija, 2011, p. 392). Stečajni zakon Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine (dalje: SZKJ) predviđao je prebijanje kao pravnu posledicu otvaranja postupka stečaja, uključujući i nedospela, uslovna i nenovčana potraživanja (§18). U stečajnom postupku, po ranijim propisima, uvek se radilo o obaveznoj, zakonskoj kompenzaciji (Ajnspiler Popović, 2010a), koja je pravdana na dva načina: razlozima pravičnosti (Velimirović, 1965, p. 177) i stečenim pravima (Gucunja, 1980, p. 223).

Svrha prebijanja jeste pojednostavljenje postupka ispunjenja uzajamnih obligacija, čime se nastoji izbeći dvostruko plaćanje. Najčešće se radi o dvema novčanim obavezama, gde je kompenzacija sredstvo njihovog regulisanja bez upotrebe gotovog novca (Jovanović Zattila & Čolović, 2007, p. 75). Mogućnost prebijanja u stečajnom postupku predstavlja izuzetak od načela pariteta, kojim se nalaže da uslovi za sve poverioce budu jednaki i da svi snose posledice umanjena potraživanja usled dužnikove nesposobnosti za plaćanje. U pravnoj teoriji predviđanje ovog izuzetka objašnjava se pravičnošću, jer bi bilo nepravično i necelishodno da se od poverilaca zahteva ispunjenje obaveze prema stečajnom dužniku u punom iznosu, dok se procenat namirenja njihovog potraživanja od istog stečajnog dužnika umanjuje prema uslovima glavne deobe stečajne mase (Jovanović Zattila & Čolović, 2007, p. 76). Kako ističe Mićović (2010, p. 232), prebijanje je surogat ispunjenja obaveza s punim pravnim dejstvom, kao da je izvršena isplata oba potraživanja koja su međusobno prebijena. Postoji mišljenje da institut kompenzacije u stečajnom postupku treba pravičnije urediti (Kordić *et al.*, 2013, p. 140), jer se poveriocu „koji je uključen u prebijanje dugova“ omogućava da u celosti naplati svoje potraživanje, čime se ostali poverioci oštećuju za razliku koju taj poverilac ne bi naplatio, srazmernim namirenjem u okviru odgovarajućeg isplatnog reda, da nije bilo prebijanja.

Prebijanje naročito dobija na značaju kada je jedna od strana u obligacionom odnosu u stečaju, s obzirom na to da poveriocu omogućava da u celosti naplati svoje potraživanje, što ga stavlja u znatno povoljniji položaj u odnosu na ostale stečajne poverioce koji se namiruju iz stečajne mase srazmerno raspoloživim sredstvima, u okviru odgovarajućih isplatnih redova.

2. Opšti i posebni uslovi stečajne kompenzacije u Republici Srbiji

Za prebijanje u stečajnom postupku potrebna su tri kumulativna uslova. Prvi uslov je da je pravo na prebijanje stečeno pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka (čl. 82, st. 1 ZS). Npr. zakupac može potraživanje stečajnog dužnika na ime zakupnine za period koji je prethodio otvaranju stečajnog postupka prebiti sa svojim potraživanjem prema stečajnom dužniku po nekom drugom pravnom osnovu. Drugi uslov je ostvaren ako je stečajni poverilac do isteka prekluzivnog roka sudu dostavio prijavu na celokupan iznos potraživanja. Treći uslov je izjava o prebijanju koja mora biti sadržana, odnosno dostavljena uz prijavu potraživanja (čl. 82, st. 2 ZS). U suprotnom, poverilac gubi pravo na prebijanje (Dukić Mijatović, 2010a, p. 165). Prema obrazloženju rešenja Vrhovnog kasacionog suda, Prev 409/2019 od 3. 10. 2019:

„[...] za prebijanje potraživanja u stečaju potrebno [je] ispunjenje sledećih uslova: da postoji potraživanje poverioca prema stečajnom dužniku, da stečajni dužnik ima potraživanje prema poveriocu, da je poverilac blagovremeno prijavio svoje potraživanje prema stečajnom dužniku i da je poverilac do isteka roka za prijavljivanje potraživanja podneo i izjavu o prebijanju.“

U obrazloženju presude Višeg privrednog suda Pž 24/98 od 10. 2. 1998. navodi se sledeće: „Za kompenzaciju u stečaju nije potrebna posebna saglasnost stečajnog upravnika ukoliko su međusobna potraživanja nesporna, već je dovoljna izjava suprotne strane da vrši prebijanje sa potraživanjem stečajnog dužnika.“ Privredni apelacioni sud je u obrazloženju presude Pž 8197/2013 od 23. 1. 2014. zauzeo isti stav o saglasnosti stečajnog dužnika, rešavajući i pitanje gubitka prava na prebijanje usled nedostavljanja izjave o prebijanju:

„Da bi došlo do prebijanja potraživanja nije nužno da se druga strana u obligacionom odnosu saglasi sa prebijanjem i da prebijanje sprovede u poslovnim knjigama ali je nužno da joj izjava o prebijanju bude data, odnosno saopštena [...] Tuženi nije do isteka roka za podnošenje prijave potraživanja u stečaju dostavio stečajnom sudu prijavu potraživanja sa izjavom o prebijanju, pa je po čl. 82, st. 2 ZS izgubio pravo na prebijanje.“

Slično prethodnom, prema obrazloženju presude Privrednog apelacionog suda, Pž 6868/2013 od 29. 1. 2015. „sama činjenica da stečajni upravnik nije prihvatio izjavu prebijanja ne može lišiti tuženog prava da u parničnom postupku ističe kompenzacioni prigovor u odnosu na potraživanje tužioca“. Isti sud je dalje naveo:

„[...] da se mora na pouzdan i jasan način utvrditi da li je izjava o prebijanju data u skladu sa čl. 82, st. 2 u vezi sa čl. 80, st. 1 ZS, odnosno da li je tuženi kao poverilac stečajnog dužnika, ovde tužioca, do isteka roka za prijavu

potraživanja sudu dostavi-o prijavu na celokupan iznos potraživanja i izjavu o prebijanju.“

Pored navedenog, preduslov za prebijanje jeste postojanje potraživanja, koje određenom licu daje svojstvo stečajnog poverioca. Stečajni poverilac je lice koje na dan pokretanja stečajnog postupka ima neobezbeđeno potraživanje prema stečajnom dužniku (čl. 48 ZS). Stoga, akcionar privrednog društva u stečaju po osnovu vlasništva na akcijama nije poverilac stečajnog dužnika, u smislu odredaba ZS-a, niti može svoje „potraživanje“ po osnovu vlasništva na akcijama, odnosno po osnovu uloga u osnivačkom kapitalu, da prebije sa protipotraživanjem koje stečajni dužnik ima prema njemu po nekom drugom osnovu, npr. dug iz ugovora o kreditu i sl. (Kozar, 2008a, pp. 829 i dalje), već ima pravo na deo likvidacione mase ukoliko preostane po namirenju poverilaca. Takav stav zauzet je i u obrazloženju presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 258/02 od 25. 12. 2002:

„Akcionar privrednog društva ili banke u stečaju, nema obligaciono-pravno potraživanje prema stečajnom dužniku, čiji je on akcionar po osnovu vrednosti akcijskog kapitala koje poseduje u tom pravnom licu odnosno po osnovu vlasništva na akcijama, već ima pravo na deo likvidacione mase ukoliko preostane po namirenju poverilaca.“

Prebijanje po osnovu vlasništva na akcijama predstavljalo bi nedopušteno povlačenje sredstava osnivača uloženi u osnivački kapital banke, protivno zabrani iz čl. 12, st. 4 Zakona o bankama, u kome je propisano da osnivači banke ne mogu povlačiti sredstva uložena u osnivački kapital banke (Vrhovšek & Kozar, 2004, pp. 954 i dalje).

Posle otvaranja stečaja nije moguće vansudsko prebijanje na osnovu jednostrane izjave stečajnog poverioca u smislu čl. 337, st. 1 ZOO-a, već se prebijanje vrši po proceduri propisanoj u ZS-u. Stoga, poverilac prijavljuje celokupno potraživanje, ne umanjujući ga za iznos koji će prestati prebijanjem sa potraživanjem stečajnog dužnika. U protivnom, izgubiće deo potraživanja u visini umanjenog iznosa, jer će usled prebijanja prijavljeno potraživanje biti prebijeno sa potraživanjem stečajnog dužnika, bez obzira na to što ga je poverilac umanjio.

Za prebijanje potraživanja u stečajnom postupku potrebno je da budu ispunjeni svi opšti uslovi iz čl. 336 ZOO-a (uzajamnost, istorodnost i dospelost) i posebni uslovi iz ZS-a (Kozar & Aleksić, 2019, p. 673). U tome se važeći režim prebijanja razlikuje od pravila iz čl. 105–107 Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji (dalje: ZPPSL), koji je poznao obaveznu zakonsku kompenzaciju uzajamnih potraživanja, kao pravnu posledicu otvaranja stečajnog postupka (Kozar, 2008b, pp. 7 i dalje) koja je nastupala *ipso iure*, bez izjave o prebijanju (Milenović, 1990, p. 171). ZPPSL nije tražio istorodnost i dospelost, s tim što je, prema Vasiljeviću (1997, p. 335), u ova dva slučaja za kompenzaciju bila potrebna i izjava o preboju. Prebiti su se mogla i uslovna potraživanja ako to odobri stečajno veće (Eraković, 1989, pp. 196–197). Reč je o potraživanjima iz pravnih poslova koji su modifikovani raskidnim ili odložnim uslovom iz čl. 74 ZOO (Kozar & Aleksić, 2018, p. 122).

Nespornost uzajamnih potraživanja (likvidnost) u pogledu osnova i u pogledu iznosa ne traži se kao uslov za prebijanje u domaćoj sudskoj praksi i pravnoj nauci (Đorđević & Stanković, 1986, p. 693). U slučaju spora o postojanju potraživanja istaknutog u preboju, odluku donosi sud u parničnom postupku (Testen, 1984, p. 14).

Dug se može prebiti sa zastarelim potraživanjem samo ako ono još nije bilo zastarelo u času kad su se stekli uslovi za prebijanje (čl. 339 ZOO). Naš zakonodavac opredelio se za vladajuće shvatanje civilistike savremenog doba – da se zastarela potraživanja načelno ne mogu prebijati, uz izuzetke u određenim slučajevima (Radovanović & Mišević, 2016, pp. 1315 i dalje). To znači da se može prebiti zastarelo potraživanje stečajnog poverioca, koje je ranije dospelo, ako nije bilo zastarelo u momentu dospelosti protivpotraživanja stečajnog dužnika, iako je bilo zastarelo u vreme davanja izjave o prebijanju uz prijavu potraživanja.

ZS u čl. 82, st. 1 kao poseban uslov za prebijanje traži da je pravo na prebijanje stečeno pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, što znači da su pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka oba potraživanja morala da budu dospela, a i istorodna, saglasno opštim uslovima iz čl. 336 ZOO-a. Stoga pravo na prebijanje nije stečeno ako oba istorodna potraživanja nisu dospela pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

Kako ističe Mićović (2010, p. 241), način regulisanja prava na prebijanje sadržinski je novo, kompenzacija nije bila predviđena Zakonom o stečajnom postupku, ne postoji sudska praksa i iskustvo u primeni, što izaziva sumnju u to da su usvojena rešenja na valjan način definisana.

2.1. Sticanje prava na prebijanje ako su računi dužnika bili u blokadi

Ukoliko su računi dužnika bili u blokadi radi izvršenja prinudne naplate kompenzacija, prema stavu koji preovladava u sudskoj praksi, prinudna naplata kompenzacija nije dopuštena pre otvaranja stečajnog postupka. Kako se navodi u obrazloženju presude Privrednog apelacionog suda, Pž 9486/2013 od 25. 12. 2014:

„[...] prema odredbi čl. 46, st. 3 Zakona o platnom prometu, koji je bio u primeni u vreme davanja izjave o kompenzaciji, 27.10.2011. godine, isključena je mogućnost da pravna lica i fizička lica koja obavljaju delatnost izmiruju obaveze prebijanjem (kompenzacijom), jer ovakav vid izmirenja obaveze u to vreme nije bio dozvoljen, obzirom da je kompenzacija sačinjena u vreme dok je račun tužioca bio u blokadi, pa je ista protivna prinudnim propisima i ne proizvodi pravno dejstvo u smislu čl. 103 ZOO.“

S druge strane, posle otvaranja stečajnog postupka dopuštena je kompenzacija bez obzira na blokadu računa dužnika, koja mu je prethodila. Pravo na prebijanje stečeno je pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, i kada su u vreme dospelosti poveriočevog potraživanja računi dužnika bili u blokadi, bez obzira na to što Zakon o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost u čl. 5, st. 1 i 2 propisuje da pravna lica i preduzetnici ne mogu izmirivati međusobne novčane

obaveze prebijanjem (kompenzacijom) ukoliko su njihovi računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate. Poverilac ima pravo da uz prijavu potraživanja dostavi „novu izjavu o preboju“, bez obzira na to što je prigovor kompenzacije, koji je izjavljen pre otvaranja stečaja, nedozvoljen ako je prva izjava o kompenzaciji „sačinjena u vreme dok je račun tužioca bio u blokadi“. Prema stavu Privrednog apelacionog suda iz novembra 2015. godine:

„Međutim, ukoliko se samo posmatra da li je poverilac pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka stekao pravo na prebijanje svog potraživanja prema stečajnom dužniku sa potraživanjem stečajnog dužnika prema njemu, bez upuštanja u ocenu da li je bilo moguće izvršiti preboj potraživanja s obzirom na zabranu [...], te ukoliko su u ovoj situaciji ispunjena [...] tri uslova (potraživanja istorodna, međusobna i dospela) onda je moguće izvršiti preboj potraživanja u stečajnom postupku u smislu čl. 82 ZS, a s tim u vezi poverilac ne gubi pravo na kompenzaciju“ (Privredni apelacioni sud, 2015).

2.2. Slučajevi kada je prebijanje nedopušteno

Radi sprečavanja zloupotreba, zabranjeno je prebijanje ako je stečajni poverilac potraživanje stekao u poslednjih šest meseci pre dana podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka (npr. ako mu je ustupljeno od strane prethodnog poverioca ugovorom o cesiji), a stečajni poverilac je znao ili je morao znati da je dužnik nesposoban za plaćanje ili prezadužen, ili ako su se uslovi za prebijanje stekli pravnim poslom ili drugom pravnom radnjom koja se može pobijati (čl. 83, st. 1, tač. 1 i 2 ZS). Prema obrazloženju rešenja Vrhovnog kasacionog suda, Prev 409/2019 od 3. 10. 2019, obaveza je stečajnog upravnika da poveriocu čije je potraživanje osnovano ospori pravo na prebijanje ukoliko je prebijanje nedopušteno pod uslovima iz čl. 83, st. 1 ZS-a. Kako se navodi u obrazloženju presude Privrednog apelacionog suda, Pž 6753/13 od 16. 1. 2014:

„Pravno su irelevantni žalbeni navodi o tome da tužilac nije mogao znati kada će biti podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka, te da se sa osnovom nadao da će drugi poverioci prihvatiti unapred pripremljeni plan reorganizacije tuženog, jer je iz navoda samog tužioca iznetih u postupku nesporno sledilo da je u momentu sticanja potraživanja, odnosno zaključenja ugovora o cesiji tužiocu bilo poznato da je tuženi nesposoban za plaćanje.“

Međutim, prebijanje može biti dopušteno ako je u pitanju potraživanje koje je stečeno u vezi sa ispunjenjem neizvršenih ugovora ili potraživanje kome je vraćeno pravno dejstvo uspešnim pobijanjem pravnog posla ili druge pravne radnje stečajnog dužnika (čl. 83, st. 2 ZS). Dakle, od zabrane je izuzeto ustupanje umesto ispunjenja ili radi naplaćivanja, kao posebni slučajevi cesije iz čl. 444 ZOO, kada poverilac, ustupanjem

potraživanja od stečajnog dužnika, ispunjava svoju neizvršenu obavezu prema prijemniku iz nekog međusobnog ugovora.

S druge strane, ako uspešnim pobijanjem sporazuma o zameni ispunjenja prestaje dejstvo prema stečajnoj masi, poverilac mora da vrati u stečajnu masu ono što je primio umesto onoga što mu se duguje (npr. preneto mu je pravo svojine na nekoj stvari umesto novčane obaveze koja mu je dugovana), nakon čega „ima pravo da ostvaruje svoje protivpotraživanje kao stečajni poverilac, podnošenjem naknadne prijave potraživanja“ (čl. 130 ZS). Na taj način, uspešnim pobijanjem vraćeno je pravno dejstvo novčanog potraživanja, koje je ranije prestalo zamenom ispunjenja, pa poverilac ima pravo da uz naknadnu prijavu potraživanja dostavi i izjavu o prebijanju svoga potraživanja sa obavezom koju duguje stečajnom dužniku po nekom drugom pravnom osnovu. Isto važi i ako je predmet pobijanja bio naknadni ugovor iz čl. 27 Zakona o hipoteci, na osnovu koga je izvršen prenos prava svojine na predmetu hipoteke na poverioca, umesto ispunjenja duga.

Iako ZS u čl. 117a dozvoljava ustupanje (prenos potraživanja) i posle otvaranja stečajnog postupka, propisujući da „utvrđena i osporena potraživanja u stečajnom postupku mogu biti predmet prenosa“, prebijanje potraživanja stečenog ustupanjem posle otvaranja stečajnog postupka sa potraživanjem stečajnog dužnika nije dopušteno, bez obzira na to što zakon to izričito ne zabranjuje (Kozar, 2019, p. 76), jer nije ispunjen uslov „da je pravo na prebijanje stečeno pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“ (čl. 82, st. 1 ZS). Slično rešenje bilo je propisano i u SZKJ-u koji nije dopuštao pribijanje „kada je tražbina protiv stečajnog dužnika bila pribavljena tek posle otvaranja stečaja“ (§ 19).

Ako prijavljeno potraživanje stečajnog poverioca, koje glasi na zakonsku ili ugovornu kompenzaciju, bude osporeno u stečajnom postupku, stečajni poverilac ima pravo da podnese tužbu parničnom sudu protiv stečajnog dužnika, a radi utvrđenja osnovanosti osporenog potraživanja koje potiče iz prava na zakonsku ili ugovornu kompenzaciju (Dukić Mijatović & Kozar, 2019, p. 340), koja se naziva „kompenzaciona tužba“ (Dabetić Trogrlić, 2015). Ako nije sporno potraživanje, već samo pravo na prebijanje, prema preovlađujućem stavu sudske prakse izraženom u rešenju Vrhovnog kasacionog suda, Prev 409/2019 od 3. 10. 2019, nije dozvoljena tužba radi utvrđenja prava na prebijanje, već poverilac ima pravo da na radnju stečajnog upravnika uloži primedbu, o kojoj odlučuje stečajni sudija primenom čl. 113, st. 6 ZS-a, a u eventualnoj parnici po tužbi stečajnog dužnika ima mogućnost isticanja materijalnopravnog (kompenzacionog) prigovora.

3. Pravni režim stečajne kompenzacije u državama regiona

Prebijanje potraživanja u stečajnom postupku načelno je dopušteno i u državama u regionu (Dukić Mijatović, 2010b, pp. 368 i dalje). U pogledu dejstva stečaja na kompenzaciju postoji velika sličnost među zakonskim rešenjima, sa izuzetkom Republike Slovenije koja ja zadržala najširi koncept zakonske kompenzacije kao pravne posledice otvaranja stečajnog postupka, po ugledu na ZPPSL.

3. 1. *Prebijanje u stečajnom pravu Crne Gore*

U Crnoj Gori prebijanje potraživanja u stečajnom postupku regulisano je u čl. 84 i 85 Zakona o stečaju (dalje: ZSCG) na gotovo isti način i pod istim uslovima kao i u Republici Srbiji, s tim što je kompenzacija izričito zabranjena ako je stečajni poverilac stekao pravo na prebijanje nakon podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka (čl. 85, st. 1, tač. 1), po čemu je ovaj zakon sličan sa rešenjima iz Republike Hrvatske. Predložena je izmena po kojoj bi bilo dopušteno prebijanje u toku stečajnog postupka ako je u toku postupka namirenja došlo do uslova za prebijanje između iznosa utvrđenog za namirenje i iznosa koji je u međuvremenu nastao kao obaveza poverioca prema dužniku i stečajnoj masi (Vlada Crne Gore, 2020). Npr. ako je poverilac utvrđenog potraživanja istovremeno i zakupac imovine stečajnog dužnika, pa duguje zakupninu koja je dospela u toku stečajnog postupka, ili ako je poverilac dužan da u stečajnu masu vrati imovinsku korist stečenu na osnovu pobijenog pravnog posla ili pravne radnje u smislu čl. 132, st. 2 ZSCG-a.

Kada je reč o stečaju banaka, u Zakonu o stečaju i likvidaciji banaka Crne Gore novelom iz 2010. godine brisan je čl. 37 koji je zabranjivao prebijanje potraživanja poverioca sa protivpotraživanjem banke (Kozar, 2008a, pp. 829 i dalje). Važeće zakonsko rešenje daje stečajnom upravniku pravo da, bez saglasnosti poverilaca, izvrši prebijanje međusobnih potraživanja banke i poverilaca koja su dospela pre donošenja rešenja o otvaranju stečajnog postupka (čl. 42a).

3. 2. *Prebijanje po Zakonu o stečaju Republike Srpske*

U pravu Republike Srpske prebijanje je dopušteno i uređeno je u čl. 132 i 133 Zakona o stečaju (dalje: ZSRS).

Ako je stečajni poverilac u periodu otvaranja stečajnog postupka imao, na osnovu zakona ili ugovora, pravo na prebijanje novčanog potraživanja, otvaranje stečajnog postupka ne utiče na ostvarivanje njegovog prava. Ako je u periodu otvaranja stečajnog postupka novčano potraživanje vezano za odložni uslov, do prebijanja novčanog potraživanja će doći kada se uslov ispuni. Poverilac koji ima potraživanje pod odložnim uslovom može sprečiti realizaciju protivpotraživanja stečajnog upravnika ako pruži odgovarajuće osiguranje. Dakle, poverilac može putem odgovarajućeg sredstva obezbeđenja (hipoteka, zaloga, bankarska garancija i sl.) u korist stečajnog dužnika, odnosno „stečajnog upravnika“ da spreči naplatu protivpotraživanja dok se ne ispuni odložni uslov za koji je vezano poveriočevo potraživanje, nakon čega će doći do prebijanja novčanog potraživanja.

Prema ZSRS-u, ako potraživanja nisu dospela u vreme otvaranja stečajnog postupka ili su ona pod odložnim uslovom, do prebijanja tih potraživanja će doći tek kada se ispune uslovi (Čolović & Milijević, 2020, p. 154), odnosno kada budu dospela. To znači da se odredbe koje definišu da nedospela potraživanja dospevaju otvaranjem stečajnog postupka, kao i one odredbe ZSRS-a koje definišu da potraživanja koja su vezana uz raskidni uslov postaju bezuslovna, pokretanjem stečajnog postupka ne primenjuju (Čolović & Milijević, 2020, p. 154).

Za razliku od prava Republike Srbije, Crne Gore i Republike Hrvatske, u pravu Republike Srpske prebijanje u stečaju odnosi se isključivo na novčana potraživanja.

Prebijanje novčanog potraživanja nije isključeno time što novčana potraživanja glase na različite valute ili obračunske jedinice, ako se valute ili obračunske jedinice u mestu plaćanja potraživanja sa kojim se vrši prebijanje novčanog potraživanja mogu slobodno menjati. Preračunavanje se vrši prema kursnoj vrednosti koja važi u mestu plaćanja u vreme dobijanja izjave o prebijanju novčanog potraživanja. Dakle, konvertibilnost različitih valuta je uslov za prebijanje, slično rešenjima iz Republike Hrvatske.

3. 2. 1. Slučajevi kada nije dopušteno prebijanje po ZSRS-u

ZSRS u čl. 133 propisuje pet slučajeva kada nije dopušteno prebijanje, tako da kada je u pitanju zabrana prebijanja važi princip *numerus clausus* – ne mogu se prebiti samo ona potraživanja koja su nabrojana u zakonu (Čolović & Milijević, 2004, pp. 81-82). „Potraživanja koja ne mogu biti predmet prebijanja možemo svesti na ona koja su nastala nakon pokretanja stečajnog postupka, kao i ona koja su nastala nedozvoljenom radnjom u postupku“ (Čolović & Milijević, 2020, p. 155).

Prebijanje novčanog potraživanja je zabranjeno ako je obaveza stečajnog poverioca prema stečajnoj masi nastala nakon otvaranja stečajnog postupka. U pitanju je potraživanje stečajne mase – npr. ako je stečajni dužnik svome poveriocu izdao u zakup određenu imovinu, stečajni poverilac neće moći da svoje potraživanje prebije sa obavezom plaćanja zakupnine. „Potraživanja od dužnika koja su nastala pre otvaranja stečajnog postupka ne mogu se prebiti sa potraživanjem stečajne mase koje je nastalo posle dana otvaranja tog postupka“, kako se navodi u obrazloženju rešenja Višeg privrednog suda Pž 9539/96 od 27. 12. 1996. u kome je primenjen ZPPSL. Prema tumačenju zabrane iz čl. 133, tač. 1 ZSRS-a, „[...] za prebijanje će biti podobna samo ona potraživanja stečajnog poverioca koja postoje u vreme pokretanja stečajnog postupka. Praktično, po ovome, samo ona potraživanja koja su nastala pre pokretanja stečajnog postupka mogu biti predmet pobijanja“ (Čolović & Milijević, 2020, p. 154).

Takođe, prebijanje je zabranjeno ako je stečajni poverilac svoje novčano potraživanje nakon otvaranja postupka stekao od nekog drugog poverioca. Reč je o ustupanju potraživanja ugovorom (cesiji), kao načinu sticanja potraživanja od drugog poverioca koje, za razliku od prava Republike Srbije, nije regulisano ZSRS-om, što znači da je prebijanje ustupljenog potraživanja dopušteno po opštim pravilima o kompenzaciji iz ZOO-a, pod uslovom da je ugovor o cesiji zaključen pre otvaranja stečajnog postupka. „Znači, i ovde je bitno vreme nastanka potraživanja. Bez obzira na koji način je stečajni poverilac stekao potraživanje od drugog poverioca, on neće moći da prebije svoje potraživanja sa protivpotraživanjem dužnika, ako je to potraživanje stečeno nakon otvaranja stečajnog postupka“ (Čolović & Milijević, 2020, pp. 154-155).

Treći razlog koji onemogućava prebijanje odnosi se na slučaj kada je stečajni poverilac stekao mogućnost prebijanja novčanog potraživanja pravnom radnjom koja se može pobijati. Prema čl. 134, st. 1 ZSRS-a „mogu se pobijati pravne radnje preduzete prije otvaranja stečajnog postupka kojima se narušava ravnomerno namirenje poverilaca

(oštećenje poverilaca), odnosno kojima se pojedini poverioci stavljaju u povoljniji položaj (pogodovanje poverilaca)⁶.

Prebijanje je zabranjeno ako poverilac, čije potraživanje treba biti ispunjeno iz imovine stečajnog dužnika koja ne ulazi u stečajnu masu, duguje nešto stečajnoj masi. Dakle, u pitanju je poverilac čije se potraživanje treba namiriti iz slobodne imovine dužnika (Čolović & Milijević, 2020, p. 155).

I najzad, nije dozvoljeno prebijanje ako je poverilac povezano lice, u smislu čl. 141 ZSRS-a, a stečajni dužnik ima pravo na novčano potraživanje koje je nastalo ili dospelo u periodu od šest meseci pre podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka, osim ako poverilac ne dokaže da u trenutku nastanka mogućnosti prebijanja novčanog potraživanja nije znao za preteću platežnu nesposobnost ili nastalu platežnu nesposobnost stečajnog dužnika.

Saznanje za platežnu nesposobnost stečajnog dužnika relevantno je samo za lica povezana sa stečajnim dužnikom, koja imaju obavezu prema stečajnom dužniku nastalu ili dospelu u periodu od šest meseci pre podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka, za razliku od prava Republike Srbije, gde se pitanje savesnosti odnosi na sve poverioce, dok se rok – period od šest meseci – odnosi na nastanak njihovih potraživanja, a ne na nastanak ili dospelost obaveza prema stečajnom dužniku. Takođe, za razliku od ZS-a, u ZSRS-u teret dokazivanja savesnosti je na povezanom licu, kao poveriocu, dok ZS ne reguliše pitanje dokazivanja, što znači da bi u sporu koji se rešava primenom prava Republike Srbije, stečajni upravnik, koji osporava pravo na prebijanje u parnici po tužbi poverioca, morao da dokaže da je tužilac znao za nesposobnost plaćanja.

Iz toga sledi zaključak da je u pravu Republike Srpske veći broj razloga koji isključuju kompenzaciju nego u Republici Srbiji.

3. 3. Kompenzacija po odredbama Stečajnog zakona Republike Hrvatske

Opšta pravila o kompenzaciji iz čl. 195–202 Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske iz 2015. u najvećem delu su primenjiva i na odnose stečajnih poverilaca koji imaju tražbinu prema dužniku nad kojim je otvoren stečajni postupak, ako stečajni dužnik ima potraživanje prema stečajnom poveriocu (Ćudina, 2003, pp. 58 i dalje). Međutim, kada je nad jednom od stranaka obligacionog odnosa otvoren stečajni postupak, pored opštih pravila kompenzacije kao načina prestanka tražbina, primenjuju se i posebna pravila (Čuveljak, 2014, pp. 319 i dalje) sadržana u odredbama Stečajnog zakona iz 2015. godine (dalje: SZRH).

Zadržavanje prava na prebijanje predviđa čl. 174 SZRH-a, propisujući da ako je u vreme otvaranja stečajnog postupka stečajni poverilac na osnovu zakona ili ugovora imao pravo na prebijanje, otvaranje stečajnog postupka ne utiče na to njegovo pravo. Takvo zakonsko rešenje je logično jer dejstva prebijanja nastaju u trenutku kad su ostvarene pretpostavke za prebijanje (Ćiraković & Šimić, 2019, p. 34), dakle *ex tunc*. Iz navedenog proizlazi da stečajni poverilac može svoje potraživanje, stečeno pre otvaranja stečajnog postupka, prebiti s potraživanjem stečajnog dužnika nastalim pre otvaranja stečajnog postupka u skladu s opštim pravilima obligacionog prava (Ćudina, 2003, pp. 58 i dalje).

Zakonom nije predviđen poseban oblik izjave o preboju, niti vreme kada poverilac treba dati izjavu o preboju (Palić, Brekalo & Petričević, 2013, p. 657). Stoga, i prema pravnom shvatanju Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1C.2. od 21. 12. 2009. godine, stečajni poverilac može, nezavisno od stečajnog postupka koji se sprovodi nad stečajnim dužnikom, dati konstitutivnu kompenzabilnu izjavu o preboju, te se u parnici koju protiv njega vodi stečajni dužnik braniti prigovorom da je tražbina stečajnog dužnika nastala i postojala, ali da je naknadno prestala zbog nastanka poveriočeve tražbine prema stečajnom dužniku i poveriočeve konstitutivne izjave o (građanskopravnom) preboju. Navedeno pravno shvatanje slično je stavu izraženom u obrazloženju rešenja Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, Prev 409/2019 od 3. 10. 2019, o mogućnosti isticanja u parnici materijalnopravnog prigovora da je potraživanje stečajnog dužnika prema poveriocu prestalo izjavljenom kompenzacijom, s tim što je u srpskom pravu prijava potraživanja u stečajnom postupku sa izjavom o prebijanju pretpostavka za postojanje prava na prebijanje (ZS, čl. 82, st. 2), ukoliko izjava o prebijanju nije data pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka po pravilima o građanskopravnom preboju (*compensatio civilis*) iz čl. 337 ZOO-a.

Nastupanje prebijanja u stečajnom postupku uređeno je pravilima iz čl. 175, st. 1 SZRH-a, koji reguliše pitanje nastanka uslova za prebijanje nakon otvaranja stečajnog postupka: „Ako su u vrijeme otvaranja stečajnog postupka jedna ili više tražbina koje se imaju prebiti pod odgovornim uvjetom ili nisu dospjele ili nisu upravljene na istovrsne činidbe, prijebijanje će nastupiti kada za to budu ispunjene potrebne pretpostavke.“ Dakle, SZRH sadrži posebna pravila u zavisnosti od toga da li su se pretpostavke za prebijanje, koje se tiču dospelosti poveriočevog potraživanja, nastupanja odložnog uslova ili istorodnosti potraživanja, ispunile pre ili posle otvaranja stečajnog postupka, dok ZS ne pravi takvu razliku, jer je u srpskom stečajnom pravu prebijanje moguće samo ako je poverilac pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka stekao pravo na prebijanje. Milosavljević (2016, p. 448) smatra da ovo rešenje iz SZRH-a treba da bude preuzeto u ZS, jer šire mogućnosti kompenzacije u stečajnom postupku dovode do bržeg rešavanja potraživanja u stečaju, a što je u saglasnosti sa osnovnim stečajnim načelima.

Odredbe čl. 140 i 144 SZRH-a ne primenjuju se u svrhu prebijanja. Na ovaj način isključena je primena posebnih pravila o dospelosti nedospelih potraživanja otvaranjem stečajnoga postupka, zatim o raskidnim uslovima, kao i o preračunavanju tražbina (konverzija naturalnih potraživanja u novčana). To znači da poverilac nedospelog potraživanja neće moći da nedospelo potraživanje prebije sa protivpotraživanjem stečajnog dužnika (sa onim što duguje stečajnom dužniku), sve dok njegovo potraživanje ne dospe. Takođe, poverilac naturalnog, nenovčanog potraživanja neće moći da ga prebije sa novčanim protivpotraživanjem stečajnog dužnika, ili sa naturalnim potraživanjem druge vrste, jer nije ispunjen opšti zakonski uslov za kompenzaciju, koji se tiče istovrsnosti uzajamnih potraživanja.

SZRH je propisao i jedno posebno ograničenje. Ako tražbina kojom se treba obaviti prebijanje postane bezuslovna i dospela pre nego što prebijanje postane moguće, prebijanje je isključeno. To znači da prebijanje nije moguće ako je potraživanje stečajnog dužnika postalo bezuslovno ili je dospelo pre otvaranja stečajnoga postupka, a poveriočevog

potraživanje nije dospelo ili nije postalo bezuslovno u vreme otvaranja stečajnoga postupka. Ovo rešenje pravda se time da bi u suprotnom stečajni poverilac bio motivisan da odugovlači sa ispunjenjem svoje obaveze prema stečajnom dužniku zato da bi sačekao da se ispune uslovi za prebijanje. Pošto u takvoj situaciji prebijanje nije moguće, stečajnom poveriocu ne bi preostalo ništa drugo već da prijavi svoje potraživanje stečajnom upravniku (Dika, 2002, pp. 55–57).

Prebijanje nije isključeno za tražbine koje glase na različite valute ili obračunske jedinice, ako se te valute ili obračunske jedinice u mestu isplate tražbine kojom se prebijanje obavlja mogu slobodno zameniti (čl. 175, st. 2 SZRH). Dakle, konvertibilnost različitih valuta je uslov za prebijanje, slično zakonskim rešenjima iz Crne Gore. Preračunavanje se obavlja prema kursu koji u mestu plaćanja važi u vreme prijema izjave o prebijanju.

Nedozvoljenost prebijanja reguliše čl. 176 SZRH-a, propisujući da prebijanje nije dopušteno: 1. ako je obveza stečajnog poverioca prema stečajnoj masi nastala tek nakon otvaranja stečajnoga postupka (dakle u pitanju je potraživanje stečajne mase – npr. ako je stečajni dužnik svome poveriocu izdao u zakup određenu imovinu, ili pružio određenu uslugu ili isporučio određenu robu); 2. ako je stečajni poverilac svoju tražbinu stekao od drugoga poverioca tek nakon otvaranja stečajnog postupka (npr. putem ustupanja potraživanja – cesije); 3. ako je stečajni poverilac tražbinu stekao ustupanjem za poslednjih šest meseci pre dana otvaranja predstečajnog postupka, odnosno ako nije otvoren predstečajni postupak za poslednjih šest meseci pre dana otvaranja stečajnog postupka, a znao je ili morao znati da je dužnik postao nesposoban za plaćanje ili da je protiv njega podnesen predlog za otvaranje predstečajnog postupka, odnosno predlog za otvaranje stečajnoga postupka. Izuzetno, prebijanje će biti dopušteno ako se radi o tražbini koja je ustupljena u vezi s ispunjenjem neispunjenih ugovora ili o tražbini čije je pravo na ispunjenje ponovno stečeno uspešnim pobijanjem pravnoga posla dužnika; 4. ako je stečajni poverilac mogućnost prebijanja stekao pobožnom pravnom radnjom.

Odredbe čl. 176 SZRH-a o nedozvoljenosti prebijanja i dopuštenim izuzecima slične su pravilima iz čl. 83 ZS-a. Razlika je u tome što ZS objektivni rok od šest meseci računa od podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, dok SZRH taj rok računa od dana otvaranja predstečajnog postupka, odnosno od dana otvaranja stečajnog postupka, ako nije otvoren predstečajni postupak. Pored toga, SZRH izričito zabranjuje prebijanje potraživanja koje je stečajni poverilac stekao od drugog poverioca posle otvaranja stečajnog postupka, dok u Republici Srbiji nema takve izričite zabrane, ali se takođe može zaključiti da nije dozvoljeno prebijanje potraživanja stečenog ustupanjem posle otvaranja stečajnog postupka sa protivpotraživanjem stečajnog dužnika, jer nije ispunjen zakonski uslov iz čl. 82, st. 1 ZS-a „da je pravo na prebijanje stečeno pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“. Isto važi i za zabranu prebijanja potraživanja stečajnog poverioca sa potraživanjem stečajne mase („ako je obveza stečajnoga vjerovnika prema stečajnoj masi nastala tek nakon otvaranja stečajnoga postupka“).

U stečajnom postupku u Republici Hrvatskoj načelno je bilo dopušteno prebijanje potraživanja poverioca s protivpotraživanjem dužnika, i po odredbama čl. 103–105 prethodnog Stečajnog zakona iz 1996. godine (Eraković, 1997, p. 83), saglasno posebnim

pravilima (Grbin, 2002, pp. 16–17), koja se u suštini ne razlikuju od rešenja iz SZRH-a, sa izuzetkom koji se odnosi na institut *credit bidding*. Kako ističe Garašić (2017, p. 167), sasvim je novo pravilo iz čl. 247, st. 7 SZRH-a po kome prvi različni poverilac u redu prvenstva može izjaviti da kupuje nekretninu i da stavlja u preboj svoje potraživanje s protivpotraživanjem stečajnog dužnika po osnovu cene u visini utvrđene vrednosti nekretnine. Kozar (2019, p. 87) konstatuje da je u Republici Hrvatskoj na ovaj način dozvoljen *credit bidding* koji se zasniva na prebijanju, slično rešenju prihvaćenom u srpskom pravu (čl. 136b ZS).

3. 4. Stečajna kompenzacija u pravu Republike Slovenije

Kompenzacija potraživanja predviđena je u Zakonu o finansijskom poslovanju, stečajnom postupku i prinudnom poravnanju Republike Slovenije iz 2007. godine (Zakon o finansijskom poslovanju, postupkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP), koji je u primeni od 1. 10. 2008. godine.

ZFPPIPP u čl. 261 uređuje kompenzaciju potraživanja prilikom početka stečajnog postupka: ako prilikom početka stečajnog postupka istovremeno postoje potraživanja pojedinačnog poverioca prema stečajnom dužniku i suprotstavljeno potraživanje stečajnog dužnika prema tom poveriocu, ta će se potraživanja otvaranjem stečajnog postupka smatrati kompenzirana ako u čl. 263 (koji predviđa zabranu kompenzacije cediranih potraživanja) nije drugačije određeno. Dakle, u pitanju je zakonska kompenzacija kao pravna posledica stečajnog postupka, po ugledu na ZPPSL, što je bitna razlika u odnosu na važeća rešenja srpskog stečajnog prava iz ZS-a.

Izričito je propisano da se navedeno pravilo primenjuje i na nenovčana potraživanja, kao i na potraživanja koja u vreme početka stečajnog postupka još nisu dospela. U odnosu na nenovčana i nedospela potraživanja poverilaca i suprotna potraživanja stečajnog dužnika, koja su predmet kompenzacije, shodno se primenjuju odredbe čl. 253–255 ovog zakona. Reč je o pravilima o konverziji nenovčanih potraživanja u novčana, o pretvaranju povremenih novčanih davanja u jednokratna i o konverziji potraživanja izraženih u stranoj valuti u evro. Međutim, pravne posledice pokretanja stečajnog postupka ne nastupaju u odnosu na potraživanja iz uzajamno neispunjenih dvostrano obaveznih ugovora. Kako ističe Šlamberger (2019, p. 3), u poslovnoj praksi često se dešava da poverioci pokušavaju da zaključene dvostrano obavezne ugovore prikažu kao međusobno neispunjene. Saglasno pravilu iz čl. 265 ZFPPIPP-a, pokretanje stečajnog postupka ne utiče na potraživanje poverioca prema stečajnom dužniku ako je ono nastalo na osnovu međusobno neispunjenog dvostrano obaveznog ugovora. To, u suštini, u prvom koraku znači da se nenovčano potraživanje poverioca ne pretvara u novčano potraživanje, iz čega proizlazi da se međusobna potraživanja iz takvih ugovora ne prebijaju (Plavšak, 2008, p. 193).

Ako poverilac svoja potraživanja prema stečajnom dužniku, koja prestaju zbog kompenzacije prema odredbama ovog člana, ne prijavljuje u stečajni postupak, mora o kompenzaciji obavestiti upravitelja u roku od tri meseca od objave oglasa o početku stečajnog postupka. Prema tome, za razliku od srpskog stečajnog prava, ne postoji obaveza prijavljivanja potraživanja, jer ona prestaju prebijanjem po sili zakona, kao pravna posledica stečajnog postupka, bez potrebe davanja izjave o prebijanju (Raktelj, 2012). Postoji samo

obaveza poverioca da obavesti stečajnog upravnika u roku od tri meseca, računajući od objavljivanja oglasa o početku stečajnog postupka. Taj rok nije prekluzivan, jer njegovo propuštanje nema za posledicu gubitak prava na prebijanje, već može biti samo osnov za naknadu troškova i druge štete stečajnom dužniku, koje je ovaj imao zbog takvog propusta.

Pravila o kompenzaciji uslovnih potraživanja sadržana su u čl. 262 ZFPPIPP-a.

Slično rešenjima iz ZSRS-a i SZRH-a, u čl. 263 ZFPPIPP-a uvedena je zabrana kompenzacije s potraživanjima koja su nastala prema stečajnom dužniku pre početka stečajnog postupka, a koja su stečena cesijom – ugovorom o ustupanju potraživanja između prethodnog poverioca i novog poverioca, koji je zaključen nakon početka stečajnog postupka (Raktelj, 2012). Takođe, u čl. 264 ZFPPIPP-a predviđena je zabrana prebijanja potraživanja prema stečajnom dužniku koja su nastala pre početka stečajnog postupka, sa protivpotraživanjem stečajnog dužnika koje je nastalo posle početka stečajnog postupka. Reč je, dakle, o potraživanju stečajne mase.

3. 4. 1. Zakonska multilateralna kompenzacija

„Velika nepodmirena međusobna dugovanja i nelikvidnost privrede nisu specifikum samo srpske privrede. S istom problematikom suočavaju se ne samo ekonomije koje važe za uspešne tranzicione ekonomije, već je taj problem prisutan i u Evropskoj uniji“ (Muminović, 2011, p. 101 i dalje). Radi sprečavanja nelikvidnosti kao osnovnog uzroka stečaja, Zakonom o sprečavanju zadocnjenja u plaćanju (Zakon o preprečavanju zamud pri plaćilih – ZPreZP-1) koji je u primeni od 28. 7. 2012 godine, predviđena je obavezna multilateralna kompenzacija, koja se vrši u javnom interesu. Svrha obavezne multilateralne kompenzacije je smanjenje međusobne zaduženosti privrednih subjekata (čl. 24 ZPreZP-1).

Ovaj institut uveden je u slovenačko pravo prethodnim Zakonom o sprečavanju zadocnjenja u plaćanju iz 2011. godine. Međutim, u svom radu Muminović (2011) konstatuje da „rezultati prvih pet krugova obaveznih multilateralnih kompenzacija u Republici Sloveniji ne samo da su pokazali nezadovoljavajuće rezultate, već su otvorili i neke probleme oko špekulacija povezanih s njima“, ukazujući, istovremeno, na prednosti i nedostatke ovog instituta, iz kojih se mogu izvući i pouke za srpsku privredu radi ublažavanja problema nelikvidnosti.

4. Zaključak

U pravu Republike Srbije prihvaćen je koncept zakonski dozvoljenog i ograničenog prebijanja, dok se u stečajnom postupku, po ranijim propisima, uvek radilo o obaveznoj, zakonskoj kompenzaciji. Slična rešenja postoje i u zemljama regiona, sa izuzetkom Republike Slovenije.

Značaj ove ustanove u praksi je veliki, posebno iz ugla poverilaca, jer se poveriocu omogućava da korišćenjem prebijanja u celosti naplati svoje potraživanje mimo stečajnih isplatnih redova i nezavisno od iznosa raspoloživih sredstava u stečajnoj masi, čime se iz razloga pravičnosti odstupa od kolektivnog namirenja kao zakonom utvrđenog

cilja stečajnog postupka, i od načela pariteta, odnosno srazmernog namirenja stečajnih poverilaca (ZS, čl. 2. i 3).

Za ostvarivanje prava na prebijanje u stečajnom postupku, pored opštih uslova koji se tiču uzajamnosti, istorodnosti i dospelosti, ZS traži da su ispunjena i tri posebna, kumulativna uslova u pogledu sticanja prava na prebijanje pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, prijave celokupnog potraživanja i izjave o prebijanju. Pravo na prebijanje nije stečeno ako oba istorodna potraživanja nisu dospela pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, ali se može steći i kada su u vreme dospelosti poveriočevog potraživanja računi dužnika bili u blokadi.

Likvidnost uzajamnih potraživanja nije uslov za prebijanje, s tim što se može prebiti i zastarelo potraživanje stečajnog poverioca ako nije bilo zastarelo u momentu dospelosti protivpotraživanja stečajnog dužnika.

Prebijanje potraživanja u stečajnom postupku načelno je dopušteno i u državama regiona. U pogledu dejstva stečaja na kompenzaciju postoji velika sličnost među zakonskim rešenjima, sa izuzetkom Republike Slovenije koja ja zadržala najširi koncept zakonske kompenzacije kao pravne posledice otvaranja stečajnog postupka, po ugledu na ZPPSL, što je bitna razlika u odnosu na važeća restriktivna rešenja srpskog stečajnog prava i ostalih zemalja regiona. Takođe, u slovenačkom pravu predviđena je obavezna multilateralna kompenzacija koja se vrši u javnom interesu, radi smanjenja međusobne zaduženosti privrednih subjekata.

U zakonodavstvu Republike Srpske propisan je najveći broj slučajeva kada nije dopušteno prebijanje, s tim što je kompenzacija ograničena samo na novčana potraživanja.

U svim analiziranim zakonima zabranjena je kompenzacija potraživanja stečenih u periodu od šest meseci koji neposredno prethodi stečajnom postupku, sa manjim varijacijama u pogledu procesne radnje od koje se taj rok računa. Zabrana važi ako je poverilac nesavestan, odnosno ako je znao za platežnu nesposobnost stečajnog dužnika. Takođe, nije dopušteno prebijanje potraživanja cediranih nakon otvaranja stečajnog postupka, kao ni prebijanje potraživanja poverilaca sa potraživanjima stečajne mase.

Bez obzira na harmonizaciju stečajnog prava u regionu, postoje razlike u pogledu ostvarivanja prava prebijanja u zavisnosti od sedišta stečajnog dužnika i merodavnog prava, koje mogu bitno uticati na položaj stečajnih poverilaca.

Literatura

- Ajnšpiler Popović, G. 2010a. *Priručnik – Komentar novog Zakona o stečaju*. Beograd: Pravna baza podataka Paragraf lex.
- Ajnšpiler Popović, G. 2010b. Mogućnost kompenzacije u toku stečaja. *Pravo i privreda*, 47(10–12), pp. 75–86.
- Bilbija, V. 2011. Stečaj – godinu dana primene Zakona o stečaju. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 83(7–8), pp. 383–393.
- Čolović, V. & Milijević, N. 2004. *Stečajni postupak*. Banja Luka: Udruženje pravnikar Republike Srpske.

- Čolović, V. & Milijević, N. 2020. *Stečaj teorija–praksa*. Banja Luka: Udruženje pravnika Republike Srpske.
- Čuveljak, J. 2014. Prijeboj nakon otvaranja stečajnog postupka nad jednom od stranaka obveznog odnosa. U: Slakoper, Z. (ur.), *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*. Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci, pp. 319–327.
- Ćudina, D. 2003. Prijeboj (kompenzacija) tražbina u stečajnom postupku. *Pravo i porezi*, 9, pp. 58–62.
- Ćiraković, B. & Šimić, Ž. 2019. *Prijeboj kao institut građanskog i trgovačkog prava*. Zagreb: Pravosudna akademija.
- Dukić Mijatović, M. & Kozar, V. 2019. *Postulati korporativnog stečaja u Republici Srbiji*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe.
- Dukić Mijatović, M. 2010a. *Stečajno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.
- Dukić Mijatović, M. 2010b. Pregled zakonskih procedura u postupku utvrđivanja potraživanja stečajnih zakona u regionu. U: Čolović, V. (ur.), *Pravo zemalja u regionu – zbornik radova*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 368–390.
- Dika, M. 2002. *Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka*. Zagreb: Narodne novine d.d.
- Đorđević, Ž. & Stanković, V. 1986. *Obligaciono pravo*. Beograd: Naučna knjiga.
- Garašić, J. 2017. Najznačajnije novine Stečajnog zakona iz 2015. godine. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 38(1), pp 131–186.
- Gucunja, J. 1980. *Pravno regulisanje dužničko-poverilačkih odnosa u slučaju prestanka organizacija udruženog rada*. Doktorska disertacija. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- Grbin, I. 2002. Prijeboj (kompenzacija). *Hrvatska pravna revija*, 2, pp. 1–18.
- Eraković, A. 1997. *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*. Zagreb: RRI F.
- Eraković, A. 1989. Kompenzacijska izjava i prigovor radi prebijanja. *Privreda i pravo*, 7–8, pp. 196–197.
- Jovanović Zattila, M. & Čolović, V. 2007. *Stečajno pravo*. Beograd: Dosije.
- Kordić, J. et al. 2013. *Komentar Zakona o stečaju i nacionalnih standarda*. 3. izdanje. Beograd: Pešić i sinovi & Confineks d.o.o.
- Kozar, V. 2008a. Prebijanje potraživanja akcionara i banke u stečaju. *Pravo i privreda*, 45(5–8), pp. 829–841.
- Kozar, V. 2008b. Prebijanje potraživanja kao pravna posledica stečaja. *Pravni život*, 5–6, pp. 27–39.
- Kozar, V. & Aleksić, N. 2018. *Komentar Zakona o stečaju sa novelama iz 2017. godine i sudskom praksom*. Beograd: Poslovni biro.
- Kozar, V. 2019. Prebijanje potraživanja i *credit bidding* u stečajnom postupku. U: Kulić, M. (ur.), *Privrednopravni okvir i ekonomski razvoj država Jugoistočne Evrope*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, pp. 69–90.
- Kozar, V. & Aleksić, N. 2019. Prebijanje potraživanja u stečajnom postupku. *Pravo i privreda*, 57(4–6), pp. 668–682.
- Mićović, M. 2010. Prebijanje potraživanja u stečajnom postupku. *Pravni život*, 54(11), pp. 231–242.

- Milenović, D. 1990. Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 30, pp. 163–181.
- Milosavljević, A. 2016. *Imovinsko-pravne posledice pokretanja stečajnog postupka u domaćem i uporednom pravu*. Doktorska disertacija. Novi Sad: Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Educons u Novom Sadu.
- Muminović, S. 2011. Rezultati obaveznih multilateralnih kompenzacija u Sloveniji. *Revizor*, 14(55), pp. 101–107.
- Perović, S. 1986. *Obligaciono pravo*. Beograd: NIU Službeni list SFRJ.
- Plavšak, N. 2008. *Zakon o finansičnom poslovanju, postupkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – Razširjena uvodna pojasnila*. Ljubljana: GV Založba.
- Palić, V., Brekalo, M. & Petričević, N. 2013. Tražbine vjerovnika u stečajnomu postupku – otvorena pitanja i dvojbe. *Ekonomski vjesnik*, 2, pp. 655–664.
- Radovanović, S. & Mišćević, N. 2016. Jednostrana kompenzacija zastarelog potraživanja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 50(4), pp. 1315–1334.
- Serjević, V. 2008. The Reformation of the Serbian Act on Insolvency Procedure. *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, 6(1), pp. 51–62. Dostupno na: <http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2008/lap2008-05.pdf>, (25. 1. 2021).
- Testen, F. 1984. Pobot v pravdi. *Pravnik*, 1–2, pp. 11–25.
- Vasiljević, M. 1997. *Poslovno pravo*. Beograd: Savremena administracija d.d.
- Velimirović, M. 1965. *Problem prinudne likvidacije (stečaja) privrednih organizacija u Jugoslaviji*. Doktorska disertacija. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
- Vrhovšek, M. & Kozar, V. 2004. Potraživanja akcionara banke u stečaju po osnovu vlasništva na akcijama. *Pravo i privreda*, 41(5–8), pp. 954–967.

Internet izvori

- Dabetić Trogrlić, V. 2015. Tužbe iz stečajnog postupka. *Bilten Privrednog suda u Beogradu*, 1. Dostupno na: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/44474>, (26. 1. 2021).
- Raktelj, P. 2012. *Avtomatičen pobot v stečaju in prisilni poravnavi*. Dostupno na: <https://www.primorske.si/2012/05/04/pazljivo-pri-kompencacijah!>, (3. 3. 2021).
- Vlada Crne Gore. 2020. Predlog Zakona izmjenama i dopunama Zakona o stečaju od 6. februara 2020. godine. Dostupno na: <https://zakoni.skupstina.me/zakoni/web/dokumenta/zakoni-i-drugi-akti/933/2232-13248-09-2-20-2.pdf>, (27. 1. 2021).
- Šlamberger, M. 2019. *Pravna problematika vzajemno neizpoljenih dvostranskih pogodb v postopkih zaradi insolventnosti*. Dostupno na: https://pf.um.si/site/assets/files/4503/slamberger_miha_pravna_problematika_vzajemno_neizpoljenih_dvostranskih_pogodb_v_postopkih_zaradi_insolventnosti.pdf, (1. 3. 2021).

Pravni izvori

- Stečajni zakon Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine – SZKJ, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 282-CXV od 22. 11. 1929.

- Stečajni zakon Republike Hrvatske – SZRH, *Narodne novine*, br. 71/2015, 104/2017 (na snazi od 1. 9. 2015, sa novelom koja je na snazi od 2. 11. 2017).
- Stečajni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 44/1996, 29/1999, 129/2000, 123/2003, 197/2003, 187/2004, 82/2006, 117/2008, 116/2010, 25/2012, 133/2012, 45/2013.
- Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, pročišćeni tekst zakona, *Narodne novine*, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018 (na snazi od 5. 4. 2018).
- Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993, 22/1999, 23/1999, 35/1999, 44/1999, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.
- Zakon o stečaju – ZS, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (Odluka Ustavnog suda), 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.
- Zakon o stečajnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004 i 85/2005 – dr. zakon.
- Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji – ZPPSL, *Službeni list SFRJ*, br. 84/1989, *Službeni list SRJ*, br. 37/1993 i 28/1996.
- Zakon o bankama, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015.
- Zakon o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost, *Službeni glasnik RS*, br. 68/2015.
- Zakon o hipoteci, *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005, 60/2015, 63/2015 (Odluka Ustavnog suda) i 83/2015.
- Zakon o stečaju Crne Gore – ZSCG, *Službeni list Crne Gore*, br. 1/2011, 53/2016, 32/2018 – Odluka US CG i 62/2018 – Odluka US CG.
- Zakon o stečaju i likvidaciji banaka Crne Gore, *Službeni list RCG*, br. 47/2001, *Službeni list Crne Gore*, br. 62/2008, 44/2010 i 72/2019.
- Zakon o stečaju Republike Srpske – ZSRS, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 16/2016.
- Zakon o finansijskom poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP, *Uradni list RS*, št. 13/2014 – uradno prečišćeno besedilo, 10/2015 – popr., 27/2016, 31/2016 – odl. US, 38/2016 – odl. US, 63/2016 – ZD-C, 54/2018 – odl. US, 69/2019 – odl. US, 74/2020 – odl. US in 85/2020 – odl. US.
- Zakon o preprečavanju zamud pri plaćilih – ZPreZP-1, *Uradni list RS*, št. 57/2012 in 61/2020.
- Zakon o preprečavanju zamud pri plaćilih, *Uradni list RS*, št. 18/2011.

Sudska praksa

- Presuda Višeg privrednog suda Pž 24/98 od 10. 2. 1998, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Intermex.
- Presuda Privrednog apelacioni suda, Pž 8197/2013 od 23. 1. 2014, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Intermex.
- Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 6868/2013 od 29. 1. 2015, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Intermex.
- Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 258/02 od 25. 12. 2002, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Intermex.

- Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 9486/2013 od 25. 12. 2014, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Intermex.
- Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 6753/13 od 16. 1. 2014, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Intermex.
- Rešenje Višeg privrednog suda, Pž 9539/96 od 27. 12. 1996, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Intermex.
- Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Prevl 409/2019 od 3. 10. 2019. Dostupno na: [https://www.vk.sud.rs/sr-lat/prev-4092019-34-ste%C4%8Daj-i-likvidacija-342-utvr%C4%91ivanje-osporenih-potra%C5%BEivanja-31214-312143-prebijanje,\(2.3.2021\).](https://www.vk.sud.rs/sr-lat/prev-4092019-34-ste%C4%8Daj-i-likvidacija-342-utvr%C4%91ivanje-osporenih-potra%C5%BEivanja-31214-312143-prebijanje,(2.3.2021).)
- Privredni apelacioni sud. 2015. Odgovori na pitanja privrednih sudova utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda od 3. 4. i 26. 11. 2015. i Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove od 30. 11. 2015. *Sudska praksa privrednih sudova*, 4, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.
- Pravno shvatanje Odeljenja trgovačkih i ostalih sporova Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1C.2. od 21. 12. 2009. godine. Dostupno na: [https://sudovi.hr/sites/default/files/priopcenja/2019-09/Sjednica%20Odeljenja%20od%2021.12.2009..pdf,\(3.3.2021\).](https://sudovi.hr/sites/default/files/priopcenja/2019-09/Sjednica%20Odeljenja%20od%2021.12.2009..pdf,(3.3.2021).)

Vladimir M. Vrhovšek

Judge of the Higher Court in Belgrade, Serbia
e-mail: vladimirvrhovsek@gmail.com

Vladimir V. Kozar, PhD

Full Professor, Faculty of Law for Commerce and Judiciary,
University of Business Academy, Novi Sad, Serbia
e-mail: kozarv@pravni-fakultet.info

**THE RIGHT TO OFFSET THE CLAIMS IN ACCORDANCE WITH THE LAW ON
BANKRUPTCY OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND IN THE REGION**

Summary

This article discusses a concept of legally permitted and limited offsetting in bankruptcy according to the law of the Republic of Serbia, with comparison to earlier regulations where the offsetting occurred by the force of law, as the legal consequence of initiating bankruptcy proceedings. Legal provisions, legal practice, opinion of the jurisprudence on general and special terms about the right to offset the claims in bankruptcy in the Republic of Serbia, as well as in the countries in the region, have been presented.

Relevant legal solutions from laws on bankruptcy of Montenegro, Republic of Srpska, Republic of Croatia, and the Republic of Slovenia have been reviewed.

Offsetting claims in bankruptcy proceedings are in principle allowed in regional countries as well. Regarding the effect of bankruptcy on the right to offset the claims, there is a great similarity among the legal solutions in regulations of above mentioned countries, except for the Republic of Slovenia. The Republic of Slovenia retained the broadest concept of legal compensation as a legal consequence of initiating bankruptcy proceedings, which constitutes an important difference compared to restrictive solutions of the Serbian bankruptcy law and regional legislation.

This article aims to show to the business entities operating in the region, through comparative legal analysis, different conditions and procedure of offsetting in bankruptcy in national legislation, bearing in mind the importance of this legal institution, which allows the creditors to fully collect their claims outside the bankruptcy payment lines, and regardless of the number of available funds in the bankruptcy estate.

Keywords: bankruptcy, offsetting claim, set-off, cession, insolvency, creditor.

Primljeno: 27. 1. 2021.

Izmenjeno: 4. 3. 2021.

Prihvaćeno: 31. 3. 2021.

DUŽNOST DIREKTORA DA UZMU U OBZIR INTERESE POVJERILACA I OSTALIH STEJKHOLDERA U PERIODU PRIJETEĆE INSOLVENTNOSTI

Sažetak

Direktiva EU 2019/1023 o restrukturiranju i insolventnosti predviđa obavezu država članica da osiguraju da, kada postoji vjerovatnoća da će nastupiti insolventnost, direktori uzmu u obzir interese povjerilaca i ostalih stejkholdera, pored interesa članova. Predmet ovog rada je analiza položaja povjerilaca i ostalih stejkholdera u periodu kada društvu prijete insolventnost, odnosno rizika kojima su izložene različite kategorije stejkholdera, postojećih mehanizama korporativnog upravljanja kojima se štite ovi interesi, te analiza sadržaja dužnosti direktora predviđene Direktivom. Naročitu pažnju ćemo posvetiti pitanju ostvarivanja sudske zaštite interesa povjerilaca i ostalih stejkholdera u periodu prijeteće insolventnosti, koji trenutno nisu ovlašćeni na podnošenje tužbe protiv direktora u slučaju kršenja posebnih dužnosti.

Ključne riječi: *dužnosti direktora, interes povjerilaca, prijeteća insolventnost, rizik od stečaja, stejkholderi, derivativna tužba.*

1. Uvod

Pokušaj da se na nivou Evropske unije usvoji pravilo o posebnim dužnostima direktora u periodu prijeteće insolventnosti datira još iz 2001. godine. Visoka grupa eksperata kompanijskog prava, tijelo koje je formirala Evropska komisija s ciljem da izradi preporuke za moderni regulatorni okvir kompanijskog prava Evropske unije, između ostalog je ispitala sprovodivost uvođenja okvirnog pravila na osnovu kojeg bi direktori bili odgovorni ukoliko kompanija nastavi da posluje nakon što postane nesposobna da plaća svoje obaveze. Visoka grupa eksperata je zaključila da harmonizacija dužnosti direktora nije izvodiva, s obzirom na velike razlike koje postoje među državama članicama u tom pogledu, ali da je moguća harmonizacija posebnih pravila o odgovornosti direktora u periodu prijeteće insolventnosti (A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts, 2001, p. 15). U svom završnom izvještaju, Visoka grupa eksperata je predložila novo evropsko pravilo o nesavjesnom poslovanju (*wrongful trading*) (Winter *et. al.*, 2002, p. 68). Nakon toga, Evropska komisija je objavila komunikaciju u kojoj je

* Master prava, asistent na Pravnom fakultetu, Univerzitet u Banjoj Luci, Bosna i Hercegovina,
e-mail: irena.radic@pf.unibl.org

identifikovala ključne ciljeve kojima treba težiti u oblasti harmonizacije kompanijskog prava i korporativnog upravljanja, a usvajanje evropskog pravila o nesavjesnom poslovanju identifikovano je kao srednjoročni cilj (za period 2006–2008. godine) (Commission of the European Communities, 2003, p. 25). Evropska organizacija stručnjaka za stečajno pravo (*INSOL Europe*) je 2010. godine u svojim Bilješkama o harmonizaciji stečajnog prava u Evropskoj uniji, izrađenim za Evropski parlament, došla do gotovo istih zaključaka i preporuka (*INSOL Europe*, 2010, p. 22), ali i dalje nije bilo konkretnih koraka. Tek krajem 2016. godine, okvirno pravilo o dužnostima direktora u periodu prijeteće insolventnosti je postalo sastavni dio Prijedloga Direktive o restrukturiranju i insolventnosti (European Commission, 2016, čl. 18) koja je u junu 2019. godine i usvojena.

Nakon implementacije člana 19 Direktive o restrukturiranju i insolventnosti (Directive (EU) 2019/1023, dalje u tekstu: Direktiva o restrukturiranju i insolventnosti ili Direktiva)¹ u državama članicama Evropske unije, direktori će biti dužni da, u periodu kada postoji vjerovatnoća nastupanja insolventnosti, pored interesa članova, uzmu u obzir i interese povjerilaca i ostalih stejkholdera. Pored toga, direktori će biti dužni preduzeti sve neophodne korake kako bi spriječili insolventnost i izbjegavati radnje kojima se namjerno ili iz krajnje nepažnje ugrožava održivost poslovanja. Iz navedene odredbe su vidljiva dva cilja Direktive: prvi je jačanje interesa povjerilaca i ostalih stejkholdera u periodu prijeteće insolventnosti, a drugi promocija „kulture spasavanja“ (*rescue culture*) i očuvanje održivog poslovanja. Fokus ovog rada je na prvom cilju Direktive.

U prvom dijelu rada ukazaćemo na osnovne teorijske koncepcije o cilju poslovanja privrednog društva (engl. *corporate purpose*), kao i na moderne tendencije u razvoju korporativnog upravljanja, gdje se sve veći akcenat stavlja na društvenu odgovornost kompanija, održivo korporativno upravljanje i, u vezi s tim, na interese ostalih stejkholdera (pored interesa akcionara, odnosno članova). Na početku napominjemo da su teorije o cilju poslovanja privrednog društva usmjerene ka utvrđivanju cilja velikih, pretežno javnih akcionarskih društava, što je posljedica činjenice da je njihovo poslovanje povezano s velikim brojem subjekata čiji su interesi isprepleteni i nerijetko suprotstavljeni interesima privrednog društva, te postoji potreba za usklađivanjem ili utvrđivanjem redoslijeda ovih interesa (Mihajlović, 2018, p. 103). Ipak, to ne znači da raspravu o cilju poslovanja treba shvatiti isključivo kao debatu o cilju poslovanja akcionarskih društava (Mihajlović, 2018, p. 103).

U drugom dijelu rada analiziraćemo položaj povjerilaca i ostalih stejkholdera u periodu kada društvu prijete insolventnost, odnosno specifične rizike kojima su izložene različite kategorije stejkholdera u ovom periodu. Kratko ćemo se osvrnuti na različite mehanizme korporativnog upravljanja koji imaju za cilj da zaštite ove različite i suprotstavljene interese, a potom ćemo analizirati sadržaj dužnosti direktora prema odredbama Direktive o restrukturiranju i insolventnosti. I ovdje valja skrenuti pažnju na to da akcionarska društva nemaju „monopol“ na ponašanje koje šteti interesima povjerilaca, zaposlenih, potrošača, države i lokalne zajednice, iako su mehanizmi korporativnog upravljanja usmjereni na rješavanje ovih problema u akcionarskim društvima. Naprotiv,

¹ Rok za implementaciju Direktive je 17. jul 2021.

ograničena odgovornost u društvima kapitala podstiče moralni hazard, omogućavajući članovima da se od odgovornosti prema povjericima i ostalim stejkholderima kojima društvo svojim poslovanjem nanese štetu sakriju iza „pravnog vela“ društva. Štaviše, sukob interesa između članova i direktora društva, s jedne strane, i povjericila i ostalih stejkholdera, s druge strane, u periodu kada društvu prijete insolventnost, naročito je izražen u malim, zatvorenim društvima, u kojima su članovi društva istovremeno i direktori ili imaju veću mogućnost uticaja na direktore.

Direktiva koristi široku formulaciju da direktori treba da „uzimaju u obzir“ interese povjericila i ostalih stejkholdera, ne određujući bliže šta to zapravo znači. Stoga ćemo pokušati da približimo kako bi direktori trebalo da se ponašaju u odnosu na različite, suprotstavljene interese u periodu prijeteće insolventnosti. Osim toga, ispitaćemo mogućnost i izazove sudske primjene instituta posebnih dužnosti direktora u ovom periodu.

2. Prvenstvo interesa članova ili održivo korporativno upravljanje?

Pitanje u čijem interesu su direktori dužni da rade, zapravo je pitanje o svrsi (cilju) poslovanja privrednog društva. U teoriji kompanijskog prava dominiraju dvije teorije o cilju poslovanja privrednog društva – teorija o isključivom ili prvenstvenom interesu akcionara (članova) i teorija da je svrha kompanije zaštita interesa različitih nosilaca rizika poslovanja unutar društva (stejkholdera).

U anglosaksonskom pravu je duboko usađena ideja da je najvažnija svrha korporacija „maksimalizacija vrijednosti preduzeća – obično posmatrano kroz cijenu akcija – u interesu akcionara“ (engl. *shareholder wealth maximization*) (Choudhury & Petrin, 2019, p. 308). Naime, angloamerička teorija i pravna praksa posmatraju korporaciju kao svojevrsni ugovor vlasnika, bez obzira na to što je riječ o posebnoj vrsti ugovora sa statusnim obilježjima (vodi nastanku korporacije kao pravnog subjekta), kao jedinog vrsti ugovora sa takvim dejstvom (Vasiljević, 2013, p. 125). Stoga se smatra da direktori, kao ugovorni zastupnici akcionara, imaju fiducijarnu dužnost da maksimalizuju bogatstvo akcionara (odnosno uvećaju profit društva koji će se kasnije raspodijeliti akcionarima), osim ako ih akcionari ne ovlaste da ostvaruju interese ostalih stejkholdera (Choudhury & Petrin, 2019, p. 39). Zastupnici ove teorije smatraju da je najbolji interes društva izjednačen sa najboljim interesom akcionara.

U Velikoj Britaniji je usvojen tzv. prosvježeni princip stvaranja vrijednosti za akcionare (engl. *enlightened shareholder value principle*). Naime, čl. 172 *Companies Act 2006* (dalje u tekstu: CA 2006) propisuje da je osnovna dužnost direktora da unapređuje uspjeh kompanije u korist svih njenih članova (akcionara), ali i da pri tome uzima u obzir: vjerovatne dugoročne posljedice poslovanja, interese zaposlenih, odnose s dobavljačima, potrošačima i drugima; uticaj poslovanja kompanije na društvo i životnu sredinu; podizanje reputacije kompanija na visoki standard korporativnog upravljanja, potrebu da se djeluje fer među članovima kompanije. Cilj ovog principa se može shvatiti kao podsticanje uprave da pri donošenju poslovnih odluka uzme u obzir širok spektar faktora koji unapređuju poslovanje društva u korist akcionara i da razmišljaju o dugoročnom uspjehu kompanije, umjesto usmjerenosti ka kratkoročnim finansijskim interesima. Iako su neki autori u njemu

vidjeli zaokret ili „treći put“, pored američkog i evropskog (Williams & Conley, 2005, p. 500), činjenica je da je prosvječeni „shareholder value“ princip i dalje „shareholder value“ princip, ali koji pokušava da inkorporira interese ostalih stejkholdera ukoliko su oni kompatibilni sa interesima akcionara, kako to zaključuju Choudhury & Petrin (2019, p. 48).² Međutim, čl. 172(3) CA 2006 predviđa da su direktori dužni da u određenim okolnostima razmotre i interese povjerilaca kompanije (ukoliko je tako predviđeno posebnim propisom ili proizilazi iz načela vladavine prava). Keay (2015, p. 149) navodi da navedeni član predstavlja zakonsko priznavanje *common law* principa, te da su se sudovi i nakon usvajanja odredbe čl. 172(3) CA 2006 pozivali na slučajeve o kojima je odlučivano prije njenog usvajanja. Navedena odredba ne precizira u kojem momentu dolazi do „zaokreta“ u dužnostima direktora, ali iz *case law*-a proizilazi da će to biti u slučaju kada se kompanija približava insolventnosti, kada je na ivici insolventnosti, kada je njena solventnost upitna, pa čak i kada je kompanija finansijski nestabilna, u finansijskim teškoćama ili je stanje kompanije takvo da su interesi povjerilaca ugroženi (Keay, 2015, p. 153). Dakle, u tim okolnostima, direktori moraju voditi računa o interesima povjerilaca tako što balansiraju njihove interese sa interesima akcionara ili što im daju prvenstvo nad interesima akcionara.

Nasuprot teorijama o prvenstvenom ili isključivom interesu akcionara, u Evropi je opšteprihvaćena stejkholder teorija, odnosno teorija o zastupljenosti različitih nosilaca interesa u privrednom društvu,³ koja polazi od toga da „pored članova, postoje i druge grupe i pojedinci, unutar i izvan privrednog društva, koje su zainteresovane za njegovo poslovanje, a koje, takođe, doprinose tom poslovanju, razvoju društva i njegovom kapitalu“ (Mihajlović, 2018, p. 108). Prema ovoj teoriji, cilj poslovanja privrednog društva je zadovoljenje interesa svih onih koji sopstvenim sredstvima doprinose društvu, pa umjesto „stvaranja vrijednosti za akcionare“ ovdje govorimo o „stvaranju vrijednosti za stejkholdere“. Dakle, cilj društva je stvaranje i raspodjela bogatstva i vrijednosti stvorenih poslovanjem društva svim stejkholderima, bez davanja prednosti ili favorizovanja jedne grupe nauštrb druge (Keay, 2010, p. 256). U tom smislu, direktori imaju dužnost da upravljaju društvom na način koji stvara optimalnu vrijednost za sve one koji imaju uticaj na donošenje odluka u društvu, odnosno na koje ove odluke mogu značajnije uticati (Freeman, 1984, p. 25, navedeno u Keay, 2010, p. 253). Stejkholder teorija kompaniju posmatra kao društvenu pojavu koja kao takva treba da služi zaštiti interesa drugih nosilaca rizika poslovanja unutar društva (zaposleni, potrošači, društvo kao cjelina), odnosno kompanija se shvata kao dio opšteg interesa a ne samo privatnih interesa njenih vlasnika (Veličković, 2019, p. 57). Stoga se smatra da je osnovna dužnost uprave da izvršava svoje dužnosti u interesu društva kao pravnog lica, kao jednog *sui generis* interesa koji u sebi inkorporira i interese

² Taj zaključak potvrđuje i jedan od izvještaja britanske Grupe za reviziju finansijskog prava (*Company Law Review Steering Group*), u kojem se navodi da „direktori treba da postupaju u najboljem kolektivnom interesu akcionara/članova“, ali da novi pristup „ne podrazumijeva usmjerenost ka kratkoročnim finansijskim interesima“ već „zahtijeva inkluzivan pristup koji vrednuje stvaranje dugoročnih odnosa“ (Mihajlović, 2017, p. 154).

³ Freeman, kao začetnik stejkholder teorije, pojam stejkholdera je definisao kao grupu ili pojedinca koji može uticati na ostvarivanje ciljeva društva, odnosno na kojeg može uticati ostvarivanje tih ciljeva (Keay, 2008, p. 674). Vasiljević (2013, p. 127) kao konstitutivne interese (rizike), u širem smislu, navodi: interes akcionara, interes povjerilaca, interes zaposlenih, interes uprave, interes samog društva, interes države i lokalne zajednice te interes potrošača.

članova, uprave, povjericilaca, zaposlenih, potrošača, države i lokalne zajednice. Iako je ovaj koncept dominantan u evropskoj pravnoj misli i praksi, on nije precizno određen, što otvara mogućnost za različite interpretacije i arbitrarnost. Stoga se pojedini autori s pravom pitaju „ko može dokazati da direktori nisu postupali u interesu kompanije kad je njen interes *per se* nejasno zakonom postavljen“ (Vasiljević, 2013, pp. 105–106).

U okviru stejkholder modela o cilju poslovanja privrednog društva, razvio se i koncept društvene odgovornosti kompanije (engl. *corporate social responsibility*). Evropska komisija je 2001. godine objavila prvi sistemski dokument o ovom fenomenu, tzv. Zelenu knjigu (European Commission, 2001) koja je društvenu odgovornost kompanija definisala kao koncept prema kojem kompanije na dobrovoljnoj osnovi integrišu brigu o društvenim i ekološkim pitanjima u svoje poslovne aktivnosti i odnose sa svojim stejkholderima (Vasiljević, 2013, p. 121). Potom, 2010. godine, Evropska komisija usvaja desetogodišnju strategiju – Evropa 2020 – koja definiše pravce mjera i očekivanja za bolji život Evropljanja bez ugrožavanja planete i svoje budućnosti (tzv. održivi razvoj). Da bi postale u potpunosti društveno odgovorne, kompanije treba da u svoje poslovne aktivnosti i strategiju integrišu brigu o socijalnim, ekološkim, etičkim pitanjima i pitanjima ljudskih prava.

U julu 2020. godine, Evropska komisija je objavila Studiju o dužnostima direktora i održivom korporativnom upravljanju (vid. European Commission, 2020) koja ima za cilj da analizira uzroke fokusiranosti kompanija, odnosno njihove uprave na ostvarivanje kratkoročne dobiti za akcionare,⁴ umjesto na dugoročne interese kompanije, te da ponudi rješenja koja bi prebacila fokus na održivo korporativno upravljanje. Kao jedan od ključnih razloga ovakvog pristupa, u Studiji se navodi preusko tumačenje dužnosti direktora i interesa društva. Iako je u državama članicama Evropske unije prihvaćen koncept po kome direktori treba da rade prvenstveno u interesu kompanije kao pravnog lica, a ne u interesu akcionara, interpretacija pojma „interes kompanije“ je bila pod jakim uticajem teorije o prioritetnom interesu akcionara, te se interes kompanije tumači kao kratkoročno stvaranje vrijednosti za akcionare. Pored toga, kao još jedan od uzroka fokusiranosti na kratkoročne interese akcionara, Studija prepoznaje problem sudske primjene dužnosti direktora da rade u (dugoročnom) interesu kompanije. Prvi problem je nizak nivo sudske primjene dužnosti direktora, a drugi što se ostalim stejkholderima (izuzev akcionara) ne priznaje ovlaštenje da pokreću postupke za račun društva (zbog povrede dužnosti prema društvu) (European Commission, 2020, p. 38). U Studiji se ističe da su time najviše pogođeni zaposleni i društvo (u sociološkom smislu), koji nemaju dostupne mehanizme da zaštite interes kompanije, čak i kada imaju legitiman interes za očuvanje održivog poslovanja.

Kao glavnu prepreku održivom poslovanju, autorka Sjøfjell (2020, p. 3) je identifikovala *društvenu normu* prvenstvenog interesa akcionara, koja je prisutna u najvećem broju država uprkos tome što u zakonodavstvu nikada nije propisano da direktori treba da se fokusiraju isključivo na uvećavanje bogatstva akcionara, makar to bilo na štetu društva (javnog interesa). Iako princip prioriteta akcionara nije obavezujuća pravna norma, on u

⁴ Podaci prikupljeni za period od 1992. do 2018. godine pokazuju sve veću fokusiranost akcionarskih društava čije su akcije listirane na berzi na kratkoročne interese akcionara, umjesto na dugoročne interese kompanija. U ovom periodu su isplate dividende akcionarima povećane četiri puta, dok ulaganja u osnovna sredstva (CAPEX) i istraživanje i razvoj (R&D) kontinuirano opadaju od početka XXI vijeka (European Commission, 2020, p. iv).

velikoj mjeri utiče na prakse korporativnog upravljanja, a podstiče ga mit o akcionarima kao vlasnicima kompanije, iako oni to prema pravilima kompanijskog prava očigledno nisu (Sjåfjell, 2020, p. 3). Autorka se zalaže za zamjenu koncepta „prioritetnog interesa akcionara“ konceptom „korporativne održivosti“, odnosno konceptom da je svrha kompanija „održivo stvaranje vrijednosti u planetarnim granicama“, pri čemu je održivo stvaranje vrijednosti ono koje stvara novu vrijednost za preduzeće (*undertaking*), ali istovremeno poštuje prava njegovih članova, investitora, zaposlenih i drugih ugovornih strana, promoviše dobro upravljanje, pravo na pristojan rad i jednakost, ljudska prava njegovih radnika kao i pogođenih zajednica i ljudi. Na kraju, Sjåfjell (2020, p. 8) se zalaže i za davanje ovlašćenja javnopravnim tijelima da pokreću postupke protiv direktora ukoliko svoje dužnosti ne budu vršili na način koji obezbjeđuje „održivo stvaranje vrijednosti u granicama planete“.

Iako je Studija o održivom korporativnom upravljanju za kratko vrijeme od objavljivanja pretrpjela brojne kritike, čini se da je održivo korporativno upravljanje tema na kojoj će Evropska komisija insistirati u narednom periodu, a veliki broj pravnih teoretičara, uprkos određenim zamjerkama, ne osporava činjenicu da je održivost cilj kome treba težiti i pravac u kome dalje treba razvijati kompanijsko pravo i mehanizme korporativnog upravljanja. Na kraju krajeva, ako je alternativa održivom poslovanju neodrživo poslovanje, onda je jasno koje ima prednost.

„Velika debata“ o cilju poslovanja privrednih društava počela je tridesetih godina prošlog vijeka i činilo se da je od sedamdesetih godina prošlog vijeka prevagu odnijela teorija prioriteta interesa akcionara. To je dovelo do teze o „kraju istorije kompanijskog prava“, kada 2001. godine Hansmann & Kraakman (2001, p. 89) objavljuju da je rasprava o cilju poslovanja privrednog društva završena u korist teorije prioriteta akcionara (članova). Ipak, čini se da se još uvijek ne može govoriti o „kraju istorije kompanijskog prava“ jer je rasprava o svrsi kompanije i dalje aktuelna. Stoga traganje za odgovorom na pitanje u čijem su interesu direktori dužni da rade nije završeno i nastaviće još dugo da zaokuplja pažnju pravne teorije. Direktiva o restrukturiranju i insolventnosti, kroz jednu fleksibilnu odredbu, zahtijeva od država članica da obezbijede da, bar u periodu prijeteće insolventnosti, direktori rade u interesu povjerilaca, članova i ostalih stejkholdera. Ostaju otvorena pitanja ko su ostali stejkholderi čije interese direktori treba da uzmu u obzir, na koji način direktori treba da se ponašaju u odnosu na mnogobrojne, često suprotstavljene interese različitih stejkholdera, te na koji način ostali stejkholderi, izuzev članova društva, mogu zaštititi svoje interese ukoliko direktori ne budu radili u njihovom interesu. Pokušaćemo da odgovorimo na navedena pitanja.

3. Interes povjerilaca u „zoni insolventnosti“

Dužnosti direktora društva koje je solventno usmjerene su primarno na zaštitu interesa članova, odnosno na zaštitu interesa društva u koji je inkorporiran (kao najvažniji) interes članova. Dok društvo ispunjava svoje obaveze prema povjeriocima, oni su samo druga strana u obligacionom odnosu, te se njihovi interesi štite institutima obligacionog prava i, u manjoj mjeri, institutima kompanijskog prava. Međutim, kada društvo postane nesposobno da ispunjava svoje obaveze, položaj povjerilaca se mijenja i oni faktički postaju

„vlasnici sredstava društva“ (Enriques, 2017, pp. 115–116). Stoga se kroz stečajni postupak prvenstveno štite njihovi interesi, dok interesi članova dolaze na posljednje mjesto – oni imaju pravo na stečajni višak koji eventualno preostane po namirenju povjerilaca. Dakle, kada je društvo insolventno, fokus je na maksimalizaciji vrijednosti za povjerioce, međutim, kada se društvo nalazi u zoni „između solventnosti i insolventnosti“, pitanje je kakav položaj treba da imaju interesi povjerilaca u odnosu na ostale nosioce interesa u društvu, uključujući i članove. U ovom „prelaznom periodu“ postoji povećan rizik da će direktori donositi odluke vođeni sopstvenim interesom ili interesom članova društva, a na štetu povjerilaca. U ovom periodu dolazi do višestrukog sukoba interesa između članova društva i direktora, s jedne strane, i povjerilaca, s druge strane, te je povjeriocima neophodno obezbijediti posebnu zaštitu.

Prvi sukob interesa tiče se različite *spremnosti na preduzimanje rizika (odnosno pristajanja na rizik)*. Naime, kada društvu prijete insolventnost, interes članova je da preduzmu sve da se spasi poslovanje, jer „u najvećem broju slučajeva, nakon sprovođenja postupka bankrotstva ne preostaje sredstava za podjelu vlasnicima, tj. ne dolazi do realizacije njihovog prava na stečajni višak“ (Radović, 2018, p. 41). Kako članove društva štiti „pravni veo“, oni više nemaju šta da izgube, pa će biti skloni da podstiču direktore da preduzimaju rizične poslovne poduhvate koji u slučaju uspjeha mogu donijeti veliku dobit i izvuku društvo iz krize, ali ukoliko ne uspiju, uvećavaju dugove i produbljuju krizu u kojoj se društvo našlo, značajno umanjujući mogućnost povjerilaca za namirenje. Osim toga, direktori, takođe, imaju interes da preduzmu sve kako bi spriječili bankrot, jer im on „oduzima sve koristi koje direktorska funkcija nosi sa sobom“ (Radović, 2018, p. 41), narušava njihovu reputaciju i otvara mogućnost odgovornosti direktora zbog kršenja neke od zakonom propisanih dužnosti. Iz navedenih razloga se smatra da direktori društva kojem prijete insolventnost imaju brojne podsticaje da se „kockaju“ sa sudbinom društva po principu „sve ili ništa“, upuštajući se u rizične poslovne poduhvate, koji bi mogli značajno da ugroze interes povjerilaca za njihovo što potpunije namirenje.

Iz istih razloga, povjerioci i članovi imaju suprotstavljene interese u pogledu odluke da li će društvo nastaviti poslovanje ili će podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka. Članovi i direktori imaju snažan podsticaj da nastave poslovanje sve dok postoji i najmanja nada da će društvo da prevaziđe finansijske probleme u kojima se našlo, a povjerioci imaju interes da se stečajni postupak što prije otvori kako bi se sačuvala imovina dužnika za raspodjelu između njih (Wood, 2007, p. 142).

Ulazak društva u zonu insolventnosti stvara podsticaj članovima i direktorima da izvlače imovinu društva u sopstvenu korist ili korist povezanih lica (članovi mogu zahtijevati isplatu dividende ili druga plaćanja, mogu pokušati da steknu ili da u korist povezanih lica raspolažu imovinom društva po privilegovanim uslovima, direktori mogu zahtijevati isplatu bonusa i drugih naknada i sl.) umanjujući na taj način imovinu koja će služiti za namirenje povjerilaca. Na kraju, suprotstavljenost interesa može da postoji i u pogledu investiranja, jer članovi (i direktori pod njihovim uticajem) imaju podsticaj da investiraju u kratkoročne projekte, naročito ako bi oni mogli da donesu „brzu“ dobit za akcionare, umjesto u projekte s dugoročnim benefitima, koji bi bili poželjni sa stanovišta ostalih stejkholdera (Wood, 2007, p. 142).

Uporednopravno posmatrano, koriste se različiti mehanizmi kako bi se spriječili ili ublažili opisani sukobi interesa u „zoni insolventnosti“. Neki od njih su usmjereni na direktore, drugi na članove (naročito kontrolne), a neki na treća lica. Mehanizmi usmjereni na direktore su, prije svega, propisivanje odgovornosti direktora za nesavjesno poslovanje (engl. *wrongful trading*), odnosno za nastavak poslovanja nakon određenog trenutka (koji je različito određen ali se vezuje za rizik od nastupanja insolventnosti);⁵ obaveza podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka u zakonom određenom roku nakon nastupanja stečajnog razloga (Goosens, 2017, p. 3); te promjena sadržine dužnosti direktora, odnosno proširenje objekta posebnih dužnosti na povjerioce. Pored imovinske odgovornosti za štetu koju prouzrokuju kršenjem propisanih dužnosti, u nekim pravnim sistemima (npr. engleskom) kao sankcija se propisuje diskvalifikacija, a u određenim slučajevima i krivična odgovornost.

Zaštita interesa povjerilaca u najvećem broju država članica Evropske unije⁶ postiže se propisivanjem obaveze lica ovlašćenih za zastupanje stečajnog dužnika da, kada se ispune materijalnopravni uslovi za otvaranje stečajnog postupka, predlože njegovo pokretanje (Radović, 2018, p. 407). U slučaju neizvršenja (ili neblagovremenog izvršenja) ove dužnosti, u uporednom pravu su prisutne raznovrsne sankcije, ali najčešća je propisivanje imovinskopravne sankcije – odgovornosti za naknadu štete (Radović, 2018, p. 410) koja je prouzrokovana povjeriocima propuštanjem blagovremenog podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka. Kada je u pitanju obim odgovornosti, u Španiji je odgovornost najšira, jer će direktori (uključujući i *de facto* direktore) biti odgovorni za sve obaveze društva ukoliko povrijede ovu dužnost, dok u Švedskoj odgovornost postoji samo u odnosu na potraživanja iz poslova preduzetih nakon nastupanja dužnosti (Kalss, Adensamer & Oelkers, 2011, p. 140). U Njemačkoj i Austriji se pravi razlika između potraživanja koja su nastala iz pravnih poslova preduzetih prije nastupanja insolventnosti (njem. *Altgläubiger*) ili nakon toga (njem. *Neugläubiger*): u prvom slučaju, naknada štete je ograničena na iznos koji bi povjerilac mogao dobiti da je stečaj pokrenut bez odlaganja, dok u drugom slučaju, povjerioci čija potraživanja proizilaze iz transakcija preduzetih u momentu kada je društvo već bilo insolventno mogu da nadoknade svu štetu (jer su poslovali sa insolventnim društvom) (Kalss, Adensamer & Oelkers, 2011, p. 116).⁷

⁵ U Ujedinjenom Kraljevstvu se govori o protivpravnom poslovanju (*wrongful trading*), u Australiji o poslovanju za vrijeme insolventnosti (*insolvent trading*), u Irskoj i Novom Zelandu o „bezobzirnom poslovanju“ (*reckless trading*). Pored toga, donekle je slična doktrina *deepening insolvency* koju nalazimo u nekim federalnim državama SAD.

⁶ Navedeni institut postoji u većini država članica Evropske unije: Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Hrvatskoj, Češkoj, Estoniji, Finskoj, Francuskoj, Njemačkoj, Grčkoj, Mađarskoj, Italiji, Letoniji, Litvaniji, Luksemburgu, Malti, Poljskoj, Portugaliji, Slovačkoj, Sloveniji, Španiji, Švedskoj, Danskoj (Gerner Beuerle & Schuster, 2014, p. 224).

⁷ U slučaju povrede ove obaveze, u Austriji direktori mogu biti odgovorni prema samom društvu (jer se smatra da povreda dužnosti podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka automatski povlači i povredu opšte dužnosti direktora propisane čl. 25 GmbHG (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) i čl. 84 Akt (*Aktiengesetz*), ali i prema povjeriocima. U tom smislu, čl. 69 (5) IO (*Insolvenzordnung*) Austrije propisuje da povjerioci ne mogu da tuže direktore za naknadu štete zbog pogoršanja njihovog položaja (odnosno razliku između onoga što je povjerilac dobio i onoga što je mogao da dobije da je stečaj pokrenut na vrijeme) zbog neblagovremenog otvaranja stečajnog postupka prije okončanja stečajnog postupka, ali ovo ograničenje se ne odnosi na nove povjerioce, koji mogu direktno da tuže direktore za svu štetu (Wabl, 2019, p. 58).

Smatra se da se zaštita povjerilaca putem ovog instituta postiže time što se blagovremenim otvaranjem stečajnog postupka sprečava dalje rasipanje imovine, onemogućava naplata potraživanja individualnih povjerilaca i time stvaraju uslovi za veće procentualno namirenje svih povjerilaca (Radović, 2018, p. 410). Ipak, ovdje je riječ o obavezi koja postoji tek nakon što je insolventnost faktički već nastupila (ali još uvijek nije otvoren stečaj), što dalje implicira da ne obezbjeđuje adekvatnu zaštitu povjerilaca i ostalih stejkholdera u periodu kada postoji prijeteca insolventnost. Osim toga, često se ističe da obaveza uprave društva da podnese prijedlog za otvaranje stečajnog postupka kada društvo postane insolventno obeshrabruje direktore da preduzimaju neformalne, vansudske postupke restrukturiranja koji bi mogli biti efikasan način za očuvanje poslovanja društva u finansijskim problemima. Kako ističe Goosens (2017, p. 4), obaveza podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka je vezana za fiksni rok, pa čak i ako bi direktor pokrenuo vansudski postupak restrukturiranja koji bi imao dobre izgleda da izvuče društvo iz krize, direktor bi ipak bio dužan da podnese prijedlog prije nego što rok istekne. Striktna formulacija ove obaveze ne ostavlja nikakvu alternativu ukoliko se društvo ne vrati u stanje solventnosti u propisanom roku, pa se u literaturi kritikuje da gura u stečaj društva čije se poslovanje može spasiti (Hirte, 2006, p. 609; Schall, 2009, p. 329, navedeno u Shillig, 2010, p. 148). Ipak, trebalo bi imati na umu da otvaranje stečajnog postupka ne znači nužno „smrt“ privrednog društva, jer se može sprovesti postupak reorganizacije, a blagovremeno pokretanje stečajnog postupka povećava šansu da reorganizacija bude uspješna.

Institut nesavjesnog poslovanja, kao vrsta odgovornosti određenih lica za nesavjesno postupanje u periodu kada društvu prijete stečaj, nije tipičan za evropsko kontinentalno pravo,⁸ iako su postojali prijedlozi da se ovaj institut usvoji na komunitarnom nivou (Winter *et al.*, 2002, p. 68). Ovaj institut zahtijeva od direktora da prestanu s poslovanjem ukoliko su interesi povjerilaca ugroženi, ali im ostavlja mogućnost da nastave poslovanje sve dok postoji realna šansa za prevazilaženje krize u kojoj se društvo našlo.⁹ Dakle, direktori insolventne kompanije koja ima realne šanse da izađe iz krize mogu da nastave poslovanje dok, nasuprot tome, direktori kompanije koja još uvijek nije insolventna mogu biti obavezni da prekinu poslovanje ukoliko je nastupanje stečaja vrlo izvjesno (Gerner Beuerle, Paech & Schuster, 2013, p. 211). Otuda se smatra da u državama koje poznaju ovaj institut dužnosti direktora prema povjeriocima nastupaju i prije nego što je kompanija postala insolventna.

Međutim, iako teoretski odgovornost za protivpravno poslovanje može biti „aktivirana“ i prije formalne insolventnosti, u praksi se odgovornost za protivpravno poslovanje vezuje samo za insolventna društva (Gerner Beuerle, Paech & Schuster, 2013, p. 211).

⁸ Navedeni institut postoji u pravu Ujedinjenog Kraljevstva, Kipra, Danske, Irske, Holandije, Rumunije (Gerner Beuerle & Schuster, 2014, p. 224), a sličan institut postoji u pravu Australije (*insolvent trading*) i Novog Zelanda (*reckless trading*).

⁹ Primjera radi, čl. 214 engleskog Insolvencijskog zakona (*Insolvency Act, 1986*) predviđa da ukoliko je u određenom trenutku prije pokretanja stečajnog postupka (engl. *insolvent liquidation*), lice koje je bilo direktor ili direktor u sjenci znalo ili moglo da zna da nije postojala razumna mogućnost da će društvo izbjeći stečaj, ali je nastavilo poslovanje, sud može obavezati takvo lice da nadoknadi iznos koji sud ocijeni kao primjeren. Direktor se može odbraniti ukoliko dokaže da je, nakon što je shvatio da društvo ne može izbjeći stečaj, preduzeo sve neophodne korake kako bi smanjio potencijalni gubitak povjeriocima kompanije.

Implementacijom odredaba Direktive o restrukturiranju i insolventnosti, u državama članicama Evropske unije, direktori će biti dužni da u periodu prijeteće insolventnosti pored interesa akcionara uzimaju u obzir i interese povjerilaca. U određenom broju država ovakva dužnost direktora već postoji,¹⁰ tako da su direktori u periodu prijeteće insolventnosti dužni ili da rade direktno u interesu povjerilaca ili bar da uzmu u obzir njihove interese (Gerner Beuerle & Schuster, 2014, p. 224). Nasuprot tome, u domaćem pravu, kao i u najvećem broju država evropske kontinentalne pravne tradicije, ne dolazi do proširenja¹¹ objekta posebnih dužnosti u periodu prijeteće insolventnosti na povjerioce. Interes društva ostaje jedini interes za koji direktori treba da rade, dok se interesi ostalih stejkholdera štite (bar teoretski) posredno – kroz zaštitu i ostvarenje interesa društva. Studija o održivom korporativnom upravljanju pokazala je da se ovaj interes tumači usko, odnosno da se izjednačava s (kratkoročnim) interesima akcionara, dok se ostali interesi zanemaruju.

Nakon implementacije pomenute direktive, direktori će morati, bar u periodu prijeteće insolventnosti, uzimati u obzir i interese povjerilaca (i ostalih stejkholdera). Direktiva ostavlja slobodu državama članicama da bliže odrede sadržaj ove dužnosti. S tim u vezi, otvoreno je pitanje šta znači „uzimanje u obzir“ interesa povjerilaca. Da li direktori treba da daju prednost nekim interesima ili da balansiraju između ovih interesa, tretirajući ih kao jednake? Prema progresivnom pristupku koji je formulisao Keay (2015, p. 159), interesi povjerilaca (i ostalih stejkholdera) postaju prioritetniji što su ugroženiji, odnosno što je društvo bliže stečaju. Dakle, na putu od solventnosti do insolventnosti trebalo bi postepeno sve više voditi računa o interesima povjerilaca što je insolventnost izvjesnija. Međutim, Schillig (2010, p. 121) ističe da je „sistem korporativnog upravljanja loše opremljen da obezbijedi balansiranje raznovrsnim i suprotstavljenim interesima. Čak i kada se predvidi obaveza direktora da uzimaju u obzir interese povjerilaca, preostali dio sistema korporativnog upravljanja zadržava fokus na akcionarima: oni zadržavaju pravo glasa na generalnoj skupštini, pravo izbora direktora i sprovođenja 'nadzora' nad društvom. Osim toga, sistem korporativnog upravljanja ne obezbjeđuje ni materijalna pravila ni proceduralne mehanizme neophodne kako bi se iznijeli raznovrsni i često suprotstavljeni interesi između različitih kategorija povjerilaca društva.“

Dodatni problem je što ni interes povjerilaca nije homogen, jer su interesi različitih kategorija povjerilaca često suprotstavljeni. Primjera radi, među povjeriocima postoje oni s kratkoročnim i oni s dugoročnim potraživanjima, obezbijedjeni i neobezbijedjeni, povjerioci koji se u poslovanju oslanjaju na veliki broj klijenata (dužnika) i oni čije poslovanje zavisi od jednog ili dva ključna klijenta, zbog čega su više izloženi riziku njihove propasti, povjerioci čija su potraživanja u stečaju privilegovana i oni čija su potraživanja u

¹⁰ Npr. Kipar, Danska, Estonija, Mađarska, Irska, Letonija, Malta, Ujedinjeno Kraljevstvo (Gerner Beuerle & Schuster, 2014, p. 224).

¹¹ U literaturi se često govori o zaokretu u dužnostima direktora (engl. *shifting directors' duties*) prema povjeriocima, što bi moglo da implicira da direktori prestaju da štite interese društva i njegovih članova i fokusiraju se isključivo na zaštitu interesa povjerilaca, dok se zapravo radi o tome da su direktori dužni da uzmu u obzir i interese povjerilaca, pored interesa društva i njegovih članova, što znači da se radi o proširenju dužnosti, a ne o zaokretu.

opštem isplatnom redu i sl. Navedeno dodatno otežava efikasnost zaštite povjerilaca kroz propisivanje dužnosti direktora da uzmu u obzir njihove interese.

3.1. Izazovi ostvarivanja zaštite interesa povjerilaca

Dužnost direktora da uzmu u obzir interese povjerilaca otvara pitanje da li je takva dužnost direktna ili indirektna, odnosno mogu li povjerioci podnijeti tužbu protiv direktora zbog povrede ove dužnosti. Kako ističe Jevremović Petrović (2011, p. 229), nije suštinsko u položaju povjerilaca da li (bez obzira kada i u kojoj mjeri) postoji dužnost postupanja u njihovom interesu, već na koji način oni mogu da realizuju takvu obavezu. Autorka s pravom ukazuje da je obaveza postupanja u interesu povjerilaca kroz opšti interes društva slab, ako je to uopšte, način njihove zaštite, ako toj obavezi ne odgovara odgovarajuća sankcija (Jevremović Petrović, 2011, p. 229).

Većinsko je mišljenje da dužnost prema povjeriocima (i ostalim stejkholderima) nije direktna dužnost, nego prije jedna ekstenzija dužnosti direktora prema društvu (Davies, 2006, p. 328). Dakle, dužnost prema povjeriocima (i ostalim stejkholderima) je posredna – ostvaruje se kroz interes društva. Stoga aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe zbog povrede ove dužnosti može imati samo društvo, a trećim licima se može priznati pravo na derivativnu tužbu, za račun društva (Davies, 2006, p. 328). Uporednopravno posmatrano, pravo na podizanje derivativne tužbe za račun društva (*actio pro socio*) priznaje se (manjinskim) članovima, koji na taj način ostvaruju prava i interese društva, pa naknada štete ostvarena po ovoj tužbi pripada društvu, a ne članovima koji su podigli tužbu.

Derivativne tužbe predstavljaju značajno pravno sredstvo kojim se članovima omogućava da utiču na korporativno upravljanje, odnosno na rad upravnih i nadzornih organa društva. Ipak, u praksi je ovaj institut prilično nerazvijen, što je posljedica određenih sistemskih nedostataka u njegovoj regulativi. Suštinski problem je što članovi društva nemaju neposredan interes za podizanje tužbe, jer uspjeh u sporu znači neposrednu korist za društvo, a tek posrednu za tužioca (i druge članove koji nisu bili tužioci) kroz pozitivan uticaj na cijenu akcija. Drugi ograničavajući faktor predstavlja obaveza snošenja troškova od strane tužioca u slučaju (potpunog ili djelimičnog) neuspjeha u sporu, kao i obaveza predujma troškova tokom postupka.

Kada društvu prijete insolventnost, izražen je sukob interesa povjerilaca, s jedne strane, i članova i uprave društva, s druge strane, naročito u zatvorenim društvima gdje vlasnici istovremeno upravljaju društvom ili imaju veliki uticaj na upravljanje društvom. Naime, specifičnost malih privrednih društava, u kojima postoji velika koncentracija vlasništva, jeste da su interesi članova i direktora usklađeni, što otvara problem djelovanja uprave na štetu povjerilaca, naročito u periodu prijeteće insolventnosti. S obzirom na to, odluku o podizanju tužbe protiv direktora zbog povrede posebnih dužnosti mogao bi donijeti tek stečajni upravnik, nakon otvaranja stečajnog postupka nad društvom. Ipak, sudska primjena instituta posebnih dužnosti prema društvu nakon otvaranja stečajnog postupka je prilično zadocnjela i neefikasna. Pored toga, pitanje je da li će stečajni upravnici imati adekvatne podsticaje da pokreću ovakve postupke (s neizvjesnim ishodom), naročito u situaciji kada stečajni dužnik nema imovinu iz koje bi se mogli

namiriti troškovi ovakvih postupaka. U nedostatku mehanizama koji bi riješili ovaj problem (npr. ovlaštenje za pokretanje istrage o potencijalnoj odgovornosti direktora za postupanje na štetu interesa povjerilaca i uspostavljanje posebnog fonda za finansiranje vođenja ovakvih postupaka u situaciji kada je imovina stečajnog dužnika nedovoljna i sl.), rješenje bi bilo da se povjeriocima omogući podizanje derivativne tužbe protiv direktora u slučaju povrede dužnosti prema društvu da u periodu prijeteće insolventnosti uzmu u obzir i njihove interese.

Zanimljivo je rješenje usvojeno u njemačkom, hrvatskom i slovenačkom pravu, gdje povjerioci imaju pravo na podnošenje direktne tužbe protiv članova uprave, a na osnovu činjenice da je prouzrokovana šteta društvu. Dakle, u ovom slučaju nije riječ o neposrednoj odgovornosti članova uprave za štetu koja je prouzrokovana povjeriocima društva, niti o derivativnoj tužbi, već o zahtjevu povjerilaca koji se zasniva na šteti koja je prouzrokovana društvu i koji je samim tim u potpunosti akcesoran zahtjevu društva (Barbić, 2007, p. 512, navedeno u Veličković, 2019, pp. 203–204). U slučaju da povjerilac uspije sa zahtjevom protiv člana uprave, dolazi do prestanka potraživanja povjerioca prema društvu, ali i potraživanja društva na ime naknade štete prema članu uprave (Veličković, 2019, p. 204).

Lepetić (2015, p. 187) ukazuje da bi se zaštita interesa društva mogla dodatno osigurati upravo davanjem povjeriocima prava na derivativnu tužbu, imajući u vidu da se pravo akcionara na podnošenje derivativne tužbe nije „primilo“ u Srbiji. Veličković (2019, p. 209), takođe, smatra da uvođenje derivativne tužbe povjerilaca u domaće pravo ne bi bilo suprotno duhu Zakona o privrednim društvima jer on već propisuje brojne mehanizme zaštite interesa povjerilaca, ali da bi to pravo povjeriocima trebalo dopustiti samo ako dokažu vjerovatnost potraživanja i okolnosti koje ukazuju da je namirenje tog potraživanja otežano. Pored toga, autorka smatra da bi bilo neophodno obezbijediti da se uspjeh u sporu neposredno odrazi na poziciju povjerioca, odnosno njegovo namirenje, što je moguće postići samo ako se uspostavi direktno pravo povjerilaca na namirenje od iznosa dobijenog u postupku po derivativnoj tužbi (uspostavljanjem obaveze tuženog na direktno plaćanje prema povjeriocu ili uspostavljanjem prava prioritarnog namirenja povjerioca koji je podnio tužbu) (Veličković, 2019, p. 212). Ipak, ovdje se nužno postavlja pitanje opravdanosti rješenja prema kojem iznos dosuđen društvu kojem je prouzrokovana šteta služi namirenju samo jednog povjerioca (Veličković, 2019, p. 212). Osim toga, da bi derivativna tužba povjerilaca doprinijela efikasnijoj primjeni pravila o dužnostima direktora u periodu prijeteće insolventnosti, mora se ublažiti problem informacione asimetrije, odnosno morali bi se obezbijediti dodatni mehanizmi u kompanijskom pravu, poput prava na informisanje i dostavljanje dokumenata povjeriocima i sl., ali je otvoreno pitanje kako opravdati takva prava povjerilaca. Dakle, da bi derivativna tužba povjerilaca doprinijela efikasnijoj primjeni pravila o posebnim dužnostima direktora u periodu prijeteće insolventnosti, nije dovoljno samo priznati povjeriocima pravo na podnošenje ove tužbe, nego je potrebno otkloniti sistemske nedostatke derivativne tužbe koji postoje i kada je podnose članovi privrednog društva, kao i dodatne nedostatke koji su vezani za položaj povjerilaca (poput informacione asimetrije).

4. Interes ostalih stejkholdera u „zoni insolventnosti“

Pored interesa povjerilaca, Direktiva o restrukturiranju i insolventnosti predviđa da će direktori u periodu prijeteće insolventnosti biti dužni da uzmu u obzir i interese *ostalnih stejkholdera*, ali ne određuje ko su ostali stejkholderi.¹² U teoriji se mogu naći različiti pristupi u određivanju ovog pojma. Širi pristup, koji je zagovarao Freeman, kao stejkholdere smatra bilo koju grupu ili pojedinca na koga utiče ili koji može uticati na ostvarivanje ciljeva društva (Marshall & Ramsay, 2012, p. 294). Mitchell, Agle & Wood (1997, pp. 853–854) smatraju da pojam i položaj stejkholdera nije fiksni, te su predložili model „istaknutosti“ (engl. *saliency model*) koji se zasniva na pretpostavci da „istaknutost“ interesa određenog stejkholdera zavisi od percepcije uprave o *moći, legitimitetu i urgentnosti* zaštite takvog interesa.¹³ Interesi koji se najviše „ističu“ su oni kojima u datom trenutku treba dati prioritet.

Ukoliko uzmemo u obzir navedene kriterijume, u periodu prijeteće insolventnosti, pored interesa članova društva, direktora i povjerilaca svakako su interesi zaposlenih oni koje treba uzeti u obzir. Kada društvu prijete insolventnost, njihovi interesi su posebno ugroženi, što je posljedica njihovog slabijeg (podređenog) položaja u odnosu na poslodavca i nemogućnosti diverzifikacije rizika. Najveći rizik za zaposlene u ovom periodu je gubitak zaposlenja, koje za njih znači i gubitak osnovnog (a nerijetko i jedinog) izvora prihoda. Drugi rizik je da će poslodavac kojem prijete stečaj pokušati neophodne uštede napraviti nauštrb radnika, umanjujući njihova prava iz radnog odnosa. Treći rizik je da im plata i druga potraživanja iz radnog odnosa za određen period neće biti isplaćeni.

Uporednopravno posmatrano, koriste se različiti pravni mehanizmi za zaštitu interesa zaposlenih: participacija zaposlenih u svojini „nad društvom“ – radničko akcionarstvo; participacija zaposlenih u odlučivanju, koja se sastoji u uključivanju zaposlenih u proces odlučivanja posredstvom predstavnika zaposlenih u savjetu zaposlenih,¹⁴ učešće predstavnika zaposlenih u upravnom ili nadzornom odboru¹⁵ ili

¹² U prijedlogu Direktive o restrukturiranju i insolventnosti postojala je definicija stejkholdera kojom su bili obuhvaćeni „pojedinci, grupe, organizacije ili lokalne zajednice koje su pogođene ili na drugi način imaju interes u poslovanju i uspjehu kompanije“. Ipak, ova definicija se ne nalazi u konačnom tekstu Direktive.

¹³ Moć se shvata kao mogućnost da jedno lice nametne svoju volju drugom licu/licima u određenom odnosu; legitimitet se odnosi na društvenu poželjnost interesa, odnosno kako društvo percipira taj interes; hitnost zavisi od toga da li je vrijeme ključni faktor u zaštiti određenog interesa i da li je neophodna snažna akcija u cilju zaštite tog interesa (Mitchell, Agle & Wood, 1997, pp. 853–854).

¹⁴ U Njemačkoj savjeti radnika direktno učestvuju u odlučivanju o svim pitanjima koja se tiču prava zaposlenih, dok se u ostalim državama predviđa samo obavezno informisanje i konsultovanje savjeta radnika, ali njihovo mišljenje o određenom pitanju nema obavezujući karakter. Vid. više, Enriques *et al.*, 2017, pp. 90–91.

¹⁵ Države članice Evropske unije koje nisu usvojile značajniju formu predstavljanja zaposlenih u odborima su Belgija, Bugarska, Kipar, Estonija, Italija, Letonija, Litvanija, Malta i Rumunija. Nasuprot tome, veliki broj država zahtijeva da predstavnici zaposlenih čine najmanje 1/3 odbora, poput Austrije, Danske, Luksemburga, Mađarske itd. Najrazvijeniju regulativu zaštite interesa zaposlenih kroz mehanizme korporativnog upravljanja razvila je Njemačka. Predstavnici zaposlenih imaju pravo na jednu trećinu članova nadzornog odbora, a u kompanijama sa preko 2000 zaposlenih, predstavnici zaposlenih čine polovinu članova nadzornih odbora. Vid. više, Enriques *et al.*, 2017, pp. 90–91.

pravo predlaganja, odnosno izbora člana/članova uprave (kadrovskog direktora/direktora za rad); te konačno, ograničenja u upravljanju društvom, kroz koja se nameće direktorima obaveza da uzimaju u obzir interese ostalih stejkholdera koji redovno uključuju interes zaposlenih. Navedene strategije štite interes zaposlenih kako u društvima koja su solventna, tako i u društvima kojima prijete insolventnost. Ipak, otvoreno je pitanje koliko je mehanizam predviđen Direktivom efikasan da zaštiti interese zaposlenih u periodu prijeteće insolventnosti ukoliko zaposleni nemaju način da „prinude“ direktore da uzmu u obzir njihove interese. Naime, zaposleni (kao ni ostali stejkholderi) nisu aktivno legitimisani za podnošenje tužbe protiv direktora za povredu posebnih dužnosti prema društvu, te ovom institutu „nedostaju zubi“, kako to slikovito opisuju Enriques *et al.* (2017, p. 92).

Na kraju, direktori će morati da uzmu u obzir i interes države i lokalne zajednice koji podrazumijeva održanje i povećanje zaposlenosti, ekonomski rast i razvoj i jačanje konkurentnosti. Istovremeno, interes države i lokalne zajednice je očuvanje trgovačkog morala, odnosno uredno izvršavanje preuzetih obaveza. Neuredno izmirivanje obaveza prema dobavljačima i ostalim povjeriocima moglo bi da dovede niz drugih poslovnih subjekata u finansijske probleme. Neuredno izmirivanje poreskih obaveza ne samo da smanjuje poreske prihode nego podstiče nedisciplinu ostalih poreskih obveznika. Dakle, interes države i lokalne zajednice je ekonomski zdrav privredni subjekat koji uredno izmiruje obaveze prema državi i lokalnoj zajednici, zaposlenima i ostalim povjeriocima, koji zadovoljava potrebe potrošača i korisnika usluga iz djelatnosti društva i vodi računa o zaštiti ljudskih prava i zaštiti životne sredine. Društvo koje je u krizi će biti naročito sklono društveno nepoželjnom ponašanju, praveći neophodne uštede na štetu zaposlenih, životne sredine, ljudskih prava, narušavanjem slobodne tržišne utakmice, izbjegavanjem plaćanja poreza i sl., otuda je nesumnjivo da ovim interesima treba obezbijediti adekvatnu pravnu zaštitu, ali je otvoreno pitanje na koji način i kroz koju granu prava tu zaštitu obezbijediti.

4.1. Izazovi ostvarivanja zaštite interesa ostalih stejkholdera

Kao što smo već ukazali, zaposleni i ostali stejkholderi nisu aktivno legitimisani za podnošenje tužbe protiv direktora u slučaju povrede dužnosti prema društvu. Enriques *et al.* (2017, pp. 107–108) smatraju da je, s obzirom na to da oni nemaju proceduralne mehanizme da prinude direktore da uzmu u obzir njihove interese, propisivanje dužnosti direktora prema ostalim nosiocima konstitutivnih interesa u društvu zapravo samo „izlog“ koji treba da sakrije nedostatak fundamentalnih regulatornih reformi za rješavanje širih društvenih problema.

Kada je riječ o zaposlenima, ukoliko prihvatimo da oni imaju interes da društvo kao poslodavac dobro posluje, a samim tim i interes da se staraju o zaštiti prava i interesa društva, onda se načelno može opravdati priznavanje zaposlenima ovlašćenja na podnošenje derivativne tužbe. Ipak, postoji niz razloga zbog kojih, po ocjeni pravne teorije, zaposleni nisu adekvatni tužiocima kod derivativne tužbe. Ključni razlog je što zaposleni čak ni na posredan način ne bi mogli imati korist od usvajanja tužbenog zahtjeva, za razliku od članova kao rezidualnih povjerilaca društva koji jedini imaju interes da se imovina društva

neograničeno uvećava (Veličković, 2019, p. 198). Osim toga, problem snošenja troškova postupka i informacione asimetrije, koji je prisutan kod članova društva i povjerilaca kao tužilaca kod derivativne tužbe, još je izraženiji u slučaju zaposlenih. Na kraju se postavlja pitanje, kako dobro primjećuje Veličković (2019, p. 198), da li se uopšte može očekivati da bi zaposleni podnio tužbu protiv direktora ili kontrolnog člana i time doveo u pitanje svoje zaposlenje u društvu, a da pri tome tužbu podnosi za račun društva.

Kada je riječ o ostalim stejkholderima, prvo je pitanje kome se ovlašćenje za podizanje tužbe priznaje, odnosno ko su ostali stejkholderi, a drugo na koji način uvećanje imovine društva (u slučaju uspjeha u postupku po derivativnoj tužbi) poboljšava pravnu poziciju ovih lica? Čak i ukoliko bismo uspjeli da odredimo krug lica kojima se priznaje ovo pravo, čini se da ova lica nemaju adekvatne podsticaje da podnesu tužbu za račun društva, a još manje dovoljno informacija za pokretanje i vođenje takvih postupaka. U vezi s tim, u literaturi se mogu naći prijedlozi da se pravo na podnošenje tužbe protiv direktora zbog povrede dužnosti prema društvu da tijelima sa javnopravnim ovlašćenjima, odnosno subjektima koji vrše sveobuhvatnu kontrolu poslovanja na tržištu (vid. Armour *et al.*, 2009; Keay, 2014, pp. 89–119; Quinn, 2019, pp. 1–11). Smatra se da bi se time obezbijedila efikasnija zaštita interesa ostalih stejkholdera, naročito države i lokalne zajednice, te da bi se na ovaj način otklonio sistemski nedostatak derivativne tužbe – nepostojanje neposrednog interesa za podizanje tužbe – jer bi javnopravna tijela bila dužna da vode računa o ovim interesima, nezavisno od (ne)postojanja ekonomske koristi (Quinn, 2019, p. 8). Iako se na ovaj način obezbjeđuje *ex post* zaštita interesa ostalih stejkholdera (tek kada direktori povrijede svoju dužnost da uzmu u obzir njihove interese), ukoliko bi sudska primjena njihovih dužnosti bila efikasnija, to bi djelovalo i preventivno, podstičući direktore da ispunjavaju propisane dužnosti kako ne bi bili sankcionisani.

Veličković (2019, p. 200) postavlja pitanje legitimnosti i opravdanosti da javnopravni subjekti, koji treba da štite prvenstveno javne interese, podnose tužbu koja je usmjerena na zaštitu pojedinačnog privatnopravnog interesa, miješajući se time u unutrašnja pitanja jedne kompanije. Ipak, prema našem mišljenju, ukoliko se prihvati da je svrha kompanija održivo poslovanje i zaštita širih društvenih interesa, onda interes društva ima karakter javnog interesa, te bi se upravo na osnovu toga moglo dati ovlašćenje javnopravnim subjektima da ostvaruju tako shvaćen interes društva. Ovakav pristup usvojen je u Australiji, gdje je Komisija za hartije od vrijednosti i investicije Australije (*Australian Securities and Investment Commission - ASIC*) ovlašćena da podnosi tužbe protiv direktora zbog povrede dužnosti prema društvu. Osim toga, u sudskoj je praksi (vid. *Cassimatis v. Australian Securities and Investments Commission*, par. 455, 461, 503), takođe, prihvaćeno da povreda dužnosti direktora (naročito dužnosti pažnje) predstavlja povredu ne samo privatnog, nego i javnopravnog interesa.

5. Zaključak

Kada društvu prijete nastupanje insolventnosti, članovi društva će biti skloni da utiču na direktore da preduzimaju rizične poslovne poduhvate ukoliko postoji i najmanja šansa za oporavak društva, jer znaju da više nemaju šta da izgube. „Pravni veo“ ih štiti od lične

odgovornosti za obaveze društva, dok su u slučaju stečaja njihovi interesi na posljednjem mjestu – imaju pravo na stečajni višak koji eventualno preostane po namirenju svih povjerilaca. Direktori takođe imaju interes da preduzmu sve kako bi izbjegli insolventnost, usklađenost interesa direktora i članova je naročito izražena u malim, zatvorenim društvima u kojima su članovi društva istovremeno i direktori ili imaju značajan uticaj na upravljanje društvom. Usljed toga dolazi do višestrukog sukoba interesa između članova i direktora društva, s jedne strane, i povjerilaca i ostalih stejkholdera, s druge strane. Preduzimanje rizičnih poslovnih poduhvata ili uzdržavanje od rizika, otvaranje stečajnog postupka ili nastavak poslovanja, investiranje ili dodatno zaduživanje, uštede na račun zaposlenih, dobavljača, životne sredine ili na račun isplate dividende članovima, naknada i nagrada direktorima i sl., samo su neka od pitanja kod kojih navedeni sukob interesa dolazi do izražaja.

Sve ovo govori da je u periodu kada društvu prijete insolventnost neophodno obezbijediti da članovi organa upravljanja uzimaju u obzir interese povjerilaca i ostalih stejkholdera, a ne samo interese članova. Iako u Evropi dominira stejkholderski model, prema kojem direktori imaju dužnost da rade u interesu društva, kao jednog *sui generis* interesa koji predstavlja sintezu interesa različitih stejkholdera, u praksi je interpretacija pojma „interes društva“ pod jakim uticajem *shareholder* teorije o primarnom interesu akcionara, tako da se interes društva izjednačava sa interesom akcionara. Direktiva o restrukturiranju i insolventnosti obavezuje države članice Evropske unije da obezbijede da direktori uzimaju u obzir interese povjerilaca i ostalih stejkholdera, pored interesa članova, u periodu kada je vjerovatno da će društvo postati insolventno, ostavljajući im slobodu da odluče na koji način će to postići.

Propisivanje dužnosti direktora da, u periodu kada postoji vjerovatnoća nastupanja insolventnosti, uzmu u obzir i interese povjerilaca i ostalih stejkholdera, ostavlja otvoreno pitanje momenta u kome ova dužnost nastupa, kao i načina na koji direktori treba da tretiraju brojne i često suprotstavljene interese različitih grupa stejkholdera. Prilikom implementacije čl. 19 Direktive, države članice će morati voditi računa da obezbijede pravnu sigurnost, jasno određujući na koji način direktori treba da se ponašaju, da li treba da balansiraju različite interese, tretirajući ih kao jednake bez obzira na težinu finansijskih problema u kojima se društvo nalazi, ili da uspostave hijerarhiju interesa prema stepenu ugroženosti, ili treba da zauzmu neki treći pristup. Pored toga, neophodno je jasno odrediti trenutak u kome se smatra da postoji vjerovatnoća nastupanja insolventnosti, odnosno kada dolazi do proširenja posebnih dužnosti direktora na povjerioce i ostale stejkholdere. Ukoliko navedena dužnost ne bude jasno i precizno određena, postoji opasnost da će direktori biti skloni pretjeranom uzdržavanju od preduzimanja poslovnih rizika u strahu od odgovornosti, te bi na taj način drugi cilj Direktive – promocija „kulture spasa“ i očuvanja održivog poslovanja – bio ugrožen. U samoj preambuli Direktive se ističe da direktori ne smiju biti obeshrabreni da donose razumne poslovne odluke i preuzimaju razumne poslovne rizike, naročito kada bi to moglo da unaprijedi izgleda za restrukturiranje potencijalno održivog poslovanja.

Na kraju, važno je napomenuti da deklarativna dužnost uzimanja u obzir interesa povjerilaca i ostalih stejkholdera u periodu prijeteće insolventnosti ne bi donijela suštinsku promjenu, niti bi ostvarila proklamovani cilj zaštite legitimnih interesa povjerilaca (i

ostalnih stejkholdera) od odluka uprave koje mogu imati negativan uticaj na imovinu društva. Stoga je neophodno obezbijediti efikasnu sudsku primjenu instituta posebnih dužnosti direktora, koja predstavlja i najslabiju i najvažniju kariku ovog problema. Broj tužbi podnesenih zbog povrede posebnih dužnosti prema društvu u gotovo svim pravnim sistemima je mali, što je posljedica sistemskih nedostataka ovog instituta (sukob interesa kod tužbe koju podiže društvo, nepostojanje neposredne koristi za tužioce kod derivativne tužbe, obaveza snošenja troškova postupka, informaciona asimetrija, problem kolektivne akcije i sl.). Priznavanje prava povjeriocima, zaposlenima ili subjektima koji vrše kontrolu poslovanja na tržištu na podizanje tužbe protiv direktora zbog povrede posebnih dužnosti ima određene prednosti, ali i brojne izazove i nedostatke. Ipak, ukoliko se želi promijeniti duboko ukorijenjena predstava o prvenstvenom interesu članova, neophodno je obezbijediti da direktori koji ne budu vodili računa o interesima povjerilaca i ostalih stejkholdera u periodu prijeteće insolventnosti budu odgovorni za takvo ponašanje. Stoga, prepoznavanje problema i nedostataka u postojećem sistemu dužnosti i odgovornosti direktora treba shvatiti kao poziv na traženje optimalnog rješenja, a ne kao prepreku zbog koje ćemo zadržati *status quo*.

Literatura

- Armour, J. *et al.* 2009. Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the UK and US. *ECGI Working Paper Series in Finance*, Working Paper N° 234.
- Barbić, J. 2007. *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala*. 4. izdanje. Zagreb: Organizator.
- Choudhury, B. & Petrin, M. 2019. *Corporate Duties to Public*. Cambridge: Cambridge University Press. doi: <https://doi.org/10.1017/9781108377072>.
- Davies, P. 2006. Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. *European Business Organization Law Review*, 7(1), pp. 301–337. doi: <https://doi.org/10.1017/S1566752906003016>.
- Enriques, L. *et al.* 2017. The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies in: Kraakman, R. *et al.* (eds), *The Anatomy of Corporate Law - A Comparative and Functional Approach*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, pp. 79–143.
- Gerner Beuerle, C. & Schueter E. P. 2014. The Evolving Structure of Directors' Duties in Europe. *European Business Organization Law Review*, 15, pp. 191–233. doi: <https://doi.org/10.1017/S1566752914001104>.
- Gerner Beuerle, C., Paech, P. & Schuster, E. P. 2013. *Study on Directors' Duties and Liabilities*. London: London School of Economics.
- Goosens, R. 2017. The European Initiative on the Harmonization of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency. *Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal*, 5(3) (stranice nisu označene).
- Hansmann, H. & Kraakman, R. 2001. The End of History of Corporate Law. *Georgia Law Review*, 89, pp. 440–468.
- INSOL Europe. 2010. *Harmonisation of insolvency law at EU level - Note*. Dostupno na: https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/ipol-juri_nt2010419633_en.pdf, (12. 12. 2020).

- Jevremović Petrović, T. 2011. Poverioci u kompanijskom pravu i instrumenti njihove zaštite. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LIX (1), pp. 223–254.
- Kalss, S., Adensamer, N. & Oelkers, J. 2006. Director's Duties in the Vicinity of Insolvency – a comparative analysis with reports from Germany, Austria, Belgium, Denmark, England, Finland, France, Italy, the Netherlands, Norway, Spain and Sweden. In: Luter, M. (ed.), *Legal Capital in Europe*. Berlin/Boston: De Gruyter, pp. 112–143.
- Keay, A. 2007. *Company Directors' Responsibilities to Creditors*. London & New York: Routledge Cavendish. doi: <https://doi.org/10.4324/9780203945438>.
- Keay, A. 2008. Ascertaining the Corporate Objective: An Entity Maximization and Sustainability Model. *The Modern Law Review*, 1(5), pp. 663–698. doi: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2008.00711.x>.
- Keay, A. 2010. Stakeholder Theory in Corporate Law: Has It Got What It Takes?. *Richmond Journal of Global Law and Business*, 9(3), pp. 249–300. doi: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1531065>.
- Keay, A. 2014. The Public Enforcement of Directors' Duties: A Normative Inquiry. *Common Law World Review*, 43(2), pp. 89–119. doi: <https://doi.org/10.1350/clwr.2014.43.2.0267>.
- Keay, A. 2015. The Shifting of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency. *International Insolvency Review*, 24(2), pp. 140–164. doi: <https://doi.org/10.1002/iir.1236>.
- Lepetić, J. 2015. *Kompanijskopravni režim sukoba interesa – Dužnost lojalnosti*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- Marshall, S. & Ramsay, I. 2012. Stakeholders and Directors' Duties: Law, Theory and Evidence. *University of New South Wales Law Journal*, 35(1), pp. 291–316. doi: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1402143>.
- Mihajlović, B. 2017. Cilj poslovanja privrednog društva – Samo sticanje dobiti ili još nešto?. *Pravo i privreda*, 4–6, pp. 140–157.
- Mihajlović B. 2018. *Dužnost lojalnosti u privrednom društvu*. Doktorska disertacija. Kragujevac: Univerzitet u Kragujevcu – Pravni fakultet.
- Mihajlović, B. 2019. Posebne dužnosti u periodu rizika od stečaja. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LXVII (3), pp. 186–215. doi: <https://doi.org/10.5937/AnaliPFB1903196M>.
- Millon, D. 2013. Radical Shareholder Primacy. *University of St. Thomas Law Journal*, 10(4), pp. 1013–1044.
- Mitchell, K. R., Agle R. B. & Wood J. D. 1997. Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience: Defining the Principle of Who and What Really Counts. *The Academy of Management Review*, 22(4), pp. 853–886. doi: <https://doi.org/10.5465/amr.1997.9711022105>.
- Quinn, J. 2019. The Sustainable Corporate Objective: Rethinking Directors' Duties. *Sustainability*, 11. doi: <https://doi.org/10.3390/su11236734>.
- Radović, V. 2018. *Stečajno pravo – knjiga prva*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje.
- Schillig, M. 2010. The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?. *European Company and Financial Law*

- Review*, 7(1), pp. 116–157. doi: <https://doi.org/10.1515/ecfr.2010.116>.
- Sjåfjell, B. 2020. Sustainable Value Creation Within Planetary Boundaries - Reforming Corporate Purpose and Duties of the Corporate Board. *Sustainability*, 12(15), p. 6245. doi: <https://doi.org/10.3390/su12156245>.
- UNCITRAL. 2013. *Legislative Guide on Insolvency Law - Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency*. New York: United Nations.
- Vasiljević, M. 2013. *Korporativno upravljanje – izabrane teme*. Beograd: Udruženje pravnika u privredi Republike Srbije.
- Veličković, J. 2019. *Derivativna tužba*. Beograd. Pravni fakultet – Univerzitet u Beogradu.
- Wabl, G. 2019. To File, or Not to File: That Is the Question. Directors' Duties in the Company Crisis: A Critical Comparison of the UK and the Austrian Framework in the Light of the Upcoming EU Restructuring Directive. *Business Law Review*, 40(2), pp. 49–65
- Williams, A. C. & Conley J. 205. An Emerging Third Way? The Erosion of the Anglo American Shareholder Value Construct. *Cornell International Law Journal*, 38(2), pp. 494–551.
- Winter, J. et al. 2002. *Report of the High-Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*. Brussels. Dostupno na: https://ecgi.global/sites/default/files/report_en.pdf.
- Wood, J. 2007. Directors Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany and Japan. *Pen State International Law Review*, 26(1), pp. 139–168.

Pravni izvori

Evropska unija

- Commission of the European Communities. 2003. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward. COM (2003) 284, Final. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52003DC0284>.
- Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132, OJL 172/18. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32019L1023>.
- European Commission. 2016. Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, COM(2016), 723 final.
- European Commission. 2001. Green Paper: Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility. COM (2001) 336/1. Dostupno na: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_01_9, (15. 8. 2020).

European Commission. 2020. *Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance - Final Report*. Brussels. Dostupno na: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>, (20. 8. 2020).

Velika Britanija

Companies Act. 2006. Dostupno na: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf.

Insolvency Act. 1986. Dostupno na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>.

Australija

Cassimatis v. Australian Securities and Investments Commission [2020] FCAFC 52.

Irena M. Radić, MA

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina
e-mail: irena.radic@pf.unibl.org

DIRECTORS' DUTY TO CONSIDER THE INTERESTS OF CREDITORS AND OTHER STAKEHOLDERS WHEN THERE IS A LIKELIHOOD OF INSOLVENCY

Summary

Directive (EU) 2019/1023 on restructuring and insolvency requires member states to ensure that, where there is a likelihood of insolvency, directors have due regard for the interests of creditors, equity holders, and other stakeholders. In this paper, the author analyzes the legal position and interests of creditors and other stakeholders when there is a risk of insolvency and briefly addresses the legal mechanisms of corporate law that are directed to protect the interests of creditors and other stakeholders. The author also analyzes the content of directors' duty as required by the Directive and the constraints and legal challenges of enforcement of the directors' duty to act in the interests of creditors and other stakeholders.

Keywords: directors' duties, interests of creditors, stakeholders, vicinity of insolvency, likelihood of insolvency.

Primljeno: 30. 10. 2020.

Izmenjeno: 21. 1. 2021.

Prihvaćeno: 31. 3. 2021.

PRAVO NA ABORTUS U SAVREMENOM PRAVU I PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sažetak

U pogledu dometa zaštite osnovnog ljudskog prava - prava na život i danas se suočavamo s brojnim nedoumicama i nedorečenostima. Jedna od tih nedoumica jeste i pitanje prava na abortus, koje je predmet brojnih polemika među pravnicima, filozofima, medicinskim radnicima, teolozima, ali i građanima. Debate koje se vode u raznim naučnim disciplinama ukazuju na kompleksnost pitanja koje je neophodno pravno regulisati na unutrašnjem i međunarodnom nivou.

Iz tog razloga je nužno pratiti i izučavati presude međunarodnih tela koje su donete u vezi sa ovim pitanjem. Budući da je najrazvijeniji sistem zaštite ljudskih prava uspostavljen u okviru Evropske konvencije za ljudska prava, a ujedno i najrelevantniji za našu državu, u ovom radu autorka se bavi proučavanjem dosadašnje prakse Evropskog suda za ljudska prava u predstavkama koje su se odnosile na pitanje odnosa prava na život i prava na abortus.

***Ključne reči:** pravo na abortus, pobačaj, pravo na život, Evropski sud za ljudska prava, reproduktivna prava.*

1. Uvod

Društveni odnos prema abortusu se menjao u zavisnosti od perioda istorije i teritorije koju posmatramo. Različita društva, zakonodavstva i religije su na različit način posmatrala abortus kao sredstvo kontrole rasta broja stanovnika tokom istorije. Činjenica da prve zapise i pokušaje pravnog regulisanja ovog pitanja možemo naći u *Erbertovom papirusu* iz 1550. godine p. n. e., *Hamurabijevom zakoniku* iz XVII veka p. n. e., *Zakoniku Lipit-Ištar* iz 1930. godine p. n. e., kao i u Hipokratovim tekstovima i *Hipokratovoj zakletvi* (Tollefsen, 2008, pp. 60–65), govori o značaju koje ovo pitanje ima tokom čitavog toka istorije.

Budući da se širom sveta svakodnevno obavlja veliki broj abortusa reč je o univerzalno raširenoj, značajnoj društvenoj pojavi. Stoga abortus predstavlja izuzetno važno versko, moralno, ali istovremeno i pravno i političko pitanje, oko kog ne postoji konsenzus. Zato je nesporna važnost bavljenja ovim pitanjem. U ovom radu će, pretežno, biti analizirani pravni aspekti abortusa, pre svega u okvirima prakse Evropskog suda za ljudska prava.

* Studentkinja treće godine doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Srbija, e-mail: majida.lubura@outlook.com

U pravnoj literaturi nalazimo brojne definicije abortusa – kao posebnog medicinskog zahvata kojim se sprečava rođenje neželjenog deteta nakon njegovog začeća (Cvejić-Jančić, 1998, p. 323) ili kao nasilnog prekida trudnoće uz žrtvovanje ploda (Petrović, 2007, p. 208). Za razliku od njih, medicinske definicije su preciznije i vezuju se za vremenski okvir – abortus predstavlja prekid trudnoće pre 28. nedelje dok plod još uvek nije sposoban za vanmaterični život (*Medicinski leksikon*, 1987, p. 64). U osnovi, abortus predstavlja prekid trudnoće odstranjenjem fetusa iz materice majke (Pence, 1995, p. 40).

S obzirom na to da pravne definicije najčešće predstavljaju izraz društvenog stava prema abortusu, kao takve se razlikuju od države do države. Abortus kao voljni prekid trudnoće je s pravne tačke gledišta danas legalan u velikom broju država, u različitim modalitetima. Međutim, kako se njegovim izvršenjem ili neizvršenjem zadire u različite sfere i dimenzije ljudskih života (lična, bračna, verska), ali i u širi društveni interes, debate o moralnom karakteru i suštini abortusa kao svesnog i voljnog prekida trudnoće i dalje traju i čini se da će trajati zauvek.

Suočavajući se s fenomenima nestanka čitavih naroda i sve manjeg prirodnog priraštaja, debata o abortusu je u poslednje dve decenije postala izuzetno polarizovana. Stavovi prema abortusu u teoriji se priklanjaju jednom od dva suprotstavljena stanovišta, jednom koje abortus smatra ubistvom nerođenog deteta (*pro life*)¹, dok se sa suprotne strane nalaze oni koji podržavaju izvršenje abortusa kao instituta koji predstavlja prirodan sled društvenog razvoja (*pro choice*)² (Roos, 2003, pp. 581–584). Zagovornici pokreta *pro life* nalaze uporište u embriologiji koja govori da ljudski život počinje trenutkom spajanja ženske i muške polne ćelije čime se obrazuje jedinstveno jedro koje sadrži neponovljiv genetski materijal, te izvode zaključak da abortus fetusa predstavlja ubistvo (Pence, 1995, p. 13). Pobornici pokreta *pro choice* se zalažu pre svega za pravo na medicinski bezbedan abortus, kao jedno od osnovnih ljudskih prava (McHale *et al.*, 2007, pp. 869–870). Iako ova dva stanovišta izgledaju kao da su logički nepomirljiva, ona zapravo predstavljaju dva spektra različitih nijansi mišljenja.

O pravu na abortus danas govorimo kao o pravu koje spada u tzv. drugu generaciju ljudskih prava iz spektra reproduktivnih prava i sloboda. Reproductivna prava i slobode su deo seta ljudskih prava za čije je ostvarivanje država dužna da obezbedi uslove, pre svega putem mera i aktivnosti populacione politike. Ona se smatraju i pravom na slobodno roditeljstvo, u smislu planiranja porodice lišenog prisile, i prava pojedinca da slobodno

¹ Pokret *pro life* (za život) predstavlja društveni i politički pokret koji zagovara apsolutnu zaštitu i poštovanje ljudskog života od njegovog začeća do smrti. Zagovornici ovog pokreta smatraju da ljudski život počinje začećem, da fetus ima pravo na život kao i svako drugo ljudsko biće, a da abortus predstavlja ubistvo. Zagovornici ovog stanovišta se zalažu za ukidanje zakona koji omogućavaju izvršenje abortusa i smatraju da je abortus dopušten samo u slučaju kada je život žene ugrožen. Države i društva (npr. Irska, Poljska) koja se priklanjaju ovim stanovištima su mahom konzervativna društva s velikim uticajem crkve.

² Zagovornici pokreta *pro choice* (pravo na izbor) pozivaju se na pravo žene na izbor da li će imati dete ili ne, bez mešanja trećih lica, uključujući i državu koja interveniše u korist fetusa. Ne ulazeći u rasprave od kog trenutka se smatra da život počinje, oni zastupaju stanovište da čovek dobija prava trenutkom rođenja. Njihov stav se bazira na mnogobrojnim komplikovanim životnim situacijama u kojima je neophodno omogućiti izvršenje abortusa, kao i na neželjenim posledicama do kojih dovode nametnute zabrane. Abortus smatraju negativnom pojavom u društvu koja treba biti suzbijena prevencijom, a ne zabranom.

odlučuje o rađanju dece³ (Petrušić, 2007, pp. 319–337; Konstantinović-Vilić & Petrušić, 1999, p. 65). Iako ovaj set prava ima poseban značaj i vrednost za žene, on u punom smislu može postojati samo ako ga muškarac i žena uživaju sporazumno i zajednički.

Budući da konsenzus o pitanju abortusa ne postoji, izuzetno je važno baviti se izučavanjem presuda Evropskog suda za ljudska prava kao najefikasnijeg i za našu državu najrelevantnijeg sistema zaštite ljudskih prava o ovom pitanju. U prvom delu rada izloženo je trenutno stanje prava na abortus na međunarodnom nivou i u Evropi, dok je, s tim u vezi, u drugom delu detaljno izložena i sistematizovana dosadašnja praksa Suda po ovom pitanju.

2. Međunarodno pravo i pitanje abortusa

Globalno gledano debata o abortusu ide u pravcu dominacije *pro life* struje, legalizovanja abortusa i priznavanja prava na abortus statusa ljudskog prava. Razvojem ljudskih prava osnažuje se i pravo žene na abortus u okviru njenog prava na slobodno raspolaganje sopstvenim telom i prava na porodičan život i planiranje porodice. Zbog osetljivosti pitanja i nedostatka konsenzusa na globalnom nivou, nijedan od do sada usvojenih međunarodnih i regionalnih akata ne sadrži ni reč o pravu na abortus.

Ipak, u određenim međunarodnim aktima možemo naći odredbe koje se na indirektan način bave ovim pitanjem. U čl. 16, st. 2, tač. e Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (vid. Zakon o ratifikaciji Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena) propisano je da žene i muškarci imaju jednako pravo na slobodu odgovornog odlučivanja o broju dece i vremenskom razmaku između njih, dok je istovremeno propisano i pravo na pristup informacijama, obrazovanju i sredstvima koja bi im mogla omogućiti ostvarivanje tih prava. Konvencija na ovaj način uvodi ravnopravnost žena i u oblast planiranja porodice, čime eksplicitno ne dozvoljava, ali i ne zabranjuje abortus, uz stavljanje akcenta na neophodnost podizanja svesti o kontroli rađanja. Konvencijom o pravima deteta iz 1959. godine (Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta) ostavljena je široka sloboda svakoj državi da odredi svoj stav u odnosu na prava deteta pre rođenja.

Parlamentarna skupština Saveta Evrope (SE) prihvatila je stav Svetske zdravstvene organizacije da abortus ne predstavlja sredstvo planiranja porodice, već da, u najvećoj meri, mora biti izbegnut. Sva dostupna sredstva, koja su u skladu s pravima žena, moraju biti upotrebljena u cilju smanjivanja pre svega broja neželjenih trudnoća, a onda i abortusa. Stanovište SE jeste i da konačnu odluku o abortusu treba da donese žena, u skladu s pravom svake osobe na fizički integritet, kao i da joj se moraju staviti na raspolaganje određena sredstva kako bi to pravo zaista i uživala. Rezolucijom 1607/2008 Parlamentarne skupštine SE (PACE, 2008), kojom je usvojen izveštaj Komiteta za jednakost žena i muškaraca pod nazivom *Pristup bezbednom i pravnom abortusu u Evropi (Access to safe and legal abortion in Europe, Doc11537rev, 2008)*, SE poziva države članice da prilagode i izmene svoje zakonodavstvo kako bi omogućile vršenje bezbednih abortusa (Stone, 2010, p. 70).

³ Reproductivna prava i slobode obuhvataju pravo na rađanje i pravo na neradađanje dece, u okviru kojeg spada i pravo na abortus.

Iako Rezolucija nije obavezujuća, ona ima uticaj na Evropski sud za ljudska prava u smislu određivanja poželjnog pravca u kom treba da se razvijaju zakonodavstva država potpisnica.

Osnovni i najvažniji dokument za zaštitu ljudskih prava na tlu Evrope – Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP) – zbog nemogućnosti postizanja konsenzusa o ovom pitanju, ne bavi se direktno pitanjem abortusa. Ona u čl. 2 propisuje: „Pravo na život svakog lica zaštićeno je zakonom“ (Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda). Na ovaj način se štiti pravo na život „svake osobe“, ali se ne definiše dovoljno precizno sam pojam „osobe“, niti se govori o tome od kog trenutka se ljudsko biće može smatrati osobom (vid. Puppinc, 2013). S druge strane, članom 8 se štite prava i interesi žene kroz pravo na privatni i porodični život, zbog čega je odgovor na ova pitanja potrebno potražiti u praksi Suda.

3. Evropske države i pravo na abortus

U periodu Francuske revolucije, istorijski gledano, prvi put se javljaju zakonska ograničenja vršenja abortusa, koji postaje gotovo univerzalno zabranjen sve do prve polovine XX veka, kada većina evropskih država počinje da liberalizuje svoje zakonodavstvo (Petrušić, 2007, pp. 319–337). Danas je u većini evropskih država⁴ dozvoljen abortus na zahtev,⁵ ili iz širokog dijapazona socijalnih razloga, a u šest država i dalje postoje strogo restriktivni zakoni koji zabranjuju abortus u skoro svim okolnostima (Center for Reproductive Rights, 2020). Standardna praksa u celoj Evropi je legalan abortus na zahtev ili iz širokih socijalnih razloga, bar u toku prvog tromesečja trudnoće, a nakon tog roka i u slučajevima kada je abortus neophodan u cilju zaštite zdravlja ili života žene.

Evropska unija (EU) se zalaže za legalizovanje abortusa, pa je u svim državama EU abortus legalizovan, osim na Malti⁶ u kojoj je abortus još uvek zabranjen. I Irska⁷ je do referenduma održanog u maju 2018. godine bila država koja je Ustavom štitila pravo fetusa na život. Iako je primetno da je opšti trend u Evropi liberalizacija zakonodavstava, poslednjih godina smo svedoci i da se pokušava da se ograniče postojeći propisi kojima se reguliše pravo na abortus. Početkom 2018. godine, u Poljskoj je došlo do pokušaja pooštavanja njihovih ionako vrlo restriktivnih zakona, kada je poljski parlament raspravljao o predlogu katoličkih organizacija o zabrani abortusa u slučaju teških deformiteta ili oboljenja

⁴ U 41 evropskoj državi je dozvoljen abortus na zahtev žene ili iz širokih socijalnih razloga.

⁵ Prekid trudnoće na zahtev znači da konačna odluka o prekidu trudnoće pripada ženi, a lekari ili druga zakonom određena lica nisu dužna da utvrde ili potvrde postojanje određenog razloga za prekid trudnoće. U većini slučajeva žena ne mora ni navoditi razlog zbog kojeg vrši abortus, dok u manjem broju slučajeva mora navesti razlog bez njegovog utvrđivanja i potvrđivanja.

⁶ Malta je jedina država EU koja potpuno zabranjuje izvršenje abortusa. Krivičnim zakonom Malte propisana je kazna zatvora do 18 meseci za osobu koja izazove ili realizuje abortus na bilo koji način, kao i za ženu koja izazove ili izvrši abortus. Komesar EU za ljudska prava je istakao da Malta mora da se postara da zabranom izvršenja abortusa ne lišava žene njihovih osnovnih ljudskih prava.

⁷ Na referendumu je izglasano ukidanje 8. amandmana Ustava, donetog pod jakim uticajem katoličke crkve, koji je u potpunosti zabranjivao abortus i štitićerođeno dete uz dužno poštovanje prava žene. U Irskoj je došlo do promene zakonodavstva kojom je abortus dozvoljen, međutim, u Severnoj Irskoj i dalje postoje strogi zakoni po pitanju abortusa koji datiraju iz viktorijanskog doba i abortus smatraju krivičnim delom.

ploda, što je izazvalo burne reakcije kako unutar države – brojne proteste građana – tako i međunarodne zajednice – komesar EU za ljudska prava tražio je da se ovakvi predlozi pooštavanja zakona odbace.

Određeni broj evropskih država koje su legalizovale abortus na zahtev ili iz širokih socijalnih razloga postavile su čitav niz proceduralnih i regulatornih prepreka kojima se u praksi vrši državna kontrola i otežava pristup abortusu. Najčešći suptilni oblici ograničavanja pristupu abortusu su vremenska ograničenja – kratki vremenski okviri⁸, obavezan period čekanja koji mora da protekne od datuma podnošenja zahteva do datuma izvršenja abortusa, obavezno savetovanje ili dobijanje određenih obaveznih informacija od lekara, zahtevi sa navođenjem razloga za abortus (npr. socijalne ili porodične prilike), postupci odobrenja trećih lica (prethodna dozvola roditelja, staratelja, lekara ili zvaničnih odbora) pre pristupanja abortusu i odbijanje medicinskih radnika da izvrše abortus na osnovu prigovora savesti ili religije.

Postavljanje ovih uslova, kojima se ograničava delotvoran pristup bezbednom abortusu, često ima diskriminatorne efekte (oni posebno pogađaju žene iz ruralnih područja, siromašne i mlade žene). Iste efekte imaju i zakoni koji, na prvi pogled, predviđaju liberalne uslove za izvršenje abortusa, a u praksi pokazuju niz nedostataka koji rezultiraju ponekad nepremostivim preprekama za žene (vid. Pence, 1995). Rezultat tih mera je da žene moraju putovati u drugu državu sa liberalnijim uslovima da bi ostvarile svoje pravo na bezbedan abortus, ili se moraju podvrgnuti nelegalnim abortusima, često i pod pretnjom krivičnog gonjenja.

Sama činjenica da danas većina država Evrope dozvoljava izvršenje abortusa, s manjim ili većim ograničenjima, i da se pitanje prava na abortus sve više posmatra u kontekstu ljudskih prava, govori u prilog priklanjanju pristupu *pro choice*, pa je očekivano da će se i dalji razvoj kretati u pravcu liberalizacije zakonodavstva po ovom pitanju.

4. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

U nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava (Sud) jeste da donosi odluke o postojanju povrede nekog od osnovnih ljudskih prava koja su sadržana u EKLJP-u. Kako je od njenog donošenja došlo do određenih promena u tumačenju i širini prava koja se štite, i Sud mora tumačenje i primenu da posmatra u svetlu današnjice. Na ovaj način Sud kroz određenu viziju šta ljudska prava danas jesu, a pozivajući se na konsenzus, u određenoj meri proširuje domašaj EKLJP-a izvan originalnih ideja, što je neophodno radi njenog unapređivanja i ostvarivanja postavljenih ciljeva – zaštite osnovnih ljudskih prava. Poslednjih godina, Sud se, u nemalom broju presuda koje je doneo, na ovaj ili onaj način indirektno bavio pitanjem abortusa, pa zato, iako je reč o vrlo osetljivoj materiji u kojoj nije lako doći do jasnih i nedvosmislenih stavova, možemo reći da je stvoren određeni korpus sudske prakse.

⁸ Jedan broj evropskih država postavlja vremenski rok za izvršenje abortusa između 18. i 24. nedelje trudnoće, drugi rokovi su postavljeni oko prvog tromesečja trudnoće, dok je pristup izvršenju abortusa omogućen bez ikakvog vremenskog ograničenja kada je ugrožen život ili zdravlje žene.

U dosadašnjoj praksi Suda posebno su se istakle tri presude koje se odnose na zakonsku dostupnost abortusa. Prva presuda se tiče poznatog slučaja *Tysiac v. Poland*. Tysiac je žena koju su tri oftalmologa, nakon dve teške trudnoće, upozoravala da iznošenje treće trudnoće do kraja može dovesti do ozbiljnih posledica po njen vid. Zbog nemogućnosti da obavi abortus, a nakon rođenja trećeg deteta, dobila je krvarenje mrežnjače usled čega je nastupio određeni stepen invalidnosti. Sud je konstatovao da je u ovom slučaju došlo do povrede čl. 8 EKLJP-a kojim se štiti pravo na privatni i porodični život.

I druga presuda je doneta protiv Poljske (*P. and S. v. Poland*) u slučaju tinejdžerke čija je trudnoća bila posledica silovanja. Devojka je pri pokušaju da ostvari pravo na abortus naišla na brojne probleme sa zakonskim nejasnoćama, dok je istovremeno ponašanje medicinskog osoblja otišlo toliko daleko da se moglo smatrati i zlostavljanjem. Sud je u par. 108 i 167 presude konstatovao da je zbog davanja obmanjujućih informacija i zbog nepružanja objektivnog medicinskog savetovanja, i u ovom slučaju Poljska prekršila čl. 8 EKLJP-a. Sud je posebno istakao da činjenica da se u Poljskoj u tom trenutku vodila usijana rasprava o pravu na abortus nije oslobodila medicinske radnike obaveze čuvanja tajne svojih pacijenata, koja je, kako je utvrđeno u toku postupka, u ovom slučaju bila prekršena.

Slučaj tri Irkinje (*A, B, and C v. Ireland*), koje su neželjeno ostale u drugom stanju, imao je više ishoda. One su podnele predstavku protiv Irske zbog propusta da im se omogući sprovođenje Ustavom zagaranovanog prava na abortus. U predstavci su navele da su zbog nemogućnosti izvršenja abortusa u Irskoj morale da putuju u Veliku Britaniju, gde su bile izložene ponižavajućim i diskriminatornim procedurama koje su bile opasne po njihovo zdravlje. Iako je vršenje abortusa u Irskoj u tom trenutku kvalifikovano kao krivično delo, prema Ustavu abortus je bilo moguće izvršiti ukoliko postoji značajan rizik po život trudnice.

Jedna od podnositeljki predstavke se nalazila u remisiji retkog oblika tumora pa se, nesvesna činjenice da je trudna, podvrgla lečenju koje je dovelo do kontraindikacija na trudnoću. Navela je i da bi trudnoća mogla da dovede do recidiva njene bolesti zbog čega bi njen život bio u smrtnoj opasnosti. Sud je u njenom slučaju istakao da je Irska propustila da obezbedi sprovođenje Ustavom zagaranovanog prava na zakonito izvršenje abortusa i da je prekršen čl. 8 EKLJP-a (par. 285, tač. 5). S druge strane, u slučaju druge dve žene Sud nije pronašao kršenje čl. 8 (par. 285, tač. 4). U slučaju jedne od njih, koja je već bila majka dvoje dece i za čiji se fetus smatralo da pati od ozbiljnih genetskih deformacija, a kojoj je uskraćeno pravovremeno vršenje genetskog testiranja, Sud je u par. 164 utvrdio da nije došlo do kršenja čl. 3 EKLJP-a kojim se zabranjuje ponižavajući i nehuman tretman.

Pored ova tri najznačajnija slučaja, Sud se u nekim presudama bavio i željom roditelja da izbegnu rađanje deteta obolelog od genetski naslednih bolesti, a koji su tvrdili da je zakonska zabrana preimplantacijske genetske dijagnoze ugrozila njihov privatni i porodični život prema čl. 8 EKLJP-a, (npr. *Costa & Pavan v. Italy*). Sud je u konkretnom slučaju presudio u korist roditelja i ustanovio da roditelji imaju pravo da rode dete koje ne pati od oboljenja čiji su oni nosioci. S druge strane, u slučajevima *Haas v. Switzerland* i *R.H. v. Norway*, Sud je u presudi naglasio neophodnost zaštite fetusa, ističući obavezu države da štiti pravo na život, s posebnim akcentom na ranjive kategorije.

I u ostalim slučajevima koji se tiču abortusa, a odnose se na povredu prava sadržanih u EKLJP-u, praksa Suda je šarenolika. Ona se može sistematizovati na osnovu stanovišta koje je u presudama Sud zauzeo i pružio zaštitu:

- pravima fetusa (*R.H. v. Norway*);
- interesima društva da ograniči broj abortusa (*Odièvre v. France*);
- interesima društva za zaštitu morala (*Open Door & Dublin Well Woman v. Ireland*);
- roditeljskom pravu i slobodi i dostojanstvu žene (*Tysiack v. Poland* i *R. R. v. Poland*);
- interesima oca (*Boso v. Italy* i *X v. The United Kingdom*);
- pravu na slobodu savesti medicinskih radnika i institucija koja su zasnovana na etičkim i religijskim uverenjima (*Rommelfanger v. Germany*).

Uočljivo je da se Sud u presudama protiv evropskih država u kojima je abortus legalan vodio uravnoteženjem prava i interesa svih strana – žene, fetusa, oca, ali i medicinskog osoblja i društva u celini. S druge strane, u presudama protiv država koje priznaju fetusu pravo na život, Sud je proglašavao kršenje ljudskih prava samo u slučajevima kada je direktno ugroženo pravo žene na život. Na ovaj način Sud ostavlja diskreciono pravo državama potpisnicama da svojim zakonodavstvom regulišu pitanje abortusa sve dok je uspostavljen pravičan balans između potrebe da se obezbedi zaštita prava fetusa i prava i interesa žene.

Kako je gotovo u svim članicama SE dozvoljeno vršenje abortusa, pred sudom se pojavilo i pitanje tzv. suprotstavljenih prava (*competing rights*). U slučaju *R.H. v. Norway*, abortus je izvršen protiv volje oca, u par. 165 Sud podseća na obavezu države da preduzme sve dostupne mere u cilju pružanja zaštite prava na život unutar svoje jurisdikcije, koja se procenjuje u svakom konkretnom slučaju moguće povrede prava na život, dok u slučaju *A, B and C v. Ireland*, Sud u par. 258 ističe da se pravo žene na poštovanje privatnog života u svakom konkretnom slučaju mora sagledati u odnosu na prava i slobode lica kojih se tiče, uključujući i prava fetusa. U skladu s tim, država u slučajevima legalnog abortusa mora da preduzme korake kojima će pružiti zaštitu suprotstavljenih prava svim licima, i mora „izvagati“ legitimne interese svih strana u svakom konkretnom slučaju.

U dosadašnjoj praksi Sud se nije izjašnjavao o izvršenju abortusa na zahtev žene, već samo o ekstremnim slučajevima u kojima je došlo do kršenja nečijeg prava izvršenjem/zabranom izvršenja abortusa. Iz tog razloga Sud nikada nije utvrdio da bi, pozivajući se na EKLJP, autonomija žene mogla sama po sebi da opravda abortus. Rešavajući to pitanje u vezi s pravom na porodični život (čl. 8) Sud nije ostavio otvorenom ni mogućnost da autonomija volje jednog lica istovremeno podrazumeva i pravo na abortus (*Silva Monteiro Martins Ribeiro v. Portugal* i *Jean-Jacques Amy v. Belgium*). To znači da je Sud na ovaj način izbegao da izvrši implicitno derogiranje čl. 2 u odnosu na fetus kao nerođeno dete.

S druge strane, Sud takođe nije priznao pravo na život fetusa. Štaviše, Sud je vrlo spretno odbio da definiše i podvede pojam fetusa pod pojam osobe, navodeći to nepoželjnim i nemogućim (Puppinck, 2013. p. 19). Bitno je napomenuti da Sud u presudi (*Vo v. France*) u par. 84 ističe da fetus pripada ljudskoj vrsti i da kao takav potpada pod zaštitu u ime ljudskog dostojanstva i s pravnim posledicama u naslednom pravu, ali da ne poseduje i

status individue koja uživa potpunu zaštitu kroz pravo na život. Ovo je od izuzetnog značaja jer se primenom ovog principa pruža mogućnost zaštite fetusa u slučajevima abortusa koji se sprovode radi selekcije pola deteta.

Iz izloženog možemo videti da je Sud imao vrlo delikatan i težak zadatak da u svojim presudama balansira između dijametralno suprotnih i suprotstavljenih prava i interesa zainteresovanih strana. U presudama Suda uočljiv je konsenzus samo po pitanju postojanja prava na abortus u slučajevima kada je pravo na život i zdravlje žene ugroženo. Protivnici abortusa tvrde da u ovom slučaju to nije pravo na abortus, već pravo žene na život i da je jedino tada opravdano izvršiti ga, kao i da je to zaključak koji se može izvesti iz navedene prakse Suda (Puppinck, 2013). Međutim, autorka smatra da dosadašnja praksa Suda, iako prilično neutralna, ipak naginje u korist prava na abortus.

5. Zaključna razmatranja

Iz svega izloženog očigledno je da se debata o abortusu kreće u smeru priklanjanja opciji *pro choice*, legalizaciji abortusa i svrstavanju prava na abortus u korpus ljudskih prava. Istorija nas uči da zabrana abortusa ne dovodi do smanjenja broja abortusa, već vodi do izvršenja tajnih abortusa, koji su mnogo opasniji. Zahvaljujući tom iskustvu došlo je do liberalizacije zakona, pa je danas u većini evropskih država odnos ovih suprotstavljenih prava rešen u korist lakšeg pristupa bezbednom abortusu.

Pravo na abortus predstavlja logičnu konsekvencu prava žene da raspolaže svojim telom, kao i prava žene i njenog partnera da planiraju porodicu. Međutim, ovo pravo neminovno dolazi u konflikt s pravom fetusa na život, čime ova dva prava stupaju u aporetičan odnos. Početak ljudskog života kao pravni problem se u svojoj srži svodi na pitanje definisanja trenutka od kojeg će se smatrati da počinje pravna zaštita života, odnosno na precizno i nedvosmisleno određivanje momenta od kada se može smatrati da je fetus postao „osoba“. U traženju odgovora na pitanje od kada se može smatrati da počinje ljudski život i kada zapravo fetus postaje osoba, pravo se oslanja pre svega na filozofiju, medicinu i psihologiju kao nauku. Međutim, bitno je apostrofirati da se sam trenutak početka ljudskog života i početak njegove pravne zaštite ne moraju nužno poklapati u svim slučajevima.

Od kog trenutka se može smatrati da se pruža pravna zaštita života, kao što možemo videti i iz ovde izloženog, ne može se nedvosmisleno zaključiti iz međunarodnih i regionalnih dokumenata kojima se garantuje pravo na život. Ono što je nesporno jeste činjenica da nijedan međunarodni i regionalni mehanizam zaštite ljudskih prava ne posmatra fetus kao osobu i ne priznaje mu pravo na život u obimu u kojem ga priznaje ženi. Čak i najrestriktivnija zakonodavstva, kao što su u Irskoj i na Malti, dozvoljavaju izvršenje abortusa kada je ugrožen život žene.

Savet Evrope i EU se snažno zalažu za liberalizaciju abortusa, međutim, i pored toga, i dalje su na snazi manje ili više restriktivni zakoni o abortusu u državama članicama. Iako mnogi zakoni na prvi pogled deluju kao vrlo liberalni, u praksi pokazuju veliki broj prepreka koje otežavaju, a nekada čak i onemogućavaju, pristup izvršenju bezbednog abortusa. Legalizovan abortus ne znači automatski bezbedan i dostupan abortus. Ipak, dokaz da je pitanje bezbednog abortusa važna tema u Evropi jeste činjenica da se i dalje

pred Evropski sud za ljudska prava postavljaju zadaci da se ocene restriktivni zakoni država potpisnica.

Iz izloženih primera sudske prakse možemo videti da je Sud vešto izbegao da pruži definitivan odgovor kojim bi se razrešile ove pravne dileme, najverovatnije zbog nepostojanja konsenzusa povodom ovog pitanja. Sud je ostavio polje slobodne procene državama potpisnicama da u svom zakonodavstvu regulišu pitanje abortusa, uz mandatorni zahtev za uspostavljanje ravnoteže između potrebe da se obezbedi zaštita prava fetusa i zaštite prava i interesa žene. Stoga pitanje da li je abortus na zahtev žene u skladu sa EKLJP ili predstavlja kršenje čl. 2 još uvek predstavlja slepu tačku. Sud u presudama pokušava da ostane neutralan, odbijajući da fetus stavi pod zaštitu odredaba EKLJP-a, ali istovremeno izbegavajući da pravo na abortus stavi u okvire ljudskih prava. Ipak, iz izložene sudske prakse može se uočiti, po mišljenju autorke, da je pravac u kom Sud sugerise da treba da se kreće dalji razvoj zakonodavstva usmeren ka legalizaciji bezbednih abortusa.

Pravo žene na bezbedan abortus predstavlja civilizacijsku tekovinu razvoja ljudskih prava. Prohibitivni zakoni o reproduktivnim pravima mogu ženama doneti ozbiljne zdravstvene i socijalne poteškoće koje su mogle biti sprečene u startu. Države snose nepotrebne troškove zbog sprečavanja i ispravljanja posledica nelegalnih abortusa i zbrinjavanja napuštene dece. One su dužne da razviju mehanizme prevencije i sprečavanja neželjenih trudnoća pre svega kroz dostupnost i informisanost o sredstvima kontracepcije, ali i kroz seksualno obrazovanje mladih. Abortus, kao poslednja opcija kada do neželjene trudnoće ipak dođe, trebalo bi da bude dozvoljen, dostupan i bezbedan.

Literatura

- Cvejić-Jančić, O. 1998. *Porodično pravo – bračno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu.
- Grupa autora. 1987. *Medicinski leksikon*. Beograd/Zagreb: Medicinska knjiga.
- Konstantinović-Vilić, S. & Petrušić, N. 1999. *Reproduktivna prava i slobode, pravo na nerađanje*. Niš: Ženski istraživački centar za edukaciju i komunikaciju.
- McHale, J. et al. 2007. *Health Care Law: Text and Material*. London: Sweet & Maxwell.
- Pence, G. 1995. *Classic Cases in Medical Ethics*. Boston: McGraw-Hill Publishers.
- Petrović, T. 2007. Aktuelna pitanja vezana za pravo na život. *Pravni život*, 10, pp. 195–212.
- Petrušić, N. 2007. Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava u zaštiti reproduktivnih prava. *Pravni život*, 10, pp. 319–337.
- Puppinck, G. 2013. Abortion and the European Convention on Human Rights. *Irish Journal of Legal Studies*, 3(2), pp. 142–194.
- Roos, N. H. M. 2003. The Value of Life according to “Law as a Way to Survive”. *Medicine and Law*, 22(4), pp. 579–588.
- Stone, A. 2010. *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Tollefsen, Ch. 2008. *Embryo – A Defense of Human Life*. New York: Doubleday.

Internet izvori

Center for Reproductive Rights. 2020. *Europe's abortion laws comparative overview*. Dostupno na: <https://reproductiverights.org/europes-abortion-laws-comparative-overview>, (25. 1. 2021).

Pravni izvori

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima. Dostupno na: <http://www.poverenik.rs/yu/pravni-okvir-pi/medjunarodni-dokumenti-pi/146-univerzalna-deklaracija-oljudskim-pravima.html>, (10. 7. 2020).

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

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

Zakon o ratifikaciji Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/1981.

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 ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ*, br. 7/1971.

Parliamentary Assembly Council of Europe (PACE). 2008. Resolution 1607 (2008) Access to safe and legal abortion in Europe. Dostupno na: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17638>.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava

A, B and C v. Ireland, predstavka br. 25579/05, presuda ECHR, 16. 12. 2010. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102332>, (25. 1. 2021).

Boso v. Italy, predstavka br. 50490/99, presuda ECHR, 6. 9. 2001. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23338>, (25. 1. 2021).

Costa and Pavan v. Italy, predstavka br. 54270/10, presuda ECHR, 28.8.2012. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112993>, (25. 1. 2021).

Haas v. Switzerland, predstavka br. 31322/07, presuda ECHR, 20. 1. 2011. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102940>, (25. 1. 2021).

Jean-Jacques Amy v. Belgium, predstavka br. 11684/85, presuda ECHR, 05. 10. 1988. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-24113>, (25. 1. 2021).

Odièvre v. France, predstavka br. 42326/98, presuda ECHR, 13. 2. 2003. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60935>, (25. 1. 2021).

Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, predstavka br. 14234/88, presuda ECHR, 29. 10. 1992. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57789>, (25. 1. 2021).

- P. and S. v. Poland*, predstavka br. 57375/08, presuda ECHR, 30. 1. 2013. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114098>, (25. 1. 2021).
- R.H. v. Norway*, predstavka br. 17004/90, presuda ECHR, 19. 5. 1992. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1759>, (25. 1. 2021).
- R.R. v. Poland*, predstavka br. 27617/04, presuda ECHR, 26. 5. 2011. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104911>, (25. 1. 2021).
- Rommelfanger v. Germany*, predstavka br. 12242/86, presuda ECHR, 6. 9. 1989. Dostupno na <http://echr.ketse.com/doc/12242.86-en-19890906/view/>, (25. 1. 2021).
- Silva Monteiro Martins Ribeiro v. Portugal*, predstavka br. 16471/02, presuda ECHR, 26. 10. 2004. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67313>, (25. 1. 2021).
- Tysic v. Poland*, predstavka br. 5410/03, presuda ECHR, 20. 3. 2007. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1952452-2061288>, (25. 1. 2021).
- Vo v. France*, predstavka br. 53924/00, presuda ECHR, 8.7.2004. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61887>, (25. 1. 2021).
- X, Y and Z v. The United Kingdom*, predstavka br. 21830/93, presuda ECHR, 22. 4. 1997. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58032>, (25. 1. 2021).

Majida M. Lubura, MA

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

e-mail: majida.lubura@outlook.com

RIGHT TO ABORTION IN MODERN LAW AND IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

A basic human right - the right to life, even today faces numerous questions when it comes to its scope. One of those questions is the issue of the right to abortion, which is the subject of numerous controversies among lawyers, philosophers, medical workers, theologians, as well as among citizens in the broadest sense. Debates that exist in various scientific disciplines indicate the complexity of these issues that needs to be legally regulated at the domestic and international level.

For that reason, it is necessary to follow and study the judgments of international bodies that have been passed in connection with this issue. As the most developed system of Human Rights protection has been established within the European Convention on Human Rights, and at the same time the most relevant for our country, in this paper the author studies the current practice of the European Court of Human Rights related to the right to abortion.

It is evident, from the case law presented in this paper that the Court had a very delicate and difficult task to balance between diametrically opposing rights and interests

of various interested parties. The Court's judgments show a consensus only regarding the question of the existence of the right to abortion in cases where the right to life and health of women is endangered. Opponents of abortion claim that in this case, it is not the right to abortion, but the right to life of a woman and that only then an abortion is allowed and justified to be performed, as well as that it is a conclusion that can be deduced from the Court's case law. However, the author of this paper believes that even though the practice of the court is quite neutral, it still tends more towards granting the right to safe abortion.

Keywords: abortion, right to life, European Court of Human Rights, reproductive rights.

Primljeno: 4. 9. 2020.

Izmenjeno: 25. 1. 2021.

Prihvaćeno: 31. 3. 2021.

Dr Ana Čović

PORODIČNOPRAVNI ASPEKTI VERSKIH BRAKOVA**Beograd: Institut za uporedno pravo, 2020.**

Čovečanstvo besni kao oluja, ali ja samo posmatram u tišini, jer znam da će oluja proći dokle god Bog sve vidi. Ljudi su podeljeni na razne klanove i plemena, pripadaju zemljama i gradovima. No ja se osećam strancem u svim zajednicama i ne pripadam niti jednom staništu. Svet je moja zemlja, čovečanstvo je moje pleme.

Ti jesi moj brat zato što si čovek i obojica smo sinovi Duha Svetoga; isti smo i sačinjeni od iste zemlje. Ti si moj brat i ja te ljubim. Ljubim te klanjajući se u tvojoj crkvi, klečeći u tvom hramu i moleći u tvojoj džamiji. Ti i ja i svi, deca smo jedne religije, jer različiti su putevi religija tek prsti ljubeće ruke Najvišega Bića, pružene svima, pružajući punoću duha svima, strepeći hoće li je prihvatiti svi.

Halil Džubran

Monografija *Porodičnopravni aspekti verskih brakova* autorke dr Ane Čović na sveobuhvatan način obrađuje vrlo zahtevnu temu, u oblasti u kojoj postoji relativno odsustvo domaće literature. Ona u sebi sadrži pitanja koja se odnose na sve aspekte braka i odnos crkvenog i svetovnog braka, kao i stavove verskih teoretičara, crkvenih kanona, državnih zakona i sudske prakse. Odnos državnog i crkvenog bračnog prava danas je interesantan i kada govorimo o legalizovanju istopolnih brakova u nekim državama, izazovima koje takva zakonska rešenja nose sa sobom i mogućim konfliktima čija se pozadina nalazi u religiji, budući da veće protivljenje crkve utiče i na stavove stanovništva o ovom pitanju. Kada govorimo o verskim brakovima postavlja se i pitanje poštovanja slobode veroispovesti prilikom razmatranja i analize uslova koji se prema propisima različitih verskih zajednica moraju ispuniti da bi se mešoviti brak mogao zaključiti.

Monografija je podeljena na osam poglavlja. U prvom poglavlju autorka se bavi uvodom u osnovne religijske stavove o braku i položaju žene. Razvoj braka kroz istoriju, stavovi o biblijskom odnosu između žene i muškarca, položaj žene i osnovni stavovi o braku u hrišćanstvu, judaizmu, islamu, hinduizmu i budizmu, uvode čitaoca u drugo poglavlje koje vrlo detaljno obrađuje uslove i postupak zaključenja verskih brakova u Srpskoj pravoslavnoj crkvi, Rimokatoličkoj crkvi i šerijatskom pravu.

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

Tema trećeg poglavlja su pravna dejstva braka, odnosno uzajamna prava i dužnosti bračnih drugova i njihova prava i dužnosti u pogledu dece, a u četvrtom poglavlju su obrađeni uslovi i posledice prestanka verskih brakova. Srpski građanski zakonik iz 1844. godine priznavao je nadležnost crkve za sklapanje braka (čl. 60 SGZ) i nadležnost crkvenih sudova za prestanak braka (čl. 99 SGZ). Autorka podseća da je od 1946. godine i donošenja Osnovnog zakona o braku, koji je razlikovao skrivljene i neskrivljene brakorazvodne uzroke, pravosnažan građanski razvod postao preduslov za postupanje crkvenih sudova, ali da se danas zadatak crkvenog suda ne svodi samo na potvrđivanje razloga i činjenica utvrđenih u građanskom brakorazvodnom postupku već da je presuda građanskog suda samo jedan od dokaza u brakorazvodnom postupku pred crkvenim sudom.

Peto poglavlje obrađuje vrlo zanimljivo pitanje mešovitih brakova i uslove koje različite verske zajednice propisuju za njihovo sklapanje i dejstva. Sklapanjem mešovitog braka u uzajamni odnos ne stupaju samo dve osobe različite vere već i dve verske zajednice čiji propisi u ovoj oblasti mogu biti u sukobu, iz razloga zainteresovanosti svih verskih zajednica da ostvare svoj uticaj prilikom regulisanja mešovitih brakova koji se odobravaju, ali uz brojna ograničenja, što navodi na zaključak da kao takvi nisu poželjni. Kroz uporednu analizu Bračnih pravila SPC, Zakonika kanonskog prava i islamskog šerijatskog prava data je potpunija slika o problemima koji se mogu pojaviti onda kada se žele zaključiti mešoviti brakovi. Autorka pokušava da odgovori na pitanje da li verska uverenja para postaju prepreka zbog koje se supružnici ne mogu potpuno sjediniti, jer „svako religiozno verovanje ima svoju tvrdnju o istini o kojoj se ne može pregovarati, ali se mora poštovati, te ovo ne bi imalo uticaja samo na one koji veruju da su sve religije iste“, što je stanovište koje zastupaju određeni autori.

Pravna dejstva verskih brakova u državno-pravnoj sferi tema su šestog poglavlja, u kome autorka daje detaljan prikaz pravnih dejstava verskih brakova i razvoda u Republici Srbiji, zemljama Evropske unije, s posebnim osvrtom na pravna dejstva šerijatskog braka u Velikoj Britaniji i arbitražna veća koja postupaju u porodičnim stvarima supružnika islamske vere. Dat je prikaz pojedinih akademskih istraživanja koja su doprinela rušenju nekih predrasuda o delovanju šerijatskih sudova, kao što je projekat „Socijalna kohezija i građansko pravo“, sproveden na Univerzitet u Kardifu, koji je pružio uporedni prikaz tri verska suda: Katoličkog nacionalnog suda za Vels, Bet Dina u Londonu (rabinskog suda judaizma) i Šerijatskog veća Centralne džamije u Birmingemu u oblasti braka i razvoda. Takođe, naglašava se da je Zapad do sada imao dva modela 'upravljanja' muslimanskim stanovništvom u svojim državama: multikulturalizam koji se povezuje sa zemljama engleskog govornog područja (Ujedinjeno Kraljevstvo, Sjedinjene Države, Kanada) i severnom Evropom i model asimilacije, specifičan za Francusku, Nemačku i Austriju, te se pokušava odgovoriti na pitanje koje su prednosti i mane ovih modela. Pitanje primene verskog porodičnog zakona pred sudovima ilustrovano je primerima brojnih presuda iz sudske prakse iz kojih se zaključuje da „porodično pravo u Sjedinjenim Državama uključuje blagi oblik pravnog pluralizma, na odgovarajući način ograničenog zahtevima ustavnog prava i porodičnog prava, čime se ljudima omogućava prostor da uređuju svoj porodični život u skladu sa svojim verskim uverenjima, u eri kada porodice sve

više prelaze državne granice, tako što sudije porodičnih sudova daju pravno priznanje stranim bračnim ugovorima i presudama o razvodu“.

Stavovi verskih zajednica o LGBT brakovima tema su sedmog poglavlja. Paralelno sa izmenama u porodičnim zakonodavstvima pojedinih država, aktuelizuje se pitanje odnosa verskih zajednica prema LGBT osobama, registrovanim partnerstvima ili brakovima u koje stupaju, ali i stavovi prema ostvarivanju njihovog prava na planiranje porodice i usvajanje dece. Oni se razlikuju od izričitih zabrana, beskompromisnog suprotstavljanja prihvatanju LGBT identiteta, čak i pogubljenja ljudi koji učestvuju u homoseksualnim odnosima, do liberalnijih i progresivnijih verskih konfesija koje prihvataju da venčavaju istopolne parove, kao i transrodne osobe. Citirajući nemačkog rimokatoličkog kardinala Reinharda Marxa, predsedavajućeg Nemačke biskupske konferencije („Do sada smo imali tu razliku – neki su protiv, neki su za, bila je otvorena diskusija... Mi [crkva] imamo svoj moralni stav o braku i to je jasno, ali sekularna država mora regulisati istopolne partnerske odnose i dovesti ih u pravedan položaj”), i suprotstavljajući slične stavove onim o apsolutnoj neprihvatljivosti legalizovanja istopolnih brakova, autorka navodi čitaoca na razmišljanje o ovoj vrlo kompleksnoj temi.

U okviru osmog, završnog poglavlja, autorka zaključuje da se pravna dejstva zaključenja i prestanka crkvenog braka u sferi državnog prava razlikuju u zemljama članicama Evropske unije, u zavisnosti od uticaja crkve i njene povezanosti s državnom vlašću, a da se učenje crkve o braku i porodičnim vrednostima, danas više nego ikad pre, suočava sa izazovima prilikom zauzimanja stavova o pitanju istopolnih zajednica, dopuštenosti i opravdanosti abortusa, vanbračnoj zajednici, surogat majčinstvu, opravdanosti eutanazije, ali i istorijske (ne)ravnopravnosti polova u svim dominantnim, patrijarhalnim, religijama. U većini slučajeva postojeći zakoni predstavljaju kombinaciju različitih pravnih tradicija i praksi, što ukazuje na stalnu dinamiku između zvaničnog i nezvaničnog, između države, naroda i raznih drugih elemenata, zbog čega je „država u stalnoj igri sustizanja ili, u svojoj tvrdoglavosti, negiranja društvene stvarnosti – etničke i pravne pluralnosti“. Istraživanja postupaka pred različitim verskim sudovima pokazuju da strukturni okvir, organizacija, resursi i osoblje svakog suda odražavaju istoriju, ekonomske resurse i socijalni razvoj zajednica kojima služe, zbog čega pružaju važnu uslugu svim ljudima kojima je verski razvod „u očima Boga“ važan i sa duhovne i sa verske pravne perspektive.

Stil kojim je knjiga napisana je jasan i koncizan, što je od izuzetnog značaja za obradu osetljivih pitanja kojima se autorka bavi, bez ostavljanja prostora za eventualne nejasnoće i dileme. Veliki broj relevantnih autora na koje se naslanja tekst, pravnih izvora i sudskih presuda, govori o kvalitetu monografije, a tema kojom se bavi, u godinama pred nama, postaje sve značajnija i aktuelnija, imajući u vidu povećanje broja imigranata u Evropi, njihov uticaj na strukturu i funkcionisanje pravnih sistema evropskih zemalja, i sve češće postavljanje pitanja priznavanja novih oblika porodice. Ova knjiga će dati svoj teorijski i praktični doprinos, a zbog aktuelnosti teme kojom se bavi i načina njene obrade, izvesno je da može biti značajna literatura za pravnike, teologe, sociologe, ali i za širu čitalačku publiku.

UPUTSTVO AUTORIMA

PRIJAVLJIVANJE RUKOPISA ZA OBJAVLJIVANJE

Autori mogu da dostave radove napisane latiničkim pismom na srpskom ili na engleskom jeziku u elektronskom formatu, kao *Word* dokument. Rokovi za predaju radova su: za prvi broj - 15. februar, za drugi broj - 15. maj, za treći broj - 15. avgust i za četvrti broj - 15. novembar. Rukopisi se dostavljaju putem linka: <http://aseestant.ceon.rs/index.php/spz/>, izuzetno elektronskom poštom na adresu uredništva: **redakcijaspz@gmail.com**, koje će ih uputiti kako da se prijave na sistem *Assestant (CEON)*. Autori tom prilikom daju i autorsku izjavu. U slučaju dostavljanja koautorskih radova, korespondencija se u ime svih autora odvija sa autorom koji je rad poslao i koji će biti odgovoran za komunikaciju sa ostalim autorima (tzv. autor za korespondenciju). 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 uračunavaju 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. Ćirilički 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/cpsa.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 skraćeniica „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 svakodневних 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 svakodnevних navika“ (Stanković, 1972, p. 307).

Dugačke citate bi najpravilnije 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 zagrada, 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:

Ćeranić *et al.* (2018) istražili su ...

Citiranje više radova istog autora, objavljenih iste godine. U tekstu se uz prezime autora i godinu dodaju latinična slova a, b, c, d, kako bi se označili različiti radovi istog autora objavljeni iste godine. Primer:

Svakako, navedeni vid krivice trebalo bi da je više u našem fokusu (Ćirić, 2004a, p. 70).

...Pored „tvrdje“, ne bismo smeli da zaboravimo „meku moć“ ... (Ćirić, 2004b, p. 334).

Citiranje rada objavljenog pod okriljem organizacije. U slučaju da je navedeni tekst objavila neka organizacija (pravno lice, udruženje, ustanova, međunarodna, nevladina organizacija i slično), tako da pojedini autor nije posebno naveden, u tekstu treba uputiti na naziv organizacije i godinu objavljivanja rada. Dozvoljena je upotreba uobičajenih službenih skraćenica međunarodnih organizacija ili njihovih tela, na primer:

Od presudne je važnosti istraživati izborne procese u domaćem i stranom pravu (Institut za uporedno pravo, 2013, pp. 32-35).

Media and information technologies can offer such spaces to allow different groups to interact with each other, so in Tallin Guidelines on National Minorities and the Digital Age (OSCE, 2019)...

Citiranje rada nepoznatog autora. Umesto podataka o autoru koristi se naslov rada: U *Teoriji države i prava* (1995, p. 204) jasno se kaže...

Rad nepoznate godine izdanja. U navedenom slučaju koristi se skraćenica „*n.d.*“ (od *no date*):

Zirojević (*n.d.*) ukazuje na obeležja terorizma ...

Ili indirektno:

Obeležja savremenog terorizma su... (Zirojević, *n.d.*).

Sekundarne reference. Ako primarni izvor 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 skraćenica pod kojom će se isti propis dalje u tekstu navoditi. U daljem tekstu dovoljno je koristiti samo skraćenicu. Isto pravilo važi i za inostrane pravne akte, s tim što se podaci koji se na njih odnose navode na način kako je to uobičajeno za to strano pravo. Skraćenice se sačinjavaju prema izvornom nazivu propisa, a ne prema njihovom prevodu na srpski ili engleski jezik. 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 Istanbulske 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 predstave. 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 predstave. Na primer:

Borodin v. Russia, predstavka br. 41867/04, presuda ECHR, 6. 2. 2013, par. 166.

Sudska praksa Suda Evropske unije obavezno se navodi uz korišćenje evropske identifikacione oznake sudske prakse (*European Case Law Identifier – ECLI*). Na primer:

Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015. *Intrasoft International SA v. European Commission* (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774)

Citiranje referenci preuzetih sa interneta

Ukoliko se u radu koriste sadržaji sa interneta, 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. and 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. i 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. I Čolović, V., *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje: zbornik radova sa XXI međunarodnog naučnog skupa*. Beograd-Valjevo: Institut za uporedno pravo, pp. 463-176.
- Gasmī, G., Prlja, D. i Jerotić, A. 2017. European leading legal principles of combating gender based violence: "Istanbul Convention". U: Lilić, S. (ur.), *Perspektive implementacije*

evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 7, (Biblioteka Zbornici). Beograd: Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, pp. 335-349.

- Đukić-Milosavljević, I. *et al.* 2017. Jedinice za podršku deci žrtvama i svedocima u krivičnom postupku – Domaće pravo i praksa. *Temida*, 20(1), pp.45-64.
- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno na: <https://doi.org/10.5937/spz1803065V> (18. 1. 2019).

5. Članci objavljeni u elektronskom časopisu ili *online* bazi podataka

Navode se sledeći podaci: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. Naslov rada: podnaslov. *Naslov časopisa* volumen/godište (broj). DOI broj, ako ga članak ima ili URL adresa elektronskog izdanja časopisa ili naziv *online* baze podataka (datum posete stranici). Odlučujući kriterijum za određeni način navođenja jeste kako korisnik najlakše može pronaći 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. and Ollus, N. 2017. *The costs of assisting victims of trafficking in human beings: a pilot study of services provided in Latvia, Estonia, Lithuania, Report Series 87*. Helsinki: HEUNI. Dostupno na: https://www.heuni.fi/material/attachments/heuni/reports/HY3EXasQ3/HEUNI_Report_no.87.pdf (18. 1. 2019).

Podaci o radu iz zbornika čiji je sadržaj objavljen na internetu navode se na sledeći način: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov rada* (sa nazivom časopisa i drugim podacima koji se zahtevaju za članak). URL: (datum posete stranici).

- Rabrenović, A. 2008. Razvoj službeničkog sistema federalne uprave SAD: od potrage za političkim plenom ka ostvarenju javnog interesa. U: Ćirić, J. (ur.), *Uvod u pravo SAD*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 49-70. Dostupno na: <http://iup.rs/wp-content/uploads/2017/10/Uvod-u-pravo-SAD.pdf> (18. 1. 2019).

7. Članak dostupan na internetu koji nema naznačenog autora

Osnovni podaci koje treba navesti su: Naslov rada, godina izdanja, URL ili naziv *online* baze podataka, (datum pristupa stranici). Na primer:

- National Action Plan to combating corruption – Mongolia 2016. Dostupno na: <https://www.opengovpartnership.org/.../06-national-action-plan-combating-corruption> (18. 1. 2019).

8. Spisak korišćenih pravnih izvora i izvora sudske prakse

Popisuju se nazivi zakona i drugih propisa korišćenih u radu, sa brojevima službenih glasila u kojima su objavljeni ili podacima o elektronskim izvorima sa kojih su preuzeti. U slučaju potrebe, razdvajaju se domaći od stranih propisa (u podnaslovima se navodi na koju se državu propisi odnose). Propisi se navode prema hijerarhiji citiranih pravnih akata (od Ustava, preko zakona do uredbi i pojedinačnih akata). Ako se navodi više akata iste pravne snage, koristi se abecedni red. 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).