

**UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI
U SAVREMENOM PRAVU
– *in memoriam* dr STEFAN ANDONOVIĆ**



Institut za uporedno pravo
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

**UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI
U SAVREMENOM PRAVU
– *in memoriam* dr STEFAN ANDONOVIĆ**

Urednik
Jovana Rajić Čalić

Beograd, 2023

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U SAVREMENOM PRAVU
– *in memoriam* dr STEFAN ANDONVIĆ

Izdavač

Institut za uporedno pravo u Beogradu

PF Univerziteta u Kragujevcu

Za izdavača

Prof. dr Vladimir Čolović

Prof. dr Dragan Vujisić

Urednik

Jovana Rajić Čalić, MA

Tehnički urednici

Jovana Rajić Čalić, MA

Milena Momčilov, MA

Recenzenti zbornika

Prof. dr Vladimir Čolović, Institut za uporedno pravo u Beogradu

Dr Jelena Vukadinović Marković, Institut za uporedno pravo u Beogradu

Dr Ana Knežević Bojović, Institut za uporedno pravo u Beogradu

Prof. dr Srđan Đorđević, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

Doc. dr Borko Mihajlović, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

Doc. dr Tamara Đurđić Milošević, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

Lektura

Irena Popović

Tiraž

100

Dizajn korice

Bojan Košić

Tehnička priprema

„Dogma”

Štampa

JP „Službeni glasnik”

ISBN 978-86-80186-99-3

DOI 10.56461/ZR_23.SA.UPISP

Zbornik je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS prema Ugovoru o realizaciji I finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2022. godini (evidencioni broj 451-03-68/2022-14/200049).

© Institut za uporedno pravo, 2023.

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove knjige ne može biti reprodukovano, presnimavano ili prenošeno bilo kojim sredstvom – elektronskim, mehaničkim, kopiranjem, snimanjem, ili na bilo koji drugi način bez prethodne saglasnosti autora i izdavača.

SADRŽAJ

REČ UREDNIKA.....	9
In memoriam	10

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U DIGITALIZACIJI

Jelena Vučković VEŠTAČKA INTELIGENCIJA U MEDIJIMA.....	13
Andrej Diligenski VIDEO-NADZOR U SRPSKOM PRAVU	31
Sonja Lučić PRIVREDNI ZNAČAJ ELEKTRONSKOG SPORTA	45
Dragan Prlja, Gordana Gasm, Vanja Korac ALGORITAMSKA DISKRIMINACIJA	59
Jelena Čanović Spasojević UPOTREBA VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U SUDSKOM POSTUPKU	75

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U UPRAVNOM PRAVU I JAVNOJ UPRAVI

Bojan Vlaški, Marko Romić PRAV(N)A PRIRODA AKATA VISOKOG PREDSTAVNIKA ZA BOSNU I HERCEGOVINU – (U)PRAVNA I(LI) POLITIČKA.....	93
Dejan Vučinić VRHOVNE REVIZORSKE INSTITUCIJE I VRHOVNA REVIZIJA U REPUBLICI SRBIJI	113
Marko Davinić USMENA REŠENJA U UPRAVNOM POSTUPKU	125
Vladimir Đurić KOLOKACIJA I ZAJEDNIČKO KORIŠĆENJE U PRAVU ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJA– Upravnopравни aspekti –	149
Zoran Jovanović OSVRT NA PRAVNI OKVIR ELEKTRONSKE UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI.....	167
Vasilije Marković PRAVO NA DVOJNO DRŽAVLJANSTVO U CRNOJ GORI – SEKURITIZACIJA KAO POSLEDNJI ČIN STARE DRAME?.....	179
Aleksandra Rabrenović PRAVNI OKVIR PROCESA ZAPOŠLJAVANJA U DRŽAVNOJ UPRAVI SRBIJE – novine i izazovi	205

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U RADNOM PRAVU

Aleksandar Antić PRESTANAK RADNOG ODNOSA VOLJOM ZAPOSLENOG.....	223
Kristina Balnožan PRILAGOĐAVANJE RADNOG PRAVA DIGITALNOM DOBU PRAVO RADNIKA NA ISKLJUČIVANJE.....	237

Filip Bojić	
SLOBODA UDRUŽIVANJA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U DOMAĆEM I UPOREDNOM PRAVU	259
Tijana Kovačević	
UGOVOR O RADU NA ODREĐENO VREME U UPOREDNOM I DOMAĆEM PRAVU ...	283
Mina Kuzminac	
ZABRANA DISKRIMINACIJE KANDIDATA ZA ZAPOSLENJE NA OSNOVU BRAČNOG I PORODIČNOG STATUSA – OSVRT NA PITANJE PODATAKA O LIČNOSTI.....	301
Jovana Misailović	
ELEKTRONSKI NADZOR ZAPOSLENIH – PROBLEM USPOSTAVLJANJA RAVNOTEŽE IZMEĐU OVLAŠĆENJA POSLODAVACA I PRAVA ZAPOSLENIH NA PRIVATNOST	323
Milica Midžović	
REGULISANJE UZBUNJIVANJA U DOMAĆEM I POJEDINIM UPOREDNOPRAVNIM SISTEMIMA.....	339
Mila Petrović	
PRAVO NA ZAŠTITU ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU „KAO” FUNDAMENTALNI STANDARD MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA ...	355
Mario Reljanović	
IZAZOVI DIGITALIZACIJE PROCESA RADA – UPOREDNA ISKUSTVA U UGROŽAVANJU I ZAŠTITI OSNOVNIH PRAVA RADNIKA	365
Bojan Urdarević	
NEKE PRAVNE NEDOUMICE U VEZI SA ODREĐIVANJEM POJMA FRILENSERA U REPUBLICI SRBIJI	393
Sanda Ćorac	
PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA PROTIV SRBIJE I ZABRANA DISKRIMINACIJE PO OSNOVU INVALIDITETA.....	405
UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U USTAVNOM PRAVU	
Miroslav Đorđević	
PREDSEDNIČKI SISTEM I PREZIDENCIJALIZAM U EVROPI	417
Anika Kovačević	
INSTITUCIJE ZA OSTVARIVANJE I ZAŠTITU PRAVA NA INFORMACIJE OD JAVNOG ZNAČAJA I ZAŠTITU PODATAKA O LIČNOSTI	435
Ružica Kiječanin	
ORGANIZACIJA USTAVNOG SUDA U REPUBLICI SRBIJI, UZ OSVRT NA REGULISANJE TOG PITANJA U ITALIJI I ŠVAJCARSKOJ.....	449
Sanja Rajić	
SLOBODA MEDIJA I NJENA OGRANIČENJA.....	463
Danilo Savović, Danica Savović	
TRANSFORMACIJA PRIMENE KONCEPTA KOHABITACIJE U SAVREMENOM PARLAMENTARNOM SISTEMU (uporednopravna analiza na primeru Francuske i Crne Gore).....	479
Miloš Stanić	
SUDSKI SAVETI U POLJSKOJ I ESTONIJI	497

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U GRAĐANSKOM PRAVU

Ana Čović

SAVREMENE BIOETIČKE DILEME I GENETSKI INŽENJERING –
TRORODITELJSKI EMBRIONI I GMO BEBE 515

Bogdana Stjepanović, Ivana Radomirović

FIKSNI FORMALNI UGOVORI – RASKID PO SILI ZAKONA 531

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U PRAVU OSIGURANJA

Mirjana Glintić

KORIŠĆENJE GENETSKIH PODATAKA U PRAVU OSIGURANJA 553

Jovana Rajić Čalić, Iva Tošić

PROFILISANJE I AUTOMATIZOVANO DONOŠENJE ODLUKA
OD OSIGURAVAJUĆEG DRUŠTVA
U SVETLU ZAŠTITE PODATAKA O LIČNOSTI 571

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U PRAVU INTELEKTUALNE SVOJINE

Jelena Čeranić Perišić

VRSTE ODGOVORNOSTI ZA POVREDU ŽIGOM ZAŠTIĆENIH OZNAKA
U VIRTUELNOJ REALNOSTI 587

Nikola Milosavljević

OGRANIČENJE PRAVA NA ZAŠTITU PODATAKA O LIČNOSTI PRAVIMA
INTELEKTUALNE SVOJINE DRUGOG LICA 603

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U KRIVIČNOM PRAVU

Nikola Vujičić

NA PUTU KA USLOVNOM OTPUŠTANJU U REPUBLICI SRBIJI 621

Sadmir Karović

SAVREMENI IZAZOVI U KRIVIČNOM PRAVU
BOSNE I HERCEGOVINE – OČEKIVANJA I STVARNOST 639

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U MEĐUNARODNOM PRAVU

Stefan Anđelković

IZAZOV REGULISANJA UPOTREBE NUKLEARNOG ORUŽJA – UGOVOR
O ZABRANI NUKLEARNOG ORUŽJA I BEČKA DEKLARACIJA 657

ISTORIJSKOPRAVNI ASPEKTI

Andreja Katančević

ZASTUPANJE U SRPSKOM SREDNJOVEKOVNOM RUDARSKOM PRAVU 673

Vukašin Stanojlović

ISTORIJA PRENOSA PRAVA SVOJINE PO OSNOVU UGOVORA O KUPOPRODAJI 685



DR STEFAN ANDONOVIĆ
13. 05. 1991 - 14. 05. 2021.

REČ UREDNIKA

Zbornik radova „Uporednopravni izazovi u savremenom pravu – in memoriam dr Stefan Andonović” nastao je kao rezultat naučne konferencije održane na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu posvećene dr Stefanu Andonoviću, dragom kolegi, dobrom prijatelju i vrsnom pravniku.

Zahvalnost dugujem kolegama i koleginicama iz Instituta za uporedno pravo u Beogradu, uvažanim profesorima i saradnicima sa Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, advokatima i pravnicima koji su se odazvali pozivu i uložili trud da napišu naučni rad i time doprinesu nastanku Zbornika. Tako, Zbornik posvećen Stefanu broji 40 radova i podeljen je na 10 delova. Teme radova su aktuelne, otvaraju dileme i postavljaju pitanja kojima bi se bavio i Stefan. Svedoci smo da u savremenom dobu gotovo da ne postoji oblast prava u kojoj nije došlo do izvesne modifikacije standardnih instituta, jer se savremeno društvo i država menjaju ubrzano, te se sve više govori o preobražajima niza klasičnih pravnih instituta. Promene se dešavaju ne samo u teorijskom, nego i u praktičnom domenu. O tome je često govorio i pisao naš dragi Stefan, da je budućnost teško predvideti, ali je na nama da pratimo promene i da kroz bavljenje naukom damo svoj doprinos. Cilj konferencije i zbornika bio je da oživimo ideje i pitanja kojima bi se i Stefan danas bavio, a tiču se oblasti upravnog i sportskog prava, veštačke inteligencije i zaštite podataka, ali i drugih oblasti koje izlaze iz kruga njegovog interesovanja. Verujemo da je ovo bio jedan od najboljih načina da sačuvamo uspomenu na sjajnog momka, dobrog prijatelja i još boljeg pravnika kakav je bio naš Stefan.

Urednik Konferencije i Zbornika

Jovana Rajić Čalić,

istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu.

Stefanu Andonoviću, prijatelju i kolegi koji nas je iznenada i prerano napustio

Kažu da je „život ono što nam se desi dok pravimo planove za život”. Verujem da ovo nije scenario koji je bilo ko mogao predvideti kada smo Stefan i ja u maju 2018. godine zajedno zasnovali radni odnos u Institutu za uporedno pravo kao mladi istraživači.

Nekoliko godina kasnije, meni je pripala uloga urednika konferencije i zbornika prvi put. Bila sam skeptična, jer se uređivanje zbornika poklopilo sa pisanjem poslednje verzije moje doktorske disertacije. To verovatno nije samo splet okolnosti, jer sam od Stefana naučila da je potrebno da stalno izlazimo iz zone komfora, i da samo ako budemo dovoljno hrabri i ambiciozni možemo dostići svoje ciljeve. Bila sam hrabra, pisala dve stranice dnevno i verujem da bi bio ponosan da vidi moju disertaciju na uvidu javnosti. Još uvek nisam uspela da izbacim beli šećer, ali sam se vratila sportskim aktivnostima. Verovatno ću do kraja života težiti da dostignem njegov nivo samodiscipline i posvećenosti u svemu što radim. Trudiću se da budem skromna u svojim uspesima, da sa puno strasti pristupam svemu što radim i da u ljudima vidim ono dobro, kao što je on radio. Ali sam sigurna da neću skoro upoznati pravnika koji će sa 30 godina postići ono što je on, uvek uz osmeh i, čini se, lako. I dalje se teško mirim sa činjenicom da o Stefanu govorim u prošlom vremenu, njegova iznenadna smrt me i dve godine kasnije drži u stanju šoka, dok me „Čamac na Tisi” uvek podseti na njega.

Vreme ne leči rane, u to sam sigurna, samo nam daje mogućnost da stvorimo svet u kome ćemo živeti sa činjenicom da njega više nema.

Dragi Stefi, do viđenja,
Joca.

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U DIGITALIZACIJI

VEŠTAČKA INTELIGENCIJA U MEDIJIMA**

Apstrakt

Četvrta industrijska revolucija podrazumeva upotrebu novih tehnologija koje spajaju digitalni i biološki svet – veštačke inteligencije. Veštačka inteligencija svoju upotrebu nalazi i u oblasti medija i tako utiče na oblikovanje društvene stvarnosti. Mediji su od svog nastanka prošli kroz niz transformacijskih procesa i, prateći tehnološki razvoj, svoju moć višestruko uvećali. Veštačka inteligencija i automatizacija ključni su pokretači (r)evolucije načina na koji se vesti i drugi medijski sadržaji proizvode, distribuiraju i konzumiraju. Time se otvaraju pitanja odgovornosti za kreirani medijski sadržaj, uloge novinarske profesije i slobode izražavanja. Pravo javnosti na potpune, istinite i pravovremene informacije treba da bude očuvano, uz sva ostala ljudska prava, a uloga novinarske profesije uključuje više nego ikada odgovornost da se služi i odgovara javnosti.

Ključne reči: veštačka inteligencija, mediji, novinarska profesija, pravo javnosti na informacije, sloboda izražavanja.

1. Uvod

Ljudsko društvo je od svog nastanka izloženo brojnim promenama i te promene sobom nose mnoge izazove. Od pronalaska parne mašine, preko električne energije, informacionih tehnologija i digitalizacije, pa sve do veštačke inteligencije. Upotreba veštačke inteligencije danas postaje sve masovnija u različitim oblastima društvenog života, od industrije, preko biznisa, do zaštite zdravlja i edukacije. Ako pođemo od činjenice da ne postoji ništa slično veštačkoj inteligenciji („there’s no such a thing as a artificial intelligence”)¹ i da je do sada bila nezamisliva upotreba tehnologija koje prevazilaze mogućnosti čovekovog uma (makar kada je u pitanju brzina kojom ovi uređaji zasnovani na ljudskoj inteligenciji donose odluke), jasno je o kakvom je i kolikom izazovu reč, što se naročito odnosi na regulativu i normiranje takvih procesa.

Rad će biti usmeren na upotrebu veštačke inteligencije u medijima. Mediji su danas moćniji nego što su ikada bili, posmatrano od nastanka prvih medija

* Vanredna profesorica Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, jvuckovic@jura.kg.ac.rs

** Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu za 2022. godinu koji se finansira iz sredstava Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

¹ Is Artificial Intelligence a Good or a Bad Thing?, www.edubirdie.com/examples/is-artificial-intelligence-a-good-or-a-bad-thing, 28. novembar 2022.

– štampanih, zatim elektronskih, do sadašnjosti, kada se njihova moć multiplicira tehnološkom revolucijom koja podrazumeva aktivno korišćenje inteligentnih i naprednih softvera i hardvera u proizvodnji medijskih sadržaja, ali i njihovoj distribuciji. Mediji su doživeli značajnu transformaciju već digitalizacijom, koja je dovela do konvergencije (spajanja) telekomunikacija, kompjutera i tradicionalnih medija, kao i do njihove istovremenosti, mobilnosti i interaktivnosti.² U tom smislu je interesantno i veoma izazovno utvrditi na koji način će novi i ubrzaniji tehnološki razvoj uticati na dalji razvoj medija. Upotreba veštačke inteligencije, kombinacije tehnologije i ljudske biologije (čovekovih misli, emocija, vrednosnih sistema), tu transformaciju će učiniti još snažnijom, sa nesagledivim posledicama u pogledu načina i brzine proizvodnje vesti, kreiranja njihovog sadržaja i odgovornosti za tako kreirani sadržaj. Veštačka inteligencija već sada doprinosi bržoj proizvodnji i prenošenju informacija, odnosno lakšem kreiranju vesti, lakšem utvrđivanju istinitosti činjeničnih informacija, olakšava pretraživanje baza podataka i time podstiče istraživačko novinarstvo. S druge strane, tako prikupljanje i selektovanje informacija, ukoliko nije praćeno odgovarajućom regulativom koja mora zahtevati transparentnost i razumljivost načina i proizvodnje vesti, može stvoriti ozbiljan problem u odgovornosti za objavljeni sadržaj. Suština pravne regulative medija usmerena je na uređivačku kontrolu (*gatekeeping*)³ koja mediju obezbeđuje verodostojnost. Ukoliko proizvodnju sadržaja poverimo kompjuterskom programu, softveru ili hardveru, možemo s pravom postaviti pitanje ko je za takav sadržaj odgovoran. Tvorac algoritma ili robota koji izgovara određeni sadržaj, ili medij koji taj sadržaj prenosi? Jedna od osnovnih tekovina savremene demokratske države u pogledu slobode medija, i to jednog njenog dela naročito – institucione slobode, jeste neodgovornost medija kao takvih (oni nemaju svojstvo pravnog lica) i individualizacija odgovornosti (odgovoran je urednik ili novinar) za određeni sklop informacija u pogledu njihove tačnosti, potpunosti i istinitosti. Zato se stanje u medijima već odavno preispituje, ne samo tradicionalnih medija, štampe, radija, televizije i internet izdanja tih urednički oblikovanih informacija, već i socijalnih, društvenih medija, kao što su Facebook, Instagram, Twitter, Tik-Tok i brojne druge internet platforme putem kojih se informacije emituju neverovatnom brzinom. Očigledna i vidljiva pojava dezinformacija, netačnih ili zloćudnih informacija postala je pitanje o kome se raspravlja na nivou institucija Evropske unije.⁴ Formiraju se čitavi timovi stručnjaka koji pokušavaju da pronađu adekvatan pravni okvir kako bi se tim pojavama stalo na put, zbog dokazanog uticaja koji imaju na oblikovanje javnog mnjenja, a samim tim i na odluke u postupku političkog odlučivanja i izbora vlada. Pritom treba uzeti u obzir da je u tom procesu važno očuvati slobodu izražavanja, kao vrhovnu vrednost svakog društva. Da li je to zaista i moguće u eri digitalizacije u kojoj je informacija roba koja ima ogromnu tržišnu vrednost, i eri ubrzanog uvođenja veštačke inteligencije u rad medija? S tim u vezi, u toku 2022. godine usvojeni su Zakon o digitalnim uslugama

² J. Vučković, *Medijsko pravo*, Niš 2022a, 52.

³ *Ibid.*, 253.

⁴ J. Vučković, „Neka pitanja digitalizacije medijskih usluga”, *Usluge i vladavina prava* (ur. Dragan Vujisić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2021a, 525.

(*Digital Services Act*) i Zakon digitalnom tržištu (*Digital Market Act*)⁵ kojim se svi mediji, a naročito društvene mreže sa velikim brojem korisnika, obavezuju da informacije plasiraju na drugačiji način, vodeći računa o njihovoj verodostojnosti. Na isti način na koji su te kompanije uvele korišćenje algoritma zasnovanog na navikama korisnika, kako bi ih što duže zadržale, moraće da uvedu i drugi tip algoritma, onog koji bi morao da proveri istinitost tih činjenica. To tačno znači da bi neke činjenice postale selektivno nevidljive za korisnike, sve dok ne budu proverene, a to opet znači da neće biti moguće senzacionalizmom zadržati korisnike na platformama. Algoritmi su jedan od oblika veštačke inteligencije koji se uveliko koristi u svim oblastima društvenog života. U tom kontekstu je važno pomenuti i predlog Zakona o veštačkoj inteligenciji (*Artificial Intelligence Act – AIA*) koji je na nivou Evropske unije definisala Evropska komisija i objavila ga u aprilu 2021. godine kako bi se ta oblast adekvatno normirala.⁶ Može se zaključiti da je pokušaj institucionalizacije i pravnog regulisanja tehnološkog razvoja na snazi i da zvaničnici Evropske unije itekako shvataju značaj tog procesa, ali je izazov upravo u činjenici da se tehnologija razvija mnogo brže nego što je pravo u mogućnosti da je prati.

2. Pojam i značaj veštačke inteligencije

Veštačka inteligencija se različito definiše, kao i uostalom i sam pojam inteligencije.⁷ Taj pojam različite nauke različito posmatraju, pa postoji izazov i u pravnom uobličavanju, a još više pravnom normiranju tih pojava. Kako je veštačka inteligencija već uveliko prisutna u gotovo svim oblastima društvenog života, trgovini, industriji, zabavi, edukaciji, nauci, tehnologiji, važno je uvesti novine normiranjem tih društvenih pojava u skladu sa promenama koje se očigledno dešavaju.⁸ Treba detaljno istražiti i pravnim normama urediti način na koji se veštačka inteligencija primenjuje u svakoj od tih oblasti, u skladu sa njenim specifičnostima. U tom smislu, sve razvijenije države (SAD, Kina, EU) imaju „živu” aktivnost, te poslednjih godina donose niz dokumenata, strategija, pa i zakona koji tu oblast pravno uobličavaju.⁹ Srbija je 2019. godine usvojila Strategiju razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period 2020–2025. godine kojom se utvrđuju ciljevi i mere za razvoj veštačke inteligencije čija implementacija treba

⁵ The Digital Services Act package, www.digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package, 28. novembar 2022.

⁶ Artificial Intelligence Act, www.artificialintelligenceact.eu, 28. novembar 2022.

⁷ U psihologiji postoji preko 50 definicija inteligencije, što znači da je to složena pojava sa mnoštvom karakteristika. Posebnu teškoću u njenom određivanju predstavlja činjenica da se ona ne može direktno posmatrati već se o njoj zaključuje na osnovu ponašanja. Mnoga ponašanja mogu biti izraz inteligencije i ne postoji saglasnost nauke o tome koja od njih predstavlja suštinu. Definicija koja obuhvata najčešće isticane oblike inteligencije je da je inteligencija sposobnost apstraktnog mišljenja te brzog i tačnog snalaženja u novim situacijama, na osnovu uviđanja bitnog odnosa. V. B. Milojević Apostolović, *Psihologija*, Logos Beograd 2013, 101.

⁸ S. Andonović, „Strateško-pravni okvir veštačke inteligencije u uporednom pravu”, *Strani pravni život* 3/2020, 120.

⁹ *Ibid.*, 113–119.

da rezultira ekonomskim rastom, unapređenjem javnih usluga i naučnog kadra i razvojem veština za poslove budućnosti. Osim toga, cilj donošenja Strategije je da se u Srbiji osigura da se veštačka inteligencija upotrebljava na bezbedan način u skladu sa međunarodno priznatim etičkim principima kako bi se iskoristio potencijal te tehnologije za unapređenje kvaliteta života svakog pojedinca.¹⁰ U Strategiji nalazimo široko prihvaćenu definiciju veštačke inteligencije koju je ponudila nezavisna ekspertska grupa Evropske komisije u izveštaju o definisanju veštačke inteligencije: „Veštačka inteligencija (VI) odnosi se na sisteme koji pokazuju razumno, inteligentno ponašanje na osnovu analize svog okruženja i donose odluke – sa određenim stepenom autonomije – da ostvare konkretne ciljeve.”¹¹ U Predlogu zakona o veštačkoj inteligenciji, koji je na nivou Evropske unije usvojila Evropska komisija, data je još detaljnija analiza veštačke inteligencije, odnosno sistema veštačke inteligencije. Tako se sistem veštačke inteligencije definiše kao „softver koji se razvija pomoću jedne ili više tehnika i pristupa tako da za određeni skup ciljeva koje definišu ljudi može generisati zaključke koji se odnose na sadržaj, predviđanja ili preporuke ili koji može uticati na odluke koje se tiču okruženja sa kojim se komunicira”.¹² Novina u zakonu je pristup zasnovan na riziku, pa se tako pravi razlika između aplikacija veštačke inteligencije koje predstavljaju „neprihvatljiv rizik” i koje će biti zabranjene, aplikacija koje predstavljaju „visok rizik” i koje zato moraju ispuniti dodatne uslove kako bi se pojavile na tržištu i aplikacije koje predstavljaju „mali ili minimalan rizik”, a takva je većina postojećih aplikacija, i mogu da uđu na tržište bez ograničenja, uz uvođenje određenih dobrovoljnih kodeksa ponašanja. Na taj način pravno normiranje veštačke inteligencije dobija odgovarajući oblik, iako je, kao što smo pomenuli, to veliki izazov jer se tehnologija razvija mnogo brže nego što pravni sistemi na to mogu da odreaguju. Značajno je što se takvi koraci preduzimaju jer daju mogućnost pravnim stručnjacima da odreaguju u određenim oblastima u kojima je rizik upotrebe sistema veštačke inteligencije najveći, poput zaštite podataka o ličnosti, intelektualne svojine, prava privatnosti, javne bezbednosti i dr. Oni mogu predlagati izmenu zakona koji te oblasti regulišu, kako bi se obezbedila dodatna sigurnost građana i omogućilo korišćenje sistema veštačke inteligencije u njihovom punom kapacitetu, za dobrobit čovečanstva.

Prema tome, iako nije moguće dati jednu jedinstvenu definiciju veštačke inteligencije, iz do sada rečenog moguće je zaključiti šta je njena suština. Ako pođemo od početne premise da je inteligencija sposobnost snalaženja čoveka (donošenja odluka) u vremenu i prostoru korišćenjem čulnih (fizičkih) i kognitivnih (misaonih, emocionalnih) funkcija, veštačka inteligencija bi podrazumevala iste operacije, ali drugi subjekt koji ih sprovodi. Umesto čoveka, to bi bile mašine ili proizvodi ljudskih aktivnosti (računarski programi, vidljivi ili nevidljivi softveri)

¹⁰ Strategija razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period 2020–2025, www.srbija.gov.rs/tekst/437277, 29. novembar 2022.

¹¹ An official website of the European Union, www.eur-lex.europa.eu, 29. novembar 2022.

¹² Artical 3 Artificial Intelligence Act, www.artificialintelligenceact.eu, 30. novembra 2022.

na koje je on preneo mogućnost da se ponašaju na način sličan njemu, počevši od sprovođenja najjednostavnijih operacija (računanja), pa do onih složenijih (sposobnost donošenja odluka). Tako se veštačka inteligencija može definisati kao „način zaključivanja i postupanja po izvedenim zaključcima, uz potpuno oslanjanje na logiku, pri čemu to ne čini čovek, već mašine u najširem smislu”.¹³ To su različiti napredni računarski sistemi, koji pokazuju razumno i inteligentno ponašanje na osnovu analize svog okruženja i donose odluke – sa određenim stepenom autonomije – u težnji da ostvare konkretne ciljeve. Sistemi zasnovani na veštačkoj inteligenciji mogu biti bazirani isključivo na softveru (računarskom programu) i delovati u virtuelnom svetu (na primer, virtuelni asistenti, programi za analizu fotografija, internet pretraživači, sistemi za prepoznavanje govora i lica) ili mogu biti ugrađeni u uređaje – hardver (na primer, napredni roboti, autonomna vozila, dronovi i slično).¹⁴

Kada je u pitanju značaj veštačke inteligencije, on je mnogostruk i podrazumeva upotrebu „inteligentnih” softvera i hardvera u svakodnevnom životu u velikom broju oblasti. Tako se na mobilnim aplikacijama nalaze softveri koji omogućavaju pojedincu da vrlo brzo sazna sve što mu je potrebno kako bi obavio kupovinu, počevši od cene željenog proizvoda, preko mesta gde se na tržištu taj proizvod može kupiti po najpovoljnijoj ponudi, pa do plaćanja i isporuke, koji skraćuju realno vreme obavljanja svih tih operacija u odnosu na klasičan sistem kupovine. Isto tako, veštačka inteligencija omogućava brži povratak s posla uz „pametne” navigacione sisteme koji detektuju gužvu u saobraćaju i nude alternativne puteve, poboljšanje zdravstvenog stanja ili prepoznavanje zdravstvenog problema putem aplikacija koje omogućavaju merenje pulsa, otkucanja rada srca, nivoa kiseonika u plućima, dužine trajanja sna. Sve to u velikoj meri olakšava i poboljšava kvalitet života pojedinca. Napredak i razvoj sistema veštačke inteligencije koji podrazumeva korišćenje prirodnog jezika (*Natural Language Processing*)¹⁵ i mogućnost kompjutera da samostalno i bez ljudske intervencije uči i donosi odluke (*Machine Learning* i *Deep Learning*)¹⁶

¹³ S. Branković, „Veštačka inteligencija i društvo”, *Srpska politička misao* 2/2017, 13.

¹⁴ Strategija razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period 2020 - 2025, www.srbija.gov.rs/tekst/437277, 30. novembar 2022.

¹⁵ Programeri su razvili sistem veštačke inteligencije koji koristi prirodni jezik za pisanje jednostavnih članaka o sportu i trgovini akcijama na berzi. Tako GTP-3 generator veštačke inteligencije može proizvesti neograničeni broj tekstova, odnosno kombinacija tekstova na osnovu parametara koje unese čovek. Program *Dreamwriter* može napisati samostalno, bez učešća čoveka, 300.000 članaka godišnje, pišući članak na svakih 0,5 sekundi. M. R. Leiser, „Bias, journalistic endeavours and the risk of artificial intelligence”, in: *Artificial Intelligence and the Media, Reconsidering Rights and Responsibilities* (eds. T. Pihljarinne, A. Alen-Savikko), Northampton Massachusetts, USA, 2022, 11.

¹⁶ Mašinsko učenje je praksa korišćenja algoritama za raščlanjivanje podataka, učenje iz njih, a zatim i predviđanja bilo čega na svetu. To je nauka kojom se omogućava da računari imitirajući neuronske mreže ljudskog mozga raščlanjuju podatke, uočavaju obrasce i, ponavljajući ih, donose odgovarajuće odluke, bez oslanjanja na programiranje zasnovano na pravilima. Algoritam je skup specifičnih instrukcija koje računar koristi za rešavanje problema. To su pravila za analizu podataka pomoću statistike. Tako kompjuter („mašina”) analizira podatke, opaža karakteristične obrasce, uči iz njih, kako bi na osnovu sličnih podataka donosio rešenja u budućnosti i rešavao probleme samostalno. On tako formira sposobnosti koje ima čovek, s tim što podatke

mogu doneti mnogo prednosti, ali i predstavljati ozbiljan problem. Ta prednost je već vidljiva u njenoj dostupnosti, odnosno u činjenici da sisteme veštačke inteligencije koristi veliki broj ljudi, uključujući mobilne telefone i jeftine računare koji ih koriste u svom radu. Tako je moguće veoma brzo i lako, bez pretihodnog specijalizovanog znanja, jednim pritiskom prsta na željenu aplikaciju, dobiti željene informacije, što opet nosi i opasnost tačnosti i verodostojnosti tih informacija. Sigurno je da veštačka inteligencija može doneti značajnu dobrobit ukoliko se njena funkcija shvati na takav način: mašine i roboti mogu preuzeti obavljanje opasnih poslova, kao što su gašenje požara, bušenje nafte u dubokom moru, građevinarstvo, rudarstvo i drugi poslovi kod kojih postoji velika opasnost od povređivanja, bolesti ili čak i smrtnog ishoda. S druge strane, nove tehnologije će neminovno dovesti i do gubitka i nestanka mnogih poslova i profesija koje mašine ili roboti mogu obavljati na način koji podrazumeva veću brzinu uz manje troškova. Verovatno će nestati svi oni poslovi koji se sastoje od toga da čovek preuzima podatke i informacije od drugih ljudi i unosi ih u sistem. Dakle, radnici na kasama u prodavnicama, recepcionari, radnici u bankama, agenti kol centara profesije su koje nestaju. Kontinuirana složenost sistematskih tehnoloških inovacija, kao što su dronovi sa sopstvenim upravljanjem i roboti koji rade sami, najverovatnije će preuzeti i poslove vozača kamiona, kurirskih službi, pa čak i dostavljača. Fabrike takođe postaju potpuno automatizovane i zahtevaju sve manje ljudske radne snage za poslove proizvodnje.¹⁷ Interesantno je da automatizovani softveri sve više zamenjuju i novinarsku profesiju, tako da se i u toj oblasti otvaraju mnoga pitanja. Slično je i sa robotima koji operišu ili pružaju usluge zdravstvene pomoći. Za sada je to uz ljudski nadzor, ali razvoj naprednih sistema VI, poput mašinskog i dubokog učenja, može da ugrozi i te poslove. Da ne govorimo o profesijama koje zahtevaju transfer znanja, poput profesora i istraživača, u kojima će mašine biti brže, operativnije i u moći će da pruže mnogo veći broj informacija i činjenica. Ipak, kako napredak donosi nestanak određenih poslova i profesija, tako otvara nove mogućnosti za nove generacije, kao što su poslovi programiranja i stvaranja softvera, održavanja i popravke robota, poslova razvoja novih i boljih softverskih sistema.

Zato je sada trenutak za preispitivanje i prepoznavanje onoga što nam veštačka inteligencija nudi kao prednost i onoga što može doneti ozbiljne nedostatke. Ukoliko kao ljudi ne postanemo svesni svih opasnosti, odnosno ne počnemo da razvijamo tehnologiju tako da čoveka stavlja u centar i pomaže čoveku da bolje, kvalitetnije i svesnije živi, velika je verovatnoća da ćemo stvoriti distropijsko društvo. S druge strane, u prilici smo kao nikada do sada da društvo razvijemo po meri svakog čoveka kao pojedinca i doprinesemo razvoju čovečanstva u celini.

obrađuje i odluke donosi mnogo brže od čoveka. Duboko učenje je još savršeniji oblik mašinskog učenja koji koristi mnogostruko veću mrežu neurona i još veću količinu podataka za obradu i donošenje odluka. K. Neval, *A Machine Learning Primer*, SAS Institute Inc., 2017, 15–23.

¹⁷ G. Lopina, *Artificial Intelligence*, www.academia.edu, 23. novembar 2022.

3. Mediji i primena veštačke inteligencije

Tomas Džeferson, jedan od osnivača SAD, govoreći o značaju i važnosti medija (štampe u to vreme) za svaku državu i društvo, rekao je: „Kada bi na meni bilo da odlučim da li da imamo vladu bez novina ili novine bez vlade, ne bih oklevao da izaberem ovo drugo.”¹⁸ On je, međutim, rekao još nešto što bi se moglo smatrati univerzalnom istinom. To je i danas početna tačka izazova, čiji kraj ne možemo predvideti: „Ali ono što mislim jeste – da bi svaki čovek trebalo da ima pristup tim novinama i bude sposoban da ih pročita.”¹⁹

Nikada nije bilo lakše pristupiti medijima i doći do informacija. Međutim, mnogo je veći izazov sposobnost da se medijske informacije i vesti pročitaju. Kolika je danas, u moru različitih informacija koje nam dolaze sa različitih strana, naša sposobnost da prepoznamo one koje nam koriste? U tom kontekstu, interesantan je stav filozofa i teoretičara medija Žana Bodrijara, koji u svom delu *Simulakrum i simulacija* iz 1985. godine ističe da masovni mediji kreiraju tražnju i ovladavaju predmetima i na kraju od savremenog društva stvaraju moćno potrošačko društvo. Informacija postaje najtraženija roba kojom se trguje i u takvom društvu i takvim medijima sve postaje predstava, znak, spektakl, transestetsko, transpolitičko i transseksualno. Bodrijar je siguran da živimo u eri simulacije onog pravog. Stvarnost je unapred pripremljena i hiperrealna jer simulacija potpuno zamenjuje original. Prema Bodrijarovom shvatanju, „stvarno” se definiše u medijima u kojima obitava. A mediji su doveli do drastične razlike između realnog i imaginarnog, tako da živimo u svetu u kome je sve više informacija a sve manje smisla.²⁰ Bodrijar je to govorio pre gotovo 40 godina, pa samo možemo zamisliti kakav je odnos stvarnog i realnog danas, kada je tehnologija na mnogo višem nivou, i kako se to odražava na medije i medijsku sliku.

Pojam medija se danas različito određuje, ali je za pravnu definiciju tog pojma od suštinskog značaja da mediji podrazumevaju urednički sklop informacija namenjen unapred neodređenom broju (masi) ljudi, odnosno korisnika, zbog čega se često koristi termin masmediji.²¹ Suština je, dakle, u postojanju standarda proverljivosti informacija sa aspekta njihove istinitosti, tačnosti i potpunosti, a to se obezbeđuje postojanjem uredničke kontrole. Mediji se regulišu posebnim zakonima,²² a izvesnu dilemu je predstavljalo pitanje da li se novi, digitalni društveni

¹⁸ Dž. Kin, *Mediji i demokratija*, Beograd 1995, 11.

¹⁹ Iza kulisa američke industrije medija, www.glasamerike.net/a/iza-kulisa-američke-industrije-medija/5091931.html, 15. novembar 2022.

²⁰ Ž. Bodrijar, *Simulakrum i simulacija*, Novi Sad 1985, 5 i dalje.

²¹ J. Vučković (2022a), 48–78.

²² U Srbiji su to Zakon o javnom informisanju i medijima, Zakon o elektronskim medijima, Zakon o javnim medijskim servisima, Zakon o potvrđivanju Evropske konvencije o prekograničnoj televiziji, Zakon o privremenom uređivanju načina naplata takse za javni medijski servis, www.kultura.gov.rs, 30. novembar 2022, ali i drugi zakoni koji se u određenom delu tiču načina na koji mediji rade i izveštavaju, poput Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, Zakona o autorskom i srodnim pravima, Zakona o oglašavanju, Krivičnog zakonika, Zakona o obligacionim odnosima, Porodičnog zakona itd. Vid. J. Vučković (2022a), 40.

mediji (i društvene mreže) mogu smatrati medijima u pravnom smislu reči, sa aspekta odgovornosti za sadržaj koji se na tim platformama emituje. Donošenjem Zakona o digitalnim uslugama i Zakona o digitalnom tržištu na nivou Evropske unije predviđena je odgovornost vlasnika (kompanija) velikih društvenih mreža za sadržaj koji emituju, te je nesumnjivo da u tom smislu sada i društvene medije možemo smatrati medijima u pravnom smislu reči (postojanje uredničke odgovornosti). Ta vrsta odgovornosti podrazumeva da vlasnici društvenih mreža (multinacionalne kompanije) imaju jasne kriterijume za plasiranje sadržaja, koji moraju pratiti već ustanovljene standarde slobode medija.²³ To ne bi smeli da budu algoritmi za generisanje sadržaja (bar ne još uvek) jer postoji mogućnost da se na takav način naprave ozbiljne greške.

Veštačka inteligencija je uticala na medije u tri pravca. Kada posmatramo ulogu koju mediji imaju u društvu, zbog čega se smatraju veoma važnim činiocem u oblikovanju svih oblasti društvenog života („sedma sila”, „četvrta grana vlasti”)²⁴, videćemo da tehnološki napredak itekako utiče na ostvarivanje te uloge. Mediji informišu, zabavljaju, kontrolišu javnu vlast, utiču na izbor vlada, oni su veoma profitabilna grana industrije. Uticaj digitalizacije, a sada još više i veštačke inteligencije vidljiv je i u načinu na koji mediji informišu javnost (sloboda širenja – emitovanja informacija) i u načinu na koji mediji prikupljaju informacije (sloboda informisanja – sloboda da se informacije traže) i u načinu na koji se informacije plasiraju i medijski sadržaji oblikuju (sloboda medija kao institucije).²⁵

Na slobodu izražavanja mišljenja, odnosno slobodu medija da informišu (koja leži u osnovi svih medijskih sloboda), veštačka inteligencija je uticala tako da se informacije, ideje i mišljenja šire lakše i brže nego ikada. Tehnološki napredak je uticao na povećanje broja medija, odnosno posrednika putem kojih se ideje, mišljenja i informacije šire. Pluralizam medija je jedno od osnovnih obeležja te faze njihovog razvoja. Izvori informacija su na prvi pogled raznovrsni, njihova dostupnost laka, sadržaji koji se emituju prilagođeni potrebama korisnika i, proizvodnje bogati audio-vizuelnim sadržajima koji animiraju sva čula gledalaca. Bez obzira na vrstu informacije, gledalac može da je vidi, čuje i čak može da je oseti, u realnom obliku i istovremeno, u trenutku kada ona nastaje, bilo da se informacija odnosi na vremensku prognozu, kupovinu, zabavu ili je od javnog značaja.²⁶ Mediji su postali prvenstveno pružaoci medijskih usluga

²³ J. Vučković, „Digitalni mediji i medijsko zakonodavstvo Republike Srbije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 92/2021, 216–217.

²⁴ R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2016, 585.

²⁵ Sloboda medija je složen pojam koji obuhvata tri sastavna dela (stuba): slobodu izražavanja mišljenja (slobodu medija da informišu), slobodu informisanja (slobodu da se informacije traže) i institucionu slobodu (slobodu medija kao institucije). V. Vodinić, *Pravo masmedija*, Beograd 2003, 35.

²⁶ Tako su, na primer, važni društveni događaji u zemlji pre samo nekoliko decenija prenošeni televizijskim putem i da bi gledaoci taj događaj pratili u realnom vremenu, bila je potrebna skupa oprema koja je zahtevala angažovanje velikog broja ljudi i značajne materijalne izdatke. Razvojem tehnologije, taj prenos se mogao vršiti upotrebom naočara koje sadrže kameru i koje neposredno nose sami učesnici (npr. Google naočare), čime

koje se razmenjuju na viralnom tržištu (internet). Postojanje usluga implicira postojanje tržišta, a na tržištu se vrednost robe formira prema odnosu ponude i potražnje. Pošto je ponuda velika i raznovrsna, u trci za zaradom treba privući što veći broj korisnika, te se informacije, ideje i mišljenja sve više personalizuju i prilagođavaju potrebama manje grupe ljudi koji imaju iste ili slične vrednosti. Bez obzira na sopstvene, personalne ili grupne potrebe, ljudi ostaju i društvena bića, pa uloga medija kao javnih glasila i zaštitnika javnog interesa ostaje veoma važna. Demokratski kapacitet savremenih medija mora biti očuvan. Internet, kao globalna mreža u kojoj deluju različite medijske platforme i proizvode sadržaje, mora ostati neutralan.²⁷ Internet posrednici, odnosno medijske platforme na internetu (pre svega društvene mreže) postaju dominantan izvor, tačka pristupa i ključni distributer informacija, uključujući i sadržaj vesti. Tehnološki napredni sistemi tako prikupljaju ogroman broj podataka koje korisnici dobrovoljno ostavljaju obavljajući različite aktivnosti putem tih platformi. Podaci ostaju u odgovarajućem prostoru i treba ih organizovati na odgovarajući način. Kako se to dešava? Upravo upotrebom algoritama za uređivanje i deljenje sadržaja, odnosno algoritama za preporuku. Uređivanje i deljenje postojećeg sadržaja treba da se shvati kao kombinacija delovanja (set) algoritamskih procesa i procesa kojima upravlja čovek, koji podržavaju distribuiranje sadržaja publici, poput rangiranja sadržaja ili uređivačke analize podataka.²⁸ Sistemi veštačke inteligencije te podatke i jednostavno uređuju, grupišu i ponovo upućuju (preporučuju) korisnicima koji su pretraživanjem pokazali interesovanje za njih. Na taj način se korisnici kreću u neprekidnom krugu istih ili sličnih sadržaja, bivajući zatvoreni u neku vrstu virtuelnih komora. To su eho komore (eng. *echo chambers*) ili virtuelni filter mehurovi (eng. *filter bubbles*), koje predstavljaju predmet proučavanja medijskih stručnjaka u pogledu njihovog uticaja na slobodu mišljenja i izražavanja.²⁹ Stavovi o tome se razlikuju. Postoje mišljenja da je takvim nekritičkim uređivanjem sadržaja, zasnovanim na istoriji nečijeg pretraživanja, bez prethodne provere tačnosti, istinitosti i verodostojnosti informacija, povređeno jedno od osnovnih načela medijskih prava i sloboda – pluralizam izvora informacija.³⁰ Ukoliko informacije dolaze stalno iz istih ili

prenos dobija veći stepen autentičnosti, jeftiniji je i ne zahteva nužno prisustvo novinara. Danas se to može učiniti još jednostavnije, upotrebom dronova, što se doduše reguliše posebnim zakonima zbog potrebe zaštite javne bezbednosti, ali, posmatrano sa aspekta tehnoloških mogućnosti, sve se informacije mogu prikazati u realnom vremenu, sveobuhvatno i bez učešća ljudskog faktora. Dronovi postaju sve dostupniji i u ekonomskim smislu.

²⁷ J. Vučković (2021a), 521–537.

²⁸ E. Pirkova *et al.*, *Veštačka inteligencija i sloboda izražavanja u fokusu*, Kancelarija predstavnice OEBS-a za slobodu medija (RFOM), Beograd 2021, 56.

²⁹ J. Vučković, „Uloga interneta u pružanju medijskih usluga”, *Sadašnjost i budućnost uslužnog prava* (ur. prof. dr Dragan Vujisić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2022b, 525–530

³⁰ Pravo na slobodu izražavanja bilo je drastično ugroženo kada su analitika Fejsbuka i Kembridža distribuirale poluistinite ili neistinite informacije i na taj način ugrožavale ljudsko pravo na slobodu izražavanja odnosno pravo građana da slobodno učestvuju u vođenju javnih poslova i glasaju na izborima. Milioni ljudi nisu mogli

sličnih izvora, bez obzira na njihov broj, u pitanju je prividni pluralizam. Ima mišljenja da te komore ne mogu značajnije da utiču na slobodu izražavanja i formiranje mišljenja jer se u okviru njih u virtuelnom svetu uglavnom „kreću” pojedinci koji već imaju jasno utvrđene političke i društvene stavove koje samo žele da slobodno razmenjuju u krugu svojih istomišljenika. Kako god shvatili filter mehurove, činjenica je da su tako filtrirani sadržaji često bivali neprovereni i da su doprineli širenju lažnih vesti, dezinformacija i malicioznih informacija, namerno smišljenih da naškode pojedinim grupama ili kategorijama lica i pojedincima, što je stvorilo pojavu koja je označena kao „informaciono zagađenje”.³¹ Situacija postaje još složenija ako znamo u kojoj meri se veštačka inteligencija razvija u smislu korišćenja prirodnog glasa čoveka, njegovog pokreta i mimike. Izrada audio-vizuelnih sadržaja „krađom” nečijeg identiteta, povezivanjem slike, glasa i pokreta, tako da ispada da je osoba izgovorila određeni sadržaj koji zapravo nije izgovorila, postaje česta pojava u kreiranju sadržaja.³² Pomenuli smo da se pod medijima podrazumevaju programi, korisnički sadržaji koji zahtevaju urednički oblikovane, odnosno proverene informacije, pa se otvara pitanje ko je u takvoj situaciji odgovoran za neistinito plasiran sadržaj. Da li su to vlasnici društvenih mreža (internet platformi) ili vlasnici sistema veštačke inteligencije (algoritama)? Ta dilema postaje naročito značajna u situaciji kada odgovarajuće vesti u sadržinskom smislu potpuno oblikuje algoritam, usavršen i zasnovan na mašinskom i dubokom učenju, što je sve češći slučaj danas. To se tačno odnosi na one algoritme koji su zasnovani na mehanizmima koji sami sebe podučavaju, što znači da im u tom smislu nije potrebna pomoć čoveka. Takvim algoritmima je potrebno samo unošenje početnih materijala (podataka) na osnovu kojih će prepoznati i usvojiti određenu matricu. Novousvojena normativa na nivou Evropske unije je za sada utvrdila odgovornost vlasnika društvenih mreža, koji imaju obaveze da ustanove sisteme za kontrolu sadržaja, odnosno sisteme za filtriranje i prepoznavanje nasilnog ekstremističkog sadržaja. Međutim, nema dostupnih informacija o tome koji su kriterijumi usvojeni za otkrivanje takvog sadržaja i da li se i ti video-zapisi proveravaju upotrebom odgovarajućih algoritama koji po principu unapred zadatih parametara detektuju legalnost ili nelegalnost proveravanog sadržaja. Naravno da je potrebna kontrola sadržaja i zato je uvođenje odgovornosti vlasnika društvenih mreža važna, ali je važno uzeti u obzir i činjenicu da su vlasnici tih platformi multinacionalne kompanije koje su pre svega orijentisane na profit, što može

da svoje pravo na slobodu izražavanja zaštite adekvatnim pravnim lekom. D.Prlja, G.Gasmi, V.Korać, *Ljudska prava i veštačka inteligencija*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022, 81.

³¹ J. Vučković, „Verodostojnost medijskih sadržaja – usluga na internetu”, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Dragan Vujisić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2021c, 137–150.

³² Vašingtonski univerzitet je 2018. godine napravio video-snimak bivšeg američkog predsednika Baraka Obame na kome on drži govor, koji je bio izuzetno realističan, ali lažan. Autori tog izveštaja tvrde da je moguće stvoriti „lažne reportaže” korišćenjem lažnih snimaka i prikazati svetske lidere kako izjavljuju nešto što nikada nisu izjavili. Novosadska novinarska škola, www.novinarska-skola.org.rs, 1. decembar 2022.

uticati na slobodu izražavanja mišljenja. Osim toga, način na koji algoritmi rade, uređuju, selektuju i preporučuju sadržaje građanima nije do kraja jasan i transparentan jer nedovoljno poznaju i razumeju te tehnologije. Zato je važno poraditi na tehničkoj, digitalnoj i medijskoj pismenosti u budućnosti, kako ne bi bila ugrožena legitimna sloboda govora i sposobnost ljudi da se izražavaju. Slična zabrinutost je izražena i zbog automatskog filtriranja sadržaja koji korisnik generiše u trenutku prenosa, zbog eventualnog kršenja prava intelektualne svojine, koje je predloženom Direktivom o autorskim pravima EU stavljeno u prvi plan. U određenim okolnostima, korišćenje automatizovanih tehnologija za širenje sadržaja može uticati na pravo na slobodu izražavanja i privatnosti, kada se koriste botovi, trol vojske, ciljane neželjena pošta ili oglasi, uz algoritme koji definišu prikaz sadržaja.

Veštačka inteligencija je uticala i na način na koji se informacije traže, odnosno na pravo medija da se informišu i prikupljaju informacije (pravo informisanja) u posedu organa javne vlasti. Ti podaci čine informacioni trougao, zajedno sa podacima koji se tiču privatnosti (podaci o ličnosti) i informacijama koje su zaštićene odgovarajućim oznakama tajnosti. Na nivou EU je još 1981. godine doneta Konvencija za zaštitu pojedinaca u pogledu automatske obrade ličnih podataka³³, kako bi se institucije javnog i privatnog sektora koje obrađuju lične podatke obavezale na zaštitu privatnosti pojedinaca, odnosno na zaštitu podataka o ličnosti. Tom konvencijom su utvrđena osnovna pravila obrade ličnih podataka u pogledu kvaliteta podataka koji se obrađuju, prava subjekata podataka da utvrde postojanje automatizovane baze podataka o sebi, svrhe zbog koje se ti podaci čuvaju, prava na ispravku i brisanje tih podataka ukoliko su prikupljeni suprotno načelima ustanovljenim Konvencijom i prava na odgovarajuću pravnu zaštitu (pravni lek) u slučaju kršenja odredaba Konvencije. Iako su tom konvencijom ustanovljeni najvažniji principi obrade i zaštite ličnih podataka, ta pitanja su Opštom uredbom o zaštiti podataka o ličnosti (doneta 2016, stupila na snagu 2018. godine)³⁴ dodatno produbljena i proširena i na podatke koji se prikupljaju i obrađuju u sistemu veštačke inteligencije. Veštačka inteligencija i veliki broj podataka, u kombinaciji sa dostupnošću algoritama za obradu, povećavaju mogućnost za profilisanje pojedinaca čiji se podaci nalaze u bazama internet platformi, bilo da je reč o privatnim kompanijama ili institucijama javne vlasti. Profilisanje pojedinca podrazumeva da se podaci o njima prikupljaju tako da se može stvoriti jasna pretpostavka njihovog ponašanja, potreba i interesovanja, što rukovodcu daje mogućnost personalizacije. Na taj način personalizovani podaci mogu se koristiti da bi se uticalo na pojedinca, njegove političke stavove, način formiranja mišljenja i donošenja političkih odluka.

³³ U Srbiji je donet Zakon o potvrđivanju konvencije o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 1/92, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 11/2005 – dr. zakon i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 98/2008 – dr. zakon i 12/2010.

³⁴ General Data Protection Regulation (GDPR), *www.gdpr-info.eu*, 30. novembar 2022.

Isto tako, podaci mogu biti korišćeni i sa ciljem donošenja odluke o dodeli socijalne pomoći (odlučivanje javnih vlasti), osiguranja, kredita, pri čemu se u tom procesu koriste personalizovani podaci, na primer, o finansijskim potrebama i ponašanju tog pojedinca (kreditna sposobnost, odlučivanje o visini osiguranja) ili o njegovim zdravstvenim navikama. Zato pravila obrade tih podataka moraju biti u skladu sa načelom zakonitosti, transparentnosti i poštenja, obrada podataka mora niti povezana sa svrhom obrade, obrada mora biti minimalna, mora se podrazumevati tačnost podataka, ograničenje vremena čuvanja podataka i integritet i poverljivost podataka. Pojedinaac mora biti upoznat sa postupkom obrade i njegovom svrhom, a poseban izazov automatske obrade je pojava netačnih podataka i grešaka, koje se moraju svesti na minimum. Posebno se navodi obaveza da se pojedinac mora obavestiti o obradi koja je različita od one za koju su podaci prikupljeni, što je čest slučaj u sistemima veštačke inteligencije baziranim na sistemu mašinskog učenja. Obaveza transparentnosti se sastoji u tome da se informacija o toj novoj svrsi obrade mora dostaviti pojedincu pre nove obrade. Izuzeci se javljaju samo u slučajevima kada je to nemoguće, kada zahteva nesrazmeran napor ili narušava postizanje cilja obrade, ili ako je reč o arhiviranju u javnom interesu, istraživanju ili statistici uz odgovarajuće mere zaštite.³⁵ Minimalnost obrade podataka podrazumeva smanjenje količine podataka koji se obrađuju o pojedincu (jer se tako smanjuje rizik od profilizacije), s tim što bi se za veštačku inteligenciju mogao dozvoliti izuzetak (obrada velike količine podataka) onda kada su preduzete mere pseudonimizacije, osim ako se obrada vrši u statističke svrhe i ako se konačan rezultat obrade podataka ne odnosi na tačno određenog pojedinca.³⁶ Podaci koji se obrađuju moraju biti tačni i moraju se preduzeti aktivnosti da se netačni podaci isprave i izbrišu. Zabranjeno je čuvanje podataka o ličnosti kada više nisu potrebni za svrhu za koju su prikupljeni, osim u slučaju arhiviranja u javnom interesu, naučnog istraživanja i statistike. Obrada podataka mora imati pravni osnov, što podrazumeva pristanak lica na obradu, koji mora biti izričit, odnosno voljan. U tački 32. Preambule Opšte uredbe o zaštiti podataka EU (GDPR) kao primer pristanka data je pismena izjava, elektronska izjava, i usmena izjava, štikliranje polja na internet stranicama, biranje tehničkih postavki usluga informacionog društva ili druga izjava ili ponašanje koje jasno pokazuje da pojedinac prihvata predloženu obradu njegovih ličnih podataka. Ne mogu se smatrati pristankom ćutanje, unapred označeno polje na internet stranici ili manjak aktivnosti. Kada se obrada ličnih podataka vrši u više svrha, za svaku od svrha je potreban poseban pristanak.³⁷ Pitanje zaštite podataka o ličnosti, odnosno zakonitog korišćenja, obrade i uređivanja ogromne količine podataka jedno je od najvažnijih pitanja u kontekstu razvoja i usavršavanja sistema veštačke inteligencije zbog čega će izazovi pravnog regulisanja te oblasti biti naročito izraženi. Treba uzeti

³⁵ D. Prlja, G. Gasmi, V. Korać, 106.

³⁶ *Ibid.*, 108.

³⁷ *Ibid.*, 109.

u obzir činjenicu da su vlasnici sistema veštačke inteligencije multinacionalne kompanije sa privatnim, a ne javnim vlasništvom, koje često preduzimaju određene mere koje se mogu ozbiljno preispitivati sa aspekta zaštite javnog poretka i osnovnih prava i sloboda pojedinaca. Tako su, na primer, sankcije za govor mržnje uvek izricali sudovi, dok sada te kompanije same odlučuju o tome koji sadržaj predstavlja govor mržnje i uklanjaju ga, iako nije sasvim jasno na osnovu kojih kriterijuma. Takođe, pojedini političari koji imaju i značajnu ekonomsku moć, poput bivšeg američkog predsednika Donalda Trampa, imaju u svom vlasništvu platforme na kojima iznose sopstvene stavove. Iako je izvor informacije u tom slučaju transparentan, time se pravi ozbiljna polarizacija i ugrožavaju standardi slobode medija koji podrazumevaju objektivnost i mogućnost da se čuje i druga strana.

Promene su vidljive i u uticaju veštačke inteligencije na treći stub slobode medija, slobodu medija kao institucije, koja u centru ima položaj novinara. Mnogo toga je već urađeno i možemo da kažemo da primena veštačke inteligencije više nije pionirski poduhvat. Novinska agencija AP je 2018. godine za sportsko izveštavanje koristila mašinu koja je na osnovu novinskih izveštaja i prenosa koji su rađeni pripremala izveštaje koje su njihovi korisnici čitali. Kasnije je Blumberg primenio sličan princip.³⁸ Svaki tekst je bio potpisan tako da ga je pisala mašina, odnosno veštačka inteligencija. Brojne su aktivnosti koje se već sprovode kako bi bar to osnovno izveštavanje bilo automatizovano. Analitičko i istraživačko novinarstvo je nešto drugo. U tome još uvek čoveka nije zamenio niko, ali razvoj sistema veštačke inteligencije zasnovanog na dubokom učenju, koje podrazumeva korišćenje neuronauke i sistema neuronskih mreža koji pokušavaju da imitiraju funkcionalnost neurona mozga, može vrlo brzo da okrene situaciju u drugom smeru. Ti algoritamski sistemi omogućavaju analizu još veće količine podataka nego što je to slučaj sa mašinskim učenjem ili „običnom” veštačkom inteligencijom. Imitacijom funkcionalnosti neurona mozga oni efikasno uče iz primera, a potom naučeno primenjuju na nove podatke. To znači da „robot-novinarstvo”, odnosno zamena novinara robotima, može da postane nova realnost i u oblasti analitičkog novinarstva. Ipak, veštačka inteligencija nije ništa drugo do proizvod ljudske inteligencije, ljudska inteligencija dovedena do savršenstva. U tom pravcu i treba posmatrati nove tehnologije. Kao pomoćno sredstvo koje, bez obzira na moć, brzinu i ogromnu količinu raspoloživih podataka, neće moći da zameni ljudsku kreativnost, emociju ili mudrost.³⁹ Prema tome, iako su velike medijske platforme uveliko uvele korišćenje veštačke inteligencije za izradu tekstova, čini se da uloga novinarske profesije nikada nije bila važnija.

³⁸ Before you change the world, Bloomberg, www.bloomberg.com/europe, 1. decembar 2022.

³⁹ N. Lemelshtrich Latar, *Robot Journalism Can Human Journalism Survive?*, Interdisciplinary Center Herzliya, Israel 2018, 4–6.

4. Zaključak

Život u visokotehnološkom, digitalizovanom i hiperprodukcijском društvu otvara mnoge dileme za naučnike, stručnjake u različitim oblastima – ekonomiste, pravnike, psihologe, inženjere novih tehnologija, ali i savremene vlade. Četvrta industrijska revolucija, kojoj uveliko svedočimo, podrazumeva upotrebu novih tehnologija koje spajaju digitalni i biološki svet - veštačku inteligenciju. Mediji su od svog nastanka, od pronalaska štamparske mašine, pa do danas, prošli kroz brojne transformacijske procese i svoju moć višestruko uvećali, prateći tehnološki razvoj. Veštačka inteligencija i automatizacija su ključni pokretači (r) evolucije načina na koji se vesti i drugi medijski sadržaji proizvode, distribuiraju i konzumiraju. To otvara mnoga pitanja, od odgovornosti za kreirani medijski sadržaj, preispitivanja uloga klasične novinarske profesije, pa do načina na koji se na taj način oblikovane informacije razumeju i percipiraju. Pravo javnosti na potpune, istinite i pravovremene informacije treba da bude očuvano, uz sva ostala ljudska prava, dok uloga novinara i novinarske profesije zahteva, možda i više nego ikada, odgovornost da se služi i odgovara javnosti. Veštačka inteligencija ima potencijal da pomogne ljudima da maksimalno iskoriste svoje vreme, slobodu i sreću. Istovremeno, može nas dovesti do distopijskog društva. Zato je pronalaženje balansa između tehnološkog razvoja i zaštite ljudskih prava važna stvar od koje zavisi budućnost društva u kojem želimo da živimo. Upotreba veštačke inteligencije u medijima upućuje nas na misaoni eksperiment, kao što je čuveni eksperiment austrijskog fizičara Ervina Šredingera, u kome je mačka istovremeno i živa i mrtva, odnosno, zbog neobičnog ponašanja subatomske čestice – malo talas, malo čestica – dok ne otvorimo sanduk i ne izvršimo merenje, naša mačka je i živa i mrtva. Dok ne razumemo i ne definišemo značaj i funkciju veštačke inteligencije u medijima, naši mediji su i „virtuelni i realni”, a sloboda izražavanja i „postoji i ne postoji”.

Literatura

- Andonović S., Strateško-pravni okvir veštačke inteligencije u uporednom pravu, *Strani pravni život* 3/2020.
- Bodrijar Ž., *Simulakrum i simulacija*, Novi Sad 1985.
- Branković S., Veštačka inteligencija i društvo, *Srpska politička misao* 2/2017.
- Kin Dž., *Mediji i demokratija*, Beograd 1995.
- Latar Lemelshtrich N., *Robot Journalism Can Human Journalism Survive?*, Interdisciplinary Center Herzliya, Israel 2018.
- Leiser M. R., Bias, journalistic endeavours and the risk of artificial intelligence, *Artificial Intelligence and the Media, Reconsidering Rights and Responsibilities* (ed. T. Pihlajarinne, A. Alen-Savikko), Northampton Massachusetts, USA, 2022.

- Marković R., *Ustavno pravo*, Beograd 2016.
- Milojević B., Apostolović, *Psihologija*, Logos, Beograd 2013.
- Neval K., *A Machine Learning Primer*, SAS Institute Inc., 2017.
- Prlja D., Gasmi G., Korać V., *Ljudska prava i veštačka inteligencija*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022.
- Pirkova E. et al., *Veštačka inteligencija i sloboda izražavanja u fokusu*, Kancelarija predstavnice OEBS-a za slobodu medija (RFOM), Beograd 2021.
- Vodinelic V., *Pravo masmedija*, Beograd 2003.
- Vučković J., Neka pitanja digitalizacije medijskih usluga, *Usluge i vladavina prava* (ur. Dragan Vujisić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2021a.
- Vučković J., Digitalni mediji i medijsko zakonodavstvo Republike Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 92/2021b.
- Vučković J., Verodostojnost medijskih sadržaja – usluga na internetu, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Dragan Vujisić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2021c.
- Vučković J., *Medijsko pravo*, Niš 2022a.
- Vučković J., Uloga interneta u pružanju medijskih usluga, *Sadašnjost i budućnost uslužnog prava* (ur. Dragan Vujisić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2022b.

Propisi

Zakon o potvrđivanju konvencije o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 1/92, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 11/2005– dr. zakon i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 98/2008 – dr. zakon i 12/2010.

Internet izvori

- General Data Protection Regulation (GDPR).
- Is Artificial Intelligence a Good or a Bad Thing? www.edubirdie.com/examples/is-artificial-intelligence-a-good-or-a-bad-thing, 28. novembar 2022
- Lopina G., Artificial Intelligence, www.academia.edu, 23. novembar 2022.
- Strategija razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period 2020–2025, www.srbija.gov.rs/tekst/437277, 30. novembar 2022.
- www.digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package, 28. novembar 2022.

www.bloomberg.com/europe, 1. decembar 2022.

www.novinarska-skola.org.rs, 1. decembar 2022.

www.srbija.gov.rs/tekst/437277, 29. novembar 2022.

www.eur-lex.europa.eu, 29. novembar 2022

www.glasamerike.net/a/iza-kulisa-američke-industrije-medija/5091931.html,
15. novembar 2022.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE MEDIA

Summary

The Fourth Industrial Revolution involves the use of new technologies that combine the digital and biological worlds artificial intelligence. Artificial intelligence also finds its use in the field of media and thus influences the shaping of social reality. Since its inception, the media has gone through a series of transformational processes and, following technological development, has multiplied its power. Artificial intelligence and automation are key drivers in the (r)evolution of the way news and other media content is produced, distributed and consumed. This raises questions of responsibility for the media content created, the role of the journalistic profession, as well as freedom of expression. The right of the public to complete, truthful and timely information should be preserved, along with all other human rights, while the role of the journalistic profession involves more than ever the responsibility to serve and answer to the public.

Key words: artificial intelligence, media, journalistic profession, right of publicity to information, freedom of expression.

VIDEO-NADZOR U SRPSKOM PRAVU

Apstrakt

*Video-nadzor nije uređen na sveobuhvatan način u srpskom pravu. Zakon o zaštiti podataka o ličnosti otvara mogućnost regulisanja te materije. Osim toga, taj zakon se shodno primenjuje na video-nadzor. Zakon o privatnom obezbeđenju predstavlja *lex specialis* kojim je regulisana materija video-nadzora za materiju privatnog obezbeđenja. Taj zakon treba usaglasiti sa standardima Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, pre svega po pitanju izdavanja kopija video-nadzora. Primer austrijskog zakonodavstva je pokazao mogućnost da se sveobuhvatno reguliše materija snimanja slika, koja, osim video-nadzora, obuhvata i snimanje fotografija. Praksa regulatornog tela za zaštitu podataka Austrije pokazala je da je važno da video-nadzor bude transparentan.*

Ključne reči: video-nadzor, srpsko pravo, zaštita podataka o ličnosti, Opšta uredba o zaštiti podataka, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, GDPR, austrijsko pravo, dopuštenost video-nadzora, praksa regulatornih tela za zaštitu podataka.

1. Uvod

Poslodavci, stanari i vlasnici objekata danas često upotrebljavaju video-nadzor kako bi zaštitili pre svega svoju imovinu. Video-nadzor se koristi i u javnom sektoru, pa tako, na primer, pripadnici MUP-a koriste video-nadzor radi utvrđivanja prekršaja u vožnji, registracije vozila, provere da li je vozilo ukradeno itd. Obrada podataka dobijenih iz video-nadzora predstavlja obradu podataka o ličnosti. Problematiku video-nadzora dodatno otežava činjenica da ta oblast nije regulisana na nivou EU u samoj Opštoj uredbi o zaštiti podataka (poznatija pod nazivom eng. GDPR).¹ Iz tih razloga prilikom implementacije GDPR u srpskom pravu nije uzeta u obzir potreba te regulacije, te je ostavljena pravna praznina u postojećem Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti², koji predstavlja kompilaciju GDPR.

Imajući u vidu da problematika video-nadzora obuhvata i javne površine, nesumnjivo je veoma značajno da ta materija bude adekvatno uređena u srpskom

* Spoljni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, andrej84_4@hotmail.com

¹ Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 7 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L* 119, 4. 5. 2016, 1–88.

² Zakon o zaštiti podataka o ličnosti – ZZPL, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

pravu. Prilikom analize video-nadzora biće uzeti u obzir postojeći ZZPL i propisi doneti u Austriji koji služe kao dopuna GDPR.

2. Zakon o zaštiti podataka o ličnosti i primena ostalih propisa

Iako se u ZZPL, po uzoru na GDPR, ne reguliše tema video-nadzora, to ne znači da se standardi iz tog zakona ne mogu i ne treba da se primene i na materiju video-nadzora. U članu 91 samog ZZPL predviđena je mogućnost upotrebe nadzora u oblasti zapošljavanja, ali taj propis nije dalje razrađen u srpskom zakonodavstvu. Iz tih razloga treba obratiti pažnju na ostale odredbe ZZPL.

Najpre treba ustanoviti da li uopšte video-nadzor *obrađuje podatke o ličnosti* (čl. 3. st. 1. ZZPL). U situacijama kada su kamere za video-nadzor postavljene ali nisu u funkciji ne primenjuje se ZZPL, pošto ne postoji obrada podatka o ličnosti. To je već pokazano u sudskoj praksi koja se ticala lažnih (eng. *fake*) kamera.³ Kada je kamera postavljena, ali ne radi ili ne snima niti pohranjuje snimke video-nadzora, takva situacija ne spada u režim GDPR. To mišljenje je potvrđeno i u smernicama Evropskog odbora za zaštitu podataka.⁴

Potom treba napraviti valjanu procenu pravne osnove obrade odnosno *zakonitost obrade podataka* u svrhe video-nadzora (čl. 12 ZZPL).

Moguće pravne osnove su:

- izvršenje ugovora,
- zakonska obaveza i
- legitimni interesi.

Pristanak kao pravni osnov za nadzor generalno nije adekvatan pravni osnov obrade podataka, posebno kada je u pitanju radno okruženje. Generalno, davanje pristanka u okviru radnog odnosa ne zasniva se na slobodnoj odluci zaposlenog. O tome već postoji mnogobrojna praksa regulatornih tela zaštitu podataka i smernica.⁵ Razlog leži u činjenici da su poslodavci u najvećem broju slučajeva u neravnopravno jačoj poziciji u odnosu na zaposlene, te je stoga dobrovoljno dat pristanak u većini situacija nemoguć.⁶

Izvršenje ili ispunjenje ugovora može biti primenljivo u veoma ograničenom broju slučajeva, na primer, kada određena firma obavlja poslove nadzora objekta koji se nalaze pod video-nadzorom. Prilikom vršenja kontrole neminovno je da će i lice koje vrši nadzor objekta biti obuhvaćeno video-nadzorom.

³ BVwG – W214 2230473-1.

⁴ Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_devices.pdf, 29. januar 2020.

⁵ VG Lüneburg, Teilurteil vom 19. 2. 2019, Az. 4 A 12/19.

⁶ Radna grupa član 29 u svojoj smernici kaže da je pristanak moguće „slobodno dati” samo ako zaposleni mogu da odbiju da daju pristanak bez ikakve štete. Drugim rečima, pristanak bi bio valjan samo ako je poslodavac ponudio alternativu zaposlenima. To podrazumeva mogućnost da odgovore „ne”, a da ne bude ikakvih smetnji ili diskriminacije. Article 29 Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work – wp249, 8 June 2017, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/610169>, 28. mart 2023.

Druga situacija je tema video-nadzora, koja je regulisana u drugim zakonima u Srbiji. Ti posebni propisi se primenjuju direktno i dodatno u odnosu na ZZPL. Tako je u Zakonu o privatnom obezbeđenju⁷ regulisana obrada podataka o ličnosti. Kao jedna od radnji koje se obrađuju u okviru privatnog obezbeđenja predviđen je i video-nadzor, odnosno video-obezbeđenje, kako je definisano u zakonu kao jedno od tehničkih sredstava i uređaja (čl. 30. st. 1. ZOPO).

Kada se javne površine snimaju u svrhu poslova zaštite objekta ili prostora, neophodno je da firma koja vrši nadzor na vidljivom mestu istakne obaveštenje da je objekat ili prostor zaštićen video-obezbeđenjem (čl. 32. st. 1. ZOPO). To je, dakle, obaveštenje o obradi podataka u svrhe video-nadzora.

Korisnik usluga je obavezan da to prihvati i arhivirane snimke čuva najmanje 30 dana i da ih, na zahtev, stavi na uvid ovlašćenom policijskom službeniku.

Odredbama ZOPO je regulisana i svrha upotrebe podataka koji su proizašli iz video-nadzora. Upotreba podataka dobijenih video-nadzorom ograničena je u svrhe poslova zaštite objekta ili prostora (čl. 32. st. 2. ZOPO). Zabranjeno je ustupanje trećim licima i javno objavljivanje podataka dobijenih video-nadzorom (čl. 32. st. 3. ZOPO). Regulacija svrhe obrade podataka je ponovljena u čl. 68. st. 1. ZOPO na identičan način.

U čl. 63. st. 3. ZOPO predviđena je evidencija zbirke podataka za pravna i fizička lica koja se obezbeđuju, koja sadrži:

- vrstu podataka i naziv zbirke podataka,
- vrstu radnje obrade (sistemi tehničke zaštite, fizička zaštita i dr.),
- naziv, ime, sedište i adresu pravnog lica za privatno obezbeđenje,
- datum započinjanja obrade, odnosno uspostavljanja zbirke podataka,
- svrhu obrade (preventivna zaštita i dr.),
- pravni osnov obrade, odnosno uspostavljanja zbirke podataka (ugovor i dr.),
- kategoriju lica (pravno i/ili fizičko) na koje se podaci odnose,
- vrstu i stepen tajnosti podataka,
- način prikupljanja i čuvanja podataka (sistemi tehničke zaštite, izveštaji službenika obezbeđenja fizičke zaštita lica i dr.),
- rok čuvanja i upotrebe podataka,
- naziv, ime, sedište i adresa korisnika podataka,
- ime, prezime, mesto i adresa boravišta lica koja se obezbeđuju,
- oznaku unošenja, odnosno iznošenja podataka iz Republike Srbije sa nazivom države, to jest međunarodne organizacije i stranog korisnika, pravni osnov i svrhu unošenja, odnosno iznošenja podataka,
- preduzete mere zaštite podataka,
- zahteve korisnika povodom obrade podataka;

⁷ Zakon o privatnom obezbeđenju – ZOPO, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2013, 42/2015 i 87/2018.

Ta evidencija o video-nadzoru je samo deo celokupne evidencije, koju rukovodnici treba da vode shodno čl. 47. ZZPL.

Pogođena lica imaju nekoliko prava u vezi sa video-nadzorom (čl. 68. st. 2. ZOPO). Najpre imaju *pravo uvida* u video-nadzor, koje obuhvata pregled, slušanje, pravljenje beležaka. Pogođena lica mogu tražiti *kopiju video-nadzora* o svom trošku i zagarantovano im je da zahtevaju izmenu ili brisanje podataka. Nisu predviđena sledeća prava: ograničavanje obrade, prenosivost podataka, prigovor i donošenje automatizovanih pojedinačnih odluka (profilisanje). Može se reći da odredbe ZZPL u tom pogledu važe shodno.

Treba konstatovati da odredba ZOPO koja se odnosi na pravo na izdavanje kopije podataka uz nadoknadu nije u skladu sa čl. 21. st. 5. ZZPL. Samo u situacijama kada su zahtevi neosnovani ili preterani može se zahtevati nadoknada od pogođenih pojedinaca. Shodno čl. 26. st. 3. ZZPL: „Rukovalac može da zahteva naknadu nužnih troškova za izradu dodatnih kopija koje zahteva lice na koje se podaci odnose.” Reč je, dakle, samo o dodatnim kopijama podataka, a ne o izradi prve kopije. Tako je austrijsko regulatorno telo za zaštitu podataka odlučilo da pravo na kopiju podataka ne obuhvata zahtev na izdavanje celokupnih dokumenata, na primer svih snimaka video-nadzora u našem slučaju.⁸ Osim toga, odlučeno je da to pravo stoji odvojeno i nezavisno od prava na obaveštenje o obradi kao dodatno pravo shodno čl. 15. st. 3. GDPR. Pandan tog člana je čl. 26. st. 3. ZZPL.

Legitimni interesi takođe mogu biti upotrebljeni kao najfleksibilniji pravni osnov za obradu podataka u kontekstu video-nadzora. Da bi se mogao adekvatno dokazati taj pravni osnov, neophodno je obratiti pažnju na trodelni test.⁹

Procena legitimnog interesa (eng. *legitimate interests assessment* – LIA) sprovodi se pomoću testa iz tri dela:

- test svrhe,
- test neophodnosti i
- test proporcionalnosti.

Test svrhe treba da odgovori na pitanje da li postoji legitimni interes obrade u širem smislu. U uvodnoj tački razmatranja (u.t.r.) tzv. preambule GDPR (br. 47, 48, 49 i 50) sugeriše se odgovor na pitanje koje svrhe se smatraju legitimnim interesom (sprečavanje prevara, obezbeđivanje bezbednosti mreže i informacija, krivična dela ili pretnje za javnu bezbednost, obrada podataka o zaposlenima ili klijentima, direktni marketing, administrativni transferi u okviru grupe kompanija).

Ako je reč o obradama podataka o ličnosti u navedene svrhe, tada će biti ispunjen test svrhe. Može se приметiti da video-nadzor nije na listi i da ne predstavlja privilegovanu svrhu obrade. Svrha obrade video-nadzora bi se čak mogla

⁸ DSB 10. 8. 2020, GZ: 2020-0.204.456.

⁹ D. Milić, „Legitimni interes u kao osnov obrade podataka o ličnosti”, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. Stefan Andonović, Dragan Prlja, Andrej Diligenski), Beograd 2020, 52.

klasifikovati u obradu osetljivih podataka, iako ih sam GDPR nije definisao. Iz tih razloga se za video-nadzor generalno preporučuje sprovođenje trodelnog testa, ma koji da je krajnji cilj obrade podataka o ličnosti dobijenih iz video-nadzora (zaštita imovine, sprečavanje zloupotreba itd.).

Za razliku od tih svrha, koje su privilegovane, moguće je da legitimni interes postoji, ali to ne znači da on automatski i postoji. Zbog toga je neophodno uraditi i preostala dva testa.¹⁰

Test neophodnosti treba da odgovori na pitanje da li je obrada neophodna za nameravanu svrhu. Neophodnost se ne procenjuje u apsolutnom smislu, već u vrednosnom. Procenjuje se način obrade u odnosu na postizanje svrhe, uzimajući u obzir njenu neophodnost. Tom prilikom treba ustanoviti da li postoje alternative, odnosno da li moguće postići istu svrhu na neki drugi način, pogotovu ako je taj način obrade manje invanzivan.

Testom proporcionalnosti se procenjuje interes zainteresovanih strana u nameravnoj obradi, a treba odgovoriti na pitanje da li interesi pojedinca imaju prednost nad legitimnim interesom rukovaoca.

To je jedna skraćena procena rizika po pojedinca, odnosno po „interese ili osnovna prava i slobode lica na koje se podaci odnose”, u odnosu na ostale interese zainteresovanih strana, uključujući rukovaoca.

Procenu rizika treba sprovesti na osnovu sledećih kriterijuma:

- procene interesa, prava i sloboda pojedinca,
- procene razumnih očekivanja pojedinca i
- procene interesa pojedinaca u odnosu na interese rukovaoca.

► Procena interesa, prava i sloboda pojedinca (u.t.r. 75 GDPR)

Odnosi se na zaštitu podataka kao prava i prava na privatnost, ali i druga osnovna prava i opšte interese. Procena obuhvata svaki potencijalni uticaj odnosno rizik za pogođene pojedince. U.t.r. 75 GDPR govori tim mogućim rizicima, koji mogu predstavljati fizički, finansijski ili bilo koji drugi uticaj, kao što su: nemogućnost ostvarivanja prava (uključujući prava na zaštitu podataka); gubitak kontrole nad korištenjem ličnih podataka ili bilo kakav socijalni ili ekonomski nedostatak.

► Procena razumnih očekivanja pojedinca (u.t.r. 47 GDPR)

Procena razumnih očekivanja je bitna, pošto treba ustanoviti da li su pojedinci mogli da očekuju nameravanu obradu. Neophodno je, dakle, odgovoriti na pitanje da li pogođeni pojedinac može razumno očekivati obradu u datim okolnostima. U situacijama kada pojedinci nisu mogli da očekuju određenu obradu

¹⁰ ICO, Lawful basis for processing Legitimate interests, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/>, 14, 15, 16, 28. mart 2023.

može se reći da interesi pogođenih pojedinca mogu imati prednost nad legitimnim interesima rukovaoca ili obrađivača. Kada pojedinci ne očekuju određenu obradu, oni samim time gube kontrolu nad svojim podacima i možda neće biti u poziciji da ostvare svoja prava. Reč je o obezbeđivanju pridržavanja načela transparentnosti zaštite podataka (čl. 5. st. 1. tč. 1. ZZPL). Iz toga proizlazi da su bitni elementi koji utiču na razumna očekivanja pojedinaca *obaveštenje o obradi podataka o ličnosti* i jasno pružanje informacija. Prema tome, što su informacije jasnije, to je veća verovatnoća da pogođeni pojedinci očekuju obradu.

Bitan element koji utiče na očekivanje obrade je *vrsta odnosa* između rukovaoca i pogođenih pojedinaca. Kada se pogođeni pojedinci nalaze, na primer, u odnosu klijenta i rukovaoca ili poslodavca i zaposlenih, verovatno je da se obrada podataka može razumno očekivati.

Ostali elementi koji mogu uticati na razumna očekivanja pojedinaca su:

- dužina prikupljanja podatka rukovaoca;
- izvor podataka;
- priroda odnosa između rukovaoca i pojedinaca i način na koji je rukovatelj njihove podatke koristio u prošlosti;
- korišćenje nove tehnologije ili obrade podatke na novi način od strane rukovaoca koji pojedinci nisu očekivali.

► Procena interesa pojedinaca u odnosu na interese rukovaoca

Postoje situacije kada obrada podataka može imati negativan uticaj na pojedince. To ne znači da interesi pojedinaca imaju uvek prednost u odnosu na interese rukovaoca. Iz tih razloga je, između ostalog, bitno sprovesti pomenuti test. Procena interesa zavisi od uverljivosti interesa rukovaoca u odnosu na interese pojedinca, koji mogu opravdati i negativne uticaje na pojedince.

Interesi pojedinca će imati prednost u odnosu na rukovaočeve u situacijama:

- o kada ne bi razumno očekivali obradu,
- o kada je verovatno da će pojedinci uložiti prigovor na obradu,
- o kada bi obrada bi imala značajan uticaj na pojedince,
- o kada bi obrada sprečila pojedince da ostvare svoja prava,
- o kada rukovatelj obrađuje posebno osetljive podatke, podatke o krivičnim delima ili podatke o deci.¹¹

Pravni osnov legitimnog interesa se vrlo restriktivno može upotrebljavati u javnom sektoru. Upravni organi mogu koristiti legitimni interes kao pravni osnov, samo kada ne obrađuju podatke u aktivnostima koje nisu vezane za vršenje javne funkcije državnog organa, odnosno za obavljanje upravnih radnji. U pitanju su situacije u kojima upravni organi ne obavljaju svoju osnovnu službenu aktivnost, na primer, nabavka opreme i materijala, računovodstvo, radnopravni

¹¹ *Ibid.*, 18, 19, 20, 21.

odnosi, marketing itd. Prilikom procene legitimnog interesa posebno treba obratiti pažnju na jaču poziciju upravnih organa u odnosu na pogođene pojedince, kako bi se opravdalo korišćenje tog pravnog osnova u kontekstu upotrebe video-nadzora.¹²

Generalno se preporučuje da se prilikom uvođenja video-nadzora adekvatno proceni njegov uticaj na zaštitu podataka o ličnosti (čl. 54. ZZPL) i predvide svi rizici. Treba imati vidu da ne postoji obaveza da se uvek sprovodi procena uticaja video-nadzora na zaštitu podataka o ličnosti, već je treba sprovesti samo u situaciji „sistematskog nadzora nad javno dostupnim površinama u velikoj meri” (čl. 54. st. 4. tč. 3. ZZPL). Moraju, dakle, biti kumulativno ispunjeni kriterijumi:

- sistematski nadzor,
- nadzor javnog prostora i
- nadzor u velikom obimu.

Sistematski nadzor nije definisan ni u ZZPL ni u GDPR. Ipak, u u.t.r. 24 GDPR spominje se pojam „praćenje ponašanja lica” kojim su jasno obuhvaćeni svi oblici praćenja i izrade profila (profilisanje).¹³ Na taj način je obuhvaćen i nadzor koji se odnosi na praćenje ponašanja ljudi.

Obrade podataka u velikom obimu nisu regulisane odredbama ZZPL, ali su uopšteno u u.t.r. 91 GDPR uređene „obrade velikog obima čiji je cilj obrada značajnih količina podataka o ličnosti na regionalnom, nacionalnom ili nadnacionalnom nivou i koje bi mogle da utiču na veliki broj lica na koje se podaci odnose i koje će verovatno prouzrokovati veliki rizik, na primer zbog osetljivosti, kod kojih se u skladu sa dostignutim nivoom tehnološkog znanja nova tehnologija koristi u velikom obimu, kao i na druge radnje obrade koji prouzrokuju veliki rizik”. Zbog osetljivosti upotrebe te tehnologije treba obratiti pažnju na ove kriterijume.¹⁴

Radna grupa za član 29 za obradu podataka u velikom obimu predlaže kriterijume:

- broj pogođenih lica, odnosno njihov konkretan broj ili njihov udeo u relevantnom stanovništvu,
- količina podataka i/ili obim osetljivih podataka koji se obrađuju,
- trajanje ili trajnost aktivnosti obrade podataka,
- geografska rasprostranjenost aktivnosti obrade.

Kao što se može primetiti, preambula GDPR i smernice iz EU mogu pomoći rukovaocima podataka u proceni kriterijuma, iako one nisu sastavni deo srpskog prava. Prilikom procene opravdanosti video-nadzora i poverenik za zaštitu podataka o ličnosti će uzeti u obzir evropsku praksu i odluke regulatornih tela EU.

¹² D. Milić, 58.

¹³ A. Diligenski, D. Prlja, D. Cerović, *Pravo zaštite podataka GDPR*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2018, 194.

¹⁴ *Ibid.*, 193.

Tako je poverenik u svojim mišljenjima praktično kreirao pravo u vezi sa pitanjem video-nadzora zaposlenih, iako njegova mišljenja nemaju obavezujući karakter. „Rukovalac podataka može vršiti video-nadzor pristupa u službene i poslovne prostorije samo ukoliko je to neophodno radi bezbednosti lica i imovine, kontrole ulaska ili izlaska iz službenog ili poslovnog prostora ili, ako zbog prirode posla, postoji mogući rizik za zaposlene. Ukoliko vršenje video-nadzora ima za cilj isključivo nadzor nad redovnim aktivnostima i ponašanjem zaposlenih u toku radnog vremena radi procene radnog učinka zaposlenih, takva obrada podataka o ličnosti nije dozvoljena.”¹⁵ Sprovođenje trodelnog testa ili procene uticaja na zaštitu podataka o ličnosti preporučuje se pogotovo za oblast radnog okruženja kako bi se adekvatno procenio zakonski osnov.¹⁶ Ipak, kao što je ukazano u mišljenju poverenika, nije dopušten video-nadzor u svrhu kontrole radnog učinka zaposlenih, ali jeste u svrhu bezbednosti lica i prostorija.

3. Primer zakonodavstva Austrije – video-nadzor

Kao primer prakse u implementaciji standarda zaštite podataka dobijenih pomoću video-nadzor može poslužiti austrijsko zakonodavstvo i zakon kojim se sprovodi GDPR – Zakon o zaštiti podataka (*Datenschutzgesetz*).¹⁷

Video-nadzor je jedan od elemenata koji je obuhvaćen pojmom obrada slika (nem. Bildverarbeitung). Ovaj pojam obuhvata pored obrade slika (fotografisanja, snimanja i sl.) i obradu podataka vezanih za video-nadzor. U pogledu dopuštenosti obrade i snimanja slika zakonodavac je regulisao (čl. 12. st. 1. Zakona o zaštiti podataka) „snimanje slike”. Snimanje slike se odnosi na utvrđivanje događaja u javnom ili nejavnom prostoru u privatne svrhe korišćenjem tehničke opreme za obradu slike. Snimak slike sadrži i obrađene akustične informacije.

Snimanje slike je dozvoljeno pod definisanim kriterijumima iz čl. 12. st. 2. Zakona o zaštiti podataka. Pritom treba uzeti u obzir zahteve iz čl. 13. Zakona o zaštiti podataka:

- ako je obrada neophodna radi zaštite životnih interesa lica na koje se podaci odnose,
- ako je lice na koje se podaci odnose dalo pristanak na obradu njegovih podataka,
- ako je naloženo ili dopušteno posebnim zakonskim odredbama ili
- ako u pojedinačnim slučajevima postoje pretežni legitimni interesi rukovoca ili treće strane i data je proporcionalnost.

¹⁵ Mišljenje poverenika broj 073-11-696/2017-02 od 28. juna 2017.

¹⁶ M. Reljanović, „Zaštita podataka o ličnosti u radnom odnosu”, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. Stefan Andonović, Dragan Prlja, Andrej Diligenski), Beograd 2020, 76.

¹⁷ Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSGVO) StF: BGBl. I Nr. 165/1999 (NR: GP XX RV 1613 AB 2028 S. 179. BR: 5992 AB 6034 S. 657).

Da bi obrada podataka u svrhe video-nadzora bila zakonita, jedan od navedenih zakonskih osnova treba da nalazi primenu. Identični uslovi važe i za prenos podataka dobijenih iz video-nadzora (čl. 12. st. 5. Zakona o zaštiti podataka).

Snimanje slike je dopušteno posebno ako služi u svrhe (čl. 12. st. 3 Zakona o zaštiti podataka):

- preventivne zaštite osoba ili stvari na privatnim posedima, koje koristi isključivo rukovalac i ne proteže se prostorno izvan poseda, uz izuzetak uključivanja javnih prometnih površina, što može biti neizbežno za postizanje svrhe,
- preventivne zaštite ljudi ili imovine na javno dostupnim mestima koja su predmet prava rukovaoca (vlasnika ili korisnika stana ili kuće), zbog povreda koje su se već dogodile ili su od posebnog rizika zbog svojstvene prirode mesta ili
- ako je reč o privatnom interesu za dokumentovanje koje nije usmereno na identifikaciju neumešanih osoba ili ciljano snimanje objekata koji su pogodni za indirektnu identifikaciju takvih osoba.

Za te svrhe postoji i *privilegija* primene *tehničko-organizacionih mera*. Rukovaoci u tom slučaju nemaju obavezu da procenjuju rizik primene tehničko-organizacionih mera. Takođe, rukovaoci ne moraju da primene mere neovlašćenog pristupa snimku slike i naknadna modifikacija slika ni evidenciju operacija obrade podataka (protokolisanje). Snimci dobijeni u te tri svrhe mogu biti čuvani duže od 72 sata (čl. 13. st. 4. Zakona o zaštiti podataka). Po zakonu, *dodatna privilegija* je predviđena kao izuzeće od obaveze obeležavanja video-nadzora u navedene svrhe (čl. 13. st. 6. Zakona o zaštiti podataka). Izuzeci od primene tehničko-organizacionih mera i obaveze obeležavanja predviđeni su verovatno zbog toga što su u pitanju privatne svrhe za koje postoji opravdan interes.

U Zakonu je regulisano i kada snimanje slika *nije dopušteno* (čl. 12. st. 4. Zakona o zaštiti podataka). To su sledeće situacije:

- kada je slika snimljena bez izričitog pristanka dotične osobe u njenom najličnijem području života,
- kada je slika snimljena u svrhu provere zaposlenih,
- u situaciji automatizovanog poređenja ličnih podataka dobijenih pomoću snimaka slika bez izričitog pristanka i za kreiranje profila ličnosti sa drugim ličnim podacima ili
- radi evaluacije ličnih podataka dobijenih pomoću slika uz korišćenje posebnih kategorija ličnih podataka kao kriterijuma izbora.

Austrijski zakonodavac je posebno predvideo primenu *tehničko-organizacionih mera zaštite*. Tako je rukovalac u obavezi da preduzme odgovarajuće mere bezbednosti podataka, koje treba da budu zasnovane na proceni rizika po

pojedince od obrade. Kao bitna mera se ističe sprečavanje neovlašćenog pristupa snimku slike i njihova naknadna modifikacija (čl. 13. st. 1. Zakona o zaštiti podataka). Rukovalac je u obavezi da protokoliše odnosno evidentira svaku operaciju obrade podataka. Izuzetak je predviđen samo za nadzor u realnom vremenu (čl. 13. st. 2. Zakona o zaštiti podataka). Praćenje u realnom vremenu ne uključuje snimanje putem video-nadzora.

U pogledu čuvanja podataka predviđeno je da je rukovalac u obavezi da izbriše podatke kada oni više nisu potrebni za određenu svrhu i ako ne postoji zakonska obaveza čuvanja. Standard čuvanja podataka predstavlja 72 sata od snimanja podataka. Čuvanje duže od 72 sata mora biti proporcionalno, evidentirano i mora se opravdati (čl. 13. st. 3. Zakona o zaštiti podataka).

U zakonu je posebno regulisana obaveza obeležavanja video-nadzora odnosno snimanja slika. Obeležavanje video-nadzora se odnosi na informisanje pojedinaca o obradi podataka koji su prikupljeni putem video-nadzora. Rukovalac je u obavezi da na odgovarajući način označi video-nadzor. Osim toga, mora biti jasno naznačen rukovalac video-nadzorom, osim ako je dotičnoj osobi rukovalac poznat na osnovu okolnosti slučaja (čl. 13. st. 5. Zakona o zaštiti podataka). Izuzetak od obeležavanja video-nadzora predviđen je u pojedinačnim slučajevima i ukoliko se svrha može postići samo tajnom istragom, koja je strogo vremenski ograničena. Rukovalac mora naknadno da obavesti pogođene pojedince i u slučaju primene tog izuzetka, uz pružanje dovoljnih garancija za zaštitu interesa lica na koje se podaci odnose (čl. 13. st. 6. Zakona o zaštiti podataka).

Ukoliko nisu pružene dovoljne informacije o rukovaocu video-nadzora, pogođena osoba može zatražiti da joj se saopšti njegov identitet (čl. 13. st. 7. Zakona o zaštiti podataka). Nesaopštavanje te informacije je ekvivalentno nedavanju informacija o pravu pristupa iz čl. 15. GDPR.

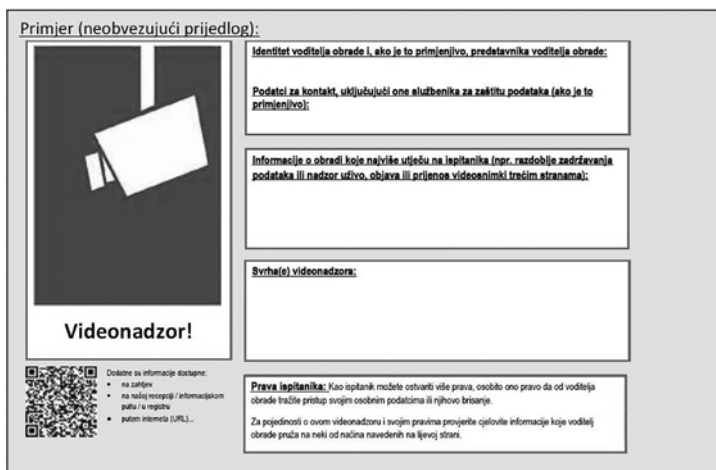
Imajući u vidu dosadašnju praksu regulatornog tela Austrije u kažnjavanju, treba istaći značaj obeležavanja video-nadzora. Tako je privatno lice kažnjeno sa 2.400 € zbog nedovoljno obeleženog video-nadzora, koji nije bio ograničen na prostore koji su pod isključivom kontrolom rukovaoca. Osim toga, kamere su snimile vrlo ličnu oblast života (ulazak i izlazak iz stanova).¹⁸ Kaznom od 4800 € kažnjen je operater kladionice u Štajerskoj zbog nedovoljno obeleženog video-nadzora.¹⁹

Evropski odbor za zaštitu podataka je dao preporuku kako bi trebalo da izgleda pružanje informacija o video-nadzoru, odnosno obeležavanje video-nadzora.²⁰

¹⁸ DSB-D550.037/0003-DSB/2018.

¹⁹ Reisinger Thomas, (AUT) Europas allererste DSGVO-Strafe – wurde wieder aufgehoben, <https://dsgvo.care/blog/osterreich-zur-straefbarkeit-von-juristischen-personen>, 29. novembar 2022.

²⁰ Evropski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2019 o obradi osobnih podataka putem video uređaja, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_devices_hr.pdf, 29. januar 2020, red. 116, 28. mart 2023.



4. Zaključak

Srpsko pravo nije u potpunosti regulisalo problematiku video-nadzora. Takva mogućnost je dopuštena Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti. Pozitivno srpsko zakonodavstvo sadrži odredbe o video-nadzoru u posebnim zakonima i na fragmentaran način pre svega u Zakonu o privatnom obezbeđenju, tako da postoji mogućnost poboljšanja kako bi se ova materija uredila na sveobuhvatan način.

Ukazano je na moguću upotrebu video-nadzora i shodno Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti. Preporučuje se pre svega da rukovaoci video-nadzora obrate pažnju na zakonitost video-nadzora i da urade trodelni test legitimnog interesa i/ili procenu uticaja na zaštitu podataka o ličnosti. Osim toga, treba da obrate pažnju na primenu tehničko-organizacionih mera, dužinu čuvanja podataka. Bitan preduslov zakonitosti video-nadzora je i obaveštavanje pogođenih pojedinaca o samom video-nadzoru. Iz tih razloga je bitno obeležavanje video-nadzora. U Srbiji je poverenik objavio veliki broj mišljenja na temu video-nadzora i na neki način sam kreirao pravo.

Svi zahtevi, koje inače Zakon o zaštiti podataka o ličnosti sadrži u uopšte-noj formi, pokazani su na primeru Zakona o privatnom obezbeđenju, u kojem su detaljno razrađeni. U tom zakonu postoje neke suprotnosti u odnosu na Zakon o zaštiti podataka o ličnosti koje se tiču izdavanja kopija video-nadzora. Prema Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti, izdavanje prvih kopija je besplatno, a za sve ostale kopije je moguće zahtevati nadoknadu troškova. Prema Zakonu o privatnom obezbeđenju, rukovaoci već za prvu kopiju mogu zahtevati nadoknadu troškova. Osim toga, Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti predviđena su prava pojedinaca kao što je ograničavanje obrade, prenosivost podataka, prigovor itd., koja nisu predviđena u Zakonu o privatnom obezbeđenju.

Austrijsko zakonodavstvo je pokazalo način kako je moguće sveobuhvatno regulisati materiju video-nadzora. U austrijskom pravu materija snimanja slika obuhvata ne samo video-nadzor nego i snimanje fotografija, što takođe nije adekvatno regulisano u postojećem Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti. U Austriji

se, na primer, sprovodi i novčano kažnjavanje, pre svega u slučaju nedovoljne obeležnosti ili neobeležnosti područja koja pokrivaju kamere za video-nadzor. Srpski zakonodavac bi trebalo da sledi austrijski primer, da bi na sveobuhvatan način regulisao tu materiju koja obuhvata različite oblasti, od rada, prekršaja, detektiva i dr. Do tada će poverenik imati pune ruke posla kako bi na adekvatan način primenio postojeće propise, a građanima ostaje da povećanim inicijativama izdejstvuju odgovarajuću regulaciju u srpskom pravu.

Literatura

- Diligenski A., Prlja D., Cerović D., *Pravo zaštite podataka GDPR*, Institut za uporedno pravo Beograd, 2018.
- Evropski odbor za zaštitu podataka, *Smjernice 3/2019 o obradi osobnih podataka putem videouređaja*, 29. januar 2020.
- ICO, *Lawful basis for processing Legitimate interests*.
- Milić D., Legitimni interes u kao osnov obrade podataka o ličnosti, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.
- Reisinger, Thomas, (AUT) Europas allererste DSGVO-Strafe – wurde wieder aufgehoben, <https://dsgvo.care/blog/osterreich-zur-straftbarkeit-von-juristischen-personen>, 29. novembar 2022.
- Reljanović M., *Zaštita podataka o ličnosti u radnom odnosu, Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.

Propisi i drugi akti

- Article 29 Working Party, *Opinion 2/2017 on data processing at work* – wp249, 8 June 2017.
- Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSGVO) StF: BGBl. I Nr. 165/1999 (NR: GP XX RV 1613 AB 2028 S. 179. BR: 5992 AB 6034 S. 657).
- BVwG – W214 2230473-1.
- DSB 10.8.2020, GZ: 2020-0.204.456.
- DSB-D550.037/0003-DSB/2018.
- Mišljenje poverenika broj 073-11-696/2017-02 od 28. juna 2017.
- Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 7 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L* 119, 4. 5. 2016, 1–88.
- VG Lüneburg, Teilurteil vom 19. 2. 2019, Az. 4 A 12/19.
- Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.
- Zakon o privatnom obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2013, 42/2015 i 87/2018.

Andrej V. Diligenski

External Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

VIDEO SURVEILLANCE IN SERBIAN LAW

Summary

*Video surveillance is not comprehensively regulated in Serbian law. The Personal Data Protection Act opens up the possibility of regulating this matter. In addition, this law applies accordingly to video surveillance. The law on private security is a *lex specialis* that regulates the matter of video surveillance for the matter of private security. This law needs to be harmonized with the standards of the Personal Data Protection Act, first of all regarding the issue of video surveillance copies. The example of the Austrian legislation has shown the possibility of comprehensively regulating the subject of image recording, which includes, in addition to video surveillance, the taking of photographs. The practice of the data protection regulatory body of Austria has shown the importance of video surveillance transparency.*

Key words: Video Surveillance; Serbian law; protection of personal data; General data protection; regulation; personal data protection law; GDPR; Austrian law; admissibility of video surveillance; practice of data protection regulatory bodies.

PRIVREDNI ZNAČAJ ELEKTRONSKOG SPORTA

Apstrakt

Tržište digitalnih igara dostiglo je skoro 100 biliona dolara u 2016. godine. Tokom tog perioda rasta, razvio se poseban segment igara i zajednica takmičarskog karaktera. U pitanju je elektronski sport (e-sport). E-sportovi se mogu dobro kombinovati i porediti sa tradicionalnim sportovima. Igrači treniraju po nekoliko sati dnevno, formiraju se timovi, organizuju se turniri i navijači prate profesionalne igre. Rast e-sporta je logična posledica tranzicije iz industrijskog društva u današnje informaciono-komunikaciono društvo.

Sa ekonomske tačke gledišta, e-sport je veoma interesantno tržište na kojem kompanije mogu da ostvare svoje komunikacione ciljeve. Kompanije koriste sponzorstvo kao sredstvo plasmana svojih proizvoda ili kompanije uopšte. Fudbal je trenutno najpopularnija platforma za sponzorstvo u sportu. Međutim, rast e-sporta nije prošao nezapaženo ni od kompanija. Sve više kompanija razmišlja o ulaganju u tržište e-sporta. Autor će se u radu baviti privrednim značajem e-sporta, sa posebnim osvrtom na sponzorstvo.

Ključne reči: e-sport, sponzorstvo, video-igre.

1. Uvod

Kompjuterske i video-igre fasciniraju čovečanstvo otkako su se pojavile pre pedesetak godina. Od ranih tehničkih eksperimenata na univerzitetima, video-igre su prerasle u jednu od najuticajnijih zabava našeg veka. Poslednjih godina raste trend da se video-igre igraju u ogromnim salama pred hiljadama gledalaca, pri čemu pobednik dobija ogromnu novčanu nagradu. Reč je o elektronskom sportu (e-sport), odnosno igranju video-igara na sportskom takmičenju. Milioni ljudi širom sveta svakodnevno se bave kompjuterskim i video-igricama i stvaraju tržište koje se teško može opisati brojkama. Neki od njih čak to rade toliko intenzivno da se poslednjih godina razvila scena gejmera koji sebe nazivaju e-sportistima. Oni sebe vide kao sportiste u svojoj disciplini i bore se za priznati status e-sporta. Svest o e-sportu je naglo porasla poslednjih godina. Na primer, u Nemačkoj je 2018. godine skoro polovina potrošača (48%) već znala šta se podrazumeva pod pojmom e-sport, i to zahvaljujući sve većoj profesionalizaciji sporta, rasprodatim arenama na događajima uživo i širokoj pokrivenosti u klasičnim medijima¹.

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, slucic@jura.kg.ac.rs

¹ Continue to play. Der deutsche eSports-Markt in der Analyse, Deloitte, 2018, <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/editor.production.pressmatrix.com/emags/114258/pdfs/original/96d908e3-493e-479b-8690-1e425e3df7ca.pdf>, 28. mart 2023.

Još uvek relativno mlad fenomen e-sporta je „neraskidivo povezan sa tehničkim razvojem”² Sve veća brzina interneta i povećano interesovanje za realistične video-igrice postavili su preduslove za takmičenje zasnovano na mreži. Ipak, ne mora svaka osoba koja igra video-igre da se smatra e-sportistom. Povremena upotreba igara zasnovanih na mreži i korišćenje kompjuterskih i video-igara uopšte eksplicitno se ne ubrajaju u e-sport. Ta igra se može nazvati ležerna igra (eng. *Casual game*).³

Zakonska definicija e-sporta još uvek ne postoji.⁴ S druge strane, nekoliko naučnika je već pokušalo da tačno definiše e-sport. Čini nam se da je za najtačniji predlog zaslužan nemački naučnik Müller-Lietzkow. Njegova definicija e-sporta će nam poslužiti kao osnova za dalju analizu. Definicija skreće pažnju na takmičarsku prirodu e-sporta: „Izraz e-sport opisuje takmičarsko igranje kompjuterskih ili video-igara u režimu za jednog ili više igrača.” E-sport se shvata prema klasičnom konceptu sporta i zahteva ne samo veštine igre (koordinacija oko–ruka, brzina reakcije) već i taktičko razumevanje (pregled igre, razumevanje igre).⁵ Ta definicija se uklapa u klasičan koncept sporta i njome se ističe da e-sport nema pravo da bude nov ili drugačiji već samo predstavlja oblast u kojoj ljudi razvijaju i treniraju svoje mentalne i fizičke sposobnosti korišćenjem informacionih tehnologija. Dakle, nije svaki sport koji ima veze sa kompjuterima ili elektronikom e-sport. Na primer, u automobilskim trkama postoji elektronska kontrola motora, u mačevanju postoje senzori koji svetle kada se dodirnu, u fudbalu se koriste video-dokazi i tehnologije gol-linije. Sličnu definiciju e-sporta dao je i Wagner: „Takmičenje među ljudima uz pomoć kompjuterskih ili video-igara naziva se e-sport.”⁶ Odrednica *e* u e-sportu koristi se za širok spektar reči povezanih sa internetom ili kompjuterima, kao što su e-pošta, e-knjige, e-cigarete.

E-sport ima visoku vrednost za društvo, kulturu i privredu. E-sportski sistem se sastoji od fiksnih liga i turnira koje prati milionska publika širom sveta. Za sprovođenje tih događaja uključeni su različiti akteri: organizacije sa timovima i sportskim udruženjima, medijske kompanije, organizatori događaja i agencije. Osim učesnika koji bez e-sporta ne bi postojali, u e-sportu veliki značaj imaju dobavljači tehnologija i telekomunikacija, operateri stadiona i sajмова, marketinške agencije i sponzori. U međuvremenu, u e-sport su se uključile i medijske kompanije, oglašivači i investitori. Pošto e-sportska takmičenja nisu moguća bez video-igara, programeri i izdavači igara takođe imaju značajnu ulogu u e-sportu. Mnogi od tih aktera deluju na međunarodnom nivou, jer su timovi, a posebno turniri, često međunarodni. Osim globalnih profesionalnih struktura, formiraju se i lokalne amaterske strukture iz klubova i univerzitetskih grupa.

² B. Markus, *E-Sport — eine Markt- und ordnungsökonomische Analyse*, Jena 2011, 4.

³ *Ibid.*, 7.

⁴ H. Pusch, Anerkennung des eSports als eigene Sportart. §4 Diversität der Begriffsdefinition, *eSport und Recht* (Hg. Dieter Frey), Baden-Baden 2021, 64–65.

⁵ J. Müller-Lietzkow, „Sport im Jahr 2050: E-Sport! Oder: Ist E-Sport Sport?“, *Sport und Medien* 2006/6, 30.

⁶ M. G. Wagner, „On the scientific relevance of eSport“, *Proceedings of the 2006 international conference on internet computing and conference on computer game development* (eds. H. R. Arabnia, J. Arreyambi, V. A. Clincy, O. Droegehorn, J. Lu., A. M. G. Solo, A. J. Ware, S. Zabir), Las Vegas 2006, 1.

E-sport ima veliki privredni značaj. Prema istraživanju kompanije za istraživanje tržišta *Newzoo*, globalni prihodi od e-sporta su 2020. godine iznosili 947,1 miliona dolara.⁷ Najveći deo prihoda dolazi od medijskih prava i sponzorstva. S druge strane, očekuje se da će e-sport generisati skoro 1,38 milijardi dolara globalnog prihoda do kraja 2022. godine.⁸ U narednom periodu se očekuje ne samo rast globalnih prihoda nego i globalne publike e-sporta.

Kao i u drugim klasičnim sportovima, prihodi u e-sportu dolaze uglavnom od sponzorstva i oglašavanja, premijumskih sadržaja, prodaje karata. Generalno, mnogi aspekti e-sporta i klasičnog sporta su slični, bez obzira na to što e-sport još uvek nije zvanično registrovan u najvećem broju zemalja, uključujući i Srbiju. Koreja je jedna od retkih zemalja u kojoj je e-sport zvanično priznat kao sport.⁹ Priznanje e-sporta kao vrste moglo sporta bi da utiče na njegovo veće društveno prihvatanje. Osim toga, takvo priznanje bi dovelo do određenih pravnih prednosti i mogućnosti finansiranja. Postoje čak i pokušaji da se e-sport proglasi olimpijskom disciplinom. U radu se, međutim, nećemo baviti pitanjem da li se e-sport može smatrati sportom već ćemo samo razmatrati njegov privredni značaj.¹⁰

2. Međunarodni razvoj e-sporta

Organizovani sport je uvek bio usko povezan sa društvenom stvarnošću. On deluje kao ogledalo društva i uvek ima pozitivan efekat na društvo. Iz tog razloga, e-sportovi su logična posledica današnjeg digitalnog sveta. Mnogi tehnološki razvoji imaju značajnu ulogu u e-sportu. Svetom dominiraju takozvane *GAF*A kompanije. Taj akronim označava kompanije *Gugl*, *Amazon*, *Fejsbuk* (sada *Meta*) i *Epl*. Oni se smatraju modelom kompanija u digitalizovanom svetu i beleže stalne poslovne uspehe. Njihov razvoj se sve više koristi i u modernom sportu. Upotreba pametnih fitness narukvica, digitalnih nutricionista ili aplikacija za pametne telefone koje sastavljaju individualni sportski program široko je rasprostranjena u društvu. Te digitalne tehnologije dopunjuju praksu klasičnih sportova.¹¹ E-sport, s druge strane, funkcioniše kao holistički digitalni sport.

Faktor zabave na sportskim događajima je sve veći. Današnji profesionalni sport je omiljen, ali i kritikovan zbog njegove posebne inscenacije i komercijalizacije. Međutim, navijači e-sporta imaju drugačija očekivanja. Taj novi svet digitalnog sporta nema naročite veze sa klasičnim fudbalom ili košarkom. Eventizacija je još jedan fenomen koji karakteriše e-sport. Gledaocima i navijačima nije

⁷ *Newzoo's Global Esports & Live Streaming Market Report 2021*, <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoos-global-esports-live-streaming-market-report-2021-free-version>, 28. mart 2023.

⁸ *Newzoo's Global Esports & Live Streaming Market Report 2021*, <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-esports-live-streaming-market-report-2022-free-version>, 28. mart 2023.

⁹ G. Werdenich, *PC bang, E-Sport und der Zauber von StarCraft: Koreas einzigartige Rolle in der Welt des elektronischen Sports*, Boizenburg 2016, 105.

¹⁰ Pitanje pravne kvalifikacije e-sporta kao vrste sporta detaljno je obrađeno u: S. Andonović, „Mogućnost pravne kvalifikacije elektronskog sporta kao vrste sporta”, *Strani pravni život* 1/2019, 43–54.

¹¹ J. U. Meyer, *Sport 2.0. Die Digitalisierung der Sportbranche*, Göttingen 2017, 7.

toliko stalo do postizanja dobrog rezultata već žele da im se umesto toga ponudi program tako da izražavanjem svojih emocija mogu da dožive isti osećaj kao i igrači.¹²

E-sport se pojavio osamdesetih godina prošlog veka. U to vreme američka kompanija za potrošačku elektroniku *Atari* već je bila domaćin takmičenja u video-igrama sa više od 10.000 učesnika. Sve veće širenje interneta i istovremeno povećanje performansi kompjutera devedesetih godina prošlog veka omogućili su da sve veći broj igrača može da igra putem lokalne mreže i da igraju jedni protiv drugih na internetu. Sami e-sportisti su uglavnom organizovani u takozvane klanove koji imaju različite timove za različite igre. Takav oblik organizacije igračima omogućava da se takmiče na različitim turnirima. Turniri se obično održavaju u velikim arenama za gledaoce, a emituju se i uživo putem interneta. Proizvođači igara često i sami nastupaju kao organizatori takmičenja jer oni poseduju prava intelektualne svojine na svaku svoju igru. Zahvaljujući tome proizvođači video-igara imaju centralni položaj u e-sportu, pa samim tim određuju i pravila igre.

Kvalitet i prezentacija prenosa e-sportskih događaja mogu se uporediti sa izveštavanjem u klasičnim sportovima. Prenos događaja je dostupan nezavisno od vremena i lokacije putem onlajn portala. Među najuspešnijim provajderima izdvajaju se portal *twitch.tv* i platforma *Ustream*. Klasična televizija takođe postaje sve zainteresovanija za e-sport. Međunarodni *Pay-TV* emiteri prenose mnoga takmičenja uživo.

Širom sveta, 2021. godine, e-sportske događaje je gledalo oko 489,5 miliona ljudi. U poređenju sa prethodnom godinom, u kojoj je bilo 435,7 miliona gledalaca, broj gledalaca je porastao za oko 12,4 odsto. Predviđa se da će gledanost e-sporta dostići 641 milion gledalaca do 2025. godine.¹³

Južna Koreja ima posebnu ulogu u međunarodnom e-sportu. U toj državi e-sport je široko rasprostranjen i profesionalno organizovan. Zajedno sa sponzorima, korejsko udruženje e-sportova organizuje razne lige i turnire kao što je *League of Legends World 2014*. Finalno takmičenje je održano u Seulu i pratilo ga je oko 45.000 gledalaca uživo. Javni sektor u Južnoj Koreji promovisao je uspostavljanje kafića za igranje video-igara. Osim toga, država je podržala izgradnju prvog stadiona na svetu specijalno za e-sport. Međutim, finansiranje tog stadiona je smanjeno poslednjih godina uz obrazloženje da je zavisnost od kockanja od kompjuterskih i video-igara u stalnom porastu.

Osim Južne Koreje, Kina i Japan se nalaze među prvih pet zemalja na tržištu e-sportova i igara. Van Azije, tržište e-sporta je razvijeno u SAD. Zbog visokog standarda mrežne infrastrukture, e-sport je takođe rasprostranjen i u Danskoj. U

¹² C. Breuer, P. Wicker, T. Pawlowski, „Der Wirtschafts- und Wachstumsmarkt Sport“, *Management im Sport. Betriebswirtschaftliche Grundlagen und Anwendungen der modernen Sportökonomie* (eds. Gerd. Nufer, Andre Bühler), Berlin 2012, 72.

¹³ Anzahl der eSports-Zuschauer weltweit in den Jahren 2019 bis 2021 und Prognose für 2022 und 2025, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/586871/umfrage/prognose-zur-anzahl-der-esports-zuschauer-weltweit/>, 28. mart 2023.

toj državi od 2015. godine postoji i e-sportska akademija, gde oko 200 studenata izučava e-sport i trenira.

E-sport je takođe popularan i u Nemačkoj, gde je 2000. godine osnovana *Electronic Sports League (ESL)*, kompanija koja se bavi organizacijom i produkcijom e-sporta.¹⁴ Nemačka igra značajnu ulogu u profesionalnom polju e-sporta. *ESL* sa sedištem u Kelnu najstarija je i vodeća svetska e-sport liga. Ima oko 7,4 miliona članova širom sveta i zajedno sa programerima igra i drugim partnerima za saradnju organizuje nacionalne šampionate i globalne turnire. U januaru 2022. godine *ESL* i konkurenta *FACEIT* iz Engleske kupila je *Saudi Savvy Gaming Group* za oko 1,5 milijardi američkih dolara. Bivši konkurent sada postaje kompanija koja će nastaviti da bude aktivna u oblasti e-sporta u Nemačkoj. Inače, ta kompanija ima veliki broj kancelarija širom sveta i veliki broj zaposlenih. Deluje kao organizator takmičenja, nosilac prava i proizvođač sadržaja.¹⁵

3. Vrste e-sporta

E-sport je logična posledica današnjeg digitalnog sveta. U e-sportu se mora napraviti razlika između dve vrste događaja: onlajn i oflajn takmičenje (ili takmičenje licem u lice). Turniri i lige koji se održavaju onlajn odlikuju se time što igrači uglavnom igraju od kuće. Računari ili konzole su pritom međusobno povezani putem interneta. Ta varijanta je mnogo češća, posebno kada su u pitanju povremeni igrači, jer zahteva samo minimum opreme sa jednkrotnom konfiguracijom. Taj oblik takmičenja je organizaciono mnogo manje složen, ali se teže plasira na tržište. Zašto je organizatorima takav oblik događaja manje zanimljiv.¹⁶

U oflajn događajima igrači su fizički u istom prostoru, dok su računarski sistemi međusobno povezani putem lokalne mreže. Ta vrsta događaja vodi poreklo od tzv. LAN zabava. Na početku su se uglavnom sastajali prijatelji ili ljudi iz kruga poznanika u privatnom prostoru da bi se tamo takmičili. Ovi takozvani „privatni LAN-ovi“, u kojima je fokus bio na igrici, prerasli su sredinom devedesetih godina u komercijalne LAN žurke. One su imale veći broj učesnika, često i preko 3.000 ljudi i postale su organizaciono zahtevnije i skuplje. Danas su na oflajn događajima prisutni gledaoci. Na sceni nastupaju profesionalni igrači i timovi koji igraju jedni protiv drugih.

Onlajn takmičenja su daleko brojnija od oflajn takmičenja. Međutim, oflajn profesionalni turniri i lige su medijski relevantniji.¹⁷ Da bi se učestvovalo na takmičenju, neophodan je pristup odgovarajućem softveru. Pravila takmičenja (sastav nacionalnog/međunarodnog tima, kazneni poeni za nedolično ponašanje,

¹⁴ Feel the passion for esports and more!, <https://esl.com/>, 28. mart 2023.

¹⁵ A. Jakob, M. Ratz, Y. Thorhauer, *E-Sport – Skizze eines neuen Forschungsfeldes*, Wiesbaden 2018, 107.

¹⁶ M. Breuer, 26.

¹⁷ *Ibid.*, 25.

dokumentacija rezultata igre i dr.) određeni su softverom i spoljnim pravilima takmičenja, kao što su propisi organizatora takmičenja. U nekim slučajevima se koriste sertifikovane sudije.

E-sport se sastoji od različitih disciplina, koje su predstavljene različitim kompjuterskim igrama. Postoje i brojne različite igre. Jedna od najpoznatijih je strateška igra u realnom vremenu *League of Legends*, na čijem je Svetskom prvenstvu 2017. godine u Pekingu mogao da se osvoji ukupan nagradni fond od preko četiri miliona evra. Finale takmičenja je gledalo oko 57,6 miliona gledalaca. Sportske simulacije su takođe široko prihvaćene. Osim toga, u e-sportskim takmičenjima su popularni i strelci iz prvog lica.

Najpopularniji i najgledaniji e-sportski naslovi su višekorisnička onlajn borbena arena (*Multiplayer online battle arena*), strategija u realnom vremenu (*Real-time strategy*), kolekcionarska kartaška igra (*Collectible card game*).

Višekorisnička onlajn borbena arena (MOBA) spada u veoma popularne igre širom sveta i obuhvata dve najpopularnije igre: *League of Legends* i *DotA 2*. Na Međunarodnom svetskom prvenstvu *DotA 2*, koje je održano 2017. godine u Sijetlu, dodeljeno je ukupno 24 miliona američkih dolara novčane nagrade. Igra strategija u realnom vremenu (RTS) posebno je popularna u Koreji i Kini. Među najpoznatijim igrama ovde spadaju: *StarCraft II*, *Clash of Clans* i *Age of Empire*. RTS je strateška igra u realnom vremenu. Po pravilu, igrač je suočen sa izazovom razvijanja rešenja i mera kako bi se postigao cilj igre.

E-sport se igra na hardverskim sistemima među kojima su najzastupljeniji: PC, konzole mobilni uređaji. PC je najveći i najrelevantniji hardverski sistem koji se koristi za igranje igara.

4. Učesnici u e-sportu

U e-sportu postoji više učesnika: igrači, sportski klubovi, lige i turniri, proizvođači igara, organizatori.

Igrači su najvažniji učesnici u e-sportu. Sloboda digitalnog sveta u kojima se kreću e-sportisti daje im priliku da obavljaju svoju aktivnost bez razvijenih klupskih struktura. Umesto toga, oni se organizuju u klanove.¹⁸ Klan u e-sportu odgovara timu u tradicionalnom sportu. Naziv klana se koristi i za profesionalne i za rekreativne sportiste. Za razliku od slobodnih sportista, e-sportisti se fokusiraju jedino na igru u kojoj se specijalizuju, redovno treniraju i učestvuju u onlajn i onlajn turnirima i prvenstvima.¹⁹ Svaki klan ima vođu koji vodi tim i regrutuje nove igrače. On je odgovoran i za zabranu neaktivnih igrača i može suspendovati igrače zbog nedoličnog ponašanja. Osim toga, odgovoran je za formiranje tima

¹⁸ T. Bagger, F. Holzhäuser, M. Schenk, „Ist E-Sport „echter“ Sport?“, *SpuRt. Zeitschrift für Sport und Recht* 3/2016, 95.

¹⁹ M. Martončík, „E-Sports: Playing just for fun or playing to satisfy life goals?“, *Computers in Human Behavior* 48/2015, 208.

na odgovarajućem turniru i dizajnira taktiku igre. Konačno, on je glavni kontakt za sponzore i predstavnike medija.²⁰

Aktivni igrači u e-sportu se nazivaju e-sportisti, bez obzira na to da li je reč o amaterima ili profesionalcima. Većina e-sport igrača je deo tima, organizacije ili kluba. Termin e-sportista se primenjuje i kada se igraju pojedinačni e-sportski naslovi sa takmičarskim karakterom. Da bi se igrač smatrao e-sportistom, potrebno je da igra najmanje jednom mesečno. Ipak, to nije jedini uslov. Za igrače e-sporta nije samo igranje u prvom planu, već i takmičarski duh. Dakle, e-sportisti se mogu definisati kao igrači koji se profesionalno bave video-igricama i učesćem na takmičarskim turnirima.

Poslednjih godina e-sport je postao toliko profesionalan da neki igrači mogu da zarade i nekoliko miliona evra tokom svoje karijere.²¹ Zarada se ostvaruje od sponzorskih ugovora, nagrada i fiksnih plata koju isplaćuje organizacija za koju igrač igra. U e-sportu još uvek ne postoje profesionalni igrači (progejmeri) koji se bave e-sportom kao svojom profesijom. Pošto se većina igara igra u timovima, e-sport igrači stvaraju sopstvene timove koji se nazivaju klanovi (sportski klubovi).

Istorijski gledano, timovi organizovani u e-sportu smatrani su klanom.²² Zbog sve veće profesionalizacije e-sporta, taj termin se sve manje upotrebljava. Sportski klub koji ugošćuje više igrača i timova za različite e-sportske discipline naziva se klubom za više igara (eng. *multi-gaming*).²³ E-sportski klubovi se mogu podeliti u tri različite kategorije:

- zabavni klubovi koji se fokusiraju na zabavu i društvene interakcije,
- poluprofesionalni klubovi koje e-sport profesionalno podiže na određeni nivo vežbanja i
- proigrački klubovi koji su isključivo fokusirani na takmičenje.²⁴

E-sportski klub ima logo i ime. Oblik organizovanja profesionalnih klubova se razlikuje od zemlje do zemlje. U Nemačkoj, na primer, postoje registrovana udruženja. Zbog sve većeg interesovanja za e-sport, profesionalni klubovi su počeli da ugovaraju sponzore, zatim da otvaraju medijske kanale i da razvijaju merčendajzing. Nova pojava na tržištu e-sporta je ulazak sportskih klubova u e-sport. Primer za to je nemački fudbalski klub „Šalke 04”, koji je osnovao tim koji učestvuje na Evropskom prvenstvu „Liga legendi” (eng. *League of Legends European Championship*). Drugi sportski klubovi takođe koriste e-sport za prisustvo u drugoj oblasti sporta.

Za razliku od klasičnih sportskih klubova, nazivi klanova e-sporta nisu povezani sa regionalnim poreklom tima već su zasnovani na mašti.²⁵

²⁰ *Ibid.*, 209.

²¹ C. H. Hentsch, „Die Urheberrechte der Publisher bei Esport”, *Multimedia und Recht. Zeitschrift für Informations- Telekommunikations und Medienrecht* 8/2018, 3.

²² M. Breuer, 19.

²³ J. Heinz, A. Ströh, *The eSports Market and eSports Sponsoring*, Marburg 2017, 19.

²⁴ *Ibid.*, 27.

²⁵ T. Adamus, „E-Sport: Computerspiele im Spannungsfeld von Sport und (digitaler) Jugendkultur”, *Digitale Spielkultur* (eds. Sonja Ganguin, Bernward Hoffmann), München 2010, 206.

E-sportski klubovi i e-sportski igrači igraju jedni protiv drugih u ligama i na turnirima. Postoje turniri koji su besplatni za amatere za igranje putem interneta ili turnire za koje je neophodna kvalifikacija. Lige i turniri u e-sportu organizuju se kao nezavisne komercijalne kompanije, a ne kao na primer nemačka Bundes liga. E-sportski timovi mogu da učestvuju u različitim ligama, odnosno nisu vezani za određenu ligu. Izuzetak je „Liga legendi”, pošto proizvođač igara *Riot Games* postavlja pravila, tako da timovima iz „Liga legendi” nije dozvoljeno da učestvuju u drugim takmičenjima. Dve najveće lige u e-sportu su *Electronic Sports League* i *Major League Gaming*.

Liga elektronskih sportova – *Electronic Sports League (ESL)* najvažnija je e-sportska organizacija u Evropi. Turniri i lige su podeljeni na amatere, poluprofessionale i profesionalne e-sport igrače. Od 2007. godine *ESL* nudi svoje medijske sadržaje na sopstvenom kanalu „*ESL TV*”. Sadržaj se takođe može strimovati na Tviču. *ESL* ima tržišni udeo od 23% u odnosu na sve gledaoce profesionalnih provajdera e-sporta.²⁶ *ESL* se oglašava na svojoj početnoj stranici kao vodeća platforma za e-sport turnire i igre.

Major League Gaming (MLG) je američka e-sportska organizacija osnovana 2002. godine. Ona je najveća e-sport liga na svetu sa preko 10 miliona registrovanih korisnika.²⁷ Struktura i organizacija te lige uporediva je sa *ESL* jer obuhvata mnogo različitih disciplina i nivoa veština kao *ESL*. Kompanija se bavi televizijskom produkcijom i razvojem igara. Medijski sadržaj se nudi preko sopstvenog kanala „*MLG.tv*”, koji ima misiju globalnog promotera e-sporta kroz vrhunska takmičenja i raznovrstan sadržaj za igre za svakog gledaoca širom sveta.²⁸ *MLG* nastavlja da se širi na međunarodnom nivou sa svojim oflajn događajima i planira da izgradi najveću arenu za e-sport u Džuhaju (Kina) kapaciteta od oko 15.000 gledalaca.

U e-sportu su poslednjih godina sve popularniji turniri koji se često organizuju na velikim fudbalskim stadionima. Iz perspektive navijača, događaji nude potpuno drugačiji utisak pošto se takmičarske igre prate uživo. Ti turniri su interesantni i proizvođačima igara, sponzorima i provajderima. Za događaje su posebno važni sponzori koji pokrivaju i do 40% troškova turnira. Reč je o sponzorima igrača, klubova, liga, turnira, medijskih kanala. Osim sponzorisanja, veoma je važna i prodaja karata za događaje. Koristi od e-sportskih turnira imaju i organizatori događaja i proizvođači video-igara.

Izdavači, odnosno proizvođači igara imaju značajnu pozicije u e-sportu. Kao nosioci prava intelektualne svojine na igrama, oni deluju kao kreatori pravila, distributeri i organizatori događaja.²⁹ Oni imaju mogućnost, na osnovu svoje uloge, da zabrane igranje igara ili da zaustave striming igre. To im daje neuporedivo značajniju poziciju od one koju imaju tradicionalni sportovi.³⁰ Najznačajniji proizvođači

²⁶ J. Heinz, A. Ströh, 31.

²⁷ Major League Gaming, <https://www.mlg.com/>.

²⁸ J. Heinz, A. Ströh, 31.

²⁹ *Ibid.*, 40.

³⁰ Power Dynamics in Esports – The WESA experiment, https://www.espn.com/esports/story/_/id/15684570/power-dynamics-esports-wesa-experiment.

igara u e-sportu su kompanije *Blizzard*, *Riot Game* i *Valve Corporation*. One deluju s jedne strane kao programeri, a s druge strane kao distributeri. Štaviše, te kompanije organizuju same lige i takmičenja, a javljaju se i u ulozi davaoca licenci za treća lica koja žele da budu domaćini turnira sa svojom video-igrom.³¹

Glavni izvor prihoda profesionalnih klanova su sponzorski poslovi sa kompanijama.³² Komercijalizacija ide toliko daleko da se neki klanovi čak pojavljuju pod imenom kompanije. Sponzori garantuju klanovima značajan prihod, o čemu će biti reči u nastavku teksta.

5. Sponzorstvo u e-sportu

Sponzorstvo u e-sportu je izazovno za mnoge kompanije. Naime, učesnici e-sporta su mladi i zainteresovani su za tehnologiju. Međutim, klasičnim kanalima komunikacije se ne može doći do te ciljne grupe. S druge strane, e-sport nudi sponzorima platformu za privlačenje učesnika u e-sportu. To se posebno odnosi na tehnološke kompanije jer su mnogi gledaoci zainteresovani za opremu e-sport igrača, pa time postaju potencijalni kupci. Osim toga, sve više vlasnika poznatih brendova se uključuje u e-sport kao sponzori, na primer lanac brze hrane *McDonald's* ili proizvođač energetske pića *Red Bull*.

Koristi od sponzorstva u e-sportu su višestruke. Na primer, zahvaljujući sponzorima obezbeđuju se novčane nagrade na turnirima, plate, putni troškovi, oprema i odeća za igrače.

Postoje dve vrste sponzora u e-sportu. Takozvani endemski sponzori su sponzori proizvoda ili usluga koji su relevantni za e-sport, kao što su proizvođači procesora (*Intel*, *AMD*), e-sport onlajn platforme (*FaceIT*, *ESEA*) ili onlajn prodavnice za e-sport (*Skinbaron*, *CaseKing*). U drugu grupu sponzora spadaju neendemski sponzori, odnosno sponzori čiji proizvodi ili usluge nisu u direktnoj vezi sa e-sportom, na primer proizvođači automobila, osiguravajuća društva, proizvođači bezalkoholnih pića. Za endemske sponzore, e-sport je optimalan kanal za promociju njihovih proizvoda. Konkretno, tehnološke kompanije prodaju svoje moćne računare i grafičke kartice, bez kojih e-sport ne bi funkcionisao. Međutim, u nekim zemljama raste broj sponzora koji nisu endemski. To su kompanije čiji osnovni proizvod nema dodirnih tačaka sa sponzorisanim sportom. Na primer, u nemačkom e-sportu poznati neendemski sponzori su kompanije *Wüstenrot*, *Mercedes-Benz* i *Techniker Krankenkasse*. U neendemske sponzore spadaju i telekomunikacione kompanije koje garantuju neophodnu internet infrastrukturu. Osim toga, značajni su i proizvođači pića, na primer *Coca Cola* i *PepsiCo*, i energetske pića, kao što su *Red Bull*, *Rockstar* ili *Monster*.

³¹ C. Abanazir, „Institutionalisation in E-Sports”, *Sport, Ethics and Philosophy* 13/2019, 6.

³² I. Mazari, „E-Sport als gesellschaftliches Phänomen”, *Spielkulturen. Funktionen und Bedeutungen des Phänomens Spiel in der Gegenwartskultur und im Alltagsdiskurs* (eds. Jochen Koubek, Michael Mosel, Stefan Werning), Glückstadt 2013, 142.

Studija *Nielsen Sports*-a o sponzorisanju u Nemačkoj pokazala je da je više od polovine ispitanika navelo da će e-sport biti najvažnija oblast sponzorstva u narednih nekoliko godina.³³ Prve kompanije koje su prepoznale potencijal sponzorstva u e-sportu su hardverske kompanije. Sponzorske obaveze u e-sportu mogu da pokrivaju različite kategorije. S jedne strane, postoje sponzorstvo liga i takmičenja. Tu je najveći potencijal za kompanije jer mogu da imaju svoju seriju turnira pod imenom svoje kompanije.

Za razliku od tradicionalnih sportova, gde se kritikuje komercijalizacija i uključivanje sponzora, posebno u fudbalu, u e-sportu gledaoci i navijači rado prihvataju sponzore. Posebno gledaoci i navijači između 14 i 39 godina smatraju da sponzorisanje i oglašavanje čine da svet virtuelnih igara izgleda stvarnije i da reklame ne ometaju tok igre.³⁴

Sponzorstvo u e-sportu je popularan trend koji je orijentisan da u budućnosti preraste u marketing. Umesto da samo prikazuju logotipe kompanije na reklamnim banerima ili proizvodima, mnoge kompanije slede koncept partnerstva sa e-sportskim timovima.

6. Zaključak

E-sport je skraćena za elektronski sport. Igrači e-sporta igraju jedni protiv drugih u režimu za jednog ili više igrača na računaru ili na konzoli i takmiče se u virtuelnim takmičenjima. Takmičenja se održavaju u disciplinama sportske simulacije, strateških igara u realnom vremenu i pucanja iz prvog lica. Najpopularnije igre su *FIFA*, *League of Legends (LoL)*, *Defense of the Ancients (DotA)* i *Counter Strike-Global Offensive (CS:GO)*.

Osamdesetih godina e-sport nije bio razvijen u velikoj meri. Međutim, na početku 21. veka e-sportovi su postali popularni, na šta su posebno uticali širenje računara, komercijalizacija interneta, napredak u strimingu, internet tehnici i tehnologiji. Poboļšana grafika, zvuk i koncepti igara tehnički krajnjih uređaja uticali su na popularizaciju e-sporta, koji se velikom brzinom otvarao sve široj publici. Broj igrača i gledalaca e-sporta povećava se i danas.

Danas je trend da velike igre kao što su *DotA*, *LoL* ili *CS:GO* imaju svoje turnire. Popularnost e-sporta je naročito porasla posle prvog svetskog prvenstva *LoL*, koje je održano 2011. godine u Švedskoj. Profesionalni igrači e-sporta su organizovani u „klanove” ili timove i igraju prvenstva i lige, a kvalifikacije i finala se održavaju širom sveta i na velikim stadionima. Novčana nagrada koja se oglašava za velike turnire sada se meri milionima američkih dolara, delom zahvaljujući velikim kompanijama koje su otkrile e-sport kao sopstvenu marketinšku platformu.

³³ Sponsor – trend 2018, Status und Trends im Sponsoringmarkt in Deutschland, Österreich und der Schweiz, https://nielsen.com/wp-content/uploads/2021/01/Nielsen-Sports_Sponsor-Trend-2018_web-1.pdf, 28. mart 2023.

³⁴ I. Rentz, E-Sports ist längst Mainstream, https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/wavemaker-studie-e-sports-ist-laengst-mainstream-168475?utm_campaign=Echobox&-utm_medium=Social&-utm_source=Twitter#Echobox=1531984013.

Iako e-sport zahteva motoričke veštine i taktičko razumevanje, on još uvek nije zvanično priznat kao poseban sport u mnogim zemljama. Međutim, priznanje ne bi bilo samo pozitivno za šire društveno prihvatanje e-sporta već bi pre svega rezultiralo važnim zakonskim privilegijama, kao što su poreske olakšice ili mogućnosti finansiranja, za koje su e-sportovi do sada bili uskraćeni. Ipak, zbog brzog rasta broja gledalaca i igrača, sve veće profesionalizacije e-sporta i, pre svega, njegovog sve većeg ekonomskog značaja, pretpostavka je da će pre ili kasnije i e-sport biti prihvaćen kao samostalan sport u većini zemalja.

Ekonomski potencijal industrije e-sporta je veliki. Uprkos pandemiji kovida 19, industrija e-sporta nastavlja da raste. Nakon manjeg pada 2020. godine, e-sport je komercijalno rehabilitovan 2021. godine. Sa prosečnom godišnjom stopom rasta od 14 procenata, e-sportovi su prošli kroz pandemiju mnogo otpornije od klasičnih sportova. Brojne investicije su morale biti smanjene ili odložene zbog neizvesne situacije sa koronom, pa se industrija sada sve više oslanja na digitalne inovacije za poboljšana iskustva navijača. Samo u Nemačkoj je 2021. ostvarena prodaja od 113,2 miliona evra, pri čemu je najveći udeo od oko 74 miliona evra ostvaren od sponzorstva.³⁵ Takođe, dok je 2016. godine e-sport generisao prodaju od 493 miliona američkih dolara širom sveta, prema podacima kompanije za istraživanje tržišta *Newzoo*, globalni prihodi od e-sporta bi već 2022. godine trebalo da iznose 1,38 milijardi američkih dolara.³⁶ Očekuje se da će se 2025. godine globalna prodaja povećati na oko 1,86 milijardi dolara. U svakom slučaju, s obzirom na kontinuirano povećanje prometa, e-sport ima potencijal da postane jedan od najvećih sportova na svetu.

Izvori prihoda u e-sportu u osnovi odgovaraju onima iz klasičnih sportova, ali se njihov značaj bitno razlikuje zbog ranog lansiranja na tržište. Predviđeno povećanje prodaje u zemlji i svetu treba da se postigne većim profitom u četiri relevantna izvora prihoda: sponzorstvu i oglašavanju (npr. TV ili video oglašavanje, marketing za dobavljače igara ili sponzorisane timova, igrača, turnira ili liga), mečendajzingu (majice za tim/igrača, kape itd., brendirani hardver), izdavanju karata (prodaja karata, marketing kutija) i premijum sadržaju (modeli pretplate za strimovanje bez oglasa ili ponude koje se plaćaju).

Najveći izvor prihoda u e-sportu dolazi od medijskih prava i sponzorstva. Manji izvor prihoda u globalnom e-sportu generiše se od prodaje karata, zatim od naknada za izdavače i prihoda iz oblasti striminga. U e-sportu postoje i prihodi od prodaje u igri na osnovu prava intelektualne svojine timova ili ličnih prava igrača. Potencijalni izvor prihoda u e-sportu je i klađenje.

³⁵ Sports Business: Bereit für den Aufschwung?, <https://www.pwc.de/de/technologie-medien-und-telekommunikation/sport/pwc-sports-survey-2021-deutsche-ausgabe.pdf>, 28. mart 2023.

³⁶ Newzoo's Global Esports & Live Streaming Market Report 2022, <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-esports-live-streaming-market-report-2022-free-version>, 28. mart 2023.

Literatura

- Abanazir C., "Institutionalisation in E-Sports", *Sport, Ethics and Philosophy* 13/2019.
- Adamus T., „E-Sport: Computerspiele im Spannungsfeld von Sport und (digitaler) Jugendkultur“, *Digitale Spielkultur* (eds. Sonja Ganguin, Bernward Hoffmann), München 2010.
- Bagger T., Holzhäuser, F., Schenk, M., „Ist E-Sport „echter“ Sport?“, *SpuRt, Zeitschrift für Sport und Recht* 3/2016.
- Breuer C., Wicker, P., Pawlowski, T. Der Wirtschafts- und Wachstumsmarkt Sport, *Management im Sport. Betriebswirtschaftliche Grundlagen und Anwendungen der modernen Sportökonomie* (eds. Gerd Nufer, Andre Bühler), Berlin 2012.
- Heinz J., Ströh A., *The eSports Market and eSports Sponsoring*, Marburg 2017.
- Hentsch C. H., Die Urheberrechte der Publisher bei E-Sport. *Multimedia und Recht. Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations und Medienrecht* 8/2018.
- Jakob A., Ratz M., Thorhauer Y., *E-Sport – Skizze eines neuen Forschungsfeldes*, Wiesbaden 2018.
- Markus B. *E-Sport — eine Markt- und ordnungsökonomische Analyse*, Jena 2011.
- Martončík M., E-Sports: Playing just for fun or playing to satisfy life goals? *Computers in Human Behavior* 48/2015.
- Mazari I., E-Sport als gesellschaftliches Phänomen, *Spielkulturen. Funktionen und Bedeutungen des Phänomens Spiel in der Gegenwartskultur und im Alltagsdiskurs* (Hrsg. Jochen Koubek, Michael Mosel, Stefan Werning), Glückstadt 2013.
- Meyer J. U., *Sport 2.0. Die Digitalisierung der Sportbranche*, Göttingen, 2017.
- Müller-Lietzkow J., Sport im Jahr 2050: E-Sport! Oder: Ist E-Sport Sport?, *Sport und Medien* 2006/6.
- Pusch H., Anerkennung des eSports als eigene Sportart. §4 Diversität der Begriffsdefinition, *eSport und Recht* (Hg. Dieter Frey), Baden-Baden 2021.
- Wagner M., On the scientific relevance of eSport. *Proceedings of the 2006 international conference on internet computing and conference on computer game development* H. R. Arabnia, J. Arreymbi, V. A. Clincy, O. Droegehorn, J. Lu., A. M. G. Solo, A. J. Ware, S. Zahir), Las Vegas 2006.
- Werdenich G., *PC bang, E-Sport und der Zauber von StarCraft: Koreas einzigartige Rolle in der Welt des elektronischen Sports*, Boizenburg 2016.

Internet izvori

- Rentz I., E-Sports ist längst Mainstream, https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/wavemaker-studie-e-sports-ist-laengst-mainstream-168475?utm_campaign=Echobox&-utm_medium=Social&utm_source=Twitter#Echo-box=1531984013.

ECONOMIC SIGNIFICANCE OF E-SPORTS

Summary

E-sports is short for electronic sports. E-sports players play against each other in single or multiplayer mode on PC or console and compete in virtual competitions. Competitions are held in the disciplines of sports simulation, real-time strategy games and first-person shooters. The most popular games are FIFA, League of Legends (LoL), Defense of the Ancients (Dota 2) and Counter-Strike: Global Offensive (CS:GO). Numerous large companies have long recognized the economic potential of e-sports. For example, PC component manufacturers such as Intel, Samsung and Acer are generating more revenue thanks to e-sports. In addition, team sponsorships following the model used in traditional sports are popular in e-sports. A prominent example is the South Korean team SK Telecom, which is maintained by a local telecommunications company and has dominated on the world stage for years. Revenues in e-sports also come from voice-overs, premium content, and ticket sales. In general, many aspects of e-sports and classic sports are similar, regardless of the fact that e-sports is still not an officially registered sport in most countries, including Serbia. The recognition of eSports as a type of sport could lead to its greater social acceptance. In addition, such recognition would lead to certain legal advantages as well as financing possibilities.

Key words: e-sports, sponsorship, video games.

ALGORITAMSKA DISKRIMINACIJA****

Apstrakt

Algoritamska diskriminacija može nastati radom sistema veštačke inteligencije i u javnom i u privatnom sektoru. U javnom sektoru to su, primera radi, preporuke za odmeravanje kazni za krivična dela, donošenje odluka o penzijskim i socijalnim davanjima ili naknadama za nezaposlene itd. U privatnom sektoru to su odluke koje se donose u vezi sa zapošljavanjem, stanovanjem, odobravanjem kredita, reklamiranjem proizvoda itd. Postojeći pravni propisi o nediskriminaciji i zaštiti podataka, zaštiti potrošača i tome slično pružaju određene mogućnosti za borbu protiv algoritamske diskriminacije. Međutim, neophodno je da se postojeći propisi unaprede i da se donesu novi opšti i sektorski propisi, kojima će se regulisati upotreba sistema veštačke inteligencije zasnovanih na algoritamskom odlučivanju, na bezbedan način i uz visok nivo zaštite pojedinačnih prava i sloboda. Jedno od dobrih rešenja za otklanjanje algoritamske diskriminacije jeste da se pravnim propisima zahteva ispunjavanje određenih uslova i davanje sertifikata za sisteme veštačke inteligencije koji su visokorizični, odnosno koji mogu ugroziti ljudska prava i slobode, kao što je to predviđeno Predlogom uredbe EU o veštačkoj inteligenciji 2021. godine.

Ključne reči: pravo, pravna informatika, ljudska prava, veštačka inteligencija, algoritamska diskriminacija.

1. Uvod

Svakodnevni život sve više zavisi od upotrebe veštačke inteligencije. Veštačka inteligencija upravlja saobraćajem, snabdevanjem energijom, prepoznaje govor, filtrira neželjenu elektronsku poštu, analizira rendgenske snimke i na mnoge druge načine utiče na naš svakodnevni život i na ekonomski razvoj celokupnog društva. U svim tim procesima veštačka inteligencija funkcioniše tako što softver na bazi algoritma donosi odluke, koje najčešće obuhvataju veliki broj pojedinaca.

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, d.prlja@iup.rs

** Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, g.gasmi@iup.rs

*** Naučni saradnik, Matematički institut SANU, Beograd, vanja@mi.sanu.ac.rs

**** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

Te odluke bi trebalo da budu racionalne, neutralne, nepristrasne i jednake za sve one na koje se odnose. Praksa pokazuje da odluke donete u sistemima veštačke inteligencije na bazi algoritma često izazivaju neki oblik diskriminacije, koja se naziva algoritamska diskriminacija.

Veštačka inteligencija je pojam koji danas obuhvata široko područje primene najnovijih tehnoloških dostignuća za inteligentno rešavanje različitih vrsta problema. U jednom periodu razvoja veštačke inteligencije, osamdesetih i devedesetih godina 20. veka, dominirala je ideja razvoja ekspertnih sistema. To su bili kompjuterski programi pisani sa namerom da zamene ljudski intelekt i znanje.¹ *Ekspertni sistemi* u oblasti prava, odnosno inteligentni sistemi zasnovani na znanju pravnih eksperata, rešavali su pravne probleme na način kako su to radili pravni eksperti specijalizovani za određenu oblast prava. Oni su funkcionisali kao inteligentni asistenti koji pružaju rešenje pravnog problema na osnovu podataka i prethodno prikupljenog i formalizovanog znanja pravnih eksperata.² Zahvaljujući napretku mašinskog učenja u poslednjoj deceniji, nije više bilo potrebno znanje eksperata već probleme rešavaju sistemi veštačke inteligencije na bazi korišćenja velike količine podataka, koji služe kao primeri na osnovu kojih se formiraju obrasci za rešavanje problema. *Mašinsko učenje* je automatizovan proces otkrivanja korelacija između varijabli u velikom skupu podataka kako bi se predvideo ili procenio ishod, odnosno donosile odluke.³ U osnovi tog automatizovanog sistema donošenja odluka je algoritam.

2. Pojam algoritamske diskriminacije

Algoritam je izraz koji je nastao u matematici i označavao je postupak računanja decimalnim brojevima, ali se danas prevashodno povezuje sa područjem informatike i računarstva i označava niz precizno definisanih pravila i procedura, na osnovu kojih se ulazne vrednosti transformišu u izlazne ili se opisuje izvršavanje nekog postupka. Preciznije, to je uputstvo kako rešiti neki zadatak ili problem. Algoritam je ključni pojam u računarskoj obradi podataka. On je *računarski program koji računaru objašnjava koje naredbe i kojim redosledom treba da obavi*. Algoritam u stvari sadrži niz instrukcija koje računar određenim redosledom treba da izvrši. On mora biti jasno definisan, što podrazumeva da treba da budu predviđene sve moguće situacije koje se mogu pojaviti. Faze rešavanja zadataka uz pomoć algoritma obuhvataju analizu i preciznu identifikaciju problema, opšti opis i detaljni opis algoritma za rešavanje problema, pisanje programa za računar na osnovu detaljnog algoritma, testiranje programa, primenu programa i analizu njegovog funkcionisanja.

¹ D. Prlja, „Pravni ekspertni sistemi”, *Kompjuteri i pravo* 1–2/1993, 44.

² R. Susskind, *Expert Systems in Law*, Oxford University Press, Oxford 1987, 12.

³ F. Zuiderveen Borgtesius, *Diskrimination, Artificial Intelligence And Algorithmic Decision-Making*, Council of Europe, Strasbourg 2018, 13–14.

Algoritamski sistem donošenja odluka može se definisati kao računarski proces, uključujući onaj koji je izveden iz mašinskog učenja, statistike ili druge obrade podataka ili druge tehnike veštačke inteligencije, a koji sam donosi odluke ili podržava ljudsko donošenje odluka.⁴

Algoritam se može opisati kao apstraktan, formalizovan opis računске procedure. Algoritamska odluka je rezultat, nalaz ili ishod te procedure.

Ponekad algoritam odlučuje potpuno automatski. Na primer, filter neželjene pošte za uslugu e-pošte može potpuno automatski filtrirati neželjene poruke iz *inboxa* korisnika. Ponekad ljudi donose odluke pomoću algoritama i takve odluke su delimično automatske. Na primer, na osnovu procene klijentovog kredita koju je uradio sistem veštačke inteligencije, službenik banke može odlučiti da li klijent može pozajmiti novac od banke.⁵ Međutim, treba razlikovati odluke donete na bazi algoritma koje su *potpuno automatizovane* i one koje su samo *delimično automatizovane*. To je važno da bi mogla da se utvrdi odgovornost u slučaju kršenja ljudskih prava i zbog načina na koji se mogu izvršiti izmene sistema automatskog donošenja odluka, kako kršenja ljudskih prava ne bi bilo u budućnosti. Uočena je tendencija da sistem algoritamskog donošenja odluka uz delimično učešće ljudi smanjuje svoju odgovornost tako što se jednostavno slede preporuke kompjutera. Ta pojava se naziva pristrasnost na bazi automatizacije (*automation bias*).⁶

Prava koja poseduju ljudska bića proizilaze iz činjenice da jesu ljudska bića zbog čega prihvatanje nejednakosti ljudi ruši suštinski celokupan koncept ljudskih prava.⁷ *Načelo jednakosti* je osnovno načelo ljudskih prava te iz njega proizilazi *načelo nediskriminacije*, odnosno zabrana diskriminacije među ljudima.

Sama reč diskriminacija dolazi iz latinskog jezika i znači razlikovanje, ali je, bar u pravu, izgubila neutralnost i dobila negativno značenje nedozvoljenog razlikovanja. U oblasti ljudskih prava, diskriminacija je razlikovanje u posedovanju i obimu prava, koje nije dozvoljeno zbog osnova i načina razlikovanja.⁸

Zabrana diskriminacije u savremenom pravu odnosi se na razlikovanje na osnovu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, nacionalnog i socijalnog položaja, porekla, imovine, rođenja i drugog statusa. Nabranjenje nije konačno, odnosno moraju se imati u vidu i drugi slični osnovi diskriminacije.⁹ U novijim pravnim dokumentima zabranjena je diskriminacija na osnovu roda, seksualne orijentacije, rodnog identiteta, uzrasta, zdravstvenog stanja, invaliditeta, bračnog stanja, migrantskog statusa, odnosno drugog statusa, što znači da ni ovaj spisak nije konačan.¹⁰

⁴ European Law Institute, *Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision Making Systems Used by Public Administration*, European Law Institute, Vienna 2022, 16.

⁵ F. Zuiderveen Borgtesius, 11.

⁶ *Ibid.*, 12.

⁷ V. Dimitrijević, M. Paunović, *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1997, 181.

⁸ *Ibid.*, 185.

⁹ *Ibid.*, 186.

¹⁰ G. Gasmi, „Principi nediskriminacije i savesnog ispunjavanja obaveza država – Teorijski pogled na Istanbul Konvenciju Saveta Evrope i praksu Evropskog suda za ljudska prava”, *Kultura Polisa*1/2016, 149–167.

Jedan od najčešće prijavljivanih negativnih uticaja veštačke inteligencije na ljudska prava jeste uticaj na zabranu diskriminacije, odnosno na pravo na jednak tretman.¹¹

3. Primeri algoritamske diskriminacije

Sistemi veštačke inteligencije zasnovani na pristrasnim informacijama mogu prouzrokovati algoritamsku diskriminaciju, odnosno diskriminatorne algoritamske odluke ili ponašanja. Ukoliko sistem veštačke inteligencije uči na bazi prethodnih podataka zasnovanih na diskriminatornim odlukama, onda i on sam može na bazi „povratnih petlji” da donosi diskriminatorne odluke, odnosno može da ugrozi ljudska prava. Primera radi, ako su u prošlosti na određenim radnim mestima zapošljavani mnogo više muškarci nego žene, onda će sistem veštačke inteligencije na osnovu učenja na prethodnim primerima i u budućnosti diskriminirati žene prilikom zapošljavanja na ta radna mesta. Sistemi veštačke inteligencije namenjeni praćenju ponašanja zaposlenih i donošenju odluka od algoritma mogu negativno uticati na ostvarivanje socijalnih i ekonomskih prava zaposlenih. Zaposleni se mogu suočiti sa greškama sistema veštačke inteligencije, koje za posledicu imaju neopravdano manju platu, neisplaćen regres, neadekvatno raspoređivanje na drugo radno mesto itd. Posledica upravljanja algoritma radnim procesima mogu biti dehumanizacija i ugrožavanje prava zaposlenih.

Postoji više načina koji mogu prouzrokovati algoritamsku diskriminaciju: izbor ciljne varijable i oznaka klase, izbor podataka za obuku sistema, prikupljanje podataka za obuku sistema, izbor karakteristika, posredne pretpostavke i zlonamerno korišćenje sistema veštačke inteligencije sa ciljem diskriminacije.¹²

Ciljne varijable su korelacije koje algoritam pronalazi u skupovima podataka. Ako je svrha algoritma da ukloni neželjenu elektronsku poštu, onda softver treba da pronađe karakteristike na osnovu kojih će neku elektronsku poštu označiti kao neželjenu. Na primer, elektronske poruke koje predstavljaju neželjenu poštu često sadrže istu formulaciju, kao što je „dobili ste milion dolara” ili dolaze sa iste elektronske adrese sa koje su identifikovani prethodni slučajevi slanja neželjene pošte ili slučajevi prevare. Na bazi mašinskog učenja, algoritam prikuplja te ciljne varijable. Oznaka klase deli te ciljne varijable na međusobno isključive kategorije. Nekada je potpuno jasno kako treba napraviti oznaku klase, na primer za neželjenu elektronsku poštu, ali nekada to i nije tako jednostavno. U slučaju kada treba odrediti oznaku klase za algoritam za zapošljavanje novih radnika, postavlja se pitanje da li je dobar radnik onaj koji dolazi tačno na posao ili onaj koji prodaje više proizvoda. Ako se kao ciljna varijabla i oznaka klase izabere tačnost dolaska na posao, to u nekim slučajevima može biti osnov za diskriminaciju. Logično je pretpostaviti da ljudi imigrantskog porekla i oni siromašniji ne žive u centru grada već na periferiji,

¹¹ I. Ben-Israel *et al.*, *Towards Regulation of Artificial Intelligence Systems: Global perspectives on the development of a legal framework on Artificial Intelligence systems based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law*, Council of Europe, 2020, 28, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>, 28. mart 2023.

¹² F. Zuiderveen Borgtesius, 15.

te će oni zbog saobraćajnih gužvi i problema sa prevozom češće kasniti na posao. Posledica takvog izbora ciljne varijable i oznake klase može biti algoritamska diskriminacija, zbog načina na koji su definisane ciljne varijable i oznake klase.

Podaci koji se koriste za obuku sistema veštačke inteligencije takođe mogu biti osnov algoritamske diskriminacije. Moguće je da su sami podaci bili uzrok diskriminacije i ranije, pa ako sistem veštačke inteligencije uči na takvim podacima, tada on samo ponavlja diskriminaciju koja je i ranije postojala. Na taj način ranije ustanovljena pristrasnost, kao što je to prilikom zapošljavanja u korist muškaraca u odnosu na žene, biće samo ponovljena i u sistemu veštačke inteligencije. Moguće je da je u prošlosti policija usmerila pažnju na određene etničke grupe i određena naselja, da je češće zaustavljala imigrante te je, naravno, u tim slučajevima evidentirano i više počinilaca krivičnih dela. Stoga će algoritam koji uči na tim primerima izazvati povratnu petlju i reprodukovati pristrasnost, odnosno diskriminaciju.

Uzrok algoritamske diskriminacije može biti izbor karakteristika, odnosno kategorija podataka koje će koristiti sistem veštačke inteligencije. Ukoliko sistem veštačke inteligencije ima namenu da pomogne poslodavcu u izboru kandidata za zapošljavanje, on može biti pristrasan prema određenim grupama kandidata. Ako se kao karakteristika traži studiranje na poznatim i skupim fakultetima, onda će to biti osnov za diskriminaciju onih koji su siromašnijeg imovnog stanja te nisu mogli da studiraju na skupim fakultetima.

Posredne pretpostavke takođe mogu biti osnov algoritamske diskriminacije, ukoliko banka koristi sistem veštačke inteligencije da predvidi koji će korisnici imati probleme sa otplatom kredita. Na osnovu podataka iz prethodnih dvadeset godina, sistem veštačke inteligencije je zaključio da korisnici sa određene poštanske adrese u većoj meri nisu otplaćivali kredite. Poštanski broj je neutralan kriterijum, ali ako na tom poštanskom broju stanuju pripadnici određene etničke manjine i ako banka koristi taj kriterijum da uskrati kredite, rezultat je algoritamska diskriminacija pripadnika te etničke grupe. Skup podataka koji ne sadrži eksplicitne podatke o seksualnoj orijentaciji ipak može na posredan način da ukaže na njih. Recimo, procenat prijatelja na Fejsbuku može da otkrije seksualnu orijentaciju pojedinca. Problem posrednih pretpostavki je izuzetno ozbiljan i teško ga je rešiti.

Osim već pomenutih slučajeva algoritamske diskriminacije koji nisu namerom izazvani, postoje i slučajevi da institucija koja je kreirala sistem veštačke inteligencije pomoću sistema veštačke inteligencije vrši namernu diskriminaciju. To je slučaj kada institucija kreira sistem veštačke inteligencije sa namerom da prednost u zapošljavanju preda muškarcima na štetu žena i tada namerno bira karakteristike uslova za zapošljavanje koje će u većoj meri odgovarati muškarcima, a ne ženama.

Primeri sistema veštačke inteligencije koji vrše algoritamsku diskriminaciju zaista su mnogobrojni.

U javnom sektoru u SAD se koristi sistem veštačke inteligencije *COMPAS*, namenjen profilisanju prestupnika, kako bi se što adekvatnije odredile sankcije. Taj sistem treba da predvidi da li će prestupnik ponovo počiniti krivično delo, kako bi sudije mogle da se odluče u kojim slučajevima će odrediti uslovnu kaznu, a u kojima

neće. Istraživanja su pokazala da taj sistem po rasnoj osnovi diskriminiše crnce, u korist belaca. Sistem veštačke inteligencije koji je koristila privatna kompanija *Amazon* u SAD za odabir programera koje će zaposliti nije bio rodno neutralan već je sam sebe naučio da su muški kandidati poželjniji od ženskih kandidata.¹³

Algoritamska diskriminacija se javlja i u sistemima veštačke inteligencije namenjenim oglašavanju. Na primer, analiza oglasa za posao koje *Google* sistem veštačke inteligencije nudi muškarcima i ženama pokazala je da taj sistem više nudi muškarcima nego ženama oglase za visokoplaćene i bolje poslove. Na taj način neko može biti diskriminisan, a da zapravo i ne zna da je diskriminisan. Holandsko telo za zaštitu podataka utvrdilo je da Fejsbuk omogućava oglašivačima da ciljaju ljude određenih seksualnih preferencija, određene rase ili određenog uzrasta. Tako se, recimo, oglasi za posao nude samo osobama mlađim od određenog broja godina.¹⁴

Algoritamska diskriminacija može da postoji i prilikom nudenja identičnih proizvoda po različitim cenama. Iako su troškovi proizvodnje ili davanja usluga identični, cene proizvoda mogu da variraju zavisno od područja, dela države, dela grada, pa se kupcima za isti proizvod ili uslugu u drugim područjima nudi različita cena. To na posredan način može da izazove diskriminaciju, ako u određenom delu grada živi pretežno populacija određenih rasnih ili drugih karakteristika. Iako cilj kompanije koja nudi proizvod ili uslugu nije bila diskriminacija po rasnoj osnovi već uvećavanje profita na bazi tržišnih analiza, konačan efekat takvog ponašanja može da bude rasna diskriminacija.

Sistemi za pronalaženje i prepoznavanje na slikama takođe mogu imati diskriminacioni efekat. Razlog može biti učenje sistema za prepoznavanje na primerima pripadnika bele rase, a kasnije taj sistem u velikom broju slučajeva greši u prepoznavanju pripadnika drugih rasa.

Takođe, uočena je tendencija da alati za prevođenje na bazi veštačke inteligencije, kakav je na primer *Google Translate*, odražavaju postojeću rodnu neravnopravnost. To znači da bi oni mogli još više da pogoršaju rodnu nejednakost.

Svi navedeni primeri algoritamske diskriminacije ukazuju na to da sistemi veštačke inteligencije često prave razne oblike diskriminacije zahvaljujući tome što uče na bazi prethodnih loših primera. Da bi se eliminisali ti oblici diskriminacije, neophodno je da se sistemi veštačke inteligencije koriguju na osnovu primera idealnog ponašanja bez diskriminacije. Sistemi veštačke inteligencije ne bi trebalo da ponavljaju stereotipna ponašanja koja vode diskriminaciji već se moraju korigovati sa ciljem ukidanja nepravdi i poštovanja propisa o jednakosti svih.

4. Pravo kao sredstvo zaštite od algoritamske diskriminacije

Obavezujuće i neobavezujuće norme glavne su prepreke algoritamskoj diskriminaciji. U prvom redu to su obavezujući propisi na međunarodnom i

¹³ F. Zuiderveen Borgesius, 26.

¹⁴ *Ibid.*, 27.

nacionalnom nivou o nediskriminaciji i o zaštiti podataka, ali i mnogi drugi propisi, standardi i pravila ponašanja.

Univerzalna deklaracija UN o pravima čoveka iz 1948. godine u svom prvom članu garantuje slobodu i jednaka prava svim ljudima, a u drugom članu garantuje nediskriminaciju: „Svakom pripadaju sva prava i slobode proglašene u ovoj Deklaraciji, bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti.”¹⁵

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), u skladu sa Univerzalnom deklaracijom UN o pravima čoveka, u članu 14. zabranjuje diskriminaciju sledećom odredbom: „Uživanje prava i sloboda navedenih u ovoj Konvenciji osiguraće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su: pol, rasa, boja kože, jezik, vera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, povezanost s nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.”¹⁶

Direktiva EU iz 2000. godine o implementaciji principa jednakog tretmana osoba bez obzira na rasno ili etničko poreklo poznaje dva oblika diskriminacije: direktnu i indirektnu diskriminaciju. U članu 2. te direktive *direktna diskriminacija* je definisana na sledeći način: „Direktna diskriminacija postoji kada se jedna osoba tretira nepovoljnije od druge osobe, bila je tretirana ili bi bila tretirana nepovoljnije u sličnoj situaciji na osnovu rasnog ili etničkog porekla.” U istom članu *indirektna diskriminacija* je definisana ovako: „Smatra se da se indirektna diskriminacija javlja kada bi naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa dovela osobe rasnog ili etničkog porekla u posebno nepovoljan položaj u odnosu na druge osobe, osim ako je ta odredba, kriterijum ili praksa objektivno opravdana legitimnim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su odgovarajuća i neophodna.”¹⁷

Algoritamska diskriminacija je upravo često indirektna diskriminacija, odnosno naizgled neutralna odredba dovodi u posebno nepovoljan položaj određenu grupu ljudi. Dakle, nije relevantno da li je diskriminator imao nameru da diskriminiše već je relevantan efekat koji je u praksi imalo algoritamsko odlučivanje. Indirektna diskriminacija se dešava mnogo češće nego direktna. Primera radi, algoritamskim odlukama koje teraju ljude određenog rasnog porekla da plaćaju proizvođači ili usluge po višim cenama krše se odredbe o zabrani indirektno diskriminacije.¹⁸

Teškoće u dokazivanju indirektno diskriminacije nastupaju kada standarde treba primeniti u praksi. Indirektna diskriminacija ne postoji ako postoji objektivno i razumno opravdan cilj. Prema jednoj od odluka Evropskog suda za ljudska prava, ako teži legitimnom cilju i postoji proporcionalnost između upotrebljenog

¹⁵ O. Račić, B. Milinković, M. Paunović, *Ljudska prava – Pet decenija od usvajanja Opšte deklaracije o pravima čoveka*, Međunarodna politika, Službeni list SRJ, Pravni fakultet, Fakultet političkih nauka, Beograd 1998, 126.

¹⁶ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim 1950, *Službeni list SCG–Međunarodni ugovori*, br. 9/2003.

¹⁷ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, *Official Journal of the European Union* L180/2000, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0043>, 7. april 2022.

¹⁸ F. Zuiderveen Borgtesius, 34.

sredstva i cilja koji se želi postići, a sredstva za postizanje tog cilja su prikladna i neophodna, nema indirektna diskriminacije.¹⁹

Indirektnu diskriminaciju je teško otkriti i zbog razloga *netransparentnosti* sistema veštačke inteligencije. Najčešće korisnici usluga jedne banke nemaju informaciju o tome da odluke o njihovim zahtevima za kredit donose sistemi veštačke inteligencije, a ne ljudi. Zatim korisnici usluga jedne banke, čak i kada znaju da o njihovim zahtevima odlučuje sistem veštačke inteligencije, nemaju adekvatno objašnjenje zbog čega je njihov zahtev odbijen te je logično da klijenti teško mogu da utvrde da li je algoritamska odluka diskriminatorna ili nije.

Može se oceniti da se zabrana direktne i indirektna diskriminacije odnosi i na direktnu i indirektnu algoritamsku diskriminaciju, ali da se oni koji žele da otkriju i dokažu takvu vrstu diskriminacije suočavaju sa mnogobrojnim problemima. Kao i u mnogim drugim slučajevima, pravna pravila postoje, ali njihovo sprovođenje zahteva mnogobrojna razjašnjenja, sudsku praksu i uspostavljanje novih standarda u oblasti kreiranja i primene sistema veštačke inteligencije.

Sistemi veštačke inteligencije baziraju algoritamsko donošenje odluka na velikom broju podataka koje prikupljaju o pojedincima. *Propisi o zaštiti podataka* imaju cilj da obezbede poštovanje svih osnovnih prava i sloboda, da obezbede jednaka prava, a time i nediskriminaciju za sve one čiji se podaci obrađuju.

Opšta uredba o zaštiti podataka EU²⁰ koja je doneta 2016, a počela je da se primenjuje 2018. godine, u velikoj meri je uticala na promenu sistema zaštite podataka u EU i u čitavom svetu. Ona zahteva podizanje nivoa transparentnosti u svim slučajevima obrade podataka, a posebno kada sistemi veštačke inteligencije automatizovano donose odluke, što je i navedeno u članu 13. tačka f. U toj odredbi se navodi da će se pojedincima dati informacije o tome po kojoj logici su odluke donošene, kakav je značaj i kakve su posledice takve obrade podataka i donošenja takvih odluka za pojedince.

Transparentnost se zahteva kada se prikupljaju lični podaci, kada se oni upotrebljavaju, kada se daju na uvid ili na drugi način obrađuju.

Na osnovu načela transparentnosti, u tački 39. Preambule Opšte uredbе o zaštiti podataka EU zahteva se da svaka informacija i komunikacija u vezi sa obradom ličnih podataka bude lako dostupna i razumljiva i da se upotrebljava jasan i jednostavan jezik. Pojedinci imaju pravo da dobiju informaciju o ličnim podacima koji se obrađuju, a treba da budu upoznati sa rizicima, pravilima, zaštitnim merama i pravima u vezi sa obradom ličnih podataka i načinom ostvarivanja svojih prava u vezi sa obradom tih podataka.²¹

¹⁹ European Court of Human Rights, Case of Biao v. Denmark, 2016, 38590/10, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-163115%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-163115%22]), 7. april 2022.

²⁰ Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 7 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *Official Journal of the European Union* L 119/2016.

²¹ *Ibid.*

Tačka 71. Preambule i član 22. Opšte uredbe o zaštiti podataka EU direktno regulišu algoritamsko donošenje odluka. Tim odredbama se utvrđuje pravo pojedinca da zahteva da se na njega ne odnosi odluka doneta isključivo na osnovu automatizovane obrade podataka koja proizvodi pravne posledice za njega ili na njega značajno utiče. Navedeni su primeri odbijanja kredita putem interneta ili prakse za pošljavanja putem interneta. Takva automatizovana obrada podataka uključuje izradu profila, odnosno procenjivanje ličnih karakteristika pojedinca, posebno onih koji se odnose na rezultate na poslu, ekonomsko stanje, zdravlje, lične preferencije ili interese, pouzdanost ili ponašanje, lokaciju ili kretanje, kada ona proizvodi pravne posledice koje se odnose na pojedinca ili na njega utiču. Međutim, donošenje odluka koje se temelje na takvoj obradi, što uključuje i izradu profila, može biti dopušteno ako to dozvoljava pravo EU ili pravo države članice kojem podleže rukovalac podataka, između ostalog, u svrhe praćenja i sprečavanja prevare i poreske utaje, u skladu s propisima, standardima i preporukama institucija EU ili nacionalnih organa. Na taj način se osiguravaju bezbednost i pouzdanost usluge koju pruža rukovalac podataka ili ako je to neophodno za sklapanje ili izvršavanje ugovora između pojedinca i rukovaoca ili kada je pojedinac izričito dao svoju saglasnost.

U svakom slučaju na takve bi obrade trebalo primenjivati odgovarajuće zaštitne mere, koje bi trebalo da uključe davanje određenih informacija pojedincu i pravo na učešće čoveka u procesu odlučivanja, pravo na izražavanje sopstvenog mišljenja, na dobijanje objašnjenja odluke donete nakon takve procene i pravo na osporavanje odluke. Da bi se obezbedila poštena i transparentna obrada podataka u odnosu na pojedinca, uzimajući u obzir posebne okolnosti i kontekst u kojem se lični podaci obrađuju, rukovalac podataka treba da preduzme odgovarajuće matematičke i statističke postupke u vezi sa izradom profila. To su tehničke i organizacione mere, kako bi se posebno obezbedilo da budu ispravljani uzroci netačnosti u ličnim podacima i da se rizici od pojave grešaka svedu na minimum. Te mere treba da uzmu u obzir potencijalne rizike za interese i prava pojedinaca i njima se, između ostalog, sprečavaju diskriminacioni efekti na pojedince na osnovu rasnog ili etničkog porekla, političkog mišljenja, vere ili uverenja, članstva u sindikatu, genetskog ili zdravstvenog stanja ili polne orijentacije ili po drugom osnovu sa sličnim posledicama. Automatizovane odluke i izrada profila na temelju posebnih kategorija ličnih podataka mogu se dozvoliti samo pod posebnim uslovima.²²

Primeri automatizovanih odluka na bazi algoritma sa pravnim posledicama jesu sudske odluke ili odluke državnih organa o socijalnim davanjima predviđenim zakonom, kao što su penzije i razna druga socijalna davanja. Automatizovane odluke sa sličnim posledicama jesu odluke koje donose banke kada odobravaju kredit ili odluke koje donose privatne kompanije o cenama proizvoda ili usluga koje dovode pojedince i grupe pojedinaca u nejednak i neravnopravan položaj u odnosu na druge. Zabrana takvih diskriminatornih automatizovanih odluka baziranih na algoritmu ne primenjuje se u slučajevima kada je pojedinac dao saglasnost, kada je to predviđeno ugovorom između rukovaoca podataka i pojedinca i kada je to

²² *Ibid.*

predviđeno zakonom. U tim slučajevima, kako je to predviđeno članom 22. Opšte uredbe o zaštiti podataka EU, neophodno je da rukovalac podataka sprovede odgovarajuće mere zaštite prava i sloboda i legitimnih interesa pojedinaca, a posebno prava na učešće čoveka u donošenju odluka, prava izražavanja sopstvenog mišljenja i prava osporavanja odluke.

Na algoritamsku diskriminaciju odnosi se i tačka 75. Preambule Opšte uredbe o zaštiti podataka EU. U toj odredbi se naglašava da obrada ličnih podataka može prouzrokovati fizičku, materijalnu ili nematerijalnu štetu, posebno ako ta obrada može dovesti do *diskriminacije*, krađe identiteta ili prevare, finansijskog gubitka, štete po ugled, gubitka poverljivosti ličnih podataka zaštićenih poslovnim tajnom, neovlašćenog obrnutog postupka pseudonimizacije ili bilo koje druge znatne ekonomske ili društvene štete; ili ako pojedinci mogu biti uskraćeni za svoja prava i slobode ili sprečeni u obavljanju kontrole nad svojim ličnim podacima; ako se obrađuju lični podaci koji odaju rasno ili etničko poreklo, politička mišljenja, verska ili filozofska uverenja, članstvo u sindikatu i ako genetički podaci, podaci koji se odnose na zdravlje ili polni život ili krivične presude i kažnjiva dela ili povezane bezbednosne mere; ako se procenjuju lične karakteristike, posebno ako se vrši analiza ili predviđanje karakteristika u vezi s rezultatima na poslu, ekonomskim stanjem, zdravljem, ličnim preferencijama ili interesima, pouzdanošću ili ponašanjem, lokacijom ili kretanjem, kako bi se izradili ili upotrebljavali lični profili; ako se obrađuju lični podaci osetljivih pojedinaca, posebno dece; ili ako obrada obuhvata veliku količinu ličnih podataka i utiče na veliki broj pojedinaca.²³

Na osnovu člana 24. Opšte uredbe o zaštiti podataka EU, rukovaoci su dužni da uzmu u obzir *rizike* različitih nivoa verovatnoće i težine koji mogu ugroziti prava i slobode pojedinaca. Tu spada i rizik od diskriminacije pojedinaca tokom obrade podataka. Rukovaoci su dužni da preduzmu odgovarajuće tehničke i organizacione mere kako bi se ti rizici otklonili. To je potrebno posebno kada se primenjuju nove tehnologije, kao što je veštačka inteligencija, i algoritamsko donošenje odluka ukoliko rukovalac nije sproveo *procenu uticaja* na zaštitu podataka, kao što je navedeno u tački 89. Preambule Opšte uredbe o zaštiti podataka EU.

Članom 35. Opšte uredbe o zaštiti podataka EU ustanovljena je obaveza rukovalaca da procenjuju uticaj u slučajevima postojanja visokog rizika po prava i slobode pojedinaca. Procena uticaja u vezi sa zaštitom podataka predstavlja postupak procene rizika po prava i slobode pojedinaca i ispitivanje zaštitnih mera, koje se odnose na obradu podataka o ličnosti. Osim toga, taj postupak obuhvata i procenu neophodnosti i proporcionalnosti obrade podataka o ličnosti. Postupak procene uticaja u vezi sa zaštitom podataka omogućava rukovaocima da dokažu usaglašenost sa Opštom uredbom o zaštiti podataka EU, odnosno da dokažu da su preduzete adekvatne mere zaštite.²⁴

U stavu 3. člana 35. Opšte uredbe o zaštiti podataka EU posebno je definisano da je neophodnost sprovođenja procene uticaja u vezi sa zaštitom podataka

²³ *Ibid.*

²⁴ A. Diligenski, D. Prlja, D. Cerović, *Pravo zaštite podataka GDPR*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2018, 163.

obavezna kada se sprovodi sistematska i obimna procena ličnih aspekata u vezi sa pojedincima, koja se temelji na automatskoj obradi podataka, uključujući izradu profila, i na osnovu koje se donose odluke koje proizvode pravna dejstva za pojedince ili na sličan način značajno utiču na pojedince.

Izradom profila i automatskim donošenjem odluka stvara se velika verovatnoća za nastupanje rizika za prava i slobode pojedinaca. Usled profilisanja ili automatskog donošenja odluka, pojedinci mogu biti razvrstani u određene kategorije, što im može ograničiti izbor određenih proizvoda ili usluga, može uticati na pogrešne prognoze i predviđanja, a u krajnjoj liniji, može dovesti do uskraćivanja usluga ili proizvoda, odnosno algoritamske diskriminacije.²⁵

Opšta uredba o zaštiti podataka EU ima veliki značaj za sprečavanje diskriminacije prilikom obrade ličnih podataka, ali i pored toga jedan deo algoritamskog donošenja odluka koji se ne odnosi na obradu ličnih podataka ostaje van domašaja tog pravnog propisa. To su *prediktivni modeli* koji su rezultat rada sistema za veštačku inteligenciju baziranih na algoritmima na osnovu kojih se pojedinci ne mogu identifikovati. Za prikupljanje posebno osetljivih kategorija podataka, prema Opštoj uredbi o zaštiti podataka EU, kao što su podaci o rasnom poreklu, zdravstvenom statusu i tome slično, predviđen je vrlo strog režim obrade podataka. Organizacije koje žele da obrađuju te podatke moraju da ispune mnogobrojne tehničke i organizacione mere. Mnoge organizacije koje žele da procene da li postoji diskriminacija i da se bore protiv diskriminacije ne mogu da ispune te stroge mere za obradu posebno osetljivih kategorija podataka. Time im je otežana mogućnost da efikasno ustanove da li postoji algoritamska diskriminacija i da se bore protiv takvog oblika diskriminacije.²⁶

Dosadašnja primena Opšte uredbi o zaštiti podataka EU, kao i samo njeno donošenje, pokazali su da taj pravni propis značajno utiče na poboljšanje nacionalnih zakonodavstava u oblasti zaštite podataka i nudi pravna sredstva za borbu protiv algoritamske diskriminacije.

Osim propisa o zabrani diskriminacije i propisa o zaštiti podataka u pravnim sistemima, postoji i veliki broj drugih propisa koji mogu biti od pomoći u borbi protiv algoritamske diskriminacije. To su propisi o zaštiti potrošača, o konkurenciji, o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, o slobodi informisanja itd. Sve je više i pravila neobavezujućeg karaktera o etičkim principima upotrebe veštačke inteligencije, koje formulišu međunarodne organizacije i profesionalna udruženja, koja mogu poslužiti kao dobra osnova za formulisanje obavezujuće pravne regulative.

5. Vanpravna sredstva zaštite od algoritamske diskriminacije

Osim strogo pravnih sredstava za borbu protiv algoritamske diskriminacije, postoje i mnoge druge mere koje mogu da pomognu u toj borbi. Te mere su

²⁵ *Ibid.*, 49.

²⁶ F. Zuiderveen Borgtesius, 44–45.

obrazovanje, procena i ublažavanje rizika, transparentnost javnog sektora, jačanje kapaciteta nadležnih organa koji se bave ravnopravnošću i unapređivanje organizacija za kontrolu poštovanja ljudskih prava itd.²⁷

Veliki broj ljudi, inženjera, pravnika i ekonomista nisu svesni rizika koje donosi upotreba veštačke inteligencije. Upravo zato je neophodno da se na svim nivoima obrazovanja usmeri pažnja na sticanje novih znanja koja mogu pomoći u borbi protiv algoritamske diskriminacije.

Procena i ublažavanje rizika su neophodni u svim projektima koji su povezani sa upotrebom veštačke inteligencije. Svaka institucija koja ima nameru da stvori proizvod ili uslugu baziranu na veštačkoj inteligenciji, odnosno algoritmima, treba da formira tim sačinjen od inženjera, pravnika i ekonomista, koji će proceniti moguće rizike i uticaj na prava i slobode pojedinaca. To nije neophodno samo u fazi kreiranja sistema veštačke inteligencije već i kasnije, u fazi testiranja i implementacije sistema veštačke inteligencije.

Posebna odgovornost za upotrebu sistema veštačke inteligencije postoji kada takve sisteme koriste javne službe i državni organi. Njihove odluke često pogađaju veliki broj pojedinaca, pa je neophodno da iz takvog algoritamskog odlučivanja budu isključeni svi mogući oblici diskriminacije. Da bi se postigle pravičnost i jednakost prilikom upotrebe veštačke inteligencije i algoritamskog odlučivanja u javnom sektoru, te sisteme veštačke inteligencije je neophodno stalno nadzirati i kontrolisati njihovo funkcionisanje.

Institucije koje se bave ravnopravnošću i ljudskim pravima treba da se pozabave pitanjima algoritamske diskriminacije, ali da bi u tome bile uspešne, treba da steknu nova znanja i da koriste posebne ekspertske analize. Zadatak tih institucija je i da rade na podizanju svesti javnosti o rizicima koje donosi algoritamsko odlučivanje. Saradnja institucija koje se bave ravnopravnošću i organizacija koje se bave ljudskim pravima sa institucijama koje sa bave zaštitom podataka i zaštitom potrošača takođe doprinosi uspešnjoj borbi protiv algoritamske diskriminacije.

6. Zaključna razmatranja

Izričito su zabranjeni svi oblici diskriminacije koji narušavaju jednakost pojedinaca u skladu sa važećim pravnim sistemima na nivou međunarodne zajednice i na nacionalnom nivou. Sledi da je i algoritamska diskriminacija izričito zabranjena. Problem nastaje kada je treba identifikovati i otkloniti u praksi. Problem otkrivanja algoritamske diskriminacije direktno je povezan sa problemom transparentnosti sistema veštačke inteligencije, odnosno algoritamskog odlučivanja.

Logika po kojoj algoritam odlučuje mora biti jasna, poštena, pravedna, unapred testirana i transparentno objašnjena pojedincima na koje se algoritamsko odlučivanje odnosi. Algoritamsku diskriminaciju bi bilo lakše otkriti ako bi bili

²⁷ *Ibid.*, 51–60.

transparentno poznati standardi na osnovu kojih se kontroliše primena sistema veštačke inteligencije i meri kvalitet odluka koje algoritmi donose. Nažalost, u praksi je često teško saznati kako algoritam funkcioniše jer je softver na bazi koga je nastao sistem veštačke inteligencije i na osnovu koga algoritam donosi odluke zaštićen poslovnim tajnama, pravima intelektualne svojine i internim aktima kompanija koje ga kreiraju. U slučaju algoritamske diskriminacije, kao i u mnogim drugim slučajevima zaštite ljudskih prava, javlja se sukob javnog interesa da se ostvari transparentnost i zaštite osnovna prava i slobode sa privatnim interesom da se ostvari profit i zaštite neka druga prava.

Algoritamska diskriminacija može nastati radom sistema veštačke inteligencije i u javnom i u privatnom sektoru. U javnom sektoru su to, primera radi, preporuke za odmeravanje kazni za krivična dela, donošenje odluka o penzijskim i socijalnim davanjima ili naknadama za nezaposlene i slično. U privatnom sektoru to su odluke koje se donose u vezi sa zapošljavanjem, stanovanjem, odobravanjem kredita, reklamiranjem proizvoda itd.

Postojeći pravni propisi o nediskriminaciji i zaštiti podataka, zaštiti potrošača itd. pružaju određene mogućnosti za borbu protiv algoritamske diskriminacije. Međutim, te propise treba unaprediti i doneti nove opšte i sektorske propise, kojima će se regulisati upotreba sistema veštačke inteligencije zasnovanih na algoritamskom odlučivanju, na bezbedan način i uz visoki nivo zaštite pojedinačnih prava i sloboda.

Jedno od dobrih rešenja za otklanjanje algoritamske diskriminacije jeste da se pravnim propisima zahteva ispunjavanje određenih uslova i davanje sertifikata za sisteme veštačke inteligencije koji su visokorizični, odnosno koji mogu ugroziti ljudska prava i slobode, kao što je to predviđeno Predlogom uredbe EU o veštačkoj inteligenciji 2021. godine.²⁸

Zbog tehnološke složenosti sistema veštačke inteligencije nije jednostavno pravnim sredstvima urediti upotrebu algoritma i zaštititi osnovna prava i slobode, ali je to moguće i zaista neophodno.²⁹

Literatura

Ben-Israel I. et al., *Towards Regulation of Artificial Intelligence Systems: Global perspectives on the development of a legal framework on Artificial Intelligence systems based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law*, Council of Europe, 2020, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>.

²⁸ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, Brussels, 21.april 2021. COM(2021) 206 final, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF, 20. septembar 2021.

²⁹ F. Zuiderveen Borgtesius, 63.

- Diligenski A., Prlja D., Cerović D., *Pravo zaštite podataka GDPR*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2018.
- Dimitrijević V., Paunović M., *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1997.
- European Law Institute, *Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision Making Systems Used by Public Administration*, European Law Institute, Vienna 2022.
- Gasmi G., Principi nediskriminacije i savesnog ispunjavanja obaveza država – Teorijski pogled na Istanbul Konvenciju Saveta Evrope i praksu Evropskog suda za ljudska prava, *Kultura Polisa*1/2016.
- Prlja D., Pravni ekspertni sistemi, *Kompjuteri i pravo* 1–2/1993.
- Račić O., Milinković B., Paunović M., *Ljudska prava – Pet decenija od usvajanja Opšte deklaracije o pravima čoveka*, Međunarodna politika, Službeni list SRJ, Pravni fakultet, Fakultet političkih nauka, Beograd 1998.
- Susskind R., *Expert Systems in Law*, Oxford University Press, Oxford 1987.
- Zuiderveen Borgtesius F., *Diskrimination, Artificial Intelligence And Algorithmic Decision-Making*, Council of Europe, Strasbourg 2018.
- Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, *Official Journal of the European Union* L180/2000, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0043>.
- European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, Brussels 21. april 2021. COM(2021) 206 final, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF.
- European Court of Human Rights, Case of Biao v. Denmark, 2016, 38590/10, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163115%22%5D%7D>.
- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim 1950, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/2003.
- Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 7 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *Official Journal of the European Union* L 119/2016.

Dragan Prlja, PhD

Institute of Comparative Law, Belgrade

Gordana Gasmi, PhD

Institute of Comparative Law, Belgrade

Vanja Korać, PhD

Mathematical Institute SANU, Belgrade

THE ALGORITHMIC DISCRIMINATION

Summary

Algorithmic discrimination can result from the operation of artificial intelligence systems in both the public and private sectors. In the public sector, these are, for example, recommendations for sentencing for criminal offenses, making decisions on pension and social benefits or unemployment benefits, etc. In the private sector, these are decisions that are made in relation to employment, housing, loan approval, product advertising, etc. Existing legal regulations on non-discrimination and data protection, consumer protection, etc. provide certain opportunities to combat algorithmic discrimination. However, it is certainly necessary to improve these regulations and to adopt new general and sectoral regulations, which will regulate the use of artificial intelligence systems based on algorithmic decision-making, in a safe manner and with a high level of protection of individual rights and freedoms. One of the good solutions for eliminating algorithmic discrimination is that legal regulations require meeting certain conditions and issuing certificates for artificial intelligence systems that are high-risk or that may endanger human rights and freedoms, as provided by the EU Regulation on Artificial Intelligence from 2021.

Key words: law, legal informatics, human rights, artificial intelligence, algorithmic discrimination.

UPOTREBA VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U SUDSKOM POSTUPKU

Apstrakt

Tehnološki razvoj u svim oblastima društvenog života rezultirao je i inovacijama u funkcionisanju složenih sistema, kakav je i pravosudni. Zakonodavci i sudije se suočavaju sa novim izazovima i modernim tendencijama društveno-tehnološkog razvoja. U akademskim i medijskim krugovima posvećuje se sve više pažnje mogućnosti upotrebe veštačke inteligencije sa ciljem poboljšanja efikasnosti pravosuđa, i to, pre svega, automatizacijom sudskog postupka. Načelno, automatizacija sudskog postupka se postiže stvaranjem različitih sistema veštačke inteligencije koji doprinose suđenju i odlučivanju. Rasprave o pitanjima pravnog regulisanja primene veštačke inteligencije u sudskim postupcima, o metodama njene upotrebe, kontroli i posledicama po pojedince i društvo aktuelne su u naučnim krugovima, a podržavaju ih i državne vlasti razvijenih zemalja. Upravo zato što korišćenje veštačke inteligencije u sudskim postupcima treba da se sprovodi na odgovoran način, uz obaveznu zaštitu osnovnih ljudskih prava, u ovom radu smo obratili posebnu pažnju na prikaz i analizu etičkih principa iz Evropske etičke povelje o upotrebi veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima, koju je usvojila Evropska komisija za efikasnost pravosuđa, telo Saveta Evrope, uz primere dobrih uporednopravnih rešenja.

Ključne reči: veštačka inteligencija, automatizacija, sudski postupak.

1. Uvod – uopšte o veštačkoj inteligenciji

Na pojavu Treće industrijske revolucije (koja je poznata i kao *Digitalna revolucija*), koja se dogodila u drugoj polovini 20. veka, uticao je razvoj interneta i informacionih tehnologija, čija je krajnja posledica da su internet i kompjuteri postali deo naše svakodnevice. Četvrta industrijska revolucija otpočela je sa 21. vekom i nju, između ostalog, karakterišu dalji razvoj računara i razvoj veštačke inteligencije. Međutim, šta je uopšte veštačka inteligencija? Veštačka inteligencija se, prema jednoj od definicija, definiše kao skup naučnih metoda, teorija i tehnika čiji je cilj da se pomoću mašine reprodukuju kognitivne sposobnosti ljudskih bića.¹

* Asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu, jcanovic@jura.kg.ac.rs

¹ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment, adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3–4 December 2018), Council of Europe, February 2019, 69.

Ona uobičajeno podrazumeva stvaranje složenih algoritama kojima se predviđaju rezultati procesa ili identifikuju obrasci.² Nijedan izum ranije nije pokazao toliki potencijal da promeni naš svet, a do kraja veka veštačka inteligencija će najverovatnije redefinisati sve oblasti u našim životima.³ S tim u vezi, kao ideja se nametnulo korišćenje veštačke inteligencije u sudskom postupku (automatizacija postupka), radi povećavanja efikasnosti pravosuđa, njegovom digitalizacijom.

Uopšteno govoreći, veštačka inteligencija je jedan od važnih činilaca digitalizacije pravosuđa. Načelno, postoje tri načina na koje tehnologija već preoblikuje pravosudni sistem. U prvom, najosnovnijem slučaju, tehnologija pomaže u informisanju, podršci i savetovanju ljudi koji su uključeni u pravosudni sistem (tehnologija podrške).⁴ Primera radi, u Mađarskoj sudovi omogućavaju e-proceduru, na način da stranke podneske predaju elektronskim putem, a sudovi takođe elektronski komuniciraju sa strankama. Uz to, postoji i elektronski sistem notifikacija koji podseća stranke na dostavljanje važnih podnesaka. Postoje i projekat *Via Video*, čija je svrha saslušanje na daljinu, kao i program koji govor pretvara u tekst.⁵ Drugo, tehnologija može zameniti funkcije i aktivnosti koje su ranije obavljali ljudi, dok na trećem nivou tehnologija može promeniti način na koji sudije rade i obezbeđuju veoma različite oblike pravde primenjujući prediktivnu analitiku⁶ (tzv. predvidljivu pravdu).

2. O Evropskoj etičkoj povelji o upotrebi veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima

Upravo zato što je prepoznala značaj veštačke inteligencije u svrhu povećanja efikasnosti pravosuđa pomoću digitalizacije pravosuđa i automatizacije sudskih postupaka, Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (*SEPEŽ*), telo Saveta Evrope, usvojila je pet fundamentalnih principa koji su pretočeni u Evropsku etičku povelju o upotrebi veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima. To su: princip poštovanja osnovnih ljudskih prava, princip nediskriminacije, princip kvaliteta i bezbednosti, princip transparentnosti, nepristrasnosti i pravičnosti i princip „pod kontrolom korisnika”.

Prvim principom, principom poštovanja osnovnih ljudskih prava, ističe se da je potrebno „osigurati da osmišljavanje i implementacija alata i servisa veštačke

² Net Group, Digital Justice Solutions Team, *Artificial Intelligence: A Substitute or Supporter of Judges?*, Publisher: The Supreme Court of Estonia, <https://aastaraamat.riigikohus.ee/en/artificial-intelligence-a-substitute-or-supporter-of-judges/>, 4. jun 2022.

³ Međutim, takav progres veštačke inteligencije ne znači nužno da će hiperinteligentni algoritmi zavladati svetom te ljudima oduzeti poslove i resurse. O tome više vid. Kevin Kelly, *The AI Cargo Cult – The myth of a superhuman AI*, https://kk.org/wp-content/uploads/2017/05/Myth_Superhuman_Backchannel.pdf, 20. maj 2022.

⁴ T. Sourdin, “Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making”, *UNSW Law Journal* 41(4)/2018, 1117.

⁵ F. Z. Gyuranecz, B. Krausz, D. Papp, *The AI is now in session – The impact of digitalization on courts*, 2019, 3, <http://www.ejtn.eu/PageFiles/17916/TEAM%20HUNGARY%20TH%202019%20D.pdf>, 5. jun 2022.

⁶ T. Sourdin, 1117.

inteligencije bude kompatibilna sa osnovnim ljudskim pravima⁷. Taj princip podrazumeva da upotreba veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima mora biti kompatibilna sa osnovnim ljudskim pravima, odnosno da upotreba veštačke inteligencije u sudskom postupku bude potpuno usklađena sa osnovnim ljudskim pravima garantovanim Evropskom konvencijom o ljudskim pravima,⁸ kao i Konvencijom o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka.⁹ Takođe, kada se veštačka inteligencija koristi kao alat koji pomaže sudiji u donošenju odluka, ona mora da se koristi u skladu sa principom vladavine prava i principom da je sudija nezavisan u donošenju svoje odluke, pri čemu se ne sme ograničavati pravo na pristup sudu niti pravo na pravično suđenje.¹⁰

Drugim principom, principom nediskriminacije, zahteva se „posebno sprečavanje razvoja ili intenziviranja bilo kakve diskriminacije između pojedinaca ili grupa pojedinaca”.¹¹ Taj princip znači da se posebna pažnja mora posvetiti fazi razvoja i fazi primene sistema veštačke inteligencije. To je važno pre svega zbog toga što automatskom obradom podataka mogu da budu obuhvaćeni naročito osetljivi podaci, kao što su socioekonomsko poreklo, rasno ili etičko poreklo, religijska uverenja, biometrijski podaci itd. Stoga se moraju primenjivati korektivne mere koje bi neutralisale moguće rizike od diskriminacije.¹²

S obzirom na nivo razvoja, neki sistemi veštačke inteligencije mogu da predvide koji će okrivljeni i sa kojom verovatnoćom učiniti nova krivična dela, pa sistem krivičnog pravosuđa može postati selektivniji. Međutim, ti alati mogu imati ogroman uticaj na sudije, pa nakon čitanja ocene rizika, to kod njih može izazvati određene predrasude prema okrivljenom. Stoga bi, kao vid korektivnih mera, bilo poželjno da pre upotrebe sistema veštačke inteligencije u procesu donošenja sudskih odluka svaki alat koji se primenjuje prođe nezavisan sistem recenzije.¹³

Trećim principom, principom kvaliteta i sigurnosti, upućuje se da je potrebno „u pogledu obrade sudskih odluka i podataka, koristiti sertifikovane izvore i nematerijalne podatke, sa multidisciplinarno koncipiranim modelima, u bezbednom tehnološkom okruženju”.¹⁴ Tim principom se, između ostalog, unapređuje multidisciplinarna saradnja svih relevantnih stručnjaka u oblasti primene veštačke inteligencije u pravosuđu. Zbog toga je prilikom osmišljavanja modela

⁷ European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment, 8.

⁸ Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljem tekstu: EKLJP, Konvencija), vid. Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnih protokola br. 11, 4, 6, 7, 12 i 13, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/05 – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.

⁹ Konvencija o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka – ETS br. 108 – „Konvencija 108”. Protokol kojim se menja Konvencija 108, koju je Savet Evrope usvojio 18. maja 2018. godine (Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, CETS No. 223), Srbija je potpisala 22. novembra 2019, a ratifikovala 26. maja 2020. godine.

¹⁰ European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment, 8.

¹¹ *Ibid.*, 9.

¹² *Ibid.*, 10.

¹³ F. Z. Gyuranecz, B. Krausz, D. Papp, 19.

¹⁴ European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment, 10.

mašinskog učenja potrebna šira saradnja između onih koji dizajniraju takve modele i stručnjaka iz oblasti prava, uz poštovanje etičkih principa.¹⁵ Termin „mašinsko učenje” odnosi se na bilo koji kompjuterski program koji može da „uči” sam, a da ga nije prethodno programirao čovek, odnosno, u današnje vreme, taj izraz se uglavnom odnosi na širok spektar programa koji se koriste za analitiku podataka, kao i tzv. rudarenje podataka.¹⁶ Kada se unose u program koji koristi algoritam mašinskog učenja, podaci zasnovani na sudskim odlukama moraju biti iz pouzdanih izvora i ne smeju se modifikovati jer bi se promenili sadržaj i značenje odluke koja se obrađuje. Modeli i algoritmi moraju se čuvati u sigurnim okruženjima.¹⁷

Četvrtim principom, principom transparentnosti, nepristrasnosti i pravičnosti, nalaže se da je potrebno „napraviti pristupačne i razumljive metode obrade podataka, ovlastiti eksterne revizore”.¹⁸ Taj princip, prema shvatanju autora Povelje, podrazumeva da je potrebno napraviti ravnotežu između intelektualne svojine pojedinih metoda obrade i potrebe za transparentnošću i nepristrasnošću, pre svega u situaciji kada se koriste alati čija upotreba može imati određene pravne posledice i uticaj na živote ljudi.¹⁹ Stoga je poželjna potpuna tehnička transparentnost, koja se ponekad može ograničiti poslovnom tajnom. Nezavisni stručnjaci bi trebalo da budu zaduženi za sertifikaciju i reviziju metoda obrade, pri čemu bi organi javne vlasti trebalo da izdaju ovlašćenja za sertifikaciju koja bi vremenom (periodično) trebalo da budu obnovljena.²⁰

U literaturi se nedostatak transparentnosti naziva još i problem „crne kutije” (*black box problem*).²¹ U suštini, crna kutija predstavlja sistem u kome su ulazni elementi (*inputs*) i izlazni elementi (*outputs*) poznati, ali je sam sistem, dakle način na koji se ulazni element transformiše u izlazni element, nepoznat. Načelno, postoje tehnički i pravni aspekti tog problema. Pošto te sisteme razvijaju privatne kompanije, oni su najčešće zaštićeni poslovnom tajnom, te su ključni mehanizmi rada poverljivi, u čemu se ogleda pravni aspekt problema crne kutije.²² Tehnički aspekt tog problema se, zapravo, sastoji u nedostatku transparentnosti algoritama veštačke inteligencije jer programeri jednostavno ne žele da otkriju matematičke kodove.²³

Ključno pitanje koje se nameće jeste kako će sudija oceniti validnost mehanizma softvera, pa sve i ako bi se softver koristio kao pomoćni alat, ako ne razume sam proces stvaranja odluke.²⁴ Problem nedostatka transparentnosti bi

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Hans-Dieter Wehle, Machine Learning, Deep Learning, and AI: What's the Difference?, 6. jun 2022.

¹⁷ European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, 10.

¹⁸ *Ibid.*, 11.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ H.-W. Liu, C.-F. Lin, Y.-J. Chen, “Beyond State v. Loomis: Artificial Intelligence, Government Algorithmization, and Accountability”, *International Journal of Law and Information Technology*, 2019, 17 (Forthcoming).

²² F. Z. Gyuranecz, B. Krausz, D. Papp, 15.

²³ *Ibid.*, 16.

²⁴ *Ibid.*

trebalo, pre svega, prevazići tako što bi se prilikom konstrukcije sistema veštačke inteligencije identifikovali svi potencijalni problemi koji nastaju njenom upotrebom. Osim toga, pojam poslovne tajne bi trebalo redefinisati tako da u taj pojam ne spada mehanizam mašinskog učenja, a jedno od rešenja koje se nameće je i da za pravljenje i kontrolu softvera koji pravosudnim sistemima omogućava da se oslanjaju na veštačku inteligenciju budu nadležni isključivo državni organi.²⁵

Petim principom, principom „pod kontrolom korisnika”, podrazumeva se da je potrebno „isključiti striktan pristup i osigurati da su korisnici informisani akteri koji kontrolišu svoje izbore”.²⁶ Taj princip znači da bi profesionalci u pravosuđu trebalo u svakom trenutku da budu u mogućnosti da ocene sudske odluke i podatke koji se koriste u stvaranju rezultata te da ne budu strogo vezani samim rezultatom.²⁷ Suštinski, kako je u Povelji dalje razrađeno, to podrazumeva da korisnik u svakom trenutku mora da bude na jasan način obavešten da li su rešenja koja je ponudio sistem veštačke inteligencije obavezujuća, da li postoje druge dostupne opcije i da li on ima pravo na pristup sudu i pravo na pravni savet. Korisnik takođe mora da bude obavešten, i tokom samog sudskog postupka i pre toga, o ranijim eventualnim procesuiranjima pomoću veštačke inteligencije, da ima pravo na prigovor i pravo da njegov slučaj bude razmatran pred sudom u smislu člana 6. EKLJP.²⁸

Kao što smo videli iz prethodnog sumarnog prikaza principa, Povelja pruža principijelan okvir koji može da bude smernica kreatorima politike, zakonodavcima i uopšte profesionalcima koji se nose sa brzim razvojem veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima. *SEPEŽ* je u Povelji izneo stav da primena veštačke inteligencije u pravosuđu može doprineti poboljšanju efikasnosti i kvaliteta, ali da se mora sprovoditi u skladu sa osnovnim ljudskim pravima, kako i glasi prvi princip Povelje.²⁹ Kada govorimo o osnovnim ljudskim pravima, na ovom mestu naročito moramo da istaknemo član 6. EKLJP, kojim se priznaje pravo na pravično suđenje sa osnovnim komponentama prava na pravičnu i javnu raspravu, u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Uz dosadašnje smernice za tumačenje člana 6. EKLJP, koje je Evropski sud za ljudska prava razvio u svojoj dugogodišnjoj praksi, nova pravna pitanja, kao što su mogućnosti i načini primene veštačke inteligencije u sudskim postupcima, otvaraju mogućnost za nova tumačenja odredaba Konvencije u kontekstu savremenih uslova i načina rada pravosudnih organa. U skladu sa dinamičnim razvojem prava u novim oblastima, vidimo da konvencijski principi nisu statični, da se zauzeti stavovi po pitanju tumačenja konvencijskih prava mogu promeniti

²⁵ *Ibid.*

²⁶ European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, 12.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Council of Europe, CEPEJ European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment, [79](https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment#:~:text=The%20CEPEJ%27s%20view%20as%20set,on%20Human%20Rights%20(ECHR)%20and, 20. maj 2022.</p></div><div data-bbox=)

ili proširiti, ali da upotreba sistema veštačke inteligencije u sudskom postupku ne sme doći u koliziju sa pravom na pravično suđenje ni pravima koja iz njega proizlaze.

3. Upotreba veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima razvijenih zemalja

Kao što utiče na gotovo sve oblasti savremenog života, razvoj tehnologije utiče i na pravosuđe. Stoga su primetna nastojanja u više razvijenih zemalja sveta da se upotrebom veštačke inteligencije utiče na efikasnost pravosuđa. Iz analize perspektive primene veštačke inteligencije u uporednopravnim pravosudnim sistemima može se zaključiti da je njena upotreba u sudskim postupcima zastupljenija u Americi i Kini nego u evropskim državama. Radi razumevanja načina upotrebe veštačke inteligencije u sudskim postupcima različite vrste, analiziramo nekoliko izdvojenih, relevantnih uporednopravnih primera.

3.1. Primer Sjedinjenih Američkih Država

U sistemu krivičnog pravosuđa Sjedinjenih Američkih Država česta je upotreba algoritama koji bi trebalo da procene rizik od povrata (tj. verovatnoću ponavljanja krivičnih dela). Tako su Tim Brennan, profesor statistike na Univerzitetu Kolorado, i Dejev Vels, koji je vodio program korekcije u Mičigenu, osmislili program koji se zove *COMPAS*. Taj program ne samo da ocenjuje rizike od mogućeg povrata već i nekoliko značajnih kriminalističkih faktora poput „ličnosti kriminalca”, „društvene izolacije”, „zloupotrebe supstanci” i dr.³⁰ Primena osmišljenog programa dovela je do situacije da su, prilikom donošenja odluka, sudije počele da citiraju te procene rizika.

Jedan od primera (ne)adekvatnosti primene novog programa u krivičnom postupku prilikom odlučivanja jeste jedna odluka koja je izazvala naročitu pažnju u američkoj i evropskoj javnosti. Tako je sudija Skot Horn u obrazloženju svoje odluke, u Viskonsinu 2013. godine, naveo da je optuženi „pomoću procene *COMPAS* identifikovan kao osoba koja je pod visokim rizikom za zajednicu”, te mu je potom izrekao kaznu od osam godina i šest meseci zatvora zato što je vozio ukradenim vozilom i bežao od policije.³¹ Na tu odluku osuđeni se žalio, navodeći da su mu upotrebom tog softvera povređena osnovna prava u krivičnom postupku, ali je Vrhovni sud Viskonsina³² odbio njegovu žalbu, obrazlažući, između ostalog,

³⁰ Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Matti, Lauren Kirchner, Machine Bias, *ProPublica*, 2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>, 7. jun 2022.

³¹ Više u *ibid*.

³² O analizi pomenute odluke vid. više u State v. Loomis, *Harvard Law Review, Criminal Law*, https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/?fbclid=IwAR3P3iuyrfpgpi-r6jlv10p2H8_xY6zm1lZbjfqmV7IR0-d8Iv-Scybbnveo, 7. jun 2022.

da je COMPAS samo delimično uticao na odluku prvostepenog suda i da je sud uzeo u obzir više faktora koji opravdavaju izrečenu kaznu.³³

Značaj te odluke Vrhovnog suda Viskonsina ogleda se u razumevanju rada tog softverskog programa. Kako je Sud obratio značajnu pažnju na način upotrebe tog softvera, tako je dao određene smernice za njegovu upotrebu, pa je ukazao na to da se ne može koristiti (na isključiv način) za odlučivanje o puštanju na slobodu i odlučivanje o kazni zatvora već da sudije moraju dati adekvatno obrazloženje, koje uključuje i ocenu drugih činjenica koje ne predstavljaju samo rezultat procene rizika.³⁴ Uz to je zaključio i da procenama rizika koje pruža COMPAS nije moguće identifikovati konkretno visokorizično lice, budući da se oslanjaju na grupne podatke.³⁵

Osim tog programa, značajan je i primer kalifornijskog Zakona o reformi jemstva iz 2017. godine, kojim je ukinut državni sistem plaćanja jemstva i uveden novi sistem koji se oslanja na algoritamsku procenu rizika, te se tim zakonom omogućava sudovima na nivou okruga da kreiraju instrumente za procenu rizika, odobrene sa liste alata koju je usvojio sudski savet.³⁶

3.2. Primer Holandije

U Holandiji je 2010. godine pokrenut prvi onlajn privatni sud, koji je bio prvi sud te vrste koji je nudio potpuno digitalizovani sudski postupak, a njegove odluke su bile zasnovane na ljudskom rasuđivanju.³⁷ Osim toga, 2011. godine u Holandiji je pokrenut tzv. elektronski sistem e-sud (*e-Court*), koji funkcioniše za građanske postupke naplate potraživanja, pri čemu presude uopšte nisu rezultat ljudskog rezonovanja već isključivo rada sistema veštačke inteligencije, pa taj sistem predstavlja svojevrsnu revoluciju u postupcima donošenja sudskih odluka³⁸ i u građanskom sudskom postupku i uopšte u sudskim postupcima.

Suština tog softvera za mašinsko učenje je da su softverski inženjeri pronašli metod kako se postupak naplate potraživanja može rešiti pomoću ključnih kriterijuma (elemenata) koji se procenjuju prilikom donošenja odluka. Ti ključni kriterijumi se mogu rasporediti u tri grupe. Prvu grupu čine kriterijumi koji se odnose na samu tužbu i u njoj sadržano potraživanje (npr. visina tužbenog zahteva, dospelost potraživanja, dospela kamata, kamatna stopa), zatim podaci o strankama (npr. lični podaci, ime i prezime, datum rođenja i adresa stranke, poslovno ime i drugi podaci za pravno lice). Uz njih, postoje i ograničenja, pa tako

³³ State v Loomis 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), <https://www.courts.ca.gov/documents/BTB24-2L-3.pdf>, 7. jun 2022, upor. par. 85.

³⁴ *Ibid.*, upor. par. 66.

³⁵ *Ibid.*, upor. par. 74.

³⁶ R. M. Re, A. Solow-Niederman, "Developing Artificially Intelligent Justice", *Stanford Technology Law Review* 22(2)/2019, 287.

³⁷ F. Z. Gyuranecz, B. Krausz, D. Papp, 8.

³⁸ H. Nakad-Westrate, T. Jongbloed, J. van den Herik, A.-B. M. Salem, "Digitally Produced Judgements in Modern Court Proceedings", *International Journal of Digital Society* 6(4)/2015, 1102.

ugovorni odnos kao pravni osnov mora biti jasan, tužilac mora da ima dokaz da je opomenuo tuženog, visina kamatne stope mora biti jasno određena, a mora biti jasno i da na zbir kamata i troškova postupka može uticati visina tužbenog zahteva.³⁹ U drugoj grupi se nalaze kriterijumi koji se odnose na troškove postupka (sami troškovi naplate, troškovi pozivanja na sud, sudskih taksi, troškovi zastupanja na sudu i dr.).⁴⁰ Treću grupu čine kriterijumi koji se odnose na tok postupka (da li je sud nadležan za postupanje, da li je tuženi uredno pozvan, da li je postupak vođen u skladu sa pravilima postupka propisanim zakonom, da li se tuženi pojavljivao pred sudom u toku postupka, da li bi tužba iz bilo kog razloga trebalo da bude odbačena ili odbijena i dr.).⁴¹

Postoji nekoliko prednosti i mana, koje se ističu u literaturi, upotrebe tog sistema. Prvo, sistem digitalnog suđenja radi brzo, a efikasno donošenje odluka je naročito značajno s obzirom na okolnost da rast robnonovčane razmene prati rast broja građanskih sudskih (parničnih) postupaka (posebno naplate potraživanja).⁴² Druga prednost se ogleda u tome što se taj sistem smatra „*najobjektivnijim sudijom u Holandiji*“⁴³ jer je potpuno nepristrasan i odluke donosi bez favorizovanja bilo koje parnične stranke. Treća i ključna prednost softvera je i ta što je prilikom davanja rezultata praktično isključena mogućnost ljudske greške.⁴⁴ Međutim, bez obzira na uočene prednosti, sistem e-Suda još uvek nije pokazao svoj puni potencijal. Dok, s jedne strane, holandski javni pravosudni sistem samo ograničeno koristi bilo koju metodologiju rezonovanja inteligentnog sistema u donošenju odluka, s druge strane, takav sistem mašinskog učenja nije u stanju da obradi one vrste predmeta u kojima je potrebno odmeravanje argumenata⁴⁵, što je mana koja stoji u suprotnosti sa kontradiktornom i raspravnom prirodom tog postupka.

3.3. Primer Estonije

Kao zemlja koja je napravila značajne korake u modernizaciji i digitalizaciji servisa države, čini se da Republika Estonija pokazuje spremnost za sve veću primenu veštačke inteligencije u pravosuđu. Prethodnih godina smo imali prilike da u raznim internet i štampanim izvorima pročitamo da se u njoj razvija projekat koji nosi naziv *Robot-sudija*, što predstavlja svojevrsan iskorak u automatizaciji sudskog postupka. Ideja takvog ili sličnog projekta bi načelno mogla da funkcionise, budući da svih 1,3 miliona stanovnika koriste lične karte za mnoge servise, kao što su glasanje, podnošenje poreskih prijava i dr. Uz to, baze podataka vlade

³⁹ *Ibid.*, 1103.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, 1104.

⁴² *Ibid.*, 1108.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ F. Z. Gyuranecz, B. Krausz, D. Papp, 9.

se međusobno povezuju u tzv. *X-road*, što je svojevrsna digitalna infrastruktura koja omogućava da se podaci lakše razmenjuju.⁴⁶

Osnovna ideja u vezi sa sistemom veštačke inteligencije koji treba da pomogne sudiji jeste da se sve rutinske (procesne) aktivnosti i donošenje procesnih odluka prepuste adekvatno programiranom softveru. Posao sudije bi bio samo da procenjuje činjenice i donosi konačnu (meritornu) odluku, pri čemu bi mu se ostavio mnogo veći prostor za taj kreativni deo posla, budući da softver velikom brzinom prezentuje argumente i njihov kvalitet, nakon čega ih sudija procenjuje na osnovu socijalnih kriterijuma i konteksta, što softver nije u stanju da učini.⁴⁷

Svojevremeno se pojavila vest⁴⁸ (koju je prenelo više relevantnih izvora i koja je čak obrađena u više stručnih radova) da je Ministarstvo pravde Estonije zvanično zatražilo od glavnog službenika za podatke Estonije da dizajnira sistem robot-sudije, koji bi rešavao građanske sporove male vrednosti (slučajeve u kojima je vrednost predmeta spora do 7.000 evra), zatim da je ceo projekat u nastajanju i da je ideja projekta da stranke pohrane (unesu i sačuvaju) sve relevantne informacije u bazu sistema, posle čega bi ih sistem veštačke inteligencije analizirao i doneo odluku. Odluka bi bila pravno obavezujuća, ali bi stranke imale pravo žalbe sudiji (čoveku, ne robotu).⁴⁹ Međutim, u svom saopštenju od 16. februara 2022. godine, Ministarstvo pravde Estonije je navelo da ne razvija sistem robot-sudije, ali da nastoji da optimizuje i automatizuje sudski postupak, uključujući, u situacijama u kojima je to moguće, donošenje proceduralnih odluka.⁵⁰

3.4. Primer Kine

Čitajući o radu pravosudnog sistema Narodne Republike Kine, moglo bi se zaključiti da kineski sudovi mnogo brže usvajaju i eksperimentišu sa novim tehnologijama nego sudovi drugih zemalja. Poslednjih godina u Kini se javlja značajan razvoj elektronskih (onlajn) platformi za rešavanje sporova, specijalnih internet sudova i uopšte široka upotreba veštačke inteligencije u svrhu upravljanja predmetima, rešavanja sporova (posebno sporova za naknadu štete) i dr.⁵¹

Upotreba veštačke inteligencije u kineskim sudovima ima nekoliko važnih funkcija. Prvo, sistemi veštačke inteligencije se koriste kako bi pomogli sudiji da donese odluku, mahom u bazičnim, nekompleksnim sporovima. Tako sudija

⁴⁶ Eric Niiler, Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So, <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>, 7. jun 2022.

⁴⁷ The Supreme Court of Estonia, <https://aastaraamat.riigikohus.ee/en/artificial-intelligence-a-substitute-or-supporter-of-judges/>, 7. jun 2022.

⁴⁸ Joe Pinkstone, Estonia creating AI powered judge, Daily Mail Online, 26.03.2019., <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-6851525/Estonia-creating-AI-powered-JUDGE.html>, 7. jun 2022.

⁴⁹ Upor. F. Z. Gyuranecz, B. Krausz, D. Papp, 8.

⁵⁰ Republic of Estonia, Ministry of Justice, Estonia does not develop AI Judge, <https://www.just.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge>, 7. jun 2022.

⁵¹ M. Zou, "Smart courts" in China and the future of personal injury litigation, *Journal of Personal Injury Law*, 2020, 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3552895, 8. jun 2022.

može sistemu veštačke inteligencije da dostavi relevantne podatke i dobije analizu predmeta koji su već na sličan način rešeni.⁵²

Druga funkcija sistema veštačke inteligencije je da strankama pružaju generalne pravne informacije. Tako je *Internet sud Pekinga* čak razvio hologram koji pruža osnovne informacije o pravnoj regulativi, sistemu sudova i celom postupku, kao i nadležnosti suda. Taj sistem je ograničen jer može da odgovori na ograničen broj pitanja (prema izvorima dostupnim u trenutku pisanja rada, maksimalno 140 pitanja).⁵³ Takođe, u nekim sudovima postoje servisi veštačke inteligencije čija je svrha da skeniraju i predaju spise predmeta elektronskim putem, da prave nacрте podnesaka za stranke i čak identifikuju relevantne propise. Cilj tih sistema je da ubrzaju dostavljanje dokaza, iako se i dalje zahteva da se originalni dokumenti dostavljaju na suđenju. Takođe, sistem ubrzava dostavljanje dokumenata između različitih sudova, naročito drugostepenih.⁵⁴

Na kraju, treća funkcija sistema veštačke inteligencije ogleda se u prepoznavanju govora. Sistemi za prepoznavanje govora mogu čak da prihvate verbalne komande da na ekranu prikažu relevantne informacije i dokaze, pri čemu su u stanju i da veoma precizno identifikuju glasove sudije, tužioca, tuženog i drugih učesnika u postupku. Takođe, učesnici u parnici mogu da vide transkripte u realnom vremenu. Međutim, određeni autori smatraju da takva tehnologija nije bez mana, budući da strahuju da su sudije izložene riziku od svojevrsnog preteranog oslanjanja na te sisteme veštačke inteligencije i samim tim smanjene slobode prilikom odlučivanja.⁵⁵

4. Umesto zaključka – o upotrebi veštačke inteligencije u srpskom pravosuđu

Republika Srbija je usvojila Strategiju razvoja veštačke inteligencije za period 2020–2025. godine.⁵⁶ Između ostalih, jedna od predviđenih mera je i unapređenje usluga javnog sektora primenom veštačke inteligencije. Opšte je poznata činjenica da se pravosuđe Srbije već decenijama bori sa ogromnim brojem nerešenih predmeta, nedovoljnom efikasnošću, neujednačenošću sudske prakse i brojnim drugim problemima. Samo je pokretanje tzv. bankarskih sporova, kojih prema nekim procenama ima i oko 250.000⁵⁷, izazvalo ozbiljno preopterećenje i svojevrsno zagušenje u radu sudova. U praksi stvar može izgledati i gore, pa tako ako se stranke, primera radi, sude u parničnom postupku pred nekim od beogradskih sudova,

⁵² *Ibid.*, 3.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, 4.

⁵⁶ Vlada Republike Srbije je donela Strategiju razvoja veštačke inteligencije za period 2020–2025. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 96/2019.

⁵⁷ G. Andrić, Srbija, banke i krediti: Šta odluka Vrhovnog suda znači za banke, a šta za građane i njihove advokate, BBC news na srpskom, <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-58823792>, 9. jun 2022.

u najboljem slučaju mogu očekivati dva do tri ročišta godišnje. Ukoliko uzmemo u obzir i praksu da su odlaganja ročišta česta iz najrazličitijih razloga, a uz sve to i da je pandemija virusa korona dodatno zakomplikovala celu situaciju, možemo doći do zaključka da je pravda često spora i teško dostižna.

Iz perspektive problema sa kojima se suočavaju naši građani, ali i naše pravosuđe, čini se da projektovanje i upotreba adekvatnog sistema veštačke inteligencije u sudskom postupku izgledaju kao spasonosno rešenje, i za same stranke i za sud.⁵⁸ Bez obzira na to da li bi softverski sistem funkcionisao samo radi pomaganja sudiji prilikom donošenja odluke ili bi to bio sistem koji bi sam donosio (predlog) odluke u tipskim sporovima, takav hipotetički sistem trebalo bi da funkcioniše u potpunosti u skladu sa principima koje je koncipirao *SEPEŽ* u Evropskoj etičkoj povelji o upotrebi veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima, uz obavezno poštovanje osnovnih ljudskih prava, a pre svega prava na pravično suđenje garantovanog članom 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Uz to, automatizovano donošenje odluka kao i asistencija u donošenju odluka primenom sistema veštačke inteligencije morali bi da budu u skladu sa standardima zaštite prava lica (pojedinaца o čijim pravima i obavezama se odlučuje) koji su predviđeni Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti⁵⁹.

Osim kritika upućenih mehanizmima za zaštitu ljudskih prava u Srbiji, koji nažalost i dalje nisu u dovoljnoj meri efikasni, što može da produbi probleme u primeni veštačke inteligencije, za našu temu su važne i kritike koje se odnose na realizaciju prethodnih projekata masovnog prikupljanja i obrade ličnih podataka koje su sprovodili organi državne vlasti, a koje dalje ukazuju na to da zaštita privatnosti građana nije bila u dovoljnoj meri ostvarena.⁶⁰ U vezi sa primenom sistema veštačke inteligencije u sudskom postupku trebalo bi najpre postaviti i ozbiljno analizirati pitanja transparentnosti, odgovornosti, nediskriminacije, ko bi uopšte upravljao tim sistemima, šta bi bile posledice eventualne zloupotrebe i druga. Na kraju, pravnicima se nameće i pitanje da li uvođenje i razvijena primena sistema veštačke inteligencije u budućnosti mogu uticati na značajnu promenu u vršenju pravničkih profesija, na primer, advokature kakva je sada. Sve rečeno pokazuje neophodnost da se implementaciji veštačke inteligencije u naš pravosudni sistem pristupi oprezno, uz poštovanje i ispunjenje standarda zaštite ljudskih prava. Nesporno, sistemi veštačke inteligencije u oblasti pravosuđa nude izuzetno značajne mogućnosti, a na stručnjacima iz svih oblasti prava je da procene na koji način i u kojoj meri nam ti sistemi mogu pomoći u rešavanju svih problema sa kojima se suočavaju učesnici sudskih postupka u različitim fazama.

⁵⁸ U saopštenju iz vrha državne vlasti istaknuta je važnost uvođenja veštačke inteligencije (i tzv. predvidljive pravde) u naše sudove i njena svrha da sudijama pomogne u donošenju odluke, najpre za saobraćajne prekršaje, pri čemu, kako se može zaključiti, nije isključena njena šira primena i u drugoj vrsti postupaka. Upor. A. Toskić Cvetinović, Da li je srpskom pravosuđu potrebna veštačka inteligencija?, *Otvorena vrata pravosuđa*, 9. jun 2022.

⁵⁹ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018, usvojen po uzoru na Opštu uredbu o zaštiti podataka o ličnosti Evropske unije (General Data Protection Directive – GDPR) 2016/679.

⁶⁰ Vid. A. Toskić Cvetinović.

Literatura

- Liu H.-W., Lin C.-F., Chen Y.-J., Beyond State v. Loomis: Artificial Intelligence, Government Algorithmization, and Accountability, *International Journal of Law and Information Technology*, 2019 (Forthcoming).
- Nakad-Westrate H., Jongbloed T., Van den Herik J., Salem A.-B. M., Digitally Produced Judgements in Modern Court Proceedings, *International Journal of Digital Society* 6(4)/2015.
- Re R. M., Solow-Niederman A., Developing Artificially Intelligent Justice, *Stanford Technology Law Review* 22(2)/2019.
- Sourdin T., Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making, *UNSW Law Journal* 41(4)/2018.
- Zou M., "Smart courts" in China and the future of personal injury litigation, *Journal of Personal Injury Law*, 2020, 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3552895, 8. jun 2022.

Propisi i drugi akti

- European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment, adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3–4 December 2018), Council of Europe, February 2019.
- Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnih protokola br. 11, 4, 6, 7, 12 i 13, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/2003, 5/2005 i 7/05 – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* 12/2010 i 10/2015.
- Konvencija o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka – ETS br. 108, Protokol kojim se menja Konvencija 108, koju je Savet Evrope usvojio 18. maja 2018. godine (Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, CETS No. 223), Srbija je potpisala 22. novembra 2019, a ratifikovala 26. maja 2020. godine.
- Republic of Estonia, Ministry of Justice, Estonia does not develop AI Judge, <https://www.just.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge>, 7. jun 2022.
- State v Loomis 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), <https://www.courts.ca.gov/documents/BTB24-2L-3.pdf>, 7. jun 2022.
- State v. Loomis, Harvard Law Review, Criminal Law, https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/?fbclid=IwAR3P3iuYrfpgpi-r6jIv10p2H8_xY-6zm1lZbjfqmV7IR0-d8IvScybbnveo, 7. jun .2022.

Strategija razvoja veštačke inteligencije za period 2020–2025. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 96/2019.

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018, usvojen po uzoru na Opštu uredbu o zaštiti podataka o ličnosti Evropske unije (General Data Protection Directive – GDPR) 2016/679.

Internet izvori

Andrić G., Srbija, banke i krediti: Šta odluka Vrhovnog suda znači za banke, a šta za građane i njihove advokate, BBC news na srpskom, <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-58823792>, 9. jun 2022.

Angwin J., Larson J., Matti S., Kirchner L., Bias M., *ProPublica*, 2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>, 7. jun 2022.

Council of Europe, CEPEJ European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment, [https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment#:~:text=The%20CEPEJ%27s%20view%20as%20set,on%20Human%20Rights%20\(ECHR\)%20and](https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment#:~:text=The%20CEPEJ%27s%20view%20as%20set,on%20Human%20Rights%20(ECHR)%20and), 20. maj 2022.

Gyuranecz F. Z., Krausz B., Papp D., The AI is now in session – The impact of digitalization on courts, 2019, <http://www.ejtn.eu/PageFiles/17916/TEAM%20HUNGARY%20TH%202019%20D.pdf>, 5. jun 2022.

Kelly K., The AI Cargo Cult – The myth of a superhuman AI, https://kk.org/wp-content/uploads/2017/05/Myth_Superhuman_Backchannel.pdf, 20. maj 2022.

Net Group, Digital Justice Solutions Team, Artificial Intelligence: A Substitute or Supporter of Judges?, Publisher: The Supreme Court of Estonia, <https://aastaraamat.riigikohus.ee/en/artificial-intelligence-a-substitute-or-supporter-of-judges/>, 4. jun 2022.

Niiler E., Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So, <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>, 7. jun 2022.

Pinkstone J., Estonia creating AI powered judge, Daily Mail Online, 26. mart 2019, <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-6851525/Estonia-creating-AI-powered-JUDGE.html>, 7. jun 2022.

State v. Loomis, *Harvard Law Review, Criminal Law*, https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/?fbclid=IwAR3P3iuyrfpgpi-r6jlv10p2H8_xY6zm-1lZbjfqmV7IRO-d8IvScybbnveo, 7. jun 2022.

Toskić Cvetinović A., Da li je srpskom pravosuđu potrebna veštačka inteligencija? Otvorena vrata pravosuđa, <https://www.otvorenavratapravosudja.rs/>

teme/ostalo/da-li-je-srpskom-pravosudu-potrebna-vestacka-inteligencija, 9. jun 2022.

Wehle H.-Dieter, Machine Learning, Deep Learning, and AI: What's the Difference? https://www.researchgate.net/publication/318900216_Machine_Learning_Deep_Learning_and_AI_What's_the_Difference, 6. jun 2022.

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN COURT PROCEEDINGS

Summary

Technological development in all areas of social life has resulted in innovations in terms of the functioning of complex systems, such as the judiciary. In this regard, legislators and judges are facing new challenges and modern trends in socio-technological development. In academic and media circles, more and more attention is being paid to the possibility of using artificial intelligence in order to improve the efficiency of the judiciary, primarily through the automation of court proceedings. In principle, the automation of court proceedings is achieved by creating different systems of artificial intelligence that contribute to trial and decision-making. Discussions on the issues of legal regulation of the use of artificial intelligence in court proceedings, methods of its use, control and consequences for individuals and society, are current in scientific circles and supported by the state authorities of developed countries. Precisely because it is necessary to use artificial intelligence in court proceedings in a responsible manner, with mandatory protection of basic human rights, in this paper we paid special attention to the presentation and analysis of ethical principles of the European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems adopted by the European Commission for the Efficiency of Justice, a body of the Council of Europe, with examples of good comparative legal solutions.

Key words: artificial intelligence, automation, court proceedings.

**UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI
U UPRAVNOM PRAVU I JAVNOJ UPRAVI**

PRAV(N)A PRIRODA AKATA VISOKOG PREDSTAVNIKA ZA BOSNU I HERCEGOVINU – (U)PРАВNA I(LI) POLITIČKA

Apstrakt

Institucija visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu uspostavljena je Aneksom X Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini. U tom aneksu je detaljno određeno pitanje statusa, nadležnosti i ciljeva, čime je visoki predstavnik uveden u ustavnopravni sistem Bosne i Hercegovine. Od primarne funkcije koja je Dejtonskim mirovnim sporazumom zamišljena kao koordinirajuća i ovlašćenja koja su tvorila „meku moć” institucije, vremenom su u pravnom životu Bosne i Hercegovine ta ovlašćenja realizovana i nerijetko su prihvatana kao odlučujuća ili čak naređujuća. Prevažodna funkcija civilne implementacije Dejtonskog mirovnog sporazuma izgubila se u naknadnim, „vandejtonskim” proširivanjima nadležnosti visokog predstavnika. Autori će prikazati osnovnu institucionalnu fizionomiju visokog predstavnika te nastojati da pruže i pogled na prav(n)u prirodu njegovih ovlašćenja, a poglavito na vidove proširivanja tih ovlašćenja i posljedice koje su time izazvane. Tokom gotovo trodecenijskog postojanja u ustavnopravnom sistemu Bosne i Hercegovine, institucija visokog predstavnika je vršila značajne izmjene ustavnog i zakonskog pravnog režima, koje su nerijetko poprimale i političku dimenziju. S tim u vezi, autori će nastojati da, u granicama pravne nauke, daju pregled akata na koje je, po slovu Dejtona, visoki predstavnik ovlašten da donosi, ali i svih drugih akata koje je donosio u posmatranom periodu. Do danas je u pravnoj teoriji, ali i praksi, s pravom postavljano pitanje prav(n)e prirode akata visokog predstavnika, a samim tim i moguće kontrole tih akata, najprije one ustavnosudske. Stoga će, u ovom aktuelnom trenutku, autori pokušati da pruže argumentaciju za odgovor na to pitanje, bez pretenzija da će istovremeno pružiti i konačan odgovor.

Ključne riječi: Visoki predstavnik, Bosna i Hercegovina, Dejtonski mirovni sporazum, pravna priroda, akti Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu.

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, bojan.vlaski@pf.unibl.org

** Asistent, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, marko.romic@pf.unibl.org

1. Uvod

Završetkom tragičnog građanskog rata u bivšoj SR Bosni i Hercegovini 1995. godine i formalnopravnim zaključenjem mirovnog sporazuma (sa ukupno 12 aneksa), koji je parafiran 21. novembra 1995. godine u bazi „Rajt Paterson” nadomak Dejtona (Ohajo, SAD), a potom i svečano potpisan u Jelisejskoj palati u Parizu, 14. decembra 1995. godine, uobličena je ustavnopravna silueta nove države – Bosne i Hercegovine (dalje i – BiH). Koncipirajući do tada u uporednom pravu nezabilježen *sui generis* oblik državnog uređenja, ta složena federacija sa osjetnim konfederalnim elementima¹ bila je pod snažnim uticajem tzv. međunarodne zajednice.

Od trenutka njenog državnopravnog začeća – činjenice da nije nastajala na svojoj teritoriji već na preookeanskom prostoru uz direktno učešće vlada stranih (ne)evropskih država u izradi teksta mirovnog sporazuma, do prisustva inostranog faktora u aneksima Dejtonskog ugovora. Najizrazitija intervencija takve uslovno nazivane „međunarodne zajednice” jeste Aneks X, kojim se predviđa postojanje Kancelarije visokog predstavnika (*Office of the High Representative – OHR*). Strane ugovornice tog dijela međunarodnog sporazuma² usaglasile su se da će pomoć u sprovođenju mirovnog ugovora (dakle ne samo Aneksa IV – *sic!*) ali isključivo u domenu civilne implementacije biti konstituisano novo tijelo u vidu visokog predstavnika.³ Sigurno je da u trenutku osnivanja tog tijela njegovi kreatori, poput Viktora Frankenštajna, junaka čuvenog romana engleske književnice Meri Šeli, nisu bili svjesni u šta će se ono pretvoriti tokom vremena.

2. Postupak imenovanja visokog predstavnika

Najprije ćemo se osvrnuti na postupak imenovanja. Iz člana I stava 2. saznajemo da će „Visoki predstavnik... biti imenovan u skladu sa relevantnim rezolucijama Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija”.⁴ Odmah se primjećuje da

¹ Za detaljnije potkrepljenje stava o konfederalno-federalnom obliku državnog uređenja vidjeti kod: R. Kuzmanović, „Narušavanje podjele nadležnosti između entiteta i Bosne i Hercegovine”, *Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta* (ur. Rajko Kuzmanović), Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka 2000, 28 i dalje; S. Savić, *Republika Srpska poslije Dejtona*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 1999, 21–32. Naime, ti autori svoje stanovište temelje na sljedećoj argumentacijskoj liniji: 1) način nastanka BiH, koja je nastala međunarodnim ugovorom kako inače konfederacije nastaju; 2) paritetna predstavljenost entiteta u institucijama BiH; 3) odluke se u institucijama BiH donose konsenzusom; 4) nadležnosti koje su prema Ustavu dodijeljene BiH znatno ispod nivoa koji bi se očekivao u federalnom državnom uređenju.

² A to su: Republika Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska, Savezna Republika Jugoslavija, Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska.

³ U članu I stav 1. navodi se primjerično da u te civilne aspekte mirovnog rješenja spadaju: nastavak humanitarnih pomoći, izgradnja infrastrukture, ekonomska revitalizacija, unaprijeđenje poštovanja ljudskih prava, povratak raseljenih i izbjeglih lica itd.

⁴ Aneks X, Sporazum o civilnom sprovođenju mirnog rješenja, članu I stava 2. Isti tekst se sreće i na engleskom jeziku: „High Representative, to be appointed consistent with relevant United Nations Security Council resolutions...”

strane ugovornice imaju u vidu složene uslove u kojima nastaje dejtonska Bosna i Hercegovina i da iz te kompleksnosti proizlazi potreba da se jedna delikatna uloga kakvu treba da ima visoki predstavnik koji nije dio unutrašnjeg državnog aparata imenuje na način da se obezbijedi visoki stepen legitimiteta. Ukoliko imamo u vidu da je Savjet bezbjednosti operativni organ Ujedinjenih nacija (dalje i – UN), koji u svom sastavu, osim pet stalnih članica sa pravom veta, ima i deset rotirajućih država te da se takvom u međunarodnoj strukturi respektabilnom i visokom organu povjerava imenovanje visokog predstavnika, može se zaključiti da takva odredba dobija svoj puni smisao.⁵

U dosadašnjoj istoriji imenovanja visokih predstavnika na takav način samo se dva puta odstupilo. Prvo odstupanje u vezi je sa periodom kada je Kristijan Švarc-Šiling manje od godinu dana bio vršilac dužnosti visokog predstavnika do imenovanja Miroslava Lajčaka, a drugi slučaj je aktuelne prirode i tiče se slučaja Kristijana Šmita, kojeg je imenovao Upravni odbor Savjeta za sprovođenje mira bez relevantne rezolucije Savjeta bezbjednosti, te čije imenovanje i u Upravnom odboru Savjeta za sprovođenje mira nije bilo podržano od Vlade Ruske Federacije, a poseban protest uputile su i institucije vlasti u Republici Srpskoj. Jasno razlikovanje između ta dva odstupanja ogleda se u jednom momentu naročigled diplomatske kurtoazije, ali koji je zapravo pokazatelj kontinuiteta. U trenutku imenovanja Miroslava Lajčaka za visokog predstavnika Savjet bezbjednosti se prigodno zahvalio Švarcu-Šilingu⁶ na njegovom angažmanu, te što u trenutku kada je postavljen za vršioca dužnosti nije bilo protivljena (*sic!*) članica Savjeta za implementaciju mira niti su domaće vlasti u BiH negodovala na to imenovanje.

Na ovom mjestu važno je dati kratki hronološki pregled postavljanja visokih predstavnika kako bi se uspostavila zakonomjernost te uočila odstupanja. Posljednji legitimni i legalno izabrani visoki predstavnik za BiH Valentin Incko imenovan je relevantnom Rezolucijom 1869 od 25. marta 2009. godine, u kojoj se navodi da Savjet bezbjednosti „pozdravlja nominovanje g. Valentina Incka kao visokog predstavnika umjesto g. Miroslava Lajčaka od Upravnog odbora Savjeta za implementaciju mira od 13. marta 2009. godine”.⁷ Svi prethodnici Valentina Incka bili su imenovani na isti ili sličan način te se može konstatovati da je potpuno primijenjena odredba iz relevantnog aneksa Dejtonskog sporazuma, a nije

⁵ Operativna priroda Savjeta bezbjednosti uočava se u činjenici da je riječ o organu u stalnom zasjedanju, to jest tijelu UN koje uvijek ima predstavnike država članica, i stalne i rotirajuće, spremnom da odgovori na kompleksne zadatke koji se pred njega stavljaju. Kada glasaju o pojedinim pitanjima, razlikujemo proceduralne i meritorne odluke. Da bi bila donijeta meritorna odluka (na primer, rezolucija kojom se imenuje novi Visoki predstavnik) potrebno je devet glasova članica Savjeta bezbjednost, uključujući pet stalnih članica sa pravom veta. Više u M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020, 534–541.

⁶ Zanimljiv je odnos koji ima Kristijan Švarc-Šiling prema dužnosti koju je obavljao do izbora visokog predstavnika. U svom autorskom tekstu za renomirani evropski list navodi da njegova uloga nije da nameće nešto i da postizanje trajnog mira u Bosni i Hercegovini može doći tek kada stanovnici BiH preuzmu stvar u svoje ruke, istovremeno pozicionirajući OHR u domen pomoćnog organa u tom procesu. Vidi u: C. Schwarz-Schilling, *Bosnia's Way Forward – Bosnians will soon take over from the international administration*, IP Global Issues, Spring, 2006, 84–86.

⁷ <http://www.ohr.int/other-doc/un-res-bih/pdf/N0928044.pdf>, 26. novembar 2022.

na odmet podsjetiti se da te norme imaju karakter ustava u materijalnom smislu.⁸ Razlika u imenovanju ipak ima, ali one su nijansirane – u svakoj pomenutoj rezoluciji Savjeta bezbjednosti navedeno je ime prethodnog visokog predstavnika i izražena posebna zahvalnost za njegovu službu, uz navođenje imena njegovog sukcesora u Kancelariji visokog predstavnika, osim u slučaju Pedija Ešdauna. Takođe, prilikom imenovanja Karla Bilta za prvog visokog predstavnika u članu 2. tačka 26. Rezolucije podsjeća se na posebnu ulogu visokog predstavnika u ustavnopravnom sistemu novouspostavljene države sa naglaskom na davanje uputstva (*give guidance*) koja imaju konsultativni karakter i na koordinaciji između građanskih organizacija i agencija koje učestvuju u civilnom sprovođenju odredaba Dejtonskog sporazuma (*coordinate the activities of, the civilian organizations and agencies involved*). Takav pristup, drugačiji od potonjih rezolucija, razumljiv je u svjetlu trenutka u kojem se pojavljuje – riječ je o instituciji koja nije imala nikakvu istoriju rada te je bilo potrebno ojačati njene pozicije u mladoj demokratiji.

Od avgusta 2021. godine kada se posljednji imenovani visoki predstavnik povukao sa dužnosti nije donesena niti jedna rezolucija Savjeta bezbjednosti UN za imenovanje novog visokog predstavnika niti je uslijedilo imenovanje vršioca dužnosti, ali zato jeste uslijedio neustavni odnosno nedejtonski jednostrani čin dijela članica Upravnog odbora Savjeta za implementaciju mira, kojim se Kristijan Šmit imenuje za novog visokog predstavnika (pomenuto je izuzeće predstavnika Ruske Federacije iz donošenja te odluke), čime se stvorio diskontinuitet u imenovanju visokih predstavnika, što je rezultiralo snažnom političkom reakcijom vlada već pomenutih država.

3. Ovlašćenja visokog predstavnika

Ovlašćenja visokog predstavnika navedena su u drugom odjeljku Aneksa X, pod nazivom „Mandat i metode koordinacije i veze”. Naime, riječ je o dvije odvojene grupe ovlašćenja – jedne su takstativno nabrojane i metodom pozitivne enumeracije navedeno je sedam (7) ovlašćenja visokog predstavnika za civilnu implementaciju mirovnog sporazuma, dok druge označavaju vezu između visokog predstavnika i međunarodnih vojnih snaga IFOR⁹ (*Implementation Force* – IFOR). Mandat visokog

⁸ Prije Valentina Incka, to su bili Miroslav Lajčak, koji je imenovan Rezolucijom br. 1764 iz 2007. (<http://www.ohr.int/other-doc/un-res-bih/pdf/N0740593.pdf>, 26. 11. 2022), Pedi Ešdaun imenovan Rezolucijom br. 1423 iz 2002. (<http://www.ohr.int/other-doc/un-res-bih/pdf/res1423e.pdf>, 26. novembar 2022), Wolfgang Petrič imenovan Rezolucijom br. 1256 iz 1999. (<http://www.ohr.int/un-security-council-resolution-1256-1999-on-the-situation-in-bih/>, 26. 11. 2022), Karlos Vestendorp imenovan Rezolucijom br. 1112 iz 1997. (<http://www.ohr.int/un-security-council-resolution-1112-1997-on-the-situation-in-bih/>, 26. 11. 2022), Karl Bilt imenovan Rezolucijom br. 1031 iz 1995. (<http://www.ohr.int/un-security-council-resolution-1031-1995-on-implementation-of-the-peace-agreement-for-bih-and-transfer-of-authority-from-the-un-protection-force-to-the-multinational-implementation-force-ifor/>, 26. novembar 2022).

⁹ Druga grupa ovlašćenja tiče se odnosa visokog predstavnika i međunarodne vojne misije i normirana su stavovima 2–9. u članu 2. Naime, riječ je o tzv. zajedničkoj civilnoj komisiji koja predstavlja most saradnje između civilnog i vojnog aspekta dejtonske Bosne i Hercegovine, a suština svih članova je opet konsultativne prirode, tj. uloga

predstavnik obuhvata:¹⁰ 1) **prati** (*monitor*) implementaciju Mirovnog sporazuma; 2) **ostvaruje** (*maintain*) **bliske kontakte** sa stranama potpisnicama Sporazuma sa ciljem afirmacije punog poštovanja svih civilnih aspekata Sporazuma; 3) **koordinira** (*coordinate*) aktivnosti međunarodnih civilnih organizacija i agencija u BiH s ciljem osiguranja efikasne implementacije civilnih aspekata Mirovnog sporazuma. Visoki predstavnik će poštovati njihovu samostalnost u okviru njihovog djelokruga te po potrebi davati opšte smjernice u vezi sa uticajem njihovih aktivnosti na implementaciju Mirovnog sporazuma; 4) **pomaže** (*facilitate*), kada to smatra neophodnim, u rješavanju svih poteškoća u vezi sa implementacijom civilnog dijela Sporazuma; 5) **učestvuje** (*participate*) na sastancima organizacija donatora; 6) **podnosi periodične izvještaje** (*report periodically*) o postignutom napretku Ujedinjenim nacijama, Evropskoj uniji, Sjedinjenim Američkim Državama, Ruskoj Federaciji i drugim zainteresovanim vladama, stranama i organizacijama; 7) **daje smjernice** (*provide guidance*) za rad Međunarodnih policijskih snaga¹¹ Ujedinjenih nacija.

Svrha vršenja tih ovlašćenja je da se osiguraju efikasna implementacija i afirmacija punog poštovanja svih civilnih aspekata sporazuma, što korespondira sa predmetom Aneksa 10 Dejtonskog mirovnog sporazuma. Osim navedenih zadataka, visoki predstavnik je članom 5. Aneksa X Dejtonskog mirovnog sporazuma određen kao „konačan autoritet u pogledu tumačenja civilne implementacije mirovnog sporazuma”.

U ravni jezičkog shvatanja taksativno nabrojanih poslova visokog predstavnika nedvosmisleno nam se nameće njegova potporna uloga, integrativna funkcija u smislu praćenja stanja, koordinisanja između strana potpisnica, učestvovanja na sastancima i konferencijama. Sveukupno bi se dalo zaključiti da uloga OHR po dejtonskoj konfiguraciji obezbjeđuje konsultativnu ulogu, svojevrsnog medijatora između strana koje su bile u konfliktu. Međutim, u recentnoj

OHR se ograničava na prisustvo sastancima zajedničkih radnih tijela, osnivanje lokalnih tijela kojima prisustvuju saradnici visokog predstavnika, uz jasno ograničenje iz stava 9, u kojem se navodi da visoki predstavnik ne može ni na koji način da se miješa u vojne operacije niti u lanac komande međunarodnih vojnih snaga – IFOR-a. IFOR (Implementacione snage) bile su multinacionalne vojne snage, koje su Aneksom 1A (uključujući i dodatke tog aneksa), Aneksom 2 Dejtonskog mirovnog sporazuma i relevantnim rezolucijama Savjeta bezbjednosti UN bile zadužene za implementaciju vojnih aspekata Dejtonskog mirovnog sporazuma. IFOR je kasnije preimenovan u SFOR (Stabilizacione snage), a od 22. novembra 2022. u skladu sa Rezolucijom Savjeta bezbjednosti UN 1575 uspostavljena je vojna misija Evropske unije – EUFOR kao pravni sljedbenik SFOR-a, čiji je mandat produžavan zaključno sa Rezolucijom 2658 Savjeta bezbjednosti UN od 2. novembra 2022. godine.

¹⁰ Podebljana početnih slova, odnosno boldovanje glagola su izvršili autori. Takođe, i englesku verziju teksta u zagradi zbog potreba rada dodali su autori.

¹¹ Međunarodne policijske snage (IPFO) ustanovljene Aneksom XI predstavljaju posebnu misiju koja je imala ulogu u formiranju policijskog sistema u dejtonskoj Bosni i Hercegovini, a njihova misija je okončana 31. decembra 2002. godine. Sistemskim tumačenjem, ta nadležnost visokog predstavnika se spominju i u samom Aneksu XI gdje se, u članu 2. stavu 3, ponavlja da komesar međunarodnih policijskih snaga, inače predvodnik te međunarodne jedinice, uputstva prima od visokog predstavnika. Nije na odmet dodati da, prema mišljenju eksperata iz oblasti bezbjednosti, procesi provjera reforme policije od osoblja IPFO predstavljaju značajan korak u dekriminalizaciji i profesionalizaciji policije u BiH. Manjkavost je bila što su se UN-ovi stručnjaci bavili samo provjerama policajaca ali ne i rukovodećih policijskih službenika u organima uprave. Vidi u S. Ivetić, A. Miladinović, „Policijski sistem BiH – od Dejtona do danas”, *Dvadeset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma* (ur. Radomir V. Lukić), Istočno Sarajevo 2017, 396–417 fn 11.

praksi tog međunarodnog tijela vidimo da je ta uloga u blagom smislu riječi iznevjerena, te da je dobila dominantan naredbodavni, imperativni karakter, koji ne samo da nije uspio da „ostvari bliske kontakte sa stranama potpisnicama” već je aktivno učestvovao u razaranju međusobnih odnosa između ugovornica, što je u konačnici dovelo do kompromitovanja vlastitog integriteta i postavilo pitanje dalje održivosti te dejtonske ustanove.¹² Takođe, takvim radom obesmišljen je i član 4. Aneksa X, u kojem se previđa saradnja između visokog predstavnika i strana ugovornica u svim aspektima civilnog sprovođenja sporazuma.¹³

Problem sa ovlaštenjima, kao što vidimo, nije inherentan dejtonskom poretku i ovlaštenjima koja se navode u članu 2. Aneksa X već je plod tumačeće uloge člana 5. tog aneksa kojim se predviđa da je visoki predstavnik konačni autoritet u tumačenju Dejtonskog sporazuma u kontekstu civilne primjene.¹⁴ Proširivanje nadležnosti je u vezi sa dva prethodna pitanja – Savjetom za implementaciju mira i aktima donošenim na diplomatskim konferencijama nekih država koje su članice tog savjeta.

Uoči svečanog potpisivanja Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH, zemlje zainteresovane za političku sudbinu dejtonske Bosne i Hercegovine ustanovile su na konferenciji održanoj 8. i 9. decembra 1995. godine u Londonu neformalnu političku grupaciju zemalja koje su bile predstavljene putem svojih opunomoćenih diplomata, te su to konsultativno tijelo nazvali – Savjet za implementaciju mira (*Peace Implementation Council – PIC*). Sastavljen od 55 država i organizacija održao je poslije londonskog konstituisanja još pet diplomatskih konferencija na kojima se u plenumu raspravljalo o mirovnom procesu u BiH: Firenca (1996), London (1996), Sintra (1997), Bon (1997), Madrid (1998), Brisel (2000). Po broju članova glomazan organ, nije se sastajao u punom obimu već je formiran Upravni odbor kao izvršni organ kojim po službenoj dužnosti predsjedava visoki predstavnik. Članice Upravnog odbora su: Francuska, Italija, Japan, Kanada, Njemačka, Ruska Federacija, Sjedinjene Američke Države, Velika Britanija, Predsjedništvo Evropske unije, Evropska komisija i Organizacija islamske konferencije (OIC) koju predstavlja Turska.¹⁵ Upravni odbor je kao egzekutivni organ više bio opredjeljen za davanje pojedinačnih smjernica za aktuelna politička pitanja u BiH, pri tome „ne postoji ni jedan pravni izvor iz kojeg je izgrađen međunarodni pravni poredak kojim bi bilo propisano postojanje Savjeta za sprovođenje mira ni bilo koji izvor unutrašnjeg prava u BiH koji bi to dozvoljavao”.¹⁶

¹² Na polučasovnoj sjednici 22. jula 2021. godine dvije stalne članice Savjeta bezbjednosti – NR Kina i Ruska Federacija podnijele su radnu verziju rezolucije kojom bi se okončao mandat OHR u BiH, smatrajući da nije uspio u svojoj misiji. Međutim, samo sa dva potvrdna glasa i 13 glasova uzdržanih, rezolucija nije dobila potrebnu podršku da bi bila usvojena. <https://press.un.org/en/2021/sc14585.doc.htm>, 26. novembar 2022.

¹³ „The Parties shall fully cooperate with the High Representative and his or her staff, as well as with the international organizations and agencies as provided for in Article IX of the General Framework Agreement”, Article IV.

¹⁴ Zarad lakšeg razumijevanja navešćemo i englesku varijantu tog člana: „The High Representative is the final authority in theater regarding interpretation of this Agreement on the civilian implementation of the peace settlement.”

¹⁵ O Savjetu za implementaciju mira vidi u M. Dmičić, *Ustavno pravo, dopuna osnovnoj literaturi*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 2011, 146–147.

¹⁶ M. Ačić, *Uloga međunarodnih organizacija u stvaranju i funkcionisanju dejtonske Bosne i Hercegovine*, Nezavisni Univerzitet Banja Luka, Banja Luka 2022, 358.

Od svih navedenih konferencija za proširivanje nadležnosti najznačajnija je ona održana u Bonu 9. i 10. decembra 1997. godine, iako treba istaći da se prvo ozbiljno proširivanje odigralo na sastanku Upravnog odbora 30. maja 1997. godine u Sintri kada je visoki predstavnik dobio ovlaštenje da suspenduje svaku medijsku organizaciju i svaki program koji ne poštuju odredbe Dejtonskog sporazuma. Tom prilikom je podržan paket mjera koji je predložio prvi visoki predstavnik Karl Bilt, na temelju kojeg je kasnije pristupljeno nametanju zakona o državljanstvu, monetarnoj politici, carinskim propisima i dr.¹⁷ Toga se prisjeća u svojim memoarskim zapisima i potonji visoki predstavnik Wolfgang Petrič: „Ured više nije bio samo izvršni organ međunarodne zajednice već odlučujuća institucija za sprovođenje strategije međunarodne zajednice u Bosni i Hercegovini.”¹⁸ Međutim, direktne intervencije i pozicioniranje u unutrašnji pravni poredak visokog predstavnika kao nadinstitucionalnog autoriteta izvršeni su Bonskom deklaracijom i to najviše poglavljem XI, koje se u članu 1. poziva na opšte formulacije i deklarativno zalaže za sprovođenje mirnog procesa u BiH, reafirmiše nadležnosti Kancelarije visokog predstavnika, ali onda već u članu 2, tumačeći već spominjani član 5. Aneksa X, utvrđuje da OHR može donositi obavezujuće odluke (*binding decisions*): 1) o vremenu, mjestu i predsjedavanju zajedničkim institucijama BiH; 2) u slučaju kada se stranke ne mogu dogovoriti, koje će važiti sve dok ih ne donese Predsjedništvo BiH ili Savjet ministara; 3) druge vrste mjera koje služe sprovođenju Dejtonskog sporazuma, naročito za nesmetan rad institucija, što uključuje i odluke protiv nosioca javne vlasti koji ne ispunjavaju svoje ustavne dužnosti, odnosno koji ne učestvuju u radu tih institucija.¹⁹

Imajući u vidu karakter deklaracije kao političkog, a ne pravnog akta, ona nije mogla kreirati pravna ovlašćenja. Uprkos tome, takva bonska ovlaštenja podslužila su visokim predstavnicima da supsumiraju zakonodavnu vlast i nameću zakone u Bosni i Hercegovini, što ni najautoritarniji režimi 20. vijeka u Evropi nisu poznavali kao način donošenja zakona. Naime, kako se s pravom ističe u domaćoj ustavnopravnoj teoriji, „Bonska deklaracija nije eksplicitno utvrdila ovlašćenje visokog predstavnika da donosi zakone... već 'privremne mjere' umjesto Predsjedništva i Savjeta ministara”²⁰ Zapanjuje hermeneutička kreativnost visokih predstavnika koji su u postbonskom periodu vršili zakonodavnu vlast na temelju shvatanja paragrafa XI člana 2. stava b jer dok su druga dva stava neosporna (zakazivanje i predsjedavanje sjednicama zajedničkih institucija i smjenjivanje pojedinaca koji na bilo koji način onemogućavaju funkcionisanje zajedničkih institucija) u pogledu moguće primjene, stav b istovremeno eksplicitno govori o privremenim mjerama (*interim measures*), i to onim koje će biti na snazi sve dok Predsjedništvo ili Savjet ministara ne usvoji odluku (*decision*) usklađenu

¹⁷ M. Pilipović, *Ustav Bosne i Hercegovine. Normativno i stvarno*, Pravni fakultet Univerzitet u Banjoj Luci 2008, 128.

¹⁸ V. Petrič, *Bosna i Hercegovina od Dejtona do Evrope, Svjetlost*, Sarajevo 2002, 94. Citirano prema: M. Pilipović, 128.

¹⁹ PIC Bonn Conclusions, Bosnia and Herzegovina 1998: Self-sustaining Structures.

²⁰ M. Pilipović, 129.

sa Dejtonskim sporazumom. Dakle, iz Ustava Bosne i Hercegovine je jasno da Predjedništvu i Savjetu ministara nije data zakonodavna vlast, koja pripada isključivo Parlamentarnoj skupštini te da privremene mjere mogu da se odnose na neke moguće pojedinačne pravne akte, a nikako na opštenormativnu djelatnost zakonodavnog karaktera. Važno je primjetiti da nije iskorišten ni relevantan engleski termin za zakon kao opšti pravni akt već isključivo „privremene mjere” i „odluka”, i to u kontekstu izvršno-političkih organa Bosne i Hercegovine.

Primjena bonskih ovlaštenja nije ostala bez kritike i od samih visokih predstavnika. Kristijan Švarc-Šiling smatrao je da u korištenju takvih ovlaštenja mora da postoji granica, da je ona već dotaknuta (*limits have almost certainly been reached*) te da se institucionalni okvir u kojem jedino može da postoji Bosna i Hercegovina ne može biti stvoren nametanjem već slobodnim opredjeljenjem naroda u Bosni i Hercegovini. Na kraju, bivši prvi čovjek OHR podsjeća da se, iako još nije okončan mandat misije visokog predstavnika, to mora učiniti jer je, po svojoj dejtonskoj prirodi, takva misija privremenog karaktera i, prema Švarc-Šilingovim shvatanjima, ona je skoro ispunjena.²¹ Aktuelnost te kolumne nije izgubljena ni više od decenije nakon njenog objavljivanja. Kritike su stizale i iz Saveta Evrope, čiji je Bosna i Hercegovina punopravan član od 2002. godine, ali i Venecijanske komisije. Parlamentarna skupština Savjeta Evrope nekoliko puta je od tog datuma podnosila primjedbe na upotrebu bonskih ovlaštenja i podsjećala na izvornu dejtonsku ulogu visokog predstavnika, smatrajući nedostatkom sposobnosti visokih predstavnika da prepuste funkcionisanje države legitimno izabranim predstavnicima naroda u Bosni i Hercegovini.²² Venecijanska komisija je 2005. godine konstatovala u svom izvještaju da je praksa korišćenja “bonskih ovlašćenja” neadekvatna, pogotovo u pogledu nesaglasnosti sa demokratskim načelima jedne savremene države koja treba da počiva na vladavini prava i ustanovljenom pravu na pravnu zaštitu, uz preporuku da se postepeno ukidaju bonska ovlaštenja i koriste primjerenije mjere.²³ Upotreba ovlaštenja iz Bona statistički bi se mogla sagledati kao: 757 odluka kojima je visoki predstavnik 119 lica lišio obavljanja javne funkcije i 286 nametnutih zakona ili izmjena zakona, a sve u kratkom vremenskom periodu od 1998. do 2005. godine. Posebno se izdvajaju sljedeći slučajevi: 30. juna 2004. godine Pedi Ešdaun je smijenio 58 javnih funkcionera; Wolfgang Petrič je u maju 2002. godine svoja posljednja dva dana na funkciji visokog predstavnika proveo tako što je smijenio 12 funkcionera, te nametnuo 24 zakona i amandmane na ustave Republike Srpske i Federacije BiH. Takve odluke su u stranoj literaturi imenovane kao „aerodromske odluke” (*airport decisions*), zbog pretpostavke da su potpisivane na aerodromu prilikom odlaska visokog dužnosnika iz Kancelarije.²⁴

²¹ C. Schwarz-Schilling, 84–86.

²² G. Venneri, “Modeling states from Brussels? A Critical Assessments of the EU-Driven Statebuilding of Bosnia and Herzegovina”, *Cyprus Centre for European and International Affairs Paper No. 2007/07*, 28.

²³ N. Beglerović, “The Role, Expectations and Challenges of High Representative in Bosnia and Herzegovina”, *Politics in Central Europe* 18, 3/2022, 424.

²⁴ M. Parish, “The Demise of the Dayton Protectorate”, *Journal of Intervention and State Building* 1/2007, Special Supplement, 15–16.

4. Akti visokog predstavnika – normativno i stvarno

Kao što se moglo vidjeti u prethodnom odjeljku ovog rada, prema Aneksu X Dejtonskog sporazuma, visoki predstavnik raspolaže tzv. mekom moći i nema naredbodavnih ovlaštenja u odnosu prema vlastima i građanima u Bosni i Hercegovini. Sažeto izraženo, Dejtonski sporazum visokom predstavniku daje dvije vrste ovlaštenja: 1) ovlaštenja kooperativnog i koordinacionog karaktera propisana članom II Aneksa X Dejtonskog sporazuma i 2) ovlaštenja interpretativnog karaktera propisana članom V Aneksa X Dejtonskog sporazuma. U vezi sa ovlaštenjima kooperativnog i koordinacionog karaktera, kao i ovlaštenjima interpretativnog karaktera, visoki predstavnik može donositi pravne i materijalne akte, koji su u skladu sa prirodom ovlaštenja koja posjeduje.

Pravni akti kooperativnog karaktera su akti o uspostavljanju civilnih komisija na lokalnom nivou, koje visoki predstavnik može osnivati po potrebi. Budući da se tim aktima imenuju članovi pomenutih komisija, riječ je o pojedinačnim pravnim aktima. Osim pravnih akata, kooperativna ovlaštenja visokog predstavnika se manifestuju i vršenjem niza materijalnih akata, kao što su: kontakti sa stranama potpisnicama, koordinacija aktivnosti međunarodnih civilnih organizacija, učesće na sastancima organizacija donatora, podnošenje periodičnih izvještaja o postignutom napretku.

Pravni akti koordinacionog karaktera su: 1) opšte smjernice u vezi sa uticajem aktivnosti međunarodnih civilnih organizacija u Bosni i Hercegovini na implementaciju Dejtonskog sporazuma, koje se donose po potrebi, i 2) smjernice za rad Međunarodnih policijskih snaga Ujedinjenih nacija (čije je davanje postalo izlišno nakon 31. decembra 2002. godine). Te dvije vrste pravnih akata koordinacionog karaktera na opšti način uređuju dvije utvrđene vrste pitanja od značaja za civilnu implementaciju Dejtonskog sporazuma, te je riječ o opštim pravnim aktima instruktivnog karaktera.

U okviru ovlaštenja interpretativnog karaktera visoki predstavnik je ovlašten da donosi pravne akte u formi autentičnog tumačenja odredaba Dejtonskog sporazuma koje se odnose na civilnu implementaciju mirovnog sporazuma, ali ne i na autentično tumačenje Dejtonskog sporazuma u cjelini, a naročito njegovog Aneksa IV-Ustav BiH (rješavanje spornih pitanja u vezi sa Ustavom BiH u nadležnosti je Ustavnog suda BiH koji je formiran članom VI Aneksa IV). Materijalni akti interpretativnog karaktera su radnje praćenja implementacije Dejtonskog sporazuma, koje obuhvataju prikupljanje određenih podataka, njihovo evidentiranje, zahtijevanje određenih obavještenja i objašnjenja od strana potpisnica, ali i od međunarodnih institucija koje su angažovane na implementaciji Dejtonskog sporazuma, koja su od značaja za pripremu izvještaja o postignutom napretku koje visoki predstavnik podnosi Savjetu bezbjednosti UN.²⁵

²⁵ Interesantno je da nakon prestanka mandata Valentina Incka, Savjet bezbjednosti UN u Rezoluciji 2604 (2021) od 3. novembra 2021. (<http://unscr.com/en/resolutions/2604>, 20. novembar 2022), nije primio k znanju

Kako se može vidjeti iz prethodnih izlaganja u ovom radu, visoki predstavnik nema ovlaštenja na vršenje ustavotvorne, zakonodavne, izvršne i sudske vlasti u Bosni i Hercegovini, odnosno u entitetima (Republici Srpskoj i Federaciji BiH), a pogotovo nije ovlašten da supstituira domaće vlasti u vršenju njihovih ovlaštenja. Premda u uporednoj praksi postoje primjeri prelaznih (privremenih) međunarodnih uprava imenovanih od Ujedinjenih nacija, koje su u okviru svojih mandata na privremenoj osnovi bili snabdjeveni prerogativima vršenja državne vlasti²⁶, to nije slučaj sa visokim predstavnikom za BiH. Njegova ovlaštenja nisu koncipirali organi Ujedinjenih nacija²⁷, nego su kreirana Dejtonskim sporazumom tako da osiguraju saradnju i koordinaciju svih relevantnih subjekata implementacije civilnog dijela Dejtonskog sporazuma, dok su Ustavom BiH i ustavima entiteta ovlaštenja i odgovornost za vršenje državne vlasti u BiH prepuštena demokratski izabranim predstavnicima konstitutivnih naroda i građana.

Budući da se Dejtonskim mirovnim sporazumom Bosna i Hercegovina nije odrekla svog suvereniteta (štaviše, opredjeljenje za njegovo očuvanje izraženo je u preambuli Ustava BiH, koji je integralni dio Dejtonskog sporazuma), nije nikada imala niti mogla imati status protektorata (bez obzira na inostrano prisustvo prema Aneksu I, Aneksu IV – član VI/1 i član VII/2, Aneksu X i Aneksu XI Dejtonskog mirovnog sporazuma).²⁸

izvještaj Kristijana Šmita niti je reafirmisao odredbe o visokom predstavniku iz svojih prethodnih rezolucija, što ide u prilog tezi da je visoki predstavnik postao balast u daljem razvoju Bosne i Hercegovine.

²⁶ Jedna od prvih privremenih uprava UN bila je UNTEA, koja je 1962. i 1963. u Zapadnoj Novoj Gvineji vršila privremenu upravu (sa određenim suverenim ovlaštenjima) kako bi kontrolisala proces dekolonizacije. Kao drugi primjer može se navesti Prelazna uprava UN u Kambodži (UNTAC), koja je, u skladu sa Pariskim sporazumom iz 1991. godine, dobila mandat od UN i Kambodže da u prelaznom periodu vrši zakonodavna i izvršna ovlaštenja, sve do septembra 1993. godine kada je proglašen kambodžanski ustav i izabrana demokratska vlast, nakon čega je okončana ta misija UN. Zakonodavna ovlaštenja je imala i druga privremena misija UN u Somaliji (UNOSOM II), koja je prvi primjer vršenja pune državne vlasti od misije UN u jednoj suverenoj državi članici UN. Posljednja privremena uprava UN koja je okončala svoj mandat bila je uspostavljena u Istočnom Timoru 25. oktobra 1999. (UNTAET) i bila je izričito ovlaštena na vršenje zakonodavne i izvršne vlasti od Savjeta bezbjednosti UN sve do nezavisnosti Istočnog Timora, 20. maja 2002. godine. Jedina privremena uprava UN te vrste koja još uvijek nije okončala svoj mandat jeste Misija privremene uprave UN na Kosovu (UNMIK), čiji je specijalni predstavnik imenovan od generalnog sekretara UN, u skladu sa Rezolucijom Savjeta bezbjednosti UN 1244 (1999). Nakon jednostranog proglašenja nezavisnosti Kosova 17. februara 2008. godine, protivno Rezoluciji 1244 i Ustavu Srbije, te sljedstvenog priznanja te pseudodržave od većeg broja država tzv. međunarodne zajednice, rad UNMIK-a je umnogome otežan. Može se rezimirati da je u svim navedenim slučajevima bilo riječi o misijama UN koje su vršile privremenu upravu nad određenim područjima na osnovu izričitog mandata organa UN. Razlikuju se tri vrste takvih misija: 1) misije koje pružaju pomoć državi koja zadržava suverenitet (funkcija podrške – kakvu ima i visoki predstavnik za BiH); 2) misije koje preuzimaju dijelove nadležnosti države (poput UNTEA koja je dio nadležnosti vršila privremeno i to na funkcionalnoj osnovi, tokom procesa dekolonizacije, kao i UNMIK koji je ovlašten da na teritorijalnoj osnovi vrši dio nadležnosti suverene članice UN Republike Srbije – i to isključivo na području Kosova i Metohije) i 3) misije koje preuzimaju suverenost u cijelosti, ali na privremenoj osnovi (UNTAC, UNOSOM II, UNTAET). Opširnije u J. Zeh, *Die Diktatur der Demokraten, Warum ohne Recht keine Staat zu machen ist*, Hamburg 2012, 13–17, 73–80.

²⁷ Smatramo da autor Juli Ceh pogrešno ekstenzivno tumači status visokog predstavnika kao kvazipodređenog organa UN, što se argumentuje podnošenjem izvještaja visokog predstavnika Savjetu bezbjednosti UN. Vidjeti J. Zeh, 87, 107.

²⁸ G. Venneri, 8.

Drugim riječima, mandat visokog predstavnika bio je da podstakne saradnju između domaćih i inostranih aktera bosanskohercegovačke postratne društveno-političke scene sa ciljem uspostavljanja funkcionalne pravne države. Premda Kancelarija visokog predstavnika kao jedan od svojih osnovnih zadataka naglašava „uspostavljanje vladavine prava”²⁹ (*sic!*) dosadašnje praktično djelovanje te institucije uglavnom je manifestovano „uz primjenu metoda koje su u dubokom sukobu sa demokratskim principima”.³⁰ U tom smislu, visoki predstavnik je u svom radu donosio različite kvazipravne akte koji se mogu klasifikovati kao: 1) kvaziustavni propisi; 2) kvazizakonski propisi; 3) kvazipodzakonski propisi; 3) kvaziupravni akti i 4) kvazisudski akti.³¹

Najdrastičniji primjer prekoračenja ovlašćenja visokog predstavnika manifestovao se djelovanjem u sferi ustavotvorne vlasti. Ta vrsta akata visokog predstavnika ispoljavana je na tri načina: 1) donošenjem odluka o nametanju zakona na nivou BiH kojima je mijenjana Ustavom BiH utvrđena podjela nadležnosti³², 2) nametanjem amandmana na Ustav Republike Srpske i Ustav Federacije BiH³³ i 3) konstituisanjem Brčko Distrikta³⁴, čime je faktički sprovedena samovoljna odluka Roberta Ovena (*Roberts B. Owen*), predsjedavajućeg Arbitražnog tribunala za arbitražu dijela međuentitetske granične linije u oblasti Brčkog. Takvim djelovanjem supstituisana je volja nadležnih predstavničkih tijela, a u krajnjoj liniji i volja građana, čime je ustavni intervencionizam visokog predstavnika postao jedan od ključnih generatora permanentne političke nestabilnosti jer „ništa tako ne izaziva strah u jednoj državi kao udaranje u njene temelje, a temelji su odredbe ustava”.³⁵

Kvazizakonskim propisima visoki predstavnik je, djelujući u domenima zakonodavnih nadležnosti predstavničkih tijela na nivou Bosne i Hercegovine i entiteta (Republike Srpske i Federacije BiH), donosio odluke kojima je na privremenoj osnovi rješavao brojna pitanja, počevši od materija državljanstva i putnih

²⁹ Opširnije o zadacima Kancelarije visokog predstavnika vidjeti: OHR, Mandat, <http://www.ohr.int/o-ohr-%D1%83/%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%82/>, 25. novembar 2022.

³⁰ P. Kunić, *Promjene Ustava Bosne i Hercegovine – pro et contra: kritičke opaske na pojedina institucionalna rješenja: dosadašnja iskustva i moguća rješenja*, Banja Luka 2015, 14.

³¹ Imajući u vidu temu i obim ovog rada, autori neće taksativno pobrojati sve akte koje je u tom smislu donosio visoki predstavnik, niti će ulaziti u njihovu sadržinu. Opširnije: Decisions of the High Representative, <http://www.ohr.int/decisions-of-the-high-representative/>, 26. novembar 2022; K. Čavoški, “Svemoguć visoki predstavnik”, *Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma* (ur. Rajko Kuzmanović), Banja Luka 2005, 297–318; N. Poplašen, *Rušenje Dejtona*, Banja Luka 2000, 44–51.

³² Ilustrativni primjeri su Odluka o nametanju Zakona o državnoj graničnoj službi (<http://www.ohr.int/decision-imposing-the-law-on-state-border-service-3/>, 26. novembar 2022) i Odluka o nametanju Zakona o uspostavljanju Suda BiH (<http://www.ohr.int/decision-establishing-the-bih-state-court-3/>, 26. novembar 2022).

³³ Amandmani na Ustav Republike Srpske nametani su u periodu od 2002. do 2005. godine, i to: amandmani XCIII–XCVIII (*Službeni glasnik Republike Srpske* 31/02), amandmani XCIV–XCVII (*Službeni glasnik Republike Srpske* 69/02), amandmani CIV–CV (*Službeni glasnik Republike Srpske* 31/03), amandmani CVI–CXIII (*Službeni glasnik Republike Srpske* 98/03) i amandman CXIV (*Službeni glasnik Republike Srpske* 115/05).

³⁴ Odluka o uspostavljanju Brčko Distrikta, <http://www.ohr.int/decision-on-the-establishment-of-the-brcko-district-of-bih-3/>, 28. novembar 2022.

³⁵ N. Mojović, *Promjene ustava via facti, Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma*, Banja Luka 2005, 183.

isprava, pa do imovinskih zakona.³⁶ Budući da nema ovlaštenja na donošenje zakonskih propisa, visoki predstavnik je kvazizakonsko djelovanje vršio putem odluka, koje je donosio na privremenoj osnovi dok nadležna predstavnička tijela ne usvoje istovjetan tekst u redovnoj zakonodavnoj proceduri.

U djelovanju visokog predstavnika može se uočiti i znatan broj akata kojima je, zadirući u nadležnosti nosilaca izvršno-političke vlasti, uređivao pitanja koja su originerno predmet regulacije akata vlade (uredbe, odluke, zaključci). Osim toga, visoki predstavnik je donosio i pojedinačne akte, kojima je pretežno imenovao i razrješavao funkcionere, čime je u prekoračenju svojih ovlaštenja obuhvatao i vršenje upravne funkcije od strane domaćih vlasti.

Na kraju, visoki predstavnik je u svojoj praksi donosio i kvazisudske akte smjenjujući lica sa izabranih funkcija. Štaviše, u više slučajeva smjenjivanje sa funkcija bilo je praćeno oduzimanjem svih građanskih prava, bez mogućnosti oštećenih da ostvare pravo na pravnu zaštitu od protivpravnog djelovanja visokog predstavnika.³⁷ Štaviše, pravnu zaštitu oštećenima ne samo da nisu pružili domaći sudovi u BiH, uključujući i Ustavni sud BiH, nego ju je odbio pružiti i Evropski sud za ljudska prava, što je bez presedana u civilizovanom svijetu.

Kako se može vidjeti, visoki predstavnik se u svom radu (ni)malo služio ovlaštenjima povjerenim Dejtonskim sporazumom, dok se istovremeno, suprotno svom mandatu i parodiranjem Montesjkjeovog „duha zakona”, profilisao kao odlučujući politički činilac u BiH. Time je ova dejtonska institucija proizvela paradoksalnu situaciju – nepozvana je vršila „izgradnju demokratije potpuno nedemokratskim sredstvima”.³⁸

5. Prav(n)a priroda akata visokog predstavnika

Odgovor na pitanje prav(n)e prirode akata visokog predstavnika zahtijeva prethodno određenje karaktera te institucije, prije svega, izvora njegovih ovlaštenja, odnosa njegovih akata prema aktima domaćih vlasti i međunarodnopravnih akata i pravne zaštite od njegovih akata.

Premda smo o pravnom izvoru ovlaštenja visokog predstavnika iscrpno elaborirali u prethodnim cjelinama ovog rada, locirajući ga u Aneksu X Dejtonskog sporazuma, uz istovremeno upućivanje na vanpravni izvor – Bonsku deklaraciju, na ovom mjesto je neophodno osvrnuti se na još jedno značajno pitanje – suverenitet Bosne i Hercegovine. Naime, članom 2. stavom 7. Povelje UN štiti se suverenitet država članica UN zabranom miješanja u njihova unutrašnja pitanja, dok je članom 78. Povelje UN nedvosmisleno uređeno da se međusobni odnosi država članica UN zasnivaju na poštovanju načela suverene jednakosti. Budući da je Bosna i Hercegovina primljena u članstvo UN 22. maja 1995. (a nakon 21. no-

³⁶ Opširnije vidjeti u K. Čavoški, 307–308.

³⁷ Detaljnije vidjeti u J. Zeh, 132, 135, 143–144, 151–152.

³⁸ *Ibid.*, 8.

vembra 1995. godine ostvarila je i osnovne pretpostavke državnosti – teritoriju, stanovništvo i efektivnu vlast), vršenje suverene vlasti u BiH uređeno je Ustavom BiH i ustavima entiteta, te je bez saglasnosti BiH protivpravno bilo kakvo vršenje državnih prerogativa od visokog predstavnika. Da takve saglasnosti nema, dovoljno svjedoči tekst Dejtonskog sporazuma (naročito Aneks X), a „političko polje moći”³⁹, koje je generisao Savjet za implementaciju mira, predstavlja grubu povredu člana 2. stav 7. i člana 78. Povelje UN i nije pravni izvor ovlašćenja visokog predstavnika.⁴⁰

Bonska ovlašćenja nemaju pravnu prirodu, imaju političke korijene i odražavaju duh globalne posthladnoratovske epohe (9. novembar 1989 – 24. februar 2022), u kojoj je međunarodna zapadna zajednica⁴¹, predvođena SAD, ignorisala ili aktivno kršila norme međunarodnog prava stvarajući „poredak zasnovan na pravilima” koji se temelji na „meta političkim ključevima”⁴² i u kome, smatra Robert Kuper (Robert Cooper), „postmoderni svijet mora da prihvati dvostruke standarde. Među nama, djelujemo na osnovu zakona i bezbjednosti koja je rezultat naše saradnje. Ali kada imamo posla sa staromodnim tipom država izvan postmodernog kontinenta Evrope, mi treba da se okrenemo dubljim metodama iz ranije (kolonijalne – B. V. i M. R.) epohe – primjeni sile, preventivnim napadima, prevari, svemu što je primjereno i neophodno za one koji još žive u devetnaestovjekovnom sistemu samostalnih nacionalnih država. Kada je riječ o nama samima, mi se pridržavamo prava; ali kada djelujemo u džungli⁴³, mi moramo da primjenjujemo i zakone džungle”⁴⁴. Nesumnjivo je istinito gledište iz inostrane pravne teorije da bi se na tragu tih premisa „politikološkom analizom moglo doći do zaključka da prelazne uprave (međunarodne misije slične – ne i identične –

³⁹ S. Ramel, Od neokolonijalne Međunarodne zajednice do posthegemonije Evrope, *Status* 13/08, 11. Navedeno prema P. Kunić, 35.

⁴⁰ Istini za volju, ne može se negirati da Bonska deklaracija predstavlja politički akt koji je ojačao politički autoritet visokog predstavnika, što se manifestovalo njegovim učestalim političkim intervencionizmom sa značajnim pravnim implikacijama, naročito od kraja 1997. do sredine 2006. godine.

⁴¹ Izraz „međunarodna zapadna zajednica” (sa varijacijama „zapadna zajednica” i „zapadna međunarodna zajednica”) prvi put je upotrijebila Sonja Biserko u televizijskoj emisiji emitovanoj povodom nasilnog pokušaja sprečavanja ustoličenja mitropolita crnogorsko-primorskog g. Joanikija u sjedištu Mitropolije na Cetinju. Biserko je taj izraz izgovorila proročanski, imajući u vidu da je nedugo potom ogoljena vazalna priroda odnosa SAD i njihovih evropskih i pacifičkih satelita, a svijet je ušao u novu fazu puzajuće blokovske konfrontacije. Crna Gora, izazovi napetosti, https://www.youtube.com/watch?v=ETqJcr8CFes&ab_channel=Neboj%C5%A1aVu-kanovi%C4%87, 30. novembar 2022.

⁴² Z. R. Tomić, „Ustavna relativizacija osnovnih ljudskih prava”, *Preispitivanje klasičnih ustavnopravnih shvatanja u uslovima savremene države i politike* (ur. Miroslav Đorđević), Beograd 2021, 310.

⁴³ Da nije riječ o incidentnom rezonovanju u međunarodnoj zapadnoj zajednici, svjedoči i skorašnja izjava Žozepe Borelja, potpredsjednika Evropske komisije i visokog predstavnika EU za spoljne poslove, koja glasi: „Evropa je bašta. Da, izradili smo baštu. Sve funkcioniše. To je najbolja kombinacija političkih sloboda, ekonomskog prosperiteta i socijalne kohezije. Ostatak svijeta nije baš bašta. Najveći dio ostatka svijeta je džungla i džungla može da izvrši invaziju na baštu”, zaključivši da „baštovani moraju da idu u džunglu”. Evropski baštovani u balkanskoj džungli: Što smo mi Evropi, a šta Evropa nama?, <https://www.rts.rs/page/oko/ci/story/3208/drustvo/5024299/sta-je-evropa-nama-sta-smo-mi-evropi.html>, 30. novembar 2022. Efekte tog neobičnog neokolonijalnog „baštovanstva” najslikovitije izražava politički aktivizam visokog predstavnika u BiH.

⁴⁴ L. R. Basta Fleiner, „Kako predavati ustavno pravo u dvadeset prvom veku”, *Novi arhiv za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* 1/2021, 40.

instituciji visokog predstavnika – B. V. i M. R.) slijede geostrateške, političke i/ili ekonomske interese koji nemaju mnogo veze sa dobrobiti lokalnog stanovništva.”⁴⁵

Vrativši se na polazno pitanje ove uže analize, možemo konstatovati da suverenitet, kao pravni (a ne faktički) odnos između državnog suverena i njegove teritorije⁴⁶, koji shvatamo kao pravo države da vrši zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast sama na svojoj teritoriji sa efektom za sopstvene građane⁴⁷, ne može biti oduzet bez ovlašćenja nosioca suvereniteta. Svaka djelatnost vršenja vlasti bez ovlašćenja nosioca suvereniteta može biti „okvalifikovana kao uzurpatorska”⁴⁸.

Odgovor na pitanje odnosa akata visokog predstavnika i „domaćih” pravnih akata u Bosni i Hercegovini uslovljen je pravnim izvorom ovlašćenja visokog predstavnika. Budući da su njegova pravna ovlašćenja zasnovana na izvoru međunarodnog prava – Dejtonskom mirovnom sporazumu, akti koji proizlaze iz ovlašćenja kooperativnog, koordinacionog i interpretativnog karaktera su akti međunarodnopravne prirode. Pritom, pojedinačni pravni akti i materijalni akti na koje je visoki predstavnik ovlašćen imaju nesumnjiv upravnopravni supstrat, iako se zbog njihovog međunarodnopravnog izvora ne mogu potpuno izjednačiti sa upravnim aktima i upravnim radnjama kao instrumentima upravnog djelovanja. Opšti pravni akti visokog predstavnika (smjernice) imaju normativni karakter, a može se primijetiti da je njihova aktuelnost odavno prestala smanjenjem aktivnosti međunarodnih civilnih organizacija u BiH i prestankom rada Međunarodnih policijskih snaga UN.⁴⁹ Stoga možemo zaključiti da akti visokog predstavnika na koje je ovlašćen Dejtonskim sporazumom nisu dio „domaćeg” prava, međunarodnopravnog su kvaliteta te, kao mahom pojedinačni (pravni i materijalni) akti, nisu u hijerarhijskom odnosu prema „domaćim” ustavima i zakonima.

Konačno, kada je riječ o pravnoj zaštiti protiv akata visokog predstavnika, evidentno je da ga Dejtonski sporazum nije ovlastio da odlučuje o pravima i obavezama fizičkih i pravnih lica, te je slijedom toga izostavljeno kreiranje mehanizama pravne zaštite od tih akata.

Kvazipravni akti koje je u svojoj dugogodišnjoj praktičnoj djelatnosti donosio visoki predstavnik ne mogu se smatrati pravnim aktima. Njima nedostaje pravni osnov jer izvor ovlašćenja nalaze u političkom aktu (Bonskoj deklaraciji),

⁴⁵ J. Zeh, 77.

⁴⁶ U kontekstu federalno uređenih država, „suverenom se ima smatrati državna volja kreirana od strane najviših predstavničkih organa, izražena u skladu sa postupcima koji su pravno uređeni saveznim ustavom, a faktički oživotvorena od strane organa federacije i federalnih jedinica, prema ustavom utvrđenoj podjeli nadležnosti”. Opširnije u B. Vlaški, *Organizacija javne uprave u federalizmu – posebno u Bosni i Hercegovini*, doktorska disertacija (neobjavljeno), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2019, 37.

⁴⁷ Ilustrativno je poređenje suvereniteta sa građanskopravnim institutom vlasništva, uz paralelnu korelaciju između faktičkog vršenja suvereniteta od uzurpatora ili okupatora prema protivpravnom posjedovanju stvari u građanskom pravu. Opširnije u J. Zeh, 64–65.

⁴⁸ M. Popović, „Od konfederalizma ka regionalizmu”, *Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma* (ur. Rajko Kuzmanović), Banja Luka 2005, 202.

⁴⁹ Analizom odluka visokog predstavnika dostupnih na internet stranici www.ohr.int, autori su utvrdili da visoki predstavnik gotovo uopšte nije koristio ovlašćenja koja su mu povjerena Dejtonskim mirovnim sporazumom.

što se ne može kamuflirati neosnovanim pozivanjem na ovlaštenja interpretativnog karaktera iz Aneksa X Dejtonskog sporazuma, koje predstavlja ništa drugo do praznu tvrdnju. Prava priroda kvazipravnih akata visokog predstavnika je stoga nesumnjivo politička.⁵⁰ Iz tog razloga, stavljati političke akte visokog predstavnika u odnos prema „domaćim” pravnim aktima jednako je bespredmetno kao izjednačavati kruške i jabuke. Jedino dejstvo kvazipravnih akata visokog predstavnika u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine i pravnim sistemima entiteta (Republike Srpske i Federacije BiH) jeste političko – njegove odluke (naročito one kojima se nameću ustav i zakoni) predstavljaju vid političkog pritiska međunarodne (zapadne) zajednice na nosioce prerogativa državne vlasti u Bosni i Hercegovini da, umjesto u demokratskim procesima, svoju funkciju vrše prema modelima „neokolonijalnog baštovanstva”. To je vidljivo iz sadržaja odluka visokog predstavnika kojima su nametani zakoni – „u ’odluci’ je izričito naglašena osnovna nadležnost i preliminarna priroda zakona. Od parlamenta se traži da ponovo usvoji zakon – ali bez ikakvih promjena i bez nužnosti ponovnog usvajanja u cilju proizvođenja pravnog dejstva. Shodno tome, takav zahtjev upućen Parlamentu da preduzme akciju više liči na poziv na igru demokratije”.⁵¹ Uzimajući u obzir političku prirodu kvazipravnih akata visokog predstavnika, pravna zaštita od njih se nije pokazala efikasnom, bilo da je riječ o opštim, bilo o pojedinačnim kvazipravnim aktima.⁵² Iz tog razloga, zaštita od protivpravnog djelovanja visokog predstavnika nerijetko je vršena mjerama političkog karaktera (poput bojkota rada institucija na nivou BiH od predstavnika Republike Srpske u zajedničkim institucijama nakon sramnog donošenja „aerodromske odluke” o nametanju izmjena i dopuna Krivičnog zakona BiH od posljednjeg visokog predstavnika Valentina Incka).

Takvo protivpravno djelovanje visokog predstavnika prije svega je, kako veli Petar Kunić, „ojačalo unutrašnje podjele. Za jedne, posebno za Republiku Srpsku, to je intervencionistički čin, što je sprečavalo bilo kakav vid pregovora između domaćih političkih elita i međunarodne zajednice, a uz to predstavljalo je određen oblik centralizacije bez mogućnosti rasprave u domaćim strukturama, dok je za druge, prvenstveno Bošnjake, to bilo prihvatljivo jer je omogućilo kako-tako funkcionisanje države. Favorizovanje samo jedne varijante za Bosnu i Hercegovinu, a to je centralizacija pod matricom stvaranja funkcionalne države, a da se pri tom negiraju sve posebnosti triju zasebnih zajednica, u uslovima eklatantnog demokratskog deficita i nedostatka valjanog pravnog osnova, nesumnjivo predstavlja nedemokratski čin suprotan vremenu u kojem živimo i otvara pitanje održivosti takvog rješenja”.⁵³ Isti autor taj model implementacije mirovnog sporazuma označava kao „hegemonistički” aspekt međunarodne intervencije, koji je doveo do „deinstitucionalizacije domaćih institucija (tj. slabljenja njihovih

⁵⁰ Identično gledište, ali na drugačijim premisama zauzima i Juli Ceh. Vidjeti J. Zeh, 121–131.

⁵¹ *Ibid.*, 49.

⁵² U tom pogledu ilustrativan je stav Ustavnog suda BiH da „nije nadležan da ocjenjuje ovlasti Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu”, zauzet u Odluci br. U 9/00 od 3. novembra 2000, *Službeni glasnik BiH* 1/0 i održan u potonjim odlukama.

⁵³ P. Kunić, 36–38.

kapaciteta), gubljenja povjerenja građana u njihove mogućnosti i stvaranja navika (prevashodno kod bošnjačke zajednice) da sva pitanja za koja se ne može postići saglasnost prepuste OHR-u”, koji je „(...) *de facto* preuzeo odlučujuću ulogu u gotovo svim segmentima državne i entitetske vlasti”⁵⁴

Na kraju, razmatrajući prav(n)u prirodu akata visokog predstavnika, sa za-brinutošću možemo konstatovati da je zanemarivanje pravno utemeljenih „dej-tonskih” ovlašćenja na uštrb politički potkovanih „bonskih” ovlašćenja u praksi šest od ukupno sedam dosadašnjih visokih predstavnika (mandat Karla Bilta je bio izuzetak od pravila) dobilo epilog sa krajnje neizvjesnim i „pravno nesigur-nim” posljedicama, u svjetlu faktičkog zaposjedanja Kancelarije visokog pred-stavnika od strane njemačkog političara Kristijana Šmita uz podršku međuna-rodne zapadne zajednice oličene u Upravnom odboru Savjeta za implementaciju mira. Štaviše, gospodin Šmit je 2021. i 2022. godine *de facto* reafirmisao upotrebu „bonskih” ovlašćenja, uprkos nedostatku legaliteta i legitimiteta u postupku nje-govog imenovanja od Savjeta za implementaciju mira (bez učešća predstavnika Ruske Federacije) i nepostojanja saglasnosti Savjeta bezbjednosti UN i jedne od strana potpisnica Dejtonskog sporazuma – Republike Srpske. Shodno tome, svi njegovi akti – dosadašnji i budući – mogu se smatrati izrazom (geo)političkog djelovanja u interesu zemalja koje su ga imenovale, a ne tobožnjim djelovanjem u interesu građana Bosne i Hercegovine koji su, čini se sve više nakon skorašnjih sarajevskih protesta, sve nepovjerljiviji prema daljem postojanju institucije viso-kog predstavnika.

6. Zaključak

Sumirajući analizu prav(n)e prirode akata visokog predstavnika – kako onih normativnih „dejtonskih”, tako i onih stvarnih „bonskih”, evidentno je da se od 2011. godine smanjivala uloga visokog predstavnika. Imajući u vidu da go-spodin Kristijan Šmit, koji trenutno *de facto* uzurpira Kancelariju visokog pred-stavnika, ne posjeduje neophodan legitimitet i legalitet koji daju strane potpisnice Dejtonskog sporazuma i članice Savjeta bezbjednosti UN, nužno je da u što skori-je vrijeme domaći akteri preuzmu punu odgovornost za budućnost Bosne i Her-cegovine. Visoki predstavnik je nominalno imao jedan važan „dejtonski” zadatak – „naučiti” dojučerašnje zaraćene strane da međusobno sarađuju i grade zajed-ničku „kuću” na temeljima iz Dejtona. U praksi je činio upravo suprotno, postav-ši oslonac ostvarivanja (geo)političkih ciljeva izvršavanjem „bonskih” zadataka, čineći izlišnom svaku mogućnost saradnje i kompromisa između domaćih aktera u Bosni i Hercegovini, te iznova povećavajući očekivanja jedne od strana da će visoki predstavnik ostvariti sve što nije (bilo) moguće političkim sredstvima (kao i onim drugim sredstvima koja su nastavak politike), a rezigniranost i frustraciju druge (dvije) strane i pribjegavanje politikama blokada i bojkota. Dalje postojanje

⁵⁴ *Ibid.*, 38.

visokog predstavnika u BiH je izlišno jer akti na koje je ovlašten nisu nužni više od četvrt vijeka nakon okončanja rata, a svaki produžetak njegovog angažmana u duhu „bonskih“ ovlaštenja može se jedino tumačiti kao nastavak „neokolonijalnog baštovanstva“ kreatora tih ovlaštenja, kojima (pre)ostaje sve manje prostora da izvan Evrope upražnjavaju taj neobičan vid hortikulture.

Da zaključimo, krajnje je vrijeme da domaći akteri u BiH izgrade odgovarajuće mehanizme međusobne saradnje i koordinacije svojstvene uspješnim (kon) federalnim državama, radi uspostavljanja funkcionalne države koja će zadržati građane na tom prostoru i pružiti im perspektivu mirnog i prosperitetnog života.

Literatura

- Basta Fleiner L. R., “Kako predavati ustavno pravo u dvadeset prvom veku”, *Novi arhiv za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* 1/2021.
- Beglerović N., “The Role, Expectations and Challenges of High Representative in Bosnia and Herzegovina”, *Politics in Central Europe* 18, 3/2022.
- Čavoški K., “Svemogući visoki predstavnik”, *Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma* (ur. Rajko Kuzmanović), Banja Luka 2005, 297–318.
- Dmičić M., *Ustavno pravo, dopuna osnovnoj literaturi*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 2011.
- Ivetić S., Miladinović A., “Policijski sistem BiH – od Dejtona do danas”, *Dvadeset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma* (ur. Radomir V. Lukić), Istočno Sarajevo 2017.
- Kreća M., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020.
- Kunić P., *Promjene Ustava Bosne i Hercegovine – pro et contra: kritičke opaske na pojedina institucionalna rješenja: dosadašnja iskustva i moguća rješenja*, Banja Luka 2015.
- Kuzmanović R., “Narušavanje podjele nadležnosti između entiteta i Bosne i Hercegovine”, *Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta* (ur. Rajko Kuzmanović), Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka 2000.
- Parish M., “The Demise of the Dayton Protectorate”, *Journal of Intervention and State Building* 1/2007, Special Supplement.
- Poplašen N., *Rušenje Dejtona*, Banja Luka 2000.
- Ramel S., “Od neokolonijalne Međunarodne zajednice do posthegemone Evrope”, *Status* 13/08.
- Savić S., *Republika Srpska poslije Dejtona*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 1999.

- Schwarz-Schilling C., *Bosnia's Way Forward – Bosnians will soon take over from the international administration*, IP Global Issues, Spring, 2006.
- Venneri G., "Moddeling states from Brussels? A Critical Assessments of the EU-Driven Statebuilding of Bosnia and Herzegovina", *Cyprus Centre for European and International Affairs Paper No. 2007/07*.
- Vlaški B., *Organizacija javne uprave u federalizmu – posebno u Bosni i Hercegovini*, doktorska disertacija (neobjavljeno), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2019.
- Zeh J., *Die Diktatur der Demokraten, Warum ohne Recht keine Staat zu machen ist*, Hamburg 2012.
- Ačić M., *Uloga međunarodnih organizacija u stvaranju i funkcionisanju dejtonske Bosne i Hercegovine*, Nezavisni Univerzitet Banja Luka, Banja Luka 2022.
- Mojović N., "Promjene ustava *via facti*", *Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma*, Banja Luka 2005.
- Petrić V., *Bosna i Hercegovina od Dejtona do Evrope*, Svjetlost, Sarajevo 2002.
- Pilipović M., *Ustav Bosne i Hercegovine. Normativno i stvarno*, Pravni fakultet Univerzitet u Banjoj Luci, Banja Luka 2008.
- Popović M., "Od konfederalizma ka regionalizmu", *Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma* (ur. Rajko Kuzmanović), Banja Luka 2005.
- Tomić Z. R., "Ustavna relativizacija osnovnih ljudskih prava", *Preispitivanje klasičnih ustavnopravnih shvatanja u uslovima savremene države i politike* (ur. Miroslav Đorđević), Beograd 2021.

Internet izvori

- <http://www.ohr.int/other-doc/un-res-bih/pdf/N0928044.pdf>, 26. novembar 2022.
- <https://press.un.org/en/2021/sc14585.doc.htm>, 26. novembar 2022.
- <http://unscr.com/en/resolutions/2604>, 20. novembar 2022.
- <http://www.ohr.int/o-ohr-%d1%83/%d0%bc%d0%b0%d0%bd%d0%b4%d0%b0%d1%82/>, 25. novembar 2022.
- <http://www.ohr.int/decisions-of-the-high-representative/>, 26. novembar 2022.
- <http://www.ohr.int/decision-imposing-the-law-on-state-border-service-3/>, 26. novembar 2022.
- <http://www.ohr.int/decision-on-the-establishment-of-the-brcko-district-of-bih-3/>, 28. novembar 2022.
- https://www.youtube.com/watch?v=ETqJcr8CFes&ab_channel=Neboj%C5%A1a-Vukanovi%C4%87, 30. novembar 2022.

Bojan N. Vlaški, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

Marko Romić, LL.M.

Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka

THE (LEGAL) NATURE OF THE ACTS OF THE HIGH REPRESENTATIVE FOR BOSNIA AND HERZEGOVINA – (ADMINISTRATIVE-)LEGAL AND/OR POLITICAL

Summary

The institution of the High Representative in Bosnia and Herzegovina is established by Annex X of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina. This Annex sets out in detail the issue of status, competencies and objectives, which introduced the High Representative into the constitutional system of Bosnia and Herzegovina. From the primary function conceived by the Dayton Peace Agreement as coordinating, as well as the powers that created the “soft power” of the institution, these powers were over time realized and often accepted as decisive or even commanding in the legal life of Bosnia and Herzegovina. The overriding function of the civilian implementation of the Dayton Peace Agreement was lost in subsequent, “off-Dayton” extensions of the High Representative’s remit. The authors will present the basic institutional physiognomy of the High Representative, and seek to provide an overview of the (legal) nature of the High Representative’s mandate, and in particular the ways in which those powers have been extended and the consequences that this extension caused. During almost three decades of existence in the constitutional system of Bosnia and Herzegovina, the institution of the High Representative has made significant changes to the constitutional and legal regime, which often took on a political dimension. In this regard, the authors will try, within the limits of legal science, to present an overview of the acts of the High Representative, which this institution is authorized to pass according to Dayton, but also all other acts that it passed in the observed period. To date, not only in legal theory, but also in practice, the question of the (legal) nature of the acts of the High Representative, has been rightly raised and thus the possible control of these acts, first of all the constitutional one. Therefore, at this current moment, the authors will try to provide arguments for answering this question, without pretending to provide a final answer at the same time.

Key words: High Representative, Bosnia and Herzegovina, legal nature, acts of the High Representative for Bosnia and Herzegovina.

VRHOVNE REVIZORSKE INSTITUCIJE I VRHOVNA REVIZIJA U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt

Imajući u vidu značaj kontrole trošenja budžetskih odnosno javnih sredstava, savremene države su odavno uredile svoj sistem revizorskog nadzora, tj. uspostavile institucije koje vrše ispituju i ocenjuju trošenje budžetskih sredstava. U Republici Srbiji položaj institucije koja vrši nadzor u oblasti revizije određen je Ustavom i zakonom, a taj princip je zastupljen i u uporednom pravu (položaj najviše ili vrhovne revizorske institucije – Supreme Audit Institution).

Istina nešto kasnije, 2005. godine, u Srbiji je donet zakon kojim se uređuju osnivanje, delatnost, pravni položaj, nadležnost, organizacija, način rada i druga pitanja od značaja za rad institucije, kao i prava i obaveze subjekata revizije. Ta institucija nosi naziv Državna revizorska institucija i njena osnovna delatnost je upravo revizorski nadzor. Možemo reći da je donošenjem Zakona o državnoj revizorskoj instituciji na moderan način uređena kontrola trošenja budžetskih sredstava, odnosno državna revizija. Iako ima mišljenja da je Državna revizorska institucija naslednica nekadašnje Službe društvenog knjigovodstva, Zakonom o Državnoj revizorskoj instituciji uspostavljena je nova institucija koja je koncepcijski samostalna i nezavisna u odnosu na izvršnu vlast, koja je nov organ, najviši državni organ u vršenju revizije javnih finansija prema potrebama savremene države.

U radu će biti analizirani koncept revizije odnosno kontrole trošenja budžetskih sredstava, modeli organizovanja vrhovne revizorske institucije u uporednom pravu; pravni položaj vrhovne revizorske institucije u uporednom pravu i vrhovna revizorska institucija u pravu Republike Srbije, sa namerom da se jasnije istakne značaj kontrole trošenja javnih sredstava.

Ključne reči: revizija, vrhovna revizorska institucija, Državna revizorska institucija, modeli revizije, položaj revizorske institucije.

1. Uvod

Svest o odgovornom pristupu trošenju javnih sredstava javila se još u antičkim vremenima. Aristotel u jednom od svojih tekstova navodi: „Neki državni službenici raspoložu velikim iznosima javnih sredstava, pa je zbog toga neophodno

* Asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu, dvucinic@jura.kg.ac.rs

postojanje drugih službenika koji će kontrolisati njihovo odgovorno i savesno po-
našanje. To ne mogu biti lica koja raspolažu tim javnim sredstvima. U različitim
gradovima se nazivaju kontrolorima, revizorima ili javnim zastupnicima.”¹

Značaj dobrog upravljanja javnim sredstvima posebno je važan sa aspekta
savremene države jer principi efikasnosti, ekonomičnosti, transparentnosti i za-
konitosti imaju fundamentalan značaj za celokupnu državnu organizaciju. Dru-
gim rečima, da li će politika države u pojedinim sferama društvenog života davati
zadovoljavajuće rezultate, zavisi od dobro osmišljene javne politike, ali i od nači-
na trošenja sredstava koja su opredeljena za postizanje određenih ciljeva.

Zato je uspostavljanju funkcionalne kontrole trošenja budžetskih sredsta-
va u razvijenim državama odavno posvećena posebna pažnja, dok u državama
u tranziciji situacija nešto drugačija. Naime, proces tranzicije ka uspostavljanju
institucija koje počivaju na međunarodnim standardima nije lak, posebno ako
sagledamo širi društveno-politički i istorijski kontekst i opterećenost drugim fak-
torima. Premda su pojedine države uspešno i relativno brzo okončale taj proces,
Srbija još uvek u pojedinim oblastima nedovoljno napreduje te stagnira u procesu
integracije koji je uveliko zahvatio čitav „region”.

Radi potpunijeg razumevanja teme, biće napravljen uporedni prikaz mo-
dela organizovanja državne revizije, a potom istorijski osvrt na razvoj državne
revizije u Republici Srbiji, na aktuelno stanje i postignuti pomak u toj oblasti.

2. Organizacija vrhovne (državne) revizije – modeli organizovanja

U uporednom pravu, položaj najviše revizorske institucije (ili vrhovne re-
vizorske institucije – *Supreme Audit Institution*) određen je ustavom i zakonom.
Tim aktima su garantovane nezavisnost i samostalnost vrhovne revizorske insti-
tucije, međutim, iako vrhovne revizorske institucije raspolažu organizacionom,
funkcionalnom, personalnom i finansijskom nezavisnošću i samostalnošću treba
imati u vidu da apsolutne nezavisnosti i samostalnosti nema jer su te institucije
deo javne vlasti jedne države.²

U literaturi se, između ostalih,³ često sreće podela na pet modela organizo-
vanja državne revizije:⁴

¹ A. Rabrenović, *Financial Accountability as a condition for EU Membership*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2009, 45.

² Lj. Dabić, “Pravni položaj državne revizorske institucije (u pravu državne revizije javnog sektora Republike Sr-
bije)”, *Ljudska prava – između ideala i izazova stvarnosti* (ur. M. Kravac), Pravni fakultet Univerziteta u Prištini
sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2016, 637.

³ „Tri osnovna modela organizovanja državne revizije kroz vrhovnu revizorsku instituciju:

- model suda, sa sudskim nadležnostima i ovlašćenjima,
- model suda, bez sudskih nadležnosti i ovlašćenja i
- model sa glavnim – generalnim revizorom na čelu.” Vid. S. Gavrić, „Standardi revizije”, *Oditor (časopis za menadžment, pravo i finansije)* 11/2015, 17.

⁴ S. Stanković, „Modeli organizovanja vrhovnih revizijskih institucija i predlozi za unapređenje državne revizije
u Republici Srbiji”, *Ekonomika preduzeća* 9–10/2009, Savez ekonomista Srbije, 440.

- nezavisna revizorska kancelarija (anglosaksonski model)
- model suda (Napoleonov model),
- Evropski revizorski sud,
- model odbora i kolegijalnog tela i
- državni ured.

Prvi model vrhovne revizije kao nezavisne revizorske institucije razvio se u Velikoj Britaniji i SAD, a prihvaćen je u Irskoj, Danskoj i pojedinim afričkim državama. Njegova bitna karakteristika je visoka usaglašenost sa standardima i zahtevima Limske deklaracije⁵ i standardima Međunarodne organizacije vrhovnih revizijskih institucija (INTOSAI).

U SAD Nezavisna revizorska kancelarija (*General Accounting Office*) obavlja poslove iz svog delokruga na federalnom nivou, vršeći nezavisnu i stručnu reviziju rashoda. Ona poseduje značajna kontrolna ovlašćenja prema federalnoj vladi usmerena na kontrolu trošenja sredstava poreskih obveznika, a svoje izveštaje podnosi Kongresu ili ih priprema na zahtev članova Kongresa.⁶ Dakle, na saveznom nivou, gde je celokupna vlast podeljena između predsednika, Kongresa i Vrhovnog suda, rad te agencije (kancelarije) vezan je za Kongres.

Ta kancelarija, tačnije agencija (GAO), osnovana je 1921. godine, između dva svetska rata, zbog sve većih vojnih rashoda i rasta javnog duga, a još veći značaj je dobila nakon Drugog svetskog rata. Hladni rat i prisustvo vojske u Evropi i Aziji doprineli su tome da se znatan deo rada GAO usmeri na vojne rashode, a filijale te agencije otvorene su u Evropi i na Dalekom istoku.

Rezultati njenog rada objavljuju se u izveštajima i poznati su pod imenom „Plava knjiga”. Agencija je primer nezavisne, nestranačke institucije koja radi za Kongres i narod i funkcioniše prema strogo profesionalnim standardima kontrole. Garantuje da su prikazane informacije temeljno proverene i potkrepljene konkretnim podacima i obezbeđuje da federalna vlada bude odgovorna prema američkom narodu.

U Velikoj Britaniji, formalno posmatrano, Nacionalna kancelarija za reviziju (*National Audit Office*) uspostavljena je 1983. godine, međutim, imajući u vidu tradiciju nepisanih pravila u toj zemlji, ne može se tvrditi da je revizija nova pojava. Naime, postoje dokumenti još iz XIV i XV veka koji upućuju na postojanje određenih oblika revizije.

Odgovornost te kancelarije ustanovljena je prema Parlamentu. Izveštava ga periodično o svom radu, a u njenoj nadležnosti je da kontroliše vladine institucije i javni sektor. Dakle, Kancelarija je potpuno nezavisna od Vlade, a njen rukovodilac ima obavezu da izveštava Parlament o efektivnosti i efikasnosti korišćenja budžeta odobrenog Vladi i drugim javnim telima.

⁵ Deklaraciju je donela Međunarodna organizacija vrhovnih revizijskih institucija u Limi 1977. godine. http://www.gsr-rs.org/static/uploads/standardi/ISSAI-1_lat.pdf, 10. septembar 2022.

⁶ Zato se često može čuti da je *General Accounting Office* – GAO istražna ruka Kongresa.

Model suda (revizionog suda) zastupljen je u Francuskoj, Portugaliji, Sloveniji itd. Suština tog sistema ogleda se u postojanju suda kao vrhovnog revizorskog tela i sudija koje kontrolišu zakonitost rashoda, s tim što sud može da izriče kaznene mere.

U Francuskoj se začeci tog oblika vrhovne revizije mogu naći još u XIV veku, ali je tokom Francuske buržoaske revolucije napravljen diskontinuitet jer je taj organizacioni oblik vrhovne revizije bio ugašen. Tokom vladavine Napoleona I Bonaparte ponovo je uspostavljen (otuda naziv Napoleonov sud)

Revizorski ili Računski sud deo je pravosudnog sistema države, za razliku od nezavisne kancelarije koja je potčinjena zakonodavnoj vlasti. Njegov položaj je definisan ustavom. Računski sud je ustavno nezavisan od Parlamenta i Vlade. Njegova uloga je da pomaže Parlamentu u proveravanju pravilnosti državnih proračuna. Taj sud vrši reviziju nad državnim, regionalnim i lokalnim upravama, kao i organizacijama koje su pod državnom vlašću. Vrhovna revizorska institucija Republike Francuske ima sudski model delovanja, pa se definiše kao specijalizovano upravno sudstvo jer ima stalne sudije i sudsko osoblje.⁷

Evropski revizioni sud sličan je modelu vrhovne revizije. To je jedna od pet centralnih institucija Evropske unije. Osnovan je 1975. godine Ugovorom iz Brisela, sa sedištem u Luksemburgu, a otpočeo je sa radom 1977. godine. Prilikom osnivanja je rečeno da će taj sud biti „finansijska savest zajednice”. Rad suda temelji se na sledećim principima i vrednostima: nezavisnost, integritet, objektivnost, transparentnost i stručnost.

Sud procenjuje rashode evropskih institucija, odnosno kako one obavljaju svoje finansijske funkcije, da bi se unapredilo upravljanje javnim sredstvima. Informiše parlament Evropske unije o efikasnom i efektivnom trošenju sredstava i dostavlja rezultate sprovedenih revizija.

Organizovan je kao kolegijalno telo sa članovima koje imenuje Savet EU, iz zemalja članica EU, s tim što su članovi (sudije) nezavisni od bilo kakvog uticaja nacionalnih država, odnosno vlada. Odluke se donose većinom glasova.

Posebno je važno da napomenemo da kandidati za prijem u EU moraju poštovati sopstvene vrhovne revizorske institucije, međunarodne standarde u oblasti revizije i na taj način osigurati vladavinu prava. Iskustva zemalja koje su bile kandidati za članstvo su u tom smislu izuzetno značajna. Model odbora i kolegijalnog tela – u modelu odbora kao revizorske organizacije izveštaji revizora se donose na sednicama odbora. To znači i da je glavna mana tog sistema sporst u radu imajući u vidu da se odluke donose na bazi konsenzusa. Kolegijalno telo, sistem koji je u primeni u Holandiji i Nemačkoj, funkcioniše slično modelu suda, sa bitnom razlikom što ne može da „sudi i kažnjava” za uočene nezakonitosti.

Model državnog ureda, odnosno kancelarije, razvijen je u skandinavskim državama i zastupljen je u Finskoj i Švedskoj. Karakteriše ga to što su vrhovne revizorske organizacije podređene ministarstvu finansija, pa se glavna zamerka

⁷ S. Stanković, 443.

koja mu se upućuje odnosi na nedovoljnu nezavisnost, a možda čak i objektivnost u kontrolisanju javnih rashoda.⁸

3. Kraći osvrt na razvoj vrhovne revizije u Republici Srbiji

U Srbiji se počeci kontrole javnih rashoda vezuju za Glavnu kontrolu (koja se nalazila pod okriljem izvršne vlasti) i Sretenjski ustav (1835) koji je sadržao odredbe „o finansiji/aznadarstvu”. Kasnije, za vreme Kraljevine SHS, kontrola već postaje ustavna kategorija jer je bila predmet regulisanja Ustava (1921), ali je uređena i posebnim Zakonom o Glavnoj kontroli (1922).

Nakon Drugog svetskog rata kontrola trošenja budžetskih sredstava u tadašnjoj državi bila je u nadležnosti Službe za budžetsku inspekciju i reviziju. Ta posebna služba poslovala je u sastavu ministarstva. Potom, Zakonom o Kontrolno-računskoj komisiji obrazovana je Kontrolna računska komisija koja je postojala do osnivanja Službe društvenog knjigovodstva (popularno SDK), a koja je na kraju prerasla u Službu za platni promet (1992).⁹ Treba pomenuti i posebnu Službu budžetske inspekcije koja je takođe vršila kontrolu trošenja budžeta.¹⁰

Novi period u razvoju revizije u Srbiji počinje od 2005. godine donošenjem posebnog Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji.¹¹ Možemo reći da je tada kontrola trošenja budžetskih sredstava, odnosno državna revizija, uređena na moderan način.

4. Državna revizorska institucija (DRI)

Zakonom o Državnoj revizorskoj instituciji (2005) uspostavljena je nova institucija konceptijski samostalna i nezavisna u odnosu na izvršnu vlast, odnosno nov organ, kao najviši državni organ u vršenju revizije javnih finansija, prema potrebama savremene države i uz uvažavanje međunarodnih standarda u oblasti kontrole javnih rashoda.

Tim zakonom su uređeni osnivanje i delatnost, pravni položaj, nadležnost, organizacija i način rada Državne revizorske institucije i druga pitanja značajna za rad institucije, kao i prava i obaveze subjekata revizije.¹²

Samostalnost i nezavisnost u odnosu na druge državne organe, a posebno izvršnu vlast, naglašeni su samom činjenicom da je DRI ustavna kategorija.

⁸ Vid. N. Čalija, „Državna revizija i njeno institucionalno uređenje”, *Simpozijum SRRS* (36), 2005, 26–28.

⁹ Zakon o platnom prometu, *Službeni list SRJ*, br. 53/1992, 6/1993, 16/1993, 31/1993, 32/1994, 61/1995, 34/1997, 44/1999 i 53/2001.

¹⁰ Vid. S. Stojanović, „Uspostavljanje finansijske kontrole javnog sektora – zahtev u procesu pridruživanja Evropskoj uniji”, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac 2012, 369.

¹¹ Zakon o državnoj revizorskoj instituciji, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005, 54/2007, 36/2010 i 44/2018 – dr. zakon.

¹² J. Peković, „Značaj Državne revizorske institucije”, *Oditor (časopis za menadžment, pravo i finansije)* 1/2016, 20.

Ustavom je određeno da je DRI najviši državni organ revizije javnih sredstava u Republici Srbiji, da je samostalna i da podleže nadzoru Narodne skupštine, kojoj i odgovara.¹³

Ustavom je predviđeno i da se o DRI donosi poseban zakon, što je i učinjeno, ali imajući u vidu vreme donošenja Ustava i posebnog zakona (pre Ustava) – sa izvesnim vremenskim neskladom. DRI ima Poslovnik kojim se bliže se uređuju način i postupak po kojem ona vrši svoju nadležnost revizije, savetovanja korisnicima javnih sredstava, način izveštavanja Narodne skupštine, organizacija i sastav institucije, način obezbeđivanja javnosti rada, način odlučivanja i druga pitanja značajna za rad te institucije.

5. Položaj Državne revizorske institucije

Položaj DRI suštinski je određen položajem prema zakonodavnoj i izvršnoj vlasti, to jest odnosom prema Vladi i Skupštini.

Prema ustavu, DRI je najviši državni organ isključivo u kontekstu vršenja državne revizije javnog sektora Srbije. Iako se načela rada DRI u znatnoj meri poklapaju sa načelima rada državnih upravnih organa, ona ne spada u upravu, odnosno državnu upravu, što se može zaključiti i na osnovu obuhvata Zakona o državnoj upravi i Zakona o ministarstvima.

U najširem smislu, DRI kao najviši državni organ ulazi u organizaciju javne vlasti Srbije (ali ne i u organizaciju javne uprave), sa neznatnim svojstvima državnog organa a sa mnogo više svojstava posebne državne organizacije. Međutim, u užem smislu, DRI ima dodirnih tačaka sa nedržavnom upravom zbog određenih svojstava i karakteristika, i to ne po osnovu teritorijalne već po osnovu funkcionalne decentralizacije (javne agencije)¹⁴

U pravu Srbije DRI je nezavisan i samostalan državni organ sa statusom pravnog lica. Za obavljanje poslova iz svoje nadležnosti odgovorna je isključivo zakonodavnoj vlasti, odnosno Narodnoj skupštini. Na taj način joj je data institucionalna nezavisnost u odnosu na Vladu i revidirane subjekte, ali funkcionalna nezavisnost DRI ne mora da isključi potrebnu i korisnu saradnju sa izvršnom vlašću u određenim pitanjima, kao što su poslovni odnosi, kadrovi, upravljanje imovinom ili zajedničkim javnim nabavkama.¹⁵ To znači da je isključena svaka mogućnost uticaja izvršne vlasti na donošenje odluka i izvršavanje njenih nadležnosti.

Što se tiče odnosa DRI prema zakonodavnoj vlasti, odnosno Skupštini, situacija je nešto drugačija. Naime, Zakonom o Državnoj revizorskoj instituciji (čl. 3) predviđeno je da za obavljanje poslova iz svoje nadležnosti DRI odgovara Narodnoj

¹³ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021, član 96.

¹⁴ Vid. D. Milkov, *Upravno prvo* (uvodna i organizaciona pitanja), Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2020, 83.

¹⁵ Lj. Dabić, M. Zekić, „Državna revizorska institucija u pravu Republike Srbije”, *Vojno delo* 6/2019, 304.

skupštini Republike Srbije. Dakle, Narodna skupština vrši funkciju nadzora rada i poslovanja DRI.

Osim toga, Odbor Narodne skupštine za finansije, republički budžet i kontrolu trošenja javnih sredstava (Poslovnik Narodne skupštine, čl. 55) razmatra izveštaj DRI, o čemu Narodnoj skupštini podnosi izveštaj sa stavovima i preporukama i merama za unapređenje u pojedinim oblastima, zatim kontroliše primenu republičkog budžeta i pratećih finansijskih planova u smislu zakonitosti, svrsishodnosti i efikasnosti trošenja javnih sredstava, o čemu takođe podnosi izveštaj sa predlogom mera Narodnoj skupštini. Dakle, kada je reč o kontroli trošenja budžetskih sredstava, DRI ima ulogu stručnog, pomoćnog organa.

6. Nadležnost i poslovi Državne revizorske institucije

Državna revizorska institucija, kao najviši organ revizije javnih sredstava, u okviru svoje nadležnosti, obavlja sledeće poslove (čl. 5 Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji):

- planira i obavlja reviziju, u skladu sa Zakonom o Državnoj revizorskoj instituciji;
- donosi podzakonske i druge akte radi sprovođenja tog zakona;
- podnosi izveštaje Narodnoj skupštini Republike Srbije i skupštinama lokalnih vlasti;
- zauzima stavove i daje mišljenja i druge oblike javnih saopštenja u vezi sa primenom i sprovođenjem pojedinih odredaba Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji;
- po potrebi i u skladu sa svojim mogućnostima, pruža stručnu pomoć Skupštini, Vladi i drugim državnim organima o pojedinim značajnim merama i važnim projektima, na način kojim se ne umanjuje nezavisnost DRI;
- može da daje savete korisnicima javnih sredstava;
- može da daje primedbe na radne nacрте predloga zakonskih tekstova i drugih propisa i mišljenja o pitanjima iz oblasti javnih finansija;
- može da daje preporuke za izmene važećih zakona na osnovu informacija do kojih je došla u postupku obavljanja revizije, a odnose se na to da proizvode ili mogu proizvesti negativne posledice ili dovode do neplaniranih rezultata;
- usvaja i objavljuje standarde revizije u vezi sa javnim sredstvima koji se odnose na izvršavanje revizijske nadležnosti DRI, na priručnike za reviziju i na drugu stručnu literaturu značajnu za unapređenje revizorske struke;
- utvrđuje program obrazovanja i ispitni program za sticanje zvanja državnog revizora i ovlašćenog državnog revizora, organizuje polaganje ispita za

- sticanje revizorskih zvanja državni revizor i ovlašćeni državni revizor i vodi Registar lica koja su stekla ta zvanja;
- utvrđuje kriterijume i nostrifikuje stručna zvanja iz nadležnosti DRI stečena u inostranstvu;
 - saraduje sa međunarodnim revizorskim i računovodstvenim organizacijama u oblastima računovodstva i revizije u javnom sektoru;
 - obavlja druge poslove utvrđene Zakonom o Državnoj revizorskoj instituciji.

Pod revizijom se podrazumeva postupak ispitivanja i ocene finansijskih izveštaja, na osnovu kojih se daje stručno mišljenje o realnosti i objektivnosti stanja imovine, kapitala, obaveza i rezultata poslovanja.¹⁶ Iz naziva institucije moglo bi se pogrešno zaključiti da se ona bavi samo i isključivo revizijom, međutim, iako revizija spada među najznačajnije, DRI obavlja mnoštvo drugih poslova i zadataka.

Prema Zakonu o Državnoj revizorskoj instituciji, ona obavlja sledeće vrste revizije:

- reviziju finansijskih izveštaja, kojom ispituje dokumente, isprave, izveštaje i druge informacije, radi prikupljanja dovoljnog, adekvatnog i pouzdanog dokaza za izražavanje mišljenja da li finansijski izveštaji subjekta revizije istinito i objektivno prikazuju njegovo finansijsko stanje, rezultate poslovanja i novčane tokove, u skladu sa prihvaćenim računovodstvenim načelima i standardima;
- reviziju pravilnosti poslovanja, kojom proverava finansijske transakcije i odluke u vezi sa primanjima i izdacima, radi utvrđivanja da li su odnosne transakcije izvršene u skladu sa zakonom, drugim propisima, datim ovlašćenjima i za planirane svrhe;¹⁷
- reviziju svrsishodnosti poslovanja, kojom ispituje trošenje sredstava iz budžeta i drugih javnih sredstava, radi sticanja dovoljnog, adekvatnog i pouzdanog dokaza za izveštavanje da li su sredstva od strane subjekta revizije upotrebljena u skladu sa načelima ekonomije, efikasnosti i efektivnosti kao i u skladu sa planiranim ciljevima.¹⁸

7. Zaključak

Značaj kontrole javnih rashoda za svaku državu predstavlja izuzetno bitno područje, pa iz tog razloga možemo primetiti da su se države na razne načine

¹⁶ M. Todorović, S. Vučković Milutinović, *Revizija*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 56.

¹⁷ R. Trklja, M. Trklja, B. Dašić, „Uloga Državne revizorske institucije u Srbiji”, *Bankarstvo* 4/2021, 84.

¹⁸ Z. Vidović, M. Milunović, „Revizija svrsishodnosti poslovanja”, *Oditor (časopis za menadžment, pravo i finansije)* 2/2017, 37.

(propisima, običajnim pravilima ili različitim organizacijama sa specifičnim ovlašćenjima) još od davnina trudile da ovu oblast urede i stave pod kontrolu.

Prema specifičnostima pojedinih zemalja razvili su se i različiti modeli vrhovne revizije, koji u većoj ili manjoj meri obezbeđuju samostalnost i nezavisnost vrhovnog revizorskog tela. Za većinu tih modela vrhovne revizije karakterističan je princip „domaćinskog upravljanja rashodima”, odnosno maksimalno za uložena sredstva poreskih obveznika.

U Srbiji postoji tradicija revizije javnih rashoda duga skoro dva veka, sa različitim organizacionim oblicima, zavisno od društvenog, istorijskog i političkog konteksta.

Savremeni oblik vrhovne revizije Srbija dobija osnivanjem Državne revizorske institucije (2005) koja svoju delatnost obavlja na osnovu Ustava, posebnog zakona i svog pravilnika, ali i drugih propisa. Garantovane su njena samostalnost i nezavisnost u odnosu na izvršnu vlast, a odgovornost postoji prema zakonodavnoj vlasti, što je ujedno i princip koji poštuje značajan broj savremenih vrhovnih revizorskih institucija.

Republika Srbija je implementirala značajan deo međunarodnih standarda revizije javnih rashoda (što je inače i u obavezi), ali s obzirom na proces integracija, dužna je da kontinuirano radi na saradnji sa relevantnim međunarodnim organizacijama i institucijama. Poznavaoi prilika u oblasti javnih finansija smatraju da je za pun doprinos DRI potrebno dodatno raditi na metodologiji revizije i još bolje primeni međunarodnih standarda.

Radi unapređenja rada DRI i ispunjenja postavljenih strateških ciljeva, u središtu pažnje treba i dalje da budu nastavak jačanja nezavisnosti institucije i unapređenje segmenta revizije svrsishodnosti (korišćenje sredstava u skladu sa ciljevima).

Literatura

- Čalija N., *Državna revizija i njeno institucionalno uređenje*, 36, Simpozijum, SRRS, 2005.
- Dabić LJ., „Pravni položaj državne revizorske institucije (u pravu državne revizije javnog sektora Republike Srbije)”, *Ljudska prava – između ideala i izazova stvarnosti* (ur. M. Krvavac), Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2016.
- Dabić LJ., Zekić M., „Državna revizorska institucija u pravu Republike Srbije”, *Vojno delo* 6/2019.
- Gavrić S., „Standardi revizije”, *Oditor (časopis za menadžment, pravo i finansije)* 11/2015.
- Milkov D., *Upravno prvo* (uvodna i organizaciona pitanja), Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2020.

- Peković J., „Značaj Državne revizorske institucije”, *Oditor (časopis za menadžment, pravo i finansije)* 1/2016.
- Rabrenović A., *Financial Accountability as a condition for EU Membership*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2009.
- Stanković S., Modeli organizovanja vrhovnih revizijskih institucija i predlozi za unapređenje državne revizije u Republici Srbiji, *Ekonomika preduzeća* 9–10/2009, Savez ekonomista Srbije.
- Stojanović S., *Uspostavljanje finansijske kontrole javnog sektora – zahtev u procesu pridruživanja Evropskoj uniji, XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava*, Krajujevac, 2012.
- Todorović M., Vučković Milutinović S., *Revizija*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015.
- Trklja R., Trklja M., Dašić B., „Uloga Državne revizorske institucije u Srbiji”, *Banкарство* 4/2021.
- Vidović Z., Milunović M., „Revizija svrsishodnosti poslovanja”, *Oditor (časopis za menadžment, pravo i finansije)* 2/2017.

Propisi i drugi akti

- Limska deklaracija, http://www.gsr-rs.org/static/uploads/standardi/ISSAI-1_lat.pdf.
- Ustav republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.
- Zakon o platnom prometu, *Službeni list SRJ*, br. 53/1992, 6/1993, 16/1993, 31/1993, 32/1994, 61/1995, 34/1997, 44/1999 i 53/2001.
- Zakon o državnoj revizorskoj instituciji, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005, 54/2007, 36/2010 i 44/2018 – dr. zakon.

SUPREME AUDIT INSTITUTIONS AND SUPREME AUDIT IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Having in mind the importance of controlling the spending of budget or public funds, modern states have long ago regulated their system of audit supervision, ie. established institutions that examine and evaluate the spending of budget funds. In the Republic of Serbia, the position of the institution performing supervision in the field of audit is determined by the Constitution and the law, and this principle is also represented in comparative law (the position of the highest or supreme audit institution).

True, a little later, in 2005, a law was passed in Serbia which regulates the establishment, activity, legal position, competence, organization, manner of work and other issues of importance for the work of the institution, as well as the rights and obligations of audit subjects. This institution is called the State Audit Institution and its main activity is audit supervision. We can say that the adoption of the Law on the State Audit Institution in a modern way regulated the control of spending budget funds, ie state audit. Although he is of the opinion that the State Audit Institution is the successor of the former Social Accounting Service, the Law on the State Audit Institution establishes a new institution that is conceptually independent and independent of the executive, ie a new body, as the highest state body in auditing public finances. modern states.

The paper will analyze the concept of audit or control over the spending of budget funds, models of organizing the supreme audit institution in comparative law; the legal position of the Supreme Audit Institution in comparative law as well as the Supreme Audit Institution in the law of the Republic of Serbia, with the intention to more clearly see the importance of controlling the spending of public.

Key words: Audit, Supreme Audit Institution, State Audit Institution, audit models, position of the audit institution.

USMENA REŠENJA U UPRAVNOM POSTUPKU**

„Usmena forma upravnih akata ne predstavlja zaostali relikv starih vremena i prvobitnih pravnih sistema. Iako je pisana forma usvojena kao opšteprihvaćeno pravilo u pravnom životu, nju je nemoguće prihvatiti kao isključivu i jedinu, u jednoj kompleksnoj oblasti kakva je upravno pravo.”

Stefan Andonović, *Usmeni upravni akti* (master rad), Beograd 2015, 25.

Apstrakt

Usmena rešenja u upravnom postupku predstavljaju izuzetak od pravila o njihovom donošenju u pisanom obliku i kao takva su lišena svakog oblika formalnosti i obaveznih delova. Jasno je da njihovo učestalo donošenje nije dobro sa stanovišta pravne sigurnosti i da je uslovljeno postojanjem posebnih okolnosti. Tako je Zakonom o opštem upravnom postupku predviđeno da se usmeno rešenje donosi kad se preduzimaju hitne mere u javnom interesu, da bi se obezbedio javni red i mir i javna bezbednost ili otklonila neposredna opasnost po život ili zdravlje ljudi ili imovinu. Na sličan način, Zakonom o inspekcijском nadzoru je predviđeno da inspektor može izreći mere donošenjem usmenog rešenja, kada oceni da se na taj način otklanja neposredna opasnost po život i zdravlje ljudi, imovinu veće vrednosti, životnu sredinu, biljni ili životinjski svet. Primena takvih odredaba je došla do izražaja posebno za vreme pandemije virusa korona u radu različitih inspekcija. Analizi takvih rešenja i situacijama u kojima se ona donose posvećen je predmetni rad.

Ključne reči: usmena rešenja, upravni postupak, hitne mere, javni interes.

1. Uvod

Uprava donosi veliki broj akata u svojim svakodnevnim aktivnostima. Svi oni se mogu podvesti pod zbirni pojam akata javne uprave. Neki od njih su pravnog karaktera (npr. upravni akti i upravni ugovori), dok su drugi materijalnog karaktera (npr. upravne radnje, kao što su vođenje evidencija, izdavanje uverenja, obaveštavanje, primanje izjava i dr.). Najveći značaj među svim aktima javne uprave imaju upravni akti¹, kao pojedinačni pravni akti kojima se odlučuje o nečijem

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, markod@ius.bg.ac.rs

** Članak je rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu *Savremeni problemi pravnog sistema Srbije* za 2022. godinu.

¹ Upravni akt se javio u francuskom pravu, kao pandan sudskoj presudi. Kao i presudom, i upravnim aktom se opšta pravna norma oživotvoruje nalazeći svoju primenu u konkretnoj životnoj situaciji. Izraz upravni akt (*acte*

pravu, obavezi ili pravnom interesu (meritorna rešenja) ili o procesnim pitanjima (procesna rešenja). Upravni akti se mogu javiti i kao zaključci, kojima organ upravlja postupkom (pokreće upravni postupak, zakazuje usmenu raspravu, isključuje javnost sa nje i sl.). Rešenje se donosi po pravilu u pisanom obliku (na elektronskom ili papirnom dokumentu), a samo izuzetno u usmenom obliku. S druge strane, zaključak se po pravilu donosi u usmenom obliku, a u pisanom obliku kada stranka to zatraži ili je to neophodno radi pravilnog vođenja postupka.²

Forma ima suštinski (*sic!*) značaj u pravu uopšte, pa i u upravnom pravu kao posebnoj grani prava. Naime, forma doprinosi pravnoj sigurnosti kao temeljnom načelu u svim pravnim sistemima. Izostanak odgovarajuće forme upravnih akata otežava, pa čak i onemogućava građane da ostvare svoja prava, da budu upoznati sa mogućim pravnim sredstvima i da ospore zakonitost i celishodnost tako donetih akata. Naše istraživanje će biti ograničeno na rešenja, koja predstavljaju glavne upravne odluke, za razliku od zaključaka, kao sporednih (akcesornih) upravnih odluka, čije je polje primene dodatno suženo Zakonom o opštem upravnom postupku iz 2016. godine. Centralna tema našeg rada su usmena rešenja, koja karakteriše izuzetnost situacija u kojima se donose.

Cilj istraživanja je da se analizira karakter usmenih rešenja, sagleda hronologija njihovog pravnog regulisanja u upravnom postupku, a posebno da se opišu najvažnije upravne situacije koje opravdavaju njihovo donošenje. Rad je nastao na osnovu analize merodavnih propisa i prakse relevantnih organa, do koje smo došli na osnovu informacija koje su dostupne na njihovim zvaničnim prezentacijama i drugim portalima, dopisa koji je upućen velikom broju inspekcijских organa i zahteva za pristup informacijama od javnog značaja.

Neophodno je istaći i da je jedini naučni doprinos obradi ove teme kod nas master rad „Usmeni upravni akti” dr Stefana Andonovića, mladog naučnika koji nas je prerano napustio. Bila mi je čast i zadovoljstvo da budem član komisije prilikom odbrane tog rada na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu u septembru 2015. godine. Logično, Stefanov rad je bio inspiracija i dragocen izvor informacija u nastajanju ovog članka.

2. Podela na formalne i neformalne upravne akte

Formalni upravni akti su oni koji se donose u pisanom obliku i sadrže sve delove predviđene ZUP-om (uvod, dispozitiv, obrazloženje, uputstvo o pravnom

administratif) prvi put se pominje u delu francuskog pravnika i političara Merlena iz 1812. godine. Vid. Philippe-Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Chez Garnery, Paris 1812–1824, 16 volumes. Upor. I. Krbek, *Upravno pravo, I knjiga: Uvodna i osnovna pitanja*, Tisak i naklada jugoslovenske štampe, Zagreb 1929, 81.

² Vid. Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016, 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 136, 140 i 146. Kako je pravilno primetio Andonović, „dosta autora koristi pojam pismeni umesto pisani, kada govori o upravnim aktima u pisanoj formi, što svoju osnovu ima i u zakonskim tekstovima (...). Akt po svojoj formi i obliku može biti pisani i usmeni, nepisani. Kada govorimo o pisanim aktima, oni, da bi bili pravno valjani, odnosno bez ikakvih formalnih nedostataka, moraju biti pismeni, odnosno drugačije rečeno – uredni.” S. Andonović, *Usmeni upravni akti*, master rad, Beograd 2015, 6 (f. 14).

sredstvu, potpis ovlašćenog službenog lica i pečat organa ili drugi vid potvrde o autentičnosti).³ Formalni upravni akti (rešenja) najčešće se pojavljuju u pravnom prometu, što je i logično jer oni predstavljaju uobičajen način donošenja rešenja i doprinose pravnoj sigurnosti kao jednom od temeljnih načela pravnog poretka. Ipak, postoje situacije u kojima nije neophodno da rešenje sadrži sve propisane delove, za šta mora postojati odgovarajući osnov u posebnim zakonima. Takva rešenja spadaju u grupu neformalnih upravnih akata.

Tako, na primer, stabla u šumama mogu da se seku samo posle izvršenog odabiranja, obeležavanja žigom i evidentiranja od ovlašćenog lica (šumara). Ako sopstvenik (vlasnik) šume, na čiji se zahtev obavlja seča, zahteva i donošenje rešenja o odobrenju seče, nadležni organ donosi rešenje u roku od sedam dana od dana podnošenja zahteva.⁴ Dakle, Zakonom je predviđeno da u takvim situacijama i nije neophodno donošenje rešenja već samo preduzimanje određenih upravnih radnji (odabiranje, obeležavanje žigom i evidentiranje stabala za seču). Ako vlasnik šume ipak zahteva da se donese rešenje, ono se može sastojati samo od dispozitiva u vidu zabeleške na spisu jer je reč o jednostranačkoj upravnoj stvari manjeg značaja u kojoj se udovoljava zahtevu stranke, a ne dira se u javni interes ni interes trećih lica.⁵

Pojedina rešenja u upravnom postupku donosila su se bez obrazloženja i bez pouke o pravnom sredstvu. Tako je, na primer, Zakonom o unošenju i rasturanju inostranih sredstava masovnog komuniciranja i o inostranoj informativnoj delatnosti u Jugoslaviji⁶ bilo predviđeno da savezni sekretar za unutrašnje poslove donosi rešenje o zabrani unošenja i rasturanja inostranih štampanih stvari u Jugoslaviji po skraćenom postupku i na osnovu slobodne ocene. U rešenju se navodio samo zakonski osnov zabrane, ono nije moralo biti obrazloženo i bilo je odmah izvršno (čl. 59). Ta ovlašćenja su često korišćena u praksi i na osnovu njih su zabranjivana pojedina izdanja renomiranih svetskih časopisa (kao što su austrijski *Kurier*, nemački *die Welt*, italijanski *Corriere della Sera*, francuski *Paris Match* i drugi).⁷

³ ZUP, čl. 141. st. 1.

⁴ Vid. opširno: Zakon o šumama, *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010-61, 93/2012-28, 89/2015-12, 95/2018-267 – dr. zakon, čl. 57–58.

⁵ Upor. ZUP, čl. 142.

⁶ Zakon o unošenju i rasturanju inostranih sredstava masovnog komuniciranja i o inostranoj informativnoj delatnosti, *Službeni list SFRJ* 39/74 i 74/87, *Službeni list SRJ* 16/93 – dr. zakon, 31/93 – dr. zakon, 41/93 – dr. zakon, 50/93 – dr. zakon, 24/94 – dr. zakon i 28/96 – dr. zakon i *Službeni glasnik RS* 43/2003 – dr. zakon. Taj zakon je prestao da važi 2003. godine donošenjem Zakona o informisanju (*Službeni glasnik RS* 43/2003), osim odredaba kojima se uređuje položaj inostranih informativnih ustanova i predstavnika inostranih sredstava informisanja. Donošenjem važećeg Zakona o javnom informisanju i medijima (*Službeni glasnik RS* 83/2014, 58/2015 i 12/2016 – autentično tumačenje) pomenute odredbe Zakona iz 1974. godine trebalo je da prestanu da važe (kako je i stajalo u obrazloženju zakona). To se, ipak, nije desilo iz neobjašnjivih razloga. Naime, iako važeći zakon u čl. 55. reguliše pitanje predstavnika inostranih medija i dopisništva inostranih medija, u njegovim prelaznim i završnim odredbama pomenute odredbe Zakona iz 1974. godine nisu stavljene van snage, tako da su formalnopravno i dalje u primeni.

⁷ Zakonom je bilo predviđeno i da se rešenja o zabrani objavljuju u *Službenom listu SFRJ*. Rešenja o zabrani pomenutih izdanja objavljena su u njegovim brojevima 1/1976, 5/1978, 14/1978 i 2/1979.

Krajnji oblik neformalnih upravnih akata jesu usmena rešenja. Kako proizlazi iz samog naziva, ona nemaju nijedan pisani deo predviđen ZUP-om, pošto hitnost situacije ne dozvoljava da se donesu na formalan način i u pisanom obliku. Praktično, ona se sastoje samo iz dispozitiva (izreke) koja se usmeno saopštava njihovim adresatima. Zbog toga se ističe da usmeno rešenje najčešće ima formu usmene naredbe kojom se nalaže neko činjenje ili nečinjenje.⁸ To je i razlog da u pojedinim propisima usmena rešenja imaju neki drugi naziv (naredba, nalog, naređenje),⁹ na sličan način kao što se i pisana rešenja mogu javiti u formi dozvole, odobrenja i dr.

Podrazumeva se da ukoliko rešenje ne sadrži propisanu formu, odnosno neki od obaveznih delova bez zakonskog osnova ono se može napadati žalbom u upravnom postupku i tužbom u upravnom sporu. Tako je, na primer, Upravni sud zauzeo stav da „odsustvo obrazloženja rešenja, mimo slučajeva predviđenih zakonom ili drugim propisom, predstavlja razlog za poništaj rešenja u prethodnom postupku, bez dostavljanja tužbe na odgovor”,¹⁰ u skladu sa odredbama člana 28. stav 1. Zakona o upravnim sporovima. Takođe, u drugoj presudi Upravni sud je zauzeo stav da „pismeno rešenje treba da sadrži i potpis službenog lica koje ga je donelo, a ukoliko potpis stavi drugo lice, u uvodu rešenja moraju da budu navedeni broj i datum ovlašćenja za donošenje od strane lica koje ga je potpisalo”.¹¹

3. Zakonsko regulisanje usmenih rešenja u domaćem pravu

Usmena rešenja su u našem pravu regulisana većim brojem zakona. Prvenstveno, Zakonom o opštem upravnom postupku, kao opštim procesnim zakonom, koji se primenjuje u svim upravnim stvarima osim ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.¹² Zbog toga će i najveća pažnja u radu biti posvećena tom zakonu.

Prvi Zakon o opštem upravnom postupku iz 1930. godine nije poznavao institut usmenih rešenja već je samo u delu posvećenom opštim načelima ispitnog postupka predvideo da se upravna stvar može rešiti neposredno, bez sprovođenja ispitnog postupka, i „ako se radi o merama koje zbog javnog interesa ne podnose odlaganje”.¹³ Ovde je, dakle, reč o onome što će kasnije biti poznato kao skraćeni postupak, odnosno neposredno odlučivanje, koje karakteriše donošenje rešenja bez uzimanja izjave stranke i bez vođenja ispitnog postupka.

⁸ Z. R. Tomić, Đ. Blažić, *Komentar Zakona o upravnom postupku Crne Gore*, Fakultet za državne i evropske studije – Podgorica, Podgorica 2017, 199.

⁹ S. Andonović, 36.

¹⁰ Presuda Upravnog suda, 13 U. 24990/2010 od 22. oktobra 2010, *Zbirka upravnosudske prakse prema Zakonu o opštem upravnom postupku, knjiga II*, prir. J. Bajić Urošević, N. Urošević, Paragraf Lex d.o.o., Beograd 2017, 238.

¹¹ Presuda Upravnog suda, I-1 U 11162/2010(2009) od 28. jula 2011, *Zbirka upravnosudske prakse prema Zakonu o opštem upravnom postupku, knjiga II*, prir. J. Bajić Urošević, N. Urošević, Paragraf Lex d.o.o., Beograd 2017, 324.

¹² Vid. M. Davinić, *Zakon o opštem upravnom postupku, Zakon o upravnim sporovima*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020, 18.

¹³ ZUP, *Službene novine*, br. 271 od 25. novembra 1930, čl. 70. st. 2. tač. 2.

Pitanje usmenih rešenja prvi put je regulisano ZUP-om iz 1956. godine. U njemu je propisano sledeće:

„1. Kada se radi o preduzimanju izuzetno hitnih mera u cilju obezbeđenja javnog mira i bezbednosti ili radi otklanjanja neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi ili imovinu, nadležni organ odnosno ovlašćeni službenik nadležnog organa, može doneti rešenje i usmeno.

2. Organ koji je po prethodnom stavu doneo usmeno rešenje, može narediti njegovo izvršenje bez odlaganja.

3. Po zahtevu stranke organ koji je doneo usmeno rešenje dužan ga je izdati stranci napismeno najdalje za osam dana od donošenja usmenog rešenja (...).¹⁴

Kao i u prethodnom zakonu i u ovom je bilo predviđeno vođenje skraćenog postupka, između ostalog i „kad se radi o preduzimanju u javnom interesu hitnih mera koje se ne mogu odlagati, a činjenice na kojima rešenje treba da bude zasnovano su utvrđene ili bar učinjene verovatnim”.¹⁵

Dakle, razlika između okolnosti koje su davale mogućnost organu da doneše rešenje u skraćenom postupku i okolnosti kada je on mogao da donese usmeno rešenje ogleдалe su se u stepenu hitnosti. Uslov za skraćeni postupak je preduzimanje hitnih mera, dok je za donošenje usmenog rešenja neophodno da to budu izuzetno hitne mere. U tom smislu se naglašava da kod skraćenog postupka mere „ipak nisu tako hitne da nema vremena ni za donošenje pismenog rešenja. Mere, pak, iz čl. 213 jesu izuzetno hitne, dakle tako hitne da nema vremena ni za donošenje pismenog rešenja, već se rešenje donosi usmeno”.¹⁶ Kao primer, isti autor navodi slučaj poplave ili požara, kada je neophodno usmenim rešenjem otkloniti neposrednu opasnost po život i zdravlje ljudi ili imovinu.¹⁷ Naravno, stepen hitnosti je u svakoj situaciji procenjivalo ovlašćeno službeno lice koje je vodilo postupak.

Pomenute odredbe su izmenjene i dopunjene novelama iz 1977. godine.¹⁸ Odredbe prva dva stava pomenutog člana ostale su iste (uz neznatne stilske izmene), dok je stav 3. preciziran, tako da je glasio: „Po zahtevu stranke, organ koji je doneo usmeno rešenje dužan je da ga izda stranci u pismenom obliku najdocnije u roku od osam dana od dana podnošenja zahteva. Taj zahtev se može podneti u roku od dva meseca od dana donošenja usmenog rešenja.”¹⁹

Time je poboljšana pravna pozicija stranke, ali je i olakšana pozicija organa. Naime, tumačenjem odredaba ZUP-a iz 1956. godine može se zaključiti da

¹⁴ ZUP, *Službeni list FNRJ*, br. 52 od 19. decembra 1956, čl. 213.

¹⁵ ZUP iz 1956. godine, čl. 141. st. 4.

¹⁶ B. Majstorović, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Nova administracija, Beograd 1957, 210.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ U pitanju je Zakon o izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku koji je usvojila Skupština SFRJ na sednici od 24. decembra 1976, a tekst Zakona je objavljen u *Službenom listu SFRJ* 14. januara 1977. godine. Zbog toga se za novelu u teoriji navode različite godine (1976. ili 1977). Vid. *Službeni list SFRJ*, br. 4/1977, 262.

¹⁹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/1977, 267, čl. 79.

je stranka morala da podnese zahtev odmah ili nekoliko dana nakon donošenja usmenog rešenja kako bi organ uopšte bio u mogućnosti da joj izda pisani otpisak u roku od osam dana od donošenja usmenog rešenja. Ovo stoga što je bilo predviđeno da rok od osam dana za donošenje pisanog otpisak ne teče od dana podnošenja zahteva stranke već od dana donošenja usmenog rešenja. Hipotetički, bilo je moguće da stranka podnese svoj zahtev osmog dana od donošenja usmenog rešenja, što bi organ dovelo u nezgodnu situaciju da mora da joj izda rešenje u pisanom obliku istog dana.

S druge strane, zakonskim izmenama iz 1977. godine predviđeno je da rok od osam dana za donošenje rešenja u pisanom obliku počinje da teče od dana podnošenja zahteva stranke. Takođe, uvodi se i dodatni objektivni rok od dva meseca u kojem stranka može da podnese svoj zahtev. Dakle, pozicija stranke je poboljšana time što ona ima dva meseca da razmotri da li želi da joj se izda rešenje i u pisanom obliku. S druge strane, pozicija organa je unapređena time što rok od osam dana za izdavanje rešenja u pisanom obliku počinje da teče od podnošenja zahteva stranke, a ne više od donošenja usmenog rešenja.

Zakonom o opštem upravnom postupku iz 1997. godine nisu suštinski izmenjene odredbe koje se tiču usmenog rešenja. Naime, izvršene su samo neznatne jezičke izmene i više se kao donosilac usmenog rešenja nije pominjalo ovlašćeno službeno lice nadležnog organa već organ.²⁰ Naravno, podrazumeva se da u okviru organa usmeno rešenje može donositi samo ovlašćeno službeno lice. Njemu se ovlašćenje za donošenje usmenog rešenja daje unapred, u skladu sa zakonom. Kao primer, navode se ovlašćenja pripadnika Ministarstva unutrašnjih poslova za uspostavljanje narušenog javnog reda i mira ili za preduzimanje mera za otklanjanje opšte opasnosti.²¹

Za razliku od ZUP-a iz 1997. godine, važeći zakon iz 2016. godine²² ne pominje u članu posvećenom usmenim rešenjima da organ koji je doneo takvo rešenje može da naredi njegovo izvršenje bez odlaganja,²³ već je u delu posvećenom izvršenju uneta odredba da usmeno rešenje može da se izvrši odmah, bez donošenja rešenja o izvršenju.²⁴ Kako se ističe, „na taj način dolazi do sticaja momenta donošenja usmenog rešenja, njegove izvršnosti i njegovog izvršenja – sprovođenja u život, čime se i odstupa od opštih principa izvršnosti u redovnom postupku...”²⁵ Takva situacija je karakteristična za najveći broj slučajeva kada se donose usmena rešenja. Ipak, teorijski, mogli bismo da zamislimo i situaciju kada se usmeno rešenje donosi, ali se istovremeno i ne izvršava. To bi, na primer, bio slučaj kada pripadnici MUP-a izdaju usmeno rešenje (naređenje) građanima koji su se neovlašćeno okupili da se razidu, uz pretnju upotrebe sile, ali to rešenje

²⁰ Vid. ZUP, *Službeni list SRJ*, br. 33/1997, 31/2001, *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010, čl. 204.

²¹ Z. I. Jelić, B. D. Fatić, *Priručnik za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Ekonomika, Beograd 1997, 150.

²² ZUP, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016, 95/2018 – autentično tumačenje, i 2/2023 - odluka US.

²³ ZUP, čl. 143.

²⁴ Vid. ZUP, čl. 201.

²⁵ Z. R. Tomić, Đ. Blažić, 199.

ne izvršavaju odmah nego pokušavaju da bez upotrebe sredstava prinude ubede građane da se udalje sa određenog mesta. Takođe, u ZUP-u se precizira da žalba protiv usmenog rešenja nema odložno dejstvo, odnosno da se „usmeno rešenje izvršava i pre isteka roka za žalbu i posle podnošenja žalbe”²⁶

Bitno je naglasiti i da u važećem ZUP-u prestaje da se pravi razlika između hitnih i izuzetno hitnih mera, koja je postojala u ranijim zakonskim tekstovima. Konkretno, u članu posvećenom usmenim rešenjima pominju se hitne mere, a ne više izuzetno hitne mere,²⁷ dok je donošenje usmenog rešenja postalo jedan od osnova za neposredno odlučivanje (skraćeni postupak u ranijim tekstovima), pri čemu je neophodno da su činjenice na kojima se usmeno rešenje zasniva učinjene verovatnim.²⁸

Zanimljiva razlika u odnosu na sve ranije zakonske tekstove jeste i činjenica da se u važećem ZUP-u više ne koristi formulacija da „organ može doneti rešenje i usmeno”²⁹ već umesto toga konkretna zakonska odredba započinje na sledeći način: „Usmeno rešenje donosi se (...)”³⁰ Reč „može” u ranijim zakonskim tekstovima ukazivala je na diskrecioni karakter usmenog rešenja, dok izraz „donosi se” sugerise da je sada reč o pravno vezanom upravnom aktu. Da li je to bila stvarna intencija zakonodavca, pitanje je za diskusiju. U svakom slučaju, to nema očigledan praktičan značaj s obzirom na to da se u najvećem broju posebnih zakona predviđa donošenje usmenog rešenja kao diskrecionog upravnog akta (zbog reči „može”), a njihove odredbe imaju prednost u odnosu na ZUP, kao opšti procesni zakon.

Tako, Zakonom o inspekcijском nadzoru (ZoIN) predviđeno je da „izuzetno, inspektor može mere naložiti izricanjem usmenog rešenja, kada oceni da se na taj način otklanja neposredna opasnost po život i zdravlje ljudi, imovinu veće vrednosti, životnu sredinu ili biljni ili životinjski svet. U slučaju nalažanja mera i radnji usmenim rešenjem, inspektor je dužan da bez odlaganja sačini službenu belešku o naloženoj meri, kao i da u roku od tri dana od dana izricanja usmenog rešenja, donese pisano rešenje.”³¹ Ta odredba ZoIN-a predstavlja jasno odstupanje od ZUP-a i povoljnija je za lice kome je izrečena mera usmenim rešenjem. Naime, u oblasti inspekcijског nadzora nije neophodno da stranka ponese zahtev za dobijanje pisanog otpravka rešenja (kako je predviđeno ZUP-om) već je inspektor dužan da ga sam donese u roku od tri dana od izricanja usmenog rešenja.

Takođe, odredbom ZoIN-a je predviđeno i da se protiv rešenja inspektora može izjaviti žalba u roku od 15 dana od dana dostave pisanog rešenja i da ona

²⁶ ZUP, čl. 155. st. 1.

²⁷ Vid. ZUP, čl. 143. st. 1. Važećim ZUP-om je predviđeno i da se zahtev za donošenje pisanog rešenja može podneti u roku od 60 dana od donošenja usmenog rešenja, za razliku od ranijih zakonskih tekstova u kojima se taj rok računao u mesecima (iznosio je dva meseca). Drugi rok od osam dana za donošenje pisanog rešenja od tako postavljenog zahteva ostao je nepromenjen. ZUP, čl. 143. st. 2.

²⁸ ZUP, čl. 104. st. 1. tač. 3.

²⁹ ZUP iz 1997. godine, čl. 204. st. 1.

³⁰ ZUP, čl. 143. st. 1.

³¹ Zakon o inspekcijском nadzoru – ZoIN, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2015, 44/2018 – dr. zakon i 95/2018, čl. 37. st. 3–4.

odlaže izvršenje rešenja.³² Iz te odredbe proizlazi da se žalba ne može izjaviti protiv usmenog rešenja inspektora već protiv njegovog pisanog otpavka. Takođe, ZoIN propisuje i da „izuzetno (...), žalba ne odlaže izvršenje rešenja kada je, saglasno delokrugu inspekcije, neophodno preduzimanje hitnih mera radi sprečavanja ili otklanjanja opasnosti po život ili zdravlje ljudi, imovinu, prava i interese zaposlenih i radno angažovanih lica, privredu, životnu sredinu, biljni ili životinjski svet, javne prihode, nesmetan rad organa i organizacija, komunalni red ili bezbednost, što se posebno obrazlaže u rešenju”.³³ To konkretno znači da žalba protiv pisanog otpavka usmenog rešenja neće imati odložno dejstvo.

I kao što ZUP predstavlja opšti procesni zakon u odnosu na ZoIN, tako je i ZoIN sistemski (krovni) zakon u oblasti inspeksijskog nadzora u odnosu na posebne zakone koji regulišu rad pojedinih inspekcija, kao što su, na primer, Zakon o sanitarnom nadzoru i Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, o kojima će više reći biti u narednoj glavi. Na taj način se formiraju tri zakonodavna nivoa u oblasti inspeksijskog nadzora: posebni zakoni u toj oblasti, zatim ZoIN i na kraju ZUP. Zakoni se primenjuju baš tim redosledom u skladu sa pravnom maksimumom *lex specialis derogat legi generali* (prednost posebnog zakona u odnosu na opšte), uz supsidijarnu primenu opšteg zakona.³⁴ Ipak, videćemo da je tokom vanrednog stanja došlo do izvesnog odstupanja od tog redosleda primene zakona.

4. Najčešće situacije kada se donose usmena rešenja

Sve inspekcije su ovlašćene na donošenje usmenih rešenja, na osnovu odredaba ZUP-a i ZoIN-a. Takođe, i pojedini posebni zakoni sadrže odredbe o usmenim rešenjima, imajući u vidu specifičnu oblast inspeksijskog nadzora koju regulišu.³⁵ Ipak, to ne znači da sve inspekcije i donose usmena rešenja u praksi. Štaviše, naše istraživanje je pokazalo da samo manji broj inspekcija donosi usmena rešenja u okviru svoje nadležnosti.³⁶ S tim u vezi, u narednim izlaganjima bavićemo se

³² ZoIN, čl. 39. st. 1–2.

³³ ZoIN, čl. 39. st. 3.

³⁴ Vid. detaljno: M. Stefanović, D. Milovanović, J. Stefanović, I. Dragošan, *Vodič za primenu Zakona o inspeksijskom nadzoru*, Predstavništvo Cardno Emerging Markets USA Ltd. Beograd, Beograd 2015, 12–25.

³⁵ Vid. M. Stefanović, *Sprovođenje inspeksijskog nadzora u vreme vanrednog stanja u kojem se izriču hitne mere i donosi usmeno rešenje*, <https://www.paragraf.rs/koronavirus/strucni-komentari/sprovođenje-inspeksijskog-nadzora-hitne-mere-usmeno-reenje-vanredno-stanje.html>, 6. januar 2023.

³⁶ Krajem septembra 2022. godine poslali smo molbu na elektronske adrese 42 inspekcije da nam stave na uvid pojedine primere usmenih rešenja donete u okviru njihove nadležnosti. Od tog broja čak 29 inspekcija nije pružilo bilo kakav odgovor, a iz 11 inspekcija smo vrlo brzo dobili informaciju da u svom dosadašnjem radu nisu donosili usmena rešenja. Službene beleške o izrečenim usmenim rešenjima stavljene su nam na uvid iz Direktorata za radijacionu i nuklearnu sigurnost i bezbednost Srbije i o njima će više reći biti u narednim izlaganjima. Iz Odeljenja sanitarne inspekcije smo obavesteni da je neophodno da se dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu zvaničnim dopisom obrati ministru zdravlja, sa obrazloženim zahtevom. Tim povodom smo krajem 2022. podneli zahtev za pristup informacijama od javnog značaja Odeljenju sanitarne inspekcije, koji je odbijen početkom 2023. godine. Protiv odluke („odgovora”) Odeljenja sanitarne inspekcije

delatnošću onih inspekcija i organa (MUP) za koje je karakteristično donošenje usmenih rešenja.

4.1. Nadležnost sanitarne inspekcije

S obzirom na specifičnu nadležnost, sanitarna inspekcija u svom radu donosi najveći broj usmenih rešenja, tako da će njoj biti posvećena i najveća pažnja u radu.³⁷ Zakonom o sanitarnom nadzoru regulisani su poslovi, način i postupak vršenja sanitarnog nadzora, određene su oblasti i objekti koji podležu sanitarnom nadzoru, sanitarni uslovi koje ti objekti moraju da ispunjavaju, kao i ovlašćenja, prava i dužnosti sanitarnih inspektora.³⁸ Pomenutim zakonom se određuju i oblasti koje podležu sanitarnom nadzoru, a to su: oblast zaštite stanovništva od zaraznih bolesti, oblast zdravstvene ispravnosti životnih namirnica i predmeta opšte upotrebe u proizvodnji, prometu i uvozu i oblast javnog snabdevanja stanovništva vodom za piće.³⁹ Zakonom je predviđeno i da „preduzimanje izuzetno hitnih mera radi otklanjanja neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi, sanitarni inspektor može narediti i usmenim rešenjem, u skladu sa zakonom”.⁴⁰ Takođe, usmeno rešenje se mora uneti u zapisnik o izvršenom sanitarnom nadzoru.⁴¹ Konačno, protiv rešenja sanitarnog inspektora može se izjaviti žalba u roku od osam dana od dana dostavljanja rešenja, koja ne odlaže izvršenje rešenja.⁴²

U periodu od 2018. do 2021. godine (za koje postoje dostupni podaci) najveći broj usmenih rešenja izrečen je u vezi sa radom ugostiteljskih objekata za hranu i piće, prometom hrane i predmeta opšte upotrebe na malo, radom objekata za brzu pripremu hrane (kiosci), zanatske proizvodnje hrane, kuhinja predškolskih objekata i objekata javnog vodosnabdevanja. Značajan broj usmenih rešenja izrečen je i u vezi sa radom obdaništa i zabavišta, školskih objekata, bazena i kupališta, objekata za negu lica i tela, domova zdravlja, objekata sporta i rekreacije, hotela i motela.⁴³

izjavili smo žalbu Povereniku za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, o kojoj će biti odlučeno nakon predaje ovog članka u štampu.

³⁷ Sanitarna inspekcija je 2021. godine donela 292 usmena rešenja (što čini 0,12% svih njenih rešenja iste godine), 2020. godine 553 usmena rešenja (0,3% svih rešenja), 2019. godine 520 usmenih rešenja (4% svih rešenja), 2018. godine 719 usmenih rešenja (4% svih rešenja), a 2017. godine čak 831 usmeno rešenje (6,8% svih rešenja). Vid. *Izveštaj o radu Odeljenja sanitarne inspekcije za 2021. godinu*, 51, 109; *Izveštaj o radu Odeljenja sanitarne inspekcije za 2019. godinu*, 52; *Izveštaj o radu Odeljenja sanitarne inspekcije za 2018. godinu* (autor svih izveštaja je V. Pešić), 64, 109, <https://inspektor.gov.rs/page/3/Dokumenta#>, 27. decembar 2022.

³⁸ Zakon o sanitarnom nadzoru – ZSN, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004, čl. 1.

³⁹ ZSN, čl. 6.

⁴⁰ ZSN, čl. 28. st. 2.

⁴¹ ZSN, čl. 28. st. 3.

⁴² ZSN, čl. 29. st. 1–2.

⁴³ Vid. detaljno: *Izveštaj o radu Odeljenja sanitarne inspekcije za 2021. godinu*, 64, 68, 71, 74, 76, 77, 93; *Izveštaj o radu Odeljenja sanitarne inspekcije za 2019. godinu*, 60, 63, 65, 67, 69, 71, 80; *Izveštaj o radu Odeljenja sanitarne inspekcije za 2018. godinu* (autor svih izveštaja je V. Pešić), 72, 75, 77, 79, 80, 81, 83, 93.

Podrazumeva se da hitnost postupanja nalaže donošenje usmenih rešenja u pomenutim situacijama. Prema rečima sanitarnog inspektora, ona se izriču „kada u prodavnici ili menzi zateknemo kliconošu i zabranjujemo mu rad dok ne ozdravi. Isto činimo kada su zaposleni radnici bez obaveznog zdravstvenog pregleda, ali i kada sumnjamo da je namirnica neispravna, jer je promenila boju ili uočimo tragove nehigijene u objektu. Tada zabranimo promet dok ne stignu laboratorijske analize, pa ako je neispravna automatski je uništavamo. Isto činimo kada ustanovimo da je nekoj namirnici istekao rok. (...) Usmena rešenja o otklanjanju nepravilnosti slede i kada su higijenski uslovi u objektu dobri, ali je neispravna česma ili je nema. Tada ga inspekcija zatvara dok vlasnik ne ugradi slavinu.”⁴⁴

Ovlašćenja granične sanitarne inspekcije posebno su došle do izražaja tokom epidemije virusa korona (COVID-19) u našoj zemlji. Pažnju domaće javnosti privukao je slučaj hapšenja J. P., devojke iz Kikinde, zbog navodnog kršenja mere karantina, sa kojom, prema njenim tvrdnjama, nije bila upoznata niti je dobila rešenje o kućnoj izolaciji. Ona je u Srbiju iz Crne Gore ušla 14. marta 2020. godine, dan pre uvođenja vanrednog stanja.⁴⁵ Na graničnom prelazu joj je policijski službenik napomenuo da u narednih 14 dana treba da smanji kontakte. Deset dana nakon povratka u Srbiju uhapšena je i protiv nje je pokrenut krivični postupak jer je navodno prekršila Naredbu Vlade Srbije o sprovođenju i organizovanju karantina koja je doneta 17. marta,⁴⁶ tri dana nakon što je ona prešla granicu.⁴⁷ Kao dokaz, tužilac je priložio zapisnik o izvršenom sanitarnom nadzoru Odeljenja granične sanitarne inspekcije Ministarstva zdravlja u kome je pisalo da je sanitarni inspektor doneo usmeno rešenje kojim je J. P. stavljena pod zdravstveni nadzor uz primenu ograničenja kretanja u kućnoj izolaciji. Očigledan problem sa tim zapisnikom je to što on ne sadrži broj i datum kada je sačinjen, ime i potpis sanitarnog inspektora koji ga je sastavio, ni potpis lica kome je saopšteno usmeno rešenje.⁴⁸ S tim u vezi, opravdano se može postaviti pitanje da li je on sastavljen naknadno, zbog velikog pritiska javnosti u vezi sa tim slučajem.

Pomenuta situacija bila je samo jedna u nizu. Naime, do sredine aprila iste godine, zbog kršenja mera samoizolacije, održana su 43 suđenja i izrečene su brojne kazne, pri čemu je većina lica tvrdila da na granici nisu dobili bilo kakav dokument kojim bi im bila precizirana prava i obaveze koji proističu iz

⁴⁴ D. Jokić, Opasnost vreba iz gulaša i musake, *Politika* od 8. marta 2009, <https://www.politika.rs/sr/clanak/78107/Beograd/Opasnost-vreba-iz-gulasa-i-musake>, 28. decembar 2022. Izricanje usmenog rešenja od sanitarnog inspektora predviđeno je i članom 108. Zakona o predmetima opšte upotrebe, *Službeni glasnik RS* 25/2019 i 14/2022.

⁴⁵ Vanredno stanje je uvedeno Odlukom o proglašenju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 29 od 15. marta 2020.

⁴⁶ Naredba Vlade Srbije o sprovođenju i organizovanju karantina, *Službeni glasnik RS*, br. 33/2020.

⁴⁷ Vid. M. Vojinović, Devojka uhapšena zbog kršenja karantina, a nije joj ni rečeno da je u karantinu, *Raskrikavanje* – projekat portala Krik, <https://www.raskrikavanje.rs/page.php?id=623>, 5. januar 2023.

⁴⁸ Zapisnik Odeljenja granične sanitarne inspekcije dostupan je na <https://www.raskrikavanje.rs/upload/200328-Zapisknik%20o%20sanitarnom%20nadzoru%20bez%20potpisa%20i%20pecata.pdf>, 5. januar 2023. Obaveza unošenja usmenog rešenja u zapisnik o izvršenom sanitarnom nadzoru predviđena je Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS* 15/2016, 68/2020 i 136/2020, čl. 75. st. 3.

izrečenog usmenog rešenja. Štaviše, mnogima nije ni saopšteno usmeno rešenje već su samo bili upozoreni da treba da se uzdržavaju od kontakata u narednom periodu.⁴⁹ Razumljivo je da je i državnim organima bilo potrebno nekoliko dana da se snađu u vanrednim okolnostima izazvanim epidemijom, ali je nedopustivo da je veliki broj lica kažnjen iako nije bio adekvatno obavešten o svojim pravima i obavezama u tom periodu.

Nakon određenog vremena, Odeljenje granične sanitarne inspekcije Ministarstva zdravlja počelo je da izdaje tipsko obaveštenje (zdravstveno upozorenje) u pisanom obliku prilikom pasoške kontrole na dan ulaska putnika u Republiku Srbiju. Njime su putnici obaveštavani da im je izrečeno usmeno rešenje o određivanju mere karantina u kućnim uslovima, zbog činjenice da dolaze iz država sa nepovoljnom epidemiološkom situacijom. Nakon što su 2021. godine počeli masovno testiranje i vakcinacija stanovništva, takvo usmeno rešenje uz odgovarajuće obaveštene bilo je izricano licima koja prilikom ulaska u Srbiju nisu posedovala odgovarajući PCR ili antigenski test, odnosno potvrdu o potpunoj vakcinaciji protiv kovida 19. U prvim danima nakon uvođenja vanrednog stanja bila je izricana mera karantina od 14 ili 28 dana, a kasnije je period obavezne izolacije u kućnim uslovima skraćen na deset dana. Ta mera je prestajala da važi nakon isteka naznačenog roka, odnosno ako lice za vreme trajanja mere dobije negativan PCR test izdat od referente laboratorije u Srbiji. Podrazumeva se da je lice imalo mogućnost da napusti kućni karantin samo da bi dobilo zdravstvenu uslugu ili da bi se testiralo na prisustvo virusa. Obaveštenje (zdravstveno upozorenje) sadržalo je i detaljna uputstva kojih je lice kome je izrečeno usmeno rešenje moralo da se pridržava tokom karantina.⁵⁰

Takođe, u obaveštenju su citirane odredbe ZUP-a (čl. 143. st. 2) o obavezni organa da u roku od osam dana dostavi adresatu usmenog rešenja i njegov pisani otpравak, ukoliko je zahtev podnet u roku od 60 dana. Vrlo značajna i pozitivna novina bila je činjenica se pisani otpравak usmenog rešenja mogao preuzeti i bez podnošenja posebnog zahteva, putem elektronske platforme (www.e-zdravlje.gov.rs).⁵¹

Obaveštenje je sadržalo i uputstvo o pravnom sredstvu koje se moglo koristiti protiv izrečenog usmenog rešenja. Tako je predviđeno da se protiv rešenja sanitarnog inspektora može izjaviti žalba ministru zdravlja u roku od osam dana od dana dostavljanja rešenja, pri čemu žalba ne odlaže izvršenje rešenja.⁵² Ta formulacija, preuzeta iz Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, nije bila dovoljno precizna. Naime, izraz „dostavljanje” sugeriše da se rok od osam dana računao od trenutka kada je adresat dobio pisani otpравak usmenog rešenja. S druge strane, pravna formulacija da žalba ne odlaže izvršenje rešenja ipak ukazuje na to

⁴⁹ P. Živić, Epidemija korona virusa, vanredno stanje, samoizolacija i prava građana u Srbiji, *BBC news* na srpskom od 16. aprila 2020, <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-52299073>, 6. januar 2023.

⁵⁰ *Obaveštenje – zdravstveno upozorenje*, Ministarstvo zdravlja Republike Srbije, Sektor za inspeksijske poslove, Odeljenje granične sanitarne inspekcije, 2021.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² U pitanju su odredbe čl. 75. Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti.

da se rok za žalbu računao od dana izricanja usmenog rešenja, koje je praćeno dobijanjem pisanog obaveštenja (zdravstvenog upozorenja). Naime, u situaciji kada adresat može da podnese zahtev za dobijanje pisanog otppravka u roku od 60 dana od donošenja usmenog rešenja, bespredmetno bi bilo regulisanje pitanja odložnog dejstva žalbe (tada bi već uveliko istekla mera karantina u kućnim uslovima). Zbog toga je, i pored nedovoljno precizne formulacije u obaveštenju i Zakonu, jasno da je rok za žalbu počinjao da teče od dana izricanja usmenog rešenja.

Bitno je naglasiti i da je Uredbom Vlade, uz supotpis predsednika Republike, bilo predviđeno da će propisani rokovi za izjavljivanje pravnog sredstva (žalbe) protiv usmenog rešenja donetog u primeni hitnih mera radi sprečavanja širenja zarazne bolesti kovid 19 tokom vanrednog stanja (rok od 8 dana) te za podnošenje zahteva za dostavljanje pisanog otppravka tog rešenja (rok od 60 dana) početi da teku od prestanka vanrednog stanja.⁵³ Podsetićemo da je vanredno stanje zbog pandemije uvedeno 15. marta 2020. godine i da je trajalo do 6. maja iste godine.⁵⁴ Pomenute odredbe treba tumačiti tako da su žalba i zahtev mogli da se podnesu i tokom trajanja vanrednog stanja, ali da je adresatu usmenog rešenja omogućeno da, u naznačenim rokovima, to uradi i nakon prestanka vanrednog stanja, imajući u vidu izuzetnost okolnosti u kojima se nalazio.

Takođe, bitno je napomenuti da je navedenim odredbama Uredbe koje su donete tokom vanrednog stanja očigledno bilo predviđeno upućivanje na odredbe ZUP-a, a ne ZoIN-a, kao sistemskog zakona u oblasti inspeksijskog nadzora.⁵⁵ Praktično, nepozivanje na pojedine odredbe ZoIN-a (onih o obavezi inspektora da u roku od tri dana od dana izricanja usmenog rešenja donese pisano rešenje) tumačimo nemogućnošću organa da tokom vanrednog stanja izrade ogroman broj pisanih otppravaka u roku od tri dana. Pozivanje na odredbe ZUP-a, dakle, bilo je jedino moguće u datim okolnostima, a samim tim i opravdano.

Konačno, obaveštenje (zdravstveno upozorenje) sadržalo je i informaciju da će izvršenje usmenog rešenja proveravati pripadnici policije u mestu prebivališta/boravišta adresata rešenja.⁵⁶ To je stvaralo ogroman pritisak na Ministarstvo unutrašnjih poslova s obzirom na činjenicu da je trebalo proveravati poštovanje karantina u kome se u pojedinim periodima nalazilo i preko 100 hiljada stanovnika (provera se vršila telefonskim putem i odlaskom na adresu adresata usmenog rešenja).⁵⁷

⁵³ Uredba o primeni rokova u upravnim postupcima za vreme vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2020, 43/2020, čl. 3. st. 2. (stupila na snagu 24. marta 2020). Uredba o primeni rokova u upravnim postupcima za vreme vanrednog stanja (*Službeni glasnik RS*, br. 41/20) i Uredba o dopuni Uredbe o primeni rokova u upravnim postupcima za vreme vanrednog stanja (*Službeni glasnik RS*, br. 43/20) potvrđene su Zakonom o potvrđivanju uredbi koje je Vlada uz supotpis predsednika Republike donela za vreme vanrednog stanja (*Službeni glasnik RS*, br. 62/2020), a koji je stupio na snagu 29. aprila 2020. Navedeno prema: Pravno-informacioni sistem Republike Srbije, <https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SIGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/vlada/uredba/2020/41/2/reg>, 8. januar 2023.

⁵⁴ Vid. Odluku o proglašenju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 29/2020 i Odluku o ukidanju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2020.

⁵⁵ Upor. M. Stefanović, Sprovođenje inspeksijskog nadzora (...), 10. januar 2023.

⁵⁶ *Obaveštenje – zdravstveno upozorenje*, 2021.

⁵⁷ N. Stefanović, Kontrola samoizolacije je ogroman posao, dnevno moramo da pozovemo 100.000 ljudi, *Blic* od 10. aprila 2020, <https://www.blic.rs/vesti/politika/intervju-nebojsa-stefanovic-kontrola-samoizolacije-je-ogro>

I pored početnih problema i neadekvatnog postupanja nadležnih organa neposredno pre i nakon uvođenja vanrednog stanja, kasnija praksa granične sanitarne inspekcije tokom trajanja pandemije virusa korona može se oceniti kao pozitivna. Naime, u vanrednim okolnostima pronađeno je adekvatna solucija koja je podrazumevala izricanje usmenog rešenja, uz prateću upravnu radnju (izdavanje tipskog pisanog obaveštenja). Na taj način, preduzimanje hitnih mera u javnom interesu radi otklanjanja neposredne opasnosti po život ili zdravlje stanovništva nije bilo na uštrb pravne sigurnosti i obaveštenosti adresata usmenih rešenja o njihovim pravima i obavezama.

4.2. Nadležnosti drugih inspekcija

Osim sanitarne inspekcije, i druge inspeksijske službe izriču usmena rešenja u svojoj praksi. Tako, Veterinarska inspekcija deluje u okviru Uprave za veterinu, kao organa uprave u sastavu Ministarstva poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede,⁵⁸ koji vrši inspeksijski nadzor preko veterinarskih inspektora i graničnih veterinarskih inspektora.⁵⁹ U vršenju poslova inspeksijskog nadzora veterinarski inspektor ima brojna prava i dužnosti, među kojima je i proveravanje ispunjenosti veterinarsko-sanitarnih uslova, odnosno opštih i posebnih uslova za higijenu hrane životinjskog porekla i hrane za životinje.⁶⁰ Pritom, veterinarski inspektor je ovlašćen i dužan da zabrani proizvodnju i promet životinja, proizvoda životinjskog porekla, hrane životinjskog porekla i sporednih proizvoda životinjskog porekla kojima se mogu preneti zarazne bolesti životinja i ugroziti zdravlje ljudi. Te mere se nalažu rešenjem veterinarskog inspektora u upravnom postupku.⁶¹ U Zakonu o veterinarstvu se ne pominje eksplicitno ovlašćenje inspektora da donosi usmena rešenja, ali takva mogućnost proizlazi iz citirane odredbe, s obzirom na to da se u upravnom postupku rešenja donose i u pisanom i u usmenom obliku. To potvrđuje i praksa veterinarske inspekcije.

Kako je istaknuto iz Uprave za veterinu, „kontrola veterinarske inspekcije sprovodi se u svim objektima, u kojima se prodaju namirnice životinjskog porekla (...). Nadzor obuhvata sve elemente prometa hrane, od potvrda o nabavci, sledljivost porekla, preko načina rukovanja hranom, pa do izlaganja namirnica potrošaču. (...) U slučaju većih nepravilnosti, veterinarska inspekcija odmah, usmenim rešenjem, naređuje otklanjanje tih nepravilnosti, za koje propisuje rok da se urade, a može i zabraniti promet hrane dok se ne otkloni problem”⁶²

man-posao-dnevno-moramo-da/3ml56kj?fbclid=IwAR1uF4mlv_5LvMVwAHmzby217R5S53-MEhSXXtH-oRU-Zntpx4HqLj7M8i8E, 10. januar 2023.

⁵⁸ Zakon o ministarstvima, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2020 i 116/2022, čl. 5. st. 3.

⁵⁹ Zakon o veterinarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 91/2005, 30/2010, 93/2012 i 17/2019 – dr. zakon, čl. 143. st. 2.

⁶⁰ Zakon o veterinarstvu, čl. 146. st. 1. tač. 11.

⁶¹ Zakon o veterinarstvu, čl. 147. st. 1. tač. 3. i st. 2.

⁶² Navedeno prema: Riba i na trotoaru: Iz prometa povučeno 34,6 kilograma, podnete tri prekršajne prijave *Novosti*, od 26. decembra 2022, <https://www.novosti.rs/c/ekonomija/vesti/1185816/riba-trotoaru-prometa-povuceno-34-6-kilograma-podnete-tri-prekršajne-prijave>, 14. januar 2023.

Takođe, nadležna lica iz Uprave za veterinu istakla su i da u slučajevima kada se namirnice životinjskog porekla prodaju van regularnog mesta, na javnim površinama, asistenciju veterinarskoj inspekciji pružaju policija i komunalna policija.⁶³ S tim u vezi je i nedavni apel te uprave upućen građanima pred novogodišnje i božićne praznike da hranu životinjskog porekla kupuju isključivo u registrovanim objektima jer se u suprotnom izlažu rizicima od bolesti koje se mogu preneti hranom.⁶⁴

S druge strane, Poreska uprava je organ uprave u sastavu Ministarstva finansija, koja obavlja čitav niz stručnih i poslova državne uprave.⁶⁵ Među njima je i poreska kontrola, koja u osnovi predstavlja postupak provere i utvrđivanja zakonitosti i pravilnosti ispunjavanja poreske obaveze i za koju su ovlašćeni poreski inspektori.⁶⁶ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji (ZPPPA) predviđa da ovlašćeno lice Poreske uprave može izuzetno doneti poreski akt u usmenom obliku i narediti njegovo izvršenje bez odlaganja, ako je ugrožen postupak naplate ili kontrole poreza.⁶⁷ Takođe, predviđena je i obaveza organa da izda pisani otporak usmenog poreskog akta najkasnije u roku od tri dana od dana njegovog donošenja.⁶⁸ Dakle, u pitanju je ista zakonska solucija kao i u odredbama Zakona o inspekcijском nadzoru.

U toku poreske kontrole poreski inspektor je ovlašćen na oduzimanje robe, prevoznog sredstva, kao i privremeno oduzimanje poslovnih knjiga, evidencija, druge dokumentacije i sredstava za automatsku obradu podataka. Takođe, on je ovlašćen da izriče poreskom obvezniku zabranu vršenja delatnosti u različitom vremenskom trajanju.⁶⁹ Sve navedene mere poreski inspektor može da naredi i usmenim rešenjem ukoliko oceni da je ugrožena naplata poreza, pri čemu se konstatacija o donetom usmenom rešenju unosi u zapisnik o poreskoj kontroli. Podrazumeva se da je i u toj situaciji predviđena obaveza poreskog inspektora da u roku od tri dana donese rešenje u pisanom obliku.⁷⁰ Dakle,

⁶³ *Ibid.* Vid. i Zakon o veterinarstvu, čl. 105–107.

⁶⁴ Vid. Apel Uprave za veterinu (28. decembar 2022), <https://www.vet.minpolj.gov.rs/apel-uprave-za-veterinu/>, 14. januar 2023.

⁶⁵ Zakon o ministarstvima, čl. 3. st. 2.

⁶⁶ Vid. Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002 – ispr., 23/2003 – ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – dr. zakon, 62/2006 – dr. zakon, 63/2006 – ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispr., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021 i 138/2022, čl. 123.

⁶⁷ ZPPPA, čl. 35. st. 3. Poreski akt je zbirni pojam koji u sebi obuhvata i poreske upravne akte – poreska rešenja i zaključke. Vid. ZPPPA, čl. 34. st. 1–2.

⁶⁸ ZPPPA, čl. 35. st. 4.

⁶⁹ Vid. detaljno: ZPPPA, čl. 130 i 131.

⁷⁰ ZPPPA, čl. 133. st. 2–4. Najnovijim izmenama i dopunama ZPPPA, koje su stupile na snagu 20. decembra 2022. godine, predviđeno je da se „zabrana vršenja delatnosti poreskom obvezniku koji delatnost obavlja na prostoru održavanja manifestacija (vašara, festivala, izložbi i drugih manifestacija u sklopu kulturnih, muzičkih, sportskih i drugih društvenih aktivnosti) izriče za period trajanja te manifestacije.” Kao i druge mere, i ta će moći da se izrekne usmenim rešenjem koje će se odmah izvršiti, ukoliko poreski inspektor oceni da je ugrožena naplata poreza. Vid. Zakon o izmenama i dopunama ZPPPA, *Službeni glasnik RS*, br. 138/2022, čl. 5. st. 3.

vidimo da ugroženost naplate poreza zahteva hitno postupanje, koje uslovljava donošenje rešenja u usmenom obliku, umesto uobičajene pisane forme, koja će uslediti nakon tri dana.

Takođe, Direktorata za radijacionu i nuklearnu sigurnost i bezbednost Srbije (Direktorat) osnovan je kao nezavisno regulatorno telo koje vrši regulatorne, stručne i sa njima povezane izvršne poslove u oblasti radijacione i nuklearne sigurnosti i bezbednosti.⁷¹ Između ostalog, Direktorat vrši i regulatorni inspeksijski nadzor nad sprovođenjem mera radijacione i nuklearne sigurnosti i bezbednosti, posredstvom inspektora u toj oblasti.⁷² U slučajevima hitnog postupanja, inspektor može da naredi mere izricanjem usmenog rešenja, o čemu je dužan da bez odlaganja sačini službenu belešku.⁷³ Zakonom je predviđeno i da se „po izricanju usmenog rešenja, može doneti pisano rešenje saglasno načelima i pravilima postupka kojima je uređen opšti upravni postupak”.⁷⁴ Pozivanje na odredbe ZUP-a, a ne ZoIN-a, tumačimo i ovde kao posledicu povoljnijeg režima koji je njime predviđen za nadležni organ.

U dosadašnjoj praksi, inspektori Direktorata izrekli su veći broj usmenih rešenja. Tako su u avgustu 2022. godine obavешteni o padu radioaktivnog gromobrana koji se nalazio na krovu stambene zgrade u Subotici, usled olujnog vremena. Nakon izvršenog dozimetrijskog merenja pronađenih delova gromobranske konstrukcije, utvrđeno je da radioaktivni izvor nije među pronađenim ostacima gromobrana već je on detektovan na nedostupnom delu krova zgrade. Zbog hitnosti postupanja, usled potencijalne ugroženosti života i zdravlja ljudi od štetnog dejstva jonizujućeg zračenja, inspektor je stambenoj zajednici izrekao usmeno rešenje da odmah preduzme mere uklanjanja i zbrinjavanja radioaktivnog izvora, angažovanjem nosioca odobrenja za tu vrstu aktivnosti.

U drugom slučaju, iz septembra 2020. godine, izvršen je vanredni inspeksijski nadzor u vezi sa navodima iz oglasa o uslugama rendgenskog snimanja na adresi pacijenta. U toku inspeksijskog nadzora utvrđeno je da nadzirani subjekt poseduje rešenja za korišćenje dva rendgen aparata, ali bez odgovarajućih izveštaja, ne starijih od godinu dana. Tokom nadzora pronađena su i dva rendgen aparata za koje nadzirani subjekt nije posedovao rešenje o korišćenju izvora zračenja. S tim u vezi, inspektor je odlučio da izrekne usmeno rešenje o zabrani obavljanja rada sa sva četiri rendgen aparata do ispunjenja zakonskih uslova. U oba navedena slučaja sastavljena je službena beleška o izrečenom usmenom rešenju i naređenim merama, istog dana kada je izvršen inspeksijski nadzor.⁷⁵

⁷¹ Vid. Zakon o radijacionoj i nuklearnoj sigurnosti i bezbednosti - ZRNSB, *Službeni glasnik RS*, br. 95/2018 i 10/2019, čl. 13. Pravni prethodnik Direktorata bila je Agencija za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost Srbije.

⁷² ZRNSB, čl. 22. st. 1. tač. 31. i čl. 211. st. 1.

⁷³ Vid. detaljno: ZRNSB, čl. 223. st. 1–2.

⁷⁴ ZRNSB, čl. 223. st. 3.

⁷⁵ Službene beleške su nam stavljene na uvid ljubaznošću Katarine Žarković iz Direktorata za radijacionu i nuklearnu sigurnost i bezbednost, kojoj se i ovom prilikom zahvaljujemo.

Konačno, Zakonom o vodama je predviđeno da vodni inspektor i inspektor za zaštitu životne sredine mogu usmeno naložiti preduzimanje hitnih mera ako je to potrebno radi sprečavanja neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi, biljnog i životinjskog sveta i nastanak veće materijalne štete. Vodni inspektor to može posebno da uradi u slučajevima neposredne opasnosti od rušenja brana i neposredne opasnosti od plavljenja, na isti način kao što inspektor za zaštitu životne sredine to može da uradi u slučajevima opasnosti od zagađivanja voda i ako je već nastupilo zagađenje voda preko graničnih vrednosti emisije.⁷⁶ Na osnovu usmenog naloga o preduzimanju hitnih mera, stranci se dostavlja rešenje u roku od 24 časa od usmenog naloga.⁷⁷ U pitanju je, dakle, vrlo kratak rok u kome nadležni organ mora po službenoj dužnosti da izda pisani otpravak usmenog naloga adresatu tog akta.⁷⁸

4.3. Nadležnost MUP-a

Hitnost postupanja, iz koje proizilazi potreba za donošenjem usmenih rešenja, nije karakteristika rada isključivo inspeksijskih organa nego i policije. Već je naglašeno da upravni akt meritornog karaktera neće uvek imati naziv rešenje, pa se u oblasti unutrašnjih poslova u brojnim situacijama donose naređenja. Zakonom o policiji je, tako, predviđeno da se naređenja daju usmeno, pisano ili na drugi pogodan način.⁷⁹ Navođenje prvo usmene forme kao oblika izdavanja naređenja ukazuje na njihovo učestalo donošenje u oblasti unutrašnjih poslova. Zakonom o policiji je predviđeno i da je policijski službenik ovlašćen da izda naređenje grupi lica da se razide ako se ona protivpravno okupila ili se protivpravno ponaša ili svojim ponašanjem može da izazove nasilje ili narušavanje javnog reda. Ako se grupa ne razide, policiji su na raspolaganju brojna sredstva prinude (npr. fizička snaga, službena palica, službeni psi, hemijska sredstva),⁸⁰ čime dolazi do prinudnog izvršenja usmenog naređenja.

Takođe, ovlašćenja policije su regulisana i brojnim posebnim zakonima. Tako je Zakonom o javnom okupljanju predviđeno da se okupljanja na otvorenom prostoru prijavljuju mesno nadležnoj organizacionoj jedinici MUP-a,

⁷⁶ Vid. Zakon o vodama, *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010, 93/2012, 101/2016, 95/2018 i 95/2018 – dr. zakon, čl. 205 st. 1. i čl. 206. st. 1.

⁷⁷ Vid. Zakon o vodama, čl. 205 st. 2. i čl. 206. st. 2. Na osnovu Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja od Republičke direkcije za vode u okviru Ministarstva poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede, dobili smo podatak da 2022. godine vodni inspektori nisu doneli nijedno usmeno rešenje. Istovremeno, stavljen nam je na uvid model pisanog otpravka usmenog rešenja koji se koristi u njegovom donošenju. Zahvaljujemo se i ovom prilikom Maji Grbić i Marti Mihailović na dostavljenim informacijama.

⁷⁸ Time se ne iscrpljuje lista svih inspekcija koje su posebnim zakonima ovlašćene na donošenje usmenih rešenja. Vid., na primer, Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009, 81/2009 – ispr., 64/2010 – odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odluka US, 50/2013 – odluka US, 98/2013 – odluka US, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 – dr. zakon, 9/2020 i 52/2021, čl. 177.

⁷⁹ Vid. Zakon o policiji, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016, 24/2018 i 87/2018, čl. 74. Upor. Pravilnik o policijskim ovlašćenjima, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2019 i 93/2022, čl. 6.

⁸⁰ Vid. detaljno: Zakon o policiji, čl. 106.

pri čemu su regulisane i situacije kada okupljanje nije dozvoljeno (npr. kada postoji ugrožavanje bezbednosti ljudi i imovine).⁸¹ U takvim situacijama nadležni organ će naređenje o prekidu okupljanja usmeno saopštiti organizatoru i učesnicima, dok se pisana naredba o prekidu okupljanja dostavlja organizatoru najkasnije 12 sati od trenutka usmenog saopštavanja (dakle, po službenoj dužnosti, bez obaveze organizatora da podnese zahtev). U slučaju da organizator i učesnici ne postupe u skladu sa usmenim naređenjem, nadležni organ preduzima zakonske i proporcionalne mere sa ciljem da se učesnici okupljanja razidu i da se uspostavi javni red (o kojima je već bilo reči).⁸²

Konačno, donošenje usmenih naređenja pripadnika MUP-a posebno dolazi do izražaja tokom vanrednog stanja i vanrednih situacija.⁸³ Zbog katastrofalnih poplava koje su u maju 2014. godine pogodile veliki broj područja u Srbiji, proglašena je vanredna situacija u celoj zemlji.⁸⁴ U tim okolnostima izdat je veći broj usmenih naređenja, a jedno od njih je bilo naređenje generala policije o evakuaciji ljudi, životinja i materijalnih dobara u četiri faze. To je primer generalnog usmenog rešenja kada lica na koja se ono odnosi nisu tačno određena, nego su određiva. Primer takvog akta bi bilo i naređenje da sva punoletna lica određenog područja uzmu učešće u određenim aktivnostima (npr. da gase požar ili da ojačaju obalu reke zbog visokog vodostaja).⁸⁵ Nažalost, velike poplave u Srbiji u januaru 2023. godine prouzrokovale su ponovo uvođenje vanredne situacije u čak sedam opština.⁸⁶

5. Zaključna razmatranja

Usmena rešenja u upravnom postupku predstavljaju izuzetak od pravila o njihovom donošenju u pisanom obliku i, kao takva, lišena su svakog oblika formalnosti i obaveznih delova. Njihovo donošenje nije karakteristično za rad svih subjekata javne uprave već prevashodno za one organe čija delatnost zahteva hitnost postupanja. Tu, pre svega, mislimo na inspeksijske službe i policiju. Iako su sve inspekcije u našoj zemlji ovlašćene da donose usmena rešenja na osnovu odredaba ZUP-a i ZoIN-a, istraživanje je pokazalo da samo manji broj njih zaista i donosi usmena rešenja u svom svakodnevnom radu. Takva rešenja su prvenstveno karakteristična za rad sanitarnih inspektora, ali i za rad veterinarskih inspektora, poreskih inspektora i inspektora za radijacionu i

⁸¹ Vid. detaljno: Zakon o javnom okupljanju, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016, čl. 8. i 12.

⁸² Vid. detaljno: Zakon o javnom okupljanju, čl. 19.

⁸³ O razlici između vanrednog stanja i vanredne situacije, vid. D. Avramović, D. Mlađan, Vanredno stanje i vanredna situacija – komparativni, terminološki i sadržinski aspekti, *Teme* 2/2014, 767–781.

⁸⁴ Vid. Odluku o proglašenju vanredne situacije na teritoriji Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 52/2014.

⁸⁵ Vid. detaljno: S. Andonović, 35–36. U međuvremenu je donet Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama (*Službeni glasnik RS* 87/2018), u čijem čl. 59. je predviđeno da naredbu o evakuaciji donosi nadležni štab za vanredne situacije.

⁸⁶ K. Stevanović, Poplave u Srbiji 2023: Vanredno u sedam opština, *BBC News* na srpskom, 20. januar 2023, <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-64343163>, 21. januar 2023.

nuklearnu sigurnost i bezbednost. Hitnost postupanja, a samim tim i potreba za donošenjem usmenih rešenja, nije karakteristika rada isključivo inspekcijских organa već i policije, čiji su pripadnici ovlašćeni da donose usmena naređenja.

Jasno je da učestalo donošenje usmenih rešenja nije dobro sa stanovišta pravne sigurnosti i da je ono uslovljeno postojanjem posebnih okolnosti. Uslovi za njihovo donošenje moraju se tumačiti veoma restriktivno i ona se moraju izricati samo kada je to zakonski opravdano jer u velikoj meri mogu uticati na osećaj pravne nesigurnosti onih na koje se odnose. Drugim rečima, ukoliko postoji mogućnost da se cilj zakona i zaštita javnog interesa ostvare i pisanim upravnim aktom, njemu uvek treba dati prednost.

Takođe, tamo gde je to moguće, izricanje usmenog rešenja mora da bude praćeno ili odgovarajućim zapisnikom (službenom beleškom) ili obaveštenjem u pisanim obliku, kako bi adresati bili na vreme i tačno obavešteni o pravima i obavezama koji proističu iz rešenja koje im je usmeno saopšteno. Pozitivan primer, u tom smislu, predstavlja postupanje granične sanitarne inspekcije koja je, nakon početnog nesnalaženja, tokom pandemije virusa korona počela da izriče usmena rešenja, uz prateće pisano obaveštenje (zdravstveno upozorenje).

Smatramo i da bi u zakonima kojima se reguliše donošenje usmenih rešenja bilo neophodno precizirati da li žalba može da se izjavi protiv usmenog rešenja ili njegovog pisanog opravka. Kao dobar putokaz u tom pravcu može da posluži Zakon o inspekcijском nadzoru, u kome je ovo pitanje precizno regulisano.

Na kraju, osvrnuo bih se još jednom na master rad našeg dragog Stefana. Tema koju je odabrao paradigmatično govori o njegovom naučnom radu i sklonostima. Za razliku od većine mladih istraživača koji biraju teme za koje postoji obilje literature, Stefan se trudio da pronađe baš one koje nisu dovoljno istražene, koje su izazovne i u vezi sa kojima može da dâ lični pečat i naučni doprinos. Upravo takva je bila tema posvećena usmenim upravnim aktima: nedovoljno istražena i veoma kompleksna. Nažalost, sticajem tragičnih okolnosti, Stefan je uspeo da realizuje samo manji deo svog ogromnog potencijala. Ali i ono što je objavio tokom svoje kratke profesionalne karijere sasvim je dovoljno da u budućnosti bude pominjan, citiran i veoma poštovan. Nadamo se i da će njegov master rad uskoro biti objavljen u integralnom obliku, kako bi šira čitalačka publika mogla da se upozna sa nesvakidašnjom zrelošću i lucidnošću mladića koji je plenio svojom skromnošću, obrazovanjem i harizmom.

Literatura

- Andonović S., *Usmeni upravni akti*, master rad, Beograd 2015.
- Avramović D., Mlađan D., Vanredno stanje i vanredna situacija – komparativni, terminološki i sadržinski aspekti, *Teme* 2/2014.
- Davinić M., *Zakon o opštem upravnom postupku, Zakon o upravnim sporovima*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020.
- Jelić Z. I., Fatić B. D., *Priručnik za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Ekonomika, Beograd 1997.
- Krbek I., *Upravno pravo, I knjiga: Uvodna i osnovna pitanja*, Tisak i naklada jugoslovenske štampe, Zagreb 1929.
- Majstorović B., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Nova administracija, Beograd 1957.
- Merlin Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Chez Garnery, Paris 1812–1824, 16 volumes.
- Stefanović M., Milovanović D., Stefanović J., Dragošan I., *Vodič za primenu Zakona o inspekcijском nadzoru*, Predstavništvo Cardno Emerging Markets USA Ltd. Beograd, Beograd 2015.
- Tomić Z. R., Blažić Đ., *Komentar Zakona o upravnom postupku Crne Gore*, Fakultet za državne i evropske studije – Podgorica, Podgorica 2017.

Propisi i drugi akti

- Obaveštenje – zdravstveno upozorenje, Ministarstvo zdravlja Republike Srbije, Sektor za inspekcijske poslove, Odeljenje granične sanitarne inspekcije, 2021.
- Odluka o proglašenju vanredne situacije na teritoriji Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 52/2014.
- Odluka o proglašenju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS* 29/2020 i Odluka o ukidanju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS* 65/2020.
- Presuda Upravnog suda, I-1 U 11162/2010(2009) od 28. jula 2011, *Zbirka upravnosudske prakse prema Zakonu o opštem upravnom postupku, knjiga II*, prir. J. Bajić Urošević, N. Urošević, Paragraf Lex d.o.o., Beograd 2017.
- Presuda Upravnog suda, 13 U. 24990/2010 od 22. oktobra 2010, *Zbirka upravnosudske prakse prema Zakonu o opštem upravnom postupku, knjiga II*, prir. J. Bajić Urošević, N. Urošević, Paragraf Lex d.o.o., Beograd 2017.
- Uredba o primeni rokova u upravnim postupcima za vreme vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS* 41/2020, 43/2020.

- Zakon o inspeksijskom nadzoru, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2015, 44/2018 – dr. zakon i 95/2018.
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/1977.
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*, br. 138/2022.
- Zakon o javnom okupljanju, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016;
- Zakon o ministarstvima, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2020 i 116/2022;
- Zakon o predmetima opšte upotrebe, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2019 i 14/2022;
- Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016, 95/2018 – autentično tumačenje, i 2/2023 - odluka US.
- Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 33/1997, 31/2001, *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010.
- Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list FNRJ*, br. 52 od 19. decembra 1956.
- Zakon o opštem upravnom postupku, *Službene novine*, br. 271 od 25. novembra 1930.
- Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009, 81/2009 – ispr., 64/2010 – odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odluka US, 50/2013 – odluka US, 98/2013 – odluka US, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 – dr. zakon, 9/2020 i 52/2021.
- Zakon o policiji, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016, 24/2018 i 87/2018.
- Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002 – ispr., 23/2003 – ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – dr. zakon, 62/2006 – dr. zakon, 63/2006 – ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispr., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021 i 138/2022.
- Zakon o radijacionoj i nuklearnoj sigurnosti i bezbednosti, *Službeni glasnik RS*, br. 95/2018 i 10/2019.
- Zakona o sanitarnom nadzoru, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004.
- Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.
- Zakona o šumama, *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010-61, 93/2012-28, 89/2015-12, 95/2018-267 – dr. zakon.
- Zakon o unošenju i rasturanju inostranih sredstava masovnog komuniciranja i o inostranoj informativnoj delatnosti u Jugoslaviji, *Službeni list SFRJ*, br. 39/74 i 74/87, *Službeni list SRJ*, br. 16/93 – dr. zakon, 31/93 – dr. zakon,

- 41/93 – dr. zakon, 50/93 - r. zakon, 24/94 – dr. zakon i 28/96 – dr. zakon i *Službeni glasnik RS*, br. 43/2003 – dr. zakon.
- Zakon o veterinarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 91/2005, 30/2010, 93/2012 i 17/2019 – dr. zakon.
- Zakon o vodama, *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010, 93/2012, 101/2016, 95/2018 i 95/2018 – dr. zakon.
- Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2016, 68/2020 i 136/2020.

Internet izvori

- Apel Uprave za veterinu (28. decembar 2022), <https://www.vet.minpolj.gov.rs/apel-uprave-za-veterinu/>, 14. januar 2023.
- Izveštaji o radu inspekcija, <https://inspektor.gov.rs/page/3/Dokumenta#>, 27. decembar 2022.
- Jokić D., Opasnost vreba iz gulaša i musake, *Politika* od 8. marta 2009, <https://www.politika.rs/sr/clanak/78107/Beograd/Opasnost-vreba-iz-gulasa-i-musake>, 28. decembar 2022.
- Riba i na trotoaru: Iz prometa povučeno 34,6 kilograma, podnete tri prekršajne prijave *Novosti* od 26. decembra 2022, <https://www.novosti.rs/c/ekonomija/vesti/1185816/riba-trotoaru-prometa-povuceno-34-6-kilograma-podnete-tri-prekršajne-prijave>, 14. januar 2023.
- Stefanović M., Sprovođenje inspeksijskog nadzora u vreme vanrednog stanja u kojem se izriču hitne mere i donosi usmeno rešenje, <https://www.paragraf.rs/koronavirus/strucni-komentari/sprovođenje-inspeksijskog-nadzora-hitne-mere-usmeno-reenje-vanredno-stanje.html>, 6. januar 2023.
- Stefanović N., Kontrola samoizolacije je ogroman posao, dnevno moramo da pozovemo 100.000 ljudi, *Blic* od 10. aprila 2020, https://www.blic.rs/vesti/politika/intervju-nebojsa-stefanovic-kontrola-samoizolacije-je-ogroman-posao-dnevno-moramo-da/3ml56kj?fbclid=IwAR1uF4mlv_5LvMVwAHmzby217R5S53-MEH-SXKtH-oRUZntpx4HqLj7M8i8E, 10. januar 2023.
- Stevanović K., Poplave u Srbiji 2023: Vanredno u sedam opština, *BBC News* na srpskom, 20. januar 2023, <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-64343163>, 21. januar 2023.
- Vojinović M., Devojka uhapšena zbog kršenja karantina, a nije joj ni rečeno da je u karantinu, *Raskrikavanje* – projekat portala Krik, <https://www.raskrikavanje.rs/page.php?id=623>, 5. januar 2023.
- Zapisnik Odeljenja granične sanitarne inspekcije, <https://www.raskrikavanje.rs/upload/200328-Zapisnik%20o%20sanitarnom%20nadzoru%20bez%20potpisa%20i%20pecata.pdf>, 5. januar 2023.

Živić P., Epidemija korona virusa, vanredno stanje, samoizolacija i prava građana u Srbiji, *BBC news* na srpskom, 16. april 2020, <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-52299073>, 6. januar 2023.

ORAL DECISIONS IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

Summary

Oral decisions in administrative proceedings are an exception to the rules on their issuance in writing (electronic or paper document) and are devoid of any formality and mandatory parts. Clearly, their frequent adoption is not good from the legal certainty point of view, and it is conditioned by the existence of special circumstances. Thus, the Law on General Administrative Procedure stipulates that an oral decision is issued when urgent measures are taken in the public interest to ensure public order and peace, and public safety or to eliminate an immediate danger to the life or health of people or property. Similarly, the Law on Inspection Supervision stipulates that an inspector may impose measures by issuing an oral decision when he assesses that in that way the immediate danger to human life and health, property of greater value, environment, or flora or fauna is eliminated. The application of such provisions came to the fore during the coronavirus pandemic, in terms of the work of various inspections (eg. the Department of Border Sanitary Inspection imposed a measure of quarantine at home by an oral decision to travelers coming from countries with unfavorable epidemiological situation). This paper is dedicated to the analysis of such decisions and the situations in which they are made.

Key words: oral decisions, administrative proceedings, urgent measures, public interest.

KOLOKACIJA I ZAJEDNIČKO KORIŠĆENJE U PRAVU ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJA**

– Upravnopravni aspekti –

Apstrakt

Kolokacija i zajedničko korišćenje u oblasti elektronskih komunikacija podrazumevaju da jedan ili više operatera koriste iste resurse i sredstva (najčešće infrastrukturu i povezanu opremu) sa ciljem pružanja usluga krajnjim korisnicima. U ovom radu se posebno analizira rešenje koje je uvedeno u pravni sistem Republike Srbije Zakonom o elektronskim komunikacijama 2010. godine. Zaključak je da zakonska rešenja o kolokaciji i zajedničkom korišćenju u pravnom sistemu Republike Srbije nisu u svemu usklađeni s pravom Evropske unije i da, naročito u svom upravnopravnom aspektu, nemaju sistemski kvalitet.

Ključne reči: kolokacija, zajedničko korišćenje, upravno pravo.

1. Uvod

Institut zajedničkog korišćenja u oblasti elektronskih komunikacija podrazumeva da dva ili više operatera koriste iste resurse i sredstva (najčešće infrastrukturu i povezanu opremu) sa ciljem pružanja usluga krajnjim korisnicima. Zajedničko korišćenje može imati pozitivne, ali i negativne učinke. Pozitivni efekti mogu biti smanjenje troškova operatera, povećana mogućnost izbora za krajnje korisnike, podsticanje konkurentnosti i efikasnosti, zaštita životne sredine i dr. Najznačajniji mogući negativni efekti deljenja infrastrukture ogledaju se u smanjenju investicija i konkurentnosti.¹ Institut zajedničkog korišćenja elemenata mreže i pripadajućih sredstava drugog operatera uveden je u pravni poredak Republike Srbije Zakonom o elektronskim komunikacijama (u daljem tekstu: ZEK) iz 2010. godine.² Odredbama ZEK je predviđeno da se međusobna

* Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, v.djuric@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

¹ T. Cvetković, V. Tintor, *Regulativa elektronskih komunikacija*, Visoka škola elektrotehnike i računarstva, Beograd 2019, 115.

² Zakon o elektronskim komunikacijama – ZEK, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010, 60/2013 – odluka US, 62/2014 i 95/2018 – dr. zakon.

prava i obaveze u zajedničkom korišćenju uređuju ugovorom, ali i mogućnost da se zajedničko korišćenje između dva ili više operatora utvrđuje rešenjem nadležnog tela (dakle, upravnim aktom) u slučaju izostanka ugovornog regulisanja tih odnosa. U tom smislu, neophodno je sagledati upravnopravne aspekte tog pravnog instituta. No, pre toga bi valjalo predstaviti relevantne propise Evropske unije (u daljem tekstu EU) i propise pojedinih država iz okruženja koji uređuju institut zajedničkog korišćenja, uz značajnu opasku da je u domaćoj pravnoj literaturi jasno ukazivano na to da ZEK, od vremena svog donošenja, nije u svemu bio usklađen sa propisima EU koji su u to vreme bili na snazi.³

2. Zajedničko korišćenje u pravu EU i uporedno

Veći broj propisa EU sadrži pravila kojima se uređuje materija od značaja za zajedničko korišćenje. U kontekstu evropskih integracija, za Srbiju su značajni sledeći akti: Uredba broj 1211/2009 Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. o uspostavljanju Tela evropskih regulatora za elektronske komunikacije i Kancelarije, Direktiva 2009/140/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. kojom se vrše izmene: Direktive 2002/21/EC o zajedničkom regulatornom okviru za elektronske komunikacione mreže i usluge, Direktive 2002/19/EC o pristupu i međusobnom povezivanju elektronskih komunikacionih mreža i povezane infrastrukture (povezanih postrojenja) i Direktive 2002/20/EC o izdavanju dozvola za elektronske komunikacione mreže i usluge. Za materiju zajedničkog korišćenja poseban neposredan značaj ima novi regulatorni okvir iz 2018. godine koji je uspostavljen donošenjem Direktive (EU) 2018/1972 Evropskog parlamenta i Saveta o Evropskom zakoniku o elektronskim komunikacijama (u daljem tekstu: EECC).⁴ Članom 44. EECC uređuju se kolokacija i zajedničko korišćenje elemenata mreže i povezane opreme i uvode sledeći standardi i obaveze, i za države članice EU, i za države kandidate za članstvo u EU:

- nadležni organi mogu propisati kolokaciju i zajedničko korišćenje elemenata mreže i povezane opreme radi zaštite životne sredine, javnog zdravlja, javne sigurnosti ili ostvarenja ciljeva prostornoga planiranja;
- nadležni organi mogu propisati kolokaciju i zajedničko korišćenje elemenata mreže i povezane opreme instaliranim na toj osnovi ako je operator ostvario pravo prema nacionalnom zakonodavstvu da instalira opremu na imovini u javnom ili privatnom vlasništvu, odnosno preko ili ispod takve imovine, ili je iskoristio postupak za eksproprijaciju ili korišćenje imovine;
- kolokacija ili zajedničko korišćenje elemenata mreže i povezane opreme može se ustanoviti samo nakon odgovarajućeg perioda javnih konsultacija, i to

³ D. Šput, „Pravno uređivanje elektronskih komunikacija – Regulatorni okvir EU i propisi država zapadnog Balkana”, *Strani pravni život* 58, 2/2014, 175–189.

⁴ Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 december 2018 establishing the European Electronic Communications Code, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018L1972&from=EN>, 28. septembar 2022.

samo u specifičnim oblastima u kojima se takvo zajedničko korišćenje smatra neophodnim radi postizanja zaštite životne sredine, javnog zdravlja, javne sigurnosti ili ciljeva prostornog planiranja;

- nadležni organi mogu ustanoviti zajedničko korišćenje takve opreme ili imovine, uključujući zemljište, zgrade, ulaze u zgrade, žičane instalacije u zgradama, antenske stubove, antene, tornjeve i druge potporne građevine, kablovske kanale, cevi, šahtove, ormariće ili mere kojima se olakšava koordinacija javnih radova;

- određivanje pravila o raspodeli troškova zajedničkog korišćenja opreme ili imovine i o koordinaciji građevinskih radova može se poveriti nadležnom regulatornom ili drugom organu;

- mere koje nadležni organ preduzima u skladu sa članom 44. EECC moraju biti objektivne, transparentne, nediskriminatorne i srazmerne. Tamo gde je relevantno, te mere će se sprovoditi u koordinaciji sa nacionalnim regulatornim organima.

Način na koji su izloženi standardi i obaveze implementirani u zakonodavstvu država članica i kandidata najbolje je sagledati na primerima Hrvatske i Crne Gore sa kojima Srbija deli isto pravno nasleđe.

Institut zajedničkog korišćenja bio je u Hrvatskoj prvobitno uređen Zakonom o elektroničkim komunikacijama iz 2008. godine, koji je doživeo više izmena i dopuna,⁵ a u delu tamošnje pravne nauke bio kritikovan poglavito zbog rešenja za upravnosudsku zaštitu.⁶ Godine 2022. usvojen je novi Zakon o elektroničkim komunikacijama⁷ koji u članu 65. sveobuhvatno reguliše taj institut. Prema stavu 1. tog člana, operator, koji je na osnovu tog zakona i posebnih propisa iz područja gradnje ostvario pravo da postavi elektronsku komunikacijsku infrastrukturu i drugu povezanu opremu na opštem dobru ili na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, kao i na nekretninama u vlasništvu drugih pravnih i fizičkih lica, i to preko ili ispod tih nekretnina, ili je iskoristio postupak izvlaštenja nekretnine ili korišćenja nekretninom, ima obavezu kolokacije i zajedničkog korišćenja elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme, naročito u svrhu zaštite ljudskog zdravlja, očuvanja okoline, zaštite prostora, izbegavanja prekomerne gradnje kada je to privredno nesvrishodno ili fizički neprikladno, zaštite i očuvanja kulturnih dobara i u svrhe nacionalne bezbednosti. Način i uslovi pristupa, kolokacije i zajedničkog korišćenja elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme, nivo raspoloživosti slobodnog prostora u toj infrastrukturi i temeljne odrednice ugovora o pristupu, kolokaciji i zajedničkom korišćenju elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme, prema stavu 2. istog člana, bliže se uređuju pravilnikom koji donosi Veće Agencije (regulator u

⁵ Zakon o elektroničkim komunikacijama, *Narodne novine*, br. 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14 i 72/17

⁶ M. Turudić, „Novine u sustavu upravnosudske zaštite od pojedinačnih akata HAKOM-a“, *Zagrebačka pravna revija* 3, 1/2014, 81–104.

⁷ Zakon o elektroničkim komunikacijama, *Narodne novine*, br. 76/22

Hrvatskoj). Prema stavu 3, Agencija će, pre donošenja pravilnika, sprovesti javno savetovanje, a u određenim područjima se može savetovati i s nadležnim telima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ako se takvo zajedničko korišćenje smatra potrebnim radi ostvarivanja ciljeva iz stava 1. tog člana. Pravilnik kojim se bliže uređuju ta pitanja mora da se temelji na načelima objektivnosti, transparentnosti, nediskriminacije i srazmernosti. Stavom 5. istog člana propisano je da infrastrukturni operator mora omogućiti operatoru korisniku, uz naknadu i na osnovu sklopljenog ugovora, pristup, kolokaciju i zajedničko korišćenje svoje elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme ili nekretnine, koja je u vlasništvu infrastrukturnog operatora, što obuhvata zemljište, zgrade i ulaze u zgrade, žične instalacije u zgradama, antene, antenske stubove, tornjeve i druge potporne građevine, kablovsku kanalizaciju, cevi, zdence, ulične ormare i mere kojima se olakšava koordiniranje građevinskih radova, ako su ispunjeni odgovarajući uslovi pristupa, kolokacije i zajedničkog korišćenja, utvrđeni pravilnikom. Prema stavu 7. istog člana Zakona, Agencija svojom odlukom infrastrukturnom operatoru može utvrditi sledeće obaveze: primenu načela nediskriminacije i odobravanja pristupa svim operatorima korisnicima uz jednake uslove, primenu načela troškovne usmerenosti na osnovu troškova gradnje i održavanja elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme, uz primerenu stopu povrata na ulaganja, izradu i objavu standardne ponude pristupa i obavezu pregovaranja o pristupu s operatorima korisnicima. Infrastrukturni operator rešava zahteve operatora korisnika za pristup, kolokaciju i zajedničko korišćenje elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme prema redosledu prijema tih zahteva, ako raspoloživost slobodnog prostora u njegovoj infrastrukturi ne prelazi nivo utvrđen pravilnikom. Ako infrastrukturni operator odbije da sklopi ugovor (isti efekat ima i uskraćivanje odgovora na zahtev u roku od 30 dana) ili ne omogući operatoru-korisniku pristup, kolokaciju ili zajedničko korišćenje svoje elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme uz uslove iz stava 5. istog člana, Agencija će, na zahtev operatora korisnika, u roku od 30 dana od dana podnošenja toga zahteva, utvrditi postoje li odgovarajući uslovi iz stava 5. tog člana i, u slučaju da postoje, doneti odluku kojom se operatoru-korisniku omogućuju pristup, kolokacija ili zajedničko korišćenje elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme infrastrukturnog operatora.

Ako se pažljivije sagledaju odredbe hrvatskog zakonodavstva i uporede s rešenjima sadržanim u članu 44. EECC, lako se dolazi do zaključka da su ona potpuno usklađena i da, štaviše, veoma precizno uređuju institut zajedničkog korišćenja uz sledeće osnovne karakteristike:

- infrastrukturni operator ima obavezu da omogući operatoru-korisniku pristup i zajedničko korišćenje svoje elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme u zakonom predviđenim slučajevima i kada su ispunjeni uslovi predviđeni podzakonskim aktom koji donosi Agencija;

- podzakonskim aktom se regulišu način i uslovi pristupa, kolokacije i zajedničkog korišćenja elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme, nivo raspoloživosti slobodnog prostora u toj infrastrukturi i temeljne odrednice ugovora o pristupu, kolokaciji i zajedničkom korišćenju elektronske komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme;

- pre donošenja pravilnika, Agencija može sprovesti javno savetovanje, a može se savetovati i s nadležnim telima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u određenim područjima ako se takvo zajedničko korišćenje smatra potrebnim radi ostvarivanja zakonom predviđenih ciljeva;

- kolokacija i zajedničko korišćenje se u pojedinačnom slučaju uređuju ugovorom, pri čemu Agencija svojom odlukom infrastrukturnom operatoru može utvrditi određene obaveze koje se odnose na ugovor, a koje se sastoje u primeni načela nediskriminacije i odobravanja pristupa svim operatorima korisnicima uz jednake uslove, primeni načela troškovne usmerenosti uz primerenu stopu povrata na ulaganja, izradi i objavljivanju standardne ponude pristupa i obavezi pregovaranja o pristupu s operatorima korisnicima;

- ako infrastrukturni operator odbije da sklopi ugovor ili ne omogući operatoru-korisniku pristup, kolokaciju ili zajedničko korišćenje, Agencija će, na zahtev operatora korisnika, utvrditi da li postoje odgovarajući uslovi i, u slučaju da postoje, doneti odluku – upravni akt kojom se omogućuje pristup, kolokacija ili zajedničko korišćenje.

Zakon o elektronskim komunikacijama Crne Gore⁸ sadrži više članova kojima se uređuje institut zajedničkog korišćenja. Prema odredbama čl. 53–55. Zakona, predmet zajedničkog korišćenja mogu da budu elektronska komunikaciona infrastruktura i povezana oprema, ali ne i elektronska komunikaciona mreža. Članom 53. Zakona utvrđeno je da operator, u skladu sa raspoloživim kapacitetima, omogućava zajedničko korišćenje elemenata elektronske komunikacione infrastrukture i povezane opreme, radi racionalnog korišćenja prostora, zaštite životne sredine i zdravlja ljudi, bezbednosti, uređenja prostora i zaštite kulturnih dobara, izgradnje i korišćenja elektronske komunikacione mreže, elektronske komunikacione infrastrukture i povezane opreme. Istim članom je propisano da ako operator odbije zahtev za zajedničko korišćenje drugog operatora ili nije postignut dogovor o zajedničkom korišćenju, o zajedničkom korišćenju, na zahtev operatora, odlučuje Agencija. Članom 54. Zakona, čiji rubrum glasi „Dogovaranje o zajedničkom korišćenju”, uređuje se zajedničko korišćenje elektronske komunikacione infrastrukture i povezane opreme na nivou operatora, ali ne i operatora i trećih lica. Međusobna prava i obaveze operatora u zajedničkom korišćenju elektronske komunikacione infrastrukture i povezane opreme uređuju se ugovorom. Tim članom, između ostalog, Agenciji je dato ovlašćenje da naloži zajedničko korišćenje i odredi uslove i pravila za takvo korišćenje, ako operator nije podneo zahtev, a Agencija oceni da, radi zaštite prostora, životne sredine,

⁸ Zakon o elektronskim komunikacijama, *Službeni list CG*, br. 40/13, 56/13, 2/17, 49/19.

zdravlja ljudi, bezbednosti, zaštite kulturnih dobara ili racionalnog korišćenja zemljišta, treba obezbediti zajedničko korišćenje elektronske komunikacione infrastrukture i povezane opreme. U tom slučaju, Agencija je dužna da pre donošenja odluke sprovede postupak javnih konsultacija. Isti član Zakona sadrži i imperativnu normu da Agencija ne sme naložiti zajedničko korišćenje elektronske komunikacione infrastrukture i povezane opreme koje bi uticalo na stvarna prava trećeg lica, bez saglasnosti tog lica. Prema Zakonu, bliži uslovi i način zajedničkog korišćenja elektronske komunikacione infrastrukture i povezane opreme, kao i mere za povećanje raspoloživosti slobodnih kapaciteta u toj infrastrukturi, utvrđuju se propisom Agencije, uz saglasnost organa državne uprave nadležnog za zaštitu životne sredine i uređenje prostora. U skladu sa članom 55. Zakona, Agencija vodi evidenciju o vrsti, raspoloživosti i geografskoj lokaciji elektronske komunikacione infrastrukture i povezane opreme koja može biti od interesa za zajedničko korišćenje.

3. Kolokacija i zajedničko korišćenje u pozitivnom pravu Republike Srbije

Odredbama ZEK-a uređuje se institut zajedničkog korišćenja. Prema članu 51. tog zakona, operator ima pravo da zahteva zajedničko korišćenje (uključujući i fizičku kolokaciju) elemenata mreže, pripadajućih sredstava drugog operatora ili trećeg lica i nepokretnosti za čije korišćenje je drugi operator ili treće lice zasnovalo pravo službenosti ili nepokretnosti koja je pribavljena u postupku eksproprijacije, kada je to neophodno radi konkurentnog, ekonomičnog i efikasnog obavljanja delatnosti elektronskih komunikacija ili kada novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara (stav 1). Operator zaključuje ugovor sa drugim operatorom ili trećim licem, imaoceom prava raspolaganja, odnosno korišćenja elemenata mreže, pripadajućih sredstava i drugih nepokretnosti, kojim se bliže uređuju međusobna prava i obaveze u zajedničkom korišćenju, uključujući i raspodelu troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike (stav 2). Ako ugovor iz stava 2. tog člana ne bude zaključen u roku od 60 dana od dana podnošenja zahteva za zaključenje ugovora, Regulatorna agencija za elektronske komunikacije i poštanske usluge (u daljem tekstu: RATEL) ovlašćena je da, kada su ispunjeni uslovi iz stava 1. člana 51, na zahtev zainteresovane strane ili po službenoj dužnosti, donese rešenje kojim se utvrđuje zajedničko korišćenje, uključujući i raspodelu troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike (stav 3). Izložene odredbe zahtevaju dodatno tumačenje.

3.1. Stav 1.

Stavom 1. člana 51. ZEK-a uređena su tri pitanja – šta je predmet zajedničkog korišćenja, od koga se ono zahteva i kada se zajedničko korišćenje može zahtevati, tačnije koji uslovi moraju biti ispunjeni za zajedničko korišćenje.

Predmet zajedničkog korišćenja mogu biti elementi mreže, pripadajuća sredstva drugog operatora ili trećeg lica i određene nepokretnosti. Pojmovi elektronske mreže, a time i elemenata mreže i pripadajućih sredstava, određeni su odredbama ZEK-a (vidite dalji tekst). Iz odredbe čl. 51. st.1. ZEK-a proizlazi da predmet zajedničkog korišćenja, osim elemenata mreže i pripadajućih sredstava, može da bude i *nepokretnost*, dakle nepokretna stvar. Pojam nepokretnosti određen je u pravnom sistemu Srbije Zakonom o osnovama svojinskopравnih odnosa⁹ i Zakonom o prometu nepokretnosti.¹⁰ Prema članu 9. ZOSPO, fizička i pravna lica mogu imati pravo svojine na stambenim zgradama, stanovima, poslovnim zgradama, poslovnim prostorijama, poljoprivrednom zemljištu i drugim nepokretnostima, osim na prirodnim bogatstvima koja su u državnoj svojini (stav 1), a mogu imati pravo svojine i na pojedinim dobrima u opštoj upotrebi i na gradskom građevinskom zemljištu, u skladu sa zakonom, kao i na šumama i šumskom zemljištu – u granicama utvrđenim zakonom (stav 2). Prema članu 1. stav 2. ZPN, nepokretnosti, u smislu tog zakona, jesu: zemljište (poljoprivredno, građevinsko, šume i šumsko zemljište), zgrade (poslovne, stambene, stambeno-poslovne, ekonomske i dr.), drugi građevinski objekti i posebni delovi zgrada (stanovi, poslovne prostorije, garaže i garažna mesta) na kojima može postojati zasebno pravo svojine. Iako je pojam nepokretnosti u pravnom poretku Srbije određen izloženim odredbama, ipak se, što zbog činjenice da je taj pojam određen u smislu navedenih zakona, što zbog pravila jezičkog tumačenja prema kome se pojmovima u jednom zakonu mora dati značenje određeno odredbama tog zakona, pojam nepokretnosti u ZEK-u ne odnosi na sve pomenute vidove nepokretnih stvari. Naime, imajući u vidu da je pojam *pripadajućih sredstava*, na koja se zahtev za zajedničko korišćenje takođe može odnositi, određen članom 4. tačka 39. ZEK-a,¹¹ jasno je da u nepokretnosti u smislu člana 51. stav 1. ZEK-a spadaju samo one nepokretnosti koje nisu obuhvaćene pojmom pripadajućih sredstava, kao što su zemljište i građevinski objekti koji ne spadaju pod pojam zgrade ili delova zgrade (jer se delovi zgrade kao takvi mogu upotrebom *argumentum a maiori ad minus* smatrati pripadajućim sredstvima). Štaviše, ni sve takve nepokretnosti ne mogu biti predmet zahteva za zajedničko korišćenje. Naime, prema odredbi člana 51.

⁹ Zakon o osnovama svojinskopравnih odnosa – ZOSPO, *Službeni list SFRJ*, br. 6/80 i 36/90, *Službeni list SRJ*, br. 29/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005 – dr. zakon

¹⁰ Zakon o prometu nepokretnosti – ZPN, *Službeni glasnik RS*, br. 93/14, 121/14 i 6/15.

¹¹ U koja spadaju povezane usluge, fizička infrastruktura i druga sredstva ili elementi povezani sa elektronskom komunikacionom mrežom ili elektronskom komunikacionom uslugom, koji omogućavaju ili podržavaju pružanje usluga putem te mreže ili usluge ili se mogu iskoristiti u te svrhe, uključujući, između ostalog, zgrade ili ulaze u zgrade, kablovsku kanalizaciju i vodove u zgradama, antene, tornjeve i druge potporne objekte, provodne cevi i kanale, stubove, šahtove i razvodne ormare.

stav 1. ZEK-a, reč je samo o nepokretnostima za čije korišćenje je drugi operator ili treće lice zasnovalo pravo službenosti ili koje su pribavljene u postupku eksproprijacije. Dakle, postoje dva alternativno postavljena uslova za mogućnost da nepokretnost bude predmet zajedničkog korišćenja – da je nad nepokretnošću zasnovano pravo službenosti ili da je nepokretnost pribavljena u postupku eksproprijacije.

U pogledu prvog uslova (da je nad nepokretnošću zasnovano pravo službenosti) važno je istaći da iz odredbe ZEK-a sledi da je u pitanju lična službenost jer ZEK izričito propisuje da je drugi operator ili treće lice zasnovalo pravo službenosti. To je korišćenje, tačnije pravo upotrebe, koje je zasnovao drugi operator ili treće lice. Imajući u vidu da pravo upotrebe nastaje i prestaje prema pravilima koja važe za plodouživanje, u razmatranju tog uslova važno je istaći da se u ZOSPO samo nabrajaju lične službenosti uz upućivanje na njihovo regulisanje zakonom, te da zakon koji se odnosi na nastanak, sadržinu i prestanak plodouživanja (a time i prava upotrebe) još uvek nije donet i da se na lične službenosti još uvek primenjuju i pravila iz Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine! No, bilo kako bilo, u razmatranju tog uslova treba imati u vidu osnovno načelo *servitus servitutis esse non potest* prema kome ne može postojati službenost na službenosti, iz čega sledi i da titular nekog prava službenosti ne može iz tog svog prava da izdvoji manji skup ovlašćenja i ustanovi novu službenost u korist nekog drugog lica.

Drugi uslov za mogućnost da nepokretnost bude predmet zajedničkog korišćenja je da je nepokretnost pribavljena u postupku eksproprijacije. Inače, prema članu 3. Zakona o eksproprijaciji,¹² nepokretnostima u smislu toga zakona smatraju se zemljišta, zgrade i drugi građevinski objekti. Imajući u vidu da ZEKS poznaje dva vida eksproprijacije – potpunu, prema kojoj se danom pravnosnažnosti rešenja o eksproprijaciji menja sopstvenik na ekspropriisanoj nepokretnosti, i nepotpunu, koja podrazumeva da se može ustanoviti i službenost na nepokretnosti ili zakup na zemljištu na određeno vreme, jasno je da se drugi uslov za zajedničko korišćenje nepokretnosti odnosi na potpunu eksproprijaciju. Naime, ako je nepokretnost pribavljena u postupku eksproprijacije, onda je jasno da je sopstvenik te nepokretnosti promenjen, tačnije da ju je novi sopstvenik pribavio i da je novi sopstvenik drugi operator ili treće lice u smislu ZEK-a.

Osim od operatora, zajedničko korišćenje se može zahtevati i od „trećih lica”, pa se nameće pitanje koja su lica obuhvaćena tim pojmom. Načelno posmatrano, to mogu biti sva fizička i pravna lica. Međutim, budući da iz relevantnih odredaba ZEK-a proizilazi da se zajedničko korišćenje može zahtevati i od drugog operatora, *a contrario* u treća lica ne mogu spadati operatori. Takođe, imajući u vidu da se zahtev za zajedničko korišćenje odnosi na elemente mreže i pripadajuća sredstva trećih lica koja se u odredbi navode u genitivu, jasno je da je reč o trećim licima koja imaju svojину nad tim elementima i pripadajućim sredstvima. U kontekstu eksproprijacije, a imajući u vidu da je odredbama ZEKS-a pro-

¹² Zakon o eksproprijaciji – ZEKS, *Službeni glasnik RS*, br. 53/95, *Službeni list SRJ*, br. 16/01 – odluka SUS i *Službeni glasnik RS*, br. 20/09, 55/13 – odluka US i 106/16 – autentično tumačenje.

pisano da se eksproprijacija može vršiti za potrebe Republike Srbije, autonomne pokrajine, grada, grada Beograda, opštine, javnih fondova, javnih preduzeća, privrednih društava koja su osnovana od javnih preduzeća i za potrebe privrednih društava sa većinskim državnim kapitalom osnovanih od Republike Srbije, autonomne pokrajine, grada, grada Beograda ili opštine, ako zakonom nije drukčije određeno (član 8. stav 1. ZEK-a) i da predlog za eksproprijaciju može podneti korisnik eksproprijacije tek pošto je u skladu sa tim zakonom utvrđen javni interes za eksproprijaciju nepokretnosti, jasno je da novi sopstvenik u slučaju potpune eksproprijacije mogu biti samo Republika Srbija, autonomne pokrajine, gradovi, grad Beograd, opštine, javni fondovi, javna preduzeća, privredna društva koja su osnovana od javnih preduzeća i privredna društva sa većinskim državnim kapitalom osnovana od Republike Srbije, autonomne pokrajine, grada, grada Beograda ili opštine. S druge, pak, strane, imajući u vidu izloženu odredbu člana 51. stav 1. ZEK-a prema kojoj su u tom slučaju zahteva za zajedničko korišćenje drugi operator ili treće lice pribavili nepokretnosti u postupku eksproprijacije, jasno je da bi drugi operator u tom kontekstu mogla biti samo ona lica koja su osnovana kao javna preduzeća, odnosno privredna društva koja su osnovana od javnih preduzeća i privredna društva sa većinskim državnim kapitalom osnovana od Republike Srbije, autonomne pokrajine, grada, grada Beograda ili opštine i koji su u postupku eksproprijacije pribavili zemljišta, jer su zgrade i drugi građevinski objekti koje ZEK navodi kao mogući predmet eksproprijacije već obuhvaćeni pojmom pripadajućih sredstava u smislu ZEK-a. Štaviše, imajući u vidu da iz Zakona o budžetskom sistemu¹³ proističe da javni fondovi mogu biti vanbudžetski, koji, prema tom zakonu, obuhvataju pravna lica osnovana zakonom koja se finansiraju iz specifičnih poreza, namenskih doprinosa i neporeskih prihoda (Republički fond za zdravstveno osiguranje, Fond za socijalno osiguranje vojnih osiguranika itd.), i budžetski fondovi, koji i nemaju svojstvo pravnog lica, kao i uzimajući u obzir regulativu u oblasti elektronskih komunikacija, jasno je da drugi operatori koji su stekli pravo svojine u postupku eksproprijacije mogu biti samo privredna društva koja su osnovana od javnih preduzeća i privredna društva s većinskim državnim kapitalom, a to se, prema postojećem stanju stvari, odnosi samo na operatora Telekom Srbija a.d. S druge strane, treća lica, u kontekstu navedenih zakonskih odredaba, koja su u postupku eksproprijacije pribavila nepokretnost mogu biti svi pomenuti subjekti. Međutim, ako bi se pojam eksproprijacije sadržan u odredbi člana 51. stav 1. ZEK-a doveo u sistemsku vezu s preostalim odredbama tog zakona, a naročito s odredbom člana 49. ZEK-a prema kojoj se javni interes može utvrditi za eksproprijaciju nepokretnosti ali samo radi izgradnje i postavljanja elektronskih komunikacionih mreža i pripadajućih sredstava, i to u skladu sa zakonom kojim se uređuje eksproprijacija, onda bi se moglo zaključiti da ni ti subjekti u celini i/ili apstraktno ne bi mogli biti smatrani trećim licima, tačnije da

¹³ Zakon o budžetskom sistemu, *Službeni glasnik RS*, br. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – ispr., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – dr. zakon, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020, 118/2021, 138/2022 i 118/2021 – dr. zakon

bi „treća lica” u tom kontekstu mogla biti Republika Srbija, autonomne pokrajine, gradovi, grad Beograd, opštine, javni fondovi, javna preduzeća, privredna društva koja su osnovana od javnih preduzeća i privredna društva sa većinskim državnim kapitalom osnovana od Republike Srbije, autonomne pokrajine, grada, grada Beograda ili opštine, ali samo ako je eksproprijacija izvršena radi izgradnje i postavljanja elektronskih komunikacionih mreža i pripadajućih sredstava.

Prema članu 51. stav 1. ZEK-a, operator ima pravo da zahteva zajedničko korišćenje kada je to *neophodno zbog konkurentnog, ekonomičnog i efikasnog obavljanja delatnosti elektronskih komunikacija ili kada novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara*. To su dva alternativno postavljena uslova – 1. kada je to neophodno zbog konkurentnog, ekonomičnog i efikasnog obavljanja delatnosti elektronskih komunikacija ili 2. kada novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara. Iz prvog uslova proizilazi da zajedničko korišćenje mora biti neophodno, dakle ključno, važno, odnosno nužno da bi obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija bilo konkurentno, ekonomično i efikasno. Taj uslov sadrži tri kriterijuma, odnosno elementa (konkurentno, ekonomično i efikasno obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija), koji su kumulativno postavljene, što znači da svaki od njih mora da bude ostvaren da bi se uredilo, odnosno utvrdilo zajedničko korišćenje. ZEK ne sadrži odredbe kojima se uređuje značenje pojmova konkurentno, ekonomično i efikasno obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija, već u članu 3. kao cilj i načelo regulisanja odnosa u oblasti elektronskih komunikacija utvrđuje podsticanje konkurencije, ekonomičnosti i delotvornosti u obavljanju delatnosti elektronskih komunikacija, na tehnološki neutralnoj osnovi. Reč je zapravo o jednom pravnom standardu čiji se sadržaj može utvrditi tek kada se primeni na određenu konkretnu situaciju. Prema drugom uslovu člana 51. stav 1. ZEK-a, operator ima pravo da zahteva zajedničko korišćenje kada novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara. Inače, prema relevantnom podzakonskom okviru, elektronska komunikaciona mreža i pripadajuća infrastruktura u poslovnim i stambenim objektima dimenzionišu se za potrebe zajedničkog korišćenja više operatora, tako da je svim zainteresovanim operatorima omogućen pristup uz ravnopravne i nediskriminatorne uslove, čime se promoviše multioperatorski rad u vertikalnom segmentu mreže za pristup i stvaraju uslovi za razvoj konkurentnog tržišta.¹⁴ Izostanak mogućnosti izgradnje ili postavljanja nove elektronske komunikacione mreže i pripadajućih sredstava

¹⁴ M. Janković, M. Arsekić Kraković, B. Jovalekić, „Regulatorni i tehnički izazovi u vertikalnom segmentu mreže za pristup”, *Telekomunikacije* 11/2013, http://www.telekomunikacije.rs/aktuelni_broj/dr_milan_jankovic,_mr_mirjana_arskickrakovic,_branislav_jovalekic:_regulatorni_i_tehnicky_izazovi_u_vertikalnom_segmetu_mre_dje_za_pristup.497.html, 21. maj 2022.

mora biti posledica neminovnosti nastupanja štetnih posledica u određenim situacijama i/ili oblastima društvenog života koje su određene kriterijumima životne sredine, javne bezbednosti, realizacije prostornih planova ili očuvanja kulturnih dobara. Uslov nemogućnosti izgradnje ili postavljanja mreže i pripadajućih sredstava zbog neminovnosti nastupanja štetnih posledica alternativno je postavljen, tačnije dovoljno je da nije moguće izgraditi ili postaviti mrežu i pripadajuća sredstva zbog štetnih posledica po životnu sredinu, po javnu bezbednost, po realizaciju prostornih planova ili po očuvanje kulturnih dobara. Prema članu 42. ZEK-a, elektronske komunikacione mreže i pripadajuća sredstva se grade ili postavljaju u skladu sa zakonom kojim se uređuju prostorno planiranje i izgradnja, propisima kojima se uređuju oblast zaštite životne sredine i oblast zaštite kulturnih dobara. Primetno je da u tom članu ZEK-a nije spomenuta oblast javne bezbednosti. Imajući u vidu ovlašćenja RATEL-a vezana za institut zajedničkog korišćenja i činjenicu da prema članu 51. stav 3. ZEK-a donošenju rešenja kojim se utvrđuje zajedničko korišćenje prethodi ispunjenost uslova za takvo korišćenje, jasno je da ocenu ispunjenosti uslova eventualnog nastupanja štetnih posledica ne može dati RATEL već drugi nadležni organi u skladu s propisima kojima su uređene oblasti prostornog planiranja i izgradnje, zaštite životne sredine, javne bezbednosti i zaštite kulturnih dobara.

3.2. Stav 2.

Prema st. 2. čl. 51. ZEK-a, operator *zaključuje* ugovor sa drugim operatorom ili trećim licem, imaoceom prava raspolaganja, odnosno korišćenja elemenata mreže, pripadajućih sredstava i drugih nepokretnosti, kojim se bliže uređuju međusobna prava i obaveze u zajedničkom korišćenju, uključujući i raspodelu troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike. Zaključenjem takvog ugovora zasniva se obligacionopravni odnos između ugovornih strana na koji se primenjuje Zakon o obligacionim odnosima.¹⁵ Imajući u vidu izloženu formulaciju, moglo bi se postaviti pitanje da li je posredi zakonska obaveza zaključenja ugovora na strani operatora ili trećeg lica imaooca prava raspolaganja, odnosno korišćenja elemenata mreže, pripadajućih sredstava i drugih nepokretnosti. Imajući u vidu da je stavom 3. istog člana predviđena solucija za situaciju da ugovor ne bude zaključen, jasno je da je za takav odnos relevantno načelo autonomije volje ugovornih strana, tačnije da su strane u tom obligacionom odnosu slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji. Budući da operator, prema članu 51. stav 1. ZEK-a, ima pravo da podnese zahtev za zajedničko korišćenje drugom operatoru ili trećem licu i da iz stava 2. tog člana proizilazi da je bitan sastojak ugovora o zajedničkom korišće-

¹⁵ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SFRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

nju raspodela troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezanu riziku, logično je da će zaključenju ugovora o zajedničkom korišćenju prethoditi pregovori o zaključenju ugovora i/ili ponuda, odnosno predlog za zaključenje ugovora koji, prema ZOO, mora da sadrži sve bitne sastojke ugovora tako da bi se njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor (što je od značaja za tumačenje stava 3. člana 51. ZEK-a – videti dalji tekst).

3.3. Stav 3.

U slučaju da obligacionopravni ugovor o zajedničkom korišćenju čije je zaključivanje predviđeno stavom 2. člana 51. ZEK-a ne bude zaključen u roku od 60 dana od dana podnošenja zahteva, RATEL je ovlašćen da *na zahtev zainteresovane strane ili po službenoj dužnosti rešenjem utvrdi zajedničko korišćenje*. Iz te zakonske formulacije sledi zaključak da je zakonodavac predvideo da se u slučaju izostanka ugovornog regulisanja jedna pojedinačna životna situacija koja je po svojoj pravnoj prirodi građanskopravna – ugovorna stvar, pretvara u upravnu stvar! Prema važećem zakonskom određenju, upravna stvar je pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizilazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi (član 5. Zakona o upravnim sporovima),¹⁶ odnosno, nešto šire, pojedinačna situacija u kojoj organ, neposredno primenjujući zakone, druge propise i opšte akte, pravno ili faktički utiče na položaj stranke tako što donosi upravne i garantne akte, zaključuje upravne ugovore, preuzima upravne radnje i pruža javne usluge (član 2. stav 1. Zakona o opštem upravnom postupku¹⁷). Suštinska obeležja upravne stvari jesu konkretnost, nespornost, postojanje javnog interesa i neophodnost autoritativnog uređivanja pojedinačnim pravnim aktom. Tako shvaćena, upravna stvar se kvalitativno razlikuje od ugovorne stvari u kojoj se ponašanje takođe uređuje dispozicijom, ali na osnovu autonomije volja i ravnopravnosti stranaka, tačnije dvostranim pravnim poslom – ugovorom građanskopravne prirode.¹⁸ U tom smislu, ovlašćenje RATEL-a da, kada su ispunjeni uslovi iz stava 1. člana 51, na zahtev zainteresovane strane ili po službenoj dužnosti, donese rešenje kojim se utvrđuje zajedničko korišćenje predstavlja svojevrsno konvertovanje ugovorne u upravnu stvar i otvoreno je pitanje da li je takvo zakonsko rešenje u skladu s načelom autonomije volje stranaka.

Štaviše, čak i kada bi se zanemarile izložene opaske, trebalo bi ukazati i na još jedno, donekle sporno rešenje koje je sadržano u odredbi člana 51. stav 3. ZEK-a. Naime, RATEL je ovlašćen da rešenjem utvrdi zajedničko korišćenje *na*

¹⁶ Zakon o upravnim sporovima – ZUS, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2009

¹⁷ Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016 i 95/2018 – autentično tumačenje.

¹⁸ D. Milkov, *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, Pravni fakultet Novi Sad, Novi Sad 2010, 22; P. Kunić, *Upravno pravo, Opšti i posebni dio*, Pravni fakultet u Banja Luci, Banja Luka 2001, 359.

zahtev zainteresovane strane ili po službenoj dužnosti. Takvo rešenje nije u skladu sa članom 90. ZUP-a, iz koga proističe da organ pokreće postupak po jednom od dva moguća osnova u jednoj vrsti upravnog postupka – ili po službenoj dužnosti ili na zahtev stranke – i nesumnjivo predstavlja svojevrsnu pravnu nelogičnost. Dakle, imajući u vidu predmet posebnog upravnog postupka predviđenog članom 51. stav 3. ZEK-a, jedini logičan način pokretanja postupka bio bi na zahtev zainteresovane strane (stranke). No, čak i kada bi se izloženi zaključak prenebregnuo, ostalo bi otvoreno pitanje na koji način bi RATEL mogao po službenoj dužnosti da pokrene takav postupak. Naime, prema članu 90. stav 2. ZUP-a, organ pokreće postupak po službenoj dužnosti kada je to propisom određeno ili kada organ utvrdi ili sazna da je, s obzirom na činjenično stanje, neophodno zaštititi javni interes. Zahtev iz člana 90. stav 2. ZUP-a da se postupak pokreće po službenoj dužnosti kada je to propisom određeno *podrazumeva da je imperativnom, kogentnom normom organ obavezan da pokrene postupak*,¹⁹ što prema člana 51. stav 3. ZEK-a nije slučaj, jer je RATEL *ovlašćen* da po službenoj dužnosti pokrene postupak. Drugim rečima, RATEL to može, ali i da ne mora da učini. Takođe, ni zahtev iz člana 90. stav 2. ZUP-a da organ pokreće postupak kada utvrdi ili sazna da je, s obzirom na činjenično stanje, neophodno zaštititi javni interes, dakle kada je posredi ocena organa, a sa ciljem zaštite određenog javnog interesa, možda nije potpuno primenljiv u situaciji predviđenoj članom 51. stav 3. ZEK-a, jer ne samo da je otvoreno pitanje da li se izostanak zaključivanja jednog obligacionopravnog ugovora može smatrati javnim interesom već i zbog toga što je praktično veoma teško da RATEL, bez obaveštenja a time i zahteva zainteresovane strane, utvrdi ili sazna da je, s obzirom na činjenično stanje, neophodno zaštititi javni interes.

Osim što utvrđuje zajedničko korišćenje, RATEL svojim rešenjem *obavezno* odlučuje i o raspodeli troškova takvog korišćenja jer zakonska odredba jasno upućuje da utvrđivanje zajedničkog korišćenja uključuje i raspodelu troškova. Odluka o raspodeli troškova trebalo bi da bude doneta uzimanjem u obzir tri kumulativno postavljena kriterijuma – 1. prethodnih ulaganja, 2. podsticanja daljih ulaganja i 3. mogućnosti povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike. Ostavljajući po strani veoma važno pitanje na koji bi način RATEL, čije nadležnosti²⁰ (a sledstveno tome verovatno ni kapaciteti) ne obuhvataju problematiku sagledavanja troškova i eventualnih rizika, uopšte mogao da odlučuje na osnovu tih kriterijuma (pri čemu bi takvo odlučivanje neizostavno moralo biti

¹⁹ Z. Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2019, 429.

²⁰ Prema čl. 6. ZEK-a, RATEL: 1) donosi podzakonske akte; 2) odlučuje o pravima i obavezama operatora i korisnika; 3) saraduje sa organima i organizacijama nadležnim za oblast radiodifuzije, zaštite konkurencije, zaštite potrošača, zaštite podataka o ličnosti i drugim organima i organizacijama po pitanjima značajnim za oblast elektronskih komunikacija; 4) saraduje sa nadležnim regulatornim i stručnim telima država članica Evropske unije i drugih država radi usaglašavanja prakse primene propisa iz oblasti elektronskih komunikacija i podsticanja razvoja prekograničnih elektronskih komunikacionih mreža i usluga; 5) učestvuje u radu međunarodnih organizacija i institucija u oblasti elektronskih komunikacija u svojstvu nacionalnog regulatornog tela u oblasti elektronskih komunikacija; 5a) obavlja regulatorne i druge poslove iz oblasti poštanskih usluga, u skladu sa posebnim zakonom kojim se uređuju poštanske usluge; 6) obavlja druge poslove u skladu sa zakonom.

argumentovano u obrazloženju rešenja o zajedničkom korišćenju i impliciralo bi usmenu raspravu u postupku), nesumnjivo je jasno da upravno odlučivanje o raspodeli troškova zajedničkog korišćenja između operatora, a na osnovu utvrđenih kriterijuma, nosi izvestan rizik eventualnog prouzrokovanja štete, naročito operatoru koji je imalac prava raspolaganja, odnosno korišćenja elemenata mreže, pripadajućih sredstava i drugih nepokretnosti, naprosto zbog toga što neadekvatno utvrđivanje raspodele troškova ili utvrđivanje raspodele troškova koje u obzir ne bi uzelo sve te kriterijume, samo po sebi, već može značiti štetu po jednog operatora jer je rešenje RATEL-a, po prirodi stvari, izvršno. Takvo odlučivanje RATEL-a nameće dva značajna pitanja – 1. odgovornost za takvu štetu i 2. pravni postupak u kojem bi se o visini i naknadi takve štete moglo odlučivati.²¹

4. Zaključak

Analiza predočena u ovom radu nameće zaključak da zakonska rešenja o kolokaciji i zajedničkom korišćenju u pravnom sistemu Republike Srbije nisu u svemu usklađeni s pravom EU i uporednim rešenjima i da nemaju sistemski kvalitet. Taj zaključak se odnosi i na *ratione personae* i na *ratione materie* aspekte tog pravnog instituta. Naime, prema pojedinim rešenjima, zajedničko korišćenje se ne može zahtevati od trećih lica koja imaju pravo svojine, a u Republici Srbiji je to omogućeno čak i trećim licima koja imaju pravo službenosti, što protivreči samoj suštini pravnog instituta službenosti. Takođe, uslovi, a naročito postupak odlučivanja o zajedničkom korišćenju koji u konačnici može dovesti do konvertovanja građanskopravne – ugovorne stvari u upravnu stvar i upravnoopravnog odlučivanja o zajedničkom korišćenju preciznije su postavljeni u pravu EU i uporednom pravu, jer obuhvataju javne konsultacije i preciznije podzakonsko regulisanje, što je u pravu Republike Srbije izostalo. Na taj način, konvertovanje građanskopravne – ugovorne stvari u upravnu stvar poprima elemente i diskrecionog odlučivanja, a čitav niz pitanja u vezi s upravnopravnim odlučivanjem o takvom korišćenju, počevši od utvrđivanja javnog interesa, putem načina pokretanja upravnog postupka, pa sve do implikacija takvog odlučivanja na naknadu štete, ostavlja otvorenim. U tom smislu, budućim izmenama ZEK-a taj institut bi trebalo preciznije urediti i u svemu uskladiti s novim regulatornim okvirom u pravu EU, s određenim aspektima sadržanim u uporednopravnim rešenjima, a naročito sa sistemskim rešenjima ZUP-a, čime bi se i pomanjkanje sistemskog kvaliteta postojećih domaćih rešenja, naročito u upravnopravnim aspektima tog instituta, u velikoj meri prevazišlo.

²¹ V. Đurić, J. Čeranić Perišić, „Naknada štete u slučaju upravnog utvrđivanja zajedničkog korišćenja u oblasti elektronskih komunikacija”, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*, Zbornik radova sa XXV međunarodne naučne konferencije, (ur. Z. Petrović, V. Čolović, N. Mrvić Petrović), Udruženje za odštetno pravo, Institut za uporedno pravo, Pravosudna akademija i Intermeks, Beograd – Valjevo 2022, 206, 207.

Literatura

- Cvetković T., Tintor V., *Regulativa elektronskih komunikacija*, Visoka škola elektrotehnike i računarstva, Beograd 2019.
- Đurić V., Čeranić Perišić J., „Naknada štete u slučaju upravnog utvrđivanja zajedničkog korišćenja u oblasti elektronskih komunikacija”, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*, Zbornik radova sa XXV međunarodne naučne konferencije, ur. Z. Petrović, V. Čolović, N. Mrvić Petrović, Udruženje za odštetno pravo, Institut za uporedno pravo, Pravosudna akademija i Intermeks, Beograd – Valjevo 2022, 201–214.
- Kunić P., *Upravno pravo, Opšti i posebni dio*, Pravni fakultet u Banja Luci, Banja Luka 2001.
- Milkov D., *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, Pravni fakultet Novi Sad, Novi Sad 2010.
- Tomić Z., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2019.
- Turudić M., „Novine u sustavu upravnosudske zaštite od pojedinačnih akata HAKOM-a”, *Zagrebačka pravna revija* 3, 1/2014, 81–104.
- Šuput D., Pravno uređivanje elektronskih komunikacija – Regulatorni okvir EU i propisi država zapadnog Balkana, *Strani pravni život* 58, 2/2014, 175–189.

Propisi i drugi akti

- Zakon o elektronskim komunikacijama, *Službeni glasnik RS* br. 44/2010, 60/2013 – odluka US, 62/2014 i 95/2018 – dr. zakon.
- Zakon o elektroničkim komunikacijama, *Narodne novine*, br. 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14 i 72/17.
- Zakon o elektroničkim komunikacijama, *Narodne novine*, br. 76/22.
- Zakon o elektronskim komunikacijama, *Službeni list CG*, br. 40/13, 56/13, 2/17, 49/19.
- Zakon o budžetskom sistemu, *Službeni glasnik RS*, br. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – ispr., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – dr. zakon, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020, 118/2021, 138/2022 i 118/2021 – dr. zakon
- Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 december 2018 establishing the European Electronic Communications Code, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018L1972&from=EN>, 28. septembar 2022.
- Zakon o osnovama svojinskoopravnih odnosa, *Službeni list SFRJ*, br. 6/80 i 36/90, *Službeni list SRJ*, br. 29/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005 – dr. Zakon.

Zakon o prometu nepokretnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 93/14, 121/14 i 6/15.

Zakon o eksproprijaciji, *Službeni glasnik RS*, br. 53/95, *Službeni list SRJ*, br. 16/01 – odluka SUS i *Službeni glasnik RS*, br. 20/09, 55/13 – odluka US i 106/16 – autentično tumačenje.

Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SFRJ*, br. 31/93, “Sl. list SCG”, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS* br. 18/2020.

Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2009.

Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS* br. 18/2016 i 95/2018 – autentično tumačenje.

Internet izvori

Janković M., Arsekić Kraković M., Jovalekić B., Regulatorni i tehnički izazovi u vertikalnom segmentu mreže za pristup, *Telekomunikacije* 11/2013, http://www.telekomunikacije.rs/aktuelni_broj/dr_milan_jankovic,_mr_mirjana_arsenic-kraovic,_branislav_jovalekic:_regulatorni_i_tehnicky_izazovi_u_vertikalnom_segmentu_mredje_za_pristup.497.html, 21. maj 2022.

Vladimir Đurić, PhD

Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law Belgrade

**CO-LOCATION AND SHARING OF NETWORK ELEMENTS
IN THE LAW OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS
– Administrative law aspects –**

Summary

Co-location and sharing of network elements in the field of electronic communications means that one or more operators use the same resources and means (usually infrastructure and related equipment) in order to provide services to end users. This paper specifically analyzes the solution introduced into the legal system of the Republic of Serbia by the Law on Electronic Communications 2010. The conclusion is that legal solutions on collocation and sharing of network elements in the legal system of the Republic of Serbia are not fully harmonized with EU law and don't have systemic quality, especially in the administrative law sense.

Key words: Collocation, sharing of network elements, administrative law.

OSVRT NA PRAVNI OKVIR ELEKTRONSKE UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI**

Apstrakt

Rad je posvećen analizi strateškog i zakonskog okvira elektronske uprave u Srbiji. Autor će pokušati da pruži sveobuhvatan uvid u pravne norme koje stvaraju normativnu bazu za uspostavljanje praktičnih projekata elektronske uprave. Začeci uvođenja informaciono-komunikacionih tehnologija u rad organa uprave javljaju se istovremeno sa temeljnom i sveobuhvatnom reformom državne uprave, koja je započeta nekoliko godina nakon demokratskih promena 2000. godine. Kako elektronska uprava predstavlja relativno novu pojavu u pravnom sistemu Srbije, pravnom analizom će biti obuhvaćeni i sami počeci njenog uvođenja u domaći pravni sistem. Kao izuzetno razgranata pojava, elektronska uprava je uređena nizom posebnih zakona. Naravno, osnovni zakon u toj oblasti u Srbiji je Zakon o elektronskoj upravi. Veliki značaj za primenu instituta i pravila u vezi sa elektronskom upravom ima i Zakon o opštem upravnom postupku. Osim toga, u zakonima kojima se uređuju posebne upravne oblasti mogu se pronaći brojni instituti i pojavni oblici elektronske uprave.

Ključne reči: elektronska uprava, državna uprava, javne usluge, informaciono društvo, strateški dokumenti.

1. Uvodne napomene

Ovaj rad je prevashodno posvećen pravnim aspektima elektronske uprave, pa su osnovni predmet našeg istraživanja pravne norme koje se na nju odnose. Prema tome, istraživanje će biti posvećeno analizi strateškog i zakonskog okvira elektronske uprave u Srbiji. Na taj način, pokušaćemo da pružimo sveobuhvatan pristup pravnim normama koje stvaraju normativnu bazu za uspostavljanje praktičnih projekata elektronske uprave. S obzirom na činjenicu da je elektronska uprava novina u našem pravnom sistemu, pravnom analizom će biti obuhvaćeni i početni oblici uvođenja u naše zakonodavstvo.

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, zjovanovic@jura.kg.ac.rs

** Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu za 2022. godinu koji se finansira iz sredstava Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

2. Strateški dokumenti u vezi sa elektronskom upravom u Srbiji

2.1. Strategija reforme državne uprave iz 2004. godine

Uvođenje informaciono-komunikacionih tehnologija u rad organa uprave javlja se uporedo sa reformom državne uprave, koja je započeta nekoliko godina nakon demokratskih promena. Naime, Vlada Republike Srbije je 2004. godine usvojila strateški dokument pod nazivom Strategija reforme državne uprave u Republici Srbiji.¹ Ključni cilj Strategije bio je da se državna uprava unapredi, usavrši, modernizuje i pripremi za izazove evropskih integracija, ali i sveopšti društveni napredak. Osnovne oblasti reforme odnosile su se na decentralizaciju, profesionalizaciju, depolitizaciju, racionalizaciju, koordinaciju javnih politika, unapređenje kontrolnih mehanizama i, samim tim, modernizaciju celokupne državne uprave u Srbiji. Kako bi Strategija zaista i zaživela u praksi, usvojeni su i akcioni planovi za njenu realizaciju, i to za periode 2004–2008. i 2009–2012. godine.

Modernizacija i profesionalizacija, kao neke od osnovnih reformskih oblasti, tiču se digitalizacije državne uprave, odnosno potrebe uvođenja informaciono-komunikacionih tehnologija u rad državne uprave. U narednim godinama, radi sprovođenja reformi, usvojeni su brojni propisi koji su se odnosili na elektronski potpis, elektronski dokument i elektronsku komunikaciju. Osim toga, zakonima i drugim propisima stvaran je prostor za uvođenje informaciono-komunikacionih tehnologija u posebne oblasti upravnog delovanja i društvenog života. Tokom reformskog perioda elektronska uprava se istakla kao jedan od najvažnijih reformskih elemenata. Na osnovu analize postojećeg okvira i potencijala elektronske uprave, konstatovani su nedostaci i neophodna tehnička podrška za njeno uspostavljanje u punom kapacitetu. U tom reformskom periodu, Srbija je usvojila Uredbu o elektronskom kancelarijskom poslovanju,² zajedno sa Uputstvom za primenu Uredbe.

2.2. Strategija razvoja elektronske uprave u Srbiji za period od 2009. do 2013. godine

Na temelju pomenute Strategije reforme državne uprave i Strategije razvoja informacionog društva u Republici Srbiji,³ ukazala se potreba za novim strateškim dokumentima čiji će biti fokusirani isključivo ka digitalizaciji. „Koncept i vizija elektronske uprave zacrtani Strategijom razvoja informacionog društva predstavljaju osnovu za načela i prioritete razvoja elektronske uprave definisane Strategijom. Jedna od ključnih oblasti Strategije reforme državne uprave jeste oblast uvođenja informacionih tehnologija, što je u funkciji realizacije osnovnih principa Strategije reforme državne uprave, kao što su modernizacija i racionalizacija. Principi

¹ Strategija reforme državne uprave u Republici Srbiji iz 2004. godine, <http://www.gs.gov.rs/lat/strategije-vs.html>, 30. jun 2022.

² Uredba o elektronskom kancelarijskom poslovanju organa državne uprave, *Službeni glasnik RS*, br. 40/10.

³ Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji, *Službeni glasnik RS*, br. 87/06.

Strategije reforme državne uprave i strateška opredeljenja u oblasti uvođenja informacionih tehnologija predstavljaju polaznu osnovu na kojoj se zasnivaju ciljevi ove strategije.”⁴ Zbog toga je 2009. godine usvojen prvi strateški dokument koji je u celini posvećen pitanjima elektronske uprave – Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji (2009–2013).

U Strategiji je konstatovan parcijalni razvoj elektronske uprave u pojedinim oblastima društvenog života i potreba za daljim razvojem elektronske uprave, i zbog zadovoljavanja potreba građana i privrednih subjekata i zbog ispunjavanja međunarodnih obaveza u vezi sa priključivanjem Evropskoj uniji. Kao osnovni izazovi u zakonodavstvu i praksi identifikovani su nedovoljna razvijenost računarsko-komunikacione mreže i službenih evidencija u digitalnom obliku i potreba usaglašavanja delovanja organa javne vlasti u vezi sa informacionim sistemima koje koriste. Osim toga, kao poseban izazov istaknut je nedostatak kompetentnih kadrova koji bi mogli da odgovore potrebama daljeg razvoja elektronske uprave.

Zbog toga, kao deo vizije razvoja elektronske uprave konstatovani su sledeći ciljevi: 1) visoko zadovoljstvo korisnika javnim uslugama; 2) svi građani imaju koristi od e-uprave; 3) smanjenje tereta administracije za privredne subjekte i za građane; 4) povećanje efikasnosti javne uprave upotrebom IKT; 5) prekogranična interoperabilnost, posebno sa zemljama EU; 6) pozitivan uticaj na slobodu kretanja ljudi, roba, kapitala i usluga; 7) uvećanje transparentnosti i odgovornosti inovativnom upotrebom IKT; 8) jačanje participacije građana u demokratskom odlučivanju; 9) zaštita privatnosti i bezbednost.⁵

Konkretna razrada tih ciljeva Strategije razrađena je Akcionim planom za njeno sprovođenje kojim su postavljeni prioriteti elektronske uprave, neophodne aktivnosti i subjekti koji su zaduženi za njihovo izvršavanje i predviđeni rokovi za ostvarivanje ciljeva.

Za razvoj elektronske uprave važna je 2014. godina kada je Ministarstvo spoljne i unutrašnje trgovine i telekomunikacija usvojilo Nacionalni okvir interoperabilnosti. Nacionalnim okvirom interoperabilnosti ukazano je na potrebu još većeg uvođenja elektronske uprave u rad organa javne vlasti u Srbiji. U tom procesu značajnu ulogu ima i interoperabilnost, kao ključni element kvalitetne komunikacije, efikasnog pružanja usluga i brze razmene informacija organa javne uprave.⁶

2.3. Strategija reforme javne uprave iz 2014. godine

Promene koje su započete reformom državne uprave nastavile su se u pravcu modernizacije i razvoja celokupne javne uprave. Zbog toga je 2014. godine

⁴ Vid. Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2015, Uvod.

⁵ Vid. Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine, deo 2, odeljak 1.

⁶ Z. Jovanović, „Stvaranje moderne i funkcionalne e-uprave sa posebnim osvrtom na interoperabilnost u Republici Srbiji”, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava*, zbornik radova (ur. Miodrag Mićović), knjiga VIII, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2017, 326–332.

usvojena Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji.⁷ Jedno od osnovnih poglavlja Strategije odnosilo se na razvoj elektronske uprave.

Razvoj elektronske uprave je povezan sa razvojem javne uprave, koju je trebalo razviti na nekoliko nivoa. „Najpre, to je uspostavljanje i kvalitetnije vođenje evidencija, veća pouzdanost i ažurnost podataka, međusobna povezanost i razmena podataka. U vezi sa tim, elektronska uprava je od značaja za strateško planiranje, oblikovanje javnih politika i praćenje njihovog sprovođenja, lakše utvrđivanje činjeničnog stanja, praćenje toka predmeta i evidencija donetih odluka pri vođenju upravnog postupka i postupka inspeksijskog nadzora, praćenju upravne i upravnosudske prakse. Pored toga, e-uprava je od značaja za vođenje evidencije o organima i organizacijama javne uprave, zaposlenih (sa podacima o konkursima, postupcima prijema u službu, kompetencijama, znanjima i veštinama, stručnom usavršavanju, napredovanju u službi, prestanku radnog odnosa).”⁸

Efikasnost i ekonomičnost obavljanja poslova organa javne uprave i pružanje javnih usluga građanima i pravnim licima osnovni su ciljevi uvođenja informaciono-komunikacionih tehnologija u rad uprave. Kako bi se to ostvarilo, u Strategiji je ukazano na potrebu stvaranja elektronske magistrale (magistralna mreža) državnih organa sa ciljem razmene informacija, podataka i dokumenata, koja će funkcionisati na svim nivoima i na celokupnoj teritoriji Srbije.

Ukazano je na potrebu smanjenja uloge ljudskog faktora u obavljanju delatnosti organa uprave i potrebu da se procesi u okviru organa digitalizuju i automatizuju. U Strategiji su identifikovani ključni izazovi daljeg razvoja elektronske uprave, koji se odnose na:

1. koordinaciju i saradnju između organa državne uprave u razvoju e-uprave;
2. pravnu regulativu u oblasti razvoja e-uprave;
3. digitalizaciju i automatizaciju upravnih postupaka i administrativnih i poslovnih procesa;
4. kapacitet ljudskih resursa (postizanje informatičke pismenosti državnih službenika) i
5. stepen informacione bezbednosti u sistemu javne uprave.⁹

Poseban izazov je adekvatan pravni okvir povezanih upravnih oblasti, ali i njegova primena, oblasti koje predstavljaju temelje daljeg razvoja informaciono-komunikacionih sistema u javnoj upravi. Zato se u Strategiji ukazuje na potrebu komunikacije i saradnje između organa, razvoj stručnog kadra koji je spreman da se suoči sa pravnim i tehničkim izazovima implementacije novih tehnologija i temeljnu zaštitu prava i interesa u odnosu na rizike novih tehnologija.

⁷ Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji, *Službeni glasnik RS*, br. 9/14 i 42/14 –ispravka.

⁸ Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji, 27.

⁹ *Ibid.*, 28.

2.4. Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2015. do 2018. godine

Zbog značaja elektronske uprave za moderno društvo u Srbiji, usvojena je i Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2015. do 2018. godine. Možemo reći da su usvajanjem Strategije, organi uprave zvanično zakoračili u novu eru profesionalnog digitalnog razvoja. Uz Strategiju razvoja elektronske uprave, usvojen je i Akcioni plan za sprovođenje strategije za period od 2015. do 2016. godine.

Strategija je doneta sa ciljem digitalnog umrežavanja različitih oblasti društvenog života u kojima se obavljaju poslovi uprave. To se odnosi na zdravstvo, obrazovanje, kulturu, privredne delatnosti, učešće u političkom životu, sektor javnih nabavki, socijalnih politika itd. Jedan od ciljeva Strategije je da ostvari uticaj na razvoj informacionog društva, da obezbedi sigurnost podataka i elektronskih transakcija, bezbednost podataka o ličnosti i dostupnost i pristupačnost otvorenih podataka značajnih za širu zajednicu.

Ti ciljevi pokazuju da elektronska uprava predstavlja motor razvoja pravnih vrednosti i principa domaćeg i evropskog pravnog poretka. Kao neke od vrednosti koje se stvaraju uvođenjem elektronske uprave, u Strategiji se navode transparentnost državnih organa, vladavina prava, zaštita od diskriminacije, pružanje informacione bezbednosti itd. Da bi se te vrednosti ostvarile, u Strategiji se određuju opšti ciljevi razvoja koje elektronska uprava treba da zadovolji. To su:

1. povećanje zadovoljstva korisnika javnih usluga;
2. smanjenje tereta administracije za privredne subjekte i građane;
3. povećanje efikasnosti javne uprave upotrebom informaciono-komunikacionih tehnologija i
4. nacionalna i prekogranična interoperabilnost (posebno sa državama EU).¹⁰

Zanimljivo je da je, u odnosu na prethodnu Strategiju razvoja elektronske uprave za period od 2009. do 2013. godine, izostavljeno nekoliko značajnih ciljeva. Prvo, više se kao cilj ne pominje potreba da svi građani imaju koristi od elektronske uprave. Osim toga, nedostaju i ciljevi koji se odnose na povećanje transparentnosti i odgovornosti putem inovativne upotrebe informaciono-komunikacionih tehnologija i jačanje participacije građana u demokratskom društvu. Na kraju, jedan od ciljeva prethodne Strategije bila je i zaštita privatnosti i bezbednosti, što u novoj nije predviđeno. Postavlja se pitanje zbog čega su ti ciljevi izostavljeni. Teško možemo govoriti o tome da su oni ispunjeni ili prevaziđeni, pa da zbog toga nisu našli mesto u novoj strategiji. Nezavisno od toga što su ciljevi samo deklarativne prirode, oni su smernice i vodiči za vrednosti ka kojima treba usmeravati dalji razvoj, pa zbog toga čvrsto verujemo da su svi pomenuti ciljevi potrebni i u novoj Strategiji, kao i u onoj koja bude usvojena u godinama koje slede. Veliki dometi se mogu ostvariti jedino sa velikim ciljevima.

¹⁰ Vid. Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2015. do 2018. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2015, deo 5.

Kao osnovni element elektronske uprave određen je nacionalni *Portal eU-prava*. Portal je osnovna i glavna digitalna magistrala elektronske razmene informacija sa drugim portalima i bazama podataka svih organa uprave. Cilj takve elektronske komunikacije jeste da poveže javnu upravu, građane i privredu kako bi se ostvario potencijal državnih organa i javnih usluga koje oni pružaju.

Nadležnost za ujednačavanje i usaglašavanje informaciono-komunikacionih sistema poverena je Direkciji za elektronsku upravu, kao organu u sastavu Ministarstva državne uprave i lokalne samouprave. Direkcija obavlja administrativne, tehničke i stručne poslove u vezi sa funkcionisanjem elektronske uprave. Osim te direkcije, u Srbiji postoji i Savet za reformu javne uprave koji daje predloge razvoja javne uprave uopšte, ali time neminovno zalazi i u oblasti elektronske uprave.

2.5. Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine

Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine¹¹ predstavlja još jedan strateški dokument u kojem je uočen uticaj informacionih i komunikacionih tehnologija u svakodnevnom životu građana. Kako se navodi, „Informacione i komunikacione tehnologije (IKT) su tokom samo jedne ljudske generacije revolucionarno promenile način života, učenja, rada i zabave. IKT sve dublje transformišu način interakcije ljudi, preduzeća i javnih institucija.”¹² Imajući u vidu sve aspekte informacionog društva, u Strategiji se na nekoliko mesta ukazuje na značaj i potrebu daljeg rada na elektronskoj upravi.

U tom smislu, elektronska uprava je, uz elektronsko poslovanje, elektronsku trgovinu, elektronsko pravosuđe, elektronsko zdravlje i elektronsko obrazovanje, identifikovana kao jedan od motora razvoja informacionog društva. Osim toga što predstavlja motor razvoja informacionog društva, primena elektronske uprave je i jedan od pokazatelja njegove razvijenosti, pa se na osnovu rasta stepena kvaliteta servisa elektronske uprave mogu pratiti rast i razvoj informacionog društva.

Aktivnosti u vezi sa razvojem informacionog društva koje se odnose na elektronsku upravu jesu elektronski identitet u uslugama javnog sektora, primena informaciono-komunikacionih tehnologija u organima uprave i imaojcima javnih ovlašćenja, primena informaciono-komunikacionih tehnologija u sistemu zdravstvene zaštite i primena informaciono-komunikacionih tehnologija u pravosuđu.¹³ U Strategiji se predviđa da će do 2020. godine građani biti u mogućnosti da sve kontakte sa organima uprave, imaojcima javnih ovlašćenja, sudovima i sistemom zdravstvene zaštite, osim onih kontakata koji po svojoj prirodi zahtevaju fizičko prisustvo, obave elektronskim putem, ne napuštajući svoj stan, odnosno radno mesto.¹⁴ Iako je zaista dosta usluga organa uprave digitalizovano, ne možemo govoriti o mogućnosti da se ne izlazi iz stana i da se sve usluge uprave dobiju elektronskim

¹¹ Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 51/10.

¹² Vid. Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine, uvod.

¹³ Vid. Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine, deo 3.

¹⁴ Vid. Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine, deo 3, tačka 2.

putem. Ipak, visoko postavljeni ciljevi u oblasti elektronske uprave pohvalni su i prihvatljivi budući da se njihovim bržim razvojem utiče i na razvoj društva i države.

3. Pozitivnopravni okvir elektronske uprave u Srbiji

Kao izuzetno razgranata pojava, elektronska uprava je uređena nizom posebnih zakona. Osnovni zakon u toj oblasti u Srbiji je Zakon o elektronskoj upravi. Veliki značaj za primenu instituta i pravila u vezi sa elektronskom upravom ima i Zakon o opštem upravnom postupku. Osim toga, u zakonima kojima se uređuju posebne upravne oblasti mogu se pronaći brojni instituti i pojavni oblici elektronske uprave.

3.1. Osnovni propis u oblasti elektronske uprave – Zakon o elektronskoj upravi

Osnovni zakon u vezi sa elektronskom upravom u Srbiji jeste Zakon o elektronskoj upravi¹⁵, koji je donela Narodna skupština Republike Srbije na Drugoj sednici Prvog redovnog zasedanja u 2018. godini, 5. aprila 2018. godine, a već sledećeg dana proglašen je ukazom predsednika Republike. Zakon je stupio na snagu 14. aprila te godine, čime su u Srbiji prvi put zakonom na sistemski način uređene elektronska uprava i upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija u radu uprave. Možemo reći da taj datum označava i ulazak uprave Srbije u doba „profesionalne elektronske uprave”. Donošenje posebnog zakona svedoči o značaju koji fenomen elektronske uprave ima u društvenom i državnom životu i plod je potrebe da se usklade aktivnosti organa uprave u vezi sa elektronskom komunikacijom i digitalnim delovanjem.

Osnovni predmeti Zakona o elektronskoj upravi su upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija i elektronske komunikacije i razmena podataka između organa uprave i građana. Iako su pojedini instituti elektronske uprave uređeni u posebnim zakonima, Zakonom o elektronskoj upravi predviđeno je da se pitanja elektronske uprave regulisana tim zakonom ne mogu uređivati niti menjati posebnim zakonima. Time je stavljeno do znanja da je taj zakon osnovni propis u ovoj oblasti i da svi posebni zakoni moraju da budu usklađeni sa njegovim odredbama. Posledično, treba na sveobuhvatan način uskladiti posebne zakone i podzakonske akte sa Zakonom o elektronskoj upravi, sa ciljem poštovanja principa jedinstvenosti pravnog poretka i omogućavanja pravilnog i zakonitog funkcionisanja elektronske uprave. Tako se posredno štite prava i interesi svih subjekata koji koriste i prema kojima su usmerene usluge elektronske uprave.

Zakonom o elektronskoj upravi uređen je i način nadzora nad sprovođenjem njegovih odredaba, a predviđena je i kaznena (prekršajna) odgovornost za odgovorna lica u organima uprave u slučaju nezakonitog ili nemarnog postupanja. Nadzor nad primenom Zakona o elektronskoj upravi stavljen je u nadležnost ministarstva koje vodi računa o elektronskoj upravi. Prema Zakonu o

¹⁵ Zakon o elektronskoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 27/18.

ministarstvima¹⁶, koji je na snazi u trenutku pisanja ovog rada, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave obavlja poslove koji se tiču razvoja elektronske uprave, pripreme zakona, drugih propisa standarda i mera u oblasti elektronske uprave, pa i vršenja nadzora nad sprovođenjem pravila u vezi sa elektronskom upravom.¹⁷

Kako bi se obezbedila primena Zakona o elektronskoj upravi, propisane su i novčane kazne za nepostupanje po njegovim odredbama. Tako su predviđene novčane kazne sa različitim rasponima za različita prekršajna dela koja se odnose na glavnog administratora veb-portala, administratora organa na veb-portalu, odgovorna lica koja su ovlašćena za vođenje elektronskih registara i ovlašćena lica u samim organima uprave.¹⁸

3.2. Osnovna načela elektronske uprave

Elektronska uprava u Srbiji počiva na nekoliko osnovnih principa, odnosno načela. Osnovna načela na kojima počiva elektronska uprava su: načelo efikasnosti upravljanja opremom, načelo sigurnosti elektronske uprave i zabrana diskriminacije. Jasno je da se u funkcionisanju elektronske uprave moraju poštovati i primenjivati osnovna načela Ustava, kao i načela opšteg upravnog postupka.

Načelo efikasnosti upravljanja opremom tiče se obaveze organa uprave da obezbede efikasnu i ekonomičnu primenu informaciono-komunikacionih tehnologija u skladu sa tehničkim pravilima i pravilima upravnih postupaka, bilo opšteg bilo posebnih. Nove digitalne tehnologije ne smeju se koristiti suprotno svrsi i cilju zbog kojih se promenjuju u radu organa uprave, a ti ciljevi se odnose na zadovoljenje javnog interesa i pojedinačnih potreba građana.

Načelo sigurnosti elektronske uprave podrazumeva da „informacioni sistemi, elektronske komunikacione mreže i oprema koja se koristi za vršenje elektronskog upravnog postupanja moraju da ispunjavaju uslove i standarde informacione bezbednosti”.¹⁹ Oblast informacione bezbednosti ima ključni značaj za razvoj i funkcionisanje elektronske uprave, budući da od stepena zaštite informacija i bezbednosti digitalnih sistema zavisi i ostvarivanje pravne sigurnosti, odnosno zaštita prava građana. Uspostavljanjem odgovarajućih zaštitnih mera informacione bezbednosti čuva se integritet učesnika u upravnom postupku i pruža se bezbednost ličnim podacima koji se u tom postupku koriste.

Načelo jednakosti, odnosno načelo zabrane diskriminacije mora se primenjivati i u oblasti elektronske uprave. To načelo sadrži dve komponente. Prvo, sva lica, bilo fizička, bilo pravna, imaju pravo da koriste usluge digitalnih servisa i elektronskog upravnog postupanja, što znači da svima mora biti omogućen elektronski pristup ponuđenim javnim uslugama, bez obzira na njihova lična svojstva. Drugo, licima koja nisu u mogućnosti (na primer, lica sa invaliditetom) da koriste usluge elektronske

¹⁶ Zakon o ministarstvima, *Službeni glasnik RS*, br. 128/20.

¹⁷ Zakon o ministarstvima, član 11.

¹⁸ Vid. Zakon o elektronskoj upravi, čl. 44–47.

¹⁹ Zakon o elektronskoj upravi, član 6.

uprave u izvornom obliku mora biti omogućeno da koriste usluge skladno okolnostima konkretnog slučaja i prema njihovim tehničkim i intelektualnim mogućnostima.

Posmatrano sa praktične strane, to načelo ostvaruje se i uz pomoć službenika u ostvarivanju prava i interesa putem elektronske uprave. Tako je 2020. i 2021. godine „više od 100 gradova i opština u Srbiji imenovalo administratore i šalterske službenike koji će građanima pomagati u otvaranju naloga na Portalu eUprava i omogućiti da iz svoje fotelje zakažu termin za izdavanje ličnih dokumenata, plate porez na imovinu, dobiju rešenje iz katastra u svoje eSanduče, upišu dete u vrtić ili školu ili obave neko od preostalih 500 usluga koje nudi Portal”²⁰. Na taj način se omogućava da građani koji nisu digitalno pismeni ili nemaju tehnička znanja i mogućnosti ne budu diskriminirani u odnosu na ostale, pa pomoć i aktivnosti organa uprave na tom polju predstavljaju borbu za jednakost u primeni instituta elektronske uprave.

4. Umesto zaključka

Razvoj informacionog društva je nezamisliv bez elektronske uprave. Mnoge države donose strategije razvoja informacionog društva kojima se predviđa da organizacije u javnom sektoru treba da obezbede dostupnost informacija na internetu, što je inače inicijalni nivo razvoja elektronske uprave. Elektronska uprava je pretpostavka uspostavljanja i razvoja informacionog društva u kome svako može da stvara, koristi i razmenjuje informacije i znanje, čime se omogućuje da pojedinci, zajednice i narodi dostignu svoj puni potencijal u promovisanju održivog razvoja i unapređivanju kvaliteta života.

Digitalna transformacija je zahtevala, pre svega, pomak u načinu mišljenja i otklon od tzv. *legacy* procesnih modela zasnovanih na hijerarhijskom uređenju i nadležnosti po oblastima upravnih područja u odnosu prema strankama (građanima i privrednicima), sa ciljem da se fokus stavi na životne i poslovne događaje, situacije koje građani treba da rešavaju, i to na jednom mestu. Drugačije rečeno, reč je o transformaciji mišljenja od fokusa na akt i predmet prema fokusu na rešavanje životne, odnosno poslovne potrebe odgovarajućim servisom u celini. Takođe, važno je istaći da se digitalna transformacija javne uprave u Srbiji postavi i posmatra kao strateški nacionalni cilj visokog prioriteta koji sobom povlači jačanje privrede, povećanje konkurentnosti zemlje u regionalnim, evropskim i svetskim okvirima, stvaranje novih znanja i radnih mesta, što će se pozitivno odraziti i na veoma zabrinjavajuće demografske trendove.

Jedan od najvažnijih preduslova za ostvarivanje svrhe upotrebe informaciono-komunikacionih tehnologija u javnoj upravi jeste strateški pristup elektronskoj upravi koji podrazumeva i odlučnost političke elite, sveobuhvatan pristup i odgovarajući koordinacioni kapacitet (horizontalni i vertikalni) političko-upravnog sistema. Za

²⁰ Takva inicijativa je plod saradnje Nacionalne alijanse za lokalni razvoj (NALED) i Kancelarije za IT i elektronsku upravu, koje su uz finansijsku podršku Evropske banke za obnovu i razvoj sprovele projekat unapređenja elektronske dostave dokumenata građanima i privredi od organa uprave. Vid. NALED, Podrška građanima u otvaranju naloga na Portalu eUprava na šalterima 106 gradova i opština, <https://naled.rs/vest-podrška-gradjanima-u-otvaranju-naloga-na-portalu-euprava-na-salterima-106-gradova-i-opstina-4854>, 18. septembar 2022.

to treba formirati snažnu organizacionu jedinicu pri Vladi koja bi obavljala poslove političke koordinacije te horizontalne javne politike i osigurala kontinuitet nezavisno od izbornih ciklusa (Kancelarija za informacione tehnologije i elektronsku upravu u Srbiji). Strateški pristup podrazumeva i prilagođavanje pravnog okvira – uklanjanje kontradiktornosti i popunjavanje pravnih praznina, koje u ovom slučaju mora biti kontinuirano, uz stalno praćenje razvoja tehnologije. Specifičnost elektronske uprave je interdisciplinarnost, s obzirom na to da je tehnički aspekt upotrebe informaciono-komunikacionih tehnologija samo jedan od aspekata njenog sprovođenja, uz pravni, finansijski, ekonomski, politikološki, komunikacioni i druge aspekte.

Literatura

Jovanović Z., „Stvaranje moderne i funkcionalne e-uprave sa posebnim osvrtom na interoperabilnost u Republici Srbiji”, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava*, zbornik radova (ur. Miodrag Mićović), knjiga VIII, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2017.

Propisi i drugi akti

Strategija reforme državne uprave u Republici Srbiji iz 2004. godine, <http://www.gs.gov.rs/lat/strategije-vs.html>, 28. mart 2023.

Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji, *Službeni glasnik RS*, br. 87/06.

Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2015.

Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2015. do 2018. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2015.

Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 51/10.

Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji, *Službeni glasnik RS*, br. 9/14 i 42/14 –ispr.

Uredba o elektronskom kancelarijskom poslovanju organa državne uprave, *Službeni glasnik RS*, br. 40/10.

Zakon o elektronskoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 27/18.

Zakon o ministarstvima, *Službeni glasnik RS*, br. 128/20.

Internet izvori

NALED, Podrška građanima u otvaranju naloga na Portalu eUprava na šalterima 106 gradova i opština, <https://naled.rs/vest-podrska-gradjanima-u-otvaranju-naloga-na-portalu-euprava-na-salterima-106-gradova-i-opstina-4854>, 18. septembar 2022.

OVERVIEW OF THE LEGAL FRAMEWORK OF ELECTRONIC GOVERNMENT IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The research will be dedicated to the analysis of the strategic and legal framework related to e-government in Serbia. In this way, the author will try to provide a comprehensive approach to legal norms that create a normative basis for the establishment of practical e-government projects. The beginnings of the introduction of information and communication technologies in the work of administrative bodies appear simultaneously with the fundamental and comprehensive reform of the state administration, which began several years after the democratic changes in 2000s. As e-government is a relatively new phenomenon in the Serbian legal system, legal analysis will start from the very beginning of its introduction into the domestic legal system. As an extremely branched phenomenon, e-government is regulated by a series of special laws. Of course, the basic law in this area in Serbia is the Law on Electronic Government. In addition to this law, the Law on General Administrative Procedure is of great importance for the application of institutes and rules related to e-government. In addition to them, numerous institutes and forms of e-government can be found in the laws governing special administrative areas.

Key words: electronic administration, state administration, public services, information society, strategic documents.

PRAVO NA DVOJNO DRŽAVLJANSTVO U CRNOJ GORI – SEKURITIZACIJA KAO POSLEDNJI ČIN STARE DRAME?*

Apstrakt

Pravo državljanstva, kao podoblast posebnog upravnog prava, doživljava značajne preobražaje poslednje dve decenije. Među njima se posebno ističe promenjen odnos spram dvojnog državljanstva – od njegovog kategoričkog odbacivanja do prihvatanja, pa čak i podsticanja. Evolucija dvojnog državljanstva je vidljiva i na teorijskom planu, u konstituisanju prava na dvojno državljanstvo, i u pojedinim međunarodnopravnim instrumentima (Evropska konvencija o državljanstvu Save-ta Evrope), ali i na polju nacionalnih zakonodavstava velike većine država članica Evropske unije. U kontekstu tih teorijskih, međunarodnopravnih i uporednopravnih standarda, autor analizira crnogorski normativni okvir ostvarivanja prava na dvojno državljanstvo. Krajnja rigidnost crnogorskog prava u ovom pitanju uočava se u parametrima poput nemogućnosti da deca nedržavljana steknu državljanstvo na osnovu principa *ius soli*, te težini naturalizacije oličenoj u dužini zahtevanog zakonitog boravka i nedozvoljavanju zadržavanja prethodnog državljanstva. Osim toga, ukazuje se i na činjenicu da je Crna Gora jedina država bivše Jugoslavije koja je stavila rezervu na odredbu Evropske konvencije o državljanstvu koja se odnosi na dvojno državljanstvo. Razlog za neuspeh nedavnog stidljivog pokušaja liberalizacije uslova za naturalizaciju autor vidi u sekuritizaciji tog pitanja, koja, suprotno pojedinim primerima iz uporednog prava, ispoljava krajnje negativne efekte spram mogućnosti dvojnog državljanstva. Time se, nažalost, nastavlja negativna praksa iz vremena SRJ. Naposletku, autor ističe da je odnos prema dvojnomo državljanstvu u Crnoj Gori neodrživ spram postulata liberalne demokratije, ali i nesaglasan ustavnomo određenju Crne Gore kao građanske države. Zaključuje se da bi neophodna liberalizacija zakonskog okvira ne samo otklonila te protivrečnosti već i blagotvorno uticala na realno postojeći problem statusa velikog broja izbeglica i interno raseljenih lica u Crnoj Gori.

Cljučne reči: državljanstvo, dvojno državljanstvo, Crna Gora, posebno upravno pravo, ljudska prava.

* Istraživač pripravnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, v.markovic@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj 451-03-47/2023-01/200049 od 3. februara 2023).

1. Uvod

Osim suverene vlasti, još dva su konstitutivna elementa države – teritorija i stanovništvo. Otud je razumljiva zainteresovanost državopravnog poretka za pravnim oblikovanjem tih elemenata, koje se, kada je u pitanju stanovništvo, najjasnije može sagledati u institutu državljanstva¹ i težnji da se takvo oblikovanje što je više moguće ljubomorno sačuva kao *domaine réservée*. Ipak, određeni stepen uopštavanja principa prava državljanstva bio je nužan, te je početkom 20. veka takav napor načinio prof. Zebalos, ističući 10 principa državljanstva. Među njima su već na drugom i trećem mestu istaknuti principi da jedno lice može imati samo jedno državljanstvo i da nijedno lice ne sme imati više državljanstava.² Međutim, težnja svake države pojedinačno da politika propisivanja državljanstva bude njena isključiva nadležnost, donekle paradoksalno, direktno je podrivala ta dva principa jedinstvenog državljanstva. Drugim rečima, dvojno državljanstvo je izniklo najpre iz nemogućnosti da se uspostave jedinstvena pravila o državljanstvu.³ To je, pak, za direktnu posledicu imalo ogroman značaj instituta državljanstva u materiji međunarodnog privatnog prava i sukoba zakona, kao jedna od čestih tačaka vezivanja.⁴ Međutim, pravo državljanstva je barem jednako važno i u upravnom pravu, u kojem predstavlja čitavu podoblast posebnog upravnog prava, prava unutrašnjih poslova.⁵

U okvirima upravnog prava, razloge za konkretna zakonska rešenja koja se tiču sticanja i gubitka državljanstva te praksu upravnih i (upravno)sudskih organa koja se u novim državama nastalim na teritoriji SFR Jugoslavije odlikuje

¹ U pokušaju određenja pravne prirode državljanke veze, kao statusopravne veze između pojedinca i države, zasnovane su dve klasične teorije. Prema prvoj, veza koja se uspostavlja između pojedinca i države putem instituta državljanstva ugovorne je prirode. Okolnost da uslove primanja u državljanstvo suvereno propisuje državna vlast ne menja taj zaključak već jedino utiče na klasifikaciju takvog jednog ugovora kao dvostranog adhezionog, odnosno ugovora po pristupu. Prema drugoj teoriji, primanje u državljanstvo jedne države nema ugovorni već zakonski karakter, budući da sve pravne situacije, pa tako i institut državljanstva, svoje ishodište nalaze u normama pravnog poretka koje je sama država propisala. Vid. B. Blagojević, *Osnovi nauke o državljanstvu*, Biblioteka Jugoslovenskog udruženja za međunarodno pravo, Beograd 1938, 7–9. U novije vreme, usled uočenih nedostataka obe klasične teorije, javila se i mešovita teorija, u kojoj se kombinuju prednosti obe navedene. Mešovita teorija to čini na način da državljanstvu vezu posmatra kao jednostrani odnos čije uslove propisuje zakonodavac, a nameru lica da stupi u državljanstvo tumači kao samo jedan od tih nužnih uslova, ali od trenutka primanja u državljanstvo odnos iz jednostranog prelazi u dvostrani, ugovorni. Pri tome, taj ugovorni odnos je komutativne prirode, budući da naspram prava i obaveza državljanstva stoje komplementarne dužnosti države. R. Jović, *Upravnopravni aspekti državljanstva u Srbiji, BiH i Hrvatskoj (sa osvrtom i na druge zemlje bivše Jugoslavije)*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Beograd 2018, 47–51. Uz očigledne prednosti mešovite teorije, naročito treba istaći dimenziju ljudskih prava, odnosno subjektivnog prava na državljanstvo, koje će postati naročito značajno u razmatranju pitanja opravdanosti režima dvojnog državljanstva.

² B. Blagojević, 3.

³ Navedeno prema T. Brøndsted Sejersen, „I Vow to Thee My Countries”: The Expansion of Dual Citizenship in the 21st Century”, *The International Migration Review* 42, 3/2008, 529.

⁴ Više o državljanstvu kao tački vezivanja u međunarodnom privatnom pravu vidi u V. Čolović, „Primena Lex nationalis kao tačke vezivanja u bračnim odnosima sa elementom inostranosti”, *Godišnjak Pravnog fakulteta* 1/2010, 209–211.

⁵ S. Lilić, „Drama jugoslovenskog državljanstva”, *Branik* 1/1997, 51.

široko postavljenim diskrecionim ovlašćenjima u tim stvarima,⁶ treba, kao i u drugim novonastalim državama, tražiti u vanpravnom, a ne pravnom okruženju.⁷ Pod vanpravnim okruženjem može se podrazumevati mnogo toga. Ono najpre zavisi od toga kako će se, osim postojećih prava i dužnosti, pozicionirati komponenta identiteta u konstituisanju prava državljanstva. Osim shvatanja jednakosti pojedinaca koje se traži u jednom društvu, na oblikovanje državljanstva, na jedan neuhvatljiviji način, utiče i normativizacija shvatanja ko su odgovarajući članovi jednog društva, a ko su „drugi” u njemu.⁸ Neuhvatljivost tog kriterijuma može se iskazati i u stavu da se srž problematike državljanstva ogleda u tome što zakonska rešenja u toj oblasti služe favorizovanju svojih (pripadnika, *prim. aut.*) u duboko askriptivnom smislu,⁹ zbog čega je politika državljanstva u osnovi politika nacionalnosti.¹⁰ Osim toga što se institut državljanstva javlja kao instrument politike, i one nacionalne, i one koja određuje pravni položaj pojedinca u ekonomskom i socijalnom smislu,¹¹ vanpravnom uticaju treba pridodati još jedan, nezanemarljiv segment. Reč je o političkim borbama u kojima politički akteri normativnim modeliranjem državljanstva nastoje da ostvare svoje, ne uvek samo nacionalne političke ciljeve.¹²

No, ma koliko da vanpravni činioци bili raznovrsni i uticajni, ne sme se prenebregnuti da je, osim instrumenta politike, pravo na državljanstvo i osnovno ljudsko pravo, a da su propisani uslovi za njegovo sticanje indikator demokracije jedne države.¹³ Štaviše, u stranoj teoriji postoji stanovište da posredovanje državljanstva, a time i mogućnosti da se učestvuje u političkoj zajednici, predstavlja uslov uživanja drugih ljudskih prava, što pravo na državljanstvo čini pravom na druga prava (*rights to have rights*).¹⁴

⁶ R. Jović (2018, 22) o takvoj praksi piše: „...postupci za sticanje državljanstva postali su sami sebi cilj, odnosno bili su postupci u kojima su državni organi težili tome da se zahtevi stranaka odbace ili odbiju, s pozivom na tobožravo države da štiti svoje nacionalne interese... Organi uprave tako svoja preširoka diskreciona ovlašćenja primenjuju na uštrb prava pojedinaca na državljanstvo.”

⁷ V. Čok, „Novine u stranom pravu državljanstva”, *Strani pravni život* 2–3/1992a, 19.

⁸ T. Brøndsted Sejersen, 524. Baubok, donekle slično, unutrašnju vrednost državljanstva vidi u statusu jednakog članstva u određenoj političkoj zajednici, dok njegovoj spoljašnjoj vrednosti pripisuje specijalne dužnosti države da štiti prava svojih državljana u međunarodnom poretku. (R. Bauböck, „The Toleration of Dual Citizenship: A Global Trend and its Limits”, *Dual Citizenship and Naturalisation. Global, Comparative and Austrian Perspectives* (eds. Rainer Bauböck and Max Haller), Austrian Academy of Sciences Press, Vienna 2021, 60.

⁹ A. Liebich, „Plural Citizenship in Post-Communist States”, *International Journal of Refugee Law* 12, 1/200, 106.

¹⁰ Prema M. Howard, „Variation in Dual Citizenship Policies in the Countries of the EU”, *The International Migration Review* 39, 3/2005, 717.

¹¹ V. Čok, „Državljanstvo – pravo čoveka i instrument politike”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2/1992b, 288.

¹² S. Ravlić, „Etničko shvaćanje nacije i dvojno državljanstvo: usporedba švedske, njemačke i hrvatske politike građanstva”, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave* 17, 4/2017, 632–633.

¹³ S. Lilić, 50.

¹⁴ E. Oltay, „Concepts of Citizenship in Eastern and Western Europe”, *Acta Univ. Sapientiae, European and regional Studies* 11/2017, 44. U domaćoj teoriji, Đorđe Tasić donekle drugačije vidi problematiku prava državljanstva. Za njega je pravo državljanstva zasebna kategorija subjektivnih javnih prava, različita od prava potrebnih za organizaciju vlasti i prava sloboda. Međutim, on odbija da pravo državljanstva smatra uslovom za druga subjektivna javna prava jer smatra da su uslovi za ostvarivanje jednog prava nužni elementi nekog prava, kojim se to samo pravo ne iscrpljuje (Đ. Tasić, *Uvod u pravne nauke*, Službeni list SRJ, Beograd 1995, 67–68). Međutim, moramo primetiti da time što je pravo državljanstva postavljeno kao uslov za, na primer,

Kontroverze svakog od pomenutih vanpravnih segmenata koji oblikuju zakonsko uređivanje materije državljanstva još su izraženije kada je u pitanju problematika dvojnog državljanstva. One su tako, kao što će naredna poglavlja pokazati, lako uočljive i na primeru zakonodavne politike Crne Gore spram tog pitanja. Istorijski prikaz zakonskih rešenja u proteklim decenijama te potcrtavanje pravih, ali i simulovanih razloga koji stoje iza takvih rešenja objasniće uzroke restriktivnog crnogorskog pristupa. No, kako bi crnogorsko rešenje zaista moglo da se stavi u adekvatan širi kontekst i bolje razume, biće neophodno prethodno prikazati kako se na koncept dvojnog državljanstva gleda iz ugla teorija demokratije i u kom pravcu se u evropskim i širim okvirima odvija evolucija shvatanja i praksi dvojnog državljanstva poslednjih decenija.

2. Teorijsko opravdanje dvojnog državljanstva

Iza klasičnog principa jednog državljanstva, već je istaknuto, stajala je implicitna igra nulte sume društvenog i političkog pripadanja, po kojoj „ili ste unutra, ili ste vani”.¹⁵ Zbog toga se tokom istorije moderne nacionalne države dvojno državljanstvo smatralo anomalijom u boljem, odnosno pojavom vrednom gnušanja u gorem slučaju.¹⁶ Ili, kako je to veoma slikovito sažeo američki istoričar Džordž Bankroft sredinom 19. veka, „čoveka sa dva državljanstva treba tolerisati jednako koliko i čoveka sa dve žene, a za razliku od poligamije, podeljena vernost prema više država je toliko odbojna zdravom razumu da čak ni ne postoji izraz skovan za ovakvu pojavu”.¹⁷

No, makar i kao anomalija, dvojno državljanstvo je sve češća pojava. U teoriji se ističe da su proliferaciji dvojnog državljanstva doprineli sledeći uzroci: pojačan stepen migracija, uspeh ženskih pokreta za rodnom jednakosti, disolucija država, smanjena briga za diplomatsku zaštitu praćena sve većim značajem ljudskih prava, te različiti interesi imigrantskih država.¹⁸ Toj listi razloga treba pridružiti i poznate trendove globalizacije i različita zakonska uređenja uslova za sticanje državljanstva. Tako, do dvojnog državljanstva može doći iz sledećih razloga: ukoliko se lice rodi u zemlji u kojoj važi princip *ius soli*, od roditelja državljana zemlje sa principom *ius sanguinis*, zatim rođenjem od roditelja različitog državljanstva, čije države propisuju da se državljanstvo nasleđuje od oba roditelja, te najzad u slučaju naturalizacije koja ne zahteva odricanje od prethodnog

ostvarivanje, tasićevskim rečnikom rečeno, prava na organizaciju vlasti, ne umanjuje karakter prava pravu državljanstva već samo čini jedan složen niz. Kao i za svako pravo, tako i za pravo državljanstva postoje propisani uslovi, ali svi oni ne moraju nužno imati karakter prava, a i za određena druga prava (na organizaciju vlasti, na primer) bivaju propisani uslovi među kojima nema smetnje da se nađe i jedan uslov koji je po svojoj prirodi subjektivno pravo – u ovom slučaju pravo državljanstva.

¹⁵ Nav. prema T. Brøndsted Sejersen, 528.

¹⁶ P. Spiro, „Dual citizenship as human right”, *International Journal of Constitutional Law* 8, 1/2010, 111.

¹⁷ M. Howard, 700.

¹⁸ J. K. Blatter, S. Erdmann, K. Schwanke, *Acceptance of Dual Citizenship: Empirical Data and Political Contexts*, University of Lucerne, Institute of Political Science, Lucerne 2009, 26–27.

državljanstva.¹⁹ Poslednji slučaj je tzv. ulazna naturalizacija, a da bi to lice zaista obezbedilo dvojno državljanstvo, neophodno je i da država čije je državljanstvo to lice imalo pre ulazne naturalizacije ne propisuje obavezno povlačenje svog državljanstva u slučaju da njeni državljani steknu još neko državljanstvo (tzv. izlazna naturalizacija). Dvojno državljanstvo putem naturalizacije tako je moguće jedino ako obe države odigraju svoju ulogu u toj igri tolerancije.²⁰ Pobjorne pravne situacije mogu istovremeno poslužiti i kao parametri za određivanje stepena restriktivnosti zakonodavstva u oblasti državljanstva. Na primer, ukoliko je odgovor na pitanje da li dete rođeno u jednoj državi automatski dobija i njeno državljanstvo (bezuslovni *ius soli* princip) potvrđan, to može govoriti u prilog izrazito liberalnim rešenjima državljanstva. Uslovi za naturalizaciju su isto tako značajan pokazatelj stepena restriktivnosti pojedinog pravnog rešenja, a posebno korisnim za kvantitativan prikaz režima različitog stepena restriktivnosti smatra se uslov dužine zakonitog boravka koja se zahteva pre apliciranja za državljanstvo.²¹ Na adekvatnom mestu u radu crnogorska zakonska rešenja biće sagledana u kontekstu pobrojanih kriterijuma za ocenu restriktivnosti.

No, može li se u prilog institutu dvojnog državljanstva naći neko snažnije, teorijsko uporište, iz ugla teorija demokratije, mimo razloga koji izvire iz faktičke činjenice njegove veće zastupljenosti u savremenim uslovima? Među teorijama demokratije, glavna debata o dvojnog državljanstvu vodi se između dva međusobno suprotstavljena pola – liberalnog i komunitarnog shvatanja demokratije. I dok prvo shvatanje naglašava prava pojedinca i državljanstvo kao status, komunitarna demokratija se fokusira na zajedničko dobro i dužnosti pojedinca, dakle na državljanstvo kao praksu.²²

Liberalna demokratija se temelji na čvrstim vezama između ličnih prava pojedinca i njegovih političkih prava, zbog čega i dvojno državljanstvo smatra efikasnim mehanizmom za postizanje tzv. principa preklapanja, prema kome svi oni koji su podvrgnuti jednoj vlasti, imaju pravo da učestvuju u propisivanju pravila vladanja. Ipak, za razliku od libertarijanskog pristupa prema kojem je pojedinac potpuno slobodan da odabere državljanstvo, liberalnodemokratski pristup ipak unosi dozu objektivizacije kroz nužno propisivanje objektivnih uslova koji se odnose na životne okolnosti. Onom ko te biografske uslove ispuni ostaje pravo slobodnog izbora da krene u postupak naturalizacije ili da on ne započne. Međutim, oni koji tu teoriju kritikuju ističu da liberalni pristup upravo potkopava princip koji je navodno i njegova najveća prednost, a to je formalna jednakost pojedinaca. Naime, ukoliko jedno lice sa dva državljanstva može ostvarivati svoja politička prava u dve zajednice dok njegovi sugrađani sa jednim državljanstvom to ne mogu, može li se zaista govoriti o jednakosti? U odgovoru na te kritike, pak, ističe se da princip jednakosti nije povređen institutom

¹⁹ T. Brøndsted Sejersen, 529.

²⁰ R. Bauböck, 64.

²¹ M. Howard, 706.

²² T. Brøndsted Sejersen, 526.

dvojnog državljanstva dok god se kumulacija glasačkih prava ne dešava u dve međusobno povezane zajednice, odnosno sve dok ostvarivanje glasačkih prava u jednoj zajednici ne utiče na artikulaciju interesa u drugoj zajednici.²³ Međutim, taj odgovor je posve nejasan jer se ne može jasno utvrditi šta se podrazumeva pod uticajem na artikulaciju interesa u drugoj političkoj zajednici koji negativno deluje na jednakost, a šta pod uticajem koji takav negativan efekat nema. Posebno je takvu liniju razgraničenja, koja ne bi bila arbitrarna i *ad hoc* karaktera, teško povući u savremenim uslovima nikad većeg stepena međuzavisnosti između država, kao što ju je vrlo osetljivo povući u slučaju pojačanih migracija između, na primer, dve susedne države ili u slučaju disolucije zajedničke države.

Na drugom kraju spektra, komunitarna demokratija se zasniva na stavu da društvo i politička zajednica treba da odrede identitet pojedinca te da generišu solidarnost za sve članove te zajednice, dok će članovi za uzvrat dati zajednici svoju lojalnost i osećaj poistovećivanja sa nacionalnom državom. U tom kontekstu bi davanje dvojnog državljanstva pojedincima sa značajnim kulturnim različitostima ugrozilo društvenu solidarnost i transformisalo tradicionalni kulturni obrazac koji je uslov za nacionalnu koheziju. Takođe, dvojno državljanstvo bi otvorilo i probleme lične prirode svog nosioca – probleme podeljene lojalnosti i raspršenog patriotizma i psihološke probleme nemogućnosti razvijanja konzistentne ličnosti.²⁴ Slično kao i sa liberalnim pristupom, i argumenti komunitarne demokratije mogu se okrenuti protiv nje same. Naime, ukoliko je lojalnost jednoj zajednici vrednost po sebi iz komunitarne perspektive, nije li onda interes političke zajednice da svi stanovnici njene teritorije osećaju lojalnost prema toj zajednici, samo u određenom i različitom stepenu? Drugim rečima, nije li bolje da osoba sa dva državljanstva oseća lojalnost prema zajednici na čijoj teritoriji živi, barem polovično, nego da, uskraćena za mogućnost da stekne državljanstvo te zajednice, lojalnost uopšte ne oseća?

Mnogo bliže jednoj od te dve suprotstavljene teorije, onoj liberalnoj, nalazi se i shvatanje o dvojnog državljanstvu kao ljudskom pravu. Iako u unutrašnjem pravu za sada nije afirmisano niti je rast značaja ljudskih prava imao cilj da zaštiti dvojno državljanstvo kao takvo,²⁵ ostaje činjenica da se, za razliku od komunitarnog pristupa, ne uvažava samo interes države ili međunarodnog poretka već se u obzir uzimaju i interes i pravo pojedinca.²⁶ Shvatanje dvojnog državljanstva kao subjektivnog prava može se raščlaniti na dve podvarijante: kao deo prava na udruživanje i kao političko pravo.

Ako se upodobi pravu na udruživanje u drugim organizacijama koje oblikuju pojedinčev identitet, čini se da nema, iz ugla zaštite državnih interesa, neke suštinske razlike između „članstva” pojedinca u drugoj državi ili njegovog članstva u nekoj stranoj organizaciji, poput Katoličke crkve. Iako delovanje

²³ J. Blatter, „Dual citizenship and theories of democracy”, *Citizenship Studies* 15, 6–7/2011, 775.

²⁴ *Ibid.*, 780.

²⁵ P. Spiro, 116.

²⁶ J. Blatter, 778.

jedne strane organizacije kao što je Katolička crkva itekako može biti štetno po interese određene države iz njene sopstvene vizure, ona nema mehanizam da spreči članstvo svojih državljana u toj verskoj organizaciji. Štaviše, dvojno državljanstvo kao pravo udruživanja postavlja se kao prevashodnije čak i u slučajevima sukcesije u postkomunističkim zemljama, u kojima uzimanje državljanstva druge države otvara i čitav niz pitanja manjinske problematike i pojačava mogućnost međudržavnih tenzija. Iako, dakle, u takvim okolnostima suzbijanje prakse dvojnog državljanstva može delovati legitimno, ta legitimnost bleđi u dodiru sa stavom o dvojnog državljanstvu kao delu slobode udruživanja.²⁷

Druga podvarijanta je shvatanje o pravu na dvojno državljanstvo kao političkom pravu i to se shvatanje dodiruje sa već opisanom liberalnom teorijom. Kao što je istaknuto, liberalna teorija polazi od premise da su članovi društva oni koji žive na istoj teritoriji i podvrgnuti su istoj suverenoj vlasti te na osnovu jednakosti treba da učestvuju u procesu donošenja odluka. Iako država svakako uživa široko polje slobodne procene u postavljanju uslova za naturalizaciju, liberalni teoretičari se zalažu za nisko postavljene uslove, bez obzira na to da li insistiraju na uslovu zakonitog boravka kao jedinog ili dozvoljavaju i mogućnost postojanja drugih uslova (poput znanja jezika, političkog sistema, nacionalne istorije i sl.). U svakom slučaju, uslov nužnog odricanja od prethodnog državljanstva u postupku naturalizacije nespojiv je sa liberalnim stanovištima.²⁸ Ljudska prava pojedinca stavljena su u središte argumentacije i kada je u pitanju apologija dvojnog državljanstva iz ugla postnacionalne teorije. Prema toj teoriji, ličnost i prava pojedinca, a ne nacionalnost, sada su ključni osnov za uživanje političkih prava te nacionalne države prestaju da budu organizacije zasnovane na članstvu jer se novo, postnacionalno članstvo formira na globalnom nivou. Dvojno državljanstvo tako nije ništa drugo do potvrda da nacionalne države gube svoj karakter kao okvir za uživanje osnovnih prava.²⁹ Međutim, iako nisu zanemarljivi, uvidi postnacionalne teorije mogu se označiti kao preuranjeni jer, i time zaokružujemo teorijski okvir pristupa dvojnog državljanstvu, odnos spram tog instituta zavisi i od shvatanja nacije. I dok građansko shvatanje nacije, u ishodištu blisko postnacionalnoj teoriji, rezultira blagim uslovima naturalizacije ili indiferentnošću spram dvojnog državljanstva, postoje i dalje države u kojima se nacija shvata u etničkom ključu, što i dalje rezultira rezervisanošću ili otvorenom odbojnošću spram dvojnog državljanstva.³⁰ No, kao što ćemo pokazati i u narednim odeljcima, takvih je zemalja sve manje.

²⁷ P. Spiro, 119–121.

²⁸ *Ibid.*, 124.

²⁹ A. Midtbøen, „Dual Citizenship in an era of securitisation: A case of Denmark”, *Nordic Journal of Migration Research* 9, 3/2019, 297.

³⁰ S. Ravlić, 612.

3. Evolucija stava o dvojnomo državljanstvu u međunarodnom i uporednom pravu

Za razliku od unutrašnjeg prava, pravo na dvojno državljanstvo je osetno više afirmisano na međunarodnom nivou. Taj je stav najuočljiviji ukoliko uporedimo rešenja dvojnog državljanstva u dva dokumenta Saveta Evrope doneta u razmaku od svega nešto više od tri decenije. Reč je o Konvenciji Saveta Evrope o smanjenju slučajeva višestrukog državljanstva i vojnim obavezama u slučaju višestrukog državljanstva iz 1963. (dalje Konvencija iz 1963) i Konvenciji Saveta Evrope o državljanstvu iz 1997. godine (dalje Konvencija iz 1997).

Konvencija iz 1963. nastavila je sa praksom koja je postojala još u Haškoj konvenciji o određenim pitanjima sukoba zakona o državljanstvu, u pogledu posmatranja dvojnog državljanstva kao izrazito neželjenog statusa. Oba ta dokumenta su normativno izražavala duboko uvrežen stav izražen i u pomenutim analogijama sa bračnim neverstvima i podeljenoj lojalnosti.³¹ U prvom odeljku Konvencije iz 1963. utisnut je duboko negativan stav prema izlaznoj naturalizaciji jer iako ta konvencija nije zahtevala od strana ugovornica da propišu odricanje od prethodnog državljanstva kao uslov za naturalizaciju, njome jeste zahtevano da strane ugovornice povuku svoje državljanstvo ukoliko jedno lice, njihov državljanin, dobrovoljno stekne državljanstvo druge strane ugovornice.³² Na taj način je Konvencija iz 1963, čiji je cilj bio da „kroz pravila u slučajevima sticanja novog državljanstva ili odricanja od državljanstva i pravne posledice po pojedince, uključujući i maloletnike, što efikasnije smanji slučajeve višestrukog državljanstva”, značila krupan korak ka konsolidaciji principa jednog državljanstva.³³

Međutim, već pomenute fundamentalne promene u svetu i shvatanju državljanstva, kao i veoma praktični uzroci poput promena granica posle svetskih ratova, disolucije SSSR-a i SFR Jugoslavije te pojačanih migracija u Zapadnoj Evropi nametale su i preoblikovanje stava o dvojnomo državljanstvu dokumentima s kraja 20. i početkom 21. veka. Savet Evrope nije smeo da ostane imun na te krucijalne promene. Stoga je 1993. godine donet Drugi protokol koji, iako nedovoljno eksplicitno, dozvoljava dvojno državljanstvo migrantima druge generacije i supružnicima i deci kako bi „se pospešila politika jednog državljanstva unutar iste porodice”.³⁴ Međutim, mnogo smeliji i otvoreniji iskorak ka prihvatanju višestrukog državljanstva vidljiv je u Konvenciji iz 1997. koja je nastojala da deetnicizuje shvatanje državljanstva ukidanjem razlike između građana na osnovu nacionalnog, etničkog, verskog ili rasnog kriterijuma.³⁵ Kako se navodi u Obrazloženju donošenja Konvencije iz 1997. godine, Savet Evrope je odlučio da razmotri striktnu primenu principa izbegavanja višestrukog državljanstva,

³¹ A. Midtbøen, 295–296.

³² R. Bauböck, 64.

³³ M. Howard, 702.

³⁴ *Ibid.*, 704.

³⁵ E. Oltay, 46.

između ostalog, i zbog migracija radne snage, slobode kretanja u zemljama EU, sve većeg broja brakova između supružnika različitih državljanstava, ali i, što je za predmet ovog rada naročito značajno, potrebe za integracijom osoba sa stalnim boravkom.³⁶

Prema odredbama Konvencije iz 1997. država ugovornica treba da dozvoli višestruko državljanstvo u dva slučaja: kada dete rođenjem stiče dva državljanstva (kombinacijom principa *ius soli* i *ius sanguinis*) i kada njihov državljanin sklapanjem braka stiče automatski još jedno državljanstvo (čl. 14). U članu 15. stranama ugovornicama je, ipak, ostavljena sloboda da odrede pravila o ulaznoj ili izlaznoj naturalizaciji (da li sticanje ili zadržavanje državljanstva strane ugovornice podleže odricanju nekog drugog državljanstva, odnosno da li državljani strane ugovornice koji stiču ili imaju neko drugo državljanstvo gube državljanstvo strane ugovornice). Ipak, ta sloboda je ograničena harmonizacijom sa principima i izvorima međunarodnog prava,³⁷ među kojima je već i naredni, veoma važan član 16. Konvencije iz 1997. u kome se naglašava da država ugovornica ne treba da utvrdi da je odricanje ili gubitak drugog državljanstva uslov za sticanje ili zadržavanje njenog državljanstva u slučaju kada takvo zadržavanje ili gubitak nije moguće ili ne može razumno da se zahteva. Nemogućnost gubitka prethodnog državljanstva ili nerazumnost očekivanja takvog gubitka, dakle, granice su slobodne procene države u propisivanju pravila o naturalizaciji. Taj uslov može biti dodatno razjašnjen i drugim standardima Saveta Evrope, iako kao glavni nedostatak ostaje izostanak jasno označenog prava na državljanstvo u najznačajnijem aktu, Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ipak, standardi Saveta Evrope za naturalizaciju dalje objašnjavaju da se kao uslov za naturalizaciju može postaviti *maksimum* 10 godina zakonitog boravka na teritoriji, ali i da pristup državljanstvu treba da postoji svaki put kada osoba ima iskrene i efektivne veze sa konkretnom državom (rođenjem, poreklom ili boravkom).³⁸

Isti uslovi, odnosno važenje člana 16. predviđeno je, kao princip, i u slučaju da prilikom sukcesije država sticanje državljanstva podleže gubitku stranog državljanstva (čl. 18. st. 3).

Zbog tako ograničene, ali ipak ostavljene slobode stranama ugovornicama da regulišu (ne)dopuštenost dvojnog državljanstva, pojedini autori ističu da stav Konvencije iz 1997. prema dvojnog državljanstvu zapravo nije više od neutralnog. Međutim, mnogo je češći stav koji u njoj vidi prekretnicu, kojom se izražava rast tolerancije spram dvojnog državljanstva i potvrđuje očigledna promena vizure dvojnog državljanstva: od rezultnog odbijanja, preko nelagode, do sadašnjeg statusa ohrabrivanja.³⁹ Ipak, kako je je istaknuto u Obrazloženju

³⁶ Savet Evrope, Evropska konvencija o državljanstvu, Obrazloženje donošenja konvencije, <https://www.medija-tor-prnjavorac.com/Evropska-konvencija-o-drzavljanstvu.pdf> pristupljeno 3. mart 2023.

³⁷ E. Oltay, 47.

³⁸ C. Vlieks, *Nationality and Statelessness in Europe – European Law on Preventing and Solving Statelessness*, Inersentia, Antwerpen, Gent, Cambridge 2022, 163, 165.

³⁹ P. Spiro, 130; A. Midtbøen, 296.

njenog donošenja, Konvencija iz 1997. niti modifikuje niti je inkompatibilna već koegzistira sa Konvencijom iz 1963.⁴⁰ Međutim, sasvim sigurno i pod uticajem promenjenog shvatanja o dvojnog državljanstvu i donete Konvencije iz 1997, do 2020. godine su se sve države članice, osim Austrija i Holandije, ili povukle iz Konvencije iz 1963. ili su povukle svoje obaveze iz Poglavlja 1 tog dokumenta.⁴¹

Promene shvatanja dvojnog državljanstva, istovremeno sa normativnim rešenjima sadržanim u Konvenciji iz 1997, vidljive su i mogu se i statistički izraziti u nacionalnim rešenjima. Tako, prema određenim analizama, za razliku od 1980. godine, kada je dvojno državljanstvo dopuštalo manje od 20% država, danas ga 115 država dozvoljava u nekom obliku,⁴² pri čemu je promena zakonodavstva najčešće usledila upravo u poslednjoj deceniji 20. veka,⁴³ što, barem kada je stari kontinent u pitanju, koincidira sa donošenjem Konvencije iz 1997. Slični su rezultati i istraživanja koja pokazuju da 47% država potpuno dopušta dvojno državljanstvo putem naturalizacije, dok samo 18% procenata, među kojima su i zemlje poput Austrije, potpuno odbija mogućnost postojanja dvojnog državljanstva.⁴⁴ Naravno, iako pokazuje više nego očigledan trend liberalizacije nacionalnih zakonskih rešenja dvojnog državljanstva, neujednačenost kriterijuma koji se u različitim analizama uzimaju za ocenu određenog nacionalnog rešenja slaba je tačka tog statističkog argumenta. Zbog toga se korisnom može pokazati analiza zasnovana na veoma detaljnoj publikaciji M. Bola, u kojoj su sva ispitivana nacionalna zakonodavstva podeljena u četiri kategorije: zemlje koje ne dopuštaju dvojno državljanstvo, zemlje koje u veoma ograničenom broju slučajeva dopuštaju dvojno državljanstvo (npr. deca rođena od roditelja sa principom *ius sanguinis* na teritoriji države sa principom *ius soli*), na zemlje koje dvojno državljanstvo dopuštaju *de facto* ili u slučaju međunarodnih ugovora, te najposle države koje potpuno prihvataju dvojno državljanstvo. Ispitivanje zakonodavstva 189 država pokazalo je da u kategoriju nedopuštenosti dvojnog državljanstva ulaze 53 zemlje, njih 24 dopuštaju dvojno državljanstvo u ograničenom broju slučajeva, 14 država toleriše dvojno državljanstvo *de facto*, 73 nacionalna zakonska rešenja potpuno prihvataju dvojno državljanstvo. Ta analiza je pokazala i da 25 država ima nekonzistentna rešenja,⁴⁵ što se može shvatiti i kao potvrda nedovoljnosti statističkog kriterijuma.

Opisani trend u svetskim okvirima jednako je vidljiv i na nivou Evropske unije. Naime, prema analizi Luka Van der Barena, od 756 mogućih interakcija između država članica EU, čak 461 (61%) uključuje potpuno prihvatanje dvojnog državljanstva. Taj procenat je još i veći ako se pretvori u broj uspešnih naturalizacija. Naime, isti autor je došao do zaključka da je 92% državljana država članica EU

⁴⁰ Savet Evrope, Evropska konvencija o državljanstvu, Obrazloženje donošenja konvencije, par. 12.

⁴¹ R. Bauböck, 64.

⁴² T. Brøndsted Sejersen, 542; S. Ravlić, „Dvojno državljanstvo u EU: izvori, tipovi, nacionalne politike”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 64, 4/2014, 538.

⁴³ T. Brøndsted Sejersen, 534.

⁴⁴ R. Bauböck, 67.

⁴⁵ J. K. Blatter, S. Erdmann, K. Schwanke, 9–10.

koji su izvršili postupak naturalizacije 2018. godine moglo da zakonito zadrži svoje prethodno državljanstvo, zahvaljujući tome što se našlo među pomenutom 461 korelacijom koje rezultiraju međusobnim prihvatanjem dvojnog državljanstva između država članica EU.⁴⁶ Opisanu konstelaciju tako tako ima Španija sa zemljama kao što su Portugal i Andora, dok su svoja zakonodavstva spram dvojnog državljanstva liberalizovale početkom 21. veka Švedska, Finska, Norveška, Grčka, a Danska 2014. godine. Na drugoj strani spektra, među zemljama EU koje i dalje ne dozvoljavaju bipatridiju i polipatridiju su Austrija, Holandija i baltičke države.⁴⁷ Takođe, i Švajcarska je 1990. godine izmenila zakon i napustila princip jednog državljanstva, dopuštajući državljanima država članica EU da steknu švajcarsko državljanstvo, bez neophodnog odricanja od prethodnog državljanstva.⁴⁸

Ipak, zbog predmeta ovog rada, možda je od svih tih primera najintrigantniji onaj koji se odnosi na zakonodavne promene u Danskoj. Ta država je dugo istrajavala na konceptu jednog državljanstva. Dansko Ministarstvo za izbeglice, imigracije i pitanja integracije temeljilo je neprihvatanje dvojnog državljanstva na dvostrukim razlozima: na želji da se osigura da danski državljani imaju samo vezu sa Danskom i na izbegavanju situacije da pojedinci imaju glasačka prava u više država, te težnji da samo oni koji su usko vezani za Dansku budu u mogućnosti da u toj državi ostvare svoje glasačko pravo.⁴⁹ Kao što se može uočiti, Danska je kroz svoje razloge protiv dvojnog državljanstva dosledno kanalisala etničko shvatanje nacije i nacionalnosti te artikulisala prigovore na ostvarivanje glasačkog prava u više država koji su se upućivali liberalnim teoretičarima. Međutim, 2014. godine Danska je svoje zakonodavstvo izmenila u pravcu tolerancije dvojnog državljanstva, a razlog za takav zaokret je više nego interesantan, jer pokazuje još jedan, sve zastupljeniji, faktor koji utiče na liberalizaciju zakonskih rešenja. Naime, osim želje da i Danci u dijaspori zadrže državljanstvo, odlučniji razlog je bilo uočavanje mogućnosti da, u slučaju dopuštenog dvojnog državljanstva, oduzimanje danskog državljanstva onim pojedincima za koje se ispostavi da su učestvovali ili podržavali terorizam neće rezultirati krajnje nepoželjnim i neprihvatljivim ishodom apatridije.⁵⁰ Tako je sada dvojno državljanstvo postalo i mehanizam zaštite nacionalne države od bezbednosnih pretnji, a ta novina u konceptualizaciji dvojnog državljanstva označava se kao sekuritizacija državljanstva.⁵¹ Slikovito rečeno, građanin se sekuritizacijom državljanstva doslovno pretvara u stranca. Međutim, fenomen sekuritizacije nije jednosmeran u smislu da, iz osobenih motiva, pospešuje politiku dopuštanja dvojnog državljanstva već može imati i suprotan smer – da onemogućiti da državljanstvo steknu izbeglice ili prinudni migranti s pozivom na bezbedonosne

⁴⁶ R. Bauböck, 68–69.

⁴⁷ R. Jović, 60; S. Ravlić (2014), 537.

⁴⁸ V. Čok (19926), 299.

⁴⁹ T. Brøndsted Sejersen, 541–542.

⁵⁰ A. Midtbøen, 303.

⁵¹ *Ibid.*, 305.

razloge.⁵² Na taj način, sekuritizacija deluje tako što ne dopušta strancima da postanu građani. Primer sekuritizacije državljanstva u smeru nedozvoljavanja dvojnog državljanstva nalazimo u Indiji, čiji je Visoki komitet za dijasporu istakao da je „najčvršći argument protiv dvojnog državljanstva onaj bezbedonosne prirode, jer davanje dvojnog državljanstva može ugroziti osetljiv kontekst unutrašnje bezbednosti”.⁵³ Međutim, iako težnja da se bezbedonosno „zlo” drži što je moguće dalje od zajednice, to nije uvek moguće nedvosmisleno utvrditi, budući da se između terorista i pretnji po nacionalnu bezbednost, kao apsolutno neprihvatljive kategorije, i potpuno lojalnih građana, kao apsolutno poželjne, nalazi čitav niz nedefinisanih kategorija.⁵⁴ Štaviše, iako dvojno državljanstvo može aktivirati inherentnu ideju nacionalne bezbednosti, ona mora biti nedvosmisleno i objektivno utvrđena. A primer Indije, u čijem se bezbedonosnom kontekstu često pojavljuje Pakistan, koji je čak bio deo iste države sa Indijom, pokazuje svu složenost jedne takve operacije. Naime, kako se ističe u teoriji, dovođenje u vezu dvojnog državljanstva u Indiji sa potencijalnom pakistanskom pretnjom njenoj nacionalnoj bezbednosti sadrži visok stepen spekulacije i ne zasniva se na objektivnim i racionalnim argumentima.⁵⁵

Da li je crnogorsko rešenje dvojnog državljanstva usaglašeno sa promenama na nivou međunarodnog prava i gde se na skali uporednih rešenja može smestiti Crna Gora? Najzad, da li je u Crnoj Gori dvojno državljanstvo podložno sekuritizaciji i, ako jeste, u kom smeru ona deluje? Odgovore na ta pitanja pokušaćemo da ponudimo u narednom poglavlju.

4. Slučaj Crne Gore

Ipak, pre nego što se upustimo u davanje odgovora na pomenuta pitanja, nužno je istaći jednu prethodnu opasku. U ovom poglavlju biće pružen prikaz istorije i pozitivnopravnog okvira krajnje rigidnog crnogorskog stava spram dvojnog državljanstva, te pokušaj da se otkrije *ratio legis* tih rešenja. Dakle, akcenat je na normativnom, a ne na faktičkom, te činjenica da pojedinci i u Crnoj Gori, kao i u pojedinim situacijama u uporednom pravu,⁵⁶ do drugog državljanstva dođu mimo zakonskog okvira, previdom državnih organa, nije značajna za sveukupnu ocenu stepena restriktivnosti crnogorskog rešenja.

U teoriji se ističe da su na oblikovanje rigidnog crnogorskog rešenja spram dvojnog državljanstva uticala dva divergentna faktora: nasleđe prošlosti u vidu postjugoslovenske državljske problematike, koja se posebno odnosi

⁵² A. Macklin, „The Securitization of Dual Citizenship”, *Dual Citizenship in Global Perspective: From Unitary to Multiple Citizenship* (eds. T. Faist, P. Kivisto), Palgrave 2007, 42.

⁵³ D. Naujoks, „The securitization of dual citizenship. National security concerns and the making of the Overseas Citizenship of India”, *Diaspora studies* 8, 1/2015, 25.

⁵⁴ A. Macklin, 62.

⁵⁵ D. Naujoks, 25.

⁵⁶ Vid. T. Brøndsted Sejersens, 535.

na isprepletane veze sa Srbijom, s jedne strane, ali i okrenutost ka evropskim integracijama, te izloženost uticaju međunarodnih standarda, s druge strane.⁵⁷ Dakle, da bi se kontekst crnogorskog zakonodavnog okvira bolje razumeo, neophodno je posegnuti za istorijskopравnim tumačenjem. Naime, iako se kao jedna od prvih obaveza zakonodavca novostvorene države nameće uređivanje državljanstva,⁵⁸ od disolucije SFR Jugoslavije i stvaranja SR Jugoslavije 1992. godine pa do donošenja saveznog Zakona o državljanstvu 1996. godine protekle su čitave četiri godine. Nažalost, taj akt je sadržao mnoga kontroverzna rešenja, uzrokovana strogim insistiranjem na principu jednog državljanstva. Njegovim odredbama je bilo propisano da jugoslovensko državljanstvo stiču oni koji su na dan proglašenja Ustava SRJ (27. aprila 1992) imali republička državljanstva Srbije ili Crne Gore, a da ostali građani bivše SFR Jugoslavije koji žele da dobiju jugoslovensko državljanstvo to mogu da ostvare tek nakon pokrenutog i uspešno okončanog postupka naturalizacije. Zakonodavac je takva rešenja pravdao „ostvarivanjem kontinuiteta sa ranijim saveznim državljanstvom”.⁵⁹ Međutim, opisanim rešenjima je zapravo uveden princip diskontinuiteta jer nije uvažena pretpostavka automatskog državljanstva SR Jugoslavije za državljane drugih republika bivše SFR Jugoslavije, iako su oni taj status stekli *ex lege*, već im je nametnuta teža procedura naturalizacije nego drugim strancima, uz, u tim turbulentnim vremenima, dodatno težak uslov odricanja od prethodnog republičkog državljanstva sada novostvorenih država. Time je to zakonsko rešenje, umesto da olakša, samo produbilo dramu jugoslovenskog državljanstva.⁶⁰

U Crnoj Gori, pak, odvijala se jednako komplikovana dinamika. U vreme donošenja Ustava SR Jugoslavije i kasnijeg saveznog Zakona o državljanstvu, u Crnoj Gori je na snazi bio akt iz 1975. godine, koji je u pogledu naturalizacije predviđao dve kategorije lica. Državljanima drugih jugoslovenskih republika primani su u crnogorsko državljanstvo na osnovu zahteva i određenog provedenog boravka, a maloletnici su primani po automatizmu ako su im oba roditelja crnogorski državljani. S druge strane, prijem stranaca u crnogorsko državljanstvo zavisio je od njihovog prethodnog dobijanja saveznog državljanstva.⁶¹ Taj akt je zamenjen novim republičkim Zakonom o državljanstvu, koji je stupio na snagu 1. novembra 1999. godine. Njegova glavna odlika je bila direktna suprotstavljenost saveznom zakonu, budući da je taj akt sada predviđao da crnogorsko državljanstvo može biti ostvareno pre i bez prethodno dobijenog saveznog državljanstva. Zbog toga je, prema nalazima Evropske inicijative za stabilnost, ocenjen kao „propis nezavisne države, koji se uzdržava od supsidijarnog odnosa spram saveznog zakonodavstva”.⁶² Iako njime nije i zaista ostvarena nezavisnost,

⁵⁷ J. Džankić, „Understanding Montenegrin citizenship”, *Citizenship Studies* 16, 3–4/2012, 338, 348.

⁵⁸ V. Čok, „Država i državljanstvo”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–3/1996, 700.

⁵⁹ R. Jović, 248–250.

⁶⁰ S. Lilić, 61.

⁶¹ J. Džankić, *Transformations of Citizenship in Montenegro: a context-generated evolution of citizenship policies*, University of Edinburgh, Edinburgh 2010, 8.

⁶² J. Džankić, „Citizenship between the ‘image of the nation’ and ‘the image of politics’: the case of Montenegro”, *Southeast European and Black Sea Studies* 14, 1/2014, 45.

takav izvrnuti primat nije bio ni u direktnoj službi homogenizacije crnogorske nacije.⁶³ Umesto toga, on je bio važan alat u procesu tzv. puzajuće nezavisnosti, koji je otpočeo nakon sukoba političkih elita u Crnoj Gori predvođenih Milom Đukanovićem sa elitama u Srbiji pod Slobodanom Miloševićem. Takođe, pojedina zakonska rešenja za naturalizaciju predviđena tim zakonom (uslov od 10 godina zakonitog boravka) takođe su bila u službi sukoba političkih elita i izborne matematike, budući da se procenilo da bi veliki broj interno raseljenih lica iz Hrvatske, BiH i Kosova glasanjem podržavao prosrpsku opoziciju.⁶⁴ Crnogorsko zakonsko rešenje iz 1999. godine tako je ilustrativan primer u prethodnim odeljcima uočenog fenomena da zakonodavac nema uvek na umu motive zaštite i uokviravanja nacionalnog identiteta kada propisuje pravila o državljanstvu već ga katkad vode i mnogo prozaičniji motivi – kao što je održanje na vlasti određene političke elite.

No, ti motivi su se znatno promenili nakon što, od 21. maja 2006. godine, proces sticanja crnogorske nezavisnosti više nije bio puzajući, iako je u osnovi problema i dalje ostao status bezmalo 30. 000 interno raseljenih lica i izbeglica,⁶⁵ u kombinaciji sa izbornim inženjeringom u zemlji sa malim brojem stanovnika. Na liberalizaciju stanovišta spram mogućnosti da ova lica dobiju državljanstvo nije uticao ni međunarodni standard po kome institut dvojnog državljanstva ima posebnu vrednost kada su u pitanju izbeglice, kojima dobijanje državljanstva zemlje prijema treba da posluži za lakše rešavanje teške životne situacije.⁶⁶

Nakon sticanja nezavisnosti, donet je i Ustav Crne Gore 2007. godine.⁶⁷ U njemu se Crna Gora definiše kao nezavisna i suverena država republikanskog oblika vladavine i kao građanska, demokratska, ekološka i država socijalne pravde zasnovana na vladavini prava (čl. 1), u kojoj je nosilac suverenosti građanin koji ima crnogorsko državljanstvo (čl. 2. st. 1). Članom 12. Ustava regulisano je crnogorsko državljanstvo, a Zakonom o sprovođenju Ustava⁶⁸ bliže određeno. Tim aktom je, naime, propisano da će građani koji su bili u posedu državljanstva druge države pre 3. juna 2006. moći da zadrže oba državljanstva, dok će oni koji državljanstvo druge države steknu nakon tog datuma moći da zadrže oba državljanstva do potpisivanja bilateralnog ugovora ili najkasnije do isteka roka od godinu dana od stupanja na snagu Ustava Crne Gore, ako takav ugovor

⁶³ J. Džankić (2010), 9.

⁶⁴ *Ibid.*, 11.

⁶⁵ Više o opštem položaju i problemima interno raseljenih lica sa prostora Kosova i Metohije vid. u M. Matijević, J. Madžarević, S. Giantin, „Duration of Internal Displacement at the Intersection of Law and Politics”, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka – APEIRON* 12, 2022, 23–37.

⁶⁶ V. Čok, „Uticaj međunarodnih standarda o državljanstvu na status izbeglica”, *Izbeglice – međunarodna zaštita, pravni položaj i životni problemi izbeglica, prognanika i raseljenih lica*, Pravni fakultet, Fakultet političkih nauka, Institut za međunarodnu politiku i privredu, 1998, 122.

⁶⁷ Ustav Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 1/2007 i 38/2013 – Amandmani I–XVI.

⁶⁸ Ustavni zakon za sprovođenje Ustava Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 001/07 od 25. 10. 2007, 009/08 od 8. 2. 2008, 004/09 od 26. 1. 2009, 071/09 od 22. 10. 2009, 022/10 od 26. 4. 2010, 080/10 od 31. 12. 2010, 027/11 od 1. 6. 2011, 038/11 od 2. 8. 2011.

ne bude potpisan (čl. 12). Ta su rešenja, iako su u delu medija označavana kao „bolje rešenje”, naišla na snažan otpor prosrpskih opozicionih stranaka i kvalifikaciju da su diskriminatorna.⁶⁹ S druge strane, izložena rešenja su opisana i kao izraz činjenice da je Ustav Crne Gore prihvatio postnacionalni pristup i koncepciju državljanstva kao nukleusa društvene integracije. Argument u prilog toj tezi iznet je u određenju Crne Gore kao građanske države.⁷⁰ Sa tom se teorijskom konstatacijom može polemisati po više osnova, najpre protivargumentom jezičkog tumačenja. Naime, ako je namera ustavotvorca zaista bila da koncept državljanstva ugradi u same temelje Crne Gore kao građanske države, a ne države zasnovane na etničkom poimanju nacije, zbog čega rubrum člana 12. Ustava glasi *Crnogorsko*, a ne *Državljanstvo Crne Gore*? Takođe, jezička nedoslednost je vidljiva na još jednom primeru. Naime, članom 2. Zakona o pravima i slobodama manjina propisano je da su manjinski narodi u smislu tog zakona svaka grupa *državljana Crne Gore*, bročano manja od ostalog preovlađujućeg stanovništva, koja ima zajedničke etničke, verske ili jezičke karakteristike, različite od ostalog stanovništva, istorijski je vezana za Crnu Goru i motivisana je željom za iskazivanjem i očuvanjem nacionalnog, etničkog, kulturnog, jezičkog i verskog identiteta. Iako se ovde ispravnije iz ugla ideala građanske države koristi termin državljani Crne Gore, problem leži u činjenici da se manjinska prava povezuju sa državljanskim statusom, što je suprotno međunarodnom shvatanju manjinskih prava kao ljudskih prava koja nisu rezervisana samo za državljane. Štaviše, u Crnoj Gori takav izbor ima i dodatnu problematičnu dimenziju jer upotrebom termina *državljanin* iz manjinske zaštite isključuje sva ona lica koja su se za vreme zajedničke države podvodila pod termin *građanin* (stanovnici Crne Gore iz druge federalne jedinice, Srbije, koji nisu imali crnogorsko državljanstvo u vreme sticanja crnogorske nezavisnosti).⁷¹

Naposletku, 2008. godine donet je novi Zakon o crnogorskom državljanstvu.⁷² Njime je najpre, u članu 4. propisano da se crnogorsko državljanstvu stiče poreklom, rođenjem na teritoriji Crne Gore, prijemom te po međunarodnim sporazumima. Sticanje crnogorskog državljanstva prijemom definisano je članom 8. i obuhvata sledeće uslove koje lice mora da ispuni za naturalizaciju: punoletstvo, otpust iz državljanstva druge države, zakonit i neprekidan boravak u Crnoj Gori 10 godina pre podnošenja zahteva, obezbeđen smeštaj i stalan izvor prihoda u iznosu koji mu omogućava materijalnu i socijalnu sigurnost, da nije u Crnoj Gori i drugoj državi pravnosnažno osuđen na bezuslovnu kaznu zatvora u trajanju dužem od jedne godine za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti ili su prestale pravne posledice osude, da ima znanje crnogorskog jezika

⁶⁹ J. Džankić (2010), 11.

⁷⁰ B. Spaić, Political Identities and Citizenship in Montenegro, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2332191, 8. mart 2023, 11.

⁷¹ J. Džankić, „Montenegro’s Minorities in the Tangles of Citizenship, Participation and Access to Rights”, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe* 11, 3/2012, 43–44.

⁷² Zakon o crnogorskom državljanstvu, *Službeni list CG*, br. 13/2008, 40/2010, 28/2011, 46/2011, 20/2014 – odluka US, 54/2016 i 73/2019.

u meri koja omogućava osnovnu komunikaciju, da ne postoje smetnje iz razloga bezbednosti i odbrane Crne Gore, te da je lice izmirilo dospelu poreske i druge zakonske obaveze. Uslov otpusta iz državljanstva druge države, prema stavu 2. istog člana, ne odnosi se na lice koje je podnelo zahtev ako je bez državljanstva ili pruži dokaz da će po zakonu države čiji je državljanin izgubiti državljanstvo prijemom u crnogorsko državljanstvo, ili mu je odbijen zahtev za otpust iz državljanstva druge države zato što nije regulisalo vojnu obavezu u toj državi, pod uslovom da potpiše izjavu da se u slučaju sticanja crnogorskog državljanstva odriče državljanstva druge države. Kao što se može uočiti, u crnogorskom rešenju se insistira da uslov naturalizacije bude na tzv. klauzula odricanja od prethodnog državljanstva. Takođe, propisivanjem dužine zakonitog boravka u trajanju od 10 godina, tim pre što je Vlada Crne Gore taj uslov dugo tumačila tako da pod zakonitim boravkom podrazumeva samo stalni, a ne i privremeni boravak,⁷³ crnogorsko rešenje se može smatrati rigidnim. Naposletku, na isti zaključak upućuje i upoređivanje poslednjeg, u ranijem tekstu iznetog kriterijuma za ocenu restriktivnosti, a to je da li se princip *ius soli* proteže i na decu nedržavljana. U članu 7. Zakona o državljanstvu daje se, nažalost, negativan odgovor na to pitanje,⁷⁴ čime se zaokružuje restriktivnost crnogorskog zakona spram dvojnog državljanstva i po ovom trećem parametru.

Prelaznim i završnim odredbama tog akta nastojalo se postići ograničeno ublažavanje rigidnosti za onu kategoriju lica koja su bila i najviše pogođena takvim rešenjima. Naime, u članu 41. je propisano da državljanin republika bivše SFRJ koji ima prijavljeno prebivalište u Crnoj Gori pre 3. juna 2006. godine može steći crnogorsko državljanstvo prijemom, ako nema državljanstvo druge države ili ima otpust iz njenog državljanstva, ako ispunjava uslove iz čl. 8. stav 1. tač. 4, 5, 7. i 8. tog zakona, a da zahtev može podneti nadležnom organu u roku od godinu dana od početka njegove primene. Taj rok je kasnije produžavan do 5. maja 2011. (čl. 41a), odnosno 31. jula 2012. godine (čl. 41b). Međutim, članom 41v propisano je da, izuzetno od člana 41, uslov odricanja od prethodnog državljanstva nije neophodan za one državljane republika bivše SFRJ koji imaju prijavljeno prebivalište u Crnoj Gori najmanje dve godine pre 3. juna 2006. godine i ličnu kartu izdatu u skladu sa zakonom o ličnoj karti koji je važio u trenutku izdavanja, ukoliko do podnošenja zahteva nisu odjavljivali prebivalište. *Prima facie*, tim se rešenjem rigidnost crnogorskog zakona spram dvojnog državljanstva donekle relativizuje te se dopušta, pre svega, izbeglicama iz BiH i Hrvatske koji nisu mogli da dobiju otpust iz svog državljanstva ili ga nisu ni želeli da dobiju crnogorsko državljanstvo. Međutim, liberalizacija crnogorske

⁷³ Odluka Vlade Crne Gore o kriterijumima za utvrđivanje uslova za sticanje crnogorskog državljanstva prijemom, *Službeni list CG*, br. 47/2008, 80/2008, 30/2010 i 56/2012.

⁷⁴ Tim članom je predviđeno da crnogorsko državljanstvo stiče dete rođeno ili nađeno na teritoriji Crne Gore, ako su oba roditelja nepoznata ili nepoznatog državljanstva ili bez državljanstva ili ako dete ostaje bez državljanstva. Dete na koje se ta odredba odnosi može izgubiti crnogorsko državljanstvo ako se do navršene 18. godine života utvrdi da su mu oba roditelja državljani druge države ili da je steklo, po bilo kom osnovu, državljanstvo druge države.

politike spram dvojnog državljanstva ciljano je veoma svedenog obima jer je najveći broj zainteresovanih za crnogorsko državljanstvo ostao izvan domašaja te norme. Reč je o interno raseljenim Srbima i Romima sa Kosova koji su bili prijavljeni pri Komesarijatu za izbeglice koji nije bio nadležan za odobravanje prebivališta, a uslov prebivališta je ključni segment odredbe iz člana 41v. Takvom nedoslednom liberalizacijom zakonskog rešenja crnogorske vlasti su postigle dvostruki efekat: ciljano su ograničile opseg ljudi kojima je omogućena naturalizacija, a istovremeno su pokazale privrženost evropskim integracijama i usaglašenost sa evropskim standardima.⁷⁵

Međutim, za ocenu usklađenosti crnogorskog rešenja sa evropskim standardima mnogo značajnija od te ograničene liberalizacije jeste činjenica da je Crna Gora jedina država sa prostora bivše Jugoslavije koja je istakla rezervu na član 16. Evropske konvencije iz 1997, koji unosi jedan sasvim nov, liberalan i ohrabrujući pristup spram širenja dvojnog državljanstva. Tom rezervom Crna Gora je uspela da zadrži svoj, u osnovi, veoma restriktivan režim spram dvojnog državljanstva, koji je, što svedoči i odredba čl. 41v, posebno sporna u pogledu odnosa sa Srbijom.⁷⁶ Na međunarodnoj ravni posmatranja, zanimljivo je da je Vlada Crne Gore, na osnovu člana 18. Zakona o državljanstvu, kojim je predviđeno da se crnogorsko državljanstvo može steći na osnovu ratifikovanih međunarodnih ugovora koje je zaključila Crna Gora, a da se tim ugovorima pod uslovom uzajamnosti može ustanoviti i dvojno državljanstvo, zaključila jedan takav sporazum sa Makedonijom 2009. godine. Međutim, sa tim ugovorom su skopčane određene, nemale kontroverze, budući da je ratifikovan u makedonskom, ali do danas ne i u crnogorskom parlamentu.⁷⁷

Nakon svega iznetog, može se konačno postaviti pitanje pravog razloga donošenja tako restriktivnog rešenja za dvojno državljanstvo. Da li, kao što se moglo čuti u crnogorskoj javnosti, razlog leži u činjenici da je Crna Gora mala, emigrantski nastrojena zemlja, te je restriktivna politika dvojnog državljanstva zapravo sredstvo za jačanje veze crnogorskih državljana koji su iz Crne Gore emigrirali? Usporedna iskustva pokazuju da to nikako ne može biti pravi uzrok već da bi takva politika spram proklamovanog cilja – održavanje veze sa matičnom državom, bila zapravo kontraproduktivna. Naime, čak i u iseljeničkim državama uvođenje dvojnog državljanstva se ne samo toleriše već i pospešuje jer se zadržavanje državljanstva zemlje iseljenja nakon okončane naturalizacije u zemlji useljenja vidi kao strategija jačanja veze sa zemljom porekla, što može da ima i nemale ekonomske koristi.⁷⁸ Primer upravo takve prakse je Italija, kao tradicionalno emigrantska država, čija je emigracija broji preko 50 miliona, te koja je upravo zbog toga 1992. godine iz tolerisanja dvojnog državljanstva *de facto* prešla

⁷⁵ J. Džankić (2014), 48.

⁷⁶ *Ibid.*, 44

⁷⁷ Vlada šest godina čuti o ugovoru sa Makedonijom, <https://www.vijesti.me/vijesti/drustvo/179926/vlada-sest-godina-cuti-o-ugovoru-sa-makedonijom>, 8. mart 2023.

⁷⁸ P. Spiro, 117.

u režim njegove eksplicitne dozvoljenosti. Posledica je, između ostalog, bila da je 80% italijanske emigracije u Australiji učestvovalo na italijanskim izborima 2006. godine.⁷⁹

Međutim, jednako bi neosnovan bio i stav koji bi razloge za takav zakonodavni okvir i dalje nalazio samo u motivima dominantnih političkih elita i izbornoj kvadraturi kruga. Iako faktor izborne matematike i kontrole glasačkog prava i dalje opstaje, na njega je, u politici državljanstva postreferendumske, nezavisne Crne Gore, nakalemljena jedna dodatna dimenzija. Tako, aktuelni odnos prema politici državljanstva ne predstavlja više samo „sliku politike” već i težnju da oblikuje „sliku nacije”.⁸⁰ Iako je u Zakonu o državljanstvu, slično kao i ustavnim određenjem Crne Gore u članu 1, eksplicitno istaknuto da državljanstvo ne implicira etničku pripadnost, situacija je ipak donekle drugačija, odnosno karakter Crne Gore, pa tako i njene državljske politike, nije u punom smislu građanski, kakvim se retorički često ističe.⁸¹ Dakle, iako bi liberalne vrednosti i građansko shvatanje nacije i države, kakvo nominalno postoji u Crnoj Gori, podrazumevalo, kao što smo uočili u ranijem tekstu, i promenu ka prihvatanju i ohrabrivanju prakse dvojnog državljanstva, to se u Crnoj Gori ne dešava. Uzrok je duboko ukorenjeno etničko shvatanje nacije u Crnoj Gori, iako se zaobilazanjem njegovog eksplicitnog određenja nastojao učiniti ustupak manjinama. U takvom kontekstu, pitanje dvojnog državljanstva logično biva povezano sa pitanjem podeljene lojalnosti pojedinca prema više država,⁸² od kojih se bar jedna (Srbija) predstavlja kao da ne posmatra blagonaklono na crnogorski identitet i uopšte opstanak njene nezavisnosti. Paradoksalno, ali rešenje koje bi moglo da ukloni problem podeljene lojalnosti, a to je isticanje prednosti građanskog shvatanja nacije kao „zajednice građana sa jednakim pravima, ujedinjenih u patriotskoj vezi za zajednički skup političkih vrednosti”,⁸³ čiji bi konkretan izraz morala da bude liberalizacija politike dvojnog državljanstva, nije ni na vidiku, ako izuzmemo retoričku ravan.

Najočigledniji dokaz te teze je nedavni medijski istup funkcionera stranke koja možda i najglasnije zagovara građanski koncept kao adekvatan crnogorskom slučaju, a povodom najave nove Vlade Crne Gore, formirane nakon što je opozicija prvi put u poslednjih nekoliko decenija smenila vlast Demokratske partije socijalista. Na najavu, dakle, Vlade Crne Gore da će se pristupiti liberalizaciji državljske politike na način da se uslov desetogodišnjeg zakonitog boravka neće tumačiti tako da se zahteva čitavih 10 godina stalnog već pet godina stalnog i pet godina privremenog boravka, stigla je reakcija koja je eklatantan primer komunitarnih teorija i pristupa državljanstvu. Naime, u sporenju te najavljene Vladine mere, istaknuto je kako je Crna Gora najmanja

⁷⁹ T. Brøndsted Sejersens, 534–535.

⁸⁰ J. Džankić (2014), 46.

⁸¹ J. Džankić (2010), 2.

⁸² J. Džankić (2014), 48.

⁸³ Navedeno prema S. Ravlić (2017), 613.

država bivše Jugoslavije u kojoj borave „na desetine hiljada izbeglica, vikendaša i vlasnika apartmana” te da je „Crna Gora demografski mali i ranjiv sistem koji se mora štititi od nekontrolisanog davanja prava glasa ljudima koji često dolaze iz sredina sa vrednostima koje ne korespondiraju ni sa unutrašnjim ni sa spoljopolitičkim opredeljenjima Crne Gore”.⁸⁴ Na tom primeru uočavamo, osim klasične komunitarne retorike (vrednosna nekompatibilnost pridošlica sa crnogorskim sistemom), i izražen prigovor liberalnoj teoriji insistiranjem da bi glasačka prava dodeljena tim pojedincima mogla da podriju crnogorski sistem. Zapravo, ukoliko malo pažljivije analiziramo taj slučaj, uvidećemo da nije u pitanju samo strah od podriivanja sistema i političke orijentacije već želja da se država zaštiti u njenom najtemeljnijem smislu – smislu njenog opstanka. Naime, crnogorski zakonodavac je restriktivno postavio stav prema dvojnog državljanstvo jer se plaši(o) da bi ono moglo da zamagli, u ovom konkretnom slučaju, odveć nejasne i krhke identitetske granice između Srbije i Crne Gore te da utre put ka ujedinjenju tih država u jednu.⁸⁵ Okolnost da Ustav Crne Gore u čl. 15. st. 4. kategorički isključuje takvu jednu mogućnost nije mogla da razuveri naciju mlade državnosti i nacionalnog identiteta čije formiranje nije potpuno zaokruženo. Upravo zbog toga je i pitanje dvojnog državljanstva, iako nesporno politički osetljivo, dobilo toliki značaj, odnosno izmešteno je iz sfere politike u sferu bezbednosti, i to bezbednosti same države i njenog opstanka. Drugim rečima, pitanje dvojnog državljanstva (sa Srbijom, u prvom redu) u Crnoj Gori tako je postalo pitanje podložno sekuritizaciji, i to onoj sa dve podvarijante, mogli bismo reći i hronološki starijoj, koja nema za svoj ishod uvođenje instituta dvojnog državljanstva. Jačinu tog procesa potvrdila je, nažalost, i sudbina Odluke o izmeni odluke o kriterijumima za utvrđivanje uslova za sticanje crnogorskog državljanstva prijemom, kojom je zakoniti boravak protumačen tako da obuhvata pet godina stalnog i pet godina privremenog boravka. Ta se odluka, uprkos njenom ograničenom dejstvu na liberalizaciju celokupnog režima državljanstva, jer uslov odricanja od drugog državljanstva i dalje postoji u zakonskom aktu, ne primenjuje. Naime, iako nije formalno stavljena van snage, njena je primena odgođena do odluke Ustavnog suda po inicijativi o oceni ustavnosti i zakonitosti te Vladine odluke.⁸⁶ Time će važnu ulogu u budućem kretanju Crne Gore između prava i politike te razrešenju trileme na relaciji država, nacija i identitet odigrati Ustavni sud rešavanjem inicijative sa tako dalekosežnim posledicama po shvatanje državljanstva u Crnoj Gori.

⁸⁴ B. Jelušić, Ozbiljan problem slaba zastupljenost manjinskih naroda, <https://www.vijesti.me/vijesti/politika/523071/jelusic-ozbiljan-problem-slaba-zastupljenost-manjinskih-naroda>, 8. mart 2023.

⁸⁵ J. Džankić (2014), 46.

⁸⁶ MINA, Ustavni sud da obustavi primjenu Odluke o sticanju državljanstva, https://mina.news/glavna/ustavni-sud-da-obustavi-primjenu-odluke-o-sticanju-drzavljanstva/?fbclid=IwAR0Bi8O9ODBppWgCj7l1TpjiuB-aJe-QZ_kAmy6Qwa8JdNTSL4tcTN63LrQw, 9. mart 2023.

5. Zaključna razmatranja

Primer Crne Gore i njenog već višedecenijskog odnosa prema institutu dvojnog državljanstva pokazao se veoma zahvalnim za analizu jer su uzroci i istorijat konkretnih rešenja crnogorskog pravnog poretka u pogledu dvojnog državljanstva takvi da se na njima mogu jasno uočiti različiti teorijski modeli, ali i mesto koje, sa takvim rešenjima, Crna Gora zauzima u savremenom, evropskom i širem kontekstu politike državljanstva.

Po sva tri istaknuta kriterijuma, crnogorsko se zakonsko rešenje pokazalo restriktivnim, budući da onemogućava bezuslovnu primenu principa *ius soli*, a kada je u pitanju naturalizacija, istrajava na opstanku klauzule odricanja od prethodnog državljanstva i drži dužinu zakonitog boravka na maksimalnom standardu (10 godina). Nedavni stidljiv Vladin pokušaj da taj kriterijum liberalizuje, zbog ograničenosti svog domašaja i neizvesne ustavnopravne sudbine, nije od velikog značaja. Na tako restriktivna rešenja mnogo su više uticali unutrašnji nego spoljašnji, međunarodni faktori. Međutim, ni unutrašnji faktori nisu uvek ni u celokupnom prethodnom periodu bili jednoznačni. Kao što je istorijski prikaz normativnih rešenja i političkog okruženja pokazao, dominantan unutrašnji faktor isprva je bio političke prirode. Nedoovoljavanje dvojnog državljanstva služilo je kontroli broja nosilaca aktivnog biračkog prava i održanju na vlasti određene političke elite. Nakon sticanja nezavisnosti 2006. godine, dominantan unutrašnji faktor restriktivnog režima postaje zaokruživanje i održanje čistim nacionalnog identiteta i vrednosti Crne Gore kao političke zajednice. Argumentacija koja takvo postupanje podupire u svojoj osnovi je podudarna sa teorijom komunitarne demokratije i etničkog shvatanja nacije.

Štaviše, težnja da se zaštiti nacionalna bezbednost, u smislu i samog opstanka države, tako što će se i sam koncept dvojnog državljanstva proskribovati u javnosti primer je kako se to pitanje sekuritizuje. Sekuritizacija dvojnog državljanstva u Crnoj Gori ne ide, pak, kao u uporednom pravu, u pravcu „pretvaranja građana u strance” već u nedovoljavanju da stranci koji su to i neopravdano predugo napokon postanu građani! Pri tome, ostaje se bez sluha za liberalne principe jednakosti građana i podudarnosti.

Crnogorsko se shvatanje dvojnog državljanstva, time, nalazi u središtu dva krupna, konceptijska raskoraka. Prvi, onaj unutrašnji, ogleda se u činjenici da je višedecenijska politika državljanstva suštinski nespojiva ne samo sa liberalnim vrednostima već i sa ustavnim određenjem Crne Gore kao građanske države i insistiranjem na toj okolnosti u javnosti. Drugi raskorak, onaj spoljašnji, vidljiv je u neprihvatanju Crne Gore da uvidi neumitne procese evolucije dvojnog državljanstva koji uveliko teku u uporednim, posebno evropskim okvirima. Vrhunac tog, možemo slobodno reći, autističnog stava jeste stavljanje rezerve na odredbe o dvojnog državljanstvu Evropske konvencije o državljanstvu Saveta Evrope!

Kako će se dalje odvijati dinamika dvojnog državljanstva u Crnoj Gori? Ključnu ulogu u odgovoru na to pitanje odigraće Ustavni sud, koji će, odlučivanjem o nedavnoj Vladinoj odluci, istovremeno morati i da zauzme stav o pomenutoj ustavnopravnoj unutrašnjoj kontradiktornosti ali i o daljem pozicioniranju Crne Gore u vezi sa tim pitanjem u evropskim okvirima.

Kao putokaz za razrešenje tih krupnih pitanja od značaja i za određenje samog ustavnog identiteta Crne Gore može mu poslužiti i stav o budućnosti trenda proširenja dvojnog državljanstva. Naime, taj će institut u budućnosti imati smisla i njegova proliferacija neće značiti i njegovu devalvaciju jedino ako ravnopravan status u političkoj zajednici budu dobijali samo oni koji imaju zaista objektivne veze sa dotičnom državom.⁸⁷ Kao što je istaknuto u radu, taj objektivizujući uslov liberalne teorije dvojnog državljanstva ispunjava više desetina hiljada ljudi u Crnoj Gori, koji poslednjih decenija doživljavaju pravu ličnu dramu zbog toga. Priznavanjem da i oni imaju ljudsko pravo (i) na (crnogorsko) državljanstvo neće se, što pokazuju i međunarodni i uporedni trendovi, umanjiti suverenitet i ograničiti državna vlast Crne Gore već će, sasvim suprotno, doći do njene veće sigurnosti, ali i ugleda u svetu.⁸⁸ Na taj će način Crna Gora uspeti da prevaziđe jaz između proklamovanog i stvarnog samopoimanja kao građanske države, retoričke i delatne privrženosti evropskim standardima, ali i da, ne manje važno, ostavi iza sebe anahronu sekuritizaciju i satanizaciju instituta dvojnog državljanstva.

Literatura

- Bauböck R., „The Toleration of Dual Citizenship: A Global Trend and its Limits”, *Dual Citizenship and Naturalisation. Global, Comparative and Austrian Perspectives* (eds. Rainer Bauböck and Max Haller), Austrian Academy of Sciences Press, Vienna 2021, 59–79.
- Blagojević B., *Osnovi nauke o državljanstvu*, Biblioteka Jugoslovenskog udruženja za međunarodno pravo, Beograd 1938.
- Blatter J., Erdmann S., Schwanke K., *Acceptance of Dual Citizenship: Empirical Data and Political Contexts*, University of Lucerne, Institute of Political Science, Lucerne 2009.
- Blatter J., „Dual citizenship and theories of democracy”, *Citizenship Studies* 15, 6–7/2011, 769–798.
- Brøndsted Sejersen T., „I Vow to Thee My Countries: The Expansion of Dual Citizenship in the 21st Century”, *The International Migration Review* 42, 3/2008, 523–549.
- Čok V., „Uticao međunarodnih standarda o državljanstvu na status izbeglica”, *Izbeglice – međunarodna zaštita, pravni položaj i životni problemi izbeglica*,

⁸⁷ R. Bauböck, 75.

⁸⁸ V. Čok (1996), 710.

- prognanika i rasljenih lica*, Pravni fakultet, Fakultet političkih nauka, Institut za međunarodnu politiku i privredu, 1998, 111–124.
- Čok V., „Novine u stranom pravu državljanstva”, *Strani pravni život* 2–3/1992a, 1730.
- Čok V., „Državljanstvo – pravo čoveka i instrument politike”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2/1992b, 287–300.
- Čok V., „Država i državljanstvo”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–3/1996, 699–711.
- Čolović V., „Primena Lex nationalis kao tačke vezivanja u bračnim odnosima sa elementom inostranosti”, *Godišnjak Pravnog fakulteta* 1/2010, 207–226.
- Džankić J., *Transformations of Citizenship in Montenegro: a context-generated evolution of citizenship policies*, University of Edinburgh, Edinburgh 2010.
- Džankić J., „Understanding Montenegrin citizenship”, *Citizenship Studies* 16, 3–4/2012, 337–351.
- Džankić J., „Montenegro’s Minorities in the Tangles of Citizenship, Participation and Access to Rights”, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe* 11, 3/2012, 40–59.
- Džankić J., „Citizenship between the ‘image of the nation’ and ‘the image of politics’: the case of Montenegro”, *Southeast European and Black Sea Studies* 14, 1/2014, 43–64.
- Howard M., „Variation in Dual Citizenships Policies in the Countries of the EU”, *The International Migration Review* 39, 3/2005, 697–720
- Jović R., *Upravnopravni aspekti državljanstva u Srbiji, BiH i Hrvatskoj (sa osvrtom i na druge zemlje bivše Jugoslavije)*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Beograd 2018.
- Liebich A., „Plural Citizenship in Post-Communist States”, *International Journal of Refugee Law* 12, 1/200, 97–107.
- Lilić S., „Drama jugoslovenskog državljanstva”, *Branik* 1/1997, 50–62.
- Macklin A., „The Securitization of Dual Citizenship”, *Dual Citizenship in Global Perspective: From Unitary to Multiple Citizenship* (eds. T. Faist, P. Kivisto), Palgrave 2007, 42–65.
- Matijević M., Madžarević J., Giantin S., „Duration of Internal Displacement at the Intersection of Law and Politics”, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka – APEIRON* 12, 2022, 23–37.
- Midtbøen A., „Dual Citizenship in an era of securitisation: A case of Denmark”, *Nordic Journal of Migration Research* 9, 3/2019, 293–309.
- Naujoks D., The securitization of dual citizenship. National security concerns and the making of the Overseas Citizenship of India, *Diaspora studies* 8, 1/2015, 18–36.
- Oltay E., „Concepts of Citizenship in Eastern and Western Europe”, *Acta Univ. Sapientiae, European and regional Studies* 11/2017, 43–62.

- Ravlić S., „Etničko shvaćanje nacije i dvojno državljanstvo: usporedba švedske, njemačke i hrvatske politike građanstva”, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave* 17, 4/2017, 611–638.
- Ravlić S., „Dvojno državljanstvo u EU: izvori, tipovi, nacionalne politike”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 64, 4/2014, 535–560.
- Spiro P., „Dual citizenship as human right”, *International Journal of Constitutional Law* 8, 1/2010, 111–130.
- Tasić Đ., *Uvod u pravne nauke*, Službeni list SRJ, Beograd 1995.
- Vlieks C., *Nationality and Statelessness in Europe – European Law on Preventing and Solving Statelessness*, Inersentia, Antwerpen, Gent, Kambridge 2022.

Pravni izvori

- Evropska Konvencija o državljanstvu, Savet Evrope, 1997.
- Ustav Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 1/2007 i 38/2013 – Amandmani I–XVI.
- Ustavni zakon za sprovođenje Ustava Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 001/07 od 25. 10. 2007, 009/08 od 8. 2. 2008, 004/09 od 26. 1. 2009, 071/09 od 22. 10. 2009, 022/10 od 26. 4. 2010, 080/10 od 31. 12. 2010, 027/11 od 1. 6. 2011, 038/11 od 2. 8. 2011.
- Zakon o crnogorskom državljanstvu, *Službeni list CG*, br. 13/2008, 40/2010, 28/2011, 46/2011, 20/2014 – odluka US, 54/2016 i 73/2019).
- Odluka Vlade Crne Gore o kriterijumima za utvrđivanje uslova za sticanje crnogorskog državljanstva prijemom, *Službeni list CG*, br. 47/2008, 80/2008, 30/2010 i 56/2012.

Internet izvori

- Savet Evrope, Evropska konvencija o državljanstvu, Obrazloženje donošenja konvencije, <https://www.medijator-prnjavorac.com/Evropska-konvencija-o-drzavljanstvu.pdf>, 3. mart 2023.
- Spaić B., Political Identities and Citizenship in Montenegro, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2332191, 8. mart 2023
- Jelušić B., Ozbiljan problem slaba zastupljenost manjinskih naroda, <https://www.vijesti.me/vijesti/politika/523071/jelusic-ozbiljan-problem-slaba-zastupljenost-manjinskih-naroda>, 8. mart 2023.
- Vlada šest godina ćuti o ugovoru sa Makedonijom, <https://www.vijesti.me/vijesti/drustvo/179926/vlada-sest-godina-cuti-o-ugovoru-sa-makedonijom>, 8. mart 2023.

MINA, Ustavni sud da obustavi primjenu Odluke o sticanju državljanstva, https://mina.news/glavna/ustavni-sud-da-obustavi-primjenu-odluke-o-sticanju-drzavljanstva/?fbclid=IwAR0Bi8O9ODBppWgCj7l1TpjiuB-aJeQZ_kA-my6Qwa8JdNTSL4tcTN63LrQw, 9. mart 2023.

THE RIGHT TO DUAL CITIZENSHIP IN MONTENEGRO - SECURITIZATION AS THE LAST ACT OF AN OLD DRAMA?

Summary

*The citizenship law, as a domain of special administrative law, has undergone significant transformations in the last two decades. Among them, the changed attitude towards dual citizenship stands out - from its categorical rejection to acceptance, and even encouragement. The evolution of dual citizenship is visible both in theory, through the constitution of the right to a dual citizenship, and in certain international legal instruments (European Convention on Nationality of the Council of Europe), but also in the field of national legislation of the vast majority of EU member states. In the context of the stated theoretical, international and comparative law standards, the author analyzes the Montenegrin normative framework for exercising the right to dual citizenship. The extreme rigidity of Montenegrin law in this matter can be seen in parameters such as the inability of non-citizens' children to acquire citizenship on the basis of the *ius soli* principle, as well as the difficulty of naturalization embodied in the length of required legal residence and the mandatory renunciation of previous citizenship. In addition, it is pointed out that Montenegro is the only state of the former Yugoslavia that has made a reservation to the provision of the European Convention on Nationality which refers to dual citizenship. The author sees the reason for the failure of the recent timid attempt to liberalize the conditions for naturalization in the securitization of this issue, which, contrary to some examples from comparative law, has extremely negative effects on the possibility of dual citizenship. Thus, unfortunately, negative practice from the period of FR Yugoslavia is continued. Finally, the author points out that the dual citizenship conception in Montenegro is incompatible with the postulates of liberal democracy, but also inconsistent with the constitutional definition of Montenegro as a civic state. It is concluded that the necessary liberalization of the legal framework would not only eliminate the mentioned contradictions, but also have a beneficial effect on the real problem of the status of a large number of refugees and internally displaced persons in Montenegro.*

Key words: Citizenship, Dual citizenship, Montenegro, Special Administrative Law, Human Rights.

PRAVNI OKVIR PROCESA ZAPOŠLJAVANJA U DRŽAVNOJ UPRAVI SRBIJE – novine i izazovi**

Apstrakt

U radu će biti analizirane ključne odredbe o zapošljavanju u državnoj upravi Republike Srbije, zajedno sa izazovima u njihovoj implementaciji. Zakon o državnim službenicima usvojen je još 2005. godine, a suštinski revidiran 2018. godine. Izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima iz 2018. godine u proces upravljanja ljudskim resursima uveden je model kompetencija, pojednostavljen je sistem prijave i znatno je unapređen sistem selekcije. Uprkos poboljšanjima, postoji nekoliko važnih izazova u primeni postojećeg zakonodavnog okvira. Jedan od najvećih problema je to što i dalje postoji vrlo veliki broj vršilaca dužnosti na položajima jer je samo jedna polovina lica koja se nalaze na radnim mestima – položajima postavljena na osnovu konkursa. Ta anomalija već dugi niz godina predstavlja ozbiljan problem u službeničkom sistemu Republike Srbije, koji ukazuje na kontinuiranu nadmoć politike nad pravom u ovom segmentu.

Ključne reči: pravni okvir, zapošljavanje, državna uprava Srbije.

1. Uvod

Oblast zapošljavanja je jedan od najvažnijih segmenata upravljanja ljudskim resursima u svakoj organizaciji. Ako se zapošljavanje obavlja pravično, efikasno i efektivno, organizacija ima velike šanse da unapredi svoj rad i organizacioni učinak.¹

Zapošljavanje se sastoji od dva blisko povezana, ali donekle suprotna procesa: privlačenja i selekcije kandidata. Dok je privlačenje proces pronalaženja što većeg broja potencijalnih kandidata, kako bi šanse da se nađe dobar kadar bile veće, selekcija je proces odabira najboljeg ili najboljih kandidata iz grupe „privučenih” kandidata.²

* Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, a.rabrenovic@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

¹ A. S. Gamage, “Recruitment and selection practices in manufacturing SMEs in Japan: An analysis of the link with business performance”, *Ruhuna Journal of Management and Finance* 1(1)/2014, 48; J. O. Ekwoaba, U. Ikeije, N. Ufoma, “The impact of recruitment and selection criteria on organizational performance”, *Global Journal of Human Resource Management* 3(2)/2014, 22–33.

² A. S. Gamage, 41.

Sam proces regrutacije može se uporediti sa pecanjem iskusnih ribolovaca – ribar baca široku mrežu da bi se dobilo što više ribe, a zatim se bira samo onu na koju je zaista ponosan.

Dok se mnoge organizacije iz privatnog sektora bore na različite načine da privuku i zadrže najbolje kandidate da bi uvećali profit svojih firmi, zapošljavanje u javnom sektoru je još zahtevniji proces. To je zbog činjenice da javne uprave u savremenim demokratijama teže da prilikom zapošljavanja poštuju dva ključna principa – načelo jednakosti i načelo profesionalnih sposobnosti.³ Načelo jednakosti proizilazi iz ustavnih načela da svaki građanin ima pravo na radni odnos u javnoj upravi, pod uslovom da ispunjava opšte uslove utvrđene zakonom i posebne uslove utvrđene konkursom.⁴ Načelo profesionalnih sposobnosti, s druge strane, zahteva da posao dobije kandidat koji ima najbolje profesionalne sposobnosti za obavljanje poslova upražnjenog radnog mesta. U širem smislu, načelo profesionalnih sposobnosti može se definisati kao uspostavljanje posebnog sistema vrednosti javne uprave, zasnovanog na profesionalizmu, kompetentnosti i integritetu radi ostvarivanja javnog interesa.⁵ Ono predstavlja protivtežu principa „političke lojalnosti”, popularno nazvanog „sistem plena”, u kojem se mesta u javnoj upravi popunjavaju na osnovu političkih veza umesto profesionalnih sposobnosti.⁶

Mnoge evropske zemlje, među kojima su i zemlje Zapadnog Balkana, suočavaju se sa problemima u procesu zapošljavanja državnih službenika, koji su neretko dugotrajni i nedovoljno efikasni.⁷ Često se javlja i problem značajne fluktuacije službenika, koji napuštaju javni i odlaze u privatni sektor, što ugrožava nesmetano funkcionisanje državne uprave i zahteva brze procedure zapošljavanja novog osoblja.⁸ Osim toga, u tradicionalnim procesima selekcije, akcenat se obično stavlja na proveru tehničkih znanja kandidata, bez provere načina ponašanja kandidata, kao što su interpersonalne veštine, timski rad i sl., što se može negativno odraziti na radnu etiku i delotvornost organizacije, a time i državne uprave u celini.

Da bi se prevazišli postojeći problemi, sve više organizacija i privatnog i javnog sektora uvodi nove tehnike selekcije kandidata, kojim se proveravaju ne samo postojanje tehničkih znanja, već i socijalnih i personalnih veština i osobina kandidata, koje su neophodne za delotvorno obavljanje poslova radnog mesta. Reč je o uvođenju sistema kompetencija, u kome se pomera tradicionalni fokus

³ F. Cardona, *Recruitment in Civil Service Systems of EU Member States and in Some Candidate States*, rad predstavljen na seminaru „Civil Service Recruitment Procedures”, Vilnius, 21–22. mart 2006, 2.

⁴ F. Cardona, *CIDS Position Note on Recruiting for Defence Intelligence Services*, Center for Integrity in the Defence Sector, 2022, neobjavljen rukopis.

⁵ P. W. Ingraham, “Building Bridges over Troubled Waters: Merit as a Guide”, *Public Administration Review* 66(4)/2006, 486.

⁶ E. Pusić, *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb 1973.

⁷ J.-H. Meyer-Sahling *et al.*, *Merit Recruitment in the Western Balkans: An Evaluation of Change between 2015 and 2019*, The University of Nottingham/RESPA, 2019.

⁸ SIGMA/OECD, *Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris 2017a, 24.

sa toga šta (koje pojedinačne zadatke) svaki zaposleni treba da obavi i daje primat načinu njihovog obavljanja – kako zadatke treba obaviti.⁹ Uvođenje kompetencija u sistem upravljanja ljudskim resursima predstavlja savremen pristup upravljanju ljudima u uspešnim svetskim kompanijama, ali i dobru praksu u javnoj/državnoj upravi u brojnim evropskim zemljama.¹⁰

Cilj ovog rada je da se analiziraju novine u pravnom okviru zapošljavanja državnih službenika Srbije i specifični izazovi sa kojima se suočava državna uprava Srbije u implementaciji novog pravnog okvira zapošljavanja. Da bi se postigao taj cilj, rad je organizovan u tri ključna dela. U prvom delu rada razmotrićemo međunarodne standarde u oblasti zapošljavanja državnih službenika. U drugom, centralnom delu rada biće razmotrene relevantne odredbe Zakona o državnim službenicima Srbije i pratećih podzakonskih akata i izazovi koji se javljaju u njihovoj primeni u praksi. U završnom delu rada pokušaćemo da definišemo smernice za poboljšanje delotvornosti procesa zapošljavanja u državnoj upravi Srbije i istaknemo otvorena pitanja, koja već dugo ostaju bez adekvatnog odgovora, kao što je zapošljavanje lica na rukovodećim radnim mestima – položajima na osnovu principa profesionalnih sposobnosti.

2. Međunarodni standardi zapošljavanja u javnoj upravi

Oblast upravljanja ljudskim resursima u javnom sektoru ne podleže obavezujućim međunarodnim standardima. Način na koji države upravljaju ljudskim resursima u javnom sektoru smatra se područjem od nacionalnog interesa. Ipak, postoji nekoliko opštih međunarodnih instrumenata kojima se definišu najbolji međunarodni standardi u oblasti upravljanja ljudskim resursima u javnoj upravi, uključujući i oblast zapošljavanja.

U Konvenciji UN protiv korupcije usvojenoj 2003. godine posebno se naglašava važnost principa profesionalnih sposobnosti i transparentnosti u procesu zapošljavanja javnih službenika.¹¹ Na sličan način, u Preporuci Saveta Evrope br. R (2000) 6 o statusu javnih zvaničnika u Evropi naglašava se potreba za postojanjem pravnog okvira kojim bi se regulisao status javnih službenika, pri čemu treba primeniti načelo profesionalnih sposobnosti i sprovesti otvoreni konkurs.¹²

I Evropska unija je ustanovila svoja načela o upravljanju ljudskim resursima, koje je uobličio program Sime/OECD-a tokom nekoliko decenija. U

⁹ B. Bogičević Milikić, I. B. Petrović, *Priručnik za određivanje kompetencija za rad državnih službenika*, GIZ, Beograd 2020, 8.

¹⁰ Radi poboljšanja efikasnosti uprave i ostvarenja njenih strateških ciljeva, veliki broj zemalja Evropske unije uveo je kompetencije u svoje službeničke sisteme. Kompetencije su uvedene najpre u Velikoj Britaniji i Švedskoj osamdesetih godina prošlog veka, a zatim postepeno i u zemlje kontinentalne pravne tradicije, kao što su Austrija i Francuska. Videti: A. Rabrenović, Z. Vukašinić Radojičić, „Uvođenje kompetencija u službenički sistem Republike Srbije – konceptualna pitanja”, *Pravni život* 10/2017, Tom II, 337–349.

¹¹ Konvencija Ujedinjenih Nacija protiv korupcije, koja je usvojena Rezolucijom 58/4 od 31. oktobra 2003.

¹² Preporuka Saveta Evrope No. R (2000) 6 Saveta ministara zemljama članicama o statusu javnih službenika u Evropi, koju je usvojio Savet ministara 24. februara 2000.

procesu pristupanja EU, nove zemlje članice su bile obavezne da se pridržavaju opštih evropskih principa javne uprave, da bi mogle da funkcionišu u okviru tzv. evropskog administrativnog prostora.¹³ Ideja evropskog administrativnog prostora bila je da, uprkos razlikama u institucionalnim konfiguracijama, stepen konvergencije među državama članicama postoji na nivou opštih principa. Te opšte principe javne uprave čine sledeća načela: pouzdanost, predvidljivost, odgovornost i transparentnost, tehničke i upravljačke kompetencije, organizacioni kapaciteti, finansijska održivost i učešće građana u donošenju odluka.¹⁴ U oblasti zapošljavanja, Sigma je insistirala na tome da proces selekcije treba da uključi i pismene testove i usmene provere – intervju.¹⁵ Nadalje, opšte pravilo bi trebalo da bude da se na oglasenu poziciju imenuje najbolji kandidat. Međutim, ako rukovodilac organa uprave ili drugo ovlašćeno lice izabere nekog drugog kandidata sa liste a ne najboljeg, dužan je da tu odluku valjano pismeno obrazloži.¹⁶

Da bi se detaljnije razradili zahtevi Evropske komisije za upravljanje ljudskim resursima, program Sigma/OECD je 2014. godine pripremio dokument pod nazivom Principi javne uprave¹⁷, koji su izmenjeni i dopunjeni 2017. godine.¹⁸ Iako nisu pravno obavezujući, ti standardi imaju značajne praktične efekte na zemlje kandidate jer Evropska komisija procenjuje njihov napredak u odnosu na njih u svojim godišnjim izveštajima o napretku. Sigma takođe priprema godišnje izveštaje o napretku na osnovu Principa javne uprave, koje Evropska komisija koristi za pripremu svojih godišnjih izveštaja.

Kako bi mogla ozbiljnije da prati napredak u postizanju merila postavljenih u Principima, Sigma je takođe razvila dokument pod nazivom Metodološki okvir, koji pruža sveobuhvatan kvalitativan i kvantitativan okvir za praćenje za procenu stanja javne uprave u odnosu na svaki princip dat u Principima javne uprave.¹⁹ Okvir sadrži set indikatora, kojima pokušavaju da se definišu preduslovi za dobru javnu upravu (npr. sadržina propisa, politika, strukture i procedure), pri čemu se posebnim naglašavaju stvarna implementacija zakonodavstva i njegovi efekti i ishodi u praksi.

Standardi koji se odnose na zapošljavanje javnih službenika razrađeni su u oblasti koja se tiče upravljanja ljudskim resursima. To su pre svega Princip 3, koji zahteva da zapošljavanje javnih službenika bude zasnovano na profesionalnim sposobnostima i jednakom tretmanu kandidata u svim fazama procesa

¹³ SIGMA/OECD, *European Principles of Public Administration*, SIGMA papers 27/1999.

¹⁴ *Ibid.*, 8–18.

¹⁵ J.-H. Meyer-Sahling, “Civil Service Professionalisation in the Western Balkans”, *SIGMA Papers* 48, OECD, Pariz 2012; J.-H. Meyer-Sahling, J.-H. et al., *Improving the Implementation of Merit Recruitment Procedures in the Western Balkans: Analysis and Recommendations*, ReSPA Publications, Danilovgrad 2015, 29.

¹⁶ R. Cardona, 5.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ SIGMA/OECD, *Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris 2014; SIGMA/OECD, 2017a.

¹⁹ SIGMA/OECD, *Methodological framework for the Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris 2017b.

zapošljavanja.²⁰ Princip 4 se odnosi na zapošljavanje rukovodećih državnih službenika, koji zahteva sprečavanje bilo kakvog direktnog ili indirektnog političkog pritiska na zapošljavanje na rukovodećim radnim mestima.²¹ Oba principa zahtevaju primenu principa profesionalnih sposobnosti i jednakih mogućnosti, što podrazumeva da se za svako upražnjeno radno mesto raspisuje konkurs.²² Da bi se obezbedila nepristrasnost, Sigma zahteva da konkursnu proceduru sprovede komisije za zapošljavanje, koje bi trebalo da deluju nezavisno od bilo kakvog političkog uticaja. Članovi tih komisija treba da poseduju solidno razumevanje poslova koji se obavljaju na oglasenom mestu, veštine i znanja potrebna za njihovo obavljanje. Prestanak radnog odnosa, posebno rukovodećih državnih službenika, trebalo bi da bude moguć samo u slučajevima predviđenim zakonom, a kandidatima omogućeno da se žale na odluke o prestanku radnog odnosa.²³ Na kraju, vrlo je važno da zakonodavstvo koje se odnosi na proceduru zapošljavanja bude primenjeno u praksi.

Sigma principi ne sadrže odrednice o upotrebi kompetencija u procesu zapošljavanja i drugim oblastima upravljanja ljudskim resursima. To je posledica shvatanja da svaka zemlja može da izabere načine selekcije i da je detaljnija razrada selekcionih metoda van domašaja opštih principa u oblasti upravljanja ljudskim resursima. Umesto toga, Sigma procenjuje ukupne efekte koje modeli selekcije imaju u praksi, o čemu će više reći biti u narednom odeljku na primeru Srbije.

3. Zapošljavanje u državnoj upravi Srbije – revidirani pravni okvir i izazovi u implementaciji

Pravni okvir za zapošljavanje u državnoj upravi Srbije koji je zasnovan na principu jednakih mogućnosti i profesionalnih sposobnosti postoji još od 2005. godine kada je usvojen Zakon o državnim službenicima.²⁴ Odredbe o zapošljavanju imale su, međutim, i određene manjkavosti, koje su ometale punu primenu načela profesionalnih sposobnosti. Da bi se ti nedostaci prevazišli, donete su izmene i dopune Zakona o državnim službenicima²⁵ 2018. godine, kojima je umnogome unapređen sistem zapošljavanja.

Na osnovu tih izmena i dopuna Zakona o državnim službenicima doneti su i novi podzakonski akti, a izmenjeni su i dopunjeni već postojeći podzakonski akti. Tako je, između ostalog, 2019. godine doneta nova Uredba o internom i javnom konkursu za popunjavanje radnih mesta u državnim organima

²⁰ SIGMA/OECD, 2017a, 44.

²¹ *Ibid.*, 46.

²² *Ibid.*, 44.

²³ *Ibid.*

²⁴ Zakon o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 i 142/2022.

²⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 95/2018.

(2019),²⁶ a izmenjene su i dopunjene Uredba o načelima za unutrašnje uređenje i sistematizaciju radnih mesta u ministarstvima, posebnim organizacijama i službama Vlade²⁷ i Uredba o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis radnih mesta državnih službenika.²⁸ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika²⁹ doneta je 2022. godine.

Najveći konceptualni napredak novog službeničkog zakonodavstva je uvođenje savremenog pristupa upravljanju ljudskim resursima na osnovu kompetencija. Kao što smo pomenuli u uvodnom delu, uvođenje kompetencija u sistem upravljanja ljudskim resursima predstavlja savremen pristup upravljanju ljudima u uspešnim svetskim kompanijama, ali i dobru evropsku praksu u javnoj/državnoj upravi u brojnim zemljama.³⁰ Zakonom o državnim službenicima kompetencije su definisane kao skup znanja, veština, osobina, stavova i sposobnosti koje državni službenik poseduje, koji oblikuju njegovo ponašanje i vode postizanju očekivane radne uspešnosti na radnom mestu.³¹

Uvedene su dve vrste kompetencija: ponašajne i funkcionalne³², koje čine sastavni deo opisa radnih mesta i koriste se u različitim fazama upravljanja ljudskim resursima, među kojima je i zapošljavanje. Najznačajnija novina je to što se u pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u delu sistematizacije koji se odnosi na uslove za rad na radnom mestu unose i kompetencije potrebne za rad na radnom mestu.³³ To znači da se u procesu selekcije (kao i u procesu ocenjivanja, obuke itd.), osim opštih kompetencija koje su potrebne za rad na svakom radnom mestu u državnoj upravi, proveravaju i specifične kompetencije koje su utvrđene za radno mesto čije se popunjavanje oglašava.

Uredbom o određivanju kompetencija utvrđene su sledeće ponašajne kompetencije u službeničkom sistemu:

1. *upravljanje informacijama*, koje se definiše kao prikupljanje, razumevanje, organizovanje, obrada, čuvanje, razmena i upotreba informacija i podataka u vezi sa obavljanjem poslova radnog mesta;³⁴

²⁶ Uredba o internom i javnom konkursu za popunjavanje radnih mesta u državnim organima, *Službeni glasnik RS*, br. 2/19 i 67/21.

²⁷ Uredba o načelima za unutrašnje uređenje i sistematizaciju radnih mesta u ministarstvima, posebnim organizacijama i službama Vlade, *Službeni glasnik RS*, br. 81/2007 – prečišćen tekst, 69/2008, 98/2012, 87/2013 i 2/2019.

²⁸ Uredba o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis radnih mesta državnih službenika, *Službeni glasnik RS*, br. 117/2005, 108/2008, 109/2009, 95/2010, 117/2012, 84/2014, 132/2014, 28/2015, 102/2015, 113/2015, 16/2018, 2/2019 i 4/2019.

²⁹ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, *Službeni glasnik RS*, br. 9/2022.

³⁰ EUPAN, Human Resources Working Group, *Competency Management in EU Public Administration*, Survey commissioned by the Portuguese EU-Presidency, 2007, 6.

³¹ Zakon o državnim službenicima, čl. 5a.

³² Zakon o državnim službenicima, čl. 44a, 44b i 44v.

³³ B. Bogičević Milikić, I. B. Petrović, 8.

³⁴ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, *Službeni glasnik RS*, br. 9/2022, čl. 5.

2. *upravljanje zadacima i ostvarivanje rezultata*, koje se definiše kao organizovanje radnih zadataka na propisan, efikasan i transparentan način kako bi se realizovali planirani ciljevi i ostvarili rezultati;³⁵
3. *orijentacija ka učenju i promenama*, koja se definiše kao aktivan i pozitivan odnos prema učenju radi blagovremenog i konstruktivnog reagovanja na promene iz internog (razvoj) i eksternog okruženja (adaptacija);³⁶
4. *izgradnja i održavanje profesionalnih odnosa*, koja se definiše kao uspješna komunikacija i saradnja sa kolegama i zainteresovanim stranama sa ciljem razvoja dugoročnih profesionalnih odnosa;³⁷
5. *savesnost, posvećenost i integritet*, koji se definišu kao posvećenost ostvarenju ciljeva organa i identifikovanje sa vrednostima organa uz zadržavanje integriteta;³⁸
6. *ipravljanje ljudskim resursima*, koja se definiše kao primena koncepta vođenja i razvoja zaposlenih zasnovanog na kompetencijama radi ostvarenja strateških ciljeva i postizanja visokog nivoa učinka u radu organa;³⁹
7. *strateško upravljanje*, koje se određuje kao definisanje i sprovođenje strateških ciljeva organa.⁴⁰

Za sve kompetencije utvrđeni su pokazatelji ispoljavanja ponašajnih kompetencija i primeri poželjnog radnog ponašanja koji ukazuju na postojanje date kompetencije,⁴¹ što je u skladu sa dobrom praksom u drugim evropskim zemljama koje imaju sisteme kompetencija.

Važno je pomenuti i da su Zakonom o državnim službenicima utvrđena dva tipa funkcionalnih kompetencija: 1) opšte funkcionalne kompetencije – znanja i veštine koji su potrebni za delotvorno obavljanje poslova na svim radnim mestima državnih službenika; 2) posebne funkcionalne kompetencije – znanja i veštine potrebni za delotvorno obavljanje poslova državnog službenika u (a) određenoj oblasti rada (familiji poslova) i (b) na određenom radnom mestu. Opšte funkcionalne kompetencije testiraju se putem kompjuterskih testova centralizovano u Upravi za kadrove, dok se specifične funkcionalne kompetencije za upražnjeno radno mesto proveravaju simulacijama, studijama slučaja i drugim kvalitativnim metodama,⁴² a njihovo testiranje sprovede individualni organi uprave.

³⁵ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, čl. 6.

³⁶ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, čl. 7.

³⁷ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, čl. 8.

³⁸ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, čl. 9.

³⁹ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, čl. 10.

⁴⁰ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, čl. 11.

⁴¹ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, čl. 2.

⁴² J.-H. Mayer-Sahling *et al.*, *Making Merit Recruitment Work: Lessons from and for the Western Balkans*, RE-SPA and University of Nottingham, 2020, 24.

Osim uvođenja kompetencija, proces zapošljavanja je unapređen uvođenjem obaveznog pismenog testiranja, što je u skladu sa evropskim standardima. Konkursna komisija je ranije imala pravo da vrši selekciju samo putem intervjua, čija je objektivnost bila upitna. Osim toga, novom Uredbom o sprovođenju internog i otvorenog konkursa za popunjavanje radnih mesta u državnim organima predviđeni su nekoliko eliminacionih faza u postupku izbora i niz obaveznih selekcionih metoda koje obuhvataju pismeni test, usmeni test, onlajn testiranje i završni intervju sa kandidatom. U procesu selekcije testira se posedovanje i funkcionalnih i ponašajnih kompetencija i dodeljuje utvrđeni sistem bodova. Testovi i drugi vidovi pismene provere obavljaju se putem kompjutera, što obezbeđuje standardizaciju. Ponašajne kompetencije najčešće se proveravaju tokom polustrukturisanih intervjua, što je u skladu sa međunarodnim standardima i dobrom međunarodnom praksom.

Kandidatima je znatno olakšan proces prijave na konkurs, koji se u početnoj fazi sastoji od podnošenja jednostavnog obrasca prijave, bez dostavljanja dodatne dokumentacije, kao što su izvodi iz matičnih knjiga, kopija diplome i sl., kao što je to ranije bio slučaj. Izuzetak od tog pravila je slučaj da se ispunjenost kompetencija u izbornom postupku može dokazivati i sertifikatima, potvrđama ili drugim pismenim dokazima koji su navedeni u oglasu o javnom konkursu, a u tom slučaju je lice obavezno da podnose takav dokaz istovremeno sa predajom prijave.⁴³ Samo kandidati koji su uspešno prošli faze izbornog postupka pre intervjua sa konkursnom komisijom pozivaju se da, u roku od pet radnih dana od dana prijema obaveštenja, dostave ostale dokaze koji se prilažu u konkursnom postupku.⁴⁴ Izuzetno od tog pravila, konkursna komisija može zahtevati dostavljanje dokaza o ispunjenosti uslova za zaposlenje koji se zahtevaju u konkursnom postupku i pre početka određene faze izbornog postupka u kojoj se kompetencije proveravaju na način koji zahteva izdvajanje dodatnih finansijskih sredstava za izborni postupak u državnom organu.⁴⁵

Najzad, važno je i da je novim zakonodavnim okvirom doneta važna kvalitativna promena u završnoj fazi selekcije kandidata – zahtev da rukovodilac organa izabere najboljeg kandidata sa liste uspešnih kandidata, a ne jednog od tri najbolje rangirana kandidata, što je u skladu sa Sigma principima i dobrom evropskom praksom. Izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima rukovodioci državnog organa postali su obavezni da u roku od 15 dana od dana prijema liste kandidata prime u radni odnos kandidata koji je sa najboljim rezultatom ispunio merila za izbor.⁴⁶ U slučaju da najbolji kandidati imaju isti broj bodova, a jedan od kandidata je pripadnik nacionalne manjine, prednost će imati pripadnik nacionalne manjine,⁴⁷ čime se vrši pozitivna diskriminacija pripadnika

⁴³ Zakon o državnim službenicima, čl. 56. st. 8.

⁴⁴ Zakon o državnim službenicima, čl. 56. st. 6.

⁴⁵ Zakon o državnim službenicima, čl. 56. st. 7.

⁴⁶ Zakon o državnim službenicima, čl. 57. st. 2.

⁴⁷ Zakon o državnim službenicima, čl. 56. st. 3.

nacionalnih manjina, što je u skladu sa dobrom praksom u drugim evropskim zemljama.

Iako je novi sistem zapošljavanja doneo brojna poboljšanja, javili su se, prirodno, i brojni izazovi u njegovom sprovođenju, najpre prilikom provere kompetencija kandidata. Centralizovani deo selekcionne procedure, koji sprovodi Uprava za kadrove, u velikoj meri je standardizovan jer ne uzima u obzir zahteve konkretnog posla, a njegovi rezultati čine više od polovine ukupne vrednosti rezultata. Osim toga, većina standardizovanih testova ima veoma ograničenu selektivnu vrednost pošto su stope uspešnosti testiranja izuzetno visoke.⁴⁸ To dovodi u pitanje selektivnu vrednost i efikasnost tih selekcionih metoda.⁴⁹ Srbija u tome, međutim, nije usamljen slučaj jer se sa sličnim problemom ograničene selekcionne vrednosti testova u procesu selekcije već dugo suočavaju i druge zemlje Zapadnog Balkana.⁵⁰

Kapaciteti i metode koje se koriste za procenu specifičnih funkcionalnih kompetencija u individualnim organima uprave nisu ujednačeni i razlikuju se od institucije do institucije, što može imati negativan uticaj na ostvarenje načela jednakosti i profesionalnih sposobnosti. Konkursne komisije pripremaju pitanja za proveru specifičnih funkcionalnih kompetencija i sprovode završni intervju za procenu motivacije koji nije strukturiran u svim slučajevima,⁵¹ a nije ni dovoljno transparentan jer se intervjui ne snimaju. Sigma u izveštaju za 2021. godinu zaključuje da zbog niskog stepena standardizacije metoda selekcije i nedostatka dokaza o sistematskoj obuci članova konkursnih komisija u analiziranim institucijama nije obezbeđena adekvatna i jednaka procena kandidata, a samim tim ni primena načela profesionalnih sposobnosti.⁵²

Od uvođenja novog sistema selekcije, i konkursne procedure su u proseku bile prilično dugotrajne, što organima uprave nije omogućavalo da pravovremeno popune upražnjena radna mesta. Konkursi su u pojedinim institucijama 2020. i 2021. godine trajali prosečno oko 148 kalendarskih dana.⁵³ To se jednim delom, međutim, može objasniti i problemima koje je uzrokovala pandemija kovida 19.

Nadalje, efektivnost zapošljavanja u državnoj upravi može biti znatno ograničena ukoliko postoje radna mesta koja se mogu popuniti bez konkursa, kao što je to slučaj sa zapošljavanjem na određeno vreme zbog privremeno povećanog obima posla, koje se i dalje obavlja bez konkursne procedure. Taj nedostatak je trebalo da bude otklonjen izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima iz 2018. godine, kojima je predviđeno da državni organ može primiti u radni odnos na određeno vreme zbog privremeno povećanog obima posla bez

⁴⁸ SIGMA/OECD, *Monitoring report: The Principles of Public Administration Serbia*, OECD publishing 2021, 72.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ J.-H. Mayer-Sahling *et al.*, 2020.

⁵¹ SIGMA/OECD, 2021, 73.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, 72.

spvođenja javnog konkursa lice koje je u prethodne četiri godine učestvovalo u javnom konkursu koji je sprovodio državni organ i ispunilo merila propisana za izbor u tom konkursnom postupku, ako ispunjava uslove za rad na tom radnom mestu i ako ima potrebne kompetencije.⁵⁴

U praksi, međutim, nije bilo pomaka u obaveznim konkursnim procedurama za zapošljavanje lica na određeno vreme u slučajevima povećanog obima posla. Osim toga, postoji problem i sa velikim brojem zaposlenih po ugovoru o delu, čije se plate ne isplaćuju iz fonda zarada i koji se, po pravilu, angažuju za obavljanje poslova van nadležnosti organa državne uprave. Međutim, to pravilo se često ne poštuje u praksi, što otvara mogućnosti za njegovu zloupotrebu i po-
drivanje principa profesionalnih sposobnosti.⁵⁵

Što se tiče visokih rukovodećih radnih mesta – položaja, konkurs je jedini zakonski način da se ta radna mesta popune, sa izuzetkom lica koja su vršiocima dužnosti, koji mogu biti postavljeni bez konkursa, ali samo na određeni period. U skladu sa odredbama Zakona o državnim službenicima, do postavljenja državnog službenika na položaj može biti postavljen jedan ili više vršilaca dužnosti, na ukupni period od najviše šest meseci, bez internog ili javnog konkursa.⁵⁶ Za vršioca dužnosti na neodređeno vreme može se postaviti lice iz reda državnih službenika koje ispunjava uslove za rad na položaju određene tim zakonom i pravilnikom o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u državnom organu.⁵⁷ U slučaju da se interni odnosno javni konkurs ne okonča postavljenjem na položaj ili da javni konkurs nije uspeo, status vršioca dužnosti može se produžiti najduže još tri meseca.⁵⁸

U praksi se, međutim, vrlo često ne poštuju odredbe Zakona o državnim službenicima, pa vršiocima dužnosti neretko ostaju na svojim pozicijama i duže od devet meseci, što nije u skladu sa međunarodnim standardima i principom zapošljavanja na osnovu profesionalnih sposobnosti. I Komisija je u Izveštaju o napretku Srbije za 2022. posebno istakla razloge za zabrinutost povodom tog pitanja,⁵⁹ koje je bilo istaknuto i u prethodnim izveštajima o napretku već dugi niz godina.

Istini za volju, u poslednjih godinu dana blago je povećan broj radnih mesta – položaja koji su popunjeni na osnovu konkursa. U maju 2022. godine, 51 posto radnih mesta – položaja bilo je popunjeno vršiocima dužnosti u odnosu na 62 posto u junu 2021, što predstavlja izvestan napredak.⁶⁰ Radi prevazilaženja tog dugotrajnog problema, Vlada je ustanovila i specijalnu radnu grupu koja bi trebalo da istraži moguća rešenja ovog problema. Međutim, postojeće probleme

⁵⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 95/2018, čl. 63. st. 3.

⁵⁵ SIGMA, *Monitoring report: Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris 2021, 70.

⁵⁶ Zakon o državnim službenicima, čl. 67a. st. 1.

⁵⁷ Zakon o državnim službenicima, čl. 67a. st. 1.

⁵⁸ Zakon o državnim službenicima, čl. 67a. st. 1.

⁵⁹ Evropska komisija, *Radni dokument komisije, Republika Srbija, Izveštaj za 2022 godinu*, Brisel 2022, 18.

⁶⁰ *Ibid.*

nije lako rešiti, posebno zbog toga što čak i nakon sprovedenog konkursa odluku o imenovanju može poništiti Vladina kadrovska komisija,⁶¹ što predstavlja dodatni rizik za politizaciju rukovodećih radnih mesta u državnoj upravi Srbije i negativno utiče na profesionalnost, stabilnost i integritet lica koja obavljaju te važne državne dužnosti.

4. Zaključak

Analiza pravnog okvira zapošljavanja u državnoj upravi Srbije pokazuje da je u poslednjih nekoliko godina napravljen značajan napredak u toj materiji, koja je u velikoj meri usaglašena sa evropskim standardima i dobrom praksom. Zakon o državnim službenicima i prateći podzakonski akti koji su revidirani tokom i posle 2018. godine predstavljaju veoma solidan pravni okvir za zapošljavanje državnih službenika i daju dobar osnov za primenu principa jednakosti i profesionalnih sposobnosti.

Uvođenje kompetencija kao osnove za zapošljavanje (i druge funkcije upravljanja ljudskim resursima) predstavlja korak u dobrom pravcu, koji Srbiji daje mogućnost da postane primer dobre prakse i u celom regionu.⁶² Testiranje posedovanja kompetencija koje su specifične za određeno radno mesto trebalo bi da pruži sveobuhvatne informacije o kandidatima i meri u kojoj oni odgovaraju zahtevima konkretnog upražnjenog radnih mesta. Da bi se taj cilj postigao, veoma je važno da organi uprave valjano utvrde koje su kompetencije relevantne za pojedinačno radno mesto.

Osim toga, da bi se prevazišli postojeći izazovi u primeni novog pravnog okvira, trebalo bi uložiti dodatne napore u nekoliko pravaca. Najpre, trebalo bi raditi na povećanju selektivne vrednosti centralizovanih testova koje sprovodi Uprava za kadrove, da bi manji broj kandidata prolazio u naredne krugove selekcije, čime bi bila poboljšana efikasnost ukupnog procesa zapošljavanja. Takođe, treba unaprediti kapacitete i metode koje se koriste za procenu specifičnih funkcionalnih kompetencija u individualnim organima uprave kako bi se unapredila ujednačenost između organa, a time i homogenost celokupnog sistema. Trebalo bi razmotriti i načine da se poveća transparentnost sprovođenja intervjua, zahtevom da se svi intervjui snimaju, kako bi se unapredila objektivnost tog važnog selektivnog metoda. Mogućnost zapošljavanja na određeno vreme na osnovu povećanog obima posla trebalo bi tumačiti veoma restriktivno, kako se ne bi zaobilazile utvrđene procedure zapošljavanja na osnovu provere kompetencija.

Najzad, važno je kontinuirano isticati ozbiljan problem popunjavanja rukovodećih radnih mesta – položaja bez konkursnih procedura. Da bi se

⁶¹ *Ibid.*

⁶² J. M. Sahling *et al.*, 24.

sva radna mesta položaji popunila na osnovu konkursa, biće potrebna snažna aktivnost Visokog službeničkog saveta, nadležnog za sprovođenje konkursa za položaje. Veliko je pitanje, međutim, da li će, i uz dodatno angažovanje Visokog službeničkog saveta, Vlada Republike Srbije biti voljna da formalno okonča započete konkurse postavljenjem najboljih kandidata ili će, kao i do sada, ostavljati veliki broj lica na položajima sa statusom vršilaca dužnosti u neograničenom vremenskom periodu, što je u suprotnosti sa odredbama Zakona o državnim službenicima. Čini se da dopuštanje da lica na položajima budu u statusu vršilaca dužnosti „unedogled” pogoduje uspostavljanju odnosa zavisnosti između politike i visokog rukovodnog kadra i lakšoj kontroli njihovog rada, na račun njihove profesionalnosti i integriteta. Šta će od ta dva „tasa” prevagnuti, vreme će pokazati. Ako se nastavi dosadašnja praksa, načelo profesionalnih sposobnosti i integriteta u procesu zapošljavanja rukovodećih službenika ostaće i dalje „u zapečku” i čekati, nažalost, neka „bolja vremena”.

Literatura

- Bogićević Milikić B., Petrović, I. B., *Priručnik za određivanje kompetencija za rad državnih službenika*, GIZ, Beograd 2020.
- Bratton J., Gold J., *Human Resource Management, Theory and Practice*, 2nd Edition, MacMillan business, 1999.
- Cardona F., *CIDS Position Note on Recruiting for Defence Intelligence Services*, Center for Integrity in the Defence Sector, 2022, neobjavljen rukopis.
- Cardona F., *Recruitment in Civil Service Systems of EU Member States and in Some Candidate States*, rad predstavljen na seminaru „Civil Service Recruitment Procedures”, Vilnius, 21–22. mart 2006.
- Gamage A. S., Recruitment and selection practices in manufacturing SMEs in Japan: An analysis of the link with business performance, *Ruhuna Journal of Management and Finance* 1(1)/2014.
- Ekwoaba J. O., Ikeije U. U., Ufoma N., The impact of recruitment and selection criteria on organizational performance, *Global Journal of Human Resource Management* 3(2)/2015.
- Evropska komisija, Radni dokument komisije, Republika Srbija, Izveštaj za 2022. godinu, Brisel 2022.
- EUPAN, Human Resources Working Group, *Competency Management in EU Public Administration*, Survey commissioned by the Portuguese EU-Presidency 2007.
- Ingraham P. W., “Building Bridges over Troubled Waters”: Merit as a Guide, *Public Administration Review* 66(4)/2006.

- Meyer-Sahling J.-H., Civil Service Professionalisation in the Western Balkans, *SIGMA Papers* 48, OECD, Pariz 2012.
- Meyer-Sahling J.-H. *et al.*, *Improving the Implementation of Merit Recruitment Procedures in the Western Balkans: Analysis and Recommendations*, RESPA Publications, Danilovgrad 2015.
- Meyer-Sahling J.-H. *et al.*, *Merit Recruitment in the Western Balkans: An Evaluation of Change between 2015 and 2019*, The University of Nottingham and RESPA, 2019.
- Meyer-Sahling J.-H. *et al.*, *Making Merit Recruitment Work: Lessons from and for the Western Balkans*, RESPA and University of Nottingham, 2020.
- Pusić E., *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb 1973,
- Rabrenović A., Vukašinović Radojičić Z., Uvođenje kompetencija u službenički sistem Republike Srbije – konceptualna pitanja, *Pravni život* 10/2017, Tom II.
- SIGMA/OECD, *Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris 2017a.
- SIGMA/OECD, *Methodological framework for the Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris 2017b.
- SIGMA/OECD, *Monitoring report: Principles of Public Administration, Serbia*, OECD publishing, Paris 2021.
- SIGMA/OECD, *European Principles of Public Administration, SIGMA papers* 27/1999.

Propisi i drugi akti

- UN Convention against Corruption. 2003. <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>, 20. 8. 2022.
- Council of Europe's Recommendation No. R (2000) 6 on the Status of Public Officials in Europe. <https://rm.coe.int/native/09000016804c3142>, 20. 8. 2022.
- Zakon o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 i 142/2022.
- Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, *Službeni glasnik RS*, br. 9/2022.
- Uredba o internom i javnom konkursu za popunjavanje radnih mesta u državnim organima, *Službeni glasnik RS*, br. 2/19 i 67/21.
- Uredba o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis radnih mesta državnih službenika, *Službeni glasnik RS*, br. 117/05, 108/08, 109/09, 95/10, 117/12, 84/14, 132/14, 28/15, 102/15, 16/18, 2/19, 4/19, 26/19 i 42/19.

Uredba o načelima za unutrašnje uređenje i sistematizaciju radnih mesta u ministarstvima, posebnim organizacijama i službama Vlade, *Službeni glasnik RS*, br. 81/2007 – prečišćen tekst, 69/2008, 98/2012, 87/2013 i 2/2019.

LEGAL FRAMEWORK ON RECRUITMENT AND SELECTION IN THE SERBIAN CIVIL SERVICE – changes and challenges

Summary

The paper analyses key provisions related to recruitment and selection in the Serbian civil service and challenges in their implementation. Civil service legislation in Serbia was adopted in 2005 and substantively revised in 2018, when the competency model was introduced in the process of recruitment and selection and merit-based selection significantly strengthened. Although the legal framework is generally solid, there are various challenges which have remained in its implementation, such as complex and lengthy selection procedures and insufficient effectiveness of standardized competency testing. Furthermore, although there is a general rule that the civil service is entered on the basis of the competition, there are also exceptions with regard to temporary employment to civil service posts, which is usually carried out without a competition procedure. Competitions (internal or external) for senior civil service positions are established by law as the only way of accessing the senior civil service, with the exception of acting senior civil servants, who can be appointed without a competition, and should serve for a limited period of time. In reality, there is an excessive number of “acting” senior managerial civil servants, as only one half of all senior managerial positions have been appointed on the basis of the competition. This anomaly has become a perennial problem in the Serbian civil service system and constitutes a clear example of the supremacy of the politics over the law.

Key words: legal framework, recruitment and selection, Serbian civil service.

**UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI
U RADNOM PRAVU**

PRESTANAK RADNOG ODNOSA VOLJOM ZAPOSLENOG

Apstrakt

Osnovi za prestanak radnog odnosa zaposlenog jesu razlozi zbog kojih se prekida radno angažovanje konkretnog lica angažovanog kod poslodavca po osnovu ugovora o radu. Mogu biti produkt volje poslodavca (u situaciji kada se zaposlenom otkazuje ugovor o radu), objektivnih okolnosti (kada radni odnos prestaje po „sili zakona”), posledica sporazuma između poslodavca i zaposlenog i otkazivanja ugovora o radu od zaposlenog.

Sporazum između zaposlenog i poslodavca predstavlja poseban osnov za prestanak radnog odnosa, koji sadrži izjavu dve podudarne volje. Takav sporazum je zaključen kada ga potpišu poslodavac i zaposleni i u njemu mora biti određen dan prestanka radnog odnosa, a mogu se naći i odredbe o korišćenju godišnjeg odmora, isplati zaostalih zarada itd.

Otkaz ugovora o radu od zaposlenog podrazumeva da zaposleni može u svako doba raskinuti radni odnos, ali bi otkazni akt u pismenoj formi trebalo da dostavi poslodavcu najmanje 15 dana ranije. U pravnom sistemu Republike Srbije ne postoje uslovi koje zaposleni mora da ispuni kako bi mogao da otkáže ugovor o radu poslodavcu. Pravo na otkaz ugovora o radu proizilazi iz slobode rada.

Ključne reči: prestanak radnog odnosa, otkaz ugovora o radu voljom zaposlenog, sporazumni prestanak ugovora o radu, sloboda rada, posledice prestanka radnog odnosa.

1. Uvodna razmatranja

Radni odnos se zasniva ugovorom o radu, na osnovu sporazumno saglasnih volja zaposlenog i poslodavca, koje su sadržane u ugovoru o radu. Radni odnos se ne može zasnovati jednostranom odlukom poslodavca ili zaposlenog, ali, za razliku od toga, radni odnos može prestati jednostranom odlukom poslodavca ili zaposlenog.

Radni odnos može prestati voljom poslodavca, iz razloga propisanih i prema proceduri uređenoj Zakonom o radu.¹ Radni odnos može prestati i voljom

* Docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu, aantic@jura.kg.ac.rs

¹ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

zaposlenog, na način koji je manje formalan od načina prestanka radnog odnosa voljom poslodavca.

Otkaz ugovora od zaposlenog je jednostrani akt zaposlenog, koji proizilazi iz ustavom zagarantovane slobode rada (proizilazi iz člana 60. Ustava Republike Srbije.² U stavu 2. tog člana propisano je da svako ima pravo na slobodan izbor rada.

U kontekstu slobode rada, treba napomenuti i da je članom 26. Ustava Republike Srbije normirano da je zabranjen prinudni rad. Seksualno ili ekonomsko iskorišćavanje lica koje je u nepovoljnom položaju smatra se prinudnim radom. Prinudnim radom se ne smatra rad ili služba lica na izdržavanju kazne lišenja slobode ako je njihov rad zasnovan na principu dobrovoljnosti, uz novčanu nadoknadu, rad ili služba lica na vojnoj službi ni rad ili služba za vreme ratnog ili vanrednog stanja u skladu sa merama propisanim prilikom proglašenja ratnog ili vanrednog stanja.

Sloboda rada se ogleda u slobodi građana da radi sopstvenim sredstvima ili sredstvima koja su svojina drugog lica. Građanin slobodno može da bira da li će zasnovati radni odnos. Sloboda rada podrazumeva i slobodu o odlučivanju o prestanku radnog odnosa, to jest prestanku rada.³

Sporazumni raskid ugovora o radu je dvostrani akt i predstavlja saglasne izjave volja poslodavca i zaposlenog. Sporazumni prestanak radnog odnosa predstavlja saglasnu izjavu volja zaposlenog i poslodavca usmerenu na prestanak radnog odnosa. Za razliku od otkaza ugovora o radu od zaposlenog, takav način prestanka radnog odnosa je u određenoj meri formalniji. Cilj te formalnosti je zaštita zaposlenog, kao slabije strane u radnom odnosu.

2. Sporazumni prestanak radnog odnosa

Članom 177. Zakona o radu predviđeno je da radni odnos može da prestane na osnovu pismenog sporazuma poslodavca i zaposlenog. Pre potpisivanja sporazuma, poslodavac je dužan da zaposlenog pismenim putem obavesti o posledicama ostvarivanja prava za slučaj nezaposlenosti.

Sporazum o prestanku radnog odnosa može da bude sadržan u jednom aktu, ali mogu da ga čine i dva akta: pismeni predlog (ponuda) sa potpisom jedne strane i pismeno prihvatanje predloga (ponude) sa potpisom druge strane.⁴

Sporazum o prestanku radnog odnosa predstavlja novi ugovor, zaposlenog i poslodavca, zbog čega za njegovu punovažnost moraju da budu ispunjeni uslovi koji se zahtevaju za punovažnost bilo kog drugog ugovora. U tom smislu se ocenjuju i mane volje, zbog čega je za punovažnost sporazuma neophodno

² Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

³ P. Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2018, 133–134.

⁴ B. Lubarda, *Uvod u radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2015, 288.

da su ugovorne strane slobodno i ozbiljno izjavile volju o prestanku radnog odnosa.⁵

Sporazum između zaposlenog i poslodavca predstavlja poseban osnov za prestanak radnog odnosa koji sadrži izjavu dve podudarne volje. Takav sporazum je zaključen kada bude potpisan i u njemu mora biti određen dan prestanka radnog odnosa, a mogu se naći i odredbe o korišćenju godišnjeg odmora, isplati zaostalih zarada itd. Sastavni deo sporazuma prestanka radnog odnosa, osim osnovnog elementa, dana prestanka radnog odnosa, mogu biti i drugi elementi, najčešće sporni, koji se u tom aktu između poslodavca i zaposlenog sporazumno rešavaju. To je često iznos otpremnine zbog sporazumnog prestanka radnog odnosa, odnosno takozvana stimulatívna otpremnina.

Poslodavac je dužan da zaposlenog obavesti o posledicama koje po njega nastupaju u slučaju da zaključi sporazum o prestanku radnog odnosa u smislu prava koje ima prema odredbama člana 68. Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti.⁶ Naime, u roku od 30 dana od dana prestanka radnog odnosa može da se prijavi Nacionalnoj službi za zapošljavanje – nadležnoj filijali prema mestu prebivališta, radi uvođenja u evidenciju nezaposlenih lica i ostvarivanja prava po osnovu nezaposlenosti, u skladu sa tim zakonom, odnosno da saglasno propisima o zdravstvenoj zaštiti, ako nema mogućnost da bude zdravstveno osiguran po drugom osnovu (preko člana uže porodice), za vreme nezaposlenosti ostvari pravo na zdravstvenu zaštitu za sebe, ali ne i za članove uže porodice.

Takođe, poslodavac je dužan da zaposlenog obavesti i o negativnoj strani prestanka radnog odnosa po osnovu sporazuma. U slučaju prestanka radnog odnosa na osnovu pismenog sporazuma, nezaposleni nema pravo na novčanu nadoknadu, a u skladu sa članom 67. Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti.

Propust poslodavca da zaposlenog obavesti o posledicama ostvarivanja njegovih prava za slučaj nezaposlenosti ne mora da bude razlog ništavosti sporazuma o prestanku radnog odnosa, već za posledicu može imati pravo zaposlenog na naknadu štete, ukoliko je ona nastala. U tom slučaju, zaposlenom prestaje radni odnos onog dana koji je u sporazumu utvrđen kao dan prestanka radnog odnosa.⁷

⁵ Lj. Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2016, 81.

⁶ Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017 i 113/2017 – dr. zakon.

⁷ U prilog ovom stavu naveli bismo Presudu Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 1. br. 1038/12 od 4. jula 2013: „Propust poslodavca da postupi u skladu sa odredbom člana 177. stav 2. Zakona o radu je osnov za eventualnu naknadu štete, primenom pravila iz člana 172. stav 1. u vezi sa članom 154. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, to nije razlog za ništavost sporazuma o prestanku radnog odnosa. Ovo i sa razloga što se radi o slučaju kada će ugovor ostati na snazi, ako cilj povređenog dobra upućuje na neku drugu sankciju. Ovdje je reč o građansko pravnoj sankciji naknade štete, koja zato eliminiše ništavost sporazuma – argument iz člana 103. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima. O ovoj pravnoj normi prvostepeni sud nije vodio računa, zbog čega je pobijana presuda u ovom delu preinačena i odlučeno kao u izreci ove presude.”

Sporazum o prestanku radnog odnosa može se poništiti zbog mana u volji, kao rušljiv pravni posao, u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima⁸. Na osnovu člana 111. tog zakona, Sporazum bi bio rušljiv ako bi ga zaključila strana koja je ograničeno poslovno sposobna i kad je pri njegovom zaključenju bilo mana u pogledu volje strana. Napominjemo da pravo na poništenje rušljivog sporazuma prestaje istekom roka od jedne godine od saznanja za razlog rušljivosti, odnosno od prestanka prinude, a u svakom slučaju istekom roka od tri godine od dana zaključenja sporazuma.⁹

Zbog toga volja zaposlenog mora da bude bez nedostatka, slobodno izražena i bez pretnje. Za punovažnost sporazuma o prestanku radnog odnosa obavezna je pismena forma te usmena izjava zaposlenog da je spreman na sporazumni prestanak radnog odnosa ne proizvodi pravno dejstvo.

Ujedno ukazali bismo da se u praksi koristi i „blanko otkaz” kao vid finiranog načina za prestanak radnog odnosa u formi sporazuma o prestanku radnog odnosa. U njemu nema stvarne volje za sporazumnim prestankom radnog odnosa već se zaposleni uslovljava da prilikom zasnivanja radnog odnosa potpiše sporazumni prestanak radnog odnosa dok se potpis poslodavca i datum upisuju naknadno. U tom slučaju sporazum je ništav zbog toga što nema stvarne saglasnosti volja između potpisnika i on se može poništiti pred nadležnim sudom.¹⁰

3. Otkaz voljom zaposlenog

Članom 178. Zakona o radu je određeno da zaposleni ima pravo da poslodavcu otkáže ugovor o radu. Otkaz ugovora o radu zaposleni dostavlja poslodavcu u pismenom obliku, najmanje 15 dana pre dana koji je zaposleni naveo kao dan prestanka radnog odnosa (otkazni rok). Opštim aktom ili ugovorom o radu može da se utvrdi duži otkazni rok ali ne duži od 30 dana.

⁸ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

⁹ Član 117. Zakona o obligacionim odnosima.

¹⁰ U prilog tom stavu navodimo Presudu Vrhovnog kasacionog suda, Pev2. 2512/16 od 8. februara 2017:

„Odredbom člana 177. stav 1. Zakona o radu (Sl. glasnik RS, br. 24/05...) propisano je da radni odnos može da prestane na osnovu pisanog sporazuma poslodavca i zaposlenog. Ovakav sporazum je produkt podudarne volje poslodavca i zaposlenog, koja mora da bude izražena slobodno, jasno, nedvosmisleno i bez mana. Bitan element sporazuma je datum zaključenja, pošto se prema njemu ocenjuje sposobnost ugovaranja, kao i datum prestanka radnog odnosa, s obzirom da se poslodavac i zaposleni tom prilikom sporazumevaju o svim bitnim elementima za radno pravni status zaposlenog.

...U konkretnom slučaju, tužilja pre potpisivanja sporazuma nije jasno i nedvosmisleno iskazala volju za prestanak radnog odnosa, a datumi zaključenja i prestanka radnog odnosa uneti su naknadno u sporazum od strane knjigovođe tužene. Iz navedenog nesumnjivo proizlazi da između tužilje i tužene nije postignuta saglasnost volja o sporazumnom raskidu radnog odnosa, budući da sporazum od strane tužilje nije potpisan tog dana, već ranije – blanko prilikom zasnivanja radnog odnosa, pa je pravilan zaključak nižestepenih sudova da je osporeni sporazum o prestanku radnog odnosa ništav.”

Otkaz ugovora o radu koji je izjavio zaposleni podrazumeva da zaposleni može u svako doba raskinuti radni odnos, ali bi otkazni akt u pismenoj formi trebalo da dostavi poslodavcu najmanje 15 dana ranije. Do najnovijih izmena i dopuna Zakona o radu iz 2014. godine, zaposleni je mogao da se predomisli i da poništi taj otkaz, ali to više nije slučaj. Osnovne karakteristike otkaza su da volja mora biti ozbiljna i slobodna, da otkaz mora biti zakonit, da mora biti dat u pismenoj formi i da deluje u buduće te da se ne može dati retroaktivno.

Taj slučaj otkaza ugovora o radu definišemo kao jednostranu izjavu volje jednog od subjekata radnog odnosa, datu u skladu sa zakonom, koja je usmerena na raskidanje radnog odnosa, čije pravno dejstvo počinje danom dostavljanja i ne zavisi od saglasnosti volje druge strane u radnom odnosu.¹¹

Kada je otkaz ugovora o radu dostavljen poslodavcu u pismenom obliku, radni odnos prestaje po samom zakonu jer je za to dovoljna samo izjava volje zaposlenog. Osnov za prestanak radnog odnosa u konkretnom slučaju je sama izjava o raskidu radnog odnosa, ali je uobičajeno da se radi evidencije i kod primene tog osnova donosi rešenje o prestanku radnog odnosa. To rešenje nije konstitutivnog već deklarativnog karaktera, te se njime samo konstatuje da je radni odnos prestao voljom zaposlenog.¹²

Postoje slučajevi kada zaposleni ne želi da da pismenu izjavu o otkazu ugovora o radu. Reč je o situaciji kada je otkaz ugovora o radu produkt sukoba sa poslodavcem ili nezadovoljstva zaposlenog radom i radnim uslovima kod poslodavca. On se ne može naterati da da izjavu u pismenoj formi.

U takvoj situaciji, najbolje bi bilo da lica pred kojima je zaposleni jasno izrazio volju da otkazuje ugovor o radu zaposlenog upozore na posledice njegove izjave i da mu navedu da je neophodna njegova pismena izjava o otkazu ugovora o radu. Ukoliko zaposleni odbije da ponovo da izjavu u pismenoj formi, lica koja su bila prisutna pri njegovom davanju izjave o otkazu sastaviće službene beleške, a u otkazu ugovora o radu koji je učinio zaposleni biće navedena kao svedoci pred kojima je izjava o otkazu zaposlenog data. Takođe, u rešenju o prestanku radnog odnosa na osnovu otkaza zaposlenog biće navedena celokupna situacija koja je prethodila rešenju o prestanku radnog odnosa zaposlenog.

Bitno je napomenuti da je stvar slobode zaposlenog da otkáže ugovor o radu i da ta sloboda nije ničim ograničena. Produkt je Ustavom zagwarantovane slobode rada i može biti data bilo kada i u bilo koje vreme. Poslodavac ne može ni u jednoj situaciji odbiti da zaposlenom otkáže ugovor o radu ukoliko to zaposleni želi, bez obzira na eventualne negativne posledice koje po proces rada poslodavca može proizvesti otkaz ugovora o radu koji je izjavio zaposleni.

Zaposleni može povući svoju izjavu o otkazu ugovora o radu, ali će ona imati pravne posledice samo ako se sa tim saglasi poslodavac. Ona ne obavezuje

¹¹ D. Paravina, *Radno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 1998, 145.

¹² R. Brković, B. Urdarević, *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, JP Službeni glasnik, Beograd 2020, 189.

poslodavca i ukoliko je on ne prihvati, zaposlenom će prestati radni odnos na osnovu otkaza koji je dao.¹³

Kao otvoreno pitanje povremeno se pojavljuje i mogućnost otkazivanja ugovora o radu u formi koja nije data u štampanoj formi već slanjem SMS-a ili imejla...).

Smatramo da otkaz ugovora o radu koji je zaposleni izjavio poslodavcu može biti poslat i mejlom, pri čemu je bitno da zaposleni na kraju potpiše zahtev navođenjem svoga imena i prezimena, da zaposleni zahtev pošalje sa službenog mejla ili mejla koji je uobičajeno koristio za komunikaciju sa poslodavcem i da navede razlog zbog koga zahtev šalje mejlom, a ne dostavlja ga u pismenoj formi, to jest odštampan i potpisan, neposredno poslodavcu ili putem pošte.

Ako se ugovor o radu otkazuje putem SMS-a ili drugog sredstva za pismenu komunikaciju (Viber, Telegram...), treba biti pažljiviji. U tom slučaju poslodavac mora da dobije poruku sa službenog broja telefona ili broja telefona koji je zaposleni uobičajeno koristio za komunikaciju sa poslodavcem. Zaposleni bi trebalo da navede svoje ime i prezime i razlog zbog koga na taj način otkazuje ugovor o radu. Poslodavac bi trebalo da zahteva da zaposleni ponovnom porukom potvrdi izjavu o otkazu ugovora o radu i da obavesti zaposlenog o posledicama koje proizvodi ovakva njegova izjava. Prema našem mišljenju, trebalo bi i da mu ostavi mogućnost da takvu izjavu povuče u određenom vremenskom periodu, na primer dva ili tri dana. Ukoliko bi otkaz ugovora o radu koji je izjavio zaposleni bio dat uz poštovanje pravila, koja smo naveli, smatramo da bi bio punovažan i da bi mogao predstavljati osnov za prestanak radnog odnosa voljom zaposlenog.

Otkazni rok za zaposlenog koji otkazuje ugovor o radu poslodavcu predstavlja vremenski okvir u kojem bi poslodavac trebalo da pronađe novog zaposlenog koji bi radio na radnom mestu na kome je radio zaposleni koji je otkazao ugovor o radu. Otkazni rok je ustanovljen kao određena vrsta zaštite za poslodavca. Cilj

¹³ U prilog tome navodimo Presudu Vrhovnog kasacionog suda, Rev2. 782/17 od 12. jula 2017: „Naime, izjava o prestanku radnog odnosa je jednostrana izjava volje koja proizvodi pravno dejstvo od dana dostavljanja poslodavcu. Kod utvrđenog da je tužilja pisanom izjavom otkazala ugovor o radu to je tužilji, momentom dostavljanja otkaznog akta tuženoj kao poslodavcu, prestao radni odnos po samom zakonu, a naknadno povlačenje date izjave ne može proizvesti pravno dejstvo bez pristanka poslodavca. Stoga, samo rešenje o otkazu ugovora o radu na osnovu pismenog otkaza zaposlenog je deklarativnog, a ne konstitutivnog karaktera, iz kojih razloga, suprotno navodima revizije tužilje kojima se ukazuje na pogrešnu primenu materijalnog prava, rešenje kojim joj je otkazan ugovor o radu ne predstavlja pravni osnov za prestanak radnog odnosa, jer je tim rešenjem samo konstatovan prestanak radnog odnosa njenom voljom, kao zaposlenog lica. Osim toga, tužilja tokom postupka nije dokazala da je njena izjava o otkazu iznuđena prinudom, odnosno da je data u zabludi ili usled prevare, iz kojih razloga je, i po oceni Vrhovnog kasacionog suda, rezultat slobodne i samostalno izražene volje, a eventualna ishitrenost odluke ne može predstavljati izvinjavajući razlog za datu izjavu o otkazu koja predstavlja osnov prestanka radnog odnosa. Suprotno navodima revizije, tužilja nije bila direktor tužene (koga saglasno članu 27. Statuta društva imenuje i razrešava Skupština društva) već je zaključenim ugovorom o radu zasnovala radni odnos radi obavljanja poslova zamenika direktora iz kojih razloga je direktor društva (koji saglasno članu 38. Statuta odlučuje o zasnivanju radnog odnosa i pojedinačnim pravima zaposlenih lica) koji je sa tužiljom zaključio ugovor o radu bio ovlašćen za donošenje odluke o prestanku njenog radnog odnosa, a koje ovlašćenje direktora u pravnom licu upravo proizlazi iz odredbe člana 192. Zakona o radu.”

radi koga je zakonodavac ustanovio otkazni rok ogleđa se u nameri da poslodavca zaštiti od poremećaja u poslovanju, do koga može doći zbog toga što ne postoji drugi zaposleni koji bi obavljao poslove koje je obavljao zaposleni koji je otkazao ugovor o radu. Nastupanje poremećaja u poslovanju moglo bi da prouzrokuje štetu na strani poslodavca, posebno kada je zaposleni obavljao poslove koji su od esencijalnog značaja za poslodavca ili kada je obavljao poslove čije je izvršenje povezano sa poštovanjem rokova.

Poštovanje otkaznog roka je obaveza zaposlenog. Međutim, ne postoji način na koji bi poslodavac mogao da natera zaposlenog da poštuje otkazni rok. U Zakonu o radu nije predviđena neka vrsta sankcije za zaposlenog koji ne poštuje otkazni rok. Dakle, zaposleni može otkazati ugovor o radu poslodavcu i bez poštovanja otkaznog roka, a posebno imajući u vidu to da je prestanak radnog odnosa sastavni deo slobode rada, koja je zagarantovana Ustavom Republike Srbije, brojnim međunarodnim aktima i zakonima.

Poslodavac bi od zaposlenog mogao zahtevati naknadu štete ukoliko je ona nastupila na njegovoj strani zbog nepoštovanja otkaznog roka zaposlenog. Naknada štete bi se naplatila shodno pravilima navedenim u Zakonu o obligacionim odnosima, s obzirom na to da o njoj nema normi u Zakonu o radu. Šteta bi mogla da nastupi, na primer, ukoliko zbog nepoštovanja otkaznog roka zaposlenog nije ispunjen rok za obavljanje poslova za koje je zaposleni bio zadužen, pa je usled toga poslodavcu naplaćena ugovorna kazna.

Međutim, poslodavac u ugovoru o radu ili svom opštem aktu ne može predvideti novčanu sankciju za zaposlenog, koja bi se, primera radi, realizovala obustavom od poslednje zarade, ako zaposleni ne ispoštuje otkazni rok. Takva odredba bi bila neodgovarajuća, s obzirom da bi se naplaćivao novčani iznos od zaposlenog koji nije poštovao otkazni rok, čak i onda kada za poslodavca nije nastupila šteta. Na taj način bi bila znatno ograničena i sloboda rada zaposlenog, odnosno sloboda prestanka radnog odnosa.

4. Uporednopravni prikaz prestanka radnog odnosa voljom zaposlenog

U Sjedinjenim Američkim Državama većina poslodavaca u privatnom sektoru ima slobodu, odnosno diskreciono ovlašćenje da otpusti zaposlene iz „dobrih razloga” (zbog uznemiravanja drugih radnika, povrede radne obaveze, radne discipline...), iz „loših razloga” (lična nesklonost radniku ili radničkim aktivnostima van dužnosti...) ili čak bez opravdanog razloga sve dok opravdanje poslodavaca za otkaz nije na drugi način zabranjeno zakonom (otkaz ugovora o radu zbog pola, rase, verske pripadnosti, političke pripadnosti zaposlenog...). Čak i ako radnik posumnja da je otpušten iz nezakonitog razloga – na primer, zbog pripadnosti određenoj rasi, zbog etničke pripadnosti ili pola

– teret dokazivanja diskriminatorne namere poslodavca je na radniku, ne na poslodavcu. Zbog toga je evidentno da je prestanak radnog odnosa voljom zaposlenog u toj državi neformalan, odnosno nije uređen federalnim propisima i zavisi od pravila propisanih ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorima.¹⁴

U Republici Slovačkoj Sporazum o prestanku radnog odnosa mora biti zaključen u pismenoj formi. Razlozi za raskid moraju biti navedeni u ugovoru samo ako je zaposleni zahtevao tako ili u slučaju da je radni odnos prestao sporazumno iz razloga navedenih u članu 63. st. 1. tačka a) do c) Slovačkog zakona o radu. Ti razlozi su: poslodavac ili njegova organizaciona jedinica su premešteni a zaposleni nije saglasan sa promenom ugovorenog mesta rada; zaposleni je postao tehnološki višak na osnovu pismene odluke poslodavca ili njegovog nadležnog organa zbog promene njegovih radnih zadataka, zbog tehnoloških promena kod poslodavca ili potrebe za smanjenjem radne snage, a sa ciljem obezbeđivanja efikasnosti rada ili zbog drugih organizacionih promena; zaposleni zbog svog zdravstvenog stanja, nakon obavljenog lekarskog pregleda, gubi sposobnost da obavlja svoje poslove ili bi obavljanje tih poslova trajno narušilo njegovo zdravlje na osnovu odluke nadležnog zdravstvenog organa. U skladu sa Zakonom o radu, poslodavac je dužan da dostavi jedan original sporazuma o prestanku radnog odnosa zaposlenom.¹⁵

Zaposleni može otkazati radni odnos poslodavcu dostavljanjem obaveštenja u pismenoj formi uz navođenje bilo kog razloga ili bez navođenja razloga. Za punovažnost otkaza bitno je da je obaveštenje u pismenoj formi dostavljeno poslodavcu.¹⁶

Prema članu 112. Zakona o radu Republike Hrvatske¹⁷, ugovor o radu, između ostalog, prestaje i sporazumom radnika i poslodavca i otkazom. Članom 113. tog zakona propisano je da sporazum o prestanku ugovora o radu mora biti zaključen u pismenom obliku. Osim te odredbe, ne postoji druga norma u Zakonu o radu Republike Hrvatske koja se odnosi na sporazumni prestanak radnog odnosa. Članom 115. propisano je da radnik može otkazati ugovor o radu uz propisani ili ugovoreni otkazni rok, ne navodeći za to razlog. Reč je o redovnom otkazu (redovit otkaz ugovora o radu). U tom slučaju propisana su pravila za otkazni rok. U slučaju redovnog otkaza otkazni rok je najmanje: dve nedelje, ako je radnik u radnom odnosu kod istog poslodavca proveo neprekidno manje od jedne godine; mesec dana, ako je radnik u radnom odnosu kod istog poslodavca proveo neprekidno jednu godinu; mesec dana i dve nedelje, ako je radnik u radnom odnosu kod istog poslodavca proveo neprekidno dve godine; dva meseca, ako je radnik u radnom odnosu kod istog poslodavca proveo neprekidno

¹⁴ K. Andrias, A. Hertel-Fernandez, *Ending At-Will Employment: A Guide for Just Cause Reform*, New York 2021, 4–10.

¹⁵ M. Nosková, T. Peráček, „Termination Of Employment In The Slovak Republic As A Key Issue Of Hr Management”, *Central European Journal of Labour Law and Personnel Management* 2(2)/2019, 47.

¹⁶ M. Nosková, T. Peráček, 50.

¹⁷ Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17 i 98/19.

pet godina; dva meseca i dve nedelje, ako je radnik u radnom odnosu kod istog poslodavca proveo neprekidno deset godina; tri meseca, ako je radnik u radnom odnosu kod istog poslodavca proveo neprekidno dvadeset godina. Radniku koji je kod poslodavca proveo u radnom odnosu neprekidno dvadeset godina otkazni rok se povećava za dve nedelje ako je navršio pedeset godina života, a za mesec dana ako je navršio pedeset pet godina života. Kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu može se odrediti kraći otkazni rok za radnika nego za poslodavca, za slučaj kada radnik otkazuje ugovor o radu. Ako radnik otkazuje ugovor o radu, otkazni rok ne može biti duži od mesec dana, ako on za to ima osobito važan razlog.

Za hrvatsko radno pravo, u odnosu na srpsko, specifično je postojanje „izvanrednog otkaza”, koji je normiran članom 116. Zakona o radu Republike Hrvatske. Poslodavac i radnik imaju opravdani razlog za otkaz ugovora o radu sklopljen na neodređeno ili određeno vreme, bez obaveze da poštuju propisani ili ugovoreni otkazni rok, ako zbog osobito teške povrede obaveze iz radnog odnosa ili neke druge osobito važne činjenice, uz uvažavanje svih okolnosti i interesa obe ugovorne strane, nastavak radnog odnosa nije moguć. Ugovor o radu može se izvanredno otkazati samo u roku od petnaest dana od dana saznanja za činjenicu na kojoj se izvanredni otkaz temelji. Strana ugovora o radu koja izvanredno otkáže ugovor o radu ima pravo da od strane koja je kriva za otkaz traži naknadu štete zbog neizvršenja obaveza koje je preuzela ugovorom o radu.

Za razliku od redovnog otkaza kada radnik nije dužan da navede razlog otkaza, za izvanredno otkazivanje dužan je da dokaže da je postojao važan razlog. Opravdani razlog se traži jer poslodavac mora odmah da pronade zamenu radniku za posao koji je obavljao. To će biti najčešće u slučaju kad poslodavac neuredno ispunjava svoje obveze, kad ne provodi mere zaštite na radu, ne isplaćuje ili ne isplaćuje u celini zaradu i druga primanja vezana za radni odnos, zlostavlja radnika, diskriminiše ga, ne dozvoljava korišćenje godišnjeg odmora i dr.¹⁸

Članom 177. Zakon o radu Republike Srpske¹⁹ određeno je da radni odnos može da prestane na osnovu pismenog sporazuma poslodavca i radnika. Sporazumom se mogu ugovoriti prava i obaveze radnika i poslodavca do prestanka i nakon prestanka radnog odnosa. Sporazum proizvodi pravno dejstvo od dana kada je nadležni organ lokalne samouprave overio potpis radnika na sporazumu.

Za razliku od Republike Srbije, znatno je formalniji prestanak radnog odnosa sporazumom između poslodavca i zaposlenog. Pretpostavljamo da je obavezna

¹⁸ D. Juras, I. Erceg Čurić, „Izvanredni otkaz ugovora o radu u pravu Republike Hrvatske”, *Pravni zapisi* IX(2)/2018, 304.

¹⁹ Zakon o radu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 1/2016, 66/2018, 91/2021 – odluka Ustavnog suda Republike Srpske broj: U-66/20 i 119/2021.

overa uvedena kako bi se sprečile zloupotrebe poslodavca poput „blanko otkaza” i sličnih.

Članom 178. Zakona o radu Republike Srpske normirano je da radnik ima pravo da poslodavcu otkáže ugovor o radu, bez obaveze da navodi razlog. Otkaz ugovora o radu radnik dostavlja poslodavcu u pismenom obliku, najmanje 15 dana prije dana koji je radnik naveo kao dan prestanka radnog odnosa. U slučaju da radnik otkazuje ugovor o radu zbog toga što je poslodavac povredio obaveze koje proizilaze iz tog zakona, drugih propisa, opštih akata i ugovora o radu, otkaz se poslodavcu može dostaviti najmanje jedan dan pre dana koji je radnik naveo kao dan prestanka radnog odnosa, a otkaz ugovora o radu po tom osnovu radnik može dati najdalje u roku od 15 dana od dana kada je saznao da je poslodavac izvršio povredu obaveza iz ovog zakona, drugih propisa, opštih akata i ugovora o radu.

Takođe, poput Republike Hrvatske i u Republici Srpskoj postoji mogućnost da zaposleni ne poštuje otkazni rok u slučaju kada je razlog za otkaz ugovora o radu povreda obaveza koje poslodavac ima prema zaposlenom.

5. Zaključak

Sporazumni prestanak radnog odnosa i otkaz ugovora o radu voljom zaposlenog u Republici Srbiji uređeni su članovima 177. i 178. Zakona o radu.

U uređenju pitanja u vezi sa sporazumnim prestankom radnog odnosa primenjuju se i odgovarajuće odredbe Zakona o obligacionim odnosima s obzirom na njegov obligacionopravni karakter.

Prestanak radnog odnosa voljom zaposlenog u znatno manjoj meri je formalizovan nego otkaz ugovora o radu voljom poslodavca. Razlog se ogleda u tome što je prestanak radnog odnosa sastavni deo slobode rada koja je zagarantovana međunarodnim aktima, ali i Ustavom Republike Srbije.

Najveći problem sa tim načinom prestanka radnog odnosa ogleda se u tome što poslodavac ima mogućnosti da to zloupotrebi. Međutim, bilo koja ograničenja tog načina prestanka radnog odnosa mogu ugroziti slobodu rada i time naneti štetu zaposlenima.

U pravnom sistemu Republike Srbije, postoje prostor za izmenu pravnog uređenja osnova za prestanak radnog odnosa voljom zaposlenog.

U pogledu sporazumnog prestanka radnog odnosa, u budućim izmenama Zakona o radu trebalo bi predvideti da se njime mogu urediti i druga pitanja između poslodavca i zaposlenog, osim dana prestanka radnog odnosa, poput isplate stimulatívne otpremnine, nadoknade štete, isplate zarade i drugih primanja... Prema našem mišljenju, ne bi trebalo predviđati posebne osnove za tu vrstu prestanka radnog odnosa, kako je to urađeno u pojedinim pravnim sistemima, konkretno u Republici Slovačkoj.

Povodom otkaza ugovora o radu voljom zaposlenog, bilo bi neophodno u budućim izmenama Zakona o radu precizirati mogućnost da radni odnos može biti otkazan i putem elektronskih sredstava komunikacije i propisati uslove pod kojima bi to bilo moguće. Takođe, trebalo bi i odrediti mogućnost otkaza ugovora o radu voljom zaposlenog bez otkaznog roka i pravo poslodavca da od zaposlenog potražuje naknadu štete u slučaju nepoštovanja otkaznog roka.

Literatura

- Andrias K, Hertel-Fernandez A, *Ending At-Will Employment: A Guide for Just Cause Reform*, New York 2021.
- Brković R, Urdarević B, *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, JP Službeni glasnik, Beograd 2020.
- Jovanović P, *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2018;
- Juras D, Erceg Ćurić I, Izvanredni otkaz ugovora o radu u pravu Republike Hrvatske, *Pravni zapisi IX(2)/2018*, 293–323.
- Kovačević Lj, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2013.
- Lubarda B, *Uvod u radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2015.
- Nosková M, Peráček T, Termination Of Employment In The Slovak Republic As A Key Issue Of Hr Management, *Central European Journal of Labour Law and Personnel Management 2(2)/2019*.
- Paravina D, *Radno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 1998.

Propisi i drugi akti

- Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2. 782/17 od 12. jula 2017.
- Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Pev2. 2512/16 od 8. februara 2017.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 1. br. 1038/12 od 4. jula 2013.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.
- Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017 i 113/2017 – dr. zakon.
- Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, *Sl. list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS* 18/2020.

Zakon o radu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 1/2016, 66/2018, 91/2021 – odluka Ustavnog suda Republike Srpske broj: U-66/20. i 119/2021.

Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17 i 98/19.

TERMINATION OF EMPLOYMENT BY THE WILL OF THE EMPLOYEE

Summary

The grounds for termination of employment of the employee are the reasons why the employment of a specific person hired by the employer on the basis of an employment contract is terminated. They can be a product of the will of the employer (in a situation when the employee's employment contract is terminated) objective circumstances (when the employment relationship is terminated by "force of law"), a consequence of the agreement between employer and employee and termination of employment contract by the employee.

The agreement between the employee and the employer is a special basis for termination of employment, which contains a statement of two concurring wills. Such an agreement is concluded when it is signed, and it must specify the day of termination of employment, and provisions on the use of annual leave, payment of back wages, etc. can be found.

Termination of the employment contract by the employee means that the employee can terminate the employment at any time, but the written notice of termination should be submitted to the employer at least 15 days in advance. In the legal system of the Republic of Serbia, there are no conditions that an employee must meet in order to be able to terminate an employment contract with an employer. The right to terminate an employment contract derives from the freedom to work.

Key words: termination of employment, termination of employment contract by the employee, agreed termination of employment contract, freedom of employment, consequences of termination of employment.

PRILAGOĐAVANJE RADNOG PRAVA DIGITALNOM DOBU PRAVO RADNIKA NA ISKLJUČIVANJE

Apstrakt

Digitalna revolucija je izmenila tradicionalne modele rada, tako da radnici u savremeno doba mogu da rade u bilo koje vreme i sa bilo kog mesta. Iako je rasprostranjenost fleksibilnih oblika rada i upotreba informacionih i komunikacionih tehnologija bila odveć velika u različitim sektorima i zanimanjima i pre 2020. godine, okviri rada u celom svetu definitivno su promenjeni pandemijom kovida19. Fleksibilni oblici rada u digitalno doba omogućili su radnicima brojne prednosti, veću fleksibilnost, bolje upravljanje radnim vremenom, niže troškove, ali i izazvali mnoge negativne posledice poput povećanja broja radnih sati, prekovremenog rada, brisanja granice privatnog i profesionalnog života. Mogućnost da se radi bilo kada i bilo gde putem digitalnih alata suštinski se pretvorila u rad u svako vreme i na svakom mestu. Fleksibilnost je vitalni deo kvaliteta rada, ali izostanak drugih elemenata kvalitetnog radnog odnosa, čak i kada ima fleksibilnosti, može biti štetno po radnika i njegovu porodicu. Te tendencije su usmerile istraživački fokus rada na tzv. pravo radnika na isključivanje, radi približavanja ograničavanja elektronske komunikacije radnika sa poslodavcem nakon radnog vremena, kao mogućeg mehanizma otklanjanja negativnih aspekata rada na daljinu. U radu se razmatraju priroda tog prava, način regulisanja u ključnim instrumentima međunarodnog (evropskog) prava, ali i u pojedinim uporednim sistemima u kojima je ono već prepoznato. Ukazuje se i na najvažnije odredbe Rezolucije Evropskog parlamenta o pravu na isključivanje 2019/2181, sa ciljem preispitivanja dovoljnosti postojećeg pravnog okvira za ostvarivanje tog prava u svakodnevnom životu radnika. U konačnom, razmotreni su i potreba i mogući način uvođenja prava u domaći pravni sistem jer pritisak da uvek i svuda bude dostupan za rad raste i na radnika u Srbiji.

Ključne reči: digitalizacija, rad na daljinu, pravo na isključivanje, digitalni alati, profesionalni život radnika, porodični život radnika.

1. Uvod

Digitalizacija podrazumeva da danas ne postoji nijedna aktivnost ni u sferi rada ni u privatnom ili porodičnom životu, koja ne zahteva upotrebu in-

* Diplomirani pravnik, master radnog i socijalnog prava, sudijski pomoćnik Osnovnog suda u Pančevu, kristinabalnozan@yahoo.com

formaciono-komunikacionih tehnologija (u daljem radu: IKT), pre svega računara, mobilnih telefona i interneta.¹ Poslednje decenije, napredak tih tehnologija značajno je promenio svet rada, omogućavajući da se rad obavlja u bilo koje vreme i na bilo kojem mestu u različitim sektorima i zanimanjima, a te promene su usledile u vreme razvoja ekonomije zasnovane na znanju u kojoj su IKT ključni alati za rad. Države u kojima je udeo radnika u fleksibilnim oblicima rada visok imaju i relativno visok procenat radnika koji rad obavljaju pomoću IKT.² Prvi „vesnik” problema koji će doneti takav razvoj IKT bila je elektronska pošta, koja je, iako ima brojne prednosti, „osnov tiranije” koja prožima svet rada³ i začetak očekivanja poslodavaca da se svaki rad može izvršiti „svuda, u svako vreme i bez odlaganja”.⁴ Pre dvadesetak godina izuzetno se dešavalo da se zaposleni kontaktira van radnog vremena, vikendom, praznicima, dok danas menadžeri to čine rutinski putem e-pošte ili telefona, nakon radnog vremena ili za vreme odsustva s rada.⁵ Mogućnost uspostavljanja veze bez odlaganja neretko stvara neosnovano očekivanje poslodavca da će radnik biti stalno dostupan i vodi u kontaktiranje radnika van redovnog radnog vremena i stanje stalne pripravnosti radnika,⁶ odnosno dovodi do pojave tzv. elektronskog povoca zahvaljujući kojem radnici nakon radnog vremena napuštaju mesto rada, ali ne i rad koji inače obavljaju.⁷ Opravdano je stoga zapažanje Elvina Toflera (рус. *Елвин Тоффлер*) da se pojedinci danas razlikuju ne samo po nacionalnosti, rasi, religiji, već i po vremenu kojim raspoložu.⁸ Uticaj digitalizacije na tržište rada je mnogo veći nego što to deluje,⁹ a pojedini autori čak naglašavaju i da je to „najrevolucionarnija promena tržišta rada još od vremena prve industrijske revolucije”.¹⁰ Upotreba tehnologije u moderno doba je konstantna, a ostvarivanje veze s poslodavcem 24/7 zahvaljujući e-pošti, porukama i pozivima deo je nove svakodnevnice (engl. *the new normal*)¹¹, koja je u pojedinim kineskim sektorima rada poznata i kao „sistem

¹ M. Petrović, D. Petrović, „Digitalizacija i tržište rada: rodna perspektiva”, XXXIX simpozijum o novim tehnologijama u poštanskom i telekomunikacionom saobraćaju – PosTel 2021, Beograd 2021, 43.

² O. Vargas-Llave, T. Weber, M. Avogaro, *Industrial relations, Right to disconnect in the 27 EU member states*, European Foundation for the improvement of living and working conditions (Eurofound), Dublin 2020, 1.

³ Г. Пак Станиславовна, Т. Хусяинов Маратович, „Право отключиться” как ответ на экспансию труда в нерабочее время: кто им воспользуется, *Вестник Пермского Университета* IV, 36/2018, 510.

⁴ S. Kubiak, K. Magnuska, *The right to disconnect: Real relief for employees or just additional obligations for employers?*, *wardynski.com.pl*, 23. jul 2022.

⁵ K. Müller, *Briefing European added value in action EPRS, The right to disconnect*, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/642847/EPRS_BRI\(2020\)642847_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/642847/EPRS_BRI(2020)642847_EN.pdf), 23. jul 2022.

⁶ F. Chiuffo, *The „right to disconnect” or „how to pull the plug on work”*, *Paper presented at the 4th Labour Law Research Network Conference held at the Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, Valparaiso, Chile 2019, 2.

⁷ T. Jochman, „Effects on employees’ compensation under the right to disconnect”, *Marquette Benefits & Social Welfare L. Rev.* XXII, 2/2022, 210.

⁸ Tofler je u svom delu „Шок будущего” istakao da se ljudi, između ostalog, razlikuju i po vremenu kojim raspoložu. Navedeno prema Г. Пак Станиславовна, Т. Хусяинов Маратович, 509.

⁹ S. R. Jašarević, „Uticaj digitalizacije na radne odnose”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* L, 4/2016, 1108.

¹⁰ F. Chiuffo, 2.

¹¹ T. Jochman, 209.

rada 996”.¹² Kultura stalne dostupnosti radnika (engl. *always on culture*) tekovina je društva koje se nalazi u stanju „stalne hiperkonekcije” zbog digitalnih alata i sredstava komunikacije koji otežavaju radniku da se isključi s rada nakon radnog vremena.¹³ Osim što utiče na profesionalnu sferu života, digitalizacija utiče i na privatni život radnika. Slikovito rečeno, digitalizacija društva je „prozor” kroz koji rad prodire u dom radnika, ali i kroz koji dom radnika prodire na njegovo radno mesto.¹⁴

U „doba rada na daljinu”, što je posledica evolucije digitalnih tehnologija, prvi put se počelo govoriti i o tzv. pravu na isključivanje s rada¹⁵ (pravo na diskonektovanje, pravo na prekid veze, engl. *the right to disconnect – R2D, the right to switch off from work*, rum. *dreptul de a se deconecta*,¹⁶ rus. *право отключиться*).¹⁷ Pandemija kovida 19 pokazala je značaj digitalnih alata i sredstava komunikacije u održavanju kontinuiteta rada, pa nije slučajno to što su intenzivne zakonodavne aktivnosti usmerene na to pravo usledile upravo u vreme pandemije.¹⁸ Tzv. četvrta industrijska revolucija promenila je način na koji se rad obavlja,¹⁹ a zdravlje, bezbednost i pravičnost uslova rada, poštovanje privatnog i porodičnog života radnika zahtevaju promišljanje o mogućnostima borbe protiv takvih, sada već prihvaćenih društvenih obrazaca i preispitivanje ne/dovoljnosti postojećeg pravnog okvira koji štiti položaj ekonomski slabije strane u radnom odnosu, u svetu rada transformisanom pod uticajem IKT.

2. Pojam, priroda i „kontroverze” prava na isključivanje

Digitalizacija je praktično dovela do celodnevne dostupnosti radnika, pa za savremeni rad nije neuobičajno da zaposleni primaju/šalju poruke, pozive, imejlove ili na drugi način ostvaruju elektronsku komunikaciju sa poslodavcem i u vreme van zakonskog (ugovorenog) radnog vremena. Pojedina zakonodavstva uvode zabranu elektronskog komuniciranja sa zaposlenima van radnog vremena,

¹² „Sistem rada 996” vezuje se kineski informacijski sektor gde se rad obavlja od devet časova ujutru do devet časova popodne šest dana u nedelji, u kojem je prekovremeni rad neretka pojava jer su poslodavci motivisani brzinom i smanjenjem troškova rada.

¹³ L. Pansu, „Evaluation of right to disconnect’ legislation and its impact on employee’s productivity”, *International Journal of management and applied research* V, 3/2018, 100.

¹⁴ F. Loïc Lerouge P. Trujillo, „Contribution to the study on the ‘right to disconnect’ from work. Are France and Spain examples for other countries and EU law?”, *European Labour Law Journal* XIII, 3/2022, 451.

¹⁵ Kubiak, K. Magnuska, „The right to disconnect: Real relief for employees or just additional obligations for employers?”, *wardynski.com.pl*, 23. jul 2022.

¹⁶ Rumunija nema odredbe o pravu na isključivanje s rada, a norme koje se odnose na ograničeno radno vreme i minimalno trajanje odmora su restriktivne. Više o razmatranom pravu u ovoj državi u L. Dima, A. Högbäck, *Labour and social justice, Legislating a right to disconnect*, Friedrich Ebert Stiftung, Bucuresti 2020.

¹⁷ Svaki vid interakcije poslodavca i radnika u vreme odmora smatra se radnim vremenom u ruskom pravu. Više o reformi ruskog zakonodavstva nakon pandemije kovida 19 u O. Chesalina, „The legal nature and the place of the right to disconnect in european and in russian labour law”, *Russian Law Journal* IX, 3/2021.

¹⁸ Kubiak, K. Magnuska, „The right to disconnect: Real relief for employees or just additional obligations for employers?”, *wardynski.com.pl*, 23. jul 2022.

¹⁹ L. Pansu, 100.

vikendom, za vreme godišnjeg odmora, odsustva s rada, a poruke i imejlovi se kod poslodavca usmeravaju na određene servere i radniku stižu prvog narednog radnog dana. Takva zabrana usmerena na poslodavca odgovora tzv. pravu radnika na isključivanje s rada. Drugim rečima, to je koncept koji može biti različito shvaćen, s jedne strane kao ovlašćenje radnika da se uzdrži od rada putem digitalnih alata, van redovnog radnog vremena (engl. *the right to disconnect*), a s druge strane kao obaveza poslodavca da obezbedi da radnici ne rade za vreme odmora, odsustva s rada i sl. (engl. *the right to be disconnected*).²⁰

Zakoni (opšti akti) po pravilu ne sadrže preciznu definiciju „isključivanja s rada” usled nedoumica o njegovoj pravnoj prirodi, načinu implementacije i brojnih nerazjašnjenih pitanja. Mišljenja o pravnoj prirodi „isključivanja s rada” podeljena su između onih koji smatraju da je reč o „novom, autonomnom pravu” te onih koji, nasuprot tome, smatraju da je to „derivativno pravo” koje izvire iz klasičnog prava na odmor prilagođenog savremenoj realnosti u digitalno doba.²¹ Deo autora koji ga tretira kao pravo dalje precizira da je u pitanju „svojevrsno pravo” koje ovlašćuje na kolektivno pregovaranje o prekidu veze nakon radnog vremena, a ne na pravo na stvarni, potpuni prekid komunikacije, dok se u grupi onih koji ga tretiraju kao derivativno pravo izdvaja i mišljenje da to nije derivat različitih prava već samo jedan aspekt prava na pravične uslove rada ili pak novi koncept digitalnih prava.²² S obzirom na svrhu ovog prava da ograniči radno vreme i obezbedi poštovanje porodičnog života radnika, posmatra se i kao važan mehanizam socijalne politike.²³

Na nivou EU učinjen je „iskorak” ka njegovom prepoznavanju kao fundamentalnog prava radnika, neodvojivog dela novih obrazaca rada u digitalnom dobu, ali i prava od posebne važnosti za najranjivije kategorije, naročito za one radnike koji se staraju o drugima.²⁴ Obično se i u literaturi ono definiše kao „pravo” pa, tako pozitivno definisano, pravo na isključivanje s rada podrazumeva ovlašćenje radnika da se isključi s rada i da van radnog vremena ne odgovora na imejlve i pozive vezane za rad.²⁵ „Tekovina” digitalnog doba definiše se i kao pravo radnika da bude nedostupan posle radnog vremena, da koristi svoje slobodno vreme bez uznemiravanja, osim u slučaju hitne potrebe rada ili drugačijeg sporazuma s poslodavcem.²⁶ Pravo zapravo omogućava radnicima da se suzdrže od poslovnih aktivnosti i elektronske komunikacije van radnog vremena, između ostalog, tokom slobodnog vremena, službenih i godišnjih odmora, porodičnog, očinskog i roditeljskog odsustva i drugih vrsta odsustva s rada, bez ikakvih

²⁰ O. Vargas-Llave, T. Weber, M. Avogaro, 1.

²¹ F. Chiuffo, 11.

²² O. Chesalina, 58.

²³ International Labour Office, *Working from home: From invisibility to decent work*, Geneva 2021, 13.

²⁴ Vid. Preambulu Rezolucije Evropskog parlamenta 2019/2181 sa predlogom direktive o isključenju (engl. *European Parliament resolution with recommendations to the Commission on the right to disconnect 2019/2181(INL)*, (u daljem radu: Predlog direktive ili predlog), dostupno na *Texts adopted - The right to disconnect - Thursday, 21 January 2021 (europa.eu)*, 23. jul 2022.

²⁵ Г. Пак Станиславовна, Т. Хусяинов Маратович, 509.

²⁶ К. Arabadjieva, 30.

negativnih posledica, kako bi se poštovala određena autonomija, fleksibilnost i vremenska suverenost u skladu s kojima se radnicima mora omogućiti da svoje radno vreme rasporede u skladu sa porodičnim dužnostima prema deci ili bolesnim članovima porodice, a bez diskriminacije ili negativnih posledica na zapošljavanje ili napredovanje u karijeri.²⁷

Potpuni prekid veze preteča je, smatraju pojedini autori, konačne sudbine čoveka: da bude potpuno isključen od drugih i „Pirova pobeda” za radnike, ali nezavisno od takvih ekstremnih gledišta jedan deo autora ga posmatra kao osnovno, fundamentalno ljudsko pravo, poput bilo kojeg drugog osnovnog ljudskog prava i slobode svojstvene svakom čoveku.²⁸ Drugi autori idu i korak dalje i, ne sporeći da je reč o pravu, ukazuju na to da upotreba reči „pravo” u kontekstu ostvarivanja diskonekcije posle radnog vremena može biti zbunjujuća. U suštini, ono na šta pravo na isključivanje s rada ovlašćuje je pravo na kolektivno pregovaranje o načinu na koji se upravlja tehnološkim i s njim povezanim aspektima rada. Drugim rečima, centralna premisa za pravo na prekid veze jeste da se radniku obezbedi zakonsko pravo na pregovaranje o obavezama da (ne) održava elektronsku komunikaciju. „Pravo”, dakle, ne ograničava potpuno komunikaciju nakon radnog vremena već obavezuje organizacije da jasno pregovaraju o uslovima kontakta sa radnicima nakon radnog vremena.²⁹

Drugi autori, pak, ističu da je to samo novi aspekt prava na odmor, prava na ograničeno radno vreme, odnosno novi aspekt pravičnih uslova rada koji su na agendi Međunarodne organizacije rada još od njenog osnivanja 1919. godine.³⁰ Drugim rečima, derivativni karakter tog prava proističe iz činjenice da je pravo na isključivanje s rada, bar nominalno gledano, implicitno već zajemčeno na međunarodnom (državnom) nivou kroz garantije usmerene na pravo na pauzu, odmor, odsustva sa rada i pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, ali otežano ostvarivanje tih prava u praksi naročito u digitalno doba podstaklo je promišljanje o uvođenju novog prava kao još jednog od fundamentalnih prava, osim onih već zajemčenih. Drugim rečima, bez obzira na to što u legislativnom sistemu pojedinih država to pravo nije prihvaćeno, radnici i bez autonomno ili zakonski zajemčenog prava na isključivanje s rada takvo pravo već uživaju. U savremenom društvu, „društvu rizika”, nije, međutim, svaki radnik u mogućnosti da se koristi tim pravima. Pojedini radnici motivisani karijernim uspehom prihvataju „konekciju” i van radnog vremena i u vreme odmora, drugi na takve nepravične uslove rada pristaju iz straha od gubitka posla ili odmazde poslodavca.³¹ Ima i autora koji, stoga, smatraju da će efikasniju primenu prava na isključivanje s rada omogućiti normiranje prava na pravične uslove rada kao ljudskog prava

²⁷ Predlog, tač. 16.

²⁸ T. Lebereht, Is the right to disconnect a human right?, *Is the „Right to Disconnect” a Human Right?* | *Psychology Today*, 23. jul 2022.

²⁹ C. Murph, L. Ryan, „New technologies, privacy and working time”, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* IV, 1/2020, 187.

³⁰ F. Chiuffo, 18.

³¹ Г. Пак Станиславовна, Т. Хусяинов Маратович, 509.

čiji bi jedan od aspekata bilo i pravo na isključivanje.³² U krajnjem, uvođenje prava na isključivanje s rada je i važna mera socijalne politike kojom se ograničava radno vreme i obezbeđuje poštovanje granica profesionalnog i porodičnog života zaposlenog.

„Prekid veze”, kako ga još nazivaju, izazvao je brojne rasprave i na nivou država i na međunarodnom nivou. Intenzivna razmena argumenata u korist i protiv zakonodavnih rešenja kojima se uvodi to pravo može se naći u različitim kontekstima.³³ To pravo koje tek treba da bude normirano u mnogim državama izaziva brojne nedoumice i kontroverze u različitim aspektima. Jedan od tih aspekata je i pitanje na koji vid kontakata zaposlenog i poslodavca se pravo odnosi i da li se odnosi i na međusobne kontakte samih zaposlenih. U većini država koje su pravo već normirale jasno je da se ono odnosi na svaki vid komunikacije putem digitalnih alata. Nešto šire shvatanje prava, kao prava na isključivanje od svakog vida komunikacije, bez obzira na to da li je putem digitalnih sredstava komunikacije ili ne, sreće se u pojedinim državama koje ograničavaju komunikaciju usmerenu na sva pitanja rada i aktivnosti na radu van redovnog radnog vremena, odmora ili pauza, bez obzira na način ostvarivanja komunikacije, putem digitalnih alata ili nezavisno od njih. Drugo pitanje koje izaziva nedoumice jeste da li slanje e-pošte radniku za vreme njegovog odmora pri čemu se ne zahteva da odgovori na imejl ili s pravom da na imejl odgovori sutradan predstavlja povredu uzdržavanja od komunikacije sa zaposlenima mimo radnog vremena. Iako shvatanje da takvo postupanje poslodavca ne predstavlja povredu prava jer se od zaposlenog ne zahteva odgovor ni bilo kakvu aktivnost u vezi sa radom samog zaposlenog, ono je daleko od opšteprihvaćenog. Obično se prekid veze posmatra u odnosu radnika i poslodavca, ali među novijim definicijama prava sreće se i ona koja počiva na „tri stuba”, ne samo na pravu radnika da ne radi i da se ne bavi pitanjima u vezi sa radom mimo redovnog radnog vremena praćenim pravom da ne snosi posledice zbog takvog postupanja, već i na dužnosti radnika i poslodavca da poštuju pravo na isključivanje s rada drugih radnika.³⁴ U krajnjem, ne bi trebalo zanemariti činjenicu da, sem manjeg broja radnika koji „konekciju” prihvataju zbog pasije prema poslu, veći broj to čini zbog straha od „odmazde” poslodavca i stavljanja u nepovoljniji položaj na drugi način, ograničavanjem napredovanja na radu, uskraćivanjem prava na stručno usavršavanje i dr., usled čega je neophodno predvideti mehanizme zaštite radnika, a teret dokazivanja činjenica da je radnik stavljen u nepovoljniji položaj staviti na poslodavca u svim postupcima koji se tim povodom vode.

³² O. Chesalina, 40 i dalje. Autorka smatra da nije reč o novom pravu već o začetku novog koncepta prava na pravične uslove rada kao ljudskog prava radi zaštite zdravlja, bezbednosti i dostojanstva svakog zaposlenog ili pak o novom konceptu digitalnih prava.

³³ L. Pansu, 101.

³⁴ The Code of Practice on the Right to Disconnect, <https://www.ictu.ie/blog/irelands-new-right-disconnect-how-it-works#:~:text=The%20Code%20of%20Practice%20on%20the%20Right%20to%20Disconnect&text=There%20are%20three%20elements%20to,another%20person's%20right%20to%20disconnect>, 23. jul 2022.

3. Pravo na isključivanje kao mogući mehanizam prevazilaženja nedostatka rada na daljinu

Digitalne tehnologije su omogućile radnicima da rad obavljaju „svuda i u svako vreme”, sa posledičnim prednostima, ali i nedostacima takvog rada. Rad na daljinu je bio prvi oblik rada nastao na bazi digitalizacije,³⁵ a to je za-pravo način organizacije rada koji odražava ideju da nije važno gde već kako se radi i naglasak stavlja na produktivnost radnika, a ne na samo mesto rada. Pod radom na daljinu koji zahteva upotrebu IKT podrazumeva se redovni rad van prostorija poslodavca, od kuće zaposlenog, pomoću opreme sa ekranom ili u telecentrima, ali i rad na poslovima u kojima je zaposleni stalno u pokretu ili na putu.³⁶ Mogao bi se, dakle, definisati i kao rad posredstvom IKT tehnologija koji se obavlja van prostorija poslodavca.³⁷ Iz ugla radnika ima brojne prednosti, pošto se rad „donosi” radniku umesto da radnik odlazi na mesto rada, porodica i posao radnika su na istom mestu, pa je stoga potencijalno dobro sredstvo usklađivanja profesionalnog i porodičnog života,³⁸ a kao njegova glavna prednost, osim uštede vremena i novca, smanjenja stresa, očuvanja zdravlja i povećanja motivacije za rad, po pravilu, koju ističe većina autora, jeste i visok stepen autonomije radnika (engl. *time sovereignty*).³⁹ Međutim, „iako može da unapredi usklađivanje porodičnih i radnih obaveza, isto tako, može i da izbriše granicu između posla i rada”⁴⁰ jer radnik od kuće teško može jasno da razgraniči svoje lično i radno vreme, takav rad može postati „sveprisutan” pa radnici neretko rade i prekovremeno, do kasno uveče, vikendima ili za vreme godišnjeg odmora pomoću digitalnih alata. Osim toga, može biti i jedan od uzroka stresa, a kao moguće posledice ističu se i one uslovljene smanjenjem stope socijalizacije i povećanom izolacijom radnika.

Kao način prevazilaženja očiglednih nedostataka rada na daljinu u literaturi se sve više govori o pravu na prekid veze kojim pokušavaju da se ograniče negativni efekti rada na daljinu u smislu zaštite zaposlenih.⁴¹ Svrha prava na isključivanje s rada upravo „leži” u glavnom nedostatku rada na daljinu i ona teži da se uspostavi mera u upotrebi elektronske komunikacije i radniku omogućiti da unapredi ravnotežu između profesionalnog i porodičnog života tako što će

³⁵ S. R. Jašarević, 1109.

³⁶ Lj. Kovačević, „Rad na daljinu – pravni aspekti”, *Socijalna prava i ekonomska kriza: zbornik radova sa savetovanja pravnika* (ur. B. Lubarda, P. Jovanović, B. Šunderić), Beograd 2009, 93–94.

³⁷ B. Urdarević, „Rad na daljinu kao specifičan način organizacije rada”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2021, 213.

³⁸ F. Filardi *et al.*, „Advantages and disadvantages of teleworking in Brazilian public administration: analysis of SERPRO and Federal Revenue experiences”, *Cadernos EBAPE* XVIII, 1/2020, 28.

³⁹ Benefits and risks of flexible working arrangements: Findings from international research, *PowerPoint Presentation (ilo.org)*, 20. februar 2022. Slično i E. Hamilton, Bringing work home – advantages and challenges of telecommuting, The Center for Work & Family, <https://www.bc.edu/publications/researchreports>, 20. februar 2022.

⁴⁰ B. Urdarević, 216.

⁴¹ *Ibid.*, 217.

mu se omogućiti adekvatan odmor i vreme za porodicu. Drugim rečima, svrha prava nije samo zaštita zdravlja i bezbednosti zaposlenog već i pravičnih uslova rada, uključujući i pravo na usklađen profesionalni i porodični život. Iako za sada nema dokaza o stepenu efikasnosti prekida veze u odnosu na poboljšanje usklađivanja profesionalnog i privatnog života, postoje dokazi da, pošto se garantije koje se odnose na to pravo usvoje u zakonu, broj kolektivnih ugovora na različitim nivoima koji se na to pravo odnosi proporcionalno raste.⁴² Imajući u vidu da pravo na isključivanje s rada deluje kao „zaštitni zid” za postojeće garancije usmerene na radno vreme, pravične uslove rada, ali i pravo na poštovanje privatnog života radnika, smatramo da ne treba zanemariti potencijalni značaj tog prava kao mogućeg načina prevazilaženja negativnih aspekata rada putem IKT, pa i rada na daljinu.

4. Ključni međunarodni (evropski) pravni okvir značajan za pravo na isključivanje

4.1. Opšta razmatranja

Nijedan međunarodni ni evropski instrument ljudskih prava ne sadrži eksplicitne odredbe niti se posebno odnosi na pravo koje je u fokusu ovog rada. Ti instrumenti, međutim, sadrže osnove koje izražavaju težnju da se obezbede pravični uslovi rada, da se ograniči radno vreme, da se obezbede pravo na pauzu te na dnevni i godišnji odmor, pravo na usklađen profesionalni i privatni život i bezbednost i zdravlje na radu.⁴³ Posledica postojanja tih garantija je da radnici, i bez posebno zajemčenog prava na isključivanje u međunarodnim (evropskim) instrumentima, već uživaju određenu zaštitu od stalne dostupnosti poslodavcu.⁴⁴ Drugim rečima, pravo na isključivanje u tim dokumentima nije prihvaćeno kao „novo, autonomno” pravo, što je i razumljivo jer su ključni međunarodni instrumenti usvojeni pre digitalne ere i razvoja IKT, pa je to pravo (za sada) „derivativno” jer posredno izvire iz drugih već zajemčenih garantija.

4.2. Ključni pravni okvir Organizacije ujedinjenih nacija i Međunarodne organizacije rada

Na nivou Organizacije ujedinjenih nacija za pravo na isključenje naročito su značajni član 24. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, kojim se

⁴² O. Vargas Llave, *Remote work and the right to disconnect in Europe*, Eurofound, Dublin 2021, 22.

⁴³ ETUC Position on the Right to disconnect, <https://www.etuc.org/en/document/etuc-position-right-disconnect>, 23. jul 2022.

⁴⁴ M. Bell, *A Right to disconnect: Irish and European legal perspective, A public policy report of the COVID-19 Legal Observatory School of Law, Trinity College, Dublin 2021*, 13.

jemče pravo na odmor i dokolicu, ograničeno radno vreme i povremeni plaćeni odmor,⁴⁵ ali i član 7. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, kojim se jemče pravo na pravičnu zaradu, bezbedne i zdrave uslove rada, pravo na odmor i dokolicu, ograničeno radno vreme i povremeni plaćeni odmor.⁴⁶

U vreme pisanja rada, ne postoje ni univerzalni standardi Međunarodne organizacije rada koji bi se odnosili na rad na daljinu i pravo radnika na isključenje s rada. Kao i instrumenti drugih organizacija, i konvencije i preporuke te tripartitne organizacije koje se odnose na maksimalno trajanje radnog vremena, rad s nepunim radnim vremenom, noćni rad, nedeljni i godišnji odmor, zarade i zaštitu zarade, jednakost primanja, bezbednost i zdravlje na radu⁴⁷ mogu se primeniti na rad na daljinu, a posredno se u smislu tih odredaba može govoriti i o pravu radnika na isključivanje s rada. U tom smislu značajni su i instrumenti Organizacije o pravu na jednake mogućnosti i tretman radnika i radnica sa porodičnim dužnostima i o pravu na kolektivno pregovaranje.⁴⁸

4.3. Ključni pravni okvir Saveta Evrope i Evropske unije sa osvrtom na Rezoluciju Evropskog parlamenta o pravu na isključivanje 2019/2181 (INL)

Nalik na OUN, ni Revidirana evropska socijalna povelja Saveta Evrope ne sadrži eksplicitne odredbe o pravu na isključivanje s rada, ali su značajni član 2. Povelje koji se odnosi na pravične uslove rada, razuman broj dnevnih/nedeljnih sati, postepeno skraćivanje radne nedelje, plaćene praznične dane i minimalni plaćeni godišnji odmor, obezbeđivanje nedeljnog odmora u danu koji se tradicionalno smatra danom za odmor, član 3. istog akta koji se odnosi na bezbedne i zdrave radne uslove i član 27. koji se odnosi na pravo na jednake mogućnosti i tretman radnika sa porodičnim dužnostima.⁴⁹ Značajna je i formulacija člana 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama jer stavlja porodični život u samo središte privatne sfere pojedinca pa i svakog radnika. Prihvatanjem tog prava u Konvenciji, „porodični život” je postao specifično zaštićeno dobro i poprimio univerzalni, nadnacionalni karakter.⁵⁰

Ni pravo Evropske unije trenutno ne sadrži izričite garantije prava na isključivanje s rada, ali postojeći pravni okvir i pravna praksa obavezuju poslodavca

⁴⁵ Vid. čl. 24. Univerzalne deklaracije iz 1948. godine, *Universal Declaration of Human Rights* | *United Nations*, 23. jul 2022.

⁴⁶ Vid. čl. 24. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, *International Covenant on Civil and Political Rights* | *OHCHR*, 23. jul 2022.

⁴⁷ ETUC Position on the Right to disconnect, <https://www.etuc.org/en/document/etuc-position-right-disconnect>, 23. jul 2022.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ U. Novaković, *Pravo na poštovanje porodičnog života*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu (neobjavljena), Beograd 2016, 110.

da na neki način obezbede radniku pravo na odmor.⁵¹ Nekoliko instrumenata sekundarnog i primarnog komunitarnog prava posredno se odnosi na različite aspekte prava na isključivanje s rada i naročito su značajni za njegovu primenu, i to: odredbe čl. 21, 22, 23, 30. i 31. Povelje o fundamentalnim pravima EU koji se odnose na jednakost pred zakonom i zabranu diskriminacije, jednakost muškaraca i žena, zaštitu od nezakonitog otkaza i pravo na pravične uslove rada, pravo na ograničeno radno vreme, dnevni, nedeljni i godišnji odmor i plaćeno odsustvo s rada, zatim Direktiva 89/391 EEC o uvođenju mera na podsticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu, Direktiva 91/383 EEC o bezbednosti i zdravlju na radu, Direktiva 2003/80 EC o pojedinim aspektima organizacije radnog vremena, Direktiva EU 2019/1152 o transparentnim i predvidim radnim uslovima i Direktiva EU 2019/1158 o ravnoteži profesionalnog i privatnog života roditelja i negovatelja,⁵² kao i principi 5, 7, 8 i 10 Evropskog stuba socijalnih prava, koji se odnose na jednake i pravične uslove rada, pravo na informisanje i zaštitu od otkaza ugovora o radu, socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje i pravo radnika na participaciju, zdravlje, bezbednost na radu i zaštitu podataka o ličnosti.⁵³ Pravo na isključivanje s rada može se posmatrati kao bolje usklađivanje profesionalnog i privatnog života koje je bilo u središtu skorašnjih evropskih inicijativa, a potonja direktiva, iako se eksplicitno ne odnosi na pravo na isključivanje, može biti njegova osnova.⁵⁴ U krajnjem, u čl. 153. i 154. Ugovora o funkcionisanju EU određuje se da zajednica treba da usvoji direktive koje se odnose na minimalne uslove rada i da podrži i dopuni napore članica u tom smeru, a da o tim aktivnostima moraju biti konsultovani socijalni partneri.⁵⁵

Evropski socijalni partneri su u junu 2020. godine usvojili Okvirni sporazum o digitalizaciji u kojem je usvojeno da je interes radnika i poslodavaca da se prilagode transformaciji rada kao posledici upotrebe digitalnih alata i da radnici imaju legitimno pravo na jasna očekivanja u vezi sa upotrebom takvih alata.⁵⁶ Početkom naredne godine, Evropski parlament je učinio korak dalje usvojivši Rezoluciju s preporukama Komisiji o pravu na isključivanje sa predlogom Direktive o pravu na isključivanje kojim se dopunjuju pomenute direktive EU.⁵⁷ U Predlogu

⁵¹ M. Bell, 13.

⁵² Directive 89/391/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, Directive 91/383/EEC on supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship, Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union Directive (EU) 2019/1158 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, 23. jul 2022.

⁵³ ETUC Position on the Right to disconnect, <https://www.etuc.org/en/document/etuc-position-right-disconnect>, 23. jul 2022.

⁵⁴ K. Müller, BRIEFING European Added Value in Action EPRS, *The right to disconnect (europa.eu)*, 23. jul 2022. Slično, K. Arabadžieva, *Reshaping the Work-Life Balance Directive with Covid-19 lessons in mind Working paper*, ETUI, Brussels 2022, 31.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *European Social Partners Agreement on Digitalisation 2020.pdf (etuc.org)*, 23. jul 2022.

⁵⁷ M. Bell, 18.

direktive utvrđuju se minimalni uslovi kojima se radnicima koji za potrebe rada koriste digitalne alate, uključujući i IKT, omogućuje da ostvare pravo na isključivanje i osigurava da poslodavci to pravo poštuju, s tim što isključivanje podrazumeva neučestvovanje u aktivnostima i komunikaciji povezanim sa poslom pomoću digitalnih alata, ne/posredno, a nakon radnog vremena. Takođe, u tom predlogu se određuje pozitivno, individualno pravo zaposlenih, ali ne i obaveza isključivanja.⁵⁸ S obzirom na to da se predlogom nameću obaveze poslodavcu poput praktičnih rešenja za isključivanje digitalnih alata, procenu zdravstvenog stanja i psihosocijalnih rizika u vezi sa tim pravom, merenja radnog vremena, kriterijuma za odstupanje od zahteva za ostvarivanje tog prava, ali i računanje naknade za obavljeni rad u tom slučaju, koje se vezuje za izuzetne situacije uslovljene pismenim obrazloženjem poslodavca koje opravdava odstupanje,⁵⁹ smatramo da u korelaciji s pravom radnika na isključivanje stoji i obaveza poslodavca da se uzdrži od zahtevanja konekcije posle radnog vremena. Zbog ostvarivanja i/ili zahtevanja da to pravo bude ostvareno, radnik ne može biti stavljen, u smislu Predloga, u nepovoljniji položaj, a teret dokazivanja da je otkaz ugovora o radu ili diskriminacija radnika posledica ostvarivanja (zahtevanja) tog prava u postupku pred sudom ili drugim organom je na poslodavcu.⁶⁰ Osim toga, predloženo je i pravo na pravnu zaštitu radnika čije je pravo na isključivanje povređeno, ali i obaveza poslodavca da radniku u tom smislu pruža informacije.⁶¹ I prema predloženoj direktivi, nalik drugim aktima sekundarnog zakonodavstva, predloženi uslovi su samo minimalni i države članice mogu predvideti širi obim zaštite prava radnika, a njome se ne dira u druga prava radnika u smislu drugih akata Unije. Prema Predlogu, pravo na isključivanje odnosilo bi se na sve radnike, nezavisno od sektora kojem pripadaju, a svrha prava, osim zaštite zdravlja, sigurnosti i pravičnih uslova rada, bila bi i u ostvarivanju prava na uravnotežen profesionalni i porodični život radnika.⁶² To pravo ima vitalan značaj za zdravlje radnika, naročito u onim članicama EU koje se u svojim zakonodavstvima ne bave tim radno-pravnim pitanjem.⁶³

5. Pravo na isključivanje u pojedinim uporednopravnim sistemima

Mnoge države su započele borbu protiv već ustaljenog obrasca stalne dostupnosti radnika usled digitalizacije, fleksibilizacije tržišta rada i izmeštanja mesta rada, ali i borbu za zdravlje i pravo radnika na dokolicu. Začeci „borbe” sežu iz Francuske, odakle se ubrzo proširila na Španiju, Italiju i brojne evropske države. Prva neevropska država koja je regulisala pravo na isključenje s rada

⁵⁸ O. Chesalina, 38.

⁵⁹ Predlog, čl. 4.

⁶⁰ Predlog, čl. 5.

⁶¹ Predlog, čl. 6, 7.

⁶² Preambula Predloga, tač. 11.

⁶³ M. Bell, 30.

bio je Čile, a njegov primer ubrzo sledi i Argentina. U svim državama koje su u svojim sistemima regulisale pravo na isključivanje s rada, glavni razlog za to je bila nedovoljnost postojećih mera u kolektivnim ugovorima (na nivou poslodavca ili višem nivo) da se izbore sa izazovima fleksibilnih oblika rada usled razvoja IKT.⁶⁴ Članice EU su na različite načine regulisale upotrebu digitalnih alata nakon radnog vremena. Nekoliko država članica regulisalo je rad na daljinu, a manji je broj onih koji su zagarantovale i eksplicitno pravo radnika da se ne uključuju u rad putem digitalnih alata nakon radnog vremena. Postojanje takvih ograničenja u komunikaciji s radnikom u pojedinim državama, a njihov izostanak u drugim može dovesti do izmeštanja kompanija u one države u kojima takva ograničenja ne postoje (eng. *social dumping*).⁶⁵ Ovako tim pre što na nivou EU u vreme pisanja ovog rada, što je već pomenuto, ne postoje standardi koje se bave pitanjem isključenja s rada na specifičan način, koji bi postavili minimalne standarde za njegovo ostvarivanje. Industrijski sistemi država imaju značajnu ulogu u određivanju i regulisanju tog prava jer su zakonodavna rešenja neretko nedovoljno detaljna i uopštena.

Posmatrano na globalnom nivou, prema načinu na koji je implementirano to pravo, moguće je izdvojiti četiri grupe država: 1) države koje pravo na isključivanje s rada normiraju kao svojevrsno radno pravo radnika (Francuska, Belgija, Italija), 2) države koje se pitanjem isključivanja sa rada bave samo u širem kontekstu različitih dimenzija rada na daljinu (Argentina, Čile, Luksemburg, Meksiko, Filipini, Rusija, Slovačka), 3) države koje to pravo priznaju radniku na daljinu na osnovu propisa o zaštiti podataka o ličnosti (Španija, provincija Ontario u Kanadi), 4) države u kojima je ono regulisano pravnoneobavezujućim aktima (Irska).⁶⁶ Iako su sve te države na neki način uredile pravo na isključivanje s rada, među njima postoje znatne razlike u sadržaju tog prava, obuhvatu lica na koje se odnosi, uslovima i načinu ostvarivanja, zbog različitosti samih radnopravnih sistema.⁶⁷ Pojedine zaštitne odredbe se nalaze u zakonima, kao i u posebnim kolektivnim ugovorima ili kolektivnim ugovorima na nivou poslodavca.⁶⁸ Zakonsko (autonomno) uređenje prava počiva na tri glavna stuba: 1. ograničenju radnog vremena (ograničenje dnevnog, nedeljnog radnog vremena, prekovremenog rada zakonima o radu), 2. pravu na odmor (pravo na dnevni, nedeljni, godišnji odmor, pauzu u toku radnog vremena na osnovu zakona o radu), 3. pravu na privatnost (koje u pojedinim državama ima karakter ustavnog, a u drugim državama radnog prava).⁶⁹

⁶⁴ O. Vargas-Llave, T. Weber, M. Avogaro, 19.

⁶⁵ Vid. S. Kubiak, K. Magnuska.

⁶⁶ N. Ghosheh, *Telework and The Right to Disconnect: International Experiences Teletrabalho e o direito a desligar: experiências internacionais Inclusive Labour Markets*, <https://www.ilo.org/global/lang-en/index.htm>, 23. jul 2022.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ B. Urdarević, 217.

⁶⁹ Vid. N. Ghosheh.

Francuska je „država pionir” u regulisanju prava radnika na isključivanje s rada.⁷⁰ Sudska praksa u toj državi postavila je temelj prava o kojem danas govorimo, jer je još 2001. godine prihvaćeno da radnik nije dužan da radi kod kuće posle radnog vremena, da bi 2004. godine bio utemeljen princip da nedostupnost radnika putem pametnih telefona nakon radnog vremena ne predstavlja povredu radne obaveze. U Francuskoj je 2017. godine stupio na snagu tzv. *El Khomri zakon*⁷¹, kojim je uređeno pravo na isključivanje s rada.⁷² Izmenama francuskog zakonodavstva uspostavljena je obaveza da se to pravo uredi uvođenjem kolektivnog pregovaranja kod svakog poslodavca koji ima više od 50 radnika. U Belgiji se to pravo primenjuje kao i u Francuskoj, dok se u Italiji ono odnosi samo na tzv. pametne radnike, koji rade u hibridnom režimu u kojem se kombinuju rad kod poslodavca i rad od kuće, pre svega zbog usaglašavanja porodičnih i profesionalnih dužnosti.⁷³

U grupi država u kojima je to pravo normirano u drugim propisima koji se odnose na rad na daljinu zanimljivo je čileansko rešenje kojim se eksplicitno određuje da period isključivanja s rada mora trajati minimalno 12 sati neprekidno u roku od 24 časa, ali i rusko rešenje usvojeno u januaru 2021. godine, prema kojem se svaki vid interakcije između radnika i poslodavca u slobodno vreme radnika u smislu zakona smatra radnim vremenom, dok meksičko rešenje iz iste godine jemči da se pravo radnika na isključenje s rada nakon radnog vremena mora poštovati.⁷⁴

Španija, koja pripada trećoj grupi država, ima donekle drugačije rešenje – pravo radnika da se isključi primenjuje se na svakog poslodavca, nezavisno od njegove veličine i sektora kojem pripada (privatni, javni). Ne postoji obaveza da o tim pitanjima poslodavci i sindikati pregovaraju, ali poslodavac mora imati razvijena pravila o korišćenju tog prava koja će doneti u saradnji sa sindikatima ili predstavnicima zaposlenih.⁷⁵ I ne samo da špansko rešenje jemči pravo na isključenje s rada već i eksplicitno određuje da je cilj uvođenja tog prava poštovanje radnog vremena, prava na odmor, ali i prava na privatnost ličnog i porodičnog života radnika. Osim prava na isključivanje s rada, u špansko zakonodavstvo su tada uvedeni i pravo na internet sigurnost i neutralnost, sloboda izražavanja na internetu, pravo na digitalno obrazovanje i druga prava

⁷⁰ *The right to disconnect (europa.eu)*, 23. jul 2022.

⁷¹ *Loi travail* ili tzv. *El Khomri zakon* su zapravo izmene francuskog radnopravnog zakonodavstva od avgusta 2016. godine, koje su dobile kolokvijalni naziv po francuskoj ministarki rada *Myriam El Khomri* koja je vodila reformu zakonodavstva. U izmenama postoji glava pod nazivom „Prilagođavanje radnih prava digitalnom dobu”, pod čijim okriljem se normira pravo na isključivanje s rada, uz prepoznavanje svih rizika IKT i potrebe za usklađivanjem profesionalnog i privatnog života radnika.

⁷² C. Von Bergen, M. Bressler, T. Procto, “On the Grid 24/7/365 and the Right to Disconnect”, *Employee Relations Law Journal* XLV, 2/2019, 6.

⁷³ M. Reljanović, J. Misailović, „Radnopravni položaj digitalnih radnika . iskustva evropskih zemalja”, *Strani pravni život* LXI, 3/2021, 416.

⁷⁴ Vid. N. Ghosheh.

⁷⁵ M. Reljanović, J. Misailović, 416.

u vezi sa svetskom mrežom.⁷⁶ U Ontariju u Kanadi na sličan način su razvijena pravila posvećena tom pravu u junu 2022. godine.⁷⁷

Irska je pravo na isključivanje s rada regulisala kodeksom, pravnoneobavezujućim aktom koji služi kao primer dobre prakse radnicima i poslodavcima i njihovim predstavnicima u vezi sa regulisanjem tog prava. Iako za oglašavanje o odredbe kodeksa nije predviđena sankcija, istovremeno je određeno i da se u svakom sudskom ili drugom postupku odredbe kodeksa uvrštavaju u dokaze i služe kao smernica rešavanja pitanja koje se u tom postupku rešava.⁷⁸ Irsko rešenje je zanimljivo i utoliko što se pravo na isključivanje s rada jemči ne samo u odnosu poslodavca i radnika, već i u odnosu na različite radnike.

Države koje (još uvek) ne sadrže rešenja posvećena pravu na isključivanje s rada kao ključne razloge za to navode da su dovoljna postojeća zakonodavna rešenja koja već omogućavaju radniku da se isključi sa digitalnih alata bez posledica zbog neodgovaranja na imejlove, pozive ili poruke, da je to pravo regulisano kolektivnim ugovorima, da su manje rasprostranjeni fleksibilni oblici rada uslovljen razvojem IKT i da je uočena potreba da se naglasak stavi na primenu postojećeg zakonodavstva, a ne na razvoj novih zakonodavnih rešenja, ali i usmerenost na druga pitanja koja smatraju važnijim.⁷⁹ Rasprave o pravu na isključivanje s rada manje su intenzivne u nordijskim državama jer je kolektivno pregovaranje u tim državama prihvaćeno kao najoptimalniji način rešavanja tog pitanja.⁸⁰ Zakonodavnih rešenja o pravu na isključivanje s rada u vreme nastanka ovog rada nema ni u Republici Srbiji.

6. Potreba i mogući način uvođenja prava na isključivanje u pravni sistem Republike Srbije

Digitalizacija je jedan od prioriteta razvoja i u Republici Srbiji, a država je stupila na put izgradnje digitalne ekonomije.⁸¹ Uticaj digitalizacije na oblast rada varira zavisno od toga koliko je tehnologija prožela život u datoj zajednici. Iako te promene još uvek nisu toliko vidljive u Srbiji, one se „naziru” pošto sve više stanovnika koristi digitalnu tehnologiju.⁸² Da je „digitalna era” započela i kod nas pokazuju podaci Republičkog zavoda za statistiku prema kojim je preko 3.350.000 lica koristilo računar (skoro) svakog dana 2021. godine,⁸³ a 100% preduzeća poseduje internet priključak.⁸⁴ Pokazatelji digitalizacije i kompjute-

⁷⁶ F. Chiuffo, 9.

⁷⁷ Vid. N. Ghosheh.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ O. Vargas-Llave, T. Weber, M. Avogaro, 24.

⁸⁰ *Ibid.*, 20.

⁸¹ R. Bukvić, “Digitalna ekonomija u Srbiji: rezultati i perspective”, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* LXIII, 181/2022, 1.

⁸² S. R. Jašarević, 1105.

⁸³ *Upotreba IKT – pojedinci | Republički zavod za statistiku Srbije*, 29. jul 2022.

⁸⁴ Republički zavod za statistiku, <https://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/upotreba-ikt/upotreba-ikt-preduzeca/>, 29. jul 2022.

rizacije zemlje, poslovanja i korišćenja IKT od stanovništva, pravnih i fizičkih lica poslednjih godina u neprestanom su porastu.⁸⁵

Uprkos tome, Srbija je uvrštena u grupu država čije zakonodavstvo ne sadrži eksplicitne odredbe o pravu radnika na isključivanje s rada i o tom pravu se kod nas (za sada) može govoriti samo kao o derivativnom koje izvire iz radnopravnih garantija (pravo na odmore i odsustva s rada, pravo na ograničeno radno vreme i sl.),⁸⁶ ali i iz porodičnopravnih garantija (pravo na poštovanje porodičnog života).⁸⁷ Intenzivnijih rasprava o tom pravu, kao ni u nordijskim državama, nema ni u našoj državi. Međutim, za razliku od tih zemalja, u Srbiji je socijalni dijalog ograničenog dometa i uticaja uprkos tome što je prihvaćen kao najpoželjniji način usmeravanja razvoja.⁸⁸ Postojeći zakonodavni okvir smatramo nedovoljnim da bi se radnik izborio s „terorom IKT” zbog rasprostranjenosti fleksibilnih, atipičnih oblika rada, neretke nemogućnosti usklađivanja profesionalnog i porodičnog života usled (neplaćenog) prekovremenog rada, ali i s obzirom na nedovoljno adekvatnu primenu postojećeg zakonodavnog okvira iz kojeg to pravo posredno izvire. Prekovremeni i rad vikendom i raspodela radnog vremena negativno pogađaju radnika i predstavljaju praktičan problem, a posledice su očekivanja poslodavca da radnik radi i nakon regularnog radnog vremena i neretko neplaćanje radnika za prekovremeni rad iako je to predviđeno zakonom.⁸⁹ Osim broja država koje su pravo regulisale te napora EU da to pravo zajemči kao fundamentalno, na potrebu regulisanja prava kod nas ukazuje i okolnost da je pravo na isključenje u Francuskoj stvarno prihvaćeno u autonomnim aktima tek po donošenju *El Khomri* zakona, a ne u vreme ranije postojećih principa koje je utemeljila francuska sudska praksa.⁹⁰

To pravo je moguće na različite načine uvrstiti u pozitivnopravni sistem različitih država: kroz radnopravne norme o radnom vremenu, čime bi svaki vid komunikacije poslodavca i radnika u njegovo slobodno vreme mogao biti prepoznat kao radno vreme kroz norme o radu od kuće (i radu na daljinu) ili kroz propise o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu, pa i kroz posebnu listu novih digitalnih prava,⁹¹ ili ga prepustiti autonomnom uređivanju. Prekid veze je neophodan radi zaštite zdravlja, bezbednosti, blagostanja i ličnog zadovoljstva radnika, u čemu se vidi opravdanje normiranja prava u pravilima o zaštiti

⁸⁵ R. Bukvić, 3.

⁸⁶ Zakon o radu – ZOR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14. 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 50–67, 68–76, 77 i 78.

⁸⁷ Porodični zakon – PZ, *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, 72/11 – dr. zakon i 6/15, čl. 2. st. 2.

⁸⁸ Z. Stojiljković, *Analiza Rad i socijalna pravda, Novi početak za socijalni dijalog*, Fondacija Fridrih Ebert, Beograd 2021, 12.

⁸⁹ J. Rajić Čalić, „Određene forme radnog vremena u Srbiji u svetlu Evropske direktive 2003/88 i uporednog prava”, *Strani pravni život* LXII, 3/2018, 181.

⁹⁰ Uni Global Union Professionals & Managers, Legislating a right to disconnect, https://www.iffj.org/actions/iffj-campaigns/decent-work-day2020telework.html?tx_wbresources_list%5Bresource%5D=567&cHash=1b0a35c52c890709d5094b1c737735be, 23. jul 2022.

⁹¹ *Ibid.*

bezbednosti i zdravlja na radu.⁹² Bez obzira na način normiranja prava i potencijalne prednosti svakog od njih, potrebna su dalja istraživanja s etičkog i akademskog aspekta o optimalnom načinu implementacije prava. Zbog njegove kontroverzne prirode i brojnih s njim povezanih pitanja koja su još uvek otvorena, smatramo da je nužno njegovo (autonomno) zakonodavno definisanje, ali i zakonodavno prepoznavanje njegove svrhe i obezbeđivanje zaštite radnika koji se pravom koristi ili ga zahteva.

7. Zaključak

Digitalizacija će sve više uticati na organizaciju rada i kvalitet privatnog života radnika. Koristi od razvoja IKT i fleksibilizacije tržišta rada ne isključuju manje dobre strane tih tendencija, pa digitalizacija ekonomije i rada mora biti praćena garantijama pravičnih uslova rada i socijalnih prava svih radnika bez obzira na osnov rada i sektor kojem pripadaju, ali i jasnim uređenjem komunikacije subjekata radnog odnosa nakon radnog vremena. Uvođenje prava na isključivanje s rada u brojne pravne sisteme ne/evropskih država, nakon donošenja francuskog *El Khomri* zakona, napori socijalnih partnera na nad/državnom nivou ka autonomnom uređenju prava i težnja evropske zajednice da pravo kao fundamentalno zajemči ukazuju na nedovoljnost postojećeg pravnog okvira za otklanjanje negativnih aspekata rada na daljinu i posledica razvoja IKT. Ustaljeni obrazac stalne dostupnosti radnika može se promeniti izmenom obrasca ponašanja (isključivanjem digitalnih alata, „režimom leta” telefona van radnog vremena...), ali stvarno prilagođavanje radnog prava digitalnoj eri zahteva zakonodavno uređenje minimalnih uslova ostvarivanja tog prava ili bar ovlašćenje na autonomno pregovaranje o bližim uslovima njegovog ostvarivanja i zaštitu od stavljanja u nepovoljniji položaj radnika koji se pravom koristi ili ga zahteva. Udruženo, radnici, socijalni partneri i normotvorac mogu „prekinuti elektronski povodac” radnika i obezbediti mu pravične uslove rada i pun kvalitet privatnog života, a poslodavcu produktivnog i zadovoljnog radnika koji odoleva izazovima „digitalne ere”.

Literatura

- Arabadjieva K., *Reshaping the Work-Life Balance Directive with Covid-19 lessons in mind Working paper*, ETUI, Brussels 2022.
- Bell M., *A Right to disconnect: Irish and European legal perspective, A public policy report of the COVID-19*, Legal Observatory School of Law, Trinity College, Dublin 2021.

⁹² F. Loïc Lerouge Francisco, P. Trujillo, 455.

- Bukvić R., Digitalna ekonomija u Srbiji: rezultati i perspektive, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* LXIII, 181/2022.
- Chesalina O., The legal nature and the place of the right to disconnect in European and in Russian labour law, *Russian Law Journal* IX, 3/2021.
- Chiuffo F., The „right to disconnect” or „how to pull the plug on work”, *Paper presented at the 4th Labour Law Research Network Conference held at the Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile 2019.
- Dima L., Högbäck A., *Labour and social justice, Legislating a right to disconnect*, Friedrich Ebert Stiftung, Bucureşti 2020.
- Filardi F. et al., Advantages and disadvantages of teleworking in Brazilian public administration: analysis of SERPRO and Federal Revenue experiences, *Cadernos EBAPE* VXVIII, 1/2020.
- International Labour Office, *Working from home: From invisibility to decent work*, ILO Office, Geneva 2021.
- Jašarević S. R., Uticaj digitalizacije na radne odnose, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* L, 4/2016.
- Jochman T., Effects on employees’ compensation under the right to disconnect, *Marquette Benefits & Social Welfare Law Review* XXII, 2/2021.
- Kovačević Lj., Rad na daljinu – pravni aspekti, *Socijalna prava i ekonomska kriza: zbornik radova sa savetovanja pravnika* (ur. Lubarda B., Jovanović P., Šunderić B.), Beograd 2009.
- Loïc Lerouge F., Trujillo P., Contribution to the study on the ‘right to disconnect from work’. Are France and Spain examples for other countries and EU law?, *European Labour Law Journal* XIII, 3/2022.
- Murph C., Ryan L., New technologies, privacy and working time, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* IV, 1/2020.
- Novaković U., *Pravo na poštovanje porodičnog života*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu (neobjavljena), Beograd 2016.
- Pansu L., Evaluation of right to disconnect’ legislation and its impact on employee’s productivity, *International Journal of management and applied research* V, 3/2018.
- Petrović M., Petrović D., Digitalizacija i tržište rada: rodna perspektiva, *XXXIX simpozijum o novim tehnologijama u poštanskom i telekomunikacionom saobraćaju – PosTel 2021*, Beograd 2021.
- Пак Станиславовна Г., Хусяинов Маратович Т., „Право отключиться” как ответ на экспансию труда в нерабочее время: кто им воспользуется, *Вестник Пермского Университета* IV, 36/2018.
- Rajić Čalić J., Određene forme radnog vremena u Srbiji u svetlu Evropske direktive 2003/88 i uporednog prava, *Strani pravni život* LXII, 3/2018.

- Reljanović M., Misailović J., Radnopravni položaj digitalnih radnika. Iskustva evropskih zemalja, *Strani pravni život* LXII, 3/2021.
- Stojiljković Z., *Analiza Rad i socijalna pravda, Novi početak za socijalni dijalog*, Fondacija Fridrih Ebert, Beograd 2021.
- Urdarević B., Rad na daljinu kao specifičan način organizacije rada, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* LV, 1/2021.
- Vargas Llave O., *Remote work and the right to disconnect in Europe*, Eurofound, Dublin 2021.
- Vargas-Llave O., Weber T., Avogaro M., *Industrial relations, Right to disconnect in the 27 EU member states*, European Foundation for the improvement of living and working conditions (Eurofound), Dublin 2020.
- Von Bergen C., Bressler M., Procto T., On the Grid 24/7/365 and the Right to Disconnect, *Employee Relations Law Journal* XLV, 2/2019.

Propisi i drugi akti

- Univerzalna deklaracija UN iz 1948. godine, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, 23. jul 2022.
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, 23. jul 2022.
- Rezolucija Evropskog parlamenta 2019/2181 sa predlogom direktive o isključenju (*European Parliament resolution with recommendations to the Commission on the right to disconnect 2019/2181(INL)*), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.html, 23. jul 2022.
- Zakon o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.
- Porodični zakon, *Sl. glasnik RS*, br. 18/05, 72/11 – dr. zakon i 6/15.
- The Code of Practice on the Right to Disconnect, <https://ictu.ie/blog/irelands-new-right-disconnect-how-it-works#:~:text=The%20Code%20of%20Practice%20on%20the%20Right%20to%20Disconnect&text=There%20are%20three%20elements%20to,another%20person's%20right%20to%20disconnect>, 23. jul 2022.
- Directive 89/391/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, 23. jul 2022.
- Directive 91/383/EEC on supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, 23. jul 2022.

Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, 23. jul 2022.

Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, 23. jul 2022.

Directive (EU) 2019/1158 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, 23. jul 2022.

Internet izvori

Benefits and risks of flexible working arrangements: Findings from international research, PowerPoint Presentation (ilo.org), https://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/generic-document/wcms_740086.pdf, 20. februar 2022.

ETUC Position on the Right to disconnect, <https://www.etuc.org/en/document/etuc-position-right-disconnect>, 23. jul 2022.

European Social Partners Framework Agreement On Digitalisation, https://www.etuc.org/system/files/document/file202006/Final%2022%2006%2020_Agreement%20on%20Digitalisation%202020.pdf, 23. jul 2022.

Ghosheh N., Telework and The Right to Disconnect: International Experiences Teletrabalho e o direito a desligar: experiências internacionais Inclusive Labour Markets, <https://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>, 23. jul 2022.

Kubiak S., Magnuska K., The right to disconnect: Real relief for employees or just additional obligations for employers?, <https://wardynski.com.pl/en/publications/reports/the-right-to-disconnect-real-relief-for-employees-or-just-additional-obligations-for-employers>, 23. jul 2022.

Lebereht T., Is the right to disconnect a human right?, *Is the „Right to Disconnect” a Human Right? | Psychology Today*, <http://timleberecht.com/article/is-the-right-to-disconnect-a-human-right/>, 23. jul 2022.

The right to disconnect, <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eur-work/industrial-relations-dictionary/right-to-disconnect>, 23. jul 2022.

Upotreba IKT - pojedinci | Republički zavod za statistiku Srbije, <https://www.stat.gov.rs/sr-Latn/oblasti/upotreba-ikt>, 29. jul 2022.

Uni Global Union Professionals & Managers, *Legislating a right to disconnect*, https://www.ifj.org/actions/ifj-campaigns/decent-work-day2020telework.html?tx_wbresources_list%5Bresource%5D=567&cHash=1b0a35c52c890709d5094b1c737735be, 23. jul 2022.

<https://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/upotreba-ikt/upotreba-ikt-preduzeca/>, 29. jul 2022.

Hamilton E., Bringing work home – advatanges and challanges of telecommuting, The Center for Work & Family, <https://www.bc.edu › publications › research reports>, 20. februar 2022.

ADAPTING LABOR LAW TO THE DIGITAL AGE WORKER'S RIGHT TO DISCONNECT

Summary

Traditional work arrangements have changed as a consequence of the digital revolution, allowing employees in contemporary society to work whenever and wherever they want. Flexible work arrangements have several advantages for workers in the digital age, such as more flexibility, improved time management, and decreased travel costs. However, they have indeed increased working hours and blurred the lines between employees' professional and personal lives. Working whenever and wherever is now completely feasible. This paper examines the essence of the right to disconnect, the way it is governed by important instruments of international (European) law, as well as the comparative systems in which it has already been recognized. To order to figure out whether the current legislative framework is enough to allow workers to exercise this right daily, it also refers to the Resolution's most crucial clauses (2019/2181; European Parliament). Finally, the necessity, desirability, and potential approaches to incorporating the worker's right to disconnect into domestic labor law legislation are taken into account.

Key words: digitalization, digital tools, the right to disconnect, professional life, family life.

SLOBODA UDRUŽIVANJA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U DOMAĆEM I UPOREDNOM PRAVU**

Apstrakt

Autor u radu nastoji da ukaže na značaj slobode udruživanja, kao osnovnog kolektivnog prava zaposlenih. U radu se posebna pažnja posvećuje slobodi udruživanja državnih službenika i uslovima pod kojima se državni službenici organizuju u domaćem pravu, kako bi delotvorno ostvarivali pravo na kolektivno pregovaranje, ali i pravo na kolektivnu akciju. Uz analizu odredaba Zakona o državnim službenicima, ukazuje se i na značaj domaćih i međunarodnih standarda kojima se jemči pravo na udruživanje. Posebna pažnja se pridaje odredbama važećeg Posebnog kolektivnog ugovora za državne organe, kojima se detaljnije uređuju pojedina pitanja značajna za delovanje sindikata, a koja nisu uređena Zakonom o državnim službenicima. Konačno, primenom uporednopravnog metoda istraživanja autor nastoji da utvrdi na koji način se uređuje pravo na udruživanje državnih službenika u državama nastalim na prostoru SFRJ i u pojedinim državama članicama Evropske unije, sa ciljem da dâ de lege ferenda predlog detaljnijeg regulisanja tog pitanja u domaćem zakonodavstvu u odnosu na važeće zakonsko rešenje iz Zakona o državnim službenicima, gde se samo utvrđuje da državni službenik ima pravo da bude član sindikata i profesionalnog udruženja i njihovih organa upravljanja.

Ključne reči: Državni službenici, kolektivna prava zaposlenih, pravo na udruživanje, sindikati, kolektivni ugovori.

1. Uvod

Pravo na udruživanje je jedno od osnovnih kolektivnih prava zaposlenih. Bez delotvornog ostvarivanja prava na udruživanje, teško da se mogu uspešno ostvarivati i druga kolektivna prava, a pre svega pravo na kolektivno pregovaranje i pravo na štrajk, kao osnovni oblik kolektivne akcije zaposlenih. Pravo na udruživanje jemči se i zaposlenima i poslodavcima, ali će dalje istraživanje biti usmereno na udruživanje zaposlenih u sindikate, i to prvenstveno na udruživanje zaposlenih u posebnom režimu radnih odnosa, odnosno udruživanje državnih službenika.

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, filip.bojic@ius.bg.ac.rs

** Članak je nastao kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije” za 2022. godinu.

Državnim službenicima se garantuje pravo na udruživanje, kao i svim građanima, te oni mogu biti članovi profesionalnih udruženja i njihovih organa upravljanja.¹ Službenici formiraju svoja udruženja i asocijacije, kako bi putem njih mogli da zastupaju svoje interese i ujedno unapređuju svoj položaj.² Deluje da se položaj te kategorije zaposlenih najbolje može unaprediti delovanjem sindikata, te će taj vid slobode udruživanje biti detaljno razmotren u radu.

U pravu Republike Srbije pravo na udruživanje u sindikate detaljno se uređuje odredbama Zakona o radu, kojima se ujedno određuju i pojam sindikata i uslovi pod kojima se pravo na udruživanje može ostvarivati. Kako profesor Lubarda navodi, „najčešće se sindikalna prava i slobode uređuju osnovnim zakonom o radu, odnosno kodeksom rada (Francuska, Italija, Ruska Federacija, Mađarska, kao i domaće pravo), ali i u posebnim zakonima o uređivanju odnosa između sindikata i poslodavaca (Švedska), dok se relativno ređe uređuju u posebnim zakonima o sindikatima (SAD, Velika Britanija)”.³ Zbog toga se postavlja pitanje da li se i pod kojim uslovima može urediti pravo na udruživanje državnih službenika u posebnim zakonima kojima se regulišu radni odnosi državnih službenika i nameštenika ili je pak dovoljno da se to pravo i uslovi za rad sindikata uređuju zakonima kojima se reguliše opšti režim radnih odnosa, a koji će se i supsidijarno primenjivati ako nema odredba o udruživanju državnih službenika. Sledstveno tome, u radu će, upotrebom uporednopravnog metoda istraživanja, biti analizirani propisi značajnog broja evropskih zemalja, i država članica Evropske unije i država koje su nastale na prostoru SFRJ. Analiza će biti sprovedena da bi se odgovorilo na pitanje da li dovoljno kolektivna prava državnih službenika, pre svih pravo na udruživanje, regulisati propisima kojima se uređuje opšti režim radnih odnosa ili je neophodno pravo na udruživanje državnih službenika, zbog specifičnosti prirode službeničkih odnosa, urediti posebnim zakonima kojima se uređuju radni odnosi državnih službenika.

2. Pravo na sindikalno udruživanje u domaćem i međunarodnom pravu

Poznato je da je pravo na udruživanje garantovano Ustavom Republike Srbije, ali i brojnim međunarodnim i regionalnim standardima. Ustavom Republike Srbije predviđa se da se jemči sloboda političkog, sindikalnog i svakog drugog udruživanja, kao i pravo da se ostane izvan svakog udruženja.⁴

Prema odredbama Zakona o radu Republike Srbije sindikat se definiše kao „samostalna, demokratska i nezavisna organizacija zaposlenih u koju se oni dobrovoljno udružuju radi zastupanja, unapređenja i zaštite svojih profesionalnih,

¹ Z. Vukašinić Radojčić, *Pravna pitanja službeničkih odnosa*, Kriminalističko-polijska akademija, Beograd 2015, 63.

² *Ibid.*

³ B. Lubarda, *Radno pravo, rasprava o socijalnom dijalogu i dostojanstvu na radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 830-831.

⁴ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021, čl. 55. st. 1.

radnih, ekonomskih, socijalnih, kulturnih i drugih pojedinačnih i kolektivnih interesa.”⁵ U posebnom delu Zakona, pod nazivom „Organizacije zaposlenih i poslodavaca”, uređeni su uslovi za delotvorno ostvarivanje prava na sindikalno udruživanje i posebni uslovi koje sindikat mora ispuniti da bi stekao svojstvo reprezentativnosti, koje mu omogućava učešće u kolektivnim pregovorima i tripartitnim organima, na nacionalnom i međunarodnom nivou. Naš zakonodavac prihvata koncepciju koja se zasniva na sistemu prijave, a ne na sistemu odobrenja, te je za osnivanje sindikata dovoljno da zainteresovana lica izraze volju u statutu ili drugom osnivačkom aktu, uz jedinu obavezu upisa u registar koji vodi ministarstvo nadležno za poslove rada.⁶ Pravila koja su utvrđena za osnivanje sindikata u opštem režimu radnih odnosa primenjuju se i na osnivanje sindikata državnih službenika.

U pogledu međunarodnih standarda kojima se reguliše sloboda udruživanja, poznato je da se najznačajnijim izvorima Međunarodne organizacije rada kojima se jemči sloboda udruživanja smatraju Konvencija br. 87 o sindikalnim slobodama i zaštiti sindikalnih prava i Konvencija br. 98 o pravima radnika na organizovanje i kolektivno pregovaranje. Konvencijom br. 87 se utvrđuje da „radnici i poslodavci, bez ikakvih izuzetaka, imaju pravo bez prethodnog odobrenja, da obrazuju organizacije po svome izboru, kao i da pristupaju ovim organizacijama”.⁷ Međutim, valja imati u vidu da se Konvencijama Međunarodne organizacije rada br. 87. i br. 98. predviđa i da su države članice slobodne da nacionalnim zakonodavstvom odrede u kojoj meri će se garantije predviđene tim standardima primenjivati na pripadnike vojske i policije.⁸ Nasuprot tome, ne primećuju se nikakva ograničenja slobode udruživanja državnih službenika ni posebne garantije za ostvarivanje prava na udruživanje te se zaključuje da, shodno odredbama najznačajnijih standarda Međunarodne organizacije rada o pravu na udruživanje, državni službenici imaju identična prava kao i zaposleni u opštem režimu radnih odnosa. Uz to, valja napomenuti i da je Međunarodna organizacija rada 1978. godine usvojila Konvenciju br. 151 o radnim odnosima u javnim službama kojom se garantuju posebna prava za javne službenike. Prema odredbama Konvencije, organizacije javnih službenika imaju potpunu samostalnost u radu i zaštitu od uticaja i mešanja javnih vlasti u njihovo osnivanje, funkcionisanje ili upravljanje.⁹ Posebno se izdvaja član 9. Konvencije, kojim se predviđa da „javni, kao i ostali službenici, imaju građanska i politička prava koja su neophodna za normalno uživanje slobode udruživanja, koja zavise isključivo iz obaveza proizašlih iz njihovog statusa i prirode njihovih funkcija”.¹⁰ Prema profesoru Kalamatievu, „prava

⁵ Zakon o radu – ZOR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005... 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 6.

⁶ B. Lubarda (2012), 819; B. Šunderić, Lj. Kovačević, *Radno pravo, priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik Beograd 2017, 421.

⁷ Konvencija br. 87 o sindikalnim slobodama i zaštiti sindikalnih prava, čl. 2.

⁸ Konvencija br. 87 o sindikalnim slobodama i zaštiti sindikalnih prava, čl. 9; Konvencija br. 98 o pravima radnika na organizovanje i kolektivno pregovaranje, čl. 5. Vidi i: B. Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2001, 201.

⁹ Z. Vukašinović Radojčić, 64.

¹⁰ Konvencija br. 151 o radnim odnosima u javnim službama, čl. 9.

koja proizilaze iz ove konvencije ne odnose se samo na javne službenike shvaćene u širem smislu, već i na javne službenike shvaćene u užem smislu, uključujući i zaposlene u klasičnoj državnoj upravi, odnosno državne službenike”.¹¹ Sledstveno tome se zaključuje da su odredbe te konvencije posebno važne kada je u pitanju ostvarivanje prava na udruživanje državnih službenika.

I najznačajnijim standardima Saveta Evrope, Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i Evropskom socijalnom poveljom / Revidiranom evropskom socijalnom poveljom jemči se pravo na udruživanje kao osnovno pravo. Valja napomenuti da je sloboda sindikalnog udruživanja jedini oblik udruživanja koji je eksplicitno naveden u članu 11. Evropske konvencije, kojim se jemči sloboda okupljanja i udruživanja.¹² Utvrđeno je da „svako ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo da osniva sindikat i pristupi mu radi zaštite svojih interesa”.¹³ Istim članom je predviđeno da se za vršenje tih prava ne smeju postavljati nikakva ograničenja, osim onih koja su propisana zakonom i koja su neophodna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, uz to da se odredbama Konvencije ne sprečava zakonito ograničavanje vršenja tih prava pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave.¹⁴ Sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa javnim službenicima u načelu se više odnosila na ograničenja slobode udruživanja nego slobode okupljanja.¹⁵ Posebno se izdvajaju slučajevi u kojima je Sud utvrdio da apsolutna zabrana javnim službenicima da osnivaju sindikate nije u skladu sa članom 11 Evropske konvencije.¹⁶

Revidiranom evropskom socijalnom poveljom utvrđeno je da se strane ugovornice, u nameri da obezbede unapređivanje slobode radnika i poslodavaca da stvaraju lokalne, nacionalne ili međunarodne organizacije za zaštitu svojih ekonomskih i socijalnih interesa i da se priključe tim organizacijama, obavezuju da svojim nacionalnim zakonodavstvom neće ugrožavati tu slobodu i da ga neće primenjivati na način kojim se ona ugrožava.¹⁷ Slično kao i Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Poveljom se predviđa da će se obim primene garancija na policiju i pripadnike vojnih snaga odrediti nacionalnim zakonima. Uočava se da se u Povelji ne predviđaju nikakva ograničenja slobode udruživanja državnih službenika. Zabrana bilo kakvog vida ograničenja udruživanje državnih službenika, potvrđuje se i u stavovima Evropskog komiteta za socijalna prava Saveta Evrope, u kojima se navodi da sve vrste zaposlenih, uključujući i državne službenike, imaju puno pravo na udruživanje u skladu sa

¹¹ T. Kalamatiev, „Opšta načela, vidovi zapošljavanja i kolektivna prava zaposlenih u javnom sektoru”, *Radno i socijalno pravo, časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava*, br. 1/2014, 122.

¹² *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, prir. V. Beširević, S. Carić, M. Draškić i drugi, Službeni glasnik, Beograd 2017, 314.

¹³ Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, čl. 11, st. 1.

¹⁴ Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, čl. 11, st. 2.

¹⁵ *Vodič kroz član 11 Evropske konvencije o ljudskim pravima – sloboda okupljanja i udruživanja*, Beogradski centar za ljudska prava, Council of Europe 2021, 44.

¹⁶ Vid. *Tüm Haber Sen i Çınar protiv Turske; Demir i Baykara protiv Turske*, *ibid.*, 45.

¹⁷ Revidirana evropska socijalna povelja, čl. 5.

odredbama Povelje.¹⁸ Utvrđuje se i da bi bilo koje ograničenje kojim se državnim službenicima zabranjuje članstvo u sindikatima bilo u suprotnosti sa odredbama Povelje.¹⁹

Valja napomenuti da pravo na udruživanje nije regulisano komunitarnim standardima već je to kolektivno pravo, kao i većina drugih kolektivnih prava (pravo na štrajk i pravo na lokaut), ostalo u isključivoj nadležnosti država članica.²⁰ Zbog toga standardi Evropske unije neće biti analizirani u nastavku istraživanja.

Nasuprot navedenim garantijama slobode udruživanja državnih službenika, sadržanim u domaćim i međunarodnim izvorima prava, „izvesna ograničenja u pogledu slobode pristupanja sindikatu po sopstvenom izboru mogu se, shodno međunarodnim radnim standardima, nacionalnim pravom predvideti u pogledu javnih službenika koji obavljaju poslove, odnosno imaju odgovornost višeg menadžmenta ili odlučivanja”.²¹ U te kategorije spadaju državni službenici na položaju, kojima se, prema shvatanju profesora Lubarde, može ograničiti pravo na pristupanje sindikatu zaposlenih prema kojima imaju posebna ovlašćenja i odgovornosti, iz razloga što bi to moglo imati za posledicu sukob lojalnosti poslodavcu, čije interese štite, i sindikatu zaposlenih, čijim su odlukama vezani, s tim što viši menadžment ima pravo osnivanja sopstvenih sindikata radi unapređenja i zaštite svojih kolektivnih interesa u odnosu na državu kao poslodavca.²² Na osnovu toga se zaključuje da je moguće i da državni službenici na položaju imaju pravo na udruživanje, ali uz određena ograničenja, koja se odnose na stupanje na odgovarajuće pozicije u sindikatu državnih službenika. Pomenuti izuzeci se uočavaju u pojedinim pravnim sistemima, pa je tako, propisima Republike Poljske eksplicitno predviđeno da državni službenici na položaju ne mogu biti na rukovodećim pozicijama u sindikatu.²³ Slična pravila postoje i u propisima Republike Rumunije.²⁴

Generalno gledano, nesporno je da je pravo na udruživanje državnih službenika jedno od osnovnih prava državnih službenika, koje se svrstava u red kolektivnih prava, a koje službenik uživa kao deo određenog kolektiva.²⁵ Prema Borkovićevom shvatanju, razlikuju se dve vrste službeničkih prava, jedna su prava koja državni službenik uživa i kao građanin, a druga su prava koja državni službenik uživa kao nosilac određene službe i koja proističu i vezuju se uz njegov službenički status.²⁶ Prava koja državni službenik uživa kao građanin često su

¹⁸ L. Samuel, *Fundamental Social Rights, Case Law of the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 2002, 125.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Opširnije u B. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica 2004, 305.

²¹ B. Lubarda (2012), 814.

²² *Ibid.*

²³ *Public Employment in European Union Member States*, ed. Isabel Hernandez Fernandez del Valle, Ministry of the Presidency, Madrid 2010, 170.

²⁴ *Ibid.*, 205.

²⁵ I. Borković, *Službeničko pravo*, Zagreb 1999, 121.

²⁶ *Ibid.*

utvrđena samim ustavom i ona se nadalje zakonom i drugim propisima, podzakonskim opštim aktima, ali i kolektivnim ugovorima, više ili manje modifikuju u odnosu na državne službenike.²⁷ U ta prava Borković svrstava pravo na sindikalno udruživanje, pravo na štrajk i pravo na političko delovanje, koje se u većini sistema ograničava državnim službenicima.²⁸

3. Pravo na udruživanje državnih službenika u uporednoj i domaćoj pravnoj tradiciji

Iako se prvi oblici sindikalnog organizovanja zaposlenih javljaju još krajem 18. veka, u službeničkom pravu je udruživanje državnih službenika pojava relativno novijeg datuma.²⁹ Baltić smatra da je osnovni razlog za to u tome što je „i kada je bila primorana snagom radničke klase da prizna sindikate, buržoazija (je) pokušavala svim sredstvima, zakonskim i nezakonskim, da spreči sindikalno udruživanje državnih službenika”.³⁰ Zabrane udruživanja državnih službenika, često su bile pravdane različitim teorijama o specifičnostima državne službe, koje su počivale na bitnim razlikama između javne službe i najamnog rada, a sve sa ciljem da se državnim službenicima ospori pravo na udruživanje i formiranje sindikata.³¹

To potvrđuje i Borković, navodeći primer Francuske u kojoj je sve do 1946. godine mogućnost ostvarivanja sindikalnog udruživanja u javnim službama bila isključena, što je opravdavano idejom javne službe.³² Iako je, prema francuskim propisima iz 1884. i 1920. godine, radnicima bilo priznato pravo na udruživanje, Državni savet je svojim odlukama utvrđivao pravo službenika na udruživanje, ali ne i pravo na sindikalno udruživanje, uz opravdanje da pomenuti propisi isključuju mogućnost sindikalnog udruživanja službenika.³³ Po završetku Drugog svetskog rata, državnim službenicima se eksplicitno jemči pravo na udruživanje, najpre odredbama *Statut général des fonctionnaires*, a zatim i Ustavom iz 1946. godine, kojim se priznaje pravo na sindikalno udruživanje bez ikakvih ograničenja, koje je potvrđeno i odredbama Ustava iz 1958. godine.³⁴

Nasuprot tome, u pravu SAD pravo na sindikalno udruživanje je bilo široko prihvaćeno, kao jedno od osnovnih građanskih prava, te se garantovalo i državnim službenicima, još od početka 20. veka, kada je 1912. godine usvo-

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.* Zakonom o državnim službenicima Republike Srbije predviđeno je da je državni službenik dužan da postupa u skladu sa Ustavom, zakonom i drugim propisima, prema pravilima struke, nepristrasno i politički neutralno. Istim članom se utvrđuje da državni službenik ne sme na radu da izvršava i zastupa svoja politička uverenja. Zakon o državnim službenicima – ZDS, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 142/2022, čl. 5.

²⁹ I. Borković, 122.

³⁰ Aleksandar Baltić, *Komentar Zakona o državnim službenicima*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1949, 24.

³¹ *Ibid.*

³² I. Borković, 122.

³³ *Ibid.*, 121.

³⁴ *Ibid.*

jen *Lloyd-Lafollete Act*, kojim se, između ostalog, predviđa i pravo federalnih službenika da se učlane u sindikate.³⁵ Nakon usvajanja tog propisa, značajno jača uloga sindikata u javnim službama, što za posledicu ima učlanjenje velikog broja državnih službenika u sindikate.³⁶ I u pravu Velike Britanije se državni službenici takođe mogu udruživati slobodno, bez ikakvih ograničenja, u svoja udruženja, pa tako i u sindikate.³⁷ Valja napomenuti da pravo na udruživanje ima dugu tradiciju u Velikoj Britaniji jer je ta država bila prva u svetu u kojoj su, Zakonom od 1824. godine, ukinute sve zabrane koalicija radnika i koalicija poslodavaca.³⁸

Pravo na udruživanje ima značajno uporište i u našoj pravnoj tradiciji. Još je Ustavom Kraljevine Srbije iz 1888. godine bilo predviđeno da se „srpski građani imaju pravo udruživati u ciljevima koji nisu protivni zakonu”.³⁹ Vidovdanski ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1921. godine sadržao je gotovo identičnu odredbu o pravu na udruživanje.⁴⁰ Takođe, i Zakonom o zaštiti radnika Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca bilo je predviđeno pravo na udruživanje radnika. Međutim, to pravo se garantovalo isključivo radnicima, koji su bili zaposleni u preduzećima, te im je bilo omogućeno da se udružuju u specijalna udruženja za zaštitu svojih ekonomskih, kulturnih i moralnih interesa.⁴¹ Imajući u vidu da se tim zakonom nisu uređivala prava činovnika, koja su bila regulisana posebnim činovničkom legislativom, zaključuje se da odredbe Zakona o zaštiti radnika, kojima je garantovano pravo na udruživanje radnika, nisu značajne za udruživanje činovnika, odnosno državnih službenika. Takođe, tim propisom je bilo jasno utvrđeno na koje kategorije radnika se primenjuju odredbe tog zakona pa se nije moglo govoriti o supsidijarnoj primeni Zakona o zaštiti radnika na kolektivne radne odnose činovnika.

U službeničkoj legislativi iz vremena Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca takođe se ne uočavaju precizne odredbe kojima se jemči pravo na udruživanje državnih službenika, odnosno tim propisima nije eksplicitno bila predviđena mogućnost formiranja sindikata u državnim organima. Zakonom o činovnicima i ostalim državnim službenicima građanskog reda iz 1923. godine bilo je utvrđeno da službeniku nije dopušteno da bude član udruženja čiji se ciljevi protive interesima države ili su protivni državnim zakonima.⁴² Navodi se i da državni službenik

³⁵ *Ibid.*, 123; <https://www.encyclopedia.com/history/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/lloyd-lafollete-act>, 28. mart 2023.

³⁶ I. Borković, 123.

³⁷ Kako Borković navodi, jedno od prvih udruženja državnih službenika u Velikoj Britaniji bilo je *The Civil Service Supply Association*. I. Borković, 123.

³⁸ B. Dimitrijević, „Stajlište zakonodavstva prema radničkim i poslodavačkim koalicijama (II)”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2/1924, 95.

³⁹ Ustav Kraljevine Srbije iz 1888, čl. 25. st. 1

⁴⁰ Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (Vidovdanski ustav), *Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, godina III, broj 142a, utorak, 28. jun 1921, čl. 14. st. 2. Ustavom je proklamovano da građani imaju pravo da se udružuju u ciljevima koji nisu po zakonu kažnjivi.

⁴¹ Zakon o zaštiti radnika Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, čl. 35.

⁴² Zakon o činovnicima i ostalim državnim službenicima građanskog reda iz 1923, čl. 96. st. 1.

ne može učestvovati u pokretima kojima bi cilj bio kočenje i obustavljanje rada u službi.⁴³ Zakon o činovnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1931. godine sadržao je nešto detaljnije odredbe o slobodi udruživanja činovnika. Predviđeno je bilo da državni službenici mogu osnivati profesionalna udruženja samo ako imaju odobrenje svog resornog ministra i da se u udruženja mogu udruživati i u njih biti primljeni za članove samo službenici iste struke i istog službeničkog reda.⁴⁴ Bilo je utvrđeno i da iz iste struke i iz istog službeničkog reda može postojati samo po jedno udruženje za celu državu.⁴⁵ Primećuje se i da je rad udruženja bio podvrgnut različitim vidovima ograničenja te da su profesionalna udruženja državnih službenika imala obavezu podnošenja godišnjih izveštaja o svom radu resornom ministarstvu, pod čijim su nadzorom stajala.⁴⁶ Kada bi se utvrdilo da udruženja deluju protivno zakonskim odredbama, resorni ministar je u sporazumu sa ministrom unutrašnjih poslova mogao raspustiti upravu i nadzorni odbor udruženja i postaviti komesara koji bi punovažno obavljao sve poslove upravnog i nadzornog odbora sve dok udruženje svoje poslovanje ne dovede u sklad sa zakonskim odredbama kojima se uređuje rad udruženja.⁴⁷ Kao najteža sankcija usmerena protiv udruženja koje deluje u suprotnosti sa odredbama zakona bila je predviđena mogućnost raspuštanja udruženja, na osnovu odluke resornog ministra u saglasnosti sa predsednikom Ministarskog saveta.⁴⁸ Protiv te odluke nije bila dozvoljena tužba.

Sledstveno tome, u pogledu prava na udruživanje državnih službenika u Kraljevini Jugoslaviji, primećuje se da se u činovničkim zakonima ne pominje udruživanje u sindikate već da se isključivo govori o formiranju profesionalnih udruženja, čije se aktivnosti umnogome podudaraju sa aktivnostima sindikata. Pojedini autori iz perioda socijalističke Jugoslavije smatrali su da u Kraljevini nije bila predviđena mogućnost formiranja sindikata državnih činovnika jer se „vladajuća klika bojala organizovanih službenika, odnosno bojala se organizacija kroz koje bi prodrli zahtevi stvarno bespravnog službeničkog kadra”.⁴⁹ Stoga Baltić i Geršaković tvrde da je „uskraćivanje prava na udruživanje državnim slu-

⁴³ Zakon o činovnicima i ostalim državnim službenicima građanskog reda iz 1923, čl. 96. st. 2.

⁴⁴ U istoj odredbi se navodi da i penzioneri mogu biti redovni članovi, ali da ne mogu biti članovi uprave udruženja. Nasuprot tome, ne mogu biti primljeni za članove udruženja oni penzionisani službenici koji nisu bili članovi udruženja dok su bili u aktivnoj službi, ako je udruženje tada postojalo, ali ako je bilo u pitanju novo udruženje, onda su pri osnivanju mogli biti primljeni za članove i penzionisani službenici. Službenici, članovi udruženja, kojima je po presudi disciplinskog suda prestala služba ili koji podnesu ostavku na državnu službu, prema Zakonu nisu mogli ostati članovi udruženja. Takođe, članovi udruženja nisu mogli ostati ni oni službenici koji posle primanja u članstvo promene svoju struku ili svoj službenički red, ali se to ne odnosi na one članove koji postanu službenici u samom Ministarstvu iz čijeg su područja. Zakon o činovnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1931, *Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, br. 73-XXII, od 1. aprila 1931. godine, čl. 76.

⁴⁵ Zakon o činovnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1931, čl. 76.

⁴⁶ Zakona o činovnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1931, čl. 76.

⁴⁷ Zakona o činovnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1931, čl. 76.

⁴⁸ Zakona o činovnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1931, čl. 76.

⁴⁹ *Zakon o državnim službenicima sa komentarom*, komentar sastavili A. Baltić i L. Geršaković, Komitet za zakonodavstvo i izgradnju Narodne vlasti Vlade FNRJ, 1946, 8.

žbenicima, vodilo zapravo ka njihovoj bespravnosti, koja se prikrivala iluzijom o nekom njihovom nazovi boljem položaju u odnosu na ostale kategorije radno-angažovanih lica, koji se ogledao kroz obezbeđivanje starosne penzije i stalnosti zaposlenja”.⁵⁰ Na osnovu toga se može zaključiti da je sindikalno udruživanje državnih službenika u službeničkim propisima između dva svetska rada bilo gotovo neregulisano.

Znatno preciznije odredbe o slobodi udruživanja državnih službenika primećuju se u propisima usvojenim u socijalističkoj Jugoslaviji. Zakonom o državnim službenicima FNRJ iz 1946. godine⁵¹ utvrđeno je eksplicitno da državni službenici imaju pravo i da se udružuju u sindikate i da učestvuju u osnivanju i radu društvenih organizacija, sve sa ciljem zajedničkog staranja i zajedničke saradnje sa državnim organima u podizanju svesti službenika o njihovim zadacima i njihovoj ulozi u državnoj službi, u podizanju radne discipline, u poboljšanju radnih i životnih uslova službenika i u uklanjanju birokratizma.⁵² Baltić smatra da se tom odredbom postavljaju „jasni zadaci i ovlašćenja sindikalnih organizacija državnih službenika”.⁵³ Takođe, i Krbek je tvrdio da se tom zakonskom odredbom „ne daje samo golo pravo službenicima na udruživanje u sindikate, nego se ističe i veliko značenje sindikata za čitavu državnu službu”.⁵⁴ Isti autor je smatrao da se „nasuprot kapitalističkim državama, koje su apsolutno nesklone radničkim sindikatima, u kojima vide klasnog neprijatelja i samim tim se protive sindikalnom pokretu svog činovništva, u FNRJ daje poseban značaj sindikalnim organizacijama radnika i nameštenika”.⁵⁵ Ističe se i da bi valjalo da sindikati državnih službenika u socijalističkoj Jugoslaviji raspravljaju o svim uslovima rada i organizaciji rada, kako bi se jednom pravilnom organizacijom poboljšao rad i podigao položaj službenika.⁵⁶ Zaključuje se da je položaj sindikata u drugoj polovini 20. veka na našim prostorima bio znatno drugačiji nego u Kraljevini Jugoslaviji, što je i očekivano, ako se imaju u vidu uloga sindikata u socijalističkim sistemima i koncepcija po kojoj su sindikati predstavljali organizacije sistema samoupravljanja.⁵⁷

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Zakon o državnim službenicima iz 1946, uz Zakon o javnim službenicima iz 1957. godine, kojim je izvršena celovitija kodifikacija službeničkog prava, predstavljaju najznačajnije službeničke propise iz perioda socijalističke Jugoslavije. Uvođenjem samoupravljanja nastaje veliki preokret u razvoju službeničkog prava jer usvajanjem propisa početkom šezdesetih godina o samoupravljanju radnih ljudi u organima uprave prestaju da važe svi dotadašnji propisi kojima su uređivani službenički odnosi, koji u određenom smislu prerastaju u samoupravne odnose. Nav. prema: Ž. Kulić, *Službeničko pravo*, Megatrend univerzitet, Beograd 2009, 36–37.

⁵² Zakon o državnim službenicima FNRJ iz 1946, čl. 9.

⁵³ A. Baltić, 24.

⁵⁴ I. Krbek, *Lica u državnoj službi*, Izdavački zavod Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti Zagreb 1948, 78.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Zakon o državnim službenicima sa komentarom*, 9.

⁵⁷ A. Baltić, M. Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije, sistem samoupravnih međusobnih radnih odnosa i osnovni problemi sociologije rada*, Savremena administracija, Beograd 1979, 156. i 158.

4. Pravo na udruživanje državnih službenika u domaćem pravu

Poznato je da se Zakonom o državnim službenicima uređuje poseban režim radnih odnosa državnih službenika, koji ima mnoge specifičnosti u odnosu na opšti režim radnih odnosa, koji je regulisan odredbama Zakona o radu. Zakonom o državnim službenicima uspostavljen je jedan celovit službenički sistem te se taj propis u literaturi posmatra kao opšti, krovni propis kojim se normiraju službenički odnosi u upravnoj delatnosti, odnosno organima državne uprave i drugim državnim organima.⁵⁸

Kao što je prethodno navedeno, Zakonom o državnim službenicima garantuju se, između ostalog, i određena individualna i kolektivna prava državnih službenika. Kada su u pitanju kolektivna prava, predviđa se da državni službenik ima pravo da bude član sindikata i profesionalnog udruženja i njihovih organa upravljanja.⁵⁹ Interesantno je da je to jedina zakonska odredba kojom se regulišu kolektivna prava državnih službenika u domaćem službeničkom pravu te se stoga zaključuje da se na sva ostala kolektivna prava primenjuju odredbe Zakona o radu i Zakona o štrajku, kojim se predviđaju uslovi pod kojima se može ostvariti pravo na udruživanje, odnosno pravo na štrajk.⁶⁰ U vezi sa tim, valja imati u vidu da je Zakonom o državnim službenicima jasno propisano da se na prava i dužnosti državnih službenika koja nisu uređena zakonom ili posebnim zakonom ili drugim propisom primenjuju opšti propisi o radu i poseban kolektivni ugovor za državne organe.⁶¹ Zbog toga se veruje da je to osnovni razlog što se pravo na udruživanje državnih službenika, umesto Zakonom o državnim službenicima, detaljno reguliše odredbama Zakona o radu i Posebnog kolektivnog ugovora za državne organe. Detaljnije regulisanje prava na udruživanje državnih službenika putem kolektivnih ugovora može stvoriti i određene probleme u praksi ako se ima u vidu da kolektivni ugovori predstavljaju saglasnost volja ugovornih strana, koje učestvuju u njegovom zaključivanju, te je hipotetički moguće da u nekom od budućih kolektivnih ugovora za državne organe to pitanje ne bude detaljno regulisano, kako je to učinjeno u važećem Posebnom kolektivnom ugovoru za državne organe iz 2019. godine.

Međutim, značaj i specifičnosti udruživanja državnih službenika prepoznati su od socijalnih partnera, koji su učestvovali u zaključivanju važećeg kolektivnog

⁵⁸ Nav. prema: M. Vlatković, R. Brković, B. Urdarević, *Službeničko pravo*, Dosije studio, Beograd 2013, 127–128.

⁵⁹ ZDS, čl. 15. I Zakonom o policiji Republike Srbije, kojim se regulišu, između ostalog i radni odnosi policijskih službenika predviđa se, slično kao i Zakonom o državnim službenicima, da „policijski službenici i ostali zaposleni imaju pravo na sindikalno, profesionalno i drugo organizovanje i delovanje na zakonom utvrđen način”. Zakon o policiji, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016...87/2018, čl. 169. st. 1.

⁶⁰ Slično potvrđuje i profesor Jovanović koji navodi da kada su u pitanju državni službenici „pravo na sindikalno udruživanje i delovanje podrazumeva i pravo na kolektivno pregovaranje i zaključivanje kolektivnih ugovora o radu, što po sebi podrazumeva i određena prava u vezi sa rešavanjem kolektivnih radnih sporova”. P. Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015, 375.

⁶¹ ZDS, čl. 4.

ugovora, te je Posebnim kolektivnim ugovorom za državne organe detaljno regulisano pravo na udruživanje državnih službenika, odnosno uslovi za delovanje sindikata u državnim organima. Kolektivnim ugovorom, zaključenim u maju 2019. godine između Vlade Republike Srbije i reprezentativnih sindikata koji su osnovani za teritoriju Republike Srbije – Sindikata uprave Srbije⁶², Sindikata zaposlenih u pravosudnim organima Republike Srbije⁶³ i Sindikata organizacije pravosudnih organa Srbije⁶⁴ – precizno se određuju uslovi za rad sindikata. Valja napomenuti da se odredbe Kolektivnog ugovora za državne organe primenjuju na sve državne službenike i nameštenike u Republici Srbiji.⁶⁵

Kolektivnim ugovorom se predviđa da zaposleni u organu poslodavca imaju pravo da slobodno obrazuju sindikat, da mu pristupaju, da organizuju njegove organe, utvrđuju i sprovode programe i aktivnosti organizacije sindikata u skladu sa Ustavom, zakonom, svojim statutom i ugovorom.⁶⁶ Shodno principu autonomije sindikata, predviđeno je da organizacija sindikata u organu poslodavca samostalno donosi svoj statut i pravila, a ujedno organizuje i izbore svojih organa. Takođe se navodi da sindikat ne može da bude raspušten niti njegova delatnost može biti obustavljena ili zabranjena aktom organa poslodavca.⁶⁷ To je u skladu sa koncepcijom koja je promovisana standardima Međunarodne organizacije rada, kojima se predviđa da rad sindikata ne može biti raspušten ili njegova delatnost obustavljena administrativnim putem.⁶⁸ Kao što je poznato, u našem pravnom sistemu rad sindikata može zabraniti jedino Ustavni sud, i to ako je delovanje sindikata usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje i na kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava.⁶⁹ Stoga ova odredba iz kolektivnog ugovora deluje kao suvišna, imajući u vidu da

⁶² Sindikat uprave predstavlja dobrovoljnu, interesnu, samostalnu i nestranačku organizaciju članova Sindikata koja se na načelima solidarnosti i uzajamnosti bori za zaštitu i unapređivanje materijalnog, ekonomskog i socijalnog položaja članstva. Taj reprezentativni sindikat čine članovi sindikata zaposlenih u državnim organima, lokalnim, gradskim i pokrajinskim upravama, Republičkom fondu za zdravstveno osiguranje, Republičkom fondu za penzijsko i invalidsko osiguranje, Poreskoj upravi Srbije, zaposleni u ministarstvima, Republičkom geodetskom zavodu, Nacionalnoj službi za zapošljavanje, zavodima za urbanizam i projektovanje, privrednim komorama, humanitarnim, lutrijskim i društvenim organima i organizacijama. Navodi se da ovaj sindikat ima ukupno 39.121 člana. Statut Sindikata uprave, čl. 2–3.

⁶³ Sindikat zaposlenih u pravosudnim organima Republike Srbije, odnosno sindikat pravosuđa, osnovan je 2001. godine kao organizacija koja zastupa, predstavlja, štiti i unapređuje profesionalne, radne, ekonomske, socijalne i druge pojedinačne i kolektivne interese zaposlenih u pravosudnim organima. Statut Sindikata zaposlenih u pravosudnim organima Republike Srbije, Osnovne odredbe, tačka 1.

⁶⁴ Sindikat organizacije pravosudnih organa Srbije (SOPOS) osnovan je 2005. godine kao interesna, dobrovoljna, nestranačka, nevladina organizacija koja je konstituisana radi zaštite ustavnih, zakonskih, konkretnih i posebnih interesa zaposlenih u pravosudnim organima Srbije, vezanim za rad i uz rad. Sedište tog sindikata je u Kragujevcu. Statut Sindikata organizacije pravosudnih organa Srbije, čl. 3 i 5.

⁶⁵ To je potvrđeno i presudom Vrhovnog kasacionog suda u kojoj se navodi da su „ministarstva deo državne uprave, pa se na državne službenike i nameštenike svih ministarstava primenjuje Poseban kolektivni ugovor za državne organe”. Sentenca iz presude Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1111/2019 od 4. decembra 2019, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja od 3. jula 2020.

⁶⁶ Poseban kolektivni ugovor za državne organe – PKUDO, *Službeni glasnik RS*, br. 38/2019 i 55/2020, čl. 65.

⁶⁷ PKUDO, čl. 66.

⁶⁸ Konvencija br. 87 o sindikalnim slobodama i zaštiti sindikalnih prava, čl. 4.

⁶⁹ Ustav RS, čl. 55. st. 4.

bi svaki vid aktivnosti poslodavca bio u suprotnosti sa Ustavom Republike Srbije i međunarodnim standardima o slobodi udruživanja.

Vredno je pomena da se u kolektivnom ugovoru posebna pažnja posvećuje pravu na participaciju, kao još jednom značajnom kolektivnom pravu zaposlenih. Predviđeno je da je poslodavac dužan da u postupku donošenja zakona ili drugog propisa i opšteg akta kojima se uređuju prava zaposlenih zatraži i pribavi mišljenje reprezentativnog sindikata potpisnika kolektivnog ugovora na nacрте, odnosno predloge tih akata, i da, na podneti pismeni zahtev sindikata, dostavi sindikatu obaveštenje ili mišljenje o primeni zakona ili drugog propisa i opšteg akta koji utiče na materijalni, ekonomski i socijalni položaj zaposlenih.⁷⁰ U istom članu se navodi da su poslodavac ili sindikat dužni da mišljenje dostave najkasnije u roku od 15 dana od dana dostavljanja zahteva za mišljenje. U pogledu ostvarivanja prava na participaciju, utvrđeno je i da sindikat ima pravo na informisanje od poslodavca o ekonomskim i radno-socijalnim pitanjima od značaja za položaj zaposlenih, odnosno članova sindikata, i to o planovima zapošljavanja i prestanka radnog odnosa zaposlenih, sprovedenim merama bezbednosti i zaštite zdravlja zaposlenih na radu, uvođenju novih tehnologija i promena u organizaciji rada organa koje mogu dovesti do viška zaposlenih i planiranim merama za njihovo zbrinjavanje. Kao i u prethodnom slučaju, i ovde je poslodavac obavezan da dostavljene primedbe, predloge i sugestije sindikata razmotri i na njih pismeno odgovori najkasnije u roku od 15 dana od dana dostave.⁷¹

Takođe, odredbama Zakona o radu predviđaju se i detaljno uređuju obaveze poslodavca da sindikatu koji okuplja zaposlene kod poslodavca obezbedi tehničko-prostorne uslove u skladu sa prostornim i finansijskim mogućnostima.⁷² To je logičko rešenje, ako se ima u vidu da je samim Zakonom o radu utvrđeno da se tehničko-prostorni uslovi za obavljanje aktivnosti sindikata utvrđuju kolektivnim ugovorom ili sporazumom poslodavca i sindikata. Stoga je poslodavac prema odredbama Posebnog kolektivnog ugovora za državne organe dužan da bez naknade troškova i posredstvom svojih organa i njihovih unutrašnjih jedinica obezbedi korišćenje odgovarajućih prostorija za redovan rad i sastanke reprezentativnog sindikata u sedištu i organizacionim jedinicama organa poslodavca, na način i u vreme kojim se korišćenjem prostorija ne utiče na efikasno obavljanje poslova iz utvrđene nadležnosti i delokruga državnog organa.⁷³ Predviđeno je i da je poslodavac obavezan da obezbedi plaćeno odsustvo predstavnicima reprezentativnog sindikata radi obavljanja sindikalnih funkcija srazmerno broju članova sindikata, u skladu sa Zakonom i Kolektivnim ugovorom.⁷⁴ Garantuje se takođe i administrativna i tehnička pomoć članovima sindikata, koja podrazumeva upotrebu telefona, telefaksa, računarske tehnike i opreme poslodavca za umnožavanje i kopi-

⁷⁰ PKUDO, čl. 67.

⁷¹ PKUDO, čl. 68a.

⁷² ZOR, čl. 210. st. 1.

⁷³ PKUDO, čl. 70. tač.1.

⁷⁴ Zakonom je utvrđen broj radnih časova odsustva, koji se garantuje predstavnicima sindikata.

ranje materijala, kao i upotreba prevoznih sredstava.⁷⁵ Poslodavac ima obavezu da zaposlenima obezbedi i uslove za organizovanje i održavanje sindikalnih zborova članstva, koji na godišnjem nivou ne mogu trajati duže od 16 časova ukupno, pod uslovom da se time ne utiče na efikasno obavljanje poslova iz utvrđene nadležnosti i delokruga državnog organa. Sindikatima se pruža i mogućnost da ističu obaveštenja i bitna dokumenta sindikata na oglasnim tablama poslodavca, a u vreme štrajka i štrajka upozorenja i na drugim mestima, u skladu sa odlukom sindikata, kao i pravo da samostalno uređuju link na internet mreži organa poslodavca i da sprovede sopstvenu uređivačku politiku informisanja zaposlenih, odnosno članstva sindikata.⁷⁶

U Kolektivnom ugovoru se određuje i ko su ovlašćeni predstavnici reprezentativnog sindikata u državnom organu, koji na osnovu funkcije u sindikatu ostvaruju određena prava garantovana Zakonom o radu i odredbama Kolektivnog ugovora. Prema Kolektivnom ugovoru, ovlašćeni predstavnici su predsednik sindikata, a u državnom organu u kome ima preko 200 članova reprezentativnog sindikata ovlašćeni predstavnik je i sekretar reprezentativnog sindikata u tom organu.⁷⁷

Po ugledu na odredbe Zakona o radu, kao osnovno pravo koje se jemči ovlašćenom predstavniku izdvaja se pravo na plaćeno odsustvo. Rukovodilac ima obavezu da ovlašćenom predstavniku sindikata obezbedi odsustvo sa rada tokom obavljanja funkcije u sindikatu te se predviđa da je rukovodilac dužan da predstavniku reprezentativnog sindikata u koji je učlanjeno 200 zaposlenih ili 50% zaposlenih u državnom organu i organizacionoj jedinici kod poslodavca za obavljanje njegove funkcije obezbedi najmanje 40 plaćenih časova mesečno i po jedan čas mesečno za svakih sledećih 100 članova, odnosno srazmerno manje plaćenih časova ako sindikat ima manje od 200 članova.⁷⁸ Predsednik reprezentativnog sindikata u državnom organu, koji je član potpisnik u zaključivanju kolektivnog ugovora, koji ima osnovne organizacione jedinice van sedišta organa, ima pravo na dodatnih 10 časova mesečno za obavljanje sindikalne funkcije. Zaposleni koji su članovi reprezentativnog sindikata koji je učestvovao u zaključivanju kolektivnog ugovora za državne organe, a koji su izabrani u organe sindikata koji se nalaze van poslodavca, imaju pravo na plaćeno odsustvo sa rada u trajanju do 14 radnih dana u kalendarskoj godini radi prisustvovanja sindikalnim sastancima, konferencijama, sednicama, kongresima i drugim sindikalnim aktivnostima, ukoliko su pismeno ovlašćeni od predsednika sindikata.⁷⁹

Kolektivnim ugovorom je regulisana i posebna zaštita sindikalnih predstavnika. Valja imati u vidu da je ta zaštita propisana i standardima Međunarodne organizacije rada, Konvencijom br. 135 o zaštiti i olakšicama koje se pružaju

⁷⁵ PKUDO, čl. 70. st. 1. tač. 3.

⁷⁶ PKUDO, čl. 70. st. 1. tač. 7.

⁷⁷ PKUDO, čl. 71.

⁷⁸ PKUDO, čl. 72. st. 1.

⁷⁹ PKUDO, čl. 72. st. 2.

predstavnicima radnika u preduzeću i Preporukom br. 143 o radničkim predstavnicima, kojima se predviđa zaštita radničkih predstavnika. Tom konvencijom se predviđa da predstavnici radnika u preduzeću uživaju efikasnu zaštitu od svakog postupka koji je štetan za njih, uključujući i otpuštanje zbog njihovog statusa ili aktivnosti kao predstavnika radnika ili članstva u sindikatu ili učešća u sindikalnim aktivnostima, ako postupaju u skladu sa važećim zakonima ili kolektivnim ugovorima ili drugim zajedničkim dogovorenim aranžmanima.⁸⁰ I Zakonom o radu utvrđeno je da poslodavac ne može da otkáže ugovor o radu niti da zaposlenog na drugi način da stavi u nepovoljan položaj zbog njegovog statusa ili aktivnosti u svojstvu predstavnika zaposlenih, članstva u sindikatu ili učešća u sindikalnim aktivnostima.⁸¹

Slično je utvrđeno i Posebnim kolektivnim ugovorom za državne organe, te se navodi da poslodavac ne može da otkáže ugovor o radu namešteniku, odnosno da otkáže radni odnos državnom službeniku niti da zaposlenog na drugi način stavi u nepovoljan položaj, naročito predsednika reprezentativnog sindikata i člana štrajkačkog odbora, zbog njegovog statusa ili aktivnosti u svojstvu predstavnika zaposlenih, članstva u sindikatu ili učešća u sindikalnim aktivnostima.⁸² Pohvalno je to što su ugovorne strane kolektivnim ugovorom predvidele šta se smatra pod nepovoljnim položajem, pa je utvrđeno da je to i raspoređivanje na radno mesto za koje je određen niži koeficijent za obračun osnovne plate od onog koeficijenta koji je zaposleni imao pre izbora za ovlašćenog predstavnika sindikata ili člana organa sindikata, kao i premeštaj na radno mesto sa nepovoljnijim uslovima rada zbog njegovog statusa ili aktivnosti u svojstvu predstavnika zaposlenih, članstva u sindikatu ili učešća u sindikalnim aktivnostima.⁸³

Takođe, na osnovu odredaba Kolektivnog ugovora, ovlašćenom predstavniku sindikata koji je izabran na funkciju u sindikatu višeg nivoa organizovanja jemči se pravo na mirovanje radnog odnosa.⁸⁴ To pravo se priznaje zaposlenom na osnovu odredaba Zakona o radu kojima se reguliše mirovanje radnog odnosa i predviđa da će pravo na mirovanje radnog odnosa, između ostalog, ostvariti i zaposleni koji odsustvuje sa rada zbog izbora, odnosno imenovanja na funkciju u sindikatu.⁸⁵ Pojedini autori kritikuju to rešenje, pozivajući se na rešenja iz uporednog prava kojima se predviđa da pravo na mirovanje radnog odnosa mogu

⁸⁰ Konvencija br. 135 o zaštiti i olakšicama koje se pružaju predstavnicima radnika u preduzeću, čl. 1.

⁸¹ ZOR, čl. 188. st. 1. Primetno je da su sindikalni predstavnici uživali znatno veći obim zaštite pre izmena i dopuna Zakona o radu iz 2014. godine. Pre nego što su usvojene novele Zakona o radu, bilo je predviđeno da poslodavac ne može da otkáže ugovor o radu niti na drugi način stavi u nepovoljan položaj predstavnika zaposlenih za vreme obavljanja funkcije i godinu dana po prestanku funkcije, ako predstavnik zaposlenih postupa u skladu sa zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu, i to: 1) članu saveta zaposlenih i predstavniku zaposlenih u upravnom i nadzornom odboru poslodavca; 2) predsedniku sindikata kod poslodavca i 3) imenovanim ili izabranom sindikalnom predstavniku. U slučaju da predstavnik zaposlenih ne postupa u skladu sa relevantnim propisima, poslodavac može da mu otkáže ugovor o radu. Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/05 i 61/05, čl. 188. st. 1–2.

⁸² PKUDO, čl. 73. st. 1.

⁸³ PKUDO, čl. 73. st. 2.

⁸⁴ PKUDO, čl. 74.

⁸⁵ ZOR, čl. 79. st. 1. tač. 4.

ostvarivati samo najviši državni funkcioneri, kako se mirovanje radnog odnosa ne bi pretvorilo u privilegiju.⁸⁶ Zbog toga se postavlja pitanje da li je imenovanje na određenu funkciju u sindikatu opravdan razlog za mirovanje radnog odnosa. Navedeno ponajviše zavisi od toga koliko će zapravo ovlašćeni predstavnik sindikata odsustvovati sa rada, odnosno koliko će imati obaveza tokom obavljanja funkcije u sindikatu na višem nivou organizovanja.

Ovlašćenom predstavniku reprezentativnog sindikata garantuje se Kolektivnim ugovorom i pravo na plaćeno odsustvu i to ako je ovlašćen za kolektivno pregovaranje, odnosno određen za člana odbora za kolektivno pregovaranje za vreme pregovaranja, za vreme pregovora sa državnim organom u postupku donošenja zakona i drugih propisa kojima se uređuju prava zaposlenih i onda kada je određen da zastupa zaposlenog u radnom sporu sa poslodavcem pred arbitrom ili sudom za vreme zastupanja.⁸⁷ Primećuje se da se u Kolektivnom ugovoru ne utvrđuje iznos naknade zarade koju bi ovlašćeni predstavnik primao tokom trajanja plaćenog odsustva te se, shodno tome, na tu situaciju supsidijarno primenjuju odredbe Zakona o radu kojima je utvrđeno da će sindikalni predstavnik koji odsustvuje sa rada zbog toga što je ovlašćen za kolektivno pregovaranje ili određen da zastupa zaposlenog u radnom sporu sa poslodavcem imati pravo na naknadu zarade, koju plaća poslodavac i koja ne može biti veća od njegove prosečne zarade u prethodnih 12 meseci u skladu sa opštim aktom i ugovorom o radu.⁸⁸

Konačno, Posebnim kolektivnim ugovorom za državne organe takođe je eksplicitno utvrđeno da poslodavac, odnosno rukovodilac, prihvata obavezu da se uzdrži od delovanja kojim bi pojedini sindikat bio doveden u povlašćeni ili podređeni položaj i da se povredom prava na sindikalno organizovanje smatra i pritisak na zaposlenog da se iščlani iz sindikata ili da se učlani u određeni sindikat.⁸⁹

5. Pravo na udruživanje državnih službenika u državama nastalim na prostoru SFRJ i u Albaniji

Na osnovu sprovedene analize može se zaključiti da ni države koje su nastale na prostoru SFRJ ne posvećuju značajnu pažnju pravu na sindikalno organizovanje u propisima kojima se regulišu radni odnosi državnih službenika. Zakon o državnim službenicima i namještenicima Crne Gore na identičan način i domaći zakonodavac predviđa da „državni službenik, odnosno namještenik ima pravo na sindikalno organizovanje u skladu sa zakonom”.⁹⁰ I propisima Republike Srpske utvrđeno je da državni službenik ima pravo na osnivanje ili učlanjenje

⁸⁶ B. Lubarda, *Uvod u radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 211.

⁸⁷ PKUDO, čl. 75.

⁸⁸ ZOR, čl. 214.

⁸⁹ PKUDO, čl. 76.

⁹⁰ Zakon o državnim službenicima i namještenicima Crne Gore, *Službeni list RCG*, br. 2/2018... 8/2021, čl. 15.

u sindikat ili profesionalno udruženje u skladu sa zakonom.⁹¹ Istovetna odredba je sadržana i u Zakonu o državnoj službi u Federaciji Bosne i Hercegovine.⁹² Makedonskim Zakonom o državnim službenicima pravo na udruživanje takođe se reguliše jednim članom te se navodi da „državni službenici, radi ostvarivanja svojih ekonomskih i socijalnih prava, imaju pravo da osnivaju sindikate i da se u njih učlanjuju pod uslovima i na način utvrđen zakonom”.⁹³

Nasuprot tim propisima kojima se pravo državnih službenika na udruživanje jemči samo jednom zakonskom odredbom, interesantno je da Zakon o državnim službenicima Republike Hrvatske ne sadrži odredbu kojom bi se državnim službenicima eksplicitno garantovalo pravo na udruživanje, ali se zato tim zakonom detaljno uređuje odgovornost sindikalnog poverenika za povredu službene dužnosti. Potočnjak navodi da je „u području kolektivnih radnih odnosa supsidijarna primena odredbi Zakona o radu gotovo (je) sveobuhvatna, jer Zakon o državnim službenicima Hrvatske, i nema odredbe o kolektivnim radnim odnosima”, već se na osnovu Zakona samo otvara mogućnost da se određena pitanja koja se tiču kolektivnih radnih odnosa urede kolektivnim ugovorima.⁹⁴ Na osnovu toga, autor dolazi do zaključka da široka supsidijarna primena opštih propisa o radnim odnosima na službeničke odnose, a posebno u području kolektivnih radnih odnosa, pokazuje opravdanost stanovišta, koje se u velikoj meri zastupa u teoriji, da službenički odnosi nisu ništa drugo nego posebna vrsta radnih odnosa.⁹⁵

Kao što je istaknuto, Zakonom o državnim službenicima Hrvatske posebno se uređuje pitanje odgovornosti sindikalnih poverenika te se predviđa da sindikalni poverenik ne može zbog obavljanja sindikalne aktivnosti biti pozvan na odgovornost niti doveden u nepovoljniji položaj od drugih službenika i nameštenika, što je sve u skladu sa pomenutim standardima Međunarodne organizacije rada.⁹⁶ Međutim, navodi se i to da obavljanje sindikalne aktivnosti sindikalnog poverenika ne sme uticati na uredno obavljanje poslova na kojima državni službenik radi te da njegova aktivnost ne može biti razlog za nepoštovanje propisa ili neizvršavanje zakonitih naloga i uputstava nadređenog službenika.⁹⁷ U slučaju da sindikalni poverenik povredi službenu dužnost, postupak se može pokrenuti samo uz saglasnost sindikata. Ako se sindikat u roku od osam dana ne izjasni o davanju saglasnosti, smatraće se da je saglasan sa pokretanjem postupka zbog povrede službene dužnosti sindikalnog poverenika.⁹⁸ Ako kojim slučajem sindi-

⁹¹ Zakon o državnim službenicima Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 118/2008...57/2016, čl. 10. st. 1. tač. g.

⁹² Zakon o državnoj službi u Federaciji BiH, *Službene novine FBiH*, br. 29/2003 ... 9/2017 – odluka US, čl. 18. st. 1. tač. h.

⁹³ Zakon o državnim službenicima Republike Makedonije (Закон за државните службеници), *Службени весник на Република Македонија*, бр. 59/2000 ... 106/2013, čl. 26.

⁹⁴ Ž. Potočnjak „Radni odnosi državnih službenika”, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Ž. Potočnjak), Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, Zagreb 2007, 867.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Zakon o državnim službenicima Republike Hrvatske – ZDS RH, *Narodne novine*, br. 92/2005...141/2002, čl. 96a. st. 1.

⁹⁷ ZDS RH, čl. 96a. st. 2.

⁹⁸ ZDS RH, čl. 96a. st. 4.

kat odbije da dâ saglasnost, rukovodilac nadležnog organa može da zatraži da se saglasnost zameni rešenjem nadležnog upravnog suda u roku od 15 dana od dana dostavljanja izjašnjenja sindikata. Postupak pred upravnim sudom je hitan.

Zakonom o državnim službenicima Republike Slovenije garantuje se pravo na udruživanje i sindikalno delovanje državnih službenika.⁹⁹ Osim osnovnih garantija koje se odnose na udruživanje državnih službenika, slovenačkim Zakonom se predviđa i da vlada ili resorni ministar imaju obavezu da reprezentativnim sindikatima, koji su stekli svojstvo reprezentativnosti za oblast državne uprave, omogućuje da daju mišljenje na predloge propisa kojima se uređuju radni odnosi državnih službenika.¹⁰⁰ Predlog propisa nadležni organ dostavlja reprezentativnom sindikatu, uz obavezu da sindikat u razumnom roku dostavi svoje mišljenje. Nadležni organ je dužan da to mišljenje razmotri ili da pozove sindikat na konsultacije. Ako kojim slučajem predlagač ne uskladi predloženi akt sa mišljenjem sindikata, mora navesti razlog zbog kojeg mišljenje reprezentativnog sindikata nije uzeto u obzir. Ti razlozi se moraju dostaviti sindikatu čije mišljenje nije prihvaćeno.¹⁰¹ Osim toga, reprezentativni sindikati daju mišljenje i na predlog kadrovskega plana i na predlog strategije obrazovanja, osposobljavanja i usavršavanja državnih službenika.¹⁰² Značajna je i uloga reprezentativnih sindikata u postupku reorganizacije, kada dolazi do prestanka radnog odnosa državnog službenika ili do premeštaja na drugo radno mesto koje ne odgovara njegovom zvanju, zbog smanjenja obima posla ili drugih organizacionih, strukturnih ili ekonomskih razloga.¹⁰³ O reorganizaciji nadležni organ je dužan da obavesti predstavnike sindikata, koji mogu dati svoje mišljenje.¹⁰⁴

I Zakonom o državnim službenicima Albanije¹⁰⁵ detaljnije se uređuje pravo državnih službenika na udruživanje u odnosu na većinu propisa država nastalih na prostoru SFRJ. Predviđa se da državni službenici imaju pravo da osnuju i da se pridruže sindikatima ili drugim profesionalnim organizacijama kako bi zaštitili svoja prava u državnoj upravi.¹⁰⁶ Garantuje se i pravo državnih službenika da budu birani u organe upravljanja sindikata i da učestvuju u aktivnostima sindikata i van radnog vremena. Zanimljivo je da se u albanskom Zakonu eksplicitno navodi da državni službenici na položaju ne mogu biti birani na rukovodeće pozicije u sindikatu ili strukovnim udruženjima, što je u skladu sa prethodno navedenim ograničenjima.¹⁰⁷

⁹⁹ Zakon o državnim službenicima Republike Slovenije (Zakon o javnih službencih – ZJU), *Uradni list RS*, br. 56/02 ... 203/20, čl. 18. st. 1.

¹⁰⁰ ZJU, čl. 26. st. 3.

¹⁰¹ ZJU, čl. 26. st. 5.

¹⁰² ZJU, čl. 103.

¹⁰³ ZJU, čl. 156. st. 1–2.

¹⁰⁴ ZJU, čl. 156. st. 6.

¹⁰⁵ Iako Albanija nije bila u sastavu SFRJ, propisi te države su analizirani kao propisi države koja se nalazi u regionu, a nije država članica Evropske unije.

¹⁰⁶ Zakon o državnim službenicima Albanije, čl. 36. st. 1. https://track.unodc.org/uploads/documents/BRI-legal-resources/Albania/3_-Albania_Law_on_civil_servants_-_EN.pdf, 28. mart 2023.

¹⁰⁷ Zakon o državnim službenicima Albanije, čl. 36. st. 2.

6. Pravo na udruživanje državnih službenika u pojedinim državama članicama Evropske unije

Stopa sindikalizacije u državama članicama Evropske unije¹⁰⁸ varira od države do države, kada se posmatra procenat državnih službenika koji su pristupili nekom od sindikata u okviru državne uprave. Prema raspoloživim statistikama, najveći broj sindikalno organizovanih državnih službenika ima Danska, gde je sindikalno organizovano 90–95% državnih službenika, zatim sledi Finska sa stopom sindikalizacije od 90% i Švedska gde je 80% državnih službenika pristupilo nekom od sindikata.¹⁰⁹ Visoka stopa sindikalizacije uočava se i u Rumuniji, gde je između 55% i 70% državnih službenika sindikalno organizovano, i u Austriji i Nemačkoj, gde je sindikalno organizovano 53%, odnosno između 40% i 55% državnih službenika.¹¹⁰ U ostalim državama članicama Evropske unije stopa sindikalizacije državnih službenika je manja od 50%. Najmanja je na Kipru i u Bugarskoj, gde je samo 8%, odnosno 10% državnih službenika pristupilo nekom od sindikata, a nešto veća stopa je u baltičkim državama, Estoniji, Litvaniji i Letoniji, gde je stopa sindikalizacije oko 15%.¹¹¹

Kada se analiziraju propisi država članica Evropske unije kojima se uređuju radni odnosi državnih službenika, uočava se da, s jedne strane, države, kao što su Kipar¹¹² Grčka¹¹³ i Litvanija¹¹⁴, pravo na udruživanje državnih službenika uređuju jednim članom zakona kojim se regulišu radni odnosi državnih službenika, gotovo na identičan način kao i pravo koje je priznato i službeničkim propisima Republike Srbije. Nasuprot tome, u državama članicama kao što su Bugarska, Češka, Slovačka¹¹⁵ i Španija¹¹⁶, pravo na udruživanje uređeno je znatno detaljnije.

Kao dobar primer, izdvaja se Zakon o državnim službenicima Republike Bugarske, kojim se propisuje da državni službenici mogu slobodno da osnivaju

¹⁰⁸ Iako su Slovenija i Hrvatska članice Evropske unije, pravo na udruživanje državnih službenika u tim državama razmotreno je u delu rada o udruživanju državnih službenika u državama koje su nastale na prostoru SFRJ.

¹⁰⁹ *Public Employment in European Union Member States*, 12–13.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Zakonom o javnim službama Kipra predviđa se da se za sve državne službenike garantuje sloboda udruživanja i nesmetano ostvarivanje svih prava koja proizilaze iz prava na udruživanje. Zakon o javnoj službi od 1990–2006 (The Public Service Laws 1990 to 2006, Office of the Law Commissioner, Nicosia, August 2008), čl. 63.

¹¹³ Nešto detaljnije odredbe o pravu na udruživanje državnih službenika u odnosu na Kipar i Litvaniju, uočavaju se u Zakonu o državnim službenicima Grčke, kojim se predviđa da se državnim službenicima jemče sloboda sindikalnog udruživanja i nesmetano ostvarivanje svih prava, koja proizilaze iz prava na udruživanje. Između ostalog, garantuje im se pravo da osnivaju sindikalne organizacije, da pristupaju tim organizacijama i da ostvaruju sindikalna prava. Eksplicitno im se omogućava na osnovu Zakona i pravo da pregovaraju sa nadležnim organima, zarad regulisanja uslova rada, zapošljavanja i primanja koja im pripadaju na osnovu rada. Zakon o državnim službenicima Grčke, čl. 46. st. 1. i 4, <https://www.oecd.org/mena/governance/35526160.pdf>, 28. mart 2023.

¹¹⁴ Zakon o državnoj službi Litvanije u članu kojim se garantuju prava državnih službenika predviđa i da državni službenik ima pravo da bude član sindikata. Zakon o državnoj službi Litvanije (Republic of Lithuania Law on the Civil Service, 8 July 1999 No VIII-1316 (As last amended on 25 June 2020 – No XIII-3136), čl. 17. st. 5.

¹¹⁵ Zakon o državnoj službi Slovačke, čl. 118-119.

¹¹⁶ Law 7/2007, of 12 April, The Basic Statute of the Public Employee, <https://www.global-regulation.com/translation/spain/1445676/law-7-2007%252c-of-12-april%252c-the-basic-statute-of-the-public-employee.html>, 28. mart 2023.

sindikalne organizacije, kao i da pristupaju istima.¹¹⁷ Pored pozitivnog vida slobode udruživanja, reguliše se i negativni vid slobode udruživanja, te se navodi da državni službenici imaju pravo i da napuste sindikat, a u skladu sa pravilima utvrđenim u njihovim internim aktima. Zakonom se uređuje i pravo sindikata da usvoji statut i poslovnik, kao i da bira svoje organe i predstavnike. Precizno se određuje da sindikat zastupa i štiti interese državnih službenika u odnosima sa nadležnim organima državne uprave, kao i da učestvuje u pripremi nacрта internih propisa i pravilnika kojima se uređuju službenički odnosi. Takođe se predviđa da i sindikat državnih službenika stiče svojstvo pravnog lica, upisom u registar, a u skladu sa propisima kojima se uređuje registracija neprofitnih organizacija.¹¹⁸ Konačno, utvrđuje se i obaveza za državne organe u kojima je formiran sindikat, da omogućće nesmetano obavljanje delatnosti sindikalnih organizacija, tako što će im obezbediti odgovarajuće prostorije bez ikakve naknade, kao i druge neophodne materijalne uslove.¹¹⁹ Uz to, u posebnom članu Zakona reguliše se i pravo predstavnika sindikata državnih službenika na plaćeno odsustvo u trajanju od 25 sati tokom jedne kalendarske godine, a u periodima kada obavljaju sindikalne aktivnosti.¹²⁰ Međutim, ostaje nejasno kako je pored ovako detaljne legislative o udruživanju državnih službenika, stopa sindikalizacije u državnim organima Bugarske niža od 10%.

Službeničkim propisima Republike Češke predviđeno je da se sindikatima državnih službenika garantuje pravo na informisanje i konsultovanje te da se sindikatima posebno mora jemčiti pravo da raspravljaju i daju mišljenja o dokumentima koja su potrebna za izradu organizacione strukture organa službe. Predviđa se i obaveza nadležnog državnog organa da sindikatima pruža informacije o primljenim kandidatima i postavljenim državnim službenicima.¹²¹ Takođe, sindikati državnih službenika u Češkoj daju mišljenje na nacрте odluka na osnovu kojih dolazi do prestanka radnog odnosa državnog službenika, a mogu podneti i predloge za poboljšanje uslova rada u državnim organima u kojima deluju. Osim tih prava, sindikati imaju pravo i da kontrolišu zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, u obimu i pod uslovima koji su predviđeni Zakonom o radu Republike Češke.¹²² Nadležni državni organ kod koga je formiran sindikat na osnovu zakona ima obavezu da obezbedi nesmetan rad sindikata i samim tim da sindikatu obezbedi sva ona prava koja su garantovana Zakonom.¹²³ Pohvalno je i to što se Zakonom pruža zaštita sindikalnim predstavnicima te se jasno utvrđuje da predstavnik sindikata

¹¹⁷ Zakon o državnim službenicima Bugarske, čl. 44, <https://www.me.government.bg/en/library/civil-servants-act-381-c25-m258-1.html>, 28. mart 2023.

¹¹⁸ Zakon o državnim službenicima Bugarske, čl. 45.

¹¹⁹ Zakon o državnim službenicima Bugarske, čl. 46

¹²⁰ Zakon o državnim službenicima Bugarske, čl. 63a.

¹²¹ Zakon o državnim službenicima Republike Češke (ACT of April 26, 2002 on service of public servants in administrative authorities and on remuneration of such servants and other employees in administrative authorities), čl. 125 st. 1, tač. b, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/62165/60967/F615223210/CZE62165.pdf>, 28. mart 2023.

¹²² Zakon o državnim službenicima Češke, čl. 125. st. 1. tač. h.

¹²³ Zakon o državnim službenicima Češka, čl. 125, st. 3.

ne može zbog svojih aktivnosti biti podvrgnut diskriminaciji niti razlog za prestanak radnog odnosa mogu biti njegove aktivnosti u sindikatu.¹²⁴ Zanimljivo je i da se češkim Zakonom predviđa obaveza sindikata da državne službenike informišu o svojim aktivnostima i o zaključcima koji predstavljaju rezultat konsultacija sa nadležnim rukovodećim organom.¹²⁵ Konačno, kao i u većini pravnih sistema, članovima sindikata koji odsustvuju sa rada zbog obavljanja sindikalnih aktivnosti Zakonom se garantuje i pravo na plaćeno odsustvo.¹²⁶ Iako se većina zagaranтованих права svodi na davanje mišljenja sindikata, značaj tog propisa ogleda se u tome što su nadležnosti i prava sindikata detaljno regulisani zakonom, čime se jača pozicija sindikata u državnim organima Republike Češke.

7. Zaključak

Na osnovu sprovedene analize, dolazimo do zaključka da pravo na udruživanje državnih službenika nije detaljno regulisano odredbama Zakona o državnim službenicima Republike Srbije te da se na udruživanje državnih službenika supsidijarno primenjuju odredbe Zakona o radu, kao matičnog zakona, kojim se većinom uređuju individualna i kolektivna prava zaposlenih. Uz Zakon o radu, najznačajniji izvor prava za udruživanje državnih službenika predstavlja Poseban kolektivni ugovor za državne organe, gde se u posebnoj glavi uređuju pravo na udruživanje državnih službenika, odnosno uslovi za rad sindikata u državnim organima.

Primetno je da je ta koncepcija većinom prihvaćena i u pravima država nastalih na prostoru SFRJ, uz izuzetak Slovenije, gde je pravo na udruživanje državnih službenika uređeno na sveobuhvatan način, navođenjem određenih prava, garantovanih sindikatima i predstavnicima sindikata. Hrvatski propisi su specifični jer se Zakonom o državnim službenicima ne jemči pravo državnih službenika na udruživanje, ali se detaljno reguliše pitanje odgovornosti državnih službenika, članova sindikata. Pravo na udruživanje se nešto preciznije uređuje u propisima Albanije, dok se u zakonima Češke i Bugarske tom pitanju posvećuje značajna pažnja u okviru službeničke legislative. Ostale analizirane države članice Evropske unije pravo na udruživanje državnih službenika takođe mahom uređuju putem autonomnih izvora prava, pri čemu se to pravo navodi kao jedno od osnovnih prava državnih službenika u delovima zakona o individualnim i kolektivnim pravima državnih službenika. Primetno je da, uz izuzetak državnih službenika na položaju, ostale kategorije državnih službenika ne trpe nikakva ograničenja u delotvornom ostvarivanju prava na udruživanje.

Iako je utvrđeno da većina analiziranih pravnih sistema ne posvećuje značajnu pažnju tom pitanju u okviru službeničke legislative, ipak bi u nekim budućim izmenama i dopunama važećih propisa trebalo precizirati odredbe Zakona o

¹²⁴ Zakon o državnim službenicima Češke, čl. 130.

¹²⁵ Zakon o državnim službenicima Češke, čl. 131, st. 2.

¹²⁶ Zakon o državnim službenicima Češke, čl. 131, st. 4.

državnim službenicima kojima se uređuje pravo na udruživanje. To bi doprinelo daljem jačanju pozicije sindikata u državnim organima, što je veoma bitno ako se ima u vidu da je u javnom sektoru stopa sindikalizacije i dalje na zavidnom nivou, u odnosu na privatni sektor gde je sindikalno organizovanje u ozbiljnoj krizi. Veruje se da bi to podstaklo državne službenike da se udružuju i formiraju sindikate, koji bi se dalje borili za unapređenje njihovog položaja i profesionalnih interesa.

Literatura

- Baltić A., Despotović M, *Osnovi radnog prava Jugoslavije, sistem samoupravnih međusobnih radnih odnosa i osnovni problemi sociologije rada*, Savremena administracija, Beograd 1979.
- Baltić A., *Komentar Zakona o državnim službenicima*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1949.
- Borković I., *Službeničko pravo*, Zagreb 1999.
- Dimitrijević B., „Stajlište zakonodavstva prema radničkim i poslodavačkim koalicijama (II)”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2/1924.
- Jovanović P., *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015.
- Kalamatiev T., „Opšta načela, vidovi zapošljavanja i kolektivna prava zaposlenih u javnom sektoru”, *Radno i socijalno pravo, časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava* 1/2014.
- Krbek I., *Lica u državnoj službi*, Izdavački zavod Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb 1948.
- Kulić Ž., *Službeničko pravo*, Megatrend univerzitet, Beograd 2009.
- Lubarda B., *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica 2004.
- Lubarda B., *Radno pravo, rasprava o socijalnom dijalogu i dostojanstvu na radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Lubarda B., *Uvod u radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015.
- Potočnjak Ž., Radni odnosi državnih službenika, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Željko Potočnjak), Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, Zagreb 2007.
- Samuel L., *Fundamental Social Rights, Case Law of the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 2002.
- Šunderić B., Kovačević Lj., *Radno pravo, priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik, Beograd 2017.
- Šunderić B., *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2001.
- Vlatković M., Brković R., Urdarević B, *Službeničko pravo*, Dosije studio, Beograd 2013.

Vukašinović Radojčić Z., *Pravna pitanja službeničkih odnosa*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015.

Propisi i drugi akti

Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (prir. V. Beširević, S. Carić, M. Draškić i drugi), Službeni glasnik, Beograd 2017.

Public Employment in European Union Member States (ed. Isabel Hernandez Fernandez del Valle), Ministry of the Presidency, Madrid 2010.

Vodič kroz član 11 Evropske konvencije o ljudskim pravima – sloboda okupljanja i udruživanja, Beogradski centar za ljudska prava, Council of Europe, 2021.

Zakon o državnim službenicima sa komentarom, komentar sastavili Aleksandar Baltić i Leon Geršaković, Komitet za zakonodavstvo i izgradnju Narodne vlasti Vlade FNRJ 1946.

FREEDOM OF ASSOCIATION OF CIVIL SERVANTS IN DOMESTIC AND COMPARATIVE LAW

Summary

The author tries to point out the importance of freedom of association, as a basic collective right of employees. The paper pays special attention to the freedom of association of civil servants, as well as the conditions under which civil servants are organized in domestic law, in order to effectively exercise the right to collective negotiating, but also the right to collective action. Along with the analysis of the provisions of the Law on Civil Servants, the importance of domestic and international standards, which guarantee the right to association, is pointed out. Special attention is paid to the provisions of the current Special Collective Agreement for State Bodies, which regulate in more detail certain issues of importance for the activities of trade unions, which are not regulated by the Law on Civil Servants. Finally, by applying the comparative law research method, the author seeks to determine how the right to associate civil servants is regulated in the countries of the SFR Yugoslavia, as well as in some EU member states, with the aim of giving de lege ferenda proposals, so that this issue be regulated in more detail in the domestic legislation in relation to the valid legal solution from the Law on Civil Servants, where it is only determined that a civil servant has the right to be a member of a trade union and a professional association and their governing bodies.

Key words: civil servants, collective rights of employees, right of association, trade unions, collective agreements.

UGOVOR O RADU NA ODREĐENO VREME U UPOREDNOM I DOMAĆEM PRAVU

Apstrakt

Zaposleni, po pravilu, zaključuju ugovor o radu na neodređeno vreme, dok se ugovor o radu na određeno vreme koristi izuzetno, samo u situacijama koje to opravdavaju. Međutim, usled procesa globalizacije i finansijske destabilizacije, ugovor o radu na određeno vreme postaje najrašireniji oblik ugovora o radu. Time ne samo da se narušava standardni ugovorni model nego se istovremeno afirmiše i fleksibilizacija kao nova poluga u borbi protiv nezaposlenosti. Naime, fleksibilizacija u svom značenju implicira drugačiju šemu radnih odnosa i ekspanziju atipičnih ugovornih aranžmana. Predmet ovog rada biće analiza ugovora o radu na određeno vreme u uporednom pravu, imajući u vidu razlike koje postoje u nacionalnim pravnim sistemima u uslovima zaključivanja tog ugovora, maksimalnom broju sukcesivnih ugovora zaključenih između istih lica za isti posao i ukupnom trajanju ugovora. Osim toga, u radu će biti navedene situacije kada je dopušteno zaključiti ugovor o radu na određeno vreme u domaćem pravu i razmotreno pitanje vremenskog ograničavanja ugovora.

Ključne reči: ugovor o radu na određeno vreme, standardni radni odnos, fleksibilizacija.

1. Uvod

Poslodavac i zaposleni su, načelno, slobodni da odluče da li da stupe u međusobni odnos (sloboda izbora saugovarača), u kom obliku i na koji način (sloboda izbora vrste i sadržine ugovora). Naime, zaposleni i poslodavac određuju kako će strukturisati sadržinu ugovora o radu i da li će ugovor o radu biti zaključen na određeno ili neodređeno vreme.¹ Ugovor o radu na neodređeno vreme standardni je model zaposlenja koji je obeležio posleratne tridesete godine, koje su dobile epitet „zlatne tridesete” upravo zbog naglog porasta broja ugovora o radu čije trajanje nije unapred utvrđeno. Štaviše, taj period je označio prekid sa dotadašnjom koncepcijom ugovora o najmu rada, budući da je najamni odnos isključivao mogućnost angažovanja radnika na trajnoj osnovi.²

* Doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, tijanarkovacevic@gmail.com

¹ D. Grandguillot, *L'essentiel du droit du travail*, 21e édition, Gualino, Paris 2021, 57.

² Lj. Kovačević, „Komunitarnopravna načela zaštite zaposlenih sa atipičnim radnim odnosom”, *Pravo i privreda* 5–8/2009, 676.

To znači da se tek u vreme industrijske revolucije dogodio zaokret ka standardnom ugovoru o radu, koji pretpostavlja podređeni rad za jednog poslodavca u strogo hijerarhijski ustrojenom radnom okruženju. U tom svetlu, standardni ugovor o radu je označavan i kao glavni „zupčanik” fabričkog sistema i industrijskog kapitalizma.³ Dakle, ugovor o radu na neodređeno vreme se tradicionalno smatra osnovnim oblikom ugovora o radu, dok se ugovor o radu na određeno vreme koristi izuzetno kada okolnosti slučaja to opravdavaju. Shodno tome, fleksibilni oblici zapošljavanja predstavljaju zamenu za ugovor o radu na neodređeno vreme, bez narušavanja primarne postavke o neprikosnovenosti standardnog radnog odnosa.⁴

No, usled procesa globalizacije i liberalizacije svetske trgovine poslednjih decenija se standardni ugovorni model narušava u korist novih ugovora o radu sa fleksibilnijom sadržinom. Štaviše, rasprave o „eroziji standardnog radnog odnosa” pojavile su se u naučnim krugovima još početkom osamdesetih godina prošlog veka.⁵ Ekonomska kriza i tehnološke inovacije rezultirale su izgradnjom drugačijih poslovnih modela sa ciljem da se olakša prilagođavanje procesa rada novonastalim okolnostima. To je imalo za posledicu „razaranje” tradicionalnih struktura rada i prilagođavanje starih pravila novim izazovima. Otuda se sve više afirmiše ideja fleksibilizacije koju prate nestandardni ugovori o radu, kao što je ugovor o radu na određeno vreme.⁶

2. Pojam fleksibilizacije

Pojam fleksibilizacije nije definisan na jedinstven način. U literaturi se mogu naći brojne definicije fleksibilizacije koje, iako različite, imaju jedinstveno uporište. To je koncepcija neoliberalizma, koja se koristi kao okvir u kojem se kreću savremeni društveni procesi. Ideologija neoliberalizma u kojoj se „artikulišu semantičke priče” o socijalnoj pravdi i društvenom napretku poprimala je, osim univerzalnog, i hegemonistički karakter.⁷ Pre svega, reč je o „univerzalističkoj misiji sa totalitarnim dimenzijama” koja se u najvećoj meri manifestuje u sferi ekonomskih i radnih odnosa.⁸ Osim toga, neoliberalizam se zasniva na hegemoniji slobodnog tržišta i principu ekonomskog liberalizma, uz minimalan upliv države u pravcu regulisanja slobodno formiranih tržišnih struktura.⁹

³ M. L. Cook, „Toward Flexible Industrial relations? Neo-Liberalism, Democracy and Labor reform in Latin America”, *Industrial Relations* 3/1998, 312.

⁴ B. A. Lubarda, *Radno pravo: Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 340.

⁵ M. Freedland, „Burying Ceaser: What was the standard employment contract”, *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment* (eds. Katherine V. W. Stone, Harry Arthurs), New York 2013, 82.

⁶ Lj. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 121.

⁷ B. Kovačević, *Neoliberalna hegemonija*, Evropski defendologija centar za naučna, politička, ekonomska, socijalna, bezbjednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka 2019, 15.

⁸ *Ibid.*, 16.

⁹ M. Kovač Orlandić, „Fleksibilizacija radnog prava – izazovi i granice”, *Studia iuridica Montenegrina* 1/2019, 90.

Tako postavljena, neoliberalna doktrina teži restrukturiranju ekonomije sa ciljem liberalizacije tržišta i deregulacije radnih odnosa. Ideološko-politička dimenzija neoliberalne doktrine, u suštini, pretpostavlja slabljenje državnih struktura radi nesmetanog funkcionisanja jedinstvenog i globalno integrisanog tržišta. Okosnicu te ideje čine promenjene uloge aktera u kojoj država zauzima sporednu ulogu u odnosu na tržište koje samo čini čuda (rešava problem nezaposlenosti, otklanja posledice krize, obezbeđuje ekonomski progres).¹⁰ Naime, ekonomskim subjektima se, bez upliva države u privredne tokove, ostavlja mogućnost da se sami nose sa tržišnim oscilacijama. Sa deregulacijom radnih odnosa usko je skopčana i fleksibilizacija koja se, takođe, temelji na „institucionalnoj relaksaciji”.¹¹

Fleksibilizacija se koristi kao „drugo ime” za deregulaciju ili kao njena nadgradnja zbog čvrste veze koja postoji između fleksibilizacije, s jedne strane, i zakonske regulative i institucija tržišta rada, s druge strane. U suštini, koliko će fleksibilizacija pustiti korene, zavisi od toga koliko su države spremne da se odreknu prerogativa vlasti.¹² Iako se karakteristike fleksibilizacije čine nespornim, ne postoji opšteprihvaćena definicija fleksibilizacije. To se objašnjava visokim stepenom apstrakcije tog pojma koji se izučava iz ugla različitih disciplina na različite načine. Dodatni problem stvara i činjenica što se fleksibilizaciji pripisuju ideološka značenja, tako da se ona smatra delom neoliberalne politike koja nastoji da podredi interese rada akumulaciji kapitala te da stranim ulaganjima da preferencijalni tretman.¹³

U teoriji se fleksibilizacija poima kao drugačiji pristup radu odnosno pitanjima koja se tiču načina organizacije i vršenja rada sa ciljem da se postigne veća mobilnost radne snage koja će moći da se suoči sa promenjenim tržišnim okolnostima. Sledstveno tome, fleksibilan rad podrazumeva izmenjen pristup organizaciji i sistematizaciji poslova koji će radnu snagu učiniti prilagodljivom, kako bi se uspešno nosila sa promenama u savremenoj ekonomiji, što bi, u krajnjem, značilo individualni i kolektivni napredak. Osim toga, fleksibilnost na tržištu rada predstavlja stepen i brzinu adaptiranja tržišnim šokovima koji omogućavaju da se isprave tržišne krutosti.¹⁴ To je fleksibilizacija koja se emituje na makroplanu, dok, posmatrana sa mikroaspekta, fleksibilizacija predstavlja sposobnost preduzeća da strukturu i organizaciju radne sredine prilagodi potrebama poslovanja.¹⁵

Sličnu definiciju nalazimo i kod Puljiza, koji fleksibilizaciju dovodi u vezu sa procesom slabljenja socijalne države, što je otvorilo prostor za uvođenje novih oblika rada koji zamenjuju standardni oblik zaposlenja i ugovor o radu na neodre-

¹⁰ J. R. Čalić, „Fleksibilizacija radnih odnosa sa osvrtom na rad sa nepunim radnim vremenom”, *Strani pravni život* 1/2020, 89.

¹¹ H. Collins, K. D. Ewing, A. McColgan, *Labour Law*, Cambridge University Press, New York 2012, 36.

¹² F. A. Fernández, „Flexibilidad Laboral: Elementos Teórico Conceptuales para su Análisis”, *Revista Ciencias Sociales* 26/2011, 43.

¹³ H. Trbušić, *Kritička analiza diskursa o fleksibilizaciji tržišta rada*, doktorski rad, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2021, 80.

¹⁴ G. Bončić, *Preobražaj radnog odnosa*, master rad, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2016, 7.

¹⁵ H. Trbušić, 80.

đeno vreme.¹⁶ S druge strane, pojedini autori fleksibilizaciji pripisuju epitet efikasnog sredstva za obezbeđenje konkurentnosti u promenljivim vremenima i globalizovanom društvu.¹⁷ No, i pored toga se primećuje da fleksibilizacija smanjuje ekonomsku i socijalnu sigurnost radnika, čineći ih osobito ranjivim i podložnim različitim oblicima eksploatacije. Prihvatanje fleksibilizacije znači napuštanje ideje o standardnom modelu radnog odnosa koji pruža sigurnost i širenje „nekonvencionalnog rada” koje prati neizvesnost u pogledu dužine trajanja radnog odnosa.¹⁸ S tim u vezi, pravi se razlika između različitih oblika fleksibilnosti, tako da se samom pojmu pripisuje više značenja, od kojih se neka odnose na nove organizacije rada, a druga na posebne vrste ugovora o radu.¹⁹

3. Ugovor o radu na određeno vreme kao fleksibilan oblik ugovora

Stabilnost zaposlenja je jedan od osnovnih ciljeva radnog odnosa koji pretpostavlja postojanje ugovora o radu na neodređeno vreme. Zaposleni tradicionalno teže zaključenju ugovora o radu na neodređeno vreme koji će im obezbediti kontinuiran rad i siguran prihod.²⁰ Nasuprot tome, poslodavci nastoje da smanje troškove rada kako bi ostvarili veći profit i prednost u odnosu na konkurente, zbog čega zaposlenima umesto ugovora o radu na neodređeno vreme nude fleksibilnije ugovorne aranžmane. Pritom, poslodavcima stoji na raspolaganju čitava paleta fleksibilnih oblika ugovora o radu.²¹ Osim toga, ugovor o radu na određeno vreme je najčešće korišćen fleksibilni ugovor o radu u praksi pa zavređuje posebnu pažnju. Ugovor o radu na određeno vreme je i ugovor koji se u teoriji najviše upoređuje sa ugovorom o radu na neodređeno vreme.

Dakle, ugovor o radu na neodređeno vreme i ugovor o radu na određeno vreme stoje u obrnutom odnosu jer dok ugovor o radu na neodređeno vreme odiše sigurnošću, ugovoru o radu na određeno vreme nedostaje taj kvalitet. U principu, nestandardne oblike zapošljavanja tradicionalno prati manji krug garantovanih prava jer je celokupno zaštitno radno zakonodavstvo koncipirano prema modelu standardnog ugovornog modela.²² Ugovor o radu na neodređeno

¹⁶ V. Puljiz, „Neoliberalizam i socijalna država”, *Globalizacija i neoliberalizam. Refleksije na hrvatsko društvo* (ur. Davorka Vidović, Davor Pauković), CPI, Zagreb 2006, 125.

¹⁷ Fleksibilizacija, pritom, pruža najviše mogućnosti malim i srednjim preduzećima koji sprovede postupke reorganizacije. S. Jašarević, „Fleksibilizacija rada – rešenje ili zabluda”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta* 4/2012, 173.

¹⁸ S. Gligorić, S. Škorić, „Flexible forms of work and work engagement”, *Pravo – teorija i praksa* 4/2021, 90.

¹⁹ Lj. Kovačević (2013), 121. Koncept fleksibilizacije počiva na četiri stuba: 1) nestandardni (fleksibilni) ugovori o radu, 2) celoživotno učenje, 3) efikasna politika zapošljavanja i 4) izmenjena socijalna zaštita.

²⁰ To naročito važi za zemlje u razvoju u kojima vladaju ekonomska, socijalna i politička nesigurnost.

²¹ Primećuje se da je fleksibilizacija značajno doprinela širenju atipičnih ugovornih angažmana tako da se u uporednom pravu mogu naći različiti modaliteti fleksibilnih ugovora o radu. Primera radu, u Francuskoj se koristi više od 17 različitih atipičnih ugovora o radu, dok je broj tih ugovora još veći u drugim zemljama. S. Jašarević, 181.

²² Otuda se, negativno određeno, pod atipičnim radnim odnosom smatraju svi radni odnosi koji nisu zasnovani na neodređeno vreme sa punim radnim vremenom i u kojima se rad ne obavlja u prostorijama

vreme jeste ugovor sa trajnim izvršenjem koji traje sve dok se ne steknu zakonom predviđeni uslovi za njegov prestanak. To znači da ugovor o radu na neodređeno može trajati i ceo radni vek zaposlenog, dok ugovor o radu na određeno vreme prestaje istekom roka važenja.²³ Ugovor o radu na određeno vreme smatra se izuzetkom, zbog čega važi pretpostavka da je zaključen ugovor na neodređeno vreme ako vrsta ugovora o radu s obzirom na vreme trajanja nije samim ugovorom određena.

S tim u vezi, ugovor o radu na određeno vreme treba razlikovati od ugovora o radu na neodređeno vreme sa klauzulom koja garantuje minimalno trajanje ugovora.²⁴ To je posebna klauzula kojom se obezbeđuje stabilnost ugovora o radu na neodređeno vreme u pravnim sistemima u kojima je ugovor o radu „po volji” pravilo.²⁵ Glavna odlika te klauzule je da zabranjuje poslodavcu da u periodu naznačenom u ugovoru otpusti zaposlenog.

U situacijama kada ugovor o radu na određeno vreme nije zakonski definisan, obeležja tog fleksibilnog ugovora se mogu utvrditi posredno imajući u vidu listu razloga koji opravdavaju njegovu upotrebu. U tom smislu, ugovor o radu na određeno vreme mora biti objektivan i opravdan rokom ili izvršenjem određenog posla ili, pak, nastupanjem određenog događaja.²⁶ Objektivnost se sagledava u odnosu na privremene i specifične potrebe poslodavca, kao i ciljeve koji se žele postići zaključivanjem ugovora o radu na određeno vreme. Drugim rečima, upotreba ugovora o radu na određeno vreme mora biti procenjena po funkcionalnom kriterijumu.²⁷

Poslednjih decenija se afirmiše trend fleksibilizacije koji podstiče zaključivanje ugovora o radu na određeno vreme. To posebno važi za razvijenija tržišta koja radnike posmatraju kao trošak proizvodnje koji treba što više sniziti, što za posledicu ima devalorizaciju ljudskog rada u odnosu na kapital.²⁸ Uzevši u obzir aktuelne tendencije u oblasti rada, standardni oblik ugovora o radu polako postaje sve manje pravilo a sve više izuzetak, čime se odstupa od klasične formule rada na neodređeno vreme uz ugovor o radu i sve beneficije koje on donosi.²⁹ U tom promenjenom odnosu, prednost se daje ugovoru o radu na određeno vreme, kao fleksibilnom ugovoru o radu.

poslodavca. D. Radovanović, „Radni odnos na određeno vreme kao atipični radni odnos”, *Radno i socijalno pravo* 4–6/2016, 679.

²³ G. Bončić, 12.

²⁴ K. V. W. Stone, „Revisiting the At-Will Employment Doctrine: Imposed Terms, Implied Terms, and the Normative World of the Workplace”, *Industrial law journal* 1/2007, 2.

²⁵ Ugovor o radu „po volji” jeste ugovor koji poslodavac može otkazati u bilo kom trenutku po sopstvenom nahođenju i nezavisno od opravdanog razloga. Drugim rečima, „američka doktrina ‘po volji’ znači da ugovor o radu na neodređeno vreme može da raskine bilo koja strana u bilo kom trenutku iz bilo kog razloga”. *Ibid.*, 2.

²⁶ G. Bončić, 13.

²⁷ R. Blanpain, „Fixed-term employment contracts: the exception?”, *ADAPT Working Paper* 43/2017, 5.

²⁸ Lj. Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021, 24.

²⁹ K. V. W. Stone, H. Arthurs, „The transformation of employment regimes: a worldwide challenge”, *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment* (eds. Katherine V. W. Stone, Harry Arthurs), New York 2013, 2.

4. Uporedno pravo

4.1. Francuska

U posleratnim godinama osiguranje stabilnosti zaposlenja bio je jedan od glavnih ciljeva francuskog zakonodavca. Međutim, promenom ekonomskog konteksta sedamdesetih godina prošlog veka, dolazi do redefinisivanja odnosa između ugovora o radu na neodređeno i ugovora o radu na određeno vreme. Naime, ugovor o radu na određeno vreme uveden je u francusko pravo 1979. godine kao pravni odgovor na ekonomsku krizu i visoku stopu nezaposlenosti. Izgrađivanje normativnog okvira, pritom, nije vodilo postavljanju ograničenja u zaključivanju ugovora o radu na određeno vreme, što je „otvorilo vrata” za njegovu široku upotrebu.³⁰ Dodatno, ugovor o radu na određeno vreme ima podjednako staru tradiciju kao ugovor o radu na neodređeno vreme.³¹ Ti ugovori se pojavljuju u sličnom istorijskom kontekstu, te su se, zavisno od volje ugovarača, mogli uporedo koristiti.

Naime, prema ranijem francuskom pravu, zaposleni i poslodavac su inicijalno mogli umesto ugovora o radu na neodređeno vreme da zaključe ugovor o radu na određeno vreme, bez dodatnih uslova i posebnih ograničenja. Imajući u vidu primenu opštih pravila obligacionog prava na radne odnose, suverena volja ugovornih strana nije mogla biti ničim ograničena. Iz toga sledi da su zaposleni i poslodavac bili slobodni da sami utvrde ne samo sadržinu nego i dužinu trajanja ugovora.³² Uz to, postojala je mogućnost zaključivanja neograničenog broja ugovora o radu na određeno vreme između istih lica za iste poslove. No, da bi zaštitila zaposlene, sudska praksa je izgradila pravilo da se u slučaju sukcesivnih ugovora o radu menja priroda radnog odnosa koji se konvertuje u standardni radni odnos.³³

Tek je zakonodavnom reformom iz 1982. godine uvedena iscrpna lista razloga koji opravdavaju korišćenje ugovora o radu na određeno vreme.³⁴ Ona je kasnije napuštena u korist dva opšta pravila: da se ugovor o radu na određeno

³⁰ Prema statističkim podacima iz 2013. godine, gotovo 70% svih zaključenih ugovora u Francuskoj čine ugovori o radu na određeno vreme, a njihovo prosečno trajanje iznosi svega dva i po meseca. M. Sädevirta, *A comparative study of the regulation governing the use of fixed-term contracts in three eu member states*, Faculty of Law in the University of Helsinki, Helsinki 2013, 253.

³¹ G. Bončić, 16.

³² To je imalo za posledicu da se u praksi ugovor o radu vremenski ograničavao samo onda kada je to priroda posla zahtevala (npr. dok traje sezona u ugostiteljstvu ili poljoprivredi). M. Sädevirta, 256.

³³ Zabrana sukcesivnih ugovora o radu nije važila za sezonske poslove, tako je ugovor o radu na određeno vreme automatski važio i za narednu sezonu, ako samim ugovor nije bilo drugačije predviđeno. Na ovom mestu valja navesti da su sudovi odbijali da na ugovor o radu primenjuju građanskopravnu konstrukciju složenog roka koji se transformiše u uslov ugovora ako sadrži element neizvesnost (*Dies incertus pro condicione habetur*). *Ibid.*

³⁴ Krug taksativnih razloga se svodio na zamenu odsutnog zaposlenog, izvršavanje tačno određenog zadatka ili privremeno obavljanje posla (najviše šest meseci) usled porasta aktivnosti u preduzeću. Ovoj listi razloga dodati su novi međusektorskim sporazumom socijalnih partnera, kojim je po prvi put uveden maksimalan rok važenja ugovora o radu na određeno vreme od 18 meseci. Iako je ovaj rok i danas važeći, on je više puta skraćivan i produžavan. Upor.: F. Dauty, M. L. Morin, „Entre le travail et l'emploi: La polyvalence des contrats à durée déterminée”, 24, https://travail-emploi.gouv.fr/publications/Revue_Travail-et-Emploi/pdf/52_3116.pdf, 6. oktobar 2022.

vreme zaključuje za izvršenje tačno određenog posla i da dodeljeni poslovi ne smeju biti povezani sa trajnom aktivnošću poslodavca.³⁵ Potonje ograničenje je zadržano do danas, ali je dodata strogo utvrđena lista objektivnih razloga. Reč je o tri grupe razloga: zamena zaposlenog u slučaju odsustva sa rada ili mirovanja prava i obaveza po osnovu ugovora o radu, povećanje obima posla koje iziskuje privremeno širenje personalnog kadra i poslovi sezonskog karaktera.³⁶

Dakle, ugovor o radu na određeno vreme može biti osnov za zasnivanje radnog odnosa privremenog karaktera radi zamene odsutnog radnika za vreme korišćenja odsustva zbog bolesti ili porodiljskog odsustva ili zbog prelaska sa punog na nepuno radno vreme, kao i kada treba obezbediti zamenu u periodu od odlaska starog radnika do dolaska novog, s tim što se u potonjoj situaciji ukupno trajanje ugovora o radu ograničava na devet meseci.³⁷ Ipak, objektivni razlog ne postoji ako je novozaposleni stupio na mesto radnika koji je zbog potreba poslodavca otpušten u poslednjih šest meseci.³⁸ Isto važi i kada se ugovor o radu na određeno vreme zaključuje radi zamene zaposlenog koji je učesnik u štrajku.³⁹ Valja pomenuti da se ugovor o radu na određeno vreme može koristiti i radi zamene direktora privrednog društva koji nema svojstvo zaposlenog već u odnosu prema društvu istupa kao nezavisni ugovorač koji vrši rad u interesu svih nosilaca interesa (stejkholdera).⁴⁰

U ugovoru o radu, međutim, može biti naveden samo jedan razlog koji opravdava njegovu upotrebu i može se koristiti radi zamene isključivo jednog radnika konkretno naznačenog u ugovoru.⁴¹ Interesantno je da se u ugovoru o radu na određeno vreme obavezno navodi nivo kvalifikacija koje ima zaposleni koji se menja, dok se za radno mesto to isto ne zahteva, što poslodavcima ostavlja mogućnost da novom zaposlenom nalože da obavlja radne zadatke koji ne ulaze u okvir posla za koji je prvobitni zaposleni zaključio ugovor.

³⁵ Tri godine kasnije je tome pridodat još jedan osnov za zaključenje ugovora o radu na određeno vreme koji se ticao nezaposlenih lica koje se nalaze na evidenciji službe za zapošljavanje u prethodnih 12 meseci od momenta zaključenja ugovora. M. Sädevirta, 257.

³⁶ P. Lokiec, „Fixed-term contracts in France”, in: *Regulation of fixed-term employment contracts: A comparative overview* (ed. Roger Blanpain), The Netherlands 2010, 73.

³⁷ Budući da se tačan datum povratka odsutnog zaposlenog ne može unapred sa preciznošću znati, pravo pruža garantije novozaposlenom da njegov ugovor neće prestati u minimalnom periodu koji se naznačava u ugovoru. To je jedinstvena situacija kada se pored maksimalnog uvodi i minimalno trajanje ugovora o radu na određeno vreme. *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ F. Dauty, M. L. Morin, 28.

⁴⁰ Naime, u Francuskoj se pravi razlika između direktora koji imaju upravljačke funkcije i koji nisu zaposleni u preduzeću i direktora koji rade kao „rukovodeći radnici”, čije je osnovna funkcija da usmeravaju rad drugih radnika koji su hijerarhijski niže pozicionirani. Lj. Kovačević (2013), 113.

⁴¹ To je ustanovljeno odlukom francuskog Kasacionog suda, koji je u diktumu istakao da se poslodavac ne može u isti mah pozivati na dva odvojena objektivna razloga zbog kojih ograničava trajanje ugovora. Tako, zaposlena ne može zaključiti ugovor o radu na određeno vreme zbog povećanog obima posla u računarskoj službi i zbog zamene zaposlene koja je na porodiljskom odsustvu. To, tim pre, što poslodavac ne može šest meseci unapred da prognozira nagli porast aktivnosti (Cass.soc. 23 janvier 2008, n° 06-41.536P). S druge strane, kada u ugovoru nije precizno definisan razlog, smatra se da je umesto ugovora o radu na određeno vreme zaključen ugovor o radu na neodređeno vreme (francuski Zakonik o radu, čl. 1242-12). Do konverzije ugovora o radu na neodređeno vreme dolazi i kadu su vremenski ograničeni ugovori o radu zaključivani radi zamene više zaposlenih uzastopno. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 juin 2006, 04-43.053.

Kada je reč o drugom razlogu, privremeno povećanje posla ne može biti objektivan razlog ako ulazi u sferu stalnih aktivnosti poslodavca.⁴² U tom smislu, otvaranje nove radnje ili lansiranje novog proizvoda ne mogu biti valjani osnovi za korišćenje ugovora o radu na određeno vreme.⁴³ Ipak, legitimno je zapošljavanje novih zaposlenih na određeno vreme zbog uvećanog obima posla koji je posledica porasta tražnje za robom poslodavca na tržištu.⁴⁴ Jedini uslov koji se zahteva jeste minimalno šestomesečno trajanje promenjenog odnosa potrošača prema robi koju proizvodi poslodavac. Osim toga, ustanovljen je dodatni izuzetak čiji je cilj olakšano integrisanje u tržište rada teže zapošljivih grupa, pri čemu se ugovor o radu na određeno vreme ograničava na period od najviše 12 meseci.⁴⁵ S tim u vezi, potpuno je irelevantno da li je nepovoljan položaj tih lica posledica njihovog socijalnog ili porodičnog statusa ili invaliditeta.⁴⁶

Konačno, ugovor o radu na određeno vreme može se koristiti i radi obavljanja sezonskih poslova. Dužina trajanja sezone za koju se konkretni poslovi vezuju mora biti jasno naznačena u ugovoru, tako da minimalno trajanje ugovora bude unapred poznato. Ipak, francuski Zakonik o radu sadrži spisak sektora u kojima je, bez obzira na obim i prirodu posla, poslodavcima dopušteno da koriste ugovor o radu na određeno vreme.⁴⁷ Krug delatnosti se može proširiti zajedničkom odlukom socijalnih partnera u formi sektorskog kolektivnog ugovora. Takođe, u slučaju sezonskih poslova dolazi do derogacije pravila o ukupnom broju dozvoljenih produžetaka ugovora o radu na određeno vreme, što se opravdano kritikuje, budući da se zaposlenima na taj način uskraćuje trajni posao. Tako, zaposleni iz godine u godinu mogu zaključivati ugovore o radu na određeno vreme iako su ispunjeni svi uslovi za stabilno i dugoročno zaposlenje.⁴⁸

Korišćenje ugovora o radu na određeno vreme u francuskom pravu podleže i restriktivnim ograničenjima koja se ogledaju u određivanju broja dozvoljenih produžetaka u maksimalnom periodu trajanja tog ugovora. Tako se ugovor o radu na određeno vreme može produžiti jednom iz opravdanih razloga, s tim da dužina trajanja ugovora ne prelazi 18 meseci.⁴⁹ U momentu zaključenja ugovora

⁴² U tu kategoriju spada i završetak određenog zadatka ili projekta koji u francuskom pravu ne predstavlja zaseban objektivan razlog.

⁴³ Interesantan je primer kompanije *Lidl* koja je 1996. godine otvorila novu radnju i time nastojala da opravdala zapošljavanje kasir-prodavca na određeno vreme. M. Sädevirta, 261.

⁴⁴ Povećanje obima posla koji ne može uspešno da završi postojeća kadrovska struktura poslodavca može biti rezultat nedovoljnog broja zaposlenih ili posledica njihove nestručnosti.

⁴⁵ P. Lokiec, 74.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Reč je o granama građevinarstva, šumarstva, hotelijerstva, ugostiteljstva itd. Vid. francuski Zakonik o radu, čl. D. 1242-1.

⁴⁸ Sudska praksa je iznivalisala to pravilo mogućnošću konverzije ugovora o radu na određeno vreme u ugovor o radu na neodređeno vreme ako je zaposleni angažovan za rad tokom celokupne sezone sa klauzulom u ugovoru o radu kojom se omogućava ponovno angažovanje naredne sezone. P. Lokiec, 73.

⁴⁹ Francuski Kasacioni sud je u jednom predmetu zbog legitimnih interesa poslodavca odbio da dvogodišnji ugovor o radu na određeno vreme konvertuje u ugovor o radu na neodređeno vreme. Sud je svoje rezonovanje obrazložio potrebom poštovanja principa proporcionalnosti koji leži u osnovi svake zakonske odredbe, te da u konkretnom slučaju poslodavac trpi preteranu štetu primenom pravne fikcije o zasnivanju standardnog radnog odnosa. Zbog

mora postojati objektivan razlog za ponovno zaključenje ugovora o radu na određeno vreme u periodu od 18 meseci, a taj razlog mora biti identičan prethodnom objektivnom razlogu zbog kojeg je zaključen taj isti ugovor.

Osim toga, po isteku ugovora o radu na određeno vreme, poslodavac ne može odmah da zaključi drugi ugovor na određeno vreme sa istim ili drugim zaposlenim da bi popunio isto radno mesto. Zbog toga je poslodavac u obavezi da pre zaključenja novog ugovora o radu sačeka istek roka od 1/3 do 1/2 ukupnog trajanja prethodnog ugovora, zavisno od toga da li je inicijalni ugovor trajao više ili manje od 14 dana.⁵⁰ Štaviše, taj zahtev se postavlja i kada zaposleni zaključuje niz sukcesivnih ugovora o radu za obavljanje istog posla na različitim lokacijama.⁵¹ To pravilo je konstituisano sa ciljem da se spreče zloupotrebe koje se povezuju sa raširenom praksom poslodavaca da zapošljavaju radnike na određeno vreme u situacijama kada postoji realna potreba za njihovim radom na duži rok. Odstupanja su, doduše, moguća kada je to neophodno iz bezbednosnih razloga ili zbog hitnosti posla koji ne trpi odlaganja.⁵²

4.2. Italija

Prema ranijem italijanskom pravu, zaposleni i poslodavac su mogli pribeći ugovoru o radu na određeno vreme samo u izuzetnim slučajevima i pod uslovima strogo određenim zakonom.⁵³ Ugovor o radu na određeno vreme mogao se zaključiti 1) radi izvršenja poslova koji imaju sezonski karakter; 2) kada se radnik angažuje radi zamene privremeno odsutnog zaposlenog sa rada, čija je sigurnost zaposlenja garantovana zakonom, pri čemu u tu grupu razloga ne spada učestvovanje i organizovanje štrajka u kojem se prekida rad; 3) kada se radnik angažuje na određenom radnom mestu u unapred određenom trajanju na vanrednim ili povremenim poslovima; 4) za aktivnosti koje se obavljaju u etapama ili u različitim fazama koje su komplementarne sa osnovnom delatnošću, ali koje zahtevaju da zaposleni poseduju veštine koje se razlikuju od onih koje imaju stalno zaposleni u preduzeću; 5) pri zapošljavanju umetnika ili radnika tehničke podrške za određene umetničke performanse.⁵⁴

Dodatno, sudska praksa je pribegavala vrlo striktnom tumačenju slučajeva korišćenja ovog ugovora. To nije činjeno sa ciljem da se marginalizuje ugovor o radu na određeno vreme već da se spreče zloupotrebe koje mogu nastati u njegovoj

toga je potrebno, prema mišljenju suda, od slučaja do slučaja ispitati da li konkretna norma u dovoljnoj meri uvažava legitimne interese poslodavca. Drugim rečima, ocena legitimnih interesa poslodavaca se mora uzeti u obzir, ali se ne može apstraktno procenjivati. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 5 déc.2001, RJS 3/02 n 270.

⁵⁰ P. Lokiec, 74.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² D. Grandguillot, 57.

⁵³ Inače, ugovor o radu na određeno vreme prvi put je uveden u italijansko pravo Zakonom br. 863 oizd 1984. godine. Vid. P. Adam, P. Canziani, Partial De-Regulation: Fixed-Term Contracts in Italy and Spain, 9, <https://cep.lse.ac.uk/pubs/download/dp0386.pdf>, 3. oktobar 2022.

⁵⁴ M. Tiraboschi, Glancing at the Past: An Agreement for the Markets of XXIst Century, *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times* (ed. Michele Tiraboschi), ADAPT University Press, Modena 2015, 569.

praktičnoj primeni. Međutim, nakon donošenja Dekreta iz 2001. godine, ugovor o radu na određeno vreme mogao je biti zaključen za bilo koju vrstu poslova, s tim što ugovor o radu nije smeo ukupno trajati duže od tri godine, bez obzira na dužinu trajanja pojedinačnih produženja.⁵⁵ Dakle, bilo je moguće zaključivati više ugovora o radu na određeno vreme koji su se mogli sukcesivno ili sa prekidima produžavati.⁵⁶

Ipak, radnicima se pružao određeni stepen sigurnosti time što je uvedeno ograničenje maksimalnog broja produžetaka koji ne prelaze pet ugovora o radu, bez obzira na to da li su zaključivani uzastopno ili u razmacima.⁵⁷ Takođe, umesto nabiranja situacija u kojima se može koristiti ugovor o radu na određeno vreme, koristila se generalna formulacija „razlozi tehničke, produktivne ili organizacione prirode”.⁵⁸ Uz to, uvedena su ograničenja objektivnog tipa kojima je bilo predviđeno da, u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom, poslodavac ne sme imati više od 20% zaposlenih koji rade na određeno vreme.⁵⁹ Poređenje se vrši u odnosu na ukupan broj zaposlenih kod poslodavca, a ne samo broj onih koji imaju standardni ugovor o radu.

Uprkos brisanju slučajeva u kojima se dopušta zaključenje ugovora o radu na određeno vreme, „liberalizacija” te vrste ugovora se ne sme shvatati tako da se on izjednačava sa ugovorom o radu na neodređeno vreme. To dodatno potvrđuju promene u zakonskom uređenju te vrste ugovora koje su usledile. Štaviše, regulativa ugovora o radu na određeno vreme predmet je stalnih revizija, što pokazuje nestalnost italijanskog zakonodavca u identifikovanju tačke ravnoteže između potrebe za fleksibilnošću poslovanja i aktivne težnje ka ostvarenju ekonomske sigurnosti radnika.⁶⁰

⁵⁵ Do tada nije bilo načelnog pravila o maksimalnom trajanju ugovora o radu na određeno vreme, premda su pojedini autori tvrdili da se trogodišnji rok pretpostavljao i pre zakonske regulative. Istovremeno, on se nije primenjivao na vatrogasce, istraživače, školsko, odnosno nastavno osoblje, radnike u poljoprivredi i mnoge druge. *Ibid.*, 574.

⁵⁶ S tim u vezi, ukinuti su minimalni intervali između sukcesivnih ugovora o radu.

⁵⁷ Sud pravde Evropske unije je u nizu predmeta modifikovao to pravilo uvodeći ograničenje od maksimalnih osam produženja. Presuda Suda pravde Evropske unije u spojenim predmetima C-378/07 i C-380/07 od 23. aprila 2009; Presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu C-212/04; Presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu C-586/10 od 26. januara 2012; Presuda suda pravde Evropske unije C-144/04 od 22 novembra 2005. Više u S. Sciarra, *Labour law in the courts*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon 2001, 3.

⁵⁸ M. Tiraboschi (2015), 569.

⁵⁹ Kvantitativni kriterijum nesumnjivo izražava nameru da se unese ravnoteža u sudsku evaluaciju razloga poslodavca za korišćenje ugovora o radu na određeno vreme, s obzirom na to da se maksimalan broj zaposlenih na određeno vreme nameće kao jasna granica organizacione slobode poslodavca. Povreda procentualne granice nije dovela do pretvaranja ugovora o radu na određeno vreme u standardni ugovor o radu. Naprotiv, primenjivala se administrativna sankcija koja je odgovarala iznosu jednakom 20% zarade za prvog zaposlenog radnika preko postavljenog ograničenja, a 50% za svakog sledećeg radnika, i to za svaki mesec ili deo meseca prekoracene dužine trajanja ugovora. Međutim, to nije vodilo ništavosti ugovora o radu, tako da se radni odnos, zavisno od volje ugovornih strana, nastavljao samo sa većim troškovima po poslodavca. Ipak, odvrćući efekat te sankcije je diskutabilan, budući da njena primena ostaje poverena isključivo inspekcijским organima, pod pretpostavkom da radnik ima saznanja o prekoracanju procentualne granice i interes da prijavi prekršaj. Interesantno je i to da se prihod od administrativnih sankcija dodeljivao Socijalnom fondu za zapošljavanje i obuku. M. Tiraboschi, „Italian Labour Law after so called Monti- Fornero Reform (Law no. 92/2012)”, *Labour studies* 3–4/2012, 53.

⁶⁰ Valja pomenuti i drugu krajnost da je italijanskim Zakonom iz 1962. godine radi sprečavanja korišćenja ugovora na određeno vreme kada za njim ne postoji potreba uvedeno restriktivno pravilo da se ugovor o radu na određeno vreme može koristiti samo uz pismeni akt u izuzetnim okolnostima. *Ibid.*

Međutim, Dekret iz 2018. godine proizveo je, prema nekim mišljenjima, pravu „promenu paradigme” u italijanskom radnom pravu.⁶¹ Dužina ukupnog trajanja ugovora o radu na određeno vreme smanjena je sa tri na dve godine. Poslodavac nije bio u obavezi da navede opravdan razlog za korišćenje ugovora na određeno vreme ako se ugovor zaključuje na najviše godinu dana, a prvih godinu dana trajanja ugovora produženja mogu biti izvršena iz bilo kog razloga. Nakon protoka tog perioda, ugovor se mogao produžavati za još godinu dana, pod uslovom da postoje razlozi za produženje koji su navedeni u ugovoru a koji se kreću u okvirima postavljenim zakonom.⁶²

Ugovorom na određeno vreme se zadovoljavaju privremene i objektivne potrebe poslodavca, koje nisu u vezi sa njegovom uobičajenom delatnošću, kao i zamena odsutnih zaposlenih. Osim toga, njegovo korišćenje mogu opravdati organizacione potrebe koje se odnose na privremene, značajne i nepredvidljive izmene u redovnoj poslovnoj aktivnosti izazvane povećanjem posla.⁶³ Takođe, broj zakonitih produženja u ukupnom periodu od godinu dana smanjen je sa pet puta na četiri, s tim što ako dođe do petog produženja, ugovor o radu na određeno vreme se transformiše u ugovor o radu na neodređeno vreme. Ta ograničenja u korišćenju ugovora na određeno vreme ne odnose se samo na ugovore potpisane nakon stupanja na snagu pomenutog Dekreta već i na obnavljanje i produženje ugovora o radu koji su u tom trenutku bili na snazi. Ograničenja, osim toga, važe i za ugovore o radu na određeno vreme koje zaključuju zaposleni sa agencijom za privremeno zapošljavanje.⁶⁴

Međutim, Zakonom br. 106/21 iz 2021. godine izmenjen je poslednji pomenuti Dekret (tzv. Dekret o dostojanstvu) i uvedene su određene novine. Prvo, maksimalna dužina trajanja ugovora o radu na određeno vreme je godinu dana.⁶⁵ To je opšte pravilo koje se primenjuje ako nisu ispunjeni uslovi za primenu posebnog pravila, kojim je previđeno da se ugovor o radu na određeno vreme može zaključiti i na period dvostruko duži ako su ispunjeni uslovi koji se tiču privremenih i objektivnih zahteva koji nisu povezani sa uobičajenim poslovanjem, zahteva koji se odnose na značajna i neplanirana privremena povećanja u redovnim

⁶¹ Pojedini autori su, pak, koristili izraz „reformski bumerang”, želeći da ukažu upravo na suprotan efekat koji je Dekret proizveo u odnosu na nameru zakonodavca. Naime, tadašnji predsednik Italije je doneo ukaz o proglašenju tog akta po hitnom postupku radi uprošćavanja pojedinih vrsta ugovora o radu, sa ciljem stvaranja novih radnih mesta, posebno za mlade koji teže pronalaze zaposlenje. Međutim, podaci pokazuju da se u periodu njegove primene ništa nije bitnije promenilo jer su se mladi i dalje teže uključivali u tržište rada, dok su se oni već uključeni suočavali i sa nestabilnošću posla i sa nižim zaradama. T. Treu, *Labour law in Italy*, Kluwer Law International, The Netherlands 2014, 78.

⁶² *Ibid.*, 88.

⁶³ Taj razlog je osporavan kao previše apstraktan, „relativan” i „neuhvatljiv” zbog čega se u pravnim krugovima raspravljalo o tome da li ga treba ocenjivati *ex ante* ili *ex post* i da li promena u načinu poslovanja nastaje usled predvidljive i neotklonjive tržišne okolnosti ili vanredne i nepredvidljive. Drugim rečima, postoji dilema da li je za ocenu razloga relevantno to što je poslodavac očekivao nove porudžbine ili se povećanje tražnje za njegovim proizvodima dogodilo iznenada, primera radi, zbog zatvaranja najvećeg konkurentskog preduzeća. A. Zambelli, *Labour Law and Employment Compliance in Italy*, Kluwer Law International, The Netherlands 2022, 20.

⁶⁴ M. Tiraboshi, *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times*, ADAPT University Press, Modena 2012, 131.

⁶⁵ A. Zambelli, 27.

operacijama, zamene odsutnog zaposlenog i posebne potrebe predviđene kolektivnim ugovorima.⁶⁶ To, u osnovi, znači da je učesnicima kolektivnog pregovora sada poveren zadatak da definišu razloge, odnosno da utvrde „specifične potrebe” koje legitimišu primenu dvogodišnjeg roka trajanja ugovora o radu.

Dakle, italijanski zakonodavac socijalnim partnerima poverava definiciju „specifičnih potreba”, pri čemu se zahteva sporazumno i precizno određivanje uslova pod kojima se može sklopiti ugovor na određeno vreme. Nadalje, kolektivnim pregovaranjem na bilo kom nivou mogu se identifikovati specifične potrebe koje legitimišu nametanje uslova u vidu ograničenja trajanja ugovoru o radu, uključujući međukonfederalni sporazum, nacionalni, teritorijalni ili kompanijski kolektivni ugovor ako ih zaključuju najreprezentativniji sindikati na nacionalnom nivou, odnosno na nivou preduzeća.⁶⁷

5. Domaće pravo

Ugovor o radu na određeno vreme bio je regulisan još Zakonom o radnim odnosima iz 1955. godine kojim je bilo predviđeno da se umetanje roka važenja u ugovor o radu može vršiti zbog obavljanja poslova koji po prirodi traju određeno vreme, kada se kratkotrajno poveća obim posla ili treba obezbediti zamenu za zaposlenog koji je privremeno odsutan.⁶⁸ Naime, sezonski poslovi, rad u muzičkim, muzičko-scenskim i pozorišnim ustanovama opravdavali su ograničavanje ugovora o radu, s tim što se on mogao koristiti i radi specijalizacije zaposlenih i obavljanja pripravničkog staža.⁶⁹ To znači da je ugovor o radu na određeno vreme mogao koristiti poslodavcima, ali i zaposlenima koji su na taj način sticali nova znanja u određenim oblastima ili su se osposobljavali za samostalan rad u struci. Povećanje obima posla moralo je trajati kraće od šest meseci, čime se naglašavalo da je za tu vrstu ugovora privremeni karakter potreba poslodavca imperativ.⁷⁰

Slično rešenje nalazimo i u Zakonu o radnim odnosima iz 1957. godine, u kojem se, umesto ugovora o radu, koristi termin sporazum o radu, koji se izuzetno može zaključiti na određeno vreme radi vršenja sezonskih poslova i poslova koji po svojoj prirodi traju najduže tri meseca.⁷¹ Ni u jednom od tih zakona nije vremenski ograničavano maksimalno trajanje radnog odnosa niti su postavljane granice broju uzastopnih ugovora, odnosno sporazuma o radu na određeno vreme sa istim zaposlenim. Jedini uslov koji se postavljao pred poslodavce bio je da ugovor o radu, odnosno sporazum o radu, prema izmenjenoj terminologiji, bude sačinjen u pismenoj formi.

⁶⁶ *Ibid.*, 25.

⁶⁷ M. Tiraboshi (2015), 570.

⁶⁸ Zaposleni može biti odsutan zbog korišćenja prava na bolovanje, rada u inostranstvu, obavljanja državne i druge javne funkcije, odsluženju vojnog roka ili nekog drugog zakonom opravdanog razloga. Zakon o radnim odnosima – ZoRO, *Službeni glasnik RS*, br. 55/96, čl. 13.

⁶⁹ ZoRO, čl. 13.

⁷⁰ G. Bončić, 40.

⁷¹ *Ibid.*

Nešto detaljniju regulativu ugovora o radu na određeno vreme nalazimo u Osnovnom zakonu o radnim odnosima iz 1965. godine, kojim je potvrđeno da je trajno radno angažovanje pravilo i da radnik stupa na rad na osnovu sporazuma o uspostavljanju radnog odnosa.⁷² U nastavku teksta Zakona taksativno se nabrajaju slučajevi u kojima je dopušteno zasnivanje radnog odnosa na određeno vreme koji se dodatno objašnjavaju primerima. Tako, u prvom slučaju, radnik stupa na rad na određeno vreme kada izvršenje određenog posla po svojoj prirodi traje određeno vreme.⁷³ U drugom slučaju, predviđa se stupanje na rad na određeno vreme kada se privremeno poveća obim posla, dok se kao primeri navode natprosečan ulov ribe, povećani radovi na utovaru i istovaru robe na brodovima, naročito povećana tražnja sezonskih proizvoda.⁷⁴ Poslednji predviđeni slučaj je zamena privremeno odsutnog radnika koji je na odsluženju vojnog roka, na vršenju javnih dužnosti ili dužem odsustvu.⁷⁵ Indikativan spisak razloga za ograničavanje trajanja ugovora o radu može se naći u gotovo svim zakonima koji su usledili. Promenu je donelo donošenje važećeg Zakona o radu, u kojem se ne navode slučajevi u kojima se može zaključiti ugovor o radu na određeno vreme.⁷⁶ Umesto toga, tim zakonom se uvodi koncepcija opravdanog razloga koji se procenjuje u svakom konkretnom slučaju, dok se lista *numerus clausus* koristi za situacije kada je dopušteno zaključiti ugovor o radu na određeno vreme na period duži od 24 meseca. Naime, ugovor o radu može da se zaključi na određeno vreme za zasnivanje radnog odnosa čije je trajanje unapred određeno objektivnim razlozima koji su opravdani rokom ili izvršenjem određenog posla ili nastupanjem određenog događaja, za vreme trajanja tih potreba.⁷⁷ Ipak, nije dovoljno da se poslodavac u ugovoru o radu samo pozove na postojanje objektivnog razloga, bez bližeg obrazloženja i realnog opravdanja. Takođe, u slučaju kontrole od inspektora rada neophodno je da poslodavac priloži dokaze o postojanju objektivnog razloga.

U pozitivnom pravu Republike Srbije ukupno trajanje ugovora o radu na određeno vreme ograničeno je na vremenski period od 24 meseca. Lutanje zakonodavca po pitanju optimalne dužine trajanja tog roka može se videti iz zakonskog rešenja koje je bilo na snazi pre izmena i dopuna važećeg Zakona o radu, kada je rok važenja ugovora bio ograničen na 12 meseci,⁷⁸ dok se trostruko duži rok može naći u Zakonu o radu iz 2001. godine.⁷⁹ Sledstveno, postoji jasna tendencija produženja maksimalnog trajanja ugovora o radu na određeno vreme. Kao argument u

⁷² Osnovni zakon o radnim odnosima, *Zbirka saveznih propisa* 32, Službeni list SFRJ, Beograd.

⁷³ Taj slučaj se u Zakonu ilustruje primerom sezonskih poslova, određenih poslova u pozorištu ili pri snimanju filmova, čime se ta lista ostavlja otvorenom. G. Bončić, 41.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ To je potvrđeno u praksi socijalističkih sudova, koji su ustanovili da poslovi i zadaci trajnog karaktera, osim u slučaju zamene radnika, ne mogu biti osnov za ograničavanje trajanja radnog odnosa. *Ibid.*

⁷⁶ Zakon o radu – ZoR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 i 95/2018.

⁷⁷ ZoR, čl. 37. st. 1.

⁷⁸ Oročavanje ugovora o radu nije se vršilo kalendarski kada je bilo reč o zameni odsutnog zaposlenog, te je ukupno trajanje ugovora o radu na određeno vreme moglo biti i duže od jedne godine.

⁷⁹ Interesantno je da je trogodišnji rok bio jedno vreme zadržan za novoosnovana preduzeća jer se moglo očekivati da će u početnoj fazi rada doći do većih fluktuacija obima posla, zbog čega je potrebno da određeni broj zaposlenih radi duže u privremenom režimu.

prilog tome ističe se potreba zaštite zaposlenih koji se dovode u nepovoljan položaj jer im se po isteku roka važenja ugovora o radu nudi rad van radnog odnosa na osnovu ugovora o privremenim i povremenim poslovima. Premda je to krajnje upitno, navodi se da bi duži rok trajanja ugovora o radu na određeno vreme bolje doprineo radnoj aktivaciji posebno osetljivih grupa koje se najviše suočavaju sa problemima na tržištu rada.⁸⁰

Konačno, ne postoje ograničenja sukcesivnog broja ugovora o radu na određeno vreme, što znači da zaposleni i poslodavac mogu zaključiti, sa prekida ili bez njih, neograničen broj ugovora o radu na određeno vreme u periodu od 24 meseca.⁸¹ No, ukoliko prekid traje manje od 30 dana, on se neće ni smatrati prekidom i uzima se kao deo perioda kontinuiranog trajanja ugovora te se uračunava u rok od 24 meseca.⁸² U suprotnom, ukoliko je prekid duži od 30 dana, on se ne uračunava u ukupan rok od 24 meseca, budući da više sukcesivnih ugovora o radu na određeno vreme ne čini jedinstven ugovor o radu već se smatra zbirom pojedinačnih ugovora.⁸³

6. Zaključak

Poslednjih decenija pažnju teoretičara i praktičara radnog prava zaokuplja tema fleksibilizacije radnih odnosa. Preispitivanjem tog fenomena i njegovih javnih oblika ne dolazi se do jasnih kontura koje ga nedvosmisleno omeđuju. Tako, fleksibilizacija označava promenu strogog radnopravnog režima koji onemogućava pravilan razvoj poslovnih poduhvata. Prema tom stanovištu, koje nije empirijski utemeljeno, relaksacija zakonske zaštite zaposlenja vodi povećanju nivoa zaposlenosti. Na to se nadovezuje potreba poslodavca da se iznova prilagođava promenjenim okolnostima na tržištu koje pogađaju njegovo poslovanje. Iz tog razloga se predlaže korišćenje fleksibilnih modela organizacije rada i ugovora o radu.

S jedne strane, za zaposlene je ideal zaključenje ugovora o radu koji ima perspektivu večnosti, dok poslodavcima više odgovara da se ugovor o radu automatski okonča po završetku određenog posla. Trajnost radnog odnosa podrazumeva da zaposleni ne zna unapred koje će konkretne zadatke izvršavati, za razliku od ugovora o radu na određeno vreme koji se može koristiti za obavljanje

⁸⁰ G. Bončić, 57.

⁸¹ To rešenje je u skladu sa evropskim standardima u toj oblasti, s tim što se naš zakonodavac opredelio za dve od tri ponuđene mere. Prema Direktivi 1999/70/E3, države članice mogu 1) predvideti objektivni razlog za zaključenje ugovora o radu; 2) ograničiti trajanje ugovora o radu na određeno vreme i/ili 3) ograničiti mogućnost sukcesivnih produžetaka. Concil Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concidering the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, *Official Journal of the European Communities*, L 175, 10. 7. 1999, čl. 5.

⁸² G. Bončić, 57.

⁸³ Pravno shvatanje Vrhovnog kasacionog suda od 21. 6. 2012. Konfuzno je to što pojedini autori ukazuju na sasvim drugačiji zaključak koji, u krajnjem, znači poistovećivanje prekida koji traje duže od 30 dana i prekida koji traje kraće od 30 dana. Takav pristup je potpuno nelogičan jer dve različite stvari ne mogu da vode istoj pravnoj posledici. *Ibid.*

određenog zadatka privremenog karaktera, i to u slučajevima predviđenim zakonom. U poređnopravni pregled pokazuje da se države koje su uključene u istraživački uzorak umnogome razlikuju po uslovima pod kojima dopuštaju zaključenje ugovora o radu na određeno vreme, broju sukcesivnih produžetaka te ukupnom trajanju ugovora.

Naime, može se izvesti zaključak da su analizirani pravni sistemi slični po objektivnom razlogu koji prethodi ugovoru o radu na određeno vreme i koji se zahteva za svako sukcesivno produženje, s tim što u domaćem pravu ne postoji ograničenje maksimalnog broja lančanih ugovora o radu. To zakonsko rešenje trpi kritike, budući da narušava ekonomsku i pravnu sigurnost atipičnih zaposlenih u Srbiji. Osim toga, treba razmišljati o skraćivanju dužine trajanja ugovora o radu na određeno vreme u domaćem pravu po uzoru na Francusku i Italiju.

Literatura

- Adam P., Canziani P., Partial De-Regulation: Fixed-Term Contracts in Italy and Spain, <https://cep.lse.ac.uk/pubs/download/dp0386.pdf>, 3. 10. 2022.
- Bončić G., *Preobražaj radnog odnosa*, master rad, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2016.
- Blanpain R., Fixed-term employment contracts: the exception?, *ADAPT Working Paper* 43/2017.
- Cook M. L., Toward Flexible Industrial relations? Neo-Liberalism, Democracy and Labor reform in Latin America, *Industrial Relations* 3/1998.
- Collins H., Ewing D. K., MCColgan A., *Labour Law*, Cambridge University Press, New York 2012.
- Čalić R. J., Fleksibilizacija radnih odnosa sa osvrtom na rad sa nepunim radnim vremenom, *Strani pravni život* 1/2020.
- Dauty F., Morin L. M., Entre le travail et l'emploi: La polyvalence des contrats à durée déterminée, https://travail-emploi.gouv.fr/publications/Revue_Travail-et_Emploi/pdf/52_3116.pdf, 6. 10. 2022.
- Fernández A. F., Flexibilidad Laboral: Elementos Teórico Conceptuales para su Análisis, *Revista Ciencias Sociales* 26/2011.
- Freedland M., Burying Ceaser: What was the standard employment contract, *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment* (ed. Katherine V. W. Stone, Harry Arthurs), New York 2013.
- Grandguillot D., *L'essentiel du droit du travail*, 21e édition, Gualino, Paris 2021.
- Gligorić S., Škorić S., Flexible forms of work and work engagement, *Pravo – teorija i praksa* 4/2021.
- Jašarević S., Fleksibilizacija rada – rešenje ili zabluda, *Zbornik radova Pravnog fakulteta* 4/2012.

- Kovačević B., *Neoliberalna hegemonija*, Evropski defendologija centar za naučna, politička, ekonomska, socijalna, bezbjedonosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka 2019.
- Kovačević Lj., Komunitarnopravna načela zaštite zaposlenih sa atipičnim radnim odnosom, *Pravo i privreda* 5–8/2009.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021.
- Lokiec P., Fixed-term contracts in France, *Regulation of fixed-term employment contracts: A comparative overview* (ed. Roger Blanpain), The Netherlands 2010.
- Lubarda A. B., *Radno pravo: Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Orlandić Kovač M., Fleksibilizacija radnog prava – izazovi i granice, *Studia iuridica Montenegrina* 1/2019.
- Puljiz V., Neoliberalizam i socijalna država, *Globalizacija i neoliberalizam. Refleksije na hrvatsko društvo* (ur. Davorka Vidović, Davor Pauković), CPI, Zagreb 2006.
- Radovanović D., Radni odnos na određeno vreme kao atipični radni odnos, *Radno i socijalno pravo* 4–6/2016.
- Stone W. V. K., Revisiting the At-Will Employment Doctrine: Imposed Terms, Implied Terms, and the Normative World of the Workplace, *Industrial law journal* 1/2007.
- Stone W. V. K., Arthurs H., The transformation of employment regimes: a worldwide challenge, *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment* (ed. Katherine V. W. Stone, Harry Arthurs), New York 2013.
- Sädevirta M., *A comparative study of the regulation governing the use of fixed-term contracts in three eu member states*, Faculty of Law in the University of Helsinki, Helsinki 2013.
- Sciarra S., *Labour law in the courts*, Hart publishing, Oxford, Portland, Oregon 2001.
- Treu T., *Labour law in Italy*, Kluwer Law International, The Netherlands 2014.
- Tiraboschi M., *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times*, ADAPT University Press, Modena 2012.
- Tiraboschi M., Glancing at the Past: An Agreement for the Markets of XXIst Century, *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times* (ed. Michele Tiraboschi), ADAPT University Press, Modena 2015.
- Trbušić H., *Kritička analiza diskursa o fleksibilizaciji tržišta rada*, doktorski rad, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2021.
- Tiraboschi M., Italian Labour Law after so called Monti- Fornero Reform (Law no. 92/2012), *Labour studies* 3–4/2012.
- Zambelli A., *Labour Law and Employment Compliance in Italy*, Kluwer Law International, The Netherlands 2022.

FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACT IN COMPARATIVE AND DOMESTIC LAW

Summary

As a rule, employees make an indefinite-term employment contract, while a fixed-term employment contract is used as an exception, only in circumstances that justify it. However, due to the process of globalization and financial destabilization, a fixed-term employment contract has become the most widespread type of employment contract. On that note, not only is the standard contractual model being broken, but flexibilization is also being asserted along with it as a new means of fighting the unemployment. Namely, flexibilization in its definition implies a different employment outline and expansion of atypical contractual arrangements. Hence, the subject of this paper will be the analysis of fixed-term employment contract in comparative law, bearing in mind all the differences in national legal systems regarding the conditions of making the contract, the maximum number of successive contracts and the total duration of the contract. Aside from that, the paper will list the situations in which is allowed to make a fixed-term employment contract in domestic law, as well as the issue of time limitation of the contract.

Key words: fixed-term employment contract, standard employment relationship, flexibility.

ZABRANA DISKRIMINACIJE KANDIDATA ZA ZAPOSLENJE NA OSNOVU BRAČNOG I PORODIČNOG STATUSA – OSVRT NA PITANJE PODATAKA O LIČNOSTI

Apstrakt

Autorka rada se bavi pitanjem zabrane diskriminacije kandidata za zaposlenje na osnovu bračnog statusa i porodičnih obaveza, u svetlu zabrane prikupljanja i obrade podataka koji se tiču navedenog. U radu su sagledane i analizirane kako odredbe Zakona o radu i Zakona o zabrani diskriminacije, tako i odredbe Zakona o zaštiti podataka o ličnosti. Naime, Zakonom o radu je izričito propisano da poslodavac ne sme da uslovljava zasnivanje radnog odnosa testom trudnoće niti da od kandidata zahteva podatke o bračnom i porodičnom statusu, a jasno je zabranjena i neposredna i posredna diskriminacija po tim osnovama.

Pa ipak, određene nedoumice ostaju – postavlja se pitanje da li je i u domaće zakonodavstvo neophodno izričito uvesti princip koji postoji u određenim stranim pravima, a koji zaposlenom omogućava da na takva, nedozvoljena, pitanja ne odgovori ili čak da pruži neistinit odgovor, a iz perspektive stanja u praksi ostaje otvoreno i pitanje kako se boriti protiv povreda ovih garantija, odnosno raskoraka između normativnog i stvarnog. Stoga su u radu predočeni i određeni predlozi za uvođenje, odnosno unapređenje mehanizama usmerenih ka zaštiti kandidata za zaposlenje u tom smislu.

Ključne reči: zabrana diskriminacije, zaštita podataka o ličnosti, kandidati za zaposlenje, bračni status, porodične obaveze.

1. Uvodna razmatranja

Nasuprot postojanju načela jednakosti, kao jednom od osnovnih načela radnog prava, diskriminacija „uporno” nastavlja na postojati na tržištu i u svetu rada.¹ Postojanje diskriminacije ukazuje na stalne povrede tog načela i uopšte osnovnih

* Saradnik u nastavi van radnog odnosa na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, mina.kuzminac@ius.bg.ac.rs

¹ Prilikom analize pitanja zabrane diskriminacije treba imati u vidu ulogu i značaj Međunarodne organizacije rada u borbi protiv diskriminacije. U tom smislu, posebno su značajne Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 100 o jednakom nagrađivanju, *Službeni vesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ*, br. 12/52, i Konvencija broj 111 o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja, *Službeni list SFRJ – Dodatak*, br. 3/61. Cilj je da se postigne ne samo formalna već i suštinska jednakost. Više o tome V. S. Fredman, *Substantive Equality Revisited*, *International Journal of Constitutional Law* 14, 3/2016, 712–738.

ljudskih prava.² Naime, važno je naglasiti da se u svetu rada lica često susreću sa nepovoljnijim tretmanom usled (ne)postojanja određenog stvarnog ili pretpostavljenog ličnog svojstva već u fazi traženja zaposlenja, to jest *kao kandidati za zaposlenje*.³

U tom smislu, poslodavac ima obavezu da prilikom izbora kandidata za zaposlenje poštuje dostojanstvo ličnosti te da pravi razliku između prijavljenih kandidata na osnovu svojstava koja su ključna za obavljanje posla.⁴ Takva svojstva koja čine posebne uslove za obavljanje određenog posla su po pravilu *profesionalna svojstva*, a samo izuzetno, kada je lično svojstvo stvarni i odlučujući uslov za obavljanje posla, poslodavac može praviti razliku između kandidata za zaposlenje i na osnovu ličnih svojstava. Naime, „može se zaključiti da se osnovna obaveza poslodavca u vezi s izborom kandidata za zasnivanje radnog odnosa sastoji u izboru kandidata na osnovu zasluga, tj. na osnovu sposobnosti, znanja i umeća, kao i potencijala koje imaju”.⁵

Međutim, brojni stereotipi i predrasude koje imaju poslodavci dovode do diskriminatornih praksi „već” prilikom zapošljavanja, odnosno dovode do posredne ili neposredne diskriminacije kandidata za zaposlenje.⁶ U tom smislu, poslodavci neretko imaju predrasude u pogledu bračnog i porodičnog statusa, odnosno porodičnih obaveza kandidata za zaposlenje. Drugim rečima, „iz ugla savremenog poslodavca, zaposleni koji ima nameru da zasnjuje porodicu ili zaposleni roditelj koji savesno ispunjava svoje roditeljske dužnosti – ne mogu biti idealni radnici. Socijalnim rizikom, u radnopravnom kontekstu savremenog društva, smatra se odluka pojedinca da zasnjuje porodicu”.⁷

² International Labour Organization, Equality and Discrimination, <https://www.ilo.org/global/topics/equality-and-discrimination/lang--en/index.htm>, 20. novembar 2022.

³ Važno je naglasiti da Međunarodna organizacija rada prepoznaje posebno prisutan rizik diskriminacije kada je reč o zapošljavanju, odnosno pre zasnivanja radnog odnosa. International Labour Organization, ILO: Workplace Discrimination, a Picture of Hope and Concern, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_075613/lang--en/index.htm, 25. decembar 2022.

⁴ Naime, „ovaj koncept se vremenom razvija na osnovnim principima individualnih radnih prava i snage kolektiviteta i solidarnosti, socijalne sigurnosti i socijalne zaštite, a operacionalizuje se kroz niz dimenzija i indikatora”. M. Reljanović, *Na šta mislimo kada kažemo... Dostojanstven rad*, Institut za filozofiju i društvenu teoriju Univerziteta u Beogradu u partnerstvu sa Institutom za demokratski angažman jugoistočne Evrope, uz podršku Fondacije za otvoreno društvo, Beograd 2021, 1. Više o konceptu dostojanstvenog rada u International Labour Organization, Decent Work, <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>, 10. novembar 2022.

⁵ Lj. Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021, 1038.

⁶ S. Malo, “Overt Stereotype Biases and Discrimination in the Workplace: Why Haven’t We Fixed This by Now?”, *Employee Responsibilities and Rights Journal* 27, 4/2015, 271–280. U tom smislu, posebnu pažnju treba posvetiti i pitanju intersekcijske diskriminacije, odnosno diskriminacije istovremeno po više osnova, a koja podrazumeva „sinergijsku prirodu” više osnova diskriminacije te nemogućnost razgraničenja između njih. Više o tome V. K. Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum* 1/1989, Article 8.

⁷ Lj. Kovačević, U. Novaković, „Mirno rešavanje sporova povodom diskriminacije zaposlenih na osnovu porodičnih dužnosti”, *Pravo i privreda* 7–9/2018, 434. Iako se ideja „idealnog radnika” vremenom menjala, i danas naizgled neutralno postavljena pravila, odnosno prakse poslodavca mogu imati različite posledice na radnike, i dalje sa ciljem, iako ne eksplicitno postavljenim, izgradnje i održavanja slike „idealnog radnika”. Više o tome V. C. Steele, *Who is the Ideal Worker? How Gendered Organizations Adversely Impact Women’s*

Složenost analize tog pitanja proizilazi iz više dimenzija koje je neophodno sagledati istovremeno kako bi se uočili izazovi koji stoje na putu primeni načela zabrane diskriminacije u praksi u ovom pogledu. U tom smislu, pre svega je neophodno uzeti u obzir širi kontekst, koji ukazuje na to da je postojanje diskriminacije, iako nije u vezi „samo” sa sferom zapošljavanja i rada, posebno izraženo u svetu rada.⁸ Upravo ta činjenica svedoči o značajnoj diskrepanciji koja postoji između normativnog i stvarnog, odnosno propisa i prakse po pitanju zabrane diskriminacije. Potom, prilikom analize tog pitanja mora se uzeti u obzir i rodna i polna dimenzija, koje proizilaze iz istorijskog konteksta.⁹

Naime, pitanje bračnog statusa i porodičnih obaveza prvenstveno se odnosi(lo) na žene, s obzirom na davno prihvaćeno shvatanje da su porodične dužnosti uvek i nužno „ženske dužnosti”.¹⁰ Danas se porodične dužnosti određuju kao briga o deci koja nisu samostalna i o drugim članovima bliže porodice kojima su potrebne nega i briga, a promovise se jednakost muškaraca i žena u obavljanju porodičnih dužnosti.¹¹ S druge strane, valja imati u vidu da, prema univerzalnim međunarodnim radnim standardima, diskriminacija na osnovu bračnog stanja podrazumeva diskriminaciju zaposlenog zbog toga što je neoženjen, odnosno neudata, ili zbog toga što je u braku, ili zbog toga što je u braku, ali živi odvojeno od svog supružnika, ili zato što je razveden(a), ili zato što je udovac/udova, ili pak zato što je *de facto* supružnik drugog lica.¹² Pa ipak, duboko ukorenjena stereotipna shvatanja bračnog stanja i porodičnih dužnosti nastavljaju da postoje, što ima različite, ali nesporno negativne reperkusije na svet rada.¹³

Promotability and Development, A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri, Columbia, 2020.

⁸ U tom svetlu, treba imati u vidu da je i pitanje usklađivanja različitih sfera života, profesionalne i porodične, pitanje koje nije u vezi samo radnog zakonodavstva, ali da uloga radnog zakonodavstva u regulisanju tog pitanja nije uopšte zanemarljiva. B. Kresal, *Reconciliation of Work and Family Life – the Role of Labour Law in the Changing Economic and Social Conditions*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla 2011, 3.

⁹ Iako je danas jednakost zagarantovana, čini se da duboko ukorenjeni stereotipi koji ulogu žene povezuju samo sa privatnom, odnosno sferom brige o članovima porodice i domaćinstvu imaju svoje tragove i u današnjem svetu (rada). E. Roush, „(Re)entering the Workforce: A Historical Perspective on Family Responsibilities discrimination and the shortcomings of law to remedy it”, *Washington University Journal of law & policy* 31/2009, 249. Više o muškim i ženskim „ulogama” u V. K. „Cimprichová Gežová, Father’s and Mother’s Roles and Their Particularities in Raising Children”, *Acta Technologica Dubnicae* 5, 1/2015, 45–50.

¹⁰ Važno je imati u vidu i to da „žene čine 65 procenata negovatelja... Rodni stereotipi o neplaćenom radu nega i povezanost nega sa ‘prirodnim’ sklonostima i ‘urođenim’ sposobnostima žena, pre nego sa veštinama stečenim kroz formalno obrazovanje ili obuku, se nalazi iza visokog procenta žena koje se bave negom”. International Labour Organization, *Care Work and Care Jobs*, International Labour Office, Geneva 2018, 8. Važno je imati u vidu i to da je obim neplaćenog rada znatno uvećan u toku pandemije kovida 19. UN Women, *Care Work: Increased Burdens for Women*, <https://www.unwomen.org/en/hq-complex-page/covid-19-rebuilding-for-resilience/care-work>, 1. decembar 2022.

¹¹ Takvo određenje porodičnih obaveza utvrđeno je Konvencijom Međunarodne organizacije rada broj 156, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* br. 7/87.

¹² Lj. Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 497.

¹³ J. Bridgeman, H. Keating, „Introduction: Conceptualizing Family Responsibility”, *Responsibility, Law and Family* (eds. Jo Bridgeman, Heather Keating, Craig Lind), Ashgate, London 2008.

Štaviše, o tome koliko i dalje postoji diskriminacija kandidata za zaposlenje govori i to da pravni okvir po pravilu prepoznaje zabranu diskriminacije po osnovu bračnog statusa i porodičnih dužnosti u okviru nabiranja mogućih osnova diskriminacije, ali je to pitanje neretko i posebno obrađeno u vidu zabrane da poslodavac od kandidata za zaposlenje zahteva informacije o bračnom statusu ili porodičnim dužnostima. Osim pitanja radnog prava, ali i porodičnog prava, koja se otvaraju, neminovno je obratiti posebnu pažnju i na pravne izvore koji se tiču zaštite podataka o ličnosti. Konačno, sve to mora biti razmatrano u kontekstu izmena i novina koje se uvode u svetu rada – fleksibilizacije, uvođenja novih oblika rada, deregulacije, destabilizacije i svih drugih pojava koje oblikuju i utiču na tržište i svet rada.¹⁴ Drugim rečima, da bi se stekao sveobuhvatan uvid u to pitanje, mora se uzeti u obzir i kontekst koji obuhvata prednosti i izazove koje donosi globalizacija i njene reperkusije na svet rada, to jest ostvarenje garantije dostojanstvenog rada.¹⁵

U radu će prvenstveno biti analiziran pravni okvir značajan za zabranu diskriminacije kandidata za zaposlenje na osnovu bračnog statusa i porodičnih dužnosti, te će biti ukazano i na potencijalne nedoumice koje odredbe važećih zakona (p)ostavljaju.¹⁶ S druge strane, u radu će biti ukazano i na potencijalne dalje korake i mehanizme koji bi mogli biti od značaja za ostvarivanje principa zabrane diskriminacije u praksi.

2. Zabrana diskriminacije kandidata za zaposlenje na osnovu bračnog i porodičnog statusa, odnosno planiranja porodice u Republici Srbiji

Načelo zabrane diskriminacije je propisano u samom Ustavu Republike Srbije kao najvišem pravnom aktu¹⁷, a važno je naglasiti i to da Ustav prepoznaje pravo na zaštitu podataka o ličnosti.¹⁸ Kada je pak reč o zakonskom okviru, pitanje zabrane diskriminacije je uređeno u Zakonu o radu¹⁹, kao matičnom zakonu kojim je uređeno pitanje zapošljavanja i rada, ali i Zakonu o zabrani diskriminacije²⁰, u ko, postoji poseban odeljak posvećen diskriminaciji u oblasti rada. S druge strane, kad je reč o (ne)dozvoljenim pitanjima koja se mogu postaviti kandidati-

¹⁴ B. Burchell, K. Sehnbruch, A. Piasna, N. Agloni, "The Quality of Employment and Decent work: Definitions, Methodologies, and On-going Debates", *Cambridge Journal of Economics* 38/2014, 459.

¹⁵ Ne treba ispustiti iz vida da u vremenima ekonomske nesigurnosti i rizika diskriminatorne prakse postaju češće nego inače. Upravo zbog toga u takvim trenucima treba posvetiti posebnu pažnju važnosti garantije jednakog tretmana pri zapošljavanja i na radu. International Labour Organization, *Equality at work: The continuing challenge: Report of the Director-general, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 100th Session, International Labour Office, Geneva 2011*, 6.

¹⁶ Diskriminacija kandidata za zaposlenje na osnovu bračnog i/ili porodičnog stanja je veoma česta u praksi, a analiza tog pitanja nužno podrazumeva razmatranje odredaba radnog i antidiskriminacionog zakonodavstva, kao i pravnih izvora posvećenih pitanju zaštite podataka o ličnosti.

¹⁷ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021, čl. 21.

¹⁸ Ustav Republike Srbije, čl. 42.

¹⁹ Zakon o radu – ZOR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

²⁰ Zakon o zabrani diskriminacije – ZZD, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009 i 52/2021.

ma za zaposlenje, posebno je značajan Zakon o zaštiti podataka o ličnosti.²¹ Pitanje (ne)dozvoljenosti diskriminacije kandidata za zaposlenje na osnovu bračnog statusa i porodičnih dužnosti u Republici Srbiji je neophodno sagledati u svetlu navedenih izvora prava. Dakle, fokus rada će biti na pravnom poretku Srbije, s tim što treba imati u vidu da se:

„U okviru pravnih istraživanja, zaštita ličnih podataka (podataka o ličnosti) može istraživati sa aspekta pojedine ili više pravnih naučnih disciplina unutar jedne ili više užih pravnih naučnih oblasti, kao pitanje unutrašnjeg, evropskog i međunarodnog prava. Zaštita ličnih podataka u uslovima korištenja informacionih tehnologija predstavlja pored teme pravnih istraživanja, temu informatičkih i drugih istraživanja u raznim naučnim oblastima i naučnim poljima i temu interdisciplinarnih istraživanja.”²²

2.1. Zakon o zaštiti podataka o ličnosti – temelj garantije zaštite podataka o ličnosti svih građana i u svakoj sferi

Pitanje zaštite podataka o ličnosti je velikom brzinom steklo status pitanja koja se nalaze gotovo na vrhu skale prioriteta u Evropi, ali i globalno. U tom smislu, prilikom razmatranja zaštite podataka o ličnosti važno je uzeti u obzir neretko suprotstavljene interese, inovacije i izmene u svetu (rada), ali i Orvelovo „upozorenje” iz „1984”.

Pitanje obrade i zaštite podataka o ličnosti je posebno značajno za položaj kandidata za zaposlenje, budući da se, i prilikom zasnivanja i u toku trajanja radnog odnosa, neretko javljaju nedoumice povodom toga koje podatke poslodavac može da zahteva od kandidata za zaposlenje, odnosno zaposlenog. Kako se navodi, podaci o ličnosti:

„predstavljaju deo čovekove ličnosti koji je 'angažovan' u pravnom prometu. Kao pojavni oblik čovekove ličnosti različiti podaci o ličnosti svakodnevno se upotrebljavaju i razmenjuju, označavajući i bliže određujući subjekte i druge elemente pravnog odnosa. Zbog jake veze sa samom ličnosti čoveka, povreda podataka o ličnosti ujedno predstavlja i povredu čovekove ličnosti. Kako je za opstanak pojedinca i društva neophodna zaštita privatnosti i integriteta ličnosti, značajno mesto u očuvanju čovekove ličnosti ima zaštita od zloupotrebe podataka o ličnosti.”²³

Štaviše, može se reći da „lični podaci ne predstavljaju samo sredstvo identifikacije. Zapravo, oni predstavljaju pojavni oblik određene ličnosti u pravnom životu koji služi za ostvarivanje različitih prava i interesa.”²⁴ Aktuelnost tog pitanja te rast stepena njegove važnosti u velikoj meri su uslovljeni porastom potvrđenih slučajeva

²¹ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti – ZZPL, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

²² Ž. Mirjanić, „Zaštita ličnih podataka zaposlenih u uslovima korištenja informacionih tehnologija”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 85, 2019, 154.

²³ S. Andonović, D. Prlja, *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, 13.

²⁴ S. Andonović, *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji – pravni aspekti*, odbranjena doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2019, 99.

kršenja garantija u tom pogledu, kao posledica globalizacije i tehnoloških inovacija.²⁵ Drugim rečima, posledice uvođenja novih tehnologija, iako prvenstveno pozitivne, neretko imaju i negativan „odraz u ogledalu”, koji se odnosi upravo na sferu kršenja zaštite podataka o ličnosti, odnosno slučajevne zloupotrebe podataka o ličnosti.²⁶

Radi što detaljnijeg regulisanja tog pitanja, na nivou Evropske unije je doneta Opšta uredba 2016/679 Evropske unije (*General Data Protection Regulation*)²⁷ (Uredba) kojom se detaljno reguliše pitanje zaštite podataka o ličnosti u Evropskoj uniji, a posebna pažnja posvećena je i sferi zapošljavanja i rada. Važno je napomenuti da se u samoj preambuli Uredbe spominju novi izazovi uslovljeni tehnološkim razvojem i globalizacijom, te reperkusije koje ti izazovi mogu imati i imaju u slučaju zloupotrebe podataka o ličnosti od javnih vlasti, ali i privatnih kompanija. Posebno je značajno to što se u Uredbi izričito spominju poslodavci i svet rada. Tako se navodi da države članice mogu, zakonom ili kolektivnim ugovorom, detaljnije da urede pitanje obrade (ličnih) podataka zaposlenih u sferi zapošljavanja i rada.²⁸ Pa ipak, iako Uredba predstavlja korak napred u zaštiti podataka o ličnosti, ne bi trebalo zanemariti određene rizike koji se javljaju u svetlu implementacije – na primer, može se postaviti pitanje uticaja ove uredbe na konkurenciju između poslodavaca.²⁹ Osim toga, ostaje otvoreno i pitanje (ne)spremnosti kompanija, odnosno poslodavaca da omoguće primenu garantija predviđenih Uredbom.³⁰ Ne treba ispustiti iz vida još jednu nedoumicu – da su situacije davanja pristanka za obradu podataka o ličnosti uvek posebno delikatne u sferi zapošljavanja i rada, s obzirom na izvornu nejednakost (moći) poslodavca i kandidata za zaposlenje, odnosno zaposlenog.³¹ Može se zaključiti da se

²⁵ Važno je uzeti u obzir i to da je pandemija kovida 19 znatno doprinela aktuelnosti pitanja zaštite podataka o ličnosti, budući da je u takvim situacijama izuzetno teško povući granicu između dozvoljenih i nedozvoljenih prikupljanja i obrade podataka. A. Zwitter, O. J. Gstrein, “Big Data, Privacy and COVID-19 – Learning from Humanitarian Expertise in Data Protection”, *Journal of International Humanitarian Action* 5, 4/2020.

²⁶ B. Kamleitner, V. Mitchell, “Your Data Is My Data: A Framework for Addressing Interdependent Privacy Infringements”, *Journal of Public Policy & Marketing* 38, 4/2019, 433–450.

²⁷ European Union, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *Official Journal of the European Union*, L 119/1, 4. maj 2016. Navodi se da su donošenju Regulative prethodile decenije u kojima je pitanje zaštite podataka o ličnosti bilo regulisano na osnovu različitih izvora, ali je zaštita bila nepotpuna, te stoga donošenje Uredbe predstavlja izuzetno veliki korak. H. Rahnama, A. Pentland, “The New Rules of Data Privacy”, <https://hbr.org/2022/02/the-new-rules-of-data-privacy>, 18. novembar 2022. O uticaju Uredbe na svet rada V. Frank Hendricks, Protection of workers’ personal data: General principles, International Labour Organization Working Papers, <https://www.ilo.org/legacy/english/intserv/working-papers/wp062/index.html>, 20. novembar 2022.

²⁸ Uredba 2016/679 Evropskog parlamenta i Saveta od 27. aprila 2016. o zaštiti fizičkih lica u odnosu na obradu podataka o ličnosti i slobodnom kretanju takvih podataka i o stavljanju Direktive 95/46/EZ van snage (Opšta uredba o zaštiti podataka), čl. 88.

²⁹ A. Larsson, Lj. Pernilla, “GDPR: What are the Risks and who Benefits?”, *The Digital Transformation of Labor: Automation, the Gig Economy and Welfare* (eds. Anthony Larsson, Robin Teigland), Routledge, London 2020, 187.

³⁰ *Ibid.*, 188.

³¹ European Commission, Can my Employer Require me to give my Consent to Use my Personal Data?, https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/how-my-personal-data-protected/can-my-employer-require-me-give-my-consent-use-my-personal-data_en, 5. decembar 2022.

određenje Uredbe kao „sveobuhvatne i dosledne” može dovesti u pitanje u sferi zapošljavanja i rada, pa je tako izražen stav da Uredba ne uzima (u odgovarajućoj meri) u obzir specifičnosti sveta rada. Konačno, važno je napomenuti da se Evropska komisija posebno osvrnula na pitanje zaštite privatnog (porodičnog) života u Mišljenju 2/2027.³² U njemu je posebno naglašeno da poslodavci ne treba da zahtevaju pristup informacijama koje kandidati za zaposlenje dele sa drugima putem društvenih mreža.³³ Preduzimanje tako značajnog koraka na nivou Evropske unije, kao što je donošenje Uredbe, je, između ostalog, podstaklo i donošenje Zakona o zaštiti podataka o ličnosti iz 2018. godine – „izazovi modernog digitalnog doba su stoga morali da budu regulisani zakonom kako bi se podaci o ličnosti na adekvatan način zaštitili”.³⁴

Naime, tim zakonom se jasno određuju garantije sa zaštitu podataka o ličnosti, te uspostavlja vrlo široko određenje pojma „podatak o ličnosti”, time što se propisuje da je to „svaki podatak koji se odnosi na fizičko lice čiji je identitet određen ili odrediv, neposredno ili posredno, posebno na osnovu oznake identiteta, kao što je ime i identifikacioni broj, podataka o lokaciji, identifikatora u elektronskim komunikacionim mrežama ili jednog, odnosno više obeležja njegovog fizičkog, fiziološkog, genetskog, mentalnog, ekonomskog, kulturnog i društvenog identiteta”.³⁵ Zakonom se detaljno regulišu različita pitanja u vezi sa prikupljanjem i obradom podataka o ličnosti, oslanjajući se na principe zakonitosti, poštenja i transparentnosti, poverljivosti i zaštite integriteta i minimizacije podataka.

Kada je reč o zaštiti podataka o ličnosti u oblasti rada, tim zakonom se propisuje: „Na obradu u oblasti rada i zapošljavanja primenjuju se odredbe zakona kojima se uređuje rad i zapošljavanje i kolektivni ugovori, uz primenu odredbi ovog zakona”.³⁶ Štaviše, navodi se i da „ako zakon koji uređuje rad i zapošljavanje ili kolektivni ugovor sadrže odredbe o zaštiti podataka o ličnosti, moraju se propisati i posebne mere zaštite dostojanstva ličnosti, legitimnih interesa i osnovnih prava lica na koje se podaci odnose, posebno u odnosu na transparentnost obrade, razmenu podataka o ličnosti unutar multinacionalne kompanije, odnosno grupe privrednih subjekata, kao i sistem nadzora u radnoj sredini”.³⁷

³² European Commission, Opinion 2/2017 on data processing at work – wp249, 23. Jun 2017.

³³ C. Ogrisek, GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context, *Labour Law* 3, 2/2017, 14.

³⁴ A. V. Diligenski, „Lice za zaštitu podataka u javnoj upravi”, *Strani pravni život* LXIV 2/2020, 81.

³⁵ ZZPL, čl. 4. st. 1. tač. 1.

³⁶ ZZPL, čl. 91. st. 1. U tom smislu, može se reći da „podaci koji se tiču profesionalne sfere života jednog lica govore o društvenim aktivnostima lica u vezi sa radom i obavljanjem profesionalnih delatnosti. To su podaci o obrazovanju (da li je i koje forme obrazovanja lice pohađalo i završilo, ocene, završeni kursevi, itd.), poslovni podaci (da li je lice zaposleno, na kom radnom mestu, ocene o rezultatima rada, podaci o odsustvu sa posla, itd.), finansijski podaci (brojevi računa, banke u kojima su uskladištena sredstva tog lica, podaci o ličnoj imovini lica, kreditni status lica, itd.), radna istorija (podaci o firmama u kojima je radilo lice, podaci o zaposlenima u firmi tog lica, podaci o novčanim primanjima i transakcijama, itd.). Sve navedene vrste podataka po svojoj pravnoj prirodi predstavljaju podatke o ličnosti. Oni sadrže karakteristiku o određenom segmentu života fizičkog lica, za koga su vezani i na koga se odnose. Ovi podaci su nekada dostupni isključivo licu na koga se odnose, dok su u određenim slučajevima dostupni povezanim licima ili široj društvenoj zajednici”. S. Andonović, D. Prlja, 19.

³⁷ ZZPL, čl. 91. st. 2. Osim toga, važno je napomenuti i to da taj zakon u čl. 17. zabranjuje obradu posebnih vrsta podataka, to jest „obradu kojom se otkriva rasno ili etničko poreklo, političko mišljenje, versko ili

Na osnovu toga se može zaključiti da se u Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti samo spominje pitanje zaštite podataka o ličnosti u oblasti rada te upućuje na odredbe Zakona o radu i odredbe kolektivnih ugovora.

2.2. Zabrana diskriminacije kandidata za zaposlenje na osnovu bračnog i porodičnog statusa u radnom zakonodavstvu

Radno zakonodavstvo ima zadatak da, svojim odredbama, zagarantuje postojanje i sprovođenje načela zabrane diskriminacije kao osnovnog radnopravnog načela. Stoga se može reći da „jednakost, dakle, predstavlja jednu od osnovnih vrednosti savremenog društva i, zajedno sa zabranom diskriminacije, čini ključni element i osnovno načelo zaštite ljudskih prava, koje u oblasti zapošljavanja ima 'specifičnu težinu', budući da je u oblasti zapošljavanja, diskriminacija mnogo češća nego u pogledu ostalih aspekata sveta rada”.³⁸

Važećim Zakonom o radu se izričito propisuje ovo načelo – „zabranjena je neposredna i posredna diskriminacija lica koja traže zaposlenje, kao i zaposlenih, s obzirom na pol, rođenje, jezik, rasu, boju kože, starost, trudnoću, zdravstveno stanje, odnosno invalidnost, nacionalnu pripadnost, veroispovest, *bračni status, porodične obaveze*, seksualno opredeljenje, političko ili drugo uverenje, socijalno poreklo, imovinsko stanje, članstvo u političkim organizacijama, sindikatima ili neko drugo lično svojstvo”.³⁹ Drugim rečima, Zakonom o radu se nesporno zabranjuju i diskriminacija zaposlenih i diskriminacija *kandidata za zaposlenje* na osnovu bračnog statusa i porodičnih obaveza, između ostalog.⁴⁰ Takođe, posebno je važno prepoznati i to da je pomenutim članom izričito zabranjena diskriminacija na osnovu pola, budući da je pitanje bračnog statusa i porodičnih obaveza nerazdvojno povezano sa diskriminacijom po osnovu pola i roda.⁴¹ U tom kontekstu, posebno je važno to što se u Zakonu naglašava da je, osim uslova rada, napredovanja, ostvarivanja prava iz radnog odnosa i drugo, diskriminacija izričito zabranjena i kada je reč o „uslovima za zapošljavanje i izbor kandidata za

filozofsko uverenje ili članstvo u sindikatu, kao i obrada genetskih podataka, biometrijskih podataka u cilju jedinstvene identifikacije lica, podataka o zdravstvenom stanju ili podataka o seksualnom životu ili seksualnoj orijentaciji fizičkog lica”.

³⁸ Lj. Kovačević (2021), 980.

³⁹ ZOR, čl. 18.

⁴⁰ U širem kontekstu, zabrana diskriminacije po tim osnovama sastavni je deo šireg pitanja usklađenosti različitih sfera života, a radno zakonodavstvo ima cilj da to obezbedi svojim odredbama. Više o tome u V. H. Catherine, *Reconciling Work and Family Responsibilities: Practical Ideas from Global Experience*, International Labour Organization, International Labour Office, Geneva 2005.

⁴¹ Kako se navodi, „tradicionalno pravo je nosilo pečat patrijarhalne strukture odnosa. Pravo su tokom istorije stvarali muškarci, sa dominantnim uticajem patrijarhalne matrice sve do epohe modernosti”. D. Vujađinović, Rod i pravna regulativa, *Perspektiva implementacije evropskih standarda u pravnom sistemu u Srbiji* (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 60. Pa ipak, iako je do danas pređen dug i nimalo lak put, treba imati u vidu da je „pitanje učešća žena u ekonomskoj, kao i političkoj sferi života goruće (je) pitanje i u Srbiji”. Više o tome u V. Z. Antonijević, *Urođnjavanje javnih politike u Srbiji 2000-2014: politike podrške porodici u kontekstu evropskih integracija*, odbranjena doktorska disertacija, Univerzitet u Novom Sadu, Asocijacija centara za interdisciplinarne i multidisciplinarne studije i istraživanja, Novi Sad 2018, 21.

obavljanje određenog posla”.⁴² Pa ipak, primena načela zabrane diskriminacija u pogledu kandidata za zaposlenje „ne isključuje svako pravljenje razlike između kandidata za zaposlenje” – dozvoljeno je praviti razliku i na osnovu ličnih svojstava ukoliko ona imaju „suštinski značaj za zaključenje ugovora”.⁴³

Štaviše, posebno je važno to što se u Zakonu preciziraju i detalji u vezi sa podacima koje poslodavac može da zahteva od zaposlenih, odnosno kandidata za zaposlenje. Tako se navodi da „poslodavac ne može od kandidata da zahteva podatke o porodičnom, odnosno bračnom statusu i planiranju porodice, odnosno dostavljanje isprava i drugih dokaza koji nisu od neposrednog značaja za obavljanje poslova za koje zasniva radni odnos”⁴⁴ i da „poslodavac ne može da uslovljava zasnivanje radnog odnosa testom trudnoće, osim ako se radi o poslovima kod kojih postoji znatan rizik za zdravlje žene i deteta utvrđen od strane nadležnog zdravstvenog organa”.⁴⁵ O jasnoj nameri zakonodavca da spreči poslodavca u zloupotrebi ličnih podataka govori o odredba Zakona o radu prema kojoj „zaposleni ima pravo uvida u dokumente koji sadrže lične podatke koji se čuvaju kod poslodavca i pravo da zahteva brisanje podataka koji nisu od neposrednog značaja za poslove koje obavlja, kao i ispravljanje netačnih podataka”.⁴⁶ Drugim rečima, pravo na obradu podataka u sferi zapošljavanja i rada ograničeno je na one podatke koji su nužni, odnosno od ključne važnosti za samo obavljanje posla.⁴⁷ Osim Zakona o radu, treba spomenuti i Zakon o evidencijama u oblasti rada⁴⁸, kojim se detaljno regulišu vrste podataka koji su sadržani u evidenciji o radu i, između ostalog, pitanja prikupljanja, obrade i načina korišćenja i zaštite podataka iz evidencije u oblasti rada. Pa ipak, tim zakonom se dalje ne preciziraju značajna pitanja u pogledu zabrane zahtevanja podataka, odnosno vođenja evidencije o bračnom i porodičnom statusu kandidata za zaposlenje.⁴⁹

⁴² ZOR, čl. 20. st. 1. tač. 1. Važno je imati u vidu i to da neplaćeni rad kod kuće po pravilu u potpunosti ili većim delom predstavlja rad koji obavljaju žene, te se neretko govori o „dvostrukom angažovanju žena”, što se odražava i na traženje zaposlenja – „od kuvanja i čišćenja, do donošenja vode i ogreva ili brige o deci i starima, žene obavljaju najmanje dva i po puta više neplaćenih poslova u domaćinstvu i nezi od muškaraca. Kao rezultat toga, oni imaju manje vremena da se bave plaćenim radom ili rade duže, kombinujući plaćeni i neplaćeni rad. Neplaćena nega i rad u kući čine između 10 i 39 procenata bruto domaćeg proizvoda i mogu doprineti privredi više od sektora proizvodnje, trgovine ili transporta”. UN Women, „Redistribute Unpaid Work”, <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/csw61/redistribute-unpaid-work>, 7. Decembar 2022. Više o tome kako bračni status utiče na pitanje obavljanja neplaćenog rada u V. J. Charmes, *The Unpaid Care Work and the Labour Market – An Analysis of Time-use Data Based on the Latest World Compilation of Time-use Surveys*, International Labour Organization, Geneva 2019.

⁴³ Lj. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2013, 393.

⁴⁴ ZOR, čl. 26. st. 2.

⁴⁵ ZOR, čl. 26. st. 3. Na međunarodnom nivou se prepoznaje da eventualni izuzetak od pravila u vezi sa porodičnim statusom predstavljaju pitanja postavljenim kako ne bi došlo do nepotizma. International Labour Organization, *ABC of women workers' rights and gender equality*, International Labour Office, Geneva 2007, 125.

⁴⁶ ZOR, čl. 83. st. ...

⁴⁷ Više o tome u V. M. Reljanović, „Zaštita podataka o ličnosti u radnom odnosu”, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. Stefan Andonović, Dragan Prlja, Andrej Diligenski), Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, 67.

⁴⁸ Zakon o evidencijama u oblasti rada, *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005 – dr. zakon i 36/2009 – dr. zakon.

⁴⁹ Valjalo bi ipak napomenuti da se u članu 5. navodi da evidencija o zaposlenim licima sadrži, između ostalog, podatke o osiguranim članovima porodice. U analizi tog zakona, treba imati u vidu rizik da potiče iz 1996.

Na osnovu toga se može zaključiti da je Zakonom o radu poslodavcu nedvosmisleno zabranjeno da uopšte zahteva podatke o bračnom i porodičnom statusu, te da ovaj zakon sadrži garantije koje se tiču zaštite podataka o ličnosti. Ma koliko ta odredba bila nedvosmislena, čini se da određena pitanja, odnosno nedoumice (nastavljaju da) postoje. Na primer, ostaje nedoumica kako kandidat za zaposlenje može da zaštiti svoja prava ako dođe do kršenja te jasne odredbe Zakona o radu. Drugim rečima, postavlja se pitanje kako kandidat za zaposlenje uopšte može da dokaže da je poslodavac zahtevao podatke o bračnom i porodičnom statusu, a utoliko pre kako može dokazati da ga je poslodavac diskriminisao na osnovu bračnog ili porodičnog statusa.

S druge strane, još jednu nijansu složenosti tom pitanju dodaje i dimenzija postavljanja drugih pitanja koja bi bila u „sivoj zoni”, odnosno gde poslodavac ne zahteva od kandidata za zaposlenje da izričito odgovori na pitanje o bračnom i/ili porodičnom statusu, ali postavlja neka druga pitanja sa ciljem da dobije odgovor upravo na pitanja o bračnom i porodičnom statusu. To vrlo delikatno radnopravno pitanje nužno zahteva analizu određenih hipotetičkih situacija. Na primer, možemo zamisliti situaciju da poslodavac ne zahteva od kandidata za zaposlenje informaciju o bračnom ili porodičnom statusu, ali ga u poslovnom intervjuu pita da li u blizini postoji neki vrtić ili škola, da li je na prethodnom poslu imao/imala izazove da uskladi različite sfere života, da li bi u opravdanim slučajevima mogao/mogla da ostane na poslu i prekovremeno itd. U tom smislu, postavlja se pitanje na koji način treba oceniti takva pitanja, odnosno proveru informacija od poslodavca, to jest da li ih treba okarakterisati kao protivne odredbama Zakona o radu.

Sve i ukoliko ih odredimo kao protivne garantijama iz Zakona, čini se da težina dokazivanja, pomenuta u vezi sa jasno određenim pitanjima o bračnom i porodičnom statusu, eksponencijalno raste. Naposletku, otvara se i pitanje kako kandidat za zaposlenje da postupi ako je poslodavac, izričito ili manje izričito, zahtevao informacije o bračnom i porodičnom statusu. Za razliku od rešenja u određenim stranim pravima, koja u takvoj situaciji daju mogućnost kandidatu za zaposlenje da odgovori neistinito, naš Zakon ne prepoznaje takvu mogućnost.

2.3. Značaj Zakona o zabrani diskriminacije u svetlu sprečavanja diskriminacije kandidata za zaposlenje na osnovu bračnog i porodičnog statusa, odnosno planiranja porodice

Izuzetno je važno napomenuti da se pitanjem zabrane diskriminacije kandidata za zaposlenje bavi i Zakon o zabrani diskriminacije, kao ključni zakon anti-diskriminacionog zakonodavstva.

Pre svega, prilikom samog određenja pojmova diskriminacija i diskriminatorno ponašanje navodi se da ti izrazi „označavaju svako neopravdano pravljenje

godine i da je „prevaziđen i većim delom nefunkcionalan, odnosno da je mnogobrojnim izmenama ostao samo 'ljuštura' unutar koje nema supstancijalnih odredbi”. M. Reljanović (2020), 67.

razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način” na osnovu, između ostalog, bračnog i porodičnog statusa.⁵⁰ Štaviše, posebno je interesantno to što se tim zakonom, u delu koji se odnosi na diskriminaciju po osnovu pola, roda i rod-nog identiteta, propisuje da diskriminacija postoji ukoliko postoji nejednak tret-man muškaraca i žena, između ostalog, u porodičnom i profesionalnom životu.

Tim zakonom je propisano: „zabranjena je diskriminacija u oblasti rada, odnosno narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa ili uživa-nje pod jednakim uslovima svih prava u oblasti rada, kao što su pravo na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na napredovanje u službi, na stručno usavršavanje i profesionalnu rehabilitaciju, na jednaku naknadu za rad jednake vrednosti, na pravične i zadovoljavajuće uslove rada, na odmor, na obrazovanje i stupanje u sindikat, kao i na zaštitu od nezaposlenosti.”⁵¹ Pri tome se navodi da tu zaštitu uživa, između ostalog, „lice koje traži posao”.⁵²

3. Izazovi u praksi i mogući koraci

3.1. Povreda garantije zabrane diskriminacije u vezi sa bračnim stanjem i porodič-nim obavezama

Nezavisno od, a često i nasuprot postojanju garantija nedozvoljenosti za-htevanja određenih informacija od kandidata za zaposlenje, u praksi se neretko dešavaju povrede tih garantija. Naime, izvorna nejednakost strana u radnom od-nosu nesporno ima reperkusije i na proces zapošljavanja, a one se neretko ogle-daju u diskriminaciji kandidata za zaposlenje na osnovu bračnog stanja i poro-dičnih obaveza.⁵³

U praksi su posebno česta kršenja principa, odnosno garantija koje se odnose na to da poslodavci ne smeju da zahtevaju od kandidata za zaposlenje informacije o bračnom statusu i porodičnim obavezama. Na istom fonu, možda je još ekstrem-niji vid kršenja prava uslovljavanje zasnivanja radnog odnosa testom trudnoće.⁵⁴

⁵⁰ ZZD, čl. 2. st. 1. tač. 1.

⁵¹ ZZD, čl. 16. st. 1.

⁵² ZZD, čl. 16. st. 2.

⁵³ „Mora se konstatovati da diskriminacija u oblasti rada u Srbiji ne samo da postoji već zajedno sa diskrimi-nacijom u oblasti socijalne zaštite čini najveći broj prijavljenih slučajeva diskriminacije – poslednjih godina oko polovinu ukupnog broja slučajeva. Ovo navodi na jasan zaključak da se propisi koji postoje ne primenju-ju, a da je sistem nadzora i sankcionisanja njihovog kršenja neefikasan i ne daje zadovoljavajuće rezultate.” S. Bradaš, M. Reljanović, *Indikatori dostojanstvenog rada u Republici Srbiji*, Friedrich Ebert Stiftung, Beograd 2019, 21.

⁵⁴ O učestalosti takvih slučajeva govori i činjenica da im je neretko posvećena (i) medijska pažnja. Na primer, V. K. Guggenheim, *Pregnancy Test a Standard Practice for Female Job Seekers in Mexico*, <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1999-sep-26-me-14219-story.html>, 15. Decembar 2022; Amie Tsang, *A Spanish Airline’s Unusual Job Requirement: A Pregnancy Test*, <https://www.nytimes.com/2017/07/11/business/spain-iberia->

Važno je istaći da ta pitanja po pravilu imaju i rodnu i polnu dimenziju. Pre dalje analize, trebalo bi napomenuti da je stopa zaposlenosti muškaraca i žena i dalje neujednačena – primera radi, u Evropskoj uniji je, prema najnovijim podacima, stopa zaposlenosti žena ispod 67,7%, a stopa zaposlenosti muškaraca 78,5%, što se u velikoj meri objašnjava i dalje ključnom ulogom žene u domaćinstvu i brizi o članovima porodice.⁵⁵ U Srbiji pak stopa zaposlenosti žena, prema podacima za 2018. i 2019. godinu, iznosi 41,9%, a stopa zaposlenosti muškaraca 56,6%.⁵⁶ Kako se navodi, „uzroci sporijeg napredovanja žena u profesionalnom životu i razlozi zbog kojih je broj žena na upravljačkim pozicijama značajno manji u odnosu na muškarce mogu se, pored pojave diskriminatornih ponašanja, tražiti i u različitim sociološkim i kulturološkim fenomenima, uključujući neplaćeni rad, poslove staranja, rodni disbalans u oblasti obrazovanja, segregaciju u oblasti rada, stepen fleksibilnosti poslova, kao i još uvek izražene patrijarhalne društvene obrasce”.⁵⁷

Posebno je interesantno da, u skladu sa istraživanjima razloga zbog kojih zaposleni rade kraće od punog radnog vremena, odnos žena i muškaraca koji su naveli razlog briga o deci ili nesposobnim odraslim licima je 87% naspram 13%.⁵⁸

Može se zaključiti da se porodične obaveze i dalje prioritarno smatraju „ženski obavezama”, a da se žene, na tržištu i u svetu rada, doživljavaju kao „skuplja radna snaga”.⁵⁹ Drugim rečima, nasuprot promovisanju, pa i garantijama jednakosti muškaraca i žena, porodica se i dalje smatra „ženskom sferom”.⁶⁰ S druge strane, kao vrsta „odraza u ogledalu”, može se reći da „porodica i položaj žene u porodici predstavljaju važne indikatore postojanja stereotipa”.⁶¹ Dakle, iako međunarodni standardi, na univerzalnom i regionalnom nivou, kao i garantije domaćeg prava jasno ukazuju na važnost principa zabrane diskriminacije, samo postojanje pravnog okvira neretko je nedovoljno u borbi protiv tih duboko ukorenjenih

women-pregnancy.html#:~:text=The%20airline%20required%20potential%20employees,women%20meant%20a%20pregnancy%20test, 15. decembar 2022.

⁵⁵ European Commission, Women's Situation in the Labour Market, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/women-labour-market-work-life-balance/womens-situation-labour-market_en, 1. novembar 2022. Osim toga, treba imati u vidu da je rodno zasnovana segregacija poslova i dalje postoji u velikoj meri, a da se diskriminacija žene manifestuje u različitim aspektima rada – zarade, „staklenom plafonu”, diskriminatornom tumačenju zahteva posla itd. I. Grgurev, „Jednaka plaća za jednak rad ili rad jednake vrijednosti”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 56, 4/2006, 1108.

⁵⁶ Republički zavod za statistiku, *Muškarci i žene u Republici Srbiji*, Beograd 2020, 70.

⁵⁷ Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Redovan godišnji izveštaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2021, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Beograd 2022, 64.

⁵⁸ Republički zavod za statistiku, 78.

⁵⁹ Na osnovu toga je i nastao termin „kazna za majčinstvo”, koji ukazuje na izazove sa kojima se suočavaju žene koje su majke ili planiraju da postanu majke. S. J. Correll, S. Benard, I. Paik, „Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty?”, *American Journal of Sociology* 112, 5/2007, 1297. Na tom fonu se navodi i da postoji određena vrsta „plafona”, odnosno ograničenja profesionalnih uspeha koji se, bez ikakvog opravdanog razloga, nameću ženama u vezi sa materinstvom, koji se mogu posmatrati analogno „staklenom plafonu” koji predstavlja prepreku svim ženama u sferi zapošljavanja i rada.

⁶⁰ Nasuprot tome, takođe nezavisno od garantije jednakosti, i dalje je vrlo često stanovište da bavljenje politikom „pripada” muškarcima. N. Žunić, „Discrimination against Women and the Human Rights of Women”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 67, 2014, 55.

⁶¹ M. Pajvančić, „Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena – kratak osvrt na sadržaj”, u: *Ombudsman protiv dvostruke diskriminacije žena* (ur. pokrajinski ombudsman), Novi Sad 2008, 16.

stereotipa.⁶² Polna i rodna dimenzija ne izostaju ni kada je reč o pitanju bračnog stanja, gde istorijski kontekst ukazuje na to da je diskriminacija u vezi sa bračnim statusom bila pre svega usmerena ka ženama.

Pitanje u vezi sa zabranom diskriminacije po navedenim osnovama često su prisutna i pred domaćim sudovima. Primer je presuda Apelacionog suda u Nišu iz 2018. godine, u kojoj je Sud zaključio da „postoji diskriminatorno postupanje tužene škole prema tužilji time što je aneksom ugovora o radu tužilja upućena da obavlja poslove u odeljenje škole u drugo mesto rada van sedišta škole, samo na osnovu činjenice što je tužilja u drugom stanju i na održavanju trudnoće”.⁶³ U tom pogledu je posebno značajna i praksa Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, budući da se u praksi ovog tela može uočiti sveobuhvatan i dosledan pristup slučajevima diskriminacije kandidata za zaposlenje. Na primer, Poverenik je utvrdio postojanje diskriminacije u slučaju kada je poslodavac u onlajn formularu koji su kandidati za zaposlenje morali da popune prilikom prijave za posao zahtevao lične podatke, kao što je godina rođenja i *bračni status*.⁶⁴ U drugom slučaju, kandidatu za zaposlenje su na samom razgovoru za posao su postavljena pitanja o bračnom statusu, što je poslodavac opravdao samom prirodom posla koja zahteva često odsustvovanje od kuće. Međutim, „nije pružio činjenice i dokaze koji potvrđuju da je postojalo objektivno i razumno opravdanje zbog kojih je traženo da se kandidati izjasne o svom bračnom statusu”, te je i u tom slučaju Poverenik zauzeo stav da je izvršen akt diskriminacije.⁶⁵ U slučaju koji se ticao zaposlene na poslovima zdravstvene zaštite u Ministarstvu unutrašnjih poslova koja je trebalo da bude premeštena na drugi, manje plaćen posao, Poverenik je zauzeo stav da je izvršena posredna diskriminacija na osnovu pola i porodičnih obaveza zaposlene koja je majka maloletne dece.⁶⁶

⁶² Pitanje porodičnih obaveza ne može biti posmatrano nezavisno od ostvarenja prava na trudničko bolovanje, porodiljsko ili odsustvo radi nege deteta i odsustvo radi posebne nege deteta. U tom pogledu, naročito zabrinjava činjenica da širom sveta svega 28% žena ostvaruje pravo na plaćeno porodiljsko odsustvo. UN Women, Women in the Changing World of Work, <https://interactive.unwomen.org/multimedia/infographic/changingworldofwork/en/index.html>, 15. novembar 2022.

⁶³ Presuda Apelacionog suda u Nišu, GŽ1. 2925/17 od 13. novembra 2018.

⁶⁴ Mišljenje Poverenika za zaštitu ravnopravnosti br. 07-00-420/2014-02 od 3. decembra 2014.

⁶⁵ Mišljenje Poverenika za zaštitu ravnopravnosti br. 07-00-153/2015-02 od 15. juna 2015.

⁶⁶ Naime, „mišljenje je doneto u postupku po pritužbi N.R., koja je podneta protiv Komande Žandarmerije, zbog diskriminacije na osnovu pola i bračnog i porodičnog statusa. U pritužbi je navedeno da je N.R. majka dvoje maloletne dece, da je zaposlena u Ministarstvu unutrašnjih poslova, na poslovima zdravstvene zaštite u Trećem odredu Žandarmerije, na radnom mestu lekara, kao i da je predložena za premeštaj u budući Sektor za ljudske resurse, gde bi iste poslove radila za duplo manju platu, izgubivši UOSL status i beneficirani radni staž. U izjašnjenju je navedeno da je tačno da je N.R. predložena za premeštaj u budući sektor jer su njeni dosadašnji radni rezultati slabiji u odnosu na rezultate rada ostalih lekara u Trećem odredu, odnosno, bila je manje produktivna i funkcionalna u odnosu na ostale zaposlene lekare u tom odredu, s obzirom da poslednjih godina nije učestvovala u izvršavanju posebnih bezbednosnih zadataka na području Kopnene zone bezbednosti, kao i na drugim jednodnevnim i višednevnim angažovanjima van sedišta Odreda jedinice, a da činjenica da je majka dvoje maloletne dece nije uticala na odluku. U toku postupka utvrđeno je da će se u MUP Republike Srbije formirati novi Sektor za ljudske resurse i da je Komanda Žandarmerije sačinila predlog za raspoređivanje zaposlenih u budući sektor, a na spisku je 12 žena od ukupno 14 predloženih zaposlenih, među kojima je N.R. Kako tokom postupka poslodavac nije pružio objektivno i razumno opravdanje za predlog da N.R. bude premeštena u budući Sektor za ljudske resurse, Poverenica za zaštitu ravnopravnosti dala je mišljenje da je

3.2. Naredni koraci i (moguća) rešenja

Čini se da uvođenje novih mera i garantija sa ciljem zabrane diskriminacije na osnovu bračnog statusa i porodičnih dužnosti, odnosno zabrane postavljanja pitanja o tome, može biti posmatrano kroz prizmu samog pravnog okvira, ali i kroz prizmu povreda pravnog okvira u praksi.

Naime, potencijalne izmene i dopune pravnog okvira, odnosno zakonodavstva, bi otklonile barem neke od postojećih nedoumica. U tom kontekstu, a u svetlu pomenutog Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, čini se da ne bi bilo redundantno da se i u tom zakonu uspostave jasnije garantije, odnosno na detaljniji način reguliše pitanje (zabrane) obrade podataka o ličnosti kada je reč o zapošljavanju, radi poboljšanja položaja kandidata za zaposlenje. Nadalje, iako je Zakonom o radu izričito zabranjeno da se kandidatima za zaposlenje postavljaju pitanja o bračnom statusu i porodičnim obavezama i da se zasnivanje radnog odnosa uslovljava testom trudnoće, određene nedoumice ipak ostaju. Naime, iako su odredbe kojima se to propisuje jasne, nedoumice se pre svega javljaju u situaciji kada poslodavac prekrši tu odredbu, te kandidatu za zaposlenje postavi neko od nedozvoljenih pitanja. U Zakon o radu bi potencijalno moglo da se uvede rešenje da kandidat za zaposlenje nedvosmisleno ima pravo da ne odgovori, odnosno „pravo na ćutanje”, kao što je to, na primer, slučaj u Zakonu o radu Republike Hrvatske.⁶⁷ Štaviše, korak dalje bi bilo uvođenje prava kandidata za zaposlenje da odgovori neistinito na takvo pitanje. Konačno, bilo bi posebno značajno dodatno urediti pitanje dokazivanja da je kandidat bio suočen sa nedozvoljenim pitanjem, ali i uvesti parametre za procenu pitanja koja se nalaze „u svojoj zoni”, odnosno kojima nije izričito zahtevana informacija o bračnom statusu ili porodičnim dužnostima, ali koja poslodavac postavlja sa namerom da stekne uvid upravo u to pitanje. Osim toga, pozitivne efekte bi potencijalno imalo uvođenje (i) prekršajne odgovornosti za poslodavce koji povrede tu odredbu, budući da, u skladu sa trenutnim rešenjem, „Zakon o radu nije u slučaju zloupotrebe informacija, u skladu sa čl. 26 i 83 predvideo prekršajnu sankciju za protivpravno ponašanje prema zaposlenom, što ukazuje da zaštita podataka ipak ima „drugorazredan tretman” u odnosu na ostala prava zaposlenih, odnosno da je više deklarativnog karaktera”⁶⁸

S druge strane, bez obzira na stepen detaljnosti i razvijenosti pravnog okvira, uvek ostaju nedoumice u praksi, odnosno pitanja kako sprečiti zloupotrebe i

Komanda Žandarmerije, predlogom za nepovoljniji premeštaj N.R. iz Žandarmerije u Sektor za ljudske resurse, izvršila posrednu diskriminaciju na osnovu pola i porodičnog statusa, te je Komandi Žandarmerije preporučeno je da preduzme sve potrebne mere u cilju otklanjanja posledica diskriminatornog postupanja prema zaposlenoj N.R.⁶⁷ Mišljenje Poverenika za zaštitu ravnopravnosti br. 07-00-648/15-02 od 14. januara 2016.

⁶⁷ Zakon o radu Republike Hrvatske pročišćeni tekst zakona NN, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, čl. 25, na snazi od 1. januara 2023. Takvo pravo je izričito priznato i u francuskom i slovenačkom zakonodavstvu. Ovdje je bitno da je i stav Međunarodne organizacije rada takav da je zabranjeno diskrecijski kazniti, odnosno dati otkaz zaposlenom zbog toga što poslodavcu nije dao informacije koje nisu od značaja za obavljanje posla. Tač. 6.8 An ILO code of practice.

⁶⁸ S. Jašarević, „Zaštita ličnih podataka zaposlenih u srpskom i evropskom pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2009, 299.

povrede garantija u praksi. Jedan potencijalni mehanizam bi bilo uvođenje depersonalizovanih prijava (eng. *blind hiring*), što podrazumeva da poslodavci odlučuju na osnovu prijava u kojima su izostavljeni bilo kakvi podaci o statusu kandidata za zaposlenje kao ranjive ili manjinske grupe.⁶⁹ Uvođenje depersonalizacije bi potencijalno imalo pozitivne reperkusije na postojanje diskriminacije kandidata za zaposlenje na osnovu bračnog statusa i porodičnih dužnosti.

Uopšte kada je reč o pitanju bračnog statusa i porodičnih dužnosti, čini se da je neophodno preduzeti dalje korake za promovisanje i garantovanje jednakosti muškaraca i žena. Drugim rečima, neophodno je prepoznati polnu i rodnu dimenziju pitanja bračnog statusa i porodičnih obaveza te dalje uvoditi mere poput rodno neutralnog oglašavanja, koje utiču na jednakost muškaraca i žena, ali posredno imaju uticaj i na postizanje jednakosti u porodičnim obavezama.

Konačno, nužno je uvođenje obuka i drugih mehanizama borbe protiv stereotipa i predrasuda jer svaki mehanizam ostaje bez uspeha ukoliko su temelji razumevanja položaja zaposlenih od poslodavca utemeljeni u stereotipima i predrasudama.

4. Zaključna razmatranja

Analiza pitanja položaja kandidata za zaposlenje je veoma složena iz više razloga. Naime, u razmatranju tog pitanja treba uzeti u obzir princip zaštite podataka o ličnosti i analizu odredaba radnopravnog i antidiskriminacionog zakonodavstva.

U svetlu toga su nastale odredbe o tome koja pitanja poslodavac ne sme da postavi kandidatu za zaposlenje, odnosno koje informacije ne sme da zahteva. Između ostalog, poslodavcu je zabranjeno da od kandidata za zaposlenje traži informacije o bračnom statusu ili porodičnim obavezama i da uslovljava zasnivanje radnog odnosa testom trudnoće. Kada se govori o tome, neizostavno treba spomenuti i polnu i rodnu dimenziju, posebno kada je reč o porodičnim dužnostima koje se i dalje po pravilu smatraju „ženskim” dužnostima. Štaviše, važno je imati u vidu i širi kontekst koji podrazumeva i dalje izraženo postojanje rodni uloga u obavljanju neplaćenog rada u domaćinstvu te uticaj svih pomenutih pitanja na položaj kandidata za zaposlenje. Takođe, mora se uzeti i obzir i izvorna nejednakost strana u radnom odnosu, odnosno činjenica da je poslodavac „jača” strana, što se u određenim slučajevima nesporno odražava na postupak zapošljavanja. Drugim rečima, zaštita koja se pruža kandidatima za zaposlenje mora biti takva da im garantuje mogućnost da zaista zaštite svoja prava u praksi, odnosno moraju se obezbeđivati mehanizmi koji će omogućiti stvarnu primenu tog principa.

⁶⁹ Više o prednostima i manama tog principa u V. U. Rinne, *Anonymous job applications and hiring discrimination*, Institute of Labor Economics (IZA), Bonn 2018; J. Stainer, *Blind Recruitment: How Anonymous Hiring Improves Diversity*, <https://www.pinpointhq.com/insights/blind-recruitment/#what-is-blind-recruitment>, 1. novembar 2022.

Za regulisanje tog pitanja su važni Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, Zakon o radu i Zakon o zabrani diskriminacije. Posebno je interesantno to što se Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti to pitanje ne uređuje detaljnije, odnosno samo se upućuje na odnosne odredbe radnog zakonodavstva. Upravo stoga je posebno važno što je zabrana zahtevanja informacija o bračnom stanju i porodičnim obavezama i uslovljavanja zasnivanja radnog odnosa testom trudnoće implicitno regulisana principom zabrane diskriminacije u Zakonu o radu i Zakonu o zabrani diskriminacije, ali i eksplicitno u Zakonu o radu. Međutim, određene nedoumice ipak preostaju, a one se pre svega tiču mogućnosti koje stoje na raspolaganju kandidatu za zaposlenje ukoliko poslodavac, nasuprot zabrani, ipak zahteva te informacije, kao i „nijansi” pitanja koja u sebi mogu, možda ne izričito, ali posredno, sadržati zahtev za takvom informacijom. Razmatranje tog pitanja postaje još kompleksnije kada se uzmu u obzir česte povrede garantija koje postoje u praksi. S jedne strane nedoumice, a s druge strane povrede otvaraju pitanje potencijalnog uvođenja novih ili unapređenih mehanizama koji bi doprineli otklanjanju nedoumica i, barem u izvesnoj meri, sprečavanju povreda te garantije u praksi. U radu su dati predlozi za uvođenje izričite mogućnosti da kandidati za zaposlenje ne odgovore na to pitanje, pa čak i da potencijalno daju neistinit odgovor na pitanje, kao i za anonimne, depersonalizovane prijave.

Iako postoje izričite garantije i različiti i efikasni mehanizmi za zaštitu prava, diskriminacija u svetu rada će postojati sve dok postoje ukorenjeni stereotipi i predrasude poslodavaca. Ta pitanja, odnosno izazovi nisu samo pravni, ali je neophodno da ih radno pravo prepozna, odnosno nastavi da prepoznaje, te se sa svakim korakom napred u tom pogledu ostvaruje i dodatna zaštita kandidata za zaposlenje.

Literatura

- Andonović S., Prlja D., *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.
- Andonović S., *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji – pravni aspekti*, odbranjena doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2019.
- Antonijević Z., *Urođnjavanje javnih politike u Srbiji 2000–2014: politike podrške porodici u kontekstu evropskih integracija*, odbranjena doktorska disertacija, Univerzitet u Novom Sadu, Asocijacija centara za interdisciplinarnu i multidisciplinarnu studije i istraživanja, Novi Sad 2018.
- Bradaš S., Reljanović M., *Indikatori dostojanstvenog rada u Republici Srbiji*, Friedrich Ebert Stiftung, Beograd 2019.
- Bridgeman J., Keating H., „Introduction: Conceptualizing Family Responsibility”, *Responsability, Law and Family* (eds. Jo Bridgeman, Heather Keating, Craig Lind), Ashgate, London 2008.

- Burchell B., Sehnbruch K., Piasna A., Agloni N., “The Quality of Employment and Decent work: Definitions, Methodologies, and On-going Debates”, *Cambridge Journal of Economics* 38, 2014.
- Catherine H., *Reconciling Work and Family Responsibilities: Practical Ideas from Global Experience*, International Labour Organization, International Labour Office, Geneva 2005.
- Cimprichová Gežová K., Father’s and Mother’s Roles and Their Particularities in Raising Children, *Acta Technologica Dubnicae* 5, 1/2015.
- Correll S. J., Benard S., Paik I., „Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty?“, *American Journal of Sociology* 112, 5/2007.
- Crenshaw V. K., “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum* 1/1989, Article 8.
- Diligenski A. V., “Lice za zaštitu podataka u javnoj upravi”, *Strani pravni život* LXIV, 2/2020.
- Fredman V. S., “Substantive Equality Revisited”, *International Journal of Constitutional Law* 14, 3/2016.
- Grgurev I., “Jednaka plaća za jednak rad ili rad jednake vrijednosti”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 56, 4/2006.
- Jašarević S., “Zaštita ličnih podataka zaposlenih u srpskom i evropskom pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2009.
- Kamleitner B., Mitchell V., “Your Data Is My Data: A Framework for Addressing Interdependent Privacy Infringements”, *Journal of Public Policy & Marketing* 38, 4/2019.
- Kovačević Lj., *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Kovačević Lj., Novaković U., “Mirno rešavanje sporova povodom diskriminacije zaposlenih na osnovu porodičnih dužnosti”, *Pravo i privreda* 56, 7–9/2018.
- Kovačević Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016.
- Kresal B., „Reconciliation of Work and Family Life – the Role of Labour Law in the Changing Economic and Social Conditions, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla 2011.
- Larsson A., Pernilla Lj., “GDPR: What are the Risks and who Benefits?“, *The Digital Transformation of Labor: Automation, the Gig Economy and Welfare* (eds. Anthony Larsson, Robin Teigland), Routledge, London 2020.

- Malo S., "Overt Stereotype Biases and Discrimination in the Workplace: Why Haven't We Fixed This by Now?", *Employee Responsibilities and Rights Journal* 27, 4/2015.
- Mirjanić Ž., "Zaštita ličnih podataka zaposlenih u uslovima korištenja informacijskih tehnologija", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 85, 2019.
- Ogriseg C., "GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context", *Labour Law* 3, 2/2017.
- Pajvančić M., „Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena – kratak osvrt na sadržaj”, *Ombudsman protiv dvostruke diskriminacije žena* (ur. pokrajinski ombudsman), Novi Sad 2008,
- Reljanović M., *Na šta mislimo kada kažemo... Dostojanstven rad*, Institut za filozofiju i društvenu teoriju Univerziteta u Beogradu u partnerstvu sa Institutom za demokratski angažman jugoistočne Evrope, uz podršku Fondacije za otvoreno društvo, Beograd 2021.
- Reljanović M., „Zaštita podataka o ličnosti u radnom odnosu”, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. Stefan Andonović, Dragan Prlja, Andrej Diligenski), Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.
- Rinne U., *Anonymous job applications and hiring discrimination*, Institute of Labor Economics (IZA), Bonn 2018.
- Roush E., "(Re)entering the Workforce: A Historical Perspective on Family Responsibilities discrimination and the shortcomings of law to remedy it", *Washington University Journal of law & policy* 31, 2009.
- Steele V. C., *Who is the Ideal Worker? How Gendered Organizations Adversely Impact Women's Promotability and Development*, A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri, Columbia 2020.
- Vujadinović D., "Rod i pravna regulativa", *Perspektiva implementacije evropskih standarda u pravnom sistemu u Srbiji* (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013.
- Zwitter A., Gstrein O. J., "Big Data, Privacy and COVID-19 – Learning from Humanitarian Expertise in Data Protection", *Journal of International Humanitarian Action* 5, 4/2020.
- Žunić N., "Discrimination against Women and the Human Rights of Women", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 67/2014.

Propisi i drugi akti

- European Commission, Opinion 2/2017 on data processing at work – wp249, 23. jun 2017.
- European Commission, Women's Situation in the Labour Market, <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/>

- gender-equality/women-labour-market-work-life-balance/womens-situation-labour-market_en*, 1. novembar 2022.
- European Union, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *Official Journal of the European Union*, L 119/1, 4. maj 2016.
- International Labour Organization, *ABC of women workers' rights and gender equality*, International Labour Office, Geneva 2007.
- International Labour Organization, *Care Work and Care Jobs*, International Labour Office, Geneva 2018.
- International Labour Organization, Decent Work, <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>, 10. novembar 2022.
- International Labour Organization, Equality and Discrimination, <https://www.ilo.org/global/topics/equality-and-discrimination/lang--en/index.htm>, 20. novembar 2022.
- International Labour Organization, Equality at work: The continuing challenge: Report of the Director-general, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 100th Session, International Labour Office, Geneva 2011.
- International Labour Organization, ILO: Workplace Discrimination, a Picture of Hope and Concern, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_075613/lang--en/index.htm, 25. decembar 2022.
- Mišljenje Poverenika za zaštitu ravnopravnosti br. 07-00-420/2014-02 od 3. decembra 2014.
- Mišljenje Poverenika za zaštitu ravnopravnosti br. 07-00-153/2015-02 od 15. juna 2015.
- Mišljenje Poverenika za zaštitu ravnopravnosti br. 07-00-648/15-02 od 14. januara 2016.
- Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Redovan godišnji izveštaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2021, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Beograd 2022.
- Presuda Apelacionog suda u Nišu, Gž1. 2925/17 od 13. novembra 2018.
- Republički zavod za statistiku, *Muškarci i žene u Republici Srbiji*, Beograd 2020.
- UN Women, Care Work: Increased Burdens for Women, <https://www.unwomen.org/en/hq-complex-page/covid-19-rebuilding-for-resilience/care-work>, 1. decembar 2022.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.
- Zakon o evidencijama u oblasti rada, *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni glasnik RS* br. 101/2005 – dr. zakon i 36/2009 – dr. zakon.

Zakon o radu, *Službeni glasnik RS* br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

Zakon o radu Republike Hrvatske, pročišćeni tekst zakona, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, na snazi od 1. januara 2023.

Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009 i 52/2021.

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

Internet izvori

Guggenheim K., Pregnancy Test a Standard Practice for Female Job Seekers in Mexico, <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1999-sep-26-me-14219-story.html>, 15. decembar 2022.

Hendricks F, Protection of workers' personal data: General principles, International Labour Organization Working Papers, <https://www.ilo.org/legacy/english/intserv/working-papers/wp062/index.html>, 20. novembar 2022.

European Commission, Can my Employer Require me to give my Consent to Use my Personal Data?, https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/how-my-personal-data-protected/can-my-employer-require-me-give-my-consent-use-my-personal-data_en, 5. decembar 2022.

Rahnama H., Pentland A., The New Rules of Data Privacy, <https://hbr.org/2022/02/the-new-rules-of-data-privacy>, 18. novembar 2022.

Stainer J., Blind Recruitment: How Anonymous Hiring Improves Diversity, <https://www.pinpointhq.com/insights/blind-recruitment/#what-is-blind-recruitment>, 1. novembar 2022.

Tsang A., A Spanish Airline's Unusual Job Requirement: A Pregnancy Test, <https://www.nytimes.com/2017/07/11/business/spain-iberia-women-pregnancy.html#:~:text=The%20airline%20required%20potential%20employee,s,women%20meant%20a%20pregnancy%20test>, 15. decembar 2022.

UN Women, Women in the Changing World of Work, <https://interactive.unwomen.org/multimedia/infographic/changingworldofwork/en/index.html>, 15. novembar 2022.

UN Women, ,Redistribute Unpaid Work, <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/csw61/redistribute-unpaid-work>, 7. Decembar 2022.

PROHIBITION OF DISCRIMINATION AGAINST JOBSEEKERS ON THE BASIS OF MARITAL AND FAMILY STATUS – A CLOSER LOOK INTO THE ISSUE OF PERSONAL DATA

Summary

The principle of equality, which includes the prohibition of discrimination, is one of the basic principles in the field of employment and labor relations. The paper deals with the issue of non-discrimination of job seekers on the basis of marital status and family obligations, in light of the prohibition to collect and process such data. When dealing with this issue, the paper includes the analysis of the provisions of the Labour Law, Prohibition of Discrimination Law, as well as the provisions of the Law on Personal Data Protection. The Labour Law, as a rule, enables the employer to request from the job seeker only data important for performing the job, i.e., prohibits the employer from requesting data regarding marital and family status, as well as conditioning the establishment of employment relationship with a pregnancy test.

Nevertheless, certain doubts remain – the question arises as to whether it is also necessary to explicitly introduce into domestic legislation a principle that exists in certain foreign laws, which gives the employee the opportunity not to answer such questions or even to give a false answer, also, from the perspective of the situation in practice, it remains an unresolved issue how to fight against violations of this guarantee, i.e., how to overcome the gap between the normative and the situation in practice. In this light, the paper presents certain proposals regarding the introduction or improvement of mechanisms aimed at protecting job candidates in the aforementioned context.

Key words: prohibition of discrimination, personal data protection, jobseekers, marital status, family obligations.

ELEKTRONSKI NADZOR ZAPOSLENIH – PROBLEM USPOSTAVLJANJA RAVNOTEŽE IZMEĐU OVLAŠĆENJA POSLODAVACA I PRAVA ZAPOSLENIH NA PRIVATNOST**

Apstrakt

Razvoj interneta i pojava modernih tehnologija koje se gotovo neizostavno koriste na radu u savremenom dobu učinili su da se linija između privatnog i poslovnog života zaposlenog teže povlači, posebno u okolnostima sve rasprostranjenijih fleksibilnosti organizacija rada, koje na prvom mestu omogućavaju da se rad često obavlja van prostorija poslodavaca, odnosno na daljinu. U tim okolnostima, poslodavčeva ovlašćenja za praćenje rada zaposlenih i njihove produktivnosti na radu mogu lako da zadiru u privatnu sferu zaposlenog – kontrolom sadržaja koje zaposleni koriste na radu, praćenjem internet stranica i komunikacija sa drugim zaposlenim i/ili neprekidnim video-nadzorom, ne samo u prostorijama poslodavca već neretko i posredstvom kamera na pokretnim računarima koje zaposleni koriste prilikom rada na daljinu. Tada se javlja potreba da nacionalna zakonodavstva uspostave adekvatne granice između ovlašćenja poslodavaca da prate/nadziru rad zaposlenih i prava zaposlenih na privatnost (na radnom mestu).

Autorka u radu ukazuje na pozitivne i negativne aspekte elektronskog nadzora nad radom zaposlenih i neophodnost usvajanja kriterijuma sa ciljem uspostavljanja ravnoteže između interesa poslodavca i potrebe zaposlenih da uživaju pravo na privatnost na radnom mestu.

Ključne reči: pravo na privatnost, elektronski nadzor, prava zaposlenih, ovlašćenja poslodavaca.

1. Uvod

Pravo na privatnost¹ se štiti različitim instrumentima usvojenim na nivou međunarodnog radnog prava, ali i odredbama domaćeg zakonodavstva. Odredbe

* Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, j.misailovic@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

¹ Pravo na privatnost, posebno u pravnoj teoriji, zaokupilo je pažnju od kapitalnog dela Vorena i Brendisa *Pravo na privatnost* iz 1890. godine. Privatnost, kako su je definisali Varen i Brendis, bila je zasnovana na pretpostavci

tih instrumenata se primenjuju i na zaposlene, u nedostatku posebnog akta koji bi na međunarodnom ili/i nacionalnom nivou posebno uređivao pravo na zaštitu privatnosti zaposlenih.

Pitanju narušavanja prava na privatnost zaposlenih doprineo je razvoj tehnologija, koji je poslodavcima omogućio da prate rad zaposlenih i u realnom vremenu i retroaktivno (primera radi, mogućnost provere ličnih podataka o potencijalnim zaposlenima koji su dostupni posredstvom interneta). Naime, u doba interneta, mogućnost nadzora nad radom zaposlenog više nije ograničena samo na poslodavca kao fizičko lice i subjekta radnopravnog odnosa. Internet platforma je dramatično proširila obrazac nadzora i na treća lica tako da se stalno zamagljuju razlike između privatnog i profesionalnog života zaposlenog jer internet platforma i društveni mediji imaju mogućnost da lako izlažu, dele i distribuiraju informacije o drugima.² Osim toga, moderne tehnologije su olakšale merenje efikasnosti rada zaposlenih, što je dalje vodilo pomeranju težine zadataka koji se stavljaju pred zaposlene u smislu sve viših očekivanja koje poslodavci imaju, zasnovano na poređenju zaposlenih međusobno, i time uticale na brzinu razvoja tržišta rada u celini. Međutim, te inovacije nisu stavile u fokus samo pitanje zaštite privatnosti zaposlenih već su tržište rada upoznale i sa novim oblicima rada koji u značajnom obimu odstupaju od elemenata koji se vezuju za standardni radni odnos. U tom smislu, u vezi sa nadzorom se javlja izazov za poslodavce u pogledu granice do koje mogu ići njihova ovlašćenja kao jače strane u radnom odnosu. Bojazni neretko nema mesta u onim okolnostima u kojima nadzor ne vrši poslodavac, kao subjekt radnog odnosa, već moderni „poslodavac platforma” o čijim se uslovima rada ne pregovara jer ne postoji jedan „realni” poslodavac za kojeg lice obavlja određeni posao te ne postoji ni standardni radnopravni odnos. U tim okolnostima, pitanje narušavanja privatnosti može izostati iz domašaja radnog zakonodavstva ukoliko ne postoji ugovor o radu a nacionalna zakonodavstva zaštitu nisu proširila i na lica koja rad obavljaju i po osnovu drugih ugovora kojima se ne zasniva radni odnos (na primer, u Republici Srbiji mnoga prava iz Zakona o radu može da ostvari samo lice koje ima status zaposlenog, odnosno koje ima zaključen ugovor o radu). Problem određenja poslodavca u vreme savremenih tehnologija novog doba, pitanje je koje zavređuje posebnu pažnju i, kao takvo, neće biti predmet ovog rada.

Postoji široka lepeza izazova povezanih sa nadzorom nad radom zaposlenih i kao takvi mogu da budu predmet istraživanja, a u ovom radu će pa-

i ideji da pojedinac ima pravo „da bude sam (u miru)” – *to be let alone* (eng.). Voren i Brandeis su u tom delu tvrdili da samoća i privatnost imaju suštinski značaj za pojedinca. Tu neophodnost su pretpostavili na osnovu rasta intenziteta i složenosti života, brzog napretka civilizacije i nametljivosti novinarstva sa svojim „brojnim mehaničkim uređajima”. Oni su odvojili privatnost od klevete, koja jednostavno proširuje zaštitu na prava na nematerijalnu svojinu kao što je reputacija i postavili privatnost kao pravo zasnovano na principu „nepovredive ličnosti” (eng. *inviolate personality*). S. D. Warren, L. D. Brandeis, „The Right to Privacy”, *Harvard Law Review* 5/1890, 193–194.

² T. Katsabian, „Employees’ Privacy in the Internet Age: Towards a New Procedural Approach”, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 2/2019, 216.

žnja biti usmerena na pitanje povlačenja granice poslodavčevih ovlašćenja u elektronskom nadzoru nad radom zaposlenih, kao najrasprostranjenijem vidu nadzora na radnom mestu, i dometa zadiranja i narušavanja privatnosti zaposlenih.

2. Pravo na zaštitu privatnosti kao ljudsko pravo – normativni okvir

Pravo na privatnost zaposlenih štiti se u skladu sa međunarodnim i nacionalnim standardima kojima se garantuje zaštita ljudskih prava³, to jest zaštita prava na privatnost pojedinca.

U tom duhu, na prvom mestu, od značaja je aktivnost Organizacije ujedinjenih nacija, koja je prepoznala značaj zaštite privatne sfere u svojim dokumentima – Univerzalnoj deklaraciji Ujedinjenih nacija usvojenoj 1948. godine⁴ i Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine⁵. U ovim dokumentima, na prvom mestu, Univerzalnoj deklaraciji, pravo na zaštitu privatnosti štiti se u negativnom aspektu, jer se zabranjuju mešanje u privatni život, porodicu, stan ili prepisku i napadi na čast i ugled, te pojedinac uživa zaštitu u slučaju povrede tih dobara. U Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima pravo na privatnost zaštićeno je gotovo identičnim tekstom.

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine, kao regionalni izvor zaštite prava na privatnost⁶, u članu 8. garantuje pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.⁷ Takođe, značajni su i uslovi pod kojima se pravo na privatnost može prekršiti i koji su garantovani u nastavku teksta pomenutog člana. Primetno je da, za razliku od akata Ujedinjenih nacija, Evropska konvencija štiti pravo na privatnost direktnom odredbom, umesto zabranom kršenja prava na privatnost. Na ovom mestu nije na odmet ukazati na to da su u zemljama koje su uvrstile Evropsku konvenciju o ljudskim pravima u svoje nacionalne pravne sisteme sudska tumačenja i primena člana 8. proizveli različite rezultate, posebno kada je reč o pravu na privatnost na radnom mestu. Na primer, premisa francuskog suda je

³ Na ovom mestu autorka sumirano daje prikaz najznačajnijih dokumenata kojima se u okvirima međunarodnih izvora prava garantuje pravo na privatnost kao ljudsko pravo.

⁴ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, čl. 12, https://www.ohchr.org/en/ohchr_homepage, 20. novembar 2022.

⁵ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/1971, čl. 17.

⁶ Temelji evropskog koncepta privatnosti zaposlenih evoluirali su spajanjem zaštite privatnosti i borbe protiv diskriminacije. Takav pristup definisanju privatnosti omogućio je da privatnost kao koncepcija nadilazi sferu pojedinca koja se odnosi isključivo na njegov „unutrašnji krug” i postavio temelj za prepoznavanje šire koncepcije privatnosti kao „socijalne” dimenzije. M. Otto, “The Right to Privacy in Employment: In Search of the European Model of Protection”, *European Labour Law Journal* 4/2015, 347–348.

⁷ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni glasnik SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003.

da „radnici na radnom mestu uživaju svoja privatna prava 'netaknuta'”. Nasuprot tome, sudska praksa Velike Britanije, primera radi, je opreznija, polazeći od toga da privatnost na poslu može biti ograničena u skladu sa prerogativima menadžmenta.⁸ Zašto se javljaju ta divergentna tumačenja? Jedno od mogućih objašnjenja je da su se građanski zakoni i zakoni o radu drugačije razvijali tokom vremena i time obezbedili vodeći okvir za sudske tumačenje člana 8.⁹ Međutim, još važnije je ukazati da se domen prava na privatnost iz člana 8. prvenstveno u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) proširio i na polje rada. U predmetu *Denisov protiv Ukrajine*¹⁰ ESLJP se izjasnio da radni sporovi nisu isključeni iz opsega privatnog života u smislu člana 8. i zauzeo stav da postoje aspekti privatnog života koji mogu biti pogođeni postupcima kao što su: otpuštanje, premeštanje na drugo radno mesto ili mesto rada, ili druge slične nepovoljne mere.¹¹ Još 1992. godine ESLJP se izjasnio da se članom 8. pruža zaštita radnih (poslovnih) prostorija te je kasnije, u predmetu *Peev protiv Bugarske*, proširio značenje tog pojma tako da član 8. obuhvata i pravo na poštovanje sedišta kompanije, filijale i radnog mesta.¹² Privatnim posedom se, osim radnog mesta, smatraju i radni sto i ormani u kojima se nalaze lične stvari i u svakom slučaju se procenjuje da li su postojale dovoljne i trajne veze sa nekom određenom zgradom ili objektom za koji lice tvrdi da je dom.¹³ Takođe, posebno je značajna činjenica da je u predmetu *Köpke protiv Nemačke* ESLJP zauzeo stav da se članom 8. obuhvata i zaštita privatne sfere pojedinca u smislu zaštite od nedozvoljenog snimanja/monitoringa na radu.¹⁴

U pravu Evropske unije, Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, u delu tri, koji je posvećen osnovnim slobodama, proklamuje pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, stana i komunikacija.¹⁵ Osim toga, Direktivom 95/46/EZ o zaštiti fizičkih lica u pogledu postupanja sa ličnim

⁸ Pod doktrinom „Management Prerogative” koja je svojstvena sistemima *common law*, prvenstveno Velikoj Britaniji, podrazumeva se da poslodavac ima pravo da reguliše, svojom diskreционom odlukom, sve aspekte poslovanja. Vid. detaljno tekst sledeće presude: *Rural Banko of Cantilan, Inc. v. Julve, G. R. No. 169750, 27 February 2007*, https://lawphil.net/judjuris/juri2007/feb2007/gr_169750_2007.html, 29. novembar 2022.

⁹ A. O'Rourke, A. Pyman, J. Teicher, “The Right to Privacy and the Conceptualisation of the Person in the Workplace: A Comparative Examination of EU, US and Australian Approaches”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2007/2, 180.

¹⁰ *Denisov v. Ukraine*, Application no. 76639/11, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2276639/11%22%5D%7D>, 29. novembar 2022.

¹¹ Ti aspekti su: 1) „unutrašnji krug” podnosioca predstavljanja, 2) mogućnost podnosioca predstavljanja da uspostavi i razvija odnose sa drugima i 3) društveni i profesionalni ugled podnosioca predstavljanja. Postoje dva načina na koja se obično javlja pitanje povrede privatnog života u takvom sporu: 1) privatni život je razlog donošenja određene mere (npr. otkaza) ili 2) posledice koje doneta mera izaziva po privatni život. V. M. Popović, „Zaštita prava privatnosti na radnom mestu”, *Srpska politička misao* 2/2021, 236–250.

¹² *Peev v. Bulgaria*, Application no. 64209/01, Judgment from 26 October 2007, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81914>, 27. novembar 2022.

¹³ V. M. Popović, 236–250.

¹⁴ *Köpke v. Germany*, Application no. 420/07, *hudoc.echr.coe.int/enl=002-782*, 27. novembar 2022.

¹⁵ Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, čl. 7, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>, 21. novembar 2022.

podacima¹⁶ predviđa se da lice o kome se prikupljaju lični podaci ima pravo da bude obavešteno o njihovom prikupljanju. Prema tekstu Direktive, lični podaci mogu se prikupljati i obrađivati samo u skladu sa zakonom, za tačno određenu svrhu i srazmerno svrsi prikupljanja.

U Srbiji pravo na privatnost nije eksplicitno garantovano Ustavom Republike Srbije kao najvišim aktom. Ali se domen zaštite privatnosti javlja u pojedinim sferama, poput zaštite privatnosti potrošača, privatnosti učesnika u sudskom postupku, privatne imovine.¹⁷ Značajno je ukazati i na to da je Srbija usvojila Zakon o zaštiti podataka o ličnosti¹⁸ 2018. godine, što predstavlja značajan korak u proširenju važnog aspekta zaštite privatnosti građana. Kada je reč o zaštiti privatnosti u domenu rada, u Zakonu o radu¹⁹ pravo privatnosti je regulisano u samo nekoliko odredaba o zaštiti ličnog integriteta i dostojanstva ličnosti, propisivanjem podataka koje poslodavac ne može zahtevati, i o zaštiti ličnih podataka. Takođe, važno je napomenuti i da su Zakonom o elektronskim komunikacijama²⁰ propisani tajnost elektronskih komunikacija, zakonito prešretanje i zadržavanje podataka.

3. Uspostavljanje granice poslodavčevih ovlašćenja i uticaj na ostvarivanja prava na privatnost zaposlenih

Veliki je izazov zaštititi privatni život pojedinca u savremeno doba. Bojanzan proizilazi iz *de facto* situacija u kojima moderne informacione tehnologije značajno pospešuju mogućnosti za praćenje deljenja i upotrebe svakodnevnih informacija koje se razmenjuju ne samo u poslovnom već i u domenu privatnog života pojedinca. Kada je reč o narušavanju privatnog života zaposlenog na radnom mestu, savremene okolnosti rada olakšavaju poslodavcu da uspostavljanjem sistema nadzora prati rad zaposlenih, a posebno u okolnostima rada na daljinu.²¹

Međutim, osim (opštih) rizika po privatni život pojedinca, postoje i drugi rizici imanentni privatnom životu zaposlenog, koji izviru iz same prirode odnosa koji se uspostavlja između zaposlenog i poslodavca, a koji se po svojim

¹⁶ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *Official Journal L* 281, 23/11/1995, 0031–0050.

¹⁷ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

¹⁸ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

¹⁹ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

²⁰ Zakonom o elektronskim komunikacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010, 60/2013 – odluka US, 62/2014 i 95/2018 – dr. zakon.

²¹ Jedan od značajnih izvora mekog prava u tom pogledu jeste Kodeks Međunarodne organizacije rada koji se primenjuje na obradu ličnih podataka od javnih ili privatnih poslodavaca, predstavnika radnika ili agencija za zapošljavanje. Obrada koju vrše druge agencije, kao što su agencije za socijalno osiguranje, nezaposlenost i zdravlje, regulisana je opštim pravilima o zaštiti podataka i tim kodeksom za sopstvene radnike agencija. International Labour Organization, *Protection of workers' personal data*, Geneva 1997, 11.

karakteristikama razlikuje od bilo kog drugog ugovorom uspostavljenog odnosa. Pravna subordinacija, lično izvršavanje rada, dobrovoljnost i plaćenost rada, kao bitna obeležja radnog odnosa, predstavljaju dodatne generatore rizika po privatni život zaposlenog i otežavaju primenu osnovnih principa koji se tiču ograničenja prava na privatnost.²² Tome dodatno doprinosi i činjenica da zaštita prava na privatnost zaposlenih ne može biti analizirana u duhu odredaba čija je jedina sadržina zaštita prava na privatnost zaposlenih (ni Zakon o radu u Republici Srbiji ne sadrži odredbu kojom bi se direktno štitila privatnost zaposlenih), već se ona mora sagledati u kontekstu šireg aspekta zaštite, odnosno ograničenja poslodavčevih ovlašćenja.

Složenost problema uživanja građanskih sloboda i prava na mestu rada, samim tim i prava na privatnost, proizilazi iz nejednakosti u radnopravnom odnosu između zaposlenog i poslodavca. Stoga ima mesta tvrdnji da domen zaštite prava na privatnost zaposlenih neminovno zavisi od stepena ograničenja ovlašćenja poslodavaca, kao što su disciplinska, upravljačka i kontrolna ovlašćenja, a sam položaj podređenosti zaposlenog oslikava se u obavezi da obavlja poslove na mestu i prema rasporedu koje je poslodavac unapred utvrdio. U tom duhu, za radni odnos je irelevantno ostvarivanje sloboda i prava zaposlenog izvan mesta rada i van radnog vremena, zbog čega predmet regulisanja radnog prava mogu da budu samo uslovi za delotvorno uživanje građanskih sloboda i prava na radu i u vezi sa radom, to jest poslodavac nema pravo da svojim radnjama i aktima ograničava slobode i prava zaposlenih van mesta rada i radnog vremena. S druge strane, obaveza zaposlenog da stavi na raspolaganje poslodavcu svoje radne sposobnosti ne sme imati za posledicu neopravdano zadiranje u privatni život zaposlenog ili ograničavanje njegove slobode ili prava.²³

Kako se u literaturi ispravno konstatuje, radnje koje zaposleni preduzima van prostorija poslodavca (ili drugog mesta rada) ne utiču na ostvarivanje prava i preuzimanje obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa, tako da je poslodavac dužan da se uzdrži od svakog zahteva koji bi se odnosio na ponašanje zaposlenog u privatnom životu.²⁴ Međutim, usled razvoja novih sredstava i načina rada, sve je teže uspostaviti granicu poslodavčevih ovlašćenja u vršenju nadzora nad zaposlenima, a to još otežava i nedostatak nacionalnih zakonskih rešenja. Brizi posebno ima mesta ukoliko se uzme u obzir da se, primera radi, rad od kuće obavlja u atmosferi doma i samim tim neretko u okruženju bliskih članova porodice, što dodatno može pospešiti osetljivost zaposlenog zbog zadiranja u domen privatnosti. Stoga bi se morala uspostaviti granica tako da metode nadzora nad zaposlenim (nezavisno od mesta rada, ali uz posebnu pažnju kada je reč o radu

²² M. Kovač Orlandić, *Pravo zaposlenog na privatnost i njegova zaštita*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 49.

²³ Lj. Kovačević, „Radnopravna zaštita građanskih sloboda i prava zaposlenih na mestu rada – prodordemokratskih vrednosti u svet rada ili kompenzacija za veću nesigurnost zaposlenja?“, *Teme* 4/2013, 1588.

²⁴ *Ibid.*

kod kuće) ne narušavaju privatnost u smislu da zaposleni otežano može uskladi-
ti poslovni i privatni život. Na primer, ukoliko stambeni prostor ne zadovoljava
zahteve za odvojenom prostorijom, a poslodavac očekuje da zaposleni tokom
radnog vremena bude neprekidno dostupan na video-kameri. U takvim okolno-
stima se postavlja hipoteza da samo mali broj zaposlenih može adekvatno i bez
prisile obavljati radne zadatke, što izaziva nezadovoljstvo i negativno utiče na
privatni život zaposlenog.

Prilikom utvrđivanja granice poslodavčevih ovlašćenja, važno je po-
štovati osnovna načela prava – načelo srazmernosti i transparentnosti. Prin-
cip srazmernosti, koji se smatra suštinskim pravnim lekom za razumevanje i
primenu ljudskih prava, neizostavno je sredstvo za sprečavanje poslodavca da
zloupotrebljava svoja ovlašćenja, budući da se od svih nosilaca vlasti očekuje
da ga koriste proporcionalno i da izbegavaju svako nepotrebno ograničavanje
prava.²⁵ Nije jednako zahtevno, s jedne strane, utvrditi interes poslodavca za
ograničavanje prava zaposlenog na privatnost i, s druge strane, proceniti da li
je to ograničenje pravilno i odgovarajuće izvršeno te da li je opravdano u datim
okolnostima. Princip proporcionalnosti se stoga ne primenjuje samo na obim
ograničenja već i na način na koji se to ograničenje sprovodi. Shodno tome,
interes poslodavca treba da bude zadovoljen na način koji će najmanje narušiti
privatnost zaposlenog, odnosno na najmanje nametljiv način.

Princip transparentnosti podrazumeva da poslodavac treba da bude ja-
san i otvoren u vezi sa svojim aktivnostima. U kontekstu zaštite prava na privat-
nost zaposlenih, taj princip znači da zaposleni mora da bude unapred upoznat
sa poslodavčevom namerom da na bilo koji način ograniči privatnost. Princip
transparentnosti je ponekad direktno povezan i sa obavezom lojalnosti zaposle-
nog prema poslodavcu²⁶, a može se izvesti i iz opšteg pravila obligacionog prava
o izvršenju ugovorne obaveze u dobroj veri (*bona fide*).²⁷

Praksa ESLJP je od neprocenjivog značaja u pogledu povlačenja granica i
kriterijuma kojima se moraju voditi sudovi kada utvrđuju da li postoji adekvatan
sistem zaštite. U predmetu *Bărbulescu protiv Rumunije*, ESLJP je utvrdio da se od
država traži ne samo da pokažu da je uspostavljen adekvatan zakonodavni okvir
kako bi se osigurala zaštita privatnosti na radnom mestu već i da osiguraju da
nacionalni sudovi omogućavaju odgovarajuću ravnotežu između interesa poslo-
davca i zaposlenih.²⁸ Stavom 121. presude utvrđen je niz okolnosti koje sudovi
moraju uzeti u obzir u balansiranju tih interesa: da li je postojalo obaveštenje
o nadzoru koje je trebalo da bude unapred dato i kome je jasno obrazložena
priroda nadzora; koliki su bili obim nadzora koji je vršio poslodavac i stepen

²⁵ G. Davidov, "The principle of proportionality in labour law and its impact on precarious workers", *Comparative Labour Law & Policy Journal* 34/2012, 63.

²⁶ J. E. Ray, J. Rojot, "Worker privacy in France", *Comparative Labour Law & Policy Journal* 1995, 61–74.

²⁷ M. Kovač Orlandić, "Employee's Right to Privacy: Where Is the Bound of the Employer's Right to Monitor Employees' Communications", *Strani pravni život* 4/2020, 90.

²⁸ *Bărbulescu v. Romania*, Application no. 61496/08, 5 September 2017, paras. 121–122, 26. novembar 2022.

zadiranja u privatnost zaposlenog²⁹; da li su postojali legitimni razlozi koji bi opravdali nadzor komunikacije zaposlenog i drugi razlozi koji bi opravdali pristup njihovom sadržaju, što zahteva značajnije opravdanje; da li su postojale manje restriktivne alternative iz perspektive poštovanja privatnosti zaposlenog; kakve su posledice nadzora bile za zaposlenog i da li je nadzor sproveden u skladu sa prvobitno određenom svrhom i da li su postojale adekvatne mere zaštite privatnosti, posebno u nadzoru nad sadržajem. Ti kriterijumi bi trebalo da budu ključne smernice za utvrđivanje domašaja i opravdanje sprovođenja nadzora nad radom zaposlenih.

4. Elektronski nadzor – *pro et contra*

Na tržištu rada su se poslednjih decenija prošlog veka pojavile različite metode kojima poslodavci prate rad svojih zaposlenih. Te metode su išle i dalje idu u korak sa razvojem tehnologija.³⁰ Prvo se javila potreba za omogućavanjem dostupnosti zaposlenih i van radnog vremena, odnosno van prostorija poslodavca, što je prvobitno bilo regulisano tako što je zaposlenima omogućeno da dobiju i koriste službeni mobilni telefon.³¹ Na taj način poslodavci su mogli, iako neopravdano, i van radnog vremena da kontaktiraju sa zaposlenim.

Takva praksa se proširila nešto kasnije i na omogućavanje zaposlenima da rade na pokretnim računarima (laptopovima) koje mogu koristiti nezavisno od mesta rada i na taj način biti potpuno dostupni za rad poslodavcu. Takođe, savremene tehnologije, pre svega različiti kompjuterski programi, omogućili su praćenje elektronske komunikacije u smislu izvoda vremena slanja elektronske pošte; uvođenje radnih kartica koje prate vreme dolaska i odlaska sa rada; trajanje pauza; praćenje putem kamera ugrađenih na računarima koji poseduju aplikacije za čuvanje podataka i njihovu dalju distribuciju, a sofisticirane teh-

²⁹ Treba povući razliku između toka i sadržaja praćene komunikacije (jedno je provera npr. veb-sajtova koje zaposleni posećuju, a drugo čitanje njihovih privatnih poruka). Takođe treba obratiti pažnju na to da li je nadzor bio ograničen (vremenski i prostorno).

³⁰ Nagli porast korišćenja komunikacionih tehnologija za praćenje rada zaposlenih zabeležen je nakon 11. septembra 2001. i napada na Svetski trgovinski centar i zgradu američkog Pentagona. Vid. N. J. King, "Electronic monitoring to promote national security impacts workplace privacy", *Employee Responsibility and Rights Journal* 3/2003, 127–147.

³¹ I danas se susrećemo sa situacijom da se prilikom poziva operater obrati rečenicom „ovaj poziv se može snimati u svrhu osiguranja kvaliteta usluga“, pri čemu ne postoji mogućnost davanja saglasnosti. U Sjedinjenim Američkim Državama sa takvom praksom su osamdesetih godina započele kompanije koje su se bavile pružanjem telefonskih usluga da bi kasnije postale i sinonim za opravdanje za nadzor zaposlenih. Donedavno je takav nadzor, uz opravdanje da se time omogućava praćenje kvaliteta rada, obično bio ograničen na rad tokom radnog vremena i preispitivanje njegove opravdanosti je izostajalo. Ipak, kako je moderna tehnologija proširila opseg dostupnih nadzornih alata koji „radno mesto“ čine fluidnijim konceptom, sistem nadzora značajno nadmašuje opravdanje da je to radi praćenja kvaliteta rada. J. A. Sonne, "Monitoring for Quality Assurance: Employer Regulation of Off-Duty Behavior", *Georgia Law Review* 1/2008, 165.

nologije elektronskog nadzora menadžerima sve više nude mogućnost da mapiraju i utiču na komunikaciju zaposlenih³² pomoću sistema koji prate razgovore u organizaciji putem različitih komunikacionih programa; da identifikuju kako zaposleni međusobno komuniciraju, da ustanove grupe zaposlenih koji često komuniciraju i da to dovedu u kontekst sa njihovom poslovnom produktivnošću; da uoče komunikaciju koja može ugroziti kompaniju.³³ Na prvi pogled bi se učinilo da su te metode u određenim domenima prihvatljive za zaštitu poslodavaca i da bi lako mogle biti opravdane. Međutim, iako poslodavci na osnovu zakona mogu da dobiju široku slobodu kada se implementiraju elektronski sistemi za praćenje, osećaj fer igre možda neće. Agresivni sistemi za praćenje mogu biti legitimni i kao takvi prihvatljivi, kako se pokazalo u sudskoj praksi pojedinih nacionalnih sudova, ali ih zaposleni neretko odbijaju, tražeći okruženje koje krase odnos međusobnog poštovanja i poverenja.³⁴ S druge strane, sve veća ekspanzija razvoja novih sredstava i oblika rada koji su povezani pre svega sa radom u informaciono-tehnološkoj industriji razvijaju se tolikom brzinom da je mnogim državama teško da to pravno regulišu, a posebno ograničenja poslodavčevih ovlašćenja u novonastalim uslovima rada. Međutim, dok neke zemlje imaju zakone kojima se reguliše privatnost uopšte, što se neretko tumači kao da se na taj način bave pitanjem nadzora nad radom zaposlenih sa ciljem zaštite prava na privatnost zaposlenih, druge zemlje poznaju mere usvojene u korist poslodavaca donete kao rezultat snažnog lobiranja i pritiska organizacija poslodavaca, koje im omogućavaju da nadziru rad zaposlenih prilikom korišćenja e-pošte, interneta i drugih oblika elektronske komunikacije (uključujući telefone), što može narušiti njihovu privatnost.³⁵ To se pre svega odnosi na radnike koji rade na daljinu, od kuće, putem platformi koje suštinski zamenjuju poslodavca i čija priroda rada gotovo potpuno odstupa od uslova i uobičajenih pretpostavki za zasnivanje, odnosno postojanje radnog odnosa. Važno je istaći da ti radnici u značajnom broju slučajeva ne moraju biti subjekti radnog odnosa jer pravna priroda njihovog odnosa ne može biti definisana kao radnopravna već pre kao ugovorni odnos, što ih udaljava od domašaja zaštite radnog prava.

Video-nadzor nad radom zaposlenih se prvenstveno opravdava razlozima bezbednosne prirode.³⁶ Naime, video-nadzor se percipira kao adekvatno sredstvo za detektovanje bezbednosnih rizika, čijom se upotrebom doprinosi

³² S. C. D'Urso, "Who's watching us at work? Toward a structural-perceptual model of electronic monitoring and surveillance in organizations", *Communication Theory* 16, 3/2006, 281-303.

³³ M. Allen Watkins, S. J. Coopman, K. L. Walker, J. L. Hart, "Workplace Surveillance and Managing Privacy Boundaries", *Management Communication* 2/2007, 173.

³⁴ E. Tabak, W. P. Smith, "Privacy and electronic monitoring in the workplace: a model of managerial cognition and relational trust development", *Employee Responsibilities and Rights Journal* 17, 174.

³⁵ S. Wallach, "The Medusa Stare: Surveillance and Monitoring of Employees and the Right to Privacy", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2/2011, 202.

³⁶ M. Potokar, S. Androić, "Video Surveillance and Corporate Security", *VARSTVOSLOVJE - Journal of Criminal Justice and Security* 2/2014, 150-152; P. Jovanović, D. Božićić, "Pravo zaposlenog na privatnost kao segment bezbednosti i zdravlja na radu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2018, 862.

i prevenciji i sankcionisanju onih koji ugrožavaju (javnu i privatnu) bezbednost.³⁷ Osim toga, nadzor nad radom zaposlenih opravdava se i bezbednosnim razlozima na strani zaposlenih – zaštitom zdravlja i bezbednosti na radu, zaštitom organizacije rada i interesa i usklađenošću sa zakonskim i regulatornim zahtevima.³⁸ Upotreba sistema video-nadzora se sa tim argumentima uvodi šezdesetih godina prošlog veka, pre svega za javni prostor, a potom se širi i na privatnu sferu u vidu poslovnog prostora, gde svoj puni zamah dostiže devedesetih godina 20. veka.³⁹ Uvođenjem te vrste nadzora u proces rada otvoreno je pitanje njegove celishodnosti. Kako se ističe u literaturi, „na jednoj strani stoje legitimni interesi poslodavca za uvođenjem video nadzora koji se manifestuju u potrebi za osiguranjem bezbednosti u procesu rada, ali i u zaštiti njegove imovine i nadgledanja proizvodnog procesa, dok sa druge strane, ovakav vid nadzora predstavlja opasnost od ugrožavanja privatnosti zaposlenih na radnom mestu, jer po svojoj prirodi, omogućava poslodavcu upoznavanje i sa mnogim informacijama koje su apsolutno irelevantne za izvršavanje prestacije rada”.⁴⁰ Potonje se posebno povezuje sa aspektima rada od kuće, gde može biti narušen ne samo privatni život zaposlenog već i članova njegove porodice.⁴¹ Zbog toga bi bilo opravdano zapitati se da li bi i pristanak članova domaćinstva bio neophodan ukoliko, primera radi, zaposlenom tokom video-nadzora u kadar „ulaze” i članovi domaćinstva. Osim toga, priroda potrebe za osiguranjem bezbednosti na radu značajno je drugačija u aspektima rada od kuće, sa aspekta poslodavca, što stvara dilemu o tome u kojim okolnostima i pod kojim uslovima se može opravdati potreba da zaposleni bude pod konstantnom kontrolom dok radi od kuće. Suprotno, poslodavčeva ovlašćenja ne mogu biti potpuno poništena sa opravdanjem potrebe da se zaštiti privatnost zaposlenih koji rade od kuće, ali je vidljivo da postoji potreba za balansiranjem interesa – poslodavčevih za nadzorom rada i potrebe zaposlenih da uživaju pravo na privatnost.

5. Zaključak

Pitanje zaštite privatnosti na radu u vremenu korišćenja modernih tehnologija postalo je izazov za normativno uređenje mnogim zemljama širom sveta. Primetno je da stavovi poznati u teoriji opravdano ukazuju na nedostatak

³⁷ I. Žarković, „Mere elektronskog nadzora zaposlenih i pravo na privatnost na radnom mestu”, *Nauka, bezbednost, policija* 3/2015, 170.

³⁸ G. Lockwood, „Workplace Monitoring and Surveillance: The British Context”, *Athens Journal of Law* 3/2018, 206.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Lj. Kovačević, *Pravna subordnacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu, Beograd 2013, 525. Slično navodi i S.C. D’Urso, „Who’s watching us at work? Toward a structural-perceptual model of electronic monitoring and surveillance in organizations”, *Communication Theory* 3/2006, 287.

⁴¹ R.A. Lapadat, „Digital Constitutionalization - A Perspective over the Increasing Role of the Private Actors in Securing the Exercise of Human Rights”, *Perspectives of Law and Public Administration* 1/2022, 161.

pojačane zaštite prava na privatnost zaposlenog na radu, prvenstveno na međunarodnom nivou, a potom i u nacionalnim zakonima. Praksa ESLJP pružila je do sada krucijalne smernice za uspostavljanje ravnoteže između potreba poslodavaca i prava zaposlenih.

Sistem elektronskog nadzora, kao najčešći i najrasprostranjeniji sistem nadzora nad radom zaposlenih, s pravom se smatra moćnim sredstvom zaštite poslodavčevih interesa – pre svega bezbednosti i zaštite imovine, ali iz perspektive ljudskih prava ta vrsta nadzora ih u određenoj meri može i kršiti.

Dodatno, neophodno je istaći da je aspekt zaštite privatnosti zaposlenog na radu prvenstveno postavljen kao teret poslodavcu kao jačoj strani u radnom odnosu, kome je najvažnije ostvarivanje većeg profita i produktivnosti rada, a u najvećem broju slučajeva manje je značajna dobrobit zaposlenog. Zbog toga se mora uspostaviti ravnoteža između prava na zaštitu privatnosti i pretnji sistema elektronskog nadzora po zaposlene, odnosno mora se uspostaviti ravnoteža između prava na privatni život zaposlenog i prava na imovinu poslodavca.

Posebno treba napomenuti da je pitanje privatnosti osetljivo za radnike koji rade od kuće. Razlog za to stoji u činjenici da je rad od kuće skopčan sa mnogim koristima koje za zaposlenog može imati takvo uređenje rada – ušteda vremena na putu od posla do kuće, lakše usklađivanje privatnih i poslovnih obaveza, mogućnost fleksibilnijeg obavljanja radnih zadataka i tome slično, te zaposleni neretko zapostavljaju negativne posledice koje rad od kuće može imati – na primer, poslodavac zahteva upaljenu kameru tokom radnog vremena i/ili dostupnost i van radnog vremena za obavljanje radnih zadataka. Tada se postavlja pitanje domašaja poslodavčevih ovlašćenja koja mogu zadirati u privatnu sferu zaposlenog, pre nego kada radi u prostorijama poslodavca. U takvim okolnostima, poslodavac uvek mora optirati za one mere koje bi istovremeno imale manje invazivan uticaj na prava zaposlenih i na poštovanje njihovog privatnog života, na čijem putu ostvarenja su neizmerno važni kriterijumi postavljeni u praksi ESLJP.

Literatura

D'Urso S. C., Who's watching us at work? Toward a structural-perceptual model of electronic monitoring and surveillance in organizations, *Communication Theory* 16, 3/2006, 281–303.

Davidov G., The principle of proportionality in labour law and its impact on precarious workers, *Comparative Labour Law & Policy Journal* 34/2012, 63–80.

International Labour Organization, *Protection of workers' personal data*, Geneva 1997.

- Jovanović P., Božićić D., Pravo zaposlenog na privatnost kao segment bezbednosti i zdravlja na radu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2018.
- Katsabian T., Employees' Privacy in the Internet Age: Towards a New Procedural Approach, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 40, 2/2019.
- King N. J., Electronic monitoring to promote national security impacts workplace privacy, *Employee Responsibility and Rights Journal* 15, 3/2003.
- Kovačević Lj., Radnopravna zaštita građanskih sloboda i prava zaposlenih na mestu rada – prodor demokratskih vrednosti u svet rada ili kompenzacija za veću nesigurnost zaposlenja?, *Teme* 37, 4/2013.
- Kovačević Lj., *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu, Beograd 2013.
- Kovač Orlandić M., Employee's Right to Privacy: Where Is the Bound of the Employer's Right to Monitor Employees' Communications, *Strani pravni život* 4/2020.
- Kovač Orlandić M., *Pravo zaposlenog na privatnost i njegova zaštita*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018.
- Lapadat R. A., Digital Constitutionalization – A Perspective over the Increasing Role of the Private Actors in Securing the Exercise of Human Rights, *Perspectives of Law and Public Administration* 1/2022.
- Lockwood G., Workplace Monitoring and Surveillance: The British Context, *Athens Journal of Law* 3/2018.
- O'Rourke A., Pyman A., Teicher J., The Right to Privacy and the Conceptualisation of the Person in the Workplace: A Comparative Examination of EU, US and Australian Approaches, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 23, 2/2007.
- Otto M., The Right to Privacy in Employment: In Search of the European Model of Protection, *European Labour Law Journal* 4/2015.
- Popović M., Zaštita prava privatnosti na radnom mestu, *Srpska politička misao* 2/2021.
- Potokar M., Androić S., Video Surveillance and Corporate Security, *Varstvoslovske – Journal of Criminal Justice and Security* 2/2014.
- Ray J. E., Rojot, J., Worker privacy in France, *Comparative Labour Law & Policy Journal* 17/1995.
- Sonne J. A., Monitoring for Quality Assurance: Employer Regulation of Off-Duty Behavior, *Georgia Law Review* 43, 1/2008.
- Tabak F., Smith W. P., Privacy and electronic monitoring in the workplace: a model of managerial cognition and relational trust development, *Employee Responsibilities and Rights Journal* 17/2005.

- Wallach S. The Medusa Stare: Surveillance and Monitoring of Employees and the Right to Privacy, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 27, 2/2011.
- Warren S. D., Brandeis L. D., The Right to Privacy, *Harvard Law Review* 4, 5/1890.
- Watkins Allen M., Coopman S. J., Walker K. L., Hart J. L., Workplace Surveillance and Managing Privacy Boundaries, *Management Communication* 2/2007.
- Žarković I., Mere elektronskog nadzora zaposlenih i pravo na privatnost na radnom mestu, *Nauka, bezbednost, policija* 3/2015.

Propisi i drugi akti

- Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal L 281 , 23/11/1995, 0031–0050.
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* 7/1971.
- Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>, 21. novembar 2022.
- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, https://www.ohchr.org/en/ohchr_homepage, 20. novembar 2022.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006 i 115/2021.
- Zakon o elektronskim komunikacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010, 60/2013 – odluka US, 62/2014 i 95/2018 – dr. zakon.
- Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.
- Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni glasnik SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003.
- Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

Internet izvori

- Bărbulescu v. Romania*, Application no. 61496/08, 5 September 2017, , 26. novembar 2022.
- Denisov v. Ukraine*, Application no. 76639/11, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2276639/11%22%5D%7D>, 29. novembar 2022.

Köpke v. Germany, Application no. 420/07, *hudoc/techncoe Ant/enl=002-782*, 27. novembar 2022.

Peev v Bulgaria, Application no. 64209/01, Judgment from 26 October 2007, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81914>, 27. novembar 2022.

Rural Banko of Cantilan, Inc. v. Julve, G.R. No. 169750, 27 February 2007, https://lawphil.net/judjuris/juri2007/feb2007/gr_169750_2007.html, 29. novembar 2022.

ELECTRONIC MONITORING OF EMPLOYEES' WORK - THE PROBLEM OF ESTABLISHING A BALANCE BETWEEN EMPLOYERS' AUTHORITIES AND EMPLOYEES' RIGHTS TO PRIVACY

Summary

The development of the internet and the emergence of modern technologies used at work in the modern age have made it harder to draw the line between the private and business life of an employee. This is especially challenging in the circumstances of the increasingly widespread flexibility of work, which allow work to be done outside the office, that is, remotely. In these circumstances, the employer's authority to monitor the work of employees and their productivity at work can often encroach on the employee's private sphere (by controlling the content used by employees at work, monitoring websites and communications with other employees and/or continuous video surveillance, not only in the office, but also by monitoring through cameras on lap-tops that employees use when working remotely. Consequently, national legislation are in need for establishment of adequate boundaries between employers' authority to control the work of employees and employees' right to privacy (in the workplace).

In the paper, the author points out the positive and negative aspects of electronic monitoring of employees' work and the necessity of adopting criteria in order to establish a balance between the interests of the employer and the employees right to privacy.

Key words: right to privacy, electronic surveillance, employees' rights, employers' prerogatives.

REGULISANJE UZBUNJIVANJA U DOMAĆEM I POJEDINIM UPOREDNOPRAVNIM SISTEMIMA

Apstrakt

Autora u radu analizira uređenje pravnog instituta uzbunjivanja u pojedinim uporednopravnim sistemima, ali i važećoj legislativi Republike Srbije. Sam institut uzbunjivanja, odnosno uzbunjivača kao lica koje u cilju borbe protiv korupcije, prijavom odgovarajućih informacija, upozorava na slučajeve korupcije, nezakonitost poslovanja ili zloupotrebu vlasti, različito je regulisan u različitim pravnim sistemima. Imajući u vidu to da pojava uzbunjivanja i zaštite uzbunjivača potiče iz engleskog govornog područja, gde postoji i najduža tradicija u normativnom regulisanju ovog instituta, čini se nužnim analiziranje pravnog uređenja uzbunjivanja u anglosaksonskom sistemu. Tim pre, što je u domaćem pravu ovaj institut regulisan po ugledu (i) na pravo Velike Britanije. S druge strane, institut uzbunjivanja postoji i u državama evropskokontinentalnog sistema, na primer, u pravu Nemačke, čije odredbe i pravna regulativa mogu poslužiti cilju unapređenja i delotvornije primene uzbunjivanja u domaćoj praksi. U radu je, u zaključnim razmatranjima ukazano na potencijalne pravce daljeg unapređenja ovog mehanizma borbe protiv korupcije, čija bi praktična afirmacija podstakla razvoj radnopravnih odnosa i doprinela stabilizaciji „radno-socijalnog mira” kao i uspostavljanju vladavine prava i pravne države.

Ključne reči: uzbunjivanje, zaštita uzbunjivača, pravni okvir, uporedno pravo.

1. Uvodna razmatranja

Uzbunjivanje, kao pravni institut koji se u našem pravu definiše kao:

„otkrivanje informacije o kršenju propisa, kršenju ljudskih prava, vršenju javnog ovlašćenja protivno svrsi zbog koje je povereno, opasnosti po život, javno zdravlje, bezbednost, životnu sredinu, kao i radi sprečavanja štete velikih razmera...”¹,

zapravo predstavlja pravni transplantat koji se preuzima u evropskokontinentalnom pravnom sistemu pod uticajem anglo-saksonskog pravnog sistema. Sam

* Asistent, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, milica.midzovic@pr.ac.rs

¹ Čl. 2, Zakon o zaštiti uzbunjivača, Službeni glasnik RS, br. 128/2014.

institut je novijeg karaktera i kao takav nije još uvek u dovoljnoj meri istražen. Literatura koja je o ovom pojmu dostupna uglavnom potiče iz engleskog govornog područja, gde postoji i najduža tradicija u normativnom regulisanju instituta uzbunjivanja. Stoga je sagledavanje uporednopravnih rešenja u vezi sa institutom uzbunjivanja izuzetno važno, pre svega iz razloga što je savremeni pravni institut uzbunjivanja nastao u okvirima pravnog sistema Sjedinjenih Američkih Država (u daljem tekstu SAD), odakle se kao pravni transplantat širi i na kontinentalno pravo. U prvom delu rada biće analizirana pozitivnopravna rešenja u SAD-u i Velikoj Britaniji, kao anglosaksonskim pravnim sistemima i Nemačkoj, kao evropskokontinentalnom pravnom sistemu.² Sa druge strane, u drugom delu rada će biti obrađen pravni institut uzbunjivanja i njegov radnopravni aspekt u Republici Srbiji, koja se smatra jednim tranzicionim društvom u kojem je korupcija široko rasprostranjena pojava. Stoga bi uzbunjivači mogli imati (i imaju) veliku ulogu u borbi protiv korupcije i nezakonitosti i zato postoji potreba za postojanjem jednog adekvatnog pravnog okvira za zaštitu uzbunjivača, koji bi sadržao efikasan sistem zaštite lica koja prijavljuju sumnju na korupciju.³ Sve navedeno u interesu je razvoja demokratskog društva i zbog toga se i Evropski sud za ljudska prava u brojnim slučajevima bavio povredom ovog prava.⁴

Pojam uzbunjivanja nalazi poreklo u engleskom izrazu *whistleblowing-whistleblowers*, koji podrazumeva „obelodanjivanje lošeg upravljanja, korupcije, nezakonitih radnji ili drugih nepravilnosti javnosti ili ovlašćenim licima, koje obično čini zaposleni u organu vlasti ili privatnom preduzeću”. Ranije su, sa istim značenjem, u srpskom jeziku korišćeni i drugi izrazi, koji se i dalje mogu sresti u komunikaciji – „duvač u pištaljku” (bukvalan prevod sa engleskog), „zviždač” (termin koji se odomacio u Republici Hrvatskoj), „službenik koji ukazuje/upozorava na zloupotrebe” (opis jedne od radnji do kojih najčešće dolazi kod uzbunjivanja), „izvor informacije” i slično.⁵ Zapravo, termin uzbunjivač se kod nas pojavljuje tek unazad nekoliko decenija, a ranije su se za isti pojam koristili prethodno navedeni termini, poput reči: *zviždač, duvač u pištaljku i insajder*.⁶

U uporednom pravu nije prihvaćena jasna koncepcija „uzbunjivanja” niti postoji neka opštepriznata definicija ovog pojma. Ovo stoga što se „uzbunjivanju” pripisuje više različitih funkcija, od aspekta slobode izražavanja, preko instrumenta za borbu protiv korupcije i drugih nezakonitih postupaka, do mehanizma za rešavanje problema u radnoj sredini. No, nezavisno od brojnih funkcija koje

² N. Jerinić, *Zaštita uzbunjivača u cilju borbe protiv korupcije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2020, 10.

³ *Obrazloženje Ministarstva pravde za donošenje Zakona o zaštiti uzbunjivača*, https://www.mpravde.gov.rs/files/uzbunjivaci_obraz.18.12.13.doc, 14. novembar 2022.

⁴ S. Andrejević, *Pravni položaj uzbunjivača i privremene mere radi zaštite uzbunjivača od odmazde*, <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Pravni%20polozaj%20uzbunjivaca%20i%20priv.%20mere%20radi%20zastite%20uzbunjivaca%20od%20odmazde%20%20Snezana%20Andrejevic.pdf>, 2015, 28. mart 2023.

⁵ B. Medenica, *Zaštita uzbunjivača u Republici Srbiji, analiza pravnog okvira i preporuke*, Kancelarija Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd 2012, 3.

⁶ V. <https://pistaljka.rs/home/read/114>, 15. novembar 2022.

mu se pripisuju, pojam „uzbunjivanje”, najopštije posmatrano, podrazumeva „otkrivanje loše prakse, kao i nezakonitih radnji činjenja i propuštanja na radu”.⁷ Neki autori, slično, u uzbunjivanju prepoznaju činjenicu da saradnici jedne organizacije otkrivaju nezakonite, nemoralne i nelegitimne postupke njihovog poslodavca licima koja mogu da doprinesu zaustavljanju ovih postupaka, dok se uzbunjivači određuju kao lica koja „verujući da u javnom interesu zaobilaze interes organizacije kojoj služe, javno zvižde u pištaljku, ako je organizacija uključena u koruptivnu, nezakonitu, prevarnu ili škodljivu aktivnost”. Osnovni cilj zaštite uzbunjivača se, otuda, sastoji u jačanju odgovornosti i osnaživanju borbe protiv korupcije i drugih nezakonitih postupaka, odnosno u ohrabrivanju lica koja su upoznata sa takvim postupcima da ustanu u odbranu javnog interesa. Ostvarivanje tog cilja pretpostavlja stvaranje uslova da se glas „uzbunjivača” čuje bez štetnih posledica po njihov radnopravni status.⁸

Ono što je glavna pretpostavka je da su uzbunjivači ljudi visokog ličnog integriteta koji, suočeni sa korupcijom ili drugim vidom nezakonitosti u određenoj organizaciji (zloupotreba položaja, neracionalno korišćenje javnih sredstava, prikrivanje činjenica od kontrolnih organa ili javnosti...), odlučuju da prekinu zid ćutanja i ukažu na kriminal u svojoj sredini.

„Ali nigde na svetu oni ne mogu da očekuju da će ih okruženje tapšati po ramenu. Umesto toga, smeši im se obično premeštaj, otkaz, stavljanje na crne liste, u veoma ozbiljnim slučajevima čak i fizičko nasilje.”⁹

Zbog toga ne čudi da se u velikom broju zemalja radilo i radi na tome da se obezbedi faktička i pravna zaštita uzbunjivačima, o čemu će biti više reči u radu.

2. Regulisanje uzbunjivanja u pojedinim uporednopravnim sistemima

2.1. Nastanak i regulisanje uzbunjivanja u pravu SAD-a i Velike Britanije

Prvo zabeleženo uzbunjivanje u SAD-u desilo se 1777. godine tokom Američke revolucije kada su dva oficira američke mornarice uzbunila o mučenju britanskih vojnika od strane američke mornarice. Na osnovu ovog slučaja američki Kongres je doneo prvi zakon na svetu kojim su se štitili uzbunjivači.¹⁰ Ono što je

⁷ D. Lewis, „Whistleblowing at work: On what principles should legislation be based?”, *Industrial Law Journal* 2/2001, 169.

⁸ Lj. Kovačević, „Cilj i smisao radnopravne zaštite uzbunjivača, *Kaznena reakcija* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2011, 223.

⁹ S. Janković, *Neki ne odstupaju, uprkos rizicima*, dnevni list „Politika” od 29. 08. 2011. dostupno na: <https://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2011-12-25-10-17-15/2011-12-25-10-19-19/1468-2011-08-30-07-21-07>, 17. novembar 2022.

¹⁰ The Whistleblower Protection Act of 1778, V. *Journals of the Continental Congress*, 1774–1789; S. Boisson, „The First Whistleblowers”, *American History*, 2015, 1–5. V. <https://constantinecannon.com/2020/07/31/the-first-whistleblower-protection-law>, 10. novembar 2022. Od poznatih slučajeva uzbunjivanja koji su imali dalekosežne posledice valjalo bi navesti aferu Votergejt iz 1972. godine, koju je pokrenuo uzbunjivač iz FBI poznat kao Duboko

karakteristično za SAD jeste podela zakonodavstva kojim se regulišu pravni instituti (u ovom slučaju uzbunjivanje) u privatnom i javnom sektoru, odnosno na nivou federacija i federalnih jedinica i s obzirom na oblast u kom se vrši uzbunjivanje i pruža zaštita uzbunjivačima. Kada se aktima i zakonima koji na različitim nivoima regulišu institute uzbunjivanja doda i sudska praksa svake pojedinačne države, kao i *common law*, dolazi se do zaključka da uzbunjivačima. Stoga je SAD jedna od prvih država koja je pravno uredila institute uzbunjivanja i u tome ima najdužu tradiciju. Osim zakona, tu su i brojna udruženja koja se bave pružanjem pomoći uzbunjivačima i aktivizmom za zaštitu uzbunjivača. Zakon o zaštiti uzbunjivača (*Whistleblower Protection Act*) koji je donet 1989. godine je štitio zaposlene u javnom sektoru koji na osnovu razumnog verovanja u tačnost saznanog otkrivaju informaciju koja *ukazuje na kršenje zakona, propisa, grubo kršenje pravila dobrog upravljanja, veliko rasipanje novca, zloupotrebu službenog položaja kao i postojanje posebne ili značajne opasnosti po opšte zdravlje i bezbednost*. Zakonom je propisano da se informacija može otkriti bilo kom licu unutar ili van agencije u kojoj je lice zaposleno, uz to nije bilo propisano obavezno unutrašnje uzbunjivanje pre spoljašnjeg. Jedino formalno ograničenje ticalo se zabrane otkrivanja informacija za koje je izričitim zakonom ili propisom to zabranjeno kao i ukoliko je nalogom Predsednika zahtevano da informacija ostane tajna jer je u interesu nacionalne odbrane ili obavljanja spoljnih poslova.¹¹ Uzbunjivačima, nad kojima je bila izvršena odmazda zbog uzbunjivanja bilo je omogućeno da pred Odborom za zaštitu sistema zasluga pobijaju radnju poslodavca koja predstavlja odmazdu, isticanjem prigovora da je ona učinjena u vezi sa uzbunjivanjem. Ovaj zakon je olakšao teret dokazivanja zaposlenih, što je preuzeto kao standard i u propisima koji uređuje uzbunjivanje u privatnom sektoru. Ipak, rezultati primene ovog zakona bili su loši jer je po istraživanjima čak u 79% slučajeva odluka bila doneta u korist države, a tek u 21% slučajeva u korist uzbunjivača. Zbog toga je 2012. godine donet Zakon o izmenama i dopunama zakona o zaštiti uzbunjivača, kojim je uvedeno nekoliko izmena sa ciljem poboljšanja zaštite uzbunjivača (*Whistleblower Protection Enactment Act*), nakon čega je usledio čitav niz zakona koji regulišu ovu oblast. Cilj postojanja velikog broja zakona u oblasti uzbunjivanja u SAD-u je poboljšanje prakse prijavljivanja i postupanja povodom prijave o razli-

grlo koji je otkrio da administracija tadašnjeg predsednika SAD Ričarda Niksona zloupotrebljava službu kroz zastrašivanje, političku špijunažu i sabotiranje kao i korišćenje novca sumnjivog porekla koji je dolazio iz Meksika. Istraga je, između ostalog, rezultirala ostavkom tog američkog predsednika 1974. godine. Od novijih primera, najpoznatiji je svakako slučaj Edvarda Snoudena iz 2013. godine koji se označava kao prekretnica u istoriji uzbunjivanja i uzbunjivača, zato što je izazvao ogroman međunarodni publicitet, skandal i pokrenuo je veliku debatu o masovnom nadzoru, tajnovitosti vlada i ravnoteži između nacionalne bezbednosti i privatnih informacija. Naime, on je, radeći kao konsultant za američku Državnu bezbednosnu agenciju, otkrio da je ova agencija prikupljala podatke miliona američkih građana preko jedne od vodećih kompanija za telekomunikacije na osnovu tajnog sudske naloga koji vladi daje neograničena ovlašćenja za vršenje nadzora i o tome je obavestio javnost. Iako je to uticalo na povećanje transparentnosti rada bezbednosnih agencija širom sveta, Snouden je optužen za špijunažu, ali je još pre objavljivanja dokumenata oputovao u Hongkong, a kasnije se prebacio u Rusiju, gde je zatražio i dobio azil. V. <https://vault.fbi.gov/watergate> i <https://www.edwardsnowden.com>, 12. novembar 2022.

¹¹ J. Radak, K. McClellan, „The Criminalization of Whistleblowing”, *The Labor & Employment Law Forum* 2 1/2011, 74.

čitim situacijama regulisanim ovim zakonom, za razliku od Velike Britanije, gde je cilj zaštita uzbunjivača od odmazde.¹²

Kada se govori o Velikoj Britaniji, ona je jedna od prvih evropskih država koja je zakonom uredila zaštitu uzbunjivača. Pre donošenja zakona koji za isključivi predmet ima zaštitu uzbunjivača, u Velikoj Britaniji se njihova pravna zaštita postizala korišćenjem različitih statutarnih akata. Međutim, kasnije se koriste i norme radnog prava i jedno od najizraženijih načela radnog prava – načelo lojalnosti. Kao i u mnogim slučajevima, doneti zakoni o zaštiti uzbunjivača su nastali kao odgovor na skandale, pretnje po javno zdravlje, nesreće u životnoj sredini i druge katastrofe koje bi možda mogle da budu sprečene ili ublažene da je neko istupio i otkrio probleme pre nego što su eskalirali. Najbolji primer je nesreća brodom *Herlad of Free Enterprise* koji se prevrnuo samo nekoliko minuta nakon isplavljanja iz luke u Belgiji. Trajekt sa osam paluba je potonuo, a 193 članova posade su poginuli u najgoroj mirnodopskoj nesreći u Britaniji.¹³ Ovo je bila jedna od niza skupih nesreća i skandala koji su se dešavali jedan za drugim osamdesetih i devedesetih godina prošlog veka i koji su šokirali naciju, pored sudara vozova, eksplozije naftne bušotine, propadanja banke i sistemskog zlostavljanja dece. U seriji javnih istraga otkriveno je da je svim slučajevima zajedničko to da su radnici/zaposleni znali za rizike ili nezakonito postupanje koje je doprinelo problemima, ali da su bili suviše uplašeni da o tome progovore ili su pak o tome pričali, ali na to niko nije obraćao pažnju. Kao odgovor na ove nesreće Velika Britanija je donela jedan od najznačajnijih zakona o uzbunjivanju na svetu, Zakon o otkrivanju u javnom interesu (Public Interest Disclosure Act – PIDA), čije odredbe regulišu institut uzbunjivanja i usmerene su na zaštitu uzbunjivača od potencijalne/eminovne odmazde.¹⁴

2.2. Regulisanje uzbunjivanja u pravu Savezne Republike Nemačke

Nasuprot prethodnim pravnim sistemima, Nemačka kao deo evropskokontinentalnog pravnog sistema još uvek nema sistemski pravni akt kojim reguliše uzbunjivanje i zaštitu uzbunjivača, a obaveza takvog pravnog regulisanja te materije proističe iz Direktive (EU) 2019/1937 o zaštiti lica koja prijavljuju povrede prava Unije. Stoga su sve zakonske inicijative u toj oblasti usmerene na usaglašavanje nemačkog zakonodavstva sa navedenom direktivom (što može biti dobar primer i

¹² M. Martić, *Položaj uzbunjivača u krivičnom postupku*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2020, 62.

¹³ V. Ministarstvo saobraćaja Ujedinjenog Kraljevstva, mv *Herald of Free Enterprise*, Izveštaj suda br. 8074, formalna istraga, 1987, 13–14, www.maib.gov.uk/cms_resources.cfm?fi=le=/hoffefinal.pdf, 28. mart 2023.

¹⁴ Zakon o otkrivanju u javnom interesu (PIDA) predviđa širok krug lica kojima se garantuje zaštita. Zakon štiti sva zaposlena lica, ali i one koji su angažovani posebnim ugovorima, lica koja rade od kuće, pripravnike i zaposlene u Nacionalnoj zdravstvenoj službi. ovim zakonom su uklonjena sva ograničenja koja se tiču godina zaposlenog i dužine trajanja radnog odnosa. Propisana su dva osnovna uslova kako bi se otkrivanje informacije podvelo pod uzbunjivanje: 1) sama informacija mora ispunjavati određene uslove I 2) mora biti ispoštovan postupak uzbunjivanja, i to u smislu opštih uslova (bez obzira na vrstu uzbunjivanja) i posebnih uslova, u zavisnosti od toga pred kim se vrši uzbunjivanje. V. *Public Concern at Work*, UK Submission to Transparency International Whistleblower Protection Research Project, (Ujedinjeno Kraljevstvo, januar 2013), 1, 15.

za našeg zakonodavca). Savezna Republika Nemačka uređuje zaštitu uzbunjivača jedino kroz Akcioni plan za borbu protiv korupcije G20.¹⁵

U pozitivnom pravu Nemačke postoji „model dva kanala” u zaštiti uzbunjivača. Na jednoj strani je fragmentarna zakonska regulativa, a na drugoj strani je sudska praksa koja se već više od 100 godina bavi pitanjem zaštite zaposlenih od otkaza poslodavca zbog toga što su prijavili njegove nezakonitosti, iako se ti slučajevi nisu kategorisali kao zaštita uzbunjivača. Međutim, zaštita uzbunjivača je ipak ostala u granicama zaštite od otkaza sa fokusom na balansiranje između interesa suprotstavljenih strana iz radnopravnog ugovora, ali se uglavnom bez sagledavanja postojanja javnog interesa u obelodanjivanju nezakonitosti.¹⁶

Na nedostatke pravnog položaja uzbunjivača ukazano je kroz sudsku praksu u slučaju *Heinisch*, povodom kog su vođeni postupci kroz sve sudske instance u Nemačkoj, a potom i pred Evropskim sudom za ljudska prava. Reč je o slučaju u kome je zaposlena dobila otkaz pošto je učestvovala kao svedok u pokrenutom krivičnom postupku protiv njenog poslodavca i potpomogla istragu predavši im interno prikupljene dokumente u svojstvu člana Radničkog saveta. Pošto je krivični postupak protiv okrivljenog poslodavca obustavljen, poslodavac je otpustio zaposlenu istovremeno podnevi protiv nje optužbu zbog klevete. Savezni Ustavni sud Nemačke je u odluci još iz 2001. godine (br. 1 BvR 2049/00),¹⁷ zauzeo stav da zaposleni koji je dao dokumenta u istrazi koja se vodi protiv poslodavca ne može zbog toga što je vršio svoju, zakonom propisanu, građansku dužnost, i to u javnom interesu, dobiti otkaz. Odlučujući u prethodnoj sudskoj instanci u istom slučaju, Savezni sud rada je u presudi iz 2003. godine (br. 2 AZR 235/02), stao na stanovište da obaveza lojalnosti prema poslodavcu ne derogira prava zaposlenog zagarantovana ustavom te da podnošenje krivične prijave i pokretanje krivičnog postupka, čak i u slučaju da se ne dokaže krivična odgovornost, ne sme dovesti zaposlenog u nepovoljniji položaj. Sud je, međutim, smatrao da, uzimajući u obzir obavezu lojalnosti, (krivična) prijava koju je podneo zaposleni ne sme predstavljati nesrazmernu reakciju kao odgovor na ponašanje poslodavca.¹⁸ Povodom istog slučaja oštećena *Heinisch* je podnela predstavku protiv Nemačke Evropskom sudu za ljudska prava. Evropski sud je u slučaju *Heinisch v. Germany* stao na stanovište da podnošenje krivične prijave protiv poslodavca i odbijanje nemačkih sudova da podnosioca predstavke vrate na posao, predstavlja povredu prava na slobodu govora.¹⁹

¹⁵ OECD Working Group on Bribery, „G20 Anti-Corruption Action Plan 2013–2014”; OECD, Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Germany 2011, 65–66, www.oecd.org/germany/Germanyphase3reportEN.pdf.

¹⁶ M. Martić, 65. Nemačka nije ratifikovala ni Konvenciju MOR-a br. 158 o zaštiti zaposlenog u slučaju radnopravnih posledica zbog prijavljivanja nezakonitosti poslodavca.

¹⁷ Presuda dostupna na sajtu Suda: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2001/07/rk20010702_1bvr204900.html, 28. mart 2023.

¹⁸ *Heinisch v. Germany*, iz predstavke Evropskom sudu za ljudska prava br. 28274/08, 9.

¹⁹ *Heinisch v. Germany*, predstavka br. 28274/08, presuda od 21. jula 2011, <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%22itemid%22:%22001-105777%22>, 22. decembar 2022.

3. Pravni položaj uzbunjivača u pravu Republike Srbije

Pojam uzbunjivanja po svojoj pravnoj prirodi predstavlja zajemčeno konvencijsko i konstitucionalno ljudsko pravo kao pravo saopštavanja informacija od strane uzbunjivača koji obelodanjuju informacije o nezakonitostima. Na to ukazuje pravo slobode izražavanja u smislu člana 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu EKLJP) i člana 46. Ustava Republike Srbije²⁰, koje uključuje slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice. Dakle, pravo uzbunjivanja zasniva se prvenstveno na slobodi izražavanja koja je predviđena članom 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda²¹, i koja navodi da svako ima pravo na slobodu izražavanja i da to pravo uključuje slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice. Pa ipak, u istom članu su propisana i brojna ograničenja u vršenju ovog prava, ako je to u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva.²² Međutim, zbog odmazde koju trpe uzbunjivači, nije bilo dovoljno pozivati se na pravo slobode izražavanja već je bilo potrebno detaljnije pravno regulisati njihovu zaštitu. Iako uzbunjivanje ima širu upotrebu, ono je u Srbiji do sada uglavnom bilo tretirano na zakonskom nivou u kontekstu borbe protiv korupcije. Glavni razlozi za to su aktivizam antikorupcijskih organizacija i institucija u Republici Srbiji i globalno, međunarodne konvencije o borbi protiv korupcije koje je Republika Srbija ratifikovala i međunarodni monitoring koji prati sprovođenje tih konvencija²³. U tom kontekstu, naročito su značajne Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije²⁴ i Gradjanskopravna konvencija protiv korupcije Saveta Evrope.²⁵

U skladu sa ratifikovanim međunarodnim konvencijama i preuzetim obavezama u cilju borbe protiv korupcije, zaštita uzbunjivača bila je anticipirana još Nacionalnom strategijom za borbu protiv korupcije²⁶ i pratećim Akcionom planom iz 2006. godine. Relevantne preporuke ove strategije su bile *zaštita osoba koje prijavljuju korupciju i svedoka i uspostavljanje mehanizama za prijavljivanje protivzakonitog i neetičkog rada državnih i javnih službenika i mehanizama za zaštitu osoba koje to prijavljuju*. U sledećoj nacionalnoj antikorupcijskoj Strategiji, koja je usvojena 2013. godine, pitanje zaštite uzbunjivača tretira se kao jedna od prioritarnih oblasti.²⁷

²⁰ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

²¹ Evropska konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003-16.

²² Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava, čl. 10 i dalje.

²³ B. Medenica, 3.

²⁴ U Srbiji je ratifikovana 22. oktobra 2005. godine, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 12/2005.

²⁵ U Srbiji je ratifikovana 5. novembra 2007. godine, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 102/2007.

²⁶ Odluka o utvrđivanju Nacionalne strategije za borbu protiv korupcije, *Službeni glasnik RS*, br. 109/05.

²⁷ Imajući u vidu činjenicu da je 2012. godine, prema indeksu percepcije korupcije *Transparency International-a*, Srbija rangirana na 80. mesto od 176 zemalja. Nacionalna strategija za borbu protiv korupcije za period

4. Zaštita uzbunjivača u pravu Republike Srbije

Inicijalni koraci, koji su započeli put ka formulisanju odgovarajućeg pravnog okvira za zaštitu uzbunjivača su bile međunarodne konvencije o borbi protiv korupcije koje je Republika Srbija ratifikovala i međunarodni monitoring koji je pratio sprovođenje tih konvencija. Pa ipak, sve do donošenja Zakona o zaštiti uzbunjivača 2014. godine²⁸ zaštita uzbunjivača je počivala na odredbama pre svega Zakona o državnim službenicima²⁹, Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja³⁰ i Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije³¹, kao i Pravilnika o zaštiti lica koje prijavi sumnju na korupciju³² koji je usvojila Agencija. Ove odredbe nisu bile dovoljne i izazivale su mnoge nedoumice, počevši od toga kome prijaviti korupciju, koje sve koruptivne radnje su bile relevantne i koje su se mere zaštite mogle izreći, stoga je bilo neophodno doneti poseban zakon koji bi detaljno regulisao i uredio institut uzbunjivanja.

4.1. Regulisanje uzbunjivanja pre donošenja Zakona o zaštiti uzbunjivača

Prvi oblik specijalne zaštite „uzbunjivača” uveden je novelom Zakona o državnim službenicima od 2009. godine. Njenim odredbama zajemčena je zaštita državnih službenika i nameštenika koji pismeno obaveste neposredno pretpostavljenog ili rukovodioca da su, u vezi sa obavljanjem poslova, došli do saznanja da je funkcioner, državni službenik ili nameštenik u državnom organu u kojem rade izvršio radnje korupcije. Sa druge strane, novela Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja od 2009. godine, pored otkrivanja informacija o korupciji, garantuje zaštitu i u pogledu otkrivanja informacija koje ukazuju na „prekoračenje ovlašćenja, neracionalno raspolaganje javnim sredstvima i nezakoniti akt ili postupanje organa vlasti”.³³ Uz širi krug informacija, ovaj zakon „pokriva” i širi krug zaštićenih lica, u koji, „rame uz rame” sa zaposlenima, ulaze i javni funkcioneri, lica koja na osnovu ugovora obavljaju poslove za organ vlasti, lica kojima organ vlasti pruža usluge, kao i lica sa svojstvom stranke u postupku pred organom vlasti. Iako garantuju zaštitu širem krugu lica, i to u pogledu informacija koje se ne odnose samo na korupciju već i na druge nepravilnosti u radu organa

2013–2018. godine, <https://www.mpravde.gov.rs/files/B5.pdf>. N. Nenadić u: *Zaštita uzbunjivača* (ur. B. Medenica, N. Ružić), Kancelarija Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd 2013, 83.

²⁸ Zakon o zaštiti uzbunjivača, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2014.

²⁹ Zakon o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 81/2005 – ispr., 83/2005 – ispr., 64/2007 – ispr., 67/2007 – ispr., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020.

³⁰ Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, *Službeni glasnik RS*, br. 120/2004, 54/2007, 104/2009 i 36/2010.

³¹ Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije, *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008, 53/2010, 66/2011 – odluka US, 67/2013 – odluka US, 112/2013 – autentično tumačenje, 8/2015 – odluka US i 88/2019.

³² Pravilnik o zaštiti lica koje prijavi sumnju na korupciju, *Službeni glasnik RS*, br. 56/2011.

³³ Čl. 38, st. 4–8, Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, *Službeni glasnik RS*, br. 120/04, 54/07, 104/09 i 36/10.

vlasti, odredbe Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja obezbeđuju samo ograničeni obim zaštite. Ovo, prevashodno, stoga što je odgovarajuća zakonska zaštita rezervisana samo za obelodanjivanje informacija koje su dostupne svima bez ograničenja (informacije za koje se ne može ograničiti slobodan pristup), što može imati za posledicu uskraćivanje zaštite licima koja otkriju poverljive i druge informacije predviđene odredbama čl. 9. i 14. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja. „Uzbunjivačima” koji koriste ovu vrstu spoljašnjeg sistema „uzbunjivanja” zajemčena je anonimnost i pomoć Agencije, dok je uređivanje postupka pružanja pomoći „uzbunjivačima” prepušteno direktoru Agencije. On tek treba da donese odgovarajući opšti akt, bez kojeg prikazane zakonske odredbe ostaju neprimenive.³⁴

4.2. Zaštita uzbunjivača u kontekstu Zakona o zaštiti uzbunjivača

Premda su navedenim normama učinjeni prvi koraci u neposrednom uređivanju posebne zaštite uzbunjivača, njihova sveobuhvatnija zaštita uređena je Zakonom o zaštiti uzbunjivača. Ovim zakonom zajemčena je zaštita svim licima koja su stavljena u nepovoljni položaj zbog uzbunjivanja, bez obzira na to da li je reč o zaposlenima, licima koja rade na osnovu ugovora građanskog ili poslovnog prava, licima koja rade „na crno” ili klijentima poslodavaca u javnom ili privatnom sektoru. Posebno je značajno to što je zaštita zbog uzbunjivanja proširena i na postupak zapošljavanja, kako bi se sprečile štetne posledice po uzbunjivače-kandidate za zaposlenje, koji se suočavaju sa rizikom viktimizacije prilikom traženja novog zaposlenja.³⁵

U Zakonu o zaštiti uzbunjivača, naš zakonodavac propisuje da je:

*„uzbunjivač fizičko lice koje vrši uzbunjivanje u vezi sa svojim radnim angažovanjem, postupkom zapošljavanja, korišćenjem usluga državnih i drugih organa, nosilaca javnih ovlašćenja ili javnih službi, poslovnom saradnjom i pravom vlasništva na privrednom društvu”*³⁶

Iako je „radno angažovanje” prvi pomenuti oblik povezanosti koji se traži da bi neko bio uzbunjivač, Zakon priznaje i razne druge oblike povezanosti između uzbunjivača i pravnog lica ili organa, pri čemu je za povezano lice dovoljno da učini verovatnim da je prema njemu preduzeta štetna radnja zbog povezanosti sa uzbunjivačem. Iako se može primetiti da je Zakon znatno proširio krug lica koja mogu biti uzbunjivači, moglo bi se postaviti pitanje: Zbog čega bi se uopšte unapred ograničavao krug lica koji mogu biti uzbunjivači?³⁷ Ovo naročito ako imamo

³⁴ Lj. Kovačević (2011), 235. Zaštita koja je pružena uzbunjivačima Pravilnikom o zaštiti lica koje prijavi sumnju na korupciju iz 2011. godine bila je višestruko ograničena. Međutim, i pored toga, u ovom aktu je, pre donošenja samog Zakona o zaštiti uzbunjivača, najdetaljnije razrađena ta materija u pravnom okviru Republike Srbije.

³⁵ Lj. Kovačević, „Odnos između sistema unutrašnjeg i spoljašnjeg uzbunjivanja”, *Radno i socijalno pravo* XIV, 1/2015, 48.

³⁶ Čl. 2, st. 2, Zakon o zaštiti uzbunjivača.

³⁷ N. Nenadić, *Zakon o zaštiti uzbunjivača – koje je značenje normi i gde se mogu poboljšati*, Transparentnost Srbija, 2017.

u vidu da ono što nekoga čini uzbunjivačem nije radnopravni ili drugi status koji ima u organizaciji na koju se odnose navodi o nepravilnostima već preduzimanje radnje uzbunjivanja, tj. otkrivanje informacija koje su od javnog interesa.³⁸ Takođe, primetno je da Zakon svojstvo uzbunjivača priznaje isključivo fizičkim licima, iako je poznato da uzbunjivanje mogu vršiti i pravna lica (npr. udruženja građana, mediji i sl.). Posebnu pažnju naš zakonodavac je posvetio zaštiti podataka o ličnosti uzbunjivača, te je u članu 10. stav 1. navedeno da je lice koje je ovlašćeno za prijem informacije dužno da štiti podatke o ličnosti uzbunjivača, odnosno podatke na osnovu kojih se može otkriti identitet uzbunjivača, osim ako se uzbunjivač ne saglasi sa otkrivanjem tih podataka, a navedeno u skladu sa zakonom kojim se uređuje zaštita podataka o ličnosti. Stavom 2 istog člana je ova dužnost čuvanja informacija proširena i na svako drugo lice, bez obzira na njegovo svojstvo. Stavom 3 je predviđeno da uzbunjivač mora biti obavešten o mogućnosti otkrivanja njegovog identiteta nadležnom organu, ukoliko bez otkrivanja identiteta nije moguće postupanje nadležnog organa. Dok stav 4 potvrđuje obavezu obaveštavanja uzbunjivača o eventualnom otkrivanju njegovog identiteta, ukoliko je to neophodno. Međutim, ostaje nejasno zbog čega se nakon svih ovih odredaba u članu 10. ne propisuje sankcija u slučaju da lice koje prima i čuva informacije o uzbunjivanju otkrije podatke o uzbunjivaču. Ovo se pitanje postavlja iz razloga što bez sankcije ova norma gubi na težini i značaju, s obzirom na to da ne postoje nikakve posledice u slučaju njenog nepoštovanja. Takođe, ovde treba skrenuti pažnju da je u uporednoj praksi takvo postupanje strogo kažnjivo, pa čak i zatvorskom kaznom, što govori o značaju ovog pitanja i njegove adekvatne zaštite.³⁹

U Zakonu o zaštiti uzbunjivača je takođe predviđeno i da uzbunjivanje može biti unutrašnje (otkrivanje informacije poslodavcu)⁴⁰, spoljašnje (otkrivanje informacije organu vlasti) i uzbunjivanje javnosti (otkrivanje informacije sredstvima javnog informisanja). Bez obzira o kojoj se vrsti uzbunjivanja radi, čl. 12 ovog zakona predviđena je zabrana stavljanja uzbunjivača u nepovoljniji položaj. Bilo koja odredba opšteg akta poslodavca će biti ništava ukoliko se, činjenjem ili nečinjenjem, zaposleni stavi u nepovoljniji položaj u vezi sa uzbunjivanjem.⁴¹ Prilikom uređivanja ova tri osnovna sistema (vrsta, faza) uzbunjivanja, ostvaren je razuman stepen jasnoće, ali su iz zakonskog teksta izostala precizna pravila o njihovom uzajamnom odnosu. S tim u vezi, valja ukazati na potrebu da se sistem spoljašnjeg uzbunjivanja „aktivira” tek ako pribegavanje unutrašnjem uzbunjivanju nije dovelo do otklanjanja nedostataka, tj. ko zaposlenom nije bilo dostupno neko drugo diskretnije sredstvo za ispravljanje postojeće situacije. Stoga se prilikom procene (ne)opravdanosti spoljašnjeg uzbunjivanja moraju odmeriti dvojaki interesi. Na jednom tasu se nalazi značaj prava zaposlenog na slobodno izražavanje o pitanjima od opšteg interesa, njegovo pravo (u nekim slučajevima, i obaveza) da prija-

³⁸ M. Martić, „Uporednopravni aspekti pojma uzbunjivač”, *Strani pravni život* 1/2016, 201–215.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ V. Unutrašnje uzbunjivanje, <https://www.vk.sud.rs/sr/>, 28. mart 2023.

⁴¹ Priručnik o uzbunjivaču, https://pistoljka.rs/scms/public/media/files/Uzbunjivanje_pistoljka_web.pdf, 28. mart 2023.

vi nezakonito postupanje na mestu rada i dužnosti i odgovornosti koje zaposleni ima prema poslodavcu, dok je na drugi tas položeno pravo poslodavca da upravlja radom svojih zaposlenih i da zaštiti svoju reputaciju i druge interese. To, konačno, znači da je u pogledu procene (ne)dopuštenosti uzbunjivanja izvan „zidova preduzeća” od presudnog značaja to da li u određenoj radnoj sredini postoji i dobro funkcionise sistem unutrašnjeg uzbunjivanja ili to nije slučaj. Ovo stoga što se spoljašnje uzbunjivanje može smatrati dopuštenim samo ako takvog sistema nema ili on nepravilno funkcionise. Isto vredi i za situacije u kojima se, zbog prirode problema na koji je uzbunjivač ukazao, ne može očekivati da će sistem unutrašnjeg uzbunjivanja pravilno funkcionisati, kao i ako lice koje uživa poverenje uzbunjivača nije preduzelo potrebne mere da zaustavi određeni nezakoniti postupak.⁴²

Iako je „zaštita uzbunjivača” istaknuta u prvi plan, Zakon se u značajnoj meri bavi i samim uzbunjivanjem kao i onim što bi poslodavci i državni organi trebalo da urade pošto im se uzbunjivač obrati. Ova pitanja, koja dotiču suštinu svrhe zbog koje se pruža zaštita uzbunjivačima, samo su delimično uređena Zakonom. To je problem kojem treba posvetiti značajnu pažnju u budućnosti.

5. Zaključna razmatranja

Zaštita uzbunjivača od odmazde koju bi mogli da pretrpe zbog toga što u javnom interesu ukazuju na nezakonite i štetne radnje i događaje jedna je od najvažnijih stvari koju država može da uradi da bi se borila protiv korupcije. Poželjno dejstvo zaštite je višestruko. Budući da je strah od posledica jedan od najčešćih razloga za neprijavlivanje korupcije, davanjem zaštite od štetnih pravnih i faktičkih poteza druge strane uzbunjivači se ohrabruju da svoja saznanja ipak podele sa onim ko problem može da reši. Zaštita nije sama sebi svrha. Ona je sredstvo da javne institucije i privatne firme, državni kontrolni organi i celokupna zainteresovana javnost postanu svesni neke opasnosti i da angažuju raspoložive resurse da tu opasnost otklone. Kada je reč o korupciji na ovom nivou, zaštita uzbunjivača služi da što veći broj slučajeva bude otkriven i prijavljen, a zatim i efikasno ispitan. Saznanje o tome da ovaj sistem efikasno funkcionise, ne samo da deluje povoljno na otkrivanje slučajeva postojeće korupcije, već i preventivno. Naime, za potencijalne učesnike u korupciji tako nastupa još jedan faktor rizika da će biti otkriveni i dobijaju jedan razlog više da se ne upuštaju u nezakonit poduhvat sa neizvesnim ishodom. Kroz razne vidove zaštite uzbunjivača, predstavljanja koristi za društvo koje su proistekle iz uzbunjivanja i promocije uzbunjivača kao savesnih zaštitnika javnog dobra, prava građana i zakonitog rada podstiče se građanski aktivizam, jačanje moralnih vrednosti i saradnja unutar zajednice. Povećanjem broja ljudi koji se suprotstavljaju korupciji jača se „imuni sistem” društva i uspostavlja se sistem odbrane koji je mnogostruko jeftiniji i efikasniji nego što bi bilo angažovanje najboljeg represivnog

⁴² Lj. Kovačević (2020), 57.

državnog aparata. Iz navedenog proizilazi činjenica da će građani, dokle god imaju razlog da se plaše da prijave korupciju jer bi taj njihov čin mogao ugroziti njihov posao, položaj ili čak na drugi način dovesti u opasnost njih i njihove porodice, odnosno dokle god se ne stvori poverenje u to da sistem funkcioniše i da mogu bez bojazni da prijave korupciju ili drugu nezakonitost, oni će odlučiti da ipak o svemu ćute. Takođe, može se primetiti da „uzbunjivanje” u našoj zemlji ima i relativno slabu podršku u društvu te da se „uzbunjivači” neretko smatraju „cinkarošima”, „doušnicima” i sl., što govori u prilog tome da ova lica još uvek nisu prepoznata kao osobe koje vrše uzbunjivanje radi opšte društvene koristi i zaštite javnog interesa.

Kada je reč o Zakonu o zaštiti uzbunjivača, on nije postavio prioritete u pogledu toga kojem se organu treba obratiti prvo, što olakšava posao uzbunjivačima. Ono što im otežava život je odsustvo obaveze poslodavca da objave informacije o tome koji su spoljni ovlašćeni organi nadležni za postupanje u nekim tipičnim situacijama u kojima se može očekivati da dođe do uzbunjivanja. Pored toga, zakonopisci nisu ni razmatrali potrebu za izmenom drugih propisa koji su na neki način u vezi sa postupanjem organa nakon uzbunjivanja. Kod organa vlasti, naročito kada je reč o spoljašnjem uzbunjivanju, nastaje konfuzija u pogledu toga da li treba i na koji način razlikovati postupanje po procedurama koje su kontrolnim organima odranije poznate (žalbe, predstavke, pritužbe, prijave itd.) od obraćanja uzbunjivača. Razlike nisu samo akademske ili statističke prirode – u zavisnosti od toga da li je reč o uzbunjivanju ili ne, mogu se razlikovati rokovi za postupanje i obim dužnosti organa. Zakon nalaže organu da izvesti uzbunjivača o onome šta je uradio po prijavi, ali ne postavlja pravila za minimum mera koje treba preduzeti za rešavanje problema. S druge strane, nije prepoznata potreba izgradnje kapaciteta nijednog državnog organa za nadzor nad primenom ovog važnog zakona. Veliki broj institucija i organizacija može dobiti informacije od uzbunjivača u zavisnosti od vrste uzbunjivanja i prijavljenih prestupa. Ne postoji, međutim, poseban nadzor od strane nezavisnog organa koji bi utvrdio da li su navodi uzbunjivača ispitani, a zaštita pružena. Zakon je kao ovlašćene ua nadzor označio inspekciju rada i upravna inspekcija, ali nije bliže odredio šta je predmet nadzora tih organa već ga je definisao pomoću upućujuće norme da nadzor treba da vrše u skladu sa zakonima koji uređuju njihova ovlašćenja. Ova zakonska odredba je nedopustivo neprecizna. Nije jasno podeljena nadležnost između dve pomenute inspekcije niti je na jasan način određeno da su obe pomenute inspekcije nadležne za nadzor nad primenom svih odredaba Zakona. U tom kontekstu, da bi se na najdelotvorniji način pružila zaštita uzbunjivačima i potpuno detaljno regulisao sistem uzbunjivanja, potrebno je da se izmene i dopune (preciziraju) pojedine odredbe Zakona o zaštiti uzbunjivača.

Literatura

- Boisson S. „The First Whistleblowers”, *American History*, 2015, 1–5, <https://constantinecannon.com/2020/07/31/the-first-whistleblower-protection-law>, 10.11.2022.
- Jerinić N. *Zaštita uzbunjivača u cilju borbe protiv korupcije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2020.
- Kovačević Lj. „Cilj i smisao radnopravne zaštite uzbunjivača *Kaznena reakcija* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011.
- Kovačević Lj. „Odnos između sistema unutrašnjeg i spoljašnjeg uzbunjivanja”, *Radno i socijalno pravo* XIV, 1/2015.
- Lewis D. „Whistleblowing at work: On what principles should legislation be based?”, *Industrial Law Journal* 2/2001.
- Martić M. *Položaj uzbunjivača u krivičnom postupku*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2020.
- Martić M. , „Uporednopravni aspekti pojma uzbunjivač”, *Strani pravni život* 1/2016, 201–215.
- Medenica B. *Zaštita uzbunjivača u Republici Srbiji – analiza pravnog okvira i preporuke*, Kancelarija Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd 2012.
- Nenadić N. *Zakon o zaštiti uzbunjivača – koje je značenje normi i gde se mogu poboljšati*, Transparentnost Srbija, 2017.
- Nenadić N. *Zaštita uzbunjivača* (ur. B. Medenica, N. Ružić), Kancelarija Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd 2013.
- Radak J., McClellan K. „The Criminalization of Whistleblowing”, *The Labor & Employment Law Forum* 2, 1/2011.

Propisi i drugi akti

- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003-16.
- Gradjanskopravna konvencija protiv korupcije, Savet Evrope, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 102/2007.
- Heinisch v. Germany*, predstava br. 28274/08, presuda od 21. 7. 2011, <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105777%22%5D%7D>, 22. decembar 2022.
- https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2001/07/rk20010702_1bvr204900.html, 28. mart 2023.
- Konvencija UN protiv korupcije, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori* , br. 12/2005.

- Ministarstvo saobraćaja Ujedinjenog Kraljevstva, mv *Herald of Free Enterprise*, Izveštaj suda br. 8074, formalna istraga, 1987, 13–14, www.maib.gov.uk/cms_resources.cfm?file=/hoffefinal.pdf, 28. mart 2023.
- Obrazloženje Ministarstva pravde za donošenje Zakona o zaštiti uzbunjivača, <https://www.mpravde.gov.rs/files/uzbunjivaciobraz.18.12.13.doc>, 14. novembar 2022.
- Odluka o utvrđivanju Nacionalne strategije za borbu protiv korupcije, *Službeni glasnik RS*, br. 109/05.
- Pravilnik o zaštiti lica koje prijavi sumnju na korupciju, *Službeni glasnik RS*, br. 56/2011.
- The Whistleblower Protection Act of 1778, *Journals of the Continental Congress*, 1774–1789.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.
- Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije, *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008, 53/2010, 66/2011 – odluka US, 67/2013 – odluka US, 112/2013 – autentično tumačenje, 8/2015 – odluka US i 88/2019.
- Zakon o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 81/2005 – ispr., 83/2005 – ispr., 64/2007 – ispr., 67/2007 – ispr., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020.
- Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, *Službeni glasnik RS*, br. 120/2004, 54/2007, 104/2009 i 36/2010.
- Zakon o zaštiti uzbunjivača, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2014.

Internet izvori

- Andrejević S, „Pravni položaj uzbunjivača i privremene mere radi zaštite uzbunjivača od odmazde” <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Pravni%20polozaj%20uzbunjivaca%20i%20priv.%20mere%20radi%20zastite%20uzbunjivaca%20od%20odmazde%20%20Snezana%20Andrejevic.pdf>, 28. mart 2023.
- Janković S. „Neki ne odstupaju, uprkos rizicima”, dnevni list „Politika” od 29. 08. 2011, dostupno na: <https://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2011-12-25-10-17-15/2011-12-25-10-19-19/1468-2011-08-30-07-21-07>, 17. novembar 2022.
- <https://pistaljka.rs/home/read/114>, 15. novembar 2022.
- <https://vault.fbi.gov/watergate> i <https://www.edwardsnowden.com>, 12. novembar 2022.
- <https://www.mpravde.gov.rs/filesB5.pdf>, 28. mart 2023.
- <https://www.vk.sud.rs/sr/>, 28. mart 2023.
- https://pistaljka.rs/scms/public/media/files/Uzbunjivanje_pistaljka_web.pdf.

REGULATION OF WHISTLEBLOWING IN DOMESTIC AND CERTAIN COMPARATIVE LAW SYSTEMS

Summary

The author analyzes the legislation of institute of whistleblowing in certain comparative law systems, but also in legislation of the Republic of Serbia. The institute of whistleblowing itself, ie whistleblowers as persons who, in order to fight corruption, by reporting appropriate information, warns of cases of corruption, illegal business or abuse of power, is differently regulated in different legal systems. Bearing in mind that whistleblowing and protection of whistleblowers originates from the English-speaking area, where exists the greatest tradition in the normative regulation of this institute, the analysis of the legal management system, seems necessary. Especially since this institute is regulated in domestic law by following the example of the law of Great Britain. On the other hand, the institute of whistleblowing is also present in the countries of the European-continental system, e.g. German law, whose provisions and legal regulations can serve the goal of improving and more effectively applying whistleblowing in domestic practice. In the concluding remarks, the paper outlines potential directions for further improvement of this anti-corruption mechanism, whose practical use would encourage the labour social peace and the rule of law and legal state. Protecting whistleblowers from reprisals they might suffer for reporting illegal and harmful acts and events in the public interest is one of the most important things a state can do to fight corruption. The desired effect of protection is multiple. Since the fear of consequences is one of the most common reasons for not reporting corruption, by providing protection from harmful legal and factual moves of the other party, whistleblowers are encouraged to still share their knowledge with whoever can solve the problem. Protection is not an end in itself. It is a means for public institutions and private companies, state control bodies and the entire interested public to become aware of a danger and to engage the available resources to eliminate that danger. When it comes to corruption, at this level, the protection of whistleblowers serves to ensure that as many cases as possible are discovered and reported, and then effectively investigated. Knowing that this system works effectively not only has a positive effect on detecting cases of existing corruption, but also preventively.

Key words: whistleblowing, whistleblower protection, legal framework, comparative law.

PRAVO NA ZAŠTITU ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU „KAO” FUNDAMENTALNI STANDARD MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA

Apstrakt

Deklaracijom o osnovnim principima i pravima na radu Međunarodne organizacije rada iz 1998. godine usvojena su tzv. osnovna radnička prava, odnosno njena fundamentalna načela, u koja je od juna 2022. godine uvršteno i pravo na „bezbednu i zdravu radnu sredinu”. Koliko je uopšte podela prava radnika na osnovna i „manje osnovna” smisljena i koji su uopšte parametri kojima se takva podela vodi? Da li je taj novoproklamovani fundamentalni standard zaista shvaćen kao takav u toj organizaciji? Nažalost, odgovori na ta pitanja, na šta autor u ovom radu i ukazuje, velikim delom su posledica uticaja ekonomskog faktora, a ne proizvod altruističkih ili moralnih pobuda.

Ključne reči: pravo na život, pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, Međunarodna organizacija rada, fundamentalna prava na radu, Deklaracija o osnovnim principima i pravima na radu.

1. Uvod

Celishodnost podele radničkih prava na ona koja su osnovna i ona koja to nisu upitna je već na samom početku. Koliko je tako opravdano pravo na kolektivno pregovaranje nadrediti pravu na socijalnu sigurnost i mogu li se uopšte i porediti prava kao što su pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu i pravo na zabranu diskriminacije? S druge strane, na osnovu kojeg se parametra jedno pravo definiše kao „fundamentalno” a drugo kao ono koje to nije, i da li je moguće takav kriterijum zdravorazumski koncipirati ili je on ipak proizvod nekih drugih širih ili užih interesa? Bilo kako bilo, činjenično je stanje da je još od 1998. godine Deklaracijom o osnovnim principima i pravima na radu Međunarodne organizacije rada (MOR)¹ ta podela usvojena i primenjivana. Takva, poprilično usko koncipirana kategorija prava, u junu 2022. godine doživela je i svoje istorijsko proširenje, budući da je u tu kategoriju uvršteno i pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, odnosno

* Docent na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, mila.petrovic@pravnofakultet.edu.rs

¹ International Labour Organization, *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its follow-up*, adopted by the International Labour Conference at its Eighty-sixth Session, Geneva, 18 June 1998, u daljem tekstu: Deklaracija o osnovnim principima i pravima na radu MOR-a.

pravo na „bezbednu i zdravu radnu sredinu”. Koji faktor ipak to pravo čini posebno relevantnim, a koji je, s druge strane, faktor bio odlučujući da ono sve do sad ne bude uvršteno u tu kategoriju? O svim tim pitanjima može se polemisati. U ovom radu se objašnjava stav autor o celokupnoj toj problematici.

2. Osnovna prava radnika i osnovanost isključivanja prava na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu iz te kategorije

Deklaracijom o osnovnim principima i pravima na radu MOR-a iz 1998. godine usvojena su tzv. osnovna radnička prava, odnosno njena fundamentalna načela, u koja su do skoro spadala samo: sloboda udruživanja i pravo na organizovanje i na kolektivno pregovaranje; eliminacija svih oblika prinudnog rada; efikasna zabrana dečjeg rada i eliminacija diskriminacije u pogledu zaposlenja i zanimanja. Tako garantovana prava sadržana su u osam „fundamentalnih” konvencija, koje predstavljaju univerzalne standarde te organizacije i obavezuju njene članice čak i bez samog čina njihove ratifikacije.² Manjkavost tako uskog spiska osnovnih, odnosno fundamentalnih prava, bila je očigledna još na samom početku.³ Ipak, kao što to obično i biva, politički i ekonomski razlozi dugo su stajali na putu proširenju te liste,⁴ zbog čega i ne čudi što je u nekom trenutku postavljeno pitanje da li usvajanje pomenute Deklaracije predstavlja „početak ili kraj radnih standarda”⁵

Prava po osnovu rada predstavljaju svojevrsan trošak, a svaki dodatni trošak mora naići na negodovanje država članica. Stoga, jedini zdravorazumski razlog za takvu podelu može biti „cenovnik” takvih prava i ona se ni na koji drugi način ne može pravdati. Tako, dok pravo na zabranu diskriminacije ne podrazumeva nikakva direktna ulaganja, pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti i zdravlja na radu, s druge strane, takva ulaganja podrazumeva. To i jeste razlog zbog kojeg se prava, odnosno standardi koji direktno utiču na cenu rada i na konkurentnost na tržištu (kao što su to oni koji su vezani za zarade, radne sate i zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu) nazivaju i „novčanim međunarodnim standardima”.⁶ Isključivanje takvih standarda iz kategorije osnovnih standarda ipak predstavlja svojevrsan nonsens. Primećeno je tako da je upravo činjenica da su standardi MOR-a koji se odnose na pitanje zarada isključeni iz kategorije osnovnih standarda moguć povod za poimanje da je dostupnost jeftinog rada u pojedinim zemljama legitimna konkurentna

² Deklaracija o osnovnim principima i pravima na radu MOR-a, stav 2. Činjenica da države članice ne mogu da biraju koje će od tih konvencija implementirati po principu slobode izbora (koju pojedini autori kroz šalu nazivaju „pristup kafeterije”) po nekima je i jedna od osnovnih prednosti te deklaracije. Vid. F. Maupain, „Revitalization non retreat: the real potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal protection of workers’ rights”, *The European Journal of International Law* 3/2005, 444.

³ Više tome u P. Alston, J. Heenan, „Shrinking the international labour code: an unintended consequence of the ILO Declaration on fundamental principles and rights at work?”, *New York University Journal of International Law and Politics* 2–3/2004, 101–141.

⁴ K. Tapiola, „What happened to international labour standards and human rights at work?”, *International Labour Organization and global social governance* (eds. Tarja Halonen, Ulla Liukkunen), Springer, Cham 2021, 56–57.

⁵ B. Urdarević, *Uticaj globalizacije na međunarodne radnopravne standarde*, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 60.

⁶ *Ibid.*, 160.

prednost na tržištu⁷ što, s druge strane, mora voditi daljoj eksploataciji upravo onih radnika koji žive i rade u najtežim uslovima.⁸

Pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, pri tome, ne sme biti posmatrano isključivo kao novčani standard jer ono jeste osnovno ljudsko pravo. Naime, ni od jedne se države ne može očekivati da obezbedi da svaki njen državljanin bude zdrav jer pravo na zdravlje ne podrazumeva istovremeno i pravo da se bude zdrav, ali bez njega ne može biti govora o delotvornom ostvarivanju drugih ljudskih prava.⁹ Pravo na zdravlje na radu, s druge strane, jeste integralni deo prava na zdravlje.¹⁰ Drugim rečima, pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu predstavlja i sastavni deo prava na život – koje definitivno jeste pravo od osnovnog značaja. Stoga činjenica da ostvarivanje takvog prava zahteva i aktivnu ulogu države – što dakle može da podrazumeva i finansijska ulaganja koja dalje mogu uticati na cenu rada te i na njenu privrednu konkurentnost, ne sme igrati ulogu u definisanju da li je jedno takvo pravo osnovno ili nije.

3. Šta podrazumeva pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu?

Svetska zdravstvena organizacija pojam zdravlja definiše kao „stanje potpune fizičke, psihičke i socijalne dobrobiti, a ne samo kao puko odsustvo povreda, bolesti ili nemoći”.¹¹ U tom smislu, danas zdravlje podrazumeva dobro stanje celokupnog ljudskog bića, pri čemu, u jednom svom delu, njegova zaštita i uopšte i u radnoj sredini u velikoj meri počiva i na pravu. Pravo na zaštitu zdravlja je relativan i promenljiv koncept,¹² zbog čega je i zaštita zdravlja i bezbednosti na radu vremenom menjala svoju sadržinu, krećući se od zaštite isključivo fizičkog zdravlja radnika, ka zaštiti njihove celokupne ličnosti.¹³

Sam koncept prava na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu danas se može posmatrati sa užeg aspekta (koji podrazumeva isključivo prevenciju povreda na

⁷ L. DiMatteo, K. Dosanjh, P. Frantz, P. Bowal, C. Stoltenberg, „The Doha declaration and beyond: giving a voice to non-trade concerns within the WTO trade regime”, *Vanderbilt Journal of Transitional Law* 1/2003, 124.

⁸ Postoje i autori koji nisu pristalice takvog stava jer, kako oni tvrde, iako osnovni radni standardi nisu jedina prava po osnovu rada koja treba smatrati važnim, ona ipak predstavljaju svojevrsno čvrsto jezgro prava radnika. S. J. Rombouts, “The international diffusion of fundamental labour standards: contemporary content, scope, supervision and proliferation of core workers’ rights under public, private, binding, and voluntary regulatory regimes”, *Columbia Human Rights Law Review* 3/2019, 173.

⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment no. 14: the right to the highest attainable standard of health (Art. 12), 11. avgust 2000, st. 1, 8.

¹⁰ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, 15. maj 2013, st. 1.

¹¹ UN General Assembly, Constitution of the World Health Organization, 17. novembar 1947, preambula.

¹² M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 233.

¹³ Zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu MOR pristupa prvenstveno sa aspekta zaštite od pojedinačnih rizika koji su za posledicu imali različita oboljenja da bi se, vremenom, zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu pristupilo sa univerzalnog aspekta, koji je prilagodljiviji promenama na tržištu rada, odnosno novonastalim rizicima po zdravlje radnika. Više u J. M. Servais, *International labour law*, Walters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2014, 201–206.

radu i profesionalnih bolesti)¹⁴ i sa šireg aspekta (koncept koji prevazilazi prevenciju povreda na radu i profesionalnih bolesti kao isključivog cilja takve zaštite). Zaštita zdravlja i bezbednosti na radu u širem smislu stoga, osim klasičnih zaštitnih mera, obuhvata i sve one mere koje se tiču radnog vremena, načina na koji se rad obavlja i drugih faktora koji mogu uticati na psihičko zdravlje zaposlenih – budući da ona istovremeno predstavlja odraz i socijalnog i tehničkog trenutka društvenog razvoja.¹⁵ Prednost takve šire koncepcije nepobitna je ako se ima u vidu da „u radnom odnosu nije samo radna snaga čoveka, kao njegova psihofizička komponenta, već i njegova ukupna ličnost sa svim moralnim, etičkim i drugim svojstvima“.¹⁶ Svaki radnik, naime, osim svojih profesionalnih usluga, pri obavljanju rada ulaže i svoju ličnost i svoj fizički integritet, zbog čega takav rad, kao i mesto rada i organizacija rada kod poslodavca, mogu predstavljati ključan uzrok pogoršanog zdravlja pojedinih radnika, pa čak i celokupnog kolektiva koji radi kod poslodavca.¹⁷

Danas zaštita zdravlja i bezbednosti na radu treba da bude sagledana i u kontekstu podređenosti zaposlenog – što podrazumeva i definisanje granica poslodavčeve vlasti i adekvatne garantije ljudskih prava i osnovnih sloboda jer je ona sada prožeta idejom *dostojanstva na radu*, koje je ujedno i suštinska vrednost prava na rad. Savremeni koncept zaštite zdravlja i bezbednosti na radu podrazumeva zato poštovanje celokupne ličnosti radnika, zbog čega, između ostalog, postavlja i zahtev za zaštitu od zlostavljanja na radu i za poštovanje privatnog života radnika.¹⁸ Cilj radnog prava danas nije, dakle, samo da radnicima pruži zaštitu fizičkog zdravlja i radnih sposobnosti i da, samim tim, obezbedi mogućnost njihovog dugog radnog angažovanja, već i zaštita ličnih podataka i zabrana zlostavljanja na radu postaju predmet radnopravne zaštite.¹⁹

Sledstveno tome, zaštita zdravlja i bezbednosti na radu ujedno je bitan aspekt prava na dostojanstven rad, koji je istovremeno i ključna vrednost za koju se MOR zalaže. U tom smislu, iako definicija dostojanstvenog rada ne postoji, takav rad, osim prava na pravičnu zaradu, slobodu organizovanja i prava na jednakost u prilikama i u tretmanu itd., mora podrazumevati i pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti u radnoj sredini.²⁰ Štaviše, mogućnosti koje koncept dostojanstvenog rada može i treba da pruži imaju takvu širinu da se pojedini autori zalažu i za svojevrstan „holistički pristup“ ideji dostojanstvenog rada, koji bi trebalo da obezbedi poštovanje međuzavisnosti, univerzalnosti i jednakosti svih ljudskih

¹⁴ Zaštita zdravlja i bezbednosti na radu u užem smislu podrazumeva skup mera i sredstava koji su neophodni za ostvarivanje bezbednih uslova rada. B. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 372.

¹⁵ Opinion of Mr. Advocate General Léger delivered on 12 March 1996. *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Council of the European Union*, Case C-84/94, st. 42–43.

¹⁶ P. Jovanović, „Aktuelni aspekti principa zaštite zaposlenih“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011, 143.

¹⁷ M. C. Palomeque Lopez, M. Alvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, Editorial centro de estudios Ramon Areces, Madrid 2001, 836.

¹⁸ Lj. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 464–466.

¹⁹ P. Jovanović, 142–143.

²⁰ Više o indikatorima dostojanstvenog rada i uopšte o dostojanstvenom radu u D. Ghai, „Decent work: Concept and indicators“, *International Labour Review* 2/2003, 113–145.

prava.²¹ Baš univerzalnost, nedeljivost i jednakost ljudskih prava, koje ističu MacNaughton i Frey, i predstavljaju glavni faktor koji ukazuje na besmislenost podele, odnosno rangiranja ljudskih prava na ona koja su manje ili više bitna. Uostalom, na to je ukazano čak i u preambuli Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, u delu u kojem se kao temelj slobode, pravde i mira u svetu navode urođenost dostojanstva i jednakost i neotuđivost ljudskih prava.²² Na taj način se, čini se, potvrđuje teza da je sama ideja podele prava po osnovu rada na ona koja su osnovna i na ona koja to nisu proizvod nekakvih drugačijih, nealtruističkih (ekonomskih) interesa.

4. Preokret – pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu jeste fundamentalni standard MOR-a?

Iako se ideja da pravu na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu treba priznati status osnovnog prava javila još od trenutka donošenja Deklaracije o osnovnim principima i pravima na radu MOR-a, predlog za formalno priznanje takvog njegovog statusa nastao je tek 2017. godine, kada je pokrenuta ozbiljnija debata na tu temu u toj organizaciji.²³ Potpuno „iznenađujuće”, glavni kamen spoticanja bilo je pitanje međunarodnih trgovinskih ugovora, te je tako veća rasprava vođena povodom pitanja da li će se novousvojeni amandmani primenjivati na postojeće trgovinske ugovore, nego povodom pitanja da li zaštita zdravlja i bezbednosti na radu treba da nađe svoje mesto u tim ugovorima.²⁴ Ipak, strasti su se malo smirile nakon što je Administrativni savet MOR-a izdao dokument kojim se države članice uveravaju da eventualno konstituisanje prava na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu kao osnovnog prava te organizacije neće imati nikakav uticaj na postojeće međunarodne trgovinske ugovore i da će odluka o koracima koji se imaju preduzeti u vezi sa novonastalom situacijom biti prepuštena državama ugovornicama takvih sporazuma.²⁵ I tako je konačno, budući da je pandemija kovida 19 znatno otežala rad MOR-a, to pitanje postavljeno kao jedna od tačaka dnevnog reda 110. zasedanja Opšte konferencije MOR-a, koje je održano u periodu od 27. maja do 11. juna 2022. godine.²⁶ Rezultat – pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, odnosno na „bezbednu i zdravu radnu sredinu”, promovisano je u osnovni standard MOR-a, dok su Konvencija br. 187 i Konvencija br. 155 pridružene redu fundamentalnih (osnovnih) konvencija.²⁷

²¹ Više u G. MacNaughton, D. F. Frey, „Decent Work for All: A Holistic Human Rights Approach”, *American University International Law Review* 2/2011, 441–483.

²² UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10. decembar 1948, 217 A (III).

²³ Više o redosledu događaja koji su prethodili izmenama Deklaraciji o osnovnim pravima i principima MOR-a u International Labour Organization, Inclusion of Safe and Healthy Working Conditions in the ILO's Framework of Fundamental Principles and Rights at Work, Report VII, International Labour Office, Geneva 2022, 6–9.

²⁴ Debata o drugom pitanju bi, uostalom, s obzirom na posledice pandemije kovida 19 i činjenicu da ona nije prestala da postoji ni u momentu pisanja ovog rada, verovatno bila i neprimerena i politički isuviše „pipava”.

²⁵ The Governing Body, Issues relating to the inclusion of safe and healthy working conditions in the ILO's framework of fundamental principles and rights at work, Geneva 2022, 30–37.

²⁶ 110th Session of the International Labour Conference, <https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/110/lang--en/index.htm>, 20. novembar 2022.

²⁷ International Labour Conference – 110th Session, Resolution on the inclusion of a safe and healthy working environment in the ILO's framework of fundamental principles and rights at work (10. jun 2022), u daljem

No, sada se postavlja pitanje da li je pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu zaista i postalo fundamentalni standard MOR-a. Ako se osvrnemo na broj ratifikacija ostalih fundamentalnih konvencija – statistika govori da je status koji su stekle Deklaracijom o osnovnim principima i pravima na radu MOR-a zaista kasnije uticao na broj njihovih daljih ratifikacija.²⁸ Drugim rečima, na taj način je možda „utabana staza” za promociju daljih ratifikacija nove dve fundamentalne konvencije. Ipak, u skladu sa Rezolucijom o inkluziji bezbedne i zdrave radne sredine u MOR-ov okvir fundamentalnih principa i prava na radu, sam tekst takve rezolucije ni na koji način ne može uticati na postojeća prava i obaveze država članica koji proizilaze iz već zaključenih međunarodnih trgovinskih i investicionih ugovora.²⁹ Stoga se, čini se opravdano, sada mogu postaviti pitanja da li je na taj način uvedena i svojevrsna hijerarhija između različitih fundamentalnih standarda MOR-a i da li je na taj način podržano dalje nepoštovanje prava na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, uz uživanje različitih beneficija koje takvi ugovori pružaju.³⁰ Za sada se, nažalost, čini da je priznavanje statusa osnovnog ili fundamentalnog standarda tom pravu samo dobro osmišljeni politički korak, kojim načelno treba demonstrirati briga za bezbednost i zdravlje radnika – što je u velikoj meri i proizvod pandemije bolesti 19 i njenih tragičnih posledica.³¹

5. Zaključak

Podela prava radnika na osnovna i manje osnovna upitna je već na samom početku, budući da se postavlja pitanje koji su to parametri koje jedno pravo čine značajnijim od drugih prava. Kada je reč o MOR-u, odnosno o fundamentalnim standardima te organizacije, teško je osporivo da je takva podela, nažalost, prevashodno proizvod podele prava na ona prava koja koštaju ili koja utiču na cenu rada i na konkurentnost na tržištu i na ona koja takvo obeležje ne poseduju. To je istovremeno i jedini zdravorazumski razlog što je pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, budući da je pravo na zdravlje na radu istovremeno integralni deo prava na život, sve doskoro bilo okarakterisano kao pravo radnika nižeg ranga od, primera radi, prava na kolektivno pregovaranje.

I baš u trenutku kada je MOR imala priliku da tu tezu obori kada je u junu 2022. godine priznala status osnovnog prava pravu na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, ona je opet uspela da je potvrdi limitiranjem dometa koje takav standard

tekstu: Rezolucija o inkluziji bezbedne i zdrave radne sredine u MOR-ov okvir fundamentalnih principa i prava na radu, st. 1–3.

²⁸ Prema dostupnim podacima, zaključno sa 1. januarom 2019. godine, broj takvih ratifikacija iznosio je 92% (1376 ratifikacija). International Labour Organization, Rules of the game: An introduction to the standards-related work of the International Labour Organization, International Labour Office, Geneva 2019, 18.

²⁹ Rezolucija o inkluziji bezbedne i zdrave radne sredine u MOR-ov okvir fundamentalnih principa i prava na radu, st. 5.

³⁰ D. LeClercq, „Occupational safety and health as a new fundamental labour right: Opportunities and challenges”, Korea Labor Institute, International Labor Brief 9/2022, <https://ssrn.com/abstract=4161060>, 20.11.2022.

³¹ Prema dostupnim podacima, zaključno sa 18. novembrom 2022. godine, više od 6,5 miliona ljudi preminulo je od posledica oboljevanja od te bolesti. WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard, <https://covid19.who.int/>, 20. novembar 2022.

kao, navodno fundamentalan, ima. Čini se da je time uvedena i nova svojevrsna hijerarhija osnovnih ili fundamentalnih prava koja radnicima treba garantovati, ali i da je podržano dalje nepoštovanje prava na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, pod plaštom političke i društvene odgovornosti MOR-a, odnosno država članica.

Da li će ipak taj novostečeni status osnovnog prava na radu zaista doneti i određena poboljšanja u oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu za radnike, pitanje je na koje samo vreme može dati odgovor.

Literatura

- Alston P., Heenan J., „Shrinking the international labour code: an unintended consequence of the ILO Declaration on fundamental principles and rights at work?“, *New York University Journal of International Law and Politics* 2–3/2004.
- DiMatteo L., Dosanjh K., Frantz P., Bowal P., Stoltenberg C., „The Doha declaration and beyond: giving a voice to non-trade concerns within the WTO trade regime“, *Vanderbilt Journal of Transitional Law* 1/2003.
- Ghai D., „Decent work: Concept and indicators“, *International Labour Review* 2/2003, 113–145.
- Governing Body, Issues relating to the inclusion of safe and healthy working conditions in the ILO’s framework of fundamental principles and rights at work, Geneva 2022.
- International Labour Organization, Inclusion of Safe and Healthy Working Conditions in the ILO’s Framework of Fundamental Principles and Rights at Work, Report VII, International Labour Office, Geneva 2022.
- International Labour Organization, Rules of the game: An introduction to the standards-related work of the International Labour Organization, International Labour Office, Geneva 2019.
- Jovanović P., „Aktuelni aspekti principa zaštite zaposlenih“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011.
- Kovačević Lj., *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013.
- LeClercq D., “Occupational safety and health as a new fundamental labour right: Opportunities and challenges”, Korea Labor Institute, *International Labor Brief* 9/2022, <https://ssrn.com/abstract=4161060>, 20. novembar 2022.
- Lubarda B., *Radno pravo-rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013.
- MacNaughton G., Frey D. F., “Decent, Work for All: A Holistic Human Rights Approach”, *American University International Law Review* 2/2011.
- Maupain F., „Revitalization non retreat: the real potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal protection of workers’ rights“, *The European Journal of International Law* 3/2005.
- Palomeque Lopez M. C., Alvarez de la Rosa M., *Derecho del trabajo*, Editorial centro de estudios Ramon Areces, Madrid 2001.

- Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018.
- Rombouts S. J., “The international diffusion of fundamental labour standards: contemporary content, scope, supervision and proliferation of core workers’ rights under public, private, binding, and voluntary regulatory regimes”, *Columbia Human Rights Law Review* 3/2019.
- Servais J. M., *International labour law*, Walters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2014.
- Tapiola K., „What happened to international labour standards and human rights at work?“, *International Labour Organization and global social governance* (eds. Tarja Halonen, Ulla Liukkonen), Springer, Cham 2021.
- Urdarević B., *Uticaj globalizacije na međunarodne radnopravne standarde*, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011.

Propisi i drugi akti

- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment no. 14: the right to the highest attainable standard of health (Art. 12), 11. avgust 2000.
- International Labour Organization, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its follow-up, adopted by the International Labour Conference at its Eighty-sixth Session, Geneva, 18. jun 1998.
- International Labour Conference – 110th Session, Resolution on the inclusion of a safe and healthy working environment in the ILO’s framework of fundamental principles and rights at work, 10. jun 2022.
- Opinion of Mr. Advocate General Léger delivered on 12 March 1996. *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Council of the European Union*, Case C-84/94.
- UN General Assembly, Constitution of the World Health Organization, 17. novembar 1947.
- UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, 15. maj 2013.
- UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10. decembar 1948, 217 A (III).

Internet izvori

- WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard, <https://covid19.who.int/>, 20. novembar 2022.
- 110th Session of the International Labour Conference, <https://www.ilo.org/ilc/ILC-Sessions/110/lang--en/index.htm>, 20. novembar 2022.

THE RIGHT TO SAFETY AND HEALTH AT WORK „AS” A FUNDAMENTAL STANDARD OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION

Summary

The division of workers' rights into fundamental and less fundamental is questionable from the very beginning, since the question arises as to what are the parameters that make one right more important than other rights. When it comes to the ILO, that is, the fundamental standards of this Organization, it is difficult to dispute that this kind of division is, unfortunately, primarily the product of the division of rights into those rights that cost, i.e., that affect the price of labor and the competitiveness in the market, and those who do not possess such a feature. This is therefore, at the same time, the only logical reason why the right to protection of health and safety at work, since the right to health at work is at the same time an integral part of the right to life, until recently was characterized as the workers' right of a lower rank than, for example, the right to collective bargaining.

And precisely at the moment when the ILO had the opportunity to refute this thesis, when it recognized the status of a fundamental right to the right to “a safe and healthy working environment” in June 2022., it again managed to confirm it by limiting the scope that such a standard (as supposedly fundamental) has. In this way, not only does it seem that a certain kind of hierarchy has been introduced within the framework of basic, i.e., fundamental rights, that should be guaranteed to workers, but it also seems that further disrespect of the right to protection of health and safety at work is actually supported, and all this under a cloak of political and social responsibility of the ILO, i.e., the member states.

Key words: right to life, right to safety and health at work, International Labour Organization, fundamental rights at work, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.

IZAZOVI DIGITALIZACIJE PROCESA RADA – UPOREDNA ISKUSTVA U UGROŽAVANJU I ZAŠTITI OSNOVNIH PRAVA RADNIKA**

Apstrakt

Razvoj savremenog radnog prava uslovljen je izmenama koje se nužno dešavaju u procesima rada. Nove tehnologije se uvode praktično konstantno, čineći određena prava (i obaveze) radnika aktuelnijim i nezaobilaznim – kao što je pravo na stručno usavršavanje i prilagođavanje novim tehnološkim rešenjima. Takav razvoj podrazumeva određene olakšice radnicima. Međutim, digitalizacija procesa rada donosi i izazove za očuvanje osnovnih prava po osnovu rada, koji se svode na korišćenje savremenih tehnologija za nametanje uslova rada koji su ispod međunarodno dostignutih standarda, a neretko i ispod nacionalnih minimalnih standarda postavljenih zakonom o radu.

Postoje dve vrste tih izazova. Jedna se odnosi na radnike koji obavljaju poslove u klasičnim zanimanjima, koji su pod uticajem digitalizacije procesa rada pre svega zbog ustanovljenih novih pravila prilikom ostvarivanja određenih prava koja im pripadaju, odnosno zbog modifikacija izvršenja pojedinačnih zadataka u radnom procesu. Druga vrsta radnika su takozvani digitalni radnici, koji potpuno zavise od informaciono-komunikacionih tehnologija prilikom obavljanja rada. Klasičan primer tih radnika su takozvani platformski radnici.

U radu se istražuju obe kategorije radnika, uz praćenje nekih osnovnih trendova u uporednim zakonodavstvima i sudskoj praksi, i relevantni stavovi autora koji se bave pitanjima digitalizacije rada. Obradeno je nekoliko evropskih zemalja, dok je Srbija pomenuta pre svega u kontekstu upoređivanja stanja zanodavstva i percepcije postojanja kršenja prava radnika.

Ključne reči: digitalizacija rada, radni algoritmi, radni odnos, međunarodni standardi dostojanstvenog rada, platformski rad.

1. Uvodna razmatranja

Tehnološki pomoci koji su karakteristični za kompjuterizaciju i robotizaciju procesa rada proizveli su značajne novine u procesu rada. S jedne strane, to

* Naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu, m.reljanovic@iup.rs, ORCID 0000-0001-6379-7545

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

podrazumeva stvaranje i razvoj „globalnog tržišta rada”, u kojem fizička razdvojenost poslodavca od radnika više nije relevantna, baš kao ni razlike u pravnim sistemima u kojima funkcionišu dve strane.¹ Nove tehnologije se uvode praktično konstantno, čineći raspravu o određenim pravima (i obavezama) radnika, kao što je pravo na stručno usavršavanje i prilagođavanje novim tehnološkim rešenjima, aktuelnom i nezaobilaznom. To se ne odnosi samo na proizvodne delatnosti već, naprotiv, prožima celu privredu i redefiniše odnos prema radnicima. Takav razvoj podrazumeva određene olakšice u procesu rada – radnici su mnogo produktivniji sa manjim brojem radnih časova, poslovi koje obavljaju su fizički i intelektualno manje zahtevni i zamorni, a bezbednost na radu se uvećava. Digitalizacija procesa rada donosi, međutim, i izazove u očuvanju osnovnih prava po osnovu rada. Ovde se ne misli samo na sveprisutan strah zamene radnika mašinama (robotizacija rada) već pre svega na proces koji su pojedini autori nazvali „hakovanjem radnog prava”², koji se svodi na korišćenje savremenih tehnologija za nametanje uslova rada koji su ispod međunarodno dostignutih standarda, a neretko i ispod nacionalnih minimalnih standarda postavljenih zakonom o radu. U tom smislu nove tehnologije ne uzrokuju same po sebi takve negativne pomake – one su samo (zlo)upotrebljene i dobrodošle nesavesnim poslodavcima u talasu urušavanja prava radnika koji je započeo još osamdesetih godina XX veka.

Postoje dve vrste tih izazova.

Prva se odnosi na radnike koji obavljaju poslove u klasičnim zanimanjima, koji su pod uticajem digitalizacije procesa rada pre svega zbog ustanovljenih novih pravila prilikom ostvarivanja određenih prava koja im pripadaju, odnosno zbog modifikacija izvršenja pojedinačnih zadataka u radnom procesu. Dostupnost većeg broja novih tehnologija, odnosno njihovo pojeftinjenje usled masovne proizvodnje, učinilo je da se one mogu smatrati prihvatljivim troškovima za poslodavca radi praćenja radnika, bez mnogo obzira na njegova prava na privatnost i praktično brišući do tada jasno postavljenu granicu između privatnog i poslovnog života, odnosno privatne i poslovne komunikacije. Moguća su, međutim, i ugrožavanja i kršenja njihovih prava i putem algoritama koji automatski obračunavaju radnu normu, raspored radnog vremena, zaradu i uvećanu zaradu.

Druga vrsta izazova se odnosi na takozvane *digitalne radnike*, koji potpuno zavise od informaciono-komunikacionih tehnologija prilikom obavljanja rada. Klasičan primer tih radnika su *platformski radnici*, koji predstavljaju podvrstu digitalnih radnika i koji koriste komunikaciju poslodavaca kako bi se povezali sa klijentima za koje treba da završe određene poslove, odnosno da izvrše određene

¹ U. Becker, „New Forms of social security? A comment on needs and options for reform in a national and supranational perspective”, *Labour Law and social protection in a globalized world: changing realities in selected areas of law and policy* (ur. F. Hendrichx, J. Pichrt, K. Koldinka), Alphen aan den Rijn 2018. Citirano prema: Olga Chesalina, „Social security of platform workers – transnational perspective”, rad sa konferencije *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges* (online), Lisabon 2–4. septembar 2020, 9.

² C. S. Alexander, E. Tippett, *The hacking of employment law*, Legal Studies Research Paper No. 2018-09, Georgia State University College of Law.

usluge. Digitalni radnici su specifični ne toliko po zanimanjima koja obavljaju – na primer, moguće je zamisliti taksi usluge ili kurirsku službu koji funkcionišu mnogo pre uvođenja informaciono-komunikacionih tehnologija (u daljem tekstu: IKT) u proces rada – već zbog toga što te tehnologije čine osnovu njihovog rada, dakle pojavljuju se ne samo kao način unapređenja procesa rada već kao osnovno sredstvo za rad bez kojeg proces rada ne bi ni bio moguć.

U radu se istražuju obe kategorije radnika, uz praćenje nekih osnovnih trendova u uporednim zakonodavstvima i sudskoj praksi, i relevantni stavovi autora koji se bave pitanjima digitalizacije rada. Obrađeno je nekoliko evropskih zemalja (Italija, Belgija, Španija) u kojima postoje aktuelne nedoumice u zakonskom uređenju novina u procesu rada, dok je Srbija pre svega pomenuta u kontekstu upoređivanja stanja zakonodavstva i percepcije postojanja kršenja prava radnika. Osnovni akcenat je ipak stavljen na digitalne radnike, budući da su oni u specifičnom položaju koji se može okarakterisati kao podnormiran u određenim državama, dok se u nekim namerno vrši raskid između klasičnih pravila radnog prava i njihovog radnopravnog položaja, sa ciljem otežanja vršenja većine prava po osnovu rada, odnosno u krajnjem cilju pojeftinjenja njihovog rada i lakše radne eksploatacije.

U radu su primenjeni uporednopravni i normativni metod i analiza sudske prakse. Osnovna hipoteza koja se postavlja oličena je u dilemi da li se zbog digitalizacije rada nužno mora redefinisati sadržina radnog odnosa i da li se radno pravo mora prilagoditi faktičkoj situaciji koju diktira razvoj tehnologija koje se upotrebljavaju u procesu rada. Da bi se dao objektivian i sveobuhvatan odgovor na to pitanje, posmatraju se države u kojima je najnovija sudska praksa ostavila značajan trag na (ne)primenu klasičnih instituta radnog prava, a u nekima od njih (Španija, Italija) dovela i do izmena u zakonodavnom okviru regulisanja pojedinih vrsta digitalnih radnika (pre svega platformskih radnika). Evropski okvir delovanja digitalnih radnika, oličen pre svega u relativno novoj Direktivi o transparentnim i predvidljivim uslovima rada³ neće biti posebno obrađen, jer je već bio tema prethodnih povezanih istraživanja.⁴ Ipak, nadnacionalna rešenja Evropske unije i međunarodni standardi postavljeni od Međunarodne organizacije rada u svakom trenutku se tretiraju kao relevantni i uzeti su u obzir u kritičkom osvrtu na normativni i faktički položaj digitalnih radnika.

2. Osnovni problemi u primeni IKT u procesu rada

Postoje različiti aspekti procesa rada u kojima se primena IKT pokazuje kao kontroverzna i potencijalno nezakonita. Većina faktora koji na to utiču odnosi se na kršenje prava na privatnost radnika, koje postoji i na radnom mestu, odnosno

³ Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union, *OJ L* 186, 11. jul 2019, 105–121.

⁴ Vid. Mario Reljanović, Jovana Misailović, „Radnopravni položaj digitalnih radnika – iskustva evropskih zemalja”, *Strani pravni život* 3/2021, 407–432.

tokom procesa rada bez obzira na to gde se on obavlja. Neki drugi aspekti, međutim, ukazuju na kršenje osnovnih prava na radu i u vezi sa radom, kao što je pravo na ograničeno radno vreme. Iako regulisanje digitalnog rada, odnosno specifičnog položaja digitalnih radnika, nije uobičajeno u evropskim nacionalnim sistemima radnog prava⁵, u pojedinim državama postoje norme koje su usmerene ka tim problemima, dok su se u drugim državama razvili jasni mehanizmi shodne primene opštih pravila na nove situacije, sve sa ciljem zaštite radnika od ugrožavanja bilo kojeg prava koje prema zakonu inače može da ostvari – iz oblasti rada, ali i šire.

Kada je reč o poštovanju radnog vremena i evidenciji o radnom vremenu, evropski standardi zaštita podataka o ličnosti i zaštite privatnosti dovoljno su razrađeni i striktni da se mogu izbeći situacije prekomernog nadzora nad procesom rada – naročito u uslovima rada od kuće. Najzastupljenije je rešenje da je radnik sam dužan da vodi evidenciju o radnim satima, a da se od poslodavca očekuje da za tako nešto stvori preduslove i uputi radnika u njegove obaveze tim povodom. Međutim, samo devet država Evropske unije propisalo je specifične odredbe o evidenciji radnih sati digitalnih radnika (Austrija, Bugarska, Hrvatska, Danska, Litvanija, Malta, Rumunija, Slovenija i Španija), dok se u Danskoj to pitanje reguliše međusektorskim kolektivnim ugovorom.⁶ U drugim državama ne postoje specifična pravila, iako je sasvim jasno da digitalni radnici neće moći uvek da se uklope u režim evidencije radnog vremena koji poslodavac uredi za radnike koji rade na svojim radnim mestima u prostorijama poslodavca. Ni u državama koje su prepoznale potrebu za uvođenjem posebnih pravila nisu sva rešenja jednoobrazna ni zadovoljavajuća. Tako se, na primer, u Španiji poslodavcu ostavlja mogućnost da uredi način kontrolisanja radnog vremena digitalnog radnika, što u praksi može dovesti do prekomernog nadzora i kršenja prava na privatnost.⁷

Fleksibilnost radnog vremena u pojedinim režimima rada digitalnih radnika neće se uvek pokazati kao prednost. Naprotiv, mnoge studije pokazuju da digitalni radnici, naročito oni koji rade van prostorija poslodavca (od kuće ili na daljinu), imaju duže radno vreme nego njihove kolege koje radno vreme provode kod poslodavca. To je, na primer, slučaj sa digitalnim radnicima u Belgiji, koji imaju prosečno radno vreme duže za dva radna časa, i u Španiji, gde značajno veći procenat digitalnih radnika radi prekovremeno (24% onih koji rade od kuće i 33% onih koji rade na daljinu), u poređenju sa ostalim radnicima (19% na nacionalnom nivou). Istovremeno, čak 60% digitalnih radnika samostalno preraspodeljuje svoj rad i van radnog vremena (u vreme određeno za odmor) da bi ispunilo zadatak radnu normu.⁸ Taj problem se naziva „paradoks autonomije” (eng.

⁵ M. L. Parra, A. Camargo, „Teleworking and Labor Conditions – Conclusions”, *IUS Labor* 2/2017, 4. U Srbiji je radu van prostorija poslodavca posvećen samo jedan član Zakona o radu, što nije dovoljno da se regulišu sva potencijalna pitanja i uredi u celini režim rada od kuće i rada na daljinu.

⁶ O. V. Llave, T. Weber, *Regulations to address work-life balance in digital flexible working arrangements*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Eurofound, Luxembourg 2020, 29.

⁷ *Ibid.*

⁸ L. Gschwind, O. Vargas, „Telework and its effects in Europe”, *Telework in the 21st Century* (ed. J. C. Messenger), 2019, 48 i 53 (36–75).

autonomy paradox)⁹ i posledica je većeg stepena autonomije u radu zbog koje većina digitalnih radnika preferira taj model rada, ali on u određenim slučajevima može dovesti do preteranog radnog angažovanja i poremećaja ne samo u trajanju radnog vremena već i u balansu između privatnih i poslovnih obaveza. Paradoks autonomije se ne javlja samo zbog toga što radnik loše organizuje radno vreme već je, naprotiv, podjednako učestao kao posledica pogrešnog utvrđivanja radne norme digitalnog radnika, odnosno previsoko postavljenih standarda efikasnosti rada (jer je radnik koji radi od kuće „uvek dostupan” i – u percepciji poslodavca – njegova volja da radi ne zavisi od zvaničnog radnog vremena poslodavca). S druge strane, pojedini autori ukazuju na drugu vrstu dileme koja se potencijalno može postaviti pred radnika koji radi od kuće – da bira između striktnog radnog vremena u kojem je poslodavac (previše) angažovan u posmatranju njegove privatnosti ili da izabere fleksibilno radno vreme koje će podrazumevati stalnu dostupnost i nemogućnost usklađivanja porodičnih i profesionalnih dužnosti.¹⁰ I pored očiglednih izazova, retko koje zakonodavstvo prepoznaje potrebu da posebno uredi radno vreme digitalnih radnika. Italijansko zakonodavstvo, na primer, izričito isključuje mogućnost rada klasičnih digitalnih radnika nedeljom i noću i prekovremeni rad.¹¹ Međutim, sve veći broj zemalja usvaja u svoja nacionalna radna zakonodavstva takozvano „pravo na isključenje” (eng. *right to be disconnected*), odnosno pravo da radnik ne odgovara na mejlove, poruke i druga sredstva komunikacije koje poslodavac upućuje van propisanog radnog vremena. To mlado pravo, može se reći i najmlađe pravo po osnovu rada, pojavilo se u Francuskoj 2016. godine.¹² U međuvremenu je prihvaćeno i u drugim državama Evrope¹³, pre svega kao odgovor na nešto što pojedini autori slikovito nazivaju „provalom (poslodavca) u dom (radnika)” (eng. *home invasion*)¹⁴, to jest zloupotrebom digitalnih sredstava

⁹ M. S. Lodovici *et al.*, *The impact of teleworking and digital work on workers and society*, European Parliament, Luksemburg 2021, 39; O. V. Llave, I. Mandl, T. Weber, M. Wilkens, *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Eurofound, Luxembourg 2020, 25.

¹⁰ M. Volonciu, M. Tichindelean, „Aspects regarding the role of digital work in reconciling professional life with private life”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 5–6.

¹¹ Para, Camargo, 7.

¹² Član L2242-8 Zakonika o radu Francuske izmenjen Zakonom br. 2016-1088 od 8. avgusta 2016, član 55 (V).

¹³ U Španiji to pravo postoji nakon zakonskih izmena iz decembra 2018. godine, ali se ostvaruje kolektivnim pregovaranjem (s tim što poslodavac mora uvažiti inicijativu radnika da se to pitanje reguliše i doneti unutrašnje akte kojima ga uređuje ako izostane njegovo uređenje kolektivnim ugovorom), dok je u Belgiji iste godine uvedena identična mogućnost (ne i pravo) njegovog aktiviranja u sektorskim i pojedinačnim kolektivnim ugovorima. U Belgiji i Francuskoj poslodavci dakle moraju pregovarati o tom pitanju ali, ukoliko se sporazum ne postigne, nemaju zakonsku obavezu (za razliku od situacije u Španiji) da pitanje prava na isključenje regulišu jednostranim aktom. U Italiji to pravo postoji samo posredno i samo u odnosu na takozvane „pametne radnike” (eng. *smart workers*) koji se nalaze u fleksibilnom obliku radnog angažovanja. Takođe, ne postoji obaveza kolektivnog pregovaranja kako bi se pravo na isključenje regulisalo kolektivnim ugovorom. Izvori: O. V. Llave, T. Weber, 17; O. V. Llave, T. Weber, M. Avogaro, *Right to disconnect in the 27 EU Member States*, Eurofound 2020, 41–44. Kritiku belgijskog rešenja videti u: F. Kefer, „The right to disconnect: a response to one of the challenges raised by the digital transition? European and Belgian perspectives”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*.

¹⁴ F. Kefer, 1.

komunikacije od poslodavca koji podrazumeva da su radnici dostupni i u vreme za njihov odmor i obavljanje porodičnih dužnosti.

Sa radom van prostorija poslodavca neraskidivo je povezano i ovlašćenje poslodavca da prati proces rada na daljinu. To pitanje je sve aktuelnije u Evropskoj uniji, naročito nakon što je pandemija kovida 19 dovela do masovnog prelaska na rad od kuće širom sveta, pa i u evropskim državama. Utisak je da, dok se ne bude usvojila direktiva koja bi se eksplicitno bavila pravom na privatnost radnika, države uglavnom neće imati posebna pravila kojima bi se detaljnije razradilo ovlašćenje poslodavca da prati proces rada digitalnih radnika. Ono svakako postoji, i to je nesumnjivo, ali se većina nacionalnih zakonodavstava ograničava da mu suprotstavi samo klasična prava koja pripadaju svakome: pravo na privatnost i pravo na zaštitu podataka o ličnosti, na dajući (potreban) kontekst očuvanja i ostvarivanja tih prava u procesu rada, odnosno na radnom mestu. I dok je praksa do sada dala najveći broj rešenja za rad na radnom mestu u prostorijama poslodavaca, rad van prostorija poslodavaca – a naročito rad kod kuće – ostao je nedovoljno istražena i podnormirana teritorija. Opšta pravila se naravno uvek mogu tumačiti tako da se njihov domet pretpostavi i u ovim okolnostima. Na primer, italijanski Zakon o radu sadrži izričitu odredbu da poslodavac može nadzirati radnika audio-vizuelnim sredstvima samo kada to nameće proces rada, radi zaštite radnika i radi zaštite imovine poslodavca.¹⁵ Budući da drugi i treći razlog očigledno neće biti relevantni za rad od kuće, osim u nekim izuzetnim okolnostima, čini se da je ta norma upotrebljiva. Ali ako se razmatraju nepreciznost i mogućnost izuzetno ekstenzivnog tumačenja prvog razloga, neminovno se zaključuje da će svaki poslodavac – ukoliko želi da zloupotrebi svoj položaj – naći neki formalan razlog kojim će opravdati prekomeran nadzor nad radnikom. Iako su, dakle, principi očuvanja prava na privatnost radnika i zaštite njegovih podataka isti kao i u klasičnom procesu rada, detalji uređenja njihove zaštite moraju biti drugačije postavljeni, a najčešće to nije slučaj. Kao i uvek u takvim situacijama, poslodavci imaju faktičku prednost tako da su se za kratko vreme razvili mnogi modaliteti praćenja radnika na daljinu, od kojih bi neki verovatno teško prošli testove usaglašenosti sa očuvanjem prava na privatnost radnika. Zbog toga ne čudi zaključak da sve sofisticiraniji uređaji za praćenje i monitoring radnika imaju sve više uticaja na ograničavanje i kršenje njihovog prava na privatnost, ali i prava na jednak tretman. Ovo potonje proističe iz činjenice da je ta vrsta radnika izložena značajno većem stepenu nadzora od kolega koji se nalaze u prostorijama poslodavca, takvom koji po pravilu daleko prevazilazi realne potrebe nadzora. Na taj način se po pravilu sakupljaju i podaci koji nisu direktno relevantni za stručnost i kvalitet obavljanja posla, koji mogu biti zloupotrebljeni u daljem postupanju poslodavaca.¹⁶

¹⁵ Zakon o radu Italije, čl. 4. To rešenje je inače kasnije dopunjeno i izmenjeno, tako da odgovara savremenim standardima. Citirano prema: S. Dona, „The employer power of control on digital labour platforms and Privacy rules”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 3.

¹⁶ M. S. Lodovici *et al.*, 56–57.

Nezakonita praksa poslodavaca u Srbiji do sada je dovela do objavljivanja brojnih stavova i mišljenja poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti.¹⁷ Faktičko stanje u primeni opštih pravila na režim rada od kuće ukazuje na to da su i sami poslodavci u nedoumici gde se nalaze granice njihovih ovlašćenja u nadzoru radnika koji rade od kuće i da se primenjuje čitava paleta različitih mehanizama, od kojih su neki sasvim prihvatljivi (na primer, dnevni i nedeljni izveštaji zaposlenih), dok su neki apsolutno neprihvatljivi (na primer, video-nadzor koji je primenjen u čak 11% slučajeva prema svedočenjima samih poslodavaca).¹⁸

3. Mehaničko upravljanje procesom rada – radni algoritmi

Uvođenje oblika takozvane veštačke inteligencije u proces rada smatrano je, ne tako davno, budućnošću rada. Potpuna automatizacija procesa donošenja određenih odluka o organizaciji rada i realizaciji pojedinih aspekata radnog procesa poverena je računarima koji upotrebljavaju određene algoritme. „Algoritam je... uputstvo kako rešiti neki zadatak ili problem. ...Algoritam u stvari sadrži niz instrukcija koje računar određenim redosledom treba da izvrši. ...Algoritamski sistem donošenja odluka može se definisati kao računarski proces, uključujući onaj koji je izveden iz mašinskog učenja, statistike ili druge obrade podataka ili druge tehnike veštačke inteligencije, koji sam donosi odluke ili podržava ljudsko donošenje odluka. ...Algoritamska odluka je rezultat, nalaz ili ishod te procedure.”¹⁹

Proces odluka u kojem se potpuno eliminiše ljudski faktor odlučivanja (ako zanemarimo činjenicu da je čovek napisao algoritam koji mašina primenjuje) može da utiče na povećanje efikasnosti rada i kvalitetnije upravljanje procesom rada. Međutim, upravo iz tog razloga – ljudska komponenta je uklonjena iz procedure donošenja odluke – algoritamsko upravljanje procesom rada naišlo je na opravdane kritike i na rezultate odlučivanja koji su ponekad potpuno suprotni pravima koje radnici ostvaruju na radu i povodom rada.²⁰ S jedne strane, mašina koja odlučuje „ne vidi” one faktore za koje nije programirana da vidi, odnosno kalkuliše prilikom donošenja odluke. Kako navodi Lidia Gil Otero, algoritam je programiran na optimalne parametre procesa rada i svako ko ih ne ispunjava pokazaće se kao nedovoljno sposoban kada odlučuje mašina.²¹

¹⁷ Vid. N. Ružić, Zaštita podataka o ličnosti u oblasti radnih odnosa Stavovi i mišljenja Poverenika, publikacija broj 3 Zaštita podataka o ličnosti u oblasti radnih odnosa, Beograd 2018; M. Reljanović, „Zaštita podataka o ličnosti u radnom odnosu”, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. D. Prlja, S. Andonović), Beograd 2020, 61–92.

¹⁸ Istovremeno, 18% poslodavaca je imalo nedoumice oko toga da li mere koje su primenili podrazumevaju kršenje prava na privatnost zaposlenih. Izvor: B. Anđelković, T. Jakobi, *Svevideće oko – kako je rad na daljinu tokom kovida-19 otvorio vrata za sveprisutnost poslodavaca u životu radnika*, Beograd 2022, 18 i 25.

¹⁹ D. Prlja, G. Gasmı, V. Korać, *Ljudska prava i veštačka inteligencija*, Beograd 2022, 84.

²⁰ S. O'Connor, When your boss is an algorithm, *Financial Times*, 8. septembar 2016, <https://www.ft.com/content/88fd58e-754f-11e6-b60a-de4532d5ea35>, 14. avgust 2022.

²¹ L. Gil Otero, „The interpretation of the Spanish concept of working under the direction and in the employ of another: new perspectives for digital platforms?”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 10.

Takva optimizacija rada u prvi plan stavlja ekonomske parametre, a ne poštovanje prava radnika.²² Na primer, dostavljanje hrane se svodi samo na to da se zadatak izvrši u što kraćem roku korišćenjem dostupnih dostavljača – zakonsko pravo dostavljača na pauzu u toku dnevnog rada nije element koji bi za algoritam bio relevantan prilikom odlučivanja i njegovo odbijanje da preuzme porudžbinu jer želi da iskoristi svoje pravo bio bi zabeležen kao negativna ocena koja bi dalje uticala na njegovo plaćanje, buduće radne zadatke, pa čak i radnopravni status. Takođe, životne okolnosti koje se dešavaju u procesu rada uvek su inventivnije od programa kojim je uređeno odlučivanje, pa će se tako pojaviti objektivne teškoće na koje radnik ne može da utiče, a koje će učiniti njegov proces rada (koji diktira mašina putem algoritma) nemogućim ili makar veoma teškim.²³ Osim toga, algoritam prema kojem mašina funkcioniše podacima hrani čovek. Ako tako tvorca algoritma želi, mašina će diskriminisati ljude pri zapošljavanju ili na radu – i takvih primera ima sve više.²⁴ S druge strane, tempo rada koji algoritam nameće može biti nehuman i protivan merama bezbednosti na radu. Robotizacija, o kojoj se dosta govori poslednjih decenija kao o procesu koji može da ugrozi radna mesta miliona radnika, neće naći svoje mesto u mnogim delatnostima sve dok je rad ljudskih bića jeftiniji. Otuda se robotizacija u smislu uvođenja mašina koje obavljaju u potpunosti proces rada u repetitivnim proizvodnim procesima zamjenjuje „robotizovanim radnicima”, koji poput robota – ali jeftinije – mehanički obavljaju proces rada do krajnjih granica iscrpljenosti (navodi se primer kompanije *Amazon*). Problem sa takvim pristupom jeste naravno činjenica da se na ovaj način krše njihova prava na radu a uslovi rada čine izuzetno otežanim, čak i nemogućim.²⁵

Svi ti problemi su doveli do kritike takve vrste (zlo)upotrebe algoritama u procesu rada. Međutim, dosta dugo se čekalo do prve sudske odluke kojom je

²² A. Gines i Fabrellas, „Algorithms as subordination – the role of technology in classifying workers in the platform economy”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 2.

²³ Banalan primer koji često navode dostavljači hrane je da algoritam koji određuje koliko im je vremena potrebno da dođu do korisnika i isporuče obrok ne uzima u obzir doba dana, odnosno intenzitet saobraćaja, kao ni vremenske prilike, radove na putu, već isključivo prevozno sredstvo koje koriste i dužinu najkraće rute do cilja. Dostavljači u „očima mašine” koja im na takav način uređuje proces rada dobijaju negativne ocene zbog zakašnjenja iako ciljno vreme koje je inicijalno postavljeno nijednog trenutka nije bilo realno ni ostvarivo. Slični primeri se vezuju za kompaniju *Amazon* i za brzinu obrade paketa, gde algoritam ne samo da nije uračunao mikropauze u radu, već ni bilo koji pokret radnika koji nije u funkciji sprovođenja radnog zadatka – prema tome, radnik koji zastane da obriše traku kojom prolaze paketi već je u zaostatku od nekoliko desetina sekundi koje ne može da nadoknadi u daljem procesu rada jer algoritam ne predviđa da neki od paketa može, na primer, da propusti tečnost i zaprlja radnu sredinu (videti među mnogobrojnim istraživanjima o eksploataciji radnika u *Amazonu*, na primer: ‘I’m not a robot’: Amazon workers condemn unsafe, grueling conditions at warehouse, <https://www.theguardian.com/technology/2020/feb/05/amazon-workers-protest-unsafe-grueling-conditions-warehouse>, 14. avgust 2022; I Worked at an Amazon Fulfillment Center; They Treat Workers Like Robots, <https://time.com/5629233/amazon-warehouse-employee-treatment-robots/>, 14. avgust 2022).

²⁴ J. Dastin, Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>, 14. avgust 2022.

²⁵ L. Nurski, Algorithmic management is the past, not the future of work, <https://www.bruegel.org/blog-post/algorithmic-management-past-not-future-work>, 14. avgust 2022.

potvrđeno da poslodavci uvođenjem algoritama ne mogu da zaobiđu primenu nekih osnovnih pravila radnog prava. Ta presuda doneta je u Španiji, a njen značaj je ograničen ali je dovoljno važan da ukaže na pravac kojim će države (ako ne zakonodavstvom, a onda bar sudskom zaštitom) štiti radnike u budućnosti.²⁶

Presuda Vrhovnog suda Španije 805/2020 doneta je 25. septembra 2020. godine.²⁷ Vrhovni sud je u poslednjoj instanci presudio u radnom sporu koji je protiv platforme za dostavljanje hrane i robe *Glovo* pokrenuo njen bivši radnik. Prevashodni značaj odluke suda leži u činjenici da je radnicima prvi put priznato pravo na algoritamsku transparentnost.²⁸ Prema Zakonu o radu Španije, radnici imaju pravo na informisanje (član 64) koje se do tada nije protezalo na obavezu poslodavca da uputi radnike (predstavnike radnika) u programske i matematičke formule na osnovu kojih algoritam funkcioniše i donosi odluke o raspodeli poslova, uslovima rada, nagrađivanju ili sankcionisanju radnika i slično. Tom presudom je otvoren put ka izmeni zakona, tako da će digitalne platforme sindikatima morati da stave na raspolaganje algoritam ili bilo koju drugu vrstu veštačke inteligencije koja može da utiče na takve uslove, odnosno koja je usmerena na kreiranje uslova pod kojima radnici ostvaruju svoje dužnosti i prava po osnovu rada – uključujući pristup pojedinaca tim podacima, održavanje zaposlenja i novo zapošljavanje, profilisanje radnika. Iako je presuda obuhvatila jedan manji deo radnika na platformama, veoma brzo su pripremljene i usvojene zakonodavne izmene koje će omogućiti značajno širi obuhvat zaštite.²⁹ To praktično znači da se neće moći donositi odluke koje su diskriminatorne ili zasnovane na uslovima koji su nametnuti radnicima a koji su protivni njihovom radnopravnom položaju. Presudom su obuhvaćeni kako zapošljavanje i otpuštanje tako i sve faze ostvarivanja prava, ali i dužnosti (načine na koji algoritam dodeljuje neki posao i uslove

²⁶ Ta situacija će se možda drastično promeniti u korist platformskih radnika u Evropskoj uniji, ako se ostvare predviđanja da bi krajem 2022. ili početkom 2023. godine mogla biti doneta direktiva kojom bi se uređivao rad putem platformi (inicijalni tekst direktive predstavljen je u decembru 2021. godine), a kojom bi moglo ne samo trajno da se reši pitanje radnopravnog statusa tih radnika, već i da se uvedu značajna ograničenja upotrebe algoritama u platformskom radu. L. Bertuzzi, Leading MEP pushes for tight employment protection in platform workers directive, <https://www.euractiv.com/section/digital/news/leading-mep-pushes-for-tight-employment-protection-in-platform-workers-directive/>, 14. avgust 2022.

²⁷ Tekst presude dostupan je na <https://www.asnala.com/media/docs/corona/470-sentencia-repartidor-Glovo.pdf>, 14. avgust 2022.

²⁸ To je ujedno i prva presuda u Španiji kojom je nedvosmisleno utvrđeno da kuriri koji rade putem platformi imaju status zaposlenih, a ne samozaposlenih lica. O tom aspektu presude biće više reči u narednom delu analize.

²⁹ A. Aranguiz, Spain's platform workers win algorithm transparency, <https://socialeurope.eu/spains-platform-workers-win-algorithm-transparency>, 14. avgust 2022. Izmene su usvojene u vidu kraljevske uredbe u maju 2022. godine, nakon što su socijalni partneri završili konsultacije u martu iste godine (G. R. Pérez, Spain approves landmark law recognizing food-delivery riders as employees, https://english.elpais.com/economy_and_business/2021-05-12/spain-approves-landmark-law-recognizing-food-delivery-riders-as-employees.html?fbclid=IwAR0r42f37LcN5vjRy_88Av2B9ny6cAbZ-_27Ws3p5b_e_EG-JgtbPpOvokw, 14. avgust 2022), dok je nakon toga zaključen i prvi kolektivni ugovor za delatnost platformskih radnika (L. Rodríguez, First collective agreement for platform workers in Spain, <https://socialeurope.eu/first-agreement-for-platform-workers-in-spain/>, 14. avgust 2022). Sa pravom se, međutim, ukazuje na to da i dalje postoje mogućnosti da kompanije koje posluju putem platformi zaobiđu te odredbe, na primer angažovanjem radnika posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje.

pod kojima on mora biti obavljen). Pristup radnika podacima na osnovu kojih je mašina odlučila, kao i sindikata koji imaju veće mogućnosti detaljnog analiziranja usaglašenosti algoritama sa propisima, podrazumeva da će svaka od tih odluka biti podložna preispitivanju – ako sam poslodavac ne želi da je preispita, to će učiniti sud u radnom sporu. Ukoliko je softver zaista načinjen tako da krši neko pravo radnika, neće postojati dilema da li je poslodavac odgovoran za takvo nezakonito postupanje.

Trebalo bi napomenuti i da protivljenje platformskih kompanija u Španiji, koje su imale negativan stav o takvom razvoju događaja, nije utemeljeno na validnim pravnim argumentima. Iako predstavnici tih kompanija naglašavaju da je njihov softver poslovna tajna čije će im otkrivanje stvoriti štetu u odnosu na konkurenciju³⁰, tako nešto ne može biti tačno jer je jedan od osnovnih uslova da bi neka informacija mogla biti poslovna tajna taj da se njenim prikrivanjem zapravo ne prikriva kršenje nekog propisa. Takođe, deo algoritama koji te kompanije koriste na osnovu kojeg se realizuje pravo po osnovu rada ne može biti tajna za one radnike na koje se odnosi, kao ni za sindikate. U najboljem slučaju, ako bi te kompanije dokazale svoje ekonomske interese i originalnost rešenja koje primenjuju (što je izuzetno teško zamisliti jer su rešenja uglavnom identična godinama unazad) radnici i sindikati bi i dalje imali pristup tim podacima, ali bi – u slučaju da zaključe da je sve u skladu sa propisima o ostvarivanju prava na radu i po osnovu rada – morali da se obavežu na čuvanje poslovne tajne. Tako nešto nije strano praksi država Evropske unije i kompatibilno je sa već postojećim uređenjem poslovne tajne.³¹

Jedno od osnovnih prava koje bi se novom direktivom o platformskim radnicima Evropske unije moglo uvesti u pravne sisteme država članica već krajem 2022. ili početkom 2023. godine³² jeste (prošireno) pravo na informisanje. Može se reći da je ono u velikoj meri inspirisano upravo analiziranim presudom, budući da omogućava radnicima (direktiva će se odnositi i na zaposlene i na samozaposlene platformske radnike) da se detaljno upoznaju sa načinom na koji algoritmi funkcionišu. To će im značajno olakšati da uoče da li se i gde se krše njihova osnovna prava, odnosno da li je način funkcionisanja algoritama usklađen sa pravima koja im prema propisima pripadaju. Takođe, još jedno važno pravo koje će imati jeste obavezno uvođenje „ljudskog faktora odlučivanja“, odnosno mogućnost da zatraže da odluku koju je automatizovano donela mašina primenom algoritma bez ljudskog učešća preispita poslodavac na nivou *obrazložene odluke koju donosi ljudsko biće*.³³

³⁰ G. R. Pérez.

³¹ Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, *OJ L* 157/1 od 15. juna 2016.

³² U pitanju je pretpostavljeno vreme usvajanja direktive, dok će države imati određeni period (uobičajeno dve do tri godine) da je transponuju u svoja nacionalna zakonodavstva. Kao potencijalni krajnji rok za primenu nove direktive, ukoliko bude usvojena u tempu koji planiran, predviđa se 2025. godina.

³³ Commission proposals to improve the working conditions of people working through digital labour platforms, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605, 14. avgust 2022.

S druge strane, u Srbiji praktično ne postoji interesovanje za algoritme i predvidljivost uslova rada. Sudska praksa se tim pitanjem nije do sada bavila, a mnoge kompanije koje se koriste digitalnim platformama za rad uopšte nisu prepoznate u zvaničnim politikama kao neko ko krši prava radnika.³⁴ Tako za sada ne postoje ni politička volja ni odgovarajuća inicijativa da se to pitanje razmotri na nivou normiranja dobre prakse Vrhovnog suda Španije, odnosno predstojećih rešenja na nivou Evropske unije.³⁵

4. Radni odnos i digitalni radnici – aktuelna sudska praksa

Sudske odluke protiv kompanija koje (zlo)upotrebljavaju platformske radnike više nisu novina u većem broju država-članica Evropske unije. Kao što je Evropski sud pravde ustanovio u svojim odlukama u prethodnih 15 godina³⁶, da bi se utvrdilo da li postoji radni odnos, osnovni fokus je na kvalitetu relacija koje su uspostavljene između poslodavca i radnika. Ukoliko one pretpostavljaju odnos subordinacije i druge elemente karakteristične za radni odnos, nije značajan ugovor koji je formalno zaključen između strana već se utvrđuje da li postoji radni odnos sa svim posledicama koje takvo utvrđenje sobom nosi (kao što je obaveza poslodavca da omogući niz prava radniku, ali i da naknadi štetu koju je izazvao pokušajem da prikrije postojanje radnog odnosa zaključenjem nekog drugog pravnog posla). Evropski sud pravde je u tom smislu samo nadgradio svoje ranije odluke, od kojih neke potiču još iz osamdesetih godina prošlog veka. U tom smislu je praksa tog suda značajan putokaz za nacionalne sudove – povratak osnovama, odnosno klasičnim elementima radnog odnosa, u odnosu na koje se podvode nove okolnosti rada kao što je digitalni rad.

Na tim premisama se uglavnom zasnivaju odluke sudova širom Evrope³⁷, koji po pravilu daju za pravo radnicima i utvrđuju postojanje radnog odnosa sa digitalnim radnicima (uglavnom platformskim radnicima), u situacijama kada to poslodavci pokušavaju da prikriju simulirajući neki drugi odnos – uglavnom poslovnu saradnju između dva (ravnopravna) ekonomska subjekta, koja vodi do lažne samozaposlenosti.³⁸ Ne može se međutim reći da je praksa jednoobrazna i da ne postoje lutanja i odstupanja od pojedinih parametara radnog odnosa.

Tako je u Belgiji sud doneo presudu u slučaju radnika-dostavljača protiv kompanije *Deliveroo*, koja je u mnogim detaljima protivrečna dosadašnjoj sudskoj

³⁴ Istraživanje o poštovanju prava radnika koje je sprovedla organizacija Centar za istraživanje javnih politika pokazalo je da nijedna od kompanija koje koriste platforme nije uskladila svoj proces rada ni sa aktuelnim radnim zakonodavstvom, a o nekom trendu usaglašavanja sa evropskim standardima nema ni govora. Vid. B. Anđelković, T. Jakobi, M. Kovač, S. Golušin, *Pakleni vozači – ima li dostojanstvenog rada na digitalnim platformama za dostavu i prevoz putnika u Srbiji*, Beograd 2020.

³⁵ O samoj percepciji te kategorije radnika u Srbiji će biti više reči u narednom delu analize.

³⁶ V. M. Reljanović, J. Misailović, 420–421.

³⁷ *Ibid.*, 421–422.

³⁸ O pojmu lažne samozaposlenosti vid. *Ibid.*, 418–419; M. Reljanović, „Informacione tehnologije i izazovi u reformi radnog prava”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2020, 770–771 (763–779).

praksi sudova širom Evrope. Uprkos činjenici da se ona odnosi samo na mali broj dostavljača koji nisu organizovani putem zadruga, sud je u tom slučaju koristio drastično drugačiju interpretaciju činjenica i odlučno odbacio neke osnovne postulate klasičnog radnog prava i načina utvrđivanja radnog odnosa. Iako se u analizama ta presuda pominje kao prva odluka o statusu platformskih radnika, o istom pitanju (ali ne u sudskom postupku) oglasila se i Administrativna komisija Belgije u januaru 2021. godine, kada je na osnovu pritužbe radnika Ubera došla do zaključka da vozači Ubera ne mogu spadati u kategoriju samozaposlenih lica.³⁹ Te okolnosti ovu presudu, koju je doneo Radnički tribunal u Belgiji 8. decembra 2021. godine, čine posebno zanimljivom za detaljniju analizu.⁴⁰

Sud je poredio radnopravni status dostavljača kurirske službe *Deliveroo* sa kriterijumima koje moraju ispuniti zaposleni na osnovu Kraljevske uredbe od 29. oktobra 2013. godine koja se odnosi na drumski saobraćaj i logistiku, a kojom je predviđeno da će se smatrati radnikom u radnom odnosu svako lice koje ispunjava bar polovinu zadatih kriterijuma o utvrđivanju radnopravnog statusa. Ta pretpostavka postojanja radnog odnosa će biti oboriva. U sudskom postupku je utvrđeno da dostavljači u konkretnom odnosu ispunjavaju šest od osam postavljenih kriterijuma: finansijski rizik poslovanja je na kompaniji, ne na dostavljaču; dostavljač nema nikakvog uticaja na politiku kompanije niti upravljanje finansijskim sredstvima kompanije, uključujući cenu svog sopstvenog rada (cenu dostavljanja određuje *Deliveroo* jednostranom odlukom); ne postoji obaveza rezultata (u smislu ispunjenja poslovnog ugovora) već obaveza sredstava (obaveza da se učestvuje u kontinuiranom procesu rada); dostavljač se ne pojavljuje kao posebna kompanija prema trećim licima; ne postoji mogućnost podugovaranja poslova za drugu kompaniju (ovde je utvrđeno da ta opcija postoji u veoma ograničenom obimu, dakle dostavljač nema potpunu slobodu podugovaranja).

Sud je, međutim, u daljoj analizi pristupio poređenju položaja dostavljača sa osnovnim uslovima kada će se smatrati da je neko lice u radnom odnosu koji su postavljeni Zakonom od 27. decembra 2006. godine. U poređenju sa tim opštim uslovima, sud je došao do nekoliko zaključaka koji značajno odudaraju od dotadašnje prakse razmatranja položaja dostavljača i platformskih radnika uopšte. Najpre, sud je procenio da je ugovorna volja poslodavca i dostavljača bila upravo da se zaključi ugovor o poslovnoj saradnji između kompanije-poslodavca i samozaposlenog lica (preduzetnika). Činjenica da samozaposleni nije mogao da utiče na sadržinu ugovora za sud nije bila značajna. Sud se uopšte nije bavio ravnopravnošću strana u tom ugovornom odnosu ni poznatom pretpostavkom da se prilikom zaključivanja ugovora o radu poslodavac mora posmatrati kao

³⁹ Odluka Administrativne komisije za radne odnose (Commission Administrative de règlement de la relation de travail), broj 20200707 od 13. januara 2021, <https://commissionrelationstravail.belgium.be/docs/dossier-187-nacebel-fr.pdf>, 14. avgust 2022.

⁴⁰ Presuda je analizirana na osnovu podataka o slučaju i presudi koji se mogu naći na sajtu advokatske kancelarije Van Olmen & Wynant: *Brussels Labour Tribunal Qualifies Deliveroo Riders as Self-Employed*, <https://www.vow.be/en/node/296>, 14. avgust 2022. Tekst presude dostupan je na https://www.tribunaux-rechtbanken.be/sites/default/files/tt_bruelles/news_files/20211208-ttfb-deliveroo.pdf, 14. avgust 2022.

faktički jača strana. Naprotiv, sud je kao argumentaciju uzeo i činjenicu da *Deliveroo* nikada nije zaključivao ugovore o radu sa svojim dostavljačima, pa je iz takve politike kontinuiteta izveo zaključak da nije ni postojala volja za takvim nečim – što je u suštini sasvim tačno kada se posmatra strana poslodavca, ali se pri tome sud uopšte ne bavi voljom druge strane ni pomenutim odnosom snaga prilikom zaključenja ugovora kojim bi svakako mogao racionalno da objasni zašto je moguće da se dostavljačima nametne ta vrsta ugovora iako oni na nju ne bi pristali u redovnim okolnostima u kojima bi pred njih bila stavljena mogućnost izbora. Dalje, sud je analizirao slobodu izbora radnog vremena dostavljača. Postoji još nekoliko veoma diskutabilnih promišljanja suda. Najpre, sud potpuno zanemaruje postojanje algoritama, iako je to jedno od ključnih pitanja organizacije rada dostavljača. Potom, činjenica da algoritmi dodeljuju radne zadatke prema blizini dostavljača restoranu, odnosno procenjenoj brzini reagovanja i dostave, za sud nema nikakvog uticaja na položaj dostavljača i njihovu navodnu slobodu obavljanja radnih zadataka. Posebno je sporna činjenica da sud procenjuje da dostavljač može odbiti povereni zadatak ne ulazeći u posledice takvog postupanja dostavljača, koje su vrlo bitne jer otkrivaju nesumnjiv odnos subordinacije budući da će takvi dostavljači uvek biti sankcionisani za propuštanje radnog zadatka – što dovoljno govori o njihovoj „slobodi” da samostalno određuju radno vreme. Sud potpuno pogrešno ocenjuje i činjenicu da dostavljači nisu u obavezi da beleže svoje radno vreme, odnosno da se prijave i odjave u određeno doba dana koje bi bilo smatrano njihovim radnim vremenom. I to je besmislen argument jer potvrđuje teške uslove rada i radnu eksploataciju dostavljača, pre nego njihovu slobodu da rade kada pozele. Takođe, nije objašnjeno kako se to dostavljači ne prijavljuju poslodavcu, kada oni to čine prijavom na sistem koji ih beleži kao slobodne za određivanje radnih zadataka. Slične zamerke se mogu uputiti i narednom argumentu koji sud ističe u korist nepostojanja radnog odnosa, naime da dostavljači mogu potpuno samostalno da organizuju svoje radno vreme i da činjenica da ih *Deliveroo* sistem prati putem GPS pozicioniranja nije presudna da bi se zaključilo suprotno. Nije, međutim, jasno kako je sud došao do tog zaključka, imajući u vidu da ni drugi elementi odnosa sa poslodavcem ne ukazuju na bilo kakvu autonomiju da dostavljač organizuje proces rada onako kako mu odgovara (kako Gil Otero to ispravno napominje, upravljanje poslovnim aktivnostima je radniku na opštem nivou od strane kompanije koja je vlasnik platforme, a izvesna sloboda da odluči kojim danima i u koje vreme je slobodan da se uključi u proces rada relativizovana je potrebama kompanije⁴¹ – i zaista se u u praksi dešavaju situacije kada kompanija suptilnim mehanizmima nagrađivanja i sankcionisanja čini slobodan izbor radnog vremena i radnih aktivnosti gotovo nemogućim, kao što je algoritamsko određivanje broja radnih sati i vremenskih intervala u kojima oni mogu da se realizuju ili faktička nemogućnost da odbije dodeljeni radni zadatak iako radnik želi da se isključi sa platforme i završi svoj radni dan). Konačno, sud je zaključio do poslodavac ne daje precizna uputstva dostavljačima za izvršavanje

⁴¹ L. Gil Otero, 6.

poslova, pa ne postoji ni izražen hijerarhijski sistem kontrole, odnosno subordinacija. Taj zaključak je verovatno – u nizu spornih – najdalje od realnosti. *Deliveroo* direktno kontroliše broj radnih zadataka, način njihovog dodeljivanja, cenu rada, način isporučivanja (putanju kretanja, vreme) koji obuhvata i geolokacijsko praćenje radnika u realnom vremenu, postoje sistem ocenjivanja dostavljača i sistem sankcionisanja ukoliko poslodavac (potpuno jednostrano) oceni da su prekršili neko od internih pravila. To je klasičan odnos subordinacije, koji je sud propustio da percipira i veoma nonšalantno zamenio teze tako da izgleda da su dostavljači dominantni i slobodni da uređuju svoj poslovni odnos kako žele, iako je jedina autonomija koja im je preostala – da raskinu takav ugovor o „poslovnoj saradnji”. U ovom slučaju su vrlo zabrinjavajući logika i način rezonovanja suda i ne mogu se opravdati objektivno drugačijom percepcijom pravnog okvira ili faktičkih okolnosti na terenu. Umesto toga, čini se da je ta odluka rezultat pokušaja promene trenda da se radni sudovi, kao i redovni sudovi koji sude radne sporove, oslanjaju isključivo na tradicionalne elemente radnog odnosa kao jedine relevantne za utvrđivanje pravo i pravnog statusa radnika.

Nasuprot toj odluci suda u Belgiji, za koju ostaje da se vidi da li će eventualno imati bilo kakvog uticaja na promenu načina tumačenja pravnog položaja platformskih radnika, stoje mnoge odluke većeg broja sudova širom Evrope. Tako je u Italiji Vrhovni kasacioni sud 24. januara 2020. godine doneo presudu⁴² kojom je stao na stanovište da se kriterijumi postojanja radnog odnosa moraju primeniti na sve radnike čiji rad organizuju drugi (poslodavac) i da se na taj način moraju preispitati njihovi radnopravni statusi. Iako je široj javnosti ta presuda poznata pre svega po ogromnom iznosu novčanih sankcija i naknade štete koju je sud dosudio⁴³, veoma je značajna argumentacija koju je upotrebio da bi presudio protivno odlukama nižih tribunala, koji su u konkretnom slučaju dali za pravo poslodavcima. Vrhovni kasacioni sud je odbacio premisu nižih sudova da je „sloboda” dostavljača izražena u mogućnosti samoorganizovanja radnog vremena i odbijanja posla odlučujući faktor u određenju da li je neko lice u radnom odnosu ili nije.⁴⁴ Takođe, sud je pravilno primetio da se ceo sistem subordinacije ne zasniva na tim činjenicama već da je u pitanju daleko složeniji odnos koji se može izražavati i kroz mnoge druge elemente – kao što su jednostrano određivanje cene rada, ocenjivanje načina izvršenja radnih zadataka, mogućnost (indirektnog) sankcionisanja radnika i slično.⁴⁵ Španski Vrhovni sud je u pomenutom

⁴² La Corte Suprema di Casazione, presuda 11629/2019 od 24. januara 2021, <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2018/12/1663.pdf>, 14. avgust 2022.

⁴³ Četiri poslodavca (*Uber Eats, Glovo-Foodinho, JustEat i Deliveroo*) koja su poslovala pod okriljem iste platforme Foodora, sankcionisani su sa ukupno 733 miliona evra zbog kršenja normi radnog prava i bezbednosti na radu.

⁴⁴ Taj argument su koristili niži sudovi da bi opravdali to što su odbili da izjednače status dostavljača sa zaposlenim licima. Vid. M. C. Degoli, „Is a brighter future coming for platform workers? The journey towards new social protection rules: focus on Italy”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*.

⁴⁵ Analiza presude u kontekstu novog italijanskog zakonodavstva kojim se delimično reguliše položaj platformskih radnika: A. Aloisi, V. De Stefano, Delivering employment rights to platform workers, https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5018, 14. avgust 2022; M. C. Degoli.

radnom sporu pokrenutom protiv *Glova* imao sličan zadatak i poslužio se sličnim parametrima kao putokazima za usvajanje odluke. „Sud je ovom prilikom zaključio da je za postojanje radnog odnosa suštinski značajno da uslove rada diktira samo jedna strana, kao i da je jedna strana vlasnik sredstava za rad (platforme) bez koje bi izvršenje rada bilo nemoguće.”⁴⁶

Svi elementi pomenuti u prethodno analiziranim odlukama, kao i mnogi drugi koji postoje u odnosu poslodavac (platforma) – dostavljač, ukazuju na činjenicu da taj odnos nije moguće posmatrati formalistički i površno, a još manje na osnovu (jednostranog i tendencioznog) identifikovanja samo onih elemenata koji bi dali za pravo platformama koje i dalje izričito odbijaju da se proglašavaju poslodavcima u klasičnom smislu, čak i kada je očigledno da je odnos u kojem se nalaze njihovi „samozaposleni poslovni partneri” takav da je neizbežno konstatovati da radni odnos postoji. Činjenica da je taj radni odnos manje „klasičan” a više „fleksibilan” govori o izdržljivosti osnovnih radnopravnih instituta pred izazovom novih profesija i novih načina uređenja procesa rada. Radno pravo je nastalo kao pravo zaštite radnika i radni odnos je uvek centralni pravni institut normiranja rada jer se putem njega sprovode standardi uslova rada i zaštite radnika. Čak i kada bi se radni odnos u modernim uslovima rada nazvao drugačije, odnosno kada bi se njegovi osnovni elementi prilagodili novim okolnostima rada, to ne bi isključilo primenu osnovnih principa radnog prava kao civilizacijskih dostignuća i nerazdvojivih elemenata međunarodnog ljudskog prava na rad, koje se ne može uskratiti nijednom radniku bez obzira na njegov formalnopravni status.

Stanje u Srbiji značajno se razlikuje od situacije u državama Evropske unije. Zahvaljujući pravnoj fikciji iz Zakona o radu⁴⁷ da se radnik koji se nalazi u procesu rada kod poslodavca bez pravnog osnova (bez zaključenja ugovora o radu) smatra zaposlenim licem na neodređeno vreme, sudovi u Srbiji imaju dosta dugu tradiciju utvrđivanja postojanja radnog odnosa. Ta praksa je proširena, naročito u poslednje dve decenije, utvrđivanjem radnog odnosa i za lica koja su sa poslodavcem zaključila ugovor o radnom angažovanju van radnog odnosa, pre svega ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova i ugovora o delu.⁴⁸ Iz

⁴⁶ M. V. Gomez, Spanish Supreme Court rules food-delivery riders are employees, not self-employed, https://english.elpais.com/economy_and_business/2020-09-24/spanish-supreme-court-rules-food-delivery-riders-are-employees.html?rel=listapoyo, 14. avgust 2022. Citirano prema: M. Reljanović, J. Misailović, 421.

⁴⁷ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 32. st. 1: „Ako poslodavac sa zaposlenim ne zaključi ugovor o radu u skladu sa stavom 1. ovog člana, smatra se da je zaposleni zasnovao radni odnos na neodređeno vreme danom stupanja na rad.”

⁴⁸ Trebalo bi napomenuti da Srbija nije usamljena u toj pojavi. Zloupotreba različitih modela radnog angažovanja je, kako navodi Alonso, „pojava koja se ponavlja” (vid. D. A. Alonso, „Assesing the employment status of digital platform workers: renewed approach, new indicators and recent judgments”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 3–4), odnosno pojava koja je bila poznata sudovima u zemljama Evrope i pre nego to su nastale promene u modelima rada uzrokovane novim tehnološkim rešenjima. Dovoljno je napomenuti da je pojam „frilensera” nastao mnogo pre nego što je dobio današnje značenje i da se u prošlosti upotrebljavao da označi nezavisne radnike u nekim specifičnim profesijama koji nisu imali jednog poslodavca već su svoj rad obavljali kod više poslodavaca istovremeno, uz neizbežnu fluktuaciju (često menjanje poslodavaca) – tipičan primer takve profesije su novinari, fotografi i slično.

te prakse su se razvili čvrsto utemeljeni stavovi da svaki radnik, bez obzira na pravni osnov ili nepostojanje pravnog osnova angažovanja, može biti u radnom odnosu ako ispunjava osnovne kriterijume rada u radnom odnosu, odnosno ako se poslodavac prema njemu faktički ponaša kao da je u radnom odnosu.⁴⁹ Ukoliko se ti kriterijumi uporede sa kriterijumima iz pomenutih presuda evropskih zemalja, može se zaključiti da su oni gotovo identični. To ne čudi jer je pojam radnog odnosa vremenom ujednačen i u uporednom pravu se retko mogu naći neki značajniji izuzeci. Radnici koji se nalaze u radnom odnosu koji je prikriven nekim drugim pravnim poslom na osnovu odluka suda smatraju se zaposlenima na neodređeno vreme. U situacijama kada je rad van radnog odnosa decenijama uređen na neustavan način i protivan osnovnim međunarodnim standardima rada⁵⁰, takva praksa sudova je dragocena kao korektivan mehanizam izuzetnog stepena zloupotreba pojedinih vrsta takvih ugovora. Ipak, mora se primetiti da nedostaje praksa koja se odnosi na lažnu samozaposlenost i digitalne radnike – i generalno i u odnosu na platformске radnike koji su joj naročito podložni. Takav nedostatak prakse, u situaciji kada u Srbiji postoje okolnosti koje su identične onima koje su opisane u slučajevima u kojima su sudovi stali na stranu radnika⁵¹, mogu se pre svega argumentovati neinformisanošću radnika i nedostatkom volje da se upuštaju u dug i neizvestan sudski postupak. Neizvestan pre svega zbog činjenice da uspostavljena sudska praksa u odnosu na druge vrste ugovora prilikom dokazivanja lažne samozaposlenosti ne mora ostati dosledna prethodnim rešenjima. Država Srbija, s druge strane nije čak ni delimično implemētirala niti je na političkom nivou uopšte ispratila promene koje se dešavaju u radnopravnom statusu digitalnih radnika na nivou Evropske unije, pa je stoga je razumljiv oprez radnika. Nažalost, to u konačnoj proceni može samo voditi zaključku da je u Srbiji i u tom pogledu očigledno značajno zaostajanje za evropskim standardima.

5. Kolaborativna ekonomija kao oblik udruživanja digitalnih radnika

Pitanje otežanog ostvarivanja prava po osnovu rada digitalnih radnika istovremeno je otvorilo dileme u vezi sa načinom da se na promenu njihovog faktičkog statusa utiče udruživanjem i zajedničkim predstavljanjem prema poslodavcu. Budući da većina digitalnih radnika doživljava svoj položaj kao položaj samozaposlenih lica pre nego radnika u radnom odnosu, nametnula se ideja da oni mogu osnivati zadruge po ugledu na druge vrste samozaposlenih. Naime, zadružni principi idealno odgovaraju udruživanju digitalnih radnika koji rade

⁴⁹ Vid. M. Reljanović, „Faktički rad, regulativa i praksa u Srbiji”, *Pravni instruktor* 31/2012, 51-56.

⁵⁰ Vid. M. Reljanović, „Pravo na rad u Ustavu Republike Srbije”, *Constitutio Lex Superior* (ur. O. Nikolić, V. Čolović), Beograd 2021, 253–268.

⁵¹ Izveštaj FairWork Serbia 2021 otkriva poražavajuće stanje u odnosu prema platformskim radnicima u Srbiji: *Fairwork Serbia Ratings 2021: Labour Standards in the Platform Economy*, <https://fair.work/en/fw/publications/fairwork-serbia-ratings-2021-labour-standards-in-the-platform-economy/#continue>, 14. avgust 2022.

na platformama. Oni ostaju samostalni do one mere koja im može garantovati relativnu fleksibilnost rada (što se često navodi kao osnovni razlog bavljenja tim poslovima) a istovremeno grade entitet koji može efikasnije zastupati i braniti njihove interese pred trećim licima, naročito pred poslodavcima, odnosno poslovnim saradnicima. Upravljanje zadrugom je kolektivno, kao i odlučivanje o važnim pitanjima. Pri tome se stvara kolektivitet u korist zadrugara koji ne ograničava njihovu samostalnost u radu, budući da ne postoji klasičan odnos subordinacije između zadruge i pojedinačnih zadrugara. Zahvaljujući svim tim, kao i nekim drugim razlozima, počela je da se razvija ideja zadrugarstva platformskih radnika.⁵²

Belgija je država u kojoj je zadrugarstvo tog tipa uređeno nakon korenitih izmena zakonodavstva 2019. godine donošenjem novog Zakona o kompanijama i udruženjima.⁵³ Može se reći da je novo rešenje pokušaj da se klasični oblik zadružnog udruživanja predstavi u izmenjenim tržišnim okolnostima, i to pre svega na način koji omogućava širenje zadrugarstva i očuvanje osnovnih principa na kojima je ono istorijski nastalo. Zadruga (u zakonu se koristi termin „koooperativno društvo”) specifičan je oblik udruživanja čiji osnovni cilj treba da bude zadovoljenje potreba svojih članova i/ili razvoj njihovih ekonomskih i/ili društvenih aktivnosti i čije aktivnosti treba da se odvijaju na obostranu korist članova, tako da svaki član ostvaruje koristi u skladu sa svojim učešćem. I sama zadruga može biti poslodavac, odnosno organizovati i vršiti poslove koje će obavljati njeni članovi. Zadruge su u tom smislu bliže profitnim preduzećima nego neprofitnim udruženjima – od ostalih kompanija se, međutim, razlikuju po principu rada i podeli ostvarenog profita, odnosno ciljevima kojima se teži u izgradnji profitnih delatnosti i ostvarivanju profita.⁵⁴

Upliv većeg kapitala koji bi dominirao zadrugom i „nužno” ili automatsko primanje u članstvo pojedinaca koji formalno ispune statutarne kriterijume zadruge mogu biti sprečeni posebnim odredbama statuta zadruge. Na taj način su zadruge ostale otvorene prema novim članovima, dok je minimizirana pretnja da nepoželjni subjekti pokušaju da ostvare faktičku dominaciju u zadruzi, odnosno da na drugi način deluju protivno opštim principima zadrugarstva ili posebnim principima i ciljevima na kojima je konkretna zadruga zasnovana. Iz istih razloga, organi zadruge mogu isključiti iz članstva one članove za koje se utvrdi da su radili protivno ciljevima i principima zadruge. Iako je osnovni model glasanja i odlučivanja koji Zakon predviđa vezan za glasanje prema udelima

⁵² Listi razloga bi trebalo dodati još jedan koji se pokazao veoma važnim u periodu globalne krize uzrokovane pandemijom kovida 19: zadruge su se pokazale kao veoma izdržljiv model udruživanja i nastupanja na tržištu. Prema izveštajima iz Belgije, zadruge pokazuju veći stepen opstanka na tržištu u petogodišnjem periodu od svih ostalih oblika privrednog organizovanja. Belgian Cooperative Monitor 2021, <https://feb.kuleuven.be/drc/kco/belgiancooperativemonitor>, 14. avgust 2022.

⁵³ Zakon od 23. marta 2019. (*Belgian Code of Companies and Associations and miscellaneous provisions*), sa amandmanima od 28. aprila 2020.

⁵⁴ T. Tilquin, M. Bernaerts, *Legal Framework Analysis, National Report: Belgium*, Cooperatives Europe 2020, 6–7.

u zadruzi, postoji zakonska mogućnost da se svim članovima da jednaka moć odlučivanja po principu „jedan član – jedan glas”.⁵⁵

Može se reći da je model koji je zaokružen u Belgiji 2019. godine zapravo odličan putokaz kako se može normirati zadružna delatnost u odnosu na savremene profesije. Pre zakonskih izmena postojala tendencija zloupotrebe zadružnog modela radi sticanja profita i eksploatacije zadružnih radnika uz korišćenje povoljnijeg poreskog tretmana. Novi model reafirmiše kolektivni duh zadrugarstva pri nastanku i upravljanju, pokušavajući na taj način da smanji broj kvazi-zadruge. Istovremeno, on ostavlja dovoljno prostora budućim zadrugarima da se na temeljima klasičnog zadrugarstva njihovi međusobni odnosi uredi na način koji će najviše odgovarati kolektivu koji čini zadrugu.⁵⁶ To je naročito značajno imajući u vidu veliki broj vrsta digitalnih radnika koji ne moraju uvek imati iste ciljeve ni viziju kako se ti ciljevi mogu ostvariti. Iako je na prvi pogled koncept zadruge kao profitabilne organizacije protivrečan, detaljniji uvid pokazuje da je profitabilnost tog vida delovanja na tržištu pre svega usmerena na razlikovanje zadruga od drugih sličnih oblika udruženja koja su po svojoj prirodi neprofitabilna i da sloboda koja je ostavljena samim zadrugarima da ulažu u zajednicu, zadrugu ili druge kolektivne ciljeve, sasvim dovoljna da se i profitabilni model može smatrati kooperativnim i sa naglašenom socijalnom komponentom. Stoga ne čudi što su mnogi platformski radnici u Belgiji prepoznali zadruge kao način zaštite svojih radnih prava i interesa.

U Srbiji je, s druge strane, relativno skoro usvojen novi Zakon o zadrugama.⁵⁷ Za taj propis se, međutim, ne može reći ni da je savremen ni da je odgovarajući. Ne samo što ne sadrži pogodnosti koje bi se mogle primeniti na digitalne zadruge, Zakon o zadrugama efektivno odstupa od samih principa solidarnosti i udruživanja radi zaštite zajedničkih interesa zadrugara i – iako to zvanično ne proklamuje – pojedine vrste zadruga svodi na profitna preduzeća. Zakon otvara ogromne mogućnosti za zloupotrebe, od kojih su većinu veoma efikasno iskoristile takozvane studentsko-omladinske zadruge, koje se formalno bave zapošljavanjem mladih, a efektivno nude radnu eksploataciju mladih, često protivno osnovnim zakonskim principima. Sama činjenica da je Zakonom o zadrugama zaključenje ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova predviđeno kao jedini pravni osnov radnog angažovanja mladih govori o neozbiljnosti zakonodavca i nedostatku vizije o zadrugarstvu mladih.⁵⁸

Takvo aktuelno stanje nije, međutim, definitivna prepreka stvaranju digitalnih zadruga jer se zadrugari u dobroj veri mogu udruživati uprkos pomenutim i mnogim drugim lošim zakonskim rešenjima. Platforma „Zajedničko” izradila je

⁵⁵ Zakon od 23. marta 2019. (*Belgian Code of Companies and Associations and miscellaneous provisions*), sa amandmanima od 28. aprila 2020, čl. 6.

⁵⁶ T. Tilquin, M. Bernaerts, 17.

⁵⁷ Zakon o zadrugama, *Službeni glasnik RS*, br. 112/2015.

⁵⁸ Vid. D. Petrović, S. Jovanović, „Radno angažovanje posredstvom studentskih zadruga”, *Pravni i institucionalni okvir borbe protiv radne eksploatacije* (ur. Lj. Kovačević i M. Reljanović), Beograd 2018, 119–124.

studiju⁵⁹ o potencijalnom modelu zadružnog organizovanja takozvanih „samostalnih radnika”, među koje se mogu ubrojati i digitalni radnici svih vrsta, ukoliko se nalaze u nekom od oblika radnog angažovanja van radnog odnosa. Autorke u toj analizi reafirmišu neke od osnovnih principa zadrugarstva koji su relevantni za položaj zavisnih digitalnih radnika: otvoreno i dobrovoljno članstvo; demokratska kontrola upravljanja zadrugom („jedan član, jedan glas”); ekonomsko učešće srazmerno mogućnostima; raspodela dobiti na ravnopravnim osnovama; autonomija i nezavisnost od spoljnog upliva kapitala i tako dalje. Svi ti principi, kao i neki drugi koji su obrađeni u analizi, ukazuju na snagu kolektiva koji se poslodavcima predstavlja umesto pojedinačnih radnika i na taj način može lakše da realizuje njihova prava i interese. Posebno je interesantan model platformskih zadruga koje okupljaju platformske radnike i zadruga frilensera.⁶⁰ Te zadruge mogu nastajati i delovati i u trenutnom pravnom okviru, ali bi bilo jednostavnije da se normativnim intervencijama olakša njihovo osnivanje i delovanje.

6. Zaključak

Radni odnos je osnovni pojam na kojem je izgrađeno savremeno radno pravo. Njegova sadržina je dobro poznata i utvrđena, kao i njegovi osnovni elementi. Uvek kada ti elementi postoje, postoji i radni odnos, bez obzira na formalni pravni osnov rada koji je zaključen između poslodavca i radnika. Pojavom savremenih tehnologija, razvijaju se nove profesije i novi načini izvršavanja klasičnih poslova. To utiče na sadržinu radnog odnosa jer deluje i na relacije koje se stvaraju između radnika i poslodavca. Tako se može desiti da se odnos subordinacije više ne uočava tako lako, kao ni stalnost potrebe za nečijim radom. Takav razvoj nije razlog da se odrekemo radnog odnosa kao centralne tačke uređenja odnosa između radnika i poslodavca, a još manje da takav pristup ugrožava osnovna prava za koja su se radnici izborili u prethodnih 150 godina i koja predstavljaju deo ljudskog prava na rad koje je neotuđivo svakome ko ulaže svoj rad u organizovanom procesu rada kod poslodavca. Upravo je organizacija rada kod poslodavca element koji je pretrpeo najveće promene. U mnogim slučajevima rad se vršiti van prostorija poslodavca i ne postoje vreme i mesto rada u klasičnom smislu neprekidnih šablona (kao što je, na primer, uređenje nedeljnog radnog ciklusa svakog radnog dana od 9 do 17 časova). Činjenica da radnici mogu relativno slobodno da uređuju jedan manji deo njihovih radnih obaveza, pa i mesto rada kada je reč o radu od kuće ili radu na daljinu, ne menja njihov radnopravni položaj. Ni korišćenje sopstvenih sredstava za rad neće uticati na to da se neko lice posmatra kao radnik kod poslodavca, pre nego „frilenser” ili samozaposleni. Neki drugi elementi, kao što je menadžment poslova, uticaj na osnovne uslove rada (pre svega zaradu), način komunikacije i praćenja rada, mogućnost nagrađivanja i sankcionisanja radnika

⁵⁹ A. Lakić, J. Šapić, *Model zadružnog organizovanja po meri samostalnih radnika*, Beograd 2021.

⁶⁰ *Ibid.*, 19–28.

– a sve to su klasični elementi subordinacije koji sada samo dobijaju novo značenje usled specifičnosti organizacije izvršenja poslova – moraju se posmatrati kao prevashodno relevantni za utvrđivanje pravne prirode odnosa između radnika i poslodavca. Njima se moraju dodati i neki novi elementi, kao što su: nepostojanje samostalne poslovne strukture za obavljanje poslova na strani radnika (navodnog samozaposlenog), algoritamska kontrola radnih zadataka i kontrola informacija od poslodavca bez kojih izvršenje radnog zadatka ne bi bilo moguće, odnosno isključivo pojavljivanje identiteta poslodavca (i u pravnom i u vizuelnom smislu) u odnosu sa klijentima.⁶¹ Činjenice da je prosečno radno vreme radnika značajno umanjeno (takozvani mikroposlovi), da radnik radi samo po pozivu poslodavca i slične okolnosti rada mogu biti relevantne, ali samo u slučaju kada se posmatraju kao celina sa prethodno pomenutim. To je jedini adekvatan put rešavanja pitanja koje je nametnuto pre svega nezakonitim praksama poslodavaca, a koje se inače van tih praksi ne bi ni postavilo – da li je radni odnos pitanje prošlosti ili budućnosti. Radno pravo je razvijeno tako da štiti radnika u radnom odnosu. Uostalom, i Preporukom 198 Međunarodne organizacije rada upućuje se na to da države moraju u svoje zakonodavstvo da uvrste pretpostavku da je radnik u radnom odnosu uvek kada postoji jedan ili više relevantnih indikatora za tako nešto⁶² – a poslodavac je vlastan da dokazuje suprotno na sudu. Radno pravo nije nastalo kao ugovorno pravo već kao zaštitno pravo – ono je svesno usmereno na ograničavanje (inače neograničene) volje poslodavca kao dominantne strane u radnom odnosu. I u tom smislu se jedino mogu tumačiti novine kojima radno pravo mora biti izloženo jer se ono, kao i sve ostale grane prava, mora razvijati da bi pratilo razvoj društva i civilizacije. To neće značiti odricanje od stečenih prava radnika jer su ona utemeljena u osnovnim dokumentima o ljudskim pravima. Radno pravo u tom smislu štiti pravo na rad svakog pojedinca, na pravične uslove rada i pravo na slobodno uživanje brojnih individualnih i kolektivnih prava po osnovu rada, čime čini deo međunarodnog prava i civilizacijskog nasleđa koga se ne možemo odreći i koje poslodavci ne mogu jednostavno zaobići izmišljanjem novih modaliteta rada kojima se poriče centralna uloga radnog odnosa u radnom pravu, bez racionalne argumentacije i radi pojeftinjenja radnika i prekarizacije njihovog položaja.

U raspravi o položaju digitalnih radnika u Evropi mogu se jasno uočiti neke tendencije. One su na nacionalnom nivou pre svega usmerene na definisanje radnopravnog statusa platformskih radnika. Osnovni trend, mada u tom smislu postoje i lutanja koja su predstavljena u ovom istraživanju, jeste da se primene klasični parametri utvrđivanja da li postoji radni odnos. Ukoliko neka osoba ispunjava te kriterijume, nalazi se u radnom odnosu bez obzira na formalni pravni osnov rada. Na taj način se može obuzdati početni talas lažne samoza-

⁶¹ Detaljnija razrada novih elemenata radnog odnosa i D. A. Alonso, 7–12.

⁶² ILO Employment Relationship Recommendation 198, deo II, tačka 11. Izuzetno je važno naglasiti da tekst preporuke upućuje na postojanje radnog odnosa *i onda kada postoji samo jedan relevantan indikator za tako nešto*.

poslenosti, po kojem su bile karakteristične evropske zemlje u kojima se javilo omasovljavanje digitalnog, a naročito platformskog rada. Ipak, treba istaći da se time ne rešava potpuno problem platformskih radnika jer se poslodavci – suočeni sa smanjenjem prostora za zloupotrebe – sve češće odlučuju da ih angažuju posredstvom trećih lica (agencije za privremeno zapošljavanje) ili koristeći neke od novijih fleksibilnih načina angažovanja koji nose „urođene mane” potencijalnih zloupotreba na štetu radnika (kao što je rad po pozivu, odnosno rad sa nultim radnim vremenom). Drugo pitanje, koje potencijalno obuhvata sve radnike, jeste rešavanje problema transparentnosti algoritama koji diktiraju tempo i uslove rada, ali i način realizacije (ili uskraćivanja) pojedinih osnovnih prava radnicima. To pitanje nije u velikoj meri razmatrano na nacionalnom nivou u smislu zakonodavnih izmena, pa ni od sudova, ali postaje sve značajnije tokom vremena. S druge strane, na nivou Evropske unije se traga za jedinstvenim rešenjem većeg broja nabrojanih problema – predlozi uređenja radnopravnog statusa i uslova rada svih radnika na platformama bez obzira na pravni osnov njihovog rada i vrstu poslova. To je veliki izazov koji će se, izgleda, uspešno okončati u narednim mesecima. Ostaje da se vidi da li će i u kojoj meri nova direktiva EU rešiti nedoumice i pitanja koja su postavljena u ovom istraživanju.

Postoje, međutim, države koje te tendencije ne prate i nisu zainteresovane za njihovu pojavu i dalji razvoj. Jedna od njih je i Srbija, u kojoj je u prethodnom periodu došlo do značajne devolucije prava radnika i pogoršanja njihovog normativnog, ali i faktičkog položaja. Politika privlačenja direktnih stranih investicija označena je kao prioritet i efektivno utiče na sve lošije radno zakonodavstvo i sve manje efektivan nadzor nad njegovom primenom. U takvoj atmosferi se radna eksploatacija platformskih radnika podrazumeva i shvata kao nešto uobičajeno. Iako sudovi u Srbiji imaju dugu tradiciju i značajnu praksu u uočavanju postojanja radnog odnosa iako je on prikriven nekim drugim ugovorom o radnom angažovanju ili poslovnoj saradnji, do sada nije poznato da li uopšte postoje sudske odluke kojima se utvrđuje radni odnos, na primer, dostavljača hrane – po ugledu na analizirane sudske odluke širom Evrope. Zakonodavac je, s druge strane, potpuno nezainteresovan da uredi tu oblast na adekvatan način, iako i sama država u poreskom smislu trpi velike gubitke simulacijom raznih drugih oblika rada kojima se prikriva postojanje radnog odnosa. Umesto toga, poslednjih godina pažnja je pogrešno usmerena na poreski status dela digitalnih radnika, iako se regulisanje njihovog radnopravnog statusa ne pominje.⁶³ Iz svega toga proističe da Srbija značajno kasni sa percepcijom novih trendova – to kašnjenje nije slučajno i sigurno je da će proći još dosta vremena dok se ne prihvate rešenja koja će u međuvremenu sasvim sigurno postati deo sistema propisa Evropske unije.

⁶³ Vid. M. Reljanović, *Frilenseri: kada će biti zakon i zašto (ne)će?*, <https://pescanik.net/frilenseri-kada-ce-biti-zakon-i-zasto-nece/>, 14. avgust 2022; M. Reljanović, *Kuda sad, frilenseri?*, <https://pescanik.net/kuda-sad-frilenseri/>, 14. avgust 2022; M. Reljanović, *Budućnost frilensera*, <https://pescanik.net/buducnost-frilensera/>, 14. avgust 2022.

Literatura

- Alexander C. S., Tippet E., The hacking of employment law, Legal Studies Research Paper No. 2018-09, Georgia State University College of Law.
- Alonso D. A., „Assesing the employment status of digital platform workers: renewed approach, new indicators and recent judgments”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges* (online), Lisabon 2–4. septembar 2020.
- Andelković B., Jakobi T., Kovač M., Golušin S., *Pakleni vozači – ima li dostojanstvenog rada na digitalnim platformama za dostavu i prevoz putnika u Srbiji*, Beograd 2020.
- Andelković B., Jakobi T., *Svevideće oko – kako je rad na daljinu tokom kovida-19 otvorio vrata za sveprisutnost poslodavaca u životu radnika*, Beograd 2022.
- Becker U., „New Forms of social security? A comment on needs and options for reform in a national and supranational perspective”, *Labour Law and social protection in a globalized world: changing realities in selected areas of law and policy* (ur. F. Hendrichx, J. Pichrt, K. Koldinka), Alphen aan den Rijn 2018.
- Chesalina O., „Social security of platform workers – transnational perspective”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges* (online), Lisabon 2–4. septembar 2020.
- Degoli M. C., „Is a brighter future coming for platform workers? The journey towards new social protection rules: focus on Italy”, rad sa konferencije *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 2-4.9.2020. godine, Lisabon (online);
- Dona S., „The employer power of control on digital labour platforms and Privacy rules”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges* (online), Lisabon 2–4. septembar 2020.
- Gil Otero L., „The interpretation of the Spanish concept of working under the direction and in the employ of another: new perspectives for digital platforms?”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges* (online), Lisabon 2–4. septembar 2020.
- Gines i Fabrellas A., „Algorithms as subordination – the role of technology in classifying workers in the platform economy”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges* (online), Lisabon 2–4. septembar 2020.

- Gschwind L. i Vargas O., „Telework and its effects in Europe”, *Telework in the 21st Century* (ur. J. C. Messenger), 2019.
- Kefer F., „The right to disconnect: a response to one of the challenges raised by the digital transition? European and Belgian perspectives”, *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges* (online), Lisabon 2–4. septembar 2020.
- Lakić A., Šapić J., *Model zadružnog organizovanja po meri samostalnih radnika*, Beograd 2021.
- Llave O. V., Weber T., Avogaro M., *Right to disconnect in the 27 EU Member States*, Eurofound 2020.
- Llave O. V., Mandl I., Weber T., Wilkens M., *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Eurofound, Luxembourg 2020.
- Llave O. V., Weber T., *Regulations to address work-life balance in digital flexible working arrangements*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Eurofound, Luxembourg 2020.
- Lodovici M. S. et al., *The impact of teleworking and digital work on workers and society*, European Parliament, Luksemburg 2021.
- Parra M. L., Camargo A., „Teleworking and Labor Conditions – Conclusions”, *IUS Labor* 2/2017.
- Petrović D., Jovanović S., „Radno angažovanje posredstvom studentskih zadruga”, *Pravni i institucionalni okvir borbe protiv radne eksploatacije* (ur. Lj. Kovačević, M. Reljanović), Beograd 2018.
- Prlja D., Gasmi G., Korać V., *Ljudska prava i veštačka inteligencija*, Beograd 2022.
- Reljanović M., „Faktički rad, regulativa i praksa u Srbiji”, *Pravni instruktor* 31/2012.
- Reljanović M., „Informacione tehnologije i izazovi u reformi radnog prava”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2020.
- Reljanović M., „Pravo na rad u Ustavu Republike Srbije”, *Constitutio Lex Superior* (ur. O. Nikolić, V. Čolović), Beograd 2021.
- Reljanović M., „Zaštita podataka o ličnosti u radnom odnosu”, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. D. Prlja, S. Andonović), Beograd 2020.
- Reljanović M., Misailović J., „Radnopravni položaj digitalnih radnika – iskustva evropskih zemalja”, *Strani pravni život* 3/2021.
- Ružić N., Zaštita podataka o ličnosti u oblasti radnih odnosa, Stavovi i mišljenja Poverenika, publikacija broj 3, Zaštita podataka o ličnosti u oblasti radnih odnosa, Beograd 2018.
- Tilquin T., Bernaerts M., *Legal Framework Analysis, National Report: Belgium*, Cooperatives Europe 2020.
- Volonciu M., Tichindelean M., „Aspects regarding the role of digital work in reconciling professional life with private life”, *XIII European Regional Congress of*

the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges (online), Lisbon 2–4. septembar 2020.

Internet izvori

- Aloisi A., De Stefano V., Delivering employment rights to platform workers, https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5018.
- Aranguiz A., Spain's platform workers win algorithm transparency, <https://socialeurope.eu/spains-platform-workers-win-algorithm-transparency>.
- Belgian Cooperative Monitor 2021, <https://feb.kuleuven.be/drc/kco/belgiancooperative-monitor>.
- Bertuzzi L., Leading MEP pushes for tight employment protection in platform workers directive, <https://www.euractiv.com/section/digital/news/leading-mep-pushes-for-tight-employment-protection-in-platform-workers-directive/>.
- Brussels Labour Tribunal Qualifies Deliveroo Riders as Self-Employed, <https://www.vow.be/en/node/296>.
- Commission proposals to improve the working conditions of people working through digital labour platforms, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605.
- Dastin J., Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>.
- Fairwork Serbia Ratings 2021: Labour Standards in the Platform Economy, <https://fair.work/en/fw/publications/fairwork-serbia-ratings-2021-labour-standards-in-the-platform-economy/#continue>.
- Gomez M. V., Spanish Supreme Court rules food-delivery riders are employees, not self-employed, https://english.elpais.com/economy_and_business/2020-09-24/spanish-supreme-court-rules-food-delivery-riders-are-employees.html?rel=listapoyo.
- 'I'm not a robot': Amazon workers condemn unsafe, grueling conditions at warehouse, <https://www.theguardian.com/technology/2020/feb/05/amazon-workers-protest-unsafe-grueling-conditions-warehouse>.
- I Worked at an Amazon Fulfillment Center; They Treat Workers Like Robots, <https://time.com/5629233/amazon-warehouse-employee-treatment-robots/>.
- Nurski L., Algorithmic management is the past, not the future of work, <https://www.bruegel.org/blog-post/algorithmic-management-past-not-future-work>.
- O'Connor S., When your boss is an algorithm, *Financial Times*, 8. septembar 2016, <https://www.ft.com/content/88fdc58e-754f-11e6-b60a-de4532d5ea35>.

Pérez G. R., Spain approves landmark law recognizing food-delivery riders as employees, https://english.elpais.com/economy_and_business/2021-05-12/spain-approves-landmark-law-recognizing-food-delivery-riders-as-employees.html?fbclid=IwAR0r42t37LcN5vjRy_88Av2B9ny6cAbZ-_27Ws3p5b_e_EG-JgtbPpOvokw.

Reljanović M., Budućnost frilensera, <https://pecanik.net/buducnost-frilensera/>.

Reljanović M., Frilenseri: kada će biti zakon i zašto (ne)će?, <https://pecanik.net/frilenseri-kada-ce-bit-i-zakon-i-zasto-nece/>.

Reljanović M., Kuda sad, frilenseri?, <https://pecanik.net/kuda-sad-frilenseri/>.

Rodríguez L., First collective agreement for platform workers in Spain, <https://socialeurope.eu/first-agreement-for-platform-workers-in-spain/>.

Propisi i drugi akti

Zakonik o radu Francuske izmenjen Zakonom br. 2016-1088 od 8. avgusta 2016.

Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, *OJ L* 157/1 od 15. juna 2016.

Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union, *OJ L* 186, 11. jula 2019.

ILO Employment Relationship Recommendation 198.

La Corte Suprema di Casazione, presuda 11629/2019 od 24. januara 2021, <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2018/12/1663.pdf>.

Odluka Administrativne komisije za radne odnose Francuske (Commission Administrative de règlement de la relation de travail), broj 20200707 od 13. januara 2021, <https://commissionrelationstravail.belgium.be/docs/dossier-187-nacebel-fr.pdf>.

Zakon Belgije od 23. marta 2019. (*Belgian Code of Companies and Associations and miscellaneous provisions*), sa amandmanima od 28. aprila 2020.

Zakon o radu Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

Zakon o zadrugama Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 112/2015.

Mario Reljanović, PhD

Research Associate, Institute of Comparative Law in Belgrade

CHALLENGES OF DIGITALIZATION OF WORK PROCESS – COMPARATIVE EXPERIENCES IN THREATENING AND PROTECTING THE BASIC RIGHTS OF WORKERS

Summary

The development of modern labour law is conditioned by changes that necessarily occur in work processes. New technologies are being introduced almost constantly, making certain rights (and obligations) of workers more relevant and unavoidable - such as the right to professional development and adaptation to new technological solutions. This does not refer only to production activities, but on the contrary permeates the entire economy and redefines the attitude towards workers. Such development implies certain benefits for workers – they are far more productive with fewer working hours, jobs they perform are less demanding both physically and intellectually, and safety at work increases. However, the digitalisation of the work process also brings challenges when it comes to preserving basic rights based on labour. This does not only mean the ubiquitous fear of replacing workers with machines, but above all the processes that some authors called “hacking labour law”, which boil down to the use of modern technologies to impose working conditions that are below internationally achieved standards, and often below the national minimum standards set by labor law.

There are two types of these challenges. One refers to workers who perform jobs in traditional occupations, and who are under the influence of digitalisation of the work process, primarily due to established new rules in exercising certain rights that belong to them, ie due to modifications of individual tasks in the work process. Some of challenges they face are already known: problems with GPS tracking of workers, eavesdropping on their communication, excessive surveillance. However, threats and violations of their rights are also possible through algorithms that automatically calculate their working norm, working hours, wages and increased wages. The second type of workers are the so-called “digital workers” who are completely dependent on information and communication technologies when performing work. A classic example of these workers are the so-called platform workers.

The research is focused on both of these categories of workers, following some basic trends in comparative legislation and case law, as well as relevant views of authors who deal with issues of digitalisation of work. Several European countries were discussed, while Serbia was primarily mentioned in the context of comparing the state of legislation and the perception of the existence of violations of workers’ rights.

Comparative and normative method, case analysis and to some extent statistical method were applied. The basic hypothesis is the question whether the digitalisation of labour must redefine the content of the employment relationship and whether labour law must adapt to the factual situation dictated by the development of technologies used in the labour process?

Key words: digitization of work, work algorithms, employment relationship, international standards of decent work, platform work.

NEKE PRAVNE NEDOUMICE U VEZI SA ODREĐIVANJEM POJMA FRILENSERA U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt

Jedan od osnovnih i, istorijski posmatrano, prvih ciljeva radnog zakonodavstva jeste zaštita zaposlenih kao slabije strane radnog odnosa. Upravo se iz tog razloga u radnom pravu nastoji da se povuče jasna linija razgraničenja između zaposlenih, kao lica kojima je potrebna posebna zaštita jer rade za drugog i samozaposlenih, kao lica koja sama biraju sredstva i mesto rada, načine i postupak njegove realizacije, samostalno snose rizik poslovanja i imaju mogućnost da stiču profit. Tradicionalna, binarna podela radnog prava dovela je do toga da samo lica koja obavljaju rad po osnovu ugovora o radu uživaju svu radnopravnu i socijalnopravnu zaštitu, dok oni koji rade na osnovu nekog drugog ugovora, kojim se ne zasniva radni odnos, tu zaštitu ne uživaju jer imaju mogućnost da kontinuirano zaključuju ugovore sa različitim klijentima ili poslodavcima, pa tako egzistencijalno ne zavise samo od jednog od njih.

Napredak tehnologije i nastanak novih oblika rada uticali su na to da danas, između ostalog, linija razgraničenja između podređenog rada (rada za drugog) i slobodnog rada nije više tako jasno vidljiva. Klasičan primer su „frilenseri”, lica koja svoje usluge pružaju na globalnom tržištu i obavljaju rad pomoću digitalnih tehnologija, ali se četo zanemaruju oni frilenseri čiji rad ima karakteristike podređenog rada i koji su ekonomski zavisni samo od jednog poslodavca, te njihov rad umnogome podseća na radni odnos. U ovom radu autor će analizirati izazove i teškoće uspostavljanja sveobuhvatnog i na literaturi utemeljenog pozitivnopravnog pojma frilensera. Osim toga, biće date i preporuke za prevazilaženje određenih problema sa kojima se domaći zakonodavac već susreo radeći na pripremi predloga zakona kojim se reguliše status frilensera.

Ključne reči: frilenser, radni odnos, digitalni rad, porezi i doprinosi.

1. Pojam frilensera

Na pitanje ko se sve smatra frilenserom nije lako dati odgovor, pre svega zbog toga što je sam taj pojam kolokvijalan i najčešće se odnosi na honorarne kvalifikovane radnike koji za različite klijente obavljaju plaćeni rad na određeno

* Redovni profesor Pravnog fakulteta u Kragujevcu, burdarevic@jura.kg.ac.rs

vreme.¹ Istovremeno, oni nisu uključeni u područje primene radnog zakonodavstva, ali se na njih, zavisno od okolnosti konkretnog slučaja, mogu primenjivati zakonske odredbe o radu van radnog odnosa, ali ne treba gubiti iz vida da jedan broj frilensera radi bez bilo kakvog ugovora o radnom angažovanju.²

Poslednjih decenija XX veka, potreba za organizacionim restrukturiranjem preduzeća, ali i smanjenjem troškova proizvodnje u vidu niže cene rada, uticala je na eksternalizaciju rada. Drugim rečima, pojedinim poslodavcima je bilo jeftinije da angažuju frilensere nego da zapošljavaju radnike po standardnim ugovorima o radu i time preuzmu obavezu da im obezbede sva prava iz radnog odnosa.

U početku su se frilenseri smatrali „radnicima bez granica”, zato što su svoje usluge pružali na globalnom tržištu.³ Većinu tih poslova obavljali su onlajn, putem računara ili veb-kamere i pomoću internet konekcije. Međutim, od samog početka, frilenseri su na globalnom tržištu nudili svoja specifična znanja i veštine koji su ih činili vrlo traženom radnom snagom. Za razliku od klasičnih preduzetnika, oni nisu na tržištu nudili „opipljive”, materijalne proizvode već ekskluzivna znanja i veštine u pojedinim delatnostima koje nisu mnogo rasprostranjene među radnicima koji rad obavljaju u standardnom radnom odnosu. S druge strane, liderstvo i organizacione i administrativne veštine frilenserima nisu bili posebno korisni.

Često se se pod pojmom „frilenser” smatra neko „ko radi na različitim projektima sa različitim kompanijama, ali nije u radnom odnosu sa kompanijom”⁴ ili „visokokvalifikovani samostalni samozaposleni radnik koji pruža određene usluge ili je uključen u aktivnosti intelektualne prirode”⁵

Ipak, u definisanju pojma frilenser treba poći od njegovih osnovnih elemenata. Prvo, to su samozaposlena lica koja nemaju pravo da zapošljavaju druga lica. Drugo, oni sami pronalaze poslove i takmiče se na globalnom tržištu rada, zbog čega je rizik njihovog poslovanja znatno veći u odnosu na domaće preduzetnike i domaća pravna lica. Situaciju otežava i činjenica da su pravni i ekonomski odnosi sa stranim klijentima često bez pismenih ugovora i pravne zaštite. Treće, frilenseri ne

¹ B. Urdarević, „Neka otvorena pitanja u pogledu radnopravnog statusa frilensera”, *Časopis za radno i socijalno pravo* 2/2022, 281–298.

² Na tom fonu je i Strategija razvoja sistema javnog informisanja u Republici Srbiji za period 2020–2025. (poznatija kao Medijska strategija), u kojoj se konstatuje da su svi frilenseri, novinari, novinarka i medijski radnici osobe koje se nalaze van radnog odnosa. S druge strane, u Medijskoj strategiji se priznaje da postoje i druge grupe radnika – onih koji rade na nesigurnim poslovima. Čini se da je neprihvatljivo poistovećivanje lica koje rade van radnog odnosa sa frilenserima jer u tu kategoriju ne spadaju oni medijski radnici koji rade za strane medije ili onlajn medije i portale koji su sve popularniji. Raznoliki su razlozi zbog kojih se neko lice opredeljuje da bude frilenser u oblasti novinarstva i uglavnom se odnose na slobodu odabira teme koju bi obrađivali, način plasiranja informacija kojom raspolažu, slobodu organizovanja radnog vremena, ali i auditorijuma kojem bi određeni sadržaj bio dostupan. Videti više u: B. Urdarević, *Izveštaj o položaju i pravima slobodnih novinara u Republici Srbiji, Slobodni novinari oslobođeni svih prava*, NUNS, Beograd 2021; M. Reljanović, *Analiza radnopravnog položaja novinara i medijskih radnika u Srbiji sa preporukama za unapređenje*, OEBS, 2021.

³ S. Tams, B. Michale Arthur, „New Directions for Boundaryless Careers: Agency and Interdependence in a Changing World”, *Journal of Organizational Behaviour* 31(5)/2010, 629–646.

⁴ Vid. više na: *FREELANCER | meaning, definition in Cambridge English Dictionary*.

⁵ Independent professionals, *Independent professionals | Eurofound (europa.eu)*.

rade za poslodavca već za više klijenata.⁶ Zavisno od toga šta čini sadržinu odnosa frilenser – klijent, nastaju i različiti pojavni oblici frilensinga.⁷ To dalje znači da je, imajući u vidu pravnu prirodu ugovora koji frilenseri zaključuju, u situaciji kada ugovor postoji, rad više obligacionopravnog nego radnopravnog karaktera, dok, s druge strane, postoji realna potreba da se ti radnici zaštite u procesu rada i steknu mogućnost da ostvaruju neka osnovna radna i socijalna prava.⁸ Četvrto, klijenti sa kojima frilenseri posluju nalaze se širom sveta, a međusobnu komunikaciju najčešće ostvaruju putem informaciono-komunikacionih tehnologija. U najvećem broju slučajeva njihovi klijenti nisu registrovani u državi rezidenta, odnosno lica koje obavlja rad, pa je tako naplata potraživanja frilensera vrlo nesigurna. Peto, frilenseri potpuno samostalno obavljaju rad u određenim delatnostima, pa nemaju tačno određeno radno vreme, ne uživaju određene poreske olakšice i sami su obveznici poreza i doprinosa.

Različite teorijske koncepcije pojma frilenser posledica su sveobuhvatnosti te kategorije radnika, ali i razlog zbog kojeg mnogi donosioci odluka zaziru od jasne zakonodavne intervencije. Na taj način se pojam frilenser najčešće koristi da se opišu najrazličitiji vidovi rada samozaposlenog lica, ali bez jasne pravne definicije.⁹ Primetno je da ni Međunarodna organizacija rada još uvek nije usvojila nijednu konvenciju ili barem preporuku kojom bi države članice bile obavezane ili određene standarde koji bi se odnosili na frilensere.¹⁰ Umesto toga, u Preporuci 198 izdvojene su dve grupe činjenica koje mnoge države koriste kao indikatore postojanja radnog odnosa. Prva je izvršavanje rada, a druga su naknade za rad koja pripada radniku. Državama je preporučeno da obezbede mehanizme koji će olakšati procesu postojanja radnog odnosa i da zakonima utvrde posebne indikatore postojanja radnog odnosa. Prema Preporuci 198, indikatori postojanja radnog odnosa su: (1) da se rad obavlja prema uputstvima i pod kontrolom druge strane, (2) da rad uključuje integraciju radnika u organizaciju preduzeća, (3) da se rad obavlja pretežno ili isključivo u korist drugog, (4) da se rad obavlja u određeno vreme ili na mestu rada koje je strana koja zahteva rad tačno odredila ili se sa njima saglasila, (5) da

⁶ Po analogiji, zaposleni se nalazi u ugovornom odnosu sa poslodavcem, izvršilac posla sa naručiocem posla, a frilenser sa klijentom. Zbog toga bi trebalo insistirati na korišćenju termina klijent, pre nego poslodavac, kada se govori o radnom angažovanju frilensera.

⁷ Prvo, klijent može da kontroliše način na koji frilenser obavlja posao i da mu plaća po radnom učinku. Osim novčane naknade, klijent mu ne obezbeđuje nikakva sredstva za rad već su ona u vlasništvu onoga ko rad obavlja (programer koji sedi kod kuće i radi na razvoju softvera). Drugo, klijent ne kontroliše način na koji frilenser obavlja posao već samo rezultat rada i plaća po obavljenom poslu. U tom slučaju, frilenser funkcioniše kao klasičan preduzetnik, ali pošto najčešće obavlja posao za stranog poslodavca koji nije registrovan u državi u kojoj frilenser radi, on ne ostvaruje nikakvu pravnu zaštitu pri naplati svojih potraživanja od klijenta (na primer, veb-dizajner koji radi na održavanju sajta). Treće, postoje i frilenseri koji ne rade za klijente, dakle ne pružaju usluge niti proizvode robu, već potpuno samostalno kreiraju određeni sadržaj na društvenim mrežama, a zarađuju od donacija, sponzorstava ili čak promovišu proizvode drugih kompanija navodeći svoje posetioce da kupe ili koriste njihove usluge (influenseri, kreatori onlajn sadržaja itd.).

⁸ M. Reljanović, J. Misailović, „Radnopravni položaj digitalnih radnika – iskustva evropskih zemalja”, *Strani pravni život* 3/2021, 410.

⁹ M. Freedland, *United Kingdom National Study for the ILO – Workers Protection*, 1999, 20.

¹⁰ I. Sekulović, „Rad frilensera u svetu i u Srbiji: mač sa previše oštrica?”, *Crveni alarm za radna prava*, Fondacija Centar za demokratiju, Beograd 2020, 118.

rad ima određeno trajanje i određeni kontinuitet, (6) da se od radnika zahteva da budu dostupni poslodavcu (7) da strana koja zahteva rad obezbeđuje alat, materijal i mašine.

Dakle, frilenseri, kao jedna vrsta samozaposlenih lica, obavljaju rad koji nije podređen. Upravo, ekonomska i pravna nezavisnost koju frilenseri uživaju nespoji-ve su sa radnopravnom zaštitom koja se obezbeđuje zaposlenima te i ne mogu biti predmet regulisanja radnog zakonodavstva. Međutim, u uporednom pravu se sve češće dovodi u pitanje opravdanost postojanja tzv. binarnog modela rada i sve više insistira na uvođenju još jedne, treće kategorije radnika – tzv. ekonomski zavisnih radnika, koji se nalaze između zaposlenog i samozaposlenog. Ta treća kategorija radnika ostvaruje pretežna sredstva za izdržavanje radeći kod jednog poslodavca, čime se približavaju zaposlenima, ali ih upravo to razlikuje od frilensera, koji istovremeno rade za veći broj klijenata. S obzirom na nove forme rada koje licima koja ih obavljaju pružaju značajan stepen samostalnosti u radu, sve više se zahteva priznavanje minimuma radnih prava svim radnicima, nezavisno od stepena autonomije koju uživaju na radu.

Treba konstatovati da ekonomski zavisni samozaposleni u većini država ne uživaju nikakvu ili značajniju zaštitu individualnih radnih prava. Međutim, postoje pojedini pravni sistemi u kojima su im priuštene određeni vidovi zaštite, i to na dva načina.

Prvi, njihovom asimilacijom u krug onih subjekata kojima je pružena radnopravna zaštita, te se na taj način tradicionalno uspostavljen binarni model proširuje za još jednu kategoriju radnika (Francuska).¹¹ Drugi, proširenjem pojedinih zaštitnih mera na ekonomski zavisna samozaposlena lica.¹² Drugi pristup ima dve podvarijante.¹³ Prva podvarijanta je da se u korist samozaposlenih lica predvide određene zaštitne mere na taj način što će se smatrati podgrupom samozaposlenih lica i što će im biti priznata određena prava u skladu sa kriterijumom ekonomske zavisnosti (Španija). U Španiji, ekonomski zavisna samozaposlena lica uživaju pojedine aspekte radnopravne zaštite i to: pravo na zaštitu od neopravdanog otkaza, uključujući i zabranu otkaza zbog trudnoće, bolesti ili povrede radnika, pravo na zaštitu prava pred specijalizovanim sudovima za rešavanje radnih sporova, dok profesionalne organizacije ekonomski zavisnih samozaposlenih imaju pravo na zaključivanje kolektivnih ugovora koji se primenjuju samo na članove tih organizacija.

Druga podvarijanta, je da se ekonomski zavisna samozaposlena lica izdvoje u posebnu kategoriju i da se radnicima koji obavljaju takav rad obezbedi posebna zaštita (Austrija, Slovenija). U Austriji jedina prava koja su obezbeđena ekonomski

¹¹ Taj pristup počiva na pretpostavci zavisnog rada u korist određenih profesija, kao što su novinari, umetnici itd.

¹² Taj pristup počiva na pretpostavci očuvanja binarnog modela radnog odnosa, ali da se u korist samozaposlenog obezbede pojedine zaštitne mere, na primer, zaštita od diskriminacije, mere bezbednosti i zdravlja na radu ili ograničenje radnog vremena.

¹³ A. Goldin, „Global conceptualizations and local constructions of the idea of labour law”, in: *The idea of labour law* (eds. Guy Davidov, Brian Langille), Oxford University Press, Oxford 2011, 76. Obe podvarijante su inspirisane potrebom očuvanja binarnog modela radnog odnosa i bojazni da će potpuno proširenje radnopravne zaštite na tzv. treću kategoriju ekonomski zavisnih samozaposlenih radnika oduzeti legitimitet radnom pravu.

zavisnim samozaposlenim licima jesu pravo na zaštitu pred sudovima za radne sporeve i pravo na zaštitu od diskriminacije. U Sloveniji ekonomski zavisna samozaposlena lica uživaju zaštitu od neopravdanog otkaza, uključujući i pravo na otkazni rok, pravo na isplatu naknade za rad koja mora biti jednaka naknadi za rad uporedivog zaposlenog te da ne odgovaraju za štetu prouzrokovanu običnom nepažnjom.¹⁴

S druge strane, nemačko pravo sadrži određene kriterijume prema kojima se utvrđuje ekonomska zavisnost samozaposlenog, pa su im u tom slučaju i priznata određena procesna prava: zaštita prava pred radnim sudovima, pravo na plaćeni godišnji odmor i odsustvo sa rada, bezbednost i zaštita zdravlja na radu, zaštita od seksualnog uznemiravanja na radu i socijalna sigurnost.¹⁵

Treba uočiti da, osim razlika koji postoje od jedne do druge države u pogledu obima i vrste zaštite ekonomski zavisnih samozaposlenih lica, ostvarivanje odgovarajuće zaštite prati veliki problem izostanka jasnih kriterijuma za selektivno proširenje područja primene radnog zakonodavstva.¹⁶

Predlog na kojem bi trebalo istrajati jeste stvaranje jednog čvrstog jezgra radnih i socijalnih prava koja bi bila priznata svim radnicima, nezavisno od prirode njihovog angažovanja, s tim što bi, osim toga, bile izdvojene i različite grupe prava koja bi se obezbeđivala samo pojedinim kategorijama radnika.¹⁷

Kao minimum trebalo bi obuhvatiti pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, pravo na ograničeno radno vreme, pravo na pravičnu naknadu za rad, pravo na obuku, pravo na zaštitu od nezakonitog prestanka radnog angažovanja, pravo na sindikalno organizovanje i kolektivno pregovaranje. Taj katalog prava bi trebalo proširiti pravom na minimalnu zaradu i pravom na informisanje o osnovnim aspektima rada, u skladu sa Direktivom 2019/1152 iz 2019. godine.¹⁸ Tekstom te direktive predviđene su obaveze za poslodavca koji ima nepredvidljiv obrazac rada da radnika obavesti o: činjenici da je radno vreme promenljivo, broju garantovanih plaćenih radnih sati i naknadi za rad obavljen tokom dodatnih radnih sati u odnosu na garantovane; referentnim satima i danima kada radnik može biti pozvan da obavlja posao; minimalnom periodu prethodnog obaveštenja na koje radnik ima pravo pre početka obavljanja nekog radnog zadatka i roku do kojeg poslodavac može otkazati radni nalog.¹⁹ Ta direktiva je važna jer proširuje krug zaštićenih lica i na one koji obavljaju rad u nekim od novih formi rada, ali i zato što priznaje minimalni katalog

¹⁴ L. Tičar, "Ekonomska odvisnost kot dejavnik varstva ali vir prekarnosti", *Študije o prekarnosti – Interdisciplinarni pogledi* (ur. Črt Poglajen, Metka Tekavčič, Aleksandra Kanjuo Mrčela, Danilo Türk), Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2020, 298–300.

¹⁵ N. Countouris, "The employment relationship: a comparative analysis of national judicial approaches", *The employment relationship: A comparative overview* (ed. Giuseppe Casale), Hart Publishing – International Labour Office, Oxford – Portland, Oregon – Geneva 2011, 43–44.

¹⁶ Na primer, u Holandiji ekonomski zavisni samozaposleni imaju pravo na minimalnu naknadu za rad i pravo na zaštitu za slučaj otkaza iz ekonomskih razloga. Isto vredi i za Sloveniju gde je ekonomski zavisnim samozaposlenim obezbeđena zaštita od diskriminacije i od neopravdanog otkaza (uz pravo na otkazni rok), kao i garantija isplate naknade za rad u visini koja odgovara naknadi za rad uporedivog zaposlenog.

¹⁷ Lj. Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2021, 90.

¹⁸ *EUR-Lex - 32019L1152 - EN - EUR-Lex (europa.eu)*.

¹⁹ Više u: Lj. Kovačević, „Predvidivost uslova rada kao pretpostavka delotvornog ostvarivanja radnih prava: osvrt na Direktivu (EU) 2019/1152”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2020, 1339–1362.

prava svim radnicima, što je u duhu koncepcije dostojanstvenog rada. Ipak, treba posebno imati u vidu da je implementacija direktive povezana sa rizikom isključivanja nemalog broja radnika sa nestandardnim oblicima zaposlenja iz kruga zaštićenih lica jer je državama članicama dopušteno da iz područja primene Direktive izuzmu zaposlene koji su angažovani na period kraći od 30 dana ili čije je radno vreme kraće od osam sati nedeljno. Budući da frilenseri nemaju utvrđeno radno vreme već imaju slobodu da se organizuju prema svojim potrebama, čini se da ta direktiva neće biti od prevelikog značaja, ako uopšte bude imala ikakav značaj za njih.

Osim te direktive, doneta je i Uredba 19/1150 o pravednim i transparentnim uslovima za poslovne korisnike usluga internet posrednika²⁰, koja se najvećim delom odnosi na platformski rad, ali koja kao korisnike usluga platformi prepoznaje samo lica koja obavljaju registrovanu privrednu delatnost, što znači da će najveći broj digitalnih radnika ostati izvan njene primene.²¹

Konačno, treba ukazati na oprez i činjenicu da priznavanje određenog broja radnih prava frilenserima može učiniti njihov rad „skupljim” i odvratiti buduće klijente od njihovog angažovanja te ih tako prevesti u sivu ekonomiju.

2. Frilenseri u Republici Srbiji – bez pojmovnog određenja

Do sada je u srpskom zakonodavstvu izostalo pojmovno definisanje frilensera te se na njih ne primenjuje radno zakonodavstvo, mada se, zavisno od okolnosti slučaja mogu primeniti zakonske odredbe koje se odnose na rad van radnog odnosa. Usled nejasnog pravnog statusa, ta lica susreću se sa velikim brojem problema iz oblasti poreskog prava.

Naime, prema članu 85. stav 5. tačka 2. Zakona o porezu na dohodak građana²², poreska osnovica za prihod od ugovorene naknade za izvršeni rad na koji se plaća porez samooporezivanjem jeste oporezivi bruto prihod koji je fizičko lice ostvarilo u kvartalu, umanjen za normirane troškove. Samooporezivanje frilensera se javlja u nekoliko slučajeva. Prvi je kada isplatilac nije pravno lice, preduzetnik ili preduzetnik paušalac već je rezident Republike Srbije koji ne obavlja registrovanu delatnost, te nije u obavezi da vodi računa o poreskoj obavezi lica koje ostvaruje prihode, a u skladu sa članom 100a. stav 1. tačka 2. Zakona o porezu na dohodak građana. Drugi je kada obveznik ostvaruje prihode u drugoj državi, ili iz druge države, a isplatilac prihoda ne obračuna i ne isplati porez.

²⁰ EUR-Lex - 32019R1150 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

²¹ Više u: D. Božičić, „Digitalne platforme i njihov uticaj na odnose povodom digitalnog rada”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2020, 453–466.

²² Zakon o porezu na dohodak građana, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - dr. zakon, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - ispr., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - odluka US, 7/2012 - usklađeni din. izn., 93/2012, 114/2012 - odluka US, 8/2013 - usklađeni din. izn., 47/2013, 48/2013 - ispr., 108/2013, 6/2014 - usklađeni din. izn., 57/2014, 68/2014 - dr. zakon, 5/2015 - usklađeni din. izn., 112/2015, 5/2016 - usklađeni din. izn., 7/2017 - usklađeni din. izn., 113/2017, 7/2018 - usklađeni din. izn., 95/2018, 4/2019 - usklađeni din. izn., 86/2019, 5/2020 - usklađeni din. izn., 153/2020, 156/2020 - usklađeni din. izn., 6/2021 - usklađeni din. izn., 44/2021, 118/2021, 132/2021 - usklađeni din. izn., 10/2022 - usklađeni din. izn., 138/2022, 144/2022 - usklađeni din. izn. i 6/2023 - usklađeni din. izn.

Primeru radi, prihod koji od stranog pravnog lica koje nije registrovano u Republici Srbiji ostvari fizičko lice – državljanin i rezident Republike Srbije po osnovu svog rada na teritoriji Republike Srbije, na osnovu ugovora o radu sa tim pravnim licem, ima poreski tretman drugog prihoda u skladu sa članom 85. Zakona o porezu na dohodak građana. Po tom osnovu se obračunavaju i plaćaju pripadajući doprinosi za obavezno socijalno osiguranje – doprinos za penzijsko i invalidsko osiguranje i doprinos za zdravstveno osiguranje. U slučaju da fizičko lice ostvari prihod od stranog pravnog lica koje nije registrovano u Republici Srbiji po osnovu ugovorene naknade od autorskih i srodnih prava i ugovorene naknade za izvršeni rad na koje se plaća porez samooporezivanjem, poreski organ rešenjem utvrđuje porez na te prihode ostvarene u periodu od 1. januara 2015. do 31. decembra 2022. godine.²³

Prema članu 6. stav 1. tač. 17. i 18. Zakona o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje²⁴, frilenseri spadaju u lica koja ostvaruju ugovorenu naknadu i plaćaju doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje i zdravstveno osiguranje, ali ne i doprinose za osiguranje za slučaj nezaposlenosti. Prema članu 28. tog zakona, osnovica doprinosa za lica koja ostvaruju ugovorenu naknadu je oporezivi prihod od ugovorene naknade u skladu sa zakonom kojim se uređuje porez na dohodak građana. Stopa doprinosa za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje iznosi 25 procenata, a za obavezno zdravstveno osiguranje 10,3 procenata.

U pogledu doprinosa, u čl. 37. i 38. Zakona o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje propisuje se najniža mesečna osnovica doprinosa koja iznosi 35 procenata od prosečne mesečne zarade isplaćene u Republici, odnosno ostvarene za prethodnih 12 meseci. Ukoliko je osnovica doprinosa za ugovorenu naknadu niža od propisane najniže mesečne osnovice, poreski obveznik obračunava doprinose ne vodeći računa o najnižoj mesečnoj osnovici, čime je položaj obveznika koji ostvaruje ugovorenu naknadu povoljniji nego ostalih poreskih obveznika.

Interesantno je da od svih pozitivnopravnih propisa u Republici Srbiji samo jedan „lakonski” uređuje koncept frilensera, a to je Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju.²⁵ U tom zakonu se ne koristi termin frilenser, već se u čl. 12. st. 1 tač. 3a u osiguranike samostalnih delatnosti ubrajaju i „lica koja rade na teritoriji Republike Srbije za stranog poslodavca, koji nema registrovano preduzetništvo u Republici Srbiji, kod koga za obavljen posao ostvaruju naknadu, a nisu osigurani po drugom osnovu”. To dalje znači da se staž osiguranja srazmerno utvrđuje tako što se iznos ugovorene naknade na koju se plaća porez u skladu sa posebnim zakonom²⁶

²³ Mišljenje Ministarstva finansija br. 011-00-511/2022-04 od 11. jula 2022.

²⁴ Zakon o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 - usklađeni din. izn., 8/2013 - usklađeni din. izn., 47/2013, 108/2013, 6/2014 - usklađeni din. izn., 57/2014, 68/2014 - dr. zakon, 5/2015 - usklađeni din. izn., 112/2015, 5/2016 - usklađeni din. izn., 7/2017 - usklađeni din. izn., 113/2017, 7/2018 - usklađeni din. izn., 95/2018, 4/2019 - usklađeni din. izn., 86/2019, 5/2020 - usklađeni din. izn., 153/2020, 6/2021 - usklađeni din. izn., 44/2021, 118/2021, 10/2022 - usklađeni din. izn., 138/2022 i 6/2023 - usklađeni din. izn.)

²⁵ Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 34/2003, 64/2004 - odluka USRS, 84/2004 - dr. zakon, 85/2005, 101/2005 - dr. zakon, 63/2006 - odluka USRS, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 - odluka US, 86/2019, 62/2021, 125/2022 i 138/2022.

²⁶ Zakon o porezu na dohodak građana, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – dr. zakon, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – ispr., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – odluka US, 7/2012 – usklađeni din.

deli najnižom osnovicom za plaćanje doprinosa koja važi u momentu uplate doprinosa.²⁷ Drugim rečima iznos ugovorene naknade koju ostvaruje frilenser, odnosno osiguranik iz čl. 12 st. 1 tač. 3a Zakona, deli se važećom najnižom osnovicom za plaćanje doprinosa i na osnovu te srazmere se određuje broj dana ili meseci staža koji osiguranik ostvaruje.²⁸ Po ispunjenju uslova, frilenseri kao osiguranici ostvaruju prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja, i to: pravo na starosnu, prevremenu starosnu, invalidsku penziju, novčanu naknadu za pomoć i negu drugog lica, novčanu naknadu za telesno oštećenje prouzrokovano povredom na radu ili profesionalnom bolešću i u slučaju smrti osiguranika pravo članova porodice na porodičnu penziju.

S druge strane, prema važećem Zakonu o zdravstvenom osiguranju²⁹, frilenseri mogu da budu osigurani samo po dva osnova: (1) kao lica koja obavljaju poslove po osnovu ugovora kod kojih se za izvršeni posao ostvaruje naknada, odnosno nagrada, i (2) kao preduzetnici. U prvom slučaju, imaju pravo na zdravstvenu zaštitu i pravo na naknadu troškova prevoza u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite, ali nemaju pravo na naknadu zarade za vreme privremene sprečenosti za rad. U drugom slučaju, imaju pravo na zdravstvenu zaštitu, naknadu troškova prevoza i pravo na naknadu zarade za vreme privremene sprečenosti za rad. Očigledno da je u oblasti zdravstvenog osiguranja neophodno urediti novu kategoriju osiguranika, po uzoru na onu iz Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, radi ujednačavanja pojmova.

U vezi sa tim, prema članu 83. Zakona o privrednim društvima, pod preduzetnikom se podrazumeva „poslovno sposobno fizičko lice koje obavlja delatnost u cilju ostvarivanja prihoda i koje je kao takvo registrovano u skladu sa zakonom o registraciji”³⁰ Već se uočava da su iz takve zakonske definicije izuzeta domaća poslovno sposobna fizička lica koja rade za stranog poslodavca koji nije registrovan u Srbiji i za to dobijaju naknadu. S druge strane, domaći Zakon o radu trenutno počiva na binarnom modelu radnog odnosa omeđenog između poslodavca i zaposlenog, gde se u skladu sa članom 5. stav 1. Zakona o radu³¹ pod pojmom zaposleni „smatra

izn., 93/2012, 114/2012 – odluka US, 8/2013 – uskl. din. izn., 47/2013, 48/2013 – ispr., 108/2013, 6/2014 – uskl. din. izn., 57/2014, 68/2014 – dr. zakon, 5/2015 – uskl. din. izn., 112/2015, 5/2016 – uskl. din. izn., 7/2017 – uskl. din. izn., 113/2017, 7/2018 – uskl. din. izn., 95/2018, 4/2019 – uskl. din. izn., 86/2019, 5/2020 – uskl. din. izn., 153/2020, 156/2020 – uskl. din. izn., 6/2021 – uskl. din. izn., 44/2021, 118/2021, 132/2021 – uskl. din. izn. i 10/2022 – uskl. din. izn.

²⁷ Najniža osnovica za uplatu doprinosu u 2021. godini iznosi 28.402 dinara.

²⁸ Na primer, ukoliko je oporezivi prihod od ugovorene naknade 30.000 dinara, a najniža osnovica za plaćanje doprinosa u 2021. godini 28.402 dinara, staž osiguranja iznosi 1,056 (30.000/28.402=1,056). Pri obračunu staža osiguranja mesec dana se računa kao 30 dana, tako da se 30 dana pomnoži sa 1,056 i dobije 31,68, što znači da osiguranik ostvaruje 31 dan staža osiguranja. Ukoliko je frilenser ostvario ugovorenu naknadu za obavljanje poslova po ugovoru koji se odnosi na precizno definisan vremenski period (na primer tri meseca), ostvaruje staž osiguranja najviše do dužine trajanja ugovora uz dodatni uslov da osnovica na koju se plaća doprinos bude najmanje jednaka iznosu najniže osnovice za svaki mesec trajanja ugovora. Vid. Mišljenje Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, r. 181-01-171 od 20. septembra 2021.

²⁹ Zakon o zdravstvenom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 25/19.

³⁰ Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021.

³¹ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US, 113/2017 i 95/2018 - autentično tumačenje.

fizičko lice koje je u radnom odnosu kod poslodavca”. Na taj način su sve ostale kategorije radnika koje obavljaju zavisan rad za drugog, ali bez zaključenog ugovora o radu, „ispale” iz radnopravne zaštite, iako na to struka već duže vreme ukazuje.

Konačno, budući da se sve teže pravi razlika između zaposlenih i samozaposlenih lica, pojedine države su razvile tzv. testove samostalnosti u oblastima poreskog i radnog prava. Tim putem je pošao i domaći zakonodavac koji je uveo test samostalnosti kroz Zakon o porezu na dohodak građana, uz nov način oporezivanja prihoda preduzetnika, u slučaju da se utvrdi njihova nesamostalnost u radu u odnosu na određenog nalogodavca. Na taj način su tim zakonom utvrđeni kriterijumi kojima bi trebalo da se utvrdi da li je ekonomska zavisnost preduzetnika od nalogodavca tolika da njegovi prihodi treba da podležu dodatnom oporezivanju.³²

3. Zaključak

Frilenseri su lica koja ne obavljaju poslove samo za jednog poslodavca i koji ne moraju da imaju kontinuitet. Oni svoje poslodavce često nalaze putem platformi – posrednika, ali i na druge načine. Najčešće rade sa više klijenata istovremeno, sa kojima zaključuju ugovor o delu ili ugovor o autorskom delu, a vrlo često rade i bez ugovora. To je trenutno najfleksibilniji oblik rada koji redefiniše postojanje subordinacije, nadzora nad radom radnika, radnog vremena te otuda frilenseri imaju najveću slobodu u ostvarivanju svojih radnih zadataka.

Ukoliko definišemo frilensera kao lice koje prima novčanu naknadu za pružanje usluga ili obavljanje nekog rada, bez ugovorne obaveze i dugoročnog trajanja i koje može svoje poslovanje da obavlja putem neke od digitalnih platformi, posrednika ili u direktnom kontaktu sa klijentom, dobićemo preširoku definiciju koju nećemo moći da obuhvatimo jednom propisom. Zbog toga je neophodno izvršiti definisanje dodatnih pojmova jer frilenseri mogu svoje poslovanje obavljati putem digitalne platforme, ali i bez nje.

Prema privremenom rešenju koje je uvedeno Zakonom o porezu na dohodak građana i Zakonom o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje, u prihode frilensera uključeni su prihodi po osnovu ugovorene naknade za izvršen rad, kao i autorskih i srodnih prava na koje se porez plaća samooporezivanjem. Samooporezivanje frilensera se javlja u slučaju kada su isplatilac prihoda i poreski obveznik rezidenti Republike Srbije, ali isplatilac prihoda ne obavlja registrovanu delatnost, pa nije u obavezi da vodi računa o poreskoj obavezi lica koje ostvaruje prihode.

Dugoročno, poreski tretman frilensera biće rešen tek uvođenjem sintetičkog globalnog poreza na dohodak koji bi se prilagodio ličnim primanjima poreskog

³² Na taj način se, između ostalog, pokušalo stati na put praksi da u sektoru informacionih i komunikacionih tehnologija radnici sa poslodavcem ne zaključuju ugovor o radu već se registruju kao preduzetnici, te sa poslodavcem zaključuju ugovore o pružanju usluga, jer su im porezi i doprinosi značajno niži od onih koji se plaćaju na zaradu. Više u: S. Jašarević, D. Božičić, „Kratka analiza domaćeg radnopravnog okvira sa osvrtnom na status digitalnih radnika (frilensera) i predlog rešenja za nacionalnog zakonodavca”, *Predvodnici promena na tržištu rada: prototipovi dostojanstvenog rada za Srbiju u digitalnom dobu*, (ur. Tanja Jakobi, Branka Anđelković), Centar za istraživanje javnih politika, Beograd 2020, 19–21.

obveznika, čime bi svi obveznici plaćali porez na ukupan ostvareni prihod. Do tada, neophodno je pojmovno definisati tu kategoriju radnika i njihov radnopravni status koji bi trebalo da bude osnova za njihov poreski tretman.

Literatura

- Countouris N., "The employment relationship: a comparative analysis of national judicial approaches", *The employment relationship: A comparative overview* (ed. Giuseppe Casale), Hart Publishing – International Labour Office, Oxford – Portland, Oregon – Geneva 2011, 43–44.
- Freedland M., United Kingdom National Study for the ILO – Workers Protection, 1999.
- Goldin A., Global conceptualizations and local constructions of the idea of labour law, *The idea of labour law* (eds. Guy Davidov, Brian Langille), Oxford University Press, Oxford 2011.
- Jašarević S., Božićić D., "Kratka analiza domaćeg radnopravnog okvira sa osvrtom na status digitalnih radnika (frilensera) i predlog rešenja za nacionalnog zakonodavca", *Predvodnici promena na tržištu rada: prototipovi dostojanstvenog rada za Srbiju u digitalnom dobu* (ur. Tanja Jakobi, Branka Anđelković), Centar za istraživanje javnih politika, Beograd 2020.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2021.
- Kovačević Lj., Predvidivost uslova rada kao pretpostavka delotvornog ostvarivanja radnih prava: osvrt na Direktivu (EU) 2019/1152, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2020.
- Reljanović M., Analiza radnopravnog položaja novinara i medijskih radnika u Srbiji sa preporukama za unapređenje, OEBS, 2021.
- Reljanović M., Misailović J., „Radnopravni položaj digitalnih radnika – iskustva evropskih zemalja”, *Strani pravni život* LXV, 3/2021.
- Sekulović I., „Rad frilensera u svetu i u Srbiji: mač sa previše oštrica?”, *2020: Crveni alarm za radna prava*, Fondacija Centar za demokratiju, Beograd 2020.
- Tams S., Michaele, B., „New Directions for Boundaryless Careers: Agency and Interdependence in a Changing World”, *Journal of Organizational Behaviour* 31(5)/2010.
- Tičar L., „Ekonomska odvisnost kot dejavnik varstva ali vir prekarnosti”, *Študije o prekarnosti – Interdisciplinarni pogledi* (ur. Črt Poglajen, Metka Tekavčič, Aleksandra Kanjuo Mrčela, Danilo Türk), Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2020.
- Urdarević B., Neka otvorena pitanja u pogledu radnopravnog statusa frilensera, *Časopis za radno i socijalno pravo* 2/2022.
- Urdarević B., Izveštaj o položaju i pravima slobodnih novinara u Republici Srbiji, *Slobodni novinari oslobođeni svih prava*, NUNS, Beograd 2021.

Bojan Urdarević, PhD

Full-time professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

SOME LEGAL ISSUES REGARDING THE DETERMINATION OF FREELANCES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Privatization, technological and organizational restructuring and regulatory changes in market contributed to the externalization of labour in recent decades. History of freelancing growth mentions that initially freelances was referred as „boundaryless worker” because freelances have no boundaries to get jobs and his client may belong to any part of the world.

Freelancers sell their professional knowledge and skills, which sets them apart from other entrepreneurs who sell tangible products or services. Also, to be successful, an independent professional needs different skill set then the average entrepreneur.

Under Serbian law the distinction between employees and freelance workers is of particular importance in determining the applicability of employment and labour laws, as well as the payment of social security contributions and the obligation upon the employer to deduct income tax. Employment law offers greater protection to an individual who is an employee in comparison with a freelance worker. Furthermore, employers are responsible for the payment of social security contributions and the deduction of income tax from an employee's salary.

In this paper, the author will analyse the challenges and difficulties that lead to the establishment of a comprehensive legal concept of freelancer. In addition to this, recommendations will be given to overcome certain problems that the domestic legislator has already encountered while working on the preparation of the law regulating the status of freelancers.

Key words: freelancer, employment relation, digital work, taxes and social contributions.

PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA PROTIV SRBIJE I ZABRANA DISKRIMINACIJE PO OSNOVU INVALIDITETA

Apstrakt

Predmet pažnje ovog rada je diskriminacija koja je u suštini svako nejednako postupanje ili neopravdano pravljenje razlike zasnovano na ličnom svojstvu određene osobe ili grupe osoba. U uvodu rada se najpre analiziraju struktura i značaj zabrane diskriminacije garantovane članom 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, a potom se posebno razmatra praksa Evropskog suda za ljudska prava na osnovu dve odabrane (novije) presude donete po pritužbama protiv Srbije zbog povrede zabrane diskriminacije po osnovu invaliditeta.

Ključne reči: Evropski sud za ljudska prava, diskriminacija po osnovu invaliditeta, presude protiv Srbije.

1. Uvod

Zabrana diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu: Konvencija) podrazumeva da se uživanje prava i sloboda predviđenih u Konvenciji obezbeđuje bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, povezanost s nekom nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.¹ Svrha člana 14. Konvencije je da se pojedinci zaštite od diskriminacije u uživanju (samostalnih) materijalnih, odnosno supstancijalnih prava garantovanih odredbama Konvencije i protokola koji joj pripadaju.² Činjenica je da nije reč o pravu na nediskriminaciju već da se član 14. primenjuje samo na uživanje prava koja su određena Konvencijom, drugim rečima, da je diskriminacija zabranjena samo u odnosu na ostvarenje nekog drugog njome garantovanog prava. Važno je istaći da se Konvencijom ne precizira način na koji će svaka država ugovornica

* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, scorac@jura.kg.ac.rs

¹ Osnove po kojima se zabranjuje diskriminacija u članu 14. Konvencije navedene su egzemplifikativno, a ne taksonomski, što Evropskom sudu za ljudska prava (Sud) daje mogućnost da utvrđuje diskriminaciju i po osnovama koje nisu sadržane u samom tom članu.

² Međutim, i pored nastojanja da se ni po jednom osnovu ne pravi razlika, Sud je u Belgijskom lingvističkom slučaju (v. *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, No. 1474/72 od 23. jula 1968) precizirao da se članom 14 državi ne zabranjuje da pravi određene razlike među svojim građanima i istakao je da određen stepen diferencijacije nije samo legitiman već ponekad i nužan da bi se ispravile već postojeće nejednakosti.

obezbediti poštovanje garantovanih prava, odnosno u konkretnom slučaju zabranu diskriminacije, već je to domen svake države pojedinačno.

Konvencija u Republici Srbiji ima rang potvrđenog i objavljenog međunarodnog ugovora³ i njene odredbe se neposredno primenjuju na pravne odnose, čime je Srbija preuzela obavezu da svakom licu pod svojom jurisdikcijom faktički osigura poštovanje garantovanih prava, pa i da zabrani diskriminaciju po bilo kom osnovu. Zabrana diskriminacije predstavlja i jedno od osnovnih načela Ustava Republike Srbije.⁴ Ustavne norme o zabrani diskriminacije Srbija je zakonski konkretizovala i operacionalizovala usvajanjem Zakona o zabrani diskriminacije, kojim je uređen opšti režim zabrane diskriminacije.⁵

Evropski sud za ljudska prava je u borbi protiv diskriminacije razvio značajnu praksu i definisao nove standarde, ali imajući u vidu ograničenja obima rada, razmatraju se dve novije odluke Suda donete po pritužbama protiv Republike Srbije zbog povrede zabrane diskriminacije po osnovu invaliditeta.

2. Presuda *Negovanović i ostali protiv Srbije*

Presuda *Negovanović i ostali protiv Srbije*⁶ odnosi se na diskriminaciju slepih šahista, osvajača medalja na značajnim međunarodnim šahovskim takmičenjima.⁷ Oni su u poređenju sa svim drugim sportistima i šahistima osvajačima sličnih priznanja iz Srbije, sa ili bez invaliditeta, bili izuzeti od određenih finansijskih koristi i nagrada za ostvarene rezultate, kao i njihovog formalnog priznanja.⁸ Podnosioci predstavlki su 2009. godine pokrenuli parnični postupak zbog diskriminacije protiv Republike Srbije. Tvrdili su, između ostalog, da su bili diskriminirani i obeštšaćeni u poređenju sa drugim sportistima ili igračima sa sličnim sportskim dostignućima. Osnovni sud u Novom Sadu je 2010. godine presudio u korist podnosilaca predstavlki.⁹ Nakon ulo-

³ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005.

⁴ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, kojim je u članu 21 utvrđeno da svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu bez diskriminacije (st. 2), te da je zabranjena svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta (st. 3).

⁵ Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009 i 52/2021.

⁶ *Case of Negovanović and Others v. Serbia*, No. 29907/16, 30022/16, 30322/16, 31142/16 od 25. 1. 2022, konačna od 20. 6. 2022, objavljena u *Službenom glasniku RS* 47/2022. Predstavku Evropskom sudu za ljudska prava podneli su Branko Negovanović, Sretko Avram, Živa Markov i Dragoljub Baretić. Sud je predstavke zbog sličnosti razmatrao zajedno i doneo jednu presudu.

⁷ Podnosioci predstavlki su između 1961. i 1992. godine kao deo nacionalnog tima osvojili brojne medalje za Jugoslaviju na šahovskim olimpijadama slepih.

⁸ U presudi je navedeno da je Republika Srbija 2006. godine donela Uredbu o nacionalnim priznanjima i nagradama za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta, kojom je, pod određenim okolnostima, predviđen nacionalni sistem priznanja i nagrađivanja koji se sastoji od počasne diplome, doživotne mesečne novčane naknade i jednokratne novčane isplate.

⁹ Naime, taj sud je (a) utvrdio da su bili diskriminirani u poređenju sa šahistima sa vidom i osvajačima paraolimpijskih medalja; (b) dosudio svakom podnosiocu predstavlke po 300.000 dinara, što je u to vreme iznosilo približno 2.995 evra (EUR), na ime pretrpljenih duševnih bolova u vezi s navedenim i štete nanete njihovoj časti

žene žalbe, Apelacioni sud u Novom Sadu je 2011. godine ukinuo osporenu presudu i naložio ponovno suđenje. Osnovni sud u Novom Sadu je iste te godine u ponovnom postupku delimično presudio u korist podnosioca predstavki, a nakon ponovne žalbe koju je uložila Republika Srbija, Apelacioni sud u Novom Sadu je 2012. godine preinačio osporenu presudu i doneo presudu koja nije bila u korist podnosioca predstavke. Taj sud je, između ostalog, naveo da šahovska olimpijada slepih nije bila među takmičenjima koja se navode u Uredbi o nacionalnim priznanjima i nagradama za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta. Dakle, taj sud je zauzeo stav da nije bilo diskriminacije s obzirom na to da je Ministarstvo omladine i sporta obavestilo o tome podnosiocu predstavki, da je država imala slobodu da izabere takmičenja koja je smatrala najvažnijim na osnovu popularnosti sporta, njegovog međunarodnog značaja i finansijskih resursa kojima raspolaže. Vrhovni kasacioni sud je 2013. godine odbio reviziju podnosioca predstavki, uz sličnu argumentaciju koju je dao i Apelacioni sud, koja se suštinski svodi na konstataciju da šahovska olimpijada slepih nije bila među takmičenjima navedenim u relevantnim propisima i da podnosioci predstavki stoga nisu imali pravo na nacionalna sportska priznanja, uz dodatnu argumentaciju da nije bilo dokaza da je bilo koji drugi slepi šahista ikada dobio takvu nagradu i da to takođe znači da nije bilo različitog tretmana ni među samim slepim šahistima.

Podnosioci predstavki su 2013. godine podneli žalbu Ustavnom sudu, koji je u odluci donetoj 2015. godine konstatovao da prema osporenim odlukama parničnih sudova podnosioci predstavki nisu pretrpeli diskriminaciju jer su osvojili medalje na takmičenjima koja nisu navedena u Uredbi o nacionalnim priznanjima i nagradama za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta.

Evropski sud za ljudska prava je u svojoj odluci konstatovao da je uskraćivanje finansijskih nagrada slepim šahistima diskriminatorno jer se one dodeljuju igračima sa vidom kao nacionalno sportsko priznanje nakon osvajanja međunarodnih odličja. U presudi se navodi da su – za razliku od drugih srpskih sportista sa invaliditetom i za razliku od šahista koji vide, a koji su postigli iste ili slične sportske rezultate – podnosiocima predstavke uskraćene određene novčane beneficije i nagrade za ostvarene rezultate, kao i formalno priznanje (počasna diploma), što, kako se navodi u odluci, negativno utiče na njihovu reputaciju. Sud je u toj odluci dalje utvrdio da ne postoji objektivno i razumno opravdanje da se podnosioci predstavki, odnosno četvorica slepih šahista, tretiraju drugačije zbog njihovog invaliditeta. Zaključak Suda je da nije bilo „objektivnog i razumnog opravdanja” za različit tretman podnosioca predstavki samo na osnovu njihovog invaliditeta i da je, shodno tome, prekršen član 14. u vezi sa članom 1. Protokola 12 uz Konvenciju.¹⁰

i ugledu, kao i zakonske zatezne kamate; (c) priznao da svaki podnositelj predstavke ima pravo na počasnu diplomu kao priznanje za svoja dostignuća i doživotnu mesečnu novčanu naknadu od 23. 10. 2009. godine, koja se sastoji od obračunatih i budućih beneficija, prva sa zakonskom zateznom kamatom, a druga sve dok su relevantni propisi predviđali takvu mogućnost; (d) naložio da se prvom, drugom i trećem podnosiocu predstavke isplati po 45.000 evra u dinarima na ime novčane nagrade za njihova dostignuća, sa domicilnom kamatom od 23. 10. 2009. godine; (e) naložio da se četvrtom podnosiocu predstavke isplati 60.000 evra u dinarima na ime jednokratne novčane nagrade, takođe sa važećom domicilnom kamatom od 23. 10. 2009. godine; i (f) dosudio podnosiocima predstavki 309.000 dinara na ime parničnog postupka, što je u to vreme iznosilo približno 3.085 evra.

¹⁰ U članu 1. Protokola 12 uz Konvenciju utvrđena je opšta zabrana diskriminacije u ostvarivanju svakog prava koje je predviđeno zakonom, tako što je u stavu 1. propisano da će se svako pravo koje zakon predviđa ostvarivati

3. Presuda Popović i ostali protiv Srbije

Presuda *Popović i ostali protiv Srbije*¹¹ takođe se tiče diskriminacije po osnovu invaliditeta. Naime, podnosioci predstavki su hendikepirani nesrećnim slučajem: padom sa visine, u pucnjavi iz vatrenog oružja i dvoje podnosilaca predstavki u saobraćajnoj nesreći. Njima je zbog stoprocentnog invaliditeta utvrđeno pravo na dodatnu negu i pomoć drugog lica u uvećanom iznosu. Podneli su tužbe (tada) Opštinskom sudu u Novom Sadu protiv Republike Srbije – Ministarstva rada, zapošljavanja i socijalne politike, sa zahtevom za naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova usled diskriminacije u odnosu na vojne invalide, koji dobijaju veće dodatke za negu i pomoć drugog lica i socijalna davanja, što podnosiocima kao civilnim invalidima nije dostupno. Njihove tužbe su prethodno pred nacionalnim sudom pravnosnažno odbijene sa obrazloženjem da pružanje većih socijalnih davanja jednoj kategoriji lica sa invaliditetom ne predstavlja diskriminaciju, imajući u vidu široko polje slobodne procene države da odlučuje o pitanjima socijalne politike.

Njihovi zahtevi da Evropski sud za ljudska prava utvrdi da su bili diskriminirani nisu urodili plodom. Naime, Sud je posebno utvrdio da opredeljenje Republike Srbije da u svom zakonu predvidi različite naknade za paraplegičare, zavisno od toga jesu li civilni ili vojni invalidi, nije bilo bez razumne osnove, odnosno da ima objektivno i razumno opravdanje. Zbog toga, prema stavu Suda, Srbija nije diskriminirala podnosiocima predstavke.

4. Test diskriminacije

Kada odlučuje o predstavkama koje se odnose na diskriminaciju iz člana 14. Konvencije Sud u praksi sledi utvrđenu metodologiju, odnosno tzv. test diskriminacije.¹²

Najpre, prvo pitanje koje Sud u tom testu koristi jeste da li okolnosti slučaja spadaju u polje jedne ili više drugih materijalnih odredaba Konvencije. Odnosno da li predstavka zbog diskriminacije spada u oblast jednog od prava zaštićenog Konvencijom i protokolima uz nju? To zapravo ukazuje na dopunsku, supsidijarnu prirodu odredbe člana 14, odnosno njenu „nesamostalnu pravnu egzistenciju”.¹³ Drugim rečima, iako je član 14 svrstan među odredbe kojima se garantuju supstancijalna prava, on nije samostalan i ne može se u postupku pred Sudom utvrditi samo povreda zabra-

bez diskriminacije po bilo kom osnovu, na primer po rasi, boji kože, veroispovesti, političkom i drugom uverenju, nacionalnom ili društvenom poreklu, povezanosti sa nacionalnim manjinama, imovini, rođenju ili drugom statusu, a u stavu 2. istog člana da javne vlasti neće ni prema kome vršiti diskriminaciju po osnovima koji su pomenuti u stavu 1.

¹¹ Case of *Popović and Others v. Serbia*, No. 26944/13, 14616/16, 14619/16, 22233/16 od 30. 6. 2020, konačna od 16. 11. 2020, objavljena u *Službenom glasniku RS* 37/2020. Predstavku Evropskom sudu za ljudska prava podneli su Dejan Popović, Josip Vlček, Miroslav Homa i Zvonko Nikolić. Sud je predstavke zbog sličnosti razmatrao zajedno i doneo jednu presudu.

¹² Ta metodologija precizirana je u predmetu *Rasmussen v. Denmark*, No. 8777/79 od 28. 11. 1984, § 28.

¹³ J. Omejec, *Zabrana diskriminacije u praksi Evropskoga suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2009, 886.

ne diskriminacije. Ta odredba ima instrumentalni karakter jer je područje njene primene ograničeno na materijalna konvencijska prava uređena u čl. 2–13. Konvencije i u odredbama pripadajućih protokola¹⁴ pa, ako je utvrđeno da je neka od tih odredaba prekršena, sud će razmatrati i kršenje zabrane diskriminacije iz člana 14. Konvencije ukoliko postoji očigledna nejednakost tretmana uživanja prava o kome je reč.

Sa tim u vezi, u presudi *Negovanović i ostali protiv Srbije*, Sud je, imajući u vidu pritužbu podnosioca predstavke da su žrtve diskriminacije po osnovu invaliditeta jer im, kao osvajačima medalja na šahovskoj olimpijadi slepih, nisu dodeljene iste finansijske beneficije koje je država dodelila osvajačima medalja na nekim drugim međunarodnim sportskim takmičenjima, smatrao da se sve pritužbe u tom slučaju moraju ispitati sa stanovišta člana 1. Protokola 12 uz Konvenciju.¹⁵

U presudi *Popović i ostali protiv Srbije* podnosioci predstavke su istakli povredu člana 14. Konvencije i/ili člana 1. Protokola 12 i člana 1. Protokola 1 uz Konvenciju,¹⁶ odnosno da ih je država diskriminisala u pružanju socijalnih davanja na ime invalidnosti, da su kao civilni invalidi dobili mnogo manji dodatak za pomoć i negu drugog lica nego vojni invalidi sa istim invaliditetom i da nisu imali pravo na ličnu invalidninu ili ortopedski dodatak.

Drugo pitanje na koje Sud daje odgovor u „testu diskriminacije” jeste da li je bilo razlike u tretmanu. Podnosioci predstavke, dakle, moraju dokazati da je postojala razlika u postupanju, a procena „različitog postupanja” uvek pretpostavlja upoređivanje nekoga sa nekim. Pritom nisu relevantne sve razlike u postupanjima već samo razlike u situacijama koje su uporedive, odnosno mora postojati razlika u tretmanu osoba u analognim ili relevantno sličnim situacijama.¹⁷ To ukazuje na dvodelnu strukturu koju

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Evropska konvencija o ljudskim pravima, Protokol 12, član 1:

1. Uživanje bilo kog prava utvrđenog zakonom biće obezbeđeno bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su pol, rasa, boja koža, jezik, vera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili bilo koji drugi status.

2. Niko ne sme biti diskriminisan od strane bilo kojeg javnog organa po bilo kom osnovu kao što su oni navedeni u stavu 1.

¹⁶ Evropska konvencija o ljudskim pravima, Protokol br. 1, čl. 1:

Svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava.

Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni.

¹⁷ Sud je u presudi *Negovanović i ostali protiv Srbije* istakao da se podnosioci predstavki kao slepi šahisti koji su svoje medalje osvojili na šahovskoj olimpijadi slepih, s jedne strane, i šahisti bez oštećenja vida koji su svoje medalje osvojili na šahovskoj olimpijadi, s druge strane, moraju posmatrati kao dve grupe lica koja se bave istom delatnošću, odnosno igranjem šaha, i, pored toga, kao dve grupe čiji su članovi stekli neka od najznačajnijih međunarodnih priznanja. Iz toga proizilazi da se slepi šahisti i šahisti sa zdravim vidom, u kontekstu ovog slučaja i u smislu sudske prakse Suda, moraju smatrati dvema grupama lica u analognim ili relativno sličnim situacijama.

U presudi *Popović i ostali protiv Srbije* Sud ističe da je prvo potrebno ispitati da li se podnosioci predstavke (kao civilni invalidi) i vojni invalidi mogu smatrati dvema grupama u analognim ili relevantno sličnim situacijama. Međutim, u kontekstu konkretnog slučaja, Sud ne smatra neophodnim da usvoji jasan stav o ovom pitanju, jer je u svakom slučaju, osporena razlika u postupanju imala cilj i razumno opravdanje. S tim u vezi, Sud konstatuje da je ono što je suštinski opravdavalo razliku u postupanju bio način na koji su navedene dve grupe pretrpele svoje povrede, odnosno, opredeljenje se baziralo na razlici u načinu nastanka invaliditeta. Vojni invalidi povređeni su u obavljanju dužnosti, što je uključivalo veći rizik i veće poteškoće u ostvarivanju naknade, dok su

treba slediti u okviru člana 14, pa je prvo pitanje kojim se treba baviti utvrđivanje da li su situacije u kojima se različito postupaju slične ili uporedive.¹⁸ Ukoliko jesu, odnosno samo ako jesu, drugo pitanje je da li je razlika u postupanju razumna i opravdana.

U presudi *Negovanović i ostali protiv Srbije* Sud je utvrdio da je postojala razlika u tretmanu podnosioca predstavke jer im država nije obezbedila najmanje jednu finansijsku korist, odnosno doživotnu mesečnu novčanu naknadu, koju bi dobili da su osvojili medalje na takmičenjima kao osobe sa vidom, a ne kao slepi šahisti.¹⁹ U presudi *Popović i ostali protiv Srbije*, pak, utvrđeno je da je razlika u tretmanu postojala, ali je, prema stavu Suda, ta razlika bila opravdana, a razliku u postupanju je opravdao, kako je pomenuto²⁰, način na koji su pomenute dve grupe lica pretrpele svoje povrede. Jednu grupu su činili vojni invalidi koji su zadobili povrede za vreme služenja vojne obaveze tokom koje su bili izloženi višem stepenu rizika i angažovanja u izvršavanju dužnosti nametnutih od države. Drugu grupu su, nasuprot tome, činili civili (u tu grupu spadaju podnosioci predstavke), koji su povrede pretrpeli u situacijama koje nisu povezane sa izvršavanjem takvih dužnosti već je njihov invaliditet izazvan nesrećama, bolestima ili postupcima trećih lica. Sud dalje konstatuje da je relevantna razlika u postupanju bila posledica njihovog različitog položaja i, s tim u vezi, obaveza države da im obezbedi naknade u većoj ili manjoj meri. To, prema stavu Suda, podrazumeva i neku vrstu moralnog duga vojnim invalidima kao odgovor države za „žrtvu”, odnosno izlaganje visokom riziku u vršenju dužnosti.

Sledeće pitanje u „testu diskriminacije” je da li je razlika u tretmanu razumna i opravdana. Ono logično sledi iz prethodnog i ukazuje na pomenutu dvodelnu strukturu odredbe člana 14. Konvencije. Razlika u tretmanu je, u smislu tog člana, diskriminatorna ako „nema objektivno i razumno opravdanje”, odnosno ukoliko se njome ne teži ostvarenju „legitimnog cilja” ili ako ne postoji „razuman odnos srazmernosti između primenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo”.²¹ Član 14. Konvencije je stoga povređen onda kad se jasno utvrdi da nema nikakvog razumnog odnosa srazmernosti između upotrebljenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo.²²

U presudi *Negovanović i ostali protiv Srbije*²³ Sud je u odgovoru na pitanje da li je postojalo objektivno i razumno opravdanje zauzeo stav da Republika Srbija nije pokazala zašto bi nesumnjivo značajna priznanja koja su podnosiocima predstavki, kao slepim šahistima, dodeljena bila manje „popularna” ili „međunarodno značajna” od sličnih medalja koje su osvojili šahisti koji nemaju oštećenje vida. Sud je, između osta-

civilni invalidi, kao što su podnosioci predstavke, povređeni u nesrećama i imali su pristup drugim beneficijama koje nisu nužno dostupne svim vojnim invalidima.

¹⁸ Kao što sudije Ravarani i Schukking konstatuju u zajedničkom saglasnom mišljenju u slučaju *Popović i ostali protiv Srbije* može se uporediti samo ono što je uporedivo, ističući da pitanje osnova poređenja postavlja Kelsen na sledeći način: „Reći da su dva slučaja slična znači samo tražiti da se isti podudaraju u određenim suštinskim tačkama” (H. Kelsen, *Theorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 1962). To, dalje navode, prema Perelman-u, stvara „problem vrednosti koje su razlike zanemarjive ili nisu zanemarjive za jednak tretman predmeta koji se razmatraju” (C. Perelman, „Egalite et valeurs”, *L'Égalite*, vol. 1, Travaux du centre de philosophie du droit de l'ULB, 1971).

¹⁹ *Case of Negovanović and Others v. Serbia*, § 81.

²⁰ Vid. napomenu 18.

²¹ *Case of Marckx v. Belgium*, No. 6833/74 od 13. 6. 1979, § 33.

²² *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, § 10.

²³ *Case Negovanović and Others v. Serbia*, § 85–92.

log, istakao da je u smislu doprinosa šaha razvoju i afirmaciji ugleda zemlje ravnopravan tretman slepih šahista i šahista bez oštećenja vida za slična dostignuća, i u srpskom zakonodavstvu i u praksi, mogao samo da doprinese unapređenju ugleda zemlje u inostranstvu i promociji inkluzivnosti u zemlji. Zaključak Suda je da je u konkretnom slučaju polje slobodne procene države značajno smanjeno i da je nije bilo „objektivnog i razumnog opravdanja” za različit tretman podnosilaca predstavki samo na osnovu njihovog invaliditeta. Shodno tome, došlo je do kršenja člana 1. Protokola 12.²⁴

U presudi *Popović i ostali protiv Srbije* Sud je, pak, zauzeo stav da je razlika u postupanju imala objektivno i razumno opravdanje, te da nije došlo do povrede člana 14. Konvencije u vezi sa članom 1. Protokola 1. Naime, prema mišljenju Suda, kada su u pitanju opšte mere ekonomske ili socijalne strategije, zbog direktnog poznavanja društva i potreba koje u društvu postoje, nacionalne vlasti su načelno u boljem položaju od međunarodnih sudija da procene šta je u javnom interesu. Sud će stoga uglavnom poštovati izbor zakonodavne vlasti, osim ako nije „očigledno bez razumne osnove”. U okolnostima tog predmeta Sud je smatrao da u izborima srpske zakonodavne vlasti, koji se odnose na različito postupanje u pogledu socijalnih naknada civilnih invalida i vojnih invalida, nije nedostajala takva razumna osnova te da su zasnovani na relevantnim i dovoljnim osnovama. Drugim rečima, razlika u postupanju prema dvema uporedivim grupama ima opravdanje, a razlog je već pomenuti moralni dug države prema vojnim invalidima. Osim toga, prema stavu Suda nije zanemarljiva ni činjenica da civilni invalidi imaju mogućnost da ostvare socijalna prava koja nisu dostupna vojnim invalidima. To je opredelilo Sud na zaključak da razlika u postupanju prema civilnim i vojnim invalidima u Zakonu o socijalnoj zaštiti i Zakonu o osnovnim pravima boraca, vojnih invalida i porodica palih boraca ima razumne osnove. Treba istaći da se to odnosi i na veće iznose za ista socijalna davanja i na pružanje različitih socijalnih davanja tim dvema grupama jer se sve svodi na mogućnost finansiranja takvih socijalnih davanja. Shodno tome, razlika u postupanju ne predstavlja diskriminaciju zabranjenu članom 14. Konvencije.

5. Zaključak

Razmatrane odluke *Negovanović i ostali protiv Srbije* i *Popović i ostali protiv Srbije* potvrđuju ustanovljenu praksu Suda da, kada raspravlja o predstavkama koje se odnose na diskriminaciju iz člana 14. Konvencije, sledi utvrđenu metodologiju odnosno tzv. test diskriminacije. Najpre, obe predstavke se odnose na povredu člana 14. Konvencije i povredu njenih drugih materijalnih odredaba. Potom Sud, sledeći „test diskriminacije”, u obe predstavke razmatra razliku u postupanju prema osobama u analognim ili relevantno sličnim situacijama jer je preduslov za diskriminaciju uporedivost, odnosno pitanje različitog postupanja, a samim tim i diskriminacije, ne pokreće se bez uporedivosti.

U presudi *Negovanović i ostali protiv Srbije* Sud je utvrdio da u kategoriju uporedivih mogu da se svrstaju šahisti bez i šahisti sa oštećenjem vida koji su osvajali

²⁴ Case *Negovanović and Others v. Serbia*, § 92.

medalje na značajnim sportskim takmičenjima. Prilikom ocenjivanja da li i u kojoj meri razlike u sličnoj situaciji opravdavaju različit tretman, Sud je utvrdio da je država diskriminisala slepe šahiste na osnovu njihovog senzornog oštećenja, bez obzira na njihova nesporna sportska dostignuća. Iz toga se može zaključiti da je nedvosmišlen stav Suda da u nacionalnim okvirima država ugovornica popularnost igre ili sporta i benefiti koji iz toga proizlaze ne smeju zavisiti samo od toga da li ga praktikuju osobe sa ili bez invaliditeta.

S druge strane, u presudi *Popović i ostali protiv Srbije* Sud je u kategoriju uporedivih svrstao civilne i vojne invalide, ali nije utvrdio postojanje diskriminacije zbog različitog tretmana, odnosno većih dodataka vojnim invalidima za negu i pomoć drugog lica i socijalnih davanja tim licima u odnosu na civilne. Naime, različiti tretmani su bili uslovljeni težnjom da se ostvari legitimni cilj, a to je da su veći izdaci za vojne invalide opravdani i da postoje sa razlogom u čijoj osnovi je nastanak invaliditeta (obavljanje dužnosti), pa i moralni dug prema tim licima, ali i nedostupnost vojnim invalidima drugih socijalnih davanja koja pripadaju civilnim invalidima. Zbog svega toga država, prema Stavu suda, u konkretnom slučaju nije odgovorna za kršenje člana 14. Konvencije.

Literatura

- Kelsen H., *Theorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 1962.
Omejec J., Zabrana diskriminacije u praksi Evropskoga suda za ljudska prava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2009;
Perelman C., *Egalite et valeurs, L'Egalite*, vol. 1, Travaux du centre de philosophie du droit de l'ULB, 1971.

Propisi i drugi akti

- Case of *Marckx v. Belgium*, No. 6833/74 od 13. 6. 1979.
Case of *Negovanović and Others v. Serbia*, No. 29907/16, 30022/16, 30322/16, 31142/16 od 25. 1. 2022, konačna od 20. 6. 2022, objavljena u *Službenom glasniku RS* 47/2022.
Case of *Popović and Others v. Serbia*, No. 26944/13, 14616/16, 14619/16, 22233/16 od 30. 6. 2020, konačna od 16. 11. 2020, objavljena u *Službenom glasniku RS* 37/2020.
Case of *Rasmussen v. Denmark*, No. 8777/79 od 28. 11. 1984.
Case Relating to *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, No. 1474/72 od 23. 7. 1968.
Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.
Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005.
Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009 i 52/2021.

**JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS AGAINST SERBIA
AND PROHIBITION OF DISCRIMINATION BASED
ON DISABILITY**

Summary

The subject of this paper is discrimination, which essentially means any unequal treatment or unjustified making of a distinction based on personal characteristics of a particular person or group of people. In the introduction, the paper firstly analyzes the structure and significance of the prohibition of discrimination guaranteed by Article 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and then specifically considers the practice of the European Court of Human Rights related to two (newer) selected judgments made following complaints against Serbia due to violation of the prohibition of discrimination based on disability.

Key words: European Court of Human Rights, discrimination based on disability, judgments against Serbia.

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U USTAVNOM PRAVU

PRESEDNIČKI SISTEM I PREZIDENCIJALIZAM U EVROPI**

Apstrakt

Predsednički sistem podele vlasti i prezidencijalizacija jesu pojmovi koji se uglavnom povezuju sa Sjedinjenim Američkim Državama, Latinskom Amerikom i Afrikom. Kao vid podele vlasti, predsednički sistem je nastao donošenjem Ustava SAD 1787. godine, a pokušaji „pravnog transplantovanja” tog ustavnog rešenja su se po pravilu završavali neuspehom – izrazitom prevagom izvršne naspram drugih grana vlasti, što se u delu literature označava kao „prezidencijalizam”. Ovaj isti termin se pak od strane drugih autora koristi i da označi svaki vid narastanja uloge predsednika republike u jednom sistemu, izvan onoga što je predviđeno teorijskim modelom balansa vlasti.

Kada je reč o Evropi, u njoj postoji svega nekoliko primera (pokušaja) implementacije predsedničkog sistema vlasti. Kiparska Republika i Republika Turska (od ustavnih amandmana iz 2017. godine) usamljeni su primeri njegove deklarativne primene. Postavlja se pitanje da li je posredi sistem kakav postoji u SAD, ili je i ovde reč o nekom vidu prezidencijalizacije. Takođe, primetno narastanje uloge predsednika republike u evropskim polupredsedničkim sistemima (posebno posle ustavnih promena u Rusiji 2020. i u Belorusiji 2022. godine) ostavlja prostor za razmatranje i analizu – da li je u tim državama posredi prezidencijalizacija u širem smislu, ili ne. U kontekstu navedenih dilema, autor pokušava da pruži jedan pregled trenutne situacije po pitanju (neadekvatnog) položaja predsednika Republike u više zemalja Starog kontinenta.

Ključne reči: predsednički sistem, prezidencijalizam, polupredsednički sistem, Evropa, Republika Turska, Kiparska Republika, ustavno pravo.

1. Uvod

Predsednički sistem podele vlasti predstavlja jednu od tekovina američke ustavnopravne tradicije i u toj zemlji se uspešno primenjuje sve od donošenja

* Naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, docent na Pravnom departmanu Državnog univerziteta u Novom Pazaru, miroslav.djordjevic@yahoo.com

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

Ustava 1787. godine pa do danas (naravno, uz niz modifikacija do kojih je vremenom dolazilo). Pravna istorija beleži brojne pokušaje pravne transplantacije ovog sistema, posebno u zemljama Latinske Amerike i Afrike, koji su se u praksi završavali izvitoperenjem – znatnom prevagom izvršne na račun drugih grana vlasti, te pretvaranjem predsedničkog sistema u tzv. prezidencijalizam. Pojmovi predsedničkog sistema i prezidencijalizma se u literaturi, po pravilu, ne vezuju i za Evropu, koja tradicionalno baštini parlamentarni sistem (u više njegovih varijanti), kao i polupredsednički sistem čiji se nastanak, po pretežnoj oceni doktrine, vezuje za Ustav Francuske V Republike iz 1958. godine (mada se možda kao takav može okarakterisati i još stariji Ustav Vajmarske Nemačke iz 1919. godine¹). Međutim, na „Starom kontinentu” danas ipak postoji nekoliko primera (pokušaja) implementacije predsedničkog sistema vlasti. Kiparska Republika i Republika Turska (od ustavnih amandmana iz 2017. godine) predstavljaju usamljene primere njegove (makar deklarativne) primene. Postavlja se pitanje da li su posredi predsednički sistemi u njihovoj „čistoj formi”, kakva se sreće u SAD, ili je i ovde reč proklamovanim predsedničkim sistemima iza kojih se u stvari krije prezidencijalizam.

O „prezidencijalizaciji” se u literaturi ponekad govori i u situacijama kada predsednik neke države koja ne pripada predsedničkom sistemu vlasti, pravno ili faktički ima tolika ovlašćenja da dolazi do ozbiljnog disbalansa u međusobnom odnosu vlasti. Kao primer se često navodi Ruska Federacija („iako ruski Ustav proklamuje ideju podele vlasti, u praksi predsednik ima i izvršna i zakonodavna ovlašćenja, što nosioca ove funkcije može učiniti daleko moćnijim od predsednika u predsedničkom sistemu, odnosno premijera u parlamentarnom sistemu”²), zatim Belorusija, ali i niz drugih evropskih zemalja polupredsedničkog sistema vlasti.

2. Predsednički sistem i jačanje egzekutive

Većina autora u pokušaju objašnjenja predsedničkog sistema vlasti tom zadatku pristupa deskriptivno. Čitalac se uglavnom upućuje na SAD kao model ovakvog sistema, naglašava se značaj sistema „kočnica i ravnoteža” („*checks and balances*”), a potom se opisuju pojedinosti njihovog funkcionisanja.³ Ima i drugih autora, koji ovome pristupaju konciznije⁴, pa tako valja pomenuti definiciju Đovanija Sartorija koji kaže da je „jedan sistem predsednički ako, i samo ako šef države (predsednik): 1) proističe iz narodnog izbora; 2) ne može mu tokom njegovog unapred utvrđenog mandata biti izglasano nepoverenje u parlamentu; 3) predsedava ili na drugi način upravlja vladama koje sam imenuje”⁵. Pritom, kako

¹ D. Simović, *Polupredsednički sistem*, Beograd 2008, 161.

² R. Albert, *Presidential Values in Parliamentary Democracy*, I-CON 2/2010, 226.

³ Tako npr. *Enciklopedija političke kulture*, Beograd 1993, 931; R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 183.

⁴ Pregled važnijih definicija vidi u: Darko Simović, Vladan Petrov, *Ustavno pravo*, Beograd 2018, 318–319.

⁵ Đ. Sartori, *Uporedni ustavni inženjering*, Beograd 2003, 105.

sam Sartori primećuje, sistem „*checks and balances*” nije vezan isključivo za predsednički sistem vlasti, već egzistira i van njega (u Ustavu Republike Srbije, koja spada u zemlje polupredsedničkog sistema⁶, navodi se da se „odnos tri grane vlasti zasniva na međusobnom proveravanju i ravnoteži”⁷).

Ideja podele vlasti je stara (njene preteče se nalaze u političkim i filozofskim učenjima, biblijskim i bliskoistočnim izvorima, grčkim i rimskim modelima vlasti, kao i u američkoj političkoj teoriji), ali nezaobilazna i dan danas kada se govori o modernom konstitucionalizmu.⁸ „Amerikanci su prilikom stvaranja Ustava SAD iz 1787. godine pretekli Francuze” u usvajanju Monteskejevog koncepta podele vlasti – smatra se da ga je ovaj Ustav najdoslednije primenio, stvorivši tako „predsednički sistem vlasti”, u kome ipak ne može biti reči o „čistoj” podeli vlasti, jer je tako nešto „prosto nemoguće”.⁹ Smatra se da su SAD primer „krute podele vlasti”, po sistemu da zakonodavna vlast pripada dvodomnom predstavničkom telu, sudska – sudovima, a čitava izvršna vlast predsedniku republike (po sistemu tzv. „hijerarhijske egzekutive”, na čijem vrhu je predsednik).¹⁰ Sistem „kočnica i ravnoteža” podrazumeva ovlašćenja nosilaca jedne vlasti prema drugoj, što dovodi do „delimičnog mešanja („*partial blend*”) grana vlasti u nadi očuvanja opšteg balansa vlasti.¹¹

Tako je Monteskejev teorijsko-filozofski koncept podele vlasti našao svoju praktičnu primenu u SAD. Tomas Flejner piše: „Medison i drugi ustavni oci su dedogmatizirali dogmu o podeli vlasti, koju Monteskeje verovatno nikada i nije rigidno razumeo, već je smatrao da se vlasti u državi organizuju institucionalno i lično. Državna vlast mora stoga biti podeljena na različite ličnosti, kao i na različite organe. Oni se moraju međusobno proveravati i deliti ovlašćenja druge vlasti, kao i imati nezavisna ovlašćenja za donošenje odluka. Dakle, dok predsednik ima pravo da sam bira članove svog kabineta i najviše zvaničnike, Senat mora odobriti njegov izbor. Kongres može koristiti opoziv da smeni predsednika i sudije Vrhovnog suda. S druge strane, predsednikovo pravo suspenzivnog veta može zakomplikovati zakonodavni proces u Kongresu, a Vrhovni sud može proglasiti zakone Kongresa neustavnim. (...) Nijedna od tri vlasti nije superiorna ili inferiorna u odnosu na druge. Državni suverenitet je zasnovan na sve tri vlasti istovremeno.”¹²

Ovlašćenja predsednika u Ustavu SAD su maglovita i uglavnom načelnog karaktera. Viševekovna praksa je ova ovlašćenja pak u znatnoj meri iskristalisala, a u doktrini se konstatuje da je, nasuprot prvobitnim strahovima očeva osnivača od

⁶ M. Đorđević, *Suspenzivni veto predsednika republike*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020, 139.

⁷ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021, čl. 4. st. 3.

⁸ R. Albert, 209.

⁹ D. Popović, *Comparative Government – In the Early Twenty-First Century*, Belgrade 2017, 30.

¹⁰ M. Đorđević (2020), 24.

¹¹ H. Bruff, “The President and Congress: Separation of Powers in the United States of America”, *Adelaide Law Review* 2/2014, 207–208.

¹² T. Fleiner-Gerster, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin – Heidelberg 1995, 331–332.

„tiranije parlamenta”¹³, postepeno dolazilo do širenja vlasti i sve veće dominacije predsednika republike. Ističe se takođe da to nije u nesaglasnosti sa Ustavom i njegovim ciljevima, pošto evolucija egzekutive u vodeću političku snagu predstavlja prirodan razvoj ustavnog poretka Sjedinjenih Država.¹⁴

Uopšte posmatrano, Smerdel je u pravu kada kaže da „moć, nezavisno od primene određenog sistema organizacije vlasti, ima tendenciju koncentracije u rukama egzekutive”.¹⁵ O težnjama za koncentracijom vlasti u rukama izvršne vlasti u Evropi pisalo se još pre jednog veka. Američki autor Čarls Martin, pišući o Vajmarskoj Nemačkoj, navodi da ona ima „distinktivne predsedničke, ali i parlamentarne attribute”, da Nemci nisu zadovoljni „pukom ceremonijalnom ulogom predsednika” te da „postoji svaki razlog za jakog predsednika u Nemačkoj: tradicija i sklonosti neće tek tako odumreti – godine autokratske vlasti zahtevaju jaku egzekutivu, Nemci vole da vladaju i vole da se njima vlada”.¹⁶ Vajmarski Ustav je tako predsedniku tadašnje Nemačke davao vrlo široka ovlašćenja¹⁷, a osim toga, na raspolaganju su mu stajala i posebno snažna ovlašćenja iz člana 48 Vajmarskog ustava, koja su predviđala da „sa ciljem vaspostavljanja javnog reda i sigurnosti”, on može preduzeti posebne mere, koje uključuju donošenje uredbi sa zakonskom snagom, upotrebu vojske, kao i ograničavanje i ukidanje niza važnih osnovnih prava.¹⁸

Interesantno je da je vrlo slično konstataciji pomenutog američkog autora Martina („Nemci vole da vladaju i vole da se njima vlada”) rezonovao i ruski predsednik Boris Jeljcin kada je za ruski Ustav rekao: „Neću poreći da su predsednička ovlašćenja po nacrtu Ustava značajna. Šta očekujete? Kako se možemo osloniti na parlament u zemlji koja je navikla na careve i vođe...”¹⁹. Slično je o razlozima za pojedina rešenja srpskog Ustava iz 1990. godine, poput neposrednog izbora predsednika Republike, pisao jedan od njegovih autora, Ratko Marković: „Svest građana, gotovo pola veka navikavana na jedan isti centar vlasti, htela je i da u novom poretku zna gde je sedište vlasti.”²⁰

3. Prezidencijalizam – terminološka kolebanja

Kada se govori o porastu snage predsednika republike u bilo kome od navedenih primera država i sistema podele vlasti, u literaturi se neretko koristi termin

¹³ R. Albert, 212–213.

¹⁴ V. Mikić, „Kritički osvrt na porast ovlašćenja američke izvršne vlasti”, *Pravni život* 12/2013, 745.

¹⁵ B. Smerdel, „Design and Operation of the Hybrid Presidency – Evaluation of the Power Sharing in the Croatian Top Executive”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2/2015, 187.

¹⁶ C. Martin, „Growth of Presidential Government in Europe”, *The American Political Science Review* 17/1923, 578–579.

¹⁷ Vid. Vajmarski Ustav Nemačke, čl. 41–49.

¹⁸ Sve to je otvorilo put nastajanju „predsedničke diktature, koja je bila podjednako nemoćna protiv nadolazeće opasnosti, pre svega u vidu NSDAP”. D. Hesselberger, *Das Grundgesetz: Kommentar für die politische Bildung*, Bonn 1996, 249–250.

¹⁹ S. Holmes, „Superpresidentialism and its Problems”, *East European Constitutional Review* 1/1994, 125.

²⁰ R. Marković, „Ka budućem Ustavu Srbije”, *Srpska politička misao*, posebno izdanje, 2017, 267.

„prezidencijalizam” ili „prezidencijalizacija”. Zato je sada važno ukazati i na izvestan terminološki problem, tj. nedoslednosti koji se po ovom pitanju javljaju.

Klasična, udžbenička definicija pojma prezidencijalizam (ujedno i preovlađujuća u našoj savremenoj literaturi), jeste ona koja pod prezidencijalizmom smatra „sistem koji proizlazi iz predsedničkog sistema, ali koji ne poštuje osnovni zahtev na kojem se taj sistem zasniva, a to je stroga podela vlasti”.²¹ Reč je o procesu koji „podrazumeva deformisanje institucionalne logike predsedničkog sistema u pravcu dominacije šefa države”.²² Ono što je indikativno u definicijama ova tri autora (Marković, Simović, Petrov), jeste da je reč o preteranom narastanju uloge predsednika, tj. distorziji njegovog položaja u *predsedničkom sistemu vlasti*. Branko Smerdel, s druge strane, ističe da „termin ‘polupredsednički sistem’ treba razlikovati od termina ‘prezidencijalizam’, sistema koncentrisane i personalizovane vlasti sa nizom varijacija, od ‘staljinističkog etatizma’ do latinoameričkog ‘kaudilizma’”.²³ Dok kaudilizam može, ali i ne mora biti sporan (sam pojam je širok i može obuhvatiti autoritarne režime iznikle na tlu deklarisanog predsedničkog sistema), uključivanje „staljinističkog etatizma” u takvo shvatanje nesporno proširuje pojam prezidencijalizma jer posredi uopšte nije reč o sistemu podela, već jedinstva vlasti. Takođe, kada se govori o proširivanju polja onoga što se može smatrati prezidencijalizmom, postoje i autori koji pod terminom prezidencijalizam podrazumevaju jačanje predsednika republike *per se*, nezavisno o tome da li je reč o predsedničkom ili kakvom drugom sistemu vlasti.²⁴

Sa druge strane, treba reći i da znatan broj autora pod pojmom „prezidencijalizam” podrazumeva prosto – predsednički sistem. Jezička logika takve upotrebe termina jeste: parlamentarni sistem – parlamentarizam, te stoga: predsednički sistem – prezidencijalizam. Korišćenje termina u ovom kontekstu je rašireno u literaturi na engleskom jeziku, ali se sreće i na našem govornom području.²⁵

4. Kiparska Republika

Kiparska Republika je primer evropske države koja nesporno već decenijama spada u kategoriju zemalja sa predsedničkim sistemom vlasti. Ova ostrvska država je 2004. godine postala članica Evropske unije, uprkos nerešenom

²¹ R. Marković (2014), 188.

²² D. Simović, V. Petrov, 320.

²³ B. Smerdel, 190.

²⁴ Na primer, V. Mikić, *Normativna analiza položaja predsednika Republike i forme prećutne prezidencijalizacije ustavnog uređenja u Republici Srbiji*, Centar za javno pravo, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladimir_Mikic8.pdf, 5. januar 2023; E. Simina Tanasescu, *The President of Romania or the slippery slope of political regime*, http://cachescan.bcub.ro/Simina_Tanasescu/Presidential_regime_of_Ro.pdf, 5. januar 2023.

²⁵ Na primer, Đ. Sartori; D. Boban, „Ustavni modeli polupredsedničkih sustava vlasti u Rusiji i Poljskoj”, *Anali hrvatskog politkološkog društva* 3/2006, 55–82; S. Orlović, Predsednik Republike: konstitucionalno-institucionalne dileme, *Godišnjak Fakulteta političkih nauka* 1/2015, 151–164; G. Tanasescu, “Romania and Russia, Cases of Semi-Presidentialism – The Problem of the Presidentialization”, *Romanian Review of Political Sciences and International Relations* 2/2014, 77–88.

teritorijalnom pitanju – postojanju takozvane „Republike Severni Kipar” na severoistočnom delu teritorije. Severni Kipar nije priznat kao nezavisna država ni od jedne države na svetu, osim Turske, a EU smatra da je Kipar u punom obimu svoje teritorije u Uniji, ali se (usled nepostojanja faktičkog suvereniteta na severoistoku) evropsko zakonodavstvo primenjuje samo na delu ovog ostrva, do konačnog rešavanja teritorijalnog spora.²⁶

Usled složene istorije etničkih konflikata ustavni okvir Kiparske Republike je umnogome strukturiran po nacionalnom ključu, slično rešenjima u Bosni i Hercegovini. Važeći Ustav je donet 1960. godine, a potom delimično revidiran 2013. godine. Međutim, za razliku od BiH kiparski sistem vlasti praktično nikada nije u potpunosti zaživeo, jer turski predstavnici od 1963. godine bojkotuju sve javne funkcije.

Po slovu Ustava, izvršnu vlast čine predsednik i potpredsednik Republike, kojima na raspolaganju stoji Savet ministara – sačinjen od sedam grčkih, kao i troje turskih ministara, koje zajednički imenuju predsednik i potpredsednik Republike (funkcija potpredsednika je rezervisana za turskog predstavnika). Predsednik i potpredsednik ministre mogu birati po sopstvenom nahođenju – ta lica ne moraju biti članovi predstavničkog tela. Ustav takođe po nacionalnom ključu propisuje da se turskom ministru mora poveriti ministarstvo finansija, odbrane ili spoljnih poslova (koja su očito označena kao strateška), te da se po ovom pitanju može uspostaviti i sistem rotacije.²⁷ Predsednik Republike je zadužen za izbor grčkih ministara, a potpredsednik – turskih. Sva izvršna vlast je tako koncentrisana u rukama predsednika i potpredsednika, a Savet ministara, sasvim u skladu sa načelima predsedničkog sistema, odgovara samo njima, ne i predstavničkom telu.²⁸

Kiparska Republika u domenu ovlašćenja predsednika Republike beleži još jedan ustavnopravni kuriozitet. Reč je o jednoj od svega nekoliko država na svetu u kojima i dalje postoji institut apsolutnog veta šefa države (najčešće se u tom kontekstu u literaturi pominje Indija). Nosioci prava veta u ovoj zemlji su predsednik, kao i potpredsednik Republike, a svaki od njih dvojice ima pravo ulaganja apsolutnog veta na sve zakone koji se tiču spoljnih poslova, odbrane ili sigurnosti (spisak svega što se pod ovime može podrazumevati naveden je u samom Ustavu²⁹), dok je za sve ostale zakone predviđen klasičan, suspenzivni veto (kontrastno i paradoksalno – u jednom veoma blagom vidu)³⁰. Ovakvo, neobično rešenje jeste deo pokušaja institucionalnog rešavanja etničkog problema koji u ovoj zemlji postoji.

Kako turski predstavnici bojkotuju sve javne funkcije, mesto potpredsednika je od 1963. godine upražnjeno (veto, pa tako i onaj apsolutni, praktično je samo u rukama predsednika), a ministri se ne biraju po nacionalnom ključu. Kiparska

²⁶ https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/country-profiles/cyprus_en, 5. januar 2023.

²⁷ Ustav Kiparske Republike, čl. 46.

²⁸ *Ibid.*, čl. 48. i 49.

²⁹ *Ibid.*, čl. 48, 49. i 57.

³⁰ M. Đorđević (2020), 94.

Republika je jedina članica Evropske unije u kojoj je predviđen predsednički sistem vlasti. Reč je nesporno o demokratskoj državi i nema indicija da je u ovoj zemlji došlo do prezidencijalizacije. Sa druge strane, ustavni okvir Kiparske Republike je donekle nedovršen, usled istorijskih razloga zakomplikovan nacionalnim ključem, te nije do kraja realizovan u praksi.

5. Turska

Važeći Ustav Turske je donet 1982. godine od strane vojne hunte, posle državnog udara koji su 1980. godine sprovele oružane jedinice te zemlje. Ustavnim amandmanima iz 1987, 1995, 2001, 2004. i 2010. godine promenjeno je više od polovine originalnog teksta koji se danas od strane doktrine karakteriše kao „preobiman, pisan teškim jezikom i mestimično nejasan”³¹. Izvornim tekstom Ustava bio je predviđen parlamentarni sistem, mada uz „neuobičajeno obimna ovlašćenja predsednika” i bez jasnog balansa kada je reč o funkciji predsednika Republike, koji je prvobitno biran posredno i nije imao dovoljan legitimitet naspram svojih ovlašćenja.³² Neposredan izbor predsednika je uveden ustavnim amandmanima iz 2007 godine, što je još dodatno osnažilo nosioce ove funkcije.

Pre ustavnih amandmana iz 2017. godine, koji će Turskoj i formalno doneti predsednički sistem vlasti, o potrebi revizije Ustava se argumentovano pisalo i u našoj literaturi, uz ukazivanje da je potrebno „da Ustav pretrpi važne izmene, prvenstveno zbog potrebe turskog društva da bude načinjen formalni raskid sa nasleđem vojne diktature i drugim autoritarnim elementima političkog uređenja te zemlje”³³. No istovremeno je iskazivana i bojazan da revizija može za svrhu imati ispunjenje pojedinačnih ili partijskih interesa, da snaženje ovlašćenja predsednika ne predstavlja samo po sebi proces koji bi trebalo da naiđe na osudu stručne i opšte javnost, ali i da se „najavljeno uvođenje predsedničkog sistema, koji predstavlja važan ustavotvorni cilj aktuelnog predsednika i parlamentarne većine, čini suvišnim i štetnim”³⁴.

Neuspeli pokušaj državnog udara od strana dela oružanih snaga 2016. godine samo je ubzao i osnažio težnje za prezidencijalizacijom sistema vlasti u Turskoj. Posle pokušaja puča uvedeno je vanredno stanje, a potom je raspisan i održan referendum na kome je 51,41% izašlih birača podržalo ustavne promene, uz ogromnu izlaznost od čak 85,43%, što govori o visokom interesovanju građana, ali i dubokoj podeljenost kada je reč o budućem političkom kursu ove zemlje. Demokratskost procesa je dovedena u pitanje već samom činjenicom da je referendum održan u uslovima vanrednog stanja, a mnogi međunarodni posmatrači, kao i Savet Evrope

³¹ V. Mikić, „Perspektiva prezidencijalizacije ustavnog sistema Turske”, *Strani pravni život* 2/2016, 89–92.

³² M. Heper, M. Cinar, „Parliamentary Government with a Strong President: The Post 1989 Turkish Experience”, *Political Science Quarterly* 4/1996, 490–491, 501.

³³ V. Mikić (2016), 100.

³⁴ *Ibid.*

su konstatovali da je pored čitavog niza nepravilnosti celu kampanju karakterisala izrazita neravnopravnost strana, te da „dve strane (‘da’ i ‘ne’) nisu imale jednake mogućnosti da predstave svoje argumente biračima.³⁵ Ustavni amandmani su pak usvojeni, stupili na snagu i doneli Turskoj predsednički sistem vlasti, makar deklarativno.

Doktrina se međutim prema ovim promenama neretko postavlja vrlo kritički: „Turska verzija plebiscitarnog predsedničkog sistema uključuje u osnovi: 1) institucionalizaciju vrhovne vlasti predsednika, te shodno tome sublimaciju kulta ličnosti u politici; 2) eroziju konstitucionalizma eliminacijom/suspendovanjem podele vlasti; 3) potiskivanje moći posredničkih institucija, uključujući političke stranke, državnu birokratiju, sindikate itd.; 4) uvođenje strateškog legalizma; 5) pretvaranje izbora u puko odobravanje poverenja lideru, i konačno; 6) pretvaranje javnosti u posmatrača, te jačanje uloge kolektivne aklamacije u politici”³⁶

Ustavnim amandmanima se predviđa da je predsednik Republike šef države i da njemu pripada celokupna izvršna vlast.³⁷ On ima pravo da imenuje jednog ili više potpredsednika, postavlja i smenjuje ministre, uvede vanredno stanje (uz odobrenje parlamenta), raspusti parlament (uz istovremeno održavanje i predsedničkih izbora), imenuje čitav niz najviših zvaničnika, čak 12 od 15 sudija Ustavnog suda, predlaže budžet itd.³⁸ Ovako postavljena funkcija predsednika možda i ne bi morala nužno voditi prezidencijalizaciji da je reč o zemlji razvijene demokratske i političke kulture. Kako to pak nije slučaj, turski autori ocenjuju da je „novi politički režim osmišljen tako da vlast suverene diktature može vršiti predsednik koji ima vanrednu vlast bez ikakvih zakonskih ograničenja trajno na raspolaganju, posebno kada je postojeći ustavni poredak u opasnosti, posmatrano iz njegove perspektive”³⁹

Dakle, izvesno je da je u Turskoj posredi prezidencijalizam u jednoj specifičnoj varijanti. Uvođenje predsedničkog sistema amandmanima iz 2017. godine nije za cilj imalo postizanje ekvilibrijuma vlasti, sistema kočnica i ravnoteža ili nešto tome slično, već je izvesno da je posredi bila želja za konsolidacijom i konstitucionalizacijom dominacije vladajućeg režima i predsednika Republike. To pokazuju kako odredbe amandmana, tako i način i ambijent sprovođenja ustavne revizije. Iako je, institucionalno posmatrano, zaista reč o predsedničkom sistemu vlasti, ne bi se moglo reći da je došlo do njegovog „izvitoperenja”, već pre da je intencija ustavnih promena u startu bila takva da se sva efektivna vlast jasno koncentriše u rukama predsednika Republike, preko mere koja je karakteristična za „čisti” predsednički sistem.

³⁵ <https://pace.coe.int/en/news/6596/turkey-s-constitutional-referendum-an-unlevel-playing-field>, 5. januar 2023.

³⁶ Z. Yilmaz, „Erdoğan’s presidential regime and strategic legalism: Turkish democracy in the twilight zone”, *Journal of Southeast European and Black Sea Studies* 20 (1), 11. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14683857.2020.1745418>, 5. januar 2023.

³⁷ Ustav Turske, čl. 104.

³⁸ *Ibid.*, čl. 104, 106, 119, 146, 161.

³⁹ Z. Yilmaz, 15.

6. Evropa, polupredsednički sistem i prezidencijalizam

Posle pada Berlinskog zida i nekadašnjeg Istočnog bloka, te prelaska bivših socijalističkih država na ustavnost liberalno-demokratske tradicije, javio se čitav niz izazova kad je reč o ustavnoj arhitekturi i uređenju sistema vlasti ovih zemalja. Težnja za koncentracijom vlasti u rukama egzekutive bila je u velikoj većini prisutna makar u startu (pod geslom „naviknutosti naroda na čvrst režim”, o čemu je bilo reči), a u pojedinim se zadržala i do dan danas. Rešenje je uglavnom traženo u raznim vidovima polupredsedničkog sistema, u manjoj ili većoj meri baziranim na modelu Francuske V Republike. Takođe, postojala je snažna dominacija političkih aspiracija naspram ideje implementacije ustavnopravne doktrine. Primera radi, u literaturi se ističe da su ustavna rešenja položaja i uloge predsednika u Poljskoj, Mađarskoj i Bugarskoj bila prosto predmet trgovine: „ustavnopravni argumenti o ulozi predsednika u sistemu kočnica i ravnoteža su igrali veoma malu ulogu, umesto toga funkcija predsednika je kreirana prema modelu koji bi odgovarao konkretnoj osobi/pretendentu”.⁴⁰

Čak i kada je sam ustavni okvir bio takav da predviđa izbalansiran međusobni odnos vlasti, neretko su političke okolnosti (u Poljskoj npr. izrazito fragmentisan parlament) bivale takve da su pogodovale težnjama ka jačanju funkcije predsednika. Poljski predsednik Leh Valensa je tako „neprestano nastojao da ima odlučujuću reč u vođenju državne politike”⁴¹, tenzije na relaciji predsednik – premijer su bile posebno izražene u sferi međunarodnih odnosa i odbrane⁴², a Valensa se takođe aktivno mešao kada je u pitanju izbor ministara iz ova dva resora.⁴³ Na ovakve tendencije ponekad nisu bile imune ni države koje su se opredelile za čist model parlamentarnog sistema, sa krajnje svedenom ulogom predsednika republike. U literaturi se navodi da je Arpad Genc, prvi predsednik Mađarske posle sloma socijalizma, tokom svog prvog mandata izraženim „predsedničkim aktivizmom” ispitivao granice svoje moći u odnosu na vladu, da bi sa ovakvim težnjama u svom drugom mandatu prestao, te time trasirao praksu koju će nastaviti svi naredni predsednici Mađarske.⁴⁴

Težnje za koncentracijom vlasti u rukama egzekutive, posebno predsednika Republike, bile su najizraženije u državi naslednici Sovjetskog Saveza – Ruskoj Federaciji. Već u vreme donošenja ruskog Ustava zapadni naučnici se

⁴⁰ J. Elster, „Bargaining over the Presidency”, *East European Constitutional Review* 4/1993, 95.

⁴¹ D. Simović, 255.

⁴² P. Sula, A. Szumigalska, „The Guardian of the Chandelier or a Powerful Statesman? The Historical, Cultural and Legislative Determinants of the Political Role of the President of Poland”, in: *Presidents above Parties? Presidents in Central and Eastern Europe, Their Formal Competencies and Informal Power* (ed. Vít Hloušek), Brno 2013, 113; M. Kasapović, „Parliamentarism and Presidentialism in Eastern Europe”, *Politička misao* 5/1996, 132. Koreni nesporazuma o granicama vlasti predsednika datiraju još od pre donošenja Malog ustava. Kada je 1990. godine Leh Valensa izabran za predsednika, norme koje su tu funkciju uređivale namerno su ostavljene nejasnim, kako bi se mogle tumačiti u skladu sa političkim potrebama. John Elster, 96.

⁴³ M. Đorđević (2020), 116.

⁴⁴ P. Köker, *Veto et peto: Patterns of Presidential Activism in Central and Eastern Europe*, doktorska disertacija University College London, London 2015, 227.

veoma kritički postavljaju prema uređenju koje on predviđa: „Umesto da stvo-ri institucionalno uređenje u kome su ovlašćenja i sledstveno odgovornost rav-nomerno raspoređeni, Ustav koncentriše vlast u rukama predsednika.”⁴⁵ Stiven Holms, inače autor koji ruski sistem vlasti karakteriše kao „superprezidencija-lizam”, ističe: „Zakonodavna i izvršna funkcija su fuzionisane, pošto predsednik ima pravo donošenja ukaza; štaviše sistem kočnica i ravnoteža funkcioniše samo u korist predsednika jer on ima pravo suspenzivnog veta, kao i pravo da raspusti skupštinu, a ova pak nema načina da blokira akte predsednika.”⁴⁶ Holms doduše kasnije u svom radu navodi da dekreti predsednika ne smeju biti u suprotnosti sa federalnim zakonima, ali i da ne postoji efikasan mehanizam koji bi to mogao da spreči. Što se tiče mogućnosti zakonodavnog tela da u takvim slučajevima spor iznese pred Ustavni sud, ovaj autor iskazuje sumnju da u ovim slučajevima Ustav-ni sud „ima dovoljno političke snage ili nezavisnosti” da pitanje razreši.⁴⁷ Ruski polupredsednički model pokazivao je od samog starta značajna odstupanja od svog francuskog uzora, a najveće razlike su primetne upravo u domenu ovlašće-nja predsednika Republike. Ričard Albert piše: „Na primer, ruski predsednik, za razliku od francuskog, ima i pravo zakonodavne inicijative i pravo suspenzivnog veta; ruski predsednik ima ovlašćenje da otpusti čitavu vladu; a u slučaju izglasa-vanja nepoverenja predsedniku vlade do njenog raspuštanja će doći tek ukoliko se predsednik saglasi sa odlukom zakonodavnog tela, ili ukoliko parlament u po-novnom glasanju ostane pri svojoj odluci.”⁴⁸

Ustavni amandmani iz 2020. godine su, pored više značajnih proširenja predsedničkih nadležnosti, kao jedan od svojih ciljeva imali i otklanjanje prepre-ka trenutnom predsedniku da čak u još dva mandata ostane na toj funkciji. Nai-me, dosadašnja odredba koja je onemogućavala više od dva konsektivna izbora na mesto predsednika Republike je zamenjena odredbom po kojoj „niko više od dva puta ne može biti izabran na mesto predsednika Ruske Federacije”, ali uz suštinski dodatak: „da ova odredba ne vezuje osobu koja se u momentu stupanja amandmana nalazi na funkciji predsednika.”⁴⁹ Ovime je trenutnom predsedniku Vladimiru Putinu omogućeno da se kandiduje na izborima 2024, kao i onima 2030. godine, čime mu je praktično data (teorijski posmatrano) mogućnost da bude predsednik Ruske Federacije sve do 2036. godine (prethodni mandati su sada u očima Ustava – poništeni).⁵⁰

Nedavnim ustavnim amandmanima (iz 2022. godine) ojačan je i pred-sednik Republike u Belorusiji. Posle niza opozicionih protesta 2020. i 2021. godine najavljena je, a potom i sprovedena revizija Ustava sa dva jasna poli-

⁴⁵ E. Walker, „Politics of Blame and Presidential Powers in Russia's New Constitution”, *East European Constitu-tional Review* 4/1993, 116.

⁴⁶ S. Holmes, 123.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ R. Albert, 226.

⁴⁹ <http://en.kremlin.ru/acts/news/62988>, 5. januar 2023.

⁵⁰ S. Belov, The Content of the 2020 Constitutional Amendments in Russia, <https://blog-iacl-aidc.org/2021-post-s/2021/04/01-constitutional-amendments-in-russia-content-llnf7>, 5. januar 2023.

tička cilja – učvršćivanjem funkcije predsednika Republike i obezbeđivanjem („osiguranjem”) lične pozicije predsednika Lukašenka (davanjem doživotnog imuniteta) sa jedne strane, kao i napuštanjem statusa „nuklearno neutralne zemlje”, sa druge.⁵¹ O ustavnim amandmanima se oglasila i Venecijanska komisija, samoinicijativno i bez mogućnosti pribavljanja dodatnih obaveštenja od beloruske strane, pošto su vlasti ove zemlje odbile svaku saradnju. Kritikovano je pre svega način na koji se pristupilo radu na ustavnoj reformi, prevashodno iz razloga jer je, suprotno odredbama važećeg beloruskog Ustava, ovaj posao poveren Ustavnoj komisiji i Radnoj grupi (koje je osnovao predsednik Republike), a ne predstavničkom telu – parlamentu. Zaključuje se i da proces nije bio niti transparentan, niti inkluzivan. Po pitanju predsedničkih ovlašćenja se konstatuje da „amandmani omogućavaju sadašnjem predsedniku da ostane u središtu državne moći i čini se da je njegova lična pozicija još više ojačana, s obzirom na to da neki predloženi amandmani predstavljaju individualno skrojena pravila i mere zaštite usmerene na očuvanje postojećeg stanja stvari”.⁵² Dalje se ističe da „i dalje postoji suštinska zavisnost vlade od predsednika koji, na primer, imenuje premijera (uz prethodnu saglasnost Predstavničkog doma) i druge ministre; može samoinicijativno smeniti vladu koja mu je „odgovorna”; i može opozvati akte vlade. Predsednik zadržava kontrolu nad parlamentom koji i dalje ostaje slaba institucija, a koju predsednik može raspustiti na širokim osnovama”.⁵³ Zaključuje se prosto da ustavna reforma u ovoj zemlji ne doprinosi rešavanju problema izraženog disbalansa vlasti (u korist predsednika Republike), koji postoji i u skladu sa ustavnim okvirom pre donošenja amandmana.

Još jedna bivša sovjetska republika o kojoj se u literaturi često govori u svetlu preteranog narastanja uloge predsednika države jeste Ukrajina. Reč je o zemlji polupredsedničkog sistema vlasti sa snažnim ovlašćenjima predsednika⁵⁴, u kojoj je pak bilo pokušaja da se ta vlast svede na uravnoteženije okvire. Kontinuirana politička nestabilnost i snažna politička podeljenost u ovoj zemlji su otežavali takva nastojanja. Uz nekoliko revizija, na snazi je i dalje Ustav iz 1996. godine. Venecijanska komisija ocenjuje da je „u praksi ovaj Ustav rezultirao koncentracijom vlasti u rukama predsednika Republike, kao i konstantnom konfrontacijom na liniji legislativa-egzekutiva”.⁵⁵ Ustav je revidiran 2004. godine, donošenjem amandmana koji su „dali jak impuls da se predsedničko-parlamentarni sistem

⁵¹ <https://www.dw.com/en/belarus-lukashenko-tightens-grip-in-referendum/a-60940398> i <https://www.iiss.org/blogs/analysis/2022/02/belarus-seeks-to-amend-its-constitution-to-host-russian-nuclear-weapons>, 5. januar 2023.

⁵² Venecijanska komisija, *Mišljenje o ustavnoj reformi u Belorusiji, usvojeno na 130. plenarnoj sednici (18-19. mart 2022.)*, CDL-AD(2022)008.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Primera radi, njegov suspenzivni veto za svoje obaranje zahteva čak 2/3 većinu u ponovnom glasanju u parlamentu, što više nalikuje predsedničkom sistemu, mada postoje izuzeci - M. Đorđević, 127.

⁵⁵ Venecijanska komisija, *Mišljenje o ustavnoj situaciji u Ukrajini, usvojeno na 85. plenarnoj sednici (17-18. decembar 2010.)*, CDL-AD(2010)044, tač. 12.

reformiše u pravcu parlamentarnog”, ali su ovi amandmani (u iz više aspekata posmatrano veoma kontroverznom postupku) stavljeni van snage 2010. godine odlukom Ustavnog suda, kao neustavni.⁵⁶ Amandmani su četiri godine kasnije ipak vraćeni na snagu (novim glasanjem u parlamentu). 2019. godine je Ustav ove zemlje ponovo izmenjen kako bi se u njega kao strateški cilj unelo približavanje i članstvo u EU i NATO⁵⁷, a potom i (između ostalog) unela i dodatna ovlašćenja predsednika. Prostora za konstataciju da je posredi prezidencijalizam u širem smislu ima, ali kako na teritoriji ove zemlje u momentu pisanja ovih redova nažalost i dalje traje ratni sukob sa susednom Ruskom Federacijom, svaka dalja analiza trenutno važećeg ustavnog okvira Ukrajine, tj. sistema vlasti (i posebno njegove realne manifestacije u praksi) u ovoj zemlji je bezpredmetna.

Konačno, kada se govori o zemljama nekadašnjeg Istočnog bloka u kontekstu jačanja uloge predsednika republike, treba pomenuti i pojavu da do snazhenja šefa države može doći i faktičkim putem. Nepredvidljivost realne snage predsednika, koja može, ukoliko su ispunjene određene političke pretpostavke, praktično višestruko nadmašiti ustavnim rešenjem zacrtanu ulogu predsednika, najčešće je posledica kombinacije nedovoljno zrele demokratske kulture i (ne)postojanja eksplicitne zabrane članstva u političkoj stranci. Kako je još početkom devedesetih godina ukazao Pavle Nikolić na primeru Francuske, brojni su primeri zemalja u kojima stranačka pripadnost nema osetne posledice na balans grana vlasti, jer su brojne ustavne konvencije i decenije, pa i vekovi njihovog poštovanja obezbedili integritet samog sistema, nezavisno od trenutnih nosilaca funkcija.⁵⁸ Dok se, na primer, za nemačkog predsednika ističe da „meru neophodnog uzdržavanja postavlja on sam, u skladu sa svojim shvatanjem funkcije, jer nedvosmislenog normiranja nema”⁵⁹, odsustvo demokratske tradicije u tranzicionim zemljama zahteva preciznu i nešto ekstenzivniju regulativu, jer je percepcija nosilaca funkcija po pravilu takva da je „dozvoljeno sve ono što nije (eksplicitno) zabranjeno”.

Dobar primer u tom smislu predstavlja Hrvatska, zemlja polupredsedničkog sistema vlasti u kojoj uloga predsednika Republike znatno promenjena, najvećim delom usled unošenja eksplicitne zabrane zadržavanja članstva u političkoj stranci po otpočinjanju predsedničkog mandata. Doktrina tako prepoznaje tri distinktivna perioda u razvoju funkcije predsednika Republike: 1) „period imperijalnog predsednika” (*imperial presidency*) 1990 – 2000; 2) „tranzicioni period” (2000 – 2010); i 3) „period samoudržanog predsednika” (2011

⁵⁶ *Ibid*, tač. 15, 26–28.

⁵⁷ <https://www.rferl.org/a/ukraine-president-signs-constitutional-amendment-on-nato-eu-membership/29779430.html>, 5. januar. 2023.

⁵⁸ P. Nikolić, „Institucija predsednika Republike i promašaji i nedorečenosti Ustava Republike Srbije od 1990”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2–3/1991, 290.

⁵⁹ K. Schlaich, „Der Status des Bundespräsidenten”, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II* (eds. Josef Isensee, Paul Kirchhof), Heidelberg 1987, 530–531.

– 2015).⁶⁰ U Hrvatskoj je ustavnom revizijom iz 2000. godine⁶¹ predviđeno da „nakon izbora predsednik Republike podnosi ostavku na članstvo u političkoj stranci, o čemu obaveštava Zastupnički dom Hrvatskog sabora”⁶², te je jasno zašto u doktrinarnoj podeli (a naravno i u praksi) ova izmena predstavlja važan kamen međaš.

U Republici Srbiji se pitanje akumulacije članstva u partiji, tj. leaderske pozicije i funkcije predsednika Republike postavlja još od ponovnog uvođenja višepartijskog sistema 1990. godine. Za razliku od Hrvatske, u našoj zemlji eksplicitno određenje inkompatibiliteta ne postoji u ustavnom tekstu. Navodi se samo da predsednik ne može vršiti drugu javnu funkciju ili profesionalnu delatnost, te se pitanje stoga prebacilo na teren dileme da li je funkcija predsednika političke stranke „javna funkcija” ili ne. Iako ovo pitanje i danas dovodi do niza različitih mišljenja, prostora za polemiku praktično nema, jer je pojam „javne funkcije” taksativno definisan Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije⁶³, i ne obuhvata funkciju predsednika političke stranke. Da li je ovakvo rešenje dobro, do kakvih ono efekata dovodi i posebno – da li ga u budućnosti treba promeniti jesu pak teme o kojima treba diskutovati, ali to svakako premašuje predmet i obim ovog rada.⁶⁴

7. Zaključak

Danas u Evropi postoje dve države koje baštine predsednički sistem vlasti: Kiparska Republika i Turska. Nijedan od njih pak suštinski nije uporediv sa onim iz SAD. Dok je u slučaju prve zemlje zaista reč o sistemu podele vlasti, koji je do duše, usled političkih razloga ostao nedovršen i posle više od pola veka postojanja, Turska je primer države u kojoj je do promene iz polupredsedničkog u predsednički sistem došlo usled jasne i praktično neskrivene težnje za prezidencijalizacijom. Posledice takvog postupka će se tek videti, jer je do pomenute promene došlo relativno skoro (2017. godine).

Sa druge strane, ukoliko se termin „prezidencijalizacija” shvati u jednom širem smislu (kako to deo nauke čini), koji podrazumeva svako narastanje uloge predsednika do nivoa koji predstavlja ugrožavanje balansa vlasti po

⁶⁰ B. Smerdel.

⁶¹ https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2000_11_113_2224.html, 5. januar 2023.

⁶² Ustav Hrvatske, čl. 96. st. 2. O drugim državama u kojima je zadržavanje leaderske pozicije u partiji nakon stupanja na funkciju predsednika eksplicitno zabranjeno vid. Dejan Milić, „Da li su inkompatibilne funkcije šefa države i predsednika političke stranke? Ustavno-pravni položaj predsednika Republike Srbije”, *Parlamentarizam u Srbiji* (ur. D. Simović, E. Šarčević), Sarajevo 2018, 231–235; Đ. Marković, „Način izbora predsednika Republike Srbije”, *Predsednik Republike i Ustav* (ur. Vladan Petrov), Beograd 2018, 134.

⁶³ Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije, *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008, 53/2010, 66/2011 – odluka US, 67/2013 – odluka US, 112/2013 – autentično tumačenje, 8/2015 – odluka US 88/2019.

⁶⁴ Više o predsedniku Republike Srbije i članstvu u političkoj stranci vidi: M. Đorđević, „Constitutional Boundaries of Presidential Power and General Level of Political Culture. The Case of Serbia”, *Suprematia Dreptului* 2/2021.

proklamovanom ustavnom modelu, onda je primera takve prakse na Evropskom kontinentu puno, posebno u zemljama nekadašnjeg Istočnog bloka. Mogu se u ovom smislu razlikovati dve grupe država: zemlje koje institucionalnim rešenjima prekomerno jačaju ulogu predsednika države, kao i one u kojima se koriste maglovita ili spram dostignutog nivoa političke i demokratske kulture nedovoljno precizna regulativa, kako bi se u odsustvu ustavnih običaja funkcija predsednika ojačala.

Literatura

- Albert R, Presidential Values in Parliamentary Democracy, *I-CON* 2/2010.
- Belov S., The Content of the 2020 Constitutional Amendments in Russia, <https://blog-iacf-aicd.org/2021-posts/2021/04/01-constitutional-amendments-in-russia-content-lhnf7>, 5. januar 2023.
- Boban D., Ustavni modeli polupredsedničkih sustava vlasti u Rusiji i Poljskoj, *Anali hrvatskog politikološkog društva* 3/2006.
- Bruff H., The President and Congress: Separation of Powers in the United States of America, *Adelaide Law Review* 2/2014.
- Đorđević M., Constitutional Boundaries of Presidential Power and General Level of Political Culture. The Case of Serbia, *Suprematia Dreptului* 2/2021,
- Đorđević M., *Suspenzivni veto predsednika republike*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020,
- Elster J., Bargaining over the Presidency, *East European Constitutional Review* 4/1993.
- Enciklopedija političke kulture*, Beograd 1993.
- Fleiner-Gerster T., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin – Heidelberg 1995.
- Heper M., Cinar M., Parliamentary Government with a Strong President: The Post 1989 Turkish Experience, *Political Science Quarterly* 4/1996
- Hesselberger D., *Das Grundgesetz: Kommentar für die politische Bildung*, Bonn 1996.
- Holmes S., Superpresidentialism and its Problems, *East European Constitutional Review* 1/1994.
- Kasapović M., Parliamentarism and Presidentialism in Eastern Europe, *Politička misao* 5/1996.
- Köker P., *Veto et peto: Patterns of Presidential Activism in Central and Eastern Europe*, doktorska disertacija, University College London, London 2015.
- Marković Đ., Način izbora predsednika Republike Srbije, *Predsednik Republike i Ustav*, Beograd 2018.
- Marković R., Ka budućem Ustavu Srbije, *Srpska politička misao*, posebno izdanje, 2017.

- Marković R., *Ustavno pravo*, Beograd 2014.
- Martin C., Growth of Presidential Government in Europe, *The American Political Science Review* 17/1923.
- Mikić V., Kritički osvrt na porast ovlašćenja američke izvršne vlasti, *Pravni život* 12/2013.
- Mikić V., *Normativna analiza položaja predsednika Republike i forme prećutne prezidencijalizacije ustavnog uređenja u Republici Srbiji*, Centar za javno pravo, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladimir_Mikic8.pdf, 5. januar 2023.
- Mikić V., Perspektiva prezidencijalizacije ustavnog sistema Turske, *Strani pravni život* 2/2016.
- Milić D., Da li su inkompatibilne funkcije šefa države i predsednika političke stranke? Ustavnopравни položaj predsednika Republike Srbije, *Parlamentarizam u Srbiji* (ur. D. Simović, E. Šarčević), Sarajevo 2018.
- Nikolić P., Institucija predsednika Republike i promašaji i nedorečenosti Ustava Republike Srbije od 1990, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2–3/1991.
- Orlović S., Predsednik Republike: konstitucionalno-institucionalne dileme, *Godišnjak Fakulteta političkih nauka* 1/2015.
- Popović D., *Comparative Governement – In the Early Twenty-First Century*, Belgrade 2017.
- Sartori Đ., *Upporedni ustavni inženjering*, Beograd 2003.
- Schlaich K., Der Status des Bundespräsidenten, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II*, Heidelberg 1987.
- Simović D., Petrov Vladan, *Ustavno pravo*, Beograd 2018.
- Simović D., *Polupredsednički sistem*, Beograd 2008.
- Smerdel B., Design and Operation of the Hybrid Presidency – Evaluation of the Power Sharing in the Croatian Top Executive, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2/2015.
- Sula P., Szumigalska A., The Guardian of the Chandelier or a Powerful Statesman? The Historical, Cultural and Legislative Determinants of the Political Role of the President of Poland, *Presidents above Parties? Presidents in Central and Eastern Europe, Their Formal Competencies and Informal Power* (ed. Vít Hloušek), Brno 2013.
- Tanasescu E. S., *The President of Romania or the slippery slope of political regime*, http://cachescan.bcub.ro/Simina_Tanasescu/Presidential_regime_of_Ro.pdf, 5. januar 2023.
- Tanasescu G., Romania and Russia, Cases of Semi-Presidentialism – The Problem of the Prezidentialization, *Romanian Review of Political Sciences and International Relations* 2/2014.
- Walker E., Politics of Blame and Presidential Powers in Russia's New Constitution, *East European Constitutional Review* 4/1993.

Yilmaz Z., Erdoğan's presidential regime and strategic legalism: Turkish democracy in the twilight zone, *Southeast European and Black Sea Studies*, 11, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14683857.2020.1745418>, 5. januar 2023.

Miroslav Đorđević, PhD
Research Fellow, Institute of Comparative Law

PRESIDENTIAL SYSTEM AND PRESIDENTIALISM IN EUROPE

Summary

The presidential system of separation of powers is a legacy of the American constitutional tradition. In this country it has been successfully applied (in relative terms) since the adoption of the Constitution in 1787. Legal history however records numerous attempts at legal transplantation of this system, especially in Latin American and African countries, which in practice by rule ended up with distortion of the model – deviation characterized by the strong prevalence of the executive power.

When it comes to Europe, there are only a few examples (attempts) to implement the presidential system of government. The Republic of Cyprus and the Republic of Turkey (since the 2017 constitutional amendments) are lone examples of its declarative application. However, the constitutional changes in Russia (2020), as well as in Belarus (2022), leave room for consideration and analysis of the position and (alleged) growing role of the President of the Republic on the European continent. The subject of this paper is therefore the analysis of the implementation of the presidential system in the mentioned countries, as well as the issue of the existence of tendencies of presidentialization, which are often discussed in the general and professional public.

Key words: Presidential System, Presidentialism, Semi-Presidential System, Europe, the Republic of Turkey, the Republic of Cyprus, Constitutional Law.

INSTITUCIJE ZA OSTVARIVANJE I ZAŠTITU PRAVA NA INFORMACIJE OD JAVNOG ZNAČAJA I ZAŠTITU PODATAKA O LIČNOSTI

Apstrakt

Autor u radu analizira položaj i nadležnost institucija poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti i zaštitnika građana u postupku ostvarivanja i zaštite prava na pristup informacija od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti. Poverenik kontroliše i unapređuje ostvarivanje prava na pristup informacijama od javnog značaja – kontroliše organe javne vlasti, dok zaštitnik građana štiti sva prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja (organi uprave) i stara se o zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Radi dalje nadgradnje i unapređenja sistema ostvarivanja i zaštite prava na informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, građanima dostupnog i pristupačnog sistema i jačanja autoriteta i delotvornosti tih institucija, neophodno je precizirati sličnosti i razlike, prednosti i nedostatke u postupku kontrole koju ti organi sprovode.

Ključne reči: poverenik, zaštitnik građana, informacije od javnog značaja, organi javne vlasti, kontrola.

1. Uvod

Pravo na slobodan pristup informacijama od javnog značaja predstavlja jedno univerzalno pravo svakog fizičkog i pravnog lica da zna, odnosno sazna informacije od javnog značaja koje se nalaze u posedu organa vlasti. Građani i pravna lica dostavljaju i ostavljaju organima javne vlasti ogromne količine informacija, često privatnog karaktera, kao podatke o ličnosti. U današnjem informacionom društvu i digitalnom dobu, takve informacije su stalno u opticaju i predmet su permanentnog interesovanja javnosti, dok istovremeno treba da budu zaštićene od neovlašćenog zadiranja u privatnost.¹

Interes je javnosti da traži i dobije informacije koje pripadaju javnoj sferi i odnose se na upravu, javne službe i javnu vlast u celini, odnosno sve one brojne

* Asistent, Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu, akovacevic@jura.kg.ac.rs

¹ A. Musa, T. Katulić, *Pravo na pristup informacijama od javnog značaja i zaštita podataka o ličnosti – Informativni vodič*, USAID, Beograd 2020, 1.

podatke, informacije, dokumente kojima oni na koje se zakon odnosi raspoložu, jer ih prikupljaju, izrađuju, čuvaju, obrađuju ili dobijaju od drugih organa, pravnih ili fizičkih lica.

Pravo na slobodan pristup informacijama od javnog značaja jeste fundamentalno pravo i antipod svakoj zatvorenoj i nekontrolisanoj vlasti. To pravo je utemeljeno na jednom od esencijalnih načela pravne države – načelu javnosti, kao suprotnost načelu tajnosti (zatvorenosti, netransparentnosti), koje je svojstveno nastojanju svake vlasti.² Slobodan pristup informacijama omogućava nadzor nad radom nosilaca vlasti, što je značajan preduslov za prevazilaženje formalne i uspostavljanje stvarne, otelotvorene demokratije i institucija otvorenog društva.³

Složenost savremene države, narastanje i usložavanje društvenih potreba, često neefikasne procedure, glomazna administracija i uočljivo „nesnalazjenje” i otuđenost građana od institucija usloveli su koncepcijski preobražaj pojedinih delova državnog aparata i države u celini. U i kontekstu globalizacije u celini, zadatak javnog sektora je da pravedno, ekonomično i efikasno pruža usluge građanima. Zato se pojavljuju nezavisna tela koja funkcionišu na načelima specijalizacije i profesionalizacije, obezbeđuju jeftiniju i kvalitetniju uslugu građanima, transparentnije posluju i manje su podložna korupciji od državne administracije.⁴ Ta tela su ovlašćena za različite oblike kontrole, usmeravanja javnih poslova i delatnosti. Po pravilu, parlament, u celini ili delimično, vrši izbor i razrešenje organa nezavisnih tela, kao i nadzor – uvidom i ocenom njihovih izveštaja.

Ostvarivanje i zaštita prava na pristup informacijama od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti ostvaruju se pred nezavisnim telima – prvenstveno u postupku pred poverenikom za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, kao drugostepenim organom, i pred zaštitnikom građana, u posebnom postupku za ostvarivanje tog prava. Poverenik kontroliše i unapređuje ostvarivanje prava na pristup informacijama od javnog značaja – kontroliše organe javne vlasti, dok zaštitnik građana štiti sva prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja (organi uprave) i stara se o zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih prava i sloboda.⁵

Radi dalje nadgradnje i unapređenja sistema ostvarivanja i zaštite prava na informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, građanima dostupnog i pristupačnog sistema i jačanja autoriteta i delotvornosti tih nezavisnih tela, neophodno je precizirati sličnosti i razlike, prednosti i nedostatke u postupku kontrole koju ti organi sprovode.

² V. Vodinelić, „Pravo na slobodan pristup informacijama od javnog značaja kao ustavno pravo”, *Slobodan pristup informacijama – ustavno jemstvo i zakonske garancije* (ur. V. Vodinelić, S. Gajin), Beograd 2004, 9.

³ J. Vučković, „Zaštita prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja”, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije*, knjiga 1 (ur. Božin Vlašković), Kragujevac 2013, 386.

⁴ M. Radojević, „Nezavisna (regulatorna) tela i institucije u Srbiji”, *Srpska politička misao-političke institucije u savremenom društvu* 4/2010, 55.

⁵ Zakon o zaštitniku građana – ZZG, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 54/2007, čl. 1. st. 1. i 2.

2. Pojam i vrste nezavisnih (kontrolnih) tela u Srbiji

Sistem vlasti u Republici Srbiji počiva na podeli vlasti.⁶ Ustav Srbije iz 2006. godine formalno se opredeljuje za klasičnu, trihotomnu podelu vlasti. Nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti je Narodna skupština; izvršnu vlast vrše Vlada, kao nosilac izvršne vlasti i predsednik Republike, dok „sudska vlast u Republici Srbiji pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti”⁷ Predsednik Republike „izražava državno jedinstvo Republike Srbije”.⁸ Sistem vlasti Republike Srbije karakteriše politička odgovornost Vlade pred Narodnom skupštinom i postojanje instituta raspuštanja Narodne skupštine.⁹ Ta ustavna rešenja bi naš sistem mogla svrstati u parlamentarni, ali usled neposrednog izbora predsednika, o čemu je već bilo reči, naš sistem vlasti je mešoviti.

Ostali državni organi, među kojima je i ombudsman, relevantni su činioци ustavnog sistema Republike Srbije.¹⁰ Treba primetiti da član 138 Ustava, koji je posvećen zaštitniku građana¹¹, sledi za odredbama o državnoj upravi. Druga institucija koja se može svrstati u kategoriju nezavisnih državnih organa predviđenih Ustavom Srbije je Državna revizorska institucija.¹² Članom 96, kojim se ta institucija ustanovljava u ustavnom sistemu Srbije, završava se Treći deo Ustava – „Ekonomsko uređenje i javne finansije”.

Iako imaju slične ciljeve, nezavisna tela se znatno razlikuju po načinu izbora i razrešenju njihovih članova, po pravnom statusu, izvoru finansiranja i stepenu samostalnosti.¹³ U literaturi pronalazimo brojne klasifikacije nezavisnih tela, različite definicije, ali i njihove utemeljene kritike. Time se otvara put novom i sveobuhvatnijem sagledavanju te problematike, ukazuje se na značaj i nedostatke u organizaciji i radu nezavisnih tela i daju podsticaji njihovom daljem razvoju.

Kontrolne organe, po pravilu, bira parlament i njima je svojstven manji ili veći stepen vezanosti za parlament. Postoje i kontrolni organi koje imenuje vlada, kako je rečeno, ali oni se ne mogu smatrati samostalnim i nezavisnim, čak i kada imaju obavezu da podnose izveštaj parlamentu. Tim kontrolnim organima vlada poverava određena kontrolna ovlašćenja nad pojedinim aktivnostima izvršne vlasti. Samostalnost podrazumeva da su kontrolni organi posebna vrsta državnih organa za koje važe posebna pravila organizovanja, dok nezavisnost podrazumeva da ne postoje spoljni uticaji pri vršenju funkcije, naročito oni koji dolaze od izvršne vlasti čija je aktivnost predmet kontrole.

Ovde treba istaći distinkciju između skupštinskih odbora koji su nadležni da vrše kontrolu izvršne vlasti i kontrolnih tela. Naime, kontrolni organi imaju

⁶ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021, čl. 4.

⁷ Vid. Ustav, čl. 98, 122, 143, st. 1.

⁸ Ustav, čl. 111.

⁹ Vid. Ustav, 124. i 109.

¹⁰ Ustav, čl. 38.

¹¹ Zaštitnik građana je nezavisan državni organ koji štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja. Ustav, čl. 138.

¹² Ustav, čl. 96.

¹³ S. Orlović, „Nezavisna tela – četvrta grana vlasti ili kontrolor vlasti”, *Savremena država: struktura i socijalne funkcije* (ur. Vukašin Pavlović, Zoran Stojiljković), Beograd 2010, 233.

odgovarajuća samostalna kontrolna ovlašćenja, iako to nisu ovlašćenja odlučivajna, dok parlamentarni odbori takva ovlašćenja nemaju, osim u izuzetnim slučajevima. I jedne i druge bi trebalo da karakteriše stručnost u radu i specijalizacija poslova. Treba imati u vidu da su parlamentarni odbori politička tela jer predstavljaju deo parlamentarne organizacione strukture, tzv. parlamentarne jedinice, izabrani prema rasporedu političkih snaga u parlamentu. Njih treba da odlikuje više znanja i stručnosti u određenoj oblasti od onog koje poseduje parlament u plenumu.¹⁴ S druge strane, kontrolna tela ne mogu da budu politička tela. U funkcionalnom smislu, parlamentarni odbori koji vrše kontrolu egzekutive i kontrolni organi se dopunjuju. U mnogim parlamentima postoji odbor za kontrolu javnih računa koji prate da li se javna sredstva koriste namenski, ekonomično, da li ima dokaza o zloupotrebi i drugim nepravilnostima i dr.

Kontrolni organi su samostalni državni organi jer predstavljaju organizacione celine za koje važe posebna zakonska pravila. U organizacionom smislu, ona ne predstavljaju deo i organe parlamenta. U drugom funkcionalnom smislu, oni svoju kontrolnu funkciju vrše putem relativno samostalnih ovlašćenja, imajući deo autoriteta parlamenta, koji učestvuje u njihovom izboru, kojem odgovara za svoj rad, ali koji mu se ne sme mešati u rad. Kontrolni organi ne mogu vršiti svoju funkciju bez odgovarajuće veze sa parlamentom, pa se može zaključiti da su parlament i oni „prirodni saveznici”.¹⁵

3. Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti

Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti ustanovljen je Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja u novembru 2004. godine.¹⁶ Pre svega, poverenik za informacije je prvi inokosni nezavisni državni organ čija je nadležnost ostvarivanje jednog od osnovnih ljudskih prava – prava na pristup informacijama. Istovremeno, poverenik je bio među prvim državnim organima čija je uloga da kontrolišu ostale državne organe. Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti iz 2008. godine, poverenik je dobio nadležnosti u oblasti zaštite podataka o ličnosti, a samostalnost i nezavisnost poverenika u vršenju nadležnosti ističe se i u tom zakonu.

Informacija od javnog značaja, u smislu pomenutog zakona¹⁷, jeste informacija kojom raspoláže organ javne vlasti, nastala u radu ili u vezi sa radom organa javne vlasti, sadržana u određenom dokumentu, a odnosi se na sve ono što javnost ima opravdan interes da zna. Da bi se neka informacija smatrala informacijom od javnog

¹⁴ V. Petrov, „Ustav i kontrolni organi (nezavisni državni organi) – pokušaj određenja mesta i uloge kontrolnih organa u ustavnom sistemu, materijali sa konferencije”, *Narodna skupština Republike Srbije i nezavisni državni organi/tela*, Beograd 2009, 46.

¹⁵ V. Petrov, *Parlamentarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 162–163.

¹⁶ Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja – ZSPIJZ, *Službeni glasnik RS*, br. 120/04, 54/07, 104/2009 i 36/2010.

¹⁷ ZSPIJZ, čl. 2.

značaja, nije bitno da li je izvor informacije organ javne vlasti ili koje drugo lice, nije bitan nosač informacija (papir, traka, film, elektronski mediji i sl.) na kome se nalazi dokument koji sadrži informaciju, datum nastanka informacije, način saznavanja informacije niti druga slična svojstva informacije.

Postoje dva bitna elementa na osnovu kojih možemo uspešno prepoznati šta je informacija od javnog značaja. To je ona informacija kojom raspolaže organ javne vlasti i za koju javnost ima opravdan interes da zna. Svako ko je zatraži ima pravo da sazna informaciju u posedu vlasti, sem ako se možda informacija odnosi na izuzetne situacije koje su predviđene Zakonom i u kojima se tražiocu može uskratiti slobodan pristup. U slučaju da je uskraćen pristup određenoj informaciji, organ javne vlasti dužan je da obrazloži svoje rešenje, tako što će pokazati da u konkretnom slučaju postoji pretežnji interes koji opravdava uskraćivanje tražene javne informacije. To su slučajevi opravdanog ograničenja pristupa informacijama (npr. u vojsci ili vladinim službama), gde se kao pretežnji interes javlja interes bezbednosti zemlje ili razni privatni interesi.¹⁸

U Ustavu Srbije sloboda pristupa informacijama reguliše se pod nazivom „pravo na obaveštenost”. Naime, članom 51 stav 1 Ustava garantuje se pravo licima koja se nalaze u nadležnosti države da budu istinito, potpuno i blagovremeno obavestavana o pitanjima od javnog značaja i predviđa se korespondirajuća dužnost sredstava javnog obavestavanja da tom pravu izađu u susret.¹⁹ Sloboda pristupa informacijama od javnog značaja u pravom smislu reči regulisana je odredbom člana 51 stav 2 Ustava. Radi potpunog i pravilnog razumevanja, ostvarivanje i zaštite tih sloboda i prava (slobode medija i prava na obaveštenost), Ustavom se garantuje sloboda mišljenja i izražavanja i jemči pravo na zaštitu podataka o ličnosti.²⁰ Zaštita podataka o ličnosti podrazumeva da su podaci o ličnosti zaštićeni najpre time što se prikupljanje, držanje, obrada i korišćenje podataka o ličnosti uređuju zakonom. U tom smislu, zakonom se propisuje zabrana i kažnjava upotreba podataka o ličnosti mimo svrhe za koju su prikupljeni, osim za potrebe vođenja krivičnog postupka ili zaštite državne bezbednosti, na način predviđen zakonom. Svako ima pravo da bude obavешten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti, u skladu sa zakonom, i pravo na sudsku zaštitu zbog njihove zloupotrebe. Sloboda mišljenja i izražavanja je zajemčena Ustavom istovremeno sa slobodom da se govorom, pisanjem, slikom ili na drugi način traže, primaju i šire obavешtenja i ideje. Sloboda izražavanja može se zakonom ograničiti ako je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne državne bezbednosti.

U pravnoj teoriji smo pronašli jedinstvenu i sveobuhvatnu definiciju pojma pravne zaštite podataka o ličnosti, koja je značajna za suštinu rada poverenika. Ona obuhvata elemente tehničkog, materijalnog i funkcionalnog pojma zaštite, čime se dobija kompletan pojam pravne zaštite podataka o ličnosti koji uvažava teorijska razmišljanja, ali i praktična u toj oblasti. Pod pojmom pravne zaštite

¹⁸ V. J. Vučković (2013), 387.

¹⁹ Ustav, čl. 51. st. 1.

²⁰ Vid. Ustav, čl. 42. čl. 46.

podataka o ličnosti podrazumeva se proces donošenja i primene opštih i posebnih pravnih normi, na međunarodnom, državnom i internom planu, što podrazumeva implementaciju tehničkih i organizacionih pravila i uspostavljanje pravnih mehanizama i sredstava sa ciljem zaštite prava na privatnost i drugih prava i sloboda građana u vezi sa podacima o ličnosti.²¹ Tim određenjem se omogućava nezavisnost pojma pravne zaštite podataka o ličnosti od promenljivih elemenata pravnog sistema i društvenog razvoja.

Poverenika bira Narodna skupština i jedino ona može da odluči o prestanku njegove dužnosti pre isteka mandata, sem ako njegova dužnost ne prestaje na lični zahtev. Postupak izbora i razrešenja zamenika poverenika koga predlaže poverenik jednak je postupku izbora i razrešenja samog poverenika, s tim što postupak za razrešenje može pokrenuti, logično, i poverenik.

Poverenik je samostalan i nezavisan u vršenju svoje nadležnosti.²² U vršenju svoje nadležnosti neće tražiti ni primati naloge i uputstva od državnih organa i drugih lica. Osim toga, poverenik uživa imunitet za mišljenje ili predlog koji je izneo u vršenju svoje nadležnosti. Ako se pokrene postupak zbog krivičnog dela učinjenog u vršenju nadležnosti, odobrenje za pritvor poverenika može dati jedino Narodna skupština. Važno je napomenuti da mandat poverenika traje sedam godina, te je duži od mandata svih ostalih rukovodilaca nezavisnih organa.²³

Nadležnosti poverenika propisane su Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja²⁴ i Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti.²⁵

Poverenik podnosi Narodnoj skupštini godišnji izveštaj o radnjama koje su preduzeli organi vlasti u primeni Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, kao i o svojim radnjama i izdacima. Takođe, poverenik podnosi Narodnoj skupštini i druge izveštaje, kada oceni da je to potrebno.²⁶

4. Zaštitnik građana (ombudsman)

Ombudsman je nezavisni subjekt koji, u ime parlamenta, vrši kontrolu nad državnom upravom i javnim službama. Međutim, osim te početne uloge, vremenom sve više dolazi do transformacije u pravcu jačanja uloge ombudsmana kao zaštitnika građana. Tako, danas možemo reći da je uloga ombudsmana dvostruka: s jedne strane, zaštita objektivne zakonitosti i provera rada uprave, a sa druge strane, zaštita prava građana. Može se reći da se tendencija razvoja institucije ombudsmana kreće ka zaštiti ljudskih prava. Tako je u našem Zakonu o zaštitniku građana²⁷ predviđeno

²¹ S. Andonović, D. Prlja, *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, 37, 38. Vid. S. Andonović, *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji – pravni aspekti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2019, 134 i dalje.

²² ZSPIJZ, čl. 32. st. 2.

²³ ZSPIJZ, čl. 30. 31.

²⁴ ZSPIJZ, čl. 35.

²⁵ Vid. Zakon o zaštiti podataka o ličnosti – ZŠPL, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018, čl. 77, 78, 79.

²⁶ ZSPIJZ, čl. 36.

²⁷ Zakon o zaštitniku građana – ZZG, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 54/2007.

da je zaštitnik građana „nezavisan državni organ koji štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja”²⁸ Zaštitnik građana se stara o zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih prava i sloboda.²⁹

U jednoj od definicija obudsmara, iz osamdesetih godina prošlog veka, navode se tri osnovne karakteristike ombudsmana³⁰: 1) on je nezavisan i nepristrasan funkcioner zakonodavnog tela, čije se postojanje najčešće predviđa ustavom i koji vrši nadzor nad upravom; 2) on ispituje žalbe građana na administrativne nepravde i lošu upravu; 3) on je ovlašćen da ispituje, kritikuje i obznanjuje, ali ne i da poništava akcije uprave.

Ustavom Srbije je predviđeno da zaštitnika građana bira i razrešava Narodna skupština, u skladu sa Ustavom i zakonom. Za svoj rad odgovara Narodnoj skupštini³¹ i uživa imunitet kao narodni poslanik. O njegovom imunitetu odlučuje Narodna skupština.

Kontrola koju vrši ombudsman prostire se, načelno, na sve državne subjekte i javne službe, sa izuzetkom pojedinih državnih organa. Na sličan način je to pitanje uređeno i kod nas. Ustavom naše zemlje je predviđeno: „Zaštitnik građana štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja.”³² Zaštitnik građana nije ovlašćen da kontroliše rad Narodne skupštine, predsednika Republike, Vlade, Ustavnog suda, sudova i javnih tužilaštava.³³

Načelno, kontrola koju vrši ombudsman nije usmerena prvenstveno na kontrolu zakonitosti rada uprave već više na kontrolu celishodnosti. To ne znači da ne može da kontroliše i zakonitost, ali je u većini zemalja sistem zaštite prava građana uglavnom uređen na zadovoljavajući način. Međutim, ne postoje pravni instrumenti za zaštitu građana od sitnih i krupnih nepravdi, šikaniranja, sporosti u rešavanju, nekorektnog odnosa prema pojedincima i sl.³⁴ Za takve slučajeve građani nemaju kome drugom da se obrate osim ombudsmanu. U nekim zemljama njegova uloga je svedena na konsultativnu i inicijativnu, dok mu se u određenim državama daju i precizna ovlašćenja. Međutim, suština ovlašćenja je ipak u velikom broju zemalja uređena po uzoru na švedski model. Prema našem Zakonu: „Zaštitnik građana je ovlašćen da kontroliše zakonitost i pravilnost rada organa uprave.”³⁵

Odnos ombudsmana sa organima uprave uspostavlja se na različite načine, a osnovna dužnost organa uprave jeste da ombudsmanu pomažu i da mu u svakom

²⁸ ZZG, čl. 1. st. 1.

²⁹ ZZG, čl. 1. st. 2.

³⁰ D. C. Rowat, *The Ombudsman, Citizens Defender, Preface to Second Edition*, London 1968, 24, navedeno prema M. Jovičić, *Odgovornost nosilaca javnih funkcija*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1968, 7.

³¹ Ustav, čl. 138. st. 3, 4.

³² Ustav, čl. 138. st. 1.

³³ ZZG, čl. 17. st. 3.

³⁴ D. Milkov, *Upravno pravo III kontrola uprave*, Univerzitet u Novom Sadu Pravni fakultet – Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 2013, 24.

³⁵ ZZG, čl. 17. st. 2.

slučaju odgovore na zahtev. Osnovno ovlašćenje ombudsmana u svim zemljama jeste pravo pristupa dokumentima. Shodno odredbama našeg Zakona, organi uprave imaju obavezu da zaštitniku građana stave na raspolaganje sve podatke kojima raspolažu, a koji su od značaja za postupak koji vodi, odnosno za ostvarivanje cilja njegovog preventivnog delovanja, bez obzira na stepen njihove tajnosti, osim kada je to u suprotnosti sa zakonom.³⁶

Ombudsman po pravilu ne sprovodi istragu ako građaninu stoji na raspolaganju neki pravni postupak, odnosno pravno sredstvo, već u takvim situacijama čeka kraj i ishod tog postupka. Prema našem Zakonu, zaštitnik građana može izuzetno da pokrene postupak i pre nego što su iscrpljena sva pravna sredstva, ako bi podnosiocu pritužbe bila naneta nenadoknadiva šteta ili ako se pritužba odnosi na povredu principa dobre uprave, posebno na nekorektan odnos organa uprave prema podnosiocu pritužbe, neblagovremen rad ili druga kršenja etičkog ponašanja zaposlenih u organima uprave.³⁷

Ishod sprovedene istrage može biti različit. Ukoliko se utvrdi da ne postoje nikakve povrede, istraga se završava bez kritike organa uprave.³⁸ Ako se utvrdi da je bilo određenih propusta, ombudsman nema nikakvih meritornih ovlašćenja koja bi mu omogućavala da akte uprave izmeni, ukine ili poništi. U većem broju zemalja može jedino uputiti kritiku odgovarajućem organu i preporuku kako bi uočeni nedostatak trebalo otkloniti. Samo u manjem broju zemalja preporuke ombudsmana imaju pravno obavezujući karakter.

Zaštitnik građana, u našem sistemu, ima pravo da, osim pokretanja i vođenja postupka, pružanjem dobrih usluga, posredovanjem i davanjem saveta i mišljenja o pitanjima iz svoje nadležnosti deluje preventivno, sa ciljem unapređenja rada organa uprave i unapređenja zaštite ljudskih prava i sloboda.

Zaštitnik građana podnosi Skupštini redovan godišnji izveštaj. Zakonom o zaštitniku građana³⁹ je predviđeno da se u izveštaju navode: podaci o aktivnostima u prethodnoj godini, podaci o uočenim nedostacima u radu organa uprave, preporuke za poboljšanje prakse i normativnog uređenja pojedinačne oblasti, predlozi za unapređenje položaja građana u odnosu na organe uprave, kao i podaci o sprovođenju preporuka i predloga iz prethodnih izveštaja.

5. Karakteristike postupka za ostvarenje i zaštitu prava na pristup informacijama od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti pred poverenikom i zaštitnikom građana

Obaveza države je da predvidi instrumente za zaštitu svakog ustavom zagarantovanog prava i da pravo na slobodan pristup informacijama ne samo omogući

³⁶ ZZG, čl. 21. st. 1.

³⁷ ZZG, čl. 28. st. 9

³⁸ Vid. A. Kovačević, *Parlamentarna kontrola državne uprave u Republici Srbiji*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu, Kragujevac 2022, 198.

³⁹ ZZG, čl. 33.

već i da ga direktno štiti od eventualnih ugrožavanja i povreda, koje najčešće dolaze od organa javne vlasti.⁴⁰ Takođe, ustavno garantovanje nekog prava znači da se to pravo ne može ukinuti niti se može narušiti. Ustavno pravo se u odgovarajućoj meri može ograničiti zbog jednako važnih ciljeva i interesa i unapred predviđenih razloga.

Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti ima specifičnu poziciju u pravnom sistemu i sistemu vlasti Srbije. Poverenik je nezavisno kontrolno telo, ali je istovremeno nadležan za kontrolu dve široke oblasti, samim tim predstavlja direktnog kontrolora ne samo državne uprave već gotovo bilo kog državnog organa i organizacije kojima je povereno vršenje (upravnih) javnih ovlašćenja u relevantnoj oblasti.⁴¹

Postupak pred poverenikom je po svojoj prirodi drugostepeni upravni postupak. To je instancioni postupak koji se po žalbi vodi pred poverenikom. U tom postupku se ostvaruje i istovremeno štiti pravo na pristup informacijama od javnog značaja, koje nije moglo da se ostvari u celini ili delimično u prvostepenom postupku pred organom vlasti.⁴² U tom posebnom drugostepenom upravnom postupku, poverenik pokušava da otkloni elemente spora između tražioca informacije i organa vlasti i omogući ostvarivanje traženog prava.

Tražilac može izjaviti žalbu povereniku ako: 1) organ vlasti odbaci ili odbije zahtev tražioca, u roku od 15 dana od dana kada mu je dostavljeno rešenje ili drugi akt; 2) organ vlasti ne odgovori u propisanom roku na zahtev tražioca; 3) organ vlasti uslovi izdavanje kopije dokumenta koji sadrži traženu informaciju uplatom naknade koja prevazilazi iznos nužnih troškova izrade te kopije; 4) organ vlasti ne stavi na uvid dokument koji sadrži traženu informaciju na način predviđen Zakonom; 5) organ vlasti ne stavi na uvid dokument koji sadrži traženu informaciju, odnosno ne izda kopiju tog dokumenta ili 6) organ vlasti na drugi način oteža ili onemogućuje tražiocu da ostvari pravo na slobodan pristup informacijama od javnog značaja, suprotno odredbama Zakona.⁴³

Drugi navedeni razlog i dva poslednja razloga predstavljaju slučajeve „ćutanja uprave“, u kojima organ vlasti ima položaj uprave koja propušta dužnu radnju, ne čini, čuti, pa se kao pravno sredstvo zaštite javlja žalba. S druge strane, postoji izričita zakonska odredba o nemogućnosti izjavljivanja žalbe protiv rešenja određenih državnih organa. Reč je o taksativno navedenim razlozima (negativna enumeracija) u kojima se žalba ne može izjaviti, a to su rešenja: Narodne skupštine, predsednika Republike, Vlade Republike Srbije, Vrhovnog kasacionog suda, Ustavnog suda i republičkog javnog tužioca.⁴⁴ To rešenje treba dovesti u vezu i sa odredbama o zaštitniku građana, gde stoji da on takođe nije ovlašćen da kontroliše rad Narodne skupštine, predsednika Republike, Vlade, Ustavnog suda, sudova i javnih tužilaštava. Protiv rešenja tih organa može se pokrenuti upravni spor, u skladu sa Zakonom (ZUS), o čemu sud po službenoj dužnosti obaveštava poverenika.

⁴⁰ Vid. J. Vučković, *Medijsko pravo*, Medinvest, Niš 2022, 304.

⁴¹ Vid. M. Davinić, *Nezavisna kontrolna tela u Republici Srbiji*, Dosije studio, Beograd 2018, 23.

⁴² J. Vučković (2022), 309.

⁴³ ZSLIJZ, čl. 22. st. 1.

⁴⁴ ZSLIJZ, čl. 22. st. 2.

Poverenik donosi rešenje bez odlaganja, a najkasnije u roku od 60 dana od dana prijema žalbe, pošto omogući organu vlasti da se pismeno izjasni, a po potrebi i tražiocu. Poverenik donosi rešenje u roku od 30 dana od dana prijema žalbe.⁴⁵ Kada utvrdi da je žalba osnovana, poverenik će rešenjem naložiti organu vlasti da tražiocu omogući slobodan pristup informacijama od javnog značaja. Kada povodom žalbe zbog nepostupanja po zahtevu („ćutanje uprave“) utvrdi da je žalba osnovana, poverenik će rešenjem naložiti organu vlasti da u određenom roku postupi po zahtevu.

Ako organ vlasti, nakon izjavljene žalbe zbog nepostupanja po zahtevu a pre donošenja odluke po žalbi, tražiocu omogući pristup informacijama ili po zahtevu na drugi način postupi, poverenik će doneti rešenje i obustaviti postupak po žalbi. Postupak po žalbi se obustavlja i kada tražilac odustane od žalbe. U slučaju donošenja rešenja, zbog nepostupanja po zahtevu, poverenik, u skladu sa zakonom kojim se reguliše prekršajni postupak, izdaje prekršajni nalog.⁴⁶

Poverenik može po prijavi ili po službenoj dužnosti da donese rešenje kojim utvrđuje da organ vlasti nije izvršio svoje obaveze predviđene tim zakonom i da mu naloži mere za njihovo izvršenje, pošto prethodno omogući organu vlasti da se pismeno izjasni.⁴⁷

Osim postupka pred poverenikom, posebna zaštita tog prava može se ostvarivati u postupku pred zaštitnikom građana, koji pružanjem dobrih usluga, posredovanjem i davanjem saveta i mišljenja o pitanjima iz svoje nadležnosti deluje preventivno, sa ciljem unapređenja rada organa uprave i zaštiti ljudska prava i slobode.⁴⁸ Njegova delotvornost proizilazi, pre svega, iz njegove mogućnosti da na osnovu svog izveštaja parlamentu skrene pažnju javnosti i parlamenta na žalbe građana. Javnost zasnovana na nepristrasnoj istrazi moćno je sredstvo. Sama svest o nadzoru ombudsmana pozitivno utiče na ceo upravni sistem, čineći ga podložnim javnosti rada i pravdi.⁴⁹

Sa aspekta zaštite ljudskih prava, položaj srpskog ombudsmana je podređen u odnosu na ostale najviše organe državne vlasti jer, kao što je rečeno, zaštitnik, nije ovlašćen da kontroliše rad Narodne skupštine, predsednika Republike, Vlade, Ustavnog suda, sudova i javnog tužilaštva. Stanje u drugim pravnim sistemima je uglavnom slično, s tom razlikom što je u nekim državama ombudsman nadležan i da kontroliše rad sudova u celini ili samo nekih, zbog toga što te institucije, sem sudova, po pravilu ne odlučuju u pojedinačnim stvarima gde su povrede.⁵⁰

6. Zaključak

Slobodan pristup informacijama od javnog značaja uslov je efikasnog korišćenja gotovo svih drugih ljudskih prava i sloboda i nezamenjivo sredstvo koje omogućava stvarnu kontrolu rada nosilaca državne i javne vlasti. Zbog toga su ostvarivanje i

⁴⁵ ZSLIJZ, čl. 24. st. 1, 2.

⁴⁶ ZSLIJZ, čl. 24. st. 10.

⁴⁷ ZSLIJZ, čl. 25.

⁴⁸ M. Jovičić, *Ombudsman – čuvar zakonitosti i prava građana*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1969, 3.

⁴⁹ W. Wade, *Administrative Law*, 5th ed., Oxford 1982, 76.

⁵⁰ J. Vučković (2013), 394.

zaštita prava na slobodan pristup informacijama koje su u posedu organa javne vlasti jedan od preduslova za demokratsko društvo i odgovornost javne vlasti.

Poverenik je samostalan državni organ, nezavisan u vršenju svoje nadležnosti, kojem građani (fizička i pravna lica) mogu da se obrate u slučaju povrede prava – u ovom slučaju dva Ustavom zagarantovana prava: prava na pristup informacijama od javnog značaja i prava na zaštitu podataka o ličnosti. Poverenik, kao i zaštitnik građana, izveštava javnost o ostvarivanju prava i podnosi izveštaj Narodnoj skupštini, o kojem se raspravlja i koji treba da podstakne unapređenje ljudskih prava. Kada je reč o slobodnom pristupu informacijama, poverenik ima šira ovlašćenja od ombudsmana – njegove odluke po žalbi su obavezujuće i izvršne i organ mora da postupi po njima ili se u protivnom izlaže sankcijama. On je nezavisan i samostalan u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti, što znači da je izvan piramide državne vlasti i nema hijerarhijski nadređeni upravni organ – ni Vlada ni Narodna skupština (niti bilo koji drugi organ) ne mogu i ne smeju da utiču na njegov rad i daju mu uputstva. Ipak, ti organi mogu da imaju određena Ustavom i zakonom propisana ovlašćenja.

Poverenik vrši unutrašnji nadzor. On je drugostepeni organ za zaštitu jednog, konkretnog prava, u formalizovanom postupku koji se pokreće nakon izjavljivanja žalbe. Postupak se okončava drugostepenim, konačnim rešenjem, obavezujućim za organ javne vlasti. Takođe, ima mogućnost izricanja sankcija (novčanih kazni).

S druge strane, zaštitnik građana vrši spoljni nadzor, kao poseban oblik nadzora u neformalnom postupku koji se pokreće pošto su iscrpljena sva pravna sredstva. Postupak se okončava donošenjem preporuke organu – koja nije obavezujuća. Obaveštava javnost putem medija i može preporučiti razrešenje funkcionera koji rukovodi organom uprave.

Ideja da vlast služi građanima koji su je izabrali direktno ili indirektno i da ostvaruje i zastupa njihove interese predstavlja neizostavan element koncepcije demokratskog društva. U takvom društvu građani imaju pravo da traže i dobiju informacije o radu organa vlasti – načinu i organizaciji, odlučivanju, rezultatima odluka i bilo kom podatku koji može da utiče na te procese. Dakle, informacija je preduslov za odgovornu i transparentnu vlast i osnov za odvijanje demokratskog procesa. Informacije o radu organa omogućavaju građanima da adekvatno donose zaključke i participiraju u odlučivanju u odnosu na pitanja koja su značajna za uživanje i ostvarivanje prava i obaveza.

Literatura

Andonović S., Prlja D., *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.

Andonović S., *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji – pravni aspekti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2019.

Davinić M., *Nezavisna kontrolna tela u Republici Srbiji*, Dosije studio, Beograd 2018.

- Jovičić M., *Ombudsman – čuvar zakonitosti i prava građana*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1969.
- Kovačević A., *Parlamentarna kontrola državne uprave u Republici Srbiji*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu, Kragujevac 2022.
- Milkov D., *Upravno pravo III kontrola uprave*, Univerzitet u Novom Sadu Pravni fakultet – Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 2013.
- Musa A., Katulić T., *Pravo na pristup informacijama od javnog značaja i zaštita podataka o ličnosti – Informativni vodič*, USAID, Beograd 2020.
- Orlović O., *Nezavisna tela – četvrta grana vlasti ili kontrolor vlasti, Savremena država: struktura i socijalne funkcije* (ur. Vukašin Pavlović, Zoran Stojiljković), Beograd 2010.
- Petrov V., *Parlamentarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015.
- Petrov V., *Ustav i kontrolni organi (nezavisni državni organi) – pokušaj određenja mesta i uloge kontrolnih organa u ustavnom sistemu*, materijali sa konferencije *Narodna skupština Republike Srbije i nezavisni državni organi/tela*, Beograd 2009.
- Radojević M., *Nezavisna (regulatorna) tela i institucije u Srbiji, Srpska politička misao – političke institucije u savremenom društvu* 4/2010.
- Rowat D. C., *The Ombudsman, Citizens Defender, Preface to Second Edition*, London 1968.
- Vodinelic V., *Pravo na slobodan pristup informacijama od javnog značaja kao ustavno pravo*, u: V. Vodinelic, S. Gajin, *Slobodan pristup informacijama – ustavno jemstvo i zakonske garancije*, Beograd 2004.
- Vučković J., *Medijsko pravo*, Medinvest, Niš 2022.
- Vučković J., *Zaštita prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja, Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije*, Knj. 1 (ur. Božin Vlašković), Kragujevac 2013.
- Wade W., *Administrative Law*, 5th ed., Oxford 1982.

Propisi i drugi akti

- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.
- Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, *Službeni glasnik RS*, br. 120/04, 54/07, 104/2009 i 36/2010.
- Zakon o zaštitniku građana, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 54/2007.
- Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

INSTRUMENTS FOR THE REALIZATION AND PROTECTION OF RIGHT TO INFORMATION OF PUBLIC IMPORTANCE AND PERSONAL DATA PROTECTION

Summary

In the paper the author analyzes the position and jurisdiction of the instrument of the Commissioner for information of public importance and personal data protection and the Protector of Citizens in the process of realization and protection of the right to access information of public importance and personal data protection. The Commissioner controls and improves the realization of the right to access information of public information by controlling public authorities, whereas the Protector of Citizens protects all the rights of citizens and controls the work of public authorities, authorities in charge of protection of property rights and interests of the Republic of Serbia, as well as other authorities and organizations, enterprises and institutions entrusted with enforcement of public authorities, and takes care of protection and improvement of human and minority rights and freedoms. In order to further upgrade and improve the system for the realization and protection of the right to information of public importance and personal data protection, as well as the system that is available and accessible to the citizens and in order to strengthen authority and effectiveness of said institutions, it is necessary to define similarities and differences, as well as advantages and disadvantages in the process of control that these authorities enforce.

Key words: Commissioner, Protector of Citizens, information of public importance, public authorities, control.

ORGANIZACIJA USTAVNOG SUDA U REPUBLICI SRBIJI, UZ OSVRT NA REGULISANJE TOG PITANJA U ITALIJI I ŠVAJCARSKOJ**

Apstrakt

Pojavom prvih pisanih ustava i konstitucionalizacijom osnovnih ljudskih prava i sloboda javlja se potreba za uvođenjem institucija koje će obezbeđivati poštovanje propisanih pravila i načela na kojima počiva jedno društvo. Ustavno sudstvo je nastalo kao rezultat težnje građana da uspostave hijerarhiju među pravnim aktima i želje da zaštite svoja osnovna prava i slobode od samovolje i ugnjetavanja vladajućih slojeva. Ustavno sudstvo u Republici Srbiji oličeno je u Ustavnom sudu kao samostalnom i nezavisnom državnom organu koji štiti ustavnost i zakonitost, ljudska i manjinska prava i slobode. Ocenjivanje delotvornosti i ugleda tog organa znači prvenstveno sagledavanje njegovog sastava. Sastav i izbor ljudi koji su zaposleni vrlo je značajno pitanje jer kadrovski faktor dominantno utiče na funkcionisanje i ostvarivanje ciljeve nekog organa. Autor će u radu analizirati normativna rešenja koja u stručnim krugovima izazivaju polemiku i podelu mišljenja, a tiču se brojnosti sudija Ustavnog suda, načina njihovog izbora, određenosti potrebnih kvalifikacija kandidata za izbor na sudijsku funkciju, položaja sudija, ali i mnoga druga pitanja. Osim toga, autor će napraviti kratak uporednopravni osvrt na organizaciju ustavnog sudstva Italije i Švajcarske. Inspiraciju za analizu Ustavnog suda u Italiji autor je pronašao u srodnosti organizacionih rešenja, odnosno u činjenici da je Italija poslužila kao uzor našem ustavotvorcu u regulisanju sastava Ustavnog suda u Srbiji. Švajcarska je drugačije uredila to pitanje, pa je samim tim interesantna jer bi se analizom ustavnog sudstva u toj državi mogle roditi ideje za eventualne promene ili dopune postojećih rešenja u našoj državi.

Ključne reči: ustavni sud, sudije, mandat, izbor, istaknuti pravnik, inkompatibilnost, Italija, Švajcarska.

1. O ustavnom sudstvu

Pojavom prvih pisanih ustava i konstitucionalizacijom osnovnih ljudskih prava i sloboda javila se potreba za uvođenjem institucija koje će obezbeđivati

* Asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu, rkijevcanin@jura.kg.ac.rs

** Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu za 2022. godinu koji se finansira iz sredstava Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

poštovanje propisanih pravila i načela na kojima počiva jedno društvo. Ustavno sudstvo je nastalo kao izraz građanske teorije o „ograničenim vlastima”¹, težnje uspostavljanja hijerarhije među pravnim aktima i želje stanovništva da zaštiti svoja osnovna prava i slobode od samovolje i ugnjetavanja vladajućih slojeva. Njegovi pojavni oblici su se menjali, zavisno od vremena i država, ali suština je uvek ostajala ista. Danas preovladavaju ustavni sudovi, kao institucije koje su neodvojive od pojma ustavnog sudstva. Temelj ustavnog sudstva se nalazi u SAD, u odluci predsednika Vrhovnog suda Džon Maršala, donetoj 1803. godine u predmetu *Marbury v. Madison*.

U pravnim propisima mnogih država, među kojima je i naša, ne postoji potpuna, izričito propisana definicija pojma ustavnog sudstva, a ni Ustavnog suda. Međutim, do zaključka dolazimo posrednim putem, tumačenjem pozitivnih normi, analizom istorije i stručne literature. Tako je šesti deo Ustava Republike Srbije posvećen regulisanju tog državnog organa. U čl. 166 se navodi da je Ustavni sud samostalan i nezavisan državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost, ljudska i manjinska prava i slobode.² U Republici Srbiji se ustavno sudstvo projektuje kroz instituciju Ustavni sud i nadležnosti koje su u njegovim rukama. Razlikujemo dve vrste ustavnih sudova.³ Ustavni sudovi u širem smislu su državni organi koji rešavaju o ustavnim povredama u sudskom postupku i tako štite ustav. Oni su potvrda Kelzenove ideje o ustavnim sudovima kao „čuvarima” Ustava. Druga vrsta su ustavni sudovi u užem smislu, a to su državni organi formirani isključivo radi kontrole ustavnosti.

Osnovna obeležja ustavnog sudstva, odnosno osnovne funkcije ustavnog suda jesu zaštita osnovnih ljudskih i manjinskih prava i sloboda i sudska kontrola ustavnosti i zakonitosti normativnih akata. Dakle, da bi u jednoj društvenoj zajednici postojalo ustavno sudstvo, treba da budu ispunjena dva uslova:⁴

- tehnički uslov, koji podrazumeva postojanje hijerarhije pravnih normi, i
- politički uslov, kao pretpostavka da su u odnosnoj državi uspostavljena i konstitucionalizovana ljudska i građanska prava.

Prvi uslov podrazumeva da se na vrhu pravne organizacije države nalazi pisan i čvrst ustav kao akt sa najvišom pravnom snagom. Takav ustav je osnovni zakon kojim se propisuju osnovna pravila i načela koje konkretizuju akti sa nižom pravnom snagom. Zato, zakoni i podzakonski akti moraju biti u saglasnosti sa njim. Ustavno sudstvo ne bi postojalo ukoliko bi država imala mek ustav jer tada ne bi bio ispunjen prvi uslov. Mek ustav je pravni akt koji se donosi po običnoj zakonodavnoj proceduri i ima istu pravnu snagu kao zakoni. U tom slučaju se ustavnost ne bi mogla ocenjivati jer su svi zakoni iste pravne snage, pa samim tim ne postoji potreba za međusobnim usaglašavanjem. Drugi uslov

¹ I. Pejić, „Načelo podele vlasti i ustavno sudstvo”, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. dr Bosa Nenadić), Ustavni sud, Beograd 2013, 57.

² Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021

³ R. Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 539.

⁴ R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, *Službeni glasnik*, Beograd 1996, 637.

se odnosi na proglašenje osnovnih ljudskih prava i sloboda u ustavu, ustavnom zakonu, nekom drugom pravnom aktu koji ima najvišu pravnu snagu, baš kao osnovni zakon. Takvi propisi su pod neposrednom kontrolom Ustavnog suda, pa su zaštita i ostvarivanje propisanih prava i sloboda efikasniji i brži.

Ustavnosudska kontrola može biti unutrašnja (materijalna) i spoljašnja (formalna).⁵ Materijalna ustavnosudska kontrola se obavlja kada se ocenjuje sadržina zakona, odnosno njegova saglasnost sa ustavom. Formalna ustavnosudska kontrola podrazumeva kontrolu poštovanja ustavom propisanih procesnih pravila postupka za donošenje zakona.

Ustavno sudstvo, kao i celokupan pravosudni sistem, počiva na dva pravila izuzetne važnosti. Prilikom rešavanja određenog spora može doći do sukoba dva akta različite pravne snage. U tom slučaju, primeniće se akt sa jačom pravnom snagom, a to pravilo nazivamo *lex superior derogat legi inferiori*⁶ (viši pravni akt derogira niži). Isto tako, neki sporovi se mogu okončati adekvatnom primenom dva ili više akata jednake pravne snage. Tada se prednost daje kasnije donetom aktu. To je pravilo *lex posterior derogat priori*⁷ i znači da kasnije donet zakon derogira raniji.

Uobičajeno je da svaka novina izaziva komentare, diferencira pristalice i protivnike, a nekada je i uzrok nastajanja brojnih naučnih stanovišta. Od nastanka pa sve do danas, sudska kontrola ustavnosti je okupirala pažnju i laika i pravnih stručnjaka. Najčešće kritike koje su joj se upućivale bile su da se poveravanjem kontrole ustavnosti sudskoj vlasti daje preveliki značaj, ali i da su sudije neadekvatni vršioци te funkcije, zbog svoje prirode koja se ogleda u zatvorenosti i konzervativnosti i koja se negativno odražava na razvoj države i društva. Prvo mišljenje su iznosili pojedinci koji su se zalagali da ustavnosudska kontrola bude prebačena u nadležnost zakonodavnog tela, kao najpozvanijeg za njeno obavljanje. Na taj način bi se izbeglo narušavanje načela podele vlasti po kome je svaka vlast suverena u obavljanju svojih poslova. Takođe, postigla bi se ušteda vremena, stručnost i efikasnost u radu zakonodavnog organa jer bi prilikom samokontrole uvideo propuste i protivustavnosti, pa bi neke predloge zakona ispravio i izbegao otvaranje rasprave. Drugi protivargument ustavnog sudstva mogao se definisati kao strepnja. Naime, uzrok te kritike potiče iz prošlosti, iz vremena kada je Vrhovni sud SAD osporavao znatan broj ekonomskih i socijalnih zakona. Sudije su tada kočile razvoj društvenih odnosa, pravnog poretka, a time i države. Ta 1880. godina je prevaziđena, a sudije su otvorenije pristupile obavljanju svog posla, tako da je ta kritika neosnovana. To nisu jedini razlozi koje su protivnici ustavnog sudstva navodili, ali uprkos tome značaj te institucije je privukao znatno više pristalica koje smatraju da je funkcionisanje države i građana bez nje nezamislivo. Ustavno sudstvo je garant pravne države i demokratije. Njegov

⁵ D. Bataveljić, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2013, 208.

⁶ D. Bataveljić, *Praktikum za ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2013, 99.

⁷ *Ibid.*

značaj je neprocenjiv i smatramo da ćemo ga najbolje približiti parafraziranjem stava Marsela Prela, koji je smatrao da je sudska kontrola ustavnosti u oblasti organizacije države najveći doprinos čovečanstvu posle engleskog parlamentarizma⁸, i citiranjem istaknutog američkog pravnika koji kaže da „nije ustavnog suda, tiranija većine bi mogla da postane pravilo”.⁹

2. Organizacija Ustavnog suda Republike Srbije

Ustavni sud Republike Srbije, po ugledu na italijanski model sastava, čini 15 sudija Ustavnog suda, koji se biraju na period od 9 godina, s tim što jedno lice može biti birano, odnosno imenovano za sudiju najviše dva puta.¹⁰ Postoje dva osnovna načina izbora sudija Ustavnog suda.¹¹ Prema prvom, sudije bira jedan organ državne vlasti, na predlog drugog. Taj sistem danas primenjuje mali broj država jer u teoriji preovladava stav da se ustavno sudstvo na taj način značajno politizuje. S obzirom na to da izbor najčešće obavlja šef države na predlog parlamenta, ili obratno, primećujemo da su u centru politički organi čiji je interes da u ovako važnu instituciju „ubace” svoje ljude. Naše ustavno sudstvo je primenjivalo ovaj metod. Drugi način podrazumeva sprovođenje izbora na osnovu načela podele vlasti. Prema njemu, postupak imenovanja sudija je u nadležnosti više organa koji su predstavnici zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Svaki od njih bira jednu trećinu sudija i na taj način se onemogućava koncentracija moći u jednom organu. On se smatra poželjnijim sistemom, ali ne i savršenim. Njegov nedostatak je u činjenici da svaki organ ima priliku da izabere ljude od poverenja. Međutim, uz određene modifikacije, taj sistem predstavlja bazu izbornog postupka brojnih država širom sveta, među kojima je i Srbija. Vremenom su nastale razne kombinacije navedenih načina kako bi se prevazišli njihovi nedostaci. Tako, u našoj državi pet sudija Ustavnog suda bira Narodna skupština, pet predsednik Republike, a pet opšta sednica Vrhovnog suda.¹² Narodna skupština bira pet sudija sa liste od deset kandidata, imenovanih od predsednika Republike. Drugu trećinu sudija bira predsednik, na predlog deset kandidata Narodne skupštine, dok će se na opštoj sednici Vrhovnog suda izabrati preostalih pet sudija između deset kandidata koje su na zajedničkoj sednici predložili Visoki savet sudstva i Visoki savet tužilaca. S obzirom na pravni položaj autonomnih pokrajina i lokalnih samouprava u našoj zemlji, obavezu usklađenosti njihovih normativnih akata i propisa sa Ustavom, ali i ratifikovane evropske dokumente koji sadrže pravila o uključivanju manjih teritorijalnih jedinica u rad ključnih državnih institucija, sa svake liste

⁸ R. Marković (1996), 635.

⁹ W. Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer 2008, 58.

¹⁰ D. Bataveljić, P. Vasić, *Ustavno pravo i organizacija pravosuđa – priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Projuris, Beograd 2007, 138.

¹¹ M. Pajvančić, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2011, 290.

¹² D. Bataveljić, P. Vasić, 138.

kandidata koju predlažu organi državnih vlasti mora se izabrati po jedan sudija sa teritorije autonomne pokrajine. Ukoliko sudiji Ustavnog suda prestane funkcija pre isteka mandata, ovlašćeni predlagač će predložiti dva kandidata, od kojih će jedan biti izabran. Ako je zamenjeni sudija sa teritorije autonomne pokrajine, i imenovani kandidati moraju biti iz iste autonomne pokrajine.¹³ Možemo primetiti da predsednik Republike ima najviše ovlašćenja u izboru sudija Ustavnog suda. Dok ostali organi državne vlasti zajedničkim snagama biraju sudije, on to čini sam. To pitanje bi valjalo analizirati i korigovati u budućnosti.

Povećanje broja sudija Ustavnog suda uslovljeno je povećanjem njegovih nadležnosti. Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine u naš pravni sistem je prvi put direktno propisan institut ustavne žalbe. To pravno sredstvo ima neprocenljiv značaj. Njime se štite osnovna ljudska i manjinska prava i slobode od neustavnih radnji i akata organa državne vlasti. Međutim, uvođenjem ustavne žalbe povećan je obim posla ustavnih sudija, što je uticalo na neefikasan rad Ustavnog suda i gomilanje predmeta. Da bi se sudije rasteretile i unapredio rad tog suda, promenjen je njegov sastav, ali i uvedena protivustavna odredba kao izraz nastojanja da se promeni unutrašnja organizacija. Naime, članom 175 st. 1 Ustava je predviđeno da Ustavni sud odluke donosi većinom glasova svih njegovih sudija. Međutim, Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu iz 2011. godine propisana je odredba kojom se u Ustavnom sudu formiraju Veliko veće, sastavljeno od sedam sudija i predsednika Ustavnog suda, i Malo veće, koje čini troje sudija.¹⁴ Trebalo je da ta veća preuzmu deo posla, ubrzaju i olakšaju rad. Ipak, smatramo da problem nije rešen povećanjem broja članova Ustavnog suda, a još manje propisivanjem protivustavnih odredaba. Ključ rešenja velikog broja problema se sigurno krije u organizaciji i kadru Ustavnog suda, ali se na putu ka ostvarenju cilja moraju upotrebljavati legalna, legitimna i adekvatna sredstva da uspeh ne bi izostao.

Da bi zainteresovani kandidati za funkciju ustavnog sudije mogli da konkurišu na to mesto, prethodno treba da ispune posebne uslove. Ti uslovi su propisani u Ustavu i kreću se u granicama komparativnih rešenja. Dakle, u najvećem broju stranih ustava sreću se kriterijumi vrsta stručne spreme, stručno iskustvo i minimalne godine života.¹⁵ Članom 172 st. 5 Ustava Republike Srbije propisano je da za sudiju Ustavnog suda može biti birano, odnosno imenovano lice koje je istaknuti pravnik, pod uslovom da ima najmanje 40 godina života i 15 godina iskustva u pravnoj struci.¹⁶ Budući sudija treba da poseduje i određene kvalifikacije, među kojima posebno stručnu, moralnu i političku.¹⁷ Stručna

¹³ R. Marković (2017), 565.

¹⁴ D. Simović, Problem politizacije i sastav Ustavnog suda, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. dr Bosa Nenadić), Ustavni sud, Beograd 2013, 246.

¹⁵ V. Kutlešić, Uslovi za izbor sudija ustavnih sudova, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. dr Bosa Nenadić), Ustavni sud, Beograd 2013, 263.

¹⁶ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

¹⁷ O. Nikolić, Nezavisnost ustavnog sudstva i položaj sudija ustavnih sudova, *Pravni život* 12/1995, 264.

kvalifikacija sudija Ustavnog suda odnosi se na njegovo obrazovanje. Tačnije, sudija mora da poseduje pravničko znanje, da po bude profesiji pravnik, i to vrstan, iz kruga advokata, sudija ili profesora prava. Pod moralnom kvalifikacijom podrazumevamo psihički sklop ličnosti sudija. Sudije Ustavnog suda treba da budu jakog karaktera, poštenu, moralni, časni, dostojanstveni, ali i da uživaju ugled u društvu. Od sudija se zahteva da nisu osuđivani. Politička kvalifikacija označava nespojivost sudije Ustavnog suda sa političkim strankama. Nju treba razlikovati od inkompaktibilnosti sudijske funkcije jer se pod prvom podrazumeva obaveza budućeg sudije da otkloni nedostatke pre davanja zakletve, dok im se u drugom slučaju zabranjuje da prihvataju političke funkcije. Ispunjenje tih uslova i kvalifikacija je neophodno ukoliko želimo da dobijemo instituciju sa nosećom državnom funkcijom i kadrom kojem građani ukazuju beskonačno poverenje i podršku. Napomenuli smo da je mandat ustavnih sudija ograničen i da traje devet godina, sa mogućnošću reizbora. Naime, jedno lice može biti birano ili imenovano na tu funkciju najviše dva puta.¹⁸ Izbor, to jest imenovanje predsednika Ustavnog suda može se izvršiti na dva načina.¹⁹ Prvi način je njegov izbor, odnosno imenovanje od političkog organa odraženog u parlamentu, vladi ili šefu države. Drugi način primenjuje naše ustavno sudstvo i odnosi se na izbor predsednika Ustavnog suda od samih sudija tog suda. U našoj državi, njegov mandat traje tri godine.

Značajno je analizirati Ustavom propisane uslove za izbor sudija Ustavnog suda. Čini se da je uslov koji se odnosi na starosnu dob i u kome se traži da budući sudija ima najmanje 40 godina potpuno nepotreban. Na njega se nadovezuje uslov profesionalnog karaktera koji se odnosi na petnaestogodišnje radno iskustvo u pravnoj struci. S obzirom na to da budući sudija mora imati najmanje 15 godina rada u struci, prvi uslov je logična posledica jer je reč o visokoobrazovanom licu koji te uslove ne može da ispuni pre četrdesetih godina. Drugi uslov je logičan s obzirom na to da su za uspešno obavljanje ovako odgovorne funkcije potrebni stručnost, sigurnost i iskustvo koje se može steći samo uz duži radni staž. Treći uslov privlači veliku pažnju i otvara polemiku. Reč je o terminu „istaknuti pravnik” čije značenje nije precizirano ni u Ustavu, ali ni Zakonu o Ustavnom sudu. Citiraćemo istaknutog profesora Markovića koji je, parafrazirajući jednog narodnog poslanika, na slikovit način predstavio kako se ta sintagma razume u javnosti. „Aludirajući na takvu neodređenost, jedan od narodnih poslanika je primetio da je istaknuti pravnik onaj pravnik koji je istaknut na listi kandidata za sudiju Ustavnog suda.”²⁰ Zakonodavac je zauzeo stav da je istaknuti pravnik pravni standard čije se značenje posebno određuje u svakom slučaju. Pravni standardi su pojmovi čija sadržina i značenje nisu precizno određeni, pa se shvataju različito u svakom konkretnom slučaju, ali

¹⁸ D. Bataveljić (2013), 471.

¹⁹ O. Nikolić, 263.

²⁰ R. Marković, *Ustavno pravo – priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Projuris, Beograd 2009, 178.

bez promena u suštini.²¹ S druge strane, u teoriji su se počela izdvajati tumačenja tog pojma. Prema jednom tumačenju, istaknuti pravnik je vrhunski pravni stručnjak koji se od ostalih svojih kolega izdvaja po svom umeću primene pravnih normi, ali i njihovom tumačenju, dopunjavanju, odnosno stvaranju. On se odlikuje izuzetnim ocenama postignutim tokom obrazovanja, brojnim certifikatima, učestvovanjima na naučnim skupovima, objavljenim radovima itd. Ukratko, to je lice koje se nalazi u vrhu pravničke profesije.²² Drugo tumačenje pod pojmom „istaknuti pravnik” podrazumeva pravnika koji se, osim profesionalnih, odlikuje i ličnim kvalitetima. To bi bila osoba stručna u tumačenju Ustava, hrabra, odlučna, odgovorna u radu, savesna, moralna i poštena u srcu.²³ To mišljenje je privuklo više pristalica jer je jednostavnije, šire i nudi veću mogućnost pronalaženja kadrova. Iako postoji mišljenje da je taj uslov najbolje rešenje jer se svojstva sudija ne mogu uobličiti pravnom normom, činjenica je da on stvara veliki manevarski prostor i mogućnost prodora politike u izbor sudija, a time i u sam Ustavni sud. Smatramo da uslovi dolaska na tako važnu državnu funkciju moraju biti jasni, nedvosmisleni, objektivni. To znači da će biti propisan novi uslov i određen postojeći pomoću ustavne ili odredbe ustavnog zakona jer se pitanje takve važnosti ne sme prepustiti običnom zakonodavcu.

Ograničeni mandat sudija Ustavnog suda sa mogućnošću još jednog izbora je, takođe, izazvao dileme i diferenciranje dva stanovišta.²⁴ Zastupnici prvog smatraju da sudije Ustavnog suda treba da imaju neograničen mandat jer im se tako obezbeđuje izvesnost i sigurnost u karijeri, ali i u životu. Na taj način se stvara nezavisan položaj, što je glavno načelo na kojem počiva ustavno sudstvo. Protivnici tog i pristalice drugog stanovišta ističu da takvo uređenje trajanja mandata nije dobro. Naime, oni smatraju da je čovek podložan „kvarenju”, naročito kada vodi obezbeđen i ušuškan život, pa će sudije vremenom početi da rade nekvalitetno, svesni činjenice da nad sobom nemaju kontrolu, odnosno sankcije. Drugo stanovište se zalaže za ograničen mandat, ali i tu postoje različita mišljenja. Jedni smatraju da sudije treba da imaju ograničen mandat bez mogućnosti reizbora. Takva situacija navodi sudije na savestan, pošten, stručan i nepristrasan rad. Oni znaju da istekom mandata gube položaj i da im uticaji sa strane ne mogu obezbediti drugačiju stvarnost. Profesor Garlicki i sledbenici njegovog mišljenja navode protivargument da će sudije itekako popustiti pod spoljnim pritiscima, u želji da nakon isteka mandata osiguraju sebi drugu poziciju.²⁵ Oni smatraju da uz ograničen mandat treba da postoji reizbor. Međutim, protivnici ističu da će sudije u tom slučaju pokušati da se dodvore vladajućoj

²¹ R. Lukić, B. Košutić, D. Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd 1999, 435.

²² V. Petrov, Istaknuti pravnik – poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma, *Žurnal za kriminalistiku i pravo* 2013, 44.

²³ *Ibid.*, 45.

²⁴ *Ibid.*, 47.

²⁵ W. Sadurski, 15.

političkoj stranci, naročito pred kraj prvog mandatnog perioda, kako bi obezbedili ponovno obavljanje sudijske funkcije u Ustavnom sudu.

Ustavom je propisana inkompatibilnost sudija Ustavnog suda.²⁶ Ona predstavlja zabranu istovremenog obavljanja sudijske funkcije i neke druge javne ili profesionalne funkcije ili posla, izuzev profesure na pravnom fakultetu u Republici Srbiji. Njome se nastoji da se obezbedi načelo nezavisnosti sudija Ustavnog suda i da se spreče zloupotrebe u vršenju sudijske funkcije. Profesura na pravnom fakultetu je izuzetak jer se polazi od Kelzenovog shvatanja da jedno mesto treba da bude rezervisano za profesionalnog pravnika.²⁷ Takođe, sudija Ustavnog suda ne može da bude član političke stranke.²⁸ Tim se rešenjem nastoji onemogućiti politizacija izbora sudije i njegovog budućeg rada. Smatramo da takvo rešenje nije najbolje formulisano jer će se procedura izbora i pravila poštovati tako što će se budući sudija iščlaniti iz političke partije pre konkurisanja na tu funkciju. Postavlja se pitanje da li se time raskidaju svi odnosi sa politikom i obezbeđuje neophodna sudijska neutralnost i nepristrasnost.

Ustavom Republike Srbije je regulisano i pitanje prestanka dužnosti sudija Ustavnog suda. Ono je u osnovi isto kao u prethodno obrađivanim ustavima. Tako, sudiji će funkcija prestati na njegov lični zahtev, istekom vremena na koji je izabran, ispunjenjem uslova za starosnu penziju ili razrešenjem. Razlozi za razrešenje sudija Ustavnog suda su: povreda zabrane sukoba interesa; trajni gubitak radne sposobnosti za obavljanje dužnosti sudije Ustavnog suda; osuda na bezuslovnu kaznu zatvora ili drugo kažnjivo delo koje ga čini nedostojnim funkcije sudije Ustavnog suda.²⁹ Inicijativu za pokretanje postupka za razrešenje može podneti Ustavni sud, dok o prestanku dužnosti sudija odlučuje Narodna skupština većinom glasova svih narodnih poslanika, na zahtev ovlašćenih predlagača na izbora.

3. Ustavni sud u Italiji

Ustavni sud u Italiji je prvi put konstituisan donošenjem Ustava od 1947. godine. Osim nemačkog i austrijskog, značajan doprinos oblikovanju našeg Ustavnog suda dalo je i italijansko ustavno sudstvo. Sličnosti zapažamo već na početku, proučavajući sastav Ustavnog suda Italije. U izboru sudija ta država se pridržava načela podele vlasti. Tako, Ustavni sud je sastavljen od 15 sudija.³⁰ Pet sudija bira parlament dvotrećinskom većinom, na zajedničkoj sednici oba doma, pet imenuje predsednik Republike, dok preostalih pet biraju Kasacioni

²⁶ D. Bataveljić, P. Vasić, 138.

²⁷ M. Filipović, „Nezavisnost ustavno-sudske funkcije”, *Pravni život* 11/1997, 1126.

²⁸ D. Simović, 248.

²⁹ D. Bataveljić (2013), 472.

³⁰ O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*, Dosije studio, Beograd 2010, 100.

sud, Državni savet i Računski sud, kao organi najviših sudskih i upravnih vlasti. Kasacioni sud bira troje sudija, a Državni savet i Računski sud po jednog. Tim načinom izbora italijanski ustavotvorac je nastojao da obezbedi nezavisan i nepristrastan Ustavni sud. Dovodeći u ravnopravan položaj sve tri grane državne vlasti u postupku izbora sudija Ustavnog suda, brisao je političke tendencije i stranačko favorizovanje kandidata. Međutim, smatramo da je srpski ustavotvorac pronašao funkcionalnije rešenje, takođe polazeći od trodeobne državne vlasti, ali se njihovim kasnijim kombinovanjem i međusobnom kontrolom objektivnost izbora budući sudija podigla na objektivniji nivo. Mandat sudija Ustavnog suda Italije traje devet godina, bez mogućnosti ponovnog izbora. Kandidati za tu funkciju se biraju među sudijama drugih sudova koji su u aktivnoj službi ili penziji, profesora pravnih fakulteta i advokata sa najmanje 20 godina prakse.³¹ Dugogodišnje iskustvo kao uslov treba da obezbedi stručnost, ali i ugled, poverenje i priznanje budućeg sudije. Predsednika Suda biraju ostale sudije Ustavnog suda tajnim glasanjem i apsolutnom većinom. Mandat predsednika traje tri godine, uz mogućnost reizbora. U slučaju da nijedan od sudija ne dobije potrebnu većinu, pristupa se ponovnom glasanju, ali samo za one sudije koje su u prvom krugu dobile najveći broj glasova.³² Ukoliko u trećem krugu glasovi budu izjednačeni, za predsednika se postavlja sudija sa najdužim stažom, odnosno sa najviše godina života. Predsednik Suda ima za jednu petinu veću platu od ostalih ustavnih sudija.³³ Članom 7 Zakona br. 87 od 11. marta 1953. godine propisana je inkompatibilnost funkcije sudije Ustavnog suda Italije.³⁴ Sudije ne mogu biti poslanici parlamenta niti se mogu baviti drugim profesijama. Za razliku od našeg ustavnog rešenja, italijansko ne dozvoljava istovremeno obavljanje sudijske funkcije i profesure na pravnom fakultetu. Takođe, sudije italijanskog Ustavnog suda ne podležu disciplinskoj odgovornosti niti se mogu progoniti zbog izraženog mišljenja ili glasanja u vršenju svojih dužnosti.

Ustavni sud Italije karakteriše jedna specifičnost.³⁵ Osim redovnog ustavnosudskog sastava od 15 sudija, taj organ čini i 16 vanrednih, pomoćnih sudija. Oni učestvuju u radu Ustavnog suda samo u slučajevima predviđenim Ustavom i zakonom. To je slučaj kada je pokrenut postupak podizanjem optužbe protiv predsednika Republike ili protiv nekog ministra. Tada Ustavni sud proširuje svoj sastav vanrednim sudijama, koji se biraju iz naroda žrebom sa liste građana koju sastavlja parlament na svakih 12 godina. U tom postupku će suditi sudsko veće sastavljeno od osam redovnih i 16 pomoćnih sudija.³⁶

³¹ *Ibid.*, 101.

³² S. Gambino, A. Saccomanno, „Organizacija i funkcionisanje Ustavnog suda Italije”, *Pravni život* 11/1997, 964.

³³ D. Kulić, *Ustavno sudstvo u svetu*, Interpregled, Beograd 1982, 103.

³⁴ M. Filipović, 1121.

³⁵ S. Gambino, A. Saccomanno, 954.

³⁶ R. Marković (2017), 564.

4. Ustavni sud u Švajcarskoj

Kontrolor ustavnosti i vladavine prava u Švajcarskoj je Savezni sud, mada značajan doprinos pružaju i kantonski sudovi i Savezna skupština. Osim sudske, u toj državi postoji i parlamentarna kontrola ustavnosti. Savezna skupština je dvodomno telo koje čine nacionalni i stalni savet. Osim svoje primarne, zakonodavne delatnosti, ona je zadužena i za očuvanje ustava i pravne države. U prvom redu, ona obavlja preventivnu kontrolu kantonskih ustava, kao članova Saveza. Ukoliko bi Savezna skupština u postupku kontrole utvrdila neustavnost neke ustavne odredbe kantona, takva odredba ne bi proizvela pravno dejstvo. U slučaju da su ustavne odredbe kantona u saglasnosti sa Saveznim ustavom, one više ne mogu biti predmet kontrole ustavnosti. Savezna skupština je nadležna i za sukobe nadležnosti drugih saveznih organa vlasti i za odlučivanje o predlozima revizije ustava, dok je Savezni savet zadužen za ustavnu kontrolu sporova koji se tiču besplatnog naoružanja armije, verske neutralnosti nastave u osnovnim školama i garancije pristojnog pogreba.³⁷ Ipak, ustavne nadležnosti su pretežno poverene Saveznom sudu, sastavljenom od 26 do 28 sudija i od 11 do 13 zamenika, koji se biraju na zajedničkoj sednici oba doma Savezne skupštine.³⁸ Mandat sudija traje šest godina, uz mogućnost reizbora. Predsednika i potpredsednika bira Savezni sud iz svog sastava na period od dve godine. Sudije se mogu birati iz redova profesora univerziteta, kantonskih sudija i iz sastava predstavničkih tela. Takva mogućnost može dovesti u pitanje političku neutralnost izabраниh sudija. Međutim, švajcarski ustavotvorac zauzima stav da je sudijska nezavisnost obezbeđena propisivanjem rešenja kojim se sudijama ne dozvoljava da istovremeno obavljaju sudijsku i bilo koju drugu javnu funkciju. Sudsku kontrolu ustavnosti vrši samo jedno sudijsko odeljenje Saveznog suda, od ukupno sedam, koliko ih ima u njegovom sastavu. Ono je sastavljeno iz dva dela: Veće za javno pravo i Veće za administrativno pravo. Čini ga devet sudija Saveznog suda, od čega je Veće za javno pravo sastavljeno najčešće od sedam sudija, a u izuzetnim prilikama odluku može donositi i sa pet članova.³⁹ Savezni sud nije nadležan za kontrolu ustavnosti saveznih zakona i drugih propisa sa saveznim ustavom već isključivo kantonskih zakona.⁴⁰

5. Zaključak

Ustavno sudstvo je tekovina moderne države koja se zasniva na načelu vladavine prava i demokratiji, kao osnovnim vrednostima i imperativnim mehanizmima zaštite ustava. Danas se ne postavlja pitanje postojanja ustavnog sudstva u nekoj državi već njegove organizacije. Zavisno od toga koji organ vrši

³⁷ D. Kulić, 323.

³⁸ *Ibid.*, 324.

³⁹ *Ibid.*, 324.

⁴⁰ G. Mijanović, *Kontrola ustavnosti zakona*, Pravni fakultet Univerziteta u Srpskom Sarajevu, Srpsko Sarajevo 2000, 108; O. Nikolić, *Nezavisnost ustavnog sudstva i položaj sudija ustavnih sudova*, *Pravni život* 12/1995.

kontrolu ustavnosti u jednoj zemlji, tokom istorije razvoja ustavnog sudstva izdvojila su se četiri osnovna sistema. Naša država pripada grupi država koje su ustavno sudstvo organizovale u obliku posebnog državnog organa, koji je samostalan, nezavisan i koji obavlja posebnu *sui generis* delatnost. Reč je o Ustavnom sudu čija je organizacija uređena po uzoru na države koje su imale iskustvo u toj oblasti i čija su se pravila pokazala efikasnim i adekvatnim. Učešće sve tri grane državnih vlasti u izboru stručnih lica, uz međusobno koordiniranje i saradnju, predstavlja napredno rešenje koje je naš ustavotvorac uveo u pravni poredak. U radu smo naveli pitanja koja su pohvalno regulisana, ali i ona koja izazivaju polemiku, koja su nepotpuna ili nedovoljno precizirana. Sve to je važno razmatrati i istraživati kako bi se rodile ideje za još bolja rešenja. Dok se ne stvore prilike za usvajanje takvih, možemo konstatovati da je Ustavni sud Republike Srbije, u organizacionom smislu, uređen na korektan i pohvalan način.

Literatura

- Bataveljić D., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2013.
- Bataveljić D., *Praktikum za ustavno pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac 2013.
- Bataveljić D., Vasić P., *Ustavno pravo i organizacija pravosuđa – priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Projuris, Beograd 2007.
- M. Filipović, Nezavisnost ustavno-sudske funkcije, *Pravni život* 11/1997.
- Gambino S., Saccomanno A, Organizacija i funkcionisanje Ustavnog suda Italije, *Pravni život* 11/1997.
- Kutlešić V., Uslovi za izbor sudija ustavnih sudova, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. dr Bosa Nenadić), Ustavni sud, Beograd 2013.
- Kulić D., *Ustavno sudstvo u svetu*, Interpregled, Beograd 1982.
- Lukić R., Košutić B., Mitrović D., *Uvod u pravo*, Beograd 1999.
- Marković R., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017.
- Marković R., *Ustavno pravo i političke institucije*, Službeni glasnik, Beograd 1996.
- Marković R., *Ustavno pravo – priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Projuris, Beograd 2009.
- Mijanović G., *Kontrola ustavnosti zakona*, Pravni fakultet Univerziteta u Srpskom Sarajevu, Srpsko Sarajevo 2000.
- Pajvančić M., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2011.

Pejić I., Načelo podele vlasti i ustavno sudstvo, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. dr Bosa Nenadić), Ustavni sud, Beograd 2013.

Petrov V., „Istaknuti pravnik” – poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma, *Žurnal za kriminalistiku i pravo* 2013.

Sadurski W., *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer 2008.

Simović D., Problem politizacije i sastav Ustavnog suda, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. dr Bosa Nenadić), Ustavni sud, Beograd 2013.

Vučić O., Petrov V., Simović D., *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*, Dosije studio, Beograd 2010.

Propisi i drugi akti

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

ORGANIZATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE REPUBLIC OF SERBIA WITH REFERENCE TO THE REGULATION OF THIS ISSUE IN ITALY A ND SWITZERLAND

Summary

With the appearance of the first written constitutions and the constitutionalization of basic human rights and freedoms, there is a need to introduce institutions that will ensure compliance with the prescribed rules and principles on which a society rests. The constitutional judiciary was created as a result of citizens' aspiration to establish a hierarchy among legal acts and the desire to protect their basic rights and freedoms from the arbitrariness and oppression of the ruling classes. The constitutional judiciary in the Republic of Serbia is embodied in the Constitutional Court as an independent and independent state body that protects constitutionality and legality, as well as human and minority rights and freedoms. Evaluating the effectiveness and reputation of this body means primarily looking at its composition. The composition and selection of the people who are employed is a very important issue, because the personnel factor has the most dominant influence on the functioning and the achievement of the goals of a body. Thus, in the paper, the author will analyze the normative solutions that cause controversy and division of opinion in professional circles, and concern the number of judges of the Constitutional Court, the method of their selection, the determination of the necessary qualifications of candidates for election to the position of judge, the position of judges, and many other issues. In addition, the author will make a short comparative review of the organization of the constitutional judiciary in Italy and Switzerland. The author found inspiration for the analysis of the Constitutional Court in Italy in the similarity of organizational solutions, that is, in the fact that Italy served as a model for our constitution maker when regulating the composition of the Constitutional Court in the Republic of Serbia. Switzerland has regulated this issue differently, which is why it is interesting, because the analysis of the constitutional judiciary in this country could give rise to ideas for possible changes or additions to the existing solutions in our country.

Key words: Constitutional Court, judges, mandate, election, distinguished jurist, incompatibility, Italy, Switzerland.

SLOBODA MEDIJA I NJENA OGRANIČENJA

Apstrakt

Sloboda medija spada u red izuzetno značajnih vrednosti demokratskih društava. Ona proističe iz slobode izražavanja i spada u red ljudskih prava garantovanih pojedincima mnogobrojnim međunarodnim i nacionalnim pravnim aktima. Odnos prema slobodi medija kao jednom od aspekata slobode izražavanja jedno je od merila dostignutog nivoa demokratije u jednom društvu i dostignutog nivoa razvoja društva uopšte. Sloboda medija ne može biti apsolutna i ograničena je u svakom demokratskom društvu sa ciljem zaštite prava pojedinaca i društva. Kada su pojedinci u pitanju, ta ograničenja se pre svega odnose na pravo privatnosti, na zaštitu dostojanstva i ugleda. Kada je reč o društvenoj zajednici, ograničenja se odnose na zaštitu autoriteta i nepristrasnosti suda, zaštitu javnog zdravlja, morala i nacionalne bezbednosti.

Ključne reči: sloboda medija, ljudska prava, pravo privatnosti, dostojanstvo i ugled, sloboda izražavanja.

1. Uvod

Sam pojam *slobode* označava mogućnost samostalnog i nezavisnog delovanja bez ikakve prinude. Može se reći da se ceo razvoj čovečanstva kreće ka tome da se osvoji što više slobode i što kvalitetnijih individualnih sloboda.¹ Težnja za ostvarivanjem što većeg stepena slobode svakog pojedinca direktno je povezana sa njegovom mogućnošću da svakodnevno prikuplja i prima istinite, objektivne i pravovremene informacije koje pružaju slobodni mediji.

Tehnološkim razvojem pojam slobode je dobio sasvim novo značenje. U medijskoj sferi zamagljena je linija razgraničenja između konvencionalnih medija u elektronskom izdanju, društvenih mreža i alternativnih veb-sajtova.² Današnja sveopšta umreženost i dostupnost informacija uvek i svuda i njihova neverovatna količina pružaju pojedincu veliku slobodu, ali istovremeno za njega predstavljaju i veliku opasnost koju donose neproverene, lažne, tendenciozne i zlonamerne informacije. U izveštaju Evropske komisije iz 2018. godine zaključuje se da internet

* Doktor pravnih nauka, Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, Beograd.

¹ D. Nikolić, *Sloboda izražavanja u teoriji, zakonima i praksi nacionalnih i Evropskog suda pravde*, Knjiga-komerc, Beograd 2005, 38.

² R. Tomljenović, *Regulatorna tela za elektronske medije i medijska pismenost: uporedna analiza najboljih evropskih praksi*, Council of Europe, Strasbourg 2018, 10.

platforme, pre svega društvene mreže, platforme za razmenu video-sadržaja i pretraživači imaju ključnu ulogu u širenju dezinformacija i da je neophodno preduzeti mere kako bi se situacija popravila (poboljšanje transparentnosti izvora informacije, promovisanje raznovrsnosti informacija, razvoj alata za otkrivanje dezinformacija, kontinuirano istraživanje uticaja dezinformacija, podizanje nivoa svesti i medijske pismenosti).³ Nemačka je čak donela zakon kojim se društvene mreže i platforme za razmenu video-sadržaja obavezuju da u roku od 24 sata uklone svaki „očigledno nezakonit sadržaj”, uključujući i lažne vesti pod pretnjom novčane kazne do 50 miliona evra.⁴

Neverovatni potencijali koje otvara razvoj informacionih tehnologija praćen je visokom cenom koja mora biti plaćena – ugrožavanjem privatnosti i govorom mržnje. Da preterane slobode ne bi ugrozile razvoj društvenih zajednica, neophodno je da ih prate adekvatna normativna regulativa i kontrola njene primene od nezavisnih organa u svim oblastima.

Sloboda medija je preduslov ostvarivanja većeg stepena demokratije i opšteg razvoja društvene zajednice. Ona obuhvata *slobodu osnivanja medija* bez ikakve cenzure i uslovljavanja, *slobodu prikupljanja i primanja informacija*, *slobodu formiranja i izražavanja ideja i mišljenja*, *slobodu širenja informacija* putem štampanih i elektronskih medija, *medijski pluralizam*, *jednaku dostupnost* svim segmentima društva, *poseban položaj* manjina i drugih posebnih grupa u društvu, *zabranu monopolizacije*, *diskriminacije i govora mržnje*, kao i *etičke i profesionalne standarde* kojima novinari treba da se rukovode.

U interesu je javnosti da mediji budu slobodni, odnosno da mogu slobodno da prikupljaju i objavljuju informacije, ideje, mišljenja i da na taj način omogućće ostvarivanje prava svakog građanina na istinitu, pravovremenu i objektivnu informaciju.

2. Pojam slobode medija

Pre razmatranja definisanja pojma slobode medija treba razmotriti pitanja koja se tiču samog pojma medija. Taj pojam se definiše na različite načine pozitivnim i negativnim definicijama kako u teoriji tako i u normativnoj regulativi.

Kada je reč o doktrini, Vodinelić navodi da nekada medij označava svako sredstvo ili način na koji se prenosi informacija: telefon, video-kaseta, CD-ROM, pismo, fotografija, internet, dimni signal, svetlosni uređaj, truba itd. Tu bi moglo da bude odgovarajuće značenje medija kao vezivnog člana između (medijuma) onoga čiju informaciju odašilje (komunikatora) i primaoca informacije (recipijenta). Vodinelić ističe da medijem za pravne potrebe nazivamo sledeće: novine,

³ European Commission, *A multi-dimensional approach to disinformation: Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, Directorate-General for Communication Networks, Content and Technology, Luxembourg 2018.

⁴ R. Tomljenović, 16.

radijski ili televizijski program, teletekst, internet-izdanja, a da je sinonim za medij 'javno glasilo'. Konačno, on precizira da je medij ili javno glasilo program čiji je osnivač fizičko ili pravno lice koje predstavlja redakcijski osmišljen sklop informacija namenjenih unapred neodređenom broju lica (publici).⁵

Nikolić ističe da mediji imaju ulogu javnih kontrolora koji svojom delatnošću, objektivnim informisanjem u oblasti politike, privrede, umetnosti itd. formiraju javno mnjenje, doprinoseći nastajanju opštih i posebnih vrednosnih sudova o idejama i ponašanjima, o kvalitetu rada javnih službi i nosilaca javnih službi. Prema njegovom mišljenju, osnovne vrednosti u određivanju pojma medijskog prava su sledeće:

- izraz „medijsko pravo” označava novu, posebnu granu pravnog sistema, i na međunarodnom, i na regionalnom i nacionalnom nivou; na nacionalnom nivou, ta grana prava je i deo važećeg zakonodavstva;
- pod pojmom „medijsko pravo” treba podrazumevati međunarodne konvencije i povelje kojima se određuje sloboda izražavanja, a koje su ratifikovane i postale deo nacionalnog prava, nacionalni zakoni kojima se reguliše oblast medija i podzakonski akti, kao i precedenti sudske prakse; tu spadaju i opšteprihvaćena međunarodna pravila iz te oblasti, kao i pravna pravila, takozvano „meko pravo”, koje se odnosi na tu oblast.⁶

Vučković tvrdi da razvoj medijskog prava obeležava razvoj slobode izražavanja, demokratije i pravne države. Za medije se smatra da su četvrti stub demokratije jer imaju ulogu da kontrolišu vlast u ime javnosti. Medijsko pravo je, prema definiciji te autorke, pravo koje se odnosi na medije, a obuhvata određeni sistem pravnih i „etičkih” normi kojima se regulišu mediji i društveni odnosi u vezi sa medijima. Medijsko pravo se uobličava kao posebna grana prava a obuhvata relativno široku sferu društvenih odnosa.⁷

Zajednička karakteristika svih tih definicija je da se pod pojmom medija obuhvataju pojedinci ili institucije koji na osnovu programa stvaraju skup informacija namenjen neodređenom broju korisnika. Dakle, da bi postojao medij, on mora da ima uredništvo, uređivačku politiku i program, neophodno je da prikuplja i obrađuje informacije, te da ih distribuira neodređenom broju korisnika.

Kada je reč o pozitivnom zakonodavstvu, Zakonom o javnom informisanju i medijima propisano je da se javno informisanje ostvaruje putem medija, a pod pojmom medija, prema članu 29 Zakona o javnom informisanju i medijima, zakonodavac podrazumeva *sva sredstva javnog obaveštavanja koja rečima, slikom odnosno zvukom prenose urednički oblikovane informacije, ideje i mišljenja i druge sadržaje namenjene javnoj distribuciji neodređenom broju korisnika*. Pod medijima podrazumevaju se dnevne i periodične novine, servisi novinskih agencija, radio i televizijski programi i elektronska izdanja tih medija, kao i samostalna elektronska izdanja (uređivački oblikovane internet stranice i internet portali). Navedeni

⁵ V. Vodinić, *Pravo masmedija*, Fakultet za poslovno pravo u Beogradu, Beograd 2003, 7–8.

⁶ D. Nikolić, *Medijsko pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2010, 25.

⁷ J. Vučković, *Medijsko pravo*, Medinvest, Niš 2018, 9 i 11.

mediji se smatraju medijima jedino ako su registrovani u Registru medija u skladu sa Zakonom o javnom informisanju i medijima.⁸ Članom 30 Zakona o javnom informisanju i medijima određuje se šta nisu mediji, navodeći, između ostalog, da to nisu ni internet forumi, društvene mreže i druge platforme koje omogućavaju slobodnu razmenu informacija, ideja i mišljenja niti druge samostalne elektronske publikacije kao što su blogovi, veb-prezentacije, osim u slučaju kada su registrovane u Registru medija u skladu sa Zakonom o javnom informisanju i medijima.

Nacionalna zakonodavstva zahtevaju da mediji budu registrovani u nacionalnim registrima kako bi se mogli smatrati medijima. Vrlo je bitna neophodnost registrovanja medija u nacionalnim registrima jer iz toga proizilaze razna prava i obaveze medija.

Ono što podrazumevamo pod medijima drastično se promenilo krajem XX i početkom XXI veka usled tehnološkog razvoja i prelaska sa analogne na digitalnu tehnologiju. Nekada su se medijima smatrali pre svega štampana dnevna, nedeljna i mesečna izdanja, novinske agencije, radio i televizija, a većina njih je imala sasvim ograničene tiraže i ograničenu dostupnost korisnicima uglavnom u nacionalnim okvirima ili uz sažetu verziju regionalnog ili evropskog izdanja. Današnji svet medija potpuno je drugačiji. Digitalni mediji, za razliku od analognih, ne mogu biti centralizovano kontrolisani, oni su interaktivni i prilagođeni su pojedinim grupama korisnika i nisu tehnološki ograničeni u smislu potrebe da se poseduju posebni uređaji za prijem slike ili zvuka već se svi oblici informacija (tekst, zvuk, slika) digitalizuju i dostupni su jednako na svim uređajima onlajn od kompjutera, pametnog televizora, pametnog telefona, pametnog automobila, pa sve do pametnog frižidera.⁹ Tehnološki napredak i ulazak digitalne tehnologije u svakodnevni život već su promenili značenje pojma medija, ali nove velike promene tek očekujemo razvojem veštačke inteligencije i njene primene u prikupljanju i distribuciji informacija. Razvoj veštačke inteligencije i njena upotreba u oblasti medija još više će uticati na potrebu redefinisanja pojma medija i pravne regulative kojom se uređuje način funkcionisanja medija.

U svakom demokratskom društvu mediji imaju izuzetno važnu ulogu. Neki autori smatraju da su mediji „četvrta vlast”, jednako važni kao zakonodavna, upravna i sudska vlast, dok drugi smatraju da mediji nemaju institucionalno status „četvrte vlasti” zato što nemaju izborni legitimitet i nijedna država im ne daje takav status.¹⁰ Ne upuštajući se u tu raspravu, možemo konstatovati da mediji dobrim delom formiraju javno mnjenje i da je njihova uloga u funkcionisanju političkog, ekonomskog, kulturnog i sveukupnog društvenog života nezamenljiva. U *političkom životu* svake zemlje mediji imaju ulogu kreiranja i distribucije politički relevantne informacije, oni organizuju političke debate i omogućavaju građanima i drugim akterima da iskažu svoje stavove o različitim političkim pitanjima. Mediji

⁸ Zakon o javnom informisanju i medijima – ZJIM, *Službeni glasnik RS*, br. 83/2014, 58/2015 i 12/2016, član 29.

⁹ W. J. Potter, *Digital Media Effects*, Rowman and Littlefield, London 2021, 2.

¹⁰ A. Radolović, „Odnos prava osobnosti i medijskog prava”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2007, 10.

promovišu transparentnost i kontrolišu javne vlasti. Kada je reč o *funkcionisanju ekonomskog sistema*, mediji učestvuju u ekonomskom razvoju razmatrajući razna pitanja koja se tiču procesa ekonomskog razvoja, oglašavaju prodaju proizvoda i usluga i na taj način učestvuju u ekonomskom procesu, utiču na zaposlenost objavljujući informacije o mogućnostima za zapošljavanje. U *društvenoj i kulturnoj sferi* mediji definišu društvena kretanja i orijentaciju društva, omogućavaju socijalizaciju pojedinaca, pružaju informacije o obrazovanju, učestvuju u kulturnom razvoju, a pružaju i informacije o sportu i zabavi.¹¹

Razumevanje pojma slobode medija u direktnoj je vezi sa razumevanjem brojnih načela kojima se precizira način funkcionisanja slobodnih medija i koja su kao takva usvojena od međunarodne zajednice i nacionalnih država. Ta načela su *sloboda osnivanja medija, zabrana cenzure, informisanje o pitanjima od interesa za javnost, zabrana monopola, zaštita medijskog pluralizma, javnost podataka o medijima, novinarska pažnja, poseban položaj nosilaca javnih i političkih funkcija, poseban položaj nacionalnih manjina i osoba sa invaliditetom, zabrana diskriminacije i zabrana govora mržnje, jednaka dostupnost informacija, medijska pismenost* itd. Ima autora koji smatraju da sva načela medijskog prava imaju uporište u vrhovnom principu slobode izražavanja.¹²

Da bi mediji bili slobodni, oni ne smeju da budu pod uticajem organa javne vlasti ili bilo kojih drugih interesnih grupa. *Zabrana cenzure* je način sprečavanja da neko kontroliše medije. To mogu biti državni organi, političke partije, verske organizacije, kompanije, privatna lica ili bilo koja druga organizacija koja želi da odlučuje umesto medija šta se sme, a šta se ne sme objavljivati. Neki autori slobodu medija definišu kao slobodu od uticaja javnih vlasti (slobodu od cenzure, zastrašivanje novinara i medija od državnih zvaničnika i drugih oblika uticaja na novinare i medije).¹³ Istorijski gledano, mnogi totalitarni i autokratski režimi i neformalni centri vlasti koristili su medije za svoje potrebe, onemogućavajući objavljivanje informacija ili objavljujući netačne ili delimično tačne informacije. Zbog toga je u svim demokratskim režimima neophodno potpuno sprečiti bilo kakav oblik cenzure medija.

O postojanju ili nepostojanju cenzure u svakoj konkretnoj situaciji treba da odluči sud po hitnom postupku. On treba da razmotri tri pitanja. Prvo – da li su određene mere ograničenja koje je propisala država utvrđene zakonom ili su u skladu sa zakonom? Drugo – da li se merama ograničenja teži ostvarivanju legitimnog cilja? Treće – da li su nužne u demokratskom društvu? Ograničenja koja je država nametnula medijima smatraće se legitimnim i dozvoljenim samo u slučaju da su ispunjena sva tri uslova.¹⁴

¹¹ L. Handzhiyska, C. Mackay, Introduction to Media Law, verein freies Radio, Wien, 7–8, https://old.o94.at/wp-content/uploads/Introduction-to-Media-Law_EN.pdf, 5. maj 2022.

¹² J. Vučković, 17.

¹³ W. Lamar, *Press Freedom as an International Human Right*, Palgrave Macmillan, Cham 2018, 2.

¹⁴ P. Dimitrijević, J. Vučković, Analiza medijskog zakonodavstva u Republici Srbiji, Fondacija Centar za javno pravo, 2018, 5, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Predrag_Dimitrijevic_i_Jelena_Vuc-kovic.pdf, 10. maj 2022.

Nekada je cenzura bila način da se spreči dolazak do informacija, a sa tehnološkim razvojem u današnje vreme ona dobija nove oblike i sve više funkcioniše tako što zasipa ljude velikom količinom irelevantnih informacija¹⁵ izazivajući takozvanu „informacionu buku”. Primalac informacije bombardovan je velikom količinom polutačnih, netačnih, marginalnih informacija kako bi što teže došao do istinite, proverene i pravovremene informacije.

3. Načela u vezi sa slobodom medija

Načela vezana za slobodu medija obuhvataju: informisanje o pitanjima od interesa za javnost, zabranu monopola, načelo novinarske pažnje, načelo po kome se obezbeđuje poseban položaj nacionalnih manjina i osoba sa invaliditetom, načelo posebnog položaja nosilaca javnih i političkih funkcija, načelo zabrane diskriminacije i govora mržnje i načelo jednake dostupnosti informacija.

Informisanje o pitanjima od interesa za javnost jeste načelo na osnovu koga mediji imaju pravo i obavezu da objavljuju informacije, ideje i mišljenja o pojavama, događajima i ličnostima za koje javnost ima *opravdani interes da zna informacije*, osim u slučajevima kada postoji zakonsko ograničenje.¹⁶

Zabrana monopola je načelo kojim se sprečava koncentrisanje vlasništva nad medijima, odnosno obezbeđuje pluralizam u medijima. Ovo načelo je usko povezano sa načelima zaštite medijskog pluralizma i načelom o javnosti podataka o medijima. Transparentnost u svojinskim odnosima u medijima značajno doprinosi pluralizmu u medijima i istinitom i pravovremenom informisanju građana. Cilj tog načela je da se bilo ko onemogući da ima monopol na objavljivanje informacija, ideja i mišljenja u medijima, kako bi se obezbedio slobodan protok informacija, ideja i mišljenja.

Novinarska pažnja je načelo koje obavezuje novinare i odgovorne urednike da, kada objavljuju informacije ili pišu komentare i mišljenja, provere poreklo informacija, njihovu istinitost i potpunost, odnosno da postupaju sa pažnjom primerenom okolnostima. U sadržinskom smislu, to načelo obuhvata odgovornost, nepristrasnost i profesionalizam.¹⁷ Svaki medij ima svoga vlasnika, koji određuje orijentaciju i koncepciju medija, a redakcija medija oblikuje svakodnevni sadržaj medija. Najčešće se novinarska sloboda ugrožava upravo u radu redakcije i urednika, koji daju novinarima smernice kako i šta treba napisati ili odbijanjem da objave tekst ili stavljanjem u izgled većeg zla (smanjivanje zarade, premeštanje na niže rangirano i slabije plaćeno radno mesto itd.). Ugrožavanje slobode novinara predstavlja veliku opasnost za ostvarivanje slobode medija pa iz tog razloga moraju postojati efikasni mehanizmi, pre svega u udruženjima novinara, a potom i šire, koji će uspeti da zaštite novinarske slobode, a time i slobodu medija.

¹⁵ J. N. Harari, *Homo deus: kratka istorija sutrašnjice*, Laguna, Beograd 2018, 486.

¹⁶ D. Nikolić (2010), 44.

¹⁷ J. Vučković, 19.

Slobodno izražavanje svih relevantnih mišljenja u društvu je opštepriznat i retko osporavan značaj novinarske profesije za izgradnju i održanje demokratije. Stoga nije neobično da se zakon o radu koji se primenjuje na novinare precizira posebnim statutom, koji daje pravni okvir tom pitanju. U mnogim zemljama novinari imaju minimum zaštite od pritisaka koji se sprovode putem naređenja njihovih urednika, a mogu učestvovati i u nekim upravljačkim odlukama. Međutim, prema domaćim propisima, radni odnosi su regulisani samo opštim zakonima, koji se odnose na sve poslodavce i zaposlene, tako da ne postoje posebni propisi o radu koji se odnose na novinare.¹⁸

Načelo kojim se obezbeđuje *poseban položaj nacionalnim manjinama i osobama sa invaliditetom* ustanovljeno je kako bi se etničkim zajednicama i nacionalnim manjinama obezbedilo informisanje na sopstvenom jeziku i negovanje sopstvene kulture i identiteta, a osobama sa invaliditetom svi uslovi neophodni za ostvarivanje prava u oblasti informisanja.

Poseban položaj nosilaca javnih i političkih funkcija je načelo koje faktički ograničava privatnost tih lica u odnosu na informacije koje mogu biti od interesa za javnost, informacije koje su povezane sa vršenjem njihovih funkcija i informacije koje bi trebalo objaviti u skladu sa *opravdanim interesom javnosti da zna*.

Načela *zabrane diskriminacije* i *zabrane govora mržnje* je definisana sa ciljem da se spreče podsticanje, opravdavanje i veličanje govora mržnje na osnovu diskriminacije na osnovu rase, političke, polne, verske, jezičke ili neke druge razlike. Cilj tog načela je da se u medijima onemogući svako zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje koja podstiče na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje.

Jednaka dostupnost informacija je načelo prema kojem svi organi vlasti imaju dužnost da informacije o svome radu učine dostupnim javnosti pod jednakim uslovima, svim novinarima i medijima.¹⁹

Medijska pismenost je veština i sposobnost pronalaženja, biranja, analiziranja, vrednovanja i skladištenja informacija radi postizanja kritičke autonomije u odnosu na sve medije.²⁰ Medijska pismenost je preduslov za uspešan prijem informacija (kritičku analizu i otkrivanje dezinformacija), stvaranje i razmenu informacija. Digitalna pismenost je pojam blizak medijskoj pismenosti ali i različit od nje jer obuhvata sposobnost i znanje za korišćenje novih informaciono-komunikacionih tehnologija, a predstavlja bitan preduslov za ostvarivanje medijske pismenosti. Osim digitalne pismenosti, preduslov medijske pismenosti je i medijsko obrazovanje. Medijska pismenost obuhvata formalne i neformalne oblike sticanja znanja o etičkim vrednostima, ljudskim pravima, kritičkim i kreativnim sposobnostima dobrog informisanja. Samo građani koji su digitalno pismeni i medijski su pismeni i mogu da imaju ličnu autonomiju i da kritički misle, da prave izbore

¹⁸ S. Kremenjak et al., *The Law of Broadcasting Enterprises in the Federal Republic of Yugoslavia*, Institute for Central and Eastern European Business Law (FOWI), Vienna University of Economics and Business Administration, Vienna 2001, 128.

¹⁹ D. Nikolić (2010), 52.

²⁰ R. Tomljenović, 18.

na osnovu dobre informisanosti i na taj način razvijaju demokratiju i napredak u društvu. Da bi se u jednom društvu dostigao visok nivo medijske pismenosti, neophodno je sprovoditi istraživanja kojima se procenjuje dostignuti nivo medijske pismenosti. Takva istraživanja sprovedena u Evropskoj uniji pokazala su da dva ključna faktora utiču na nivo medijske pismenosti – individualne lične kompetencije i okruženje. U individualne lične kompetencije spadaju digitalna pismenost, medijsko obrazovanje, kritičko razumevanje i komunikacijske sposobnosti (proizvodnja i razmena sadržaja i korišćenje društvenih mreža). U faktor okruženja spadaju dostupnost interneta, mobilnih telefona, novina, radija, televizije i filma i kvalitet medijske industrije (medijski pluralizam, dostupnost, sloboda izražavanja, transparentnost itd.). Opštu medijsku pismenost čine zajedno nivo individualnih kompetencija i nivo medijskog okruženja.²¹

Da bi se obezbedila sloboda medija, neophodno je poštovati sva pomenuta načela.

Gajin smatra da sloboda medija, kao sloboda javnog informisanja, obuhvata tri celine: pravnofilozofske principe, sadržinu pravnog pojma i osnovna pravila pravnog režima slobode javnog informisanja.²² *Pravnofilozofski principi*, odnosno načela, obuhvataju princip istine, političke istine, demokratije, tržišta, svojine, javnog dobra, lične autonomije i javnog interesa. *Sadržina pravnog pojma* slobode informisanja obuhvata slobodu izražavanja misli, slobodu prikupljanja, istraživanja, objavljivanja i širenja informacija, slobodu štampanja i rasturanja štampe i drugih javnih glasila, proizvodnju i emitovanje medijskog i televizijskog programa, slobodu primanja ideja i informacija i slobodu osnivanja pravnih lica koja obavljaju delatnost javnog informisanja. *Osnovna pravila pravnog režima* slobode javnog informisanja obuhvataju „zaštitu posebnih prava i sloboda javnog informisanja od akata povrede i ugrožavanja izvršenih od strane države ili trećih lica”,²³ ali na osnovu tih pravila treba da se formulišu i „pravna pravila za rešavanje unutrašnjeg sukoba između ovih posebnih prava i sloboda”.²⁴

Pojam slobode medija, kao i sloboda informisanja, može se definisati i kao sloboda, odnosno pravo na širenje informacija i ideja. Njemu prethodi sloboda, odnosno pravo na posedovanje sopstvenog mišljenja, a prati ga i sloboda, odnosno pravo na primanje informacija i ideja.

U odnosu na tradicionalno shvatanje slobode medija, pod uticajem tehnoloških promena došlo je do velikih promena. Nekada su jedino novine, televizija i radio mogli da dopru do velikog broja korisnika i da na taj način stvaraju javno mnjenje i utiču na procese u društvu. Danas dostupnost širokom broju korisnika nije privilegija tradicionalnih medija. Zahvaljujući internetu, građani kao pojedinci, udruženja građana i drugi predstavnici civilnog društva mogu uspešnije

²¹ *Ibid.*, 22–23.

²² S. Gajin, „Načela i osnovne odredbe medijskog prava”, *Pravo medija s Modelom zakona o javnom informisanju* (ur. V. Vodinec *et al.*), Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1998, 17–37.

²³ *Ibid.*, 31.

²⁴ *Ibid.*

od profesionalnih novinara izveštavati, na primer, o pitanjima vezanim za lokalne zajednice ili pojedina konfliktna područja. Nažalost, posledica povećanja broja medija koji putem interneta mogu da utiču na javno mnjenje, odnosno mogu efikasno da šire informacije velikom broju korisnika, nije izveštavanje o pitanjima od javnog interesa već je to najčešće izveštavanje o privatnim životima pojedinaca. Iz tog razloga, sa pravne tačke gledišta, trebalo bi razlikovati istraživačko novinarstvo od izveštavanja o stvarima iz privatnog života pojedinaca u skladu sa redefinisanjem pojma medija danas.²⁵

Sloboda medija je preduslov ostvarivanja niza drugih prava, kao što su politička i ekonomska prava, pa tako možemo konstatovati da ostvarivanje višeg nivoa slobode medija direktno vodi do ostvarivanja mnogih drugih ljudskih prava, odnosno ona je fundamentalno ljudsko pravo, bez čijeg ostvarivanja nema napretka društva kao celine.

4. Ograničenja slobode medija

Sloboda medija mora biti ograničena drugim pravima koja su građanima garantovana, ali može biti na različite načine i ugrožena, i od države i od velikih korporacija. Država želi da kontroliše medije da bi promovisala ostvarene rezultate rada vladajuće većine, koja želi što duže da ostane na vlasti, da bi promovisala određene vrednosti i vodila izbornu utakmicu, koja se danas najvećim delom vodi u medijima, a velike korporacije žele da kontrolišu medije iz ekonomskih interesa kako bi izbegle tržišnu utakmicu, ostvarile monopolsku poziciju i stekle što veći profit. Zbog toga je veoma delikatna granica između ostvarivanja slobode medija i njenog ograničavanja. Ova granica se utvrđuje pre svega sudskom praksom nacionalnih i međunarodnih sudova.

Ograničenja slobode medija u slučajevima predviđenim međunarodnim i nacionalnim propisima neophodna su kako bi se zaštitili:

- prava drugih pojedinaca (čast, ugled i dostojanstvo pojedinaca, privatnost itd.),
- autoritet i nepristrasnost suda,
- javno zdravlje,
- javna bezbednost i
- javni poredak;
- i kako bi se sprečili:
- nasilje i
- otkrivanje obaveštenja dobijenih u poverenju.

Ta ograničenja su obično predviđena najpre najvišim nacionalnim pravnim aktom, a potom su preciznije regulisana u krivičnom nacionalnom zakonodavstvu. Na primer, sloboda mišljenja i izražavanja i sloboda da se govori, pisanjem,

²⁵ J. Oster, *Media Freedom as a Fundamental Right*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, 2.

slikom ili na drugi način traže, primaju i šire informacije, obaveštenja i ideje, koja je garantovana Ustavom Republike Srbije, „može se zakonom ograničiti, ako je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije”.²⁶

Sloboda medija ograničena je i *pravom pojedinaca da štite čast, ugled i dostojanstvo* svoje ličnosti. Zaštita časti, ugleda i dostojanstva predviđena je u većini krivičnih zakonodavstava i države je vrlo često zloupotrebljavaju kako bi ograničile slobodu informisanja i onemogućile kritiku koja je neophodna svakom demokratskom društvu. Tu tanku liniju koja razdvaja slobodu medija i slobodu informisanja od prava na zaštitu časti, ugleda i dostojanstva utvrđuje Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) donoseći presude u različitim sudskim postupcima, utvrđujući da li je došlo do kršenja člana 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama (EKLJP).

Sloboda izražavanja ograničena je danas sve više i jednim novim standardom – obavezom postupanja u skladu s pravilima novinarske struke.²⁷ Da bi neka informacija mogla biti objavljena, odnosno da to objavljivanje bude dopušteno, potrebno je da je ona pre objavljivanja bude proverena sa dužnom pažnjom. Ta tzv. *novinarska pažnja* varira od slučaja do slučaja, a mera dužne pažnje zavisi od okolnosti, od prilika koje postoje u vezi sa konkretnom informacijom.²⁸ Novinarska pažnja se preciznije definiše u etičkim kodeksima profesionalnih udruženja novinara.

Slobodu informisanja ESLJP je odbranio svojom presudom u slučaju *Dalban v. Romania* iz 1999. godine.²⁹ Slučaj se odnosio na prijavu koju je Evropskoj komisiji za ljudska prava podneo rumunski državljanin, novinar Dalban, koji je objavio članak o nizu prevara koje je navodno počinio izvesni G. S., izvršni direktor državnog poljoprivrednog preduzeća *Fastrom* iz Romana u Rumuniji. Ovaj članak, a i jedan kasniji, bacio je sumnju na senatora R. T. u vezi s tim slučajem. Novinar je tvrdio da su objavljene informacije zasnovane na izveštajima Odeljenja za prevare, a rumunski sudovi su ga proglasili krivim za krivično delo klevete i osudili na tri meseca zatvora (uslovno) i novčanu kaznu. Uprkos ovoj presudi, novinar je nastavio da objavljuje informacije o navodnoj prevari. S obzirom na to da je Dalban 1995. godine podneo predstavku Evropskoj komisiji za ljudska prava, a da je postupak posle njegove smrti 1998. godine nastavila njegova žena, ESLJP je na kraju postupka zaključio da se predmetni članci tiču pitanja od javnog interesa: upravljanja državnom imovinom i načina na koji političari ispunjavaju svoj mandat. U slučajevima kao što je ovaj, nacionalna granica slobodne procene ograničena je interesom demokratskog društva da omogući štampi da ostvari svoju suštinsku ulogu „javnog čuvara” i da prenosi informacije od javnog značaja. Prema stavu tog suda, bilo bi neprihvatljivo da se novinaru zabrani da iznosi kritičke vrednosne

²⁶ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, član 46.

²⁷ A. Radolović, 17.

²⁸ V. Vodinelic, *Pravo masmedija*, Fakultet za poslovno pravo u Beogradu, Beograd 2003, 89.

²⁹ *Dalban v. Romania* (Application no. 28114/95), ECHR, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58306>, 19. septembar 2022.

sudove, osim ukoliko ne dokaže njihovu istinitost. U ovom slučaju nije bilo dokaza da je opis događaja dat u člancima potpuno netačan i da je osmišljen da podstakne kampanju klevete protiv G. S. i senatora R. T. Vlada nije osporila zaključak Komisije da se, čak imajući u vidu dužnosti i odgovornosti novinara koji ostvaruje pravo na slobodu izražavanja, utvrđeno članom 10 EKLJP, osuda novinara ne može smatrati „neophodnom u demokratskom društvu”. Sud je zaključio da je, u odnosu na legitimni cilj kojem se težilo, osuđivanje Dalbana za krivično delo i kažnjavanje na zatvorsku kaznu predstavljalo nesrazmerno mešanje u ostvarivanje njegove slobode izražavanja kao novinara. Shodno tome, prema mišljenju Suda, došlo je do povrede člana 10.³⁰ U istoj presudi navedeno je da je štampa dužna da saopštava informacije i ideje o svim pitanjima od opšteg interesa i da nije prihvatljiv stav nacionalnih sudova da novinar može da formuliše kritičke sudove samo pod uslovom da može da dokaže njihovu istinitost.

Interesantan je i slučaj u kome su nacionalni sudovi Austrije osudili novinara za krivično delo uvrede izvršeno prema jednom političaru zato što je u članku komentarisao govor političara i nazvao ga „kretenom”. Novinar se žalio ESLJP i ovaj sud je 1997. godine u slučaju *Oberschlick v. Austria*³¹ zaključio da je političarev govor imao za cilj da bude provokativan i izazove polemiku, te da komentar novinara ne predstavlja neopravdan lični napad jer je dao objašnjenje koje je *objektivno razumljivo* i zasnovano na govoru političara. Sud je zaključio da je upotreba reči „kreten” *srazmerna* i da ju je izazvao govor političara pa presude austrijskih sudova predstavljaju kršenje člana 10 EKLJP.

U slučaju *Lingens v. Austria* iz 1986. godine³² ESLJP je zaštitio slobodu informisanja, odnosno pravo novinara da poseduje lično mišljenje i da to mišljenje javno saopšti. Austrijski sudovi po privatnoj tužbi za uvredu austrijskog kancelara Bruna Krajskog osudili su novinara zbog mišljenja iznetog u članku. Zahtev za naknadu štete je odbijen, ali je doneta mera oduzimanja izdanja novina u kojima su objavljeni članci sa obrazloženjem da novinar nije mogao dokazati istinitost svojih tvrdnji. Evropski sud za ljudska prava je zaključio da političari moraju pokazati visok stepen tolerancije prema kritici u medijima *u skladu sa društvenim interesom* da se razvija otvorena diskusija o političkim pitanjima, da izrečena kazna novinaru predstavlja vid cenzure i da će ga sprečiti da u budućnosti daje takve i slične komentare, te će na taj način biti ograničena sloboda informisanja. Sud je dalje zaključio da je zahtev nacionalnih sudova da se dokaže istinitost kritičkog mišljenja predstavljao direktno zadiranje u samu suštinu slobode mišljenja, da odluke nacionalnih sudova *nisu bile neophodne u demokratskom društvu* i da je postojala *disproporcija* između cilja da se zaštiti ugled i cilja da se omogući sloboda informisanja i izražavanja. Sud je zaključio da su presude austrijskih sudova predstavljale kršenje člana 10 EKLJP.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Oberschlick v. Austria* (Application no. 20834/92), ECHR, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58044>, 20. jul 2022.

³² *Lingens v. Austria* (Application no. 9815/82), ECHR, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523>, 20. jul 2022.

U slučaju *Bladet Tromso and Stensaas v. Norway* iz 1999. godine³³, kada su glavni urednik i njegov list bili osuđeni pred nacionalnim sudovima u Norveškoj da plate odštetu jer su izvršili krivično delo klevete u izjavama koje su se odnosile na kršenje propisa o lovu na foke, ESLJP je, sa ciljem zaštite slobode informisanja, zaključio da je Norveška prekršila član 10 EKLJP. Tu odluku je obrazložio time što je urednik postupao *u dobroj nameri* i što je sa razlogom mogao da se osloni na zvanični izveštaj, *ne proveravajući njegovu istinitost*. Sud je zaključio da presuda za klevetu nije opravdana jer nije postojala *razumna srazmera* između nametnutog ograničenja slobode izražavanja i zaštite ugleda.

5. Zaključak

Sloboda medija spada u red izuzetno značajnih vrednosti demokratskih društava. Ona proističe iz slobode izražavanja i spada u red ljudskih prava koja se pojedincima garantuju mnogobrojnim međunarodnim i nacionalnim pravnim aktima. Odnos prema slobodi medija kao jednom od aspekata slobode izražavanja jedno je od merila dostignutog nivoa demokratije u jednom društvu i dostignutog nivoa razvoja društva uopšte.

Pojam slobode medija obuhvata slobodu osnivanja medija, slobodu prikupljanja, slobodu istraživanja, slobodu objavljivanja i širenja informacija, slobodu izdavanja štampanih i elektronskih medija, proizvodnju i emitovanje medijskog i televizijskog programa, slobodu primanja ideja i informacija, odnosno slobodan protok informacija.

Ostvarivanje slobode medija podrazumeva da i država i mediji poštuju propise. Država je u obavezi da spreči bilo kakav vid cenzure, diskriminacije i govora mržnje, zaštititi medijski pluralizam i da obezbedi javnosti informacije o pitanjima od javnog interesa, kao i poseban položaj nacionalnih manjina i osoba sa invaliditetom. Mediji su dužni da se u okviru slobode medija pridržavaju profesionalnih standarda novinarske pažnje, kodeksa ponašanja, načela medijskog prava.

Sloboda medija ne može biti apsolutna i ograničena je u svakom demokratskom društvu sa ciljem zaštite prava pojedinaca i društva. Kada su pojedinci u pitanju, ta ograničenja se odnose pre svega na pravo privatnosti, na zaštitu dostojanstva i ugleda. Kada je društvena zajednica u pitanju, ograničenja se odnose na zaštitu autoriteta i nepristrasnosti suda, zaštitu javnog zdravlja, morala i nacionalne bezbednosti.

Proklamovano pravo slobode informisanja međunarodnim i nacionalnim zakonodavstvom mora da se štiti efikasnim nadzornim sistemom i na nivou pojedinih država i na nivou međunarodne zajednice. U Evropi je posebno efikasan nadzorni sistem za ostvarivanje prava slobode medija izgrađen u okviru Saveta Evrope, koji se odnosi na primenu EKLJP u radu ESLJP, koji je garant ostvarivanja

³³ *Bladet Tromso and Stensaas v. Norway* (Application no. 21980/93), ECHR, <http://hudoc.echr.coe.int/?i=001-58369>, 20. jul 2022.

slobode medija. U slučaju da se u okviru nacionalnih nadzornih sistema, članica Saveta Evrope, ne zaštiti pravo na slobodu medija, uvek postoji mogućnost da se nakon iscrpljivanja pravnih sredstava u okviru nacionalnih država zaštita potraži pred ESLJP. Ovaj sud je brojnim svojim odlukama uspeo da utiče na razvoj međunarodnog prava u oblasti zaštite prava na slobodu medija, odnosno prava na slobodu informisanja.

Postojanje normi međunarodnog prava u oblasti zaštite slobode medija i mehanizma za sudsku kontrolu, ostvarivanje prava iz oblasti slobode medija trebalo bi da motiviše nacionalna zakonodavstva da izgrade efikasan sistem zaštite prava u oblasti slobode medija u interesu njenih građana, u interesu razvoja demokratije i celog društva i sa ciljem podizanja ugleda zemlje u međunarodnoj zajednici.

Literatura

- Gajin S., Načela i osnovne odredbe medijskog prava, *Pravo medija s Modelom zakona o javnom informisanju* (ur. V. Vodinelić i ostali), Beogradski centar za ljudska prava Beograd 1998.
- Lamar W., *Press Freedom as an International Human Right*, Palgrave Macmillan, Cham 2018.
- Nikolić J., *Sloboda izražavanja u teoriji, zakonima i praksi nacionalnih i Evropskog suda pravde*, Knjiga-komerc, Beograd 1995.
- Nikolić D., *Medijsko pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2010.
- Oster J., *Media Freedom as a Fundamental Right*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Potter W. J., *Digital Media Effect*, Rowman and Littlefield, London 2021.
- Radolović A., Odnos prava osobnosti i medijskog prava, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2007.
- Tomljenović R., *Regulatorna tela za elektronske medije i medijska pismenost: uporedna analiza najboljih evropskih praksi*, Council of Europe, Strasbourg 2018.
- Vodinelić V., *Pravo masmedia*, Fakultet za poslovno pravo u Beogradu, Beograd 2003.
- Vučković J., *Medijsko pravo*, Medivest, Niš 2018.

Internet izvori

- Handzhiyska L., Mackay C., Introduction to Media Law, https://old.o94.at/wp-content/uploads/Introduction-to-Media-Law_EN.pdf, 28. mart 2023.

Sudske odluke

Bladet Tromso and Stensaas v. Norway (Application no. 21980/93), ECHR, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58369>, 28. mart 2023.

Dalban v. Romania (Application no. 28114/95), ECHR, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58306>, 28. mart 2023.

Lingens v. Austria (Application no. 9815/82), ECHR, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523>, 28. mart 2023.

Oberschlick v. Austria (Application no. 20834/92), ECHR, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58044>, 28. mart 2023.

FREEDOM OF THE MEDIA AND ITS LIMITATIONS

Summary

Media freedom is one of the extremely important values of democratic societies. It stems from freedom of expression and belongs to the range of human rights guaranteed to individuals by numerous international and national legal acts. The attitude towards freedom of the media as one of the aspects of freedom of expression represents one of the criteria of the achieved level of democracy in a society, and the achieved level of development of society in general. Media freedom cannot be absolute and is limited in every democratic society in order to protect the rights of individuals and society. When it comes to individuals, these restrictions relate primarily to the right to privacy, to the protection of dignity and reputation. When it comes to the social community, the restrictions relate to the protection of the authority and impartiality of the court, the protection of public health, morals and national security.

Key words: media freedom, human rights, right to privacy, dignity and reputation, freedom of expression.

TRANSFORMACIJA PRIMENE KONCEPTA KOHABITACIJE U SAVREMENOM PARLAMENTARNOM SISTEMU (uporednopravna analiza na primeru Francuske i Crne Gore)

Apstrakt

Kohabitacija je specifičan odnos između različitih oblika vlasti, u situacijama kada određene državne funkcije obavljaju subjekti koji su suprotstavljeni po političkoj, ideološkoj, interesnoj ili nekoj drugoj liniji. Pritom, kohabitacija nije rezultat koalicionije ili sličnog dogovora već posledica izbora koji su „nametnuli” taj oblik saradnje. Drugim rečima, to je više neophodan oblik saradnje nego želja političkih aktera da zajedno vrše vlast.

U savremenoj političkoj praksi najčešći oblik kohabitacije odvija se između izvršne vlasti, koja svoj legitimitet zasniva na skupštinskoj većini koju je osvojila na izborima, s jedne strane, i predsednika, koga građani biraju na neposrednim izborima.

Predmet analize je transformacija tog pravnog instituta, koji poprma određene elemente koji nisu postojali u prvobitnom konceptu, ali je njegova primena u praksi izazvala određene promene.

Na taj način se uporednom analizom upoređuju obim, rezultati i posledice kohabitacije u dva različita oblika parlamentarizma: u Crnoj Gori, čija se organizacija vlasti može nazvati racionalizovanim parlamentarizmom, i u Francuskoj, gde postoji poseban oblik parlamentarizma: parlamentarizam izražen u polupredsedničkom sistemu.

Ključne reči: kohabitacija, parlamentarizam, polupredsednički sistem, državne funkcije.

1. Uvod

Demokratizacija društvenih odnosa u savremenom svetu uočljiva je i u domenu politike. Sve su ređi politički režimi u kojima postoji samo jedna politička opcija koja samostalno učestvuje u vršenju državnih funkcija. Na političkoj sceni danas postoje mnogobrojne političke stranke, udruženja građana, pokreti, koji

* Prof. dr Danilo Savović, Visoka zdravstvena škola strukovnih studija „Medica”, Beograd, savovicdanilo@yahoo.com

** Dr Danica Savović, Ministarstvo spoljnih poslova Republike Srbije, danica.savovic@mfa.rs

građanima pružaju šansu da demokratskim putem na izborima iskažu svoje političke stavove i opredeljenja, počev od krajnje levice, preko centra, sve do desnice. Taj veliki izbor mogućnosti u praksi dovodi do toga da se vlast formira od političkih subjekata veoma različitih političkih provincijencija koji ponekad i putem neprincipijelnih koalicija formiraju i vrše vlast. Na taj način ti politički partneri ostvaruju svoje interese, a vlast funkcioniše zahvaljujući njihovim koalicionim sporazumima, ugovorima i dogovorima. Tim sporazumima celokupna vlast se deli izbornim pobeđnicima, dok na drugoj strani ostaje opozicija koja ne učestvuje u vršenju vlasti.

Za razliku od formiranja i vršenja vlasti voljom koalicionih partnera ili od političke partije koja je sama uspela da osvoji potrebnu većinu, dešava se, mada nešto ređe, da pojedine funkcije vlasti obavljaju *istovremeno* subjekti različitih političkih, ideoloških i drugih orijentacija, koji su pre rivali nego saradnici. U praksi je to najčešće slučaj kada jedna politička opcija osvoji parlamentarnu većinu i vrši izvršnu vlast, a drugi politički blok na neposrednim izborima osvoji predsedničku vlast. U toj situaciji nosioci političke vlasti ne vrše vlast na osnovu dogovora nego silom političkih (i izbornih) prilika, pa su više prinuđeni da sarađuju nego što to sami žele. Političkim rečnikom, ta situacija, odnosno taj vid komunikacije zove se *kohabitacija*.

Na primeru Francuske i Crne Gore, dveju država koje pripadaju u osnovi parlamentarnom sistemu, analizira se funkcionisanje kohabitacije u ambijentu polupredsedničkog tipa (Francuska) i tzv. racionalizovanog parlamentarizma (Crna Gora).

2. Istorijski osvrt

Organizacija vlasti zasnovana na podeli između različitih grana državne vlasti nastala negiranjem apsolutističkih oblika vladavine javila se krajem 18. i početkom 19. veka. Posmatrana u istorijskom kontekstu, ta podela zasnovana na ravnoteži zakonodavne, izvršne i nezavisnosti sudske vlasti i njihovoj međusobnoj kontroli bila je progresivna. Nova organizacija vlasti je predstavljala ne samo ograničenje vlasti *ancien regim*-a, već i aktivno uključivanje novih snaga koje su stupile na istorijsku pozornicu. U toj svojevrsnoj reorganizaciji, šef države je zadržao funkciju predstavljanja države, vlada prerogative izvršne vlasti, dok je predstavničko telo – parlament, vršilo zakonodavnu funkciju. Ako se tome doda i nezavisno sudstvo, kao treća grana vlasti, time se kompletira model tradicionalnog parlamentarnog sistema.

Tokom vremena podela vlasti dobija sve veći značaj i postaje važan čini-lac u oblikovanju organizacije savremene države i u demokratizaciji ukup-nih društvenih odnosa. Međutim, deoba vlasti nije bila jednoobrazna nego je u praksi u različitim državama imala i različite oblike. Negde je samostalnost

pojedinih funkcija državne vlasti bila jače izražena, negde je postojala njihova jača međuzavisnost. Ukoliko je primat imao predstavnički organ, sa značajnom ulogom izvršnog organa, onda je to bio parlamentarni sistem tradicionalnog tipa, a ako je dominantnu ulogu imao šef države, sa svojim reprezentativnim, ali i izvršnim ovlašćenjima, onda na delu imamo polupredsednički sistem.¹ I u jednom i u drugom slučaju sudska vlast je ostajala nezavisna.²

U parlamentarnom režimu postoje različite varijante odnosa između izvršne vlasti i šefa države. Tako postoji varijanta parlamentarizma u kojoj premoć ima vlada. U toj situaciji vlada je centralna institucija ustavnog i političkog sistema. Takav položaj vlade u odnosu prema šefu države proizlazi, između ostalog, iz njene političke odgovornosti. Naime, vladu formira politička partija koja je pobednik na opštim parlamentarnim izborima. Činjenica da vlada uživa poverenje zakonodavnog organa – parlamenta pruža joj različite mogućnosti i daje široka ovlašćenja. Ta ovlašćenja se ispoljavaju u njenim brojnim nadležnostima i čine je dominantnom institucijom u odnosu na šefa države. Tipična država tog parlamentarnog modela je Velika Britanija u kojoj šef države – monarh ima više ceremonijalnu ulogu, dok stvarna, efektivna vlast pripada vladi, odnosno kabinetu. Pri tome ne treba zanemariti ne samo simbolični nego i socijalni značaj monarhove vlasti koji svoje korene vuče iz tradicije koja je toliko značajna u toj državi.

Drugu varijantu parlamentarne organizacije odlikuje premoć šefa države nad vladom.³ U tom režimu predsednik Republike je centralna institucija vlasti. On može raspustiti parlament bez saglasnosti premijera, a ima i pravo i mogućnost da zakon koji je izglasala skupština iznese na referendum. Uz druga ovlašćenja, predsednik Republike ima pravo da, pod određenim uslovima, koje iziskuju okolnosti, donosi vanredne mere.⁴

Iako Ustavom Republike Francuske šefu države nije dato pravo da sme ni predsednika vlade⁵, praksa pokazuje da premijer mora da uživa poverenje predsednika države sve vreme dok obavlja tu funkciju, jer moć predsednika može da bude takva da praktično prisili premijera da podnese ostavku, ukoliko odbije da potpisuje odluke vlade, čime mu praktično onemogućava vršenje vlasti– vladanje.

¹ Predsednički sistem kakav postoji u SAD poseban je tip organizacije vlasti koji ima svoje mnogobrojne osobenosti.

² U teoriji i u praksi ta podela se ne ostvaruje u čistom obliku. Naprotiv, postoji više različitih sistema koje karakteriše više ili manje izražen dominantan položaj jedne od grana vlasti, po čemu se i određuje konkretan oblik parlamentarizma.

³ „Predsednik Republike je osnovna institucija (clef de voute) ustavnog sistema...” G. Berlia, „Le president de la Republique dans la Constitution de 1958”, *Revue de droit public* (ed. Georges Berlia), 1, 1959, 72.

⁴ „Kada institucijama Republike, nezavisnosti zemlje, njenom teritorijalnom integritetu ili izvršenju njenih međunarodnih obaveza preti ozbiljna i neposredna opasnost i kada je redovno funkcionisanje ustavnih javnih vlasti prekinuto, predsednik Republike preduzima mere koje iziskuju okolnosti posle službenog savetovanja sa predsednikom vlade, predsednicima domova i Ustavnog saveta.” Ustav Republike Francuske (Constitution de la République Française – Constitution du 4 octobre 1958, *Version mise à jour en janvier 2015*), čl.16, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>, 28. mart 2023.

⁵ Premijer može dati ostavku ili mu skupština u propisanoj proceduri i uslovima izglasa nepoverenje.

Ako se uzme u obzir da je predsednik vlade odgovoran i parlamentu, onda sve to utiče na njegov delikatan položaj u odnosu na predsednika države, koji koristi činjenicu i crpi svoju moć i vlast iz narodne volje koja mu je obezbeđena na neposrednim izborima.

3. Pojam kohabitacije

3.1. Kohabitacija uopšte

Mada je u ovom tekstu reč o političkoj kohabitaciji, taj termin, pogotovo u prvobitnom, izvornom smislu, označava i ono što nema nikakve veze sa saradnjom u sferi vršenja državne vlasti određenih političkih subjekata. Tako *cohabitatio* (latinski) u opštem smislu te reči označava *zajedničko stanovanje*, odnosno *zajednički život*, *život u zajednici* osoba koje su međusobno u bliskim odnosima.

U užem smislu, pod kohabitacijom se shvata odnos između lica koja žive u zajednici koja po gotovo svim elementima liči na bračnu, ali to zajedništvo nije formalnopravno uspostavljeno institucijom braka. U svakodnevnom govoru, ali i u pravnoj terminologiji, kohabitacija se u tom značenju naziva *vanbračna zajednica*.⁶

Ukratko, kohabitacija je specifična forma zajedničkog života ili, još preciznije, suživot osoba u formalnoj ili neformalnoj zajednici.

3.2. Pojam političke kohabitacije

Taj oblik kohabitacije predstavlja političku situaciju koja podrazumeva saradnju između subjekata različitog političkog, ideološkog i drugog spektra. Različite orijentacije vladajućih blokova, od kojih jedna ima izvršnu, a druga predsedničku funkciju, upućuju na nužnost saradnje tih rivalskih političkih grupa, odnosno partija. Zato se, kad dođe do takvog stanja, moraju tražiti i pronalaziti mogući oblici zajedničkog funkcionisanja. To znači da se, u uslovima političke kohabitacije, moraju nalaziti zajednički imenitelji koji omogućavaju funkcionisanje institucija sistema. Postizanje prihvatljivog dogovora, jedne vrste nužnog konsenzusa između vladajućih struktura različitog političkog profila, predstavlja imperativ. U suprotnom se mogu javiti blokada u funkcionisanju institucija i neželjene posledice, što se odražava veoma negativno ne samo na kredibilitet pojedinih organa vlasti nego i na funkcionisanje države u svim sferama društvenog života, i na unutrašnjem i na spoljnom planu.

⁶ Ima i drugih sličnih značenja tog pojma, pase tako pod kohabitacijom podrazumeva zajednica lica koja su samo u intimnoj (seksualnoj) vezi ili čak i bračna veza supružnika koji su formalnopravno u bračnoj zajednici, ali su suštinski (faktički) razdvojeni.

Zato se u tom svojevrsnom odnosu različitih političkih aktera koji su silom (izbornih i političkih) prilika prinuđeni da saraduju moraju neprestano tražiti oblici saradnje i pored očigledno različitog viđenja rešenja povodom kojih pokušavaju da nađu zajednički jezik. To znači i da će u tom svojevrsnom „dovlašću” pred subjektima kohabitacije stajati dve mogućnosti. Prva, da odluke donose uspostavljanjem makar minimalnog stepena saglasnosti u oblastima gde je nadležnost *zajednička*. Drugo, da političke poteze usaglašavaju ne u svim sferama nego prvenstveno u onim gde politika mora biti jednoglasna. Tu se pre svega misli na spoljnu politiku, a isto tako i na podeljenu nadležnost koja zahteva kooperaciju izvršne vlasti i šefa države u oblasti odbrane i bezbednosti.

Jednom reči, kohabitacija je saradnja i nužni konsensus u pitanjima o kojima akteri kohabitacije mogu imati sasvim različit pristup, ali nemaju ovlašćenja samostalnog odlučivanja. Nekad će se u praksi naći putevi za prevazilaženje tih razlika na lakši način, nekada na teži, ali će uvek biti nastojanja da se protivnoj strani onemogućiti ostvarenje njenih političkih interesa na otvoren ili na manje vidljiv način.

4. Francuska

4.1. Uvodna razmatranja

Iako Republika Francuska pripada krugu zemalja parlamentarne demokratije, tu zemlju ipak odlikuju određene posebnosti po kojima se razlikuje od tipičnih, tradicionalnih parlamentarnih režima. To naročito zbog mesta, uloge i položaja šefa države, koji, za razliku od „čistog” parlamentarnog sistema, ima ingerencije koje u velikoj meri prevazilaze položaj predsednika drugih država čije se nadležnosti kvalifikuju kao simbolične i ceremonijalne.

Zato se i u teorijskom pogledu i u praksi primene taj režim označava kao *polupredsednički*, iako u osnovi pripada parlamentarizmu.

U tom smislu Francuska nam u ovoj uporednoj analizi može poslužiti kao primer paralelnog ili zajedničkog funkcionisanja različitih organa vlasti u istom mandatu.⁷

Nadležnosti šefa države i vlade manifestuju se u slučajevima kada predsednik Republike „utvrđuje” državnu politiku, a s druge strane premijer kao ustavni nosilac izvršne vlasti radi to isto. Treba istaći da taj paralelizam u obavljanju izvršne funkcije u Francuskoj zavisi od okolnosti koje se tiču rezultata izborne volje građana. To znači da će u određenim periodima izvršni organi funkcionisati samostalnije i skladnije, dok će u drugačijim političkim okolnostima biti

⁷ Reč je, razume se o Petoj republici i Ustavu Francuske iz 1958. godine i njegovim mnogobrojnim amandmanima kojim taj ustav obiluje.

potrebno usklađivanje i koordinacija sa izvršnim nadležnostima šefa države. Ta druga situacija je poznata kao *politička kohabitacija* između predsednika države i vlade. Drugim rečima, ko će u kojoj meri faktički vršiti izvršne funkcije vlasti, zavisi pre svega od legitimiteta dobijenog na izborima.

U tipičnim parlamentarnim sistemima jasno je definisana uloga izvršne vlasti – vlade koja vlada, odnosno koja je odgovorna parlamentu, koji joj može izglasati nepoverenje pod ustavom propisanim uslovima.⁸

Bez obzira na te nadležnosti izvršne vlasti koje postoje u svakom parlamentarnom režimu, Ustav Francuske sadrži i odredbe o ingerencijama predsednika države koje u velikoj meri prevazilaze izvršna ovlašćenja koja šef države ima u ostalim zemljama parlamentarnog sistema.⁹

Ustav propisuje da je predsednik Republike Francuske garant nacionalne nezavisnosti, teritorijalnog integriteta, kontinuiteta države i poštovanja (zaključenih) ugovora. On je ovlašćen i zadužen da se brine o poštovanju ustava i da svojom arbitražom osigurava redovno funkcionisanje organa javnih vlasti.¹⁰

U tom smislu, predsednik Republike postavlja premijera i na njegov predlog imenuje i ostale članove vlade, a takođe predsedava sednicama vlade.¹¹

Osim toga, šef francuske države ima i druga značajna ovlašćenja.

Šef francuske države ima ustavno ovlašćenje da raspusti Narodnu skupštinu.¹²

Predsednik Francuske proglašava zakone, a ima i značajna normativna ovlašćenja.¹³

Osim toga, predsednik Republike ima mogućnost da pod određenim uslovima iznese na referendum *svaki* predlog zakona koji se odnosi na organizaciju javnih ovlašćenja, na reforme koje se odnose na ekonomsku, socijalnu ili ekološku politiku nacije i javnih službi koje joj doprinose ili nastoji da odobri ratifikaciju sporazuma koji bi, ukoliko nisu u suprotnosti sa Ustavom, uticali na funkcionisanje institucija.¹⁴

Predsednik ima široka ovlašćenja i kada su u pitanju imenovanja funkcionera na značajne civilne i vojne položaje.

⁸ „Vlada određuje i vodi politiku nacije. Ima administraciju i oružane snage. Odgovorna je Parlamentu pod uslovima i procedurama predviđenim članovima 49 i 50.” Ustav Republike Francuske, čl. 20.

⁹ Nadležnosti predsednika Republike Francuske propisane su u glaviII, čl. 5–19. Ustava te zemlje. (Constitution de la République française – Constitution du 4 octobre 1958, *Version mise à jour en janvier 2015*), TITRE II. – Le Président de la République (articles 5 à 19).

¹⁰ *Ibid.*, čl. 5.

¹¹ *Ibid.*, čl. 8. i 9.

¹² *Ibid.*, čl. 12.

¹³ On postavlja na civilna i vojna mesta u državi: državne savetnike, izvanredne (opunomoćene) ambasadore i izaslanike, glavne savetnike Revizorskog suda, prefekte, predstavnike države u prekomorskim zajednicama uređenim članom 74. i u Novoj Kaledoniji, generale, rektore akademija, direktore centralnih uprava koji se imenuju se u Veću ministara. Organski zakon određuje druga radna mesta kojima je popunjen Savet ministara, kao i uslove pod kojima on može delegirati ovlašćenje imenovanja predsednika Republike da se vrši u njegovo ime čl. 13. i 14.

¹⁴ *Ibid.*, čl. 11.

Predsednik Republike prima akreditacije ambasadora stranih zemalja.

On je komandant vojske i predsedava sednicama Saveta za nacionalnu odbranu.¹⁵

Ukoliko su ugrožene institucije države, integritet njene teritorije ili je dovedeno u pitanje izvršavanje njenih međunarodnih obaveza a redovno funkcionisanje ustavnih javnih ovlašćenja je prekinuto, predsednik Republike preduzima mere primerene tim okolnostima, nakon zvaničnih konsultacija sa premijerom, predsednikom skupštine i ustavnim savetom.

U najvećem broju slučajeva akte predsednika Republike supotpisuje premijer, a prema potrebi i odgovorni ministri.¹⁶

Ta ustavna ovlašćenja omogućavaju šefu francuske države koncentraciju vlasti koja u velikoj meri prevazilazi nadležnosti predsednika u parlamentarnim sistemima. Zato je ispravna konstatacija da je mesto na kome se donose odluke, odnosno gde se vrši stvarna vlast u toj zemlji *Jelisejska palata*, kao što je ispravno gledište da legitimitet tim ustavnim nadležnostima proizlazi iz izvorne volje građana koji su ga neposrednim putem izabrali na tu funkciju.

4.2. Kohabitacija u Francuskoj

Francuski predsednik nema jednaku moć i snagu u uslovima u kojima je njegova politička opcija odnela prevagu na parlamentarnim izborima i ima većinu u Narodnoj skupštini, kao u slučaju kad tu parlamentarnu većinu čine druge političke stranke koje nisu bliske predsedniku, odnosno čija je opcija suprotna od predsednikove.

U prvom slučaju se može reći da šef francuske države vrši vlast u punom kapacitetu koji izvire iz neposredne volje građana koji su ga izabrali na funkciju predsednika države, pa mu u takvim uslovima najčešće nije potrebna saglasnost Vlade za donošenje odluka.¹⁷

Ukoliko parlamentarnu većinu čine poslanici koji nisu iz političkog bloka šefa države, druga izvršna vlast, oličena u vladi odnosno kabinetu, u izvesnoj meri ograničava vlast šefa države. U toj situaciji, uloga predsednika je bliža položaju šefa države u zemljama tipične parlamentarne demokratije. Tada se odvija proces kohabitacije gde su vlada i šef države upućeni na nužne kompromise kako se ne bi blokiralo funkcionisanje državne vlasti. Moglo bi se reći da onda dolazi do potpunijeg izražaja uloga vlade kao izvršnog organa, kako ona inače najčešće i funkcioniše u parlamentarnom režimu.¹⁸

¹⁵ *Ibid.*, čl. 14. i 15.

¹⁶ To se ne odnosi na akte predviđene u čl. 8. st. 1, čl. 11, 12, 16, 18, 54, 56. i 61. Ustava.

¹⁷ S druge strane, za one funkcije za koje je potrebna saglasnost vlade, predsednik Republike je, samim tim što ima ustavnu nadležnost da predsedava sednicama Vlade i određuje njen dnevni red, u prilici da usmerava raspravu u određenom pravcu.

¹⁸ Ustav Republike Francuske, čl. 20.

Periodi u dosadašnjem trajanju Pete republike u kojima je šef francuske države imao „opoziciju” u parlamentu, odnosno nije imao parlamentarnu većinu, vremenski posmatrano, značajno su kraći od onih u kojima je obavljao predsedničku vlast u punom kapacitetu.¹⁹

Od osam predsednika Pete Francuske republike, samo su dvojica vršila kohabitaciju sa vladom koja je bila sastavljena od većine koja je pripadala suprotnom političkom bloku od predsednikove.²⁰

Jedan od uzroka, mada ne i jedini, raskoraka političke pripadnosti šefa države i većinskog sastava Narodne skupštine jeste različito vreme trajanja mandata poslanika (pet godina) i predsednika Republike (sedam godina).²¹

Periodi kada je skupštinska većina direktno bila suprotstavljena predsedniku Republike, odnosno vreme kohabitacije Pete republike trajalo je 1986–1988, zatim 1993–1995. i najzad 1997–2002. godine.

4.2.1. Periodi kohabitacije

Fransoa Miteran (1986–1988. i 1993–1995)

Jedini predsednik u istoriji Pete republike za vreme čijeg mandata je došlo do kohabitacije *dva puta* bio je Fransoa Miteran. Prvi put je to bilo 1986. godine, kada je u vreme tog levičarskog političara francuska desnica, predvođena Žakom Širakom, osvojila većinu u Parlamentu. Ta kohabitacija je trajala dve godine, do 1988.

U drugom Miteranovom mandatu, desnica je 1993. godine ponovo osvojila parlamentarnu pobjedu, pa je levičarski predsednik Miteran bio primoran da ponovo dve godine, to jest do 1995, vlada u kohabitaciji sa izvršnom vlašću koja nije bila levičarska.

To su ujedno bile i dve poslednje godine drugog Miteranovog mandata.²²

Žak Širak (1997–2002)

Treća kohabitacija za vreme Pete republike trajala je od 1997. godine. Žak Širak je izabran za predsednika Francuske 1995. godine i vladao je u punom prezidencijalnom kapacitetu samo dve godine. Naime, na osnovu ovlašćenja

¹⁹ Ako posmatramo razdoblje od prvih opštih predsedničkih izbora 1965. godine do danas (2021), od ukupno 56 godina, samo devet godina je trajao period u kome parlamentarna i predsednička većina nisu koincidirale.

²⁰ Dosadašnji predsednici Francuske za vreme trajanja Pete republike, bili su najpre Šarl de Gol (1958–1962. i 1962–1969), a zatim još sedmorica: Žorž Pompidu (1969–1974), Valeri Žiskar D’Esten (1974–1981), Fransoa Miteran (1981–1988. i 1988–1995, Žak Širak (1995–1997. i 2002–2007), Nikola Sarkozy (2007–2012), Fransoa Oland (2012–2017) i sadašnji predsednik Emanuel Makron, koji tu dužnost obavlja od 2017. godine.

²¹ Usvajanjem ustavnih amandmana iz 2000. godine izjednačeno je trajanje predsedničkog i poslaničkog mandata na period od pet godina i na taj način je uspostavljena vremenska ravnoteža te dve vlasti. Mada je u osnovi tog skraćivanja predsedničkog mandata bila praktično smanjena mogućnost uvođenja kohabitacije, ona se pravdala razlozima efikasnijeg vršenja vlasti.

²² Znači od ukupno 14 godina na čelu Francuske, Miteran je u dva navrata proveo u kohabitaciji ukupno četiri godine, dve u prvom i dve u drugom mandatu.

koja mu je davao Ustav, Širak je doneo odluku da 1997. godine raspusti Narodnu skupštinu. Nakon sprovedenih parlamentarnih izbora, Širakova desnica nije osvojila većinu već je pobedila Socijalistička partija, pa je bio primoran da sa levičarskom parlamentarnom većinom zajednički obavlja izvršnu (i predsedničku) funkciju punih pet godina, sve do isteka svog predsedničkog mandata, odnosno do 2002. godine.

Ta tri slučaja kohabitacije, u kojima parlamentarnu većinu čine političke opcije suprotstavljene predsedniku države, predstavljaju periode prevlasti vlade u odnosu na šefa države. Vlada je vodila unutrašnju i spoljnu politiku i donosila odluke u kojima je uloga predsednika države svedena uglavnom na reprezentativnu i ceremonijalnu ulogu.²³

Valeri Žiskar D'Esten (1974–1981)

Mada se period u kome je Žiskar D'Esten bio na čelu Francuske Republike ne može nazvati razdobljem kohabitacije, ipak je to vreme u kome je njegova vlast funkcionisala na način koji sadrži određene elemente nužnog kompromisa u vezi sa obavljanjem izvršne vlasti. Naime, taj predsednik Francuske je bio u prilici da se uveri u veštinu vladanja u uslovima kada šef države *nema apsolutnu podršku* parlamentarne većine.²⁴ Iako nije bila u pitanju kohabitacija jer ni predsednik ni vlada nisu bili u opoziciji već su bili u vladajućoj koaliciji (šef države u manjinskoj), predsednik ipak nije mogao da vrši vlast kao što je slučaj kad sam raspolaže parlamentarnom većinom. To se posebno manifestovalo u slučajevima tzv. blokiranog glasanja predviđenog Ustavom, gde taj mehanizam daje mogućnost vladi da izbegne parlamentarne amandmane.²⁵ Kako je taj mehanizam korišćen u praksi najbolje ilustruje podatak da je u periodu 1976–1981. upotrebljen čak trideset i sedam puta, što je neuporedivo više nego u periodima vladavine tzv. punog prezidencijalizma.

4.2.2. Odluke donošene u periodu kohabitacije

Za analizu kohabitacije značajno je analizirati na kojim su se pitanjima najčešće sudarali politički protivnici, a gde su lakše donosili zajedničke odluke koje su se ticale funkcionisanja državnih institucija.

Što se tiče poslova predsednika države, on je i u uslovima kohabitacije zadržao određene oblasti u kojima je delovao samostalno i donosio odluke

²³ Predsednik je ipak zadržao i vršio ustavna ovlašćenja koja se tiču spoljne politike i odbrane, ali je izvršna vlast bila koncentrisana u vladi i ona je svoje kompetencije efektivno izvršavala.

²⁴ U vreme dok je bio na čelu Francuske, Žiskar D'Esten je pripadao stranci koja je bila manjinski partner u koaliciji sa degolistima, koji su imali većinu u Parlamentu.

²⁵ „Članovi parlamenta i vlade imaju pravo na amandmane. Ovo pravo se ostvaruje na sednici ili u odboru, pod uslovima utvrđenim propisima skupštine, u okviru utvrđenom organskim zakonom. Nakon otvaranja rasprave, Vlada može da se usprotivi razmatranju bilo kog amandmana koji prethodno nije podnet odboru. Ako Vlada to zatraži, skupština na koju se poziva odlučuje jednim glasanjem o celom tekstu ili delu teksta o kome se raspravlja, zadržavajući samo amandmane koje je Vlada predložila ili prihvatila Ustav Republike Francuske”, čl. 44.

na koje u krajnjoj liniji nije mogla da utiče vlada. Ti resori su i tradicionalno u nadležnosti šefa države, tzv. rezervisani domeni (*domaine réservée*). To su oblasti spoljne politike i odbrane u kojima je njegov uticaj ostao nesporan kroz ustavna ovlašćenja da utvrđuje ili učestvuje u utvrđivanju politike u ovim oblastima.

Međutim, u drugim pitanjima šef države nije mogao da spreči odluke vlade iako nije bio saglasan sa njima. Ilustrativan je primer kada je u vreme „punog prezidencijalizma” Fransoa Miterana izvršena nacionalizacija nekih velikih kompanija, kao što su *Paribus* i *Suec*. Međutim, nekoliko godina kasnije, u vreme kohabitacije sa Širakom, te privatizacije su bile poništene. Naime, vlada je iskoristila ustavne mehanizme da izmeni odluke (i volju) aktuelnog predsednika i postupi na način koji je uvažavao interese parlamentarne većine.

5. Crna Gora

5.1. Uvodne napomene

Prema ustavnoj organizaciji vlasti, Crna Gora pripada porodici parlamentarne demokratije. To znači da počiva na ravnoteži vlasti koja se zasniva na jednakosti, saradnji, uzajamnosti delovanja i kontroli zakonodavne i izvršne vlasti, uz postojanje nezavisne sudske vlasti.²⁶

U takvoj konstelaciji, svaki od organa državne vlasti vrši određene funkcije koje su utvrđene ustavom. Nadležnosti i nivo samostalnosti svakog od državnih organa takođe su propisani ustavom, isto kao i njihova međusobna saradnja.

Mada svaki parlamentarni sistem sadrži osnovne postulate koji ga svrstavaju u ovaj tip organizacije vlasti, nigde ne postoji čisti oblik parlamentarnog sistema koji bi mogao da posluži kao model za sve države u kojima je parlamentarizam osnov organizacije vlasti. Naime, svaka država koja pripada parlamentarnoj demokratiji svojim ustavnim određenjem pomera težište vlasti ili prema vladi ili prema šefu države, pa od tog odnosa zavisi konkretan oblik parlamentarnog sistema u svakoj pojedinoj državi. Ako se tome doda način na koji su regulisani odnosi između predsednika države i vlade, kao i tih tela i zakonodavnog organa, onda svi ti elementi bliže određuju konkretan tip parlamentarnog sistema.

Kada je reč o karakteru parlamentarnog uređenja u Crnoj Gori, može se reći da, na osnovu kompetencija organa vlasti, njihovog međusobnog odnosa,

²⁶ „Vlast je uređena po načelu podjele vlasti na: zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Zakonodavnu vlast vrši Skupština, izvršnu vlast vrši Vlada, a sudsku sud. Vlast je ograničena Ustavom i zakonom. Odnos vlasti počiva na ravnoteži i međusobnoj kontroli. Crnu Goru predstavlja predsjednik Crne Gore.” Ustav Crne Gore, *Službeni list* CG1/2007 i 38/2013– Amandman i-XVI), čl. 11. st.1–3.

nivoa samostalnosti svake od grana vlasti, ta zemlja može da se svrsta u parlamentarizam racionalizovanog tipa sa osobenostima kojima se taj oblik parlamentarizma odlikuje.

Da bi se bliže odredile, odnosno precizirale karakteristike tog racionalizovanog tipa parlamentarnog sistema, neophodno je analizirati nadležnosti izvršnih organa– vlade i šefa države, zakonodavnog tela– skupštine, i odnos između tih organa.

5.2. Nadležnost organa državne vlasti Crne Gore

Funkcije *skupštine* su primerene nadležnostima i ulozi tog tela u parlamentarnim režimima uopšte.²⁷

Analizom nadležnosti Skupštine Crne Gore može se ustanoviti da se one mogu grupisati u nekoliko celina. Na prvom mestu je njena *normativna funkcija* koja se ispoljava u donošenju ustava, zakona i drugih propisa i opštih akata,²⁸ zatim u donošenju akata u vezi sa finansiranjem i najzad za nacionalnu odbranu i bezbednost, kao i nadzor nad vojskom.²⁹

Kao i delokrug drugih nosilaca državnih funkcija, i nadležnosti *predsednika Crne Gore* propisane su ustavom.³⁰

Osim ovde taksativno nabrojanih kompetencija, Ustavom se utvrđuju i druge nadležnosti šefa crnogorske države.

Tako predsednik Crne Gore donosi ukaze³¹, predloge³², obavlja određene funkcije koje mu pripadaju po osnovu položaja šefa države³³, učestvuje u kadrovskim rešenjima pojedinih državnih funkcionera.³⁴ Tako on na predlog vlade postavlja i opoziva ambasadore i šefove drugih diplomatskih predstavništava Crne Gore u inostranstvu.

Položaj Vlade Crne Gore uređen je Ustavom shodno načelu podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku.³⁵

Načelne odrednice koje inače karakterišu položaj i karakter vlade u parlamentarnom sistemu uopšte ukazuju na to da Vlada ima dominantno mesto

²⁷ Nadležnosti Skupštine Crne Gore taksativno su nabrojane, počev od donošenja ustava i zakona do odlučivanja o raspolaganju državnom imovinom iznad vrednosti određene zakonom, Ustav CG, čl. 82. st.1.tač. 1–20.

²⁸ Druge propise i opšta akta Skupština Crne Gore donosi u formi odluka, zaključaka, rezolucija, deklaracija i preporuka, Ustav CG, čl. 82. st. 1. tač. 3.

²⁹ *Ibid.*, čl. 82. st. 1. tač. 6. i 10.

³⁰ Ustavom CG propisane su nadležnosti predsednika države, čl. 95. st. 1. tač. 1. do 10.

³¹ Donosi *ukaz* o raspuštanju skupštine, čl. 92. st. 3.

³² Predlaže raspisivanje državnog referenduma, čl. 93. st. 3; podnosi predloge za promenu Ustava, čl. 155. st. 1, podnosi skupštini predlog mandataru za sastav Vlade nakon razgovora sa predstavnicima političkih partija zastupljenih u Skupštini. *Ibid.*, čl. 95. tač. 5.

³³ Predsednik je Saveta za narodnu odbranu i bezbednost. *Ibid.*, čl. 131. st. 2.

³⁴ Predlaže predsednika Vrhovnog suda Crne Gore zajedno sa predsednikom Skupštine i Vlade Crne Gore (čl. 124. st. 3); bira i razrešava dva člana Sudskog saveta, čl. 127. st. 3. tač. 3.

³⁵ „...Izvršnu vlast vrši vlada...” Ustav Crne Gore, čl. 11. st. 2.

u sistemu organizacije vlasti i zato ne čude brojne nadležnosti koje su u osnovi takvog njenog položaja.³⁶

Tako Vlada: *vodi* unutrašnju i spoljnu politiku Crne Gore³⁷, izvršava zakone, druge propise i opšte akte.³⁸

Na *normativnom planu*, vlada donosi uredbe, odluke i druge akte za izvršavanje zakona.³⁹

Kao izvršni organ, Vlada ima značajne kompetencije u sferi pripreme i predlaganja akata koje donosi skupština (zakona⁴⁰, plana razvoja i prostornog plan CG, budžeta i završnog računa budžeta), kao i predlaganje strategije nacionalne bezbednosti i strategije odbrane.⁴¹

Kada su u pitanju „drugi poslovi utvrđeni Ustavom ili zakonom”⁴², Ustavom se propisuje da Vlada može raspustiti Skupštinu (čl. 92) i podneti predlog za promenu Ustava (čl. 155).

5.3. Odnos predsednika i vlade

Analiza ustavnopravne nadležnosti organa državne vlasti i njihov međusobni odnos upućuju na zaključak da organizacija vlasti počiva na ravnoteži i međusobnoj kontroli zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Međutim, primena normativnopravnog koncepta, pogotovo u uslovima kohabitacije, poprma drukčija obeležja.

Od osamostaljivanja Crne Gore 2006. godine, odnosno od donošenja njenog Ustava 2007. pa sve do kraja 2020. godine, političku vlast je držala jedna politička partija, koja je u koaliciji sa još nekoliko drugih stranaka najčešće imala komotnu parlamentarnu većinu. U takvim uslovima Skupština je funkcionisala u skladu sa ustavnim nadležnostima, a odnos između izvršne vlasti oličene u vladi i predsednika države odvijao se u uslovima političke i pravne harmonije. Ako se tome doda i skladan odnos sa trećom granom vlasti – sudskom, praksa ostvarivanja postojeće organizacije vlasti funkcionisala je bez sukoba. Ako je i bilo nekih neusklađenosti između različitih organa vlasti, zbog široke koalicione osnove koju su činili predstavnici relativno velikog broja manjih političkih stranaka, uz to još sastavljenih od partija nacionalnih manjina, one su rešavane u krugu koalicionih partnera. Dakle, sve, pa i potencijalni nesporazumi, rešavani su u okviru porodice, figurativno rečeno. Skupština je donosila zakone, vlada

³⁶ Nadležnosti vlade su utvrđene u čl. 100. Ustava CG.

³⁷ *Ibid.*, čl. 100. st. 1. tač. 1.

³⁸ *Ibid.*, čl. 100. st. 1. tač. 2.

³⁹ *Ibid.*, čl. 100. st. 1. tač. 3.

⁴⁰ *Ibid.*, čl. 93. st. 1.

⁴¹ Propisuje da predlaže ambasadore i šefove drugih diplomatskih predstavništava Crne Gore u inostranstvu. *Ibid.*, čl. 100. st. 1. tač. 7.

⁴² *Ibid.*, čl. 100. st. 1. tač. 10.

ih je izvršavala, šef države je u skladu sa ustavnim ovlašćenjima bez smetnji i bez zastoja obavljao svoje ustavne nadležnosti, dok su sudovi bili nezavisni, bar prema slovu ustava. I podzakonska akta kojima su se sproveli propisi i utvrđivale procedure prilikom njihovog izvršavanja takođe nisu bila predmet nedoumice i tumačenja jer je najčešće postojao sklad u primeni i sprovođenju propisa u praksi.

Međutim, parlamentarni izbori održani u drugoj polovini 2020. godine promenili su tu dugogodišnju harmoniju dotadašnjih političkih koalicionih partnera i istomišljenika i uneli određene nedoumice, pa i nesporazume, naročito u odnosima između organa izvršne vlasti: Vlade i predsednika države. Tome su doprinela i različita tumačenja pojedinih nadležnosti šefa države, koje je nova parlamentarna većina karakterisala više kao formalne, koji ne mogu uticati na odluke Vlade koja je po slovu ustava zadužena da utvrđuje i vodi unutrašnju i spoljnu politiku. Pošto je šef države odredbe koje se tiču njegovih kompetencija razumeo kao suštinske, a ne kao protokolarne, kako ih je tumačila vladajuća većina, sve češće je dolazilo do „sukoba nadležnosti”.

Neslaganja i protivurečnosti u tzv. podeljenim nadležnostima Vlade i šefa države ispoljavali su se sve češće i u sve većem broju pitanja.⁴³ Nesporazumi su se najčešće događali po pitanju potpisivanja ukaza o proglašenju zakona koji su usvojeni u skupštini.⁴⁴

Druga oblast u kojoj su se „sudarale” nadležnosti šefa države i Vlade ticale su se sfere spoljne politike.⁴⁵

Neke od odluka iz sfere spoljnih poslova ne mogu se doneti samostalno, već samo uz saglasnosti i šefa države i Vlade, pri čemu svaki postupa u okviru svojih nadležnosti. U suprotnom, odluke ne mogu biti validne.

Propisima nije predviđeno kakva se pravna situacija rešava ukoliko predsednik države ne prihvati predlog Vlade. Međutim, sama činjenica da šef države može da odbije njen predlog, tom ovlašćenju predsednika ne daje protokolarni karakter već sasvim drugu dimenziju. Da bi se prevazišla ta situacija, mora se predvideti izlaz, odnosno kako se takva situacija rešava u praksi.

⁴³ Bilo je nesporazuma i na relaciji parlamenta i šefa države povodom ustavnosti donošenja nekih zakona zbog različitog tumačenja kvoruma (da li se računa prisustvo poslanika koji nije fizički prisutan, već glasa onlajn).

⁴⁴ Predsednik Crne Gore, na osnovu ustavnih ovlašćenja, dužan je da proglasi zakon u roku od sedam dana od dana njegovog usvajanja, odnosno u roku od tri dana ako je zakon usvojen po hitnom postupku ili da zakon vrati Skupštini na ponovno odlučivanje. „Predsjednik Crne Gore dužan je da proglasi ponovno izglasani zakon”. Ustav CG, čl. 93. Isto tako, Zakonom o predsedniku propisano je: „Ukazom predsednik Republike proglašava zakon...”, čl. 24. st. 2.

⁴⁵ Spoljna politika je sfera u kojoj svoje nadležnosti imaju i skupština i vlada, kao i predsednik države. Tako skupština, između ostalog u ovoj oblasti potvrđuje međunarodne ugovore, dok vlada vodi spoljnu (i unutrašnju) politiku Crne Gore, zaključuje međunarodne ugovore, odlučuje o priznavanju država i uspostavljanju diplomatskih i konzularnih odnosa sa drugim državama itd., dok predsednik predstavlja Crnoj Gori (u zemlji) i inostranstvu, postavlja i opoziva ambasadore i šefove drugih diplomatskih predstavništava u inostranstvu, prima akreditivna i opozivna pisma stranih diplomatskih predstavnika itd.

Treća oblast koja može biti predmet nesporazuma jeste sfera bezbednosti i vojske kada se traži zajedničko odlučivanje predsednika države i Vlade, posebno prilikom rešavanja kadrovskih pitanja (imenovanja i razrešenja).

6. Zaključak

Kohabitacija kao svojevrsan oblik istovremene vladavine različitih političkih opcija predstavlja predmet komparativne analize između Francuske i Crne Gore – dve države koje u osnovi pripadaju parlamentarnoj porodici. Iz toga bi se, na prvi pogled, moglo zaključiti da su isti i načini saradnje državnih vlasti dva suprotstavljena politička bloka.

Međutim, između te dve države postoji očigledna razlika u međusobnim odnosima i funkcionisanju državnih organa vlasti u svakoj od njih. Najpre, iako Francuska spada u zemlje parlamentarne demokratije, zbog specifičnog ustavnog uređenja i nadležnosti predsednika države, ona se svrstava u *polu-predsednički tip parlamentarnog režima*. Taj status je posledica mnogobrojnih specifičnosti, počev od njegovih nadležnosti do odnosa prema Narodnoj skupštini i sl.

S druge strane, i Crna Gora koja je parlamentarna država po svome ustrojstvu, pripada jednom osobenom tipu parlamentarizma, tzv. *racionalnom parlamentarnom režimu*, koji takođe ima svoje osobenosti.

Ta polazišta utiču ne samo na normativnopravno određenje ustavnog položaja jedne i druge države, nego i na međusoban odnos osnovnih grana vlasti i na funkcionisanje državnih organa i celokupnog sistema. Ovo posebno u okolnostima postojanja različitih političkih opcija od kojih jedna ima parlamentarnu većinu i na tome zasnovanu izvršnu vlast i druge šefa države čija izvršna i druga ovlašćenja proizlaze uglavnom iz njegovog neposrednog izbora od građana i neuobičajeno širokih nadležnosti.

Ta situacija, poznata pod nazivom *politička kohabitacija*, do sada je u realnom političkom životu bila relativno retka. Međutim, demokratizacija ukupnog društvenog, pa i političkog života dovodi sve češće do situacija u kojoj se građani slobodno opredeljuju da svoje glasove daju nosiocima različitih ideologija i političkih pogleda. Ukoliko parlamentarna većina nije u stanju da, osim vlade, obezbedi na svoju stranu istovremeno i predsednika države, nastaje politička situacija u kojoj dve suparničke, rivalske strane u isto vreme vrše vlast. Ili preciznije, usled opšte demokratizacije društvenih odnosa, različite političke opcije će sve češće uticati na to da predsednik vlade bude iz jedne, a predsednik države iz druge stranke, odnosno političkog bloka.

Iako u analizi efekata kohabitacije ne postoji veliko istorijsko iskustvo, ipak se mogu izvesti neke zakonomernosti koje ukazuju makar na osnovni pravac postupanja aktera političke kohabitacije u jednoj i drugoj zemlji.

U primeni tog modela vladanja za obe zemlje je zajednička potreba da se donesu precizna pravna pravila (zakoni i opšta akta) koja će onemogućiti različita tumačenja kompetencija političkih subjekata predsedničke i izvršne vlasti.

To znači da se mora imati u vidu da su tzv. podeljene ingerencije u stvari zajednička nadležnost i da od oba aktera zavisi donošenje konkretne odluke za tačno propisane nadležnosti i jednog i drugog subjekta političke vlasti.

Zato je neophodno relativno saglasje u donošenju čak i onih zajedničkih odluka u kojim dominiraju različiti pogledi na mnoga pitanja funkcionisanja sistema. Međutim, kohabitacija podrazumeva ustupke, dogovore, sporazume, kompromise, do kojih se stiže lakše ili teže.

Da li će prevladati prva ili druga opcija (saradnja ili sukobi) zavisi od političkog konteksta, ali i od premoći jedne ili druge strane.

Međutim, mora se shvatiti da kohabitacija u osnovi nije politički rat već, naprotiv, (ne)voljan način da se postigne političko rešenje.

Upravo zato se kohabitacija postiže veća međusobna kontrola. Opšteprihvaćeno je mišljenje da se u uslovima kohabitacije najviše poštuje ustav. I ne samo ustav, nego i propisane procedure koje se inače nedovoljno primenjuju u praksi.

Zato je nužno kohabitaciju shvatiti i sprovoditi, koliko god interesi aktera kohabitacije bili suprotstavljeni i rivalski, kao jedan oblik *zajedničkog vladanja* u kome su nadležnosti precizno definisane i čije poštovanje i primena u praksi moraju biti u funkciji i interesu građana koji su ih na jedan ili drugi način izabrali, odnosno doveli na vlast. Alternativa donošenju odluka uz neophodnu dozu saglasnosti, dijaloga i dogovora gde i jedna i druga strana čine neophodne ustupke jeste blokada institucija i dovođenje u pitanje funkcionisanje celokupnog sistema.

Literatura

Berlia G., Le president de la Republique dans la Constitution de 1958, *Revue de droit public* (ed. Georges Berlia) 1, 1959.

Propisi i drugi akti

Ustav Crne Gore, *Sl.list CG*, br. 1/2007 i 38/2013– Amandman i-XVI.

Ustav Republike Francuske (Constitution de la République française – Constitution du 4 octobre 1958– Version mise à jour en janvier 2015), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>, 28 mart 2023.

Zakon o Predsjedniku Crne Gore, donet na Skupštini Crne Gore 26. saziva, na Devetoj sednici Prvog redovnog (prolećnjeg) zasedanja u 2018. godini, dana 26. juna 2018. godine, broj: 01-735/2.

Danilo Savović, PhD

Medical College of Vocational Studies Medica, Belgrade

Danica Savović, PhD

Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia

**TRANSFORMATION OF THE APPLICATION
OF THE CONCEPT OF COHABITATION
IN THE MODERN PARLIAMENTARY SYSTEM
(Comparative legal analysis on the example
of France and Montenegro)**

Summary

Cohabitation is a specific relationship between different forms of government, in situations where certain state functions are performed by entities that are opposed in political, ideological, interest or some other line. At the same time, cohabitation is not the result of a coalition or similar agreement, but a consequence of the elections that “imposed” this form of cooperation. In other words, it is more a necessary form of collaboration than the desire of political actors to exercise power together.

In modern political practice, the most common form of cohabitation takes place between the executive, which bases its legitimacy on the parliamentary majority it won in the elections, on the one hand, and the president, who is elected in direct elections by citizens.

The subject of the analysis is the transformation of this legal institute, which takes on certain elements that were not present in the original concept, but its application in practice has led to certain changes.

In this way, the scope, results and consequences of cohabitation in two different forms of parliamentarism are compared through comparative analysis: in Montenegro, whose organization of government can be called rationalized parliamentarism, and the Republic of France, where there is a special form of parliamentarism expressed through a semi-presidential system.

Key words: cohabitation, parliamentarism, semi-presidential system, state functions.

SUDSKI SAVETI U POLJSKOJ I ESTONIJI**

Apstrakt

U radu se nakon istorijskog dela te dela koji se tiče akata međunarodnog javnog prava u Evropi, koji se tiču ove materije, istražuje položaj sudskih saveta u Poljskoj i Estoniji. Namerno su izabrane, prema površini teritorije i broju stanovnika, jedna „velika” i jedna „mala” država, članice Evropske unije. Istražuje se aspekt istorijskog razvoja saveta u tim zemljama, njihov sastav i nadležnosti. U radu se, pre svega, koristi normativni metod. Naučna i društvena opravdanost teme se nalazi u činjenici da je u Republici Srbiji u toku reforma koja se odnosi na nezavisnost pravosuđa.

Ključne reči: sudski saveti, istorijat, sastav, nadležnosti, Poljska, Estonija.

1. Kratko o razvitku sudskih saveta

Uporedno gledano, primetićemo da na evropskom kontinentu postoje, u osnovi, tri pristupa, tri modela upravljanja pravosuđem. To su: model sudskog saveta, sudsko-menadžerski model te model upravljanja putem ministarstva koje je nadležno za pravosuđe. U tom smislu, u 20. veku se značajno promenio način na koji su evropske zemlje shvatale odnos između politike i sudskog sistema jer je prvobitno upravljanje pravosuđem uglavnom bila nadležnost izvršne funkcije državne vlasti. Međutim, od kraja Drugog svetskog rata, zbog zabrinutosti za nezavisnost pravosuđa, sudsku odgovornost i bolji učinak pravosuđa počelo je da se menja to shvatanje te su ministarstva nadležna za pravosuđe izgubila monopol na upravljanje pravosuđem, a u mnogim zemljama su stvoreni posebni organi sa nadležnošću da se bave karijerom sudija ili upravljanjem pravosuđem.¹ Drugačije kazano, u nameri da se sudstvo oslobodi političkog pritiska, pre svega izvršne vlasti, odnosno da se ostvari princip nezavisnog sudstva,

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo u Beogradu, m.stanic@iup.rs

** Ovaj članak je izvadak iz monografije M. Stanić, *Sudski saveti – sastav i nadležnosti širom Evrope*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022, koji je napisan u čast i sećanje na prijatelja, saborca i kolegu, dr Stefana Andonovića, koji nas je prerano napustio. Ovakav postupak autora je uslovljen činjenicom da je rad na monografiji tekao paralelno sa radom za zbornik posvećen dr Stefanu Andonoviću.

¹ P. Castillo-Ortiz, „The politics of implementation of the judicial council model in Europe”, *European Political Science Review* 4/2019, 503, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/9A3C7962F2F61F23F6E8D5EB1B469C85/S1755773919000298a.pdf/the-politics-of-implementation-of-the-judicial-council-model-in-europe.pdf>, 5. januar 2023.

počeli su da nastaju sudski saveti koji su bili simbol i vesnik novih institucija demokratskih režima.²

Istorijski gledano, Francuska je država u kojoj je nastao prvi sudski savet, i to još u 19. veku. On je od tada u ovoj zemlji doživeo brojne reforme, ali se njegov „zametak” nije zadržao jedino na francuskoj teritoriji već se proširio Evropom. Francuska je bila preteča i u 20. veku, kada je 1946. godine osnovala Visoki savet magistrature (*Conseil Supérieur de la Magistrature*). Nekoliko godine kasnije, Italija je je stvorila savet istog naziva (*Consiglio Superiore della Magistratura*) sa ciljem da potpuno „skloni” celokupno pravosuđe iz političke kontrole. Taj model je kasnije poslužio i za druga pravosuđa, koja su imala naum da pruže još jednu u nizu ustavnih garantija za očuvanje njegove nezavisnosti. Kasnije su Španija i Portugalija formirale iste savete nakon raskida sa autoritarnim sistemom, kao važnu ustavnu garantiju kojom je trebalo učvrstiti vladavinu prava, odnosno nezavisno pravosuđe.³ Nakon tih početnih koraka „prisutan je evropski trend uspostavljanja pravosudnih saveta u državama koje su se tradicionalno oslanjale na ministarsko upravljanje sudovima, kao i budžetom”⁴ te se broj takvih zemalja uvećao višestruko za samo nekoliko decenija.⁵ Evropa je, pogotovo od 1989. godine i pada Berlinskog zida, postala svedok istinskog širenja sudskih saveta.⁶

Nakon pada Berlinskog zida, taj proces se velikim delom odvijao pod direktnim ili indirektnim nadzorom Saveta Evrope, koji u svojoj Preporuci o nezavisnosti pravosuđa iz 1994. godine veli da „organ koji donosi odluku o selekciji i karijeri sudija treba da bude nezavisan od vlade i uprave. Kako bi očuvao svoju nezavisnost, pravila treba da obezbede da, na primer, njegovi članovi budu birani od strane pravosuđa i da taj organ sam odlučuje o proceduralnim pravilima”. Ipak, „u slučajevima gde ustavne i zakonske odredbe i tradicija dozvoljavaju da sudije budu imenovane od strane vlade, trebalo bi da postoje garantije koje će obezbediti da procedure imenovanja sudija u praksi budu transparentne i nezavisne i da na odluke ne utiču bilo koji razlozi osim onih koji se tiču prethodno pomenutih objektivnih kriterijuma”. Drugim rečima, sve odluke koje se tiču pro-

² M. Urbániková, K. Šípulová, „Failed Expectations: Does the Establishment of Judicial Councils Enhance Confidence in Courts?”, *German Law Journal* 7/2018, 2109, <https://core.ac.uk/download/pdf/196303919.pdf>, 5. januar 2023.

³ V. Autheman, S. Elena, *Global Best Practices: Judicial Councils. IFES Rule of Law White Paper Series, International Foundation for Electoral Systems* 2004, <https://www.ency.eu/images/stories/pdf/judiciaries/authemaandelenaa2004judicialcouncilslessonslearnedeuropelatinamerica.pdf>, 5. januar 2023; I. Pejić, „Institucionalne garancije nezavisnog sudstva: Visoki savet sudstva”, 3, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Irena_Pejic.pdf, 5. januar 2023; T. Ginsburg, N. Garoupa, „The Comparative Law and Economics of Judicial Councils”, *Berkeley Journal of International Law* 27/2008, 57, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2438&context=journal_articles, 5. januar 2023.

⁴ M. Matic, „Holandski savet pravosuđa”, *Strani pravni život* 1/2013, 152.

⁵ N. Garoupa, T. Ginsburg, „Guarding the guardians: Judicial councils and judicial independence”, *The American Journal of Comparative Law*, 1/2009, 105, <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1425&context=facscholar>, 5. januar 2023.

⁶ M. Urbániková, K. Šípulová, 2106.

fesionalne karijere sudija trebalo bi da budu zasnovane na objektivnim kriterijumima, a izbor i karijera sudija trebalo bi da se zasnivaju na zaslugama, imajući u vidu njihove kvalifikacije, integritet, sposobnost i efikasnost.⁷

Napori da se osmisle regionalne smernice za nezavisnost pravosuđa koje bi dopunile Preporuku Saveta Evrope kulminirale su usvajanjem Evropske povelje o statusu sudije 1998. godine.⁸ Prema Memorandumu obrazloženja Evropske povelje, izraz „intervencija” nezavisnog organa označava mišljenje, preporuku ili predlog kao i stvarnu odluku.⁹ Konsultativno veće evropskih sudija je, kao savetodavno telo Saveta Evrope, povodom svoje desetogodišnjice usvojilo Magna kartu sudija. Tim dokumentom se takođe ustanovljava obaveza formiranja „organa za garantiju nezavisnosti”, to jest sudskih saveta ili drugih tela – nezavisnih od zakonodavne i izvršne vlasti, kojima će se poveriti sve nadležnosti koje su važne za organizaciju i rad sudova, a u čiji sastav će ulaziti ili samo sudije, ili značajna većina sudija, koje biraju njihove kolege. Međutim, naglašava se da se, u kontekstu nezavisnosti sudstva, ne može izgubiti iz vida činjenica da sudije nisu „iznad zakona”, tačnije da sudije treba da sude u skladu sa zakonom i da je zakon granica koja važi i za sudije.¹⁰

Konsultativno veće evropskih sudija i Venecijanska komisija izrazili su svoje stavove o kriterijumima koje treba da ispunjavaju saveti za pravosuđe, koji su izgrađeni na temeljnom uverenju da je nezavisnost sudstva najbolji način da se dođe do vladavine prava u interesu svih građana.¹¹ Mišljenjem br. 1¹² Veća o standardima koji se tiču nezavisnosti pravosuđa i nesmenjivosti sudija postavljena je osnova za uvođenje „evropskog modela” nezavisnosti pravosuđa koji su operacionalizovali pravosudni saveti, pa se za imenovanje članova tih tela preporučuje

⁷ [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/recR\(94\)12e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/recR(94)12e.pdf), 5. januar 2023. V. Autheman, S. Elena, *Global Best Practices: Judicial Councils*. IFES Rule of Law White Paper Series, International Foundation for Electoral Systems, 4; European Commission for democracy through law (Venice Commission) European standards on the independence of the judiciary a systematic overview, 3, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD\(2008\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD(2008)002-e), 5. januar 2023.

⁸ V. Autheman, S. Elena, 5. Tekst Evropske povelje o statusu sudija dostupan na <https://rm.coe.int/16807473ef>, 5. januar 2023.

⁹ European Commission for democracy through law (Venice Commission) Judicial appointments, 5, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)028.aspx](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)028.aspx), 5. januar 2023.

¹⁰ V. Petrović Škero, „Visoki savet sudstva, Status, izbor, razrešenje, mandat, članstvo, nadležnost”, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 3–4/2017, 216, <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0017-0933/2017/0017-09331704215P.pdf>, 5. januar 2023; Lj. Blagojević, Visoki savet sudstva kao garant nezavisnosti pravosuđa u Republici Srbiji (U svetlu Nacionalne strategije za reformu pravosuđa –NSRP), Fondacija Centar za javno pravo, 2, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Ljiljana_Blagojevic.pdf, 5. januar 2023.

¹¹ A. Sanders, L. von Danwitz, „Selecting Judges in Poland and Germany: Challenges to the Rule of law in Europe and Propositions for a new Approach to Judicial Legitimacy”, *German Law Journal* 4/2018, 789, https://web.archive.org/web/20200310222530id_/https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/EE6247DD1101F673D91B214F751AEC23/S2071832200022872a.pdf/div-class-title-selecting-judges-in-poland-and-germany-challenges-to-the-rule-of-law-in-europe-and-propositions-for-a-new-approach-to-judicial-legitimacy-div.pdf, 5. januar 2023.

¹² *Mišljenja Konsultativnog veća evropskih sudija i Magna Karta sudija*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, <https://rm.coe.int/1-coe-cjje-opinions-serbian/1680a11de1>, 5. januar 2023; European Commission for democracy through law (Venice Commission) European standards on the independence of the judiciary a systematic overview, 3.

značajna sudska zastupljenost i te članove bi trebalo da demokratski biraju druge sudije. Svaka odluka koja se odnosi na imenovanje ili karijeru sudije trebalo bi da bude zasnovana na objektivnim kriterijumima tog tela. Zanimljivo je da se taj pristup smatra sve relevantnijim uglavnom za bivše komunističke zemlje, koje nemaju dugo ukorenjene i demokratski dokazane sisteme i gde postoje formalne institucionalne zaštitne mere predviđanja strogo nepolitičkih tela za imenovanje, što je suštinski značajno za osiguranje nezavisnosti sudstva.

U Mišljenju br. 10¹³ Veća o Sudskom savetu u službi društva dalje se razvija stav u vezi sa tim organima, pa se kaže da „sudski savet može biti sastavljen isključivo od sudija ili imati mešoviti sastav sudija i nesudija. U oba slučaja mora se izbegavati percepcija sopstvenog interesa, samozaštite i kronizma. [...] Međutim, čak i kada je članstvo mešovito, funkcionisanje saveta za pravosuđe neće dozvoliti nikakav ustupak dejstvu parlamentarne većine i pritisku izvršne vlasti, i biće slobodno od bilo kakve podređenosti razmatranju političkih stranaka, tako da može da zaštiti vrednosti i osnovne principe pravosuđa”.

Mišljenjem br. 24 Veća prihvata se činjenica da ne postoji jedinstven model sudskih saveta. Svaki savet, međutim, treba da ima odgovarajuće nadležnosti radi odbrane nezavisnosti sudstva i sudija pojedinaca. Veće ponovo potvrđuje svoje mišljenje da bi pre raspravljanja u parlamentu ili preduzimanja zakonodavnih aktivnosti u toj materiji trebalo da se konsultuje sudski savet po pitanju svih politika, uključujući i predloge ili nacрте zakona kojima bi moglo da se utiče na sudstvo (npr. na nezavisnost sudstva) ili kojima bi se mogle obezbediti garantije kojima se građanima obezbeđuje pristup pravdi.¹⁴

Venecijanska komisija konstatuje da u Evropi postoji niz različitih sistema u toj materiji i da ne postoji jedinstven model koji bi važio za sve zemlje. Postoji očigledna saglasnost¹⁵ sa stavovima koje je Konsultativno veće evropskih sudija iskazalo o pristupu koji se promoviše radi garantovanja nezavisnosti pravosuđa. Naime, Venecijanska komisija preporučuje osnivanje sudskog saveta, koji bi trebalo da ima ustavne garantije svog sastava, nadležnosti i autonomiju. Osim toga, saveti bi trebalo da se sastoje od većine članova koje biraju njihove kolege iz sudstva, te bi trebalo da ima presudan uticaj na imenovanje i napredovanje sudija i disciplinske mere protiv njih. Komisija smatra da najveću garanciju nezavisnosti, bilo da je „unutrašnja” ili „spoljna”, mogu obezbediti pravosudni saveti.¹⁶

¹³ *Mišljenja Konsultativnog veća evropskih sudija i Magna Karta sudija*, 165–187.

¹⁴ <https://www.sudije.rs/Dokumenta/DokumentaSudstva/2021%20Mi%C5%A1ljenje%20CCJE%20br%2024%20o%20razvoju%20Saveta%20sudstva%20i%20njihovoj%20ulozi%20u%20nezavisnim%20i%20nepristrasnim%20sudskim%20sistemima.pdf>, 28. mart 2023.

¹⁵ D. Preshova, I. Damjanovski, Z. Nechev, „The effectiveness of the ‘European Model’ of judicial independence in the Western Balkans: Judicial councils as a solution or a new cause of concern for judicial reforms”, CLEER Paper Series, 2017/1, 15, https://www.asser.nl/media/3475/cleer17-1_web.pdf, 5. januar 2023; European Commission for democracy through law (Venice Commission) *European standards on the independence of the judiciary a systematic overview*, 3–4.

¹⁶ D. Preshova, I. Damjanovski, Z. Nechev, 16; European Commission for democracy through law (Venice Commission), *Report on the independence of the judicial system part I: The independence of judges*, <https://www.>

2. Istorijat sudskog saveta u Poljskoj

Nakon napuštanja socijalističke ustavnosti i autoritarnog režima, Poljska je bila podvrgnuta evropeizatorskim pritiscima, pa je model sudskog saveta trebalo da bude opcija koja se podrazumeva.¹⁷ Tako su, 1989. godine, nakon dugotrajnih pregovora, Solidarnost i Komunistička partija postigli sveobuhvatan politički kompromis, takozvani Sporazum za okruglim stolom, kojim je bilo predviđeno stvaranje Nacionalnog saveta pravosuđa, sastavljenog prvenstveno od nosilaca pravosudnih funkcija, posebno osmišljenog da štiti nezavisnost pravosuđa.¹⁸ Prvi zakon o pravosudnom savetu usvojen je 1989. na osnovu izmenjenog Ustava iz 1952. godine. Međutim, struka nije u većoj meri konsultovana, a Savet je imao prilično ograničene nadležnosti. Ustavom iz 1997. godine Savet je bio predviđen kao nezavisan državni organ koji je funkcionalno vezan za upravljanje pravosuđem.¹⁹ Ustavna uloga Saveta je postala dominantna ne samo zato što šef države ne može da imenuje bilo koje lice na sudijsku funkciju, bez predloga Saveta,²⁰ već i zbog toga što su većinu članova činili nosioci sudijske funkcije, koje su izabrale njihove kolege iz različitih nivoa sudske vlasti.²¹

No, 2017. godine je usledila nova reforma koja je fundamentalno promenila način izbora sudijskih članova u Savet i poverila ga donjem domu parlamenta Sejmu,²² što je naišlo na oštru kritiku, a Savet je kasnije suspendovan iz Evropske mreže saveta za pravosuđe.²³ Reformu iz 2017. godine kritikovali su Nacionalni savet pravosuđa, Udruženje poljskih sudija „Justicia”, ombudsman, međunarodni i domaći pravni stručnjaci, te Venecijanska komisija, specijalni

venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e, 5. januar 2023; European Commission for democracy through law (Venice Commission), Compilation of Venice commission opinions and reports concerning courts and judges, <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29001-e>, 5. januar 2023.

¹⁷ P. Castillo-Ortiz, 515.

¹⁸ S. Frankowski, The Independence of the Judiciary in Poland: Reflections on Andrzej Rzeplinski's *Sadownictwo W Polsce Ludowej* (the Judiciary in Peoples' Poland (1989), *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 8/1991, 47–48, https://repository.arizona.edu/bitstream/handle/10150/659476/07_8ArizJIntl-CompL_33_1991.pdf?sequence=1, 5. januar 2023; Comparative analysis on the High Councils for Judiciary in the EU member states and judicial immunity, 6, <http://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/5ae/f8b/adb/5aef8baadb2c7b574848064.pdf>, 5. januar 2023.

¹⁹ A. Śledzińska-Simon, „The rise and fall of judicial self-government in Poland: on judicial reform reversing democratic transition”, *German Law Journal* 7/2018, 1847, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/391694FF9C3B193716DB41D02CB071B4/S2071832200023257a.pdf/the-rise-and-fall-of-judicial-self-government-in-poland-on-judicial-reform-reversing-democratic-transition.pdf>, 5. januar 2023.

²⁰ K. Grajewski, “Dysfunctionality of the National Council of the Judiciary in the Polish Constitutional System After Statutory Changes”, *Gdańskie Studia Prawnicze* 48/2020, 163, https://scholar.archive.org/work/cph-mes5cmfhaxh26zozisxlhe/access/wayback/https://czasopisma.bg.ug.edu.pl/index.php/gdanskie_studia_prawnicze/article/download/5215/4547, 5. januar 2023.

²¹ F. Zoll, L. Wortham, „Judicial independence and accountability: withstanding political stress in Poland”, *Fordham International Law Journal* 42/2018, 897, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2743&context=ilj>, 5. januar 2023.

²² K. Grajewski, 164.

²³ F. Zoll, L. Wortham, 897.

izvestilac Ujedinjenih nacija za nezavisnost sudija i pravnici Saveta za ljudska prava. To je takođe izazvalo reakciju Evropske komisije.²⁴ Očigledno je da izbor sudskih članova Saveta od parlamenta, bilo prostom ili kvalifikovanom većinom, nije u skladu sa međunarodnim standardima.²⁵

Uprkos ozbiljnim kritikama u zemlji i inostranstvu, Sejm je nastavio sa procedurom usvajanja Zakona, iako je predsednik Duda najavio da će uložiti suspendivni veto, što je i učinio, te je uz određene izmene vratio Sejmu predlog. Sejm je usvojio Zakon integralno sa tim izmenama u decembru 2017. godine, predsednik Duda ga je potpisao uprkos kritikama i oni su stupili na snagu januara 2018. godine.²⁶ Praktično, tim izmenama Savet je sveden na produžetak političke grane vlasti jer je do tada u svom sastavu imao većinu sudija odabranih od kolega, da bi bio zamenjen telom u koje sudijske članove potpuno bira legislativa.²⁷

3. Sastav i način izbora članova sudskog saveta u Poljskoj

Savet je zamišljen kao kolektivni organ sastavljen od predstavnika sve tri grane vlasti.²⁸ Važeći poljski Ustav takođe predviđa da bi petnaest od dvadeset pet članova Saveta trebalo da bude izabrano između sudija Vrhovnog suda, opštih sudova, upravnih sudova i vojnih sudova, dok preostalih deset članova čine predsednik Vrhovnog suda, ministar pravde, predsednik Vrhovnog upravnog suda, lice koje imenuje poljski predsednik i šest članova parlamenta, četiri koje bira Sejm i dva Senat. Mandat članova Saveta traje četiri godine i jednom se može obnoviti.²⁹ Logično, predsednik Vrhovnog suda, predsednik Vrhovnog upravnog suda i ministar pravde članovi su Saveta za vreme obavljanja tih funkcija.³⁰ Lice koje imenuje predsednik Republike Poljske je član Saveta bez preciziranja trajanja mandata, odnosno do razrešenja. U svakom slučaju, mandat licu koje imenuje predsednik ističe najkasnije u roku od tri meseca po prestanku mandata predsednika Republike.³¹ Senat i Sejm biraju članove Saveta iz reda svojih poslanika na period od četiri godine. Članovi Saveta koje biraju Sejm i Senat obavljaju svoje funkcije do izbora novih članova.³²

²⁴ A. Śledzińska-Simon, 1851.

²⁵ G. Borkowski, O. Sovgyria, „Current Judicial Reform in Ukraine and in Poland: Constitutional and European Legal Aspect in the Context of Independent Judiciary”, *Access to Justice in Eastern Europe* 2(3)/2019, 20, http://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1560677669.pdf, 5. januar 2023.

²⁶ A. Sanders, L. von Danwitz, 779.

²⁷ D. Radujko, „ Reforma Visokog saveta sudstva: rizik ili prilika za nezavisnost”, *Politički život* 19/2020, 24, <https://www.fpn.bg.ac.rs/wp-content/uploads/Politicki-zivot-19.pdf>, 5. januar 2023; P. Castillo-Ortiz, 515.

²⁸ A. Sanders, L. von Danwitz, 775–776.

²⁹ F. Zoll, L. Wortham, 897.

³⁰ Zakon o Sudskom savetu Poljske, čl. 7, <https://krs.pl/files/425/Legal-acts/1345/Act-of-12-May-2011-on-the-National-Council-of-the-Judiciary-Journal-of-Laws-of-2021269.pdf>, 5. januar 2023.

³¹ Zakon o Sudskom savetu Poljske, čl. 8, <https://krs.pl/files/425/Legal-acts/1345/Act-of-12-May-2011-on-the-National-Council-of-the-Judiciary-Journal-of-Laws-of-2021269.pdf>, 5. januar 2023.

³² Zakon o Sudskom savetu Poljske, čl. 9, <https://krs.pl/files/425/Legal-acts/1345/Act-of-12-May-2011-on-the-National-Council-of-the-Judiciary-Journal-of-Laws-of-2021269.pdf>, 5. januar 2023.

Sejm, donji dom parlamenta, bira petnaest članova Saveta iz reda sudija Vrhovnog suda, sudova opšte nadležnosti, upravnih sudova i vojnih sudova na mandat u trajanju od četiri godine. Prilikom izbora, koliko je to moguće, uzeće se u obzir potreba predstavljenosti sudija iz sudova određene vrste i nivoa.³³ Sudija može obavljati funkciju imenovanog člana Saveta samo dva mandata.³⁴ Sejm bira članove Saveta na sednici na kojoj je prisutna polovina od ukupnog broja poslanika, većinom od tri petine glasova. U slučaju neuspeha izbora na taj način, Sejm bira članove Saveta apsolutnom većinom glasova, na sednici na kojoj je prisutna polovina od ukupnog broja poslanika.³⁵ Kako je pomenuto, takvo rešenje nije u skladu sa međunarodnim standardima, prema kojima bi najmanje polovinu članova sudskog saveta trebalo da čine sudije koje biraju njihove kolege, kao što je bio slučaj ranije u Poljskoj. To je posebno problematično u svetlu centralne uloge Saveta u procesu imenovanja sudija u Poljskoj.³⁶ Prema poljskim teoretičarima, na taj se način Savet lišava toga da bude organ sudijske samouprave, što nije u skladu sa Ustavom i vodi politizaciji sudova.³⁷ U tom smislu je opravdano primetio i Vrhovni sud da takvo zakonsko rešenje nije samo u suprotnosti sa Ustavom već i lišava predstavnike pravosuđa bilo kakvog uticaja na sastav tog organa te da Savet dolazi pod dominaciju lica koje je izabrala politika.³⁸

4. Nadležnosti sudskog saveta u Poljskoj

Savet se stara o očuvanju nezavisnost sudova i sudija.³⁹ U nadležnosti Save- ta spadaju: razmatranje i ocenjivanje kandidata za sudije Vrhovnog suda, sudova opšte nadležnosti, upravnih i vojnih sudova i pripravnika u upravnim sudovi- ma; podnošenje predloga za imenovanje tih kategorija predsedniku Republike; ustanovljenje principa profesionalne etike sudija i pripravnika sudije, te obez- beđivanje njihovog poštovanja; davanje mišljenja o stanju sudstva i sudijskih

³³ Zakon o Sudskom savetu Poljske, čl. 9a, <https://krs.pl/files/425/Legal-acts/1345/Act-of-12-May-2011-on-the-National-Council-of-the-Judiciary-Journal-of-Laws-of-2021269.pdf>, 5. januar 2023.

³⁴ Zakon o Sudskom savetu Poljske, čl. 10, <https://krs.pl/files/425/Legal-acts/1345/Act-of-12-May-2011-on-the-National-Council-of-the-Judiciary-Journal-of-Laws-of-2021269.pdf>, 5. januar 2023.

³⁵ Zakon o Sudskom savetu Poljske, čl. 11d, <https://krs.pl/files/425/Legal-acts/1345/Act-of-12-May-2011-on-the-National-Council-of-the-Judiciary-Journal-of-Laws-of-2021269.pdf>, 5. januar 2023; G. Borkowski, O. Sovgyria, 19.

³⁶ CCJE, *Opinion No. 24 (2021)*, Evolution of the Councils for the Judiciary and their role for independent and impartial judicial systems, Compilation of responses of the CCJE members to the questionnaire for the preparation of the Opinion No. 24 (2021), <https://rm.coe.int/compilation-opinion-24-2021-all-responses/1680a1cb63>, 05.01.2023, 232–243; Greco, Ad hoc Report on POLAND (Rule 34), 2018, 9, <https://rm.coe.int/ad-hoc-report-on-poland-rule-34-adopted-by-greco-at-its-79th-ordinary-session/168079c83c>, 5. januar 2023.

³⁷ G. Borkowski, O. Sovgyria, 19.

³⁸ K. Grajewski, 164–165.

³⁹ Ustav Poljske, čl. 186; *Poland_1997.pdf* (constituteproject.org), 15. januar 2023; F. Zoll, L. Wortham, 897; A. Bodnar, Ł. Bojarski, „Judicial independence in Poland”, *Judicial independence in transition* (ed. Anja Seibert-Fohr), Springer, Berlin – Heidelberg 2012, 5.

pripravnika; izražavanje mišljenja o pitanjima koja se tiču pravosuđa, sudija i pripravnika, koje je na dnevni red stavio predsednik Republike Poljske, drugi organi javne vlasti ili organi sudijske samouprave; davanje mišljenja o predloge propisa koji se odnose na pravosuđe, te davanje predloga u vezi sa tim; izražavanje mišljenja o programu obuke sudija, načina sprovođenja sudijske obuke i sudijskih ispita; izražavanje mišljenja o godišnjim rasporedima obuke i stručnog obrazovanja sudija, sudijskih pripravnika i sudskih službenika; vršenje nadzora nad obradom podataka o ličnosti od Ustavnog suda, Vrhovnog suda, Vrhovnog upravnog suda, žalbenih sudova, u okviru njihovih nadležnosti. Savet obavlja i druge poslove, što se posebno odnosi na pokretanje postupka pred Ustavnim sudom, kako bi se ispitala usklađenost normativnih akata sa Ustavom Republike Poljske u pogledu nezavisnosti sudova i sudija; razmatranje molbi za penzionisanje sudija te razmatranje molbe penzionisanih sudija za povratak na sudijsku funkciju. Takođe, bira zastupnika u disciplinskom postupku te daje mišljenje o imenovanju i razrešenju predsednika i zamenika predsednika sudova opšte nadležnosti i vojnih sudova. Osim toga, bira jednog člana Programskog odbora Poljske nacionalne škole sudstva i javnog tužilaštva te daje mišljenje o imenovanju i razrešenju njenog direktora. Savet dostavlja informacije Sejmu, Senatu i predsedniku Republike Poljske, najkasnije do 31. maja naredne godine, o godišnjoj aktivnosti Saveta, uz to ističući aktuelna pitanja i potrebe pravosudnog sistema, o čemu se ne glasa u Sejmu i Senatu. Savet može da odluči da poseti sud ili njegovu organizacionu jedinicu, izvrši inspekcijski nadzor, uvid u radnu karijeru sudije ili sudijskog pripravnika, čija je pojedinačna stvar predmet rada Saveta. Te radnje ne smeju da utiču na nezavisnost sudija i sudijskih pripravnika.⁴⁰

5. Istorijat sudskog saveta u Estoniji

Evropska komisija je koristila takozvanu „pretpristupnu uslovljenost” kako bi izvršila izvestan pritisak na Estoniju, u nameri da usvoji model sudskog saveta.⁴¹ Praktično, tokom godina, Evropska unija i Savet Evrope su napustili svoju početnu fleksibilnost te su postali nepokolebljivi zagovornici modela sudskog saveta. Tokom talasa proširenja 2004. godine, koji je prvenstveno obuhvatio bivše komunističke centralnoevropske i baltičke države, ispostavilo se da je pritisak bio efikasan, pa je Estonija 2002. godine ustanovila organ koji ograničava ovlašćenja ministra pravde u odnosu na sudstvo.⁴² Pre toga, u toj

⁴⁰ Ustav Poljske, čl. 186, *Poland_1997.pdf (constituteproject.org)*, 15. januar 2023; Zakon o Sudskom savetu Poljske, čl. 3–5, <https://krs.pl/files/425/Legal-acts/1345/Act-of-12-May-2011-on-the-National-Council-of-the-Judiciary-Journal-of-Laws-of-2021269.pdf>, 5. januar 2023; F. Zoll, L. Wortham, 897; A. Bodnar, L. Bojarski, 5.

⁴¹ M. Bobek, D. Kosař, „Global Solutions, local damages: a critical study in judicial councils in Central and Eastern Europe”, *German Law Journal* 7/2014, 1261, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CDEF5A8EA2FEA3FE4B843060F145A4B2/S2071832200019362a.pdf/global-solutions-local-damages-a-critical-study-in-judicial-councils-in-central-and-eastern-europe.pdf>, 5. januar 2023.

⁴² K. Szwed, „A Critical Study in Judicial Councils in the Baltic States-A Comparative Approach”, *Przegląd Pra-*

zemlji je preferiran kooperativni model sudske administracije u kojem saveti dele mnoga ovlašćenja sa ministarstvom nadležnim za pravosuđe.⁴³ Novi Zakon o sudovima je usvojen 19. februara 2002. i na snagu je stupio 29. jula 2002. godine, čime se sistem sudske uprave u sudovima prvog i drugog stepena pomerilo malo dalje od modela odgovornosti izvršnoj vlasti, jer je od tada za većinu odluka ministra koje se tiču pravosuđa potrebna saglasnost Saveta.⁴⁴

Inače, u periodu 1991–2002. godine, sudstvo je bilo pod značajnim uticajem izvršne funkcije državne vlasti, prema nemačkom modelu, odnosno sa dominantnim položajem ministra nadležnog za pravosuđe. Nakon 2002. godine uspostavljen je Savet za sudsku upravu kojim je Estonija izabrala model saradnje u administraciji sudstva, u kojem sudski savet deli mnoga ovlašćenja sa ministrom. Taj hibridni model je usvojen i zbog male veličine pravosudnih struktura u zemlji. Podsetimo, do 2002. godine, odnosno do reforme, prvi i drugi stepen su bili administrativno podređeni ministru, dok nakon reforme zajednički upravljaju ministarstvo nadležno za pravosuđe i Savet.⁴⁵ Dakle, od ponovnog sticanja nezavisnosti 1991. godine, Estonija je isprobala dva različita sistema sudske uprave, a trenutno se raspravlja o uvođenju trećeg.⁴⁶

6. Sastav i način izbora članova sudskog saveta u Estoniji

Dakle, Savet se sastoji od 12 članova, uključujući predsednika Vrhovnog suda koji je i predsedavajući po službenoj dužnosti, i pet sudija koje njihove kolege sudije biraju na period od tri godine, dva poslanika u estonskom parlamentu, zakleti advokat koga imenuje odbor advokatske komore, generalni tužilac ili javni tužilac koga on odredi te kancelar pravde ili zastupnik koga on imenuje. Inače, kancelar pravde je praktično estonski ombudsman. Ministar nadležan za pravosuđe ili lice koje on odredi učestvuje na sednicama Saveta, ali nema pravo da glasa. Može se konstatovati da sastav odgovara preporukama Konsultativnog veća evropskih sudija, barem u pogledu uslova koji se tiču broja sudija i njihovog izbora od drugih sudija. Smatra se da prisustvo predstavnika izvršne i zakonodavne vlasti nije nužno negativno, pošto njihovo uključivanje u rad organa

wa Konstytucyjnego 6/2020, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-d98a5db1-47a2-4e2f-8767-ce53fab629a5>, 5. januar 2023. Vid. Comparative analysis on the High Councils for Judiciary in the EU member states and judicial immunity, 6, <http://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/5ae/f8b/adb/5ae/f8badb2c7b574848064.pdf>, 5. januar 2023.

⁴³ M. Bobek, D. Kosař, 1281.

⁴⁴ J. Ginter, "Judicial Independence and/or Efficient Judicial Administration", *Juridica International* 17/2010, 113, https://www.juridicainternacional.eu/public/pdf/ji_2010_XVII_108.pdf, 5. januar 2023; CCJE, *Opinion No. 24 (2021)*, Evolution of the Councils for the Judiciary and their role for independent and impartial judicial systems, Compilation of responses of the CCJE members to the questionnaire for the preparation of the Opinion No. 24 (2021), 97–102, <https://rm.coe.int/compilation-opinion-24-2021-all-responses/1680a1cb63>, 5. januar 2023.

⁴⁵ K. Szwed, 562–565.

⁴⁶ J. Ginter, 111.

„ima više veze sa željom da se poveća svest o radu i problemima pravosuđa van sudskog sistema i da se izbegne situacija u kojoj nezavisnost sudstva zapravo znači isključenje pravosuđa”.⁴⁷ Sednice Saveta saziva predsednik Vrhovnog suda ili ministar nadležan za pravosuđe. Dnevni red sednice utvrđuje lice koje saziva sednicu, a Savetom predsedava predsednik Vrhovnog suda. Savet ima kvorum ako je prisutno više od polovine njegovih članova, a odluke donosi većinom glasova prisutnih članova. Savet usvaja svoj poslovnik o radu, a administrativnu podršku mu pruža ministarstvo nadležno za pravosuđe.⁴⁸

7. Nadležnosti sudskog saveta u Estoniji

Savet daje saglasnost za: utvrđivanje mesne nadležnosti sudova; utvrđivanje strukture sudova; utvrđivanje tačne lokacije sudova i zgrada suda; određivanje broja sudija; imenovanje i prevremeno razrešenje predsednika sudova; određivanje broja sudija porotnika; utvrđivanje internog poslovnika sudova; utvrđivanje broja kandidata za sudijsku funkciju; utvrđivanje dodatne naknade za upravnika zgrade suda; utvrđivanje sastava registarskih podataka informacionog sistema sudova i postupak za njihovo podnošenje; prijem sudija u aktivnu službu u snagama odbrane; utvrđivanje visine naknade koja se isplaćuje sudijama porotnicima i postupak isplate. Savet daje prethodno mišljenje o principima formiranja te izmene i dopune godišnjeg budžeta sudova. Savet daje mišljenje o kandidatima za upražnjeno mesto sudije Vrhovnog suda, o puštanju sudije na slobodu, unapred sastavlja pregled stanja koji će pred parlamentom predstaviti predsednik Vrhovnog suda u vezi sa sudskom upravom, sprovođenjem pravde i jedinstvenom primenom zakona; raspravlja o drugim pitanjima na inicijativu predsednika Vrhovnog suda ili ministra.⁴⁹ Uprkos činjenici da su sudovi nezavisni u svom radu i da sude u skladu sa Ustavom i zakonima, uprava sudova u Estoniji nije nezavisna i odvojena od izvršne vlasti. Prvostepeni i drugostepeni sudovi se finansiraju iz državnog budžeta preko budžeta ministarstva nadležnog za pravosuđe. Predsednika Vrhovnog suda bira parlament, na predlog predsednika Republike. Sudije Vrhovnog suda bira Parlament, na predlog predsednika Vrhovnog suda, dok ostale sudije na dužnost imenuje predsednik Republike, na predlog Vrhovnog suda.⁵⁰

⁴⁷ Zakon o sudovima Estonije, čl. 40–41, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/514022014001/consolide>, 5. januar 2023; Sajt Vrhovnog suda Estonije, <https://www.riigikohus.ee/en/administration-courts/council-administration-courts>, 5. januar 2023; K. Joamets, „The Structure of Judicial System, *The law of the Baltic States* (eds. Tanel Kerikmäe, Kristi Joamets, Jānis Pleps, Anita Rodiņa, Tomas Berkmanas, Edita Gruodytė), Springer, Cham, Switzerland 2017, 16; K. Szwed, 566.

⁴⁸ Zakon o sudovima Estonije, čl. 40, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/514022014001/consolide>, 5. januar 2023.

⁴⁹ Sajt Vrhovnog suda Estonije, <https://www.riigikohus.ee/en/administration-courts/council-administration-courts>, 5. januar 2023; Zakon o sudovima, čl. 40–41; K. Szwed, 569.

⁵⁰ K. Joamets, 16.

Literatura

- Blagojević Lj., Visoki savet sudstva kao garant nezavisnosti pravosuđa u Republici Srbiji (U svetlu Nacionalne strategije za reformu pravosuđa – NSRP), Fondacija Centar za javno pravo, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Ljiljana_Blagojevic.pdf, 5. januar 2023.
- Bobek M., Kosař D., „Global Solutions, local damages: a critical study in judicial councils in Central and Eastern Europe”, *German Law Journal* 7/2014, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CDEF5A8EA2FEA3FE4B843060F145A4B2/S2071832200019362a.pdf/global-solutions-local-damages-a-critical-study-in-judicial-councils-in-central-and-eastern-europe.pdf>, 5. januar 2023.
- Bodnar A., Bojarski L., Judicial independence in Poland, *Judicial independence in transition* (ed. Anja Seibert-Fohr), Springer, Berlin – Heidelberg 2012.
- Borkowski G., Sovgyria O., „Current Judicial Reform in Ukraine and in Poland: Constitutional and European Legal Aspect in the Context of Independent Judiciary”, *Access to Justice in Eastern Europe* 2(3)/2019, http://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1560677669.pdf, 5. januar 2023.
- Castillo-Ortiz P., „The politics of implementation of the judicial council model in Europe” *European Political Science Review* 4/2019, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/9A3C7962F2F61F23F6E8D5EB1B469C85/S1755773_919000298a.pdf/the-politics-of-implementation-of-the-judicial-council-model-in-europe.pdf, 5. januar 2023.
- Garoupa N., Ginsburg T. „Guarding the guardians: Judicial councils and judicial independence”, *The American Journal of Comparative Law* 1/2009, <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1425&context=facscholar>, 5. januar 2023.
- Ginsburg T., Garoupa N., „The Comparative Law and Economics of Judicial Councils”, *Berkeley Journal of International Law* 27/2008, https://chicagonbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2438&context=journal_articles, 5. januar 2023.
- Ginterm J., „Judicial Independence and/or Efficient Judicial Administration”, *Juridica International* 17/2010, https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2010_XVII_108.pdf, 5. januar 2023.
- Grajewski K., „Dysfunctionality of the National Council of the Judiciary in the Polish Constitutional System After Statutory Changes”, *Gdańskie Studia Prawnicze* 48/2020, https://scholar.archive.org/work/cphmes5cmfhaxh-26zosisxlhe/access/wayback/https://czasopisma.bg.ug.edu.pl/index.php/gdanskie_studia_prawnicze/article/download/5215/4547, 5. januar 2023.
- Frankowski S., „The Independence of the Judiciary in Poland: Reflections on Andrzej Rzeplinski’s Sdownictwo W Polsce Ludowej (the Judiciary

- in Peoples' Poland (1989)", *Arizona Journal of International and Comparative Law* 8/1991, https://repository.arizona.edu/bitstream/handle/10150/659476/07_8ArizJIntlCompL_33_1991.pdf?sequence=1, 5. januar 2023.
- Joamets K., „The Structure of Judicial System”, *The law of the Baltic States* (eds. Tanel Kerikmäe, Kristi Joamets, Jānis Pleps, Anita Rodiņa, Tomas Berkmanas, Edita Gruodytė), Springer, Cham, Switzerland 2017.
- Matić M., Holandski savet pravosuđa, *Strani pravni život* 1/2013;
- Petrović Škero V., Visoki savet sudstva, Status, izbor, razrešenje, mandat, članstvo, nadležnost, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 3–4/2017, <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0017-0933/2017/0017-09331704215P.pdf>, 5. januar 2023.
- Preshova D., Damjanovski I., Nechev Z., „The effectiveness of the ‘European Model’ of judicial independence in the Western Balkans: Judicial councils as a solution or a new cause of concern for judicial reforms”, *CLEER Paper Series*, 2017/1, https://www.asser.nl/media/3475/cleer17-1_web.pdf, 5. januar 2023.
- Radujko D., Reforma Visokog saveta sudstva: rizik ili prilika za nezavisnost, *Politički život* 19/2020, <https://www.fpn.bg.ac.rs/wp-content/uploads/Politicki-zivot-19.pdf>, 5. januar 2023.
- Sanders A., Von Danwitz L., „Selecting Judges in Poland and Germany: Challenges to the Rule of law in Europe and Propositions for a new Approach to Judicial Legitimacy” *German Law Journal* 4/2018, https://web.archive.org/web/20200310222530id_/https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/EE6247DD1101F673D91B214F751A-EC23/S2071832200022872a.pdf/div-class-title-selecting-judges-in-poland-and-germany-challenges-to-the-rule-of-law-in-europe-and-propositions-for-a-new-approach-to-judicial-legitimacy-div.pdf, 5. januar 2023.
- Śledzińska-Simon A., „The rise and fall of judicial self-government in Poland: on judicial reform reversing democratic transition”, *German Law Journal*, 7/2018, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/391694FF9C3B193716DB41D02CB071B4/S2071832200023257a.pdf/the-rise-and-fall-of-judicial-self-government-in-poland-on-judicial-reform-reversing-democratic-transition.pdf>, 5. januar 2023.
- Szwed K., „A Critical Study in Judicial Councils in the Baltic States-A Comparative Approach”, *Przegląd Prawa Konstytucyjnego* 6/2020, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-d98a5db1-47a2-4e2f-8767-ce53fab629a5>, 5. januar 2023.
- Urbániková M., Šipulová K., „Failed Expectations: Does the Establishment of Judicial Councils Enhance Confidence in Courts?”, *German Law Journal* 7/2018, <https://core.ac.uk/download/pdf/196303919.pdf>, 5. januar 2023.

Zoll F., Wortham L., „Judicial independence and accountability: withstanding political stress in Poland”, *Fordham International Law Journal* 42/2018, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2743&context=ilj>, 5. januar 2023.

Propisi i drugi akti

CCJE, Opinion No. 24 (2021), Evolution of the Councils for the Judiciary and their role for independent and impartial judicial systems, Compilation of responses of the CCJE members to the questionnaire for the preparation of the Opinion No. 24 (2021), <https://rm.coe.int/compilation-opinion-24-2021-all-responses/1680a1cb63>, 5. januar 2023.

European Commission for democracy through law (Venice Commission), Compilation of Venice commission opinions and reports concerning courts and judges, <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29001-e>, 5. januar 2023.

European Commission for democracy through law (Venice Commission), European standards on the independence of the judiciary a systematic overview, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD\(2008\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD(2008)002-e), 5. januar 2023.

European Commission for democracy through law (Venice Commission) Judicial appointments, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)028.aspx](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)028.aspx), 5. januar 2023.

European Commission for democracy through law (Venice Commission), Report on the independence of the judicial system part I: The independence of judges, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e), 5. januar 2023.

Evropska povelja o statusu sudija, <https://rm.coe.int/16807473ef>, 5. januar 2023.

Greco, Ad hoc Report on POLAND (Rule 34), 2018, <https://rm.coe.int/ad-hoc-report-on-poland-rule-34-adopted-by-greco-at-its-79th-plenary-m/168079c83c>, 5. januar 2023.

Mišljenja Konsultativnog veća evropskih sudija i Magna Karta sudija, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, <https://rm.coe.int/1-coe-ccje-opinions-serbian/1680a11de1>, 5. januar 2023.

Preporuka br. R (94)12, [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkannunteklifi/recR\(94\)12e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkannunteklifi/recR(94)12e.pdf), 28. mart 2023.

Ustav Poljske, *Poland_1997.pdf* (constituteproject.org), 15. januar 2023.

Zakon o sudovima Estonije, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/514022014001/consolide>, 5. januar 2023.

Zakon o Sudskom savetu Poljske, <https://krs.pl/files/425/Legal-acts/1345/Act-of-12-May-2011-on-the-National-Council-of-the-Judiciary-Journal-of-Laws-of-2021269.pdf>, 5. januar 2023.

Internet izvori

Comparative analysis on the High Councils for Judiciary in the EU member states and judicial immunity, <http://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/5ae/f8b/adb/5aef8badb2c7b574848064.pdf>, 5. januar 2023.

Sajt Vrhovnog suda Estonije, <https://www.riigikohus.ee/en/administration-courts/council-administration-courts>, 5. januar 2023.

Miloš Stanić, PhD

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia.

JUDICIAL COUNCILS IN POLAND AND ESTONIA

Summary

In this paper, after the historical part, and the part concerning the acts of international public law in Europe, which concern this matter, the position of judicial councils in Poland and Estonia is examined. The aspect of the historical development of councils in these countries, as well as their composition and competences, is examined. In the paper, above all, the normative method is used. The scientific and social justification of the topic is found in the fact that in Serbia, a reform related to the independence of the judiciary is ongoing.

Keywords: judicial councils, history, composition, competences, Poland, Estonia.

**UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI
U GRAĐANSKOM PRAVU**

SAVREMENE BIOETIČKE DILEME I GENETSKI INŽENJERING – TRORODITELJSKI EMBRIONI I GMO BEBE**

Apstrakt

Život u 21. veku donosi nove pravne, ali i bioetičke i moralne dileme u sferama društvenog života koje su, osim sa pitanjima iz oblasti prava i medicine, usko povezane i sa pitanjima iz oblasti religije, filozofije, psihologije i sociologije. Pokušaj da šire sagledamo trenutna dešavanja i damo odgovor na aktuelne dileme i nedoumice u vezi sa temama zlo(upotrebe) različitih medicinskih tretmana koji se tiču života čoveka, njegovog zdravlja, potomstva, ali i smrti, predstavlja veliki izazov za sve ljubitelje multidisciplinarnih istraživanja, ali i obavezu da, kao pravnici, govorimo u ime nauke i trasiramo put budućim zakonskim rešenjima. Ozbiljnost te obaveze i dužnosti ne sme se potceniti, budući da pitanja surogat-majčinstva, vantelesne oplodnje i prava deteta da zna svoje poreklo (naročito u situaciji kada je donor nepoznat), donacije organa i eutanazije direktno i neposredno utiču na početak, odnosno na produžetak i kraj ljudskog života, a kada govorimo o medicinski asistiranom reproduktivnim tehnologijama, i na budućnost nerođenog deteta koja itekako može biti uslovljena (biološki, emotivno, psihološki) okolnostima pod kojima je ono došlo na svet. Kada govorimo o medicinski asistiranoj reprodukciji, brzina razvoja nauke u toj oblasti otvorila je, može se reći, Pandorinu kutiju pravnih i bioetičkih pitanja. Dok veliki broj feministkinja naglašava značajan i dominantan uticaj patrijarhalne sredine i kulture na formiranje i donošenje odluke žene da izloži sebe mnogobrojnim rizičnim i ne baš bezazlenim medicinskim tretmanima u svrhu realizacije majčinske uloge, čime biva potpuniye prihvaćena od društvene zajednice koja i danas ženu bez potomstva ne vrednuje na isti način, većina pitanja ostaje bez odgovora i šireg društvenog konsenzusa, čemu doprinosi nedostatak znanja i informacija, pa stoga i kritičkog stava, ne samo među širim slojem stanovništva nego i u samoj naučnoj i stručnoj zajednici. Gde se nalaze granice između prava i ozakonjenja neprava i da li je usaglašenost jedne norme sa moralom i etikom nužna i neophodna da bi norma bila svrsishodna i u službi opšteg dobra ili je pravo danas, jasnije nego ikad pre, samo instrument i sredstvo za legalizovanje svake želje i hira čoveka i različitih interesnih grupa, pravno je, ali i filozofsko-teološko pitanje, na koje se mora odgovoriti. To naročito ako imamo u vidu pitanje troroditeljskih embriona – kombinovanje genetskog

* Viša naučna saradnica Instituta za uporedno pravo u Beogradu, a.covic@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

materijala tri osobe u svrhu dobijanja genetski zdravog deteta, jer je ta procedura danas legalna u nekim državama. Da li ljudsko dostojanstvo i pretpostavka o čoveku koji je subjekt prava isključuju mogućnost ozakonjenja eksperimentisanja, manipulisanja, eksploataisanja i čovekovog uništenja (fizičkog, duhovnog, emotivnog, finansijskog) ili su biotehnološki postupci sa ciljem poboljšanja čoveka, njegovih karakteristika i celokupnog kvaliteta života vrhunsko dobro i dostignuće savremenog doba koje kao takvo opravdava svođenje ljudskog bića na objekt prava?

Ključne reči: genetski inženjering, GMO bebe, troroditeljski embrioni, vantelesna oplodnja, nepoznat donor, bioetika, prava deteta.

1. Uvod

Postupak biomedicinski potpomognute oplodnje (BMPO) sprovodi se u skladu sa savremenim standardima biomedicinske nauke u slučaju neplodnosti i u slučaju kada postoje medicinske indikacije za očuvanje plodnosti i omogućava spajanje muških i ženskih reproduktivnih ćelija kako bi se postigla trudnoća na način koji je drugačiji od snošaja.¹ U postupku vantelesne (*in vitro*) oplodnje, jajna ćelija se oploduje spermatozoidima van materice, a nakon oplodnje zigot se vraća u matericu radi realizacije trudnoće, po čemu se taj postupak razlikuje od procedure *in vivo*, u kojoj se oplodnja dešava u organizmu. Razlozi za medicinski potpomognutu oplodnju mogu biti različiti.² Da bi potpomognuta oplodnja bila uspešna, potrebne su zdrave jajne ćelije, materica i spermatozoidi sposobni za oplodnju. U suprotnom, postoji mogućnost surogat-majčinstva ili oplodnje donirane jajne ćelije i oplodnje doniranim spermatozoidima, poznatog ili nepoznatog donora. Prva beba koja je nastala pomoću biomedicinski potpomognute oplodnje rodila se 1978. godine, a do danas je broj beba rođenih na taj način više od osam miliona. Osim vantelesne oplodnje, velike polemike izazivaju i kloniranje, doniranje organa, eugenika, transseksualnost i eutanazija.³

Brojne polemike izaziva pitanje troroditeljske vantelesne oplodnje, odnosno tzv. troroditeljskih embriona. Ta procedura je danas dozvoljena u Velikoj Britaniji i Australiji i predstavlja kombinovanje genetskog materijala tri osobe, sa ciljem da se spreči prenošenje određenih genetskih poremećaja na dete. Mitohondrije sadrže malu količinu DNK i nasleđuju se od majke. Da bi se izbeglo da deca naslede oštećeni genetski materijal, putem donacije mitohondrija, ili troroditeljske vantelesne oplodnje, uzima se jezgro, koje sadrži većinu DNK, iz jajeta majke i stavlja u doniranu jajnu ćeliju žene sa zdravim mitohondrijama, koja se nakon toga oploduje spermom u vantelesnoj oplodnji za tri osobe (IVF), a dobijeni embrion ima

¹ Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji – ZBMPO, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017 i 113/2017, čl. 3.

² Problemi sa jajovodima ili nedovoljna količina sperme i njen loš kvalitet, kada se u jajnu ćeliju može i direktno ubaciti spermatozoid uz pomoć intracitoplazmične injekcije spermatozoida (ICSI).

³ D. Petrović, *Eutanazija – nova dimenzija*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2010.

genetski materijal od dve žene i jednog muškarca.⁴ Mitohondrije možemo naslediti samo od majke jer spermatozoid prilikom ulaska u jajnu ćeliju gubi svoj „rep”, u kome su smeštene njegove mitohondrije. Svako ima nuklearnu DNK smeštenu u 23 para hromozoma (46 hromozoma), 23 hromozoma od majke i 23 od oca, i oko 1% mitohondrijalne DNK van toga.

Dok moralna i etička pitanja upotrebe novih tehnologija ostaju bez jasnog odgovora, čini se, takođe, da se i jaz između crkve i nauke produbljuje i dostiže tačku bez povratka. Genetski inženjering, odnosno veštačka manipulacija, modifikacija i rekombinacija DNK ili drugih molekula nukleinske kiseline sa ciljem modifikacije organizma ili populacije organizama, sa stanovišta crkve, grubo je uplitanje čoveka u pitanja iz Božje nadležnosti i samoljubivo stavljanje sebe u funkciju Boga. S druge strane, za nauku i parove koji se godinama bore sa neplodnošću, biomedicinski potpomognuta oplodnja i njene savremene tehnike predstavljaju neprocenjivo vredno dostignuće savremenog doba. Neki od njih u tome vide upravo rezultat Božje volje.

U nastavku rada biće izložen zakonski okvir Republike Srbije u oblasti biomedicinski potpomognute oplodnje, stavovi crkava o tom pitanju i opis savremenih tehnika koje su dostupne parovima u situacijama troroditeljske vantelesne oplodnje. U našem pravu nisu dozvoljeni uvoz i izvoz embriona, surogat-majčinstvo i troroditeljske vantelesne oplodnje, a uvoz reproduktivnih ćelija iz Španije u decembru 2022. godine duboko je podelio javnost. Protivnici ističu da sve ostale zemlje, pa i one od kojih će Srbija uvoziti, plaćaju donorima, te da bi bilo bolje da je to učinila i naša država umesto što na taj način finansira strance. S druge strane se ističe da je u malom tržištu poput našeg teško naći veliki broj donora, budući da svaki može da donira ćelije samo jednoj osobi ili jednom paru (da bi se izbegao mogući incest u budućnosti).⁵

2. Pravna regulativa u Republici Srbiji u oblasti biomedicinski potpomognute oplodnje

Republika Srbija plaća neograničen broj pokušaja vantelesne oplodnje parova, a granica za žene je 45 godina.⁶ Dozvoljeni su uvoz i izvoz reproduktivnih ćelija, ali ne i embriona (čl. 54 ZBMPO), a detaljniji uslovi se regulišu Pravilnikom o uslovima za obavljanje delatnosti uvoza i izvoza reproduktivnih ćelija, kao i način provere uslova kvaliteta i bezbednosti. Surogat majčinstvo je zabranjeno (čl. 66 ZBMPO).

⁴ L. Rapaport, Three-Parent IVF Now Legal in Two Countries, *WebMD, LLC*, 2022, May 6. <https://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/news/20220506/three-parent-ivf-now-legal-in-two-countries>, 28. mart 2023.

⁵ V. Crnjanski Spasojević, I. Kovačić, Može li srpski genetski kod da postane španski? Uvoz doniranih reproduktivnih ćelija oštro podelio javnost na zagovornike i protivnike, *Novosti*, 18. decembar 2022, <https://www.novosti.rs/c/drustvo/vesti/1183585/banka-reproduktivnog-materijala-genetika-vantelesna-oplodnja>, 28. mart 2023.

⁶ Uredba o izmeni Uredbe o Planu zdravstvene zaštite iz obaveznog zdravstvenog osiguranja u Republici Srbiji za 2022. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2022.

U postupku homologne oplodnje koriste se reproduktivne ćelije supružnika ili vanbračnih partnera, dok se u postupku heterologne oplodnje koriste reproduktivne ćelije jednog partnera i reproduktivne ćelije davaoca, odnosno donora (član 3. tač. 13. i 14. ZBMPO). Na osnovu tog zakona je osnovana i prva banka reproduktivnih ćelija u našoj državi, koja radi u okviru Ginekološko-akušerske klinike Univerzitetskog kliničkog centra Srbije u Beogradu od juna 2019. godine, a mogu se donirati jajna ćelija, spermatozoidi ili embrion.

Članom 29 ZBMPO precizira se da ako u postupku biomedicinski potpomognute oplodnje (BMPO) nije moguće koristiti reproduktivne ćelije jednog od supružnika ili vanbračnih partnera jer ne postoji mogućnost da dođe do začeca upotrebom reproduktivnih ćelija supružnika ili vanbračnih partnera, ako su druge BMPO procedure bile neuspešne ili ako treba sprečiti prenošenje ozbiljne nasledne bolesti na dete, mogu se koristiti donirane reproduktivne ćelije u procedurama BMPO. Mogu se koristiti i donirani embrioni supružnika ili vanbračnih partnera nastali u postupku homologne oplodnje, kada supružnici ili vanbračni partneri od kojih potiču embrioni ne žele da ih koriste za sopstvenu oplodnju, uz njihovu izričitu pismenu saglasnost (čl. 29. st. 3. ZBMPO). Ne postoji mogućnost da se reproduktivne ćelije doniraju članu porodice, poznaniku ni konkretnoj, određenoj osobi; nije dozvoljeno nuđenje jasnih ćelija, semenih ćelija ili embriona radi sticanja imovinske ili bilo koje druge koristi (čl. 32. ZBMPO). Reproductivne ćelije jednog donora i donirani embrioni jednog para supružnika, odnosno vanbračnih partnera, mogu se koristiti za postupak oplodnje jednog para supružnika, odnosno vanbračnih partnera, i jedne žene, a u slučaju da se dete ili deca rode sa doniranim reproduktivnim ćelijama, odnosno embrionima, preostale reproduktivne ćelije donora isključivo se mogu upotrebiti za ponovljeni postupak BMPO istih supružnika, tj. vanbračnih partnera, i iste žene (čl. 30. st. 3 ZBMPO). Donori reproduktivnih ćelija prvobitno nisu mogle da budu osobe koje su u poslednjih pet godina imale anamnezu homoseksualnih odnosa (Pravilnik o bližim uslovima, kriterijumima i načinu izbora, testiranja i procene davaoca reproduktivnih ćelija i embriona, *Službeni glasnik RS* 27/2019-106), ali se od tog uslova odustalo (vid. Pravilnik 41/2021-50). Članom 2 tog pravilnika je propisano ko se može naći u ulozi davaoca reproduktivnih ćelija, pa se tako precizira da je maksimalna starosna granica za muškarca 40 godina, dok žene moraju biti starosti između 21 i 34 godine. Ostali propisani uslovi su da je donor zdrav i fizički i psihički, što se utvrđuje na osnovu psihološke procene; da ne spada u rizičnu grupu narkomana; da nema analne odnose i perianalne kondilome; da nema tragova uboda igala na koži; da u poslednjih 12 meseci nije obavljao tetovažu ili pirsing i da fizičkim pregledom nije nađena limfadenopatija; da nema žuticu iz nejasnih razloga ili hepatomegaliju; da ne pije alkohol i ne puši; da ima normalan nalaz spermograma prema kriterijumima Svetske zdravstvene organizacije, odnosno da žene imaju očuvanu ovarijalnu rezervu; da telesna težina i visina ne odstupaju bitno od prosečnih vrednosti za godište, pol i rasu kojoj donor pripada.

U ulozi roditelja u tim procedurama mogu se naći supružnici koji iz nekog razloga ne mogu realizovati potomstvo prirodnim putem i heteroseksualni parovi

koji žive u dugotrajnoj, stabilnoj vanbračnoj zajednici, a u našem pravu bi se postupku vantelesne oplodnje mogla podvrgnuti i lezbejka, kao žena bez partnera, što podrazumeva prikriivanje činjenice njenog seksualnog opredeljenja, dok muškarci pojedinci ni dva muškarca u istopolnom partnerstvu nemaju mogućnost da budu korisnici reproduktivnih ćelija.

U članu 2 ZBMPO propisano je da se na pitanje vršenja roditeljskih prava primenjuje zakon kojim se uređuju porodični odnosi, ukoliko tim zakonom nije drugačije predviđeno.⁷

ZBMPO usvaja princip apsolutne anonimnosti donacije, što znači da nije moguće saznati bilo koje podatke o donoru, osim onih koji su bitni iz medicinskih razloga, a donor prema detetu rođenom (nastalom) od njegovog biološkog materijala nema ni prava ni obaveze (čl. 40). Dete začeto postupkom BMPO sa reproduktivnim ćelijama donora ima pravo da iz medicinskih razloga traži od Uprave za biomedicinu podatke iz Državnog registra koji se odnose na davaoca reproduktivnih ćelija, kada navršši 15 godina i kada je sposobno za rasuđivanje, a ne i podatke o ličnosti davaoca, već samo podatke od medicinskog značaja za dete, njegovog budućeg supružnika, odnosno vanbračnog partnera, i podatke od značaja za njihovo potomstvo (čl. 57. st. 1. i 2). Takođe, zakonski zastupnik, odnosno staratelj deteta, po odobrenju organa starateljstva, može zahtevati uvid u te podatke, ali samo na osnovu dozvole nadležnog suda u vanparničnom postupku kada za to postoje opravdani medicinski razlozi (čl. 57. st. 3), kao i zdravstveni radnik koji leči dete začeto postupkom BMPO, iz medicinskih razloga, radi otklanjanja rizika po zdravlje deteta (čl. 57. st. 4).

Ustavom Republike Srbije⁸ garantuje se pravo deteta da sazna poreklo i očuva svoj identitet (čl. 64 Ustava RS), dok je zakonom proklamovano pravo deteta da zna ko su mu roditelji i pravo da sa navršenih 15 godina izvrši uvid u matičnu knjigu rođenih i drugu dokumentaciju koja se tiče njegovog porekla.⁹ Konvencija o pravima deteta članom 7 detetu garantuje, koliko je to moguće, pravo da zna ko su mu roditelji i pravo na njihovo staranje, a članom 8 pravo na očuvanje identiteta.¹⁰ Poslednjih godina svedočimo sudskim postupcima koji rezultiraju presudama koje pravo deteta na saznanje svog porekla stavljaju ispred anonimnosti donora sperme širom sveta, a u situacijama kada je donor poznat, sudovi često ne uskraćuju roditeljska prava.¹¹

⁷ U članu 57 Porodičnog zakona utvrđeno je da je majka deteta začelog uz biomedicinsku pomoć, žena koja je rodila dete, a da se materinstvo žene koja je darovala jajnu ćeliju ne može utvrđivati. U članu 58 tog zakona navodi se da se ocem deteta smatra muž majke deteta ili njen vanbračni partner, ako je dao pismenu saglasnost za biomedicinski potpomognutu oplodnju, te da se očinstvo u tim slučajevima ne može osporavati. Takođe, očinstvo muškarca koji je darovao semene ćelije ne može se utvrđivati.

⁸ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 96/2006.

⁹ Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 i dr. zakon i 6/2015, čl. 59; Zakon o matičnim knjigama *Službeni glasnik RS*, br. 20/2009, 145/2014, 47/2018, čl. 41.

¹⁰ Konvencija o pravima deteta UN iz 1989. godine, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/1990 i *Službeni list SRJ*, br. 4/96 i 2/97.

¹¹ Vid. A. Čović, B. Stjepanović, „Vantelesna oplodnja za nepoznatim donorom – dileme sa aspekta bioetike i prava deteta da zna svoje poreklo”, *Sociološki pregled* 4/2022, 1433-1471.

3. Stavovi crkava o veštačkoj oplodnji

U svom saborskom dokumentu, koji uvažavaju i s kojim se saglašavaju ostale pomesne crkve, Ruska pravoslavna crkva je definisala da od metoda veštačke oplodnje s pravoslavnog stanovišta nije sporna jedino tzv. inseminacija (metoda oplodnje *in vivo*), pri kojoj se muške polne ćelije posebnim postupkom ubacuju u matericu kako bi lekari potpomogli oplođenje jajne ćelije žene, ali Crkva smatra da je metoda vantelesne oplodnje (tzv. *in vitro* fertilizacija) za pravoslavne hrišćane bez sumnje greh i moralno nedopustiva. Navodi se da se vantelesnom oplodnjom izvan materice žene, u laboratoriji, veliki broj jajnih ćelija žene oplodi spermatozoidima, zbog čega može nastati i preko deset embriona, od kojih se dva ili eventualno tri prenese u matericu žene, pa je neizvesno kakva je sudbina ostale začete dece (embriona) – da li oni služe za medicinska istraživanja ili se bacaju ako ne postoji interesovanje roditelja da se iskoriste, odnosno njihovom svesnom odlukom biva ju lišena prava na život, čime se takva odluka potpuno izjednačuje sa abortusom. Crkva ističe da su u pitanju začeta deca koja su od tog trenutka živa i koja imaju dušu već od trenutka začeća, što je naučno dokazana činjenica, te su za Crkvu neprihvatljivi stavovi pojedinih hrišćanskih mislilaca i teologa da je moralno prihvatljivo za hrišćane da idu na vantelesnu oplodnju ukoliko drugi metodi veštačke oplodnje ne daju rezultat. To se često opravdava stavom da neiskorišćeni embrioni koji su ostali pri vantelesnoj oplodnji, kao ličnosti, imaju zagaranovano spasenje, iz čega se izvodi zaključak da uništenje embriona ne predstavlja greh hrišćanskih supružnika. Postoje pojedini predlozi da hrišćanski supružnici zahtevaju od lekara koji sprovode vantelesnu oplodnju da ne vrše oplođenje na više od dve ili tri jajne ćelije kako bi se, u slučaju da sve tri jajne ćelije budu uspešno oplođene, svi embrioni mogli preneti u matericu žene, što smanjuje verovatnoću uspešnosti postupka vantelesne oplodnje, ali u isto vreme onemogućuje stvaranje viška embriona.¹²

Sveti sinod Ruske pravoslavne crkve, odlukom od 28. decembra 1998. godine, dao je sledeće saopštenje u kojem iskazuje svoj stav o vantelesnoj oplodnji: „Iako primena novih biomedicinskih metoda u mnogim slučajevima omogućava da se prevaziđe bolest neplodnosti, istovremeno se sve više praktikuje tehnološko intervenisanje u proces začeća ljudskog života, što predstavlja pretnju po duhovni integritet i fizičko zdravlje ličnosti. Ugroženi su i odnosi među ljudima, koji su od pamtiveka bili osnova društva. Sa razvojem pomenutih tehnologija povezano je i širenje ideologije takozvanih reproduktivnih prava, ideologije koja se sada propagira i na nacionalnom i na međunarodnom nivou. Ovaj sistem pogleda daje prednost polnoj i društvenoj realizaciji ličnosti nad brigom o budućnosti deteta, o duhovnom i fizičkom zdravlju društva i o njegovoj moralnoj stabilnosti. U svetu se postepeno formira odnos prema čovekovom životu kao prema proizvodu koji može da se bira u skladu sa sopstvenim sklonostima i kojim se može raspolagati

¹² Pravoslavni roditelj, Šta zaista Crkva kaže o vantelesnoj oplodnji (i o večnom životu embriona), 18. april 2018. <https://www.pravoslavniroditelj.org/sta-zaista-crkva-kaze-o-vantelesnoj-oplodnji-i-o-vecnom-zivotu-embriona/>, 28. mart 2023.

isto kao i materijalnim vrednostima. U molitvama čina venčanja Pravoslavna crkva izražava veru u to da je rađanje dece željeni plod zakonitog braka, ali nije njegov jedini cilj. Crkva se ne moli samo za 'plod utrobe na korist' supružnika nego i za darove neprolazne uzajamne ljubavi, celomudrenosti, 'sloge duša i tela'. Zato Crkva ne može smatrati moralno opravdanima metode za rađanje dece koji nisu u skladu sa zamisljima Tvorca života. Ako muž ili žena nisu sposobni za začecje deteta i ako im terapijski i hirurški metodi lečenja neplodnosti ne pomažu, oni treba smireno da prihvate svoju bezdetnost kao poseban priziv. Pastirske preporuke moraju u ovakvim slučajevima da uzimaju u obzir mogućnost usvajanja deteta uz uzajamnu saglasnost supružnika. U dopustiva sredstva medicinske pomoći spada veštačka oplodnja polnim ćelijama muža (inseminacija), jer ona ne remeti celovitost bračnog saveza, suštinski se ne razlikuje od prirodnog začecja i realizuje se u kontekstu supružanskih odnosa. Manipulacije pak povezane sa 'donatorstvom' polnih ćelija narušavaju integritet ličnosti i izuzetnost bračnih odnosa, dopuštajući mešanje treće strane u njih. Osim toga, takva praksa ohrabruje neodgovorno očinstvo ili materinstvo, jer je ono otvoreno oslobođeno ma kakvih obaveza u odnosu na one koji su 'telo od tela' anonimnih donatora. Korišćenje donatorskog materijala ruši osnove porodičnih veza pošto pretpostavlja da dete, pored 'socijalnih', ima još i 'biološke' roditelje. 'Surogatno materinstvo', to jest nošenje, do kraja trudnoće, oplodjene jajne ćelije od strane žene koja, posle porođaja, vraća dete 'naručiocima', protivprirodno je i moralno nedopustivo, čak i kada se ostvaruje bez novčane nadoknade. Ovaj metod dovodi do rušenja duboke emotivne i duhovne bliskosti koja se uspostavlja između majke i deteta već za vreme trudnoće. 'Surogatno materinstvo' izaziva traume, kako kod žene koja iznese trudnoću do kraja i čija materinska osećanja bivaju pogažena tako i kod deteta, koje kasnije može doživeti krizu identiteta. Sa pravoslavnoga stanovišta, moralno su nedopustive i sve vrste vantelesne oplodnje, koje podrazumevaju pripremanje, čuvanje i namerno uništavanje 'suvišnih' embriona. Moralna osuda abortusa od strane Crkve upravo se i zasniva na priznavanju ljudskog dostojanstva embriona. Oplodnja neudatih žena uz korišćenje donatorskih polnih ćelija ili realizacija 'reproduktivnih prava' bilo neoženjenih muškaraca bilo lica sa takozvanom nestandardnom seksualnom orijentacijom lišava buduće dete prava da ima i majku i oca. Korišćenje reproduktivnih metoda van konteksta Bogom blagoslovene porodice postaje oblik borbe protiv Boga, koja se vodi pod plaštom zaštite ljudske autonomije, a u stvari u ime izopačenog shvatanja slobode ličnosti.¹³

Rimokatolička crkva po pitanju vantelesne oplodnje, deli mišljenje Pravoslavne crkve. U svojoj enciklici „Donum vitae” od 22. februara 1987. godine, papa Jovan Pavle II je izneo stav Rimokatoličke crkve o pitanju vantelesne oplodnje. On kaže da dete ima pravo da bude začeto polnim putem u braku, nošeno s ljubavlju u majčinoj utrobi, rođeno i odgajano u krugu bračne zajednice svojih roditelja, a ukoliko se dete začne kao rezultat tehničkog, medicinskog ili biološkog zahvata, time mu se narušavaju prava i dostojanstvo. Papa je izneo stav da je dolazak deteta na svet nedopustivo podvrgnuti kontroli, gospodarenju i tehničkoj uspešnosti, te

¹³ Osnovi socijalne koncepcije Ruske pravoslavne crkve, Beseda, Novi Sad, 151–154. Navedeno prema: *Ibid.*

da Crkva nije protiv dece rođene vantelesnom oplodnjom nego protiv postupka. U enciklici se iznosi stav da je embrion ljudsko biće i da je krajnje gusno pribegavati eksperimentisanju nad nevinim bićima Božjim. Stav te dve crkve dele i druge hrišćanske konfesije.¹⁴

4. Troroditeljski embrioni i GMO bebe

Troroditeljska beba je ljudsko potomstvo proizvedeno od genetskog materijala jednog muškarca i dve žene, korišćenjem potpomognutih reproduktivnih tehnologija, posebno mitohondrijalne zamenske terapije (MRT) i vantelesne oplodnje za tri osobe (IVF). Reproduktivne tehnologije koje se koriste za proizvodnju troroditeljskih beba fokusiraju se na zamenu ili na smanjenje efekata mutacija koje se javljaju u ćelijskim organelama DNK poznatim kao mitohondrije, koje se nalaze u ćelijskoj citoplazmi. Taj postupak je izveden sredinom devedesetih godina u reproduktivnom medicinskom centru u Sjedinjenim Američkim Državama za lečenje neplodnosti žena starijih od 35 godina koje nisu uspele da zatrudne uprkos ponovljenim pokušajima tradicionalnih tehnika IVF. U početku je bio namenjen lečenju neplodnosti, dok su kasnije razvijene tehnike bile usmerene, pre svega, na prevenciju prenošenja mitohondrijske bolesti.¹⁵

Zigot poseduje jezgro u kome se nalazi genom koji se sastoji od nuklearne DNK i oca i majke i mitohondrija u kojima se nalazi poseban genom, koji se sastoji isključivo od mitohondrijalne DNK (mtDNK) majke – mtDNK nasleđena od majke predstavlja mali procenat ukupne DNK u stanicama (manje od 1 posto kod sisara, prema većini procena). Smatra se da je sposobnost jajne stanice da se uspešno oplodi povezana posebno sa zdravljem ženine mtDNK.¹⁶ Ističu se veze između smanjene količine mtDNK i neplodnosti, kao i između mutacija mtDNK i stope oplodnje, a žene koje nose uzročne mutacije imaju visok rizik da prenesu bolest na svoje potomstvo.¹⁷

Postupak podrazumeva injekciju male količine citoplazme iz jajne stanice koju je donirala zdrava žena u majčinu jajnu stanicu, koja se zatim oplođuje očvom spermom i implantira u matericu majke *in vitro*. Budući da postupak podrazumeva mešanje citoplazme iz jajnih stanica majke i donora čiji zdravstveni i nasledni rizici mogu biti značajni, opalo je interesovanje za njegovu potencijalnu

¹⁴ S. Zeljković, „Hrišćanski pogled na abortus i vantelesnu oplodnju (VII deo)”, *Hram Hrista Spasitelja Crkva Ub*, 22. jul 2014. https://www.crkvauub.rs/vesti/put-u-srediste-duse/sedmi_deo, 28. mart 2023.

¹⁵ K. Rogers, Three-parent baby. *Encyclopedia Britannica*, September 16, 2022. <https://www.britannica.com/science/three-parent-baby>, 28. mart 2023.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Mutacije u mtDNK uzrok su mitohondrijalne bolesti, heterogene grupe bolesti koje mogu dovesti do prerane smrti, ponekad u detinjstvu. Većini mitohondrijalnih bolesti nedostaju posebni tretmani. Rizik od prenosa je najveći za žene s visokom heteroplazmijom – žene čiji je ukupan sadržaj mtDNK u zahvaćenim stanicama ili tkivima između 60% i 90% mutirane mtDNK, kada mitohondrijska bolest postaje klinički vidljiva, mađa su i žene sa niskom heteroplazmijom, asimptomatske, izložene riziku da prenesu mitohondrijsku bolest na svoje potomstvo. *Ibid.*

upotrebu za pravazilaženje neplodnosti ili mitohondrijalne bolesti, ali su druge tehnike zamenile ooplazmatski prenos, od kojih su dve najznačajnije donacija majčinog vretena i prenos pronukleara (pronuklearna donacija), kojima takođe pokušava da se smanji heteroplazmija zamenom majčinih mitohondrija mitohondrijama zdravih donora.¹⁸

MRT je 2015. godine legalizovan u Ujedinjenom Kraljevstvu u svrhu prevencije genetskih bolesti, a naredne godine jedan medicinski naučnik u SAD investio je o rođenju prve bebe sa tri roditelja koja je proizvedena pomoću MRT; postupak je sproveden u Meksiku kako bi se zaobišli propisi SAD.¹⁹ Postavljaju se etička i društvena pitanja, među njima i mogući uticaj na zdravlje i nasledne bolesti. Nakon rođenja prve bebe pomoću MRT, medicinski naučnici u Ukrajini su 2017. godini prijavili rođenje dve bebe pomoću MRT. Tehnika se od tada primenjuje za lečenje neplodnosti i genetskih bolesti u drugim zemljama, uključujući Grčku, a u toku su dugoročne studije za procenu zdravlja beba sa tri roditelja rođenih korišćenjem MRT.²⁰ Rezultati prvih istraživanja kineskih naučnika pokazuju da sam postupak ne utiče na rani razvoj embriona.²¹

Za one koji veruju i ističu da je genetski doprinos važan, donacija mitohondrija izgleda slično donaciji jajnih ćelija ili sperme, dok je za one koji umanjuju genetski doprinos mitohondrijalna donacija sličnija donaciji tkiva/organa, što za posledicu ima različite zaključke o odnosu između deteta i donora i mogućnosti da taj postupak utiče na identitet deteta.²²

Na polju genetskog inženjeringa stvari se odvijaju brzinom i na način nezamisliv pre samo nekoliko godina, pa je tako naučnik He Jiankui 2018. godine u postupku medicinski pomognute oplodnje stvorio genetski modifikovane devojčice, otporne na virus HIV-a kojim je zaražen njihov otac, metodom prepravljavanja genoma CRISPR-Cas9 (koja je kao makaze koje prave rezove u DNK, poništavajući gen CCR5 koji omogućava infekciju HIV-om), nakon čega je osuđen na tri godine zatvora jer je „protivzakonito sproveo postupak genetske manipulacije embriona

¹⁸ U prenosu vretena majke, nuklearna DNK davaoca, ali ne i njena mitohondrijska DNK, prenosi se u jajnu ćeliju koja je prima. Tehnika uključuje uzimanje nuklearne DNK iz jajne ćelije i prenos te DNK u drugu jajnu ćeliju, ostavljajući oštećenu mitohondrijsku DNK iza sebe. Zatim se ćelija implantira tehnikama oplodnje *in vitro*. Konačna mitohondrijska DNK je, međutim, iz jajne ćelije koja prima, zbog čega se mitohondrijska DNK originalnog davaoca ne prosleđuje potencijalnom potomstvu. Pronuklearni prenos (PNT) javlja se nakon oplodnje. Uključuje stvaranje i upotrebu embriona, tačnije zigota starih jedan dan (od kojih se jedna odbacuje). Majčino jaje je oplodeno očevom spermom i formira se zigot sa dva pronukleusa. Zigot sadrži neispravne mitohondrijske gene majke. Roditeljska DNK ima oblik dva pronukleusa. Donatorsko jaje sadrži mitohondrije bez defekata. Donatorska jajna ćelija oplodena je očevom spermom i formiran je drugi zigot, koji ima zdrave mitohondrije i takođe dva pronukleusa. Ti pronukleusi (donor i otac) uklanjaju se i zamenjuju pronukleusima iz prvog zigota (majka plus otac). Dobijeni zigot sadrži nuklearnu DNK majke i oca i zdrave mitohondrije donora. Imam pravo da budem mama, „Mitohondrijsko doniranje”, Fondacija „I ja imam pravo da budem mama – Podgorica”. <https://imampravodabudem mama.com/mitohondrijsko-doniranje/>, 6.3.2023.

¹⁹ Vid. K. Rogers.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Y. Ye, Embryos with DNA from three people develop normally in first safety study, *Nature*, 6 September 2022. <https://www.nature.com/articles/d41586-022-02792-8>, 6.3.2023.

²² R. Dimond, “Social and ethical issues in mitochondrial donation”, *British Medical Bulletin* 115/2015, 179–180. <https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/three-parent%20babies.pdf>.

u reproduktivne svrhe”²³ Na mala vrata se uveliko najavljuje i genetsko modifikovanje embriona, sa ciljem da se izbegnu nasledne bolesti, koji bi se razvijali u veštačkim matericama, a roditelji bi birali boju očiju i kose, visinu, inteligenciju. Nedavno je iz Kine stigla vest da su kineski naučnici razvili veštačku inteligenciju u obliku dadilje, koja bi brinula o embrionima razvijanim u takvim uslovima, nakon čega film „Matriks” počinje da deluje više kao dokumentarac nego kao film naučne fantastike.²⁴

5. Zaključna razmatranja

Početak ovog veka, studije zamene mitohondrija kod životinja dale su različite rezultate, pa su tako neke životinje pretrpele ubrzano starenje ili pad kognitivnih funkcija u odraslom dobu, dok su druge bile zdrave i sposobne za razmnožavanje.²⁵ Reproductivne tehnike koje uključuju donorsku mtDNK imaju potencijal da izmene biološko nasleđe rođenog deteta, zbog čega se ističe da će one dovesti do generacije „dizajniranih” beba.²⁶ Takođe, ima vrlo malo statističkih istraživanja o zdravlju dece rođene pomoću vantelesne oplodnje, pa se ističe da je razlog tome činjenica da je reč o biznisu, korporativnom dogovoru, i da podaci postoje, ali se ne objavljuju.²⁷

Mnogi parovi i žene na putu realizacije roditeljstva neće se složiti sa izjavama predstavnika Crkve koji ističu da je „glavno delo našeg života – sticanje večnog spasenja – i ne zavisi bitno od toga da li dece ima ili nema, a to znači da pored sveg ljudskog raspoloženja za njihovo rađanje, glavni osećaj treba da ostane poverenje u Božji Promisao, koji upravlja svim našim zemaljskim okolnostima koje ne zavise od nas”, da se „mnogi sveci nisu rađali odmah; rađali su ih stariji roditelji, u kom slučaju su se za njih molili Bogu, i to su bila bukvalno izmoljena deca” i da „ako pružnici dugo nemaju dece to predstavlja iskušavanje njihovih osećanja, proveru koliko se vole, jer kad čoveku sve lako ide, kad mu se sve daje na poklon, on to ne ceni previše, a kad ljude povezuje neka zajednička nevolja, oni postaju bliži, počinju izuzetno tanano da se vole, savladavši ovu nevolju”.²⁸ Za njih su savremene reproduktivne tehnike revolucija u istoriji medicine – nada i poslednja slamka spasa za ostvarivanje roditeljske uloge, na načine nezamislive prethodnim generacijama,

²³ „U želji za slavom i bogatstvom oni su svesno prekršili nacionalne zakone u području naučnog istraživanja i medicinskog postupka. Prekršili su granicu etike u naučnom istraživanju i medicinsku etiku”, navodi se u presudi suda. Hina, Kineski znanstvenik koji je stvorio prve GMO bebe osuđen na 3 godine zatvora, *Večernji list*, 30. decembar 2019. <https://www.vecernji.hr/vijesti/kineski-znanstvenik-koji-je-stvorio-prve-gmo-bebe-osuden-na-3-godine-zatvora-1369348>, 6. mart 2023.

²⁴ S. Chen, Chinese scientists create AI nanny to look after embryos in artificial womb, *South China Morning Post*, 31 January 2022. <https://www.scmp.com/news/china/science/article/3165325/chinese-scientists-create-ai-nanny-look-after-babies-artificial>, 28. mart 2023.

²⁵ Vid. K. Rogers.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ N. Popov, Šta raditi ako Bog ne daje decu?, *Pravoslavie.Ru – Srpska verzija*, 17. Jun 2016. <https://srpska.pravoslavie.ru/94402.html>, 28. mart 2023.

²⁸ *Ibid.*

pa smo tako danas svedoci rođenja beba iz doniranog embriona zamrznutog pre 30 godina.²⁹

Symptomi poremećaja funkcije mitohondrija mogu biti teški spontani grčevi mišića i miopatije (Kearns–Sayreov sindrom), demencija, migrene, poremećaji rada srca i jetre, gubitak sluha, dijabetes te kraći životni vek, a novija istraživanja nalaze uzročno-posledičnu vezu između mutacija mitohondrijalne DNK i pojave Parkinsonove bolesti.³⁰ Takođe, većina bolesti usled mutacija mitohondrijalne DNK ima veoma tešku kliničku sliku i ovo je jedini način da parovi koji imaju taj problem (žena nositelj mutacije) dobiju zdravo potomstvo.³¹ Pojedini autori ističu da predložene tehnike nude veliku korist, a to je mogućnost da deca pojedinaca sa ozbiljnim naslednim poremećajima mitohondrijske DNK, koji žele da imaju genetski srodnu decu, budu pošteđena „često nepodnošljive (ali sada naizgled sprečive) patnje”³² i da „legalizacija doniranja mitohondrija predstavlja značajan trenutak u biomedicinskoj političkoj istoriji Velike Britanije”.³³ Međutim, predstavnici crkve odbacuju sve navedene argumente.

Mnogo je pitanja i dilema sa kojima se kao sa posledicom biomedicinski potpomognute oplodnje možemo suočiti u budućnosti, ne samo sa pravnog, već i sa religijskog, psihološkog, sociološkog i medicinskog aspekta. Da li je dete subjekt prava ili se već činjenicom uvođenja anonimnosti donacije ono svodi na objekt prava, na taj način što mu se ne samo smanjuju već se potpuno poništavaju zakonom zagarantovana prava na saznanje porekla i očuvanje identiteta? Da li svedočimo revoluciji u oblasti medicine i reproduktivne biologije ili početku potpunog svođenja nerođenog deteta na proizvod sa polica u supermarketu nekog od tržnih centara, koji će se birati (kreirati) u skladu sa našim željama, potrebama, hirovima, zabludama da će nas učiniti srećnim na način koji će biti u skladu sa našim očekivanjima? Da li svedočimo početku ere besmrtnog, savršenog čoveka koji će nastajati u nekoj od mnogobrojnih laboratorija ili njegovom potpunom padu i vremenima u kojima će opravdano moralno i etički, a pravom ozakonjeno, biti apsolutno sve, pokazaće vreme. Tim vremenima već svedočimo i svako će procenjivati i birati po veri svojoj. Moguće je da se uobraženost nauke i insistiranje na njenoj odvojenosti od Crkve i vere, iako su svi veliki naučnici naglašavali svoju povezanost sa Bogom, i opasnost delovanja suprotno etičkim i moralnim načelima pokaže izuzetno neodgovorno i ravno davanju oružja, u svakom smislu nezrelom, trogodišnjem razmaženom detetu.

²⁹ J. Christensen, N. Kounang, Parents welcome twins from embryos frozen 30 years ago, *CNN Health*, November 21, 2022. <https://edition.cnn.com/2022/11/21/health/30-year-old-embryos-twins/index.html>, 6. mart 2023.

³⁰ J. Kalinić, Bebe sa tri roditelja: mutacije mitohondrijalne DNK, *Quantum of Science*, Društvo za promociju prirodnih nauka „Nauka i svijet”, 3. februar 2018. <https://quantumofjk.blogspot.com/2018/02/bebe-sa-tri-roditelja.html>, 28. mart 2023.

³¹ *Ibid.*

³² R. Carr, “Three Parent Babies: Techniques Explained, Objections Examined”, *Canadian Journal of Law and Technology* 13(2)/2015, 129. <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=cjlt>, 28. mart 2023.

³³ R. Dimond, N. Stephens, Three persons, three genetic contributors, three parents: Mitochondrial donation, genetic parenting and the immutable grammar of the ‘three x x’, *Health*, 2017, 13, <https://bura.brunel.ac.uk/bitstream/2438/13783/4/FullText.pdf>, 28. mart 2023.

Literatura

- Carr R., Three Parent Babies: Techniques Explained, Objections Examined, *Canadian Journal of Law and Technology* 13(2)/2015, <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=cjlt>, 28. mart 2023.
- Čović A., Stjepanović B., Vantelesna oplodnja za nepoznatim donatorom – dileme sa aspekta bioetike i prava deteta da zna svoje poreklo, *Sociološki pregled* 4/2022.
- Dimond R., Social and ethical issues in mitochondrial donation, *British Medical Bulletin*, 2015, 115. <https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-re-sources/three-parent%20babies.pdf>, 28. mart 2023.
- Dimond R., Stephens N., Three persons, three genetic contributors, three parents: Mitochondrial donation, genetic parenting and the immutable grammar of the 'three x x', *Health*, 2017. <https://bura.brunel.ac.uk/bitstream/2438/13783/4/FullText.pdf>, 28. mart 2023.
- Mršević Z., *Analiza uslova i načina ostvarivanja biomedicinski potpomognute oplodnje u Srbiji*, Labris – organizacija za lezbejska ljudska prava, Beograd 2020.
- Petrović D., *Eutanazija – nova dimenzija*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2010.

Propisi i drugi akti

- Konvencija o pravima deteta UN, 1989. godine, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/1990 i *Službeni list SRJ* 4/96 i 2/97.
- Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 i dr. zakon i 6/2015.
- Pravilnik o bližim uslovima, kriterijumima i načinu izbora, testiranja i procene davaoca reproduktivnih ćelija i embriona, *Službeni glasnik RS*, br. 27/2019-106.
- Uredba o izmeni Uredbe o Planu zdravstvene zaštite iz obaveznog zdravstvenog osiguranja u Republici Srbiji za 2022. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2022.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 96/2006.
- Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017 i 113/2017.
- Zakon o matičnim knjigama *Službeni glasnik RS*, br. 20/2009, 145/2014, 47/2018.

Internet izvori

- Chen S., „Chinese scientists create AI nanny to look after embryos in artificial womb”, *South China Morning Post*, January 31 2022. <https://www.scmp.com/news/china/science/article/3165325/chinese-scientists-create-ai-nanny-look-after-babies-artificial>, 28. mart 2023.
- Christensen J., Kounang N., Parents welcome twins from embryos frozen 30 years ago, *CNN Health*, November 21, 2022. <https://edition.cnn.com/2022/11/21/health/30-year-old-embryos-twins/index.html>, 28. mart 2023.
- Crnjanski Spasojević V., Kovačić I., Može li srpski genetski kod da postane španjski? Uvoz doniranih reproduktivnih ćelija oštro podelio javnost na zagovornike i protivnike, *Novosti*, 18. decembar 2022. <https://www.novosti.rs/c/drustvo/vesti/1183585/banka-reproduktivnog-materijala-genetika-vantelesna-oplodnja>, 28. mart 2023.
- Hina, Kineski znanstvenik koji je stvorio prve GMO bebe osuđen na 3 godine zatvora, *Večernji list*, 30. decembar 2019. <https://www.vecernji.hr/vijesti/kineski-znanstvenik-koji-je-stvorio-prve-gmo-bebe-osuden-na-3-godine-zatvora-1369348>, 28. mart 2023.
- Imam pravo da budem mama, „Mitohondrijsko doniranje”, Fondacija „I ja imam pravo da budem mama – Podgorica”. <https://imampravodabudemmama.com/mitohondrijsko-doniranje/>, 28. mart 2023.
- Kalinić J., Bebe sa tri roditelja: mutacije mitohondrijalne DNK, *Quantum of Science*, Društvo za promociju prirodnih nauka „Nauka i svijet”, 3. februar 2018. <https://quantumofjk.blogspot.com/2018/02/bebe-sa-tri-roditelja.html>, 28. mart 2023.
- Popov N., Šta raditi ako Boga ne daje decu?, *Pravoslavie.Ru – Srpska verzija*, 17. jun 2016. <https://srpska.pravoslavie.ru/94402.html>, 28. mart 2023.
- Redakcija sajta Pravoslavni roditelj, Šta zaista Crkva kaže o vantelesnoj oplodnji (i o večnom životu embriona), *Pravoslavni roditelj*, 18. april 2018. <https://www.pravoslavniroditelj.org/sta-zaista-crkva-kaze-o-vantelesnoj-oplodnji-i-o-vecnom-zivotu-embriona/>, 28. mart 2023.
- Rapaport L., Three-Parent IVF Now Legal in Two Countries, *WebMD, LLC*, May 6, 2022. <https://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/news/20220506/three-parent-ivf-now-legal-in-two-countries>, 28. mart 2023.
- Rogers K., Three-parent baby, *Encyclopedia Britannica*, September 16, 2022. <https://www.britannica.com/science/three-parent-baby>, 28. mart 2023.
- Ye Y., Embryos with DNA from three people develop normally in first safety study, *Nature*, September 6, 2022. <https://www.nature.com/articles/d41586-022-02792-8>, 28. mart 2023.

Ana Čović, PhD

Senior Research Associate, Institute of Comparative Law in Belgrade

CONTEMPORARY BIOETHICAL DILEMMAS AND GENETIC ENGINEERING : THREE-PARENT EMBRYOS AND GMO BABIES

Summary

Life in the 21st century brings new legal, but also bioethical and moral dilemmas in the spheres of social life, which, in addition to questions from the fields of law and medicine, are closely related to questions from the fields of religion, philosophy, psychology and sociology. Therefore, an attempt to take a broader view of current events and give an answer to current dilemmas and doubts regarding topics that deal with the ab (use) of various medical treatments that concern the life of a person, his health, offspring, but also death, represents a great challenge for all lovers of multidisciplinary research, but also the obligation to us, as lawyers, speak in the name of science and trace the path to future legal solutions. The seriousness of this obligation and duty must not be underestimated, since the issues of surrogacy, in vitro fertilization and the child's right to know his origin (especially in a situation where the donor is unknown), organ donation and euthanasia, are issues that directly and directly affect the beginning, that is, the extension and end of human life, and when we talk about medically assisted reproductive technologies, and the future of the unborn child, which may very well be conditioned (biologically, emotionally, psychologically) by the circumstances under which it was born. When we talk about medically assisted reproduction, the speed of development of science in this area has opened, one might say, a Pandora's box of legal and bioethical issues. While a large number of feminists emphasize the significant and dominant influence of the patriarchal environment and culture on the formation and decision-making of a woman to expose herself to numerous risky, and not quite harmless, medical treatments for the purpose of realizing the maternal role, thus becoming more fully accepted by the social community where still today without offspring woman is not valued in the same way, most questions remain without answers and without wider social consensus, which is contributed to by the absence of knowledge and information, and therefore without a critical attitude, not only among the wider population, but also in the scientific and professional community itself. Where are the boundaries between rights and the legalization of something that isn't right, and is the conformity of a norm with morality and ethics necessary for the norm to be purposeful and in the service of the common good, or is law today, more clearly than ever before, only an instrument and a means for legalization every wish and whim of man and various interest groups, is a legal, but also a philosophical and theological question, to which

the answer must be given. This is especially so if we consider the issue of three-parent embryos - combining the genetic material of three people for the purpose of obtaining a genetically healthy child, which is a legal procedure in some countries today. Do human dignity and the assumption of man as a subject of law exclude the possibility of legalizing experimentation, manipulation, exploitation and human destruction (physical, spiritual, emotional, financial), or are biotechnological procedures aimed at improving man, his characteristics and the overall quality of life, supreme the good and the achievement of the modern era, which as such justifies the reduction of a human being to an object of law?

Key words: Genetic engineering, GMO babies, three-parent embryos, in vitro fertilization, unknown donor, bioethics, child rights.

FIKSNI FORMALNI UGOVORI – RASKID PO SILI ZAKONA***

Apstrakt

Problematika raskida fiksnih ugovora po sili zakona dolazi do izražaja prilikom raskida fiksnih formalnih ugovora. Preciznije, reč je o dvostranim ugovorima o prometu nepokretnosti koji su sačinjeni u obliku javnobeležničkog zapisa ili u obliku javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave. Prilikom zaključenja ugovora kojim se vrši promet nepokretnosti, ukoliko na osnovu izvršenog uvida u evidenciju zaključenih ugovora javni beležnik utvrdi da je isti prodavac već zaključio ugovor o prometu iste nepokretnosti, dužan je da na to upozori ugovornike i da o tome unese upozorenje u skladu sa pravilima kojima je uređena javnobeležnička delatnost, a ako se ugovornici protive unošenju upozorenja, javni beležnik je dužan da odbije da preduzme traženu službenu radnju. Na osnovu pozitivnopravnog uređenja raskida ugovora kod kojih je ispunjenje o roku bitan sastojak ugovora, za nastupanje raskida ugovora po sili zakona nije potrebno ispunjenje bilo kakvih dodatnih uslova, ali u evidenciji pravnog prometa automatski raskid ugovora nije prepoznat. Praktična implikacija unošenja upozorenja da je prodavac već zaključio ugovor o prometu nepokretnosti protivi se stvarnom stanju stvari, imajući u vidu da bi takav ugovor već prestao da postoji po sili zakona. Takođe, ukoliko bi izmena stanja u registru zaključenih ugovora bila uslovljena donošenjem utvrđujuće presude, takva presuda bi rizikovala da izgubi utvrđujući karakter, a samim tim bi se doveo u pitanje i automatski raskid ugovora u konkretnom slučaju. Stoga, autori ovog rada će probati da obrade izloženu problematiku sa aspekta svrsishodnosti pravila o ex iure raskidu fiksnih dvostranih ugovora o prometu nepokretnosti. Uvažavajući zaštitu pravne sigurnosti i pravnog prometa kao jedne od glavnih svrha forme kod ovih ugovora, te sprečavanja višestrukog prometa iste nepokretnosti i zaštite interesa ugovornih strana, autori se bave pitanjem očuvanja svrhe forme tih ugovora kada se oni raskidaju po sili zakona, uz nastojanje da se iznađu de lege ferenda rešenja iznete problematike.

Ključne reči: fikсни ugovori, ispunjenje u roku kao bitan sastojak ugovora, zakonski raskid ugovora, formalni ugovori, ugovori o prometu nepokretnosti.

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, b.stjepanovic@iup.rs

** Istraživač pripravnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, i.radomirovic@iup.rs

*** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

1. Uvod

Fiksni ugovori i mogućnost raskida ugovora zbog neispunjenja u roku koji predstavlja bitni sastojak ugovora imaju tradiciju u srpskom pravu i vode poreklo iz Opštih uzansi za promet robom. Oni su uneti u Opšte uzanse po uzoru na tadašnje nemačko trgovačko pravo.

U pozitivnom pravu Republike Srbije raskid ugovora po samom zakonu¹ u slučaju neispunjenja obaveze čije je ispunjenje o roku bitan sastojak ugovora regulisan je u Zakonu o obligacionim odnosima. Taj tradicionalni modalitet raskida ugovora zbog neispunjenja u pozitivnom pravu susreće se sa ugovornom regulativom novijeg datuma. Uvođenjem javnog beležništva u pravni poredak Republike Srbije ujedno su uvedeni i naročiti zahtevi u pogledu forme i evidencije ugovora kojima se vrši prenos prava svojine na nepokretnostima. Nametanje obaveze da se ugovori o prenosu prava svojine na nepokretnostima zaključe u obliku javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave pravda se privatnim i javnim društvenim ciljevima koji se formom imaju postići, sa naročitim naglaskom na postizanje pravne sigurnosti u prometu nepokretnostima, sprečavanju višestruke prodaje nepokretnosti i vršenju funkcije preventivne jurisdikcije, koja je svojstvena javnom beležništvu kao službi od javnog poverenja. Uvođenje obavezne evidencije o zaključenim ugovorima o prometu nepokretnosti namenjeno je dostizanju visokog stepena pravne sigurnosti i omogućavanju daljeg postupanja javnih beležnika ukoliko se utvrdi da već postoji zaključen ugovor o prometu iste nepokretnosti, kao i sprečavanju eventualnih sudskih sporova.

Kako se ugovori čije je ispunjenje o roku bitan sastojak ugovora raskidaju po sili zakona u slučaju neispunjenja, zakonski (automatski) raskid ugovora je po svojoj prirodi lišen bilo kakvog zahteva u pogledu forme, pa samim tim i transparentnosti u pogledu samog prestanka ugovora. Takav raskid ugovora onemogućava praćenje i vođenje evidencije o ugovorima koji su i dalje na snazi i koji proizvode pravna dejstva. Iz tog razloga se u ovom radu bavimo pitanjem da li je raskid ugovora po sili zakona, kada su u pitanju formalni ugovori za koje postoji propisana obaveza vođenja evidencije, podoban da osujeti svrhu i ciljeve kojima se tom formom teži.

Kroz svrhu koju forma ima kod sporazumnog raskida ugovora kojima se vrši promet nepokretnosti i o kojima se vodi obavezna evidencija zaključenih ugovora, uočavaju se određeni društveno poželjni ciljevi forme.

Kako je raskid ugovora po sili zakona vrsta raskida ugovora kome po svojoj prirodi nije moguće nametnuti bilo kakvu formu, postavlja se pitanje da li je opravdano predvideti ovakvu vrstu raskida, i da li je svrsishodno održavati pravilo o automatskom raskidu ovih ugovora, odnosno, da li se održanjem tog

¹ Termin automatski raskid ugovora se pominje u čl. 256 st. 1 Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, Druga knjiga, Obligacioni odnosi, preuzeta sa sajta Ministarstva pravde Republike Srbije: www.mpravde.gov.rs, 28. mart 2023.

pravila osujećuju ciljevi kojima se teži prilikom formalnog raskida ovih ugovora saglasnom izjavom volje ugovornika. U ovom radu autori će izložiti ciljeve forme kod ovih ugovora, a zatim utvrditi i da li se ti ciljevi osujećuju ukoliko se omogući postojanje drugih vrsta raskida tih ugovora, čemu će prethoditi konceptualna, istorijska i uporednopravna analiza fiksnih ugovora.

2. Fiksni ugovori – pojam i razvoj

Fiksni ugovor je onaj ugovor čije je ispunjenje o roku bitan sastojak ugovora i *ratio* zaključenja ugovora. Fiksni ugovor će se u slučaju neispunjenja raskinuti po samom zakonu, nezavisno od toga da li je dužnik kriv ili nije za neispunjenje ugovorne obaveze.²

U pravnoj teoriji se uočavaju dve kategorije fiksnih ugovora. Prva kategorija su fiksnu ugovori u relativnom smislu, koji se još nazivaju i nepravim fiksnim ugovorima, kojima je rok ispunjenja ujedno i rok u kome je obavezu moguće ispuniti, te u slučaju neispunjenja obaveze u roku ona postaje nemoguća.³ S druge strane, ugovori sa obavezom čije ispunjenje o roku predstavlja bitan sastojak ugovora, koja ne postaje nemoguća u docnji nazivaju se fiksnim ugovorima u apsolutnom smislu ili pravim fiksnim ugovorima.⁴ Primer fiksnog ugovora na koji se najčešće nailazi u udžbeničkoj literaturi jeste ugovor o angažovanju pevača da peva na koncertu određenog datuma, koji ujedno predstavlja primer nepravog fiksnog ugovora. Po prirodi stvari, većina ugovora čije je ispunjenje o roku bitan sastojak ugovora po prirodi posla pripadaju toj kategoriji. Reč je o grupi fiksnih ugovora u kojima autonomija volje ugovornih strana ne dolazi do izražaja, pošto nije neophodno da one ugovore da će se ugovor smatrati raskinutim u slučaju neispunjenja o roku. Sama priroda obaveze ukazuje na to da je bitno da ona bude ispunjena u određenom trenutku, ili do protoka određenog trenutka, te nije neophodno da fiksni karakter roka bude izričito predviđen u samom ugovoru.

U starim pravima, pa i u rimskom pravu, insistiralo se na strogom poštovanju principa *pacta sunt servanda*. U rimskom pravu nije na jedan opšti način bilo dopušteno jednostrano raskidanje ugovora zbog neispunjenja. Međutim, dosta rano je ugovaračima data mogućnost da u ugovoru o kupoprodaji ugovore specijalnu klauzulu pod nazivom *lex commissoria*.⁵ Ugovaranje te klauzule

² J. Radišić, „Vreme i rokovi u ugovornim obligacionim odnosima”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 8/1969, 115.

³ J. Radišić (1969), 183.

⁴ J. Radišić (1969), 184.

⁵ M. Mijačić-Cvetanović, „Raskidanje ugovora zbog neispunjenja”, pristupno predavanje autora održano na Pravnom fakultetu u Nišu 1978, 134, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadržaj/zbornici/z23/10z23.pdf>, 28. mart 2023.

Raskid zbog neizvrenja jednostranom izjavom volje pripada grupi preobražajnih prava. Za konkretnog ugovornika kao imaoca prava na raskid, ono znaci mogućnost da mimo volje druge ugovorne strane izdejstvuje kraj postojećeg ugovornog odnosa. Imalac prava na raskid može odlučiti da da još jednu šansu ugovoru, te da svoje

davalo je mogućnost prodavcu da raskine ugovor jednostranom izjavom volje ukoliko kupac ne izvrši obavezu u roku. Ugovor se nije raskidao po sili zakona već je raskid zavisio od prodavčeve odluke.⁶ a praksa je održala kontinuitet u francuskom pravu, u kome se ta klauzula unosila u sve dvostrane ugovore, dok na kraju nije kodifikovana prilikom donošenja *Code Civil*-a, s tim što je, za razliku od rešenja sadržanog u rimskom pravu, konstatovano da se ta klauzula podrazumeva u svim dvostranim ugovorima, ali da je za punovažan raskid potrebna sudska odluka.

Razvojem robnonovčanih odnosa i prometa dobara i usluga, kao i daljim razvojem koncepta međuzavisnosti obaveza u uzajamnim ugovorima, mogućnost raskidanja jednostranih ugovora se širila. Prvo kroz mogućnost ugovaranja i za kupca, a zatim i u vidu ugovornog prava raskida za obe strane u svim ostalim dvostranoobavezujućim ugovorima. Na kraju tog razvojnog puta u nekim zakonodavstvima je bilo prihvaćeno pravilo prema kome je raskidna klauzula (*lex irritatoria*) prećutno sadržana u svakom dvostranoobavezujućem ugovoru.⁷

Srpskim Građanskim zakonikom je bilo predviđeno da u slučaju kada jedna strana delimično ne izvrši svoju obavezu ili je izvrši protivno ugovoru, druga strana može tražiti ispunjenje ugovora i naknadu štete, s tim što nije imala pravo da zbog toga odustane od ugovora.⁸ U Zakoniku nije postojala jedna opšta odredba o raskidu ugovora zbog neispunjenja, ali je bilo predviđeno da prodavac ima pravo na raskid ugovora o kupoprodaji ukoliko kupac neće u celosti celini da isplati ugovorenu cenu.⁹

Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima ne poznaje pojam fiksnog ugovora.¹⁰ Skica čak i ne poznaje mogućnost da se ispunjenje obaveze u roku smatra bitnim sastojkom ugovora, već govori o neispunjenju obaveze u određenom roku kao o bitnoj povredi ugovora. Reč je o konceptu koji ima korene u engleskom pravu, koje razlikuje bitne i nebitne povrede ugovora, od čega samo bitne mogu voditi do raskida ugovora, dok nebitne mogu predstavljati osnov za potraživanje naknade štete. Kriterijum podele povreda ugovora na bitne i nebitne jeste namera ugovornih strana.¹¹ Prema članu 95. stav 1. Skice, „povreda

stečeno pravo na odustanak i ne ostvari, a ponovo bez obzira na volju svog saugovornika. K. Dolović, „Zakonski raskid ugovora u evropskom ugovornom pravu”, *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 7/2013, 46.

⁶ M. Konstantinović, *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr M. Konstantinovića*, Izdanje Saveza studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1969, 72.

⁷ M. Mijačić-Cvetanović, 134.

⁸ Ako jedna strana zaključeni ugovor istina ispuni, ali ne sasvim onako, kao što ugovor glasi, ili ne u određeno vreme, ili ne na svom mestu, i urečenim načinom; onda druga strana nema prava zato odustati od ugovora, nego ima pravo zahtevati, da se tačno ugovor ispuni, i za oštećenje naknada učiniti. Par. 553, *Srpski Građanski zakonik*, *Srpski_gradjanski_zakonik_1844.pdf*, 28. marta 2023.

⁹ Par. 656. *Ibid.*

¹⁰ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Klasici jugoslovenskog prava, Beograd 1996.

¹¹ N. Misita, „Konceptija bitne povrede ugovora i mogućnost njenog prihvatanja u našem pravu”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 22/1974, 210. Međutim, član 95 Skice koji uređuje pojam bitne povrede ugovora

je bitna ako je strana koja je izvršila povredu znala ili morala znati, u vreme zaključenja ugovora, da razumno lice istog svojstva, kad bi bilo u istoj situaciji u kojoj je bila druga strana, ne bi zaključilo ugovor da je bilo predvidelo povredu i njena dejstva". Takvim definisanjem bitne povrede (eliminisanjem subjektivizacije tog koncepta) kriterijumi za njeno utvrđenje su objektivno postavljeni. Koncept bitne povrede ugovora prihvaćen je i u Bečkoj konvenciji o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, čime je uvažen opšti princip da se ugovor može raskinuti jednostrano samo u slučajevima ozbiljnih povreda ugovora.¹²

Opštim uzansama za promet robom uređuje se na naizgled sličan način materija fiksnih ugovora. Uzansa 225 nosi naziv „docnja kod fiksnog posla" i njom je propisano da će se ugovor smatrati raskinutim samom činjenicom nastupanja docnje.¹³ Uzansama je na precizniji način uređen pojam fiksnih ugovora, te je predviđeno da se ugovor može smatrati fiksnim ukoliko se ugovorna obaveza mora ispuniti u određenom trenutku (kao što bi bio slučaj sa obavezom nastupanja muzičara na svadbi ili koncertu određenog datuma), ili ako se ugovorna obaveza mora ispuniti do isteka određenog roka. Najveća razlika u odnosu na pozitivnopravno rešenje jeste upravo formulacija kojom se ugovor smatra raskinutim momentom nastupanja dužničke docnje prema Uzansama, odnosno neispunjenjem o roku prema formulaciji ZOO. Međutim, zastupljen je stav da *mora debitoris* ne nastupa kada je rok izvršenja obaveze postavljen kao fiksni rok, imajući u vidu da protekom fiksnog roka obligacija prestaje po samom zakonu,¹⁴ za razliku od raskida ugovora zbog neispunjenja jednostranom izjavom poverioca, kada nastupa dužnička docnja.¹⁵

3. Fiksni ugovori prema Zakonu o obligacionim odnosima

U pozitivnom pravu Republike Srbije raskid ugovora po samom zakonu u slučaju neispunjenja obaveze čije je ispunjenje o roku bitan sastojak ugovora regulisan je u Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 125). Za označenje ugovora koji ce raskida *ipso facto* neizvršenjem dužnikove obaveze u predviđenom roku ne koristi se termin fiksni ugovor već tu kategoriju ugovora zakonodavac normira koristeći kategoriju raskida ugovora zbog neispunjenja obaveze o roku koja je bitan sastojak ugovora. U Zakonu se navodi da kad ispunjenje obaveze u

predstavlja direktnu inkorporaciju odredbe iz Haškog Jednoobraznog zakonika, pa samim tim ne predstavlja preuzimanje engleskog koncepta bitne povrede ugovora u izvornom obliku. Vid. *Ibid.*

¹² K. Jovičić, „Koncept bitne povrede ugovora u Bečkoj konvenciji o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe”, *Strani pravni život* 4/2018, 40.

¹³ Opšte uzanse za promet robom, *Službeni list FNRJ*, br. 15/54 i *Službeni list SFRJ*, br. 29/78 – dr. zakon.

¹⁴ S. Avramović et al, *Leksikon građanskog prava* (gl. ur. Obren Stanković), Nomos, Beograd 1996, 134; Z. Slakoper, „Raskid ugovora zbog zakašnjenja i neispunjenja”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 24/2003, 533.

¹⁵ J. Slavnić, „Mesto prava na neposredni odustanak od ugovora u sistemu pravnih posledica docnje u našem pravu”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* 3-4/1968, 439.

određenom roku predstavlja bitan sastojak ugovora pa dužnik ne ispuni obavezu u tom roku, ugovor se raskida po samom zakonu. Međutim, poverilac može održati ugovor na snazi ako po isteku roka, bez odlaganja, obavesti dužnika da zahteva ispunjenje ugovora. Uz to, kad je poverilac zahtevao ispunjenje pa ga nije dobio u razumnom roku, može izjaviti da raskida ugovor. Prethodna tri stava Zakona važe i u slučaju kad su ugovorne strane predvidele da će se ugovor smatrati raskinutim ako ne bude ispunjen u određenom roku i onda kad je ispunjenje ugovora u određenom roku bitan sastojak ugovora po prirodi posla.¹⁶

U ZOO se ne precizira da će u slučaju kada je ugovoreno da će se ugovor smatrati raskinutim ako ne bude ispunjen u određenom roku smatrati da je tada i rok bitan uslov ugovora. Takvo postupanje neke autore navodi na zaključak da su redaktori ZOO fiksni ugovor samo u pogledu pravnih posledica podveli pod pravnu situaciju koja je predviđena za ugovore u kojima je rok izvršenja obaveze bitan sastojak ugovora, te da su oni takvom formulacijom u stavu 4. člana 125. jasno razgraničili pravni institut fiksnog ugovora ili fiksni ugovor u pravom, odnosno užem smislu, od fiksnog ugovora u nepravno-tehničkom, tj. širem smislu.¹⁷

Član 125 Zakona o obligacionim odnosima ograničava polje sopstvene primene. Pravila o raskidu ugovora kada je ispunjenje o roku njegov bitan sastojak primenjivaće se u dva slučaja: kada su ugovorne strane sporazumno predvidele da će se ugovor smatrati raskinutim ako ne bude ispunjen u određenom roku i kada je ispunjenje ugovora u određenom roku bitan sastojak ugovora po prirodi posla.¹⁸ U prvom slučaju, iako se osnov za raskid ugovora nalazi u sporazumnom ugovaranju stranaka, ne može se govoriti o sporazumnom raskidu, već o jednostranom raskidu ugovora koji za osnov ima saglasnost ugovornih strana, a putem ugovaranja raskidajuće klauzule (*clausula irritato-*

¹⁶ Kao što je ranijem delu teksta predstavljeno, Uzanse su na precizniji način uredile pojam fiksnih ugovora, predviđajući da se ugovor može smatrati fiksnim ukoliko se ugovorna obaveza mora ispuniti u određenom trenutku ili ako se ugovorna obaveza mora ispuniti do isteka određenog roka. Iako će se ugovor smatrati raskinutim tek u trenutku isteka ugovorenog roka, ovde treba razlikovati momenat u kome je dužnik dužan da ispuni svoju obavezu. U prvom slučaju, on je može ispuniti samo u tačno određenom danu, satu, ili drugoj vremenskoj odrednici, dok se u drugom slučaju obaveza može izvršiti u bilo kom trenutku do isteka roka. Takođe, dok je u ZOO uslov za održanje ugovora na snazi od strane poverioca obaveštavanje dužnika da zahteva ispunjenje, u Uzansama je situacija obrnuta, pa poverilac može zahtevati ispunjenje samo ako bez odlaganja obavesti dužnika da održava ugovor na snazi. Pravne posledice ovog razlikovanja su neznatne, iako je u ZOO reč o tzv. konkludentnom održanju ugovora, dok se kod Uzansi radi o isključivo izričitoj izjavi o održanju ugovora na snazi, što bi u pojedinim slučajevima moglo doprineti pravnoj sigurnosti i izvesnosti, čime bi se mogle rešiti pojedine nedoumice, poput pitanja postojanja namere poverioca da ugovor održi na snazi, ukoliko recimo nije svestan da rok nije istekao, ako je rok neprecizno određen i sl.

¹⁷ J. Slavnić, „Fiksni ugovor u svetlu Zakona o obligacionim odnosima”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* 2/1985, 226.

¹⁸ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – *Ustavna povelja i Službeni glasnik RS*, br. 18/2020. U Uzansama je umesto prirode posla uređeno da „okolnosti posla” mogu da ti ugovoru fiksni karakter. Okolnosti posla koje su se mogle uzeti u obzir, a koje mogu biti od značaja i prilikom utvrđivanja „prirode posla” iz ZOO su: namera ugovornih strana, položaj i vrednost činidbe na tržištu, priroda i svrha te ugovorne obaveze. Vid. J. Slavnić, 435, 436.

ria).¹⁹ U drugom slučaju, ispitivanje da li ispunjenje o roku predstavlja bitan sastojak ugovora po prirodi posla iako nije ugovor nije *expressis verbis* predviđen kao fiksni treba izvršiti imajući u vidu prirodu samog ugovora i cilj koji se ugovorom želi postići, pa doći do zaključka da li iz prirode i cilja proizilazi da se ugovor mora ispuniti do isteka određenog roka.²⁰ Takvim uređenjem se, s jedne strane, dužniku dopušta da prostim neispunjenjem obaveze dovede do automatskog raskida ugovora, dok se, s druge strane, poveriocu daje pravo da ugovor održi na snazi ukoliko ga bez odlaganja obavesti da zahteva ispunjenje ugovora. Ako poverilac optira za ostanak pri ugovoru, u slučaju daljeg neispunjenja ne dolazi do fiksnog raskida ugovora već se ugovor raskida njegovom izjavom volje.

U Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije takođe je prepoznata mogućnost dvojakog uređenja fiksnog ugovora koja je već došla do izražaja u našem dosadašnjem zakonodavstvu i doktrini. Prednacrtom su ponuđena dva alternativna člana kojima se uređuje materija fiksnog ugovora od čega jedan formuliše neispunjenje o roku kao bitnu povredu ugovora u skladu sa rešenjem sadržanim u Skici, dok alternativni član sadrži rešenje koje je identično onom sadržanom u članu 125. ZOO.²¹

4. Posledice neizvršenja fiksnih formalnih ugovora

Kada ispunjenje o roku predstavlja bitan sastojak ugovora, ZOO je zauzeo jasan stav o posledicama neizvršenja ugovora²²: ugovor se raskida po samom zakonu, osim ukoliko ga poverilac ne održi na snazi saopštavajući dužniku da zahteva ispunjenje. O sudbini fiksnog ugovora čija obaveza nije ispunjena u roku može odlučiti samoj poverilac, bilo propuštajući da zahteva ispunjenje, u kom slučaju se ugovor automatski raskida, bilo kroz zahtev dužniku da ispuni svoju obavezu. U svakom slučaju, dužnik nema pravo izbora u tom slučaju, osim da, ukoliko želi da izdejstvuje raskid ugovora, istraje u svom neispunjenju. Tim odredbama se uvažavaju interesi poverioca jer mu se omogućava da u najkraćem mogućem roku izađe iz pravnog odnosa u kome više nema nikakav interes ili u kome je odnos poverenja trajno narušen. Međutim, forma ugovoru nije namenjena isključivo zaštititi privatnih interesa ugovornih strana, pa se otuda postavlja i pitanje kako te interese poverioca uskladiti sa interesima koji

¹⁹ Ipak, ne može se u ovom slučaju reći da raskid nastupa nezavisno od volje ugovornika. Naime, unošenjem ugovorne odredbe kojom je predviđeno da će se ugovor smatrati raskinutim u određenom slučaju, ugovorne strane su zapravo izrazile svoju volju, dok sam automatski (*ex lege*) raskid predstavlja zapravo način prestanka ugovora. Vid. K. Dolović, 56.

²⁰ B. Blagojević, V. Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1983, 389.

²¹ Čl. 256 i 257 Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednact-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, 19. decembar 2022.

²² O pojmu neizvršenja ugovora i određenju koncepta neizvršenja ugovora u uporednom pravu v. K. Jovičić, „Određenje pojma neizvršenja ugovora, s osvrtom na neizvršenje ugovora o prodaji robe”, *Strani pravni život* 1/2014, 69-82.

se štite formom a koji po prirodi stvari podrazumevaju neku formu publiciteta, participacijom javnog beležnika u njihovom potvrđivanju ili sastavljanju. Otuda se to poglavlje bavi raskidom fiksnih ugovora prema rešenjima drugih pravnih sistema i usklađenošću našeg pozitivnopravnog rešenja sa pravilima o raskidu formalnih ugovora u našem pravu.

4.1. Raskid fiksnih ugovora

Francuski Građanski zakonik iz 1804. godine poznao je raskid ugovora zbog neispunjenja. Francuski autori i zakonodavstvo su smatrali da je postojanje raskidnog uslova sadržano u svim dvostranim ugovorima, a nastupanje raskidnog uslova se vezivalo za neispunjenje obaveze ugovorne strane. U tom slučaju, ugovor se nije smatrao raskinutim po samom zakonu već je poverilac neispunjene obaveze imao pravo da optira između prinudnog izvršenja i raskida ugovora, sa pravom na naknadu štete.²³ U savremenom ugovornom pravu Francuske, nakon velike zakonodavne reforme obligacionog prava iz 2016. godine, poverilac koji je oštećen neispunjenjem ugovorne obaveze druge ugovorne strane može raskinuti ugovor na tri načina: pomoću rezolutorne klauzule, ukoliko je ista ugovorena, jednostranim raskidom obaveštenjem dužniku i sudskim putem, podnošenjem konstitutivne tužbe nadležnom sudu koja glasi na raskid ugovora. Francuski Građanski zakonik stavlja na raspolaganje više opcija poveriocu kome obaveza nije izvršena. On može da odbije da ispuni sopstvenu obavezu ili da zastane sa ispunjenjem sopstvene obaveze, može pokrenuti prinudno izvršenje obaveze, zahtevati smanjenje cene, zahtevati naknadu za posledice koje su nastupile usled neizvršenja i može izazvati raskid ugovora. Ta ovlašćenja poverilac može vršiti kumulativno ukoliko su kompatibilne, a svakako ima i pravo na kamatu i naknadu štete.²⁴ Francuski zakonodavac razlikuje dva osnova putem kojih može doći do raskida ugovora: aktivacijom raskidne klauzule (*clause résolutoire*), s jedne strane, ili jednostranom izjavom poverioca upućenom dužniku i sudskom odlukom, s druge strane.²⁵ U raskidnoj klauzuli sadržanoj u ugovoru moraju da budu predviđene obaveze čije će neizvršenje dovesti do raskida ugovora. Raskid u tom slučaju pretpostavlja dovođenje dužnika u docnju, osim ukoliko nije ugovoreno da će sam akt neispunjenja dovesti do padanja u docnju. Dovođenje dužnika u docnju proizvođiče dejstva samo ukoliko poziv da se obaveza ispuni sadrži i izričito spominjanje raskidne klauzule. Ukoliko nakon nastupanja dužničke docnje i isteka primerenog roka za ispunjenje dužnik i dalje ne ispuni svoju obavezu, poverilac može jednostrano raskinuti ugovor obaveštenjem dužniku, uz navođenje razloga raskida.

²³ M. Mijačić Cvetanović, „Raskidanje ugovora zbog neispunjenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 23/1983, 135.

²⁴ Član 1217 Francuskog Građanskog zakonika (*Code Civil*, u daljem tekstu: FGZ).

²⁵ Član 1224 FGZ.

Međutim, dužnik može pobijati takav raskid ugovora pred nadležnim sudom, u kom slučaju će poverilac biti dužan da dokaže ozbiljnost i težinu povrede ugovorne obaveze.²⁶ Dakle, u pitanju je vansudski raskid ugovora koji eventualno podleže sudskoj kontroli. Takođe, francuski Građanski zakonik je zadržao i tradicionalni institut sudskog raskida ugovora. Ova dva modaliteta raskida ugovora su u pozitivnom zakonodavstvu Francuske ravnopravno postavljena, a imajući u vidu da se i za jedan i za drugi modalitet zahteva postojanje ozbiljne povrede ugovora. Prednost koja se pripisuje jednostranom raskidu ugovora obaveštenjem dužnika od strane poverioca jeste i brži postupak raskida i predvidljiv datum raskida ugovora, dok će datum raskida ugovora u sudskom postupku odrediti sudija.²⁷

Švajcarsko pravo prepoznaje fiksne ugovore kao jedan od slučajeva odstupanja od opštih pravila o raskidu ugovora zbog neispunjenja. Prema opštem pravilu, ukoliko dužnik iz dvostranog ugovora ne ispuni obavezu o dospelosti, poverilac može ostaviti dužniku primereni rok za naknadno ispunjenje obaveze ili zahtevati od suda da taj rok utvrdi.²⁸ Ako dužnik ne ispuni obavezu ni u tom naknadnom roku, poverilac ima na raspolaganju više opcija: on može prinudno namiriti svoje potraživanje uz potraživanje naknade štete zbog zakasnelog ispunjenja ili može da odustane od naknadnog ispunjenja obaveze ukoliko je „odmah dao izjavu u tom smislu” (*immediate declaration to this effect*), a uz odustanak može ili tražiti naknadu štete zbog neispunjenja ili potpuno odustati od ugovora.²⁹ Izuzetak od tog pravila, kada nije potrebno ostavljanje primerenog roka, jeste, između ostalog, i slučaj kada je iz samog ugovora jasno da su strane nameravale da se ispunjenje ostvari u tačno određenom trenutku ili pre njega.³⁰ Takva definicija fiksnog ugovora približnija je onoj u Uzansama, imajući u vidu da se ponovo jasno postavlja razlika između ispunjenja u određenom trenutku u vremenu i ispunjenja do određenog roka. Međutim, razlika u odnosu na pozitivnopravno rešenje iz ZOO daleko je značajnija u pogledu modaliteta raskida. Izuzetak se odnosi samo na odstupanje od obaveze davanja primerenog naknadnog roka, što znači da se nakon izuzimanja iz primene odredbe paragrafa 107. alineja 1. ŠGZ primenjuju opcije koje stoje na raspolaganju poveriocu iz „nefiksnih ugovora”, prinudno izvršenje ili odustanak od ugovora, uz eventualno pravo na naknadu štete, što znači da do raskida fiksnih ugovora ne dolazi po sili zakona.

Gotovo identično rešenje se može naći i u nemačkom Građanskom zakoniku: da bi poverilac raskinuo dvostrani ugovor zbog neizvršenja ili manljivog

²⁶ Član 1226 FGZ.

²⁷ D. Krajeski, *La disparition du contrat (nullité, caducité, résolution, résiliation)*, Toulouse Capitol Publications, Toulouse 2017. Dostupno na: https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/30940/1/30940_Krajeski.pdf, 16. decembar 2022.

²⁸ Švajcarski Građanski zakonik iz 1907. godine sa izmenama (*Code Civil Suisse*; dalje u fusnotama: ŠGZ), par. 107 al. 1.

²⁹ ŠGZ, par. 107 al. 2.

³⁰ ŠGZ, par. 108.

izvršenja, po pravilu dužniku treba da ostavi dodatni period za potpuno i pravilno ispunjenje. Međutim, preciziranje i utvrđivanje takvog dodatnog roka nije neophodno u zakonom navedenim slučajevima, uključujući i slučaj kada dužnik ne ispuni obavezu do datuma navedenog u ugovoru ili tokom ugovorenog perioda, uprkos tome što takvo izvršenje ima suštinski značaj za poverioca. Da bi dužnik mogao znati za suštinski značaj izvršenja svoje obaveze do određenog datuma ili u određenom periodu, poverilac ga o tome može obavestiti pre zaključenja ugovora, a dužnik o toj okolnosti može saznati i na osnovu drugih okolnosti koje su postojale u trenutku zaključenja ugovora.³¹ Kao ni u švajcarskom pravu, nema reči o automatskom raskidu ugovora već o pravu poverioca da raskine ugovor. U nemačkom pravu se oduvek raskid vršio izjavom volje ugovornika koji nije primio ispunjenje obaveze.³² Takođe, nemačko pravo poznaje i takozvane apsolutne fiksne ugovore, *absolutes Fixgeschäft*, prema kojima predmet činidbe postaje nemoguć ukoliko ona ne bude ispunjena u predviđenom roku. U tom slučaju, za raskid ugovora nije neophodno da poverilac obavesti dužnika da raskida ugovor.³³

U uporednom pravu su zastupljeni različiti stavovi o potrebi za učešćem suda prilikom jednostranog raskida ugovora. Tradicionalno, sudskom raskidu ugovora se pripisuje veći stepen pravne sigurnosti, pojačana kontrola jednostranog raskida i sprečavanje samovolje poverioca u pogledu pravne sudbine ugovora.³⁴ U francuskoj teoriji se kao mana sudskog raskida ugovora uočava povećan stepen rizika za poverioca, koji može imati opravdanu bojazan da će sud odbiti njegov tužbeni zahtev usmeren na raskid ugovora kao neosnovan.³⁵ S druge strane, vansudski raskid ugovora se u teoriji prihvata kao brži, efikasniji i prikladniji savremenom pravnom prometu, ali i jeftiniji, imajući u vidu da ne postoje izdaci na troškove parničnog postupka.³⁶ S druge strane, u pravu zemalja bivše Jugoslavije u kojima i dalje važi Zakon o obligacionim odnosima uz prateće izmene, ne bi bilo ispravno podnositi tužbu nadležnom sudu koja bi glasila na raskid ugovora, imajući u vidu da je raskid već konstitutisan na osnovu ovlašćenja sadržanog u zakonu.³⁷ Naime, u ugovoru sa fiksnim rokom smatra da se da je sadržan raskidni uslov, pa neizvršenjem obaveze u roku automatski dolazi do raskida ugovora.³⁸

³¹ Nemački Građanski zakonik iz 1900. godine sa izmenama (*Bürgerliches Gesetzbuch*; dalje u tekstu: NGZ), par. 323, al. 2, t. 3.

³² B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Hart Publishing, Oregon 2006, 420.

³³ *Ibid.*, 257.

³⁴ M. Mijačić Cvetanović, 137.

³⁵ P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel - Munck, *Les Obligations*, Paris 2006, 456; M. Fabre - Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilateral*, Paris 2007, 629. Cit. prema: K. Dolović, 50.

³⁶ M. Mijačić Cvetanović, 137.

³⁷ Z. Slakoper, 539.

³⁸ B. Blagojević, V. Krulj, 20.

4.2. Raskid formalnih ugovora

4.2.1. Princip (ne)formalnosti sporazumnog raskida formalnih ugovora

U skladu sa opšteprihvaćenim principom konsenzualizma u ugovornom pravu, ZOO proklamuje opšte pravilo da se i formalni ugovori mogu raskinuti neformalnim sporazumom. Od tog pravila se mora odstupiti u dva slučaja: ukoliko je zakonom predviđeno da se određeni ugovori moraju raskinuti formalno i ako cilj zbog koga je forma propisana za zaključenje ugovora zahteva da se raskid ugovora izvrši u istoj formi. Ugovori zaključeni u obliku javno-beležničkog zapisa predstavljaju zakonski izuzetak od principa neformalnosti raskida ugovora. Zakonom o javnom beležništvu jasno se nameće zahtev da svi ugovori, odnosno izjave kojima se menjaju pravni odnosi nastali zaključenjem ugovora koji se moraju zaključiti u obliku javnobeležničkog zapisa, moraju biti dati u istom obliku.³⁹ Da bi se utvrdilo da li postoji drugi izuzetak od principa neformalnosti raskida, treba pristupiti ciljnom tumačenju pravila o formi, utvrđujući cilj forme radi koga je forma propisana. Formom ugovora se, s obzirom na opšteprihvaćen princip konsenzualnosti, uvek mora težiti postizanju određenih društvenih ciljeva, kojima se odstupanje od principa konsenzualnosti opravdava.⁴⁰

Zakon o obligacionim odnosima se u velikoj meri služi ciljem forme kao korektivom principu neformalnosti, u odredbama posvećenim docnijim usmenim dopunama formalnih ugovora, sankciji nedostataka potrebne forme, usmenim pogodbama o sporednim tačkama formalnih ugovora, kao i izvršenja ugovora kojima nedostaje potrebna forma.

Kao dobre strane forme se u doktrini najčešće navode: obezbeđivanje dokaza o postojanju pravnog posla i njegovoj sadržini, zaštita od nepromišljenog odlučivanja i pristupanja zaključenju ugovora, usmeravanje ugovornih strana na precizno i jasno formulisanje svoje volje, olakšan uvid državnim organima u pravni promet i ekonomske tokove.⁴¹ Prema Radišićevom mišljenju, svrha forme se može svesti na zaštitu interesa jedne ili obeju ugovornih strana, zaštitu javnog interesa ili zaštitu trećeg lica.⁴² S druge strane, mana formi ima mnogo, među kojima se ističu i produženo trajanje postupka zaključenja ugovora koje može znatno usporiti pravni promet, povećan broj ugovora pogođenih sankcijom ništavosti, veći finansijski izdaci neophodni za zaključenje ugovora i ograničenje slobode ugovaranja.⁴³ Kada je reč o formi ugovora kojima se vrši promet prava svojine na nepokretnosti, u teoriji se ističu različite prednosti i

³⁹ Zakon o javnom beležništvu, *Službeni list RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014 - dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015, čl. 82.

⁴⁰ S. Perović (1964), 38.

⁴¹ O. Stanković, V. Vodinić, *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 2007, 164.

⁴² J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Centar za publikaciju Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 2019, 115.

⁴³ S. Perović (1964), 41.

mane formalizma u pogledu te vrste ugovora. Konsenzualizam može koristiti ugovornim stranama zato što im garantuje brzinu, povećan stepen slobode i ekonomičnost, pri čemu se oslobađanjem ugovora od zahteva forme zanemaruje društveni interes za takozvanu eksternalizaciju saglasnosti volje.⁴⁴ Nasuprot tome, forma u tim ugovorima služi zaštiti interesa prodavca, kupca, trećih lica i javnosti, omogućujući vršenje kontrole i nadzora nad prometom.⁴⁵

Interesantno je da princip paralelizma formi nailazi na odstupanje upravo u sporazumnom raskidu ugovora, iako se u pravu on prvi put pominje u materiji sporazumnog raskida. Još u starom rimskom pravu, koje je obilovalo formalizmom, smatralo se nesporno logičnim da se formalni akt vezivanja (*obligatio*) može raskinuti samo odgovarajućim, analognim formalnim aktom odvezivanja (*solutio*).⁴⁶ Međutim, u srpskom pozitivnom pravu, kao i u ostalim savremenim pravima, načelo konsenzualizma je kao dominantan princip našlo svoje mesto i u materiji sporazumnog raskida formalnih ugovora. Sporazumni raskid formalnih ugovora ne podleže nikakvim zahtevima u pogledu forme, osim ukoliko cilj zbog kojeg je forma propisana ne nalaže suprotno.⁴⁷ U literaturi se kao argument za takvu argumentaciju navodi i oslobađajuće dejstvo sporazumnog raskida te da po pravilu, pošto se ugovorne strane oslobađaju svih obaveza, otpadaju i svi ciljevi koji se žele postići formom.⁴⁸ Taj stav se može prihvatiti samo u slučajevima u kojima je cilj forme zaštita ugovornih strana, zaštita privatnih interesa, dok se to ne može isto reći kada je reč o zaštiti javnih interesa, među kojima prednjači interes javne sigurnosti. Ukoliko postoji interes da se prilikom zaključenja ugovora obezbedi izvesnost u pogledu njegovog postojanja kako bi se obezbedila sigurnost u pravnom prometu, isti zahtev se postavlja i kada taj ugovor prestaje sporazumnim raskidom. U velikoj meri i za raskidanje formalnih ugovora važe isti razlozi koji su motivisali zakonodavca prilikom propisivanja forme za njihovu punovažnost.⁴⁹ Pravilo je da zakonom propisana forma služi zaštiti određenih društvenih (javnih interesa), dok je ugovorena forma pretežno namenjena zaštiti privatnih interesa.⁵⁰ Iako ugovorena forma može posredno doprineti i zaštiti nekih javnih interesa, jasno je da su ugovorne strane prvenstveno motivisane zaštitom sopstvenih interesa, a da zakonodavac očigledno nije smatrao potrebnim da javne interese zaštiti određenom formom jer bi u suprotnom to i uradio. Stoga se može reći da ugo-

⁴⁴ P. Malaurie, L. Aynès, *Droits des contrats spéciaux*, LGDJ, Paris 2016, 121.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ M. Milošević, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 328.

⁴⁷ Čl. 68 ZOO.

⁴⁸ B. Vizner, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Zagreb, 1978, 319, S. Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Savez udruženja pravnika Srbije, 1964, 109. Perović je u navedenom delu učinio naročit osvrt na ugovore o „prenosu nepokretnosti”, zauzevši stav da za njihov sporazumni raskid nije potrebna nikakva forma zato što to nije izričito zakonom zahtevano. U skladu sa prihvaćenim konsenzualizmom, ne treba nametati zahteve u pogledu forme koji nisu izričito normirani. V. *Ibid.*, 110.

⁴⁹ D. Arandelović, „O formalnim izjavama volje s naročitim obzirom na naš Građanski zakonik”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd, 1911, 62.

⁵⁰ B. Vizner, 317.

vorena forma po pravilu štiti samo privatne interese dok propisana forma štiti i privatne i javne interese, samo se odnos stepena i prioriteta u zaštiti može razlikovati.

4.2.2. Forma sporazumnog raskida ugovora o prometu nepokretnosti⁵¹

Pravilnikom o vođenju posebne centralizovane evidencije o ugovorima o prometu nepokretnosti koji su sačinjeni u obliku javnobeležničkog zapisa i ugovorima o prometu nepokretnosti koji su zaključeni u obliku javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave predviđen je obavezan unos podataka o zaključenim javnobeležničkim zapisima o prometu nepokretnosti, odnosno javnobeležnički potvrđenim (solemnizovanim) ispravama o prometu nepokretnosti u registar, posebnu centralizovanu evidenciju.⁵² Osim obaveznih podataka o vrsti pravnog posla, ugovornim stranama, nepokretnosti koja je predmet ugovora i drugim bitnim podacima o ugovoru, u registar se unose i napomene koje se odnose na predmetni ugovor, a koje podrazumevaju i ispravke i izmene ugovora,⁵³ uključujući i napomene o eventualnom raskidu ugovora. Ako javni beležnik, prilikom sastavljanja ili potvrđivanja ugovora o prometu nepokretnosti, na osnovu izvršenog uvida u registar utvrdi da je prodavac već zaključio ugovor o prometu iste nepokretnosti sa drugim licem, on je dužan da o tome unese odgovarajuću napomenu u samu ispravu, a ukoliko se ugovorne strane tome protive, javni beležnik je dužan da odbije preduzimanje službene radnje.⁵⁴ Iako samo postojanje ugovora koji je već zaključio isti prodavac ne sprečava zaključenje drugog ugovora koji bi imao za predmet istu nepokretnost, može se pretpostaviti da će na većinu kupaca delovati odvratajuće činjenica da postoji drugo lice koje može potraživati prenos prava svojine na istoj nepokretnosti. Na taj način centralna evidencija zaključenih ugovora o prometu nepokretnosti doprinosi ostvarenju ciljeva koji se žele postići samom formom, pre svega pravnoj sigurnosti i sprečavanju višestrukog prometa nepokretnosti.

Razlikujemo dva slučaja sporazumnog raskida ugovora o prometu nepokretnosti: kada je ugovor izvršen u celini i kada na osnovu zaključenog ugovora još nije izvršen prenos prava svojine. Kada je reč o sporazumnom raskidu ugovora o prometu nepokretnosti koji je izvršen u celini, odnosno kada je obaveza prenosioca već ispunjena i kada je na sticaoca već preneto pravo svojine, tada sporazumni raskid ugovora o prometu nepokretnosti zapravo predstavlja „povratni prenos svojine na nepokretnosti”, u kom slučaju se pitanje forme

⁵¹ Autori se u radu na pojedinim mestima služe skraćenim izrazom „promet nepokretnosti” umesto „prometa prava svojine na nepokretnosti” zbog jasnoće izražavanja i u skladu sa zakonskom terminologijom.

⁵² Pravilnik o vođenju posebne centralizovane evidencije o ugovorima o prometu nepokretnosti koji su sačinjeni u obliku javnobeležničkog zapisa i ugovorima o prometu nepokretnosti koji su zaključeni u obliku javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave – Pravilnik, *Službeni glasnik RS*, br. 105/2020, 106/2020.

⁵³ Čl. 6 st. 5 Pravilnika.

⁵⁴ Čl. 4b Zakona o prometu nepokretnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015.

sporazumnog raskida i ne postavlja, imajući u vidu da se prenos prava svojine mora obaviti u formi javnobeležnički potvrđene isprave.⁵⁵ U drugom slučaju (sporazumni raskid ugovora o prometu nepokretnosti na osnovu koga još uvek nije izvršen prenos prava svojine), treba utvrditi da li cilj zbog koga je forma propisana zahteva da i raskid bude obavljen u istoj formi. Stav je autora da bi se sporazumnim raskidom ugovora o prometu nepokretnosti lišenom forme javnobeležnički potvrđene isprave znatno osujetila svrha forme. Odstupanjem od principa paralelizma formi u tom slučaju bi se dovela u pitanje i svrsihodnost vođenja centralne evidencije o zaključenim ugovorima, pošto javni beležnici ni sudovi na području na kome se nepokretnost nalazi ne bi imali uvid u to da je ugovor raskinut. Neažurno i nepotpuno vođenje evidencije dovelo bi u pitanje i samu svrhu njenog postojanja, sigurnost pravnog prometa bi bila ugrožena i vršenje nadzora nad prometom nepokretnosti od strane države u cilju sprovođenja poreske politike bilo bi u znatnoj meri osujećeno.⁵⁶ Postupajući javni beležnik koji je neobavešten o činjenici da je određeni ugovor raskinut bio bi u obavezi da prilikom zaključenja drugog ugovora koji za predmet ima istu nepokretnost postupi u skladu sa odredbom člana 4b Zakona o prometu nepokretnosti, što bi moglo da dovede u pitanje atraktivnost takve nepokretnosti za eventualne sticaoce jer bi oni bili obavešteni da je o toj nepokretnosti već zaključen ugovor. I bez pominjanja drugih ciljeva formi ugovora o prometu nepokretnosti, poput sprečavanja prenatglenog odlučivanja ugovornika, pučavanja ugovornika o pravnim dejstvima posla koji preduzimaju, kontrolne funkcije i funkcije obezbeđivanja dokaza o (ne)postojanju ugovora, smatramo da ciljevi forme u tim ugovorima nameću obavezu da se oni raskinu u istoj formi u kojoj su i zaključeni.

4.2.3. (Ne)formalnost raskida fiksnih formalnih ugovora

Kada dužnik u roku ne ispuni obavezu čije ispunjenje predstavlja bitan sastojak ugovora, ugovor se raskida po samom zakonu. Na terenu ugovora kojima se vrši promet nepokretnosti, to znači da bi ti ugovori bili automatski raskinuti, bez bilo kakve isprave kojom bi se dokazao prestanak ugovora. U nedostatku dokaza o nastupanju raskida ugovora po sili zakona ne postoji odgovarajuća isprava koja bi predstavljala osnov za upis napomene o raskidu u centralnu evidenciju o zaključenim ugovorima o prometu nepokretnosti. U tom slučaju, prenosilac prava svojine bi prilikom zaključenja novog ugovora sa drugom ugovornom stranom bio suočen sa neodgovarajućim stanjem u evidenciji, koje ne prepoznaje da je prethodni ugovor raskinut. U tom slučaju je javni beležnik du-

⁵⁵ Stručni savet Javnobeležničke komore Srbije: odgovori Saveta Komore na postavljena pitanja, <https://paragraflex.rs/dnevne-vesti/130416/130416-vest13.html>, 19. decembar 2022.

⁵⁶ I. Radomirović, „Forma punomoćja za zaključenje ugovora o prodaji nepokretnosti”, master rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020.

žan da postupi u skladu sa odredbom člana 4b Zakona o prometu nepokretnosti, koji javnog beležnika obavezuje da unese odgovarajuće upozorenje u ugovornu ispravu ili da odbije potvrđivanje ugovora ukoliko se ugovornici tome protive. Na taj način se znatno otežava promet nepokretnosti i u sledećem ugovoru navode upozorenja koja ne odgovaraju stvarnom stanju stvari. S druge strane, javni beležnik je dužan da napomene unosi u centralni registar tek nakon izdavanja opravka ugovora ili na osnovu druge odgovarajuće isprave. Ta isprava bi mogla da bude pravnosnažna utvrđujuća presuda nadležnog suda kojom se utvrđuje da je ugovor raskinut po sili zakona. Međutim, takva presuda pretenduje da stekne šira dejstva od deklarativnih jer je samo ona podobna da utiče na stanje u evidenciji. Čak i ako bi se ugovorna strana obratila nadležnom javnom beležniku ili sudu na čijem području se nepokretnost nalazi sa zahtevom da se u centralnu evidenciju unese napomena o automatskom raskidu ugovora, nemogućnost da se utvrdi da je ugovor zaista raskinut utiče na pravnu sigurnost i pouzdanost evidencije. Zbog toga se raskidom ugovora, bez odgovarajuće forme i dokaza o samom raskidu, rizikuje da se ugrozi sigurnost pravnog prometa nepokretnosti, a može dovesti i do višestruke prodaje nepokretnosti ukoliko bi se takvi raskidi beležili na osnovu iskaza samo jedne ugovorne strane. Zbog toga se rizikuje da budu ugrožene svrha forme u ugovorima o prometu nepokretnosti i ažurnost centralne evidencije koja je ustanovljena upravo radi efikasnijeg postizanja ciljeva forme u tim ugovorima.

5. Zaključak

Pravilo da se fiksni ugovori raskidaju po sili zakona u slučaju neispunjenja ima dugu tradiciju u srpskom zakonodavstvu, a nastalo je po uzoru na staro nemačko pravo. To pravilo je uvedeno u naše ugovorno pravo koje je u to vreme poznavalo manji broj formi ugovora, koje su bile blaže po svojoj prirodi. Uz uvođenje javnog beležništva u pravni poredak Republike Srbije i prateće javnobeležničke forme koje su znatno strože od onih koje je srpsko pravo ranije poznavalo⁵⁷, dolazi do kolizije pravila o novim formama i nove tendencije u srpskom zakonodavstvu sa dotadašnjim pravilima ugovornog prava. Pooštravanje forme ugovora o prometu nepokretnosti pravda se značajnim društvenopolitičkim ciljevima, među kojima se ističu pravna sigurnost, sprečavanje višestruke prodaje nepokretnosti, efikasnije sprovođenje fiskalne politike i sprečavanje eventualnih sporova (funkcija preventivne jurisdikcije). Radi potpunijeg postizanja tih ciljeva, ministar pravde je doneo Pravilnik na osnovu koga se

⁵⁷ Pre početka primene propisa kojima su uvedene strožije forme za pojedine vrste ugovora, kao što je ugovor o doživotnom izdržavanju, Apelacioni sud u Novom Sadu je zauzeo stav prema kome se i ugovor o doživotnom izdržavanju može raskinuti neformalno, imajući u vidu da cilj zbog koga je forma propisana ne nameće paralelizam formi prilikom raskida ovog ugovora. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 11157/2010 od 17.3.2011. godine.

ustanovljava evidencija zaključenih ugovora o prometu nepokretnosti, koja takođe doprinosi postizanju ciljeva forme u tim ugovorima.

Iako se u principu formalni ugovori mogu raskinuti neformalnim sporazumom, neformalno raskidanje ugovora o prometu nepokretnosti umanjilo bi stepen pravne sigurnosti i smanjilo publicitet i uvid u promet nepokretnosti, čime bi se osujetila svrha forme. Zbog toga treba nametnuti zahtev da se ugovori o prometu nepokretnosti raskidaju u obliku u kome su i zaključeni. Kako se svrha forme u tim ugovorima može postići jedino tako što će se obezbediti pouzdan dokaz o postojanju i raskidu ugovora, automatski raskid ugovora pretenduje da ugrozi pravnu sigurnost u prometu nepokretnosti. U nedostatku odgovarajuće isprave koja bi potvrdila raskid fiksnog ugovora o prometu nepokretnosti, centralna evidencija gubi pouzdanost i prestaje da oslikava aktuelno stanje stvari, zato što automatski raskid ugovora nisu u njoj prepoznati. S druge strane, lica zadužena za uredno vođenje centralne evidencije nisu ovlašćena da utvrđuju da je ugovor raskinut po sili zakona, tako da je jedini put ka konstatovanju raskida u evidenciji putem utvrđujuće sudske presude, što čini da ona prevazilazi redovna svojstva deklarativne presude jer predstavlja jedini dokaz o raskidu.

Kako su pravila o raskidu fiksnih ugovora nastala mnogo ranije od pojave javnobeležničkih formi i isticanja ciljeva koji se njome žele postići, treba uvažiti ciljeve koji se žele postići različitim pravilima našeg pozitivnog prava i naći odgovarajuće rešenje kojim bi se osigurao odgovarajući stepen pravne sigurnosti i postigli ostali društveno poželjni ciljevi.

Literatura

- Avramović S. *et al.*, *Leksikon građanskog prava* (gl. ur. O. Stanković), Nomos, Beograd 1996.
- Arandelović D. *O formalnim izjavama volje s naročitim obzirom na naš Građanski zakonik*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1911.
- Blagojević B., Krulj V. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1983.
- Dolović K. „Zakonski raskid ugovora u evropskom ugovornom pravu”, *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 7/2013.
- Fabre – Magnan M. *Droit des obligations, Contrat et engagement unilateral*, Paris 2007.
- Jovićić K. „Koncept bitne povrede ugovora u Bečkoj konvenciji o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe”, *Strani pravni život* 4/2018.
- Jovićić K. „Određenje pojma neizvršenja ugovora, s osvrtom na neizvršenje ugovora o prodaji robe”, *Strani pravni život* 1/2014.

- Konstantinović M. *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr M. Konstantinovića*, Izdanje Saveza studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1969.
- Konstantinović M. *Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Klasici jugoslovenskog prava, Beograd 1996.
- Krajeski D. *La disparition du contrat (nullité, caducité, résolution, résiliation)*, Toulouse Capitol Publications, Toulouse 2017. Dostupno na: https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/30940/1/30940_Krajeski.pdf, 16. decembar 2022.
- Malaurie P., Aynès L. *Droits des contrats spéciaux*, LGDJ, Paris 2016.
- Malaurie P., Aynes L., Stoffel – Munck P. *Les Obligations*, Paris 2006.
- Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Hart Publishing, Oregon 2006.
- Mijačić Cvetanović M. „Raskidanje ugovora zbog neispunjenja”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 23/1983.
- Milošević M., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Misita N. „Konceptija bitne povrede ugovora i mogućnost njenog prihvatanja u našem pravu”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 22/1974.
- Perović S. *Obligaciono pravo*, Novinsko izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd 1990.
- Perović P. *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Savez udruženja pravnika Srbije 1964.
- Radišić J. „Vreme i rokovi u ugovornim obligacionim odnosima”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 8/1969.
- Radišić J. *Obligaciono pravo*, Centar za publikaciju Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 2019.
- Radomirović I. „Forma punomoćja za zaključenje ugovora o prodaji nepokretnosti”, master rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020.
- Slavnić J. „Mesto prava na neposredni odustanak od ugovora u sistemu pravnih posledica docnje u našem pravu”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* 3-4/1968;
- Slavnić J. *Fiksni ugovor*, Naučna knjiga, Beograd 1968.
- Slakoper Z. „Raskid ugovora zbog zakašnjenja i neispunjenja”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 24/2003.
- Stanković O., Vodinelić V. *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 2007.
- Vizner B. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Zagreb 1978.

Propisi i drugi akti

Francuski Građanski zakonik iz 1804. godine sa izmenama (*Code Civil*).

Nemački Građanski zakonik iz 1900. godine sa izmenama (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Opšte uzanse za promet robom, *Službeni list FNRJ*, br. 15/54 i *Službeni list SFRJ*, br. 29/78 – dr. Zakon.

Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, 19. decembar 2022.

Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 11157/2010 od 17.3.2011. godine.

Švajcarski Građanski zakonik iz 1907. godine sa izmenama (*Code Civil Suisse*);

Zakon o javnom beležništvu, *Službeni list RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014 - dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – *Ustavna povelja i Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

Zakon o prometu nepokretnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015.

Bogdana Stjepanović, PhD

Research Associate, Institute of Comparative Law Belgrade

Ivana Radomirović,

Junior Research Assistant, Institute of Comparative Law Belgrade

FIXED CONTRACTS – EX IURE TERMINATION

Summary

The issue of ex iure termination of fixed contracts becomes significant during the termination of fixed formal contracts. More precisely, this refers to bilateral contracts on real estate transactions which are made in the form of a notary public record or in the form of a notarized (solemnized) act. When concluding a contract for real estate transactions, if based on the entry in the records of concluded contracts, the notary determines that the same seller has already concluded a contract for the same real estate transactions, he is obliged to warn the contractors and to make this information visible in the contract in accordance with the rules which regulate the activity of notaries, and if the contracting parties oppose the introduction of a warning, the notary public is obliged to refuse to undertake the requested official action. Based on the positive legal regulation of termination of contracts in which the fulfillment of the deadline is an essential component of the contract, for the termination of the contract ex iure it is not necessary to meet any additional conditions, although in the records of legal transactions ex iure termination of the contracts is not legally recognized. The practical implication of introducing a warning that the seller has already concluded a real estate contract is contrary to the actual state of affairs, bearing in mind that such a contract would have ceased to exist by force of law. Furthermore, if the change of the situation in the register of concluded contracts would be conditioned by passing a determining judgment, such a judgment would risk losing its determining character, and thus the automatic termination of the contract in a specific case would be called into question. Therefore, the authors of this paper will try to address the above-mentioned issues from the aspect of the purposefulness of the rules on ex iure termination of fixed bilateral real estate contracts. Recognizing the protection of legal security and legal transactions as one of the main purposes of form in these contracts, and preventing multiple transactions of the same real estate and protection of interests of the contracting parties, the authors address the issue of preserving the purpose of form in these contracts in order to find de lege ferenda solutions.

Key words: fixed contracts, fulfillment of the obligation within the deadline as an essential component of the contract, automatic termination, contracts on real estate transactions.

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U PRAVU OSIGURANJA

KORIŠĆENJE GENETSKIH PODATAKA U PRAVU OSIGURANJA**

Apstrakt

Sve niže cene sprovođenja genetskih testiranja i dobijanja genetskih podataka ponovo dovode u fokus njihovo korišćenje od osiguravajućih društava. U tom smislu, značajna su dva pitanja iz perspektive prava osiguranja. Prvo je pitanje razmere obaveze osiguranika da u sklopu obaveze prijave okolnosti od značaja za procenu rizika prijavi informacije dobijene prilikom sprovođenja genetskih testova. Drugo je pitanje prava osiguravača da zahtevaju od budućih osiguranika da se podvrgnu genetskim testovima, što može doprineti informacionoj asimetriji između osiguranika i osiguravača.

Oba pitanja vode jednom širem pitanju, a to je da li osiguravajuća društva vrše diskriminaciju koristeći te podatke. Pravo osiguranja karakteriše jedna ne-minovnost, a to je razvrstavanje osiguranika u potklase i klase prema verovatnoći ostvarivanja osiguranog rizika. Zavisno od te klasifikacije, osiguravači donose odluke da li žele da zaključe ugovor o osiguranju sa potencijalnim osiguranikom ili ne, koliko će pokriće ponuditi i koliko će premiju zahtevati. Zbog toga je jasno da mogu postojati razmimoilaženja između toga šta osiguranik smatra pravednim i onoga što je aktuarski pravedno i opravdano za osiguravača.

Mnoge američke savezne države i evropske države usvojile su propise o zabrani genetske diskriminacije u pravu osiguranja. Rad će biti posvećen analizi njihove efikasnosti i tome da li vode računa o prirodi osiguranja i kakve to posledice ima na pristup zdravstvenoj zaštiti.

Ključne reči: osiguranje, genetski podaci, diskriminacija, klasifikacija rizika.

1. Uvod

Nesporno je da su genetsko testiranje¹ i medicinsko istraživanje značajno doprineli identifikovanju pojedinačnih rizika po zdravlje pojedinca, zahvaljujući

* Naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, m.glintic@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

¹ Primeri genetskih testova su, između ostalog, medicinska istraživanja porodične istorije, različite hemijske i biohemijske analize, istraživanje hromozoma, određivanje sastava DNK uz pomoć tehnika molekularne genetike koje pružaju informacije o potencijalnim bolestima i poremećajima. D. Fox, "Genomic Justice, Genetic Testing and Health Insurance in America", *Roosevelt Review* 1/2005, 110.

kojima je učinjen korak napred u prevenciji bolesti, dijagnostici i preduzimanju odgovarajućih medicinskih tretmana.² U početku je sprovođenje genetskih analiza bilo nedostupno i skupo, dok im je danas cena znatno niža i mogu se raditi i dobrovoljno, bez uputa lekara.³ Njihova šira dostupnost od kraja prošlog veka zahtevala je razmatranje etičkih, socijalnih i pravničkih aspekata takvih naučnih dostignuća koja mogu da ukažu na brojne urođene razlike između pojedinaca. Jedna od bojazni koja se javila u vezi sa njihovom upotrebom jeste da li rezultati genetskih testova mogu dovesti do nastanka genetske diskriminacije, za koju je dugo bilo nejasno da li se podvodi pod opšti pojam diskriminacije ili pak zahteva zasebno definisanje.⁴

Jedna od oblasti poslovanja za koju je utvrđeno da može biti podobna za zloupotrebu genetskih informacija i nejednak tretman korisnika usluga jeste i oblast osiguranja i poslovanja osiguravajućih društava. Čak bi se moglo reći da se javila i bojazan da će upotreba genetskih informacija i rezultata genetskih testova potpuno izmeniti dosadašnji način poslovanja osiguravajućih društava. Osiguravači su u rezultatima dobijenim sprovođenjem genetskih testova videli priliku da dobiju detaljnije informacije koje će im omogućiti da primereno odmeravaju premije osiguranja. Dok je mogućnost dobijanja genetskih informacija za osiguravače značila potencijalni i posredni izvor finansijske dobiti, kod osiguranika se javila zabrinutost da će pozitivan rezultat genetskog testa za njih značiti višu premiju osiguranja ili čak odbijanje poziva za zaključenje ponude osiguravaču ukoliko bi ih smatrao nepodobnim zbog ustanovljenih genetskih informacija.⁵

2. Značaj genetskih testova za osiguravajuća društva

Posao osiguranja se zasniva na ideji osnivanja riziko zajednice, u kojoj postoji veza između pravičnosti i neznanja, odnosno nemogućnosti tačnog predviđanja kada će se ostvariti osigurani slučaj, što omogućava pružanje kolektivne zaštite protiv pojedinačnih rizika. Osiguranici se i odlučuju na zaključivanje ugovora o osiguranju jer im ideja solidarnosti, odnosno da će svoje finansijsko opterećenje podeliti sa sličnim osiguranicima, daje utisak veće stabilnosti i sigurnosti. Oni i ne očekuju da će svako od njih profitirati od zaključenog ugovora o osiguranju.

² Genetska istraživanja su pokazala da određene bolesti, kao što su cistična fibroza i Hantingtonova bolest, nastaju kao posledica promene na jednom genu. Hromozomski poremećaji (npr. Daunov, Tarnerov sindrom) rezultat su promena na genu, dok su neke bolesti posledica interakcije više gena i faktora okruženja (šizofrenija, spina bifida). Vid. detaljnije *ibid.*, 109.

³ M. A. Rothstein, „Time to End the Use of Genetic Test Results in Life Insurance Underwriting”, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2018, 795.

⁴ S. Stojković Zlatanović, „Genetska diskriminacija i genetsko testiranje u oblasti rada i zapošljavanja – osnovna pravna pitanja”, *Strani pravni život* 2/2015, 159.

⁵ Postoje primeri u Nemačkoj da su rođaci lica obolelih od Hantingtonove bolesti imali mogućnost da zaključe ugovor o osiguranju samo pod vrlo strogim uslovima, iako kod njih nije bilo nikakvih naznaka te bolesti. T. Lemke, „Beyond genetic discrimination. Problems and perspectives of a contested notion”, *Genomics, Society and Policy* 3/2005, 31.

Ideja solidarnosti i uzajamne podrške članova riziko zajednice zapravo znači da oni osiguranici kod kojih je manja verovatnoća nastupanja rizika omogućavaju stvaranje novčanog fonda za one osiguranike kod kojih je verovatnoća nastupanja rizika veća, kod kojih će se pre ostvariti osigurani slučaj. Kombinacija pojedinačne nesigurnosti i grupne predvidljivosti davala je i osiguranicima i osiguravačima podsticaj da održavaju tako postojeći sistem osiguranja.

Procena rizika omogućava osiguravačima da osiguranike dele u grupe prema verovatnoći ostvarenja rizika, u skladu sa čim im i naplaćuju premije.⁶ Do tih informacija osiguravač dolazi putem upitnika koji popunjava osiguranik⁷ ili putem lekarskih pregleda koji su obavezni preduslov zaključivanja određenih ugovora.⁸ Naime, zahvaljujući aktuaristici, osiguravači raspoređuju osiguranike shodno njihovim ličnim karakteristikama koje ukazuju na verovatnoću i blizinu ostvarenja osiguranog slučaja.⁹ Pozivajući se na pravičnost i aktuarna pravila, osiguravači ističu da su njima potrebni i podaci dobijeni genetskim testiranjem. Osiguravači smatraju da bi posedovanje informacija o genetskim analizama osiguranika omogućilo podelu osiguranika u još preciznije grupe, što bi omogućilo organizovanje poslovanja na ekonomski isplativiji način.¹⁰ Naime, podela osiguranika u različite riziko grupe zasniva se na razlikama koje postoje između njih. Čak se i u različitim studijama ukazuje na to da su predviđanja ostvarenja rizika u različitim riziko grupama prilično tačna.¹¹ Proces razvrstavanja osiguranika po riziko grupama omogućava osiguravačima da predvide sveukupnu stopu smrtnosti ili verovatnoću nastanka bolesti posebne grupe ljudi u odnosu na prosečnu populaciju. Prema viđenju osiguravača, informacije dobijene genetskim testiranjem omogućile bi da se formiraju još preciznije riziko grupe, sa još tačnije određenim stepenom verovatnoće ostvarenja osiguranog slučaja.

Osiguravači polažu nade u to da bi zahvaljujući genetskim informacijama mogli da otklone mogućnost nastanka nepovoljne selekcije. Nepovoljna selekcija znači da se oni osiguranici koji znaju da postoji velika mogućnost ostvarivanja rizika, u ovom slučaju nastanka i razvoja genetski urođene bolesti, uvek po pravilu prijavljuju za osiguranje ili se svesno odlučuju za skuplje varijante osiguranja, više premije, jer znaju da im je to isplativije nego da sami snose troškove koji će biti neminovni.¹²

⁶ B. Knoppers, "Who Should Have Access to Genetic Information", *The Genetic Revolution and Human Rights* (ed. Justine Burley), Oxford University Press, New York 1999, 47.

⁷ N. Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja, Analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Beograd 2015, 250. Takođe, J. Vukadinović Marković, „Dužnost ugovarača osiguranja da prijavi okolnosti od značaja za ocenu rizika u ugovorima o osiguranju”, *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje* (ur. Z. Petrović, V. Čolović), Institut za uporedno pravo, Udruženje za odštetno pravo, Zrenjanin 2017, 367–371.

⁸ To se prvenstveno odnosi na osiguranje života i dobrovoljno zdravstveno osiguranje.

⁹ Neke od tih ličnih karakteristika su godište, zanimanje, visina, krvni pritisak i ostali zdravstveni podaci, porodična istorija bolesti, navike i sl.

¹⁰ D. Fox, „Genomic Justice, Genetic Testing and Health Insurance in America”, *Roosevelt Review* 1/2005, 111.

¹¹ T. Lemmens, "Can Insurance Law accommodate the Uncertainty associated with Preliminary Genetic Information", *La Revue du Barreau Canadien*, 2004, 372.

¹² T. Lemmens, *Genetic Information and Insurance: A Contextual Analysis of Legal and Regulatory Means of Promoting Just Distributions*, doktorska disertacija odbranjena na McGill University, Montreal 2003, 180–196. Takođe, A. Macdonald, "Human Genetics and Insurance Issues", *Bio-ethics for the New Millenium*, St. Andrew Press, Edinburgh 2000, 25–27.

Toga se osiguravači pribojavaju – da će osiguranici imati informacije o tome da imaju sklonost ka određenoj bolesti i da će zaključiti ugovore o osiguranju koji će biti preveliko finansijsko opterećenje za osiguravača koji nije dobro odmerio premiju. To će, posledično, povećavati premiju da pokriju troškove, tako da će osiguranici koji nisu tako rizični napuštati osiguranje ostavljajući osiguravače samo sa onima koji su visokorizični.

Ipak, bitno je napomenuti da je jedan od bitnih elemenata pravnog posla osiguranja element neizvesnosti – neizvesnosti da li će doći do ostvarenja rizika, na čemu potom osiguravač zasniva svoje poslovanje. Time se posao osiguranja u određenoj meri približava kockanju i igrama na sreću, sa kojima ima i zajedničke istorijske korene.¹³ Povlačenje demarkacione linije između osiguranja i igara na sreću i nije bilo toliko jednostavno upravo zbog postojanja faktora neizvesnosti.¹⁴ Zaključivanje ugovora o osiguranju bilo bi ništavo, protivno zakonu i javnom porretku ako bi mu nedostajao taj element.¹⁵ Naime, ne može se unapred znati koji će biti odnos između prestacija ugovornih strana – koliko će premija ugovarač osiguranja uplatiti pre nego što nastupi osigurani slučaj, kada će osiguravač isplatiti osiguranu sumu itd.

Dakle, postojanje rizika i neizvesnosti su dve karakteristike osiguranja, što znači da će osiguranik biti uključen u riziko zajednicu ako plati premiju koja odgovara proceni rizika za koji je osiguravač ocenio da taj osiguranik donosi u riziko zajednicu u koju ga je razvrstao. To je princip poslovanja osiguravajućeg društva nezavisno od toga da li uvećanje do određenog stepena rizika potiče od nečije istorije bolesti ili zato što neko ima sklonosti ka ekstremnim sportovima. Takvo postupanje osiguravača se obrazlaže time da se na taj način čini pravilna raspodela finansijskog opterećenja između članova riziko zajednice, odnosno kako bi se sprečilo da osiguranici koji sa sobom nose manji rizik ne snose finansijsko opterećenje koje potiče od uvećanog rizika osiguranika.¹⁶ Stoga bi bilo neopravdano

¹³ Istorijski posmatrano, neki od prvih ugovora o osiguranju osoba odnosili su se na igre na sreću. Zanimljivo je da je crkva u 8. veku odobrala životnu rentu, koja je ocenjivana kao špekulativni posao. Poznat je i primer iz 1308. godine kada je bremenski nadbiskup kupio od opatije doživotnu rentu, koju je uživao sledećih 18 godina. Na kraju je sama opatija osporavala ugovor kao zelenaški i da zato više nije u obavezi prema nadbiskupu. Z. Petrović, V. Čolović, D. Knežević, *Istorija osiguranja u Srbiji, Crnoj Gori i Jugoslaviji do 1941. godine*, Beograd 2013, 13, 17.

Osim toga, bila je razvijena praksa klađenja da li će neka osoba doživeti određene godine života. U tontinama, koje su nastale u Italiji u 17. veku, sadržani su i elementi osiguranja i elementi igara na sreću, jer su preživeli članovi udruženja dobijali veći iznos na dan raspodele kapitala u slučaju da je neki od članova preminuo. Vid. L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, F. Enke, Stuttgart 1891, 382–383.

¹⁴ U teoriji se mogu naći shvatanja da ugovor o osiguranju nije aleatoran i da upravo principi organizacije delatnosti osiguranja i nastojanje ugovarača osiguranja, odnosno osiguranika da potpuno otkloni neizvesnost, čine taj ugovor komutativnim. Vid. M. Picard, A. Besson, „Les assurances terrestres en droit français, Le contrat d'assurance”, *Revue internationale de droit compare*, 1/1971, 239.

¹⁵ I uporednopravna zakonodavstva smatraju da je neizvesnost bitan element pojma rizika u ugovoru o osiguranju i da njegovo nepostojanje povlači ništavost ugovora. Tako i L 131-2 francuskog *Code des assurances*, Artt. 1895 italijanskog *Codice civile* (approvato con Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 262, e come modificato dalla Decreto 7 dicembre 2016, n. 291).

¹⁶ R. Wilkinson, “Unjustified Discrimination: Is the Moratorium on the Use of Genetic Test Results by Insurers a Contradiction in Terms”, *Health Care Anal* 18/2010, 281.

očekivati da osiguravač može prikupiti sve nužne i neophodne informacije koje će mu omogućiti da odredi verovatnoću ostvarenja osiguranog slučaja sa potpunom sigurnošću.

3. Obaveza prijava okolnosti od značaja za procenu rizika

Neregulisanje statusa i pravnog režima korišćenja rezultata genetskih testova od osiguravača može dovesti do poništaja ili raskida ugovora. Naime, prilikom zaključenja ugovora o osiguranju, osiguranici su dužni da prijave sve informacije relevantne za procenu rizika jer se polazi od pretpostavke da je svako najbolje upoznat sa svojom ličnom situacijom i okolnostima.¹⁷ Neispunjavanje te obaveze od osiguranika predstavlja zakonski osnov da osiguravač traži poništaj ugovora u slučaju da je reč o informacijama koje su takve da osiguranik ne bi zaključio ugovor da je znao za njih.¹⁸ To pravilo je posledica načela dobre vere (ili čak krajnje dobre vere)¹⁹ koje još od razvoja pomorskog osiguranja obavezuje ugovorne strane da prijave okolnosti od značaja za procenu rizika i ispitivanja nastale štete.²⁰ Obaveza osiguranika da prijavi okolnost zavisice od toga da li se polazi od stava da osiguravač ima pravo na podatke iz genetskih testova. Reč je o informacijama koje bi uticale na odluku osiguravača prilikom određivanja visine premija. Zasigurno bi odredio višu premiju kada bi znao da osiguranik ima genetsku predispoziciju ka nekoj vrsti kancera ili nekoj drugoj bolesti.

Osnovni argument osiguravača je da bi neprijavlivanje takvih informacija značilo uspostavljanje informacione asimetrije između osiguranika i osiguravača.²¹ Ako osiguravač ne raspolaže odgovarajućim informacijama, onda ne može dobro da odmeri premije, što dalje vodi nepravičnosti prema osiguranicima koji su manje rizični. Nepravičnost koja bi njih pogodila ogleda se u tome što bi manje rizični osiguranici morali da plaćaju premije koje su više od njihovog rizika, što može dovesti do toga da oni napuste osiguranje jer im je neisplativo, s jedne strane.²² S druge strane, ako osiguravači ne bi naplaćivali više premije već standardne usled zanemarivanja rizičnosti osiguranika koji imaju genetske predispozicije, osiguravači ne bi imali dovoljnu količinu finansijskih sredstava za

¹⁷ Tako i u Zakonu o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020, član 907.

¹⁸ ZOO, čl. 908. st. 1. i čl. 909. st. 1.

¹⁹ Upor. M. Glintić, „Održivost načela krajnje dobre vere u ugovornom pravu reosiguranja”, *Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović 2/2021*, 457–459.

²⁰ C. Brown, J. Menezes, *Insurance Law in Canada: A Treatise on the Principles of Indemnity Insurance as Applied in the Common Law Provinces of Canada 1*, Carswell, Toronto 2002, 5-1.

²¹ Taj argument je vrlo upitan jer između osiguranika i osiguravača vlada informaciona asimetrija, ali na štetu osiguranika koji nikad ne poseduje taj stepen znanja kojim raspolaže osiguravač, a sve to je posledica njegovog položaja kao potrošača. Takođe, R. Smith, N. Raithatha, “Why disclosure of genetic tests for health insurance should be voluntary”, *Journal of Health Services Research and Policy*, 11/2006, 184.

²² Y. Joly, B. Knoppers, B. Godard, “Genetic information and life insurance: A “Real” risk?”, *European Journal of Human Genetics*, No. 11/2003, 561–564.

svoje poslovanje.²³ Svi ti faktori bi vodili prestanku postojanja načela uzajamnosti u riziko zajednici, uz sve posledice prestanka postojanja i poslovanja osiguravajućih društava kao privrednih subjekata na ekonomiju jedne države.²⁴ Iz vizure osiguravača, postojao je pritisak aktuarske pravičnosti koji se mora poštovati tokom raspoređivanja osiguranika u riziko grupe prema tačno određenom stepenu rizika koji oni sobom donose.²⁵ Danas je daleko manja zabrinutost u pogledu podele osiguranika u riziko grupe prema kriterijumu koji uključuje i genetske podatke,²⁶ jer se počelo isticati da aktuarska pravičnost jeste bitan, ali i nedovoljan element za postizanje moralne pravičnosti.²⁷

Kada se tako posmatra razvoj događaja, da li je onda svrsishodno pružati osiguravaču informacije dobijene na osnovu genetskog testiranja? Da li postoji srazmera između jednog takvog upliva u tuđu ličnu sferu, ali koji bi omogućio održavanje i funkcionisanje privrede? Međutim, u vezi sa korišćenjem se javlja strah od diskriminacije po osnovu genetike sa svim svojim posledicama na ličnom, ali i širem društvenom planu.²⁸ Osim toga, mora se voditi računa i o tome da jedan osiguranik može potencijalno biti u obavezi da prijavi takve okolnosti samo ako zaista zna i razume kakav je njegov genetski status,²⁹ zbog čega se može lako dogoditi da se ljudi odluče da se ne podvrgavaju genetskim testovima jer se tako uvek mogu pozivati na svoje neznanje u vezi sa tim. To je samo jedna od posledica koju može imati ovlašćenje osiguravača da dobije i koristi informacije do kojih se došlo sprovođenjem genetskih testova.

Ipak, da bi osiguranik bio u obavezi da prijavi genetske informacije, neophodno je da to budu podaci koji su relevantni za ocenu rizika. To pak vodi pitanju kakva je aktuarska svrsishodnost takvih podataka. Da li je reč o informacijama koje su od tolikog značaja za osiguravača da opravdavaju sve negativne i sporne aspekte njihove upotrebe? Rezultati genetskih testova više govore o budućnosti i potencijalnom razvoju događaja nego što govore o sadašnjosti. Vremenom se počelo dolaziti do saznanja da informacije dobijene genetskim testiranjem i ne moraju biti toliko pouzdane i nužne za sprovođenje razvrstavanja osiguranika po

²³ R. Smith, N. Raithatha, 184–191.

²⁴ Ipak, prilikom odmeravanja argumenata osiguravača treba voditi računa o tome da oni nisu hteli da priznaju da te informacije uopšte žele da koriste za klasifikaciju rizika i da im mogu pomoći u određivanju visine premije, prvenstveno zbog toga što su se bojali osude javnosti.

²⁵ N. Daniels, "The Functions of Insurance and the Fairness of Genetic Underwriting", *Genetics and Life Insurance: Medical Underwriting and Social Policy* (ed. M. Rothstein), MA MIT Press, Cambridge 2004, 124.

²⁶ Tako je u Americi do devedesetih godina za organizovanje dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja bilo nužno i neophodno da se ispuni kriterijum aktuarske pravičnosti, što je podrazumevalo korišćenje podataka o postojećim predispozicijama za određene bolesti, što je konačno zabranjeno za sve vidove osiguranja 2010. godine donošenjem Affordable Care Act: Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, 42 U. S. C. § 18001 et seq.

²⁷ A. Prince, "Insurance Risk Classification in an Era of Genomics: Is a Rational Discrimination Policy Rational?" *Nebraska Law Review* 3/2018, 624–687.

²⁸ O rezultatima istraživanja strahova od genetske diskriminacije i posledičnog neodlučivanja za sprovođenje tih testova vid. E. Matloff et al., "What would you do? Specialists' perspectives on cancer genetic testing, prophylactic surgery, and insurance discrimination", *Journal of Clinical Oncology* 12/2000, 2484–2492.

²⁹ Tu je i pitanje da li, primera radi, i njegov kućni ili izabrani lekar može potpuno da razume rezultate dobijene sprovođenjem testova i da ih na adekvatan način objasni osiguraniku, koji bi posle mogao da ih predstavi osiguravaču.

riziko grupama. Prema stavovima u literaturi, te informacije moraju posedovati nekoliko karakteristika da bi se mogle smatrati relevantnim iz vizure osiguravača. Tako je, primera radi, nužno da promena na genu ima veliku verovatnoću da će se uopšte ispoljiti, da postoji izuzetno visok rizik da će se oboljenje manifestovati kod tačno određenog pojedinca, a da je pritom stopa smrtnosti za takvo medicinsko stanje vrlo visoka ili da ne postoje adekvatni lekarski tretmani koji mogu pomoći osiguraniku.³⁰ Tu je i pitanje uticaja porodične istorije bolesti koja u velikoj meri može da utiče na verovatnoću dobijanja određene bolesti.³¹ Moglo bi se reći da nova medicinska saznanja ukazuju na to da se aktuarski proračuni za određivanje visine premija ne zasnivaju samo na nepromenljivoj i neupitnoj statistici jer se u celokupnom procesu moraju uzeti u obzir i određeni socijalni faktori.

Ograničenja traženja tih podataka, dakle, ne znače zabranu osiguravača da traže podatke kojim mogu poslužiti u određivanju visine premije osiguranja, kao što su neke od ličnih navika, anamneza preležanih bolesti i slično.³² Osiguravač mora i da dokazuje da je određena informacija relevantna za procenu riziku. Ne može samo da to konstatuje i zahteva da mu se te informacije dostave, pa čak i kada ostali osiguravači tvrde da je to tačno.³³ Neosnovani strahovi i naučno neopravdane pretpostavke ne mogu se koristiti kao argumenti za faktore koji utiču na odluku osiguravača da zahteva određene informacije. Relevantnost tih informacija za određivanje visina premija treba da dokaže primenom aktuarskih tabela. To važi i za značaj genetskih testova, odnosno dok god ne postoji naučno zasnovan dokaz veze između genetske mutacije i bolesti, osiguravačima neće biti lako da objasne relevantnost traženja tih podataka.

4. Stav domaćeg i uporednopravnog zakonodavca

Kada se pogledaju propisi Republike Srbije kojima se reguliše ugovorno pravo osiguranja,³⁴ ali i odredbe kojima se određuju uslovi za korišćenje rezultata genetskih testova, dolazi se do zaključka da je veoma mali broj ograničenja pravu osiguravača da zahteva podatke iz genetskih testova. Odredbom Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti i genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti³⁵

³⁰ M. A. Rothstein, 795–796.

³¹ Tako, primera radi, kod žena koje poseduju BRCA mutaciju koja ukazuje na mogućnost dobijanja raka grudi ili jajnika, verovatnoća nastupanja bolesti je u velikom procentu zavisna od toga da li je neko od srodnika takođe imao tu bolest. Samo postojanje te mutacije ima mnogo manji značaj. Tako i K. Metcalfe *et al.*, “The Risk of Breast Cancer in *BRCA 1* and *BRCA 2* Mutation Carriers without a First-Degree Relative with Breast Cancer,” *Clinical Genetics* 5/2017, 1063–1068; A. Lowden, “Underwriting Genetic Diseases,” *Medical Selection of Life Risks* (eds. R. Brackenridge, R. Crosson, R. Mackenzie), London 2006, 99–114.

³² M. Richards, „How distinctive is genetic information?“, *Studies in History and Philosophy of Biology and Biomedical Science*, No. 4/2001, 668, kao i T. Lewens, “Development aid: On ontology and ethics”, *Studies in History and Philosophy of Biology and Biomedical Science* 1/2015, 198.

³³ C. Brown, J. Menezes, 5-2, 5-4.

³⁴ ZOO, čl. 897–965.

³⁵ Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti i genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 8/2015.

predviđeno je da niko ne sme da bude diskriminisan ili doveden u nepovoljan položaj zbog svojih genetičkih karakteristika, genetičkih osobina sa njim genetički povezanog lica i zbog samog preduzimanja ili nepreduzimanja genetičkog ispitivanja.³⁶ Iz te odredbe Zakona je samo jasno da neko ne može biti stavljen u nepovoljniji položaj zbog svog genetskog stanja.

U ZOO, kao osnovnom izvoru materijalnog prava osiguranja, osiguravaču nije direktno zabranjeno da zahteva rezultate genetskih testova od osiguranika, na osnovu kojih bi osiguranik bio oslobođen svoje predugovorne obaveze da prijavi okolnosti od značaja za procenu rizika. Ta pravna praznina znači da osiguranik može biti pogođen zahtevom osiguravača za poništaj ugovora ako ne pruži informacije dobijene vršenjem genetskih testova.

Pravo osiguravača da zahteva uvid u lekarsku dokumentaciju osiguranika kako bi nivelisao premiju osiguranja takođe je podnormirano, tako da se ostavlja prostor da osiguravač može da dođe do informacija o sprovedenim genetskim testovima koji se nalaze u medicinskoj dokumentaciji kako bi organizovao svoje poslovanje na ekonomski što pogodniji način.³⁷

Uporednopravno posmatrano, postoje različita rešenja o pravu osiguravača da traže informacije dobijene genetskim testovima. Neka imaju isključiv stav o zabrani traženja takvih podataka, bilo u zakonima koji osiguravaču eksplicitno zabranjuju da koristi genetske informacije, bilo u zakonima koji se bave zabranom diskriminacijom,³⁸ dok u nekima vlada nešto slobodniji pristup. Jedna od zemalja koja je imala liberalniji stav je i Engleska, čije zakonodavstvo je dozvoljavalo osiguravačima da traže ove podatke. Međutim, engleski osiguravači i Vlada su 2010. godine uveli moratorijum na traženje tih podataka, sa trajanjem do 2014. godine.³⁹ Traženje podataka dobijenih po osnovu genetskih testova je bilo ograničeno za ona osiguranja života čija je osigurana suma niža od 500.000 £, odnosno 300.000 £ za zdravstveno osiguranje od teških bolesti, ako je reč o prediktivnim genetskim testovima⁴⁰ koje je odobrila Vlada.⁴¹ Ta rešenja su zadržana i u sada važećem Zakonu o genetskom testiranju i osiguranju,⁴² koji je stupio na snagu nakon prestanka važenja Moratorijuma.

³⁶ Sličnu odredbu sadrži i nemački Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen, *BGBI. I S. 2460*.

³⁷ J. Slavnić, „Ugovor o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju kao predmet zakonskog regulisanja – prilog raspravi o regulisanju ugovora o osiguranju u novom Građanskom zakoniku Srbije”, *Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije*, Palić 2010, 27.

³⁸ Neke od zemalja koje osiguravačima koji se bave osiguranjem života eksplicitno zabranjuju korišćenje genetskih testova su Argentina, Belgija, Francuska, Nemačka, Holandija, Portugalija, Švedska, Izrael, Švajcarska, Litvanija.

³⁹ Department of Health and Association of British Insurers (2005). Concordat and moratorium on genetics and insurance, http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4105905, poslednji pristup 10. 1. 2023. Moratorijum je važio do 2019. godine, nakon čega je stupio na snagu Zakon o genetskom testiranju i osiguranju.

⁴⁰ I članom 11 Konvencije Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini predviđeno je da se prediktivni testovi mogu koristiti samo za potrebe zaštite zdravlja i u naučne svrhe u vezi sa zaštitom zdravlja.

⁴¹ Za ostale polise u kojima pokriva prevazilaze navedene okvire osiguravači su imali dozvolu samo da traže rezultate genetskih testova u vezi sa Hantingtonovom bolešću. Vid. detaljnije Anonymous, Insurance genetics moratorium extended to 2014, Association of British Insurers Press Release, 13 June 2008, <http://www.abi.org.uk/Newsreleases/viewNewsRelease.asp?nrId=16274>, poslednji pristup 28. 1. 2023.

⁴² Code on Genetic Testing and Insurance, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/751230/code-on-genetic-testing-and-insurance.pdf, poslednji pristup 31. 1. 2023.

Sledeće ograničenje prava osiguravača da traži podatke dobijene putem genetskim testovima iz Moratorijuma bilo je da ne sme da traži rezultate prediktivnih genetskih testova, ali sme dijagnostičkih.⁴³ Pod prediktivnim genetskim testovima se, prema Aneksu Moratorijuma, razumeju oni testovi koji se preduzimaju pre pojave bilo kakvih simptoma bolesti, a dijagnostički su oni koji se rade nakon pojave bolesti ili nekih simptoma koji ukazuju na postojanje određene bolesti. To pravilo bi se moglo oceniti kao smisljeno i dobro jer je isključena mogućnost da osiguravač traži rezultate genetskih testova kada je još uvek vrlo neizvesno da li će se bolest uopšte razviti. U slučajevima kada osiguravač ima ovlašćenje da traži rezultate dijagnostičkih testova, osigurani slučaj se već i ostvario (kod dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja) ili je već sasvim izvesno da će se ostvariti (kod osiguranja života). Donekle slično rešenje predviđeno je i američkim zakonom GINA⁴⁴, u smislu da je osiguravaču zabranjeno da zahteva sprovođenje ili obaveštavanje o rezultatima genetskih testova,⁴⁵ ali mu je dato ovlašćenje da modifikuje premije dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja kada bolest već nastupi.⁴⁶ Iako možda zvuče kao pravedna rešenja, mora se naglasiti da se GINA ne primenjuje ni na osiguranje života ni na invalidska osiguranja.⁴⁷

Ipak, poslednja brana upotrebi genetskih testova učinila je spornim celokupno zakonsko rešenje iz Engleske jer je ostavilo prostora za isuviše široku interpretaciju. Jedan od principa na kojem se zasnivao Moratorijum bio je da osiguravači neće na drugačiji način tretirati one osiguranike koji imaju nepovoljnije rezultate genetskog testiranja, *osim ako je to opravdano*. Upotrebljena odrednica je prilično sporna jer jasno vodi pitanju kada uopšte nejednak tretman može biti opravdan. Slična odredba se našla i u tekstovima zakona nekih američkih država kojima je predviđeno da osiguravači mogu koristiti rezultate genetskih testova ako je to aktuarski opravdano.⁴⁸

Nasuprot Engleskoj, Nemačka je jedna od zemalja u kojoj od početka postoji vrlo stroga zabrana korišćenja genetskih podataka za potrebe ugovora o osiguranju. Zakon o genetskim ispitivanjima na ljudima⁴⁹ u § 18 predviđa opštu zabranu osiguravačima da od osiguranika, prilikom zaključenja ugovora i tokom njegovog trajanja, zahtevaju:

- sprovođenje genetskih testova,
- dostavljanje rezultata ili podataka genetskih testova koje je osiguranik već samostalno sprovodio i
- primenu rezultata ili podataka dobijenih ranijim sprovođenjem genetskih testova.

⁴³ Konkordat i moratorijum, tačka 16.

⁴⁴ Genetic Information Nondiscrimination Act, Public Law 110-233, 122 Stat. 881.

⁴⁵ GINA, čl. 101. st. c1 i c2, čl. 102. st. d1 i d2, čl. 103. st. d1 i d2, čl. 2753. st. e1 i e2.

⁴⁶ GINA, Art. 2753, st. a1, b1.

⁴⁷ S. Zhang, *The Loopholes in the Law Prohibiting Genetic Discrimination*, <https://www.theatlantic.com/health/archive/2017/03/genetic-discrimination-law-gina/519216>, poslednji pristup 23. januar 2023.

⁴⁸ Kansas Statute § 40-2259; Wisconsin Statute §942.07.

⁴⁹ Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen, *BGBI. I S.* 2460.

Sva pomenuta ograničenja predstavljaju eksplicitno oslobađanje osigurani-ka obaveze da prijavi okolnosti relevantne za procenu rizika, a koji se tiču genetskih testova.⁵⁰ Istovremeno, osiguravač ne sme da postavlja osiguraniku pitanja u vezi sa rezultatima genetskih testova, a čak i ako bi bila postavljena, osiguranik nije u obavezi da na njih odgovori i za to ne može biti sankcionisan.

Osiguravač pak može zahtevati rezultate genetskih testova ako se osiguranik samostalno podvrgao testiranju, odnosno može tražiti dostavljanje rezultata ranije sprovedenih genetskih testova, ako je pritom reč o određenoj vrsti pokrića i visini dugovane sume osiguranja.⁵¹ Slično kao i u Engleskoj, reč je o ugovoru o životnom osiguranju, o osiguranju zbog profesionalne nesposobnosti za rad, osiguranju za slučaj invaliditeta i osiguranju tuđe pomoći i nege ako je ugovorena osigurana suma preko 300.000 evra jednokratno, odnosno 30.000 evra godišnje rente.⁵²

Osnovni nedostatak nemačkog rešenja, o kome treba voditi računa prilikom regulisanja tog pitanja u domaćem zakonodavstvu, jeste da zakonodavac ne pravi razliku između prediktivnih genetskih testova i dijagnostičkih genetskih testova koji se imaju primeniti onda kada je bolest već nastala.⁵³

Vrlo bitno pitanje i problem u zemljama koje su zabranile korišćenje rezultata genetskih testova za potrebe ugovora o osiguranju jeste donekle licemeran pristup jer ne postoji nikakvo ograničenje u pristupu podacima iz medicinskih kartona koji se tiču porodične istorije bolesti.⁵⁴ U tim zemljama su se desile situacije da osobe koje imaju određenu bolest u porodici, za koju još uvek nisu razvijeni genetski testovi, plate više premije nego oni koji su pozitivno testirani na određeni sličan genetski rizik, koji su od takve mogućnosti naplate više premije zaštićeni.⁵⁵ U vezi sa tim je i pitanje šta je sa upitnicima osiguravača koji za potrebe zaključivanja ugovora o osiguranju života i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja sadrže i pitanja o porodičnoj istoriji oboljenja. Tako da se postavlja pitanje da li je i to genetska informacija.⁵⁶ Postavlja se i pitanje uvida u medicinsku dokumentaciju

⁵⁰ Tako i N. Bodiroga –Vukobrat, L. Belanić, „Osigurani rizik u zdravstvenom osiguranju u svetlu novih otkrića genetike”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2018, 361. Takođe, C. Kopetzki, „Genetische Analysen und Versicherung- und verfassungsrechtliche Aspekte des §67 GTG”, *Versicherungsrundschau* 7–8/2015, 27.

⁵¹ Par. 18, Abs. 1 (2) Zakona o genetskom ispitivanju.

⁵² U Švajcarskoj je taj iznos 400.000, odnosno 40.000 franaka. J. C. Bélisle-Pipon *et al.*, “Genetic testing, insurance discrimination and medical research: what the United States can learn from peer countries”, *Nature Medicine*, 2019, 1198–1204. O pokušajima ukidanja bilo kakvih limita u korišćenju genetskih informacija u Švajcarskoj, vid.

<https://www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=42354>, poslednji pristup 26. januar 2023.

⁵³ Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) vom 13. Oktober 2008, 14. Januar 2009, Verband der Privaten Krankenversicherung e.V.

⁵⁴ T. Lemmens, “Selective Justice, Genetic Discrimination, and Insurance: Should We Single Out Genes in Our Laws?”, *McGill Law Journal* 45/2000, 359–361, 367–368.

⁵⁵ Primera radi, u Belgiji se desilo da je vrlo stroga odredba Zakona o ugovoru o osiguranju o zabrani primene testova od osiguravača dovela do toga da osoba koja u porodici ima obolele od Huntingtonove bolesti osiguravaču ne može da podnese rezultate genetskog testa koji pokazuju da to lice nije nosilac tog gena. Wet 25 juni 1992 op de landsverzekeringsovereenkomst, B.S. 20 August 1992, art. 5

⁵⁶ Tako i T. Lemmens (2004), 374.

koja će sve više i više sadržati i informacije o rezultatima genetskih testova.⁵⁷ Osiguranci mogu svesno ili nesvesno dati svoju saglasnost osiguravačima da pristupe njihovim medicinskim kartonima.

5. Posledice uvođenja obaveze osiguranika da prijavi podatke iz genetskih testova

Uvođenje obaveze za osiguranike da prijave genetske informacije, bilo prilikom zaključivanja ugovora o osiguranju, bilo tokom njegovog trajanja, nosi nekoliko neminovnosti. Prvenstveno je u određenim empirijskim istraživanjima ukazano na to da su osiguranci pokazali veliku dozu straha da će im osiguravači, ako saznaju rezultate njihovog genetskog testa, uskratiti pristup određenom dobru koje im je bitno.⁵⁸ Nastaje mogućnost stigmatizacije onih lica koja su lošije prošla na genetskoj lutriji, čime se dostignuća iz oblasti genetike potpuno stavljaju u primenu izvan medicinskog konteksta.⁵⁹ U skladu sa tim se može naići i na svedočenja lekara koji su savetovali pacijente da se ne podvrgavaju genetskom testiranju dok ne dođu u određeno životno doba kada više nisu u opasnosti da ih osiguravajuća društva nepovoljno tretiraju i kada su već zaključili ugovore o osiguranju koji će im dugoročno gledano služiti.⁶⁰ Na ovom mestu možemo govoriti o strahu od nastanka genetske diskriminacije. Ipak treba voditi računa o tome da se pojam genetske diskriminacije često koristi vrlo paušalno i provizirno, bez dovoljno preciziranja.⁶¹ U kontekstu osiguranja moglo bi se govoriti o genetskoj diskriminaciji kada postoji neopravdano nejednako postupanje prema osiguranicima usled pretpostavljenih ili postojećih genetskih karakteristika,⁶² a naročito ako se u trenutku kada je učinjena diskriminacija prema osiguraniku posledice genetskih promena još nisu ispoljile.⁶³ Kako su genetski testovi u većoj meri orijentisani na budućnost, odnosno na budući razvoj zdravstvenog stanja pojedinca, jasno je da postoji prostor za nastanak genetske diskriminacije. Za osiguranike je najopasniji scenario kojim se pojedincu uskraćuje pokriće po osnovu ugovora o osiguranju, odbija

⁵⁷ Na tu problematiku upućuje i N. Jecker, "Genetic Testing and the Social Responsibility of Private Health Insurance Companies", *Journal Law, Medicine and Ethics* 1/1993, 110.

⁵⁸ J. O. Robinson *et al.*, "Participants and study decliners' perspectives about the risks of participating in a clinical trial of whole genome sequencing", *Journal of Empirical Research on Human Research Ethics* 11/2016, 21–30. Takođe, Els Geelen *et al.*, "Unravelling fears of genetic discrimination: an exploratory study of Dutch HCM families in an era of genetic non-discrimination acts", *European Journal of Human Genetics* 10/2012, 1018–1023.

⁵⁹ Tako i J. Harris, *Wonderwoman and Superman: The Ethics of Human Biotechnology*, Oxford University Press, New York 1992, 222.

⁶⁰ Human Genetics Commission, Human genetics commission response to the discrimination law review consultation, a framework for fairness: Proposals for a single equality bill for Great Britain (Response to Consultation), 2008, http://www.equalities.gov.uk/equality_bill/introduction.aspx, poslednji pristup 10. januar 2023.

⁶¹ A. Bremhorst, *Legitime Risikodifferenzierung oder genetische Diskriminierung. Werden Menschen aufgrund genetischer Merkmale von privaten Versicherungsunternehmen benachteiligt?*, GRIN Verlag, 2016, 10.

⁶² T. Lemke, *Perspectives on Genetic Discrimination*, New York, London 2013, 107.

⁶³ *Ibid.* Tako i C. Erwin, "Legal update: Living with the Genetic Information Nondiscrimination Act", *Genetics in Medicine* 12/2008, 869.

zaključivanje ugovora ili se nudi zaključivanje ugovora pod uslovom plaćanje viših premija, a sve zbog klasifikacije rizika zasnovane na genetici.⁶⁴

Potom, čak i ako osiguravači dobiju genetske informacije, to ne znači nužno da će dobiti onaj poslednji delić informacije koji im je bio neophodan da bi njihovo poslovanje bilo savršeno i svrsishodno organizovano. Osiguravajuća društva moraju da nađu metod postupanja sa takvim informacijama jer prognoze zasnovane na informacijama o genetici prete da učine *pool*-ove rizika tako malim da će postati ekonomski potpuno neopravdano plaćati nešto skuplje premije osiguranja. Pružanje genetskih informacija i njihovo odavanje za potrebe obračunavanja premija osiguranja može biti, iako zvuči neverovatno, i vrlo pogubno za osiguravače. Iako im se čini da na taj način mogu dobiti vrlo bitne informacije, one mogu dovesti do formiranja isuviše malih grupa osiguranika prema stepenu verovatnoće ostvarenja rizika. Posledično, osiguranici mogu da odluče da je osiguranje za njih ekonomski neisplativo i da im je mudrije da lično štede za slučaj da dođe do bolesti. Premije osiguranja za njih mogu biti previsoke i posledica povlačenja velikog broja osiguranika za osiguravače može značiti nemogućnost da sakupe dovoljan iznos premija koji osiguravačima omogućava da posluju.

6. Zaključak

Precizno regulisanje prava osiguravača da traže i dobiju podatke iz genetskih testova pred sobom ima brojne zahteve. Neosporno je da to pitanje sadrži brojne problematične aspekte, čije neregulisanje može dovesti do mnogih zloupotreba. Kada se raspravlja o tom pitanju, uglavnom je prva reakcija da osiguravačima treba zabraniti da zahtevaju podatke iz genetskih testova jer je reč o faktorima na koje pojedinac ne može da utiče niti da ih na bilo koji način kontroliše. Jednostavno zvuči nepravedno da osiguranik bude sankcionisan zbog nečega što je van njegove moći. Pojedinac ne može izmeniti svoje gene i na taj način učiniti sebe pogodnim da bude osiguranik po osnovu osiguranja života.

Iz vizure prava osiguranja, potpuno je opravdano da se osiguravačima ograniči korišćenje prediktivnih genetskih testova jer se na taj način dobijaju podaci koji nisu od velikog aktuarskog značaja. Osim toga, postoji bojazan da bi po osnovu njih osiguranik bio neosnovano tretiran kao bolesno lice iako još uvek nema nikakvu manifestaciju bolesti te postoji velika verovatnoća da se ona neće ni razviti. Takođe, nužno je uvažiti pravo osiguranika da i ne želi

⁶⁴ Poznat je primer kada je osiguranik iz Kanade poginuo u saobraćajnoj nesreći, pa je njegova žena kao korisnik osiguranja želela da naplati osiguranje života kao korisnik osiguranja. Osiguravač je proverio medicinski karton osiguranika i tom prilikom je ustanovio da je osiguranik bio nosilac gena koji ukazuje na potencijalno razvijanje ozbiljne neurodegenerativne bolesti. S obzirom na to da je osiguranik znao za rezultate genetskog testa pre nego što je zaključio ugovor o osiguranju, osiguravač je odbio da isplati osiguranu sumu supruzi osiguranika, pa je ona pokrenula sudski spor. *Audet v. Industrielle-Alliance*, [1990] R.R.A. 500 (C.S.). Sud je stao na stranu osiguravača jer je prilikom zaključivanja ugovora izjavio da nema fizičkih i mentalnih anomalija. Vid. detaljnije T. Lemmens (2000), 353–354, 401.

da sazna neke informacije,⁶⁵ o čemu govori i Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini.⁶⁶

Iako najjednostavnije zvuči da se osiguravaču uvede zabranu da koristi genetske informacije, nije lako odrediti jasne granice te zabrane. Prilikom regulisanja tog pitanja treba voditi računa o nekoliko činilaca. Pravac u kom bi trebalo da se kreće regulisanje tog pitanja jeste uvođenje zabrane osiguravača da zahtevaju sprovođenje, ali i analize rezultata dobijenih sprovođenjem genetskih testova i u predugovornoj fazi i tokom trajanja ugovora o osiguranju.

Takođe, treba napraviti razliku između prediktivnih i dijagnostičkih testova, uz uvođenje određenih izuzetaka kada osiguravač može tražiti rezultate sprovedenih dijagnostičkih testova za potrebe zaključivanja određenih ugovora o osiguranju koji pružaju pokrića određenog iznosa. Dodatna brana potencijalnoj zloupotrebi tih rešenja moglo bi da bude i pravilo da se mogu zahtevati samo genetski testovi za one bolesti za koje je država propisala odobrenje. Ipak, većina testova, čak i kada su pozitivni, ostavlja prostor za njihovo tumačenje i analizu, a to je praćeno određenom dozom neizvesnosti, tako da ne postoji prevelika bojazan od značajne nepovoljne selekcije.

Ne smeju se zanemariti ni brojni psihološki efekti koji prate otkrivanje genetskih informacije osiguravačima, njihovo komercijalno korišćenje i mogućnost netačnog tumačenja. Sve su to razlozi koji zahtevaju odmeravanje interesa za zaštitu privatnosti, izvršenje ugovorne obaveze, ali i interesa osiguravača koji želi da obezbedi svoje poslovanje.

Literatura

- Bélisle-Pipon C. *et al.*, "Genetic testing, insurance discrimination and medical research: what the United States can learn from peer countries", *Nature Medicine*, 2019, <https://doi.org/10.1038/s41591-019-0534-z>.
- Bodiroga Vukobrat N., Belanić L., „Osigurani rizik u zdravstvenom osiguranju u svetlu novih otkrića genetike”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2018, <https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.12>.
- Bremhorst A., *Legitime Risikodifferenzierung oder genetische Diskriminierung. Werden Menschen aufgrund genetischer Merkmale von privaten Versicherungsunternehmen benachteiligt?*, GRIN Verlag, 2016.
- Brown C., Menezes J., *Insurance Law in Canada: A Treatise on the Principles of Indemnity Insurance as Applied in the Common Law Provinces of Canada* 1, Carswell, Toronto 2002.
- Daniels N., "The Functions of Insurance and the Fairness of Genetic Underwriting", *Genetics and Life Insurance: Medical Underwriting and Social Policy* (ed. Mark Rothstein), MA MIT Press, Cambridge 2004.

⁶⁵ G. Laurie, "In Defense of Ignorance: Genetic Information and the Right Not to Know", *European Journal of Health Law* 2/1999, 119.

⁶⁶ Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine, ETS No. 164, 01/12/1999, čl. 10 (2).

- Erwin C., "Legal update: Living with the Genetic Information Nondiscrimination Act", *Genetics in Medicine* 12/2008, <https://doi.org/10.1097/GIM.0b013e-31818ca4e7>.
- Fox D., „Genomic Justice, Genetic Testing and Health Insurance in America”, *Roosevelt Review* 1/2005.
- Geelen E., *et al.*, "Unravelling fears of genetic discrimination: an exploratory study of Dutch HCM families in an era of genetic non-discrimination acts", *European Journal of Human Genetics* 10/2012, <https://doi.org/10.1038/ejhg.2012.53>.
- Glantić M., „Održivost načela krajnje dobre vere u ugovornom pravu reosiguranja”, *Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović* 2/2021.
- Goldschmidt L., *Handbuch des Handelsrechts*, F. Enke, Stuttgart 1891.
- Harris, J., *Wonderwoman and Superman: The Ethics of Human Biotechnology*, Oxford University Press, New York 1992.
- Jecker N., "Genetic Testing and the Social Responsibility of Private Health Insurance Companies", *Journal Law, Medicine and Ethics* 1/1993, <https://doi.org/10.1111/j.1748-720X.1993.tb01236.x>.
- Joly Y., Knoppers B., Godard B., "Genetic information and life insurance: A "Real" risk?", *European Journal of Human Genetics* 11/2003, <https://doi.org/10.1038/sj.ejhg.5200998>.
- Knoppers B., "Who Should Have Access to Genetic Information", *The Genetic Revolution and Human Rights* (ed. Justine Burley), Oxford University Press, New York 1999.
- Kopetzki C., „Genetische Analysen und Versicherungs- und verfassungsrechtliche Aspekte des §67 GTG”, *Versicherungsrundschau* 7–8/2015.
- Laurie G., "In Defense of Ignorance: Genetic Information and the Right Not to Know", *European Journal of Health Law* 2/1999, <https://doi.org/10.1163/15718099920522730>.
- Lemke T., „Beyond genetic discrimination. Problems and perspectives of a contested notion”, *Genomics, Society and Policy* 3/2005, <https://doi.org/10.1186/1746-5354-1-3-22>.
- Lemke T., *Perspectives on Genetic Discrimination*, New York, London 2013, <https://doi.org/10.4324/9780203526118>.
- Lemmens T., "Selective Justice, Genetic Discrimination, and Insurance: Should We Single Out Genes in Our Laws?", *McGill Law Journal* 45/2000.
- Lemmens T., "Can Insurance Law accomodate the Uncertainty associated with Preliminary Genetic Information", *La Revue du Barreau Canadien*, 2004.
- Lemmens T., *Genetic Information and Insurance: A Contextual Analysis of Legal and Regulatory Means of Promoting Just Distributions*, doktorska disertacija odbranjena na McGill University, Montreal 2003.

- Lewens T., "Development aid: On ontogeny and ethics", *Studies in History and Philosophy of Biology and Biomedical Science* 1/2015.
- Lowden A., Underwriting Genetic Diseases, *Medical Selection of Life Risks* (eds. Richard Brackenridge, Richard Croxson, Ross Mackenzie), London 2006, https://doi.org/10.1007/978-1-349-56632-7_6.
- Macdonald A., "Human Genetics and Insurance Issues", *Bio-ethics for the New Millenium*, St. Andrew Press, Edinburgh 2000.
- Matloff E. et al., "What would you do? Specialists' perspectives on cancer genetic testing, prophylactic surgery, and insurance discrimination", *Journal of Clinical Oncology* 12/2000, <https://doi.org/10.1200/JCO.2000.18.12.2484>.
- Metcalfe K. et al., "The Risk of Breast Cancer in BRCA 1 and BRCA 2 Mutation Carriers without a First-Degree Relative with Breast Cancer," *Clinical Genetics* 5/2017, <https://doi.org/10.1111/cge.13191>.
- Petrović Tomić N., *Zaštita potrošača usluga osiguranja, Analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Beograd 2015.
- Petrović Z., Čolović V., Knežević D., *Istorija osiguranja u Srbiji, Crnoj Gori i Jugoslaviji do 1941. godine*, Beograd 2013.
- Picard M., Besson A., „Les assurances terrestres en droit français, Le contrat d'assurance”, *Revue international de droit comapare* 1/1971.
- Prince A., "Insurance Risk Classification in an Era of Genomics: Is a Rational Discrimination Policy Rational?" *Nebraska Law Review* 3/2018.
- Richards M., „How distinctive is genetic information?", *Studies in History and Philosophy of Biology and Biomedical Science* 4/2001, [https://doi.org/10.1016/S1369-8486\(01\)00027-9](https://doi.org/10.1016/S1369-8486(01)00027-9).
- Robinson J. O. et al., "Participants and study decliners' perspectives about the risks of participating in a clinical trial of whole genome sequencing", *Journal of Empirical Research on Human Research Ethics* 11/2016, <https://doi.org/10.1177/1556264615624078>.
- Rothstein M. A., „Time to End the Use of Genetic Test Results in Life Insurance Underwriting”, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2018, <https://doi.org/10.1177/1073110518804243>.
- Slavnić J., „Ugovor o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju kao predmet zakonskog regulisanja – prilog raspravi o regulisanju ugovora o osiguranju u novom Građanskom zakoniku Srbije”, *Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije*, Palić 2010.
- Smith R., Raithatha N., "Why disclosure of genetic tests for health insurance should be voluntary", *Journal of Health Services Research and Policy* 11/2006, <https://doi.org/10.1258/135581906777641730>.
- Stojković Zlatanović S., „Genetska diskriminacija i genetsko testiranje u oblasti rada i zapošljavanja – osnovna pravna pitanja”, *Strani pravni život* 2/2015.

- Vukadinović Marković J., „Dužnost ugovarača osiguranja da prijavi okolnosti od značaja za ocenu rizika u ugovorima o osiguranju”, *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje* (ur. Z. Petrović, V. Čolović), Institut za uporedno pravo, Udruženje za odštetno pravo, Zrenjanin 2017.
- Wilkinson R., „Unjustified Discrimination: Is the Moratorium on the Use of Genetic Test Results by Insurers a Contradiction in Terms”, *Health Care Anal* 18/2010, <https://doi.org/10.1007/s10728-009-0137-9>.
- Zhang S., The Loopholes in the Law Prohibiting Genetic Discrimination, <https://www.theatlantic.com/health/archive/2017/03/genetic-discrimination-law-gina/519216>.
- Ziegler J., Ziegler A., „Gendiagnostikgesetz und Versicherung: Anspruch und Wirklichkeit”, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, 2011, <https://doi.org/10.1007/s12297-010-0101-7>.

THE USE OF GENETIC DATA IN INSURANCE LAW

Summary

The decreasing costs of conducting genetic testing and obtaining genetic data once again put focus on their usage by insurance companies. In this regard, two issues are important from the perspective of insurance law. The first question is the extent of the obligation of the insured to report the information obtained during the genetic tests as part of his duty of disclosure. Another issue is the right of insurers to require future policyholders to undergo genetic testing, which may contribute to information asymmetry between policyholders and policyholders. Both matters lead to a broader issue, which must also be considered from the point of view of human rights, and that is whether insurance companies discriminate their policyholder by using this data. One inevitability characterizes insurance law, and that is the classification of the insured into different groups according to the probability of realization of the insured risk. Depending on that classification, insurers make decisions about whether they want to conclude an insurance contract with a potential insured or not, how much coverage they will offer and how much premium they will claim. It is therefore clear that there may be discrepancies between what the insured considers fair and what is actuarially fair and justified to the insurer.

Many US states and European countries have passed legislation banning genetic discrimination in insurance law. The paper will be dedicated to the analysis of their efficiency, as well as whether they take into account the nature of insurance and what consequences it has on access to health care.

Key words: insurance, genetic data, discrimination, risk classification.

PROFILISANJE I AUTOMATIZOVANO DONOŠENJE ODLUKA OD OSIGURAVAJUĆEG DRUŠTVA U SVETLU ZAŠTITE PODATAKA O LIČNOSTI***

Apstrakt

Osiguravajuća društva svakodnevno u svom redovnom poslovanju dolaze u dodir sa velikim brojem podataka o ličnosti, profilišu korisnike i odluke često donose na automatizovan način. Profilisanje se koristi u industriji osiguranja kao sredstvo za preduzimanje radnji kao što su određivanje premija, otkrivanje mogućih prevara i planiranje marketinških kampanja. Donošenje Opšte uredbe o zaštiti podataka o ličnosti i, po ugledu na nju, srpskog Zakona o zaštiti podataka o ličnosti ima veliki uticaj na poslovanje osiguravajućih društava jer uvode obavezno obaveštavanje prilikom prikupljanja podataka od lica na koje se podaci odnose. Naime, tim aktima je uvedena obaveza obaveštavanja lica od koga se podaci prikupljaju o tome da će se odluke donositi automatizovano i o sadržini logike koja se koristi prilikom automatizovanog donošenja odluka i značaju predviđenih posledica takve obrade.

Autorke u radu nastoje da obrade uticaj Opšte uredbe o zaštiti podataka o ličnosti, a pre svega člana 22. na profilisanje i automatizovano donošenje odluka od osiguravajućih društava, imajući u vidu da to predstavlja redovnu aktivnost u njihovom poslovanju. Tim članom je predviđena mogućnost da se na lica na koje se podaci odnose ne primenjuje odluka zasnovana isključivo na automatskoj obradi, uključujući i profilisanje, koja proizvodi pravne efekte koji se na njega odnose ili na sličan način značajno utiču na njega. Iz tih razloga će u radu biti analiziran uticaj te odredbe na redovno poslovanje osiguravajućih društava.

Ključne reči: GDPR, podatak o ličnosti, profilisanje, automatizovano donošenje odluka, transparentnost.

1. Uvod

Donošenje i početak primene Opšte uredbe o zaštiti podataka o ličnosti (GDPR) u Evropskoj uniji, a samim tim i novog Zakona o zaštiti podataka o ličnosti

* Istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, j.rajic@iup.rs

** Istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, i.tosic@iup.rs

*** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

(ZZPL) u Srbiji izazvali su velike promene u poslovanju osiguravajućih društava.¹ Imajući u vidu prirodu njihovog posla, dovedeni su u pitanje njihovo dosadašnje celokupno poslovanje i način rada, pre svega iz razloga što svaki podatak koji osiguravajuća društva prikupljaju o korisnicima usluga osiguranja predstavlja podatak o ličnosti, prema kome se sačinjava ugovor o osiguranju.² Zbog toga je sektor osiguranja posebno izložen rizicima koji se analiziraju u GDPR.³ Osiguravajuća društva svakodnevno prikupljaju, obrađuju i čuvaju lične podatke (i osetljive podatke) dobijene u radu sa klijentima. Osim toga, te podatke razmenjuju i u poslovanju sa partnerima (bolnicama, kompanijama za upravljanje potraživanjima, firmama za otkrivanje prevara, kontakt centrima za pomoć na putu itd.). Međutim, u budućnosti će usklađenost sa novom regulacijom u oblasti zaštite podataka o ličnosti biti odlučujući faktor za nastavak partnerstva.⁴

Regulatorne promene koje donosi GDPR odnose se na promenu tradicionalnih bezbednosnih pristupa, ali i na uvođenje novih poslovnih pravila i unapređene bezbednosne strategije. Značaj te reforme proizlazi upravo iz njenog cilja da se determinišu granice i maksimalno zaštititi protok podataka s naglaskom na obradu ličnih podataka i zaštitu privatnosti.⁵ Imajući u vidu da prilikom obavljanja delatnosti osiguravajuća društva svakodnevno prikupljaju veliki broj ličnih podataka, implementacija novih odredaba je bila poseban izazov za ta društva.

Profilsiranje i automatizovano donošenje odluka koriste se u sve većem broju sektora, i privatnih i javnih. Bankarstvo i finansije, zdravstvo, osiguranje, marketing i oglašavanje samo su neki od sektora u kojima se profilsiranje redovno sprovodi kako bi se olakšalo donošenje odluka.⁶ Napredak u tehnologiji, mogućnost analize velikih podataka i razvoj veštačke inteligencije⁷ olakšali su kreiranje profila i donošenje automatizovanih odluka sa potencijalom da značajno utiču na prava i slobode pojedinca.⁸

Profilsiranje i automatizovano donošenje odluka olakšava poslovanje i omogućava kompanijama da ostvare dva cilja: povećanu efikasnost i uštedu resursa.

¹ Više o GDPR vid. u S. Andonović, D. Prlja, *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.

² Više u I. Tošić, O. Novaković, „Uticaj nove regulacije u oblasti zaštite podataka o ličnosti na rad osiguravajućih društava”, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. Stefan Andonović, Dragan Prlja, Andrej Diligenski), 2020, 93–103.

³ D. Bara, Utjecaj GDPR „Uredbe na poslovanje osiguravajućih društava”, u: *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencije – Hrvatski dani osiguranja* (ur. Marijan Ćurković, Jakša Krišto, Damir Zorić), 2017, 23–48.

⁴ X. Liapakis, „A GDPR Implementation Guide for the Insurance Industry”, *International Journal of Reliable and Quality E-Healthcare* 7(4)/2018, 35.

⁵ M. Boban, „Zaštita osobnih podataka i nova EU uredba o zaštiti podataka”, *Bilten HDMI* 24(1)/2018, 30.

⁶ Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 2017, 5.

⁷ Više u S. Thaira, *The Use of AI in (Telematics) Insurance and the GDPR*, Master in Information Technology and Intellectual Property Law, 2019–2020.

⁸ Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 5.

Ipak, osim tih prednosti, donošenje odluka na taj način može ugroziti slobodu izbora određenih proizvoda ili usluga, može dovesti do netačnih predviđanja, uskraćivanja usluga i robe i neopravdane diskriminacije.

Prema Opštoj uredbi o zaštiti podataka o ličnosti, profilisanje je svaki oblik automatske obrade podataka o ličnosti koji se sastoji od korišćenja podataka o ličnosti za procenu određenih ličnih aspekata fizičkog lica, posebno za analizu ili predviđanje aspekata radnog učinka, materijalnog stanja, zdravlja, ličnih sklonosti, interesa, pouzdanosti, ponašanja, lokacije ili kretanja tog fizičkog lica.⁹ Jasno je da to pokriva većinu svrha za koje se profilisanje koristi u industriji osiguranja.

2. Značaj za osiguravajuća društva

Kao što smo prethodno utvrdili, osiguravajuća društva svakodnevno u svom redovnom poslovanju dolaze u dodir sa velikim brojem podataka o ličnosti, koje u opisu svog poslovanja „moraju” da obrađuju te na osnovu njih vrše profilisanje korisnika i odluke često donose na automatizovan način. Iz tih razloga je uticaj odredaba GDPR-a koje se odnose na ova pitanja, a posebno člana 22, posebno značajan za ta društva.

2.1. Profilisanje

U skladu sa pomenutom definicijom, profilisanje je svaki oblik automatske obrade podataka o ličnosti koji se sastoji od korišćenja podataka o ličnosti za procenu određenih ličnih aspekata fizičkog lica, posebno za analizu ili predviđanje aspekata radnog učinka, materijalnog stanja, zdravlja, ličnih sklonosti, interesa, pouzdanosti, ponašanja, lokacije ili kretanja tog fizičkog lica. Takva definicija pokazuje da se profilisanje sastoji od izgradnje profila određenog lica, ali i njegove primene.¹⁰ Analizom te definicije, može se napraviti razlika između ocenjivanja ličnih karakteristika određenog lica, kao što su zdravlje, interesovanja, lične sklonosti i pouzdanost, s jedne strane, i ponašanje i kretanja tog lica, s druge strane. Sve te karakteristike predstavljaju takozvane „lične aspekte” određenog lica. Dakle, u kontekstu profilisanja, GDPR tretira lične karakteristike i (namerno) ponašanje lica čiji se podaci obrađuju podjednako. Ipak, u nekim slučajevima je teško ili čak nemoguće povući granicu između ličnih karakteristika i ponašanja određenog lica. Na primer, procena radnog učinka može obuhvatati lične karakteristike, kao

⁹ Uredba (EU) 2016/679 Evropskog Parlamenta i Veća od 27. aprila 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju van snage Direktive 95/46/EZ (GDPR), recital 71.

¹⁰ S. J. Eskens, *Profiling the European Consumer in The Internet of Things – How Will the General Data Protection Regulation Apply to This Form of Personal Data Processing, and How Should It?*, Thesis Research Master Information Law, University of Amsterdam 2016, 17.

što je kreativnost, i (namerno) ponašanje, kao što su radna etika i ljubaznost, ili oba istovremeno.¹¹

Obim profilisanja u kontekstu GDPR izuzetno je širok jer obuhvata različite oblasti (privatnog) života. Analiza se odnosi na vrlo jasne informacije, na primer lokaciju lica u određenom trenutku, do veoma složenih osobina ličnosti, kao što je pouzdanost. Uredba sledi moderan i pragmatičan pristup jer svaki podatak o ličnim aspektima određenog lica može biti dragocen i od odlučujućeg značaja, a automatizovana evaluacija osobina ličnosti može da se koristi u različite svrhe. Najpre, na taj način se osiguravajućim društvima omogućava da efikasnije koriste resurse, da personalizuju usluge i da koriste ciljani način oglašavanja prilagođen (pretpostavljenim) potrebama i željama potencijalnih klijenata.¹² U isto vreme, profilisanje može omogućiti i otkrivanje prevara (npr. zloupotrebu kreditne kartice koja pripada drugom licu).¹³ Prilikom profilisanja se moraju poštovati pravila Uredbe kojima se uređuje obrada podataka o ličnosti, kao što su pravna osnova obrade ili načela zaštite podataka.¹⁴

U industriji osiguranja profilisanje se koristi kao sredstvo za preduzimanje radnji kao što su određivanje premija, otkrivanje mogućih prevara i planiranje marketinških kampanja. Profilisanje može biti značajno jer omogućava pripremanje personalizovane ponude za konkretnog korisnika, a druge može dovesti do nepravedne diskriminacije.¹⁵ Cilj osiguravajućih društava je da se utvrde preferencije klijenata koji su spremni da zaključe ugovor sa osiguravajućim društvom. To je izuzetno značajno kako bi ponuda bila usmerena na specifične interese korisnika jer na taj način ima znatno veće šanse da privuče njegovu pažnju.¹⁶

2.2. Automatizovano donošenje odluka

Profilisanje korisnika usluga osiguranja usko je povezano sa donošenjem odluka na automatizovan način. Naime, profilisanje je prethodni korak koji omogućava automatizovano donošenje odluka. Član 22. GDPR-a pokazuje kako se u

¹¹ K. Wiedemann, *Automated Processing of Personal Data for the Evaluation of Personality Traits: Legal and Ethical Issues*, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* No. 18-04, *SSRN-id3102933.pdf*, 5, 15. novembar 2022.

¹² N. J. King, J. Forder, „Data Analytics and Consumer Profiling: Finding Appropriate Privacy Principles for Discovered Data”, *Computer Law & Security Review* 32(5)/2016, 696–697.

¹³ „Lažno” ponašanje pojedinca može se utvrditi, između ostalog, analizom obrasca kupovine vlasnika kreditne kartice u prošlosti i evaluacijom ličnih aspekata tog lica. O. Tene, J. Polonetsky, „Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 11(5)/ 2013, 239.

¹⁴ U GDPR se pominje šest načela obrade: 1. zakonitost, pravičnost i transparentnost; 2. ograničavanje svrhe obrade; 3. korišćenje najmanjeg mogućeg obima podataka; 4. tačnost podataka; 5. ograničenje vremena čuvanja i 6. čuvanje integriteta i poverljivosti podataka. GDPR, čl. 6.

¹⁵ S. Wachter, *Normative challenges of identification in the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR*, 11, *SSRN-id3083554.pdf*, 20. novembar 2022.

¹⁶ Za više vid. T. Z. Zarsky, „Mine Your Own Business!: Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion”, *Yale Journal of Law and Technology* 5/2003, <https://yjolt.org/sites/default/files/zarsky-5-yjolt-1.pdf>, 17. novembar 2022.

zakonodavnoj proceduri donošenja Uredbe fokus sa profilisanja prebacio na širi pojam – automatizovano donošenje odluka.¹⁷ Možemo reći da se taj proces sastoji iz tri faze: prikupljanje podataka, razvoj modela (korišćenjem algoritama) i donošenje odluke.¹⁸ U industriji osiguranja, ta tehnologija se najčešće koristi za procenu rizika i određivanje cena polisa osiguranja. Međutim, u toj industriji se javljaju brojni problemi povezani sa automatizovanim donošenjem odluka. Jedan od glavnih je da odluke donete na taj način mogu diskriminisati pojedine korisnike. Primera radi, može se dogoditi da takve odluke favorizuju pojedine kategorije korisnika neopravdanim određivanjem nižih cena polise osiguranja, što je u suprotnosti sa ciljevima industrije osiguranja da pruži adekvatnu zaštitu svim korisnicima. Osim toga, može se ograničiti mogućnost pojedinih lica da dobiju adekvatno osiguranje, odnosno određene kategorije lica se mogu isključiti iz osiguranja iz razloga koji nisu povezani sa stvarnim rizikom. Imajući to u vidu, prema odredbama GDPR, lice na koje se podaci odnose ima pravo da se na njega ne primenjuje odluka zasnovana isključivo na automatskoj obradi, uključujući i profilisanje, koja proizvodi pravne efekte koji se na njega odnose ili na sličan način značajno utiču na njega. Da bi se primenio taj član, treba da budu ispunjena dva uslova:

1. da je odluka zasnovana isključivo na automatskoj obradi, što znači da nije postojalo ljudsko učešće u donošenju odluke, i
2. da odluka proizvodi pravne efekte ili značajno utiče na lice na koje se podaci odnose.

Tek ukoliko su ta dva uslova kumulativno ispunjena, lice na koje se podaci odnose može tražiti da se na njega takva odluka ne primenjuje. Nije uvek jednostavno utvrditi da li su ta dva uslova ispunjena. Naime, osiguravajuće društvo ne može da izbegne odredbe tog člana fiktivnim prikazivanjem ljudskog učešća. Na primer, ako osiguravač rutinski primenjuje automatski generisane profile rizika na pojedinačne osiguranike bez ikakvog stvarnog uticaja na rezultat, to bi i dalje bila odluka zasnovana isključivo na automatizovanoj obradi. Da bi stvarno postojalo ljudsko učešće u donošenju odluke, osiguravajuće društvo mora da obezbedi da svaki nadzor odluke bude smislen, a ne samo simboličan. Trebalo bi da ga sprovede lice koje će analizom razmotriti sve relevantne podatke i koje ima ovlašćenje i nadležnost da odluku promeni. Iako su kompanije sklone da zbog poverenja u kompjuterske sisteme, nedostatka vremena, ali i uštede vremena i sredstava donose odluke isključivo na automatizovanoj bazi, da bi odluka bila doneta, neophodno je ljudsko učešće.¹⁹ U tom članu je posebno značajna reč „isključivo”. Naime, analiza tog člana jasno pokazuje da zakonodavac nije imao na umu da potpuno zabrani automatizovano donošenje odluka. Upravo

¹⁷ M. Brkan, „Do algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond”, *International Journal of Law and Information Technology* 27(2)/2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124901, 5, 15. decembar 2022.

¹⁸ D. Kamarinou, C. Millard, J. Singh, „Machine Learning with Personal Data”, *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper* 247/2016, 8.

¹⁹ M. Veale, L. Edwards, „Clarity, Surprises, and Further Questions in the Article 29 Working Party Draft Guidance on Automated Decision-Making and Profiling”, *Computer law and Security Review* 34(2)/2018, 400.

suprotno, ono je značajno za prikupljanje podataka o pojedincima i za pomoć prilikom donošenja odluka. Osim toga, ograničenje obuhvata samo automatizovano donošenje odluka koje proizvodi pravne efekte ili značajno utiče na lice na koje se podaci odnose. Te vrste efekata nisu definisane u GDPR, ali odluka mora imati značajan negativan uticaj na pojedinca da bi se ta odredba na njega primenjivala. Dok pravna dejstva obuhvataju situacije u kojima je pravni status promenjen ili su stvorene zakonske obaveze, utvrđivanje „značajnih” efekata u praksi izaziva nedoumice.²⁰ Čak i u situacijama kada proces donošenja odluke ne utiče na zakonska prava pojedinca, on bi mogao tražiti da se odluka na njega ne primenjuje ukoliko proizvodi efekat koji slično utiče na njega. Drugim rečima, čak i kada nisu pogođeni posebna zakonska prava ili obaveze pojedinca, subjekat podataka može zahtevati zaštitu. Značajno je naglasiti da GDPR uvodi reč „slično” na sintagmu „značajno utiče”. Prema tome, nije dovoljno da odluka značajno utiče na pojedinca već mora uticati na sličan način na pravne efekte.²¹ Odluka mora imati potencijal da značajno utiče na okolnosti, ponašanje ili izbore pojedinca. U ekstremnom slučaju, odluka može dovesti do isključenja ili diskriminacije pojedinaca.²² Zanimljivo je da značajni efekti mogu biti pozitivni ili negativni.

Ukoliko automatizovano donošenje odluka nema nikakav obavezujući efekat za subjekta podataka i ne lišava ga njegovih legitimnih prava, takva odluka ima mali uticaj. Međutim, kada je odluka obavezujuća za pojedinca i utiče na njihova prava, zakon mora da obezbedi adekvatne zaštitne mere.²³ Kada su u pitanju osiguravajuća društva, uskraćivanje osiguranja ili naplata veće premije kao rezultat primene algoritma predstavlja profilsiranje osiguranika na osnovu člana 22. u najmanju ruku kao odluku koja ima „značajne efekte” na lice na koje se podaci odnose. Međutim, neće uvek biti lako utvrditi da odluka ima značajne efekte na osiguranika te će utvrđivanje da je ispunjen taj uslov izazvati najveće probleme u primeni tog člana u praksi.

Član 22. GDPR ne treba primenjivati samo na odluku koja proizvodi pravna dejstva ili značajno utiče na subjekte podataka već i na prikupljanje podataka u svrhu profilsiranja i kreiranje profila kao takvih. To proizilazi iz činjenice da je donošenje odluke samo završni deo procesa profilsiranja, a da bi odluka bila zakonita i pravična, mora biti zasnovana na zakonitom i pravičnom procesu.²⁴

Često se navodi da se odredbama člana 22. GDPR propisuje određeno pravo lica na koje se podaci odnose. Međutim, ne može se reći da je reč o „pravu” u

²⁰ *Ibid.*, 401.

²¹ S tim u vezi, sistemi koji generišu diferencijalne cene prema profilsiranim karakteristikama subjekta podataka („cenovna diskriminacija”) takođe bi se smatrali značajnim jer usled previsokih cena lice može biti sprečeno da koristi određena dobra ili usluge. Više u F. Z. Borgesius, J. Poort, „Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law”, *Journal of Consumer Policy* 3/2017, 347–366.

²² Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 10.

²³ T. Zarsky, „The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making”, *Science, Technology & Human Values* 41(1)/2016, 118–132.

²⁴ D. Kamarinou, C. Millard, J. Singh, 8.

smislu u kojem su to ostala prava lica predviđena odredbama Uredbe (npr. pravo na pristup podacima, na brisanje podataka, na prenos podataka itd.). Ono se razlikuje po tome što subjekat podataka ne stiče konkretno pravo već mogućnost da ne bude podložan posebnim vrstama odluke.²⁵

S druge strane, odredbama GDPR predviđeno je i nekoliko izuzetaka od tog osnovnog pravila. Osiguravač može da primeni isključivo automatizovano donošenje odluka samo: 1. ako je odluka neophodna za zaključenje ili izvršenje ugovora sa pojedincem, 2. ukoliko je izričito ovlašćen zakonom i 3. ako postoji izričit pristanak pojedinca.

Kada je u pitanju zaključenje ugovora, osiguravač često teži korišćenju isključivo automatizovanog donošenja odluka jer veruje da je to najprikladniji način za postizanje cilja. Rutinsko uključivanje ljudskog učešća može biti nepraktično ili nemoguće zbog same količine obrađenih podataka. Osiguravač mora pokazati da je ta vrsta obrade neophodna, uzimajući u obzir mogućnost usvajanja metoda koji manje narušava privatnost korisnika. Ukoliko postoji drugi efikasan i manje nametljiv način za postizanje istog cilja, onda takvo donošenje odluke ne ispunjava uslov neophodnosti. Automatizovano donošenje odluka takođe može biti neophodno za obradu podataka u predugovornoj fazi. Donošenje odluka na automatizovan način, uključujući profilisanje, dozvoljeno je i ako za to postoji zakonsko ovlašćenje. Zakonom moraju da se utvrde odgovarajuće mere zaštite prava, sloboda i legitimnih interese subjekta podataka. U Uredbi se navodi da je to moguće radi praćenja i sprečavanja prevara i utaje poreza ili za osiguranje sigurnosti i pouzdanosti usluga koju pruža rukovalac.²⁶ U svakom slučaju, na takve obrade se moraju primenjivati odgovarajuće zaštitne mere, koje bi trebalo da obuhvataju pružanje određenih informacija licu na koje se podaci odnose i pravo na ljudsku intervenciju, pravo na izražavanje svog mišljenja, na dobijanje objašnjenja odluke donete nakon takve procene i pravo na osporavanje odluke.²⁷ Treći izuzetak se odnosi na situaciju kada postoji izričit pristanak lica na koje se podaci odnose. „Izričit pristanak” nije definisan u GDPR, već su donete posebne Smernice za tumačenje tog pojma.²⁸

Mere zaštite od isključivo automatizovanih odluka koje društvo mora da preduzme treba da se odnose, barem, na način na koji subjekt podataka može da dobije ljudsku intervenciju, da izrazi svoje stanovište i da ospori odluku, što osiguravnik može učiniti samo ako zna na osnovu čega je doneta.

²⁵ I. Mendoza, L. A. Bygrave, *The Right not to be Subject to Automated Decisions based on Profiling*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2017-20, 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964855, 21. novembar 2022.

²⁶ Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 23–24.

²⁷ GDPR, recital 71.

²⁸ Više vid. u Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, 28. novembar 2017.

3. Prava lica na koja se podaci odnose

Novom regulativom u oblasti zaštite podataka su predviđena brojna prava za lica na koje se podaci odnose i na taj način je podignut nivo njegove zaštite u pogledu prava koja su proklamovana Ustavom. Prava predviđena uredbom obuhvataju: transparentnost podataka, pravo na informisanje, pravo na pristup, na ispravku i brisanje, ograničenje obrade, prigovor i donošenje automatizovanih pojedinačnih odluka. U ovom delu ćemo se osvrnuti isključivo na prava koja su usko povezana sa profilisanjem i donošenjem odluka na automatizovan način.

Osnovno pravo koje lica na koje se podaci odnose u skladu sa odredbama GDPR ima jeste pravo na informisanje. Osiguravač pruža licu na koje se podaci odnose informacije potrebne da bi se obezbedila pravična i transparentna obrada u slučajevima kada su informacije dobijene od tog lica, kao i kad nisu. To se posebno odnosi na informaciju o postojanju automatizovanog donošenja odluka, uključujući i profilisanje, kao i, barem u tim slučajevima, sadržajne informacije o logici koja se koristi i o značaju i predviđenim posledicama takve obrade po lica na koje se podaci odnose.²⁹ Na taj način je zaštitom obuhvaćeno ograničeno pravo subjekta podataka da razume i verifikuje osnovnu funkcionalnost određenog sistema automatizovanog donošenja odluka.³⁰

Iz toga proizilazi da ukoliko osiguravajuće društvo donosi automatizovane odluke mora da ispuni tri obaveze u pogledu informisanja lica na koje se podaci odnose: 1. da obavesti subjekta podataka da se bavi tom vrstom aktivnosti; 2. da mu pruži smislene informacije o uključenoj logici i 3. da mu objasni značaj i predviđene posledice obrade.

Samim tim, osiguravajuće društvo prilikom prikupljanja podataka o ličnosti pruža licu na koje se podaci odnose dodatne informacije potrebne da bi se obezbedila pravična i transparentna obrada. Imajući u vidu složenost profilisanja, društvo treba da pronađe jednostavne načine da saopšti licu na koje se podaci odnose razloge koji stoje iza takve odluke ili kriterijume na koje se oslanja pri donošenju odluke. GDPR zahteva od društva da pruži smislene informacije o uključenoj logici, a ne nužno kompleksno objašnjenje korišćenih algoritama ili otkrivanje samog algoritma. Međutim, dostavljene informacije treba da budu dovoljno sveobuhvatne da subjekt podataka razume razloge za odluku.

Osim toga, jedno od osnovnih prava lica na koje se podaci odnose obuhvata pravo na pristup podacima. U skladu sa tim pravom, osiguravajuća društva su u obavezi da korisnicima svojih usluga omoguće pristup podacima i da im dostave potvrdu o tome za šta se podaci koriste. Kao što se vidi, odredbama GDPR se uvodi strože definisanje profilisanja kao postupka koji se često sprovodi u osiguravajućim društvima, a koji je temelj za marketinške i prodajne akcije. To pravo, osim toga, kao i pravo na informisanje, u sebi krije još jedno pravo koje možemo

²⁹ GDPR, čl. 13. i 14.

³⁰ B. Casey, A. Farhangi, R. Vogl, „Rethinking Explainable Machines: The GDPR’s “Right to Explanation” Debate and The Rise of Algorithmic Audits in Enterprise”, *Berkeley Technology Law Journal* 34(1)/2019, 160.

nazvati *pravo na objašnjenje*.³¹ Kao što smo prethodno utvrdili, lice na koje se podaci odnose ima pravo pristupa podacima o ličnosti i informacijama o postojanju automatizovanog donošenja odluka, uključujući i profilisanje.³² Na taj način licu se pruža objašnjenje o korišćenoj logici i objašnjava mu se koji je značaj obrade, ali i moguće posledice po njega.

4. Značaj za zaštitu korisnika usluga osiguranja

Značaj reforme do koje je došlo donošenjem GDPR proizlazi upravo iz njenog osnovnog cilja koji obuhvata definisanje granica i maksimalnu zaštitu protoka podataka, s posebnom pažnjom usmerenom na obradu ličnih podataka i zaštitu privatnosti građana.³³ Odredbe koje se odnose na profilisanje i automatizovano donošenje odluka još jednom potvrđuju značaj te regulative za zaštitu korisnika usluga osiguranja.³⁴ Na osnovu odredaba GDPR, neophodno je da se licu na koje se podaci odnose pruže sve informacije definisane zakonom na sažet, transparentan, razumljiv i lako dostupan način, a to se odnosi i na informaciju o postojanju automatizovanog donošenja odluka, uključujući i profilisanje. Tako definisana odredba za osiguravajuća društva usmerena je jasno ka zaštiti potrošača usluga osiguranja kao „slabijoj” ugovornoj strani. Naime, posebno je važno da osiguravajuća društva informišu korisnike usluga jer potrošači njihovih usluga najčešće imaju problem da razumeju i same proizvode koje kupuju, a kamoli razloge i svrhu prikupljanja njihovih ličnih podataka, kao i prava koja im u pogledu tih podataka na osnovu zakona pripadaju. Ipak, treba imati u vidu da preplavljenost i prezasićenost informacijama mogu nekada u jednakoj meri da parališu potrošače, distributere i društva za osiguranje, što samo poskupljuje proizvode.³⁵

5. Zaključak

Da bi se odredbe GDPR uspešno sprovodile, nije dovoljno samo usaglašavanje propisa kojima se uređuju određene oblasti i uspostavljanje internih procedura, neophodno je i da se uspostave dobar kvalitet i visok nivo obučenosti

³¹ *Ibid.*, 145–189.

³² GDPR, čl. 15.

³³ M. Boban, 30.

³⁴ Više o zaštiti potrošača usluga osiguranja u N. Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015; N. Petrović Tomić, „Zaštita potrošača usluga osiguranja i informaciona paradigma – odluka Narodne banke Srbije o zaštiti prava i interesa korisnika usluga osiguranja”, *Pravo i privreda* 7–9/2016, 555–576; I. Tošić, O. Novaković, „Zaštita potrošača usluga osiguranja – analiza zakonodavnog okvira Republike Srbije”, u: *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović), Beograd – Valjevo 2022, 509–520.

³⁵ Nataša Saserat-Alberti, „Nove tendencije u zaštiti potrošača u Evropi i Nemačkoj”, *Pravo osiguranja Srbije u tranziciji ka evropskom (EU) pravu osiguranja* (ur. Pjerpaolo Marano, Slobodan Jovanović, Jasmina Labudović Stanković), Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd 2013, 128.

svih zaposlenih. Kao jedan od najčešćih uzroka zloupotrebe podataka pokazala se nedovoljna informisanost zaposlenih o čuvanju podataka. Nesporno je da za osiguravače GDPR znači pre svega brojne obaveze, povećanje odgovornosti same kompanije i svih zaposlenih koji upravljaju ličnim podacima korisnika usluga osiguranja.

Kada je u pitanju profilisanje i automatizovano donošenje odluka, kao što smo utvrdili, pomenute odredbe će imati veliki uticaj na rad osiguravajućih društava. Time su napravljeni značajni koraci ka zaštiti potrošača usluga osiguranja kao slabije ugovorne strane. Cilj takvih odredaba, kada su u pitanju osiguravajuća društva, jeste da spreče diskriminaciju, neopravdano povećanje premija ili čak isključenje pojedinih lica iz osiguranja.

Literatura

- Andonović S., Prlja D., *Osnovi prava zaštite podatak o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.
- Bara D., Utjecaj GDPR Uredbe na poslovanje osiguravajućih društava, *Hrvatski dani osiguranja* (ur. Marijan Ćurković, Jakša Krišto, Damir Zorić), 2017.
- Boban M., Zaštita osobnih podataka i nova EU uredba o zaštiti podataka, *Bilten HDMI* 24(1)/2018.
- Borgesius F. Z., Poort J., Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, *Journal of Consumer Policy* 3/2017.
- Brkan M., Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond, *International Journal of Law and Information Technology* 27(2)/2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124901, 15. decembar 2022.
- Casey B., Farhangi A., Vogl R., Rethinking Explainable Machines: The GDPR's "Right to Explanation" Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise, *Berkeley Technology Law Journal* 34(1)/2019.
- Eskens S. J., *Profiling the European Consumer in The Internet of Things – How Will the General Data Protection Regulation Apply to This Form of Personal Data Processing, and How Should It?*, Thesis Research Master Information Law, University of Amsterdam, 2016.
- Kamarinou D., Millard C., Singh J., *Machine Learning with Personal Data*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 247/2016.
- King J. N., Forder J., Data Analytics and Consumer Profiling: Finding Appropriate Privacy Principles for Discovered Data, *Computer Law & Security Review* 32(5)/2016.
- Liapakis X., A GDPR Implementation Guide for the Insurance Industry, *International Journal of Reliable and Quality E-Healthcare* 7(4)/2018.

- Mendoza I, Bygrave L. A, *The Right not to be Subject to Automated Decisions based on Profiling*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2017-20, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964855, 21. novembar 2022.
- Petrović Tomić N., *Zaštita potrošača usluga osiguranja analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015.
- Petrović Tomić N., *Zaštita potrošača usluga osiguranja i informaciona paradigma – odluka Narodne banke Srbije o zaštiti prava i interesa korisnika usluga osiguranja*, *Pravo i privreda* 7–9/2016.
- Saserat-Alberti N., *Nove tendencije u zaštiti potrošača u Evropi i Nemačkoj*, *Pravo osiguranja Srbije u tranziciji ka evropskom (EU) pravu osiguranja* (ur. Pjerpaulo Marano, Slobodan Jovanović, Jasmina Labudović Stanković), Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd 2013.
- Tene O., Polonetsky J., *Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics*, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 11(5)/2013.
- Thaira S., *The Use of AI in (Telematics) Insurance and the GDPR*, Master in Information Technology and Intellectual Property Law 2019–2020.
- Tošić I., Novaković O., *Uticao nove regulacije u oblasti zaštite podataka o ličnosti na rad osiguravajućih društava*, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. Stefan Andonović, Dragan Prlja, Andrej Diligenski), 2020.
- Tošić I., Novaković O., *Zaštita potrošača usluga osiguranja – analiza zakonodavnog okvira Republike Srbije*, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović), Beograd – Valjevo 2022.
- Veale M., Edwards L., *Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling*, *Computer law and Security Review* 34(2), 2018.
- Wachter S., *Normative challenges of identification in the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR*, *SSRN-id3083554.pdf*, 20. novembar 2022.
- Wiedemann K., *Automated Processing of Personal Data for the Evaluation of Personality Traits: Legal and Ethical Issues*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 18-04, *SSRN-id3102933.pdf*, 15. novembar 2022.
- Zarsky Z. T., *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, *Science, Technology, & Human Values* 41 (1), 2016.
- Zarsky Z. T., *Mine Your Own Business!: Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion*, *Yale Journal of Law and Technology* 5/2003, <https://yjolt.org/sites/default/files/zarsky-5-yjolt-1.pdf>, 17. novembar 2022.

Propisi i drugi akti

Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 2017.

Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, 28. novembar 2017.

Uredba (EU) 2016/679 Evropskog parlamenta i Veća od 27. aprila 2016. O zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju van snage Direktive 95/46/EZ (GDPR).

Jovana Rajić Čalić

Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

Iva Tošić

Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

PROFILING AND AUTOMATED DECISION-MAKING BY THE INSURANCE COMPANY IN THE LIGHT OF PERSONAL DATA PROTECTION

Summary

Insurance companies collect personal data of their customers on a daily basis in their regular business, they are profiling their users and often make decisions in an automated way. Profiling is usually used in the insurance industry as a means of undertaking actions like setting premiums, uncovering possible fraud and planning marketing campaigns. For these reasons, the adoption of the General Data Protection Regulation and Law on Personal Data Protection of Serbia has a great impact on the insurance companies business, taking into account that those acts introduce mandatory notification when collecting data from data subjects. Namely, these acts introduced the obligation to inform data subject of the existence of automated decision-making, including profiling, as well as the obligation to provide the data subject with meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing.

The authors strive to address the impact of the General Data Protection Regulation, and above all Article 22, on profiling and automated decision-making by insurance companies, which is a regular activity within their business. According to this article data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her. For these reasons, the authors will analyze the impact of this provision on the business of insurance companies.

Key words: GDPR, personal data, profiling, automated decision-making, transparency.

**UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI
U PRAVU INTELEKTUALNE SVOJINE**

VRSTE ODGOVORNOSTI ZA POVREDU ŽIGOM ZAŠTIĆENIH OZNAKA U VIRTUELNOJ REALNOSTI**

Apstrakt

Zahvaljujući ubrzanom razvoju digitalne tehnologije stvoren je novi oblik socijalne i ekonomske razmene u virtuelnoj realnosti (VR). Korisnici VR mogu da stupaju u socijalne kontakte jedni sa drugima posredstvom svojih avatara. Različiti oblici komunikacije u VR otvaraju brojna pravna pitanja u vezi sa intelektualnom svojinom. Korišćenje žigom zaštićenih oznaka u VR veoma je složeno pitanje. Svako korišćenje žigom zaštićenih oznaka od trećih lica ne predstavlja povredu. Zavisno od okolnosti konkretnog slučaja, titular žiga potencijalno ima osnova za tužbu protiv dve različite kategorije tuženih: korisnika platforme VR i same kompanije, platforme VR. Ako je lice koje je navodno izvršilo povredu korisnik platforme i neovlašćeno je koristio tuđu žigom zaštićenu oznaku u VR, titular može da tuži tog korisnika. Druga opcija je da tuži samu platformu, bilo za primarnu bilo za sekundarnu (posrednu) odgovornost. Primarna odgovornost postoji kada sama kompanija koristi tuđu žigom zaštićenu oznaku u VR bez dozvole, dok sekundarna (posredna) odgovornost postoji kada kompanija omogućava korisnicima platforme VR da koriste tuđu žigom zaštićenu oznaku.

Ključne reči: virtuelna realnost, žigom zaštićene oznake, povreda žiga, primarna odgovornost, posredna odgovornost.

1. Uvodne napomene

Razvojem digitane tehnologije stvoren je novi oblik socijalne i ekonomske razmene u virtuelnoj realnosti (VR). Uz pomoć specijalne opreme, VR, kao trodimenzionalna slika koju generišu računari, omogućava komunikaciju na naizgled stvaran ili fizički način. Dakle, VR oponaša svarni svet, a najveći izazov za većinu programera leži u tome da se korisnici VR osećaju što manje virtuelno.¹

* Naučni savetnik, Institut za uporedno pravo, Beograd; vanredni profesor na Pravnom fakultetu Panevroskog Univerziteta Apeiron u Banjaluci, j.ceranic@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

¹ J. Gonzáles-Zúñiga, „Granting intellectual property protection to gestures used in virtual reality”, *Interactive Entertainment Law Review*, Vol. I, 2/2018, 109.

Korisnici VR stupaju u socijalne kontakte jedni sa drugima posredstvom svojih avatara. Zanimljivo je da se avatari bave istim aktivnostima kao i ličnosti iz stvarnog života koje su ih kreirale – idu u školu, na posao, u kupovinu, gledaju i učestvuju u političkim debatama, posećuju verske službe, osnivaju virtuelne biznise, prodaju robu i usluge drugim korisnicima itd. Prihode koje ostvare mogu trošiti na druge virtuelne proizvode i usluge ili ih konvertovati u stvarne valute i trošiti u fizičkom svetu.²

Razvoj prava intelektualne svojine oduvek je bio povezan sa razvojem tehnologije.³ Stoga različiti oblici komunikacije u VR otvaraju brojna pravna pitanja u pogledu intelektualne svojine i nezakonitih aktivnosti u vezi sa intelektualnom svojinom u VR. Tvorci VR se mogu suočiti sa različitim tužbama, među kojima su: tužbe zbog povrede prava na privatnost (ako se koristi sličnost sa poznatim ličnostima bez njihove dozvole), tužbe zbog klevete i povrede privatnosti zbog predstavljanja u pogrešnom svetlu (ako se osoba predstavlja u lošem svetlu korišćenjem lažnih informacija ili lažnih prikaza), tužbe zbog namernog i/ili nesvesnog nanošenja emocionalnog stresa (u slučaju sajber maltretiranja) i tužbe zbog povrede autorskog prava (ako se sadržaj koji uživa autorskopravnu zaštitu ili sadržaj suštinski sličan sadržaju koji uživa autorskopravnu zaštitu koristi u VR).⁴ Pojedini autori smatraju da određene aktivnosti u VR mogu doprineti podsticanju kriminala u stvarnom svetu.⁵

Upućujući sudbinski izazov pravu intelektualne svojine, internet nije zaočig bio ni pravo žiga.⁶ U kontekstu VR, pravo žiga ima odlučujuću ulogu, pre svega u razvoju i zaštiti brenda u VR.⁷ Ubrzani razvoj digitalne tehnologije doprinosi usložavanju pitanja korišćenja žigom zaštićenih oznaka na internetu uopšte, a posebno u VR. Ustanovljene su smernice i regulatorni okvir za registraciju žigom zaštićenih oznaka kao naziva internet domena⁸ i primenu teritorijalnih zakona za korišćenje žigom zaštićenih oznaka na internetu,⁹ dok pitanje odgovornosti onlajn pružalaca usluga (internet posrednika) za povredu žigom zaštićenih oznaka na njihovim sajtovima ostaje kontroverzno u svetlu različitih sudskih odluka u

² M. Nelson, Anna E. Raimer, "A Second Life for Trademarks", https://www.jonesday.com/files/Publication/110f827b-bbf4-4509-8b9e-7677585fc1e3/Presentation/PublicationAttachment/1390d7fe-0873-4eff-991b-7dc828b692cd/Second_Life.pdf, 20. decembar 2022.

³ D. Popović, "Žigom zaštićene oznake, ključne reči i oglašavanje na Internetu", *Pravo i privreda* 4–6/2011, 928.

⁴ J. Čeranić Perišić, "Pravne posledice korišćenja žigom zaštićenih oznaka u virtuelnoj realnosti", *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2022, 96–97.

⁵ M. Mantel, "Trademark Infringement in Virtual Reality Spaces: When Your Virtual World Gets Too Real", <http://mttlr.org/2019/11/trademark-infringement-in-virtual-reality-spaces-when-your-virtual-world-gets-too-real/>, 20. decembar 2022.

⁶ S. Marković, *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Službeni glasnik, Beograd 2014, 215.

⁷ J. Čeranić Perišić, "Metaverzum, nezamenljivi tokeni i žigom zaštićene oznake – pravni aspekti", *Pravo i privreda*, 4/2022, 641.

⁸ D. Popović, *Registracija naziva internet domena i pravo žiga*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014.

⁹ WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, WIPO Publication No. 845, Geneva, <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>, 20. 12. 2022; G. Dinwoodie, "Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from the National-State", *Houston Law Review*, 41/2004, 886.

uporednom pravu.¹⁰ Budući da korišćenje žigom zaštićenih oznaka u VR nije još pravno regulisano u uporednom pravu, pitanje odgovornosti za povredu žiga u VR i dalje je delikatno. Sasvim je izvesno da postoje različite vrste odgovornosti za povredu žigom zaštićene oznake u VR.

U radu su najpre predstavljene opšte karakteristike korišćenja žigom zaštićene oznake. Nakon toga je razmotreno pitanje povrede žigom zaštićene oznake na internetu. Naposljetku su analizirane vrste odgovornosti za povredu žigom zaštićene oznake u VR. Posebna pažnja je posvećena sekundarnoj (posrednoj) odgovornosti za povredu žigom zaštićenih oznaka u VR.

2. Korišćenje žigom zaštićene oznake

Prema domaćoj, u zakonu utemeljenoj pravnoj terminologiji, *žig* je naziv za subjektivno pravo industrijske svojine, čiji je predmet oznaka (znak, marka) kojom nosilac žiga obeležava svoj proizvod ili uslugu u privrednom prometu sa ciljem njihovog razlikovanja od iste ili slične robe ili usluge drugog subjekta.

U kolokvijalnom jeziku se umesto termina znak često koristi marka, a u novije vreme je sve uobičajeniji i termin brend (eng. *brand*), čije je značenje relativno neodređeno i kreće se u rasponu od znaka, preko žiga, do celokupne reputacije određenog proizvođača (eng. *good will*).

Žig je isključivo imovinsko pravo koje ovlašćuje svog nosioca da drugome zabrani ili dozvoli korišćenje oznake u privrednom prometu.

Pod oznakom se u pravu žiga smatra svako ime ili znak koji je podoban da u prometu služi za razlikovanje određene robe ili usluge jednog privrednog subjekta od iste ili slične vrste robe ili usluge drugog privrednog subjekta. Oznaka može biti verbalna, grafička, trodimenzionalna ili kombinovana. Dopusštena je i zaštita zvučnih oznaka (kombinacija tonova), pod uslovom da se mogu zabeležiti notnim zapisom. Interesantno je da se u pojedinim nacionalnim sistemima mogu zaštititi i mirisne oznake.¹¹

Uloga oznake je posebno značajna u kontekstu elektronske trgovine, pošto je reč o kupovini proizvoda koje potrošači ne mogu lično da vide i isprobaju kako funkcionišu. S tim u vezi, iza upotrebe žiga se nalaze i odnos poverenja i pretpostavka kvaliteta, koje su titulari žiga pažljivo gradili usvajanjem određenih koncepata i standarda poslovanja i plasiranja proizvoda i usluga, kao i tradicije kvaliteta.¹²

Važno je istaći da vlasništvo nad žigom ne implicira potpuni monopol na upotrebu reči ili simbola koji čine žigom zaštićenu oznaku. Iako su prava koja proističu iz vlasništva široko postavljena, ona su ustanovljena sa ciljem zaštite potrošača

¹⁰ J. Čeranić Perišić, *Odgovornost internet posrednika za povredu žiga*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.

¹¹ Nj. Jović, „Mirisni žig“, *Pravni život*, 12/2019, 101–114.

¹² M. Reljanović, „Odgovornost hosting provajdera za povredu žiga – pravni okvir i praksa u Republici Srbiji“, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 11–12.

od zabune i očuvanja reputacije poslovanja. Shodno tome, pravo žiga može doći u sukob sa slobodom govora i izražavanja.¹³

Dakle, svako korišćenje žigom zaštićene oznake od trećeg lica ne smatra se povredom žiga. Ako platforma, kompanija VR, koristi žigom zaštićenu oznaku za komentare ili kritiku, takvo korišćenje ne predstavlja povredu na osnovu doktrine poštene upotrebe. Zanimljivo je šta se dešava ako kompanija ne kritikuje niti komentariše žigom zaštićenu oznaku već je upotrebljava u kontekstu umetničkog izražavanja.¹⁴ U presudi u predmetu *Rogers v. Grimaldi*¹⁵ američki sud je stao stanovište da bi zakon trebalo tumačiti tako da se primenjuje na umetnička dela samo tamo gde javni interes da se izbegne zabuna potrošača nadmašuje javni interes za slobodnim izražavanjem.¹⁶ Dakle, tom presudom je ustanovljeno da umetnici mogu slobodno da se pozivaju po imenu na žigom zaštićenu robu ili usluge u naslovima svojih pesama, filmova i u drugim oblicima kreativnog izražavanja.¹⁷

3. Povreda žigom zaštićene oznake na internetu

Pitanja korišćenja i povrede žigom zaštićene oznake na internetu postaju sve kompleksnija usled ubrzanog razvoja digitalne tehnologije i, sledstevno tome, sve veće upotrebe žigom zaštićenih oznaka na internetu u različitim okonostima.

Svaki akt povrede prava podrazumeva postojanje štetnika i lica čija su prava povređena (oštećenog). To opšte pravilo u osnovi nije drugačije ni u kontekstu povrede prava žiga na internetu. Međutim, prenos komunikacije i sadržaja na internetu vrši se uvek uz pomoć internet posrednika. Zbog toga povreda prava na internetu ne može nastati bez nehotećnog ili namernog učešća internet posrednika kao subjekata koji omogućavaju komunikaciju i protok sadržaja, a samim tim i nastanak povrede. Problem dodatno usložava činjenica da u komunikaciji putem interneta učestvuje veliki broj subjekata koji mogu biti na različite načine uključeni u nedozvoljene aktivnosti.¹⁸ Prema tome, neophodno je normativno urediti odgovornost internet posrednika za povrede prava na internetu. Kako internet

¹³ B. Wassom, A. Underhill, A. Rossow, "Trademark law and the right of publicity in augmented reality", *Law of Virtual and Augmented Reality* (eds. Woodrow Barfield, Marc Jonathan Blitz), Edvard Edgar Publishing, Cheltenham, UK, - Northampton, MA, USA, 2018, 205.

¹⁴ J. Yang, "Trademark Law in the Virtual Realism Landscape", *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 8, 2/2019, 429-430.

¹⁵ Apelacioni sud SAD, *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

¹⁶ Da bi uspostavio balans, odnosno ravnotežu, Sud je ustanovio široko korišćeni Rodžerov test (eng. *Rogers test*) koji počiva na dva faktora. Na osnovu tog testa upotreba žiga u vezi sa umetničkim delom ne povređuje pravo žiga sve dok je (1) naziv minimalno umetnički relevantan i (2) upotreba eksplicitno ne dovodi u zabludu u pogledu sadržaja, autorstva, sponzorstva ili odobrenja.

¹⁷ B. Wassom, A. Underhill, A. Rossow, 205.

¹⁸ S. Savčić, "Odgovornost internet posrednika prema Direktivi 2019/790: osvrt na pribavljanje saglasnosti kao uslov isključenja odgovornosti", *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2022, 32.

posrednici svojom uslugom omogućavaju postavljanje i protok nedozvoljenog sadržaja i njegovo deljenje među korisnicima, njihova odgovornost je po pravilu posredna (podeljena ili odgovornost za drugog). Utvrđivanje posredne odgovornosti se, prema opštim pravilima o odgovornosti, zasniva na pitanju savesnosti, odnosno na pitanju da li je internet posrednik znao ili morao da zna da se njegovom uslugom povređuje pravo.¹⁹

Imajući u vidu tehnološko okruženje u kojem se odvija razmena podataka, količinu informacija koje se prenose putem interneta i brzinu njihovog protoka, ocena savesnosti nameće potrebu posebnog tumačenja odredaba o odgovornosti internet posrednika. To je naročito značajno ako se uzme u obzir da pružalac internet usluge nema pravo ni obavezu da nadzire, odnosno kontroliše komunikaciju između korisnika.²⁰

Ako bi onlajn platforme generalno bile odgovorne za problematičan sadržaj koji postavljaju korisnici, to bi uticalo na smanjenje raznovrsnosti onlajn informacionih usluga i na dalji razvoj interneta. Osim praktičnih problema koji proizilaze iz velikog broja postova koji se svakodnevno obrađuju, ocena komunikacija u vezi sa žigom zahteva da se uzme u obzir specifičan kontekst u kome se žigom zaštićena oznaka pojavljuje na internetu. To podrazumeva da se mora napraviti razlika između legalnog uporednog reklamiranja i namernog zbunjivanja potrošača, legalnog kritikovanja brenda i klevetanja i legalne ponude polovne robe (eng. *second hand goods*) i protivzakonite prodaje replika. Ukoliko se ne bi napravila ta razlika, titulari žigom zaštićenih oznaka dobili bi preširoku zaštitu u digitalnom okruženju koja bi prevazilazila okvir njihovih isključivih ovlašćenja i zadirala u slobodu izražavanja i informisanja i slobodu konkurencije.²¹

Uzimajući u obzir lepezu potencijalnih konflikata koji mogu da se dogode u širokom dijapazonu onlajn platformi, izvesno je da današnji internet sa svojom neverovatnom raznovrsnošću informacija, obiljem sadržaja koje generišu korisnici i izuzetnim potencijalom za dalji razvoj ne može da opstane bez odgovarajućih režima tzv. „sigurnih luka”. Pod režimom „sigurnih luka” podrazumeva se isključenje odgovornosti²² internet posrednika za povrede koje učine treća lica, korisnici njihovih onlajn platformi. To pitanje bi trebalo razlikovati od pitanja da li način na koji same onlajn platforme koriste žigom zaštićenu oznaku može da predstavlja neposrednu/direktnu povredu.²³

¹⁹ A. Radonjanin, „Primena pravila o odgovornosti host provajdera: iskustvo nosioca prava iz Srbije”, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 168.

²⁰ S. Radovanović, „Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt”, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 86.

²¹ M. Sentleben, „An Uneasy Case for Notice and Takedown: Context-Specific Trademarks Rights”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025075, 21. decembar 2022.

²² U jednom delu uporednog prava, pre svega na engleskom govornom području, autori za isključenje odgovornosti koriste termin imunitet od odgovornosti (eng. *immune from liability, immunity provisions*).

²³ G. Dinwoodie, M. D. Janis, „Lessons From the Trademark Use Debate”, *Iowa Law Review*, 92/2007, 1703.

4. Vrste odgovornosti

U slučaju povrede žigom zaštićene oznake na internetu, uključujući i VR, titular žiga potencijalno može imati osnova za tužbu protiv dve različite kategorije tuženih: korisnika platforme i same platforme.

4.1. Odgovornost korisnika platforme VR

Ako je lice koje je navodno izvršilo povredu korisnik platforme i neovlašćeno je koristilo tuđu žigom zaštićenu oznaku u prostoru VR, titular žigom zaštićene oznake može da ga tuži. Međutim, u praksi se najčešće događa da korisnici platformi nemaju sredstava da plaćaju odštete u slučaju da se u presudi utvrdi da je došlo do povrede žigom zaštićene oznake.²⁴

Nezavisno od platežne sposobnosti prosečnog korisnika platforme VR, nameće se pitanje da li korišćenje žigom zaštićene oznake od korisnika koji ne zarađuje od igranja igrica može da se podvede pod korišćenje u nekomercijalne svrhe.

Da bi mogla da se zaštiti žigom, oznaka mora da se koristi u trgovini, to jest u komercijalne svrhe. Shodno tome, čak i ako platforma VR i njen korisnik koriste tuđu žigom zaštićenu oznaku na isti način, njihov položaj u vezi sa korišćenjem tuđe žigom zaštićene oznake nije isti. S jedne strane, kada platforma VR koristi tuđu žigom zaštićenu oznaku, to može da bude korišćenje u komercijalne svrhe. S druge strane, korisnik platforme VR uvek može da tvrdi da njegovo korišćenje tuđe žigom zaštićene oznake nije u komercijalne svrhe već samo za lično uživanje.²⁵

4.2. Odgovornost platforme VR

Druga mogućnost je da titular žigom zaštićene oznake tuži samu platformu. U tom slučaju postoje dve opcije. Titular žigom zaštićene oznake može da tuži platformu VR za primarnu odgovornost i za sekundarnu odgovornost.

4.1.1. Primarna odgovornost

Primarna odgovornost postoji u onim situacijama kada sama kompanija, platforma VR, odluči da koristi tuđu žigom zaštićenu oznaku u VR bez dozvole. Ipak, takve situacije su mnogo ređe. Najviše sporova povodom korišćenja žigom zaštićene oznake u VR izbija zbog toga što sama platforma na neki način dozvoli korisnicima da koriste tuđu žigom zaštićenu oznaku. I ovde se dolazi do jednog

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

o najstroženijih pitanja sa kojim se danas susreće pravo žiga u kontekstu povrede žigom zaštićene oznake u VR, a to je pitanje sekundarne odgovornosti.

4.1.2. Sekundarna (posredna) odgovornost

Termin *sekundarna odgovornost* (eng. *secondary liability*) potiče iz američkog prava i predstavlja tzv. kišobran termin (eng. *umbrella term*) u tom smislu što obuhvata nekoliko različitih vrsta tužbi. Danas se taj termin koristi i van Sjedinjenih Američkih Država, ali stvara terminološke poteškoće u uporednopravnim analizama. U nekim zemljama termin sekundarna odgovornost ima značenje odgovornosti za ponašanje koje bi se u drugim zemljama smatralo odgovornošću zbog neposredne, to jest direktne, primarne povrede.²⁶

Sekundarna odgovornost (posredna ili indirektna odgovornost)²⁷ može se zasnivati na učešću (eng. *contributory liability*) ili na odnosu (eng. *vicarious liability*). Dakle, postoje dva načina, odnosno dva puta da se dokaže sekundarna odgovornost za povredu žigom zaštićene oznake.²⁸

Odgovornost zasnovana na učešću počiva na tome što je sekundarno tuženi prouzrokovao povredu primarnog počinioca ili joj je doprineo ili je povredu primarnog počinioca olakšao (eng. *contributory liability*). Taj tip tužbe se zasniva na nivou znanja tuženog o povredi i na meri u kojoj je tuženi aktivno doprineo nanošenju povrede koja može biti predmet tužbe za direktnu, to jest primarnu odgovornost.²⁹

Alternativno, sekundarna odgovornost se može pojaviti onda kada tuženi ima koristi od povrede i u dovoljno je bliskoj vezi sa primarnim učiniocem te će ih zakon tretirati kao jednog istog, često zato što je odnos dovoljno blizak da je posrednik mogao da spreči primarni nezakoniti akt povrede (eng. *vicarious liability*).³⁰

Sušтина sekundarne odgovornosti, u oba koncepta, leži u tome što se tuženi smatra odgovornim za povredu koju je prouzrokovalo pogrešno ponašanje treće strane. Prema tome, odgovornost je derivativne prirode. Ta odlika sekundarne odgovornosti uglavnom se jasno primećuje u zemljama anglosaksonske pravne tradicije (*common law*), ali su i neke zemlje kontinentalne pravne tradicije usvojile formulacije koje ističu indirektnu ili derivativnu prirodu odgovornosti.³¹ Razlog

²⁶ G. Dinwoodie, „A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers”, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. Graeme Dinwoodie), Springer, 2017, 8.

²⁷ Termini *sekundarna odgovornost* i *posredna* to jest *indirektna odgovornost*, u kontekstu odgovornosti zbog povrede tuđe žigom zaštićene oznake u VR, smatraju se sinonimima.

²⁸ K. Saunders, G. Berger-Walliser, „The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, 37/2011, 41.

²⁹ G. Dinwoodie (2017), 9.

³⁰ *Ibid.*

³¹ J. Čeranić Perišić (2020), 21.

za to može biti taj što formalno takva odgovornost često proističe iz odredaba o „zajedničkoj odgovornosti”, čime se sekundarna odgovornost tuženog povezuje sa primarnim aktom povrede. U praksi se te odredbe često primenjuju tako što se naglašavaju isti elementi koji se u zemljama anglosaksonske pravne tradicije karakterišu kao *contributory liability*.³²

Međutim, i u zemljama koje insistiraju na derivativnoj prirodi sekundarne odgovornosti, nije uvek neophodno da se dokaže primarna povreda. Uprkos tome što je svaka sekundarna odgovornost u nekom smislu derivativna iz primarne odgovornosti, činjenica je da sekundarna odgovornost zapravo uopšte ne implicira navođenje ni utvrđivanje nečije primarne odgovornosti. Naime, pružalac usluge (u konkretnom slučaju, platforma VR) može biti sâm označen kao nosilac odgovornosti, a obično i jeste odgovoran u internet sporu, u kome je primarni počinitelj često anonimna, insolventna ili van domašaja zakona.³³

4.1.2.1. Dva pristupa definisanju posredne odgovornosti

Zahvaljujući tehničko-tehnološkom napretku, ali i samoj prirodi interneta, povećan je broj tužbi za posrednu odgovornost u uporednom pravu. Ipak, standardi na osnovu kojih će se onlajn pružalac usluga smatrati odgovornim za ponašanje treće strane ostaju donekle nejasni. Takva situacija je delimično posledica doktrinarne različitosti na međunarodnom nivou u vezi sa osnovnim konceptom posredne odgovornosti. Nesigurnost, međutim, često postoji čak i u jedinstvenim pravnim porecima ili između harmonizovanih pravnih sistema. Teškoće u identifikovanju jasnog standarda za utvrđivanje posredne odgovornosti rezultat su brze promene i različite prirode onlajn posrednika.³⁴

Razvoj uslova na osnovu kojih onlajn pružaoci usluga mogu biti odgovorni za pogrešno ponašanje drugih odvijao se putem dva različita, ali povezana pristupa.³⁵

Prvo, sudovi su primenjivali dugogodišnje principe za uspostavljanje posredne odgovornosti iz nacionalnog privatnog prava na nove posrednike koji rade u onlajn okruženju, po analogiji sa oflajn svetom ili pozivajući se na široka politička razmatranja.³⁶ Taj pristup se može označiti kao pozitivan pristup definisanju odgovornosti pružaoca usluga.

Drugi pristup, uslovno rečeno negativan, rezultat je nastojanja iz drugog pravca, da se definišu uslovi prema kojima će onlajn pružalac uživati isključenje odgovornosti. Na osnovu tog pristupa, sudovi se fokusiraju na to da li posrednik ispunjava niz zakonskih uslova da bi mogao da uživa isključenje, a ne na to da li je

³² G. Dinwoodie (2017), 9.

³³ J. Riordan, „Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law”, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. Graeme Dinwoodie), Springer 2017, 275–316.

³⁴ G. Dinwoodie (2017), 18–19.

³⁵ J. Čeranić Perišić (2020), 22–25.

³⁶ G. Dinwoodie (2017), 19.

njegovo ponašanje takvo da predstavlja povredu (ili da li je veza između posrednika i primarnog učinioca povrede dovoljno bliska kako bi se proširila odgovornost).³⁷

Drugi pristup je dominantniji u definisanju odgovornosti onlajn pružalaca usluga. Razlog za to leži u činjenici da su akti kojima se predviđa isključenje odgovornosti za onlajn pružaoce usluga nastali neposredno nakon inicijalne komercijalne eksploatacije interneta i zapravo odražavaju zakonodavna rešenja u vezi sa pružiocima internet usluga.³⁸

4.1.2.2. Posredna odgovornost platformi VR u uporednom pravu

Budući da platforme VR, kao internet posrednici, svojom uslugom omogućavaju postavljanje i protok nedozvoljenog sadržaja i njegovo deljenje među korisnicima, njihova odgovornost je po pravilu posredna. Utvrđivanje posredne odgovornosti platformi VR se, prema opštim pravilima odgovornosti, zasniva na pitanju savesnosti, odnosno na pitanju da li je platforma VR znala ili morala da zna da se njenom uslugom povređuje pravo.

Naravno, platforme VR nisu generalno odgovorne za problematičan sadržaj koji postavljaju korisnici već se i na njih, kao i na druge internet posrednike, primenjuje režim tzv. „sigurnih luka”, koji podrazumeva isključenje odgovornosti internet posrednika za povrede koje učine treća lica, korisnici platformi VR.³⁹

Standardi za uspostavljanje posredne odgovornosti su na različite načine koncipirani u pravu Sjedinjenih Američkih Država i Evropske unije. Zakonodavni okvir Republike Srbije potpuno je usklađen sa pravnim tekovinama EU u toj oblasti.

U Sjedinjenim Američkim Državama, standard za uspostavljanje posredne odgovornosti prvi put je ustanovio Vrhovni sud u predmetu *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.*⁴⁰ iz 1982. godine.⁴¹ Taj standard je nazvan *Inwood test* (Invud test)⁴² i na osnovu njega postoje dve situacije kada se može ustanoviti posredna odgovornost:

- 1) namerno navođenje i
- 2) nastavak snabdevanja uz znanje o povredi.⁴³

³⁷ J. Čeranić Perišić (2020), 22–23.

³⁸ G. Dinwoodie (2017), 19.

³⁹ J. Čeranić, „Specifičnosti režima odgovornosti internet posrednika za povredu žiga u pravu SAD i EU”, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 39.

⁴⁰ Vrhovni sud SAD, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

⁴¹ U tom predmetu tuženi proizvođač lekova prodao je apotekama lekove koji izgledaju kao generički, a neke od tih apoteka prodavale su ga tako što su ga predstavljale kao brendiran. Tužilac je tužio proizvođača lekova za posrednu povredu žigom zaštićene oznake. Vrhovni sud SAD je izneo mišljenje da: ukoliko proizvođač ili distributer namerno navodi nekoga na povredu žiga, ili ako nastavlja da snabdeva svojim proizvodima nekoga za koga zna ili ima osnova da zna da je uključen u povredu žiga, proizvođač ili distributer je posredno odgovoran za svaku povredu nanetu prevarom.

⁴² J. Čeranić Perišić (2020), 30–31.

⁴³ G. Dinwoodie (2014), 472.

Pre ustanovljenja Invud testa, da bi se uspostavila posredna odgovornost, bilo je potrebno, uslovno rečeno, „stvarno znanje” da neko drugi koristi proizvod sa ciljem povrede. Međutim, na osnovu tog testa kriterijum znanja podrazumeva da posrednik zna ili pak samo ima osnova da zna da je uključen u povredu žiga, što upućuje na to da je i nešto manje od stvarnog znanja dovoljno da se ustanovi posredna odgovornost posrednika. Drugim rečima, sama činjenica da posrednik ima osnova da zna da je uključen u povredu žiga može biti dovoljna za njegovu posrednu odgovornost.⁴⁴

Pitanje posredne odgovornosti u Evropskoj uniji je regulisano Direktivom o nekim pravnim aspektima usluga informacionog društva, posebno elektronske trgovine u okviru unutrašnjeg tržišta (dalje: Direktiva o elektronskoj trgovini).⁴⁵ Tom direktivom je propisano da kada se pružena usluga informacionog društva sastoji od pohranjivanja informacija dobijenih od korisnika usluge, države članice moraju osigurati da pružalac usluge nije odgovoran za informacije pohranjene na zahtev korisnika usluge, pod uslovom da pružalac:

- a) nema stvarno znanje o nezakonitoj aktivnosti ili informaciji i, u pogledu zahteva za naknadu štete, ne zna za činjenice ili okolnosti iz kojih bi nezakonite radnje ili informacije bile očigledne ili
- b) pošto je saznao ili postao svestan da postoji nezakonita aktivnost ili informacija, hitno reaguje kako bi uklonio ili onemogućio pristup informacijama.⁴⁶

Prema tome, Direktivom o elektronskoj trgovini predviđeno je isključenje i građanskopravne i krivičnopravne odgovornosti provajdera. Specifičnost evropskog režima „sigurnih luka” u odnosu na američki ogleda se tome da su ograničenja odgovornosti uspostavljena na horizontalan način. To znači da pokrivaju i građansku i krivičnu odgovornost za sve vrste nezakonitih radnji koje su inicirale treće strane (bilo da je reč o povredi autorskog prava, prava žiga ili nekog drugog prava).⁴⁷ Direktivom su propisana dva različita zahteva za stepen znanja, jedan koji se primenjuje na tužbe za krivičnu odgovornost, a drugi na tužbe za naknadu štete.⁴⁸

Regulatorni okvir odgovornosti internet posrednika u Republici Srbiji potpuno je usklađen sa relevantnim pravnim aktima na nivou Evropske unije, pre svega sa Direktivom o elektronskoj trgovini.⁴⁹ Zakonom o elektronskoj

⁴⁴ E. Kevin, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after *Tiffany v. eBay*”, *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009, 508.

⁴⁵ Direktiva (EZ) br. 2000/31 od 8. juna 2000. o nekim pravnim aspektima usluga informacionog društva, posebno elektronske trgovine u okviru unutrašnjeg tržišta, *Službeni list EZ*, 2000, br. L 178 (dalje: Direktiva o elektronskoj trgovini).

⁴⁶ Čl. 14, st. 1 Direktive o elektronskoj trgovini.

⁴⁷ Commission first Report on the application of Directive 2003/31/EC, at 12 COM (2003) 702 final (November 21, 2003).

⁴⁸ M. Peguera, „The DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, *Columbia Journal of Law and the Art*, 32/2009, 488.

⁴⁹ M. Reljanović, „Odgovornost hosting provajdera za povredu prava intelektualne svojine u pravu Srbije i pravu susednih država”, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 115–137.

trgovini⁵⁰ predviđeno je da pružalac usluga koji skladišti podatke pružene od korisnika usluga, na zahtev korisnika, nije odgovoran za sadržaj skladištenog podatka:

- 1) ako nije znao niti je mogao da zna za nedopušteno delovanje korisnika usluga ili za sadržaj podataka i
- 2) ako odmah nakon saznanja da je reč o nedopuštenom delovanju ili podatku ukloni ili onemogućući pristup tom podatku.⁵¹

Uprkos teritorijalnoj fragmentaciji režima odgovornosti internet posrednika, uporednopravno istraživanje ukazuje na to da nijedan pravni sistem ne uspeva da pruži adekvatan odgovor na potrebe subjekata, učesnika interaktivne komunikacije. Prema tome, očigledno je da postoji potreba za reformom režima odgovornosti internet posrednika za povredu žiga i na nacionalnim nivoima i na međunarodnom horizontu generalno, uključujući i specifičan kontekst u vezi s povredama žigom zaštićene oznake u VR.⁵²

5. Zaključna razmatranja

U aktivnosti koje se obavljaju u VR spadaju i kupovina i prodaja robe i usluga iz stvarnog sveta i VR. Stoga dolazi do pravnih sporova, kao i u stvarnom svetu. Pravo žiga ima odlučujuću ulogu u razvoju i zaštiti brenda u VR. Upravo zbog uticaja koji VR ima na stvarni svet, žigom zaštićene oznake pokazuju tendenciju migracija u VR. Potrošač, suočen sa sličnim robnim markama u oba sveta, oslanja se na neke informacije i prilikom kupovine u robe/usluga u VR.⁵³

Međutim, čini se da žigovno pravo nije koncipirano na adekvatan način da zaštiti oznake u slučajevima uzamnog dejstva VR i stvarnog sveta i povreda žigom zaštićenih oznaka u VR. S obzirom na ekspanziju VR, pitanje korišćenja žigom zaštićenih oznaka u VR trebalo bi pravno regulisati, uzimajući u obzir specifičnosti VR. U tom kontekstu, pitanje vrsta odgovornosti zbog povrede žigom zaštićenih oznaka u VR samo je jedan, specifičan rukavac te složene problematike.

Prema tome, zakonodavce širom sveta očekuje reforma režima odgovornosti internet posrednika za povredu žiga, uključujući i povredu žiga u prostoru VR. Taj reformski poduhvat je veoma složen iz namanje dva razloga. S jedne strane, zbog ubrzanog razvoja VR i, s druge strane, zbog neophodnosti uspostavljanja ravnoteže između različitih, a neretko i suprotstavljenih interesa titulara prava žiga, korisnika VR, platformi VR i društva u celini. Tu ravnotežu bi trebalo uspostaviti tako da prati dinamiku razvoja digitalne tehnologije.⁵⁴

⁵⁰ Zakon o elektronskoj trgovini, *Službeni glasnik*, br. 4/2009, 95/2013 i 52/2019 (dalje: ZET).

⁵¹ Čl. 18, st. 1 ZET.

⁵² J. Čeranić Perišić (2022a), 162.

⁵³ *Ibid.*, 108.

⁵⁴ J. Čeranić Perišić (2022b), 651.

Literatura

- Ćeranić J., „Specifičnosti režima odgovornosti internet posrednika za povredu žiga u pravu SAD i EU”, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 37–52.
- Ćeranić Perišić J., *Odgovornost internet posrednika za povredu žiga*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.
- Ćeranić Perišić J., „Pravne posledice korišćenja žigom zaštićenih oznaka u virtuelnoj realnosti”, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2022, 95–111.
- Ćeranić Perišić J., „Metaverzum, nezamenljivi tokeni i žigom zaštićene oznake – pravni aspekti”, *Pravo i privreda*, 4/2022, 636–654, DOI: 10.55836/PiP_22402A.
- Dinwoodie G., „Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from the National-State”, *Houston Law Review*, 41/2004, 886.
- Dinwoodie G., Janis M., „Lessons From the Trademark Use Debate”, *Iowa Law Review*, 92/2007, 1703.
- Dinwoodie G., „A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers”, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. Graeme Dinwoodie), Springer, 2017, 1–72.
- González-Zúñiga J., „Granting intellectual property protection to gestures used in virtual reality”, *Interactive Entertainment Law Review*, Vol. I, 2/2018, 109–108.
- Jović Nj., „Mirisni žig”, *Pravni život*, 12/2019, 101–114.
- Marković S., *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Peguera M., „The DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, *Columbia Journal of Law and the Art*, 32/2009, 481–512.
- Popović D., „Žigom zaštićene oznake, ključne reči i oglašavanje na Internetu”, *Pravo i privreda*, 4–6/2011, 927–947.
- Popović D., *Registracija naziva internet domena i pravo žiga*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014.
- Radonjanin A., „Primena pravila o odgovornosti host provajdera: iskustvo nosioca prava iz Srbije”, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 165–186.
- Radovanović S., „Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt”, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 83–112.
- Reljanović M., „Odgovornost hosting provajdera za povrede prava intelektualne svojine u pravu Srbije i pravu susednih država”, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 115–137.

- Reljanović M., „Odgovornost hosting provajdera za povredu žiga – pravni okvir i praksa u Republici Srbiji”, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 11–29.
- Riordan J., „Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law”, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. Graeme Dinwoodie), Springer 2017, 275–316.
- Saunders K., Berger-Walliser G., „The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, 37/2011, 36–91.
- Savčić S., „Odgovornost internet posrednika prema Direktivi 2019/790: osvrt na pribavljanje saglasnosti kao uslov isključenja odgovornosti”, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2022, 31–51.
- Yang J., „Trademark Law in the Virtual Realism Landscape”, *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 8, 2/2019, 409–433.
- Wassom B., Underhill A., Rossow A., “Trademark law and the right of publicity in augmented reality”, *Law of Virtual and Augmented Reality* (eds. Woodrow Barfield, Marc Jonathan Blitz), Edvard Edgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, 192–215.

Pravni izvori

- Direktiva (EZ) br. 2000/31 od 8. juna 2000. o nekim pravnim aspektima usluga informacionog društva, posebno elektronske trgovine u okviru unutrašnjeg tržišta, *Službeni list EZ*, br. L 178.
- Zakon o elektronskoj trgovini, *Službeni glasnik*, br. 4/2009, 95/2013 i 52/2019.

Sudska praksa

- Vrhovni sud SAD, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).
- Apelacioni sud SAD, *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

Izvori sa interneta

- Mantel M., “Trademark Infringement in Virtual Reality Spaces: When Your Virtual World Gets Too Real”, <http://mttlr.org/2019/11/trademark-infringement-in-virtual-reality-spaces-when-your-virtual-world-gets-too-real/>, 20. 12. 2022.

Nelson M., Raimer A., "A Second Life for Trademarks", https://www.jonesday.com/files/Publication/110f827b-bbf4-4509-8b9e-7677585fc1e3/Presentation/PublicationAttachment/1390d7fe-0873-4eff-991b-7dc828b692cd/Second_Life.pdf, 20. 12. 2022.

Senftleben M., „An Uneasy Case for Notice and Takedown: Context-Specific Trademarks Rights”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025075, 21. 12. 2022.

WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other

Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, WIPO Publication No. 845, Geneva, <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>, 20. 12. 2022.

TYPES OF LIABILITY FOR TRADEMARKS INFRINGEMENT IN VIRTUAL REALITY

Summary

Due to the increased development of digital technology, a new form of social and economic exchange in Virtual Reality (VR) has been created. The users can socially interact with each other through their avatars. Development of VR technology brings a host of legal questions surrounding both the intellectual property of the actual technology as well as unlawful activity within the VR space itself. The use of trademarks in VR is a very complex issue. Any use of trademarks in VR by third party does not constitute an infringement. Depending on the facts of the case, a trademark owner may have potential causes of action against two separate defendants: the user of the platform or the platform itself. If the alleged infringer is a user of the platform and recreates a registrant's trademark within the VR space of his own violation, the registrant would likely want to sue the user. The second option for plaintiffs is to sue the platform company itself under the theory of either primary or secondary liability. Primary liability will arise where the company itself decided to use trademark in the VR without permission, whereas secondary liability will arise where the company allows VR platform users to use someone else's trademark, also without permission.

Key words: virtual reality, trademarks, trademark infringement, primary liability, secondary liability.

OGRANIČENJE PRAVA NA ZAŠTITU PODATAKA O LIČNOSTI PRAVIMA INTELEKTUALNE SVOJINE DRUGOG LICA

Apstrakt

Pravo na privatnost je jedno od najznačajnijih prava i jedna od najznačajnijih barijera i garancija zaštite privatne sfere svakog pojedinca. Bez obzira na takav značaj prava na privatnost, ono ne može biti neograničeno. Pravna zaštita privatnosti oličene u podacima o ličnosti u tom smislu ne predstavlja izuzetak, te i njihova zaštita može biti ograničena. Između ostalog, kolizija se može dogoditi između prava na zaštitu podataka o ličnosti i prava intelektualne svojine. Davanje podataka o licima uključenim u povredu prava intelektualne svojine potencijalno može biti problematično za zaštitu podataka o ličnosti i uopšte privatnost lica o kojima se daju informacije. U tom smislu, autor ovog rada ispituje pitanje mogućnosti ograničavanja prava na zaštitu podataka o ličnosti pravima intelektualne svojine čiji su nosioci druga lica, analizom prakse Suda pravde Evropske unije u kojoj su primenjeni dogmatski i komparativni metod. Zaključci suda mogu biti značajni za pozicioniranje prava intelektualne svojine u celokupnom pravnom sistemu i rešavanje tenzije koja u tom pogledu postoji između prava na imovinu i prava na privatnost.

Ključne reči: pravo na privatnost, pravna zaštita podataka o ličnosti, prava intelektualne svojine, zahtev za davanje podataka o trećim licima uključenim u povredu, ograničenje.

1. Uvod

Zaštita prava pojedinca je jedan od osnovnih postulata svakog demokratiskog poretka. U većini slučajeva pravo moramo štititi od neprava, odnosno od akata kojima se pravo povređuje. Međutim, s vremena na vreme se dešava sukob prava sa pravom. U određenim situacijama može se dogoditi sukob dva zaštićena interesa. Načelno, kada su dva suprotstavljena interesa javni i privatni, pretpostavka je da će prevagu odneti javni, budući da nije logično prednost dati interesu pojedinca nad interesom većine, što ne mora uvek biti slučaj. Daleko teže je odgovoriti na pitanje šta se dešava u slučaju sukoba dva privatna interesa.

* Asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, nmilosavljevic@jura.kg.ac.rs

Zaštita prava intelektualne svojine jedan je od značajnih izazova modernog društva. U tu svrhu priznati su brojni tužbeni zahtevi i mere kojima se nosicu prava omogućava da svoje pravo zaštiti od trećih lica. Između ostalog, titularu je priznat i tužbeni zahtev za davanje podataka o trećim licima koja su učestvovala u povredi prava ili, kraće rečeno, zahtev za davanje informacija. Njime se zapravo omogućava da titular prava koji otkrije povredu utvrdi obim povrede i odgovorna lica koja su učestvovala u povredi. Otkrivanje identiteta tih lica potencijalno može biti problematično sa aspekta zaštite podataka o ličnosti. Ukoliko se od trećih lica poput banaka ili internet provajdera zahteva informacija o identitetu lica koje vrši povredu prava, načelno dolazi do kolizije dva zaštićena interesa. S jedne strane se uspostavlja interes zaštite prava na intelektualnu svojinu, s druge strane zaštita privatnosti i podataka o ličnosti određenog lica.

U radu koji sledi nastojaćemo da na osnovu analize prakse Suda pravde Evropske unije odgovorimo na pitanje da li je moguće i u kojim slučajevima dopustiti ograničavanje zaštite podataka o ličnosti pravom na intelektualnu svojinu. Najpre je neophodno da se bolje upoznamo sa pravom na privatnost i pravom na zaštitu podataka o ličnosti i uslovima njihovog ograničavanja uopšte. Nakon toga ćemo, analizirajući praksu Suda pravde Evropske unije, ustanoviti koji su parametri i uslovi pod kojima je dozvoljeno ograničavanje zaštite podataka o ličnosti.

2. Pravo na privatnost

2.1. Pojam prava na privatnost i njegovi oblici

Malo je poznato da je suprug britanske kraljice Viktorije princ Albert, između ostalog, imao umetničkih sklonosti. On se, naime, bavio bakrorezom, likovnom disciplinom u kojoj se najpre izradi matrica u bakru, a zatim se prave otisci, te matrice na papiru ili drugom materijalu koji predstavljaju delo. Taj hobi princa Alberta bi za pravo ostao potpuno nevažan da nije pomogao definisanju jednog od najznačajnijih ljudskih prava. Pravna istorija je zabeležila da su bakrorezi princa Alberta na kojima su bile prikazane scene iz doma kraljevske porodice, poput kupanja i hranjenja dece, bez njegovog znanja i saglasnosti, završili objavljeni u jednom dnevnom listu. Usledila je tužba sudu, a u nastavku postupka koji će ostati upamćen pod nazivom *Prince Albert v. Strange*, sud je obavezao tuženog da navedeni broj novina povuče i naknadi štetu, ali ne zbog povrede autorskog prava, koja je takođe postojala, već zbog toga što princ Albert, iako član kraljevskog doma i javna ličnost, ima „pravo da bude ostavljen na miru” (eng. *right to be left alone*). Nakon tog slučaja koji se desio još 1849. godine, harvardski profesori Warren i Brandeis su u svom radu *Right to privacy*

1890. godine, pozivajući se upravo na taj slučaj, „pravo da se bude ostavljen na miru” prvi put nazvali pravo na privatnost.

Kao što vidimo, pravo na privatnost, iako se često spominje u vezi sa modernim tehnologijama, svoje korene vuče još iz XIX veka, kada računari nisu postojali. Zapravo, pravo na privatnost u vezi sa modernim tehnologijama, samo je jedan, najmlađi aspekt tog značajnog prava. Upravo zbog takve svoje apstraktne i sveobuhvatne prirode, pravo na privatnost se opire preciznom definisanju. Teško je odrediti granice privatnog života. „Privatan život” obuhvata „širok spektar aktivnosti u ličnoj sferi svakog pojedinca”.¹ Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, „bilo bi previše restriktivno ograničiti pojam privatnog života na ’unutrašnji krug’ u kome osoba može živeti sopstveni lični život kakav sam izabere i isključiti iz njega u potpunosti spoljni svet koji nije obuhvaćen tim krugom. Poštovanje privatnog života mora takođe da obuhvati u izvesnoj meri i pravo da se ustanovljavaju i razvijaju odnosi sa drugim ljudskim bićima”.² Pravo na poštovanje privatnog života iz člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³, zbog nepostojanja precizne definicije privatnog života, dalo je osnov za najrazličitija moguća tumačenja zaštićenih interesa koji spadaju u domen tog prava. Ipak, u praksi Evropskog suda pravde su se iskristalisale sledeće zaštićene sfere ili posebna prava: pravo na privatnost u užem smislu, pravo na fizički i psihički integritet, pravo na seksualnu privatnost, pravo na lično ime i pravo pristupa poverljivim podacima.⁴ Za našu temu su posebno značajne poslednje dve kategorije odnosno prava: pravo na lično ime i pravo na pristupa poverljivim podacima.

U Ustavu Republike Srbije,⁵ za razliku od Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, nije predviđeno ni definisano pravo na privatnost. Međutim, u skladu sa svojim modernim pristupom regulisanju ljudskih prava, Ustavom se uređuju pojedinačna prava iz domena prava na privatnost. Između ostalog, prema članu 42. Ustava Republike Srbije, zajemčena je zaštita podataka o ličnosti, prikupljanje, obrada i korišćenje podataka o ličnosti uređuju se zakonom i kažnjiva je upotreba podataka mimo svrhe za koji su prikupljeni. Posebnim stavom tog člana priznato je pravo na pristup podacima

¹ V. Beširević et al., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd 2017, 161.

² Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Niemietz v. Germany*, predstava br. 13710/88, presuda od 23. novembra 1992, tačka 29.

³ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima – Evropska konvencija, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003-16 (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003-16).

⁴ V. Beširević et al., 161–162.

⁵ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006-3, 115/2021-3, 16/2022-3.

o ličnosti, kao i na pravo na sudsku zaštitu. Otuda, kao što se vidi, Ustavom se predviđa pravo zaštite podataka o ličnosti kao posebno pravo. Međutim, definiciju podataka o ličnosti ne sadrži Ustav već Zakon o zaštiti podataka o ličnosti⁶ na koji Ustav upućuje. Članom 4. tog zakona propisano je da je „podatak o ličnosti” svaki podatak koji se odnosi na fizičko lice čiji je identitet određen ili odrediv, neposredno ili posredno, a zatim se *exempli causa* nabrajaju mogući oblici tih podataka. „Prema tome ključne karakteristike podataka o ličnosti su sledeće. Oni se odnose se isključivo na fizička lica. Način i sredstvo saznavanja podataka nije od značaja da bi se jedan podatak mogao odrediti kao podataka o ličnosti. Podataka o ličnosti se mora odnositi na posebnu kategoriju fizičkog lica, što ga čini jedinstvenim, pri čemu je potrebno da se radi o konkretnom licu koje je određeno ili odredivo.”⁷

Takva definicija, smatramo, kao i druge zakonske definicije, ima birokratski karakter. Njome se olakšava praktična primena zakona. Međutim, njome se ne otkriva suština predmeta zaštite, ono što podaci o ličnosti zapravo predstavljaju. Stoga treba potražiti objašnjenja teorije. U svojoj doktorskoj disertaciji, Stefan Andonović je vrlo celovito, sa malo reči, izrazio samu prirodu podataka o ličnosti: „Lični podaci predstavljaju karakterističnu osobinu određenog lica. Oni se koriste u svakodnevnim životnim situacijama, služeći kao sredstvo konkretizacije i ostvarivanja pravnih odnosa. Međutim, lični podaci ne predstavljaju samo sredstvo identifikacije. Zapravo, oni predstavljaju pojavni oblik određene ličnosti u pravnom životu koji služi za ostvarivanje različitih prava i interesa.”⁸ Kao što vidimo, podaci o ličnosti predstavljaju pojavni oblik lica u pravnom saobraćaju, stoga i deo same čovekove ličnosti. Prema tome, zbog jake povezanosti podataka o ličnosti sa ličnošću čoveka, povreda podatka o ličnosti ujedno predstavlja i povredu same ličnosti čoveka.⁹

Nakon definisanja okvira prava na privatnost i smeštanja prava na zaštitu podataka o ličnosti u njegove okvire, treba da odredimo granice prava na privatnost. Budući da je pravo na zaštitu podataka o ličnosti deo prava na privatnost, određivanje granica prava na privatnost će biti značajno i sa aspekta određivanja granice prava na zaštitu podataka o ličnosti.

2.2. Ograničenje prava na zaštitu podataka o ličnosti

Kao što je rečeno u citiranoj presudi *Niemietz v. Germany*, pravo na privatnost ne podrazumeva samo zatvaranje u ličnu sferu već i odnose sa drugim ljudima. Drugim rečima, pojedinac ne može postojati u vakuumu već njegova

⁶ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87.

⁷ Z. Jovanović, S. Andonović, *Pravo elektronske uprave*, Kragujevac 2021, 158.

⁸ S. Andonović, *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji – pravni aspekti*, doktorska disertacija, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2019, 99.

⁹ S. Andonović, D. Prlja, *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Beograd 2020, 158.

privatnost mora biti vešto uklopljena sa privatnošću drugih lica. Čovekova ličnost je kompleksna društvena pojava. Upravo zbog te kompleksnosti, priroda čovekove ličnosti se nalazi na granici privatne i javne sfere.¹⁰ To sobom povlači posledicu da prilikom pravnog regulisanja njene zaštite treba postaviti jasne granice privatne i javne sfere.

Postavljanje te granice je prvenstveno u nadležnosti sudova. Sudovi, osim toga što imaju zadatak da sude po zakonu i primenjuju norme, isto tako moraju biti čuvari i javnog i privatnih interesa pojedinca te, prema shvatanjima morala i društvenog života vremena, moraju pravilno vagati i postavljati granicu između zaštićenih interesa. Određeni kriterijumi za postavljanje te granice dati su u Izveštaju Evropske komisije o predmetu Evropskog suda za ljudska prava *Brüggemann and Scheuten v. SR Germany*.¹¹ Evropska komisija je istakla da se zahtev za poštovanje privatnog života automatski ograničava u meri u kojoj pojedinac sam dovede svoj privatni život u dodir sa javnim životom ili u tesnu vezu sa drugim zaštićenim interesima, ali da pojedinac mora imati opravdano očekivanje da će njegov privatni i porodični život biti poštovan.¹²

Nešto prostije rečeno, pravo na privatnost nije neprikosnoveno, naročito ne u svim svojim pojavnim aspektima koji su brojni. Evropski sud za ljudska prava je postavio određene granice pravu na zaštitu podataka o ličnosti u predmetu *Leander v. Sweden*.¹³ U toj presudi podnosilac predstavke je tražio pristup podacima koji se nalaze u njegovom dosijeu, budući da mu je zbog njegove sadržine odbijena prijava za posao. Međutim, prema nalaženju suda, bilo je opravdano uskratiti mu pravo na pristup podacima o ličnosti iz njegovog dosijea, budući da je reč o radnom mestu koje je osetljivo sa stanovišta nacionalne bezbednosti.¹⁴ Opšte je pravilo zapravo da sud uvek mora vagati između privatnog interesa pojedinca i javnog i drugih interesa. Tako je u predmetu *Gaskin v. The United Kingdom* sud morao da proceni, s jedne strane, interes podnosioca predstavke da sazna u kojim je sve sirotištima bio i koja su lica tamo zaposlena, budući da je tvrdio da je tamo prema njemu postupano loše, i interesa države koja je tu informaciju uskratila usled potrebe da se zaštite podaci zaposlenih lica u sirotištima. Na kraju je sud našao da ti podaci o ličnosti predstavljaju zamenu za uspomene i preživljeno iskustvo i usvojio zahtev podnosioca predstavke.¹⁵ S druge strane, u predmetu *N. F. v. Italy* sud je našao da nije povređena privatnost podnosioca predstavke zbog toga što je u medijima objavljeno da je kao sudija član masonske lože jer je registar članova lože bio javan, te dostupan široj javnosti, sa čim je on bio upoznat.¹⁶

¹⁰ *Ibid.*, 12.

¹¹ Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Brüggemann and Scheuten v. SR Germany*, predstavka br. 6959/75, presuda od 19. maja 1976.

¹² I. Krstić, T. Marinković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd 2016, 169.

¹³ Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Leander v. Sweden*, predstavka br. 9248/81, presuda od 26. marta 1987.

¹⁴ V. Beširević *et al.*, 170.

¹⁵ Evropski sud za ljudska prava, *Gaskin v. the United Kingdom*, predstavka br. 10454/83, presuda od 7. jula 1989.

¹⁶ I. Krstić, T. Marinković, 172.

Pravo na zaštitu podataka o ličnosti mora biti tako postavljeno da trpi izvesna ograničenja u korist javnog ili privatnog interesa drugih lica. Kao što smo videli, u postupcima pred Evropskim sudom za ljudska prava pretežno se odlučivalo o zaštiti privatnosti drugih lica ili određenog javnog interesa. Međutim, interesantno je pitanje odnosa prava na privatnost i, u njegovim okvirima, prava na zaštitu podataka o ličnosti, s jedne strane, i prava na imovinu ili drugog privrednog interesa druge strane. Zbog toga ćemo u nastavku bliže objasniti slučaj koji se vodio pred Sudom pravde Evropske unije, gde je Sud upravo morao da vaga između ovih interesa.

3. Slučaj Suda pravde Evropske unije *Coty Germany GmbH v Stadtsparkasse Magdeburg C-580/13*¹⁷

Pred Sudom pravde Evropske unije u Luksemburgu se poveo slučaj u vezi sa pitanjem ograničavanja prava zaštite podataka o ličnosti. Naime, *Coty Germany* je nosilac žiga za oznaku *Davidoff Hot Water* za označavanje parfimerijskih proizvoda. Predstavnici te kompanije su 2011. godine putem internet aukcijske platforme kupili parfem *Davidoff Hot Water* od lica koje nije bilo ovlašćeno za prodaju, ali njegov identitet nije bio poznat na aukciji. Nakon uplate na račun za kupovinu tog parfema, *Coty Germany* je od banke *Stadtsparkasse Magdeburg*, kod koje je lice koje izvršilo povredu žiga imalo račun, tražio da dostavi podatke o licu na čiji račun su uplaćena sredstva u skladu sa pravom na dostavljanje informacije o povrediocu koje ima u skladu sa nemačkim zakonom o žigovima. Banka je, pozivajući se na obavezu čuvanja bankarske tajne, odbila da dostavi tu informaciju. *Coty Germany* je podneo tužbu Zemaljskom sudu (pandan našeg višeg suda) u Magdeburgu (*Landgericht Magdeburg*) protiv *Stadtsparkasse Magdeburg* sa zahtevom da im obelodani tu informaciju. Viši zemaljski sud Naumburg (*Oberlandesgericht Naumburg* – pandan našeg apelacionog suda) odluku prvostepenog suda je preinačio i zahtev odmah odbio, nalazeći da banka, kao stranka koja ima obavezu čuvanja tajne, po nemačkom zakonu o parničnom postupku, nije dužna da izda podatak o vlasniku računa. Takođe, članom 2. stav 3. Direktive 2004/48/ES¹⁸ propisano je da odredbe te direktive neće uticati na zaštitu podataka o ličnosti, pa prema tome nije postojala obaveza tužene banke da izda informaciju o vlasniku računa jer bi, u suprotnom, učinila povredu podataka o ličnosti vlasnika računa.

Nezadovoljan takvom odlukom, *Coty Germany* je uložio reviziju i slučaj je dospao pred nemački Savezni vrhovni sud (*Bundesgerichtshof*). Taj sud je

¹⁷ Činjenično stanje i stavovi suda iz ovog dela preuzeti su iz presude Suda pravde Evropske unije *Coty Germany GmbH v Stadtsparkasse Magdeburg, C-580/13* od 16. jula 2015, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4834E84E15D132C651EF1AA70657BF2A?text=&docid=165900&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2741102>, jun 2022.

¹⁸ Direktiva Evropskog parlamenta i saveta 2004/48/ES od 29. aprila 2004. o sprovođenju zaštite prava intelektualne svojine (*Directive 2004/48/EC of the European parliament and of the council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights*) – Direktiva 2004/48/EC, OJ L 157.

odlučio da zastane sa odlučivanjem i Sudu pravde Evropske unije uputi zahtev za prethodno odlučivanje, u kome je naveo sledeće pitanje: „Da li se član 8. stav 3. tačka (e) Direktive 2004/48/ES (kojim je propisano da obaveze davanja informacija za povredu prava intelektualne svojine neće uticati na zakonske odredbe o zaštiti podataka o ličnosti) mora tumačiti tako da se njime, u slučajevima kao što je u ovom postupku, prekludira nacionalni zakon kojim se dozvoljava banci da, sa pozivom na obavezu čuvanja bankarske tajne, odbije da dostavi informacije o imenu i adresi lica koje vrši povredu prava intelektualne svojine u skladu sa članom 8. stavom 1. tačkom (c) Direktive 2004/48/ES (kojim je bilo propisano uvođenje tužbenog zahteva za davanje informacija zbog povrede prava intelektualne svojine).”

Nakon što je odbacio tvrdnje tužene banke o nedozvoljenosti takvog pitanja, sud je ušao u suštinu zahteva. Naime, sud je najpre istakao da se konkretan tužbeni zahtev za davanje informacija mora tumačiti u skladu sa tačkom (17) preambule Direktive 2004/48/ES, kojom je propisano da se svaki od tužbenih zahteva i mera propisanih direktivom prilikom primene mora prilagoditi konkretnom pravu intelektualne svojine koje se štiti. Odredbe člana 8. Direktive 2004/48/ES na koje se sud poziva sadrže zahtev da veći broj prava mora biti usklađen, u prvome redu pravo na informaciju nosioca prava intelektualne svojine i pravo na zaštitu podataka o ličnosti. Pravo na informaciju nosioca prava intelektualne svojine mora biti tumačeno u skladu sa pravom na delotvorno pravno sredstvo garantovano čl. 47. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije¹⁹, koje je neophodno radi zaštite prava svojine, a koje u sebe obuhvata i pravo na intelektualnu svojinu predviđenu čl. 17. st. 2. Povelje. S druge strane, pravo na zaštitu podataka o ličnosti je zaštićeno članom 8. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije i tada važećom Direktivom 95/46. Takođe, u tački (32) preambule Direktive 2004/48/ES propisano je da se njome moraju poštovati sva prava zagwarantovana Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije, a članom 2. stav 3. Direktive propisano je da se njome ne mogu vređati, između ostalog, pravila o zaštiti podataka o ličnosti. Sud je stoga zaključio da je ovim zahtevom za prethodno odlučivanje od njega traženo da uskladi i izmiri pravo na efektivno pravno sredstvo i pravo svojine, s jedne strane, i pravo na zaštitu podataka o ličnosti, s druge strane.

U vezi sa tim sud je istakao da države članice prilikom transponovanja odredaba direktiva u nacionalno pravo moraju voditi računa da njihovim tumačenjem bude moguće napraviti pravičnu ravnotežu interesa između različitih prava propisanih Poveljom o osnovnim pravima. To znači da su državni organi država članica ne samo dužni da tumače domaće zakone u skladu sa odredbama direktiva već i da ta tumačenja budu u skladu sa pravima propisanim Poveljom o osnovnim pravima i principima na kojima počiva Evropska unija. Takođe,

¹⁹ Povelja o osnovnim pravima Evropske unije (*Charter of fundamental Rights of the European Union*) – Povelja o osnovnim pravima, 2012/C 326/02.

odredbom čl. 52. st. 1. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije propisano je da sva ograničenja prava propisanih Poveljom moraju biti takva da se teži očuvanju suštine samog zaštićenog prava, a da se predviđanje mera kojima se grubo vrši povreda ne može shvatiti kao ispunjavanje uslova pravične ravnoteže između prava koja moraju biti međusobno izmirena.

U konkretnom slučaju, banka je na osnovu obaveze čuvanja bankarske tajne odbila da tužiocu pruži tražene informacije o imenu i prezimenu lica koje je potencijalno izvršilo povredu prava intelektualne svojine. Ukoliko se odredba nemačkog zakona kojim je propisana obaveza čuvanja bankarske tajne posmatra izolovano od ostalih odredaba, stiče se utisak da ona omogućava neograničeno pravo banke da odbije sve zahteve za davanje informacija, budući da ne sadrži nikakve uslove ili propisane kvalifikative. Zbog toga se takvom odredbom nemačkog zakona grubo povređuje pravo na informaciju nosioca prava intelektualne svojine, te samim tim i njegovo pravo svojine i pravo na efektivno pravno sredstvo koje služi ostvarivanju prvog prava. Odredba kojom je propisano neograničeno pravo banke da odbija sve zahteve za informacije potpuno bi blokirala proceduru koja je moguća shodno zahtevu za davanje informacije i efektivno i potpuno lišila nosioca prava intelektualne svojine da svoje pravo ostvari. Stoga se ne može smatrati da je, prema zaključku suda, propisivanje prava banke da u svakoj situaciji neograničeno odbije zahtev za davanje informacije u skladu sa načelom pravične ravnoteže interesa koja je sadržana u članu 8. Direktive 2004/48/ES. Sve to važi pod uslovom da te informacije ne može da sazna na drugi način ili drugim pravnim sredstvima. S druge strane, činjenicu da li je moguće da nosilac prava sazna tražene informacije na drugi način mora utvrditi nacionalni sud. Shodno tome, sud je dao sledeći odgovor nemačkom Saveznom vrhovnom sudu: „Član 8. stav 3. tačka (e) Direktive 2004/48/ES treba tumačiti tako da se njime prekludira odredba zakona države članice, kao što je to slučaj u ovom postupku, koja dozvoljava neograničeno i bezuslovno pravo banke da se poziva na obavezu čuvanja bankarske tajne u slučaju kada želi da odbije zahtev za davanje imena i adrese u skladu sa čl. 8. st. 1. tač. (c) Direktive 2004/48/ES.”

4. Analiza slučaja

U tom slučaju Sud pravde Evropske unije je ocenio da treba izmiriti sukobljene interese u pogledu prava svojine i posredno prava na efektivno pravno sredstvo jednog lica i prava na zaštitu podataka o ličnosti drugog lica. Sud je istakao da se to mora izvršiti primenom načela pravične ravnoteže sukobljenih interesa i da mogućnost banke da neograničeno i bezuslovno odbija zahtev za davanje informacija o klijentu nije u skladu sa tim načelom. Međutim, sud nije detaljnije obrazložio zbog čega smatra da takvo ograničenje nije u skladu

sa principom pravične ravnoteže interesa, budući da je ta detaljna analiza bila data u Mišljenju opšteg pravobranioca *Cruz Villalón-a*.²⁰ Opšti pravobranilac se u tom predmetu najpre ogradio u smislu da navedeno mišljenje daje samo načelno imajući u vidu da, shodno praksi Suda pravde Evropske unije, ocenu o ograničavanju ljudskih prava mora dati sud svake države članice posebno jer je u boljoj prilici da oceni konkretan slučaj koji se nalazi pred njim.²¹

Ipak, uzimajući u obzir dosadašnju praksu suda, opšti pravobranilac je ukazao na određene kriterijume koje sud mora uzeti u obzir u oceni pravične ravnoteže interesa. To je dvostruki test i podrazumeva ispitivanje legalnosti i nezadiranja u suštinu ograničavanjem prava i proporcionalnosti u širem smislu, koju je razmatrao iz aspekata podesnosti, neophodnosti i proporcionalnosti u užem smislu. Legalnost i nezadiranje u suštinu ograničenja prava podrazumevaju da ograničenje određenog prava, u ovom slučaju prava na imovinu i efektivno pravno sredstvo, mora biti zakonski propisano i da se ne sme vršiti ograničavanje koje zadire u suštinu zaštićenog prava. Uslov zakonskog propisivanja je bio ispunjen budući da je ograničenje bilo predviđeno na jasan, predvidljiv i dostupan način, ali je pitanje nezadiranja u suštinu zaštićenog prava bilo diskutabilno zbog toga što bi se tim pravom banke bitno smanjila efikasnost predviđene mere. Proporcionalnost u širem smislu kao uslov podrazumeva suštinski da se ograničenja prava jednog lica mogu naći samo u pravima drugog lica. Sa aspekta podesnosti, treba ispitati da li su pravo na efektivno pravno sredstvo i pravo na svojinu podesna da se njima ostvari krajnja svrha, odnosno da se dođe do traženih podataka, na uštrb prava zaštite podataka o ličnosti. Aspekt neophodnosti podrazumeva da sud mora ispitati da li je zahtev za davanje informacija zaista neophodan i jedini moguć način da tužilac dođe do traženih informacija. Konačno, aspekt proporcionalnosti u užem smislu podrazumeva da sud mora ispitati u kojoj meri ograničenje određenog prava doprinosi ostvarivanju drugog prava koje mu je suprotstavljeno, odnosno da li nadomešćuje u dovoljnoj meri podnetu žrtvu. To se mora ispitati imajući u vidu: obim informacija koje tužilac zahteva, količinu dokaza koje postoje o učinjenoj povredi prava intelektualne svojine, količinu dokaza koji ukazuju na to da je lice čiji je bio račun u banci delovalo nezakonito, u kojoj meri lica koja vrše krivotvorenje zaslužuju da njihov identitet bude zaštićen, postojanje znatne štete na strani nosioca prava i garancije da će tužilac dobijene informacije koristiti samo kako bi pokrenuo postupak protiv povredioca prava, ne i u druge svrhe.²²

Na kraju, primenjujući sve pomenute kriterijume, opšti pravobranilac je u svom neobavezujućem mišljenju ocenio da je pravo na zaštitu podataka o

²⁰ The Opinion of Mr. Advocate General Cruz Villalón in Case 580/13 Coty Germany GmbH v Stadtsparkasse Magdeburg delivered on 16 April 2015, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4834E84E15D132C651EF1AA70657BF2A?text=&docid=163726&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2741102>, jun 2022.

²¹ The Opinion of Mr. Advocate General..., tačka 34.

²² *Ibid.*, tač. 35–43.

ličnosti prekludirano u tom slučaju potrebom zaštite prava na efektivno pravno sredstvo i pravom svojine, što je, kao što smo videli, sud konačno prihvatio i kao svoj odgovor. Test koji je primenio opšti pravobranilac ne predstavlja standard koji se primenjuje samo u pravu Evropske unije. Naime, odlučujući u jednom sličnom slučaju, Sud Engleske i Velsa je primenio gotovo identičan test u četiri koraka: 1. kada su vrednosti zagarantovane osnovnim ljudskim pravima, nijedno pravo ne treba da ima primućstvo nad drugim, 2. kada su vrednosti zagarantovane osnovnim pravima u sukobu, treba se fokusirati se na komparativnu važnosti svakog od prava za konkretan slučaj, 3. mora postojati adekvatno opravdanje za ograničavanje ili uticanje na neko od prava, 4. konačno, test proporcionalnosti, kao ultimativni test ravnoteže, mora se primeniti na svako od prava.²³

Centralno mesto u odlučivanju o tome da li će neko od prava biti pretežnije u odnosu na drugo i engleski sudovi i Sud pravde Evropske unije vezuju za test proporcionalnosti. Njime se uvodi balans u odnose koji postoje između različitih privatnih interesa. Za razliku od situacija pred Evropskim sudom za ljudska prava, koje smo naveli, kada se privatna prava ograničavaju radi ostvarenja javnog interesa, u ovim situacijama imamo slučaj da treba ograničiti određeno privatno pravo pojedinca pravom drugog pojedinca. Dok pitanje postojanja interesa većine gotovo nesumnjivo preteže u odnosu na pitanje postojanja privatnog interesa, postavljanje balansa između privatnih interesa pojedinaca je znatno teže i složenije pitanje jer se može lako skrenuti u diskriminaciju. Zbog toga test koji se primenjuje treba da bude veoma „osetljiv”, tako da i mali razlozi mogu prevagnuti u korist jedne ili druge strane.

U konkretnom slučaju Sud pravde Evropske unije je ocenio da je prevagnuo interes nosioca prava svojine, odnosno prava intelektualne svojine u odnosu na titulare prava na zaštitu podataka o ličnosti. U svom obrazloženju to je suštinski pravdao činjenicom neograničenosti zaštite bankarske tajne. Prema oceni suda, nijedno pravo pojedinca ne treba da bude bezuslovno i neograničeno zaštićeno ukoliko bi takva negraničena zaštita podataka o ličnosti vodila anuliranju prava koje ima nosilac prava intelektualne svojine. Opšti pravobranilac je, s druge strane, prednost dao pitanju proporcionalnosti, u smislu da treba posebno ispitati uživaju li lica koja povređuju pravo drugog zaštitu sistema. Drugim rečima, posredno je ukazao da lice koje vrši povredu prava načelno ne bi trebalo da uživa zaštitu samog prava, premda je takav zaključak uslovio teretom dokazivanja, odnosno da tužilac mora imati čvrste dokaze da je povreda izvršena i da je povredu učinilo određeno lice čiji se identitet traži. I Sud pravde Evropske unije i opšti pravobranilac se slažu da uvek treba ispitati postoji li drugi način kojim se manje ograničavaju prava pojedinca da do istih informaci-

²³ Presuda Višeg suda Engleske i Velsa *Golden Eye (International) Ltd. v. Telefonica UK Ltd* iz 2012. godine, navedeno prema: P. Torremans, *Holyoak & Torremans Intellectual property law*, Oxford University Press, Oxford 2019, 669.

ja dođe. Taj princip ultimativnosti, odnosno neophodnosti ograničavanja prava važi i u krivičnom postupku i u drugim situacijama kada je povređen javni interes, pa apsolutno mora biti uzet u obzir i kada se određeno ljudsko pravo ograničava privatnim interesom.

Vrlo je važno naglasiti da taj test neće uvek dati isti rezultat. Naime, uspostavljanje pravične ravnoteže interesa između nosilaca različitih prava zavisi od okolnosti konkretnog slučaja i ona ne može biti unapred data za sve pojedinačne slučajeve. To zapravo znači da pomenutu odluku ne treba tumačiti apstraktno tako da će uvek pravo svojine biti nadređeno ili ocenjeno kao važnije u odnosu na pravo na privatnost i posebno pravo zaštite podataka o ličnosti. Naprotiv, taj odgovor nije moguće dati unapred i za sve pojedinačne slučajeve već u svakom konkretnom slučaju treba vagati suprotstavljene interese. U pomenutom slučaju koji se vodio pred Višim sudom Engleske i Velsa, sud je odlučivao o zahtevu za davanje informacija koje je kompanija *Golden Eye (International) Ltd.*, koja se bavi snimanjem filmova pornografskog sadržaja, postavila internet provajderu. Tužilac je zahtevao da internet provajder dostavi podatke, imena i adrese 9.000 korisnika IP adresa koji su, koristeći se torent platformom (eng. *peer-to-peer*), neovlašćeno koristili dela tužioca. Koristeći se upravo kriterijumima testa proporcionalnosti koje smo pomenuli, sud je najpre ocenio da bi tužilac u slučaju usvajanja tog zahteva bio onemogućen da zaštiti svoje autorsko pravo budući da ne postoji drugi način na koji bi mogao da sazna imena i adrese lica koja vrše povredu. U tom pogledu, načelno nije značajno da li autorska dela predstavljaju pornografski sadržaj ili ne. Međutim, sud ipak nije dao prevagu pravu svojine, odnosno intelektualne svojine u ovom slučaju, jer bi dostavljanje podataka o ličnosti prouzrokovalo povredu privatnosti i izlaganje sramoti lica koja su koristila autorsko delo, imajući u vidu da je reč o pornografskom sadržaju. Drugim rečima, sud je dao prevagu interesu zaštite dostojanstva lica koja su gledala pomenuti sadržaj, budući da bi otkrivanjem njihovog identiteta u kasnijem postupku bili izloženi sramu, što bi poremetilo pravičnu ravnotežu interesa koja postoji između prava.²⁴

Postupci za povredu intelektualne svojine počinju najčešće sa kraja distributivnog lanca, od zadnjeg lica u prodajnom nizu. Međutim, kako bi se efektivno sprečila dalja povreda, treba pronaći lica koja vrše povredu i adekvatno ih procesuirati. U tom smislu je značaj zahteva za davanje informacija za zaštitu intelektualne svojine nemerljiv, što u krajnjem vodi očuvanju kompanije i njenom razvoju.²⁵ S druge strane, privatnost lica je jedno od najznačajnijih dobara pojedinca. Čak i ako bismo mogli da tvrdimo da bi bilo opravdano uskratiti ta prava licima koja vrše povredu intelektualne svojine, treba isto tako voditi računa i o licima koja čuvaju podatke, poput banaka,

²⁴ Presuda Višeg suda Engleske i Velsa *Golden Eye*, navedeno prema L. Bentley, B. Sherman, D. Gangjee, P. Johnson, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford 2018, 1298–1300.

²⁵ P. Torremans, 666.

internet provajdera ili data centara. Poverljivost predstavlja jedan od osnovnih resursa tih kompanija. Mogućnost da obavljaju svoj posao direktno je povezana sa pitanjem čuvanja podataka. Zbog toga uvek treba uzeti u obzir i interese tih lica prilikom donošenja odluke. Prema tome, ravnoteža interesa mora da bude uspostavljena pravično, prema okolnostima konkretnog slučaja i vodeći računa o proporcionalnosti.

5. Zaključak

Pravo na privatnost je jedno od najznačajnijih ljudskih prava, čija zaštita počinje već od sredine 19. veka. Za to vreme ono je dobijalo različite forme i oblike, tako da se pod zaštitom privatnog života podrazumeva zaštita prava na privatnost u užem smislu, prava na fizički i psihički integritet, prava na seksualnu privatnost, prava na lično ime i pravo na zaštitu podataka o ličnosti. Podaci o ličnosti, s druge strane, predstavljaju emanaciju ljudske ličnosti u pravnom poretku. Otuda je njihova zaštita jednako važna kao i zaštita ljudske ličnosti. Ipak, to ne znači da su ona neograničena i bezuslovna. U pojedinim slučajevima, kada je to neophodno sa stanovišta javnog interesa, pravo na zaštitu podataka o ličnosti može biti ograničeno sa ciljem ostvarivanja toga javnog interesa.

Međutim, u pojedinim situacijama pravo na privatnost, odnosno pravo na zaštitu podataka o ličnosti moguće je ograničiti i radi ostvarivanja privatnog interesa. Sud pravde Evropske unije je u svojoj praksi dao osnov takvom shvatanju o odnosu sa pravom svojine, odnosno intelektualne svojine koje se pod njega podvodi. Konkretnije, prema oceni suda, moguće je da ograničiti pravo na zaštitu podataka o ličnosti ukoliko je to neophodno radi ostvarivanja zahteva za pristup podacima o identitetu povredioca prava intelektualne svojine. Tim zahtevom se u krajnjem omogućava zaštita samog prava, te bi njegovim ograničavanjem bilo negirano pravo titulara na pravno sredstvo i na intelektualnu svojinu. Ipak, takvo ograničavanje mora imati osnov u zakonu i ne sme uticati na suštinu zaštićenog prava, s jedne strane, dok, s druge strane, treba voditi računa o proporcionalnosti u širem smislu, koja podrazumeva podesnost, neophodnost i proporcionalnost u užem smislu. Tek je ispitivanjem tih kriterijuma moguće odgovoriti na pitanje da li će i u kojim slučajevima pravo na zaštitu podataka o ličnosti biti ograničeno i u kojoj meri. A to se mora odrediti imajući u vidu okolnosti svakog konkretnog slučaja. Budući da ti kriterijumi u različitim okolnostima mogu dati različite rezultate, pa samim tim i različite odgovore na pitanje da li je takvo ograničenje opravdano.

Literatura

- Andonović S., *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji – pravni aspekti*, doktorska disertacija, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2019.
- Andonović S., Prlja D., *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Beograd 2020.
- Bentley L., Sherman B., Gangjee D., Johnson P., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Beširević V. et al., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd 2017.
- Jovanović Z., Andonović S., *Pravo elektronske uprave*, Kragujevac 2021.
- Krstić I., Marinković T., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd 2016.
- Torremans P., *Holyoak & Torremans Intellectual property law*, Oxford University Press, Oxford 2019.

Propisi i drugi akti

- Direktiva Evropskog parlamenta i saveta 2004/48/ES od 29. aprila 2004. o sprovođenju zaštite prava intelektualne svojine (*Directive 2004/48/ES of the European parliament and of the council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights*).
- Povelja o osnovnim pravim Evropske unije (*Charter of fundamental Rights of the European Union*), 2012/C 326/02.
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Niemietz v. Germany*, predstavka br. 13710/88, presuda od 23. novembra 1992.
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Brüggemann and Scheuten v. SR Germany*, predstavka br. 6959/75, presuda od 19. maja 1976.
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Leander v. Sweden*, predstavka br. 9248/81, presuda od 26. marta 1987.
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava, *Gaskin v. the United Kingdom*, predstavka br. 10454/83, presuda od 7. jula 1989.
- Presude Suda pravde Evropske unije, *Coty Germany GmbH v Stadtsparkasse Magdeburg*, C-580/13 od 16. jula 2015, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4834E84E15D132C651EF1AA70657BF2A?text=&docid=165900&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2741102>, jun 2022.
- Ustav Republike Srbije, *Sl. Glasnik*, br. 98/2006-3, 115/2021-3, 16/2022-3.
- Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju

za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi Protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003-16 (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003-16).

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87 od 13. novembra 2018.

Internet izvori

The Opinion of Mr. Advocate General Cruz Villalón in Case 580/13 Coty Germany GmbH v Stadtparkasse Magdeburg delivered on 16 April 2015, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4834E84E15D132C651E-F1AA70657BF2A?text=&docid=163726&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2741102>, jun 2022.

Nikola Milosavljević

Teaching assistant of University of Kragujevac, Faculty of law

THE LIMITATION OF THE DATA PROTECTION RIGHT FOR THE PURPOSE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS PROTECTION

Summary

The right to privacy presents one of the most important personal rights as well as strong barrier and the assurance of personal sphere of each of us. Regardless of such importance, the right to privacy cannot and should not be unlimited. Usually, the rights of an individual are limited by the rights of another individual. Hence, it is common to make the balance between the colliding rights and decide which right should prevail. The legal protection of personal data, as a form of privacy, is no exception to that matter, so data protection right can also be limited. Among the other things, it is possible that collision occurs between data protection right of one person and intellectual property rights of another. This is especially feasible, since the intellectual property right holder in civil proceedings can be granted by courts an order for disclosure of information about identity of persons that were involved in the right infringement. The disclosure of personal data of persons involved in infringement could be challenging regarding the data protection right as well as to right to privacy of these persons. Therefore, the author in following paper examines the possibility of limiting the data protection rights for the purpose of protection the intellectual property rights by analyzing the Court of Justice of European Union decisions using the dogmatic and comparative method. The conclusions of this court as well as doctrine could be important for positioning the intellectual property right in legal system and resolving the tension between right on property and right to privacy in this matter.

Key words: right to privacy, right to personal data protection, intellectual property rights, order for disclosure of the information about identity of persons involved in infringement, limitation.

UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI U KRIVIČNOM PRAVU

NA PUTU KA USLOVNOM OTPUŠTANJU U REPUBLICI SRBIJI**

Apstrakt

Uslovni otpust je krivičnopravni institut koji je, uz različite modalitete, opšteprihvaćen u većini krivičnopravnih sistema. Njegova penološka komponenta je snažno izražena i ogleda se u tome da predstavlja „nagradu” za osuđeno lice koje se dobro vlada tokom izvršenja kazne zatvora. Postojanje tog instituta nije sporno, ali određene dileme postoje i dalje, i u naučnom diskursu i u praksi. Nakon uvodnog i teorijskog dela te osvrta na savremene pravce razvoja tog instituta u zakonodavstvu i praksi, u radu su analizirani propisi kojima se ta materija reguliše u Republici Srbiji, pre svega sa aspekta krivičnog materijalnog i izvršnog prava. U radu je analiziran i dokument koji je sačinila mešovita radna grupa, sastavljena od predstavnika sudova, tužilaštava, ustanova za izvršenje krivičnih sankcija i naučnih radnika, koji predstavlja model po kome bi u skorijoj budućnosti trebalo da se postupa po podnetoj molbi za uslovni otpust. Posebno je sagledana procena rizika osuđenih lica, budući da ona predstavlja okosnicu i glavnu barijeru ka široj primeni uslovnog otpusta u praksi. U poslednjoj celini navedeni su predlozi za unapređenje primene uslovnog otpusta u praksi.

Ključne reči: uslovni otpust, zakonodavstvo, sudska praksa, tretman, procena rizika.

1. Uvodne napomene

Kaznu zatvora i njeno izvršenje u savremenim krivičnopravnim sistemima gotovo je nemoguće zamisliti bez postojanja instituta uslovnog otpusta. Mada se poslednjih godina sve više ukazuje na značaj primene alternativa zatvaranju¹, čini

* Istraživač saradnik, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, nikola.vujicic.law@gmail.com

** Ovaj rad posvećujem svom prijatelju i kolegi dr Stefanu Andonoviću. Mimo naših zajedničkih dogodovština, kafana, radosti i deljenja dobra i zla, često smo razgovarali i o nauci. Naša planirana šetnja pred tvoj rođendan, završena je tvojim odlaskom na neko lepše mesto. Počelo je sećanje na tebe. Hvala ti što si bio deo mog života, prijatelju, brate. Nedostaješ tvom Orolu, moj Andoneli.

¹ Ne ulazeći u dublju analizu, na ovom mestu ćemo ukazati na to da je svrha alternativnih sankcija u tome da obezbede adekvatnu društvenu reakciju na kriminalitet, odnosno da omoguće bolju individualizaciju i pruže mogućnost nalaženja svojevrsnog kompromisa između kazne zatvora i probacije. Vid. S. Soković, „Između zatvora i uslovne osude – intermedijarne sankcije”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 47(3)/2009, 186. Komparativno posmatrano, alternative zatvaranju (ili vanzavodske sankcije i mere, kako se na pojedinim

se opravdanim stav da je kazna zatvora i dalje stub sistema krivičnih sankcija, pre svega sa aspekta njenog generalnopreventivnog dejstva, pri čemu treba imati u vidu da neke druge sankcije ne bi mogle postojati bez nje², a uz to se ističe i njen represivni učinak, budući da ona predstavlja osnovnu polugu krivičnopravne reakcije.³

Sa aspekta penologije, način postupanja sa licima osuđenim na kaznu zatvora predstavlja većitu dilemu, a zamišljena skala postupanja ima dve krajnosti, koje se sagledavaju u odnosu na primenu načela humanosti tokom izvršenja kazne zatvora.⁴ Humano postupanje, kojim se uvažavaju osnovna ljudska i građanska prava, uz neophodna ograničenja koja su nužna u primeni kazne zatvora, predstavlja standard koji je već duže vremena nesporan u savremenim krivičnim sistemima. Takav način postupanja je nužan ukoliko se želi izbeći ili makar umanjiti stepen prizonizacije, koja kao takva ima više faza, od kojih najviše zabrinjavaju one u kojima se rađa ili produbljuje sklonost ka kriminalnom i antisocijalnom ponašanju.⁵ S druge strane, tretman bi trebalo da doprinese smanjenju deprivacija⁶ koje su, hteli to da priznamo ili ne, ipak neizbežne tokom izdržavanja kazne, bez obzira na način i kvalitet postupanja sa osuđenim licima. Ipak, kvalitet tretmana, ali i prihvatanje programa postupanja te primena uslovnog otpusta kao najveće „pogodnosti” koju osuđeni može da ostvari tokom izdržavanja kazne zatvora, svakako doprinose rešavanju pojedinih problema. Ta „druga šansa” predstavlja jak motivacioni faktor.

Ne postoji opravdanje da se uslovni otpust razmatra isključivo kao penološki institut ili kao prevashodno krivičnopravna kategorija jer se uslovni otpust ne može razumeti kao forma (krivičnopravna) bez sadržine (penološke) niti postoji sadržina uslovnog otpusta bez (krivičnopravne) forme.⁷ S druge strane, u literaturi se ističe da priroda tog instituta donekle ima *sui generis* karakter, što je naročito očigledno u onim sistemima u kojima o primeni uslovnog otpusta odlučuje određena komisija, najčešće mešovitog sastava, nekad i uz učešće suda.⁸

mestima navodi) imaju sve veći ideo u strukturi izrečenih krivičnih sankcija, što nije slučaj sa Republikom Srbijom. Naime, prema podacima iz Izveštaja Saveta Evrope SPACE I za 2020. godinu, Srbija se i dalje svrstava u grupu zemalja u kojima postoji izrazito visoka stopa zatvaranja (evropski prosek je 103,2, dok je stopa zatvaranja u Srbiji 159,9). Vid. M. Kolaković Bojović, A. Batričević, M. Matić Bošković, *Analiza uticaja primene alternativnih sankcija i mera u Republici Srbiji u periodu od 2015. do 2020. godine*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2022, 16.

² Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 285.

³ I. Vuković, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021, 446.

⁴ N. Vujičić, T. Karić, „Procena rizika i napredovanje u tretmanu u Kazneno-popravnim zavodu u Sremskoj Mitrovici”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 68(1)/2020, 171.

⁵ D. Clemmer, *Prizonizacija, Teorije u kriminologiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd 2009, 517.

⁶ O toj temi, vid. više u G. Sykes, „Muke zatvorenika”, u: *Teorije u kriminologiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd 2009, 520–527.

⁷ S. Soković, „Uslovni otpust – penološki aspekt”, *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust* (ur. Ivana Stevanović, Ana Batričević), Beograd 2016, 387–388.

⁸ M. Škulić, „Uslovni otpust sa stanovišta krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava”, *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust* (ur. Ivana Stevanović, Ana Batričević), Beograd 2016, 365. Isti autor ukazuje na određenu sličnost uslovnog otpusta sa vanrednim ublažavanjem kazne, budući da po svom efektu uslovni otpust praktično menja pravnosnažnu i izvršnu odluku suda u pogledu dužine kazne, pri čemu treba imati u vidu da su za primenu uslovnog otpusta relevantni drugi razlozi koji se u osnovi svode na ocenu ispunjenosti osnovne svrhe kažnjavanja. *Ibid.*, 365.

Do pre dvadesetak godina, takav model uslovnog otpusta bio je primenjivan i u Srbiji, nakon čega je zakonodavac zauzeo stav da je to pre svega svojevrсно pravo osuđenog lica, o kome bi trebalo da odlučuje sud. Ukoliko se osvrnemo na penološku komponentu uslovnog otpusta, a pre svega na propise kojima se reguliše materija prava izvršenja krivičnih sankcija (*krivično izvršno pravo*), uočava se njegova sličnost sa prevremenim otpuštanjem sa izvršenja kazne zatvora. Mada se u oba slučaja ocenjuju okolnosti koje proističu iz tretmana, poput dobrog vladanja, ispunjavanja radnih obaveza itd., osnovna razlika je u tome što se u slučaju prevremenog otpusta osuđenik smatra slobodnim u punom smislu te reči⁹, što nije slučaj sa uslovnim otpustom.

Svrha uslovnog otpusta je usko povezana sa svrhom kažnjavanja, odnosno svrhom krivičnih sankcija, uz posebno naglašenu specijalnu prevenciju, koja se ogleda u oceni da li se osuđeni tokom izdržavanja kazne zatvora i vremena provedenog u ustanovi za izvršenje kazne zatvora popravio u toj meri da bi ga trebalo nagraditi ranijim otpustom sa izdržavanja kazne. Drugim rečima, taj institut se posmatra(o) kao delotvorno sredstvo rehabilitacije i reintegracije, što je dovedeno u pitanje sedamdesetih godina prošlog veka, od kada počinje upotreba termina, bolje rečeno svojevrсне ideologije, da „ništa ne funkcioniše” (eng. *Nothing works*).¹⁰ Pojedini autori sugerišu da je posledica takvog gledišta podiranje napora da se odgovori na pitanje „šta deluje” (eng. *What works*).¹¹

(Ne)delotvornost se ranije merila isključivo kategorijom recidivizma, ujedno i najvalidnijim parametrom uspešnosti izvršenja kazne zatvora. U današnjem kriminološko-penološkom okviru, kategorija recidivizma ima drugačije značenje, te tako opoziv uslovnog otpusta znači da je sprovođenjem zakona uspešno identifikovan rizik i da se njime može dugoročno upravljati.¹² To nas dovodi do „nove penologije”, koja je ranija usmerenja ka resocijalizaciji i popravljaju učinioa zamenila merljivim konceptom korporativnog menadžerskog upravljanja (zatvorskim sistemom, upravljanjem rizičnim grupama i sl.).¹³ Ipak, u literaturi se sa pravom ukazuje na to da današnje fokusiranje na rizik nije nespojivo sa osnovnim postulatima rehabilitacije jer kontrola rizika oblikuje i menja shvatanje rehabilitacije, ali rehabilitacija još uvek postoji kao sredstvo za upravljanje rizikom.¹⁴ Drugim rečima, tretman je i dalje nužna karika u sistemu izvršenja kazne zatvora, iako on nije nužno i delotvorno sredstvo za „popravljanje” svih kategorija osuđenika koji izdržavaju kaznu zatvora. Sve to je uticalo na razvoj instrumenata za procenu rizika, kapaciteta i

⁹ Đ. Ignjatović, „Uslovni otpust – pravna i penološka analiza”, *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu* 64, 1/2016, 32.

¹⁰ Z. Pavlović, „Posebnosti uslovnog otpusta *de lege lata et de lege ferenda* (u kaznenom pravu Srbije)”, *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust* (ur. Ivana Stevanović, Ana Batričević), Beograd 2016, 442.

¹¹ F. T. Cullen, P. Gendreau, „From Nothing Works to What Works: Changing Professional Ideology in the 21st Century”, *The Prison Journal* 81(3)/2001, 313.

¹² Lj. Ilijić, O. Pavićević, „Od stare ka novoj penologiji – o pojedinim implikacijama nove strategije u korektivnoj praksi”, *Socijalna misao* 1/2020, 46.

¹³ O. Pavićević, Lj. Ilijić, I. Stepanović, „Philosophy in Prison Communities”, *Teme* 45(1)/2020, 112.

¹⁴ M. Barry, “‘Walking on Ice’: The Future of Parole in a Risk-Obsessed Society”, *Theoretical Criminology* 25(2)/2019, 3.

potreba osuđenog, na osnovu kojih se sprovodi tretman (u praksi se ti instrumenti obično nazivaju *upitnicima*). Procene rizika služe razvrstavanju osuđenih lica po kategorijama (*odeljenja i tretmanske grupe*), a samim tim i grupisanju prestupnika sličnih karakteristika i potreba.

Uslovno otpuštanje osuđenog lica jeste određena privilegija za osuđenog (postoje krivičnopravni sistemi u kojima je uobičajeno da se taj institut primenjuje u velikoj meri, što kod nas slučaj), ali je nedovoljna ako nije potpomognuta adekvatnim postpenalnim prihvatom, odnosno pomoći koja podrazumeva skup mera i postupaka koji se primenjuju radi uključivanja otpuštenih osuđenih lica u život na slobodi.¹⁵ Dakle, kao što postoji adekvatna reakcija države na izvršeno krivično delo, tako bi trebalo da postoji i adekvatno reagovanje u smislu pripreme osuđenog lica za život na slobodi. U zemljama sa razvijenom postpenalnom praksom česta je pojava da se stvaraju sistemi programa koji se sastoje od nekoliko različitih, paralelno sprovedenih programa okrenutih zadovoljavanju konkretnih potreba objedinjenih u jedinstvenu celinu, odnosno sistem.¹⁶

Iz tog razloga, osim dva osnovna modela uslovnog otpusta, obaveznog i fakultativnog¹⁷, prakse razvijenih zemalja sve više insistiraju na primeni zaštitnog nadzora. Štaviše, nadziranje po otpustu iz ustanove gotovo da postaje pravilo, naročito u anglosaksonskim zemljama, a sadržina nadzora se određuje prema ličnosti osuđenog lica, odnosno njegovim potrebama i rizičnim tačkama koje su uočene tokom izdržavanja kazne zatvora. Takav nadzor, a pre svega podrška, trebalo bi da doprinesu boljoj adaptaciji osuđenog lica na slobodi.

U nastavku rada, nakon analize normi krivičnog materijalnog i izvršnog prava, ukazano je na značaj Pravilnika za popunjavanje izveštaja za uslovni otpust (Pravilnik) te sadržinu Izveštaja o vladanju i ponašanju osuđenog lica po molbi za uslovni otpust (Izveštaj), koji su doneti sa ciljem da se unapredi primena uslovnog otpusta u praksi. Na odgovarajućim mestima analizirani su stavovi sudova i tužilaštava o onim tačkama koje su se pokazale najviše spornim u postupcima za uslovni otpust. Naposljetku, dat je pogled na trenutno stanje primene tog instituta u praksi te predlozi za njegovo unapređenje.

2. Pravni okvir

2.1. Norme materijalnog krivičnog prava

Primena uslovnog otpusta u Srbiji regulisana je normama krivičnog materijalnog, procesnog i izvršnog prava. Imajući u vidu obim autorskog tabaka, ali i

¹⁵ Đ. Ignjatović, „Normativno uređenje izvršenja vanzavodskih krivičnih sankcija u Srbiji”, *Crimen* 4(2)/2013, 166.

¹⁶ J. Srnić, D. Vulević, *Moderno društvo i postpenalna praksa*, Centar za prevenciju kriminala i postpenalnu pomoć – NEOSTART, Beograd 2016, 46.

¹⁷ O modelima uslovnog otpusta, vid. više u S. Soković (2016), 390–391.

predmet rada, analizu ćemo ograničiti na norme Krivičnog zakonika i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.¹⁸

Od dana stupanja na snagu KZ (1. januara 2006. godine) odredbe o uslovnom otpustu su menjane čak četiri puta, a čini se da je zakonodavac jedino bio siguran u izmenu dužine izdržane kazne zatvora, budući da je, počev od izmena iz 2009. godine pa zaključno sa poslednjim izmenama, propisano da osuđeni stiče uslov za podnošenje molbe nakon dve trećine izdržane kazne zatvora (*objektivni uslov*). Suštinski, time su uslovi pooštreni u odnosu na osnovnu verziju KZ, kojom je bilo propisano da je objektivni uslov ispunjen kada osuđeni izdrži polovinu kazne zatvora.¹⁹ Preostali uslovi za primenu tog instituta kretali su se od pooštavanja ka ublažavanju parametara koje sud ocenjuje prilikom donošenja odluke. Obično je nedostajao segment načela zakonitosti koji se tiče određenosti (*preciznosti*) norme – *lex certa*.²⁰ Kakvo je stanje danas?

Odredbama važećeg KZ propisani su uslovi za primenu uslovnog otpusta, pri čemu se u osnovi razlikuju dva osnovna oblika: *obavezni (mandatorni)* i *fakultativni* uslovni otpust, uz napomenu da je poslednjim izmenama materijalnog krivičnog zakonodavstva uveden poseban vid nemogućnosti primene za najteže oblike pojedinih krivičnih dela.

Mandatorni uslovni otpust – predviđen je odredbom čl. 46 st. 1 KZ, kojim je propisano da će sud osuđenog koji je izdržao dve trećine kazne zatvora uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne zatvora ako se u toku izdržavanja tako popravio da se osnovano može očekivati da će se na slobodi dobro vladati, a naročito da do isteka vremena za koje je izrečena kazna neće učiniti novo krivično delo. U oceni da li će osuđenog uslovno otpustiti, sud u obzir uzima nekoliko okolnosti, o kojima saznanja dobija posrednim putem, na osnovu izveštaja koji sačinjava kazneno-popravna ustanova u kojoj se osuđeni nalazi, i to:

- vladanje osuđenog za vreme izdržavanja kazne (pre svega da nije disciplinski kažnjavan, odnos osuđenog prema službenim licima i drugim osuđenima);

¹⁸ Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019 i Zakon o izvršenju krivičnih sankcija – ZIKS, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014 i 35/2019.

¹⁹ Blaži uslov je jedino postavljen za kaznu maloletničkog zatvora, budući da je odredbom čl. 32. st. 1. Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (*Službeni glasnik RS*, br. 85/2005) propisano da lice kome je izrečena kazna maloletničkog zatvora sud može uslovno otpustiti ako je izdržalo jednu trećinu izrečene kazne, ali ne pre nego što je proteklo šest meseci.

²⁰ Nepreciznost se ogledala u ostavljanju mogućnosti za različita tumačenja ostvarenosti pojedinih uslova za primenu, što je za posledicu imalo da se „zaobilazi” volja zakonodavca. Tipičan primer je traženje uslova da je postignuta „svrha kažnjavanja” konkretnog osuđenog lica, što je dovelo do toga da se odredba čl. 46 KZ nužno povezuje sa odredbom čl. 42 st. 1 t. 1 KZ, kojom je propisano da je svrha kažnjavanja „sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela”. Drugim rečima, kao da je zanemaren deo odredbe da će uslovno biti otpušten osuđeni za koga se može očekivati da „do isteka vremena za koje je izrečena kazna neće učiniti novo krivično delo”. Posledica je bila takva da se u praksi vršila svojevrсна procena da osuđeni nikada više neće vršiti krivična dela, što je neretko dovelo do toga da negativna mišljenja tužioca, a time i suda, budu pravdana „svrhom kažnjavanja”. Nepreciznost je postojala i u disciplinskom kažnjavanju jer nije bila pravljena razlika između lakših i težih disciplinskih prestupa, pa su sudovi na različite načine tumačili taj deo norme i sl.

- izvršavanje radnih obaveza, s obzirom na radnu sposobnost osuđenog lica (u tom delu, sud ocenjuje okolnost da li je osuđeni radno angažovan te da li radne obaveze ispunjava na adekvatan način. Radno angažovanje se posmatra u širem kontekstu jer se posebno ocenjuju volontersko angažovanje i iskazano interesovanje za zaposlenje, u situacijama kada ne postoji dovoljan broj radnih mesta. Sud posebno vodi računa o tome da ne vrši diskriminaciju u onim situacijama kada određeno lice nije sposobno za rad usled određenih zdravstvenih problema);
- druge okolnosti koje ukazuju na to da osuđeni *dok traje uslovni otpust* neće izvršiti novo krivično delo (do izmena KZ iz 2016. godine, taj uslov je bio znatno strože postavljen jer je trebalo utvrditi da je u odnosu na osuđeno lice *postignuta svrha kažnjavanja*. Ta izmena je veoma važna, budući da bi trebalo da omogući širu primenu uslovnog otpusta u praksi. Problem ocene svrhe kažnjavanja nije potpuno rešen jer zakonodavac nije bio do kraja dosledan. Naime, odredbom čl. 566 st. 3 Zakonika o krivičnom postupku²¹ i dalje je propisano da sud, između ostalog, ocenjuje i druge okolnosti koje pokazuju da je postignuta svrha kažnjavanja osuđenog. Tužiocima, kao „prirodni neprijatelji” uslovnog otpusta u Srbiji, osnov za davanje negativnog mišljenja na podnetu molbu nalaze u pomenutom članu, odnosno u svrhu kažnjavanja. U nekim narednim izmenama, zakonodavac bi trebalo da izvrši usklađivanje sa normama KZ. Kao druge okolnosti koje su značajne u toj vrsti postupaka, sudovi najčešće ocenjuju: (1) upitnik za procenu rizika, primarno i naknadno razvrstavanje osuđenog lica; (2) obrazovanje, specijalizovane programe i stručnu obuku; (3) odnos osuđenog prema krivičnom delu i oštećenom; (4) odnos osuđenika prema porodici i društvenoj zajednici, koji je posebno značajan za postpenalni prihvata; (5) korišćenje proširenih prava i pogodnosti).

Zakonodavac takođe predviđa da se ne može uslovno otpustiti osuđeni koji je tokom izdržavanja kazne dva puta kažnjavan za *teže* disciplinske prestupe i kome su oduzete dodeljene pogodnosti. Druga važna izmena iz 2016. godine upravo se odnosi na vrstu učinjenog prestupa, budući da se u obzir uzimaju isključivo oni teži koji su propisani u čl. 157 ZIKS, pri čemu izricanje disciplinskih mera u praksi najčešće vodi nazadovanju u tretmanu, odnosno naknadnom razvrstavanju u tretmansku grupu sa manjim stepenom pogodnosti. Oduzimanje dodeljenih pogodnosti nije nužno, mada se za teže disciplinske prestupe gotovo uvek podrazumeva, te u tom smislu tumačenje da li je nužno da kumulativno budu ispunjena oba uslova „kažnjavanost za teže disciplinske prestupe” i „oduzimanje dodeljenih pogodnosti” koji bi vodili nemogućnosti primene uslovnog otpusta nema praktični značaj. Treba naglasiti da se u obzir ne uzimaju one disciplinske mere koje se u skladu sa odredbom čl. 175 st. 2 ZIKS brišu iz

²¹ Zakonik o krivičnom postupku - ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - odluka US i 62/2021 - odluka US.

kaznene evidencije disciplinskih mera, ako osuđenom ne bude izrečena nova disciplinska mera u roku od godinu dana od dana izrečene disciplinske mere za lakše prestupe, u roku od tri godine od dana izrečene disciplinske mere za teže disciplinske prestupe.

Fakultativni uslovni otpust – predviđen je odredbom čl. 46 st. 2 KZ, odnosno ukoliko su ispunjeni uslovi koji važe za mandatorni uslovni otpust, sud može uslovno otpustiti osuđenog:

- koji je osuđen na kaznu doživotnog zatvora, ako je izdržao dvadeset sedam godina (ta odredba je posledica izmena KZ iz 2019. godine, kada je u sistem krivičnih sankcija uvedena kazna doživotnog zatvora, a izbrisana kazna zatvora u trajanju od trideset do četrdeset godina);
- koji je osuđen za krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (čl. 370 do 393a), krivična dela protiv polne slobode (čl. 178 do 185b), krivično delo nasilje u porodici (čl. 194 st. 2 do st. 4), krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (čl. 246 st. 5), krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije (čl. 305 do 321), krivično delo primanje mita (čl. 367) i krivično delo davanje mita (čl. 368). Izmenama KZ iz 2019. godine, predviđeno je da se mora raditi o krivičnom delu iz čl. 246 stava 5, a ne stava 4, kako je bilo propisano ranije. Drugim rečima, to treba da bude krivično delo koje je izvršeno od organizovane kriminalne grupe;
- koji je osuđen od posebnih odeljenja nadležnih sudova, u postupcima vođenim u skladu sa nadležnošću određenom zakonom kojim se uređuju organizacija i nadležnost državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i terorizma (u odnosu na ranije zakonsko rešenje, sadašnja norma je stilski dorađena, pri čemu jedina suštinska promena postoji u delu u kojem je precizirano da se mora raditi o delima „terorizma”, odnosno iz norme je obrisana sintagma „druga teška krivična dela”);
- koji je više od tri puta pravnosnažno osuđen na kaznu zatvora, a nije izvršeno brisanje ili ne postoje uslovi za brisanje neke od osuda (do izmena KZ iz 2016. godine, uslov je bila „bezuslovna kazna zatvora”).

U skladu sa odredbom čl. 46 st. 3 KZ, sud može u odluci o uslovnom otpustu odrediti da je osuđeni dužan da ispuni neku od obaveza iz čl. 73 KZ (*sadržina zaštitnog nadzora*) i neku drugu obavezu predviđenu krivičnopravnim odredbama. Tako definisana odredba je daleko bolje zakonodavno rešenje jer je ranija odredba, do izmena KZ iz 2016. godine, bila neprecizna, budući da je bilo navedeno da se mogu izreći „obaveze predviđene krivičnopravnim odredbama”.

Ukoliko uslovni otpust ne bude opozvan, u smislu odredbe čl. 46 st. 1 i st. 2 KZ, u skladu sa odredbom čl. 46 st. 4 KZ smatraće se da je osuđeni izdržao kaznu.

*Nemogućnost primene uslovnog otpusta za pojedina krivična dela*²² – poslednjim izmenama KZ, predviđeno je da sud ne može uslovno otpustiti osuđenog za krivična dela:

- teško ubistvo iz čl. 114 st. 1 t. 9 KZ (lišenje života deteta ili bremenite žene)
- silovanje iz čl. 178 st. 4 KZ (ukoliko je usled izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela silovanja iz čl. 178 st. 1 ili st. 2 KZ nastupila smrt lica prema kojem je delo učinjeno ili ukoliko je delo učinjeno prema detetu)
- obljava nad nemoćnim licem iz čl. 179 st. 3 KZ (ukoliko je usled izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela obljava nad nemoćnim licem iz čl. 179 st. 1 ili st. 2 KZ nastupila smrt lica prema kojem je delo učinjeno ili ukoliko je delo učinjeno prema detetu)
- obljava sa detetom iz čl. 180 st. 3 KZ (ukoliko je usled izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela obljava nad nemoćnim licem iz čl. 180 st. 1 ili st. 2 KZ nastupila smrt deteta)
- obljava zloupotrebom položaja iz čl. 181 st. 5 KZ (ukoliko je usled izvršenja posebnog oblika krivičnog dela obljava zloupotrebom položaja iz čl. 180 st. 3, nastupila smrt deteta).

Za sva pobrojana krivična dela, u skladu sa poslednjim izmenama KZ, propisano je da zakonski minimum iznosi deset godina zatvora, a kao najtežu krivičnu sankciju sud može da izrekne kaznu doživotnog zatvora.

Opoziv uslovnog otpusta – zadržano je ranije rešenje, odnosno predviđeno je da opoziv može biti obavezni i fakultativni. Uslovni otpust se obavezno opoziva ako osuđeni, dok je na uslovnom otpustu, učini jedno ili više krivičnih dela za koja je izrečena kazna zatvora preko jedne godine.

Za razliku od obaveznog uslovnog otpusta, fakultativna mogućnost opoziva je predviđena u nekoj od alternativnih situacija predviđenih odredbom čl. 47 st. 2 KZ:

- ako uslovno otpušteni učini jedno ili više krivičnih dela za koja je izrečena kazna zatvora do jedne godine;
- ukoliko osuđeni ne ispuni neku od obaveza koje mu je sud odredio u skladu sa čl. 46 st. 3 KZ.

Ocenjujući ispunjenost uslova za fakultativni opoziv, sud je u obavezi da naročito uzme u obzir srodnost učinjenih krivičnih dela, pobude iz kojih su

²² Nemogućnost primene uslovnog otpusta za pojedina krivična dela nije novina u našem zakonodavstvu. Naime, na osnovu odredbe čl. 5 st. 2 Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim slicima (*Službeni glasnik RS*, br. 32/13, tzv. *Marijin zakon*) uvedena je zabrana primene uslovnog otpusta za sledeća krivična dela: silovanje iz čl. 178 st. 3 i 4 KZ, obljava nad nemoćnim licem iz čl. 179 st. 2 i 3 KZ, obljava sa detetom iz čl. 180 KZ, obljava zloupotrebom položaja iz čl. 181 KZ, nedozvoljene polne radnje iz čl. 182 KZ, podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa iz čl. 183 KZ, posredovanje u vršenju prostitucije iz čl. 184 st. 2 KZ, prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju iz čl. 185 KZ, navođenje maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama iz čl. 185a KZ, iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu iz čl. 185b KZ. Važno je napomenuti da se taj propis primenjuje na učinioce koji su pobrojana krivična dela izvršili prema maloletnim licima, ali da se ne primenjuje na maloletne učinioce krivičnih dela.

učinjena i druge okolnosti koje ukazuju na opravdanost opozivanja uslovnog otpusta.

Ta pravila se primenjuju i u situaciji kada se uslovno otpuštenom sudi za krivično delo koje je učinio pre nego što je uslovno otpušten (čl. 47 st. 3 KZ).

U slučajevima iz čl. 47 st. 1 do st. 3 KZ, uslovni otpust se može opozvati najkasnije u roku od dve godine, računajući od dana kada je uslovni otpust istekao (čl. 47 st. 6 KZ)

Kada dođe do opoziva uslovnog otpusta, sud će izreći jedinstvenu kaznu primenom odredaba kojima se reguliše sticaj krivičnih dela (čl. 60 KZ) i onih koje se tiču odmeravanja kazne osuđenom licu (čl. 62 KZ), uzimajući u obzir ranije izrečenu kaznu kao već utvrđenu. Deo kazne koju je osuđeni izdržao po ranijoj osudi uračunava se u novu kaznu, pri čemu se vreme provedeno na uslovnom otpustu ne uračunava (čl. 47 st. 4 KZ).

Ako uslovno otpušteni bude osuđen na kaznu zatvora do jedne godine a sud ne opozove uslovni otpust, produžava se uslovni otpust za vreme koje je osuđeni proveo na izdržavanju te kazne zatvora (čl. 47 st. 5 KZ).

Novina u odnosu na ranije zakonsko rešenje odnosi se na osuđenog na kaznu doživotnog zatvora, kojem uslovni otpust traje petnaest godina od dana kada je uslovno otpušten (čl. 47 st. 7 KZ).

2.2. Norme krivičnog izvršnog prava

Izvršno krivično zakonodavstvo na jedan vrlo uopšten način reguliše materiju uslovnog otpusta. Tako je u odredbi čl. 47 st. 1 ZIKS propisano da će sud uslovno otpustiti osuđenog za koga se sa osnovom može očekivati da ubuduće neće vršiti krivična dela. Međutim, važnije je to da je zavod dužan da sudu u svom izveštaju dâ mišljenje o stepenu ispunjenosti programa postupanja i opravdanosti uslovnog otpusta (čl. 47 st. 1 ZIKS).

U skladu sa odredbom čl. 181 ZIKS, u slučajevima kada se osuđeni za krivična dela protiv života i tela, protiv polne slobode ili protiv braka i porodice otpušta sa izdržavanja kazne zatvora, odnosno uslovno otpušta, kao i u slučaju bekstva iz zatvora, zavod će obavestiti žrtvu krivičnog dela. Međutim, ta obaveza je donekle relativnog karaktera, budući da se obaveštenje žrtvi dostavlja ako je ona to tražila i ako procena rizika zavoda ukazuje na potrebu preventivne zaštite žrtve. Moglo bi se postaviti pitanje da li je potrebno kumulativno ispunjenje navedena dva uslova. Smatramo da bi tu odredbu trebalo posmatrati u širem kontekstu, u smislu ciljnog (teleološkog) tumačenja, naročito ako se ima u vidu da je precizirano da se mora raditi o nasilnim krivičnim delima, te bi u tom smislu bilo dovoljno da je ispunjen samo jedan uslov, na primer, da je žrtva tražila dostavljanje obaveštenja. Tako, moglo bi se govoriti i o obavezi ustanove za izvršenje krivičnih sankcija da, nezavisno od traženja žrtve, napravi procenu rizika za takvu grupu osuđenih lica.

Najzad, u slučaju da se osuđeni otpušta iz zavoda na osnovu pravnosnažne odluke o uslovnom otpustu, zavod je dužan da ga otpusti istog dana po prijemu odluke, a najkasnije u roku od 24 časa (čl. 183 st. 3 ZIKS).

2.2.1. Izveštaj o vladanju i ponašanju osuđenog lica povodom molbe za uslovni otpust

Naglasak u materiji izvršenja je na sačinjavanju *izveštaja o vladanju i ponašanju osuđenog lica po molbi za uslovni otpust*, koji ima suštinsku ulogu u oceni suda da li će osuđenog uslovnog otpustiti ili ne. U praksi su se pojavili veliki problemi u njegovom tumačenju, zbog čega je Ministarstvo pravde sredinom novembra 2018. godine formiralo radnu grupu za izradu uputstva i obrazaca za sačinjavanje izveštaja zavoda za izvršenje krivičnih sankcija u postupku za uslovni otpust. Reč je o mešovitoj radnoj grupi koju su činili predstavnici suda, tužilaštva, Uprave za izvršenje krivičnih sankcija i nauke. U obrazloženju rešenja o formiranju radne grupe data je smernica da bi dokumente trebalo sačiniti na osnovu analize sudske prakse i dotadašnjeg načina sastavljanja tog izveštaja.²³

Krajnji dokument koji je radna grupa sastavila jeste Priručnik za popunjavanje izveštaja za uslovni otpust²⁴, koji čine novi formular za popunjavanje izveštaja i Smernice za njegovo popunjavanje. Novi formular se sastoji iz dva dela. *Prvi deo* sadrži podatke o podnosiocu molbe, ranijim osudama, vođenju novog krivičnog postupka, presudi koja je osnov izdržavanja kazne, dužini izrečene kazni zatvora i eventualno primenjenoj meri bezbednosti, kao i podatke o eventualnom smanjenju kazne (osnov i dužina umanjavanja), početku izdržavanja kazne, vremenu provedenom u pritvoru i planiranom isteku kazne. Uz te informacije, navode se tretmanska grupa kojoj osuđeni pripada u momentu pisanja izveštaja i podatak o tome da li je osuđeni dva i više puta kažnjavan za teže disciplinske presteupe i da li su mu oduzete dodeljene pogodnosti. *Drugi deo* sadrži sve relevantne podatke o primenjenom tretmanu, na osnovu kojih bi sud trebalo da stvori jasnu sliku o osuđeniku. Tretman je sagledan u devet zasebnih celina: (1) upitnik za procenu rizika, primarno i naknadno razvrstavanje osuđenog lica; (2) vladanje osuđenog, njegov odnos prema službenim licima i drugim osuđenima i disciplinska kažnjavanost; (3) odnos osuđenog lica prema radu i zapošljavanju / slobodno vreme i sekcije; (4) obrazovanje, specijalizovani programi i stručna obuka; (5) odnos osuđenika prema krivičnom delu i oštećenom; (6) odnos osuđenika prema porodici i društvenoj zajednici; (7) korišćenje proširenih prava i pogodnosti; (8) ostali podaci od značaja (npr. zdravstveno stanje osuđenog koje je od uticaja na određivanje zaštitnog nadzora iz čl. 73 st. 1 t. 7, 8, 9 KZ) i (9) konačna ocena / mišljenje zavoda povodom podnete molbe za uslovni otpust.

²³ Rešenje Ministarstva pravde Republike Srbije br. 119-01-51/2015-5 od 13. novembra 2018.

²⁴ Priručnik za popunjavanje izveštaja za uslovni otpust, <https://www.pars.rs/images/biblioteka/krivicno-pravo/Prirucnik-za-popunjavanje-izvestaja-za-uslovni-otpust.pdf>, 18. novembar 2022.

Novi Priručnik i Smernice za popunjavanje doneti su sredinom 2019. godine, a iste godine su otpočele obuke za njihovu primenu, kojim su najpre bili obuhvaćeni zaposleni u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija, a potom sudije i tužioci. Još uvek je rano da se govori o njihovom eventualnom uticaju na bolje razumevanje između suda, tužilaštva i zavoda, a posledično i širu primenu uslovnog otpusta u praksi. Postoje opravdana očekivanja da će biti ostvareni pozitivni rezultati u praksi.

2.3. Svrha kažnjavanja i procenjeni stepen rizika kao osnovne barijere široj primeni uslovnog otpusta u Republici Srbiji

U prethodnoj celini analiziran je uslovni otpust sa stanovišta krivičnog materijalnog i izvršnog prava (*uključujući i sadržinu Izveštaja*), pri čemu je u jednom delu istaknut i svojevrsan problem koji proističe iz činjenice da zakonodavac propisuje da sud treba da oceni i sve druge okolnosti koje ukazuju na to da osuđeni neće ponoviti krivično delo dok traje uslovni otpust. Suština „drugih okolnosti” je u tome da se u obzir uzmu i svi oni elementi tretmana koji se ne podvode pod radno angažovanje (*uz poštovanje principa zabrane diskriminacije lica koja iz određenih razloga, poput invaliditeta, ne mogu biti radno angažovana*) i vladanje osuđenog lica (*vladanje se obično ocenjuje u odnosu na disciplinsko kažnjavanje*), koji mogu dati jednu širu sliku o samom osuđenom licu, u smislu opravdanosti primene uslovnog otpusta. Od mnogobrojnih faktora koji mogu biti uzeti u obzir, ukratko ćemo obrazložiti one koji predstavljaju osnovne tačke spoticanja u praksi: svrha kažnjavanja, mišljenje zavoda o opravdanosti primene uslovnog otpusta i procenjeni stepen rizika osuđenog lica, na osnovu upitnika.

Mada svrha kažnjavanja ne bi trebalo da se uzima u obzir, ili makar ne u meri u kojoj je ona glavni osnov za davanje negativnog mišljenja, u praksi se dešava da ona i dalje predstavlja okosnicu u tom smislu.²⁵ Uz taj razlog, koji se posmatra za aspekta generalne i specijalne prevencije, tužioci kao najčešće razloge davanja negativnog mišljenja ističu raniju osuđivanost, težinu izvršnog krivičnog dela, prirodu i društvenu opasnost krivičnog dela, planirani istek kazne (*bez obzira na ispunjenost objektivnog uslova u pogledu dve trećine izdržane kazne zatvora*) i sl.²⁶ Sve to

²⁵ U praksi se nailazi i na primere u kojima tužioci ističu da „molbu za uslovni otpust treba odbiti kao neosnovanu, s obzirom na to da se samo potpuno izdržanom kaznom može ostvariti svrha kažnjavanja”. Vid. Rešenje Višeg suda u Sremskoj Mitrovici, KUO-63/15 od 18. avgusta 2015. Interesantno je da pojedini tužioci zauzimaju negativan stav o uslovnom otpustu, čak i kada je reč o licu koje je ostvarilo maksimalan napredak u tretmanu. Iz obrazloženja: „U žalbi javnog tužioca se ukazuje da je osuđeni u oktobru ove godine razvrstan u A1 grupu, sa najvećim pogodnostima, te da se na osnovu veoma kratkog vremena koje se tamo nalazi, ne može izvesti zaključak da je njegovo razvrstavanje postiglo svrhu, kao i da izvršena krivična dela, te visina izrečene jedinstvene kazne zatvora za dva dela, ne ukazuje na osnovanost uslovnog otpuštanja, kao i da je, po mišljenju javnog tužioca, nužno da osuđeni kaznu zatvora na koju je osuđen izdrži u potpunosti.” Vid. Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, KŽ- 1983/15 od 7. decembra 2015.

²⁶ N. Vujičić, Z. Stevanović, Lj. Ilijić, *Primena instituta uslovnog otpusta od strane sudova u Republici Srbiji*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2017, 23. Primera radi: „Zamenik VJT u Zrenjaninu je na ročištu za odlučivanje o molbi za puštanje na uslovni otpust izjavio da molbu osuđenog treba odbiti kao neosnovanu jer nisu ispunjeni uslovi predviđeni čl. 46 st. 1 KZ, imajući u vidu prirodu, vrstu, težinu i

se dovodi u vezu sa kaznenom politikom sudova, što je pogrešno jer pozivanje na pobrojane okolnosti nije spojivo sa svrhom samog instituta uslovnog otpusta.²⁷ Drugim rečima, dolazi se u situaciju da se prilikom primene uslovnog otpusta ponekad ocenjuju i okolnosti koje su isključivo povezane sa fazom suđenja u užem smislu, odnosno prilikom odmeravanja kazne i uzimanja u obzir olakšavajućih i otežavajućih okolnosti.

Ti, ali i mnogi drugi razlozi, uz neizbežan kazneni populizam, doveli su do toga da je uslovni otpust u jednom periodu primenjivan u gotovo zanemarljivoj broju slučajeva, te je tako 2011. godine, posmatrano u odnosu na sve osnovne otpusta u KPZ Sremska Mitrovica, KPZ Požarevac i KPZ Niš, u nešto manje od 5% slučajeva osnov otpusta bio uslovni otpust²⁸, što je potpuno suprotno intenciji zakonodavca, ali i trendovima u savremenoj praksi.

Ukoliko se posmatra samo tretman tokom izdržavanja kazne zatvora, odnosno njegovi ključni elementi, procenjeni stepen rizika i tumačenje izveštaja su uočeni kao najsporniji elementi u razmatranju opravdanosti primene uslovnog otpusta u praksi. U skladu sa odredbom čl. 47 st. 2 ZIKS, od zavoda se traži da u izveštaju navede i mišljenje o stepenu ispunjenosti programa postupanja i opravdanosti primene uslovnog otpusta, pa su u praksi zavodi na vrlo uopšten način koristili sintagmu „ima mesta napredovanju”, bez obzira na sadržinu samog izveštaja i eventualnu nemogućnost napredovanja u tretmanu, zbog samog upitnika za procenu rizika. Verovatno je da je ta sintagma korišćena kao „odbrana” zavoda u slučaju da osuđeni ponovi krivično delo dok traje uslovni otpust. Iz tog razloga, u Pravilniku se posebno naglašava da se u izveštaju jasno mora navesti mišljenje zavoda o opravdanosti primene uslovnog otpusta, što znači jasno naglasiti razloge pozitivnog²⁹ ili negativnog³⁰ mišljenja.

Upitnik za procenu rizika, primarno i naknadno razvrstavanje osuđenog lica predstavlja najsporniju tačku u izveštaju, zbog toga što sudovi i tužioci ne razumeju dovoljno način na koji funkcionišu instrumenti za procenu rizika. Naime,

visok stepen društvene opasnosti izvršenih krivičnih dela, tako da zakonska svrha kažnjavanja nije ispunjena, odnosno ciljevi specijalne i generalne prevencije neće biti postignuti.” Vid. Rešenje Višeg suda u Zrenjaninu, KUO-17/15 od 6. aprila 2015.

²⁷ I. Stevanović, N. Vujičić, „Uslovni otpust – norma, praksa i mere unapređenja”, *Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti* (ur. Stanko Bejatović), Beograd 2017, 126.

²⁸ N. Vujičić, Z. Stevanović, Lj. Ilijić, 13.

²⁹ Primera radi: „Veće je [...] naročito imalo u vidu da je osuđeni od strane predstavnika KPZ Sremska Mitrovica predložen za dobijanje uslovnog otpusta.” Vid. Rešenje Višeg suda u Beogradu, KUO-402/14 od 22. januara 2015. Osim toga, postoje primeri u kojima, nezavisno od dostavljenog mišljenja, na samo ročište pristupi i službenik tretmana koji obrazlaže mišljenje, odnosno izveštaj ustanove. Primera radi: „Naime, u Izveštaju se navodi da je osuđeni naknadno razvrstan u A1 grupu sa većim stepenom posebnih prava, te je isti sada dostigao maksimum u napretku koji osuđena lica mogu dostići pa su na osnovu svega iznetog stava da je uslovljavanje preostalog dela kazne za ovog okrivljenog svrsishodno. [...] Predstavnik ustanove je na ročištu izjavio da je osuđeni vikende u više navrata koristio bez zloupotreba, te da ostaje pri pozitivnom mišljenju iz Izveštaja.” Vid. Rešenje Višeg suda u Novom Sadu KUO-168/15 od 24. novembra 2015.

³⁰ Primera radi: „[...] imajući u vidu činjenicu da je proces realizacije predviđenih individualnih ciljeva na samom početku, da nisu ostvareni neophodni pomaci u prosocijalnom smeru, što upućuje na visoku verovatnoću kriminološkog recidiva, molba za uslovni otpust se ne podržava od strane KPZ za maloletnike u Valjevu.” Vid. Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Kž. UO-186/21 od 21. juna 2021.

u zatvorskom sistemu Srbije upotrebljavaju se dve verzije upitnika, jedan koji se primenjuje na lica koja su osuđena na kaznu zatvora do i tri godine (*Mali upitnik*) i drugi koji se primenjuje na lica koja su osuđena na kaznu zatvora preko tri godine (*Veliki upitnik*). Problem sa tim upitnicima je u tome što su osmišljeni kao instrumenti koji služe primarnom razvrstavanju osuđenog lica, po prijemu u zavod, odnosno njegovi elementi (*naročito oni dinamičkog karaktera*) nisu prilagođeni samom tretmanu, pa veliki deo osuđenih lica, zbog velikog broja *statičkih elemenata*, faktički nije u mogućnosti da tokom trajanja tretmana napreduje do otvorenog odeljenja zavoda, odnosno onih tretmanskih grupa koje pružaju najširi stepen proširenih prava i mogućnosti. Drugim rečima, čak i ako ostvari napredak u tretmanu, jedan deo osuđeničke populacije nikada ne može da dođe do kategorije niskog stepena rizika.³¹

Zbog nerazumevanja instrumenata za procenu rizika u praksi se veoma često dešava da tužioci i sudovi zauzimaju stav da uslovni otpust treba primeniti samo na ona lica koja su procenjena niskim stepenom rizika, što je pogrešno. Upravo iz tog i sličnih razloga, u samom izveštaju je nužno navesti kretanje tokom tretmana, pri čemu se jasno mora naznačiti da li je osuđeno lice ostvarilo maksimalan napredak u tretmanu u odnosu na utvrđeni stepen rizika, odnosno da li postoje šanse da to lice dalje napreduje, u smislu da u nekom momentu može biti izvršena takva korekcija upitnika koja bi doprinela tome da konkretno osuđeno lice bude procenjeno nižim stepenom rizika, što bi vodilo naknadnom razvrstavanju u bolje odeljenje ili tretmansku grupu. Ukoliko postoji mogućnost za napredak, jasno je da nema mesta uslovnom otpustu, što se obično navede i u samom izveštaju. Kada je reč o licima procenjenim (1) niskim i (2) visokim ili izuzetno visokim stepenom rizika, mahom ne postoje značajna odstupanja u praksi, budući da će u najčešćem broju slučajeva na prve biti primenjen, dok na druge kategorije neće biti primenjen uslovni otpust. Problem se javlja u kategoriji srednjeg stepena rizika, gde i dalje postoje lutanja u praksi, te se zato u toj kategoriji posebno moraju proceniti sve druge okolnosti tretmana, koje mogu dati prevagu da se (ne)primeni uslovni otpust.³²

³¹ Teorijski i praktično posmatrano, savremeni sistemi izvršenja poznaju više standardizovanih instrumenata za procenu rizika. U nazivima instrumenata za procenu mogu se često uočiti i prepoznati oblasti procene kojoj su usmereni, na primer *Wisconsin Risk and Needs instrument* poznat i pod nazivom *Wisconsin Classification System* namenjen proceni kriminogenih rizika i potreba osuđenih; *LSI-R-Level of Supervision-Revised*, koji je takođe namenjen proceni nivoa usluga, rizika i potreba; *OASys – Offender Assessment System*, namenjen proceni rizika/ potreba osuđenih lica; *VRAG – Violence Risk Assessment Guide*, namenjen proceni rizika kod nasilnih osuđenika; *PBRS – Prison Behavior Rating Scale*, namenjen proceni ponašanja osuđenih u zatvorskim uslovima; *CSLQ – Criminal Socialisation and Lifestyle Questionnaire*, namenjen identifikaciji rizičnih faktora nastalih usled kriminalne socijalizacije; *PCL – Psychopathy Checklist*, namenjen proceni osuđenih sa psihopatskim poremećajima ličnosti radi selekcije za posebne, specijalizovane programe tretmana i mnogi drugi. Prema: G. Jovanić, *Standardizacija postupka uslovnog otpusta kao mera zaštite od recidiva*, doktorska disertacija, Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 73.

³² Navešćemo primer odluke u kojoj sud pravilno tumači kategoriju srednjeg stepena rizika (*tretmanska grupa B1*) i njeno dovođenje u vezu sa sprovedenim tretmanom. Iz obrazloženja: „Činjenica je da imenovani osuđeni više kvalitativno ne može napredovati u tretmanu, a uz sve napred navedeno – prihvatanje svoje odgovornosti za učinjeno krivično delo, prihvatanje programa postupanja u okviru ustanove i njegovog odnosa prema sredini

3. Zaključne napomene

Uslovni otpust je institut koji zauzima značajno mesto u materiji krivičnog prava, bez obzira na to da li je reč o materijalnom, procesnom ili izvršnom pravu. U ovom radu su detaljno analizirane norme materijalnog krivičnog zakonodavstva jer je sam institut uslovnog otpusta trpeo brojne izmene, od kojih su mnoge išle ka tome da se omogući njegova šira primena u praksi, uz ogradu da su uvedena i određena ograničenja koja se tiču nemogućnosti primene uslovnog otpusta za pojedina krivična dela.

Jedan od najspornijih elemenata u definisanju uslova za primenu tog instituta bila je svrha kažnjavanja, koja je zamenjena procenom da osuđeni neće ponoviti krivično delo tokom vremena proveravanja. Zakonodavac nije bio dosledan, budući da je učinjen propust u materiji procesnog prava, gde je svrha kažnjavanja zadržana, što je nužno izmeniti, odnosno uskladiti sa odredbama KZ. U praktičnom smislu, svrha kažnjavanja (*odnosno njeno nepravilno tumačenje u postupcima za uslovni otpust*) ponekad predstavlja sredstvo za izbegavanje primene uslovnog otpusta u praksi, što se sa razlogom kritikuje.

Ukoliko se posmatra tretman, odnosno postupanje sa osuđenim licem, mnoge kategorije, poput radnog angažovanja, vladanja u smislu izostanka disciplinskog kažnjavanja, obrazovanja i obuka, korišćenja proširenih prava i pogodnosti itd. nisu sporne. Pokazalo se da je sporna procena rizika osuđenih lica, koju treba razumeti na pravi način. Nizak stepen rizika ne bi trebalo da bude sporan, budući da su lica procenjena niskim stepenom rizika razvrstana u otvoreni deo zavoda i tretmanske grupe koje pružaju najširi stepen proširenih prava i pogodnosti, a to znači da postoji opravdanost primene uslovnog otpusta. Suprotno je sa osuđenima koji su procenjeni visokim ili veoma visokim stepenom rizika. Kategorija srednjeg stepena rizika je najspornija i nju treba dovesti u vezu sa svim ostalim delovima tretmana, a naročito sa korišćenjem proširenih prava i pogodnosti vanzavodskog karaktera. Ukoliko se poredе lica koja su procenjena niskim (otvoreno odeljenje) i srednjim (poluotvoreno odeljenje) stepenom rizika, postoji ujednačenost vrsta pogodnosti koje mogu biti korišćene, a jedina razlika se uočava u učestalosti njihovog korišćenja. Drukčije rečeno, lica koja su u kategoriji srednjeg stepena rizika a nemaju mogućnost daljeg napredovanja u tretmanu, zbog nedovoljnog broja dinamičkih faktora koji bi omogućili dovoljno smanjenje ukupnog skora na upitniku, te samim tim i naknadno razvrstavanje u otvoreno odeljenje, ne bi trebalo da trpe posledice nemogućnosti uslovnog otpuštanja.

Pravilnik o kome je bilo reči, a pre svega obuke svih onih koji na određeni način učestvuju u postupcima za uslovni otpust, trebalo bi da doprinesu da taj institut ostvari svoju punu svrhu u praksi. U ovom radu je analiziran samo jedan deo izveštaja, procena rizika, koja suštinski i ne daje pravu sliku o primenjenom

u kojoj se trenutno nalazi, ali i prema svojoj matičnoj sredini gde živi. Veće ovog suda smatra da su u potpunosti ispunjene i okolnosti koje se tiču ličnosti osuđenog, a u vezi su sa pozitivnom primenom instituta uslovnog otpusta u konkretnom slučaju." Vid. Rešenje Višeg suda u Sremskoj Mitrovici, KUO-63/15 od 18. avgusta 2015.

tretmanu, već to čine svi drugi elementi na osnovu kojih se procenjuje ispunjenost stepena realizacije programa postupanja i na njih bi trebalo obratiti pažnju prilikom davanja krajnjeg suda.

Na kraju, nedostaje adekvatan postpenalni prihvrat osuđenih lica, uključujući i samu pripremu za otpust koja bi po pravilu trebalo da otpočne u periodu od tri do šest meseci pre isteka kazne. Osim podrške porodice i prijatelja, podjednako je važna podrška sistema, ne samo u vidu jednokratne finansijske pomoći već i u pronalasku posla koji bi bivšem osuđeniku bio izvor stalnih prihoda. Postpenalni prihvrat je najslabija karika našeg sistema. Međutim, iako se zalažemo za širu primenu uslovnog otpusta u praksi, treba imati u vidu da i u onim krivičnopravnim sistemima u kojima je dobro postavljen sistem podrške ponekad „ništa ne deluje”.

Literatura

- Barry M., ‘Walking on Ice’: The Future of Parole in a Risk-Obsessed Society, *Theoretical Criminology* 25(2)/2019.
- Clemmer D. (2009), Prizonizacija, *Teorije u kriminologiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd 2009.
- Cullen F. T., Gendreau, P., From Nothing Works to What Works: Changing Professional Ideology in the 21st Century, *The Prison Journal* 81(3)/2001.
- Ignjatović Đ., Normativno uređenje izvršenja vanzavodskih krivičnih sankcija u Srbiji, *Crimen* 4(2)/2013.
- Ignjatović Đ., Uslovni otpust – pravna i penološka analiza, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 64(1)/2016.
- Ilijić Lj., Pavićević O., Od stare ka novoj penologiji – o pojedinim implikacijama nove strategije u korektivnoj praksi, *Socijalna misao* 1/2020.
- Jovanić G., *Standardizacija postupka uslovnog otpusta kao mera zaštite od recidiva*, doktorska disertacija, Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Kolaković Bojović M., Batrićević, A., Matić Bošković, M., *Analiza uticaja primene alternativnih sankcija i mera u Republici Srbiji u periodu od 2015. do 2020. godine*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2022.
- Pavićević O., Ilijić Lj., Stepanović I., Philosophy in Prison Communities, *Teme* 45(1)/2020.
- Pavlović Z., Posebnosti uslovnog otpusta *de lege lata et de lege ferenda* (u kaznenom pravu Srbije), *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust* (ur. Ivana Stevanović, Ana Batrićević), Beograd 2016.
- Soković S., Između zatvora i uslovne osude – intermedijarne sankcije, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 47(3)/2009.

- Soković S., Uslovni otpust – penološki aspekt, *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust* (ur. Ivana Stevanović, Ana Batrićević), Beograd 2016.
- Srnić J., Vulević D., *Moderno društvo i postpenalna praksa*, Centar za prevenciju kriminala i postpenalnu pomoć – NEOSTART, Beograd 2016.
- Stevanović I., Vujičić N., Uslovni otpust – norma, praksa i mere unapređenja, *Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti* (ur. Stanko Bejatović), Beograd 2017.
- Stojanović Z., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016.
- Sykes D., Muke zatvorenika, *Teorije u kriminologiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd 2009.
- Škulić M., Uslovni otpust sa stanovišta krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava, *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust* (ur. Ivana Stevanović, Ana Batrićević), Beograd 2016.
- Vujičić N., Karić T., Procena rizika i napredovanje u tretmanu u Kazneno-popravnom zavodu u Sremskoj Mitrovici, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 68(1)/2020.
- Vujičić N., Stevanović Z., Ilijić Lj., *Primena instituta uslovnog otpusta od strane sudova u Republici Srbiji*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2017.
- Vuković I., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021.

Sudske odluke

- Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Kž. UO-186/21 od 21. juna 2021.
- Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Kž-1983/15 od 7. decembra 2015.
- Rešenje Višeg suda u Beogradu, KUO-402/14 od 22. januara 2015.
- Rešenje Višeg suda u Novom Sadu KUO-168/15 od 24. novembra 2015.
- Rešenje Višeg suda u Sremskoj Mitrovici, KUO-63/15 od 18. avgusta 2015.
- Rešenje Višeg suda u Sremskoj Mitrovici, KUO-63/15 od 18. avgusta 2015.
- Rešenje Višeg suda u Zrenjaninu, KUO-17/15 od 6. aprila 2015.

Internet izvori

- Priručnik za popunjavanje izveštaja za uslovni otpust, <https://www.pars.rs/images/biblioteka/krivicno-pravo/Prirucnik-za-popunjavanje-izvestaja-za-uslovni-otpust.pdf>, 18. novembar 2022.

ON THE ROAD TO PAROLE IN SERBIA

Summary

Parole (conditional release) is a criminal law institute which, with various modalities, is generally accepted in most criminal law systems. Its penological component is strongly expressed and is reflected in the fact that it represents a “reward” for a convicted person who has good behavior during the execution of a prison sentence. Although the existence of this institute is not disputable, certain dilemmas still exist both in scientific discourse and in practice. After the introductory and theoretical aspects, and a review of modern directions of development of this institute in legislation and practice, the paper analyzes the laws governing this matter in Serbia, primarily from the aspect of criminal law and criminal enforcement law. Furthermore, the paper analyzes a document prepared by a joint working group, composed of representatives of courts, prosecutors’ offices, penitentiary institutions and scientists, which is a model that should be followed by a request for parole. The risk assessment of convicted persons is especially considered, since it represents the main barrier to the wider application of parole in practice. In the last part, there are proposals for improving the application of parole in practice.

Key words: parole, conditional release, law, court practice, treatment, risk assessment.

SAVREMENI IZAZOVI U KRIVIČNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE – OČEKIVANJA I STVARNOST

Apstrakt

U ovom radu prepoznajemo i identifikujemo savremene izazove, probleme i dileme sa kojima se susreće krivično pravosuđe u efikasnoj i energičnoj borbi protiv kriminaliteta, posebno u dijelu koji se odnosi na inkriminaciju, odnosno propisivanje novih krivičnih djela, i adekvatne zakonske odgovore, odnosno procesna rješenja u vezi sa otkrivanjem i dokazivanjem krivičnih djela. U fokusu interesovanja je prije svega adekvatnost zakonske norme u kontekstu reformskih procesa, zatim tendencija humanizacije savremenog krivičnog prava (zaštita ljudskih prava i sloboda), razvoj maloljetničkog krivičnog prava, sa posebnim osvrtom na protektivni odnos prema maloljetnicima, visokotehnološki (sajber) kriminalitet kao pošast i izazov savremenog doba i organizovani kriminalitet i korupcija. Složeni društveni odnosi i procesi u društvu, i na domaćem, odnosno nacionalnom, i na regionalnom i međunarodnom nivou, uslovljavaju realnu i svrsishodnu potrebu pravovremene (re)akcije zakonodavca u vidu propisivanja adekvatnih zakonskih rješenja. Suštinsko pitanje glasi kako obezbijediti kompatibilnost efikasnosti krivičnog postupka i tendenciju zaštite ljudskih prava i sloboda koja se ispoljava u dosljednom ostvarivanju kataloga prava i univerzalnih garancija osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku.

Ključne riječi: krivično pravo, kriminalitet, zakonska norma, krivični postupak.

1. Adekvatnost zakonske norme u kontekstu reformskih procesa

Savremeno krivično pravo Bosne i Hercegovine, kao i država iz neposrednog okruženja i regije, u posljednje dvije decenije pretrpilo je značajne, pa i radikalne promjene, uključujući veoma izražene intervencije zakonodavca u sva tri (pod)sistema – krivičnom materijalnom zakonodavstvu, krivičnom procesnom zakonodavstvu i izvršnom krivičnom zakonodavstvu. Posljednja opšta ili generalna reforma krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini iz 2003. godine, uz naknadne parcijalne intervencije zakonodavca, prepoznatljiva je po brojnim izmjenama zakonskih rješenja, prihvatanju nekih novih i modifikaciji

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Travniku, zaposlen u Državnoj agenciji za istrage i zaštitu, Bosna i Hercegovina, edukator u JU Centru za edukaciju sudija i tužilaca FBiH, karovic.s@hotmail.com

postojećih zakonskih rješenja sa ciljem usaglašavanja i prihvatanja adekvatnih zakonskih normi na planu suzbijanja kriminaliteta, a posebno specifičnih oblika organizovanog kriminaliteta kao pošasti savremenog doba. S obzirom na veoma kompleksnu ustavnopravnu strukturu, u Bosni i Hercegovini postoje četiri važeća krivična zakona i četiri zakona o krivičnom postupku – na državnom nivou, na entitetskom nivou (Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska) i na nivou Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

U materijalnom krivičnom pravu propisana su neka nova krivična djela odnosno inkriminacije koje su proizašle iz realne i svrsishodne potrebe zaštite najvažnijih dobara i vrijednosti koje prepoznaje civilizovan svijet. Načelom zakonitosti krivično pravo obavlja prije svega svoju garantivnu funkciju, koja je izuzetno značajna s aspekta prava sloboda građana i ostvarivanja principa pravne države.¹ U krivičnom procesnom pravu prepoznamo brojne intervencije koje su primarno usmjerene na pravovremeno, efikasno i zakonito otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela sa jasno izraženom intencijom zakonodavca da neposredno operacionalizira komponentu humanosti, odnosno zaštite ljudskih prava i sloboda svakog pojedinca. Te procesne izmjene, odnosno nova zakonska rješenja procesne prirode, neposredno su se odrazila na katalog prava osumnjičenog, odnosno optuženog lica i univerzalne garancije u krivičnom postupku. Razmatrati krivičnu stvar znači utvrđivati činjenice koje su povezane sa krivičnim djelom, kao i one koje su u vezi sa počiniteljem.²

Također, i u izvršnom krivičnom zakonodavstvu prepoznamo intenciju zakonodavca da prilagodi i harmonizira zakonske odredbe izvršne prirode sa međunarodnim standardima koji proizilaze iz brojnih međunarodnopravnih dokumenata. Pred zakonodavca su postavljeni brojni izazovi, dileme, problemi i visoki zahtjevi, koji se prvenstveno odnose na efikasnu i energičnu borbu protiv kriminaliteta, a posebno specifičnih oblika organizovanog kriminaliteta (krivična djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga, trgovine ljudima, terorizma, finansijskog kriminaliteta i korupcije i dr.). Također, ne smijemo ignorisati činjenicu da se i klasični ili tradicionalni kriminalitet po svojoj destruktivnoj prirodi, načinu operacionalizacije i drugim specifičnostima modificirao, te adaptirao na nove uslove i okolnosti.

Kriminalitet kao veoma složen društveni fenomen po svojoj destruktivnoj prirodi, pojavnim oblicima, negativnim posljedicama i drugim specifičnostima sa razlogom izaziva posebnu pažnju naučne, stručne i opšte javnosti. Jedan od ključnih razloga zbog kojih je kriminalitet u fokusu interesovanja jeste činjenica da taj negativan društveni fenomen neposredno ili posredno utiče na sve druge oblasti ljudskog djelovanja (poslovne odnose, ekonomski razvoj, ulaganje stranih investicija, turizam i hotelijerstvo i dr.). Osim toga, kriminalitet je neposredno povezan

¹ Z. Stojanović, D. Kolarić, *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020, 21.

² H. Halilović, *Krivično procesno pravo*, knjiga druga: Teorija dokaza i radnje dokazivanja u krivičnom postupku, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2019, 21.

i uslovljen i drugim sociopatološkim pojavama (narkomanija, kocka, prostitucija, alkoholizam, prosjačenje, skitnja i dr.), koje možemo promatrati kroz prizmu kriminalne etiologije, odnosno uzročnosti pojedinih krivičnih djela.

Opštim razvojem društva u svim oblastima ljudskog djelovanja usavršava se i kriminalitet, sa težnjom da uvijek napravi iskorak u odnosu na realne otkrivačke, istražne i dokazne kapacitete, mogućnosti i resurse krivičnog pravosuđa. Vječita borba, sukobljenost i kontradiktornost između dobra i zla (destrukcije) i danas su izražene i vidljive i na nacionalnoj društvenoj sceni i na međunarodnom i globalnom nivou. Država i savremeno društvo suočavaju se sa brojnim izazovima i problemima u suzbijanju kriminaliteta, cijeneći brojne i različite etiološke, odnosno uzročne faktore koji neposredno ili posredno determiniraju i utiču na nastanak ljudske destrukcije koja se pravno formuliše kao kriminalitet. U tom smislu, tradicionalni ili klasični kriminalitet je u drugom planu, bez obzira na to što se kao takav i danas javlja, s obzirom na to da specifični oblici organizovanog kriminaliteta, kao pošast savremenog doba, zavređuju posebnu pažnju u kontekstu državne institucionalne reakcije na taj kriminalitet.

Osim zvanične državne reakcije na kriminalitet, koja se ispoljava kao adekvatnost zakonske norme i njene primjene od nadležnih krivičnoprocesnih subjekata, neophodno je naglasiti da veoma važnu preventivnu ulogu i značaj imaju vanpravni kapaciteti, mogućnosti i resursi na planu pravovremenog, efikasnog i zakonitog suprotstavanja kriminalitetu. S druge strane, operacionalizacija kriminalnih aktivnosti je prilagođena realnim političkim, ekonomskim, socijalnim, demografskim, kulturološkim i drugim uslovima i specifičnostima. Fenomenološka rasprostranjenost i raznovrsnost pojavnih oblika kriminaliteta nedvosmisleno ukazuje na potrebu multidisciplinarnog pristupa proučavanju i istraživanju kriminaliteta kao društvenog fenomena, kako bi se na taj način svestrano i sveobuhvatno sagledali i obuhvatili svi njegovi aspekti. Također, svaki društveno odgovoran i savjestan građanin, kao akter svih društvenih događaja, ima važnu preventivnu ulogu, posebno u dijelu koji se odnosi na otkrivačku djelatnost, odnosno prijavljivanje krivičnih djela. U ovom radu ćemo dati kratak osvrt na najznačajnije savremene izazove koji su postavljeni pred društvo, državu i zakonodavca na planu kreiranja srazmjerno potrebnih odgovora, odnosno zakonskih rješenja materijalne, procesne i izvršne prirode.

2. Tendencija humanizacije savremenog krivičnog procesnog prava – zaštita ljudskih prava i sloboda

Reformski procesi krivičnog procesnog zakonodavstva su prije svega primarno usmjereni na efikasnost krivičnog postupka, ali i opštu intenciju efikasne i energične borbe protiv kriminaliteta u najširem smislu. Međutim, posljednje dvije decenije svjedoci smo da međunarodna zajednica insistira na prihvatanju

i usvajanju međunarodnih standarda koji se neposredno odnose na zaštitu ljudskih prava i sloboda, a koji su sadržani u brojnim međunarodnopravnim dokumentima. Principi zakonitosti i humanosti čine osnovna obilježja cjelokupnog krivičnog postupka, a ne samo istrage, i oni su u zakonu veoma jasno izraženi.³ Dosljedna primjena procesnih normi omogućava adekvatnu zaštitu kataloga prava i univerzalnih garancija osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku. Polazeći od pravnog aksioma da se ispravna i zakonita odluka suda kojom se rješava određena krivična stvar ne može zasnivati na nezakonitim dokazima, sasvim je jasno da je zakonodavac propisao restriktivne zakonske uslove koji moraju biti zadovoljeni u svakom konkretnom slučaju kako bi cjelokupne krivičnoprocesne aktivnosti preduzete od krivičnoprocesnih subjekata zadovoljavale propisanu procesnu formu. Nezakoniti dokazi mogu se podijeliti u četiri kategorije, s obzirom na njihov izvor i pravnu snagu: a) prva kategorija (član 10. stav 1) odnosi se na dokaze koji su pribavljeni iznuđivanjem priznanja ili kakve druge izjave (mučenjem, okrutnim ili nečovječnim postupanjem koji predstavljaju apsolutnu dokaznu zabranu; b) drugu kategoriju (član 10. stav 2) čine dokazne zabrane zbog kršenja osnovnih prava i sloboda zajamčenih Ustavom BiH i međunarodnim ugovorima koji nemaju apsolutni karakter; c) treću kategoriju (član 10. stav 2) predstavljaju dokazi pribavljeni bitnim povredama zakona i d) četvrta kategorija (član 10. stav 3) nezakonitih dokaza su dokazi izvedeni iz nekazonitih dokaza.⁴ U kontekstu humanizacije savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini ali i u okruženju, regiji i na međunarodnom nivou, koja se ispoljava kroz aspekt zaštite ljudskih prava i sloboda, neophodno je naglasiti da je represivna aktivnost organa, subjekata i agencija za sprovođenje zakona svedena na neophodni minimum kojim se može postići legitiman zakonski cilj, odnosno svrha, a to je suzbijanje kriminaliteta.

Iz do sada rečenog proizilazi da je zakonodavac propisao restriktivne zakonske uslove koji moraju biti zadovoljeni u primjeni određenih krivičnoprocesnih radnji (opšte radnje dokazivanja i posebne istražne radnje) koje se preduzimaju radi otkrivanja i dokazivanja postojanja određenog krivičnog djela i krivice a čijom se primjenom ograničavaju određena prava. U tom smislu, posebnu pažnju zavređuje pravilna i zakonita primjena posebnih istražnih radnji s obzirom na njihovu prirodu, način operacionalizacije i druge specifičnosti, te da se primjenom tih specifičnih istražnih radnji zadire u osnovna ljudska prava i slobode. Na taj način zakonodavac je zakonskom normom obezbijedio da se onemogućí samovolja u primjeni zakona ili različiti oblici zloupotrebe od lica kojima su povjerena ovlaštenja za neposrednu primjenu zakonskih odredaba, odnosno zakona.

³ M. M. Simović, V. M. Simović, M. Govedarica, *Krivično procesno pravo II, Krivično procesno pravo – posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Sarajevo 2021, 20.

⁴ M. M. Simović, V. M. Simović, M. Govedarica, *Krivično procesno pravo, uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać 2021, 215.

Dakle, u svim fazama ili stadijima krivičnog postupka u kojima krivično-procesni subjekti sprovode određene krivičnoprocesne radnje na planu rasvjetljavanja i rješenja određene krivične stvari, neophodno je naglasiti da osumnjičeno, odnosno optuženo lice ima obezbijeđen katalog određenih zakonom propisanih prava te da je svako odstupanje od procesnih normi put u nezakonitost. Aktivnosti krivičnoprocesnih subjekata na otkrivanju i dokazivanju krivičnog djela i krivice moraju biti formalizirane, odnosno moraju zadovoljavati propisanu procesnu formu kako bi se prikupljeni dokazi mogli koristiti za efikasno vođenje i okončanje krivičnog postupka. Uvažavajući sasvim jasnu opredijeljenost za prihvatanje i primjenu međunarodnih standarda zaštite ljudskih prava i sloboda i obezbjeđenja kataloga prava i univerzalnih garancija osumnjičenom, odnosno optuženom licu u krivičnom postupku, evidentno je da komponenta efikasnosti ne smije biti na štetu povrede ili ugrožavanja ljudskih prava i sloboda.

Sve to sasvim nedvosmisleno potvrđuje da se prilikom sprovođenja cjelokupinih krivičnoprocesnih aktivnosti u svim stadijima/fazama krivičnog postupka moraju „pomiriti” dvije dijametralno suprotne komponente – komponenta efikasnosti krivičnog postupka i komponenta zaštite ljudskih prava i sloboda. Svako nepotrebno zadiranje komponente efikasnosti krivičnog postupka na štetu komponente humanizacije, odnosno zaštite ljudskih prava i sloboda nedopušteno je i, kao takvo, nezakonito. Zakonodavac je upravo zbog toga propisao restriktivne zakonske uslove koji moraju biti zadovoljeni, kako bi se pravovremeno obezbijedile procesne pretpostavke za adekvatnu i zakonitu primjenu određenih krivičnoprocesnih radnji u krivičnom postupku kojima se zadire u osnovna ljudska prava i slobode (npr. povreda privatnosti, sloboda kretanja, prepiske i dr.). Nakon usvajanja novih zakonskih rješenja procesne prirode, susreli smo se i sa određenim kritikima u naučnim, a posebno u stručnim raspravama i krugovima da su krivičnoprocesnim subjektima (policiji, tužilaštvu) sužena, odnosno smanjena ovlaštenja za otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela te da je zakonodavac pretjerao sa (pre)širokim pravima koja su zakonom propisana osumnjičenom, odnosno optuženom licu. Također, jedna od kritika se posebno odnosi na visoko postavljene standarde dokazivanja za pojedina krivična djela, zbog čega je krivično pravosuđe na meti brojnih kritika opšte javnosti, medija (obustave istrage, oslobađajuće presude i dr.). Pravilno razumijevanje i tumačenje standarda dokazivanja od krivičnoprocesnih subjekata u različitim fazama krivičnog postupka suštinski je važno za efikasno vođenje krivičnog postupka sa aspekta obezbjeđenja potrebnog stepena sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo.⁵ U praksi se susrećemo sa brojnim problemima u pravilnom razumijevanju i tumačenju standarda dokazivanja u smislu obezbjeđenja potrebnih dokaza za utvrđivanje postojanja određenog krivičnog djela i krivice, kao i sa očiglednim, odnosno zna-

⁵ S. Karović, M. M. Simović, „Kvalitativna komponenta u radu procesnih subjekata kao faktor efikasnosti krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 52, 2/2021, 53.

čajnim razlikama najčešće između tužilaštva i suda, pa čak i između pojedinih tužilaca ali isto tako i između pojedinih sudija.

Međutim, država Bosna i Hercegovina, kao i države iz okruženja i regije, potpisivanjem i ratifikacijom brojnih međunarodnopravnih dokumenata koji sadrže međunarodne standarde za zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda, preuzela je obavezu da određene međunarodne standarde implementira u svoje nacionalno krivično zakonodavstvo. S druge strane, (ne)efikasnost krivičnog postupka treba promatrati kroz prizmu adekvatnosti zakonske norme sa ciljem usaglašavanja adekvatnih zakonskih normi koje mogu zadovoljiti otkrivačke i dokazne potrebe na planu rasvjetljavanja i rješenja konkretne krivične stvari, uvažavajući tendenciju humanizacije savremenog krivičnog procesnog prava. S obzirom na uočljivu tendenciju humanizacije savremenog krivičnog prava generalno te opredijeljenost međunarodne zajednice na tom planu, u narednom periodu se mogu očekivati određene aktivnosti na planu intervencije zakonodavca u vezi sa harmoniziranjem nacionalnog krivičnog zakonodavstva sa međunarodnim standardima. Zakonska rješenja, po prirodi stvari, nisu konačna i nepromjenjiva, s obzirom na veoma kompleksne društvene odnose, okolnosti, uslove i potrebe modernog čovjeka, tako da je realno očekivati da će ona biti podvrgnuta naučnoj i stručnoj kritici u budućnosti.

3. Razvoj maloljetničkog krivičnog prava sa posebnim osvrtom na protektivni (zaštitnički) odnos prema maloljetnicima

Reformske procese u Bosni i Hercegovini, ali i okruženju i regiji, između ostalog, neophodno je promatrati i kroz prizmu evolucije, odnosno razvoja maloljetničkog krivičnog prava, s obzirom na to da maloljetnici, kao specifična starosna kategorija, zavređuju posebnu pažnju naučne i stručne javnosti. Konfuzija, složenost i iracionalnost savremenog masovnog urbanog društva nudi adolescentu malo čvrstih osnova za razumijevanje stvari koje ga okružuju i njihovih značenja.⁶ Danas se mladi susreću sa brojnim savremenim izazovima, sa nekim novim obrascima ponašanja olako preuzetim bez kritičkog preispitivanja i sa pogrešnim uzorima koji su po svojim karakteristikama inkompatibilni sa univerzalnim ljudskim vrijednostima.

U vezi sa tim, zakonodavac je iskazao poseban senzibilitet prema krivičnopravnom položaju te starosne kategorije, koji se neposredno ispoljava u protektivnom (zaštitničkom) odnosu prema maloljetnicima. Maloljetničko krivično pravo je steklo svoju djelimičnu autonomnost, s obzirom na to da su na entitetskom nivou (Federacija BiH⁷ i Republika Srpska⁸) i na nivou Brčko di-

⁶ R. Klark, *Kriminalitet u Americi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 164.

⁷ Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 7/14.

⁸ Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 13/10, 63/11, 61/13.

strikta Bosne i Hercegovine⁹ izvojene odredbe iz opšteg dijela zakona u posebne zakone o maloljetnicima. Međutim, na državnom nivou Bosne i Hercegovine još uvijek nisu izdvojene krivičnopravne odredbe koje se odnose na maloljetnike kao specifičnu starosnu kategoriju, tako da su one sastavni dio opšteg dijela zakona. Komparativna analiza pojedinih nacionalnih krivičnopravnih sistema pokazuje da je maloljetničko krivično pravo u mnogim evropskim državama (Njemačka, Francuska, Austrija, Španija, Belgija, Italija, Češka, Engleska i dr.) steklo svoju krivičnopravnu samostalnost i autonomnost, zbog posebnih ili specifičnih zakonskih rješenja prema maloljetnicima koja se bitno razlikuju u odnosu na punoljetne izvršioce krivičnih djela.¹⁰

Radi povoljnijeg krivičnopravnog položaja maloljetnika u odnosu na punoljetne izvršioce krivičnih djela, posebnu pažnju zavređuje alternativno ili diverziono postupanje (policijsko upozorenje i vaspitne preporuke) prema maloljetnicima, koje je po svom sadržaju i prirodi usmjereno na skretanje sa krivičnog postupka na neke druge grane prava (porodično pravo, socijalno pravo i dr.). Novim zakonima o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima (*lex specialis*) uvedena je, odnosno propisana alternativna mjera policijsko upozorenje kao novina koja nije postojala u ranijem maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Također, u te zakone je uključeno materijalno, procesno i izvršno pravo prema maloljetnicima, koja po svom sadržaju i prirodi također inkorporiraju međunarodne standarde u kojima prepoznajemo protektivni ili zaštitnički odnos i tretman prema maloljetnicima.

Postupak prema maloljetnicima suštinski je i konceptualno usmjeren ne nakažnjavanje već na pružanje zaštite, pomoći, brige nadzora i raznih oblika podrške. Primjenu diverzionih mjera prema maloljetnim izvršiocima krivičnih djela prepoznajemo i u evropskom uporednom pravu kao mogućnost izbjegavanja klasične sudske krivične procedure (Njemačka, Švedska i dr.), ali je neophodno naglasiti da u različitim evropskim državama postoje i različite forme diverzionog postupanja i shvatanja pojma diverzija.¹¹ U krivičnopravnim sistemima susjednih država (Srbija, Hrvatska, Crna Gora) primjećujemo da su prihvaćene alternativne ili diverzione mjere kao savremeni odgovor na kriminalitet izvršen od maloljetnika. Zakonodavac je i u terminološkom smislu iskazao poseban zaštitnički ili protektivni odnos i tretman, cijeneći da se upotrebljavaju drugi povoljniji/blaži jezički izrazi kako bi se izbjegla stigmatizacija maloljetnika u društvu i obezbijedile lakša i jednostavnija socijalna adaptacija i integracija kao korisnog člana određene lokalne zajednice.

⁹ Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službene novine Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 53/11.

¹⁰ S. Karović, A. Maloku, S. Shala, „Maloljetničko krivično pravo u Bosni i Hercegovini sa posebnim osvrtom na krivičnopravni položaj i odgovornost maloljetnika”, *Kriminalističke teme, časopis za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne sudije* XX, 1–2/2020, 110.

¹¹ M. M. Simović, S. Karović, „Restorativni aspekti maloljetničkog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na alternativne mjere”, *Pravna riječ* XVII, 63/2020, 555.

Međutim, i pored tih intenzivnih reformskih procesa u oblasti maloljetničkog krivičnog prava, koji se prije svega odlikuju protektivnim ili zaštitničkim odnosom prema maloljetnicima, neophodno je posebno naglasiti preventivnu komponentu i jačanje svijesti mladih osoba o štetnosti kriminaliteta, sociopatoloških pojava i svih drugih društveno neprihvatljivih obrazaca ponašanja. U taj sveobuhvatan i svestran preventivni proces neophodno je uključiti sve društve subjekte i aktere (porodicu, školu, medije, religijske zajednice, sportske kolektivite, nevladin sektor i dr.) koji po svom djelokrugu i vrsti djelatnosti mogu doprinijeti prevenciji, odnosno uticati na otklanjanje ili smanjenje etioloških (uzročnih) faktora koji neposredno ili posredno pogoduju nastanku kriminaliteta izvršenog od maloljetnika. Preventivno djelovanje je primarno orijentisano na pravovremeno prepoznavanje, identifikaciju i otklanjanje određenih rizičnih ponašanja koja mogu „prerasti” u kažnjiva ponašanja, odnosno u kriminalitet ili prekršaj.

4. Visokotehnoški (sajber) kriminalitet kao pošast i izazov savremenog doba

Savremeno krivično pravo kao i krivično pravosuđe susreću se sa brojnim izazovima, problemima i dilemama savremenog doba, s obzirom na neke nove oblike kriminaliteta koji po svojoj prirodi, karakteristikama, fenomenološkim oblicima ispoljavanja i drugim specifičnostima opterećuju naučnu i stručnu javnost te zahtijevaju od zakonodavca pravovremene, efikasne i zakonite odgovore, odnosno zakonska rješenja. Savremeno krivično pravo neminovno mora da prati život, odnosno realne društvene potrebe savremenog čovjeka i društva, kako bi se postigao legitiman zakonski cilj efikasne i energične borbe protiv kriminaliteta. U tom smislu, krivičnopravno suprotstavljanje različitim oblicima visokotehnoškog (sajber) kriminaliteta u posljednje dvije decenije zauzima prvorazredni značaj i centralno mjesto u suzbijanju kriminaliteta. Snažna ekspanzija informacijske tehnologije dovela je, međutim, i do opasnih napada na sisteme elektronske obrade podataka.¹² Opšti razvoj informacionih i komunikacionih tehnologija uslovio je nastanak i nekih novih oblika kriminaliteta koji zahtijevaju adekvatne i srazmjerne zakonske odgovore, odnosno rješenja materijalne i procesne prirode. Kada je u pitanju materijalno krivično pravo, sasvim logično se nameće pitanje opravdanosti i svrsishodnosti propisivanja novih inkriminacija, odnosno krivičnih djela iz oblast visokotehnoškog (sajber) kriminaliteta. Od zakonodavca se zahtijeva i očekuje adekvatna zaštita dobara i vrijednosti za koje su savremeno društvo i međunarodna zajednica zainteresovani.

Takav razvoj informacionih i komunikacionih tehnologija, prije svega interneta, praktično je omogućio jednostavniju, bržu i efikasniju operacionali-

¹² Z. Tomić, *Krivično pravo II, posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, 398.

zaciju kriminalnih aktivnosti. Iskustvo jasno pokazuje da je svaki veći pronalazak u istoriji čovječanstva obično imao i „mračniju stranu” svoje primjene, a često su se raznim novitetima služili i kriminalci.¹³ Osim pozitivne i društveno korisne strane, internet moramo promatrati i kroz prizmu njegove zloupotrebe od pojedinaca i organizovanih kriminalnih grupa, koji prepoznaju i zloupotrebljavaju internet kao pogodnu platformu za ostvarivanje komunikacije, dogovaranje, pripreme radnje ali i samu operacionalizaciju kriminalnih aktivnosti, to jest za izvršenje krivičnih djela. Internet sobom nosi brojne rizike i štetnosti, posebno po najranjivije grupe korisnika, a to su djeca i mladi.¹⁴ Zloupotreba informacionih i komunikacionih tehnologija u najširem kontekstu pogodna je za operacionalizaciju kriminalnih aktivnosti, odnosno izvršenje krivičnih djela, iz brojnih razloga, a posebnu važnost zauzimaju: 1. mogućnost ostvarivanja komunikacije sa različitim geografskih lokacija u svijetu, 2. mogućnost šifriranog komuniciranja, 3. skrivanje identiteta i kreiranje lažnih tzv. *fake* profila, 4. brzo i jednostavno skrivanje, brisanje i uništavanje digitalnih dokaza, 5. kompleksnost otkrivanja i dokazivanja krivičnih djela, posebno prikupljanje potrebnih dokaza i dr.

U krivičnoprocesnom smislu, pred krivično pravosuđe se postavlja jedan veoma kompleksan i zahtjevan krivičnoprocesni zadatak, koji se odnosi na tretiranje i postupanje sa digitalnim dokazima sa ciljem efikasnog i zakonitog vođenja i okončanja krivičnog postupka. U vezi sa tim, neophodno je naglasiti i aspekt zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda, cijeneći da humanizacija savremenog krivičnog prava u cjelini zahtijeva poštivanje i obezbjeđenje međunarodnih standarda koji se odnose na katalog prava i univerzalnih garancija osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku. U posljednje vrijeme posebnu pažnju naučne, stručne ali opšte javnosti privlači aplikacija *Sky*, tačnije postupanje sa digitalnim dokazima, njihova procesna forma, zakonitost pribavljanja, dokazna vrijednost u krivičnom postupku i druga pitanja procesne prirode koja se tiču rasvjetljavanja i rješenja krivične stvari i donošenja ispravne i zakonite odluke suda. U vezi sa tim, biće veoma interesantno kako će sudovi prilikom neposrednog postupanja u regiji odgovoriti na važna procesna pitanja, posebno u dijelu koji se odnosi na aspekt zakonitosti i zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda. Također, jedno od procesnih pitanja koje opterećuje krivično pravosuđe jeste procesna prihvatljivost audio i video snimaka, njihova dokazna vrijednost, postupak izuzimanja, čuvanja te korištenja sa ciljem efikasnog vođenja i okončanja krivičnog postupka. Međutim, krivičnim procesnim zakonodavstvom nije propisana niti predviđena mogućnost da se kao dokaz u krivičnom postupku mogu koristiti audio i video snimci, koje su načinila fizička lica koja su postupali mimo ovlašćenja i odobrenja nadležnih

¹³ Ž. Aleksić, M. Škulić, *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 383.

¹⁴ R. Stojanović, N. Macanović, *Nasilje putem interneta – Cyberbullying*, Centar modernih znanja, Banja Luka 2022, 52.

organa.¹⁵ Iz svega toga proizilazi realna potreba da zakonodavac uredi tu oblast kako bi se izbjeglo pogrešno ili nepravilno shvatanje i tumačenje postojećih odredaba krivičnog procesnog zakonodavstva.

5. Krivičnopravno suprotstavljanje organizovanom kriminalitetu i korupciji

Jedan od primarnih ciljeva reformskih procesa u Bosni i Hercegovini i u regiji odnosio se, prije svega, na efikasnu i energičnu borbu protiv specifičnih oblika organizovanog kriminaliteta i korupcije. Krivična djela u vezi sa organizovanim kriminalitetom (krivična djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga, trgovine ljudima, privrednog i finansijskog kriminaliteta, terorizma i dr.), po svojim specifičnim oblicima fenomenološkog ispoljavanja, raznovrsnosti i rasprostranjenosti, pred zakonodavca su postavili visoke zahtjeve pravovremenog, efikasnog i zakonitog otkrivanja i dokazivanja tih krivičnih djela. Navedeni oblici organizovanog kriminaliteta po svojoj prirodi i drugim specifičnostima značajno se razlikuju od klasičnog ili tradicionalnog kriminaliteta te od zakonodavca zahtijevaju i specifične procesne odgovore, odnosno procesna zakonska rješenja koja mogu zadovoljiti potrebe otkrivanja i dokazivanja. Na tom planu, osim opštih radnji dokazivanja, zakonodavac je propisao katalog posebnih istražnih radnji koje se pod jasno propisanim procesnim restriktivnim uslovima mogu primjenjivati radi pravovremenog, efikasnog i zakonitog otkrivanja i dokazivanja tih krivičnih djela. Postalo je sasvim jasno i očigledno da klasična zakonska rješenja procesne prirode ne mogu odgovoriti visokim zahtjevima otkrivačke i dokazne prirode u odnosu na specifične oblike organizovanog kriminaliteta. Međutim, zakonodavac je propisao restriktivne zakonske uslove za primjenu posebnih istražnih radnji, s obzirom na to da se njihovom primjenom neposredno zadire u osnovna ljudska prava i slobode (npr. pravo na privatnost i dr.). Organizovani kriminal se stoga posmatra kao specifična vrsta kriminalne aktivnosti koju karakteriše, na primjer, određeni nivo sofisticiranosti, kontinuiteta i racionalnosti, za razliku od sporadičnog i impulsivnog kriminalnog ponašanja.¹⁶

Područje kriminalne etiologije i fenomenologije specifičnih oblika organizovanog kriminaliteta ima posebnu važnost u kontekstu pravilnog razumijevanja njegove uzročnosti, destruktivne prirode, fenomenološke dimenzije i drugih krivičnopravnih specifičnosti. Državna institucionalna reakcija je usmjerena na posljedice, odnosno na preduzimanje mjera i radnji nakon izvršenja određenog krivičnog djela, ali se nedovoljna pažnja posvećuje kriminalnoj

¹⁵ S. Budiša, „Korišćenje privatnog audio ili video snimka kao dokaza u krivičnom postupku”, *Pravo i pravda* XX, 1/2022, 326.

¹⁶ K. von Lampe, „Organised Crime in Europe: Conceptions and Realities”, *A Journal of Policy and Practice* 2, 1/2018, 7–17.

etiologiji, odnosno etiološkim faktorima koji neposredno ili posredno pogoduju organizovanom kriminalitetu. Svestrano i sveobuhvatno sagledavanje organizovanog kriminaliteta uz uvažavanje svih njegovih specifičnosti obuhvata i područje kriminalne etiologije (uzročnosti), kako bi se na osnovu njega mogla kreirati efikasna politika suzbijanja tog kriminaliteta usmjerena na otklanjanje ili bar redukciju etioloških faktora. Također, multidimenzionalnost i multifaktorijsnost organizovanog kriminaliteta podrazumijevaju i multidisciplinarni pristup proučavanju i istraživanju tog kriminaliteta. Prilikom sagledavanja organizovanog kriminaliteta kao pošasti savremenog doba ne smijemo zanemariti ili ignorisati njegovu povezanost sa političkim strukturama moći, odnosno pojedincima koji obnašaju visoke pozicije u vlasti.

S druge strane, korupcija kao pravni i društveni fenomen u neraskidivoj je vezi sa specifičnim oblicima organizovanog kriminaliteta. Međunarodni statistički pokazatelji sasvim jasno i alarmantno upozoravaju na postojanje različitih koruptivnih ponašanja koja sukcesivno razaraju društvo i državu. Bosna i Hercegovina je jedna od zemalja koja je najviše nazadovala u borbi protiv korupcije u preoteklih 10 godina, pokazala je to analiza Indeksa percepcije korupcije za 2021. godinu koju redovno sprovodi *Transparency International*. Također, prema istom izvoru, Bosna i Hercegovina je ocijenjena ocjenom 35 na skali od 0 do 100, što je ukupno pozicionira na 110. mjesto od 180 zemalja, a lošiji rezultat u Evropi imaju samo Ukrajina i Rusija.¹⁷ Posebno zabrinjava činjenica da Bosna i Hercegovina nema procesuiranih tzv. kapitalnih predmeta korupcije, sa osuđujućim presudama. Navedeni statistički pokazatelji dovode u pitanje stvarnu opredijeljenost Bosne i Hercegovine da se suoči sa korupcijom, što negativno utiče na međunarodni ugled države, značajno smanjuje strane investicije, negativno utiče na sve oblasti ljudskog djelovanja te u konačnici stvara pravnu nesigurnost građana. Procesuiranja tzv. bagatelnih slučajeva korupcije ne može zadovoljiti realna i opravdana očekivanja u kontekstu efikasne borbe protiv korupcije.

6. Zaključak

Savremeno krivično pravo i krivično pravosuđe susreću se sa brojnim izazovima, dilemama i problemima praktične prirode s obzirom na veoma intenzivne, dinamične i kompleksne društvene odnose koji neposredno determiniraju i nastanak nekih novih fenomenoloških oblika kriminaliteta. Pred zakonodavca su postavljeni visoki zahtjevi u pogledu realne i svrsishodne potrebe inkriminacije nekih novih krivičnih djela, dok se u procesnom kontekstu

¹⁷ Izvještaj o monitoringu procesuiranja korupcije pred sudovima i tužilaštvima u Bosni i Hercegovini 2021, Transparency International, 2022, 3, https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2022/05/Monitoring-procesuiranja-2021_TIBiH_-2.pdf, 3. decembar 2022.

očekuje da se uredi, odnosno normiraju određena procesna pitanja koja se odnose na pravovremeno, efikasno i zakonito otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela.

Međutim, prilikom kreiranja novih zakonskih rješenja procesne prirode, mora da se obezbijedi kompatibilnost efikasnost krivičnog postupka i tendencije humanizacije krivičnog procesnog zakonodavstva, koja se ispoljava u adekvatnoj primjeni kataloga prava i univerzalnih garancija osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku. Savremena zakonska rješenja po svom sadržaju, prirodi i drugim specifičnostima moraju da prate život, društvene odnose i realne potrebe savremenog čovjeka, odnosno društva. U ovom radu su istaknuti najvažniji savremeni izazovi, dileme i problemi koji se neposredno odnose na efikasnost krivičnog pravosuđa i suzbijanje kriminaliteta kao složene društvene pojave, sa posebnim osvrtom na savremene oblike kriminaliteta kao pošasti savremenog doba. Također, autor je namjeravao da aktuelizira i problematizira određena pitanja koja na određen način opterećuju naučnu i stručnu javnost, a sve sa ciljem pronalaženja i kreiranja adekvatnih zakonskih normi koje su kompatibilne i srazmjerne realnim potrebama.

Zakonska rješenja nisu nepromjenljiva i konačna po svom sadržaju, prirodi, svrsi i drugim specifičnostima već su podložna kritičkom (pre)ispitivanju naučne i stručne javnosti, radi uočavanja, prepoznavanja, identifikacije i otklanjanja određenih nedostataka i anomalija od kojih zavise efikasnost krivičnog pravosuđa i postizanje očekivanih rezultata na planu efikasne i energične borbe protiv kriminaliteta, a posebno specifičnih oblika organizovanog kriminaliteta. U tom smislu, sasvim opravdano je naglasiti potrebu i svrsishodnost adekvatne saradnje i na regionalnom i na međunarodnom nivou, cijeneći da savremeni oblici kriminaliteta ne prepoznaju nacionalne geografske granice.

Literatura

Aleksić Ž., Škulić M., *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018.

Budiša S., „Korišćenje privatnog audio ili video snimka kao dokaza u krivičnom postupku”, *Pravo i pravda* XX, 1/2022, Udruženje sudija/sudaca u Federaciji Bosne i Hercegovine, Sarajevo.

Halilović H., *Krivično procesno pravo, Knjiga druga: Teorija dokaza i radnje dokazivanja u krivičnom postupku*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2019.

Karović S., Maloku A., Shala S., „Maloljetničko krivično pravo u Bosni i Hercegovini sa posebnim osvrtom na krivičnopravni položaj i odgovornost maloljetnika”, *Kriminalističke teme, časopis za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne sudije* XX, 1–2/2020.

Karović S., Simović M. M., „Kvalitativna komponenta u radu procesnih subjekata kao faktor efikasnosti krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 52, 2/2021, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd.

Klark R., *Kriminalitet u Americi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009.

Simović M. M., Karović S., „Restorativni aspekti maloljetničkog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na alternativne mjere”, *Pravna riječ* XVII, 63/2020, Banja Luka.

Simović M. M., Simović V. M., Govedarica M., *Krivično procesno pravo, uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać 2021.

Simović M. M., Simović V. M., Govedarica M., *Krivično procesno pravo II, Krivično procesno pravo – posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Sarajevo 2021.

Stojanović Z., Kolarić D., *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020.

Stojanović R., Macanović N., *Nasilje putem interneta – Cyberbullying*, Centar modernih znanja, Banja Luka 2022.

Tomić Z., *Krivično pravo II, Posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007.

Von Lampe K, „Organises Crime in Europe: Conceptions and Realities”, *A Journal of Policiy and Practice* 2, 1/2018.

Propisi i drugi akti

- Izvještaj o monitoringu procesuiranja korupcije pred sudovima i tužilaštvima u Bosni i Hercegovini 2021, Transparency International, 2022, 3, https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2022/05/Monitoring-procesuiranja-2021_TI-BiH_-2.pdf, 3. 12. 2022.
- Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 7/14.
- Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br.13/10, 63/11, 61/13.
- Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službene novine Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 53/11.

MODERN CHALLENGES IN THE CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA – EXPECTATIONS AND REALITY

Summary

In this paper, we recognize and identify contemporary challenges, problems and dilemmas faced by the criminal justice system in terms of an effective and energetic fight against crime, especially in the part related to incrimination, i.e. the prescription of new criminal offenses as well as adequate legal responses, i.e. procedural solutions in connection with the detection and proof of criminal acts. The focus of interest is primarily the adequacy of the legal norm in the context of reform processes, then the tendency to humanize modern criminal law (protection of human rights and freedoms), the development of juvenile criminal law with a special focus on the protective attitude towards minors, high-tech/cybercrime as a scourge and challenge of modern age and organized crime and corruption. Complex social relations and processes in society, both at the domestic and national level, as well as at the regional and international level, condition the real and expedient need for a timely (re)action of the legislator regarding the prescription of adequate legal solutions. The essential question is how to ensure the compatibility of the effectiveness of the criminal procedure and the tendency to protect human rights and freedoms, which is manifested through the consistent realization of the catalog of rights and universal guarantees of the suspect or accused person in the criminal procedure.

Key words: criminal law, criminality, legal provision, criminal procedure.

**UPOREDNOPRAVNI IZAZOVI
U MEĐUNARODNOM PRAVU**

IZAZOV REGULISANJA UPOTREBE NUKLEARNOG ORUŽJA – UGOVOR O ZABRANI NUKLEARNOG ORUŽJA I BEČKA DEKLARACIJA

Apstrakt

Od početka oružanog sukoba Rusije protiv Ukrajine, ponovo je aktuelizovano pitanje upotrebe nuklearnog oružja, a samim tim i pitanje zabrane njegove upotrebe. Mnoge međunarodne vladine i nevladine organizacije ukazivale su na činjenicu da je upotreba nuklearnog oružja zabranjena međunarodnim ugovorom i zahtevale održavanje konferencije država članica Ugovora o zabrani upotrebe nuklearnog oružja. Zbog pandemije, ta konferencija je nekoliko puta odlagana da bi na kraju bila održana od 21. do 23. juna 2022. godine u Beču. Tom prilikom su usvojeni Bečka deklaracija i Akcioni plan kojim su predložene određene mere koje će države članice preduzeti sa ciljem potpune implementacije Ugovora o zabrani upotrebe nuklearnog oružja. Upravo upotreba nuklearnog oružja predstavlja izazov savremenog prava sa kojim se mi susrećemo, imajući u vidu sve veću političku netrpeljivost među državama. U radu je akcentat stavljen na odredbe pomenutog Ugovora, kao i na Bečku deklaraciju i Akcioni plan.

Ključne reči: Ugovor o zabrani nuklearnog oružja, Bečka deklaracija, nuklearno oružje, međunarodno humanitarno pravo.

1. Usvajanje Ugovora o zabrani nuklearnog oružja

Generalna skupština Ujedinjenih nacija je Rezolucijom 71/258 od 11. januara 2016. godine odlučila da naredne godine sazove konferenciju sa ciljem da se usvoji pravno obavezujući međunarodni ugovor o zabrani nuklearnog oružja koji bi vodio njegovoj potpunoj eliminaciji. Generalna skupština je pozvala sve države članice da učestvuju na konferenciji i odlučila da se održi u Njujorku prema njenim pravilima procedure. Konferencija je održana od 27. do 31. marta i od 15. juna do 7. jula 2017. godine. Odluka o sazivanju konferencije doneta je zahvaljujući angažmanu Radne grupe radi pregovora o multilateralnom razoružanju. Radna grupa je u svom izveštaju navela da je neophodno usvojiti pravno obavezujući ugovor koji bi potpuno zabranio nuklearno oružje kako bi se postigao cilj, a to je svet bez nuklearnog oružja. Primarna nadležnost Radne grupe bila je da predloži konkretne efektivne pravne mere, pravne odredbe i norme koje su neophodne za

* Master pravnik iz uže međunarodnopravne naučne oblasti Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, andjelkovic.stefan990@gmail.com

uspostavljanje sveta bez nuklearnog oružja.¹ Konačno, Ugovor o zabrani nuklearnog oružja usvojen je 7. jula 2017. godine.

2. Sadržina Ugovora o zabrani nuklearnog oružja

U preambuli Ugovora o zabrani nuklearnog oružja navodi se, najpre, odlučnost da se doprinese ostvarivanju ciljeva i principa Povelje Ujedinjenih nacija. Takođe, države članice su izrazile svoju duboku zabrinutost o katastrofalnim humanitarnim posledicama koje mogu biti posledica upotrebe nuklearnog oružja i koje ne mogu biti adekvatno sanirane, te predstavljaju ozbiljnu pretnju za opstanak čovečanstva, životnu sredinu, socioekonomski razvoj, globalnu ekonomiju i zdravlje sadašnjih i budućih generacija. Ukazale su na moralni imperativ za razoružanje i stvaranje sveta bez nuklearnog oružja, kao globalnog javnog dobra koje služi nacionalnim i kolektivnim bezbednosnim interesima.² U preambuli se napominje da upotreba nuklearnog oružja može da nanese neprihvatljivu patnju i štetu ne samo žrtvama već i onima koji su pogodoeni testiranjem.³

Zanimljivo je da se u preambuli reafirmiše obaveza država članica da poštuju međunarodno pravo, uključujući međunarodno humanitarno pravo i međunarodno pravo ljudskih prava. To, naime, nije prvi slučaj da se u jednom međunarodnom ugovoru govori o povezanosti međunarodnog humanitarnog prava i međunarodno pravo ljudskih prava. Praksa organa Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: UN), pre svega Generalne skupštine i Saveta bezbednosti, kao i drugih međunarodnih organizacija, sve više ide ka tome da neko pitanje bude regulisano obema granama međunarodnog prava. Takođe, države članice se u preambuli pozivaju i na osnovna načela međunarodnog humanitarnog prava poput načela zabrane prouzrokovanja nepotrebne povrede ili suvišne patnje⁴, distinkcije⁵, proporcijalnosti⁶ i predostrožnosti.^{7, 8}

¹ United Nations Conference to Negotiate a Legally Binding Instrument to Prohibit Nuclear Weapons, Leading Towards their Total Elimination, <https://www.un.org/disarmament/ptnw/index.html>, 5. decembar 2022.

² Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons – TPNW, A/CONF.229/2017/8

³ *Ibid.*

⁴ Načelo zabrane izazivanja nepotrebih povreda ili suvišnih patnji regulisano je članom 35. stav 2. Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (u daljem tekstu Protokol 1), kojim se zabranjuju upotreba oružja, projektila i materijala i metode ratovanja koji uzrokuju suvišne povrede ili nepotrebne patnje. Vid. Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba, stupio na snagu 1978. godine

⁵ Načelo razlikovanja ili distinkcije je takođe regulisano Protokolom 1 u čijem se članu 48. propisuje da strane u sukobu, da bi obezbedile poštovanje i zaštitu civilnog stanovništva i civilnih objekata, treba u svako doba da prave razliku između civilnog stanovništva i boraca i između civilnih objekata i vojnih objekata i da, shodno tome, usmere svoje vojne operacije samo protiv vojnih objekata.

⁶ I to načelo je propisano Protokolom 1, i to članom 51. stavom 5b, prema kojem se kao vrsta napada izvršena bez izbora ciljeva smatra napad od kojeg se može očekivati da će izazvati usputne gubitke civilnih života, povrede civila, štete na civilnim objektima ili kombinaciju ovih dejstava, koja bi bila nesrazmerno velika u odnosu na konkretnu i neposrednu vojnu prednost koja se predviđa.

⁷ Načelo predostrožnosti regulisano je članom 57. stav 1, koje je kao i prethodna načela, sadržano u Protokolu 1, i podrazumeva da se u sprovođenju vojnih operacija mora stalno voditi računa o tome da se poštede civilno stanovništvo, civili i civilni objekti.

⁸ Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons – TPNW, A/CONF.229/2017/8

Pozivajući se na Povelju UN, države se moraju u međunarodnim odnosima suzdržati od pretnje ili upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti bilo koje države, ili na bilo koji drugi način koji je nespojiv sa ciljevima UN, te da uspostavljanje i održavanje međunarodnog mira i bezbednosti treba da se promovišu uz najmanja preusmeravanja na naoružavanje svetskih ljudskih i ekonomskih resursa.⁹

Štaviše, države članice se u samoj preambuli pozivaju i ističu značaj Ugovora o neširenju nuklearnog oružja¹⁰ koji predstavlja najznačajniji međunarodni ugovor kada je reč o nuklearnom razoružanju i neproliferaciji nuklearnog oružja. Takođe, podjednako je značajan Ugovor o sveobuhvatnoj zabrani nuklearnih proba.¹¹

Zanimljivo je da se naglašava da se Ugovorom o zabrani nuklearnog oružja ne utiče na neotuđivo pravo država da razvijaju istraživanje, proizvodnju i upotrebu nuklearne energije u miroljubive svrhe bez diskriminacije.¹²

Na samom kraju preambule ističe se uloga koju, u unapređenju principa humanosti i potpunoj eliminaciji nuklearnog oružja, imaju Međunarodni komitet Crvenog krsta (u daljem tekstu: MKCK), Međunarodna federacija društava Crvenog krsta i Crvenog polumeseca (u daljem tekstu: MFDCKCP), druge međunarodne i regionalne organizacije, nevladine organizacije i verske vođe.¹³

U članu 1. Ugovora državama članicama se zabranjuje da razvijaju, testiraju, proizvode, prenose, poseduju ili skladište nuklearno oružje. Zabranjena je i pretnja ili upotreba nuklearnog oružja ili drugim nuklearnim eksplozivnim uređajima. Države članice ne smeju da prime ili transportuju ili da kontrolišu nuklearno oružje ni direktno ni indirektno. Takođe je zabranjeno i pomaganje, navođenje i podsticanje bilo koga u zabranjenim aktivnostima predviđenim Ugovorom. Osim toga, državama članicama je zabranjeno da stacioniraju, instaliraju ili razmeštaju nuklearno oružje na svojoj teritoriji ili na području pod njihovom jurisdikcijom ili kontrolom.¹⁴ Zapravo je reč o jednoj generalnoj obavezi koja je sadržana u međunarodnim ugovorima koji za predmet imaju nuklearno oružje. Tako su se Ugovorom o neširenju nuklearnog oružja države koje poseduju nuklearno oružje, odnosno nuklearne države,¹⁵ obavezale da to oružje ili druge nuklearne eksplozivne naprave neće prenositi na druge države koje nemaju nuklearno oružje. Štaviše, nuklearne države su se obavezale da neće pomagati, podsticati ili navoditi nenuklearne države da proizvode, nabavljaju nuklearno oružje ili druge nuklearne eksplozivne naprave ili da imaju kontrolu nad njim.¹⁶

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Ugovor o neširenju nuklearnog oružja potpisan je 1. jula 1968. godine, u Vašingtonu, Moskvi i Londonu, a stupio je na snagu 5. marta 1970. godine. Vid. Ugovor o neširenju nuklearnog oružja – UNNO, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 10/70.

¹¹ Usvojen je od Generalne skupštine UN 10. septembra 1996. godine. Vid. Ugovor o sveobuhvatnoj zabrani nuklearnih proba sa Protokolom – USZNP, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* br. 04/2004.

¹² Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons – TPNW, A/CONF.229/2017/8.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Čl. 1. TPNW

¹⁵ Prema UNNO, nuklearne države su SAD, Rusija, Velika Britanija, Francuska, Kina, Indija i Pakistan. Veruje se da i Izrael poseduje nuklearno oružje, a ovde sa sigurnošću možemo uvrstiti i Severnu Koreju.

¹⁶ Čl. 1. UNNO

Novina Ugovora o zabrani nuklearnog oružja ogleda se u obavezi svake države članice da, najkasnije 30 dana od stupanja Ugovora na snagu u odnosu na nju, podnese generalnom sekretaru UN deklaraciju o tome da li je posedovala ili kontrolisala nuklearno oružje ili nuklearne eksplozivne naprave ili eliminisala svoj nuklearni program. U deklaraciji se navodi i da li se na teritoriji države članice ili području pod njenom jurisdikcijom ili kontrolom nalazi nuklearno oružje koje pripada ili je pod kontrolom neke druge države. Generalni sekretar je u obavezi da sve deklaracije prosledi državama članicama.¹⁷

Članom 3. Ugovora propisano je da, države na koje se ne odnosi član 4. Ugovora, odnosno obaveza uništenja nuklearnog arsenala, i dalje imaju obaveze prema Međunarodnoj agenciji za atomsku energiju (u daljem tekstu: MAAE) koje su imale u vreme stupanja na snagu Ugovora, ne dovodeći u pitanje bilo koje druge instrumente koji bi mogli da se usvoje u budućnosti. Svaka država članica je još obavezna da sa MAAE zaključi sveobuhvatni sporazum o zaštiti, pri čemu pregovori o sporazumu moraju započeti u roku od 180 dana od dana stupanja Ugovora na snagu za odnosnu državu, a sporazum će potom stupiti na snagu najkasnije 18 meseci od stupanja Ugovora na snagu za tu državu.¹⁸

Najvažnija odredba Ugovora je svakako član 4, kojim se propisuje obaveza za sve države članice, koje su nakon 17. jula 2017. godine posedovale ili kontrolisale nuklearno oružje, da to oružje i sve nuklearne eksplozivne naprave unište pre stupanja na snagu Ugovora, zatim da sarađuju sa nadležnim međunarodnim organom koji bude imenovan u skladu sa tim članom radi provere nepovratne eliminacije nuklearnog naoružanja. Nadležni organ podnosi izveštaj državama članicama, a odnosna država je dužna, kao i u prethodnom članu, da zaključi sa MAAE sporazum o zaštiti, pri čemu su rokovi početka pregovora i stupanja na snagu sporazuma isti kao i u članu 3. Ugovora. Nadalje, stavom 2. istog člana je propisano da će sve države članice uništiti celokupno nuklearno oružje i sve nuklearne eksplozivne naprave koje poseduju ili kontrolišu što je pre moguće, a najkasnije do roka koji će biti određen na prvoj konferenciji država članica u skladu sa pravno obavezujućim vremenskim planom. Država članica podnosi plan za uništenje nuklearnog oružja najkasnije 60 dana od dana stupanja Ugovora u odnosu na nju ostalim državama članicama ili međunarodnom organu osnovanom od strane država članica. O samom planu će se pregovarati sa nadležnim međunarodnim organom koji će ga potom dostaviti na sledećoj konferenciji država ugovornica. Osim toga, država članica koja poseduje ili kontroliše nuklearno oružje ili nuklearne eksplozivne naprave na svojoj teritoriji ili teritoriji koju kontroliše dužna je da ih ukloni što je pre moguće, ali najkasnije do roka koji bude određen na prvom sastanku država članica. Takođe, predviđeno je i osnivanje međunarodnog tela koje će biti nadležno za pregovore i verifikaciju nuklearnog razoružanja.¹⁹

Svaka država članica ima obavezu da preduzme sve neophodne mere za implementaciju obaveza predviđenih Ugovorom. U tom smislu, preduzeće sve pravne,

¹⁷ Čl. 2. TPNW.

¹⁸ Čl. 3. TPNW.

¹⁹ Čl. 4. TPNW.

administrativne i druge mere, uključujući i propisivanje krivičnih sankcija, kako bi sprečila zabranjene radnje, odnosno aktivnosti propisane Ugovorom koje preduzimaju lica na njenoj teritoriji ili teritoriji pod njenom jurisdikcijom.²⁰

Još jedna krucijalna novina u ovom ugovoru u odnosu na prethodne jeste pružanje pomoći žrtvama i sanacija životne sredine. Tako je Ugovorom predviđeno da je svaka država članica u obavezi da pojedincu pod njenom jurisdikcijom koji je pretrpeo štetu usled upotrebe ili testiranja nuklearnog oružja, u skladu sa međunarodnim humanitarnim pravom i ljudskim pravima, pruži adekvatnu pomoć, uključujući medicinsku negu, rehabilitaciju i psihološku podršku i da mu obezbedi socijalnu i ekonomsku pomoć. Za područja koja su kontaminirana usled upotrebe ili testiranja nuklearnog oružja, a koja su pod jurisdikcijom ili kontrolom država članica, svaka država članica treba da preduzme neophodne i odgovarajuće mere za saniranje životne sredine. Te obaveze ne utiču na obaveze koje su propisane drugim međunarodnim ili bilateralnim ugovorima.²¹

Ugovorom su takođe predviđene međunarodna saradnja i pomoć, koje se, pre svega, sastoje u međusobnoj saradnji država članica u njegovoj implementaciji. Svaka država članica ima pravo da traži i dobije pomoć od ostalih država ugovornica, kada je to izvodljivo. S druge strane, svaka država članica, koja je u mogućnosti, pružiće tehničku, materijalnu i finansijsku pomoć državama pogođenim upotrebom ili testiranjem nuklearnog oružja. Pomoć državama članicama može biti pružena posredstvom UN, međunarodnih, regionalnih ili lokalnih organizacija ili institucija, nevladinih organizacija ili institucija, MKCK, MFDCKCP, nacionalnih društava Crvenog krsta ili Crvenog polumeseca.²²

Kao i svaki međunarodni ugovor, i ovaj sadrži odredbu koja se odnosi sastanak država članica na kojima bi se prvenstveno razmatrale i donosile odluke o bilo kojem pitanju primene ili sprovođenja Ugovora i o merama za razoružanje koje uključuju:

- sprovođenje i status Ugovora;
- mere za verifikovano, vremenski ograničeno i nepovratno ukidanje programa nuklearnog oružja, uključujući i usvajanje dodatnih protokola uz Ugovor;
- bilo koja druga pitanja u skladu sa odredbama Ugovora.

Predviđeno je da prvi sastanak država članica sazove generalni sekretar UN u roku od godinu dana od dana stupanja na snagu Ugovora, a da će se kasnije sastanci održavati na dve godine, pri čemu se mogu sazvati i vanredni sastanci na osnovu pisanog zahteva bilo koje države članice, pod uslovom da taj zahtev podrži najmanje jedna trećina država ugovornica.²³

Članom 9. Ugovora uređeno je finansiranje sastanaka država članica, revizijskih konferencija i vanrednih sastanaka, koje će snositi države članice i ostale

²⁰ Čl. 5. TPNW.

²¹ Čl. 6. TPNW.

²² Čl. 7. TPNW.

²³ Čl. 8. TPNW.

države koje će učestvovati kao posmatrači, sve u skladu sa skalom procene UN. Troškove generalnog sekretara UN u vezi sa određenim radnjama iz Ugovora snosiće takođe države članice.²⁴

Nakon stupanja na snagu Ugovora, svaka država ugovornica može predložiti amandman, a tekst predloženog amandmana generalni sekretar prosleđuje ostalim državama članicama na mišljenje. Ukoliko većina država članica, najkasnije 90 dana nakon prosleđivanja, obavesti generalnog sekretara da podržava dalje razmatranje predloga, o njemu će se razmatrati na sledećem sastanku država članica. U slučaju spora o primeni ili tumačenju Ugovora između dve ili više država članica, zainteresovane strane će najpre konsultovati radi rešavanja spora mirnim putem ili drugim sredstvima u skladu sa članom 33. Povelje UN.²⁵

Još jedna novina propisana Ugovorom je princip univerzalnosti, koji podrazumeva obavezu država članica da podstiču države koje to nisu, da potpišu, ratifikuju ili pristupe Ugovoru.²⁶ Čini se da je cilj te norme da Ugovor, ukoliko bude ratifikovan od velikog broja država, postane deo međunarodnog običajnog prava i na taj način obavezuje i nuklearne države.

Ugovorom je propisano da će stupiti na snagu 90 dana nakon deponovanja 50. instrumenta ratifikacije, prihvatanja, odobrenja ili pristupanja. Ukoliko država ratifikuje, prihvati ili pristupi Ugovoru nakon njegovog stupanja na snagu, za tu odnosnu državu Ugovor će stupiti na snagu 90 dana nakon što je deponovala pomenute instrumente.²⁷ Ugovor je konačno stupio na snagu 22. januara 2021. godine, a do sada ga je ratifikovalo 68 država i potpisala 91 država.²⁸

3. Sazivanje Bečke konferencije i usvajanje deklaracije

Na osnovu člana 8. stav. 2. Ugovora o zabrani nuklearnog oružja, generalni sekretar UN je sazvaio i prvi sastanak država članica Ugovora. U pismu od 10. avgusta 2021. godine, kandidat za predsednika prvog sastanka je obavestio generalnog sekretara UN, da su se države članice sporazumele da, usled nepredvidljivih okolnosti koje su nastale kao posledica pandemije, odlože prvi sastanak država članica, te da nije potrebno da je generalni sekretar saziva u roku predviđenom članom 8. stav. 2. Ugovora. Potom je kandidat za predsednika prvog sastanka država članica pismom od 22. marta 2022. godine obavestio generalnog sekretara da će države članice Ugovora, u skladu sa agendom sastanaka o razoružanju i ublažavanjem mera u vezi sa kovidom-19, održati prvi sastanak država članica Ugovora u sedištu UN u Beču od 21. do 23. juna 2022. godine. Antonio Gutereš je konačno putem note verbale od 4. aprila 2022. godine sazvaio prvu sednicu država članica.²⁹

²⁴ Čl. 9. TPNW.

²⁵ Čl. 11. TPNW.

²⁶ Čl. 12. TPNW.

²⁷ Čl. 15. TPNW.

²⁸ United Nations Treaty Collection, TPNW, UNTC, 19. decembar 2022.

²⁹ Report of the first Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, TPNW/MSP/2022/6

Na konferenciji je, osim 49 država članica, učestovalo 34 država posmatrača, 84 nevladinih organizacija i predstavnici MKCK, MFDCCKP, Instituta Ujedinjenih nacija za istraživanje razoružanja, MAAE itd.³⁰ Tom prilikom je usvojena Bečka deklaracija (u daljem tekstu: Deklaracija) i uz nju Akcioni plan.

U uvodnom delu Deklaracije navodi se da države potpisnice Ugovora pozdravljaju njegovo stupanje na snagu, potvrđuju odlučnost u ostvarivanju ciljeva samog Ugovora, te ukazuju na to da je od 22. januara 2021. godine upotreba nuklearnog oružja izričito i sveobuhvatno zabranjena međunarodnim pravom, kao i hemijsko i biološko oružje. Upravo se tim ugovorom popunjava pravna praznina koja je postojala u međunarodnom pravu u pogledu oružja za masovno uništenje, te se potvrđuje potreba da države poštuju međunarodno pravo, uključujući i međunarodno humanitarno pravo.³¹

Donošenje pravno obavezujućeg ugovora kojim se zabranjuje nuklearno oružje predstavlja fundamentalni korak ka nepovratnoj i transparentnoj eliminaciji nuklearnog oružja, što je neophodno za postizanje i održavanje sveta bez njega i za realizaciju ciljeva i principa propisanih Poveljom UN.³²

U Deklaraciji je ponovljeno, kao i u Ugovoru, da ih je moralni imperativ motivisao i inspirisao prilikom donošenja Ugovora i njegove implementacije, te da se katastrofalne humanitarne posledice nuklearnog oružja ne mogu adekvatno rešiti, da prevazilaze nacionalne granice i da predstavljaju ozbiljne implikacije za opstanak i dobrobit čovečanstva, ali i za poštovanje prava na život.³³ Upravo pozivanje na poštovanje prava na život kao jedno od osnovnih ljudskih prava, koje ne može ni u kom slučaju biti derogirano, pokazuje ozbiljnost same Deklaracije, ali i spremnost država članica da poštuju međunarodna ljudska prava.

Dalje se u Deklaraciji navodi da nuklearno oružje donosi razaranja, smrt i raseljavanje, te da ima dugoročne posledice po životnu sredinu, socioekonomski održivi razvoj, globalnu ekonomiju, zdravlje budućih i sadašnjih generacija, kao i na žene i devojčice.³⁴ Istaknuta je i odgovornost svih država za nuklearno razoružanje, te da su dužne da spreče širenje nuklearnog oružja, bilo kakve upotrebe ili pretnje upotrebom nuklearnog oružja, da pomognu žrtvama, nadoknade štetu i saniraju ekološku štetu prouzrokovanu prethodnom upotrebom ili testiranjem nuklearnog oružja od država koje poseduju nuklearno oružje, odnosno nuklearnih država, a sve u skladu sa obavezama propisanim međunarodnim pravom i bilateralnim ugovorima.³⁵

U Deklaraciji se ukazuje na to da se nuklearno oružje ne koristi kao instrument očuvanja mira i bezbednosti, već kao instrument politike, povezan sa prisilom, zastrašivanjem i povećanjem tenzija. Navodi se i da je doktrina nuklearnog odvracanja zabluda koja se zasniva i oslanja na stvarnoj upotrebi nuklearnog

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

oružja. Stoga se insistira na totalnoj eliminaciji nuklearnog oružja, te da sve nuklearne države nikada ne koriste i ne prete da će to oružje upotrebiti pod bilo kojim okolnostima.³⁶

S tim u vezi, države članice su izrazile svoju zabrinutost činjenicom da devet država poseduje ukupno 13.000 nuklearnih oružja, od kojih je veliki broj spreman za upotrebu, te da je potrebno svega nekoliko minuta da se lansira. Zabrinjavajuća je i činjenica da se mnoge nenuklearne države i dalje zalažu za odvracanje od eliminacije nuklearnog arsenala, štaviše, podstiču posedovanje stalnog nuklearnog oružja. Samo postojanje tog oružja je pretnja svim državama.³⁷

S druge strane, izražava se zabrinutost da, uprkos strašnim rizicima i međunarodnim i političkim obavezama, nuklearne države i njihovi saveznici ne preduzimaju mere za smanjenje broja nuklearnog oružja, već čine suprotno, odnosno ulažu ogromne sume za održavanje, modernizaciju, nadogradnju ili proširenje njihovog nuklearnog arsenala.³⁸

Ponovo se ističe značaj koji ima Ugovor o zabrani nuklearnog oružja, te da je potrebno dalje razvijati njegove mehanizme. Ističe se i partnerstvo sa MKCK, MFDCCKP, međunarodnim i regionalnim organizacijama, Međunarodnom kampanjom za ukidanje nuklearnog oružja (u daljem tekstu: IKAN), drugim nevladinim organizacijama, verskim liderima, akademikima, studentima i žrtvama.³⁹

Naglašava se i humanitarni duh Ugovora koji se ogleda u pozitivnim obavezama čiji je cilj da nadoknade štetu prouzrokovanu upotrebom ili ispitivanjem nuklearnog oružja. Radiće se i na jačanju međunarodne saradnje među državama članicama u pogledu pomenutih obaveza, ali i sa pogođenim zajednicama radi pružanja rodno osetljive pomoći bez ikakve diskriminacije. Takođe se naglašavaju i rodno inovativne odredbe Ugovora i ističe važnost jednakog, potpunog i efikasnog učešća žena i muškaraca u diplomatiji razoružanja.⁴⁰

Osim toga, radiće se na sprovođenju Akcionog plana, koje su države članice usvojile uz Bečku deklaraciju, radi postizanja ciljeva Ugovora. Države članice su se složile da će se redovno sastajati kako bi radile na daljoj implementaciji Ugovora i identifikacije svih dodatnih mera za njegovo jačanje.⁴¹

Ističe se i rad sa državama koje nisu članice Ugovora. Kao i u samoj preambuli Ugovora, i u Deklaraciji se ukazuje na značaj UNNO kao temeljnog ugovora o neproliferaciji nuklearnog oružja. Potvrđuje se komplementarnost UNNO i Ugovora i ukazuje se na unapređenje primene člana 6.⁴² UNNO zahvaljujući sveobuhvatnoj zabrani upotrebe nuklearnog oružja čime se sprečila dalja trka u

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Declaration of the first Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, TPNW/MSP/2022/6.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Vid. član 6. UNNO

nuklearnom naoružavanju. Deklaracijom se pozivaju i sve države članice UNNO da sprovedu svoje obaveze iz člana 6.⁴³

Države ugovornice su naglasile da će nastaviti da podržavaju sve mere koje vode potpunom nuklearnom razoružanju, što uključuje i napore da Ugovor o sveobuhvatnoj zabrani nuklearnih proba stupi na snagu, privremene mere za smanjenje rizika od upotrebe ili pretnje nuklearnim oružjem, dalji razvoj mera verifikacije razoružanja, jačanje negativnih bezbednosnih garancija. Time su se države ugovornice obavezale da će nastaviti dalju saradnju sa zonama bez nuklearnog oružja.⁴⁴

Na samom kraju Deklaracije države članice se obavezuju da će i dalje raditi na nuklearnom razoružanju, nuklearnoj neproliferaciji i stvaranju sveta bez tog oružja. Ukazuju na to da postoje izazovi i prepreke ka ostvarivanju ciljeva, ali da se na njihovom ostvarivanju radi sa optimizmom i odlučnošću. Neće se prestati sa radom sve dok se poslednja država ne pridruži Ugovoru, poslednja bojeva glava ne bude uništena, a nuklearno oružje potpuno eliminisano sa Zemlje.⁴⁵

4. Akcioni plan uz Bečku deklaraciju

Na Bečkoj konferenciji je, uz Deklaraciju, usvojen i Akcioni plan čiji je cilj da se implementiraju odredbe Ugovora i da se ostvare ciljevi propisani njime. Plan se sastoji od nekoliko koraka koji su potom dalje razrađeni u nekoliko tačaka. Kao najvažniji koraci, u Akcionom planu se navode: univerzalnost, potpuna eliminacija nuklearnog oružja, pomoć žrtvama, zaštita životne sredine i međunarodna saradnja, institucionalizacija naučnih i tehničkih saveta za efektivno sprovođenje Ugovora, odnos Ugovora sa ostalim međunarodnim ugovorima kojima se reguliše nuklearno oružje i druga pitanja od značaja za sprovođenje Ugovora. Kako se navodi u Akcionom planu, implementacija i univerzalnost su od krucijalnog značaja za postizanje osnovnog vrednosnog stava Ugovora, odnosno sveta bez nuklearnog oružja, i za naknadu štete ljudima i životnoj sredini.⁴⁶

Prvi korak univerzalnosti, koji je propisan članom 12. Ugovora, ogleda se, najpre, u obavezi država članica da ohrabre države koje nisu članice da pristupe Ugovoru, potpišu i ratifikuju ga. S obzirom na to da je statut država različit te da postoje države koje su članice UNNO ili USZNP, koje pripadaju zonama bez nuklearnog oružja, a postoje one koje nisu članice nijednog ugovora, radi dalje konkretizacije univerzalnost treba široko da se shvati i da bude prioritet državama članicama koje su dužne da rade na njegovoj promociji kako bi se povećao broj država potpisnica i onih koje su ga ratifikovale. Promocija će se vršiti putem ministarskih ili diplomatskih demarša ili poseta, bilo samostalno ili u grupama

⁴³ Declaration of the first Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, TPNW/MSP/2022/6.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Vienna Action Plan, TPNW/MSP/2022/6.

pristalica Ugovora, u glavnim gradovima država koje nisu ugovornice, ili putem regionalnih ili drugih organizacija. Takođe, treba istražiti i potencijalne oblasti u kojima su neophodne dodatne informacije za olakšavanje pristupanja Ugovoru, te s tim u vezi pružiti tehničku pomoć i deliti najbolju praksu organizovanjem seminara i radionica o procesu ratifikacije. Propisani su i imenovanje kontakt osoba u roku od 60 dana radi olakšane implementacije člana 12. Ugovora i podizanje svesti o samom Ugovoru na međunarodnim konferencijama, regionalnim radionicama i seminarima, te putem publikacija za promovisanje. Univerzalnost treba da posluži kao strategija za maksimiziranje autoriteta osnovnih normi i principa Ugovora u međunarodnoj politici. Navodi se i razmena informacija o aktivnostima u pogledu primene koraka koji se odnosi na univerzalnost na sastancima država članica ili na konferencijama, kao i na sastancima neformalnih kontakt grupa.⁴⁷

Eliminacija nuklearnog oružja je, takođe, predmet Akcionog plana u četiri tačke. S obzirom na to da je članom 4. Ugovora predviđeno osnivanje međunarodnog tela sa mandatom za pregovore i verifikaciju, države članice su se sporazumele da ne postoje uslovi za osnivanje takvog tela za sada. Umesto toga, države ugovornice su se sporazumele da treba dalje diskutovati o nadležnostima samog organa, ali i o pružanju smernica za imenovanje njegovih članova. Određen je i rok od 90 dana za određivanje nacionalne kontakt tačke u vezi sa osnivanjem nadležnog međunarodnog tela.⁴⁸

Akcionim planom su razrađene i obaveze koje se odnose na pružanje pomoći žrtvama nuklearnog oružja, sanaciju životne sredine, međunarodnu saradnju i pomoć. Tako je propisano da će države ugovornice saradivati sa međunarodnim organizacijama, civilnim društvom, pogođenim i autohtonim zajednicama, te razmenjivati informacije o pružanju pomoći žrtvama i sanaciji životne sredine. Takođe, propisano je imenovanje nacionalnih kontakt osoba u vezi sa tim obavezama, najkasnije tri meseca nakon prvog sastanka država članica. Neophodno je i usvojiti ili prilagoditi i primeniti relevantne nacionalne zakone radi ispunjenja tih obaveza. Neizostavna je i saradnja sa UN, MKCK, MFDCCKP i drugim međunarodnim organizacijama, ali isto tako treba koordinirati i razvijati mehanizme kako bi se olakšalo pružanje međunarodne saradnje i tehničke, materijalne i finansijske pomoći od država ugovornica koje su to u mogućnosti. Pružanje pomoći žrtvama, sanacija životne sredine i međunarodna saradnja moraju da budu u skladu sa principima pristupačnosti, inkluzivnosti, nediskriminacije i transparentnosti i uz koordinaciju sa pogođenim zajednicama.⁴⁹

Institucionalizacija naučnih i tehničkih saveta za efektivno sprovođenje Ugovora još je jedna tačka predviđena Akcionim planom. U tom smislu, predviđeno je osnivanje naučne savetodavne grupe koja ima cilj da pomogne državama članicama u primeni Ugovora i jačanju kredibiliteta procesa implementacije. Prema IKAN, uloga naučne savetodavne grupe biće da savetuje države članice i redovno

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

izveštava o statusu i razvoju događaja u vezi sa nuklearnim oružjem, rizicima od njega, humanitarnim posledicama upotrebe, nuklearnim razoružanjem i srodnim pitanjima. Sama savetodavna grupa sastojaće se najviše od 15 članova uzimajući u obzir kriterijum geografske zastupljenosti i rodne ravnoteže.⁵⁰

U pogledu odnosa Ugovora sa ostalim međunarodnim ugovorima kojima se reguliše upotreba nuklearnog oružja, države ugovornice su se dogovorile da imenuju neformalnog koordinatora ili koordinatora zadužene za saradnju sa državama ugovornicama UNNO. I u tom slučaju je predviđena saradnja sa MAAE i Organizacijom za USZNP.⁵¹

5. Zaključak

Ugovor o zabrani upotrebe nuklearnog oružja jeste korak napred ka nuklearnom razoružanju. U odnosu na prethodne međunarodne ugovore kojima se reguliše ista ta materija, razrađene su obaveze u pogledu zabrane upotrebe, ali i vršenja eksperimenata sa nuklearnim oružjem i nuklearnim napravama. Međutim, činjenica je da je bilo potrebno dosta vremena i dosta napora određenih međunarodnih organizacija koje su lobirale, poput IKAN, da Ugovor stupi na snagu. Time je upotreba nuklearnog oružja konačno zabranjena pravno obavezujućim međunarodnim ugovorom. I pored toga, Ugovor nisu ratifikovale najveće nuklearne države SAD, Rusija i Kina. Štaviše, podaci pokazuju da su te države poslednjih godina povećale ulaganja u nuklearno naoružanje čime su samo dalje podstakle trku. Takođe, Severna Koreja je ove godine nastavila da usavršava i lansira balističke rakete, a Iran i dalje radi na razvoju svog nuklearnog programa. Većina država ugovornica su države koje ne poseduju nuklearno oružje, odnosno države Latinske Amerike, Afrike i Okeanije.

Samom Bečkom deklaracijom nije propisano gotovo ništa novo već je samo potvrđeno ono što je propisano Ugovorom. Akcionim planom, s druge strane, propisani su određeni koraci koje su države ugovornice obavezne da preuzmu kako bi ispunile obaveze propisane samim Ugovorom. Dok su neki koraci na prvi pogled racionalni i ostvarljivi u praksi, za druge se ipak stiče utisak da su utopijski. Tako će, na primer, osnivanje naučne savetodavne grupe svakako pomoći državama članicama svojom ekspertizom, ali će u isto vreme biti stvoreno jedno bespotrebno administrativno međunarodno telo koje će svojim nadležnostima samo dodatno usporiti ostvarivanje ciljeva Ugovora. Kada je reč o krucijalnom koraku, kao što je uništenje nuklearnog oružja i drugih nuklearnih naprava, ne konkretizuje se način na koji će se to uraditi već se samo određuje rok. Trebalo je da se kao korak propiše uništenje tog oružja i naprava u saradnji i pod nadzorom Međunarodne agencije za atomsku energiju. Izostao je i dogovor o osnivanju međunarodnog tela za pregovore i verifikaciju. Pohvalno je to što su konkretizovani i

⁵⁰ ICAN, Vienna Declaration and Action Plan: Overview, *Vienna Declaration and Action Plan: Overview - ICAN (icanw.org)*, 25. decembar 2022.

⁵¹ *Ibid.*

elaborirani koraci koji se odnose na univerzalnost, odnosno što su države pozvane da pristupe Ugovoru i postanu ugovornice. Imajući u vidu da je to ipak prvi sastanak, može se reći da je Akcionim planom napravljen određeni progres u ostvarivanju prvobitnog cilja, a to je svet bez nuklearnog oružja.

Literatura

- Declaration of the first Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, TPNW/MSP/2022/6.
- Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba, stupio na snagu 1978. godine.
- Report of the first Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, TPNW/MSP/2022/6.
- Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons – TPNW, A/CONF.229/2017/8.
- Ugovor o neširenju nuklearnog oružja, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* 10/70.
- Ugovor o sveobuhvatnoj zabrani nuklearnih proba sa Protokolom, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 04/2004.
- Vienna Action Plan, TPNW/MSP/2022/6.

Internet izvori

- ICAN, Vienna Declaration and Action Plan: Overview, *Vienna Declaration and Action Plan: Overview - ICAN (icanw.org)*, 25. 12. 2022.
- United Nations Conference to Negotiate a Legally Binding Instrument to Prohibit Nuclear Weapons, Leading Towards their Total Elimination, <https://www.un.org/disarmament/ptnw/index.html>, 5. 12. 2022.
- United Nations Treaty Collection, TPNW, *UNTC*, 19. 12. 2022.

**THE CHALLENGE OF REGULATING THE USE
OF NUCLEAR WEAPONS – THE TREATY
ON THE PROHIBITION OF NUCLEAR WEAPONS
AND THE VIENNA DECLARATION**

Summary

Since the beginning of the armed conflict between Russia and Ukraine, the issue of the use of nuclear weapons has become relevant again, and thus the issue of banning their use. Many international governmental and non-governmental organizations pointed out that the use of nuclear weapons is prohibited by an international treaty, and demanded to convene a conference of member states of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. Due to the pandemic, the conference was postponed several times and finally took place from June 21 to 23, 2022 in Vienna. On that occasion, the Vienna Declaration and Action Plan were endorsed, which prescribed certain measures to be taken by member states to fully implement the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. Thus, the use of nuclear weapons represents the challenge of modern law that we are facing, bearing in mind the growing political intolerance between states. In the article, the emphasis is on the provisions of the mentioned Treaty, as well as on the Vienna Declaration and the Action Plan.

Key words: Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, Vienna Declaration, nuclear weapons, international humanitarian law.

ISTORIJSKOPRAVNI ASPEKTI

ZASTUPANJE U SRPSKOM SREDNJOVEKOVNOM RUDARSKOM PRAVU

Apstrakt

Jedan član Zakonika o rudnicima despota Stefana posvećen je uređivanju zastupanja. U radu se analizira ta norma i pokušava da odgovori na tri pitanja:

- 1. O kakvom je zastupanju reč?*
- 2. U kojoj formi se zaključivao ugovor o zastupanju?*
- 3. Koje je poreklo reči „naručnik”, kojom se u Zakoniku označava zastupnik?*

Primenjeni metodi su jezičko, istorijsko i sistemsko tumačenje Zakonika o rudnicima, Dušanovog zakonika i Zakonopravila, kao i uporedni metod.

Rezultati ukazuju na to da se radilo o direktnom zastupanju, o kome se ugovor zaključivao u pisanoj formi koja je morala biti solemnizovana ili bar registrovana od strane nosioca javnih ovlašćenja. Termin „naručnik” (naručnik, нарѹчник, нарочник) koji se sreće u srpskoj rudarskoj kodifikaciji, nije nastao iz termina „poručnik” (поруѹчникъ), koji se nalazi u Zakonopravilu, već je to prevod nemačkog termina besteller, koji se u značenju punomoćnik javlja u jihlavskom, kutnohorskom i frajbersškom pravu.

Dubrovački statut nije regulisao zastupanje na opšti način. Poseban član kojim se reguliše zastupanje se u pomenutim rudarskim kodifikacijama javlja samo u pravu Kutne Hore i Zakoniku o rudnicima. U prvom slučaju je reč o parafrazi Ulpijanovog paragrafa iz Digesta i recepciji rimskog prava. U drugom, o potrebi prakse, privrednom razvoju koji je zahtevao takvu normu, ali i visokoj autohtonoj pravnoj kulturi.

Ključne reči: Zakonik o rudnicima, Novo Brdo, zastupanje, punomoćje, srednjovekovno rudarsko pravo.

1. Uvod

Zastupanje je stari pravni institut. U rimskom pravu je postojao u dva oblika. U prvom su slobodna lica pod vlašću paterfamilijasa, kao i njegovi robovi, mogli da zaključuju pravne poslove čiji bi imovinski efekti nastali neposredno za njihovog porodičnog starešinu ili gospodara. Osim toga, postojala je mogućnost indirektnog zastupanja. Tada bi neko po tuđem nalogu u sopstveno ime zaključio pravni posao, a imovinske efekte naknadno prenosio na nalogodavca. Neskloni uopštavanju i definicijama, Rimljani nisu izgradili opšti koncept zastupanja, iako su

* Vanredni profesor Univerziteta u Beogradu - Pravnog fakulteta, katancevic@ius.bg.ac.rs

prvi kazuistički uobličili njegove mehanizme. Mogućnost da se ugovara za drugog ima veliki značaj za razvoj privrede. Time se pravno uređuje slučaj kada odsutni mogu da obavljaju svoje poslove preko lica od poverenja. U srednjovekovnoj Srbiji je nastala takva potreba i posledično opšta norma koja je uređuje. To je bio rezultat razvoja rudarstva i posebnog načina finansiranja rudarskih poduhvata. Naime, članovi rudarskog društva nisu bili samo rudari i rudarski stručnjaci već i finansijeri koji se nisu razumevali u rudarsku tehniku, a živeli su i radili daleko od rudnika, u despotskim prestonicama, primorskim gradovima ili inostranstvu. Među članovima rudarskih društava bilo je i pravnih lica, kao što su manastiri. Stoga se javila potreba pravnog uređenja zastupanja na opšti način. Tome je posvećen ovaj rad.

2. Zakon o rudnicima despota Stefana

Srpsko srednjovekovno rudarsko pravo se razvilo iz običaja Sasa, nemačkog plemena koje se u 13. veku doselilo u Srbiju i sa sobom donelo rudarsku tehniku. Po svojoj prilici, norme koje su oni preneli su bile nepisane oko vek i po. Na prelazu iz 14. u 15. vek njih je kodifikovao despot Stefan Lazarević. To je učinio na zahtev Novog Brda, tadašnjeg najznačajnijeg rudarskog centra Balkana i ujedno narazvijenijeg privrednog centra despotovine. Tekst Zakonika o rudnicima¹ je sačuvan u dva prepisa. Stariji ćirilичni je objavio Nikola Radojčić², a mlađi latinični Sima Ćirković³. Po svojoj prilici, iako mlađi, latinični je bliži originalu. Oba manuskripta sadrže normu o zastupanju koja glasi:

Glava 34.

Koi goder bi ç(ě)l(ove)k ostavia mesto sebe naručnika o svoih baštinah svēdočno, a sam nekude ošl, ili volom ili nevolom ili bolestiju, što goder bi učinia onay naručnik ot njegově baštine, ili komu pustio u lěmšat ili komu proda, ili komu poklonio, prosto rěkšbi čto ljubo učinio da se dr'xi i da e tvr'do koliko on sam da bi učinio.⁴

39. Законъ ѿ нароучникоу

Кои гoder* би чловѣкъ ѿставіа мѣсто себѣ нарѣчника, ѿ своихъ бащинахъ сведочно • а самъ е некоудѣ ѿдъшьль • или волѡмъ, или неволѡмъ • или болести ради, що гoder* би оучиніа нароучникъ ѿт негове бащине • или комоу прода или оу лем*шатъ поустиа • или поклоніа • просто рещи что любо оучиніа • тои све да се дръжи • и да е тврѣдо колико и ѡнаи бащиникъ да е оучиніа: ~::~⁵

¹ V. A. Katančević, „Datiranje Zakonika o rudnicima despota Stefana i sadržina njegovog ćirilичnog prepisa”, *Srpska politička misao* 1/2016, 221-237.

² N. Radojčić, *Zakon o rudnicima despota Stefana Lazarevića*, Naučno delo, Beograd 1962.

³ S. Ćirković, *Latinični prepis rudarskog zakonika despota Stefana Lazarevića*, SANU, Beograd 2005.

⁴ S. Ćirković (2005), 27. Prevod: „Koji bi god čovek ostavio mesto sebe punomoćnika o svojim baštinama i to sa svedočanstvom, a sam nekuda otišao svojom voljom ili nevoljom ili zbog bolesti, što god bi učinio onaj punomoćnik sa njegovom baštinom: ili je kome prepustio u lemšat, ili kome prodao ili kome poklonio, prosto rekavši, što god učinio, da važi da je tvrdo kao da je on sam to učinio”; S. Ćirković (2005), 47.

⁵ N. Radojčić, 47-48. Prevod: „39. Zakon o naručniku: Koji god bi čovek ostavio mesto sebe naručnika za svoje baštine pred svedocima, a sam je nekuda otišao ili voljom ili nevoljom ili bolesti radi, što god bi učinio naručnik

Kako se vidi, dva teksta se u velikoj meri podudaraju, uz oscilacije koje ne utiču na njihov smisao. Na primer, dok u latiničnom prepisu piše „on sam”, dotle se u ćirilichnom nalazi „онаи баџиникъ”. Takođe, dok se u latiničnom prvo pominje kupoprodaja, u ćirilichnom manuskriptu se lemšat navodi *exempli gratia* kao prvi pravni posao koji zastupnik može da preduzme u korist zastupanog. U svakom slučaju, nema razlike u značenju rečenica, te tako ni u pravilima koja su njima izražena.

Međutim, postoje razlike u prevodima Ćirkovića i Biljane Marković. Tako prvi prevodi prilog „svedočno” kao „sa svedočanstvom”, a druga istu reč (napisanu ćirilicom kao „сведочно”) sa „pred svedocima”.⁶ Dva čitanja nisu ista jer svedočanstvo ne podrazumeva uvek ili samo svedoke. Naime, ugovori koji su pomenuti kao primeri onih koje zastupnik može zaključiti za zastupanog podrazumevaju formu koja ne uključuje samo prisustvo svedoka. Tako se ugovor o lemšatu zaključuje na sledeći način:

16. Закон в лемшатехъ:~

Ако гваркь гваркоу поусти дѣловѣ оу лемшати за рокъ да се несоу волни потворити до рока ако би се и много роудѣ нашло или нимало али къда запише и поусти дѣловѣ оу лемшати да запише оу оурбарарскы тетрагъ и белегъ царинички, да се едънь другомому не потвори:~⁷

(Радојчић 1962, 41)

Glava 10.

A za lemšat: ako gvark gvarku pusti delove u lemšat za rok, da se nesu volni potvoriti do roka ako se bi mnogo rude našlo ili malo, ili kad pusti delove u lemšat da zapiše urbararsky tetrag.

Glava 11.

Ako li pusti gvark gvarku delove u zapis s' bez niedne plate, liho za paunanè i što mu da Bog, za toy trebè kniga megju nimi i svèdočba da se zapiše vrbarara i belèg car'nsky da se edin drugomu ne potvori.⁸

(Ђирковић 2005, 22)

Rudnici su u srpskom srednjem veku bili organizovani kao društva kapitala u kojima su vlasnici imali idealne delove.⁹ Ako jedan član društva daje drugom svoj deo u lemšat, onda to treba da se zapiše u urbararev tetrag, odnosno određenju vrstu javne evidencije. Ukoliko bi jedan član društva drugom ustupio svoj deo bez naknade, ugovor bi morao da bude još i u pisanoj formi, te da sadrži „beleg”

od njegove baštine, ili kome prodao ili u lemšat pustio ili poklonio, prosto rečeno – što god učinio, to sve da se drži i da je tvrdo koliko i onaj baštinik da je učinio.” Biljana Marković, Zakon o rudnicima despota Stefana Lazarevića. Prevod i parvnoistorijska studija, *Spomenik SANU* 126/1985, 19.

⁶ B. Marković, 48.

⁷ Prevod: „16. Zakon o lemšatima: Ako gvark gvarku pusti delove u lemšat za rok, da se ne mogu potvoriti do roka, ako bi se mnogo rude našlo ili nimalo, ali kada zapiše i pusti delove u lemšat, da zapiše u urbararski tetrag i beleg carinički – da se jedan drugome ne potvori.” B. Marković, 16, 17.

⁸ Prevod: „Glava 10. A o lemšatu. Ako gvark gvarku pusti delove u lemšat do određenog roka, da im nije dozvoljeno da raskinu dogovor pre isteka roka, ako bi se mnogo rude našlo ili malo. Kad pusti delove u lemšat da se zapiše u urbararevu knjigu. Glava 11. Ako bi pustio gvark gvarku delove, da se zapiše, bez ikakvog plaćanja, samo za paunanje i što mu Bog da, za to treba knjiga među njima i svedočenje urbarara i beleg carinski, da se jedan drugom ne izneveri.” S. Ćirković (2005), 43.

⁹ S. Ćirković, „Preduzetništvo i rudarsko pravo”, u: *Staro srpsko rudarstvo*, Beograd, Novi Sad 2002, 80–83.

carinika. Potpuniji latinički rukopis u drugom slučaju kaže „svědočba da sě zapiše vrbarara”, ili, kako Ćirković prevodi, „svedočenje urbarara”. Dakle, nema lemšata bez upisa u javne knjige (a ponekad bez pisane isprave i solemnizacije) te bi se osnovano moglo zaključiti da nema ni punomoćja za lemšat bez slične forme. Osim toga, u glavi 11. reč „svědočba” znači registracija, svedočanstvo ili potvrda urbarara, a ne svedočenje bilo kojih svedoka.

Slično je i sa drugim (ili prvim) primerom pravnog posla koji se zaključuje u tuđe ime, odnosno sa kupoprodajom:

37. Аколи продаде дроугому гваркоу дѣловѣ и оузѣме книгоу от сѣдїе мѣста• и оу тетрагѣ оурбарарѣскы запише• и динаре си плати то є тврѣдо• ...¹⁰

31. Ako proda gvark gvarku dělově, ili drugomu komu čl(ově)ku, i uzmě knigu ot sudie koi e u mestu, i u tetrag urbararov zapiše i svědodoxba se postavi, i dinare plati svě na čelo, toj se vekje ne moxe raskinut. ...¹¹

Još jednom se zahteva isprava u čijem je sastavljanju učestvovao sudija, kao i upis u urbararev tetrag. Samo se u latiničkom tekstu pominje svedodžba („svědočba”). Iako deluje kao nabranje „i u tetrag urbararov zapiše i svědodoxba se postavi”, po svojoj prilici je reč o tome da su upis i svedočanstvo isto. To se može zaključiti i na osnovu analogije sa prethodno citiranim tekstom, u kojem se svedočanstvo izjednačava ili bar dovodi u vezu sa urbararevim upisom. Prema tome, forma u kojoj se daje punomoćje je bila po svojoj prilici pisana, a verovatno zahtevala solemnizaciju, odnosno bila „posvedočena” od strane urbarara.

Prema stilizaciji odredbe kojom se na opšti način uređuje, nema sumnje da se radilo o neposrednom zastupanju, te da posledice nastaju direktno za zastupanog „koliko on sam da bi učinio / колико и вонаи ... да є оучинїа”.

Zakonik o rudnicima sadrži i termin za zastupnika „naručnik” (*naručnik, нарѣчник, нароучник*). Čini se da je termin već bio u redovnoj upotrebi, te da mu nije bilo potrebno posebno objašnjenje. Dok su se za druge institute upotrebljavale nemačke reči (npr. hutman¹², urbarar¹³, lemšat¹⁴...), u ovom slučaju je upotrebljena srpska.

3. Starije srpsko право

Zakonik o rudnicima despota Stefana jeste prvi srpski spomenik kojim je uređeno zastupanje na opšti način, ali nije prvi u kojem je ono regulisano. Ono se javlja još u Zakonopravilu. U grani 16, koja je posvećena dugu i zalozi („ω дльзѣ и о залозѣ”), u desetom paragrafu se čak devet puta pominje reč „пороучьникъ”¹⁵

¹⁰ N. Radojčić, 46.

¹¹ S. Ćirković (2005), 25.

¹² A. Katančević, „Hutmani srpskog srednjovekovnog prava”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu – PFB* 2/2022, 517–531.

¹³ A. Katančević, „Institut urbarara u srednjovekovnoj Srbiji”, *Baština* 51/2020, 263–279.

¹⁴ A. Katančević, „Lemšat srpskog srednjovekovnog prava”, *Anali PFB* 1/2021, 117–130.

¹⁵ N. Dučić, *Krmčija moračka*, Državna štamparija, Beograd 1877, 68–70.

u smislu zastupnika. Međutim, čini se da ta reč nije bila tehnički termin jer se ne sreće na drugim mestima, gde bi se mogla očekivati. Tako se u petom paragrafu četvrte grane „*Ο ουσταβή σβν̄ιζαν̄ια бракъ*” kaže da muškarac može zaključiti brak preko zastupnika „*ходатаємъ*”¹⁶, a ne preko „poručnika”. Ni u grani 37 „*ω пристав̄ьницьхъ*”, koja je posvećena starateljima i starateljstvu, ne se upotrebljavaju se ni termin „poručnik” niti neka slična reč.

Reč „*поручьникъ*” je srpskoslovenski prevod grčkog termina „*μανδάτορας*”, koji se sreće u Prohironu,¹⁷ a koji je opet nastao od latinskog *mandator*. S druge strane, „*ходатаємъ*” je prevod grčkog „*διὰ μέσου*”.¹⁸

Ni u Dušanovom zakoniku se takođe ne reguliše zastupanje na opšti način. Međutim, u njegovom članu 73. se govori o procesnom zastupanju: „Сирота коя нѣсть яка прети или ѡтпирати да дае п̄рца кои се к̄е за ню прети.”¹⁹

Kako se vidi, udovica koja nije u stanju da vodi spor treba da odredi „*п̄рца*”, koji će je predstavljati u sporu. Bubalov prevod „zastupnika” nije pogrešan, iako možda nije dovoljno precizan. Naime, po svoj prilici je reč o „parničaru”, koga treba odrediti da se umesto udovice parniči. Naime, da je određen „zastupnik”, reči „*кои се к̄е за ню прети*” bile bi suvišne. Kako je određen „parničar”, treba objasniti da on ne učestvuje u sporu *nomine suo*, već u ime udovice.

Stilizacija Zakonika ukazuje i na činjenicu da u vreme njegovog sastavljanja nije postojao termin koji je označavao zastupanje uopšte te da je bilo neophodno odrediti ga opisno. To bi dalje značilo da reč „*поручьникъ*” iz Zakonopravila nije ušla u opštu upotrebu.

4. Uporedno pravo

Osim u starijem srpskom pravu, institut zastupanja je pre nastanka Zakonika o rudnicima bio poznat i u drugim pravnim sistemima koji su mogli uticati na despotovu kodifikaciju. Dubrovačko pravo je tako poznavalo prokurore, iako ih nije uređivalo na opšti način.²⁰ Takvi punomoćnici su zaključivali poslove u ime zastupanog, te tako po njega proizvodili neposredne posledice.²¹ Punomoćje za zaključenje pravnih poslova je davano u pisanoj ili notarskoj formi.²²

Zastupanje se pominje i u drugim srednjovekovnim spomenicima rudarskog prava, koji su kao i Zakonik o rudnicima nastali iz saskih običaja. Na ovom mestu će biti analizirane odgovarajuće odredbe jihlavskog, kutnohorskog i frajberškog prava.

¹⁶ N. Dučić, 39.

¹⁷ K. Eduard Zachariae von Lingenthal, 'Ο Προχειρος Νομος, Heidelberg 1837, 98-100

¹⁸ K. Eduard Zachariae von Lingenthal, 27.

¹⁹ Đ. Bubalo, *Dušanov zakonik*, Zavod za udžbenike, Službeni glasnik, Beograd 2010, 89. Prevod: „Sirota koja nije u stanju da tuži ili da odgovara (na sudu), neka da zastupnika koji će se za nju parničiti.” Đ. Bubalo, 175.

²⁰ J. Cvejić, *Obligacioni ugovori u Dubrovačkom pravu od XIII do sredine XIV veka*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 1957, 242.

²¹ J. Cvejić, 248.

²² J. Cvejić, 246.

4.1. Jihlava

Tako se već sredinom 13. veka u povelji Vaclava I Pšemislovića (1230–1253) Jihlavi (nem. *Iglau*) kaže:

20. *Ein andir recht. Auch is das recht, das kein besteller von sins selbis vorsumenisse, is sie an koste adir an andern dingen, nimant siner teil nicht vorwircken adir vorlisen mag.*²³

Iz citiranog člana se saznaje da postoje dva zastupnika. Prvi, koji zastupa samo kod isplate troškova, i drugi, koji može da zastupa i u drugim stvarima. Obojica zastupaju vlasnika udela u jednom rudniku. Ako bi bili postavljeni a ne bi posvetili pažnju poslovima svog nalogodavca, zastupani ne bi mogao da izgubi delove rudnika.

Osam članova kasnije se ponovo sreće norma o obavljanju tuđih poslova po njegovom nalogu:

28. *Ist das iemant tail hat an eim gepirge und auzerhalb landes ist, versaumet sein besteller oder sein pfleger drei gedinge, daz er seiner cost darczu nicht geit, er verleust sein tail mit rechte.*²⁴

Vlasnik udela u rudniku koji je van zemlje postavio zastupnika. Zastupnik ili staratelj tri puta propuste da plate trošak kopanja, koji se prema običajima obračunavao i plaćao jednom nedeljno. Zastupani zbog toga gubi delove, jer bi ih inače izgubio i da sam propusti da snosi svoj deo izdataka. Na prvi pogled deluje da su dva člana protivrečna. Međutim, u članu koji je prvi citiran se radi o deliktu zastupnika, a u drugom o slučaju kada on pažljivo obavlja svoj posao.²⁵

U tekstu povelje se upotrebljava termin „*besteller*”, kojim se označava zastupnik. Jihlavsko pravo ne reguliše zastupanje na opšti način, ali i ne objašnjava značenje termina. To ostavlja mesta za dva zaključka. Prvo, insitut je već bio regulisan običajnim pravom. Drugo, termin je pre nastanka kodifikacije imao tehničko značenje, te je svima bio jasan.

Stilizacija odredaba ne ostavlja mesta sumnji da se radilo o direktnom zastupanju.

4.2. Kutna Hora

Vaclav II (1278–1305), unuk Vaclava I, izdao je 1301. godine povelju rudarskom mestu Kutnoj Hori (nem. *Kutenberg*), tzv. *Ius regale montanorum*. Za razliku od ostalih spomenika rudarskog prava koji će se ovde analizirati, taj kodeks je

²³ A. Zycha, *Das böhmische Bergrecht des Mittelalters auf Grundlage des Bergrechts von Iglau II*, Berlin 1900, 20. Prevod: „Jedno drugo pravilo. Takođe je pravilo da zastupnik zbog svog nemara, bilo u vezi sa troškovima bilo drugim stvarima, ne može drugome (onome koga zastupa) izgubiti ili otuđiti udeo.”

²⁴ A. Zycha II, 33–34. Prevod: „Ukoliko neko ima udeo rudnika i van zemlje je, a njegov zastupnik ili staratelj propusti tri puta da plati trošak, on je po pravu izgubio svoj deo.”

²⁵ A. Zycha I, 257 fn. 9.

nastao pod velikim uticajem rimskog prava. To se vidi kako po terminologiji, tako i po recepciji instituta, ali i po objašnjenjima i definicijama, svojstvenim srednjovekovnim pravniciima. U toj kodifikaciji se kaže:

*I 7 12 Si autem unus vel plures ex colonis quibuscumque modis fuerint absentes, ita quod commode vocari non possint, vel difficilis sit eorum vocatio: volumus taliter se absentantibus legitimos statuere procuratores, qui in omnibus tractatibus argentifodinarum, ubicumque coloni fuerint, suppleant vices eorum, ut si universitas suorum colonorum agat vel ab aliquo conventa se defendat, quod cum eisdem intersint, ne argentifodium nostrum ob alicujus absentiam retardetur; unde talim deinceps absentia non obstante iudices et magistri moncium in omni tractatu et iudicio procedant, in quantum de jure fuerit procedendum.*²⁶

Kutnohorsko pravo je jedino u nizu spomenika rudarskog prava koje izričito predviđa zakonskog zastupnika. Moglo bi se tvrditi da je to i „*pfleger*” u Jihlavi, ali bez izričite zakonske odredbe, to ostaje pretpostavka. „*Procurator legitimus*” se postavlja onda kada je vlasnik udela u rudniku odsutan ili se ne može pozvati na jednostavan način. Prema slovu povelje, takvi zastupnici vrše sve poslove u vezi sa rudnikom. Međutim, u obrazloženju koje sledi ističe se jedan aspekt takvog predstavljanja. Naime, zastupnici treba da učestvuju u sporu umesto zastupanih, kako bi se suđenja mogla održavati bez odlaganja. Po svoj prilici, zakonodavac je imao u vidu procesno zastupanje.

U istoj prvoj knjizi povelje Vaclava II ceo četrnaesti titulus je posvećen zastupanju. U njemu se propisuje:

*I 14 De procuratoribus. 1. Procuratores sunt, qui negocia aliena mandato dominorum administrant.*²⁷ *2. Et sunt procuratores parcium et procuratores solummodo expensarum. 3. Procuratores parcium sunt habentes plenum mandatum omnia faciendi de partibus, que veri domini facere possint, si in personis propriis essent presentes; et tales procuratores ordinari debent in presenciam magistri montis et ad minus duorum concolorum. 4. Sed sunt procuratores tantummodo expensarum, qui vulgariter besteller dicuntur. 5. Isti vero procuratores pro dominis suis non solvendo expensarum non possunt eis perdere suas partes, nisi hi, quibus debetur expensa, ipsam requirant in presenciam magistri montis vel per nuncium ejus et unum concolorum, ad hoc per ipsum magistrum montis specialiter deputatos.*²⁸

²⁶ A. Zycha II, 78, 80. Prevod: „Ukoliko bi međutim jedan ili više vlasnika rudnika iz bilo kojih razloga bili odsutni, tako da se ne mogu uobičajenim načinom pozvati, ili bi njihovo pozivanje bilo teško, želimo da se tako odsutnima postave zakonski zastupnici, koji u svim rudarskim poslovima, gde god da se nalaze vlasnici rudnika, vrše njihove poslove, tako da podižu tužbe u svim stvarima u ime vlasnika rudnika, ili da se brane, kao da su oni prisutni, da ne bi naši rudnici štetili zbog nečijeg odsustva i da ne bi njihovo odsustvo ubuduće ometalo sudije i rudarske starešine u bilo kojim poslovima ili suđenjima, koje treba po pravu preduzeti.”

²⁷ Paragraf je preuzet iz Justinijanovih Digesta D.3.3.1.pr. Guido Christian Pfeifer, *Ius Regale Montanorum*, Ebelsbach 2001, 109.

²⁸ A. Zycha II, 104. Prevod: „1. Zastupnici su oni, koji tuđe poslove vrše po nalogu gospodara. 2. Postoje zastupnici delova (rudnika) i zastupnici samo troškova. 3. Zastupnici delova su oni koji imaju puno ovlašćenje da obavljaju sve u vezi sa delovima, što bi stvarni vlasnici činili, da su sami prisutni. Takvi zastupnici treba da budu postavljeni u prisustvu rudarskog starešine i pred najmanje dva suvlasnika. 4. Ali postoje i zastupnici samo troškova, koji se obično zovu 'besteller'. 5. Ti zastupnici u ime gospodara ne mogu gubiti delove zbog neplaćanja

U prvom paragrafu se definišu punomoćnici, a u drugom se utvrđuje da postoje dve njihove vrste. Prvi su generalni punomoćnici, koji mogu da obavljaju sve poslove u ime gospodara posla, a drugi specijalni, samo za isplatu troškova. Oblici punomoćja su isti kao i u članu 20. jihlavskog prava. Vlasnik udela u rudniku je generalno punomoćje mogao dati samo pred starešinom rudarskog mesta i pred najmanje dva suvlasnika rudnika. Dakle, nije bilo dovoljno imati samo svedoke, već je bilo potrebno da u tome učestvuju i nosioci javnih ovlašćenja. To je još jedan argument za tvrdnju da je i u srpskom pravu bilo neophodno učešće lokalnih organa prilikom davanja ovlašćenja za zastupanje. Specijalan zastupnik u troškovima se u Kutnoj Hori naziva „*besteller*”. Po tome se kutnohorsko pravo razlikuje od povelje Vaclava I, u kojoj se taj naziv koristi za obe kategorije punomoćnika. Verovatno je došlo do terminološke diferencijacije.

Još jednom se čini da se zapisuje samo direktno zastupanje.

4.3. Frajberg

Još jedna kodifikacija rudarskog prava nastala je za potrebe rudarskog grada Frajberga u Saksoniji. Ona je sačuvana u dve verzije. Starija je nastala otprilike u isto vreme kada i *Ius regale montanorum*, na samom početku 14. veka. U njegovoj drugoj polovini je napisana mlađa verzija. U tom kasnijem spomeniku se pominje i zastupanje. O njemu se kaže:

*B 26 Ist das yemant teyl hat an eyner gruben, der ym lande is ader uzershalp daz landes ist, vorsumet syn besteller adir syn vorphleger ym syne teyl, daz er dry wochen nach eynander syne kost nycht gybit adir nycht zcu gebyn hat, yener vorluzet syne teyl myt allem rechte.*²⁹

Norma je vrlo slična jihlavskoj. Ukoliko zastupnik ili staratelj tri puta propusti da plati deo troškova zastupanog, on sa punim pravom gubi udele u rudniku. Mlađe frajberško pravo se razlikuje od povelje Vaclava I po tome što predviđa takvu mogućnost i kada se zastupani nalazi u zemlji, a ne samo onda kada je van nje. Dakle, dovoljno je da on nije u Frajbergu, ali može biti i u Saksoniji. Druga razlika je u tome što se u mlađem spomeniku izričito govori o propuštanju tri uzastopne nedeljne obaveze isplate troškova, dok se u Jihlavi tako nešto verovatno podrazumevalo.

Još jednom se za punomoćnika upotrebljava termin „*besteller*”. Ni tu nema dileme da je u pitanju direktno zastupanje.

troškova, ukoliko ih oni, kojima se duguju troškovi, ne zahtevaju u prisustvu rudarskog starešine ili preko njegovog glasnika i jednog suvlasnika, koji su u tu svrhu posebno imenovani od strane rudarskog starešine.”

²⁹ *Codex Diplomaticus Saxoniae Regiae* II, Leipzig 1886, 295. https://codex.isgv.de/codex.php?band=cds2_13&f=a=b&s=295, 30. novembar 2022. Prevod: „Ako neko ima udeo u rudniku, ko je u zemlji ili van zemlje, pa njegov zastupnik ili staratelj izgube njegov udeo, pošto tri nedelje zaredom ne plate ili nemaju da plate troškove, takav gubi svoje udele sa punim pravom.”

5. Zaključak

Zakonik o rudnicima despota Stefana je posvetio jedan član uređivanju zastupanja.

Po svojoj prilici se radilo o direktnom zastupanju, na šta ukazuje ne samo tekst Zakonika, već i uporednopravna analiza, kako dubrovačkog prava, tako i ostalih rudarskih kodifikacija nastalih iz saskih običaja.

Punomoćje se davalo u pisanoj formi koja je morala biti solemnizovana ili bar registrovana od strane nosioca javnih ovlašćenja. Tome u prilog govori sistemsko tumačenje u kontekstu ostalih odredaba Zakonika, ali i slično rešenje u povelji Vaclava I Kutnoj Hori sa početka 14. veka. Norme dva pravna spomenika imaju zajedničko sasko poreklo te sadrže niz drugih sličnosti.

Iako srodan, termin „naručnik” (*наручник, нарѡчник, нароучник*), koji se sreće u srpskoj rudarskoj kodifikaciji, nije nastao iz termina „poručnik” (*поручьникъ*), koji se nalazi u Zakonopravilu. Naime, upotreba reči „poručnik” nije imala kontinuitet jer se ne sreće u Dušanovom zakoniku, na mestu na kome bi se inače mogla očekivati. S druge strane, kako nema posebnog objašnjenja, „naručnik” je izraz čije je značenje svima bilo poznato u vreme donošenja Zakonika o rudnicima. Reč je o prevodu nemačkog termina „*besteller*”, koji se u značenju „punomoćnik” javlja u jihlavskom, kutnohorskom i frajberskom pravu. To je ređak slučaj u srpskoj srednjovekovnoj rudarskoj terminologiji da nemačka reč nije preuzeta kao germanizam već prevedena na srpski jezik.

Dubrovačkim statutom nije regulisan mandat na opšti način. Poseban član kojim se reguliše zastupanje se u pomenutim rudarskim kodifikacijama javlja samo u pravu Kutne Hore i Zakoniku o rudnicima. U prvom slučaju je reč o parafrazi Ulpijanovog paragrafa iz *Digesta* i recepciji rimskog prava. U drugom, o potrebi prakse, privrednom razvoju koji je zahtevao takvu normu, ali i visokoj autohtonoj pravnoj kulturi.

Literatura

- Bubalo Đ., *Dušanov zakonik*, Zavod za udžbenike, Službeni glasnik, Beograd 2010.
- Codex Diplomaticus Saxoniae Regiae* II, Leipzig 1886.
- Cvejić J., *Obligacioni ugovori u Dubrovačkom pravu od XIII do sredine XIV veka*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 1957.
- Ćirković S., *Latinični prepis rudarskog zakonika despota Stefana Lazarevića*, SANU, Beograd 2005.
- Ćirković S., Preduzetništvo i rudarsko pravo, u: *Staro srpsko rudarstvo*, Beograd, Novi Sad 2002.

- Dučić N., *Krmčija moračka*, Državna štamparija, Beograd 1877.
- Katančević A., Datiranje Zakonika o rudnicima despota Stefana i sadržina njegovog ćiriličnog prepisa, *Srpska politička misao* 1/2016.
- Katančević A., Hutmani srpskog srednjovekovnog prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2022.
- Katančević A., Institut urbarara u srednjovekovnoj Srbiji, *Baština* 51/2020.
- Katančević A., Lemšat srpskog srednjovekovnog prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2021.
- Marković B., Zakon o rudnicima despota Stefana Lazarevića. Prevod i parvnoistorijska studija, *Spomenik SANU* 126/1985.
- Pfeifer Guido C., *Ius Regale Montanorum*, Ebelsbach 2001.
- Radojčić N., *Zakon o rudnicima despota Stefana Lazarevića*, Naučno delo, Beograd 1962.
- Von Lingenthal K., Zachariae E., *Ἡ Προχειρὸς Νομος*, Heidelberg 1837.
- Zycha A., *Das böhmische Bergrecht des Mittelalters auf Grundlage des Bergrechts von Iglau I-II*, Berlin 1900.

AGENCY IN SERBIAN MEDIEVAL MINING LAW

Summary

An article of the Despot Stefan's Mining Code regulated agency. The paper analyses the rule and tries to answer three principle questions:

- 1. What was the type of agency?*
- 2. What were the contractual formalities of the agency contract?*
- 3. What was the origin of the word „naručnik”, used in the Code to designate the agent?*

Applied methods are linguistic, historical and systemic interpretation of the Mining Code, Emperor Dušan's Code and St Sava's Nomocanon, as well as the comparative method.

Results indicate that the agency was a direct one. The contractual formalities included a written instrument, solemnized or at least registered by public authorities. The term “naručnik” (naručnik, нарѹчник, нароучник) was more likely a translation of the German word “besteller”, used in the meaning of “agent” in the mining codifications of Jihlava, Kutna Hora and Freiberg, than a development of the expression “poručnik” (поруѹчникъ), which could be found in St Sava's Nomocanon.

*The city Statute of Dubrovnik did not regulate agency in a general manner. In all mentioned mining law codifications, there was a particular provision on the agency only in *Ius regale montanorum* of Kutna Hora and in the Despot Stefan's Code. In the first case, it was a reception of Roman law (D.3.3.1.pr.). However, in the second, it was an indication of the need of the commerce and highly developed legal culture.*

Key words: Despot Stefan's Mining Code, agency, mandatum, Mining Law, Serbian Medieval Law.

ISTORIJA PRENOSA PRAVA SVOJINE PO OSNOVU UGOVORA O KUPOPRODAJI

Apstrakt

Rimski ugovor o kupoprodaji (*emptio venditio*) i koncept konsenzualnih kontraktata preuzela su sva evropska i svetska zakonodavstva nastala na ruševinama rimske imperije ili pod posrednim uticajem te civilizacije. Kao dvostrano jednako obavezujući kontrakt *bonae fidei* rađao je obaveze za obe strane, pri tome ne prenoseći ni državinu ni pravo svojine sa prodavca na kupca. Da bi došlo do prenosa vlasništva, zahtevao se dodatni akt koji se sastojao u mancipaciji, za stvari *res mancipi*, ili tradiciji, za stvari *res nec mancipi*. Autor u radu ukazuje na istorijski razvoj prenosa prava svojine po osnovu ugovora o kupoprodaji u rimskom pravu i u modernim evropskim građanskim kodifikacijama, na njegov dinamičan razvoj i razlike u evropskim pravnim sistemima. Posebno razmatra pitanje da li je *traditio* akt kojim se nekome omogućava da stekne faktičku vlast na stvari ili pak pravni posao.

U radu se koristi jezičko, sistemsko i istorijsko tumačenje tekstova *G. Inst.* 1.119–120, *G. Inst.* 2.19–20, *D.12.1.18. pr.*, *D.18.1.19*, *D.18.1.74*, *D.19.2.21*, *D.39.5.10*, *D.41.1.9.3*, *D.41.1.31*, *D.41.1.36*, *D.43.26.20*, *D.44.7.55*, *C.8.53.1.* i *Inst.2.1.41*, kao i istorijski metod.

Ključne reči: ugovor o kupoprodaji (*emptio venditio*), *traditio*, ALR, CC, ABGB, BGB.

1. Uvod

Ciceron piše da je Kvint Mucije Scevola, konzul 117. godine pre nove ere, augur i njegov učitelj prava,¹ pisao o posebnim kontraktima koje je svrstao u grupu takozvanih konsenzualnih ugovora.² Aktivnošću peregrinskog pretora i prodorom načela *bona fides* u *ius civile* stvorene su posebne tužbe kojima su se štitili do tada neformaleni sporazumi.³ Stojčević veruje da je sredinom II veka pre nove ere formiran *emptio venditio* kao konsenzualni kontrakt *bonae fidei*, te da se sve do današnjih dana nije značajnije menjao.⁴ Koncept konsenzualnih kontraktata i rimski

* Saradnik na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, vukasinstanojlovic@gmail.com

¹ A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 588.

² D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1985, 260.

³ *Ibid.*, 261–262.

⁴ *Ibid.*, 262.

ugovor o kupoprodaji (*emptio venditio*), verovatno su do danas najšire prihvaćeni instituti rimskog prava.⁵

Kupoprodaja je dvostrano jednako obavezujući ugovor *bonae fidei* koji nastaje kada jedna strana (*venditor*) obeća drugoj (*emptor*) da će joj dati određenu stvar, a druga strana obeća da će za uzvrat platiti cenu u novcu. Ugovor ne prenosi na kupca ni pravo svojine ni državinu stvari već rađa obavezu za prodavca da preda stvar, a za kupca da isplati cenu; dakle, kao *iusta causa, emptio venditio* je usmeren na prenos svojine, ali da bi do nje došlo, potreban je dodatni akt, koji se za *res mancipi* sastoji u mancipaciji (*mancipatio*), a za *res nec mancipi* u predaji stvari (*traditio*) ili alternativno za obe kategorije u postupku *in iure cessio*.⁶ Ugovor se smatra zaključenim kada se strane sporazumeju o predmetu (*merx*) i ceni (*pretium*) kao bitnim elementima. Kao dvostrano jednako obavezujući kontrakt, rađa obaveze i za prodavca, koje kupac ostvaruje sa *actio empti*, i za kupca, koje prodavac ostvaruje se *actio venditi*; kao *iudicia bonae fidei*, njihove formule su *in ius concepta*, a *demonstratio* sadrži pravni osnov na koji se nadovezuju *intentio (ex fide bona) incerta* i *condemnatio incerta*.⁷

Ugovor o kupoprodaji, uobličen u rimskom pravu, preuzet je u sve moderne evropske građanske⁸ zakonike. Presudan uticaj na razvoj prava i njegovu kodifikaciju u XVIII i XIX veku izvršili su prirodno pravo i prosvetiteljstvo.⁹ Osnov modernih kodifikacija bile su Justinijanove Institucije, čija je sistematičnost poslužila kao uzor. Težeći načelima prirodnog prava, cilj je bio da se Institucije protumače i unaprede u „svetlu razuma”, a zadaci koje su pred sebe postavili sledbenici ideje o jednom – univerzalnom pravu, bili su ukidanje feudalizma, partikularizma, apsolutizma vladara i sekularizacija države i prava. Uprkos izraženoj sklonosti škole prirodnog prava, ali i istorijskoppravne škole, da kritikuju rešenja rimskih pravnika, ne treba prenebrežnuti činjenicu da su obe prihvatile brojna načela i

⁵ A. Votson, *Pravni transplant. Pristup uporednom pravu*, Beograd 2010, 129.

⁶ O postupku *in iure cessio* vid. A. Katančević, *Načini sticanja svojine u rimskom pravu*, Beograd 2017, 39–43.

⁷ *Ex empto: Quod A^s A^s de N^o N^o hominem Stichum emit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^m N^m A^o A^o condemnato si non paret absolvito; Ex vendito: Quod A^s A^s de N^o N^o hominem Stichum vendidit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^m N^m A^o A^o condemnato si non paret absolvito.* O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (2. Auflage), Leipzig 1907, Tit. XIX § 111, 239–240.

⁸ O kritici termina „građanski” zakonik vid. V. Bogišić, *Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori* (ur. T. Nikčević), Beograd 1967, 52–53.

⁹ R. Lesaffer, *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, Cambridge 2009, 448. Preteče modernih kodifikacija nastaju u XVII i XVIII veku, ali se ne mogu smatrati kodifikacijama privatnog prava jer odstupaju od sistematike prirodnopravne škole. To su: Predlog kodifikacije Meklenburga – Zapadne Pomeranije (1658), *Danske Lov* – zakonik danskog privatnog, krivičnog i procesnog prava (1683), *Norske Lov* – zakonik Kraljevine Norveške (1688), *Sveriges rikets lag* – Građanski zakonik Kraljevine Švedske (1734) и *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* – Bavarski građanski zakonik (1756); takođe, neke italijanske države imale su svoje kodifikacije privatnog i krivičnog prava. O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, *European Legal History. Sources and Institutions* (Third edition), Oxford 2000, 254 i 255. Votson smatra da je prva preteča modernih kodifikacija zakonik pod nazivom *The General Laws and Liberties Concerning the Inhabitants of Massachusetts* („Opšta prava i slobode koje se tiču stanovnika Masačusetsa”) (1648). Korišćena je Biblija kao neposredni izvor prava, a najviše u odeljku *Capital Lawes* („Zakon o krivičnim delima kažnjavanim smrću”) koji sadrži petnaest članova, od kojih je četrnaest preuzeto iz Svetog pisma, a jedan iz zakona od 1641. godine. A. Votson (2010), 108 i 109.

ustanove rimskog prava kao racionalna i podobna za njihov kodifikatorski rad. Tako je prihvaćena koncepcija rimskih konsenzualnih kontrakata, a sa njom i *emptio venditio*. Međutim, postoje razlike modernih ugovora o kupoprodaji u odnosu na rimski kontrakt, koje se pre svega tiču prenosa rizika i svojine na kupca.¹⁰

Autor je postavio cilj da u radu ukaže na istorijski razvoj prenosa prava svojine po osnovu ugovora o kupoprodaji, kako u rimskom pravu, tako i u modernim evropskim kodifikacijama, na njegov dinamičan razvoj, kao i razlike u evropskim pravnim sistemima. Posebno je zainteresovan za pitanje da li je *traditio* akt kojim se nekome omogućava da stekne faktičku vlast na stvari ili pak pravni posao, uz ukazivanje na njegovu evoluciju od rimskog do modernog (evropskog) građanskog prava. Takođe, autor daje kratak istorijski osvrt na proces donošenja građanskih zakonika čije norme su predmet analize.

2. Prenos prava svojine i rimski *emptio venditio*

U rimskoj kupoprodaji, saglasnost volja tvori dve bitne posledice: 1) uzajamna prava i obaveze strana u obligacionom odnosu i 2) prenos rizika slučajne propasti stvari sa prodavca na kupca – *periculum est emptoris*;¹¹ s druge strane, zaključenjem ugovora ne dolazi do prenosa prava svojine. Prenos prava svojine, i u rimskom pravu i u *ius commune*,¹² zasnivao se na dva elementa, *iusta causa* i *traditio* ili, rečeno terminologijom *usus modernus Pandectarum*,¹³

¹⁰ A. Votson (2010), 129.

¹¹ Inst.3.23.3. *De Emptione et Venditione: Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. ...*; D. Stojčević, *Perfecta Emptione Periculum Transit ad Emptorem, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu XXXV, 1/1987, 106–111.*

¹² Na razvoj akademskog izučavanja prava u prvoj polovini XII veka uticala su dva događaja: 1) obnavljanje proučavanja *Corpus Iuris Civilis* i 2) nastanak kanonskog prava zasnovanog na *Decretum (Concordantia discordantium canonum)*, zbirci propisa sa crkvenih sabora, spisa svetih otaca i drugih izvora koje su hrišćani smatrali merodavnim, a koji je, prema predanju, sastavio Gracijan 1140. godine. Za srednjovekovne pravnike, građansko (rimsko) i kanonsko pravo činili su *ius commune* (eng. *common law*), koje se primenjivalo uvek kada nije bilo u suprotnosti s lokalnim pravom ili običajem. Smatra se da je izučavanje rimskog (građanskog) prava otpočelo u Bolonji, a prema pravniku Odofredu, koji je pisao u XIII veku, prvi veliki učitelj rimskog prava bio je Iernerije. J. Gordley, *The Jurists. A Critical History*, Oxford 2014, 28; P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, 49; M. Polojac, *Akvilijev zakon i pravna kultura*, Beograd 2015, 251–253; O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 107–108.

¹³ Sintagma *usus modernus Pandectarum* ili „moderna primena Digesta” potekla je od Samjuela Strika i njegovog istoimenog dela (*Specimen usus modernus Pandectarum*) iz 1690. godine. Škola *usus modernus Pandectarum* nastala je u Nemačkoj i Holandiji. Iako dugovečna, njena dostignuća su u velikoj meri potcenjena. Jedno od najvećih bilo je očuvanje proučavanja prava na osnovu rimskih tekstova i pokušaj njihovog usaglašavanja i primene na aktuelne probleme. Za razliku od sholastičara, jusnaturalista i racionalista, nije pokušavala da rešava pravne probleme pomoću viših principa, dok se, u odnosu na humaniste, njen cilj nije svodio na otkrivanje izvornog značenja rimskih tekstova; pripadnici te škole sledili su Aristotelova viđenja zakona i pravde te su tako stali na stanovište da su svi sporazumi u principu punovažni. Način rada pripadnika te škole opisuju se kao nemačka kombinacija *mos italicus* (postglosatori) i *mos galicus* (francuski humanisti XVI veka). Pravnici *usus modernus* smatrali su da je rimsko pravo samo delimično primenjeno u Nemačkoj, a njihov najveći doprinos sastoji se u tome što su udahnuili novi život *ius commune* kombinujući ga sa nemačkim običajnim pravom (*ius proprium*). J. Gordley, 156–164; P. J. Thomas, *Usus modernus Pandectarum*; a spurious transplant, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 3^{ème} série, XLVII, 2000, 483–496.

za prenos prava svojine po osnovu ugovora o kupoprodaji zahtevao se *titulus* i *modus*.¹⁴

Pre nego što je kupoprodaja postala deo civilnog prava kao dvostrano jednako obavezujući konsenzualni kontrakt *bonae fidei*, pretpostavlja se da je njegova preteča bio rudimentaran oblik mancipacije koja je u sebi objedinjavala dva pravna posla: realnu kupoprodaju i prenos kviritske svojine (*dominium ex iure Quiritium*), kojoj je verovatno prethodio neformalni sporazum stranaka o predmetu i ceni bez pravnog dejstva. Da su Rimljani iz perioda pozne republike bili svesni ugovorne prirode mancipacije te da je postojala (funkcionalna) veza između *emptio* i *mancipatio*, zaključujemo iz načina na koji Kvint Mucije Scevola u delu *Ius civile* obrađuje *emptio venditio*.¹⁵ S tim u vezi, mancipacija je, prema svemu sudeći, prvobitno bila formalan ugovor o kupovini određene vrste stvari, to jest formalan ugovor o prenosu svojine,¹⁶ dok Gaj svedoči da je u njegovo vreme bila forma za prenošenje vlasništva u obliku prividne kupoprodaje.¹⁷ Osim toga, cilj koji se postizao u formi mancipacije – razmena robe za cenu, mogao je biti postignut i tzv. korelativnim stipulacijama.¹⁸ U oba slučaja bi kupac postajao sopstvenik stvari bez isplate cene ili izvršavanja bilo koje druge protivčinidbe prodavcu; ipak, on bi se posebnim pravnim poslom (*verborum obligatio*), najčešće sponzijom (*stipulatio pretii*), obavezivao na protivčinidbu koja bi se sastojala u predaji novca koji odgovara ceni mancipovane stvari.¹⁹ Nastankom konsenzualnog ugovora, mancipacija postaje najvažniji formalni i apstraktni pravni posao iz grupe *gesta per aes et libram* kojim se prenosilo vlasništvo na *res Mancipi*,²⁰ odnosno postala je ono što Gaj opisuje kao *imaginaria venditio*.²¹

Traditio je derivativni način sticanja kojim se neformalnom predajom prenosila svojina. Pod predajom se u rimskom pravu, kao i danas, podrazumevao akt kojim se nekome omogućava da stekne faktičku vlast na stvari (*possessio civilis* ili

¹⁴ R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Pretoria 1990, 272.

¹⁵ A. Watson (1975), 135–136.

¹⁶ A. Katančević, 33. Stojčević pak piše da je u početku mancipacija bila „izvršenje ugovora o kupovini i prodaji za gotovo”. D. Stojčević (1985), 158.

¹⁷ G. Inst. 1.119: *Est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam uenditio: quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus ciuibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui Mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQVE MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA; deinde aere percussit libram idque aes dat ei, a quo Mancipio accipit, quasi pretii loco.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

¹⁸ I. Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd 1974, 314.

¹⁹ V. Vuletić, *Zaštita prava kupca. Doprinis rimskog klasičnog prava razvoju evropskog privatnog prava*, doktorska disertacija, Beograd 2010, 14–15.

²⁰ G. Inst. 1.120: *Eo modo et seruiles et liberae personae Mancipantur; animalia quoque, quae Mancipi sunt, quo in numero habentur boues, equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent Mancipari.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11.7.2022. Podelu stvari na *res Mancipi* i *res nec Mancipi*, kao i mancipaciju, ukinuo je Justinijan konstitucijom iz 531. godine C.7.31.1.5. *Imperator Justinianus: Cum etiam res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

²¹ M. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1980, 129.

possessio naturalis),²² a samo izuzetno pravo svojine ako je predaja zasnovana na pravnom poslu koji je usmeren na prenos vlasništva:²³

G. *Inst.* 2.19–20: *Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*²⁴ [Jer *res nec Mancipi* se potpuno otuđuju prostom predajom, pod uslovom da su telesne i podobne za (fizičku) predaju. Ako ti, dakle, budem predao odelo ili zlato ili srebro bilo na osnovu prodaje ili poklona ili kog drugog pravnog osnova, odmah će stvar postati tvoja, ukoliko sam njen sopstvenik.]²⁵

Iz Gajevog svedočenja saznajemo da se svojina prenosila odmah (*statim*), dok su uslovi za prenos prava svojine tradicijom bili: 1) da je stvar telesna i *res nec Mancipi*,²⁶ 2) da je *tradens* vlasnik jer *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*²⁷ (D.50.17.54), 3) da postoji *iusta causa traditionis* ili pravni osnov u kome je izražena volja stranaka usmerena na prenos prava svojine i 4) da mora postojati čin materijalne predaje (*corpore et tactu*). O tradiciji kao načinu sticanja Gaj piše i sledeće:

D.41.1.9.3. *Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.*²⁸ [Takođe takve stvari, koje predajom postaju naše stičemo po pravu svih naroda. Naime, ništa nije tako u skladu sa prirodnom pravičnošću, kao kada se na osnovu volje vlasnika, njegova stvar prenese u tuđu svojinu.]²⁹

Zabunu unosi sintagma *voluntatem domini volentis*. Da li se pod voljom vlasnika podrazumeva pravni posao usmeren na prenos svojine ili se misli na predaju?³⁰ Nije jasno da li, prema Gajevom mišljenju, volja vlasnika koji vrši

²² D.18.1.74. *Papinianus libro primo definitionum: Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint: quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

²³ D.41.1.31. pr. *Paulus libro 31 ad edictum: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

²⁴ The Roman Law Library. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

²⁵ Gaius, *Institutiones* (prevod O. Stanojević), Beograd 2009, 103.

²⁶ Na *res Mancipi* tradicijom se prenosila tzv. pretorska ili bonitarna svojina, koja se štitila sa *exceptio rei venditae et traditae* i *actio Publiciana* i koja bi se protokom roka za održaj (*usucapio*) pretvarala u kviritsku svojinu.

²⁷ Izuzetak od pravila je da založni poverilac kod pignusa može prodati založenu stvar i preneti pravo svojine na njoj, iako nije vlasnik. D.41.1.46. *Ulpianus libro 65 ad edictum: Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium praebeat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

²⁸ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

²⁹ A. Katančević, 65.

³⁰ Romac smatra da je reč o valjanom pravnom osnovu koji opravdava tradiciju. A. Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb 1981, 175. Katančević pak piše da, osim osnova predaje, koji mora biti ugovor usmeren na prenos svojine,

predaju treba da bude usmerena na prenos svojine, to jest da li je tradicija pravni posao.³¹ Na osnovu izvora, dâ se zaključiti da je tradicija poimana i kao način sticanja i kao saglasnost volja, s tim što postoji sukob mišljenja o tome da li je reč o jednostranom ili dvostranom pravnom poslu. Pavle piše da pravne posledice predaje zavise od namere s kojom se predaja vrši, ali kao uslov ne navodi sporazum, već volju prenosioca.³² S druge strane, Javolen smatra da je predaja sama po sebi sporazum, odnosno dvostrani pravni posao.³³

Nameće se pitanje da li je *causa traditionis* morala biti objektivno valjana (*iusta*) ili je dovoljna subjektivna kauza, pri čemu strane veruju da ona postoji (putativni titulus); dominantno je mišljenje da se u klasičnom pravu tražila objektivna,³⁴ a u postklasičnom subjektivna kauza.³⁵ Kontroverza zatim otvara pitanje mana volje, te nije jasno da li pravo svojine prelazi na sticaoca ako strane nisu saglasne o *causae traditionis* (*dissensus*). Prema Julijanovom mišljenju,³⁶ nesporazum nije prepreka prenosu vlasništva, dok Ulpijan³⁷ smatra da u tom slučaju ne dolazi do prenosa svojine. Poslednji piše da nije dovoljno da postoji samo pravni osnov, već i saglasnost o pravnom osnovu, odnosno za Ulpijana je predaja dvostrani pravni posao (ugovor), nezavisan od osnova po kome se tradicija vrši.³⁸ Savremena romanistika je stala na stanovište da Ulpijanovo rešenje odgovara duhu klasičnog rimskog prava jer bi u slučaju disenzusa pravni posao bio ništav, dok je u Julijanovom rešenju reč o interpolaciji, te da je on imao u vidu mancipaciju za koju kauza nije bila važna. Ukoliko bi se prihvatilo Julijanovo mišljenje, to bi značilo da se tradicija odvojila od kauze i približila

mora postojati i sporazum o predaji, kao uslov za prenos svojine, a taj sporazum može čak zameniti fizičku predaju, ako su se strane tako sporazumele. A. Katančević, 75–76.

³¹ *Ibid.*

³² D.39.5.10. *Paulus libro 15 ad Sabinum: Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest. Sed si nescit rem quae apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

³³ D.44.7.55. *Iavolenus libro 12 epistularum: In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

³⁴ Stojčević smatra da se u klasičnom pravu nije insistiralo na valjanosti pravnog posla koji je služio kao *causa traditionis* te navodi da ako je stvar predata drugom licu po osnovu nemoralnog ili ništavog pravnog posla, da se nije mogla tražiti natrag putem *rei vindicatio* već kondikcijom (*condictio*) jer je prenosilac izgubio svojину na stvari, iako je kauza bila *iniusta*. D. Stojčević (1985), 160.

³⁵ M. Horvat, 134; A. Romac, 175.

³⁶ D.41.1.36. *Iulianus libro 13 digestorum: Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

³⁷ D.12.1.18. pr. *Ulpianus libro septimo disputationum: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederam, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

³⁸ A. Katančević, 68.

apstraktnom pravnom poslu.³⁹ Iako je upitno da li je reč o originalnom tekstu ili interpolaciji, nesporno je da u Justinijanovo pravo prodire ideja o tradiciji kao samostalnom, stvarnopravnom poslu, kojim se na temelju dogovora dveju strana prenosi svojina, bez obzira na kauzu.⁴⁰ Druga tendencija koja je došla do izražaja u Justinijanovom pravu ticala se pojednostavljivanja materijalne predaje, pa su slučajevi prenosa prava svojine bez stvarne predaje bivali sve češći (*traditio chartae et traditio ficta*).⁴¹ Tako, na primer, u vizantijskom⁴² pravu do prenosa prava svojine dolazi u trenutku kada je sačinjen ugovor u pismenoj formi, a ne tradicijom stvari.⁴³

Specifičan uslov koji se zahtevao za prenos prava svojine tradicijom, kada je osnov sticanja bila kupoprodaja, sastojao se u isplati cene.⁴⁴ Izuzeci od pravila su postojali ako je kupac dao obezbeđenje (personalno ili realno) ili je ugovorena kreditna prodaja.⁴⁵ Ulpijan piše da, ako je stvar predana, a cena nije potpuno isplaćena, kupac ne postaje vlasnik već prekarista,⁴⁶ a Javolen da, ukoliko je prodato zemljište, dok se cena ne isplati potpuno, kupac plaća zakupninu.⁴⁷

³⁹ M. Horvat, 135. Horvat dodaje i da su neki pisci izveli zaključak da je tradicija već u rimskom pravu bila apstraktan pravni posao, te da je kod nje za prenos vlasništva bila dovoljna apstraktno izražena volja o prenosu i sticanju svojine (*animus domini transferendi et acquirendi*), bez obzira na valjanost kauze. M. Horvat, 135 fn 6.

⁴⁰ A. Romac, 175.

⁴¹ C.8.53.1. *Imperatores Severus, Antoninus: Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et tarditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

⁴² U simbiozi srpskih i grčkih političkih, društvenih i kulturnih uticaja stvoreno je specifično srpsko-vizantijsko pravo srednjovekovne (nemanjičke) Srbije, dok je u sferi građanskog prava preovladalo pisano vizantijsko (rimsko) pravo. Iz tog perioda sačuvano je malo pravnih izvora – iz XIV i XV veka sačuvana su samo dva formalna ugovora, tzv. Prizrenska tapija (1346–1366) i ugovor o prodaji iz Trepče (1438); osim toga, sačuvano je nekoliko neformalnih zapisa o prodaji nepokretnosti u popisu imanja Htetovskog manastira (sred. XIV veka) i na jednoj Dušanovoj hrisovulji (1355). Iz Prizrenske tapije je jasno da je vizantijski (rimski) ugovor o kupoprodaji bio zastupljen u srpskom srednjovekovnom pravu. A. Solovjev, „Ugovor o kupovini i prodaji u srednjovekovnoj Srbiji”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* XXXII, 2/1927, Beograd 1927, 431–432, 448–449.

⁴³ A. Solovjev, 442.

⁴⁴ D.18.1.19. *Pomponius libro 31 ad Quintum Mucium: Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

⁴⁵ Inst.2.1.41. *De Rerum Divisione: Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferentur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici sed et si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

⁴⁶ D.43.26.20. *Ulpianus libro secundo responsorum: Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur: si per emptorem stetit, quo minus persolveretur, venditorem posse consequi.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

⁴⁷ D.19.2.21. *Iavolenus libro 11 epistularum: Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? Respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. jul 2022.

3. Allgemeines landrecht Ilgemeines landrecht für die preussischen staaten (ALR)

Ideja o reformi prava u Kraljevini Pruskoj nastaje dolaskom na vlast Fridriha Vilhelma I. Njegova vizija je bila da pojednostavi i ujednači pravne propise u oblastima u kojima je vladao. Zadatak je poveren Pravnom fakultetu Univerziteta u Vitenbergu i Kristijanu Tomazijusu (nem. *Christian Thomasius*), ali nije okončan.⁴⁸ Fridrih I ponovo započinje rad na kodifikaciji prava 1738. godine, ali, kao i u prvom slučaju, bez rezultata. Kao važan segment njegove reforme navodi se ukidanje *Aktenversendung* (lat. *Transmissio Actorum*).⁴⁹

Ideja o kodifikaciji prava nastavlja da živi i dolaskom na presto Fridriha II Velikog.⁵⁰ Posao na izradi *Corpus Iuris Fridericiani* poveren je kancelaru Samuelu fon Kočiju (nem. *Samuel Freiherr von Cocceji*) koji je dobio zadatak da izradi zakonik „zasnovan na razumu”, kao dopunu zakonima pokrajina, u kome bi se rimsko pravo svelo na „prirodan poredak i ispravan sistem”. Poseban zahtev je bio da zakonik mora biti jasan kako bi se izbegli komentari i tumačenja, da građani ne bi bili obmanjivani mišljenjima advokata i profesora. Zakonik nije dovršen zbog smrti njegovog autora.⁵¹ Fridrih Veliki je ponovno izrazio interesovanje za donošenje zakonika 1780. godine i posao na njegovoj izradi poverio je kancelaru Fon Krameru (nem. *Johann Ulrich von Cramer*) i Karlu Gotlibu Švarcu (nem. *Carl Gottlieb Schwartz*). Prvi nacrt je objavljen 1784. godine kao kombinacija *usus modernus Pandectarum*, običaja i sudske prakse, a drugi 1786. Fridrih je zamorio autorima da je kodifikacija preobimna te da, u skladu s Monteskvjeovim učenjem, zakoni treba da budu kratki i jasni.⁵²

Fridrih Vilhelm II je naredio da se zakonik obnaroduje 1794. godine kao *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* („Opšti zemaljski zakonik pruskih zemalja”). Pruski zakonik je prožet načelima prirodnopravne škole, pa se smatra prvom uspešnom kodifikacijom sledbenika tih ideja.⁵³ Norme su grupisane tako da potpuno prate naturalistički koncept Samuela Pufendorfa (nem. *Samuel Frei-*

⁴⁸ P. Stein, 111–112.

⁴⁹ Reč je o postupku za dobijanje stručnih (pravnih) mišljenja u krivičnom i građanskom postupku. Lokalni sudovi slali su sudske spise stalnim komisijama pravnih fakulteta, koje su pripremale pravna mišljenja i izričale presude, tzv. *Consilia* ili *Responsa*. Sudovi ili stranke mogli su tražiti ekspertska mišljenja u bilo kojoj fazi parničnog ili krivičnog postupka, iako je sporno da li su ona bile obavezujuća. Institut je uveden članom 219. *Constitutio Criminalis Carolina* iz 1532. godine, a formalno ukinut u Nemačkoj 1. oktobra 1879. godine. M. Bleckmann, *Rang und Recht. Zur juristischen Austragung von Rangkonflikten im 17. und 18. Jahrhundert*, Inaugural-Dissertation, Münster Westfälischen 2003, 79–86; J. H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge 1974, 259–308; P. Stein, 90.

<http://ra.smixx.de/media/files/Constitutio-Criminalis-Carolina-1532.pdf>, 12. jul 2022.

⁵⁰ O biografskim podacima, ali i odnosu Fridriha Velikog prema idejama prosvetiteljstva i prirodnog prava koje su uticalie na pruski zakonik vid. A. Molnar, „Uticao pijetizma i Fridriha Velikog na nemačko prosvetiteljstvo”, *Sociologija* LIII, 4/2011, Beograd 2011, 475–488.

⁵¹ P. Stein, 112.

⁵² R. Lesaffer, 454; O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 258–259.

⁵³ O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 259; Randal smatra suprotno i piše kako je uticaj prirodnog prava minimalan. R. Lesaffer, 454.

herr von Pufendorf) i Kristijana Vulfa; prvi deo sadrži pravna pravila koja se tiču pojedinca, a drugi ona koja se odnose na njegove društvene odnose, uključujući porodicu, širu društvenu zajednicu, državu i crkvu.⁵⁴

Prožet idejama prirodnog prava, zakonik donosi revolucionarnu novinu da se za prenos prava svojine po osnovu ugovora o kupoprodaji zahteva saglasnost volja, odnosno ugovor je imao stvarnopravno dejstvo koji bi postizanjem konsenzusa ugovornih strana prenosio pravo svojine; u praksi bi to značilo da ako je lice A zaključilo ugovor o kupoprodaji sa licem B, lice B postaje vlasnik sve i da se stvar tradira licu C. To je prvi moderni zakonik koji je u tom domenu načinio jasan otklon od rimskog prava, a o nepotrebnosti materijalnog akta predaje ALR kaže:

§ 59. Die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Besitz einer Sache zum Vortheile eines andern zu erledigen; in so fern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen.⁵⁵ [Sama izjava volje od prethodnog vlasnika dovoljna je da se prenese svojina u korist drugog; ukoliko ga to dovodi u poziciju da raspolaže stvari.]

§ 77. Was von der Uebergabe und Besitzergreifung überhaupt verordnet ist, gilt auch von der Uebergabe der verkauften Sachen.⁵⁶ [Ono što je uopšteno propisano za predaju i prenos svojine važi i za predaju prodatih stvari.]

U rimskom pravu, mancipacija i sudska cesija su bili apstraktni pravni poslovi, dok je tradicija bila jedini kauzalni pravni posao podoban da prenese vlasništvo. *Iusta causa traditionis* bio je svaki pravni posao usmeren na prenos svojine, a na prvom mestu ugovor o kupoprodaji. U ALR je usvojen koncept po kome do prenosa prava svojine dolazi saglasnošću volja strana u obligacionom odnosu, to jest bez razdvajanja ugovora i materijalnog akta predaje. Ideja o tome da je za prenos prava svojine dovoljna saglasnost volja potiče od pripadnika prirodnopravne škole XVII i XVIII veka. Hugo Grocije (hol. *Huig de Groot* / *Hugo de Groot*, lat. *Hugo Grotius*) u svom čuvenom delu *De Iure Belli ac Pacis* (Lib. II, Cap. XII, XV) iz 1625. godine kaže da su i ugovor i prodaja (prenos vlasništva) punovažni od postizanja saglasnosti volja te da se, iako stvar nije stvarno predata, ipak prenosilo pravo svojine jer je to najjednostavniji način poslovanja.⁵⁷ Takođe, Vulf u delu *Institutiones Juris Naturae et Gentium* (Lib. II, Cap. V, § 320) piše: *Atque hinc patet, ad translationem domini naturaliter non requiri traditionem*.⁵⁸ Naposletku, Žan Barberak (fr. *Jean Barbeyrac*), profesor prava na Univerzitetu u Berlinu, Lozani i Groningenu, kritikuje Rimljane što su za prenos svojine zahtevali fizičku predaju stvari i navodi da je najbolje rešenje da svojina i rizik pređu zajedno na kupca u trenutku zaključenja ugovora.⁵⁹

⁵⁴ P. Stein, 112. O kritici koncepta vid. V. Bogišić, 56–58.

⁵⁵ <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ALR1fuerdiepreussischenStaaten1794teil1.htm>, 12. jul 2022.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ H. Grotius, *The Rights of War and Peace*, Book II (ed. R. Tuck), Indianapolis 2005, 745.

⁵⁸ C. Wolff, *Institutiones Juris Naturae et Gentium in Quibus ex Ipsa Homini Natura Continuo Nexu Omnes Obligationes et Jura Omnia Deducuntur*, Venezia 1768, 112–113.

⁵⁹ A. Votson (2010), 131.

Pufendorf, za razliku od Grocija, Vulfa i Barberaka, ne misli da je ugovor dovoljan za prenos vlasništva, pa u *Elementa Jurisprudentia Universalis* iz 1660. godine piše da je opravdano da se rizik prenosi na kupca u momentu zaključenja ugovora, iako stvar ostaje kod prodavca do predaje.⁶⁰ U *De Jure Naturae et Gentium* (Lib. V, Cap. V, III) iz 1672. godine, revidira stavove i smatra da odgovornost za slučajnu propast stvari prelazi na kupca, istovremeno sa pravom svojine, u trenutku izvršenja ugovora, odnosno predaje stvari.⁶¹

4. Code civil des français (CC) ou Code Napoléon

Začeci ideje o kodifikaciji prava u Francuskoj mogu se pratiti kroz XVII i XVIII vek, koji obiluju imenima istaknutih *jurisconsultos* koji su doprineli izgradnji sistema pravnih normi i postavili temelje buduće kodifikacije. Među njima se ističu Domat (fr. *Jean Domat* ili *Daumat*), D'Ageseo (fr. *Henri François d'Aguesseau*), tvorac tri ordonanse Luja XV o poklonu, testamentu i supstituciji, i Potje (fr. *Robert-Joseph Pothier*). Domat i Potje su u svojim delima isticali da je rimski *emptio venditio* opšteprihvaćen u Francuskoj te tako Domat u *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus* (Tit. II, Sec. II, § VI) navodi: *La délivrance des mobiles le fait ou par le transport qui les fait passer en la puissance de l'acheteur, ...*⁶² Takođe, Potje u *Traité du Contrat de Vente* piše da kada je reč o prenosu prava svojine po osnovu kupoprodaje, francusko pravo ne odstupa od rimskih uzora (Par. II, Chap. I, § 48): *Enfin, là à laquelle le vendeur s'engage par le contrat est une livraison par laquelle il doit transférer à l'acheteur tout le droit qu'il a dans la chose et par rapport à cette chose.*⁶³ Nadalje, on ostaje pri načelu *periculum est emptoris* (Par. IV, § 308), smatrajući da su rimski pravници ispravno formulisali to pravilo, iako navodi stavove Pufendorfa i Barberaka koji tvrde da je načelo u suprotnosti s prirodnim pravom.⁶⁴ U nastavku kritikuje Kižaa (fr. *Jacques Cujas*), koji je na osnovu Afrikanovog fragmenta (D.19.2.33), u delu *Ad Africanum Tractatus VIII* iz 1574. godine, tvrdio da u rimskom pravu odgovornost od slučajne propasti stvari ne prelazi na kupca postizanjem saglasnosti volja.⁶⁵

Poslednjih decenija XVIII veka i u Francuskoj revoluciji izražena je težnja ka ukidanju pravnog partikularizma francuskih pokrajina i grofovija. Skupština (*L'Assemblée constituante*) uvažila je revolucionarne zahteve Zakonom o uređenju sudova (1790) i Prvim ustavom⁶⁶ (1791), predlažući donošenje kodifikacije prava

⁶⁰ *Ibid.*, 132.

⁶¹ S. Pufendorf, *The Jure Naturae at Gentium Libri Octo Volume One the Photographic Reproduction of the Edition of 1688* (ed. J. B. Scott), Washington 1934, 497–498.

⁶² J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, Paris 1735, 34.

⁶³ De Pothier, *Traité du Contrat de Vente*, Paris 1821, 35.

⁶⁴ *Ibid.*, 237–238.

⁶⁵ *Ibid.*, 240.

⁶⁶ U svom uvodu, Prvi ustav sadrži dopunu Deklaracije o pravima čoveka i građanina (1789), u kome, između ostalog, stoji: *Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français.* [Više ne postoji, ni za jedan deo nacije, niti za bilo kog pojedinca, nika-

koja bi važila u svim, novoosnovanim, francuskim departmanima: *Il sera fait un Code de lois civiles communs à tout le royaume*.⁶⁷ Devedesetih godina, Kambaseres (fr. *Jean Jacques Régis de Cambacérès*) načinio je tri nacрта budućeg građanskog zakonika, ali nijedan nije prihvaćen.⁶⁸ Posao na izradi zakonika dobija na zamahu 1799. godine kada Kambaseres postaje drugi konzul zadužen za pitanje pravosuđa, da bi 1800. godine bila formirana posebna komisija s tim zadatkom koju su činili: Tronše (fr. *François Denis Tronchet*), Malville (fr. *Jacques de Maleville*), Portalis (fr. *Jean-Étienne-Marie Portalis*) i Bigo (fr. *Félix Julien Jean Bigot de Préameneu*).⁶⁹

Zakonik koji je objavljen 21. marta 1804. kao *Code civil des Français*, od 1807. godine poznatiji kao *Code Napoléon* (od 1872. godine *Code civil*), zasnovan je na tradiciji francuske prirodnopravne škole,⁷⁰ običajima severa zemlje (*Coutume de Paris*) i ALR.⁷¹ Dve trećine odredaba su preuzete od Domata i Potjea, a među njima praktično svi tekstovi koji su se ticali obligacionog prava.⁷² S tim u vezi, zanimljivo je osvrnuti se na to šta kaže zakonik o prenosu prava svojine na pokretnim stvarima po osnovu ugovora o kupoprodaji:

§ 711. *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.* [Vlasništvo nad imovinom stiče se i prenosi nasleđivanjem, poklonom za slučaj smrti ili testamentom, kao i dejstvom obligacija.]

§ 1583. *Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.*⁷³ [Ugovor je punovažan, a imovina po zakonu prelazi (u svojinu) sa prodavca na kupca, u momentu kada se strane sporazumeju o predmetu i ceni, iako stvar još nije predata niti plaćena cena.]

Pre stupanja na snagu zakonika, ugovor o kupoprodaji je imao obligaciono dejstvo, a postojala je praksa francuskih javnih beležnika da se u ugovore usmerene na prenos prava svojine (kupoprodaja, poklon, bračni ugovor) unosi klauzula *constitut possessoire* na osnovu kojih je prenosilac pristajao da drži stvar u interesu sticaoca. Od trenutka potpisivanja ugovora, pribavilac bi se smatrao držaocem, čime dodatni akt predaje ili isporuke ne bi bio neophodan za prenos prava svojine.⁷⁴ Nakon usvajanja zakonika, i u rimskom i u francuskom pravu (§§ 1603–

kvih privilegija ili izuzetak od opšteg prava svih Francuza]. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>, 6. oktobar 2022.

⁶⁷ B. Blagojević, „Postanak franuskog građanskog zakonika”, *Pravna misao*, časopis za pravo i sociologiju januar–februar 1939, 26–27.

⁶⁸ J. Gordley, 149–150.

⁶⁹ O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 264.

⁷⁰ Vid. više J. Krynen, B. d'Alteroche, *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris 2014.

⁷¹ O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 264–265.

⁷² J. Gordley, 152.

⁷³ Code civil, <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf>, 16. 7. 2022.

⁷⁴ R. Jelić, „Sticanje prava svojine u francuskom pravu na pokretnim stvarima na osnovu ugovora sa prethodnim vlasnikom”, *Pravo i privreda* XXXIII, 9–10/96, 22–23.

1624), prodavac je imao obavezu da stvar preda kupcu, a zaključenjem ugovora o kupoprodaji, kupac stiče pravo utuženja te obaveze, s tim što je u prvom slučaju reč o *ius in personam*, a u drugom *ius in rem*.⁷⁵ Dakle, kao i pruski Landreht, CC normira pravilo po kome je za prenos prava svojine iz kupoprodaje dovoljna saglasnost volja strana u obligacionom odnosu,⁷⁶ a materijalan čin tradicije svodi na uvođenje kupca u posed stvari; zajedno sa pravom svojine, na kupca prelazi rizik slučajne propasti stvari. Međutim, nameće se pitanje odakle je norma potekla. Votson⁷⁷ pokušava da odgovori na to pitanje tako što izlaže teoriju po kojoj su na redaktore CC uticali stavovi Kižaa, Grocija, Pufendorfa i Barberaka; isto misli i Jelić.⁷⁸ Znajući da je najveći deo normi obligacionog prava preuzet od Domata i Potjea,⁷⁹ izuzimajući one o tradiciji, jasan je uticaj učenja škole prirodnog prava na redaktore CC, ali nam se čini da je verovatno posredi posredan upliv. Kao što smo istakli, stavovi tih pravnika su odigrali značajnu ulogu prilikom donošenja ALR, a kako znamo da su francuski pravници prilikom izrade zakonika konsultovali i pruski zakonik, čini se da su tvorci CC u tom segmentu prihvatili gotovo rešenje koje im je ponudio stariji uzor, odstupivši od ukorenjenog (rimskog) koncepta ugovora o kupoprodaji.

Treću verziju nastanka pravila iz § 1583. takođe navodi Votson,⁸⁰ citirajući Losonovu (eng. *Frederick Henry Lawson*) teoriju, koju vredi pomenuti. Naime, Loson u delu *A Common Lawyer Looks at the Civil Law* iz 1953. godine piše da je rešenje poteklo iz francuskog običajnog prava, po kome je za prenos svojine bila dovoljna tzv. *clause de dessaisine-saisine*, koja je stvarala prezumpciju da je stvar predata. Klauzula je proizvodila pravno dejstvo ako je bila izričito ugovorena, ako je ugovor bio u pismenoj formi i ako je predmet prestacije bila nepokretna stvar.⁸¹

5. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB)

Istorijat donošenja austrijskog Građanskog zakonika obeležen je lutanjima pravnih teoretičara i praktičara u potrazi za najboljim rešenjima koje je trajalo preko sto godina.⁸² Prvu komisiju za izradu zakonika osnovao je car Josif I 1709.

⁷⁵ R. Zimmerman, 272.

⁷⁶ Odstupanje od principa automatskog prenošenja svojine na osnovu ugovora trpi ograničenja u sledećim slučajevima: 1. ukoliko predmet ugovora nije određen jer stvarno pravo može postojati na tačno određenoj stvari (*res certa*); 2. ako je reč o stvari određenoj po rodu – akcipijens stiče vlasništvo u trenutku individualizacije stvari; 3. ako je predmet ugovora buduća stvar – stvar će postati vlasništvo kupca kada bude podobna da bude objekat svojine; 4. u nekim slučajevima trgovačke kupoprodaje i 5. ukoliko se strane sporazumeju drugačije (norma je dispozitivne prirode). R. Jelić, 27–29.

⁷⁷ A. Votson (2010), 131–132.

⁷⁸ R. Jelić, 23.

⁷⁹ Votson smatra da Potjeovi stavovi nisu inkorporirani u CC jer su njegovi redaktori smatrali da je pridavao preveliki značaj rimskom pravu. A. Votson (2010), 135.

⁸⁰ *Ibid.*, 132–133.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² O motivima za donošenje zakonika, radu na njegovoj izradi i uticaju na druge pravne sisteme vid. D. Nikolić, „Dva veka Austrijskog građanskog zakonika (1811–2011)”, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 135, 2/2011, Novi Sad 2011, 313–327.

godine. Usled njegove smrti projekat je obustavljen i nastavljen tek 1753. godine za vladavine Marije Terezije, pod vodstvom Jozefa fon Aconija (nem. *Joseph von Azzoni*),⁸³ da bi već 1756. godine bila formirana nova komisija, koja 1766. godine donosi preteču austrijskog Građanskog zakonika – *Codex Theresianus*.⁸⁴ Usledile su oštre kritike da nacrt obiluje rimskim pravom (*usus modernus*), da je kazuističan, detaljan i obiman, te je kao takav odbačen. Prva revizija je sprovedena 1771. godine, a dolaskom na vlast Josifa II i druga koju su izvršili Horten (nem. *Johann Bernhard Horten*)⁸⁵ i Zonenfels (nem. *Joseph Freiherr von Sonnenfels*).⁸⁶ Godine 1787. donet je prvi deo opšteg građanskog zakonika – *Josephinisches Gesetzbuch*.⁸⁷

Leopold II nastavlja projekat i 1796. godine obrazuje novu komisiju kojom predsedava baron Fon Martini (nem. *Karl Anton von Martini zu Wasserberg*). Zahvaljujući njemu, kao uzori za izradu zakonika preuzeta su načela prirodnog prava i pruski ALR. Nacrt je usvojen 1797. godine kao važeća kodifikacija prava u dve pokrajine carstva: najpre u zapadnoj, a zatim i u istočnoj Galiciji; poznat je kao *Westgalizisches Gesetzbuch*.⁸⁸ Na Martinijevo mesto 1797. godine dolazi njegov učenik Fon Cajler (nem. *Franz von Zeiller*) i izrada zakonika ulazi u finalnu fazu.⁸⁹ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* („Opšti građanski zakonik za nemačke nasledne zemlje”)⁹⁰ usvojen je 1811. godine za vreme vladavine Franca II.

⁸³ R. Lesaffer, 455; K. Wolf, *Österreichische Vertreter des Naturrechts*, masterarbeit, Graz 2013, 19–24.

⁸⁴ R. Lesaffer, 455.

⁸⁵ K. Wolf, 25–31.

⁸⁶ *Ibid.*, 31.

⁸⁷ O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 260; V. Lachner, J. Roškar, „Građanske kodifikacije u Evropi s posebnim osvrtom na 19. i 20. stoljeće”, *Zbornik radova znanstvenog skupa: Austrijski građanski zakonik (1811–2011)* (ur. E. Mutapčić), Tuzla 2011, 40–43; R. Lesaffer, 455.

⁸⁸ *Ibid.*, 41; K. Wolf, 44–54.

⁸⁹ K. Wolf, 55–66.

⁹⁰ ABGB je u vreme donošenja važio na teritorijama habzburških naslednih zemalja – Austrije, Bohemije i Tirola, da bi se do kraja XIX veka njegova primena proširila na sve delove carstva (sa izuzetkom Ugarske, gde je važio do 1861. godine). Osim toga, izvršio je snažan uticaj na druge države i njihove pravne sisteme, kao što su Kneževina Lihtenštajn, Kneževina Srbija i švajcarski kantoni Bern, Argau, Zoloturn i Lucern. D. Nikolić, 319 fn 1. Tvorac Građanskog zakonika za Knjaževstvo srpsko (SGZ) iz 1844. godine, Jovan Hadžić, koristio je Opšti građanski zakonik kao uzor za srpsku kodifikaciju prava. Sa usvajanjem rešenja ABGB-a, u srpskom pravu su prihvaćena rimska viđenja tradicije kao derivativnog načina sticanja svojine i ugovora o kupoprodaji. S tim u vezi, zakonik propisuje: § 285. *Stvari one, koje već imaju gospodara, mogu se pribaviti, kad zakonitim načinom od jednoga pređu na drugog, i ovome se predadu.* § 286. *Ovo biva, ili kad dva ili više njih među sobom ugovor učine, ili kad ko naredbu učini na slučaj smrti, ili kad sudija tako reši, ili kad zakon sam tako opredeljava.* Iz citiranih članova jasno je da je Hadžić preuzeo austrijski § 423, a da je §§ 424. i 425. sazeo u jedan. Kod kupoprodaje, Hadžić skraćuje § 1053. i propisuje: § 641. Prodaja i kupovina je takav ugovor, kojim se stvar kakva za neku određenu platu u novcu drugome ustupa. Bez obzira na to što je član skraćen i što ne sadrži pravilo da se za prenos prava svojine po osnovu kupoprodaje zahteva predaja stvari, jasno je da je isti koncept primenjen i u SGZ-u. Dovođenjem u vezu § 641. sa §§ 285. i 286, vidi se da srpsko pravo usvaja rimsko pravilo po kome je ugovor *iusta causa traditionis*, te da bez materijalnog akta predaje ne dolazi do prenosa vlasništva sa prodavca na kupca. https://www.harmonius.org/sr/pravniizvori/jugoistocnaevropa/privatnopravo/srbija/Srpski_gradjanski_zakonik_1844.pdf, 17. jul 2022.

Osim bavorskog, austrijskog i srpskog građanskog zakonika (kao značajnijih), i švajcarsko pravo se upravlja rimskim te propisuje da se svojina prenosi u trenutku kada se stvar preda kupcu Art. 714. *Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber*. Ključnu ulogu u procesu donošenja *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (ZBG) iz 1907. godine (stupio na snagu 1. januara 1912) imao je pandektista Eu-

Opšti građanski zakonik predstavlja unikatnu kodifikaciju rimskog i prirodnog prava.⁹¹ Odstupajući od postulata prirodnopravne škole, ali i rešenja primenjenih u ALR i CC, zakonik u materiji tradicije, kao načina sticanja svojine, ostaje veran rimskom pravu. Prema francuskom Građanskom zakoniku, titulus je u isti mah i modus, dok u austrijskom zakonodavstvu modus predstavlja poseban čin koji dolazi nakon titulusa.⁹²

§ 423. *Sachen, die schon einen Eigenthümer haben, werden mittelbar erworben, indem sie auf eine rechtliche Art von dem Eigenthümer auf einen Andern übergehen.*⁹³ [Stvari, koje već imaju vlasnika, pribavljaju se posredno kad po pravnom načinu od vlasnika pređu na drugoga.]⁹⁴

§ 424. *Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Verträge; in einer Verfügung auf den Todesfall; in dem richterlichen Ausspruche; oder, in der Anordnung des Gesetzes.*⁹⁵ [Osnov posrednog pribavljanja leži u ugovoru, u naredenju za slučaj smrti, u presudi sudskoj ili u naredbi zakona.]⁹⁶

§ 425. *Der bloße Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden.*⁹⁷ [Sam osnov ne daje još nikakve svojine. Osim slučajeva naznačenih u zakonu, svojina i sva stvarna prava uopšte, pribavljaju se samo tako, kada se po zakonu predadu i prime.]⁹⁸

O sticanju prava svojine po osnovu kupoprodaje, ABGB je izričit:

§ 1053. *Durch den Kaufvertrag wird eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem Andern überlassen. Er gehört, wie der Tausch, zu den Titeln ein Eigenthum zu erwerben. Die Erwerbung erfolgt erst durch die Uebergabe des Kaufgegenstandes. Bis zur Uebergabe behält der Verkäufer das Eigenthumsrecht.*⁹⁹ [Ugovorom kupovine ustupa se neka stvar drugome za određenu sumu novaca. Ovaj ugovor, kao i onaj o promeni, uvršćuje se u osnove za pribavljanje svojine. Pribavljanje biva tek predajom predmeta kupovine. Do predaje prodavac zadržava pravo svojine.]¹⁰⁰

gen Huber (nem. Eugen Huber) i njegovo delo *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes* (1893). O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 282–283. https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233-20210101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20210101-de-pdf-a.pdf, 17. 7. 2022.

⁹¹ O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 261; R. Lesaffer, 455.

⁹² R. Jelić, 23.

⁹³ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, 16. jul 2022.

⁹⁴ D. Arandelović, *Austrijski građanski zakonik* (prevod), Beograd 1922, 115.

⁹⁵ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, 16. jul 2022.

⁹⁶ D. Arandelović, 115.

⁹⁷ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, 16. jul 2022.

⁹⁸ D. Arandelović, 116.

⁹⁹ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, 16. jul 2022.

¹⁰⁰ D. Arandelović, 289.

6. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

Specifičnost kodifikatorskog projekta nemačkog prava ogleda se u činjenici da je započeo u okolnostima državne i političke razjedinjenosti nemačkog naroda. U prvoj polovini XIX veka, nakon napoleonovih osvajачkih ratova, obrazovana je labava konfederacija trideset pet nemačkih državnica i slobodnih gradova (*Deutscher Bund*), kao naslednica Rajnske konfederacije, nastale na ruševinama Svetog rimskog carstva nemačkog naroda. Delovi Austrije i Pruske ulazile su u sastav novoosnovane konfederacije i, tokom njenog postojanja, te dve države sukobljavale su se oko prevlasti, što je rezultiralo austrijsko-pruskim ratom 1866. godine. Nakon pobeđe Pruske formiran je Severnonemački savez, kao okosnica ujedinjenog Nemačkog rajha (1871).¹⁰¹

U tako složenim društveno-političkim okolnostima povela se polemika koji bi od postojećih zakonika privatnog prava bio dobar model za izradu nemačkog i da li je nemačkom narodu potreban jedan takav zakonik. Reberg (nem. *August Wilhelm Rehberg*) 1814. godine u delu *Über den Code Napoleon und seine Einführung in Deutschland* odbacuje ideju preuzimanja Napoleonovog kodeksa i Justinijanovih Institucija,¹⁰² da bi Tibo (nem. *Anton Friedrich Justus Thibaut*) u *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland* istakao neophodnost što hitnijeg donošenja kodifikacije, ne odbacujući mogućnost ugledanja na francuski model.¹⁰³ Argumente protiv kodifikacije izneo je Savinji¹⁰⁴ (nem. *Friedrich Carl von Savigny*) 1814. godine u svom čuvenom delu *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* („O izazovu našeg vremena zakonodavstvu i pravnoj nauci“).¹⁰⁵ Okosnicu tog dela, svojevrsnog manifesta istorijskopravne škole, čini Savinjijevo poimanje prava kao otelotvorenja narodnog duha (*Volksgeist*), izraza pravne misli i razvijenosti pravne nauke.¹⁰⁶ Pravo nije volja zakonodavca već složen društveni proces koji se razvija kroz unutrašnju – tihodelujuću snagu narodnog duha;¹⁰⁷ kodifikaciji, kao finalnom činu, treba da prethode faze običajnog prava i njegovog doktrinarnog izučavanja.

Istorijskopravna škola¹⁰⁸ se u godinama koje su usledile podelila na dve struje – romanističku,¹⁰⁹ na čijem čelu se nalazio Savinji i koja se zalagala za izučavanje

¹⁰¹ R. Lesaffer, 430–432; O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 275.

¹⁰² A. W. Rehberg, *Über den Code Napoleon und seine Einführung in Deutschland*, Hannover 1814, 10.

¹⁰³ A. F. J. Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814, 24.

¹⁰⁴ O biografskim podacima vid. M. Martinek, „Friedrich Karl Von Savigny (1779–1861): Leben und Werk Eines Grossen Deutschen Juristen“, *Pravni zapisi* 1/2010, 7–37.

¹⁰⁵ F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.

¹⁰⁶ L. Glišović, „Nemački građanski zakonik. Od pravnog partikularizma do kodifikacije građanskog prava“, *Strani pravni život* 59, 1/2015, 229.

¹⁰⁷ F. C. von Savigny, 79.

¹⁰⁸ Vid. više u G. Dilcher, „The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization“, *Rechtsgeschichte – Legal History* Rg 24/2016, Frankfurt am Main, 20–72; R. E. Rodes, „On the Historical School of Jurisprudence“, *The American Journal of Jurisprudence* 49/2004, 165–184.

¹⁰⁹ Pandektisti (*Pandektenwissenschaft*) su zasebna pravna škola koja se razvijala kao izdanak istorijskopravne škole. Njen osnivač i Savinjijev učenik Georg Fridrih Puhta (nem. *Georg Friedrich Puchta*) pretežno se fokusirao

rimskih pravnih izvora, i germanističku,¹¹⁰ na čijem čelu se nalazio Ajhorn (nem. *Karl Friedrich Eichhorn*), koja je insistirala na proučavanju srednjovekovnih – nemačkih izvora prava. Konačnom raskolu 1843. godine najviše su doprineli Bezeler (nem. *Carl Georg Christoph Beseler*) i njegovo delo *Volksrecht und Juristenrecht* („Narodno pravo i pravničko pravo“) u kome je autor opisao recepciju rimskog prava kao „nacionalnu nesreću“.¹¹¹

Komisija za izradu građanskog zakonika, na čijem čelu je bio predsednik Višeg trgovinskog suda Rajha Fon Pape (nem. *Heinrich Eduard von Pape*), obrazovana je tek 1874. godine, dok je njen najistaknutiji i prvi član bio Bernhard Vindšajd (nem. *Bernhard Windscheid*). Okosnicu komisije činili su redaktori, njih pet, prateći pandektnu podelu građanskog prava na opšti deo, obligaciono, stvarno, porodično i nasledno pravo. Nacrt je završen 1885. godine i dostavljen Bundesratu na usvajanje 1888. godine.¹¹² Nakon oštrih kritika koje je prvi nacrt doživeo,¹¹³ rad na izradi zakonika nastavlja novoosnovana Pravna služba Rajha (*Reichsjustizamt*) 1890. godine. Posao na izmenama i dopunama prvog nacrtaja trajao je do 1896. godine i svodio se na stilizaciju teksta i izmenu sistematike u pet knjiga predviđenih nacrtom iz 1885. godine. Zakonik je usvojen 1896. godine, a stupio na snagu 1. januara 1900. kao *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).¹¹⁴

Istakli smo na početku rada da je rimski ugovor o kupoprodaji rađao obaveze za obe strane, među kojima se kao najbitnija ističe da prodavac preda stvar u mirnu državinu kupcu. Ukoliko je takva predaja zasnovana na valjanom pravnom poslu usmerenom na prenos svojine (*iusta causa traditionis*), kupac bi u momentu sticanja državine stvari postajao vlasnik. Taj „realni“ element ugovora o kupoprodaji je najkarakterističnija odlika nemačkog poimanja *emptio venditio* i tradicije:

§ 433.1. *Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach – und Recht-*

na sistematizaciju rimskog prava, težeći da ga učini podobnim za savremenu upotrebu. Pandektisti su svoja dela temeljili na tekstovima klasičnih rimskih pravnika, odbacujući Justinijanove zakone, *Gemeines Recht* i tradiciju *usus modernus Pandectarum*. Njihov cilj je bio izgradnja celovitog i koherentnog pravnog sistema. Pored Puhte, najznačajniji predstavnik bio je Bernhard Vindšajd, jedan od tvoraca BGB. O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 273–275; R. Lesaffer, 470–471.

¹¹⁰ Kult „nemačkog prava“ bio je snažno povezan sa kultom „nemačke istorije“ (*Gegenantike*), svojevrstnom protivtežom antike. Germanizam, kao snažan intelektualni i društveni pokret, dobija na zamahu u godinama nakon Napoleonovih osvajačkih ratova, a njegove implikacije su ostavile snažan uticaj na unifikaciju i kodifikaciju prava u Nemačkoj. Tako, na primer, odbacujući rimske (antičke) uzore i nastojeći da izgradi pravni sistem zasnovan na „nemačkom pravu“, Tibo opisuje *Corpus Iuris Civilis* kao „strano telo“ u nemačkom *Volksgeist*. Suprotno tome, afirmativan stav prema rimskom pravnom nasleđu imali su Savinji i potonji pandektisti. J. Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, New Jersey 1990, 205.

¹¹¹ O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 271–272; B. Vick, „Liberalism, Nationalism, and Gender Dichotomy in Mid-Nineteenth-Century Germany: The Contested Case of German Civil Law“, *The Journal of Modern History* 82, 3/2010, 552–553; L. Glišović, 230.

¹¹² L. Glišović, 231–232; P. Stein, 122–123.

¹¹³ B. M. John, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of the Civil Code*, Oxford 1989, 105; O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 277.

¹¹⁴ O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, 277; L. Glišović, 236–237.

*smängeln zu verschaffen.*¹¹⁵ [Ugovorom o kupoprodaji prodavac se obavezuje da preda stvar kupcu i da mu prenese vlasništvo nad stvari. Prodavac mora kupcu dostaviti stvar bez materijalnih i pravnih nedostataka.]

§ 929. *Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.*¹¹⁶ [Da bi preneo svojinu na pokretnoj stvari, vlasnik mora tu stvar predati sticaocu i obojica se moraju saglasiti da se vlasništvo prenese. Ako je kupac u posedu stvari, (da bi postao vlasnik) dovoljan je ugovor o prenosu svojine.]

Zaključenjem ugovora o kupoprodaji prodavac je obavezan da preda stvar kupcu i prenese mu pravo svojine (§ 433.1), dok se za prenos vlasništva na pokretnim stvarima zahteva da prodavac kupcu preda stvar, ali i da se obe strane saglase o prenosu prava svojine (§ 929). Dakle, u BGB se predviđaju tri akta kako bi došlo do prenosa svojine (na pokretnim stvarima) po osnovu ugovora o kupoprodaji: 1) zaključenje ugovora o kupoprodaji (obligacionopravno dejstvo); 2) tradiciju stvari (fizički akt predaje) i 3) saglasnost volja prenosioca i sticaoca o prenosu prava svojine.¹¹⁷ Nemačko pravo poima tradiciju kao samostalan, apstraktan pravni posao koji potiče iz kupoprodaje i proizvodi pravno dejstvo bez obzira na valjanost pravnog posla iz koga je nastao (*in abstracto*). To znači da valjanost tradicije ne zavisi od ugovora o kupoprodaji, odnosno da će doći do prenosa prava svojine bez obzira na to da li je prvi ugovor ništav ili valjan, pa čak i da li je zaključen.¹¹⁸ Nameće se pitanje opravdanosti odstupanja nemačkog zakonodavca od rimskih uzora. U rimskom pravu, ukoliko je kupac znao da prodavac prodaje tuđu stvar, to jest ukoliko je i sam bio nesavestan, do prenosa prava svojine neće doći te neće imati na raspolaganju *actio empti* jer *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. S druge strane, ako je kupac bio savestan i nije znao da prodavac prodaje tuđu stvar, postaće vlasnik protokom roka za održaj (*usucapio*) koji je za pokretne stvari iznosio godinu dana; sve i da naknadno sazna za nesavesnost prodavca, to neće uticati na kvalitet njegovog održaja – *mala fides superveniens non nocet*. Situacija je nešto drugačija kada je reč o *res furtivae*; ukoliko je prodavac znao da prodaje kradenu stvar, kupac će imati pravo na tužbu, ali ne zbog toga što nije postao vlasnik već zbog nesavesnosti (*mala fides*) prodavca.¹¹⁹ Međutim, šta se dešava u situaciji kada su obe strane savesne – prodavac ne zna da prodaje tuđu stvar, a kupac ne zna da kupuje stvar od nevlasnika? Ako bi treća strana – stvarni vlasnik istakao tužbeni zahtev protiv kupca, povratio bi stvar natrag, a kupac bi „ostao kratkih rukava” (ostavljajući po strani njegovo pravo na naknadu štete). Kako bi prenebregnuo te situacije, nemački zakonodavac nalazi solomonsko rešenje – ugovor o kupoprodaji, za razliku od rimskog *emptio venditio*, nameće obavezu na izvršenje tradicije (koja je isključivo

¹¹⁵ Bürgerliches Gesetzbuch. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>, 9. septembar 2022.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ R. Zimmermann, 239.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, 280.

shvatana kao materijalni – fizički akt predaje stvari) i zaključenje drugog – realnog (apstraktnog) pravnog posla kojim bi pravo svojine prešlo sa prodavca na kupca, nezavisno od valjanosti i postojanja inicijalnog ugovora o kupoprodaji. Na taj način se anuliraju eventualni nedostaci inicijalnog pravnog posla i osigurava da savesni kupac postane sopstvenik pribavljene (pokretne) stvari.

7. Zaključak

U evropskim pravnim sistemima koji su u svoje kodifikacije privatnog prava preuzeli rešenja rimskih pravnika, poput bavarskog, austrijskog, srpskog ili švajcarskog zakonika, možemo posvedočiti da se *emptio venditio* nije bitnije menjao u odnosu na vreme u kome pretpostavljamo da je nastao. S druge strane, rešenja koja donose pruski, francuski ili nemački zakonici revolucionarna su i u biti različita od rimskih.

Predaja stvari u rimskom pravu dovodi do prenosa prava svojine samo ukoliko su prethodno ispunjeni određeni uslovi – da je stvar *res nec Mancipi*, da je *tradens* vlasnik, da postoji *iusta causa traditionis* i čin materijalne predaje; u suprotnom, prenosila se državina ili detencija. Dominantna karakteristika kupoprodaje je volja da se prenese pravo svojine sa prodavca na kupca, ali je sporno na šta se ta volja odnosi – da li na ugovor ili na predaju stvari. Kao posledica dileme, rimski pravници su objašnjavali tradiciju dvojako – kao materijalni čin predaje (način sticanja svojine) i kao saglasnost volja (za Pavla jednostrani, a za Javolena dvostrani pravni posao). Ulpijan je najdecidniji i piše da za prenos prava svojine po osnovu kupoprodaje nije dovoljno da postoji samo pravni osnov (*iusta causa traditionis*) već da mora postojati i saglasnost o pravnom osnovu jer je za njega predaja dvostrani pravni posao (ugovor), nezavisan od osnova po kome se tradicija vrši.

Razdvajanje kupoprodaje kao saglasnosti volja dveju strana da se izvrši razmena stvari za novac i tradicije kao samostalnog pravnog posla kojim se prenosi svojina izvršeno je u nemačkom Građanskom zakoniku. Nemačko pravo oblikuje tradiciju kao samostalan, apstraktan pravni posao koji potiče iz kupoprodaje i proizvodi pravno dejstvo bez obzira na valjanost pravnog posla iz koga je nastao. Da bi došlo do prenosa prava svojine po osnovu kupoprodaje, ne zahtevaju se, kao u rimskom pravu, pravni osnov (*titulus*) i način sticanja (*modus*) već zaključenje ugovora o kupoprodaji, tradicija stvari i zaključenje drugog ugovora o prenosu prava svojine koji proizvodi pravno dejstvo bez obzira na valjanost pravnog posla iz koga je nastao.

Suprotno, pruski i francuski zakonodavci propisuju da je za prenos prava svojine po osnovu ugovora o kupoprodaji dovoljna saglasnost volja, to jest da ugovor ima stvarnopravno dejstvo koji bi postizanjem konsenzusa ugovornih strana prenosio pravo svojine. U tim slučajevima, akt tradicije se svodi na fizički čin uvođenja kupca u posed stvari.

Literatura

- Arandelović D., *Austrijski građanski zakonik* (prevod), Beograd 1922.
- Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Blagojević B., Postanak franuskog građanskog zakonika, *Pravna misao, časopis za pravo i sociologiju* januar–februar 1939.
- Bleckmann M., *Rang und Recht. Zur juristischen Austragung von Rangkonflikten im 17. und 18. Jahrhundert*, Inaugural-Dissertation, Münster Westfälischen 2003.
- Bogišić V., *Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori* (priredio T. Nikčević), Beograd 1967.
- De Pothier, *Traité du Contrat de Vente*, Paris 1821.
- Dilcher G., The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, *Rechtsgeschichte – Legal History* Rg 24/2016, Frankfurt am Main.
- Domat J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, Paris 1735.
- Gaius, *Institutiones* (prevod O. Stanojević), Beograd 2009.
- Glišović L., Nemački građanski zakonik. Od pravnog partikularizma do kodifikacije građanskog prava, *Strani pravni život* 59, 1/2015.
- Gordley J., *The Jurists. A Critical History*, Oxford 2014.
- Grotius H., *The Rights of War and Peace*, Book II (ed. R. Tuck), Indianapolis 2005.
- Horvat M., *Rimsko pravo*, Zagreb 1980.
- Iustinianus, *Digesta*.
- Iustinianus, *Codex*.
- Iustinianus, *Institutiones*.
- Jelić R., Sticanje prava svojine u francuskom pravu na pokretnim stvarima na osnovu ugovora sa prethodnim vlasnikom, *Pravo i privreda* XXXIII, 9–10/1996.
- John M., *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of the Civil Code*, Oxford 1989.
- Katančević A., *Načini sticanja svojine u rimskom pravu*, Beograd 2017.
- Krynen J., D'Alteroche, B., *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris 2014.
- Langbein J. H., *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge 1974.
- Lachner V., Roškar, J., Građanske kodifikacije u Evropi s posebnim osvrtom na 19. i 20. stoljeće, *Zbornik radova znanstvenog skupa: Austrijski građanski zakonik (1811–2011)* (ur. E. Mutapčić), Tuzla 2011.
- Lenel O., *Das Edictum Perpetuum* (2. Auflage), Leipzig 1907.
- Lesaffer R., *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, Cambridge 2009.

- Martinek M., Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861): Leben und Werk Eines Grossen Deutschen Juristen, *Pravni zapisi* 1/2010.
- Molnar A., Uticaj pijetizma i Fridriha Velikog na nemačko prosvetiteljstvo, *Sociologija* LIII, 4/2011.
- Nikolić D., Dva veka Austrijskog građanskog zakonika (1811–2011), *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 135, 2/2011 (ur. D. Nikolić), Novi Sad.
- Polojac M., *Akvilijev zakon i pravna kultura*, Beograd 2015.
- Pufendorf S., *The Jure Naturae at Gentium Libri Octo Volume One the Photographic Reproduction of the Edition of 1688* (ed. J. B. Scott), Washington 1934.
- Puhan I., *Rimsko pravo*, Beograd 1974.
- Rehberg A. W., *Über den Code Napoleon und seine Einführung in Deutschland*, Hannover 1814.
- Robinson O. F., Fergus, T. D., Gordon, W. M., *European Legal History. Sources and Institutions* (Third edition), Oxford 2000.
- Rodes R. E., On the Historical School of Jurisprudence, *The American Journal of Jurisprudence* 49/2004.
- Romac A., *Rimsko pravo*, Zagreb 1981.
- Solovjev A., Ugovor o kupovini i prodaji u srednjovekovnoj Srbiji, *Arhiv za pravne i društvene nauke* XXXII 2/1927.
- Stein P., *Roman Law in European History*, Cambridge 1999.
- Stojčević D., *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1985.
- Stojčević D., Perfecta Emptione Periculum Transit ad Emptorem, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* XXXV, 1/1987.
- Šarkić S., Recepcija Austrijskog građanskog zakonika u Srbiji, *Zbornik radova znanstvenog skupa: Austrijski građanski zakonik (1811–2011)* (ur. E. Mutapčić), Tuzla 2011.
- Thibaut A. F. J., *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814.
- Thomas P. J., Usus modernus Pandectarum; a spurious transplant, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 3ème série, XLVII, 2000.
- Vick B., Liberalism, Nationalism, and Gender Dichotomy in Mid-Nineteenth-Century Germany: The Contested Case of German Civil Law, *The Journal of Modern History* 82, 3/2010, Chicago.
- Von Savigny, F. C., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.
- Votson A., *Pravni transplant. Pristup uporednom pravu*, Beograd 2010.
- Vuletić V., *Zaštita prava kupca. Doprinis rimskog klasičnog prava razvoju evropskog privatnog prava*, doktorska disertacija, Beograd 2010.
- Watson A., *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, New Jersey 1975.
- Wolff C., *Institutiones Juris Naturae et Gentium in Quibus ex Ipsa Hominis Natura Continuo Nexu Omnes Obligationes et Jura Omnia Deducuntur*, Venezia 1768.

- Wolf K., *Österreichische Vertreter des Naturrechts*, masterarbeit, Graz 2013.
- Whitman J. Q., *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, New Jersey 1990.
- Zimmermann R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Pretoria 1990.

Internet izvori

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, 11. jul 2022.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR), <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ALR1fuerdiepreussischenStaaten1794teil1.htm>, 11. jul 2022.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>, 11. jul 2022.

Code civil (CC), <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf>, 11. jul 2022.

Constitutio Criminalis Carolina, <http://ra.smixx.de/media/files/Constitutio-Criminalis-Carolina-1532.pdf>, 11. jul 2022.

Gradanski zakonik za Knjaževstvo Srpsko (SGZ), https://www.harmonius.org/sr/pravniizvori/jugoistocnaevropa/privatnopravo/srbija/Srpski_gradjanski_zakonik_1844.pdf, 11. jul 2022.

La première constitution française (1791), <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>, 11. jul 2022.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZBG), https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20210101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20210101-de-pdf-a.pdf, 11. jul 2022.

Vukašin Stanojlović, LL.M,

Teaching Fellow, University of Belgrade Faculty of Law

HISTORY OF TRANSFER OF PROPERTY RIGHTS ON THE BASIS ON CONTRACT OF SALE

Summary

The Roman contract of sale (emptio venditio) and the concept of consensual contracts were adopted by all European and world legislation created on the ruins of the Roman Empire or under the indirect influence of this civilization. As a bilateral, equally binding bonae fidei contract, it gave rise to obligations for both parties, while not transferring either the possession or the right of ownership from the seller to the buyer. In order to transfer ownership, it was required to add an act consisting of mancipatio, for res Mancipi, or traditio, for res nec Mancipi. In the paper, the author points to the historical development of the transfer of property rights based on the contract of sale, both in Roman law and in modern European codifications, to its dynamic development and the differences in European legal systems. In particular, he examines the question of whether traditio is an act that enables someone to acquire factual power over things or a legal transaction.

The results indicate the following. The dilemma about the legal nature of tradition originates from Gaius. Based on the legal texts, it can be concluded that classical jurists understood traditio both as a way of acquisition and as a consent of will, having in mind that there is a conflict whether it is a one-sided or two-sided legal transaction; according to Paulus, it is a unilateral legal transaction and according to Iavolenus, bilateral. Furthermore, for Ulpianus, the traditio is a contract, independent of the basis on which the traditio is carried out. Iulianus opinion, although it is questionable as to how original it is, is revolutionary – it is an independent legal transaction based on the agreement of two parties, regardless of the cause; there is no evidence that the sighting was accepted in Roman law and Romanists suggest that it is an interpolation. On the other hand, the Prussian Landrecht (ALR) and the French Civil Code (CC) foresee a departure from the Roman models – the transfer of property rights occurs by agreement of the will of the parties; the concept originated from members of the natural law school Hugo Grotius, Christian Wolff and Jean Barberac. A contrario, the German Code (BGB) defines the traditio as an abstract act by which the property right was transferred, regardless of the nullity or validity of the initial contract, or even whether it exists. The Austrian (ABGB), but also the Serbian (SGZ) and Swiss (ZBG) Civil Codes remain true to the classic Roman concept that titulus and modus are required for the transfer of ownership based on a contract of sale.

The paper uses linguistic, systematic and historical interpretation of passages G. Inst. 1.119–120, G. Inst. 2.19–20, D.12.1.18. pr, D.18.1.19, D.18.1.74, D.19.2.21, D.39.5.10, D.41.1.9.3, D.41.1.31, D.41.1.36, D.43.26.20, D.44.7.55, C.8.53.1. and Inst.2.1.41, as well as historical method.

Key words: Contract of Sale (*emptio venditio*), Traditio, ALR, CC, ABGB, BGB.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд